

(فهرست)
الجزء الرابع
من شرح العلامة الزيلعي على متن الكنتز

(فهرست الجزء الرابع من شرح العلامة الزيلعي على متن المتن)

صفحة	صفحة
١٧٩ فصل في الحبس	٢ كتاب البيوع
١٨١ باب كتاب القاضي الى القاضي وغيره	٩ فصل يدخل في بيع الدار الخ
١٩٣ باب التحكيم	١٤ باب خيار الشرط
١٩٤ باب مسائل شتى	٢٤ باب خيار الرؤية
٢٠٦ كتاب الشهادة	٣١ باب خيار العيب
٢١٧ باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل	٤٣ باب البيع الفاسد
٢٢٩ باب الاختلاف في الشهادة	٦١ فصل قبض المشتري المبيع الخ
٢٣٧ باب الشهادة على الشهادة	٧٠ باب الاقالة
٢٤٢ كتاب الرجوع عن الشهادة	٧٣ باب التولية
٢٥٤ كتاب الوكالة	٧٩ فصل صح بيع العقار قبل قبضه
٢٥٨ باب الوكالة بالبيع والشراء	٨٥ باب الربا
٢٦٩ فصل الوكيل بالبيع والشراء الخ	٩٧ باب الحقوق
٢٧٧ باب الوكالة بالخصومة والقبض	٩٩ باب الاستحقاق
٢٨٦ باب عزل الوكيل	١١٠ باب السلم
٢٩٠ كتاب الدعوى	١٢٥ باب المتفرقات
٣٠٤ باب التحالف	١٣٤ كتاب الصرف
٣١٣ فصل قال المدعى عليه هذا الشيء أو دعيه	١٤٥ كتاب الكفالة
أو أجرنيه الخ	١٦١ فصل ولو أعطى المطلوب الكفيل الخ
٣١٥ باب ما يدعيه الرجلان	١٦٧ باب كفالة الرجلين والعبدان
٣٢٩ باب دعوى النسب	١٧١ كتاب الخوالة
	١٧٥ كتاب القضاء

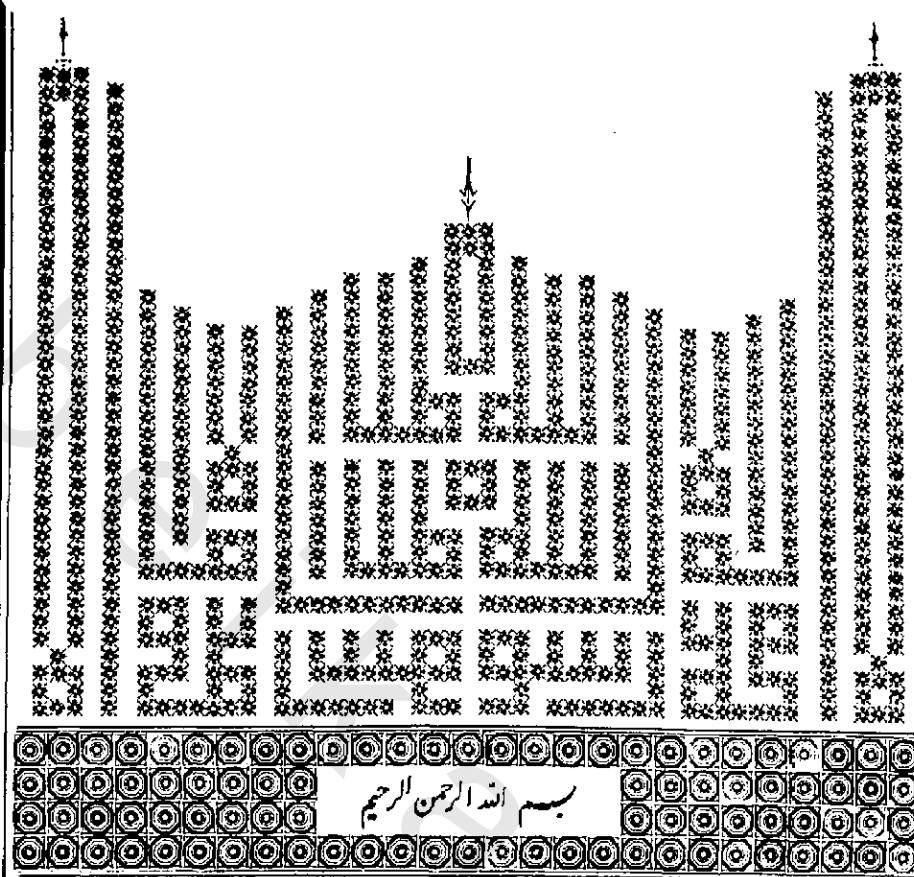
الحزء الرابع
من تبين الحقائق شرح كزالدقائق تأليف الامام العالم
العامل العلامة البحر الحبر الفهامة فريد
دهره ووحيد عصره فخر الدين
عثمان بن علي الزيلعي الحنفي
نفعا الله ببركته - وأسكنه
فسيح جنته
امين

وبهامشه حاشية الشيخ الامام العلامة المجدد الفهامة شهاب
الدين أحمد الشلبي على هذا الشرح الجليل تعديلات
الجميع بالرجة والرضوان وأسكنه
فسيح الجنان

الطبعة الاولى
بالمطبعة الكبرى الاميرية بيوتان مصر المحمية
سنة ١٣١٤
هجريه

كتاب البيع

وفي بعض نسخ المتن البيوع
اه ومناسبة البيع بالوقف
من حيث أن في كل منهما
ازالة الملك في الوقف بزول
الملك عن الوقف بعد حكم
الحاكم من غير أن يدخل
في ملك الموقوف عليه وفي
البيع يزول الملك عن البائع
ويدخل في ملك المشتري
فكان الوقف كالفرد
والبيع كالركب من أن
الوقف فيه زوال بلادخول
والبيع فيه زوال ودخول
والمفرد سابق على المركب
فلذا أخذ كرا البيع عنه اه
انقضى رجه الله وكتب
مانعه ثم البيع مصدر فقد
براديه المفْعُول فيجمع
باعتباره كما يجمع المبيع
وقد براديه المعنى وهو الأصل
فيجمعه باعتبار أنواعه فان
البيع يكون سلباً وهو بيع
الدين بالعين وقلبه وهو
البيع المطلق وصرفاً وهو
بيع الثمن بالثمن ومقايضة
بيع العين بالعين وبخيار



بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب البيوع)

وهو من الأضداد يقال باع كذا إذا أخرجه عن ملكه أو أدخله فيه وفي الخبر قال عليه السلام لا يخطب
الرجل على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع أخيه أي لا يشتري على شراء أخيه لأن المنهي عنه هو الشراء
لا البيع وقال الفرزدق

ان الشباب لرايح من باعه * والشيب ليس لبائعيه تجار

ويقع في الغالب على إخراج المبيع عن الملك قال رحمه الله (هو مبادلة المال بالمال بالتراضي) وهذا في
الشرع وفي اللغة هو مطلق المبادلة من غير تقييد بالتراضي وكونه مقيداً به ثبت شرعاً لقوله تعالى الآن
تكون تجارة عن تراض وهو جائز ثبت جوازها بالنكاح والسنة واجماع الامة أما الكتاب فثابتاً لقوله

ومحجراً وموجباً للثمن ومراجعة ونوعية ووضعية وغير ذلك اه كال رحمه الله قال الكمال وأما مفهومه لغة وشرعاً
فقال نحر الاسلام البيع لغة مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي اه والذي يظهر أن التراضي لا بد منه لغة أيضاً
فإنه لا يفهم من باعه وباع زيد عبداً لأنه استبدل به بالتراضي وأن الأخذ غصبا و إعطاء شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باعه اه
(قوله يقال باع كذا) ويتعدى بنفسه وبالطرف باع زيد الثوب وباعه منه قال الكمال وقد كتبت على هامش المجمع في باب المضاربة حاشية من
المصباح نافعة هنا اه وكتب مانعه وركنه الإيجاب والقبول لأنهم ما يدان على الرضا الذي تعلق به الحكم وكذا ما كان في معناها ما شرطه
أهلية المتعاقدين حتى لا ينعقد من غير أهل ومحله المال لأنه بني عنده شرعاً وحكمه ثبوت الملك للمشتري في المبيع والبائع في الثمن إذا كان بائناً
وعند الإجازة إذا كان موقوفاً اه اختيار (قوله في المتن بالتراضي) وهذا التعريف يتناول القرض أيضاً اه (قوله وفي اللغة هو مطلق
المبادلة) وكذا الشراء سواء كانت في مال أو غيره قال الله تعالى ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم وقال أولئك الذين اشترؤا
الضلالة بالهدى والعذاب بالمغفرة وفي الشرع مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم عليك أو تملكه كافاً وجد عليه كالمال بالمنافع فهوجارة
أو نكاح وان وجد مجاًناً فهو هبة اه اختيار وفي مشكلات خواهر زاده قال نحر الاسلام البيع في اللغة عبارة عن عليك المال بالمال
وفي الشرع هكذا أيضاً وكذا الشراء والاستراء والابتياح وباعتبار حقيقة اللغة تقع هذه الالفاظ على فعل البائع والمشتري على سبيل

الاشتراك قال تعالى وشروء أي باعوه إلا أن في العرف اختص لفظ البيع بالبائع ولفظ الشراء والاشتراء بالمتبوع والمشتري اهـ وكتب
مانعه وقال المصنف في آخر باب البيع الفاسد قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وكل من عوضه مال ملك المبيع بقيمته
قال الشارح وشروط أن يكون في العقد عوضان كل منهما مال ليحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ليخرج عنه البيع بالميتة ونحوه
والبيع مع نفي الثمن في رواية اهـ (قوله وأما السنة فاروي) في السنن مسنداً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال يا معشر التجاران
البيع بحضرة الغو والحلف فشوبوه بالصدقة اهـ اتفاقاً (قوله في الثمن ويلزم) أي ينعقد البيع انعقاداً لازماً اهـ عيني (قوله في الثمن
بإيجاب) وهو في اللغة الإثبات وفي الفقه ما يذ كر أو لا من كلام المتعاقدين لأنه يثبت خيار القبول لا لاخر انتهى شمني وكتب على قوله
بإيجاب قال الاتفاق في الإيجاب عبارة عما صدر عن أحد العاقدين أو لا يعمي به لأن الإيجاب نقيض السلب وهو الإثبات والمتكلم منهم أولاً
بقوله بعث أو اشتريت يريد اثبات العقد بشرط أن يضم إليه قول الآخر أو سمي به لأن قوله بعث واشتريت فعل والفعل صرف الممكن
من الامكان إلى الوجود فكان قوله بعث أو اشتريت إيجاباً لأنه قبل التلفظ به كان في حيز الامكان فصار بعد

(٣)

التلفظ واجب الوجود لغيره
ثم سمي كلام الآخر قبولا
لما أوجبه الآخر وان كان
هو إيجاباً في الحقيقة حتى
يتماز السابق من كلام العاقد
من اللاحق اهـ وكتب عليه
أيضاً قال السكال والإيجاب
لغة الإثبات لا شيء كان
والمراد هنا إثبات الفعل
الخاص الدال على الرضا
الواقع أو لا سواء وقع من
البائع كبعت أو من المشتري
كان يشتري المشتري فيقول
اشتريت منك هذا بألف
والقبول الفعل الثاني
والافعل منهما إيجاب أي
إثبات فسمى الإثبات الثاني
بالقبول تمييزاً له عن الإثبات
الاول ولأنه يقع قبولا ورضاً
بفعل الاول وحيث لم يصح
إرادة اللفظين بالبيع بل

تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا وأما السنة فاروي أنه عليه السلام باع قدحاً وحاساً وكلوا يتبايعون
فأقرهم عليه وأما الاجماع فإن الأمة أجمعت على جوازها وأنه أحد أسباب الملك قال رحمه الله (ويلزم
بإيجاب وقبول) وقال الشافعي لا يلزم به بل لهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا
اذهما متبايعان بعد البيع وقبله متساومان ولنا أن العقد تم من الجانبين ودخل المبيع في ملك المشتري
والفسخ بعده لا يكون إلا بالتراضي لموافيه من الأضرار بالآخر بإبطال حقه كسائر العقود وما رواه محمول
على خيار القبول فإنه إذا أوجب أحدهما فلكل منهما الخيار ما دام في المجلس ولم يأخذ في عمل آخر وفي
لفظه إشارة إليه فانهما متبايعان خالة البيع حقيقة وما بعده أو قبله مجازاً كسائر أسماء الفاعلين مثل
المتحاذين والمتضاربين فيكون التفرق على هذا الأقوال كما في قوله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلاً من سعته
لأنه إذا طلقها على مال تحصل الفرقة بقبولها هذا تأويل محمد وقال أبو يوسف هو التفرق بالابتنان بعد
الإيجاب قبل القبول وقال عيسى هذا أول لماء عهدنا في الشرع أن الفرقة موجبة للفساد كما في الصرف
قبل القبض وما ذكره بوجوب التمام ولا نظيره في الشرع فكان ما ذكرنا أولى لكونه مراداً وما روى عن ابن
عمر رضي الله عنهما أنه كان يبيع ويغفره خطوات خشية التردد تأويل منه وتأويل الصحابي عندنا لا يكون
سجدة أو يجوز أن يكون فعل ذلك لقطع الاحتمال حتى لا يتحقق عليه الآخر بذلك فيقطع الاحتمال ييقن
احتياطاً للتلايح له مخافة عليه لأن مذهبه كذلك بدليل أنه قال ما أدركت الصفقة حيا فهو من مال
المتبايع أي إذا هلك بعدها وقال عليه السلام من ابتاع طعماً فإليه حتى يقبضه من غير قيد به وأما قوله
اذهما متبايعان بعد البيع فقد ذكرنا أن الحقيقة فيه حالة البيع ولأنه يحتمل أنه عليه السلام سماهما
متبايعين لقرينتهما من البيع كما سمي العصير خرواً وما عاين عليه السلام ذبيحاً وانما كان له خيار القبول
لأنه لو لم يكن له الخيار لزم البيع من غير اختيار الآخر ولما دخل في ملكه وليس ذلك في وسع الموجب والموجب
أن يرجع في هذه الحالة لأنه ليس فيه إبطال حق الغير بخلاف ما إذا قضى الأصل الدين للكفيل قبل أن
يقضى الكفيل أو دفع الزكاة إلى الساعي قبل الحلول حيث لا يكون لهما أن يرجعه فانه لا يحق الكفيل

حكمه ما هو الملك في البلدين وجب أن يرد بقوله يتعقد يثبت أي الحكم فإن الانعقاد انما هو للفظين لا للمالك أي انضمام أحدهما إلى
الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي وقوله في القبول انه الفاعل الثاني بقيد كونه أعم وهو كذلك فإن من الفروع ما قال كل هذا الطعام
بدرهم فأكله تم البيع وأكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بعائنه واللبس بكذا رضا بالبيع وكذا اذا قال بعشك بك بألف
فقبضه ولم يقل شيئاً كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطي فانه ليس فيه إيجاب قبض بعده معرفة الثمن فقط وسيأتي مثله في حقه مسألة
القبض بعد قوله بعشك بألف من صور التعاطي كما فعله بعضهم نظر وفي فتاوى فاضل خان قال اشتريت منك هذا بكذا فصدق به
على هؤلاء ففعل البائع قبل أن يتفرقا جاز و كذلك اشتريت منك هذا الثوب بكذا فافاطعه لي قبضاً فقطعه قبل التفرق انتهى
ما قاله السكال رحمه الله (قوله في الثمن وقبول) أي وهو ما يذ كر أو لا من كلام المتعاقدين أو ما يقوم مقامه من قبض المبيع اهـ شمني (قوله
لأنه إذا طلقها على مال تحصل الفرقة بقبولها) أي وان لم يتفرقا بالابتنان انتهى (قوله وما ذكره بوجوب التمام) أي من أن المراد التفرق
بالأقوال اهـ

(قوله وينعقد بكل لفظ ينبي عن التحقيق الخ) قال في الهداية البيع ينعقد باليجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي قال الاتفاق في ثم اعلم ان اشتراط الايجاب والقبول بان يذكرنا بلفظ الماضي اذا لم يوجد نية الحال من انظر المستقبل فاذا وجدت تنعقد بلفظ المستقبل ايضا ألا ترى الى ما قال في شرح الطحاوي ثم عقد البيع تارة ينعقد بلفظين وتارة ينعقد بثلاثة ألفاظ فأما الذي ينعقد بلفظين نحو أن يكون لفظ المتعاقدين على الماضي أو على الايجاب في الحال أما الماضي فنحو أن يقول البائع بعث منك هذا العبد بألف درهم فقال الآخر أخذت أو قبلت ثم البيع ولو بدأ المشتري فقال اشتريت منك هذا العبد بألف درهم فقال البائع بعث أو قال هو لك ثم البيع بينهما بلفظين وأما الايجاب فنحو أن يقول البائع أبيع منك هذا العبد بألف درهم وأراد به ايجاب البيع في الحال وقال المشتري قبلت أو اشتريت أو يقول المشتري اشترى منك هذه الجارية بألف درهم وأراد به الايجاب فقال البائع بعث ثم البيع بينهما وأما الذي ينعقد بثلاثة ألفاظ فنحو أن يكون لفظ أحدهما بلفظ الامر فنحو أن يقول البائع للمشتري اشترى منك هذا العبد بألف درهم فقال المشتري اشتريت فلا يتم البيع مالم يقل البائع بعث أو يقول المشتري للبائع بع مني هذا العبد بألف درهم فقال بعث فلا يتم البيع بينهما مالم يقل المشتري اشتريت أو يقول البائع للمشتري اشتريت مني هذا العبد (٤) بألف درهم على سيد السؤال فقال المشتري اشتريت فلا يتم البيع مالم يقل البائع بعث

والفقير تعلق به على تقدير أن يقضى الدين وأن يتم الحول والنصاب تام فلا عليك بطلاله وينعقد بكل لفظ ينبي عن التحقيق كبعث أو اشتريت أو رضيت أو أعطيتك أو خذته بكذا والارسال والكتاب كالخطاب حتى يعتبر مجلس أدائم ما وليس له أن يقبل بعض المبيع دون البعض وان فصل الثمن الا اذا كرر البائع لفظه بعث مع ذكر الثمن لكل واحد عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك ان فصل الثمن بان قال بعثت هذين كل واحد بكذا أو بعثت هذه العشرة كل واحد منها بكذا بناء على أن البيع ينعقد بتكرار لفظه بعث عند غيره وعندهما بتفصيل الثمن وكذا ليس له أن يفرق في القبض عند انحاد العقد بانفائه عن البعض أو براءته أو تأجيله قال رحمه الله (وبه ما ط) أي يلزم بالتعاطي أيضا ولا فرق بين أن يكون المبيع خبيسا أو نفيسا وزعم الكرخي أنه ينعقد به في شيء خبيس لجريان العادة ولا ينعقد في النفيس لعدمها والصحيح الأول لان جواز البيع باعتبار الرضا بصورة اللفظ وقد وجدنا التراضي من الجانبين فوجب أن يجوز ثم اختلفوا فيما يتم به بيع التعاطي قيل يتم بالدفع من الجانبين وأشار محمد إلى أنه يكفي بتسليم المبيع قال رحمه الله (وأي قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب) معناه اذا أوجب أحدهما البيع ثم قام أحدهما الموجب أو الآخر قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع فيبطل به كسائر عقود المبادلة بخلاف الخلع والعنق على مال حيث لا يبطل بقيام الزوج والمولى لانهما من جهتهما والقبول شرط والاعيان لا تبطل بالقيام وعند الشافعي رحمه الله خيار القبول لا يعتد الى آخر المجلس بل هو على الفور ولنا أنه يحتاج الى التروي والفكر والتأمل فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة فهو جامع للتفرقات وبه يندفع الحرج وفيما قاله الشافعي رحمه الله حرج بين وهو منتف بالنص قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر وقال عليه السلام يسروا ولا تعسروا قال (ولا بد من معرفة قدر ووصف من غير مشار) لان

أو يقول المشتري للبائع أبيع مني هذا العبد بألف درهم فقال البائع بعث فلا يتم البيع مالم يقل المشتري ثانيا اشتريت الى هنا لفظ رواية شرح الطحاوي (قوله أو خذته بكذا) قال الكمال وكذا اللفظ خذته بكذا ينعقد به اذا قيل بأن قال أخذته ونحوه لانه وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته أعني الامر بالاخذ يستدعي سابقة البيع فكان كالماضي الآن استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الرضع واستدعاء خذته سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما اذا قال بعثت عبدك هذا

بألف فقال فهو عتق ويثبت اقتضاء بخلاف ما لو قال هو حر بلا فاء لا يعتق اه كمال (قوله حتى يعتبر مجلس جهاتهما أدائهما) أي ويصح رجوعه عن ذلك بعدما كتب وبعدهما أرسل قبل قبول الآخر سواء علم الرسول أو لم يعلم بخلاف ما اذا عزل الوكيل بغير علمه فإنه لا ينزل اه غايه (قوله يلزم بالتعاطي) أي وهو الاخذ والاعطاء اه (قوله ولا فرق بين أن يكون المبيع خبيسا أو نفيسا) قيل النفيس نصاب السرقة فصاعدا والخبيس مادونه اه فتح (قوله وزعم الكرخي أنه ينعقد به في شيء خبيس) قال الكمال وأراد بالمجلس الاشياء المحقرة كاللقل والغيف والبيض والجوز استحسانا للعادة قال أبو معاذ رأيت سفينا ان الثوري جاء الى صاحب الزمان فوضع عنده فاسا وأخذ زمانة ولم يتكلم ومضى اه فتح (قوله لان القيام دليل الاعراض) قال الكمال الآن للمجلس أثرا في جمع المتفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس اه وكتب على قوله لان القيام دليل الاعراض مانعه قال الكمال رحمه الله وله أن يقبل مادام المجلس قائما فان لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد واختلافه بما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل اخر ونحوه أما لو قام أحدهما ولم يذهب فظاهر الهداية وعليه مشي جمع أنه لا يصح القبول بعد ذلك واليه ذهب قاضيان حيث قال فان قام أحدهما بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض وقال شيخ الاسلام في شرح الجامع اذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح واليه أشير في جمع التفاريق اه

الشارح يكون مفسدا اه
وكتب على قوله تكون
مفسدة مانصه كافي السلم فان
معرفة قدر المسلم فيه شرط
لجواز العقد والحاصل أن
الاعراض اذا كانت غير
مشار اليها سواء كان ثمن
أو مئمة لا تترط فيها معرفة
المقدار في المبيع ومعرفة
مقدار الثمن ووصفه اه
عيني (قوله في المتن لا مشار)
بالرفع كما اقتضاه صديق
العيني في شرحه اه وكتب
على قوله لا مشار مانصه
لا يشترط معرفة قدر
ووصف مشار فذهب
المضاف وأقام مشاراماته
اه (قوله والناصرى) مات
الناصرى محمد بن قلاوون
سنة سبعمائة واحدى
واربعين ومات الشارح
رحمه الله سنة سبعمائة
وثلاثة وأربعين اه (قوله
في المتن ويبيع الطعام كيلا)
أى من جهة الكيل اه
عيني (قوله وأما الخراف
فلما ينفاه) أى من أنه
بالإشارة ترتفع الجهالة
اه (قوله في المتن ومن
باع صبرة) هى اسم
لكوم من الحب اه عيني
(قوله في المتن كل صاع)
بالنصب بدل من صبرة اه
(قوله لان المبيع معلوم
بالإشارة) أى الى الجملة
والثمن معلوم بالعدو به قالت
الثلاثة اه عيني

جهالة ما تنقضى الى النزاع المانع من التسليم والتسلم فيخلو العقد عن الفائدة وكل جهالة تنقضى اليه
يكون مفسدا قال (لا مشار) أى لا يحتاج الى معرفة القدر والوصف في المشار اليه من الثمن أو المبيع لان
الإشارة تبلغ أسباب التعريف وجهالة وصفه وقدره بعد ذلك لا تنقضى الى المنازعة فلا يمنع الجواز لان
العوضين حاضرا بخلاف الربوى اذا بيع بجنسه حيث لا يجوز جزا فالاحتمال الربا بخلاف رأس مال
السلم حيث لا يجوز اذا كان من المقدرات الا أن يكون معرف القدر عند أى حنيفة على ما يبيانه في
موضعه قال (وصح بثن حال وبأجل معلوم) معناه اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لقوله تعالى
وأحل الله البيع من غير فصل وعنه عليه السلام أنه اشترى من يهودى الى أجل ورهنه درعه ولا بد أن
يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه تنقضى الى المنازعة قال (ومطلقه على النقد الغالب) أى مطلق الثمن
يقع على غالب نقد البلد ومراعاة من الاطلاق هنا أن يكون مطلقا عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن
بعد أن سمي قدره بأن قال عشرة دراهم مثلا فاذا كان كذلك ينصرف الى المتعامل به في بلده لان المعلوم
بالعرف كالمعلوم بالنص لاسيما اذا كان فيه تصحيح تصرفه قال (وان اختلفت النقود فسدان لم يبين)
وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء وفي المالية مختلفة لان مثل هذه الجهالة مقضية الى المنازعة فتفسد الى
أن ترتفع بالبيان فان كانت في الرواج مختلفة ينصرف الى غالب نقد البلد على ما بينا وان كانت في المالية
سواء جازا البيع كيفما كان غير أنه ان كان أحدهما أروح انصرف اليه لما ذكرنا وان كانت في الرواج سواء
كالاحدى والثنتان والثلاثي جاز لان مالية كل واحد سواء غير أن الأول كل واحد منه درهم والثاني كل
أشبه منه درهم والثالث كل ثلاثة منه درهم ونظيره السكامل والعدلى والظاهرى والمنصورى والناصرى
اليوم بمصر فاذا اشترى بدرهم معلومة فأعطى من أيها شاء جاز لانه لا منازعة فيها ولا اختلاف في المالية
قال (ويبيع الطعام كيلا وبجرازا) لانه بكل واحد منهم ما يصير معلوما أما المكيلة فظاهر وأما الجراف فلما بينا
في المشار اليه ومراعاة بالخراف اذا باعه بخلاف جنسه ولم يكن رأس مال السلم على ما بيناه في المشار اليه
وبجنسه لا يجوز الا اذا كان قايلا وهو ما دون نصف الصاع قال (وبأناء أوجر بعينه لا يعرف قدره)
لان هذه الجهالة لا تنقضى الى المنازعة وهى المانعة لا يجوز دال جهالة قصار كالجرافة وكبيع شئ لا يعرف
وصفه بالإشارة ولا يتوهم هلا كقبيل التسليم لان تسليمه يجب في المجلس بخلاف السلم لان التسليم
فيه متأخر الى حلول الاجل فيجتمه هلا كدوالاحتمال فيه ملحق بالحقيقة وهذا اذا كان الاناء لا ينكس
بالتكيس ولا ينقبض ولا ينسبط كالقصعة والخرق وأما اذا كان ينكس كالزنبيل والقفصة فلا يجوز
الا في قرب الماء استحسانا للتعامل فيه روى ذلك عن أبى يوسف رحمه الله وكذا اذا كان الحجر ينقش
وكذا اذا باعه بوزن شئ يخف اذا جف كالخيار والبطيخ وعن أبى حنيفة وأبى يوسف لا يجوز بوزن حجر
ولا بأناء لا يعرف مقداره لان هذا جراف وشرط جواز الجراف أن يكون مميذا مشارا اليه ولو كاله
ورضى المشتري به جاز لانه صار مميذا مشارا اليه وان باعه بعد ذلك قبل أن يعيد الكيل جاز لانه اشتراه بمجازفة
فكان المستحق هو المشار اليه قال (ومن باع صبرة كل صاع بدرهم صح في صاع) وهذا عند أبى حنيفة
وقالا جاز في الكل لان المبيع معلوم بالإشارة لان المشار اليه لا يحتاج الى معرفة مقدار جوارى البيع
وجهالة الثمن بأيديهم ما رفعهما فيجوز كالباع عبدا من عبيدين على أن يأخذ أيهما شاء بخلاف ما اذا
أجر داره كل شهر بدرهم حيث لا يجوز الا في شهر واحد لان الشهور لا نهاية لها فلا يمكن إزالة الجهالة فيها
فيصرف الى الأقل كما اذا قال لفلان على كل درهم يلزمه درهم واحد بخلاف ما اذا قال كل امرأة أتزوجها
طالق حيث ينصرف الى الكل لعدم انقضائه الى المنازعة ولا بى حنيفة أن الثمن مجهول وذلك مفسد
غير أن الأقل معلوم فيصح فيه التيقن به وما عداه مجهول فيفسد كما اذا باع الثوب برقة بخلاف
ما استشهد به لان الرافع للجهالة هنا وهو الكيل متأخر عن العقد وفي تلك مقارن لان اختياره موجود حاله

(قوله وله الخيار فيهما) اما قبل التسمية والتكيل ففي صاع واما بعدهما ففي الكل اه عني (قوله في المتن ولو باع ثله) بفتح الهمزة الثالثة وتشديد اللام وهي القطيع من الغنم اه عني (قوله في المتن ولو سمي الكل ص) أي بأن قال مائة شاة بمائة درهم أو مائة ذراع بمائة اه عني (قوله اخذنا الموجود بحصته) (٦) أي لان الثمن ينقسم بالاجزاء على أجزاء المبيع المثلي مكية لا أو موزونا اه كمال

التبايع ثم اذا جاز في قفيز واحد عنده ثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه ولو كان في المجلس جاز بالاجماع لزوال المانع قبل تقرر الفساد وكذا اذا سمي جملة القفز ان وله الخيار فيهما لانه علم في ذلك الوقت فصار كالمظهر له بالايجاب وكما لو اشترى مالم يره فراه وان افتقر قبل أن يعرف فسد فلا ينقلب صحيحا بعد المجلس بخلاف ما اذا شرط الخيار اربعة أيام حيث يعود صحيحا بازالة المفسد بعد الافتراق لان المفسد فيه لم يتمكن في صلب العقد بل باعتبار اليوم الرابع فيعود صحيحا قبل مجيئه وهو هنا عكن فيه فيتقيد بالمجلس قال رحمه الله (ولو باع ثله) أي جماعة ومراهم من الغنم (أو ثوبا كل شاة بدرهم أو كل ذراع بدرهم فسد في الكل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز في الكل لما ذكرنا أن رفع هذه الجهة لا يذهب مما لم يأخذ منها نهاية وله ما ذكرنا من الجهة الا أن الواحد متيقن به فينصرف اليه غير أن أفراد الشياء متفاوتة فلا يجوز بيع واحد منها فيفسد وقطع ذراع من ثوب يكون ضررا على الباقي فلا يجوز كل لو باع جذا من سقف وعلى هذا كل عدد متفاوت قال (ولو سمي الكل ص في الكل) يعني لو سمي بجملة في العقد جاز في الكل في الفصلين في فصل الصبرة وفي فصل الشياء ونحوه لزوال المانع وكذا اذا سمي بعد العقد في المجلس لما ذكرنا وهو يتأتى على قوله وعلى قوله لهما لا يتأتى لجوازه بدونه قال (ولو نقص كيل أخذ بحصته أو فسخ وان زاد فللبائع) يعني لو باع صبرة وسمى بجملة بأن قال بعثكها على أنها مائة قفيز بمائة درهم ثم وجدها ناقصة أخذ الموجود بحصته الى آخره لانها من المقدرات فيتعلق العقد بقدرها وان لم يسم قسط كل قفيز فاذا تعلق بقدرها فان وجدها ناقصة فله الخيار ان شاء أخذها بحصتها وان شاء تركها لتفرق الصفقة عليه وان وجدها زائدة فالرائد للبائع لانه لم يدخل في البيع الا القدر المسمى فبقى على ملكه اذ القدر ليس بوصف قال (ولو نقص ذراع أخذ بكل الثمن أو ترك وان زاد فالمشتري ولا خيار للبائع) معناه اذا باع مذكروا وسمى بجملة الذراع ولم يسم لكل ذراع ثمنًا ثم وجدته ناقصة أخذ بكل الثمن وان شاء ترك الى آخر ما ذكرنا من الذراع وصف للذرع فلا ينقسم الثمن على الاوصاف فيكون كل الثمن مقابلا للعين كلها بخلاف الاول غير أنه ان وجدته ناقصة ثبت له الخيار لقوات وصف مرغوب فيه مشروط في العقد وان وجدته زائدة فهو له بذلك الثمن لان الوصف لا يقابل شي من الثمن ولا خيار للبائع كما اذا شرط معيافا فوجده سليما وبالعكس وهو ما اذا شرط سليما فوجده معيافا للمشتري الخيار والدليل على أنه وصف أنه عبارة عن الطول والعرض ويجوز للمشتري أن يبيعه بعد القبض قبل أن يذره ولو كان قدرا لما جاز لاحتمال أن يزيد فيكون للبائع كافي التكيل والموزون قال (ولو قال كل ذراع بكذا ونقص أخذه بحصته أو ترك وان زاد أخذ كله كل ذراع بكذا أو فسخ) معناه أنه اذا قال بعثك على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم مثلا فوجده ناقصا فهو بالخيار ان شاء أخذه بحصته وان شاء تركه وان وجدته زائدة أخذ كله كل ذراع بدرهم أو فسخ لان الذراع وان كان وصفا يصلح أن يكون أصلا لانه عين ينتفع به بافتراده فاذا سمي لكل ذراع ثمنًا جعل أصلا وافهوا وصف فاذا صار أصلا فان وجدته ناقصة أخذ بحصته ويثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه وان وجدته زائدة فهو بالخيار ايضا ان شاء أخذه كله كل ذراع بدرهم وان شاء تركه لانه ان حصل له الزيادة في المبيع تترجم الزيادة في الثمن فكان فيه نفع يشوبه ضرر فيخير وليس له أن يأخذ القدر المسمى ويترك الزائد لان التبعيض يضر البائع بخلاف الصبرة ألا ترى أنه لا يجوز أن يبيع بعض المذرع ابتداء وفي الصبرة يجوز لان ذلك

(قوله وان لم يسم الخ) قال الاتقاني واعلم أن المبيع اذا كان كيديا يتعلق العقد بما سمي من التكيل مثل أن قال بعث هذه الصبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم ولا يتفاوت الحكم بين أن يسمى لكل قفيز ثمنًا بأن قال كل قفيز بكذا أو لم يسم فأوجد المسمى كما قدر فهو للمشتري بالخيار اه (قوله فان وجدها ناقصة) أي عن المائة انتهى (قوله ان شاء أخذها بحصتها) أي من الثمن وطرح حصة النقصان لان القفز ان لما كانت معقودا عليها انقسم الثمن عليها قال في شرح الطحاوي وكذلك هذا الحكم في جميع الكميات وكذلك هذا الحكم في جميع الوزنيات التي ليس في تبعيضها مضرة انتهى اتقاني (قوله لتفرق الصفقة عليه) أي لان العقد ورد على جملة معلومة فاذا نقصت يلزم تفرق الصفقة لاحتمال اه (قوله الا القدر المسمى) أي وهو مائة قفيز انتهى (قوله فبقى على ملكه) أي الزائد على المائة انتهى (قوله اذ القدر ليس بوصف)

أي القدر الزائد ليس وصفيا هو الاصل انتهى (قوله ولا خيار للبائع) اعلم أن الذريعات بخلاف الجواب فيها بين أن يسمى معلوم لكل ذراع ثمنًا بان قال كل ذراع كذا وبين أن لا يسمى لم يكتب الحشى (قوله معناه اذا باع) أي ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة أو أرضا على أنها مائة ذراع بمائة انتهى غاية (قوله كما اذا شرط معيافا فوجده سليما) أي كما اذا باع عبدا على أنه أعني فوجده المشتري بصيرا حيث لا خيار اه اتقاني (قوله أخذ بحصته أو ترك) أي لقوات الوصف المرغوب فيه اه عني (قوله وان وجدته زائدة أخذ كله كل ذراع بدرهم أو فسخ)

وأصل هذا أن الذراع في المذروعات وصف لانه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة أجزاء فان لم يفرق بين كان تابعا محضاً فلا يقابل بشئ من الثمن وذلك فيما اذا قال على انها مائة بمائة ولم يزد على ذلك واذا كان تابعا محضاً في هذه الصورة والتوابع لا يقابلها شئ من الثمن كاطراف الحيوان حتى ان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شئ من الثمن أو اعورت عند المشتري جازله أن يراجع على ثمنها بلا بيان فعليه تمام الثمن في صورة النقص وانما يتخير لقوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما اذا اشتراه على أنه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة وله الزيادة في صورة الزيادة كما اذا باعه على أنه يعيب فوجده سليماً هذا ان لم يفرق بالثمن فان أفرق بالثمن وهو اذا قال على انها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار أصلاً وارفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على انها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة يتخير بين أن يأخذ الأثواب الموجودة بحصتها من الثمن وبين أن يفسخ لتفريق الصفقة فكذا اذا وجد الذراع ناقصة في هذه الصورة وهذا لانه لو أخذها بكل الثمن لم يمكن أن يأخذ كل ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم تسلم له الزيادة لصيرورته أصلاً كما لم يسلم له الثوب المفرد فيما اذا زاد عدد الثياب على المشروط وان كان بينهما فرق فان عدد الثياب اذا زاد فسد البيع للزوم جهالة المبيع لان المنازعة تجري في تعيين الثوب الذي يرد الى البائع بسبب انه أصل من كل وجه لفسد فيثبت له الخيار بين أن يأخذ الزائد بحصته وبين أن يفسخ لانه وان صح له أخذ الزائد لكنه بضرر لحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعقد البيع فكان له الخيار واذا ظهر أنهم اعتبروا الطول وصفاً تارة وأصلاً أخرى ولم يعتبروا القدر في المثليات الأصل لا تسمع أن الطول والعرض أيضاً يرجع الى القدر ويمكن أن يجعل القدر وصفاً احتجج الى الفرق فقيل لان المثل لا ينقص قيمته بنقصان القدر فان الصبرة الكائنة مائة فقيل لو صارت قفيزين (V) في الغلة لم تنقص قيمة الغلة بخلاف

الثوب والارض ألا ترى أن الثوب الذي عادته عشرة وهو قدر ما يفصل قباه أو فريحة كان ثمن اذا قسم على أجزائه يصيب كل ذراع منه مقدار ولو أفرق الذراع وبيع بفرد لم يساوى الاسواق ذلك المقدار بأقل منه بكثير وذلك لانه لا يبعد الغرض الذي يصنع بالثوب الكامل فعملنا أن

معلوم ولما كان الذراع يصلح أن يكون أصلاً اعتباراً أصلاً في حق انقسام الثمن على الذراعان وبقي وصفاً في حق غيرهم من الاحكام كدخول الفاضل في المبيع وان سمي لكل ذراع ثمانية قال (وفسد بيع عشرة أذرع من دار لا أسهم) أي لا يفسد بيع عشرة أسهم من دار وهذا مشكل فانه لو باع عشرة أسهم من دار وغيرها ولم يقل من مائة سهم ونحوه يفسد لانه مجهول لا تعرف نسبته الى جميع الدار بخلاف ما اذا قال عشرة أسهم من مائة سهم أو من ثلاثين مثلاً حيث يجوز لانه معلوم عشر أو ثلث ولعل الشيخ قصد هذا ولكن اجماعه في الاختصار أداه اليه وقوله وفسد بيع عشرة أذرع من دار هو قول أبي حنيفة رحمه الله واختلف المشايخ على قولهم ما فهم من قال لا يجوز زعدهما للجهالة بمنزلة ما لو اشترى سهماً منها أو عشرة أسهم منها ولم يقل من كذا سهم ما فهم من قال يجوز لان هذه الجهالة يمكن رفعها بالذرع فنعرف فلا تنقضي الى المنازعة بخلاف ما لو اشترى سهماً منها أو عشرة أسهم اذ لا يمكن رفع الجهالة فيه ولو باع عشرة أذرع من مائة ذراع فسد ذراعاً عنده وعندهما يجوز اذا كانت الدار مائة ذراع

كل جزء منه لم يعتبر كثوب كامل مفرد اه فتح (قوله ومنهم من قال يجوز) أي عندهما وهو الاصح انتهى ابن فرشتا قوله لان هذه الجهالة يمكن رفعها بالذرع) أي بان يذرع جميع الدار فيعرف أن المبيع عشرة أسهم أو خمسة انتهى (قوله بخلاف ما لو اشترى سهماً منها أو عشرة) أي ولم يقل من كذا سهم انتهى اتفاقاً (قوله اذ لا يمكن رفع الجهالة فيه) أي فكانت مفسدة العقد اه اتفاقاً (قوله ولو باع عشرة أذرع من مائة ذراع) قال الكمال رحمه الله قوله ومن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حزام فالباع فاسد عند أبي حنيفة وقالاهو جائز وبه قال السافى وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جازى قولهم جميعاً ومبنى الخلاف على أن المؤدى من بيع عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع فعندهما شائع كانه باع عشرة مائة وبيع الشائع جائز اتفاقاً كما في بيع عشرة أسهم من مائة سهم وعندهما قدس معين والجواب مختلفة الحدود فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة فيفسد البيع فلواتفقوا 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 الصائفة مبنى على أنهم بعدون الكواكب ولا كتاب لهم أولهم كتاب فلواتفقوا على الثاني اتفقوا على جوازه أو على الأول اتفقوا على عدم الجواز فالشأن في ترجيح المبنى انتهى (قوله اذا كانت الدار الخ) قال الاتفاقى معنى قوله وقالاهو جائز اذا كانت الدار كلها مائة ذراع هكذا ذكر الصمد الشهيد والامام الزاهد العتائى في شرحيهما ويفهم هذا القيد من تعليلهما أيضاً لان العشرة انما تكون عشر الدار اذا كان كلها مائة أما اذا كان أقل من ذلك أو أكثر فلا وجه قولهما أن يبيع عشر الدار جائز بالاجماع والعشرة الاذرع من المائة عشر جائز ولهذا يجوز بيع عشرة أسهم من مائة سهم منها اجاعاً ووجه قول أبي حنيفة أن البيع وقع على قدر من الدار معين لاعتن شائع وذلك القدر مجهول في نفسه لان موضعه لا يعلم من جانب شرقي هو ومن جانب غربي أو من غيرهما فيصير هو تابعا في الحقيقة عشرة أذرع عنهما من الدار ونك الذراع مجهولة في نفسها فلا يصح بيع المجهول فصار كانه

باع يتام من يوت الدار ولم يعين البيت أو باع قسما من الأقسام من الدار المقسومة على ثلاث وهذا الان القسم ليس باسم الشائع بل هو اسم
 بطرمة قد مر عين لكنه لما كان مجهولا في نفسه لجهالة موضعه لم يجز البيع بخلاف عشر الدار أو بيع عشرة أسهم من مائة سهم من الدار لان
 العشر اسم آخر لا شائع معلوم في نفسه وكذلك عشرة أسهم من مائة سهم فانه عشر أيضا والسهم لا يشبه الذراع ألا ترى أن ذراعاً من مائة
 ذراع مثل ذراع من عشرة فقطهر الفرق ويبان ما قلنا أن البيع وقع على قدر معين من الدار لا على شائع اذا الذراع في الاصل اسم لشبهة
 يذرع بها المسوح وليست هي عمادة (٨) من البيع بل المراد ما يحمله الذراع ويجاوزه مجازاً باطلاق اسم الحال على المحل

وما يحمله الذراع معين
 لانه عشرها فأشبهه عشرة أسهم من مائة سهم وله أن الذراع اسم لآلة يذرع بها واستعمل ما يحمله الذراع وهو
 معين لا مشاع ثم لا يعلم محله من أي الجوانب هو على التعيين فلا يجوز تركه ولو باع أحد العبدين بخلاف
 ما اذا باع عشرة أسهم من مائة سهم لانه شائع فلا يفتى الى المنازعة وذكر الخصاص أن الفساد عنده اذا لم
 يعلم جهة الذراع وأما اذا علم جهته فليس عليه أن يفتى الى المنازعة وذكر الخصاص أن الفساد عنده اذا لم
 عددها جهة يجوز عنده والا فلا والصحيح أنه لا يجوز عنده مطلقاً لما ذكرنا قال (وان اشترى عدداً على
 انه عشرة أو ثوب فنقص أو زاد فسد) يعني اذا اشتراه بعشرة دنائير مثلاً ولم يبين عن كل ثوب ثم اذا وجد
 ناقصاً أو زائداً فسد البيع لجهالة المبيع في الزيادة لانه يحتاج الى أن يرتد الثوب الزائد فيتمتازان في
 المردود ووجهه الثمن في فصل النقصان لانه يحتاج الى أن يسقط حصة عن المعدوم وهو مجهول فيؤدي الى
 النزاع قال (ولو بين عن كل ثوب ونقص صح بقدره وخير وان زاد فسد) لانه اذا كان زائداً تبق الجاهلة
 في المردود فيؤدي الى المنازعة وفي فصل النقصان عن كل واحد من الثياب معلوم فالوجود يصح فيه
 البيع ويبطل في المعدوم وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يفسد في فصل النقصان أيضاً لانه جمع بين معدوم
 وموجود في صفقة واحدة فصار قبول العقد في المعدوم شرطاً لقبوله في الموجود فكان فاسداً كما
 لو جمع بين حر وعبد وبين عن كل واحد منهما أو باع ثوبين على أنهم ماهر وبان وبين عن كل واحد منهما
 فاذا أحدهما مروي فان العقد عنده فاسد في الصورتين فكذا هذا وعندهما جاز فكذا هذا بناء على أن
 البيع بتعدد تفصيل الثمن عندهما وعند بتعدد لفظه البيع والصحيح أنه يجوز في فصل النقصان لانه
 لم يجعل قبول العقد في المعدوم شرطاً لقبوله في الموجود بل قصد بيع الموجود ألا أنه غلط في العدد بخلاف
 المستشهد به فانه قصد الايجاب فيهما جعل قبول العقد في كل واحد منهما شرطاً لقبوله في الآخر وهو شرط
 فاسد بحقيقة أن الشئين الموصوفين بوصف اذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل واحد منهما شرطاً للصحة
 العقد في الآخر بذلك الوصف اذ ليس للشئ أن يقبل العقد في أحدهما دون الآخر فاذا انعدم ذلك
 الوصف في أحدهما كان ذلك شرطاً فاسداً في الآخر فبان النظر الى وجود ذلك الشئ كان شرطاً وبالنظر الى
 انعدام ذلك الوصف كان فاسداً وأما اذا كان أحدهما معدوماً وبذلك الوصف لم يكن دخلاً في العقد حتى
 يكون قبوله شرطاً للصحة العقد في الآخر لانه معدوم فلا يتصور فيه القبول بل هو غلط محض قال (ومن
 اشترى ثوباً على أنه عشرة أو ذراع كل ذراع بدرهم أخذ بعشرة في عشرة ونصف بالاختيار وتسعة في تسعة
 ونصف بخيار) معناه اذا اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أو ذراع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو
 تسعة ونصف بأخذه في الوجه الأول بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني بأخذه بتسعة ان شاء وهذا
 عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف بأخذه في الأول باحد عشر وفي الثاني بأخذه بعشرة وبخيار
 في الوجهين وقال محمد رحمه الله بأخذه في الأول بعشرة ونصف وفي الوجه الثاني بعشرة ونصف وبخيار
 فيهما لانه لما سمي لكل ذراع ثمناً على حدة التحق بالقدر ومن ضرورية مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة النصف

والمعنى
 لا شائع لان الشائع لا يتصور
 أن يذرع فلم يصلح أن
 يستعار الذراع للشائع لان
 الشائع ليس بحمل للذراع
 فلما أريد من الذراع ما يحمله
 وهو معين لكنه مجهول
 الموضع بطل العقد
 وقوله ما استحسان وقول
 أبي حنيفة قياس اه (قوله
 فأشبهه عشرة أسهم من مائة
 سهم) وبه قالت الثلاثة اه
 (قوله في الثمن وان اشترى
 عدداً) صورته ان يقول
 بعثك ما في هذا العدل على
 أنه عشرة أو ثوب بعائة درهم
 مثلاً ولم يفصل لكل
 ثوب ثمن بل قاسل المجموع
 بالمجموع فاذا هو تسعة
 أو احدى عشر فسد البيع
 اه فتح (قوله لانه جمع بين
 معدوم وموجود) أي ولم
 يجز في المعدوم فنقص
 الى الموجود اه اتفاقاً
 (قوله بأخذه في الوجه الاول)
 أي وسلمه النصف مجازاً اه
 (قوله وفي الوجه الثاني
 بأخذه بعشرة) فالأبويوسف
 جعل نصف ذراع بمنزلة

ذراع كامل فلهذا يأخذه في الاول بأحد عشر وفي الثاني بعشرة اه (قوله وقال محمد بأخذه في الاول بعشرة ونصف الخ) بالنصف
 قال الاتفاقى رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله يأخذه في الاول بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف وله الخيار في الوجهين أيضاً
 اعتبار الجزء بالكل لان كل ذراع اذا قبل بدرهم يكون كل نصف ذراع مقابلاً لنصف درهم لا محالة وهذا ظاهر ثم اذا زاد الذراع الكامل
 يأخذه بأحد عشر فيعني أن يأخذ بعشرة ونصف اذا زاد نصف ذراع أكن للشئ الخيار في الوجهين ففي الزيادة لانه نفع يشوبه ضرر
 وفي النقصان لتفرق الصفقة عليه وجه قول أبي يوسف أن كل ذراع لما أقر بذكره كان كل ذراع كتب بيع على أنه ذراع فاذا انتقص

الثوب من الذراع لم ينتقص شيء من الثمن وللمشتري الخيار فكذلك هذا الكس الخيار في الزيادة لأنه نفع يشوبه مضرة وفي النقصان لغوات الوصف المرغوب فيه ووجه قول أبي حنيفة أن الذراع يعتبر بوصف في الأصل وإنما أخذ حكم الأصل إذا وجد الشرط ثم الشرط وجد في الذراع لا فيمادونها فكان الحكم فيمادون الذراع بأفيا على الأصل فكان وصفنا الوصف لا يقابل شيء من الثمن لكن ليس له الخيار في صورة الزيادة لأن العشرة والنصف بمنزلة العشرة الجيدة فإذا اشتري شيئاً على أنه معيب فوجد سليماً يأخذه بالخيار فكذلك هنا وفي صورة النقصان يأخذه بتسعة إن شاء لأن النصف الزائد على التسعة بمنزلة الوصف فلا يقابل شيء من الثمن لكن له الخيار لغوات الوصف المرغوب فيه وهو النصف الناقص عن العشرة ويقول محمد تأخذ اه قال الكمال رحمه الله ثم من الشارحين من اختيار قول محمد وفي الذخيرة قول أبي حنيفة أصح وذكر حاصل الوجه المذكور له وفي قوله معقيد بكونه ذراعاً إشارة إلى الجواب عن قول محمد أنه ينقسم أجزاء الدرهم على أجزاء الذراع فقال هذا إذا كان تمام الذراع موجوداً والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان للبعض منه حكم الوصف لعدم المقابلة اه (قوله قيل هذا الاختلاف الخ) قال الاتقاني قال الزاهد العتاني رحمه الله في شرح الجامع الصغير قال مشايخنا هذا في الثوب الذي يتعيب بقطع بعضه كالقميص والسراويل والعمامة ونحوها فإذا كان كراسياً لا يضره القطع فاشترته على أنه عشرة أذرع فوجدته إحدى عشرة لا تسلم له الزيادة بل ترد على المبتاع كافي المكملات والموزونات وعلى هذا قالوا الوباغ ذراعاً من هذا الكر يابس يجوز كالبواغ فقيضاً من صبرة يجوز لأن القطع والتمييز لا يضر بالباقي ولو باع ذراعاً من هذا القميص أو من (٩) هذه العمامة لا يجوز لأن القطع

بأنه ف كالمكمل وإنما يخير لأنه في الوجه الأول ازداد عليه الثمن بزيادة نصف ذراع وفي الوجه الثاني انتقص الثوب عما شرط فيخبر كيلا يتضرر ولا يبيع يوسف أنه لما قابل كل ذراع بدرهم صار كل ذراع كئيب على حدة يبيع على أنه ذراع بدرهم فإذا وجد ناقصاً لا يبيع شيء لما ذكرنا أنه وصف وتغير الوصف لا يوجب سقوط شيء من الثمن ثم يخبر فيه بما لأنه إذا زاد الثمن عليه فيما إذا وجد زائداً وانتقص المبيع في الآخر فلم يتم رضاه ولا يبي حنيفة رحمه الله أن الذراع فيه وصف في الأصل وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو معقيد بالذراع وبكونه مقابل بالدرهم فعند عدمهما عاد الحكم إلى الأصل ثم لا يخبر في فصل الزيادة لأنه مخالفة إلى خير وفي النقصان يخبر لغوات الوصف المرغوب فيه قيل هذا الاختلاف في ثياب يضرها القطع أو تنفوت جوانبها كالعمامة والقمصان والاقبية وأما الثياب التي لا تنفوت جوانبها كالبطائن ونحوها فلا تسلم له الزيادة لأنه إذا كان بهذه الصفة فهو بمنزلة المكمل والموزون وعلى هذا يجوز بيع ذراع منه كبسعة قفيز من صبرة أو لا يضره التبعض

(فصل) قال (يدخل البناء والمفاتيح في بيع الدار والشجر في بيع الأرض بلا ذكر) لأن اسم الدار للعرصة في الأصل وفي العرف يتناول البناء تبعاً لكونه متصلاً به اتصال قرار وكذا الشجر متصل بالأرض للقرار فيدخل في بيعها تبعاً لها واختلاف في شجر غير مثمر وفي شجر صغير قيل لا يدخل لأن غير المثمرة تنقلح للحطب والخشب لينبغي عليها والصغيرة تنقل من مكانها فصار كالزرع وقيل يدخل فيه لأنها يتم ما ليس

(٣ - زيل على رابع) ما يدخل تحت البيع من غير ذكره وما لا يدخل واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك اه ملخصاً من الاتقاني والكمال (قوله وفي العرف يتناول البناء) قال الاتقاني وذلك لأن اسم الدار في العرف يتناول البناء والعرصة جميعاً ما يدخل البناء كالعرصة والمطلق من الالفاظ ينصرف إلى المتفاهم في العرف ولا يفهم في العرف من بيع الدار بيع عرصتها لا بناءها بل بيعهما جميعاً قال الكمال واستدل المصنف على دخول البناء باسم الدار يتناول العرصة والبناء بأنه متصل بها اتصال قرار واستشكل الأول بمسألة ما لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما نهى عن ذلك بحث فلو كان من مسمى لفظ الدار لم يثبت وهذا لو أبطل التعديل الأول لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الأخرى ثم أجيب بأن البناء وصف فيها وهو لغو في المعينة فكانه حلف على نفي الدخول في هذا المكان وتحقيقه أنه حلف لا يدخل هذه التي تسمى الدار فلا يثبت الدخول المخوف عليه بكونها داراً وقت الدخول وتدخل البئر الكائنة في الدار وإن كان عليها بكرة تدخل ولا يدخل الدلو والحبل المعنقان عليها إلا أن كان قال بغير فقها ويدخل البستان الذي في الدار صغيراً كان أو كبيراً وإن كان خارج الدار لا يدخل وإن كان له باب في الدار قاله أبو سليمان وقال الفقيه أبو جعفر إن كان أصغر من الدار ومفقه فيها يدخل وإن كان أكبر أو مثلها لا يدخل وقيل إن صغيراً دخل ولا لا وقيل يحكم الثمن اه (قوله واختلاف في شجر غير مثمر) قال الكمال رحمه الله ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل ثم قال نعم الشجرة اليابسة لا تدخل لأنها على شرف القطع فهي كحطب موضوع فيها اه

(قوله فيدخل المفتاح تبع الاغلاق) والاغلاق جمع غلق بالتخريك وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح اه اتفاقى (قوله كالمفتاح والسلم المتصل) قال الكمال في المحيط الاصل أن كل ما كان في الدار من البناء أو متصلا بالبناء تبع لها فيدخل في بيعها كالسلم المتصل والسرير والدرج المتصلة والخزج الاسفل من الرج ويدخل الخزانة الاعلى عندنا استحسانا والمراد بالخزانة المبنية في الدار وهذه متعارف أما في ديار مصر فلا تدخل رجلي اليد لانها بحجرية تنقل وتحول ولا تبنى فهي كالسلب الموضوع والباب الموضوع لا يدخل في بيع الدار بالاتفاق نعم لو ادعاه أحداهما لنفسه بان قال هذا ملكي وضعته فان كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالحق قول البائع وان كانت في يد المشتري فالحق قول المشتري وفي المتن اشترى حائطاً يدخل ما تحته من الارض وكذا ذكر في التحفة من غير ذكر خلاف وفي المحيط جعله قول محمد بن الحسن وقول أبي يوسف لا يدخل وأما أساسه فقيل الظاهر من مذهبه أنه يدخل ولا نه جزء الحائط حقيقة ويدخل في بيع الحمام القدر ودون قصاعه وأما قدر القصارين والصباغين وأجاجين الغسالين وخوابي الزياتين وجبابهم ودنانهم وجندع القصار الذي يدق عليه المثبت كل ذلك في الارض فلا يدخل وان قال بحقوقها قلت ينبغي أن تدخل كما اذا قال عرفها وأما الطريق ونحوه فسيأتي في باب الحقوق اه (قوله وان شاء أعطى غيره) أي من ثياب مثلها اه (قوله حتى لو استحق ثوب منها لا يرجع على البائع بشئ) هذا (١٠) اذا استحق قبل القبض أما اذا استحق بعد القبض فانه يرجع

لها حدم معلوم بخلاف الزرع والمراد بالمفتاح اذا كان غلقها متصلاً بالدار مركبة فيها مثل الكيلون والصبغة لانها تدخل في البيع حينئذ تبعها فيدخل المفتاح تبعاً للاغلاق اذا لا ينتفع بكل واحد منهم بدون الآخر وان لم يكن الغلق من بكافيهما كالحقل لا يدخل الغلق لعدم الاتصال ولا المفتاح لانه في القياس لا يدخل أصلاً الا أنا استحسننا ذلك فيما اذا دخل الغلق تبعاً له فاذا لم يدخل بقي على أصل القياس ثم الاصل في جنس هذه المسائل أن الشيء اذا كان متصلاً بالمبيع اتصل قراره في البيع تبعاً والا فلا الا اذا جرى العرف بالدخول فبذلك كالمفتاح والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل لا يدخل والسرير كالسلم هكذا ذكره في الكافي وهذا في عرفهم وفي عرف أهل مصر ينبغي أن يدخل السلم وان كان منفصلاً والظلة لا تدخل في بيع الدار عند أبي حنيفة وعندهما تدخل اذا كان مفتوحاً من داخل وثياب الغلام والجارية تدخل في البيع من غير شرط للعرف الا أن تكون ثياباً مرتفعة تلبس للعرض فلا تدخل الا بالشرط لعدم العرف اذا العرف في ثياب البذلة والمهنة ثم البائع بالخيار ان شاء أعطى الذي عليه وان شاء أعطى غيره لان الدخول يحكم العرف كسوة مثلها لا بعينها ولهذا لم يكن لها حصة من الثمن حتى لو استحق ثوب منها لا يرجع على البائع بشئ وكذا اذا وجد بها عيب ليس له أن يردّها ولو وجد بالجارية عيباً كان له أن يردّها بدون ثياب تلك الثياب وخطام البعير والحبل المشدود في عنق الحمار والعدار والبرذعة والا كاف يدخل للعرف بخلاف سرج الدابة ولجامها والحبل المشدود وعلى قرن البقر والحبل حيث لا يدخل الا بالشرط لعدم العرف الا أن يكون العرف بخلافه وفصيل الناقه وفلوالرمكة وبحش الاتان والمجول والحمل ان ذهب به مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والا فلا قال

بخصتها من الثمن اه عادية في خمسة وعشرين (قوله وكذا اذا وجد بها عيباً) أي بالثياب اه (قوله ليس له أن يردّها) أي ولا يرجع على البائع بشئ اه فتح (قوله له أن يردّها بدون تلك الثياب) قال الكمال ولو كانت الثياب عند المشتري أو تميمت ثم ردت الجارية بعيب ردها بجميع الثمن لانه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر

في الكافي من رجل له أرض وفيها نخل لغيره فباعها مارب الارض باذن الآخر بألف وقيمة كل (ولا) منهما خمسة مائة فالثمن بينهما نصفان لاستواء ثم ما فيه فلو هلك النخل قبل القبض بألفه سماوية خيرا المشتري بين الترتك وأخذ الارض بكل الثمن لان النخل دخل تبعاً فلا يقابل له شئ من الثمن ثم الثمن كله لصاحب الارض لا تنقاض البيع في حق النخل والثمن كله عقاباً الاصل وهو له دون البيع اشترى داراً فوجد في بعض جذوعها مالاً ان قال البائع هو لي فهو له فيرد عليه لانها وصلت الى المشتري منه وان قال ليس لي كان كالقطة ولو قال صاحب علو وسفل لا خربعت منك علوه هذا بكذا جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشتري حق القرار عليه اه (قوله والا كاف يدخل للعرف) قال الكمال ولم يذكر في شئ من الكتب اذا باع فرساً وعليه سرج قيل لا يدخل الا بالتصميم ويحكم الثمن ولو باع حماراً قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل لا يدخل الا كاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بين ما اذا كان موكفاً وغير موكف في فتاوى قاضيان وهو الظاهر فالألف فيه كالسرج في الفرس وقال غيره يدخل الا كاف والبرذعة تحت البيع وان كان غير موكف وقت البيع واذا دخل بلا ذكر كان الكلام فيه ما قلنا في ثوب العبد والجارية اه (قوله وفلوق) الفلوق المهر والجمع أفلاء كعدو وأعداء اه مغرب

(قوله في المتن ولا يدخل الزرع) قال في كتاب الهبة من القيمة الزرع يدخل في الرهن والاقرار والقي مغير ذكروا لا يدخل في البيع والقسمة والوصية والاجارة والنكاح والوقف والهبة والصدقة وفي القضاء بالملك المطلق اه نقلا عن ركن الدين الصباغى وكتب على قوله ولا يدخل الزرع مانصه قال الاتقانى قال في خلاصة الفتاوى والقطن اكل زرع لا يدخل وأما أصل القطن اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه لا يدخل أما الكراث اذا كان ظاهرا فلا يدخل وما كان مغيبا فالصحيح أنه يدخل اه (قوله ولا التمر في بيع الشجر الا بالشرط) قال الكمال رحمه الله ولو كان على الشجر ثمر فشرطه المشتري له فأكله البائع سقطت حصته من الثمن ثم ثبت الخيار للمشتري في الصحيح لتفرق الصفة عليه عند أبي حنيفة رحمه الله بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدا اسواى خمسة فأكله البائع قال أبو حنيفة رحمه الله تلزمه الشاة ولا خيار له والفرق غير خاف اه (قوله لانهم ما متصلان بهما للفصل) أى الفصل الأدنى اياه لا تتغافعه به فاندفع ما أورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحوها بقرا الحامل فانه يدخل حمله في البيع مع أنه متصل للفصل بأن ذلك فصل الله تعالى وهذا المعنى متبادر فترك التقييده وأيضا الام وما في بطنها مما ينس متصل فيدخل (١١) باعتبار الجزئية بخلاف الزرع ليس

مجانسا للارض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكرا الأصل اه فتح (قوله لانه جزء الجارية) أى حكما وحقيقة أما حكما فانه يعتق بعق الام وأما حقيقة فانه يتغذى بغذاء الام وينقل بانتقالها اه اتقانى (قوله ولا فرق بين ما اذا كان للثمر الخ) يتصل بقوله ولا يدخل الزرع في بيع الارض ولا تسمية ولا الثمر في بيع الشجر الا بالشرط اه انظر الى الحاشية التى عند قوله وعكس الثمار في الحكم اه وكتب على قوله ولا فرق بين ما الخ مانصه وقال في شرح الطحاوى قال بعض مشايخنا انما يجوز بعد الطلوع اذا كان الثمر بحال

(ولا يدخل الزرع في بيع الارض بلا تسمية ولا الثمر في بيع الشجر الا بالشرط) لانهم ما متصلان بهما للفصل فصار كل متاع الموضوع فيهما وقال عليه السلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا أن يشترطها المبتاع رواه أبو داود وغيره ولا يلزم عليه الحل حيث يدخل في البيع تبعاً وان كان للفصل لانه جزء الجارية فيكون تبعاً لها ولانه لا يقدر على فصله الا الله تعالى فلا يعتبر منفصلاً في تأول الحال مع وجود الجزئية في الحال قال (ويقول للبائع اقطعها وسلم المبيع) لان ملكا المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع موضوع وقال الشافعى يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصل الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد وفي العادة لا يقطع كذلك فصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع وألحقه عليه ما ينشأ في الاجارة التسليم واجب أيضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض وانما لا يقطع منها لان الاجارة لا تنتفع بذلك بالتزكك دون القلع بخلاف الشراء لانه ملك الرقبة فلا راعى فيه امكان الانتفاع ألا يرى أنه لو اشترى أرضا لا يكون له الطريق الا بالشرط وفي الاجارة يدخل من غير شرط لما ذكرنا ولا فرق بين ما اذا كان للثمر أو الزرع قيمة أو لم يكن لهما قيمة في الصحيح وتكون في الحالين للبائع لان بيعه ما منفردا يجوز في الحالين في الاصح فكذلك لا يدخلان في بيع الارض والشجر تبعاً وأما اذا نذر في الارض ولم يثبت حتى باع الارض فلا يدخل لانه مودع فيها فصار كل متاع الموضوع فيها ولا يدخل الزرع والثمر بذكرا الحقوق والمرفق لانهم ما ليسا منها ولو قال بعثكها بكل قليل وكثير هو لها أو فيها أو منها أو من حقوقها أو من مرافقتها لا يدخلان لما ذكرنا وان لم يقل من حقوقها أو من مرافقتها دخل فيه لانهم ما من الذى له فيها أو منها الا اتصال في الحال بخلاف الثمر المجذوذ والزرع المحصود حيث لا يدخل الا بالتخصيص عليه للاتصال في الحال وورق الثوت والاس والزعفران والورد بمنزلة الثمار في كل ما ذكرنا من الاحكام وأشجارها بمنزلة النخل وعكس الثمار في الحكم الشرب والطريق فكل موضع يدخل فيه الثمار والزرع لا يدخل فيه الطريق والشرب وكل موضع لا يدخلان فيه يدخل فيه الشرب والطريق لان الشرب

ينفع به بوجه من الوجوه واذا كان لا ينتفع به بوجه من الوجوه فلا يجوز الا أن هذا غير سديد لان محمد اذ كرى كتاب الزكاة في باب العشر لوباع الثمار في أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن الشراء جازا حين طلع لما وجب عشره على المشتري الى هنا لفظ رواه شرح الطحاوى اه اتقانى (قوله فلا يدخل) أى انما لا يدخل قبل النبات وبعد التقويم أما اذا ثبت ولم يصير متقوماً يدخل قليل وكذا البذر العفن اه مجتبى (قوله لانه مودع فيها) أى وهذا باتفاق المشايخ اه اتقانى (قوله المجذوذ) يجوز روايته بدالين مهملتين أو مهمتين وكلاهما بمعنى وهو الملقط وهو الاول هو الاولى من حيث اللفظ تناسب بينهما وبين المحصود اه اتقانى (قوله وعكس الثمار في الحكم الشرب والطريق) قال اللؤلؤ الحى في فتاواه رجل اشترى أرضا ودارا لا يدخل الشرب والطريق الا بذكر الحقوق لانهم ما من الحقوق فلا يدخلان الا بذكر الحقوق وكذا في الاقرار والوصية والصلح وغيره ويدخلان في الاجارة والقسمة والرهن والصدقة الموقوفة وقال في خلاصة الفتاوى واذا لم يدخل في البيع قال في المتنتى للمشتري أن ردو يقول ظننت أن لى مفتحا الى الطريق الا عظم وفيها رجل باع دارا وكان لها طريق قد سده صاحبها قبل ذلك وجعل لها طريقا غير ذلك ثم باعها بحقة وقه الا يكون له الطريق الاول وله الطريق الثانى اه اتقانى رحمه الله

(قوله في المتن ومن باع ثمرة بدو صلاحها) أي وبدو صلاحها عندئذ تأمن العاهة والفساد وعند الشافعي هو ظهور النضج وبدو الخلاوة والخلاف انما هو في بيعها قبل بدو صلاحها على الخلاف في معناها لا يشترط القطع اه فتح (قوله في المتن في الحال) لفظه في الحال ليست في خط الشارح (قوله ولو اشتراها مطلقا) هذا اذا لم يتناه عظمها بدلالة قوله بعد ذلك وان تركها بعد ما تنهاه عظمها اه اتقاني (قوله لحصوله بجهة محظورة) أي من أصل مملوك (١٣) لغيره اه (قوله وان تركها بعد ما تنهاه عظمها لم يتصدق بشئ) أي سواء كان التركة

والطريق ليس امنها ولا في الكنية امن حقوقها والزرع موجودان فيهما من حقها وليس امن حقوقها فتمعا كسا قال (ومن باع ثمرة بدو صلاحها أو لاصح) لانه مال متقوم منتفع به في الحال أو في المال وقيل لا يجوز قبل أن يصير منتفع به والأول أصح وعلى هذا الخلاف يبيع الزرع قبل أن تنقله للمشافر والمناجل والاصح الجواز لانه منتفع به في المال فصاعدا كالأطفال والحش قال (وبقطعها المشتري) تفريقا للملك البائع هذا اذا اشتراها مطلقا وبشرط القطع قال (وان شرط تركها على النخل فسد) أي البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو نقول انه صفقة في صفقة لانه جارية في بيع ان كان للصفقة حصه من الثمن أو اعارة في بيع ان لم يكن لها حصه من الثمن وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقة في صفقة وكذا يبيع الزرع بشرط التركة لما ينال وكذا اذا تنهاه عظمها عند ما لانه شرط لا يقتضيه العقد وقال محمد رحمه الله لا يفسد استحسنه للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزاء المعدوم وهو ما زاد المعنى في الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركتها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تنهاه عظمها لم يتصدق بشئ لان هذا تغير احوال فان الشمس تنضج ويأخذ اللون من القرو الطعم من الكواكب بتقدير الله تعالى وان اشتراها مطلقا ثم استأجر النخل الى وقت الادراك فتركها طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التمارف والحاجة فيق الاذن مع تبرأه بجرده بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى أن يدرك وتركها حيث لا يطيب له الفضل وهو ما زاد على الثمن وعلى ما عرّف من أجر المثل لان الاجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فأثرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع للجزء عن التسليم ولو أثر بعد القبض بشرط كان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص أن يشتري الاصول لتحصل الزيادة في ملكه ثم يبيع الاصول بعقد قضاء حاجته من البائع ان شاء وقيل المخلص فيه أن يشتري الثمار الموجودة والمعدومة فانه جائز عند بعضهم اذا كان الموجود أكثر فاصله أن لهذه المسئلة ثلاث صور أحدها اذا خرج الثمرة فانه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه ماضى ثانيها أن لا يخرج شئ منه فانه لا يجوز بيعه اتفاقا ثالثها أن يخرج بعضها دون بعض فانه لا يجوز في ظاهر المذهب وقيل يجوز اذا كان الخارج أكثر ويجعل المعدوم تبعا لوجود استحسننا التعامل بالناس والمضروبة وكان شمس الأئمة الحلواني وأبو بكر محمد بن الفضل البخاري يفتيان به وقال شمس الأئمة السرخسي والاصح أنه لا يجوز لان المصير الى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا لانه يمكنه أن يبيع الاصول على ما ينال أو يشتري الموجود ببيع الثمن ويؤخر العقد في الباقي الى وقت وجوده أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيع له الانتفاع بما يحدث منه فيحصل مقصودهما بهذا الطريق فلا ضرورة الى تجوز العقد في المعدوم مصادما للنص وهو ما روي أنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم قال (ولو استثنى منها أرطالاه ملوثة صح كببيع بر في سنبله وباقي في قشره) أي لو استثنى من الثمار المبيعة المجذوة أو غير المجذوة جاز البيع كما يجوز بيع البر في سنبله وباقي في قشره أما الأول فلان البيع صار معلوما بالاشارة

بأذن البائع أو بغيره باذن البائع لانه لم يحصل الازيادة في عين المبيع لا كبدل ولا وزنا وانما تغير حال المبيع من حيث النضج اه اتقاني (قوله فان الشمس) الذي بخط الشارح بان الشمس اه (قوله لان الاجارة فاسدة للجهالة الخ) والفرق بين الاذن الثابت في ضمن الاجارة الباطلة وبينه في ضمن الاجارة الفاسدة أن الاذن في الاجارة الباطلة صار أصلا مقصودا بنفسه لان الباطل لا وجود له والمعدوم لا يصلح أن يكون متضمنا وليس كذلك الاجارة الفاسدة لان الفاسد فائت الوصف دون الاصل فلم يكن معدوما بأصله فصح أن يكون متضمنا فاذا فسد المتضمن فسد المتضمن اه اتقاني (قوله وكذا في الباذنجان والبطيخ) قال الاتقاني رحمه الله وأما ما يوجد من الزرع بعضه بعد وجود بعض كالباذنجان والبطيخ والكرات ونحوها قال أصحابنا يجوز بيع ما ينظر اه (قوله والمخلص)

أي من فساد البيع اه اتقاني (قوله أن يشتري الاصول) أي ويستأجر الارض ويقدم الشراء على الاجارة فان والمستثنى قدم الاجارة لا يجوز لان الارض تكون مشغولة بملك الاجراء فصول (قوله جاز البيع) قال الكمال رحمه الله الآن عدم الجواز أقبس بمذهب أبي حنيفة في مسئلة يبيع صبرة طعام كل ففيز بدرهم فانه أفسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في استثناء أرطال معلومة مائة على الاشجار وان لم يرض الى المنازعة فالخاسل أن كل جهالة مفضية الى المنازعة مبطله فليس يلزم أن مالم يرض اليها يصح معها بل لا بد من عدم المفضية الى المنازعة في العينة من كون المبيع على حدود الشرع ألا ترى أن المتبايعين قد يتراضيان على شرط

لا يقتضيه العقد وعلى البيع أجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك معهما أو ما ما قيل في توجيه المنع بهذا المبيع لا يبلغ الاثناك
الارطال فبعد اذا المشاهدة تفيد كون تلك الارطال تستغرق الكل أو لا فلا رضى المشتري حينئذ بذلك الاستثناء اه كلام الكمال
رحمه الله (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز) أى وهو قول الطحاوى اه هداية قوله وهو قول الطحاوى أى وكذا الشافعى
وأحمد اه فتح وكتب أيضا على قوله وروى الحسن الخ مانصه ومضى عليه صاحب الجمع والنقابة أيضا اه (قوله فكذا استثناءؤها)
أى بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناءؤه اه اتفاق قوله وأطراف الحيوان أى كما اذا باع هذه
الشاة الألبتها وهذا العبد الايدى اه فتح (قوله وفلانة) لفظ فلانة ليس (١٣) في خط الشارح اه (قوله بالقطعة)
كذا بخط الشارح (قوله

فيجوز بيعه في قشره
كالشعر) أى وأجرة الدوس
والتذرية على البائع هو
المختار اه خلاصة (قوله
وقال الشافعى لا يجوز) قال
الاتقافى وقال الشافعى
لا يجوز بيع الباقي في
القشر الاول وكذا لا يجوز
عنده بيع الجوز واللوز
والفسق في القشر الاعلى
وقال في أحد قوله وبيع
الحنطة في سنبلها لا يجوز
وكذلك الارز والسهم
في كفه ويجوز بيع الشعر
والذرة في سنبلها بالاتفاق اه
(قوله ولا زيت ولا قطن)
قال الكمال رحمه الله وأورد
المطالبة بالفرق بين ما اذا
باع حب قطن في قطن
بعينه أو قوى تمر في تمر بعينه
أى باع ما في هذا القطن
من الحب أو ما في هذا التمر
من النوى فانه لا يجوز مع
أنه أيضا في غلافه أشار
أبو يوسف الى الفرق بان

والمستثنى معلوم بالعبارة فوجب القول بجوازه وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز لان الباقي بعد
الاستثناء مجهول وربما لا يبقى بعده شئ فيخالف عن الفائدة أو يكون رجوعا عن العقد قبل القبول فيصح
رجوعه على ما يثبت بخلاف ما اذا استثنى بخلاف معين لان الباقي معلوم بالمشاهدة قلنا هذه الجهة لا تنفى
الى المنازعة لان المبيع معلوم بالاشارة وجهاله قدره لا تنفع جواز البيع في المشار اليه على ما يثبت من قبل
الأتري أن يجهل جازفة جائز وان كان مجهول القدر وهذا هو بعينه لانه جزاف فيما يثبت بعد الثبوت وان كل ما
جازا اراد العقد عليه بانفراده جازا استثناءؤه من العقد وما لا فلا وبيع ارطال معلومة من الثمار جاز فكذا
استثناءؤها ونظيره بيع شاة معينة من القطيع فانه يجوز فكذا استثناءؤها ولو كانت مجهولة بأن باع شاة منها
بغير عينها لا يجوز فكذا استثناءؤها وعلى هذا أطراف الحيوان وأوصاف المبيع وقوله وربما لا يبقى بعده
شئ الى آخره قلنا الاستثناء تصرف لفظي فيعتبر فيه صحة الكلام فاذا صح تم الكلام وصار مفيدا ولا يكون
رجوعا ولو خرج الكل بذلك الطريق لانه يتوهم البقاء ألا ترى أنه لو قال نسائي طوالت الاقلانة وفلانة أو قال
عبيدى أحرارا لاقلانا وفلانا حتى لو أخرج الكل بهذا الطريق صح ولا يكون رجوعا وانما يكون
رجوعا اذا كان بلفظه بان قال عبيدى أحرارا لاقلانى أو نسائي طوالت الاقلانى حيث لا يصح هذا
الكلام وبلغو ويقع الطلاق والعناق على الجمع فكذا هنا لا يكون رجوعا اذا قال بعين هذه الثمار هذه
الثمار أو ما الثانى وهو ما اذا باع برافى سنبله الخ فلانه مال متقوم منفع به فيجوز بيعه في قشره كالشعر وقال
الشافعى لا يجوز لان المعقود عليه مستور غائب عن البصر ولا يعلم وجوده فلا يجوز بيعه كبر البطم وحب
القطن والبن في الضرع والزيت في الزيتون قبل الاستخراج قلنا الفرق بينهما أن الغالب في السنبل الحنطة
ألا ترى أنه يقال هذه حنطة وهى في سنبلها ولا يقال هذا حب ولا هذا لبن ولا زيت ولا قطن وعلى هذا
الخلاف الفسق والبندق والجوز والخص الاخضر وسائر الحبوب المغلفة وما رواه مسلم وأحمد وغيرهما أنه
عليه السلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة المراد به السلم يعنى
لا يجوز الاسلام فيه حتى يوجد بين الناس ألا ترى الى ما رواه مسلم والبخارى باسناده عن النبي عليه السلام
اذا منع الله الثمرة فم يستحل أحدكم مال أخيه فيكون حجة لنا في اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد
الى حين المحل ولو أجرى على اطلاقه كان حجة لنا أيضا في هذا الموضوع لانه يقتضى جواز بيعه بعدما يبيض
مطلقا من غير قيد بالفرك ولو كان كما قاله لقائل حتى يفرك قال (وأجرة الكيل على البائع) مراده فيما اذا
بيع مكايلة وكذا أجرة وزن المبيع وذره وعده على البائع لان الكيل والوزن والذرع والعقد فيما يبيع
مكايلة أو موزنة أو مذارعة أو معادة من تمام التسليم وتسليم المبيع على البائع فكذا تمامه فان (وأجرة

النوى هناك معتبر عند ماها الكافي العرف فانه يقال هذا غر وقطن ولا يقال هذا نوى في غر ولا حب في قطنه ويقال هذه حنطة في
سنبلها وهذا لوز وفسق ولا يقال هذه قشور في لوز ولا يذهب اليه وهم اه (قوله وسائر الحبوب المغلفة) واعلم أن الوجه يقتضى ثبوت
الخيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله لانه لم يره اه كمال (قوله في المتن وأجرة الكيل على البائع) قال الاتقافى وقال في الخلاصة أيضا
وفي باب العين لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصحبها في وعاء المشتري على البائع أيضا هو المختار ثم قال فيها وفي المتن في اخراج
الطعام من السفن على المشتري ثم قال في الخلاصة أيضا ولو اشترى حنطة في سنبلها فعمل البائع بحصيلها بالدوس والتذرية ودفعها الى
المشتري ثم قال هو المختار ثم قال فيها وفي باب السين رجل اشترى عسبا جازا فقطعه على المشتري وكذا كل شئ باعه كالثوم والجزر والبصل
اذا خلى بينها وبين المشتري وكذا قطع الثمر على المشتري اه

(قوله في المتن ومن باع سلعة بثمن الخ) قال الاتفاق في رجه الله بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلاً إذا باع للبائع حق حبس المبيع لأنه بالتأجيل أسقط حقه في الحبس وكذا إذا كان بعض الثمن حالاً وبعضه مؤجلاً فله حق حبس المبيع إلى استيفاء الحال ولو سلم المشتري جميع الثمن إلا درهما فله حق حبس جميع المبيع لأن حق الحبس لا يتجزأ قال في التحفة ولودفع المشتري إلى البائع الثمن رهناً وتكفل به كفيل لا يسقط حق الحبس لأن هذا وثيقة بالثمن فلا يستطحقه عن حبس المبيع لاستيفاء الثمن ولو أقال البائع رجلاً على المشتري بالتأجيل وقبل سقط حق الحبس وكذا إذا أقال المشتري البائع على رجل وهذا عند أبي يوسف وقال في رواية إذا أقال رجل على المشتري سقط حق الحبس وإذا أقال المشتري البائع على رجل لم يسقط حق الحبس اهـ وكتب ما نصه واعلم أن للبائع حق حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن لأن قضية العقد المساواة بين العاقدين اهـ وكتب أيضاً ما نصه فإن جاء المشتري ببعض الثمن هل يجبر البائع على قبوله أم لا يجبر فقد ذكر الحكم فيه في حاشية (١٤) كتبته من الاتفاق نقلًا عن الزيادات عند قول المصنف في باب العتق

على جعل وعتق بالتخلى
فراجعها اهـ

باب خيار الشرط

(قوله في المتن صح للتبايعين) أي وعلى قول سفيان وابن شبرمة أن كان الخيار للمشتري جاز والأفلا كذا في التحفة اهـ اتفاقاً (قوله في المتن أيضاً ثلاثة أيام) بالنصب على أنه ظرف أي في ثلاثة أيام ويجوز رفعه على أنه خبر مبتدأ محذوف أي هو ثلاثة أيام اهـ والصواب أن يقدر مدته ثلاثة أيام اهـ (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لحبان) وحبان هو بفتح الحاء المهملة والباء المنقوطة بنقطة تحتانية شهد أحدا اهـ اتفاقاً (قوله وكان يغبن) أي يخدع ويقال

نقد الثمن ووزنه على المشتري) لما ذكرنا أن الوزن من تمام التسليم وتسليم الثمن على المشتري فكذلك ما يكون من تمامه وكذا يجب عليه تسليم الجيد لأن حق البائع تعلق به فيكون أجره من يميز ذلك عليه أذ هو المحتاج إليه وهذه رواية ابن سماعة عن محمد رجه الله وفي رواية ابن رستم عنه أجره نقد الثمن على البائع لأن النقد يكون بعد التسليم والوزن لم يعرف المعيب من غيره فكان هو المحتاج إليه فتكون أجره عليه وبالأول كان يبقى الصدر الشهيد رجه الله وروى عن محمد أن أجره النقد على رب الدين بعد القبض وقبله على المدين لأن على المدين أيضاً حقه فتكون أجره التميز عليه وبعد القبض دخل في ضمان رب الدين ويدعى أنه خلاف حقه فيكون تميز حقه عليه قال (ومن باع سلعة بثمن سلمه أولاً) أي سلم الثمن أولاً لأن العقد يقتضي المساواة وحق المشتري قد تعين في المبيع فيسلم هو الثمن أولاً ليتعين حق البائع فيه كما تعين حقه في المبيع إذا لم يتعين إلا بالقبض وصورة هذا أن يقال للبائع أحضر المبيع ليعلم أنه قائم فإذا أحضر قيل للمشتري سلم الثمن أولاً لما ذكرنا وإن كان المبيع غائباً للمشتري أن يتعنى من تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع على مثال الراهن مع المرتين قال (والامعاً) أي إن لم يكن سلعة بثمن سلمها مع الاستواء ما في التعيين أو في عدم التعيين وذلك لأنه إما بثمن أو سلعة بسلعة فالأول كلاهما غير متعين والثاني متعين

باب خيار الشرط

قال رجه الله (صح للتبايعين) أولاً حدهما ثلاثة أيام أو أقل (أي حاز خياراً بشرط لهما جلة أو لا حدهما ثلاثة أيام فإدونه لقوله عليه السلام لحبان بن منقذ الانصاري وكان يغبن في البياعات إذا بايعت فقل لا خلافة في الخيار ثلاثة أيام قال (ولو أكثر) أي لو شرط أكثر من ثلاثة أيام لا يجوز وهذا عند أبي حنيفة وبه قال زفر والشافعي ولا يجوز إذا سمي مدة معلومة لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما ما أنه أجاز الخيار إلى شهرين ولأن الخيار شرع للتروى لدفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى ألاكثر فشا به التأجيل في الثمن ولا في حنيفة أن شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو الزوم وإنما يجوز تأجيله بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على مورد النص فنتنق الزيادة بخلاف اشتراط الأجل لأنه للقدرة على التحصيل وذلك بتناول المدة وحديث ابن عمر ليس بنص فيه فروى أنه أجاز الخيار إلى شهر فيجوز أن يكون خيار الرؤية

غبنه في البيع غبنا وهو من باب ضرب وغبن رأيه غبناً ضعف وهو من باب علم ويقال أنه مغبون في البيع وغبن في العقل والدين اهـ غاية (قوله لا خلافة) انخلافة الخديعة كذا في الجهرة اهـ غاية (قوله ولي الخيار ثلاثة أيام) ثم أعلم أن شرط الخيار إلى ثلاثة أيام جائز استحساناً بالاجماع بهذا الحديث اهـ غاية (قوله ولا يجوز إذا سمي مدة معلومة) أي ولو شرط الخيار أبداً لا يجوز بالاجماع اهـ غاية وكتب ما نصه وفي شرح المجمع والأصح أنه أي أبو يوسف يوافق الإمام اهـ كى (قوله ولأن الخيار شرع للتروى) يعني إلى النظر والتفكر اهـ غاية (قوله فشا به التأجيل في الثمن) والجامع أنهم مدة ملحقة بالعقد لمساس الحاجة إليها اهـ غاية (قوله لأنه للقدرة على التحصيل) أي بالكسب أو تدخل غلاته وهي لا تحقق غالباً وظاهر في أدنى مدة ولهذا جازت الزيادة على الثلاث بخلاف شرط الخيار فإنه لا يلاء العذر والنظر في أن البيع راجح أو خاسر ومدة الثلاث تامة في هذا المعنى فلا حاجة إلى الزيادة اهـ غاية

(قوله في المتن فإذا أجاز في الثلاث) أي بعدما كان شرطاً أكثر منها اه عيني وكتب على قوله فإذا أجاز في الثلاث ما نصه قال الانقائي
 ثم من له الخيار إذا بطل خياره فلا يخلف ما أن يكون ذلك قبل ثلاثة أيام أو بعددها فإن كان بعدها فلا يتقلب العقد جائزاً خلافاً لابي
 يوسف ومحمد فإن عندهما إذا شرط الخيار مؤبداً ثم أسقط الخيار بعد الثلاث جاز لأن الخيار راى هذه المدة جائزاً عندهما ولا يتقلب جائزاً
 عند أبي حنيفة لأن الخيار راى هذه المدة لا يجوز عنده وإن كان باطل الخيار قبل الثلاثة أو سقط الخيار بموته أو بموت العبد أو أعتقه
 المشتري أو حدث في المبيع ما يوجب لزوم العقد كان العقد جائزاً عندنا اه غايه (قوله إذا أجاز في الثلاث) أي والشافعي اه انقائي
 (قوله وله أن المفسد الخ) أي لابي حنيفة اه (قوله قد زال قبل تقرر) أي لزومه وشيئاً لأن ثبوته بمضي ثلاثة أيام اه كي (قوله
 كافي البيع بالرقم) أي فانه فاسد اه والرقم الكتابه ورقم التاجر الثوب من هذا وهو اعلام ثمنه بنوع علامة عليه بأن ثمنه كذا درهم
 اه غايه وكتب على قوله كافي البيع بالرقم ما نصه وكالو باع جنداً في سقف ثم نزع فسله اه (قوله وهذا عند مشايخ أهل العراق)
 قال الانقائي وقد نص الكرخي في مختصره أن البيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله فان أجاز من له الخيار جاز وعلى ذلك أهل العراق
 اه (قوله فلا يتقلب صحياً) أي واليه ذهب شمس الأئمة السرخسي وغيره الاسلام وغيرهما من علماء ما وراء النهر اه غايه وكتب على قوله
 فلا يتقلب صحياً ما نصه وبالإسقاط ينقد صحياً اه كي (قوله وهذا الوجه أوجه) أي الوجه الثاني الذي ذهب اليه مشايخ خراسان
 وهو قوله لأن المفسد الخ اه (قوله في المتن ولو باع على أنه لم يتقد الثمن الخ) هذه من مسائل (١٥) الجامع الصغير وقد ذكر صاحب الهداية

قول أبي يوسف مع أبي حنيفة
 كما ترى وكذلك ذكر الصدر
 الشهيد أيضاً في شرح
 الجامع الصغير ولم يذكر محمد
 خلاف أبي يوسف في أصل
 الجامع الصغير وهذا الذي
 ذكره قول أبي يوسف الأول
 وروى الحسن بن أبي مالك
 عن أبي يوسف أنه رجع عن
 هذا القول وقال يجوز
 البيع كما هو قول محمد كذا
 ذكر الفقيه أبو الليث في
 شرح الجامع الصغير ولهذا
 المعنى قال صاحب المنظومة

أو العيب فإذا انتفت الزيادة ففسد العقد بها قال (فإذا أجاز في الثلاث صح خلافاً لفر) هو يقول أن
 العقد انعقد فاسداً فلا يعود صحياً كالنكاح بغير شهود وله أن المفسد قد زال قبل تقرر في قلب صحياً كما
 في البيع بالرقم وأعلمه في المجلس وهذا عند مشايخ أهل العراق من أصحابنا فإن عندهم ينقد فاسداً
 ويرتفع الفساد بمجرد الشرط لأن المفسد اتصال اليوم الرابع بهذه المدة فإذا حذفه قبل اليوم الرابع
 فقد منع اتصال المفسد بالعقد فصار كأن الخيار لم يكن مشروطاً في اليوم الرابع وأما عند مشايخ خراسان
 فعندهم العقد موقوف على إسقاط الشرط فبمضي جزء من اليوم الرابع ففسد العقد فلا يتقلب صحياً
 بخلاف فساد النكاح لعدم الأسماء لان الفساد فيه لعدم شرط الجواز فلا يمكن إزالته وهذا الوجه أوجه
 قال (ولو باع على أنه لم يتقد الثمن الخ) ثلاثة أيام فلا بيع صح والى أربعة لا وهذا عند أبي حنيفة وأبي
 يوسف وقال محمد يجوز في أربعة أيام وأكثر وقال زفر لا يجوز هذا الشرط أصلاً وهو القياس لأنه شرط
 فيه إقالة فاسدة لتعلقها بشرط عدم النقد ولو شرط فيه الصحة منه فاسد فهذا أولى وجه الاستحسان
 أنه في معنى شرط الخيار بل هو عينه لأنه يتخير في الأيام الثلاثة بين الفسخ والامضاء غير أن ترك النقد جعل
 أمارة الفسخ والنقد أمارة الامضاء وهذا الشرط محتاج إليه لدفع الماطلة كما أن شرط الخيار محتاج إليه
 لدفع الغبن غير أنه هنا بمضي المدة مع عدم النقد يفسخ العقد وفي تلك يتم وذلك لا يوجب اختلاف الحكم

* واضطرب الأوسط فيه فاعقل * اه غايه (قوله وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله) صرح في الجمع بأن الأصح أن أبا يوسف
 مع أبي حنيفة اه (قوله وقال زفر لا يجوز هذا الشرط أصلاً) من قوله هذا الشرط أصلاً إلى قوله في المتن ولو اشترى على أنهم بالخيار موقوف
 من خط الشارح اه (قوله يفسخ العقد) قال الانقائي ثم انفساخ العقد عند عدم النقد في الثلاثة مذ كور في شرح الطحاوي وبه
 صرح صاحب الإيضاح أيضاً وإليه ذهب صاحب المختلف وقال في الفتاوى الصغير ولو مضى الثلاثة ولم ينقد الثمن ففسد البيع لأنه
 لا يفسخ حتى لو أعتقه المشتري بعد ذلك إن كان العبد في يده نفذ وإن كان في يد البائع لا وقال في شرح الطحاوي ولو كان هذا البيع
 بهذا الشرط للبائع كما إذا اشترى شيئاً على أن البائع أن رد الثمن على المشتري إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فهو على الاختلاف يعني أن البيع
 جائز بهذا الشرط عندنا خلافاً لفر قال وهو بمنزلة شرط الخيار للبائع وفائدة ما ذكره في الفتاوى الصغير بقوله إن أعتق البائع صح وإن
 أعتق المشتري لا ولو قال إن لم يتقد الثمن إلى أربعة أيام فلا بيع بينهما فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة إلا أن يتقد الثمن في ثلاثة أيام وفي
 قول محمد البيع جائز كذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وقول أبي يوسف أولاً كقول أبي حنيفة وقوله آخر كقول محمد
 وقد مر ثم أبو حنيفة مر على أصله في شرط الخيار حيث لا يجوز عنده أكثر من ثلاثة أيام فكذا ما هو في معناه إلا أن نقد الثمن في الثلاث
 فكان البيع جائزاً لانتفاء المفسد ومحمد مر على أصله أيضاً لأن عنده يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام إذا كانت المدة معلومة فكذا
 ما كان في معناه وكذا أبو يوسف مر على أصله أيضاً على قوله المرجوع إليه ولكنه فرق بين هذا وبين شرط الخيار على قوله الأول حيث
 جواز الزيادة على الثلاثة في شرط الخيار ولم يجوز هنا لأنه أتبع أثر ابن عمر في شرط الخيار إذ هو أجاز فيه الزيادة على الثلاثة وروى عن

ابن عرفة في هذه المسئلة انه اجاز ثلاثة ايام وقد مر ذلك قبل هذا فاذا كان كذلك لم يتجاوز أبو يوسف حد السنة والاثر وأخذ منهم ما وافق ما زاد على ذلك أخذ بالقياس لان القياس أن لا يصح هذا البيع أصلاً كما قال زفر لانه يبيع شرط فيه اقالة فاسدة وهي اقالة معلقة بالشرط والبيع بشرط الاقالة الصحيحة باطل فشرط الاقالة الفاسدة أولى اه اتقاني وكتب على ينسخ العقد مائنه قال القاضي الامام ظهير الدين ههنا مسئلة لا بد من (١٦) حفظها وهوانه اذ لم يتعد الثمن الى ثلاثة ايام يفسد العقد ولا ينسخ حتى لو اعتقه

المشتري وهو في يده نفذ عتقه وان كان في يد البائع لا ينفذ اه خبازية (قوله) ومع محمد في شرط الخيار (أخذ بالنص) أي بدلالة النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا انصاري اذا بايعت فقل لا خلاية ولي الخيار ثلاثة ايام اه اف وكتب على قوله بالنص نسخة بالقياس اه (قوله) في المشتري وخيار البائع يمنع الخ) قال في الدراية وفي المجتبى في المحيط يخرج الثمن عن ملك المشتري في هذه الصورة اجماعاً الا أنه لا يدخل في ملك البائع عند أبي حنيفة خلافاً لهما اه (قوله) اذا قبضه المشتري) أي وكان الخيار بالبائع اه (قوله) وفيه القيمة) أي اذا لم يكن مثلياً وان كان مثلياً يضمن قيمته اه كي (قوله) كافي البيع الصحيح) انما ذكر الصحيح مع أن الحديث في الفاسد كذلك حال الحال المسلمين على الصلاح اه (قوله) يخرج عن ملك الميت) فيه نظر بل هي مبقاة على ملك الميت لحاجته كذا ذكر في غير موضع اه (قوله) ولهذا كان له الزوائد) أي اذا الحكم عند تمام السبب يثبت من أول السبب اه وكتب على قوله الزوائد مائنه كقطع الحاصلة في مدة الخيار وأما الكسب فيصدق به ينظر في آخر غصب فتاوى الاولاد الخ اه وفرع في الولد والعقر والتمرة والذين يمنع الرد بالاجماع وغير المتولدة كالكسب والغلة لا يمنع بالاجماع فان اجاز البيع بالغلة والكسب للمشتري وان فسخ فكذلك عنده ما وعنده أبي حنيفة رجه الله للبائع اه عادي (قوله في الثمن وبقضه) أي قبض المشتري فيما اذا كان الخيار له اه

وهذا كان له الزوائد) أي اذا الحكم عند تمام السبب يثبت من أول السبب اه وكتب على قوله الزوائد مائنه كقطع الحاصلة في مدة الخيار وأما الكسب فيصدق به ينظر في آخر غصب فتاوى الاولاد الخ اه وفرع في الولد والعقر والتمرة والذين يمنع الرد بالاجماع وغير المتولدة كالكسب والغلة لا يمنع بالاجماع فان اجاز البيع بالغلة والكسب للمشتري وان فسخ فكذلك عنده ما وعنده أبي حنيفة رجه الله للبائع اه عادي (قوله في الثمن وبقضه) أي قبض المشتري فيما اذا كان الخيار له اه

كقطع اليد فان كان يرتفع كالمريض فهو على خياره فان ارتفع في المدة لا يلزمه والا يلزمه لانه دخول العيب فيه عند المشتري يمنع الرد على البائع لعجزه عن الرد كما قبضه والهالك لا يعرض عن مقدمة عيب فيه لك بعد ما انبرم العقد فيلزمه الثمن بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لانه بدخول العيب فيه لا يمنع الرد اذا لا يجوز عن التصرف بحكم الخيار فلا يسقط خياره وان أشرف على الهلاك فلولزم البيع فيه انما يلزم بعدم موته وذلك لا يجوز لانه لم يبق مخرج البيع فكان مضمونا عليه بالقيمة ضرورة قال (فلو اشترى زوجته بالخيار بيق النكاح) لانه لم يملكها لان خيار المشتري يمنع من دخول المبيع في ملكه على ما بينا قال (فان وطئها فله ان يردّها) لان الوطء بحكم النكاح لا يحكم ملك الميكن اذا لم يملكها بهذا الشرع الا اذا انقص الوطء لانها تعيب به وليس له ان يردّها عليه بعد ما تعيبت عنده على ما ذكرنا وهذا عند أبي حنيفة وعندهما ليس له ان يردّها مطلقا لان النكاح انفسخ بملكها اياها فيكون الوطء بحكم ملك الميكن فيمتنع الرد كما اذا اشترى غير زوجته فوطئها وهذه المسئلة تظهر فيها اثر الخلاف بينهم ولها نظائر منها عتق العبد المشتري على المشتري اذا كان قريبا له ومنها عتقه اذا كان قد حلف بعتقه بان قال ان ملكك عبد افهوه حر بخلاف ما اذا قال ان اشترته لانه يصير كل شيء في تلك الحالة في حق تصحيح الجزاء لا غير حتى لا يجزئه عن الكفارة اذا نواه بخلاف شراء القريب على ما عرف في موضعه ومنها ان الامة المشتراة ولو حاضرت عند المشتري بعد القبض لا يجزأ به عن الاستبراء لعدم الملك وعندهما يجزأ به لو جوده ولو رجعت الى البائع بالنسخ بحكم الخيار لا يجب عليه الاستبراء لعدم دخولها في ملك غيره عنده وعندهما يجب اذ رجعت اليه بعد القبض وان رجعت الى ملكه قبل القبض لا يجب عليه الاستبراء استحسانا كالمالك البائع بان اشترى ثوبا فباعه لغيره فانه يجب عليه الاستبراء بعد القبض قياسا واستحسانا وقبل القبض يجب قياسا وفي الاستحسان لا يجب اجماعا ومنها ما اذا اشترى منك زوجته وقد ولدت منه أو حبلى منه لا تصير أم ولده خلافا لهما واثرة الخلاف تظهر أيضا فيما اذا ولدت منه قبل القبض في يد البائع وان قبضها المشتري فولدت في مدة الخيار لزم البيع بالاجماع لانها تعيب بالولادة ولا يملك ردّها بعد التعيب في يده بخلاف ما اذا ولدت قبل القبض عند أبي حنيفة وهو نظير ما اذا اشترى حبلى من غيره بشرط الخيار فقبضها فولدت عنده يبطل خياره ويلزم البيع لما ذكرنا ومنها ما اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم أودعه عنده فهلاك في يده هلاك من مال البائع عنده لان قبضه يرتفع بالرد لعدم الملك فهلاكه بعد ذلك في يد البائع ان كان في المدة فهو هلاك قبل القبض وقبل الملك وان كان بعد مضيها فهو هلاك قبل القبض فيكون من ماله كما في البيع البات وعندهما من مال المشتري لصحة الابداع باعتبار قيام الملك له فصار كما اذا كان له خيار الرؤية أو العيب والفرق له أنهم لا يمتنعان وقوع ملك المشتري فيكون الابداع صحيحا بخلاف خيار الشرط ومنها ما لو كان المشتري بالخيار عبدا مأذونا له في التجارة فأبرأه البائع عن الثمن في مدة الخيار بقي خياره عنده لانه لم يملكه كان الرذام متناعا عن التملك والمأذون له يملك الرد وان كان التملك بغير عوض كما اذا وهب له فان له أن يمتنع عن القبول وعندهما يبطل خياره لانه لم يملكه كان الرد منه تملك بلا عوض وهو لا يملك ذلك بخلاف الحر فصار كما لو كان له خيار رؤية أو عيب في البيع البات فأبرأه البائع عن الثمن فانه لا يملك ردّه عليه بعد القبض بالاجماع وجوابه أنهم لا يمتنعان الوقوع في الملك على ما بينا وذكر في المحيط أنه لا يملك الا برأه عن الثمن الا عند أبي يوسف لانه لم يملكه لان خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه وهو القياس ووجه الاستحسان أنه ابرأه بعد وجود سببه فيصح ومنها لو اشترى دمي من ذي خرا على أنه بالخيار ثم أسلم المشتري في مدة الخيار بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك تملكها بالرد وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها باسقاط الخيار وهو مسلم ولو أسلم البائع والخيار للمشتري بقي على خياره بالاجماع ولوردها المشتري عادت الى ملك البائع لان العقد من جانب البائع بات فان أجاز ماله وان فسح صار انخر للبائع والمسلم من أهل أن يملك الخراج كما

(قوله اذا كان قريبا) أي قرابة محرمة عندهما وعنده لا يعتق حتى تنقضي المدة ولم ينسخ لانه لم يملكه اه فتح (قوله ومنه عتقه) أي عندهما خلافا لابي حنيفة لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط وعندهما وجد فعتق لانه ملكه اه (قوله بخلاف ما اذا قال ان اشترته) أي حيث يعتق اتفاقا اه (قوله فيما اذا ولدت منه قبل القبض في يد البائع) أي فعندهما تصير أم ولده خلافا لالمام اه (قوله ولوردها المشتري عادت) لا يظهر لقوله وان ردّها المشتري فائدة لان قوله بعد وان فسح الخ يعني عنه اه

(قوله فصار مسطالة على الفسخ) أي والدليل على التسليم أنه لا يشترط رضا صاحبه في الفسخ اه اتقاني (قوله مثل اعتاق من له الخيار) يعني إذا صدر الاعتاق والبيع والوطء أو التقيل بشهوة من له الخيار يعني البائع فان ذلك يكون فسخاً أم لا وصدرت هذه المذكورات من المشتري والخيار له فانها حينئذ تكون (١٨) اجازة اه ل (قوله فصار كلوكيل بالبيع) فانه يجوز له التصرف من غير علم

الموكل اه (قوله ولهما أنه بالفسخ يلزم صاحبه) يعني إذا كان الخيار للبائع وفسخ بلا علم المشتري فتصرف المشتري في المبيع بعد مضي المدة اعتماداً على البيع السابق وعلى أن العقد تم مضي المدة فله الغرامة قال اتقاني وإذا فسخ البائع بلا علم المشتري يتصرف المشتري في المبيع اعتماداً على البيع السابق فيغرم قيمته إذا هلك وربما تكون القيمة أكثر من الثمن وفيه الضرر والقرر اه (قوله وكذا لا يطالب الخ) أي وكذا يلزم الضرر على البائع فيما إذا كان الخيار للمشتري وفسخ بلا علم البائع اه (قوله تم العقد ولزم) أي لان تمام المدة دلالة لزوم البيع اه اتقاني (قوله لا يصح فسخه بغير علمه بالاجماع) وفي جامع المحبوب لو كان قبل القبض يصح الفسخ بغيبته الآخر اه ابن فرشتا (قوله أما الأول وهو موت من له الخيار) أي سواء كان بائعاً ومشترياً اه (قوله وقال الشافعي يورث عنه) والمراد بنى التورث عندنا أن العقد لا يفسخ بفسخ الوارث كما كان يفسخ بفسخ المورث حال حياته اه اتقاني (قوله كخيار العيب والتعيين) كخيار أي كما إذا اشترى أحد الثوبين على أن المشتري بالخيار في أحدهما يأخذ أيهما شاء بمثل معلوم ويرد الآخر اه غايه (قوله لانه ليس هو الامشيئة وإرادة) ينصب ما يدل من خبر ليس أي ليس الخيار شيئاً الامشيئة وإرادة اه غايه وكتب على قوله وإرادة ما نصه أي إرادته الفسخ

في الأرض ولو كان الخيار للبائع فاسلم هو بطل البيع لان المبيع لم يخرج عن ملكه والمسلم لا يقدر أن يملك الخمر ولو أسلم المشتري لا يبطل العقد والبائع على خياره لان العقد من جهة المشتري بات فان أجاز العقد صار له لان المسلم من أهل أن يملك الخمر حكماً وان فسخه كان للبائع وهذا كله فيما إذا أسلم أحدهما بعد القبض والخيار لأحدهما وان أسلم قبل القبض بطل البيع في الصور كلها سواء كان البيع باتاً أو بشرط الخيار لأحدهما ولهما لان القبض شبه بالعقد من حيث أنه يقدم ملك التصرف فلا يملكه بعد الاسلام وان أسلم أحدهما أو كلاهما بعد القبض وكان البيع باتاً لا يبطل لانه قد تم بالقبض بخلاف ما إذا كان بشرط الخيار على ماهر ومنهما مسلم اشترى من مسلم عصياً بشرط الخيار فتخمر العصري في المدة فسد البيع عنده وعندهما تم ومنهما حلال اشترى صيداً بشرط الخيار فقبضه ثم أحرم والصبيد في يده ينتقض البيع ويرده الى البائع عنده وقالوا يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض في قولهم جميعاً وان كان الخيار للمشتري فأحرم البائع فله المشتري أن يرده ومنهما لو اشترى داراً هو ساكنها باجارة أو عارية فاستدام السكنى بعد الشراء لا يكون اختياراً عنده وعندهما اختيار لانه ملك العين فكان سكام بحكم ملك العين وقال السرخسي رحمه الله ابتداء السكنى اختيار لان الدار لا تختص بالسكنى بخلاف الاستمرار قال (فان أجاز من له الخيار في غيبته صاحبه صح وان فسخ لا) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن يفسخ أيضاً مع غيبته صاحبه لان الشرط كان بمساعدة فصار مسطالة على الفسخ فلا يتوقف على علمه كالفسخ بالفعل مثل اعتاق من له الخيار أو يبعه أو وطئه أو تقييده بشهوة وكذا اجازة فان علم الآخر لا يشترط فيه اقل هذا لا يشترط رضا فصار كلوكيل بالبيع فانه يجوز له التصرف من غير علم الموكل ولهما أنه بالفسخ يلزم صاحبه الضرر اذا لا يتمكن من العمل بموجب الفسخ من غير علم كالامتناع من التصرف والوطء والاستخدام بل يقدم على هذه التصرفات اعتماداً على ما سبق من البيع فله الغرامة وكذا لا يطلب سلعته مشترياً لما قلنا فلا بد من علمه دفعاً للضرر عنه كعزل الوكيل وحجر العبد المأذون له عن التصرف وفراق الشريك ونحو المضارب عن التصرف بخلاف الاجازة لانه لا ضرر فيها على صاحبه اذ هو موافق له فيها وبخلاف الفسخ بالفعل لانه حكمي ولا يشترط العلم في الحكمي كعزل الوكيل والمضارب والشريك وحجر العبد المأذون له في التجارة حكماً كما رتداده وحقاقه دار الحرب مرتداً وكونه مطبقاً ولا نسلم أنه مسطاط على الفسخ من جهة صاحبه وكيف يساطه عليه وهو بنفسه لا يملك الفسخ وانما يفسخ لكون العقد غير لازم في حقه لا بتسليم منه فيشترط علمه بخلاف الوكيل حيث يجوز له التصرف من غير علم الموكل لانه مسطاط من جهته وكذا المضارب ولو فسخ حال غيبته صاحبه وبلغه في المدة صح ولو مضت المدة قبل العلم به تم العقد ولزم والحيلة فيه أن يأخذ منه وكذا حتى إذا بدله الفسخ رده عليه وقال بعضهم انه لو رفع الامر الى الحاكم وأعلمه بذلك ونصب من يخاصم عنه صخ الرده عليه وذكر الكرخي أن خيار الرؤية على هذا الخلاف وفي خيار العيب لا يصح فسخه بغير علمه بالاجماع لانه لا يثبت الا بالقضاء قال (وتم العقد بموته وبعضى المدة والاعتاق وقوابعه والاخذ بشفعة) يعني يتم العقد بواحد من هذه الجلة أما الأول وهو موت من له الخيار فلان الخيار بعونه يبطل ولا ينتقل الى الورثة عندنا وقال الشافعي رحمه الله يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجوز فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا أن الخيار صفة لم يثبت فلا ينتقل عنه كسائر أوصافه وانما قلنا انه صفة لانه ليس هو الامشيئة وإرادة فصار

لا يفسخ بفسخ الوارث كما كان يفسخ بفسخ المورث حال حياته اه اتقاني (قوله كخيار العيب والتعيين) كخيار أي كما إذا اشترى أحد الثوبين على أن المشتري بالخيار في أحدهما يأخذ أيهما شاء بمثل معلوم ويرد الآخر اه غايه (قوله لانه ليس هو الامشيئة وإرادة) ينصب ما يدل من خبر ليس أي ليس الخيار شيئاً الامشيئة وإرادة اه غايه وكتب على قوله وإرادة ما نصه أي إرادته الفسخ

أو الاجازة وادارته قد انقطعت بموته كسائر تصرفاته اهـ والحاصل أن الارث انما يكون في شيء يتصور انتقاله لا فيما لا يتصور انتقاله والخيار لا يتصور انتقاله وانما قلنا أن الارث فيما يتصور انتقاله لأن سائر تصرفات المورث من القدرة والعلم ونحو ذلك لا تورث وكذا منكوحته لا تورث اهـ (قوله يبطل خياره) أي خيار من له الخيار من بائع أو مشتر اهـ (١٩) (قوله فلا يكون دليل الاستبقاء)

وهذا انما يأتي بالنسبة الى

حائب المشتري أم في جانب البائع فلا حاجة الى الامتحان فينبغي أن يكون استخدامه دليل الاستبقاء اهـ (قوله كالمكاتب والعبد المأذون له في التجارة) أي فانهم ما يستحقان الشفعة وان يملكوا رقبته الدار بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع فالمشتري هنالم بصير أحق بالتصرف فيها اهـ فتح وكتب على قوله المأذون له في التجارة مانصه أي المستغرق بالدين اهـ فتح (قوله وهذا التقدير يحتاج اليه لابي حنيفة) أي لأنه القائل بأن المشتري بالخيار لا يدخل في ملك المشتري فلا يشفع بها وقد قال يشفع بها فاحتاج الى جعله فعلا يفيد الرضا بالبيع فينبرم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شراء ما فيه الشفعة اهـ فتح (قوله وأما على قولهما) قال الكمال وأما على قولهما فلا حاجة لانهما قائلان بأن المشتري بالخيار ملكها فتحمله الشفعة بهما الوجه أنهما أيضا يحتاجان الى زيادة ضمنية لأن الملك وان كان بائعا عندهما فله رفعه

كخيار المجلس عنده بخلاف خيار العيب لأن المورث استحق المبيع سليما فكذلك الوارث لأنه ورث خياره وهذا لأنه بالعيب فأت الجزء السليم فللمورث أن يطالب بذلك الجزء فيقوم الوارث مقامه فيه ولهذا يثبت له الخيار فيما تعيب في يد البائع بعدم موت المورث وان لم يثبت للمورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لأن الخيار بطل الخيار لزوم البيع وتم وأما الثاني وهو ما إذا مضت مدة الخيار فلا ينعينها بطل خياره اذ لم يثبت له الخيار الا في تلك المدة كالخبرة في وقت مقدر لم يبق لها الخيار بعد مضيه ومن ضرورة بطلان الخيار تمام العقد ولو زوال المانع وأما الثالث وهو الاعتاق وتوابعه فلان هذه التصرفات دليل الاستبقاء لانها تعبد الملك والمراد بتوابع العتق التدبير والكتابة وكذلك كل تصرف لا يحل الا في الملك كالوطء والتقبيل واللبس بشهوة يتم به البيع وكذا كل تصرف لا ينفذ الا في الملك كالبيع والاجارة وهذا كله اذا كان الخيار للمشتري ووجد منه شيء من هذه الاشياء وان كان الخيار للبائع وفعل شيئا من هذه الاشياء في المدة انفسخ البيع لما ذكرنا أنه دليل الاستبقاء ولو كان الفعل محل في غير الملك لا يتم به البيع كالاستخدام والركوب ونحو ذلك لأنه يفعل للامتحان والخبرة فلا يكون دليل الاستبقاء وأما الرابع وهو الاخذ بالشفعة وصورته أن يشتري دارا بشرط الخيار ثم يباع دار أخرى بجنبها فأخذها المشتري بشرط الخيار بالشفعة فلان الاختيار لا يكون الا بالملك فكان دليل الاجازة وهذا لان الشفعة شرعت نظرا للملك لدفع ضرر يلزمهم على الدوام فكان الاخذ به دليل الاستبقاء فيستغن عن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت له الملك فيهما من وقت الشراء فيظهر أن الجواز كان سابقا لأنه أحق الناس بالتصرف فيها فكان أولى بالشفعة وان لم يملكها كالمكاتب والعبد المأذون له في التجارة وهذا التقدير يحتاج اليه لابي حنيفة وأما على قولهما فان المشتري بالخيار يملك الدار فلا يحتاج الى هذا التقدير لموت الملك وانما يحتاج اليه لسقوط الخيار لا غير وهذا لان خياره يسقط به اجابا بخلاف خيار الرؤية حيث لا يسقط باخذ الشفعة فيما اذا بيعت دار بجنبها فاخذها به لأنه لا يسقط بالصرح فكذا بالدلالة قال (ولو شرط المشتري الخيار لغيره صح وأيهما أجاز أو نقض صح) أي أجاز المشتري أو من شرط له الخيار أو نقضه جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز اشتراط الخيار لغيره القادر وهو القياس لان الخيار من مواجب العقد ومن أحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره القادر كاشتراط الثمن على غيره وهذا لان اشتراط ما لا يقتضيه العقد مفسد وفيه ذلك فيفسد ولنا أن اشتراط الخيار لغيره القادر اشتراط للعاقدة لأنه لا وجه لاثبات الخيار لغيره القادر بطريق الاصله ويمكن اثباته بطريق النيابة عن العاقدة فيجعل كأنه شرط الخيار لنفسه وجعل الاجنبي نائباً عن نفسه اقضاء تصحيحا لتصرفه وزفر لا يقول بالاقتضاء ولا بالاستحسان فإذا كان نائباً عنه يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز أو نقض صح لان كل واحد منهما ملك التصرف أصالة أو نيابة قال (فان أجاز أحدهما ونقض الآخر فالأسبق أحق) لوجوده في زمان لا يراه فيه أحد وتصرف الآخر بعده يلغولان السابق ان كان فسحا فامسوخ لا تلحقه الاجازة وان كان اجازة فقد انبرم العقد وبعد انبرامه لا ينفرد أحد المتعاقدين بفسخه قال (وان كانا معا فالفسخ) أي لو فسح أحدهما وأجاز الآخر خرج الكلامان منه مامعا كان الفسخ أولى من الاجازة من أيهما كان وهو رواية كتاب المأذون من المبسوط وفي رواية كتاب السبوع منه تصرف المالك أولى فسحا كان أو اجازة لان الاصل أقوى اذ النائب يستفيد الولاية منه فلا يصلح أن يكون معارضا للاصل ولأنه لما أقدم على التصرف كان عز لاهمته بالفعل حكما وهو عاك

فهو من زل والشفعة تدفع الضرر المستمر فحين شفع دل على قصد استبقاء الملك فيسقط خياره فلا يفسخ بعد ذلك اهـ كمال (قوله حيث لا يسقط باخذ الشفعة) أي حتى اذا رآها كان له أن يردّها بعد ما شفع بها وسأى أنه لو أسقط خيار الرؤية صريحا لا يسقط لأنه معلق الرؤية فقبلها هو عدم حقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية أنه اذا رآها ثبت له خيار الرؤية وكذا لا يبطل خيار العيب بالاخذ بالشفعة اهـ كمال

(قوله بخلاف ما إذا وكله) أن يطلق امرأته البتة أراد به الثلاث اه (قوله ولا يقال المفسوخ) الذي في النسخ ولا يقال المجاز بلحقه الفسخ
 فليتم امل اه (قوله وثبت لكل واحد منهما الخيار) أي ان شاء أخذ النصف بنصف الثمن وان شاء ترك ونقض البيع اه (قوله في المتن وعين
 صح الخ) بان يقول بعثك كل واحد من هذين بخمسمائة على أي بالخيار في هذا لا تنفاه المفسد لجهالة أحد الأمرين اه فتح (قوله كأن خارج
 عن العقد) أي إلى وقت سقوط الخيار فينقضي حينئذ اه (قوله إذا انعقد مع الخيار لا ينعقد) الخ قال الاتفاق في رجه الله أما الوجه الأول فأنما
 فسد لجهالة المبيع والثمن جميعا وهذا لأن البيع بشرط الخيار لا ينعقد في حق الحكم بل هو موقوف في حق الحكم إلى وقت سقوط الخيار
 فينقضي حينئذ لأن الخيار داخل (٣٠) في الحكم دون السبب فيمنع الحكم بعد السبب اه وقال الكمال رجه الله

ذلك صريحاً بالقول فكذلك دلالة بالفعل وهذا لأن تصرف النائب إنما جاز للعاجة ولا حاجة عند مباشرة
 المتصرف بنفسه فيلغو بخلاف ما إذا وكله أن يطلق امرأته البتة فطلقها الوكيل والموكل حيث يقع
 عليه إطلاق أحدهما غير معين ولا يقدم تصرف الموكل لأن الوكيل في باب الإطلاق سفير ومعبّر فكان
 الموجود من الوكيل منسوباً إليه ولهذا يبحث في عينه أن لا يطلق فكان الصادر عن الوكيل صادراً
 عن الموكل بخلاف الوكيل في البيع على ما عرف في موضعه وجه الأول وهو الأصح أن المعارضة من جهة
 المتصرف متحققة لأن كل واحد منهما مالاً لا تصرف وتعدرا العمل بهما للاستحالة فوجب الترجيح بحال
 التصرف والفسخ أقوى لأنه يراد على المجاز دون العكس فكان أولى بالأخذ كسكاح الحرقة والامة إذا وجد
 معاً فقد نكح الحرقة لأنه أقوى لوروده على نكاح الامة دون العكس ولا يقال المجاز بلحقه الفسخ ألا ترى
 أنه لو كان الخيار لأحدهما وفسخ بحضرة صاحبه ثم هلك المبيع في يد المشتري قبل التسليم إلى البائع عاد
 الحال على ما كان حتى يجب عليه الثمن ان كان الخيار للمشتري والقيمة ان كان الخيار للبائع كما إذا هلك في يده
 قبل الفسخ لانا نقول هذا لا يلزم لأن كلامنا في اجازة ترد على المفسوخ ولا اجازة هنا فلا يرد علينا وقيل
 ما ذكر في المأذون قول أبي يوسف لأنه لا يقدم تصرف المالك بل يستويان عنده وما ذكره في البيوع قول محمد
 لأنه يقدم تصرف المالك على تصرف النائب عنده واستخرج ذلك عما إذا باع الوكيل من شخص وباع الموكل
 من غيره فعند محمد عليك المشتري من المالك تقديماً لتصرف المالك وعند أبي يوسف يستويان فيكون بين
 المشتريين نصفين لاستواء التصرف في عدم تقديم المتصرف بالمالك عنده وفيه تاكل واحد منهما الخيار
 لتفرق الصفة عليهما قال (ولو باع عبيدين على أنه بالخيار في أحدهما ان فصل وعين صح والالا) أي صح ان
 فصل عن كل واحد منهما وعين الذي فيه الخيار لأن الذي فيه الخيار كأن خارج عن العقد إذا انعقد مع
 الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد غيره فإلّا يكن ذلك الداخل معلوماً وثمة معلوماً لا يجوز
 ان جهالة المبيع والثمن مفسدة للعقد وان يكونا معلومين إلا بالتفصيل والتعيين وهذه المسئلة على أربعة
 أوجه أحدها ان فصل الثمن ويمن الذي فيه الخيار والثاني أن لا يبين أحدهما والثالث أن يبين الثمن
 دون الآخر والرابع بالعكس والعقد فاسد في الكل أما جهالة الثمن أو جهالة المبيع أو جهالة الثمنا في الأولى
 لا تنفاه لجهالة عنهما فان قيل لا يجوز أن تجعل المستثنى داخل في العقد أولاً فان جعلته داخل فيه
 وجب أن يجوز وان لم يبين ولم يفصل اذ ليس بيان كل جزء من أجزاء المبيع ولا بيان ثمة شرطاً لجواز البيع
 وان كان جعلته غير داخل فيه وجب أن لا يجوز وان يبين وفصل لانه جعلت قبول العقد في غير المبيع
 شرطاً لصحة العقد في المبيع وهو فاسد كالموجع بين حرو عبد أو شاة ذكية وميته فانه لا يجوز وان بينهما قلنا

لأن الذي فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه في حق
 الحكم فكان كأنه خارج
 عن البيع والبيع إنما هو في
 الآخر وهو مجهول لجهالة
 من فيه الخيار ثم غن المبيع
 مجهول لأن الثمن لا ينقسم في
 مثله على المبيع بالأجزاء اه
 (قوله والثالث أن يبين الثمن
 دون الآخر) أي كأن
 يقول البائع بعثك كل
 واحد من هذين بخمسمائة
 على أي بالخيار في أحدهما
 اه وكتب على قوله دون
 الآخر مانعه أي لم يبين
 الذي فيه الخيار اه (قوله
 والرابع بالعكس) أي وهو
 أن يعين الذي فيه الخيار
 ولا يفصل الثمن اه (قوله
 أما لجهالة الثمن) أي لما أن
 من فيه الخيار ليس بداخل
 في الحكم فيبقى الآخر
 مفرداً وثمة مجهول اه
 اتفاقاً وقال الكمال لأن
 المبيع وان كان معلوماً
 يتعين من فيه الخيار لأن

ثمة مجهول لما قلنا ان الثمن لا ينقسم عليهما بالسوية اه (قوله أو لجهالة المبيع) وهذا لما قلنا ان الذي
 فيه الخيار ليس بداخل في حكم العقد فيبقى الآخر مفرداً وهو مجهول اه اتفاقاً وكتب على قوله أو لجهالة المبيع مانعه بسبب
 جهالة من فيه الخيار اه فتح (قوله لا تنفاه لجهالة عنهما) أي بان يقول بعثك هذين بألف على أي بالخيار في هذا اه (قوله لأنك
 جعلت قبول العقد في غير المبيع) أي وغير المبيع هو الذي فيه الخيار اه (قوله قلنا الخ) قد أجاب صاحب الهداية رجه الله عن السؤال المذكور
 بعد أن أشار إلى السؤال بقوله وقبول العبد في الذي فيه الخيار ان كان شرطاً لانقضاء العقد في الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه أي من
 فيه الخيار محللاً للبيع فهو كالوجع بين قن ومدبر وباعهما بألف حيث ينفذ البيع في القن بحصته وان كان قبول العقد في المدبر شرطاً فيه وذلك
 لدخول المدبر في البيع محلته في الجلة ولهذا الرقضي القاضي يجوز بيعه جاز وكان القبول شرطاً صحيحاً فكذلك فيما نحن فيه بخلاف ما شبه

به من الجمع بين الحزمو العبد لان الحزليس عبال أصلا فلا يدخل في البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد اه (قوله هو داخل) أي الذي فيه الخيار اه (قوله صيغة) أي في العقد اه (قوله في المتن وصح خيار التعيين الخ) وخيار العيب والتعيين يورث بالاتفاق اه اتفاق في خيار الرؤية قوله يورث ينظر كلام الشارح الزيلعي رحمه الله في خيار الشرط عند قوله وتم العقد بعوته فان فيه ما يخالف قوله يورث فتنبه والله الموفق (قوله وهو أن يشتري اه (قوله أو يبيع أحد الثلاثة) نسخة أو يشتري (قوله على أن يأخذ أي شاء) أي وبين عن كل واحد منها على حدة وعن الكل متفق (٢١) أو يختلف اه كي (قوله والحاجة

الى هذا النوع من البيع متحققة) أي لان الانسان قد يحتاج الى زوج خف ونحو ذلك ولا يتيسر له أن يخرج الى السوق بنفسه بأن يكون من الرؤساء أو من المهاجرين أو من النساء في البيوت فيحصل اليه من يقوم مقامه في الشراء من الأنواع الثلاثة الجيد والوسط والردى حتى يختار ما يوافق اه (قوله وهذه الجهالة لا تنفص الى المنازعة) أي لان من له الخيار وهو المشتري ففرض اليه الامر بأخذ أي ذلك شاء اه اتقاني (قوله فلا حاجة الى الأربعة) أي وان انعدمت المنازعة فيه بتعيين من له الخيار فبقى على أصل القياس اه اتقاني (قوله) وكون الجهالة بالجر عطفًا على قوله للحاجة اه (قوله قال شمس الأئمة) أي في جامع اه كي (قوله هو الصحيح) أي وهو قول الكرخي اه كي (قوله نفي الاسلام) أي في جامع

هو داخل صيغة غير داخل حكما فاذا كان داخلا من وجه دون وجه ينظر فان كان معلوما اعتبرناه داخلًا فيجوز والا فغير داخل فلا يجوز بخلاف بيع المدبر مع القن حيث يجوز عند بعضهم وان لم يبين الثمن لانهما داخلان صيغة وحكما اذ لم يورث في حقه ما يمنع من ذلك ولهذا لو حكم الحاكم بجواز بيعه ما صح وفيما نحن فيه الخيار يمنع انعقاده في حق الحكم أصلا وعند بعضهم لا يجوز حتى يبين الثمن فعلى هذا الفرق بينهما ولو اشترى كلبا أو زنبابا وعبدا واحدا على أنه بالخيار في نصفه جاز فصل الثمن أول بفصل لان النصف من الشيء الواحد لا يتفاوت ولا فرق بين أن يكون الخيار للبائع أو للمشتري قال (وصح خيار التعيين فيما دون الأربعة) وهو أن يبيع أحد العبدين أو التوأمين على أن يأخذ أي ما شاء أو يبيع أحد الثلاثة على أن يأخذ أي ما شاء ولا يجوز ذلك في الأربعة وهذا استحسان وقال زفر والساقى رحمه الله لا يجوز هذا أصلا وهو القياس للجهالة بالمبيع وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والافق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يشق برأيه أو اختيار من يشتره لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالشراء كي لا يبقى أمانة في يده فكان في معنى خيار الشرط وهذه الجهالة لا تنفص الى المنازعة لتعيين من له الخيار فلا يمنع الجواز غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاثة لوجود الجيد والردى والوسط فيما فلا حاجة الى الأربعة وثبوت الرخصة للحاجة وكون الجهالة غير بفضية الى المنازعة فلا يثبت بأحدهما ثم قيل بشرط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير قال شمس الأئمة هو الصحيح وقيل لا بشرط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار اتفاقا لا شرطا قال نفي الاسلام هو الصحيح فعلى قول هذا القائل اذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد في أحدهما حتى لا يرد إلا أحدهما وعلى قول الكرخي أنه أن يردهما لان هذا الخيار عنده بمنزلة خيار الشرط وقال قاضيان وضع محمد رحمه الله هذه المسئلة ههنا يعني في الجامع الصغير فيما اذا بين مدة الخيار فقال يأخذ أي ما شاء بعشرة دراهم وهو بالخيار ثلاثة أيام ووضعه كذا في الماذون ووضعه في الجامع الكبير وغيره على أن يأخذ أي ما شاء وليد كذا الزيادة واذا لم يذ كر خيار الشرط فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث فإذ و نه عند أي حنيفة وعبد مة معلومة أيها كانت عندهما على قول أكثر المشايخ لان القياس بأي جواز هذا العقد وانما جاز استحسانا بطريق الاحتياط بشرط الخيار فلا يجوز بدونه فان شرط ذلك ثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فاذا ردهما بخيار الشرط في المدة أو ردا أحدهما بخيار التعيين كان له ذلك واذا مضت المدة بطل خيار الشرط فلا يعلل ردهما جميعا ويبقى له خيار التعيين غير ردا أحدهما وان مات المشتري في مدة الخيار بطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين للوارث فلا يكون له الراد أحدهما قال العبد الضعيف فقال الله عنه اذا لم يذ كر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فان التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عدم مضي الوقت وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك لانه لازم في أحدهما قبل مضي الوقت ولا يمكن تعيينه مضي الوقت بدون تعيينه فلا فائدة لشرط ذلك والذي

اه كي (قوله هو الصحيح) أي وهو قول محمد بن شعاع اه كي (قوله وبمدة معلومة أيها كانت عندهما) أي بعد أن كانت معلومة فان قيل ينبغي أن لا يجوز في الرائد على الثلاث عند أي يوسف لانه أخذ بالقياس في خيار الشرط حتى لا يجوز الزيادة على الثلاث فينبغي أن يكون كذلك ههنا قلنا قوله في خيار النقدان لم ينقد الثمن الى أربعة أيام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثرواردا في حقه وأما خيار التعيين من جنس خيار الشرط من حيث انه لم يكن فيه ما حرف التعليق فكان الاثرواردا في حقه ما معنى كذا قيل اه دراية

(قوله ولو شرط خيار التعيين للبائع) أي بان قال بعثك هذين الثوبين على أني بالخيار أعني البيع في أحدهما لم يذكر ههنا هذه المسئلة في بيوع الاصل ولا في الجامع الصغير اهـ كي (قوله لانه يجوز للشترى الحاجة) أي الى اختيار الارفق والاوفق اهـ (قوله ولا حاجة اليه للبائع) أي لان المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانيه الى ما يفتيه القياس اهـ كي (قوله فهلاك أحدهما أو تعيب) قال في شرح الطحاوي ولو هلك أحدهما قبل القبض فلا يبطل البيع والمشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بنفسه وان شاء ترك ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع اهـ اتقاني (قوله وتعين الآخر لامانة) فان قلت كيف يكون الآخر أمانة حتى اذا هلك لا يغرم لاجله شيئاً ولا يكون هو أدنى من المقبوض على سوم الشراء قلت انما كان ذلك أمانة لانه اشترى أحدهما لا غير وانما قبض الآخر ليدفعه على البائع اذا تعين أحدهما لا ليتملكه ولا على سوم الشراء وقد تعين أحدهما هنا فبقي الآخر أمانة لانه قبضه باذن البائع لا على جهة البيع فلم يلزمه شيء بسببه اهـ اتقاني وكتب على قوله وتعين الآخر (٢٣) للامانة ما نصه حتى اذا هلك بعده هلك الاول لا يلزمه شيء اهـ (قوله وان هلكا معا

الخ) أي ولو كان خيار التعيين في ثلاثة أبواب وقبضها المشتري والخيار له فهلكت معا يلزمه ثلث كل واحد منها لما ذكر لك (قوله وكذا لو هلكا على التعاقب الخ) وان هلك أحدهما قبل الآخر وليكنهما اختلافهما فلا تظهر فائدة الخلاف اذا كان الثمن متفقاً وانما تظهر اذا كان الثمن مختلفاً بأن يكون ثمن أحدهما عشرة وثن الآخر عشرين فقال البائع هلك الذي ثمنه عشرون وأول وقال المشتري هلك الذي ثمنه عشرة أولاً كان أبو يوسف يقول يتعاقبان فأيهما نكل قضى عليه بما اتفعا صاحبه وان خلفاً جبهما يجعـل كأنهما هلكا معا ولزمه نصف ثمن كل واحد منهما ثم رجع وقال قول المشتري مع عينه وهو قول محمد لان الثمن صار ديناً على المشتري هذا اذا لم يكن له ما يدينه فلما قام دفعه أحدهما البينة قبلت فان أقام جميعاً فبينة البائع أولى لانها ثبتت الفضل اهـ اتقاني (قوله بخلاف الهالك) أي فانه ليس بمحل لا بداء البيع فلا يكون محلاً لتعينه اهـ (قوله وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب) أي قبل القبض وبعده يعني اذا اشترى شيئاً ليس لأحدهما أن يردّه بخيار الرؤية أو بخيار العيب بدون صاحبه وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع ربحان اشترى شيئاً على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس لأخر أن يردّه في قول أبي حنيفة رجه الله وفي قوله هلك ذلك وروي عن أبي حنيفة رواية أخرى قال يؤمر الآخر بردّه الى هنا لفظ الفقيه وقول الشافعي كقولهما اهـ اتقاني قوله وروي عن أبي حنيفة رواية أخرى قال الاتقاني ووجه الرواية الاخرى أن الذي امتنع من الرد أراد ابطال حق الآخر في الفسخ فليس له ذلك وهذا لان المقصود الكلّي من اثبات الخيار أن يكون ثمن له الخيار ولاية الرد لا الاجازة لان الخيار لو كان لا اجازة ما كان يحتاج الى الخيار لان العقد كان يتم بالسبب السابق بلا خيار فاذا كان الرد هو المقصود وقد شرط لهما جميعاً يؤمر صاحب الرد لا يلزم ابطال حق الرد اهـ

يغلب على الظن أن التوقيت لا يشترط فيه ولو شرط خيار التعيين للبائع اختلف المشايخ فيه فذكر الكرخي في مختصره أنه يجوز استحضارنا قالوا واليه أشار في الزيادات ووجهه أنه خيار يجوز اشتراطه للمشتري فكذلك قياساً عليه وذكر في المجرى أنه لا يجوز لانه يجوز للشترى الحاجة بخلاف القياس ولا حاجة اليه للبائع ثم اذا كان خيار التعيين للمشتري وقبضهما فلهلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بتمنه لا امتناع الرد بالعيب وتعين الآخر لامانة لان الداخل تحت العقد أحدهما والذي لم يدخل تحت العقد قبضه باذن مالكه لا على سوم الشراء ولا بطريق الوثيقة فكان أمانة في يده وتعين الباقي للامانة لما ذكرنا بخلاف ما اذا طلق احدي امرأته أو أعقب أحدهما قبل العقد فلهلك أحدهما حيث يتعين الباقي للعناق والطلاق لانه حين أشرف على الهلاك لم يخرج من أن يكون محلاً للطلاق والعناق فلا يجز عن الايقاع عليه قبل الهلاك وبعد الهلاك لم يبق الهالك محلاً للايقاع فتعين الباقي له لبقاء المحلّة وفيما نحن فيه حين أشرف على الهلاك عجز عن ردّه وهو قابل للبيع ولم تبطل محليته فتعين له وهذا الفرق يرجع الى أنهم ما استويا في بقاء المحلّة قبل الموت غير أنه في البيع حين أشرف على الهلاك عجز عن ردّه فتعين هو للبيع لانه قابل له وفي الطلاق والعناق كذلك لا يخرج من أن يكون محلاً للايقاع قبل الموت غير أنه لا يجز عنه فبقي مخيراً الى الهلاك فاذا هلك خرج من أن يكون محلاً له فوقع عليه لوقع بعد الموت وهما الايقاع بعده فتعين الباقي ضرورة هذا اذا هلك أحدهما قبل الآخر وان هلكا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما الشروع في البيع والامانة في عدم الاولوية يجعل أحدهما مبيعاً وأمانة ولا فرق بين أن يكون الثمن متفقاً أو مختلفاً وكذا لو هلكا على التعاقب ولا يدرى الاول منهما يجب ثمن نصف كل واحد منهما ما قلنا بخلاف ما اذا تعيبا ولم يهلكا حيث بقي خياره على حاله وله أن يردّ أحدهما لانهما محّل لا بداء البيع فكذلك التعيين بخلاف الهالك ولكن ليس له أن يردّهما وان كان فيه خيار الشرط له لان العيب يمنع الردّ بخيار الشرط قال (ولو اشترى على أنهما بالخيار فرضي أحدهما لا يردّه الآخر) يعني لو اشترى ثوبين بشرط الخيار لهما ليس لأحدهما أن يردّ نصيبه اذا أجاز الآخر وهذا عند أبي حنيفة وقاله أن يردّه وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب لهما أن اثبات الخيار لهما اثبات لكل واحد منهما لانه شرع لدفع العيب وكل واحد منهما محتاج الى

(قوله في المتن أو كاتب) أي حرفته ذلك اه فتح (قوله في المتن أخذه بالثمن أو تركه) قال الشيخ أبو نصر والاصل في هذا أن من شرط صفة فوجد المبيع بخلافها وتلك الصفة مما يتفاوت في الأعراض فتفاوتنا كثيرا فان المشتري بالخيار مثل أن يشتري جارا على أنه أتان فاذا هود كرا وشاة على أنها نعجة فاذا هي غنم ومساائل الكتاب من هذا الجنس ووجه ذلك أنه وجد المبيع على خلاف الصفة التي شرطها وله في الصفة غرض فاذا فاته ثبت له الخيار كالو وجد المبيع عيبا أو ما إذا كانت الصفة تتفاوت في الأعراض فتفاوتنا كثيرا فالعقد فاسد وذلك من أجل أن بيعه دارا على أن بناءها أبحر فاذا هو لبن أو باعته شخصاء على أنه جارية فاذا هو عبد فالبيع فاسد لانه اختلاف كثير فهو بمنزلة الاختلاف في الجنس وأما إذا شرط صفة فوجد هازا فده فهي للمشتري مثل أن يشتري ثوبا على أنه عشرة أذرع فوجد أحد عشر ذراعا وكذلك لو اشتري جارية على أنها ثيب فاذا هي بكر فته كون الصفة الزائدة للمشتري ولا خيار لكن اشترى عبدا على أنه معيب فوجد صحح اه وكتب ما نصه قال النكاح وان لم يجده كالمشروط وامتنع الرد بسبب من الأسباب ورجع المشتري على البائع بحصته من الثمن بأن يقوم العبد كاتباً وغير كاتب فيرجع بالتفاوت اه وكتب أيضاً ما نصه وانما لم يفسد العقد بهذا الشرط لانه من مقتضيات العقد ألا ترى أن الوصف الذي شرطه لو كان موجودا في

(٣٣)

المبيع لدخول في العقد من غير ذكر وما هذا سبيله كان من مقتضيات العقد كما إذا اشترى على أن يملك المبيع أو على أن يسلمه البائع إلى المشتري اه اتقاني (قوله بخلاف ما لو باع شاة) قال الاتقاني رحمه الله تعالى بخلاف ما لو اشترى ناقة على أنها حامل حيث يكون البيع فاسدا على رواية كتاب البيوع لان الحمل لا يعرف حقيقة لان انتفاخ البطن وتحرك ما فيه قد يكون لداء فكان غررا فأوجب فساد البيع وما نحن فيه يمكن الوقوف عليه للبحال فلم يكن غررا ولان ما نحن فيه صفة

دفعه عن نفسه فلو بطل هذا باطلالات الخيار لم يحصل مقصوده ويلحقه به ضرره أنه المشروط خيارهما الخيار كل واحد منهما على انفراده فلا ينفرد أحدهما بالرد ولان حق الرد ثبت لهما على وجه لا يتضرر به البائع وفي رد أحدهما نصيبه اضرار بالبائع اذا المبيع خرج عن ملكه غير متمتع بعيب الشركة فلورده أحدهما لردته معيبا بها اذ هي عيب في الاعيان لا يكونه لا يمكن من الانتفاع به الا بطريق المهابة وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برده أحدهما مالتصورا اجتماعهما على الرد وقوله يلحقه به ضرر قلنا هذا الضرر يلحقه من جهة نفسه لم يجزه عن ايجاد شرط الرد وهو مساعدة صاحبه اياه على الرد والبائع يتضرر بتصرف الراد فمكنت رعاية جانب البائع أولى ولا يقال البائع رضى بالتبعض بالبيع لهما لانا نقول رضى بالتبعض في ملكهما لا في ملك نفسه فلا يدل على الرضا به في ملكه ألا ترى أن المشتري لو زوج الامة المشتراة ثم وجد بها عيبا ليس له أن يرد على البائع لحدوث العيب عنده وهو التزويج وان حصل بتسليطه ورضاه لما قلنا فان قيل هذا العيب حدث عند البائع قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض لا يمنع الرد قلنا هذا عيب حدث بفعل المشتري وهو منع الرد وان حدث في يد البائع قال (ولو اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه أخذه بكل الثمن أو تركه) لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط في العقد ثم فواته بوجوب التخيير لانه لم يرض به دونه بخلاف ما لو باع شاة على أنها حامل أو تحلب كذا وكذا أرطالا حيث يفسد البيع لانه ليس من قبيل الوصف وانما هو من قبيل الشرط الفاسد اذا لم يعرف ذلك حقيقة لانه يحتمل أنه لبن أو حمل أو انتفاخ حتى لو شرط أنها حلوب أو لبون لا يفسد لانه وصف ولو قال يخبز كذا اصاعا أو يكتب كذا قدر ايفسد لما ذكرنا وشرطه ان يقدر على الكتابة والخبز قدر ما ينطق عليه اسم الكاتب والخباز وان كان لا يحسن ذلك قدر ما ينطق عليه الاسم فله الخيار ان شاء أخذه وان شاء رده لما قلنا وان قال البائع عند الرد كان يحسن ذلك لكنه نسي عندك فاقول قول

محصنة لا يتصور انقلابها أصلا وهذا المقصود الولد بعد الولادة وهو مجهول واشترط مال مجهول مع المبيع ففسد البيع وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أن ذلك البيع أيضا جائز فلا حاجة الى الفرق لاستوائهما في الجواب كذا قال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير ثم قال ولا رواية عن أصحابنا ان اشتراط الحمل في الجوارى هل يوجب فساد العقد أم لا يختلف مشايخنا فيه منهم من قال يوجب قياسا على الناقة للعنين المذكورين ثمة ومنهم من قال لا يوجب لان الحمل في الجوارى عيب فكان ذكره للبراءة عن هذا العيب بخلاف الحمل في البهائم فانه زيادة وهي مجهولة وفي وجودها غرر فلا يجوز ومنهم من فصل وقال ان اشترى اها ليخذها ظنرا فشرط أنها حامل فالبيع فاسد لانه يطلب زيادة وهي مجهولة وفي وجودها خطر فصارت كالناقاة وان كان لا يريد اتخاذها ظنرا كان جائزا لما مر أنه اشترط البراءة عن هذا العيب اه (قوله حتى لو شرط أنها حلوب أو لبون لا يفسد) أي كما اذا شرط في الفرس أنها حملاج وفي الكلب أنه صائد حيث يصح ومنه شرط كونه ذكرا أو أنثى وشرط كون الثمن مكفولا به اه فتح (قوله وله الخيار ان شاء أخذه وان شاء رده) أي ولو مات هذا المشتري انتقل الخيار الى ورثته اجماعا لانه في ضمن تلك العين اه فتح (قوله لكنه نسي عندك) أي والمدة تحتمل أنه نسي في مثلها اه فتح

(قوله فكان الظاهر شاهداه) والاصل في هذا أن القول لمن تمسك بالاصل وإن العدم في الصفات العارضة أصل والوجود في الصفات الأصلية أصل اه فتح (قوله لكنم أتابعه) أي تدخل في العدم من غير ذكر وفي جعل الوصف مقابلا لشيء من الثن يلزم جعله أصلا فلا يجوز اه

باب خيار الرؤية

لما شرع بذكر أنواع الخيار قدم ما كان تأثيره أكثر في العقد على غيره على التوالي وذلك لأن الموانع خمسة مانع يمنع انعقاد العلة كالبيع المضاف إلى حرمان مانع يمنع غم العلة كالبيع المضاف إلى مال غير مملوك حتى لا يتم الانعقاد في حق المالك ومانع يمنع ابتداء الحكم كخيار الشرط ومانع يمنع لزوم الحكم كخيار العيب ومانع يمنع تمام الحكم كخيار الرؤية حتى لا يتم الصفقة بالقبض اه اتقاني قدم هذا الباب على خيار العيب لأنه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم والزوم بعد التمام والاضافة من قبيل اضافة الشيء إلى شرطه لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية واعلم أن خيار الرؤية يثبت في أربعة مواضع ليس غير شراء الأعيان والأجارة والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة وعرف من هذا أنه لا يكون في الدين فلا يكون في المسلم فيه ولا في الأثمان الخاصة بخلاف ما لو كان المبيع أناء من أحد النعدين فإن فيه الخيار ولو تابعه ما مضى ثبت الخيار لكل منهما ومجمله كل ما كان في عقد ينفسخ بالنفسخ لا ما لا ينفسخ كالمهر وبديل الصلح عن القصاص وبديل الخلع وإن كانت أعيانا لأنه لا يفيد فيها إلا رد المال بموجب الانفاسخ بقى العقد قائما وقيامه بوجوب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة (٣٤) فلو كان له أن يرده كان له أن يرده أبدا وليس للبائع أن يطلب المشتري بالثمن ما لم يسقط

خيار الرؤية منه ولا يتوقف النسخ على قضاء ولا رضاب لمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعبارة لكن يشترط علم البائع عند أي خفيفة ومجرد خلافه لا يوجب بفساد كما هو خلاف فهم في الفسخ في خيار الشرط اه فتح (قوله في المتن شراءه ما لم يرده جائز) أي وله الخيار إذا رآه أن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها مثل أن يشتري جرابا فيه أثواب

المشتري لأن الأصل عدم الخيار والكاتب فكان الظاهر شاهداه ولو ابتاعه من غير أن يشترط الكتابة والخبر وكان يحسن ذلك فتمسك في هذا البائع قبل التسليم رده عليه لأنه استحق تسليبه على الصفة التي ورد عليها العقد فإذا أنسيه فقد تغير المبيع قبل القبض فيرده وعلى هذا لو اشتري جارية على أنها طباخة أو نحوها في جميع ما ذكرنا من الأحكام ثم في كل موضع يثبت له الخيار فيه إذا اختار الأخذ أخذه بجميع الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن أكونها أتابعه في العقد إذا جنس متخذ ولهذا لا يقسم له العقد ولو اختلف يفسد على ما يجب بيانها في البيع الفاسد

باب خيار الرؤية

قال (شراءه ما لم يرده جائز وله أن يرده إذا رآه وإن رضى قبله) وقال الشافعي لا يجوز البيع لأن المبيع مجهول إذ لم يعرف منه إلا الاسم فصار كالمبشر إليه ولا إلى مكانه أو هو معدوم لما ذكرنا ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان أي ما ليس بحاضر عند المتبايعين مرفق للمشتري ولنا قوله عليه السلام من اشتري ما لم يرده له الخيار إذا رآه ولأن الجهالة فيه لا تنقض إلى المنازعة لأنه لا يوافق رده فصار كجهالة الوصف في المشاهدة المعين والمزاد انتهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ما ليس في ملكه بديل قصة الحديث فإن حكيم بن حزام قال يا رسول الله إن الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم

هرويه أوزيتا في ريق أو حنطة في غرارة من غير أن يرشأ ومنه أن يقول بعثك درة في كمي صفتها كذا أو ثوبا في كمي صفته كذا أدخل أو هذه الجارية وهي حاضرة متبقية وله الخيار إذا رأى شيئا من ذلك وفي المبسوط الإشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر إليه ولا إلى مكانه لا يجوز بالاجماع اه لكن إطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع أو لا سواء أشار إلى مكانه أو إليه وهو حاضر مستورا ولا مثل أن يقول بعث منك ما في كمي بل عامة المشايخ إطلاق الجواب يدل على الجواز عند دوطائفة قالوا لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه والظاهر أن المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الأئمة وغيره كصاحب الاسرار والذخيرة بعد القول بجواز بيع ما لم يعلم جنسه أصلا كان يقول بعثك شيئا بعشرة اه كمال (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من اشتري ما لم يرده الخ) ولا بد من كون المراد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية بمن أقرا الدلالة على المجازي وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفى بالرؤية فيها مثل ما إذا كان المبيع مما لا يعرف إلا بالشم كسلك اشتراه وهو يراه فإنه انما يثبت الخيار له عنده فله الفسخ عنده رده وكذا لو رأى شيئا ثم اشتراه فوجسه متغيرا لأن تلك الرؤية غير معروفة للمقصود إلا أن وكذا شراء الأعيان يثبت له الخيار عند الوصف له فأقيم فيه الوصف بمقام الرؤية اه فتح (قوله فصار كجهالة الوصف في المشاهدة) يعني فصار كالمشتري فبإشارته إليه لا يعلم عند رده أنه يريد تشبيهه بذلك في مجرد ثبوت الجواز لا بقد ثبوت الخيار لأنه لا خيار في المشاهدة أعني الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس في هذا البيع فيبقى الغائب مجرد علم الوصف اه فتح وكتب على قوله في المشاهدة ما نصه أي المشار إليه اه هداية

(قوله لان الخيار معلق بالرؤية على ما روينا) أى والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت اه فتح (قوله في المتن ولا خيار لمن باع مالم يره) أى بان ورث عينا من الاعيان في بلدة أخرى فباعها قبل أن يرها اه فتح (قوله اعتبار الخيار الشرط وخيار العيب) أى فانه ثبت للبائع حتى جاز أن يرد الثمن بالزيادة اه فتح قوله حتى جاز أن يرد الثمن بالزيادة أى كما أن للبائع أن يرد المبيع بالعيب الآن البيع لا يفسخ برد الثمن لعدم (٢٥) الاصاله في العقد وبفسخ رد المبيع

للاصاله ولا يقال خيار الرؤية ثبت بالحديث معلقا بالشراء فلا يثبت البيع لاننا نقول الحكم في الاصل معقول المعنى والمعنى هو الجهالة بصفات المعقود فثبت في الفرع مثل حكم الاصل اه غاية (قوله ولنا المرجوع اليه) أى للقول الذى رجح اليه أبو حنيفة اه (قوله باع) الظاهر اشترى اه غاية (قوله وأما قبلها) الذى بخط الشارح وأما قوله اه (قوله لتعلقه بالرؤية) قال الاتقانى رحمه الله ونقل في خلاصة الفتاوى عن شرح الطحاوى أن الرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده ولا حاجة الى قضاء القاضى ولا الرضا للبائع ولكنه يشترط حضرة البائع خلافا لابي يوسف اه (قوله لا يمكن دفعه كالاتفاق) أى العبد الذى اشتراه ولم يره اه فتح (قوله أو بوجوب كالمبيع المطلق) أى ولو بشرط الخيار للشترى تلخيص الحق فيه للشترى

أدخل السوق فاستجدها فاشترىها فأسلمها اليه فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك وأجمعنا على أنه لو باع عينا حاضرة غير مملوكة له لا يجوز وان ملكها فيما بعد ولو كان كازعم بلزاولو باع عينا غائبة وكان المشتري رآها قبل ذلك جاز فمطل زعمه طردا وعكسا وقوله وان رضى قبله بتصل بما قبله أى له الخيار اذا رآه وان كان رضى قبل أن يراه لان الخيار معلق بالرؤية على ما روينا فلا يثبت قبله ولان الرضا بالشئ قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضى قبل الرؤية بخلاف فسخته حيث يعتبر قبل الرؤية لكونه عقدا غير لازم فيفسخ بذلك لا بوجوب الخيار قال (ولا خيار لمن باع مالم يره) وكان أبو حنيفة رحمه الله ولا يقول له الخيار لان البيع يتم برضا المتعاقدين فاذا اتفق رضا أحدهما لعدم الرؤية فكذلك الرضا لا يثبت به الملك ولا يزول به الا بالرضا وهو بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية ولانه خيار يثبت لاحد المتعاقدين فوجب أن يثبت الاخر اعتبارا لخيار الشرط وخيار العيب ثم رجع عنه وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز بيع مالم يره أصلا قول واحد ولنا المرجوع اليه أن عثمان بن عفان رضى الله عنه باع أرضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبت فقال لى الخيار لاني اشتريت مالم أره وقيل لعثمان انك قد غبت فقال لى الخيار لاني بعت مالم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم ففضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بحضور من الصحابة رضى الله عنهم من غير تكليف فكان اجماعا ولان خيار الرؤية معلق برؤية المشتري فيما روينا فلا يثبت دونه ولان خيار الرؤية إنما يثبت للمشتري باعتبار أنه يظنه خيرا مما رأى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه ولورده البائع لرد اعتبارا أنه أزيد مما ظنه والخيار لا يثبت بمثله كالأمر بعبد اعلى أنه معيب فاذا هو سليم لا يثبت للبائع فيه الخيار قال (ويبطل بما يبطل به خيار الشرط) أى يبطل خيار الرؤية بما يبطل به خيار الشرط من التصريح والدلالة ومزاده بعد الرؤية وأما قبلها فلا يسقط وان صرح به الا فى ضمن بعض التصرفات لتعذرا الفسخ على مانئين وقال بعضهم اذا رآه وتمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره ولزم البيع وان لم يوجد منه الاجازة صريحاً ولا دلالة لان سبب ثبوت هذا الخيار جهالة أوصاف المبيع بدليل أنه لو رآه قبل العقد لا يكون له الخيار والجهالة تزول بالرؤية والخيار يسقط بزوال سببه كخيار العيب يسقط بزوال العيب وكان ينبغي أن لا يملك فسخته بعد الرؤية متصلا بزوال سببه الا أنه ملك الفسخ لدفع الضرر عن نفسه الضرورة وهذه الضرورة تزول بقدر ما يتمكن من الفسخ والتصحيح أنه مطلق غير مقيد بالزمان فيكون له الفسخ في جميع عمره مالم يسقط بالقول أو بفعل يدل على الرضا به نص عليه ابن رستم وكذا ذكره محمد فى الاصل لان النص ورد باثبات الخيار مطلقا والعبرة فى المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى مع أن جهالة الوصف ليست بعلة الثبوت هذا الخيار مطلقا بدليل أنه لم يثبت له الخيار قبل الرؤية لتعلقه بالرؤية فكذلك لا يتوقف لاطلاقه عن الوقت والتقييد به يكون زيادة وهو فسخ فثبت إلى أن يوجد منه ما يسقطه وهو التصريح به أو التعيب أو تصرف لا يمكن رفعه كالاتفاق والتدبير أو بوجوب حق الغير كالمبيع المطلق والرهن والاجازة لوجود الرضا منه صريحاً ودلالة وكذلك كانت هذه التصرفات قبل الرؤية يسقط بها الخيار لتعذرا الفسخ وان كان تصرفا لا يوجب حق الغير كالمبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم

(٤ - زيلجى رابع) وقوله كالمبيع المطلق انما يريد به المطلق عن شرط الخيار للبائع لانه لا يخرج المبيع عن ملكه اه فتح (قوله والاجازة) أى والهبة مع التسليم اه فتح (قوله لتعذرا الفسخ) أى لان هذه الحقوق تمنع الفسخ وتلزم البيع فلما لم تعذرا الفسخ وبطل الخيار اه وكتب ما نصه وان تعذرا الفسخ شرعا بطل الخيار ووجب تقدير قيد فى الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم له الخيار اذا رآه مقيدا بما اذا لم يوجب موجب شرعى عدمه اذا رآه وحاصله تقدير شخص بالعقل اه كمال (قوله والمساومة) يقال سام البائع السلعة عرضها وكرهها اه

(قوله لا يبطله قبل الرؤية) أي لان خياره لا يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية بان قال قبل أن يرى أبطلت خيارى فلان لا يبطل بدلالة الرضا أولى اه غايه (قوله لا يبطله بعد الرؤية) أي لان الرضا بعد الرؤية يسقط الخيار صريحا كان الرضا ودلالة اه غايه (قوله في المتن وكفت رؤيته وجه الصبره والريق الخ) قال الكمال والاصل في هذا أن رؤية أجزاء المبيع غير مشروط في انتفاء ثبوت خيار الرؤية لانه عذره عادة وشرها والابحار أن ينظر الى عورة العبد والامة التي يريد أن يشتريهما ولم في بيع الصبره النظر الى كل حبة حبة منهما ولا قائل بذلك فيمكنني برؤية ما هو المقصود فاذا رآه جعل غير المرئي تبع المرئي فاذا سقط الخيار في الاصل سقط في التبع اذا عرف ان ثبتي عليه ان من نظر الى وجه الجارية والعبد ثم اشترى الباقي فلا خيار له فليس له أن يرد خيار الرؤية به بخلاف ما لو رأى بطنها وظهرها وسائر أعضائها ما الا الوجه فان له الخيار اذا رأى وجههم الا ان سائر الأعضاء في العبد والامة تبسع للوجه ولذا اتفاوت القيمة اذا فرض تفاوت الوجوه مع تساوى سائر الأعضاء وفي الدواب يعتبر رؤية الوجه والكفل لانهما المقصودان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما منها اه قال الاتقاني اذا ثبت هذا نقول لا يتخلوا ما ان كان المعقود عليه شيئا واحدا أو شيئا فان كان شيئا واحدا فلا يتخلوا ما ان لا تتفاوت أحاده كالمكيل والموزون والعددي المتقارب فاذا رأى البعض ورضي به يكون ذلك رضا بالبعض الذي لم يره اذا كان مثل ما رأى فعلى هذا يكون النظر الى وجه الصبره مسقط للخيار اذا كان الباقي مثل ذلك لان رؤية البعض تعرف حال الباقي لان الخطئة والشعيرة تعرف بالنموذج ولكن هذا فيما اذا كان المكمل في وعاء (٣٦) واحدا أما اذا كان في وعاءين اختلف المشايخ قال مشايخ العراق رؤية أحدهما

لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يفوت صريح الرضا بطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا بعد العلم وكذا اذا قبضه بعد الرؤية بطل خياره لانه يدل على الرضا ولا نه مؤ كدبحكم العقد فشابه البيع ولو كان البيع بشرط الخيار للمشتري فهو كالطلاق حتى يسقط به الخيار قبل الرؤية لانه بات مطلق من جانبه ولو اشترى أرضا فاذن الآكر أن يزرعها قبل الرؤية فزرعها بطل لان فعله باهره كفعله (وكفت رؤيته وجه الصبره والريق الخ) والداية وكفله لو طاهر الثوب مطو باودا (الدار) لان رؤية ما يستدل به على المقصود يكفي لتعسر رؤية الجميع ورؤية هذه المواضع من هذه الاشياء يقع بها العلم بالمقصود فلا معنى لاشتراط رؤيته غيرهما ولو دخل في المبيع أشياء فان كان لا تتفاوت أحاده كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالنموذج يكفي برؤية بعضه بخلاف ان كان العادة بالا كنفاء البعض في الجنس الواحد ولو وقع العلم به بالباقي الا اذا كان الباقي أردأ فيكون له الخيار فيه وفيما رأى كلبا يلزم تفريق الصفة قبل التمام لانها مع خيار لا تتم وان كان أحاده تتفاوت وهو الذي لا يباع بالنموذج كالثياب والدواب والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد من أفرادها لانه برؤية بعضه لا يقع العلم بالباقي للتفاوت والحوز والبيض من هذا القسم فيما ذكره الكرخي لتفاوت أحاده فلا يستدل برؤية بعضه على غيره من جنسه وقال صاحب الهداية ينبغي أن يكون مثل الخطئة والشعيرة لكونها متقاربة فاذا ثبت هذا فتقول النظر الى وجه الصبره كافي لانه يعرف به وصف الباقي اساذ كرنا وكذا النظر الى ظاهر الثوب مطو بما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا

كروية الكل وقال مشايخ بل لا تكون رؤية أحدهما كروية الكل لانها شيئا متى كانا في وعاءين والاصح هو الاول وهو المروي عن أبي يوسف كذا في الخفة لان تعريف الباقي فيما اذا كان الكل في وعاء واحد باعتبار المماناة لا باعتبار اتحاد الوعاء وان كان تتفاوت أحاده كالعدديات المتفاوتة نحو الثياب في صندوق والبطاطنج في سرجة ونحو الرمانات والسفرجات في قفة فان رؤية البعض لا تعتبر رؤية في الباقي ويكون على

خياره ما لم ير الكل لان رؤية البعض لا تعرف الباقي للتفاوت أما اذا كان المعقود عليه شيئا واحدا كالعبد والجارية كوضع فرأى الوجه دون سائر الأعضاء يسقط خياره اه (قوله وعلامته) أي علامة الشيء الذي لا تتفاوت أحاده أن يعرض على المبيع بالنموذج كما هو العادة بين الناس حيث يحمل السمسار شيئا قليلا من المكمل أو الموزون الى المشتري حتى يراه فان أعجبه اشتراه والنموذج بفتح النون بمعنى الانموذج يضم الهمزة مغرب اه اتقاني (قوله الا اذا كان الباقي أردأ) أي مما رأى خيفة أن يكون له الخيار يعني خيار العيب لا خيار الرؤية ذكره في السباع وفي الكافي اذا كان أردأ له الخيار لانه انما رضى بالصفة التي رآها لا بغيرها وهذا التعليم يفيد أنه خيار الرؤية وهو مقتضى سرق كلام المصنف والتحقيق أنه في بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقي بوجه الى حد العيب وخيار رؤية اذا كان الاختلاف لا يوصله الى اسم العيب بل الدون وقد يجتمعان فيما اذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيبا ثم أراه المبيع في الحال اه كمال رحمه الله (قوله لانها مع خيار لا تتم) أي خيار الرؤية ولهذا تمكن من الفسخ دون قضاء ولا رضاه اه شرح منار (قوله لكونها متقاربة) أي وبه صرح في المحيط وفي المجرد هو الاصح اه فتح (قوله وكذا النظر الى ظاهر الثوب مطويا بما يعلم به البقية) أي فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسره وبه نقصان بهجته وبذلك ينقص عنه عليه اللهم الا أن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين اه فتح (قوله الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كوضع العلم) ثم قيل هذا في عرفهم أما في عرفنا لم يرباطن الثوب لا يسقط خياره لانه استقرار اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر اه فتح

(قوله فلا بد من رؤيتهما) استفيد من قوله في المتن والدابة وكفلها أي وكفت رؤيته وجه الدابة وكفلها اهـ وكتب على قوله فلا بد من رؤيتهما مانصه فلورأي أحد الأمرين فله خيار الرؤية اهـ اتقاني (قوله وشرط بعضهم) قال الاقطع وقد قالوا ان قال أهل الصنعة والمعرفة بالدواب أنه يحتاج الى النظر الى القوائم كان شرطاً في سقوط الخيار أيضاً اهـ (قوله لا بد من الجس) أي اللبس باليد اهـ (قوله ويعرف به كثرة اللحم وقلته) أي فان رأى ذلك من بعيد ولم يحس به فله الخيار وذلك لان السمع لا يظهر من الصوف فلا بد من الجس اهـ اتقاني (قوله وفي شاة الغنمية) أي الشاة التي تؤخذ للدر والنسل لا للتجارة اهـ اتقاني (قوله وجعل في المختصر رؤيته داخل الدار) نسخة خارج وهو الثابت في خط الشارح وهو مخالف لما قدمه أول هذه المقالة من عبارة المتن وكتب على قوله خارج مانصه هكذا هو في كثير من نسخ هذا الشرح ويؤيده قوله في السطر الثاني لما ذكرنا في خارجها لكنه مخالف لما ذكره في المتن من قوله ودخل الدار وكذا هو في عامة نسخ المتن وكتب أيضاً مانصه قال في التحفة قال مشايخنا أو يل ما ذكر في كتاب القسمة أنه اذا رأى الدار من خارج يبطل خياره اذا لم يكن داخل الدار أبنية فأما اذا كان فيها أبنية لا يسقط الخيار ما لم يردا دخلها لان الداخل هو المقصود اهـ (قوله يسقط خياره) أي وان لم يشاهد بيوتها اهـ (قوله فلا بد من رؤيته ذلك كله في الاظهر) أي والاشبه كما قال الشافعي وهو المعترف في ديار مصر والشام والعراق اهـ فتح (قوله وذلك يظهر برؤية بعضها) وعبارة الشيخ أكل الدين في شرح الهداية وهذا يصير مع لوم بالنظر الى جدرانها من خارج الدار اهـ (قوله ورؤية أشجار البستان يكتفي بها) قال الكمال رحمه الله وأما ما ذكر في الأشجار من (٢٧) الاكتفاء برؤية رؤس الأشجار ورؤية خارجها فقد أنكر بعض

موضع العلم لان قيمته تختلف باختلافه وقال زفر لا يكتفي برؤية ظاهر الثوب ولا بد من نشر كله لانه ليس من ذوات الامثال فلا يعرف كله برؤية بعضه قلنا قلنا تتفاوت جوانب ثوب واحد فيمكن الاستدلال ببعض على البعض منه والبعض منه الوجه هو المقصود من الآدمي ولهذا تتفاوت قيم الرقيق بتفاوته وسائر الجسد تتبع له والكف من الدواب فلا بد من رؤيتهما وشرط بعضهم مع ذلك رؤية القوائم وعند محمد رحمه الله رؤية الوجه كافية كالآدمي وفي شاة اللحم لا بد من الجس لانه يظهر السمن والهزال ويعرف به كثرة اللحم وقلته وفي شاة الغنمية لا بد من معرفة ضرعها وفيما يطعم لا بد من الذوق وفيما يشم لا بد من الشم وفي دقوف الغازی لا بد من سماع صوتها لان العلم بالشيء يقع باستعمال آلة ادراكه فلا يسقط خياره حتى يدركه وجعل في المختصر رؤيته خارج الدار كرويتها كلها لانه يستدل به على الباقي وفي عامة الروايات اذا رأى حصن الدار سقط خياره لما ذكرنا في خارجها وقال زفر لا بد من رؤيته داخل البيوت وهو الاصح لان بيوتها التسوية والصينية والعلوية والسفلية ومرافقها ومطابخها وسطوحها تختلف فلا بد من رؤيته ذلك كله في الاظهر لان كلامها مقصود فالنظر الى الخارج أو الى الحصن لا يوقع العلم بهذه الاشياء وما ذكر في الكتاب مبنى على عادة أهل الكوفة في ذلك الزمان فان دورهم كانت على تقطيع واحد ولم تختلف الا في الصغر والكبر وفي كونها جديدة أو عتيقة وذلك يظهر برؤية بعضها فكتفوا به لذلك وأما اليوم بخلافه فلا يكتفي به ورؤية أشجار البستان يكتفي بها لوقوع العلم بها ولورأى دهناني فإرورة من خارجها لا يبطل خياره

المشايخ هذه الرواية وقال المقصود من البستان باطنه فلا يكتفي برؤية ظاهره وفي جامع قاضيخان لا يكتفي برؤية الخارج ورؤس الأشجار اهـ (قوله ولورأى دهناني فإرورة من خارجها لا يبطل خياره) أي لان لون الدهن مما يتغير بلون القارورة اهـ اتقاني وكتب على قوله ولورأى دهناني مانصه قال في التحفة لو نظر في المرأة فرأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه ما رأى

عينه وان رأى مثاله وعلى هذا قالوا من نظري المرأة فرأى فرج أم امرأته عن شهوة لا تثبت حرمة المصاهرة ولونظر الى فرج امرأته المطلقة طلاقاً رجعيًا عن شهوة في المرأة لا يصير من اجعلنا قلنا قال في التحفة ولواشترى سمكاً في الماء يمكن أخذه من غير اصطداد فراه في الماء قال بعضهم يسقط خياره لانه رأى عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان الشيء لا يرى في الماء كما هو بل يرى أكبر مما هو فيه هذه الرؤية لا تعرف حال حقيقةه وأما اذا كان المبيع مغيباً في الارض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحو ذلك لم يذكر في ظاهر الرواية قال صاحب التحفة وروى عن أبي يوسف أنه قال اذا كان شيئاً بكال أو بوزن بعد القلع كالثوم والبصل والجزر فانه اذا قلع المشتري باذن البائع أو قلع البائع برضا المشتري يسقط خياره في الباقي لان رؤية البعض كروية الكل وان قلع المشتري بغير اذن البائع لم يكن له أن يرد سواء رضى بالمقلوع أو لم يرض اذا كان المقلوع شيئاً له قيمة عند الناس لانه صار معيباً لانه كان ينمو بالقاع لا ينمو ويحدث العيب في يد المشتري بغير صنعه يمنع الردفع منه أولى وان كان شيئاً يباع عدداً كالقفل والسلق ونحوهما ف رؤية البعض لا تكون كروية الكل لان هذا من العدييات المتفاوتة واذا لم يكن المقلوع شيئاً له قيمة عند الناس لا يسقط خياره لانه لا يحصل به العيب ثم قال في التحفة وذكرنا كذا في مطلقاً من غير هذا التفصيل وقال اذا اشتري شيئاً مغيباً في الارض مثل الجزر والبصل والثوم وبصل الزعفران وما أشبه ذلك فله الخيار اذا رأى جميعه ولا يكون رؤيته ببعضه مبطلًا لخياره وان رضى بذلك البعض فخياره باق الى أن يرى جميعه فيرضى أو يرد وقال في الايضاح قال أبو يوسف اذا اختلف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري أحاف ان قلعته

لا يصلح ولا أقدر على الرد وقال البائع أخاف أن قلته لا ترضي به قال من تطوع بالقلع جاز وإن تشاح على ذلك فسخ القاضي لأنه لا يمكن
 الأجبار لما فيه من الإضرار اه اتقاني (قوله في المروى عن أبي حنيفة ومحمد) أي حتى يصيبه في كفه لأنه لم يرا الدهن حقيقة لوجود
 الخائل اه فتح (قوله وعن محمد أنه يبطل) أي لأن الزجاج لا يخفى صورة الدهن وروى هشام أن قول محمد موافق لقول أبي حنيفة
 اه فتح (قوله في المتن ونظر وكيله بالقبض كنظرة) أي إذا قبضه الوكيل ناظرا إليه مكشوفاً اه (قوله وصار خيار العيب والشرط)
 أي أن اشتري معيالم برعيه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لا يسقط خيار العيب للموكل وكذا إذا وكله في قبض ما اشتراه
 بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط اه فتح (قوله بأن قبضه) أي الوكيل اه (قوله مستورا) أي ثم رآه اه فتح
 (قوله والقبض على نوعين قبض تام وهو أن يقبضه وهو يراه) وانما كان هذا قبضا تاما لأن خيار الرؤية يبطل بهذا القبض وبقي ما
 الرؤية يمنع تمام العقد لما يبطل بهذا (٢٨) القبض من المشتري كان هذا القبض تاما اه كمال (قوله فلا يملك اسقاطه

في المروى عن أبي حنيفة ومحمد وعن محمد أنه يبطل قال (ونظر وكيله بالقبض كنظرة لا تنظر رسوله) وهذا
 عند أبي حنيفة وقال لا يكون كنظرة حتى لا يسقط خيار الموكل بقبضه لأنه لو وكل بالقبض دون اسقاط
 الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار خيار العيب والشرط فانه لا يقدر على اسقاطها ما فهمك هذا أو أقرب منه
 أنه لا يقدر على اسقاطه قصداً بأن قبضه مستورا فأسقط الخيار بعده أو كان رآه من قبل فان خيار الموكل
 لا يسقط به فكذلك إذا قبضه لئلا يكون لأبي حنيفة رجحاً الله أنه وكله بالقبض وأقامه مقام نفسه فيه
 والقبض على نوعين قبض تام وهو أن يقبضه وهو يراه ونقص وهو أن يقبضه مستورا لأنه إذا قبضه مستورا
 فخياره باق على حاله حتى يراه ولا تتم الصفقة مع بقاء الخيار فكان ناقصا والموكل عليه شراؤه فكذلك الوكيل
 لا طلاق التوكيل وإذا قبضه مستورا انتهت الوكالة بالقبض الناقص فلا يملك اسقاطه قصداً بعد ذلك لكونه
 أجنياً بعد انتهاء الوكالة وهذا لأنه يملك القبض والقبض ينقض السقوط لكونه كاملاً ضرورة فإذا انفصل
 السقوط عن القبض بأن كان بعده قصداً أو قبله بالرؤية لا يملكه إذ لم يوكاله إلا بالقبض وهذا بخلاف خيار
 العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فلا يتنوع القبض معه وبخلاف خيار الشرط لأنه لا يسقط بقبض الموكل
 فلا يتصور فيه القبض التام فكذلك بقبض الوكيل وبخلاف الرسول لأنه لا يملك شيئاً وانما إليه تبليغ الرسالة
 ولهذا لا يملك القبض والتسليم إذا كان رسولا في الشراء أو البيع والفرق بين التوكيل والارسال أن يقول
 في التوكيل كن وكيل في القبض وفي الارسال كن رسول في قبضه أو أمرتك بقبضه وبقوله ونظر وكيله
 بالقبض احتراز عن الوكيل بالشراء فان نظره بالاجماع كنظر الموكل فقبضه بالقبض لما فيه من الاختلاف
 ولم يقيد الرسول به لأن نظره لا يكون كنظر المارسل مطلقا سواء كان الرسول بالقبض أو بالشراء قال (وصح
 عقد الاعمى ويسقط خياره إذا اشترى بحس المبيع وشبه وذوقه وفي العقار بوصفه) أما صحة عقده فلا نه
 مكاف محتاج فصار كالبصير وأما سقوط خياره بما ذكره فلا نه هذه الأشياء تنفيذ العلم لمن استعملها على ما بينا
 في البصير وقوله يسقط خياره بحس المبيع الخ محمول على ما إذا وجد الجس منه قبل الشراء وما إذا اشترى
 قبل أن يحس لا يسقط خياره به بل يثبت باتفاق الروايات ما روينا وعندها إلى أن يوجد منه ما يدل على الرضا
 من قول أو فعل في الصحيح على ما بينا واكتفى بالوصف في العقار لأنه لا سبيل له إلى معرفته إلا به والوصف قد
 يقوم مقام الرؤية في حق البصير كما في السلم حتى لا يكون له خيار الرؤية فيه بعد ما وصف له فكذلك في حقه

الخ) ونقض بمثلين لم يرقم
 الوكيل مقام الموكل فيهما
 احدهما أن الوكيل
 لو رأى قبل القبض لم يسقط
 برؤيته الخيار والموكل لو رأى
 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 ولائته
 بالوكالة وليس هذا ثابتا في
 مجرد رؤيته قبل القبض
 ونقول بل الحكم المذكور
 للموكل وهو سقوط خياره
 إذا رآه انما يثبت على القول
 بأن مجرد مضى ما يمكن به
 من الفسخ بعد الرؤية يسقط
 الخيار وليس هو بالصحيح
 وبعين الجواب الأول يقع
 الفرق في المسئلة الثانية

لأنه لم يثبت ضمنا للقبض الصحيح بل ثبت بعد انتهاء الوكالة بالقبض الناقص اه فتح (قوله وهذا بخلاف خيار العيب لأنه
 لا يمنع) أي بخلاف خيار الرؤية فإنه يمنع تمام الصفقة اه (قوله في المتن وسقط) كذا بخط الشارح اه (قوله فصار كالبصير) قال الاتقاني
 رحمه الله والخاصل أن ما يمكن جسده وذوقه وشبهه يكتب في ذلك لسقوط خياره في أشهر الروايات ولا يشترط بيان الوصف له ويكون ذلك
 بمنزلة نظر البصير لأن ذلك أقصى ما يستدل به على معرفة الشيء وفي رواية هشام عن محمد أنه يعتبر الوصف مع ذلك لأن التعريف الكمال في
 حقه يثبت بهذا فاما فيما لا يمكن جسده كالنمر على رؤس الشجر فيعتبر فيه الوصف لا غير في أشهر الروايات وهو المروى عن أبي يوسف ومحمد اه
 (قوله فكذلك في حقه) أي فإذا رضى الاعمى بالوصف كان بمنزلة النظر من البصير اه وعن أبي يوسف أنه اشترط مع ذلك أن يوقف في مكان
 الخ في جامع العنابي هو أن يوقف في مكان لو كان بصيرا لآه ثم يذكر له صفته ولا يخفى أن إيقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف
 وسقوط الخيار به فلذا لم يذكر في المبسوط واكتفى بذلك الوصف لأن الوصف قد أقيم مقام الرؤية كافي السلم وعن أنكره الكرخي وقال

وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء في أنه لا يستفيد به علما اه فتح (قوله واجراء الموصى على رأس المحرم) أي الذي لا يشعر عليه اه فتح وكتب
على قوله واجراء الموصى الخ ما نصه ولا يخفى ضعفه لان العجز لا يتحقق بالتحقق العجز عن الوصف فان التام مقام الشيء بمنزلة وقد ثبت
سرا اعتبار بمنزلة في السلم ووجوب اجراء الموصى مختلف فيه وكذا التحريك غير لازم الا في اه فتح (قوله ولو اشترى البصير ثم عصى قبل
الرؤية انتقل الى الوصف) أي كأنه كان أعمى عند العقد اه اتقاني (قوله وليس له أن يردّه وحده) أي كيلا يكون تفرقا للصفقة على
البائع قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعدة كخيار الشرط بدليل أن له أن يفسخه بغير قضاء ولا رضا
ويكون فسخا من الاصل لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفات المبيع ولذا لا يحتاج الى القضاء والرضا فان قيل ما الفرق بين هذا وبين
ماذا استحق أحدهما لا يرد الباقي وهنا وفي خيار الشرط يرد الآخر اذا رد بعد القبض أجيب بأن رد أحدهما في خيار الرؤية والشرط
يوجب تفرق الصفقة قبل التمام لما علم أن الصفقة لا تتم معهما وفي الاستحقاق لو رد كان بعد التمام لان الصفقة تتم فيما كان ملك
البائع ظاهرا فلم يثبت في الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له أن يرد الباقي أيضا كافي خيار الرؤية
والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق اه فتح قال الاتقاني ثم اذا أراد أن يرد ما لم
يره اذا رآه ليس له أن يردّه وحده بل يردّه ما جعلا ان شاء الله لا يلزم تفرق الصفقة (٢٩) قبل التمام وكذلك الحكم في خيار

الشرط لا يجوز له أن يفسخ
البيع في أحدهما دون
الآخر وهذا لان خيار الرؤية
والشرط بمنع تمام الصفقة
سواء كان المبيع مقبوضا
أو غير مقبوض ولهذا يرد
من له الخيار بلا قضاء ولا رضا
بخلاف خيار العيب فإنه إذا
اشترى ثوبين بثمن واحد
فوجد بأحدهما عيبا بعد
القبض له أن يرد المعيب وحده
لان خيار العيب لا يمنع تمام
الصفقة بل تتم الصفقة
بالقبض فلا يلزم تفرق
الصفقة قبل التمام يرد أحدهما
فلا يوجد بأحدهما عيبا قبل

وعن أبي يوسف أنه اشترط مع ذلك أن يوقف في مكان لو كان بصيرا لآه منه لان التشبه يقوم مقام الحقيقة
عند العجز كعجزك الشفتين أقيم مقام القراءة في حق الآخر في الصلاة واجراء الموصى على رأس المحرم
بالج أو العروة عند التحلل وقال الحسن يוכל وكما لا يقبضه له وهو راء وهو أشبه بقول أبي حنيفة رضي الله
عنه لان رؤية الوكيل به كروية الموكل عنده على ما بينا وقال بعض مشايخ طبع بشرط مس الحيطان والاشجار
مع الوصف وان أبصر بعد الوصف وبعد ما وجد منه ما يدل على الرضا فلا خيار له لان العقد قد تم به وان لم
فلا ينتقض بعد ذلك الا برضاها ولان خياره قد سقط به فلا يعود ولو اشترى البصير ثم عصى قبل الرؤية انتقل
الى الوصف لوجود العجز قبل العلم به قال (ومن رأى أحدا الثوبين فاشترى ما ثم رأى الآخر له ردهما) لان
رؤية أحدهما لا تغني عن رؤية الآخر لانتفاوت فبق خياره فيما لم يره فيجوز ردهما لما روى وليس له أن يردّه
وحده لنهيه عليه السلام عن تفرق الصفقة فيردّه ما جعلا ضرورة ولا يقال خياره ثبت بالنص فيما لم يره
وفي منع الفسخ فيه وحده باطل له فكان باطلا لانا نقول نحن لا نمنع خيار الفسخ فيه وانما نقول اذا اختار
الفسخ ففسخ فيه وفي الآخر اختار اذن التفرق فكان فيه عملا بوجبه وفيه جمع بين الحديثين لان الذي لم
يره يردّه بالحديث الاول والذي رآه بالثاني لما أن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعدة وهذا
يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا ولا يكون فسحا للخلل في الرضا بالعقد وهو الصفقة كما لا تتم بالاجاب
وحده لعدم رضا الآخر بالصفقة وكذا لا تتم مع خيار العيب قبل القبض لان العقد غير تام قبل القبض
اذ لا يفيده ملك التصرف وليس له أن يفرق في القبض كما لا يفرق في القبول وبعد القبض لا يمنع تمام

القبض ليس له أن يردّه وحده لئلا يلزم تفرق الصفقة قبل التمام لانها لم تتم قبل القبض والمعنى في تفرق الصفقة لزوم الضرر على البائع
لانه عملا لا يمكنه ترويح أحدهما بدون الآخر بجودة أحدهما ورداء الآخر وفي منع المشتري عن الرد أيضا ضرر لان قبل القبض ضرر
البيع أكثر لانه يلحقه ضرر مالي وضرر المشتري ليس بمالي بل هو بطلان مجرد قوله متى ألزمناه ردّ كل ما وجدنا من البضاعة
أكثر لانه يرد الكل يبطل حقه عن اليد والرقبة وضرر البيع موهوم فربما يمكنه بيع المعيب بثمن جيد فيدفع أعلى الضرر من بأدناهما ثم
بعد القبض اذا وجد بأحدهما عيبا لا يكون له ردهما الا برضا البائع لان سبب الرد وجد بأحدهما دون الآخر وفي المكيل والموزون من
ضرب واحد اذا قبض فوجد به عيبا ليس له الا أن يأخذ جميعا أو يردّه جميعا كذا ذكره محمد في الاصل وذلك لان المالمية نابتة للمكيل
والموزون باعتبار الجميع فانه لا قيمة للعبة وأمثالها فصار الكل كشيء واحد حكما في حق الرد ولهذا جعل رؤية البضاعة الباقى كافي
الثوب الواحد في مسألة الاستحقاق قال في الشامل في قسم المبسوط استحق أحد المختلفين بعد القبض لا خيار له في الآخر لان استحقاق
أحدهما لا يوجب نقصانا في الآخر لا حقيقة ولا اعتبارا ولو كان واحدا فاستحق بعضه له الخيار لوجود النقصان فانه لا يمكن الانتفاع
الا بالثابتين وان كان قبض أحدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق أحدهما له الخيار لتفرق الصفقة قبل التمام ولو استحق بعض المكيل بعد
القبض لا يخير لان الشركة ليس بعيب فيه ولو استحق قبل القبض يخير لتفرق الصفقة قبل التمام كذا في الشامل اه (قوله والذي رآه
بالثاني) أي بالحديث الثاني وهو نهيه عليه الصلاة والسلام عن تفرق الصفقة اه

(قوله ولهذا أفاد العقد) هذا لا يصلح دليلا لانه مع خيار الرؤية عليك التصرف مع أنه لم تتم الصفقة اه (قوله كما صار انظر به فيه) أي نظري القبول في الانفراد به اه من خط الشارح (قوله أن لم يتغير لا يخير) أي لأن خيار الرؤية في شرائها مع ما ثبت للجهل بصفات المعقود عليه فإذا كان المبيع على ما رآه من الصفة يحقق العلم بصفاته بالرؤية السابقة فانتفى الموجب للخيار بالرؤية المتقدمة فلم يبق له الخيار اه اتقاني (قوله الا اذا لم يعلم عند العقد أنه كان رآه من قبل) أي كان رأى جارية ثم اشترى جارية متقدمة لا يعلم أنها التي كان رآها ثم ظهرت ياها فان له الخيار لعدم ما يوجب الحكم عليه بالرضا أو رأى ثوبا فلف في ثوب وبيع غاشته و هو لا يعلم أنه ذلك اه كمال رحمه الله (قوله الا اذا بعدت المدة) قال الاتقاني فنقول ان كان لا يتفاوت في تلك المدة غالباً فالقول للبائع وان كان التفاوت غالباً فالقول للمشتري كما قال شمس الأئمة السرخسي وذكر في الكافي اذا نظر الى مملوك أو دابة ثم اشتراه بعد ذلك بشهر لم يكن فيه خيار فان قال المشتري بتغير حاله الذي رأته عليه فعليه البيعة وعلى البائع المين ولم يصدق المشتري في قليل المدة واعتبر الشهر قليلا في حق الحكم لانه لا يتغير في مدة الشهر غالبا اه وكتب على قوله (٣٠) الا اذا بعدت المدة ما نصه بحيث يعلم أنه تغير (قوله فيكون القول له مع عينه)

الصفقة لانهم ما قدر رضاها بالعقد على تقدير السلامة وهي ثابتة ظاهرا فلزم وتم ولهذا أفاد العقد فيه ملك الرقبة والتصرف ولو كان في رضاها خال لم أفاد بحقه أن خيار العيب ثبت لقوات بعض أوصاف المبيع وقوات بعض المبيع نفسه لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض حتى عليك التصرف فيه فهذا أولى فالتفريق بعد ذلك لا يضر لانه تفريق في القسح اذ لم يبق بعد تمامه الا القسح ولهذا لا يملك أحدهما القسح به بعد القبض بل ينسخ بقضاء القاضي أو بالتراضي ولو كان يمنع التمام للملكة كما في خيار الشرط وخيار الرؤية وصار نظير القبول في الانفراد به كما صار نظيره فيه أي نظري القبول في الانفراد به فيه قال (ولا يورث خيار الشرط) أي لا يورث خيار الرؤية كالأورث خيار الشرط لان الخيار ثبت بالنص للعاقدة والوارث ليس بعاقدة فلا يثبت له ولان الخيار وصف له فلا يجري فيه الارث على ما ينص قال (ومن اشترى ما رأى خيرا غير أن تغيره والا) أي ان لم يتغير لا يخير لان العلم بالمبيع حصل بالرؤية الاولى وقدرضى به مادام على تلك الصفة الا اذا لم يعلم عند العقد أنه كان رآه من قبل حينئذ ثبت له الخيار لعدم رضاه لان الرضا بدون العلم بأوصافه لا يتصور وانما يخير اذا وجدته متغيرا لان تلك الرؤية لم تقع معلومة له بأوصاف المبيع فصار كانه لم يره قال (وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع عينه) لان الظاهر يشهد له الاصل بقاها كان على ما كان وكذا سبب لزوم قسطه فلا يصدق في دعواه التغير الا بينة الا اذا بعدت المدة لان الظاهر شاهده الا ترى أن الجارية السابقة تكون بحوزة باطل المدة قال (وللمشتري لوفي الرؤية) أي واختلفا في الرؤية كان القول قول المشتري لانها امر حادث والمشتري يسكره فيكون القول له مع عينه قال (ولو اشترى عدلا وباع منه ثوبا أو وهب رده بعيب لا بخيار رؤية أو شرط) لان الرد قد تعذر فيما أخرجه عن ملكه ولا يمكنه أن يرد الباقي بخيار الرؤية والشرط سواء كان قبل القبض أو بعده ما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام لانهم ما منعان تمام الصفقة على ما ذكرنا وفي خيار العيب عليك التفريق بعد القبض على ما ينص فيه وضع المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية لا ارتفاع المانع من الرد وهو تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الأئمة رحمه الله وعن أبي يوسف أنه لا يعود لان الساقط لا يعود فصار خيار الشرط

أي وكسدا لو أراد أن يرده فقل البائع ليس هذا الذي بعته وقال المشتري بل هو هو فالقول للمشتري سواء كان في بيع بات أو في خيار الشرط أو الرؤية ولقائل أن يقول الغالب في البيعات كون المشتري يرى المبيع فسد عوى البائع رؤية المشتري تسلك بالظاهر لان الغالب هو الظاهر والمذهب أن القول لمن يشهده الظاهر لان يتسلك بالاصل الا اذا لم يعارضه ظاهر فالوجه أن يكون القول للبائع في الرؤية اه فتح (قوله) أو وهب رد أي الباقي بعد البيع والهبة اه (قوله) لانهم ما منعان تمام الصفقة أي وان كان بعد القبض لعدم تكامل الرضا فلو جاز

رد الباقي يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وهو باطل كتفريق الصفقة في خيار القبول حيث لا يجوز له أن يقول اشتريت بعضه دون بعض فلما لم يجز التفريق في خيار القبول لم يجز في خيار الرؤية أيضا لان كل واحد منهما لا يجب عقابته عرض مالي حتى اذا بطل بطل لا الى بدل وأما في خيار العيب فله أن يرد ثوبا بدون ثوب لانه لا يلزم تفريق الصفقة بعد التمام لان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة وهي تتم معه لانه وقع على السليم والظاهر السلامة فوجد الرضا من كل واحد منهما فتم الصفقة لتمام الرضا والتفريق بعد تمام الصفقة جائز للمشتري أن يرد المبيع ان شاء لغرض من البائع وان شاء رضى به اه اتقاني (قوله فلو عاد اليه بسبب هو فسخ) قال الاتقاني ومعنى قوله عاد اليه بسبب هو فسخ أي عاد الذي اشتراه ولم يره ثم باعه أو وهبه وسلمه بسبب هو فسخ بان رده عليه بقضاء في البيع وبقضاء أو بغير قضاء في الهبة وكذا اذا رده عليه في البيع بخيار شرط أو رؤية اه وكتب على قوله هو فسخ ما نصه أي محض كارد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة اه فتح (قوله كذا ذكره شمس الأئمة) قال الاتقاني وشمس الأئمة هو أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي صاحب التصانيف الكثيرة في الأصول والفروع توفي سنة ثمان وثمانين وأربعمائة سنة توفي

أبو بكر خواهر زاده والامام القدوري هو أبو الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي توفي سنة ثمان وعشرين وأربعمائة وفي هذه السنة توفي أبو علي بن سينا الحكيم والقدوري تلميذ الشيخ أبي عبد الله الجرجاني وهو تلميذ أبي بكر الرازي وهو تلميذ الكرخي اه (قوله وعليه اعتمد القدوري) أي وصححه فاضحان اه فتح وكتب مانصه وحقيقة الملاحظ مختلف فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانعازال فيعمل المقضى وهو خيار الرؤية عمله ولحظ على هذه الرواية مسقطا وإذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا الوجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا وبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها اه فتح

باب خيار العيب

(قوله لان مطلق العقد يقتضى السلامة من العيب) أي في المعقود عليه في عرف التجار والمعروف بالعرف كالمشروط بالشرط صريحا اه اتقاني (قوله اشترى منه عبدا أو أمة) شك من الراوى اه (قوله لاداء ولا غائلة ولا خبشة) الداء ما كان في الجسد والخلفة والخبشة ما كان في الخلق والغائلة هو سكوت البائع عما يعلم في المبيع من مكروه اه والعداء بالعين والدال (٣١) المهملتين هو ابن خالد بن هود بن خالد كان

اسلامه بعد الفتح وقال الترمذي هذا الحديث حسن غريب كذا يحفظ الشارح وكتب على قوله ولا خبشة مانصه قال ابن الاثير أراد بالخبشة ما الحرام كما عبر عن الحلال بالطيب والخبشة نوع من أنواع الخبيث أراد به أنه عبد رقيق لأنهم من قوم لا يحل سبهم كن أعطى عبدا أو أمانا أو من هو حر في الاصل اه فقوله نوع من أنواع الخبيث يقتضى أن يكون بكسر الخاء وسكون الباء وهذا هو المحفوظ في الحديث وقد ضبطه المصنف بالقلم بضم الخاء وسكون الباء وفيه نظر اه (قوله يبيع المسلم للمسلم) ينصب ببيع ورفع النصيب

وعليه اعتمد القدوري رحمه الله بخلاف ما اذا وهب عبده للمدين ممن له الدين أو عبده الجاني من رب الجنابة حتى سقط الدين والجنابة ثم رجع في الهبة حيث يعودان عند أبي يوسف رحمه الله خلافا للحمد والعذر لأبي يوسف أن حق خيار الرؤية أضعف منهما والله أعلم

باب خيار العيب

وهو ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة قال رحمه الله (من وجد بالمبيع عيبا أخذه بكل الثمن أوردته) لان مطلق العقد يقتضى السلامة من العيب فكانت السلامة كالمشروطة في العقد صريحا لكونها مطلوبة عادة فعند فواتها يتخير كليا بتضرر بالزام لا يرضى به كما اذا فأت الوصف المرغوب فيه المشروط في العقد كن اشترى عبدا على أنه خباز أو نجوه فوجده بخلاف ذلك واكون السلامة كالمشروطة في العقد لا يحل له أن يبيع المبيع حتى يبين عيبه لقوله عليه السلام لا يحل لمسلم باع من أخيه ببيع عيبه عيب الا بينه له رواه ابن ماجه وأحمد بن حنبل ومعه عليه السلام برجل يبيع طعاما فأدخل يده فيه فاذا هو بمولود فقال من غشنا فليس منا رواه مسلم وغيره وكتب عليه السلام كذا بعد ما باع فقال فيه هذا ما اشترى العبد ابن خالد بن هود بن خالد من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى منه عبدا أو أمة لاداء ولا غائلة ولا خبشة يبيع المسلم للمسلم رواه ابن ماجه والترمذي فاذا اختارا لاخذ أخذه بجميع الثمن ولا يتقص من الثمن شيئا لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد لكونها تبعافلا تكون أصلا ولا من اجاله بخلاف ما اذا صارت مقصودة بالاتلاف بأن حدث العيب بفعل البائع بعد البيع قبل القبض حيث يسقط من الثمن بحصته اذا اختارا لاخذ لان الاوصاف يكون لها حصصة بالاتلاف قصد او المراد به عيب كان عند البائع وقبضه المشتري من غير أن يعلم به ولم يوجد من المشتري ما يدل على رضاه بعد العلم بالعيب قال (وما أوجب نقصان الثمن عند التجار عيب) لان التضرر بنقصان المالمية وذلك بانتقاص القيمة والمراجع في

على المصدر أي باعه ببيع المسلم والرفع على أنه خبر مبتدأ محذوف أي هذا يبيع المسلم وهو مضاف الى الفاعل والمفعول منصوب وليس في ذلك ما يدل على أن المسلم اذا باع غير المسلم جاز أن يعامله بما يتضمن خيانتة أو غيبا وانما قال ذلك على سبيل المبالغة فان المسلم اذا باع المسلم يرى له من النصيح أكثر مما يرى لغيره والله أعلم اه (قوله فاذا اختارا لاخذ أخذه بجميع الثمن ولا يتقص الخ) قال الاتقاني ثم ليس للمشتري امسالك الميعيب وأخذ نقصان العيب لانه حينئذ يلزم الضرر على البائع فلا يجوز وهذا لان البائع لم يرض أن يخرج المبيع عن ملكه الا بالثمن المذكور فعلى تقدير أخذ النقصان يلزم أن يكون الثمن أقل مما رضى به والمشتري وان كان يتضرر بالعيب أيضا يمكن تدارك ذلك برد المبيع فلا ضرورة في أخذ النقصان اه فرع لو صالح المشتري البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز وبه قال مالك والشافعي وفي وجهه لا يجوز والاتفاق على عدمه في خيار الشرط والرؤية فانه الكمال اه (قوله حيث يسقط من الثمن بحصته) أي وكما اذا حدث عند المشتري عيب أخر حيث يكون له الرجوع بنقصان العيب على البائع اه (قوله وقبضه المشتري من غير أن يعلم به) أي عند البيع ولا عند القبض أما اذا رأى ذلك عند أحدهما فلا يجوز له الرجوع بنقصان العيب بل لا بد له من رضاه بالعيب دلالة اه اتقاني (قوله في الثمن وما أوجب نقصان الثمن الخ) أراد بهذا بيان معرفة العيوب لانه لما قال من وجد بالمبيع عيبا الخ وقعت الحاجة الى معرفة العيوب فيبين العيب بهذا اه

(قوله ثم اذا وجد شيء من هذه الاشياء من صغير غير مميز لا يكون عيبا) أي لانه لا يعرف الامتناع من هذه الاشياء اه (قوله فان البول قبل البلوغ لضعف في المثانة) والضعف قبل البلوغ شامل في الاعضاء كلها ثم عند البلوغ تكمل أعضاؤه ويستند فكذا هذا فاذا بلغ ومع هذا بال دل على أنه كان لمعنى اخر سوى ذلك الضعف الاصلى وهو ثبوت ضعف في المثانة بسبب آخر حيث يشتد ويكون عيبا لانه اه اتقانى (قوله لا اتحاد السبب) والحاصل أنه اذا اتفق الحالان علم أن السبب واحد فيكون هذا العيب تابعا عند البائع فأما اذا اختلف فلا يعرف لانه يجوز أن يزول الذي كان عند البائع ثم حدث النوع الاخر عند المشتري فلا يكون له حق الرد كالعبد اذا احرم عند البائع ثم عند المشتري فان كان هذا الثاني غير (٣٣) ذلك النوع لا يثبت حق الرد وان كان من نوعه يثبت حق الرد اه اتقانى نقلا عن

معرفته عرف أهله قال (كالأبق والبول في الفراش والسرقة لانما اتوجب نقصان القيمة عندهم) ثم اذا وجد شيء من هذه الاشياء من صغير غير مميز لا يكون عيبا وان كان مميزا يكون عيبا وزول بالبول فان عاوده بعد البلوغ يكون عيبا احادنا غير الأول لزوال الأول بالبول فيكونان مختلفين لاختلاف سببهما فان البول قبل البلوغ لضعف في المثانة وبعده في الباطن والابق قبل البلوغ لخب اللعب والسرقة قبل البلوغ لقلة المبالاة وهما بعدة خلت في الباطن حتى لو وجد شيء منها عند البائع قبل البلوغ ثم وجد عند المشتري بعد البلوغ ليس له أن يردّه لزوال الأول بالبول ولو وجد عند البائع قبل البلوغ ووجد عند المشتري أيضا قبل البلوغ يردّه به مالم يبلغ لاتحاد السبب وكذا اذا وجد عند البائع بعد البلوغ وعند المشتري أيضا بعد البلوغ يردّه لما ذكرنا والسرقة لا تختلف بين أن تكون من المولى أو من غيره الا اذا سرق من المولى شيئا لا كل فانه لا يكون عيبا فان التقصير جاء من قبل المولى حيث أحواله اليه وان سرق طعاما من المولى لبيعه يكون عيبا لانه لا يأمنه في حفظ ماله ولو سرق الشيء ليسير نحو القلس والفلسين لا يكون عيبا ولو نقب البيت يكون عيبا وان لم يأخذ في الاباق اذا خرج من البلد يكون عيبا بالاتفاق ان أبق من المولى أو من رجل كان عنده باجارة أو عارية أو ودعية بخلاف ما اذا أبق من الغاصب الى المولى أو الى غيره ان لم يعرف منزله أو لم يقو على الرجوع اليه وان لم يخرج منه اختلفوا فيه والاشبه أن يقال ان كانت البلدة كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا وان كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه أهلها ويوتها لا يكون عيبا قال (والجنون) لما ذكرنا وهو فساد في الباطن لان العقل معدن القلب وشعاعه في الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع وهو لا يختلف باختلاف السن حتى لو وجد عند البائع في صغره وعادده عند المشتري بعد الكبر يردّه لانه عن ذلك الاول وقيل لا تشتط المعاودة عند المشتري بل اذا ثبت أنه كان به جنون عند البائع يردّه وان لم يعاوده في يد المشتري لانه قبلما يزول والصحيح انه لا يردّه حتى يعاوده عنده لان الله تعالى قادر على ازالته فلا بد من المعاودة ومقداره أن يكون أكثر من يوم وليلة ومادونه لا يكون عيبا وقال بعضهم المطبق عيب ومادونه لا يكون عيبا قال (والبحر والدفر والزنا وولد في الجارية) يعني هذه الاربعة تكون عيبا في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود منها وهو الافتراض وطلب الولد لا في الغلام لان المطلوب منه الاستخدام وهذه الاشياء لا تخل به لانه يستخدمه من بعد وكونه أدفرا أو بخر أو زانيا أو ولدا لا يمتنع منه الا أن يكون فاحشا بحيث يمنع القرب من المولى أو يكون الزنا عاده لانه الفاحش من البحر والدفر يكون من داء وهو عيب واتباع النساء يشغله عن الخدمة وذلك بان يتكرر منه الزنا أكثر من مرتين والعيب كلها لا بد لها من المعاودة عند المشتري حتى يرد الا الزنا في الجارية فانه روى عن محمد في الامالى لو اشترى جارية بالغة وقد

التحفة مع بعض تغيير اه (قوله في المستن والجنون) وحكى عن الشيخ أبي بكر الاسكافي البلخي أن الجنون أيضا منزلة البول في الفراش والابق والسرقة فلا يمكن المشتري أن يرد بالجنون اذا جن عنده في حالة الكبر اذا كان الجنون عند البائع في حالة الصغر وانما يثبت حق الرد اذا كان الجنون عند البائع في حالة الكبر أيضا ووجه ذلك أن سببه في الصغر الضعف الشامل على الاعضاء وهو يزول بالكبر كافي لضعف المثانة وفي حالة الكبر لفساد اختصاصه به محل العقل والصحيح ما ذهب اليه عامة المشايخ لان ضعف الدماغ لا يوجب الجنون بل يوجد فيه من العقل بقدره ولهذا يظهر آثار العقل في الصغار ثم يزداد ذلك بزيادة قوته فكان الجنون ثابتا لفساد فيه اه اتقانى (قوله وعادده

عند المشتري بعد الكبر يردّه) أي بخلاف الاباق ونظائر فانه لا يثبت حق المعاودة عند المشتري بل اذا ثبت أنه كان به جنون كانت عند البائع يردّه اه (قوله لانه عين ذلك الاول) أي لان الجنون لا يكون الفساد في محل العقل وهو الدماغ ففي أي وقت ظهر فهو بذلك السبب اه اتقانى (قوله في المتن والبحر والدفر) البحر رائحة متغيرة من الفم وكل رائحة ساطعة فهي بحر مأخوذة من بخار اقدرا وبخار الدخان وهذا البخور الذي يتبخر به من ذلك كذا في الجبهة والدفر تن ریح الا بط قال في الجبهة الدفر التن رجل أدفرا وامرأة أدفرا ويقال للآراء ياد فار معدول وقد شمت دفر الشيء ودفره يسكون الفاء وفتحها أو ما الدفر بالذال المعجمة فهو حدة من طيب أو نتن وورع خاص به الطيب فقيس مسك أدفرا كذا في الجبهة اه اتقانى قال السكالك قبل الرواية هنا والسماع بالذال غير المعجمة اه (قوله دون الغلام) فان قيل لو وجدته سارقا كان له أن يردّه والمعنى في ذلك أنه لا يؤمن على الخزانة والاموال فاذا كان زانيا لم لا يكون عيبا لانه لا يؤمن على الجوارى وان لم يرد

إذا كن مستورات يمكنهن حفظ أنفسهن وإذا شغله المولى بالعمل ربما لا يتفرغ لذلك الأمر فلذلك المعنى لا يكون غيباً قاله الاتفاقى نقلاً
عن الفقيه أبي الليث اهـ **فرع** الكساح عيب في الرجل والمرأة جميعاً وعلى محمد في الأصل بقوله لأن فرج الجارية عليه حرام إذا
كان له زوج ولأن العبد يلزم بنفقة المرأة قال في الفتاوى الصغرى وعدة الجارية عن طلاق رجعي عيب وعن البائى لا إذا اشترى جارية
قد ولدت عند البائع لامن البائع أو عند آخر ولم يعلم المشتري بذلك وقت العقد هل له أن يرد فيه روايتان على رواية كتاب البيوع لا يرد إذا
لم يكن بسبب الولادة نقصان ظاهر وعلى رواية المضاربة يرد لأن على تلك الرواية الولادة عيب لازم لأن التسكسار الذى يحصل بسبب الولادة
لا يزول أبداً وعليه الفتوى نفس الولادة عيب في بنى آدم وفي البهائم لا اهـ **اتقانى** **فرع** والعسر عيب وهو الذى يعمل بشماله ولا يعمل
بيمينه قاله الاتفاقى نقلاً عن الاجناس اهـ (قوله في المتن والكفر) قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة فيمن اشترى عبداً
فاذاهو يهودى أو نصرانى أو مجوسى أو اشترى أمة فوجدها كذلك قال كل هذا عيب يرد منه وهذا لأن المسلم قبل ما يربى في صحة الكافر
وينفر عنه فكان الكفر سبباً لنقصان الثمن لفتور الرغبة فكان عيباً ولأنه لا يجوز صرف الكافر إلى كفارة القتل بالأجاعة ولا يجوز صرفه
إلى كفارة اليمين عند بعض الناس فاختلفت الرغبة اهـ **اتقانى** (٣٣) (قوله يرد أهوات الوصف المرغوب فيه)
أى لأن الأولى بالمسلم أن

يستعبد الكافر وكان
السلف الصالح يستعبدون
العلاج والجواب أن هذا
أمر راجع إلى الديانة
ولاعبارة به في المعاملات
اهـ **اتقانى** (قوله ويعرف
ذلك بقول الأمة) قال
الامام العتائى رحمه الله
وغيره إنما يعرف ذلك عند
المنازعة بقول الأمة لأنه
لا يعرف ذلك غيرها ويختلف
المولى مع ذلك بالله لقد
سلمها بحكم البيع وما بها
هذا العيب وان تكل ترد
بشكله هذا إذا كان بعد
القبض وان كان قبل

كانت زنت عند البائع فلا يشتري أن يرد ها وان لم تزن عنده للحقوق العار بالاولاد وفي نوادر بشر عن أبي
يوسف رجل اشترى جارية فأبقت عنده ثم وجدها واستحقها مستحق ببسطة فبيع الباقي لازم لها أبداً وهذا
نص على أن الباقي أيضاً لا يشترط معاودته فعلى هذا يرجع المستحق بنقصان العيب عليه وان لم يرد ها
عنده وكذا من اشترى منه يرد ها عليه به من غير معاودة عنده والاول هو الظاهر وقد ذكرنا وجهه وقال
الشافعى رحمه الله الزانى الغلام عيب كالسرقه قلنا لا تنقص قيمته بالزنا ولا بعد عياده الا اذا كثر منه
بخلاف السرقه فان المولى يشق عليه حفظ ماله عنه وكذا احده أعظم وهو قطع اليد من حد الزنا وهو
الجلد قال (والكفر) يعنى في الغلام والجارية هو عيب لأن طبع المسلم يتفرغ عن صحبته للعداوة الدينية
ولا يجوز اعتاقه عن كفارة القتل فتختل الرغبة فيه ولو اشترى على أنه كافر فوجده مسلماً لا يرد له لأنه زال
العيب وقال الشافعى يرد له أهوات الوصف المرغوب فيه لأن استعباد الكافر وإذلاله مطلوب للمسلم والحجة
عليه ما ذكرناه قال (وعدم الحيض والاستحاضة) لأن ارتفاعه واستمرار الدم أمارات الداء وهذا لأن الحيض
مركب في بنات آدم فاذا لم تحض فالظاهر أنه لداء فيها وذلك الداء هو العيب وكذا الاستحاضة لداء فيها
ولا يسمع دعواه بأنه ارتفع الا اذا ذكر سببه وهو الداء أو الحبل فالمدعى كرا حلهما لا يسمع دعواه ويعتبر في
الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة ويعرف ذلك بقول الأمة لأنه لا يعرفه
غيرها ويستخلف البائع مع ذلك ان كان بعد القبض فترد بنكوله وان كان قبله فكذلك في الصحيح وعن أبي
يوسف رحمه الله يرد بلا عين البائع لضعف البيع قبل القبض حتى يملك المشتري الرد بلا قضاء ولا رضاء وصح
الفسخ للعقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية لا يقبل قول الأمة فيه ذكره في الكافي ولوادعى
انقطاعه في مدة قصيرة لا تسمع دعواه وفي المدينة تسمع وأقلها ثلاثة أشهر عند أبي يوسف وأربعة أشهر

(٥ - زيلجى رابع) القبض بخلفه بالله ما بها هذا العيب الذى يدعيه المشتري في الحال وهذا على قياس قول أبي
حنيفة وأبى يوسف في مسألة البكارة إذا اشترى جارية على أنها بكر فقال المشتري ليست ببكر وقال البائع هي بكر في الحال فان القاضى
بريها النساء فان قلن هي بكر لزم المشتري من غير عين البائع لأن شهادتين تأيدت بغيره وهو أن الأصل هو البكارة وان قلنا هي ثيب ثبت
حق الفسخ للمشتري بشهادتين لأن شهادتين ضعيفة وحق الفسخ حق قوى وبشهادتين ثبت للمشتري حق الخصومة في توجيه اليمين
على البائع فيخلف البائع بالله لقد سلمها بحكم البيع وهي بكر ان كان بعد القبض وان كان قبل القبض بالله انها بكر وروى عن محمد
أنها ترد على البائع بشهادتين من غير عين البائع فكذلك هنا ترد من غير عين البائع وقال في الفتاوى الصغرى إذا اشترى جارية فوجدها
لا تحيض لا تسمع منه الخصومة ما لم يدع ارتفاع الحيض بسبب الداء أو الحبل فان ادعى بسبب الحمل بريها النساء فان قلن هي حبلى يخلف
البائع أن ذلك لم يكن عنده وان قلن ليست حبلى لا عين على البائع وان ادعى المشتري ارتفاع الحيض بسبب الداء لم يكتب المحشى
(قوله قالوا في ظاهر الرواية لا يقبل قول الأمة فيه) في الهداية ويعرف ذلك بقول الأمة فترد اذا انضم اليه نكول البائع اهـ (قوله
وفي المدينة تسمع) وأقلها ثلاثة أشهر قال الاتفاقى قال محمد في الأصل والمستحاضة والى يرتفع حيضها زماناً فهذا كله عيب وفسر في التحفة
أدنى ذلك الزمان بشهرين اهـ

وعشر عند محدود عن أبي حنيفة وزفر أنها ستان وجلة الامر فيه أنه اذا ادعى انقطاعه وأحسن دعواه على ما ذكرنا مال القاضي البائع فان أقرب بما ادعاه المشتري ردها على البائع وان أنكر قيام العيب للحال وهو الانقطاع لا يحلف عند أبي حنيفة على ما يجبيء بيانه وان أقرب بقيامه في الحال وأنكر أنه كان عنده يحلف فان حلف برئ وان نكل رد عليه وان أقام المشتري البيضة على أن الانقطاع كان للبائع قال في الكافي لا تقبل لانهم لا يعرفون انقطاعه فتيقن القاضي بكذبهم بخلاف ما اذا شهدوا أنهم استحضروا لان الاستحاضة درور الدم فيطلع عليه وذكر في النهاية معزى الى فتاوى الفضلي أن المرجع في الجبل الى قول النساء في الداء الى قول الاطباء واشترط لشبوت العيب فيها قول عدلين منهم وقال بخلاف ما لم يطاع عليه الرجال حيث ثبت بقول امرأة واحدة ثم ذكر بعده مثل ما ذكر في الكافي وعزاه الى الفوائد الظهيرية ثم اذا ثبت العيب بقول المرأة يحلف البائع على أنه لم يكن عنده لان المشتري لا يرد بعيب حدث عنده وانما يرد بعيب كان عند البائع فلا بد من البين قال (والسعال القديم) لان دوامه يدل على الداء وتنتقص بسببه قيمته قال (والدين) لان ماليته يكون مشغولا به ويقدم الغرماء على المولى قال (والشعر والماء في العين) لانهما يضرعان البصر ويورثان العمى قال (فلو حدث آخر عند المشتري رجع بنقصانه أو رد برضا بائعه) أي لو حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان فيه عند البائع فله أن يرجع بالنقصان وليس له أن يرد له الا برضا البائع لان بالرد اضرار بالبائع لانه خرج عن ملكه سالماعن العيب الثاني ولا بد من دفع الضرر عنهما فتمت عين الرجوع بالنقصان الا أن يرضى البائع باخذه لانه رضى بالتزام الضرر فيخير المشتري حينئذ ان شاء رده وان شاء رضى به وليس له أن يرجع لنقصان بعد ما رضى البائع به لزوال الموجب لذلك وهو امتناعه من أخذه بخلاف ما اذا خاطب الثوب قيمه صا ثم اطلع على عيب حيث يرجع عليه بالنقصان ونس له أن يأخذ الثوب لان امتناع الرد هناك لحق الشرع كما لا يلزم الرضا لا يقدر على اسقاطه وهنا امتنع لحق البائع فيسقط باسقاطه ولا يقال ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فكيف يرجع عليه بالنقصان لانه نقول اذا صارت مقصودة بقابلها وتصير مقصودة بأحد أمرين اما بالاتلاف حقيقة كما اذا قطع البائع يده قبل القبض فانه يسقط من الثمن بقدره وهو النصف واما بالامتنع حكما كما اذا امتنع الرد لحقه أو لحق الشرع بان نقص أو زاد لان الجزاء الفأنت صار حقا للمشتري بالعقد ووجب عليه تسليمه فاذا عجز صار مانعا لذلك الجزاء حكما فيرد عليه المبيع ان أمكن دفع الضرر عنه ولا يرجع عليه بالنقصان لان دفع الضرر به وان لم يمكن رجوع عليه بمحضته من الثمن فصار له حصته من الثمن لكونه مقصودا بالامتنع حكما فاعتبر الحكمي للضرورة عند تعذر دفع الضرر عنه بغيره وطريق معرفته أن يقوم وبه هذا العيب ثم يقوم وهو سالم فاذا عرف التفاوت بين القيمةين يرجع عليه بمحضته من الثمن حتى اذا كان عشر القيمة مثلا يرجع عليه بعشر الثمن وان كان ثلثا فثلثه وقال مالك يرد المشتري المبيع ويرده منه نقصان العيب الحادث عنده لان رد البديل عند تعذر رد المبدل كرده فصار راد الكل المبيع فيرجع عليه بكل الثمن ولنا أن حق الرد ثبت للمشتري لئلا يضر به الضرر عن نفسه على وجه لا يضر به البائع وبعد ما تعيب عنده لورده لاضرر به البائع لانه خرج عن ملكه سالماعن العيب الحادث عنه ويعود اليه معيبا به فلا يلزمه وضرر المشتري ترى أمكن دفعه بالرجوع عليه بمحضته من الثمن فلا يصار اليه أصلا ثم لو رضى البائع بأخذ المبيع بعيبه فقد اتزم الضرر باختياره وليس له أن يرجع على المشتري كما لا يرجع المشتري بشيء على البائع اذا رضى بأخذ المعيب ولا يقال مراعاة حق المشتري أولى عند تعارض الحقين لما أن البائع دلس عليه وصار مغرورا من جهته فخرج مراعاة حقه لذلك لانا نقول ذلك المعصية منه والمعصية لا تنافي عصمة مال العاصي ألا ترى أن من غصب ثوبا فخطأه أو صبغه لا تسقط عصمة صنعه قال (ومن اشترى ثوبا فخطأه فوجده عيبا يرجع بالعيب) لان القطع عيب حادث وقد بينا أنه يمنع الرد ويوجب الرجوع بالنقصان

(قوله وأحسن دعواه) أي بان ذكر سببه وهو الداء أو الجبل اه (قوله مشغولة به) الذي بخط الشارح مشغول به اه (قوله الا أن يرضى البائع بأخذه) أي بالعيب الحادث فله ذلك لانا انما قلنا بتعذر الرد لحق البائع فلما رضى أسقط حقه بخلاف ما اذا كان المبيع عصيرا فتخمر في يد المشتري ثم اطلع على عيب في العصير وهي مسئلة الجامع الكبير حيث لا يكون للبائع أن يأخذ الخمر ويرد الثمن وان وجد منه الرضا بالاخذ لان الامتناع ثمة لحق الشرع لما فيه من تعليق الخمر وتملكها فلا يقع بتراضي المتعاقدين كالأثر ارضيا على بيع الخمر ولكن يأخذ المشتري نقصان العصير اه اتقاني (قوله فلا يصار اليه أصلا) هكذا هو بخط الشارح رجه الله ووجهه أن يقال فلا يصار اليه أي الى الرد بعيب قديم مع حدوث عيب آخر عند المشتري وفي عبارة الكافي وغيره فيصار اليه بدون قوله أصلا وهي ظاهرة المراد أي فيصار الى الرجوع عليه بمحضته من الثمن اه

(قوله حيث لا يكون له أخذه) قال الاتفاقى رحمه الله قال في شرح الطحاوى انهم ائروا ضيا على الرد فالفاضى لا يقضى بالرد اه (قوله)
في المتن وان باعه المشتري لم يرجع) أى بعد العلم بالعيب أو قبله اه غايه (٣٥) (قوله حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان)

أى سواء علم بالعيب يوم
البيع أو بعده اه اتفاقى
وكتب على قوله حيث
لا يبطل بالنقصان مانصه
لان امتناع الرد ليس لحق
البائع بل لحق الشرع لحصول
الزيادة فيه بالخياطة فكان
الرد مستعاقبا للبيع
بالخياطة لا بالبيع اه
اتفاقى وكتب أيضا مانصه
قال الاتفاقى وكذلك الحكم
فيما لو كان البيع حنطة
فقطنها أو كان لحما فشواه
أو كان دقة فأنجزه ثم باعه
يرجع بنقصان العيب لان
المشتري ليس بجارس للبيع
بل امتنع الرد قبل البيع لحق
الشرع اه (قوله في هذه
الصور) يعنى لوقطعه وخياطه
ثم باعه بعد رؤية العيب
أو صيغه ثم باعه بعد رؤية
العيب أولت السويق بسمين
ثم باعه بعد رؤية العيب فإنه
يرجع بالنقصان في هذه
الصور وكتب على قوله في
هذه الصور مانصه أى بعد
رؤية العيب اه (قوله
حيث لا يمنع الرد بالعيب في
ظاهر الرواية) أى إذا رضى
من له الحق في الزيادة فإذا
أبى المشتري الرد وأراد
الرجوع بالنقصان وقال
البائع لا أعطيك نقصان
العيب ولكن رد على المبيع

بخلاف ما إذا اشترى بغيره أو فخره فوجد معه فاسدا حيث لا يرجع بالنقصان عند أبى حنيفة والفرق له
أن النحر أفساد للمالية لأنه يصير به عرضة للتلين والفساد ولهذا لا يقطع السارق بسرقة فاختل قيام ماليته
بفعله فصار كالتلفه كما إذا كان عبدا أو طعنا ما فقتله أو أكله قال (وان قبله البائع كذلك له ذلك) لان الامتناع
لحقه وقد رضى به بخلاف ما إذا كان الامتناع لزيادة فيه حيث لا يكون له أخذه لان الامتناع لحق
الشرع على ما بينا قال (وان باعه المشتري لم يرجع بشئ) لانه صار جارسا له بالبيع إذا رد غير متنع بالقطع
رضى البائع على ما بينا فكان مغفورا للرد بخلاف ما إذا خاطه ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان لانه
لم يصير جارسا له بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من غير علم بالعيب وبعه بعد امتناع الرد لا تأثر له قال
(فلو قطعه أو خاطه أو صيغه أو أولت السويق بسمين) فاطلع على عيب رجع بنقصانه كما لو باعه بعد رؤية
العيب) يعنى لو باعه في هذه الصور وانما يرجع بالنقصان لأنه عذر الرد بسبب الزيادة إذا الفسخ في الاصل بدون
الزيادة لا يمكن لانها لا تنفك عنه ومع الزيادة أيضا لا يمكن لان العقد لم يرد عليه فكذا الفسخ اذ هو لا يرد
الا على عين ما ورد عليه العقد والامساك فسخا ولو أخذ له كان بأبى على ما بيناه فإذا امتنع الرد بسبب
الزيادة لا تأثر للبيع للامتناع قبلها فلا يصير به جارسا بخلاف القطع من غير خياطة على ما ذكرنا وبخلاف
ما إذا زاد المبيع زيادة متصلة كالسمن والجمال حيث لا يمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية ويصير بالبيع بعدها
جارسا له لان الزيادة في مثلها تابع محض لكونها وصفا له فلا يمنع الفسخ فاصله أن الزيادة نوعان متصلة
ومتفصلة فالمتصلة ضرر بان متولدة من الاصل كالجمال وغير متولدة منه كالصبي وقد ذكرنا حكمها وما انفصله
أيضا نوعان متولدة من المبيع كالولد والثمر واللبن ونحو ذلك فانه يمنع الرد لانه لا وجه الى الفسخ فيها مقصودا
لان العقد لم يرد عليها ولا تبعها لنقصانها ولا الى الفسخ في الاصل وحده بدون الزيادة لانه يؤدي الى الربا لان
المشتري إذا رد المبيع وأخذ الثمن تبقى الزيادة في ملكه بالأعوض والنوع الثانى من هذا النوع زيادة غير
متولدة من الاصل كالكسب فانه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ فإذا فسخ سلم للمشتري مجانا لانه ليس بمبيع
بحال ماله متولدة من المنافع والمنافع ليست بجزء للعين ولهذا لا يتبع الكسب الكاسب في الخسرية
والكتابة والتدبير والاستيلاء حتى لا تكون أكسابهم متعلهم ولا يلزم من حصولها للمشتري مجانا أن يكون
ربا لانه ليس بجزء للبيع فلم يملكه بالثمن وانما ملكه بالضمان وعنده يطيب الربح لما روى أنه عليه السلام قضى
أن الخراج بالضمان رواه مسلم والخارجى وغيرهما وفي رواية أن رجلا ابتاع غلاما فاستغله ثم وجد به عيبا فردّه
بالعيب فقال البائع غله عبدى فقال أليس قال النبي صلى الله عليه وسلم الغالة بالضمان رواه أحمد وأبو داود
وابن ماجه فاذا ثبت هذا فنقول ان كل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا
البائع فخرجه عن ملكه يمنع الرجوع بالنقصان لكونه مقفوتاه وكل موضع يكون المبيع قائما فيه ولا يمكنه
الرد وان رضى به البائع فخرجه عن ملكه لا يمنع الرجوع بنقصان العيب لانه لم يصرفه بالتأخر اج بل كان
متمعا قبله ولهذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا للولد الصغير وخاطه ثم وجد به عيبا يرجع بنقصان
العيب لانه صار ملكا له بالقطع قبل الخياطة في وقت لا يمنع الرد ولو كان الولد كبيرا رجع بالعيب لانه لم يصير
ملكه الا بقضه اذ لا ولاية له عليه فحصلت الخياطة من غير علم بالعيب في ملك الاب فامتنع الرد به ثم حصل
التملك بعد ذلك بالتسليم فلا يمنع الرجوع بالنقصان قال (أو مات العبد أو أعتقه) أى الخياطة ونحوها
لا تمنع الرجوع بنقصان العيب كما لا يمنع البيع بعد الزيادة على ما تقدم وكما لا يمنع موت العبد واعتاقه
أما الموت فامتنع فلان الملك ينتهى به لان الملك في محل الحياة ثبت باعتباره فانتهى بانتهائها وامتناع

حتى أرد عليك جميع الثمن قال ح س ليس للبائع ذلك وقال م لذلك اه (قوله فاصله ان الزيادة نوعان متصلة الخ) الزيادة المتصلة
المتولدة من الاصل لا تمنع الفسخ عند محمد لانها تابعة للاصل اه غايه وعمادية (قوله ولهذا قلنا) أى لاجل ما قلناه وهو أن المشتري إذا
كان جارسا للبيع لا يرجع بنقصان العيب قلنا الخ اه

(قوله لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل) قال الاتفاقى وأما الاعتاق بلا مال فالقياس أن لا يرجع بنقصان العيب وهو قول زفر ذكره قاضيان وهو قول الشافعى أيضا كذا نقل قوله في شروح الجامع الصغير لانه حبس المبيع بفعله فصار كالاعتاق على مال وكالقتل (قوله لان الملك فى الآدمى ثبت على منافاة الدليل) أى لان الانسان لم يخلق للملك وانما وقع الملك فيه بعارض الكفر أعنى أنه وقع جزاء للكفر الاصلى اه (قوله فيجعل كأن الملك فيه باق) بخلاف المبيع فانه قاطع الملك البائع الى غيره لانه لا ملك فى العبد وهذا ما سلكه المشتري اه (قوله) لتعذر الرد فيه ما بالامر الحكيمى (أعنى الرد امتنع بتعلم الشرع لا بفعله)

ردده على البائع حكيمى لا بفعله من المشتري فلا يمنع الرجوع بالنقصان وأما الاعتاق فالمراد به اعتاق وجده منه قبل العلم بالعيب وان أعتقه بعد العلم به فلا يرجع بالنقصان لان اقدامه على الاعتاق يدل على رضاه به والقياس فيه أن لا يرجع بالنقصان وان كان قبل العلم بالعيب وهو قول الشافعى رحمه الله لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل وجه الاستحسان أن الاعتاق انهاء للملك لان الملك فى الآدمى ثبت على منافاة الدليل الى غاية العتق والشئ ينتهى بضمى مدته والمنتهى متقرر فى نفسه فيجعل كأن الملك فيه باق فتعذر رده ولهذا ثبت الولاء بالعتق وهو من آثار الملك ببقاء الملك والتدبير والاستيلاء كالاعتاق لتعذر الرد فيه ما بالامر الحكيمى مع بقاء الملك حقيقة ولو أعتقه على مال لم يرجع بشئ لانه حبس بدله وهو كحبس المبدل وعن أى حنيفة رحمه الله أنه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض ولان العوض والعوض ملكه فكان كالعتق بلا عوض والكتابة مثل الاعتاق على مال لحصول العوض فيها كالبيع وان عجز المكاتب ينبغي أن يرد به بالعيب لزوال المانع وهذا كما قلنا اذا أبى العبد المبيع ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان الرجوع خلف عن الرد فلا يصار الى الخلف مادام حيا لان رجوعه موهوم فيمكن رده فاذا رجع رده لزوال المانع ولو اشترى المكاتب أباه أو ابنته ثم اطلع على عيب لا يرد لانه تكتاب عليه فلا يمكن من اخراجه عن ملكه ولا يرجع بالنقصان لانه خلف عن الرد ولم يقع اليأس عنه بخلاف التدبير والاستيلاء دولوعز المكاتب يردده ولا مولى يتولاه العبد لانه هو الذى اشتراه فكان حقوقه اليه كالمشتري عيبا ثم عجز واطلع المولى على العيب عيبا فانه يردده يتولاه المكاتب لانه هو العاقد قال (فان أعتقه على مال أو قبله أو كان طعاما فأكله أو بعضه لم يرجع بشئ) أما العتق على مال فقد ذكرناه وأما القتل فلان الرد امتنع بفعله وهو مضمون عليه وانما سقط الضمان عنه باعتبار أنه ملكه فصار ممتنع فاعلم هذا الملك من حيث دفع الضمان عن نفسه فصار كأنه سلم اليه الضمان معنى ألا ترى أنه لو لم يكن ملكا له لوجب عليه ضمانه وعن أبى يوسف أنه يرجع بالنقصان لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم ذنبوى فصار كالوثن حنف أنفه فيكون انهاء للملك وجوابه ما ذكرناه وهذا بخلاف ما اذا صبح الثوب أو فعل فيه نحوه حيث يرجع بالنقصان مع امتناع الرد بفعله لان هناك امتناع الرد بسبب زيادة المبيع لحق الشرع على ما بينا والعين قائم على حاله ولم يحصل له عنه عوض فلم يوجد مانع الرجوع فصار نظيرا للاستيلاء والتدبير والاعتاق وأما كل الطعام فالذكور هنا قول أى حنيفة والقياس أن يرجع بالنقصان وهو قولهما لانه فعل فى المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وجه الاستحسان أن الرد قد تعذر بفعله مضمون منه وانما سقط الضمان عنه باعتبار أنه ملكه فصار كالاحراق بالنار وقتل العبد وكونه مقصودا لا تأثير له فيه ألا ترى أن المبيع مقصود بالشراء ومع ذلك يمنع منه والاصل فى جنس هذه المسائل أن الرد متى امتنع بفعله مضمون من المشتري كالقتل والتخليك من غيره امتنع الرجوع بالنقصان ومتى امتنع لامن جهته أو من جهته بفعله غير مضمون كالهلاك بأفة سماوية أو انتقص أو زاد زيادة مائعة من الرد أو الاعتاق أو توبع كالتدبير

المشتري اه (قوله وعن أبى حنيفة أنه يرجع) لانه انهاء للملك وهو قول أبى يوسف اه (قوله والكتابة مثل الاعتاق على مال) أى وفيه خلاف أبى يوسف أيضا اه (قوله اذا أبى العبد المبيع) ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان رواه الحسن بن زياد عن أبى حنيفة وروى الحسن بن أبى مالك أنه يرجع للعالم اه (قوله وجوابه ما ذكرناه) ولا نسلم أن قتل المولى لا يتعلق به حكم من أحكام الدنيا ألا ترى أنه يجب عليه الكفارة لو كان خطأ اه اتفاقى (قوله والقياس أن يرجع بالنقصان وهو قولهما) قال الاتفاقى وأخذ الطحاوى فى مختصره بقولهما وكذا الخلاف فيما اذا اشترى ثوبا فلبسه فتمزق ثم اطلع على عيب عند البائع فعند أبى حنيفة ليس له الرجوع بنقصان العيب خلافا لهما وأجمعوا أنه لو أنلف الطعام أو الثوب بسبب آخر ليس له حق الرجوع كذا فى شرح الطحاوى وجه قولهما أن الاكل تصرف مشرعى يقصد المبيع لاجله وكذا اللبس تصرف والاستيلاء مشروع يقصد المبيع لاجله فلا يعد اتلافا لانه استعمال العين لما طلب فيه لاصل التخليق فيقع الهلاك على ملكه ولا يكون كالأثر فلا يمنع الرجوع بالنقصان كالاعتاق بخلاف القتل اه وكتب على قوله وهو قولهما مانصه قال فى خلاصة الفتاوى والفتوى على قولهما اه اتفاقى (قوله وانما سقط الضمان عنه باعتبار أنه ملكه) فصار كالمتصيد عوضا اه اتفاقى (قوله والتخليك من غيره امتنع) أى ولم يمنع الرد قبل التخليك اه (قوله أو زاد زيادة مائعة من الرد أو الاعتاق) مثال الامتناع من جهته بفعله غير مضمون اه

الرجوع كذا فى شرح الطحاوى وجه قولهما أن الاكل تصرف مشرعى يقصد المبيع لاجله وكذا اللبس تصرف والاستيلاء مشروع يقصد المبيع لاجله فلا يعد اتلافا لانه استعمال العين لما طلب فيه لاصل التخليق فيقع الهلاك على ملكه ولا يكون كالأثر فلا يمنع الرجوع بالنقصان كالاعتاق بخلاف القتل اه وكتب على قوله وهو قولهما مانصه قال فى خلاصة الفتاوى والفتوى على قولهما اه اتفاقى (قوله وانما سقط الضمان عنه باعتبار أنه ملكه) فصار كالمتصيد عوضا اه اتفاقى (قوله والتخليك من غيره امتنع) أى ولم يمنع الرد قبل التخليك اه (قوله أو زاد زيادة مائعة من الرد أو الاعتاق) مثال الامتناع من جهته بفعله غير مضمون اه

(قوله فكذا الجواب عنده) أي لا يرجع عنده كالأول كل كاه اه (قوله لانه كشي واحد فلا يرجع عنه) أي كانه بعد الواحد تعذر الرد في بعضه بمعنى من قبل له مبطل الحق في الكل اه اتفاقى وعند زفر يرجع بنقصان الباقي الآن رضى البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن اه غايه (قوله ان لم ينتفع به) أي كاقترع المرو الأبيض المذراه فتح (قوله وقيل يرد القشر ويرجع بكل الثمن) هو اختيار صاحب الهداية اه (قوله هذا اذا كسره من غير علم به) لا يظهر وجه هذا (٣٧) التفصيل بعد ما قرر أن البيع باطل والذي يظهر أن التفصيل

فيما اذا وجده معيبا ينتفع به فينبغي أن يذكر هناك اه قارئ الهداية اه (قوله لانه لا يجوز عن القليل من الفاسد) أي فصار كقليل التراب في الخنطة والشعر فلا يرجع بشئ أصلا وفي القياس يفسد وهو ظاهر اه فتح (قوله فقيل باطل عند أبي حنيفة) أي كما لو جمع بين حرو عبد اه (قوله له أن يرد على بائعه) قال الكمال يعنى له أن يخصم الأول و يفعل ما يجب معه الى أن يرد عليه وفيده في المبسوط بما اذا ادعى المشتري الثاني العيب عند البائع الأول أما اذا أقام البينة أن العيب كان عند المشتري الأول لم يذكره في الجامع وانما ذكره في اقرار الاصل فقال ليس للمشتري الأول أن يخصم مع بائعه بالاجماع لان المشتري الأول لم يصير مكذبا فيما أقربه ولم يوجد هنا قضاء على خلاف ما أقربه فبقى اقراره بكون الخارية سليمة فلا ثبت له ولا يرد اه فتح

والاستيلاء لا يمنع من الرجوع بالنقصان وان كل بعض الطعام فكذا الجواب عنده وليس له أن يرد الباقي ولا أن يرجع بنقصانه لانه كشي واحد فلا يرجع عنه دون بعض كما اذا باع البعض وعندهما يرجع بنقصان العيب في الكل وليس له أن يرد الباقي لان الطعام كاشئ الواحد فيتعيب بالتبعض وأكل الكل لا يمنع الرجوع فالبعض أولى وعنه ما أنه يرد الباقي ويرجع بنقصان ما أكل لان التبعض لا يضره وان باع بعضه ثم اطعم على عيب لا يرجع بالنقصان لافي المزال عن ماله ولا في الباقي لان امتناع الرد به له وهو مضمون عليه وعند زفر يرجع بنقصان الباقي قال (ولو اشترى بيضا أو قشرا أو جوزا ووجد فاسدا ينتفع به يرجع بنقصان العيب) لان الكسر عيب حادث الا اذا رضى به البائع لانه أسقط حقه وقال الشافعي رحمه الله اذا كسره منه مقدارا لا بد منه للعلم بالعيب يرد لان البائع سلطه عليه فكأنه فعله بنفسه قلنا رضى بكسره في ذلك المشتري لافي ملك نفسه فيجب رعاية حقه ما بالرجوع بنقصان العيب على ما بينا من قبل فصار كالأول باع ثوبا فاقطعه ثم اطعم على عيب ولو علم بصفته قبل الكسر يرد لانه قال (والباكل الثمن) أي ان لم ينتفع به يرجع بكل الثمن لانه ليس عال فكان البيع باطلا قالوا هذا يستقيم في البيض لانه لا قيمة لقشره وكذا في الجوز اذا لم يكن لقشره قيمة وأما اذا كان لقشره قيمة بان كان في موضع يوقد فيه قشره كافي مواضع الزاجين فقيل يرجع بحصة اللب ويصح البيع في القشر بحصته لانه مال متقوم فصار محلا للبيع وقيل يرد القشر ويرجع بكل الثمن لان مالية الجوز باعتبار اللب دون القشر فاذا لم ينتفع بلبه فات محل البيع فكان باطلا وان كان لقشره قيمة هذا اذا ذاقه فتركه فان تناول منه شيئا بعد ما ذاقه فلا يرجع عليه بشئ لانه صار به أكلا للبعض وينبغي أن يكون على الخلاف الذي ذكرنا في الطعام هذا اذا كسره من غير علم به ولو كسره بعد العلم به لا يرد ولا يرجع بالنقصان لان كسره بعد العلم به دليل الرضا قالوا هذا اذا وجده خاويا وان كان فيه قليل لب بشئ يأكله بعض الفقراء أو يصلح للعلف فهو من قبل العيب وسكبه ما ذكرناه وقالوا في بيض النعامة اذا وجد فاسدا بعد الكسر يرجع بنقصان العيب لان ماليتها باعتبار القشر بخلاف غيره مما ذكرنا وان وجد البعض فاسدا وهو قابل جاز البيع استحسانا لانه لا يخالو عن القليل من الفاسد عادة فلا يمكن التجرعنه وذلك مثل الواحد أو الاثنين من كل مائة فليس له أن يخصم الباقي بسببه وان كان أكثر من ذلك اختلفوا فيه فقيل باطل عند أبي حنيفة وعندهما يجوز بحصة الصحيح منه لانه بمنزلة ما لو فصل عنه لانه ينقسم عنه على أجزاء كالمكيل والموزون لانه قيمته وقبل العقد لا يجوز عند الكل لانه لم يفصل الثمن والأول أصح لما عرف من قواعدهم قال (ولو باع المبيع فرد عليه بعيب بقضاء يرد على بائعه ولو برضالا) أي لو اشترى شيئا ثم باعه فرد عليه بالعيب له أن يرد على بائعه ان كان رد عليه بقضاء لان الرد بالقضاء فسخ في حق البطل فيكون كأنه لم يبعه وان كان الرد بالتراضي من غير قضاء القاضي لا يرد على بائعه وقيل في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة يرد للتيقن به عند البيع الأول والاصح أنه لا يرد عليه في الكل لان الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما اذا ولا به لهما على غيرهما

القدير (قوله لا يرد على بائعه) أي وان ثبت أن العيب كان عند البائع الأول اه ولو اخطى (قوله لان الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما) أي والبائع الأول والثالث كان المشتري الأول اشتراه من المشتري الثاني ولو اشتراه المشتري الأول من المشتري الثاني لم يكن له أن يرد على الأول فلا خصومة فكذا هذا لو كان على المشتري الأول في الدار شفعة فأسقط الشفع حقه فيما باعه ثم رد بعيب بالتراضي تجدد للشفيع حق الشفعة كأن المشتري الأول اشترى ثيابا ما باع فلا يجوز له حق الخصومة في الرد ولا في الرجوع بالنقصان وقال الشافعي يرد اذا قبله بلا قضاء لان الرد بالعيب عنده يرفع العقد من أصله نص عليه الشافعي فلم تفاوت الرد بالرضا والقضاء اه فتح

(قوله وهذا اذا كان الرد) أي بالعيب من المشتري الثاني اه (قوله بعد القبض) أي بعد قبض المشتري الثاني المبيع اه (قوله وان كان قبله) أي للمشتري الأول اه (قوله وان كان بالتراضي) أي كالموابع المشتري الأول للمشتري الثاني بشرط اختياره أو بيعه فيه خيار رؤية فانه اذا فسخ المشتري الثاني بحكم الخيار كان للمشتري الأول أن يردده مطلقا وعلمت أن الفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء اه كمال (قوله فرع) قال الاتفاقى ثم اعلم أن المشتري اذا باع المبيع ثم رده عليه بعيب فان كان ذلك قبل القبض كان له حق الرد على بائعه فيكون بمنزلة ما اذا لم يبيع سواء كان بقضاء أو بغير قضاء لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل في حق الكل فصار ذلك الرد بمنزلة الرد بخيار الشرط أو خيار الرؤية أما اذا قبضه المشتري الثاني ثم (٣٨) رد على المشتري الأول بعيب فعلى وجهين فان قبله بقضاء قاض فله الرد على بائعه

بخلاف القاضى لان له ولاية عامة فينفذ قضاؤه على الكل وهذا اذا كان الرد بعد القبض وان كان قبله فله أن يرد على بائعه وان كان بالتراضي في غير العقار لان بيع المبيع قبل القبض لا يجوز فلا يمكن جعله بيعا جديدا في حق غيره ما قبل فسخه في حق الكل على ما تبين في الاقالة ان شاء الله تعالى وفي العقار اختلاف المشايخ على قول أي حنفية والظاهر أنه يبيع جديدا في حق البائع الأول لان العقار يجوز بيعه قبل القبض عنده فليس له أن يرد على بائعه كانه اشتراه بعد ما باعه وعند محمد فسخ لانه لا يجوز بيعه قبل القبض عنده وعند أبي يوسف بيع في حق الكل على ما عرف من مذهبه ولا فرق بين أن يكون قضاء القاضى بينة أو باقرار أو بشكول لان قضاءه فسخ في الكل وقال محمد لا يرد على بائعه ان رده عليه بينة لانه أنكر قيام العيب به فيكون اقراره عليه أنه سلم قلنا قد صار مكذبا شرعا فبطل اقراره وقال زفر رحمه الله لا يرد على بائعه اذا كان القضاء باقرار أو بشكول لان اقراره لا يقبل في حق غيره فلا يكون حجة على بائعه فلا يصير فسخا في حقه كالفسخ بالتراضي وهذا لان القاضى مضطر الى القضاء من جهة فانتقل الفعل اليه لان فعل المكرم منسوب الى المكرم فلما لا ينتقل فعل المكرم الى المكرم الا فيما يصلح آله كفى القتل فانه يمكنه أن يأخذ منه ويضربه وأما ما قيل لا يصلح فلا ينتقل اليه كفى الاكراه على الطلاق والعناق لانه يقع ما يكلامه والمكره لا يصلح أن يكون آله فيه اذ لا يقدر أن يتكلم بلسان غيره والقاضى لا يصلح أن يكون آله فلا ينتقل اليه فان قيل لما بشر سبب الفسخ وهو الشكول أو الاقرار بالعيب كان راضيا بحكم السبب فلا يلزم بائعه قلنا المسئلة مفروضة فيما اذا أقر بالعيب وأي القبول فردده عليه القاضى جبرا والفسخ لا يثبت باقراره ولا بشكوله بل بقضاء القاضى فينفذ قضاؤه في حق الكافة فكان له أن يرد على بائعه لانه لما فسخ العقد بينهما عاد اليه قديم ملكه فصار كانه لم يخرجه عن ملكه وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بالعيب بقضاء القاضى حيث يكون رادا على الموكل لان البيع فيه واحد وقد فسخ والموجود هنا بيعان فيفسخ أحدهما لا يفسخ الآخر فاذا عاد قديم ملكه كان له أن يردده لانه هو الفسخ في حق الكافة على ما بينا ولا يقال لو كان القضاء فسخا في حق الكافة لبطل حق الشفيع به في الشفعة ولكن لا يبي البائع أن يدعى ولد المبيعة المولود عند المشتري قبل الفسخ أو بعده فيما اذا كان المبيع جارية حبلى ولما طلت الحواالة بثمنه على المشتري لارتفاع العقد من الاصل فكان له لم يبيع لانا نقول حكم الفسخ يظهر فيما يستقبل لافيهامضى وهذه الاحكام وهي ثبوت حق الشفعة وسقوط دعوى الاب وبراءة ذمة المحيل كانت ثابتة قبل الفسخ بالبيع أو بالحواالة فلا تسقط بالفسخ ألا ترى أن الواهب اذا رجع في الهبة كان فسخا في حق ما يستقبل من الاحكام لافي حق ما مضى حتى لا يجب على الواهب زكاة ما مضى من السنين وقال شيخ الاسلام قول القائل بان الرد بالقضاء فسخ للعقد وجعل له كانه لم يكن متناقص لان العقد

وان قبله بغير قضاء قاض فليس له الرد وذلك لانه اذا قبل بغير قضاء القاضى كان ذلك ردا باصطلاحهما وتراضيهما فكان ذلك بمنزلة عقد مستأنف واذا قبله بالقضاء باحد الاشياء الثلاثة بالينة أو بالشكول أو بالاقرار فله أن يرد على البائع الأول لان البيع الثاني انفسخ بفسخ القاضى فصار كأن البيع الثاني لم يوجد أصلا ولكن البيع الأول قائم لم يفسخ بفسخ الثاني فيملك الخصومة اه (قوله ولا فرق بين أن يكون قضاء القاضى بينة أو باقرار) ومعنى القضاء بالاقرار أنه أنكر الاقرار فأثبت بالينة اه هداية وكتب ما نصه قال الاتفاقى وفي قول زفر اذا جحد العيب فرد عليه بالينة ليس له أن يرد على الأول كذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اه (قوله) وقال محمد لا يرد على بائعه هكذا ذكر في الجمع أن

هذا قول محمد وكرشاح الهداية الاكل والقوام الاتفاقى أن هذا قول زفر والله أعلم (قوله كان راضيا بحكم السبب) أي فلا فرق اذا بين القضاء والرضاء وجوب كونه بيعا في حق ثالث اه فتح (قوله وهذا) أي المذكور في أول المقالة اه (قوله حيث يكون رد على الموكل) هذا اذا كان القضاء بالينة أو بالشكول وان كان الرد بقضاء باقرار الوكيل وكان عيبا يحدث مثله يلزم الوكيل لكن يبقى له حق الخصومة مع موكله حتى لو أقام بينة أن العيب كان عنده موكله أو عند بائعه كان له الرد على الموكل وتسامه في الوالوجي اه (قوله حتى لا يجب على الواهب زكاة ما مضى من السنين) أي ولا يجعل الموهب عابدا الى قديم ملك الواهب في حق زكاة ما مضى وكذا الرجل اذا وهب دارا لآخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنتها ثم رجع الواهب فيها لم يكن الواهب أن يأخذها بالشفعة ولو عاد الموهب الى قديم ملك الواهب وجعل كأن

الدار لم تزل عن ملأ الواهب كان له الاخذ بالشفعة واذا عرف هذا الاصل خرجت المسائل المذكورة عليه أما الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذا المسئلة الثانية فلان الاب انما تصح دعواه باعتبار ولاية كانت له زمان العلق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيه بل يبقى ما كان من عدم ولاية هذه الدعوة وكذا المسئلة الثالثة فلان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد في ابطالها ولا في صحتها لا تستدعي عندنا دينا على المحال عليه اه فتح (قوله فلا يصار اليه حتى يبين حاله) قال الاتقاني فلاجل هذا يؤمر المشتري باقامة البينة أو يستخاف (٣٩) البائع حتى يظهر وجه الحكم فان

استبان وجه الحكم بان قامت البينة أو حلف البائع فنسك رد المبيع والأجبر المشتري على نقد الثمن اه (قوله ليعين حق البائع فيه) قال الاتقاني لان دفع الثمن انما يتعين على المشتري اذا تعين المبيع اه (قوله تعين حق المشتري في المبيع) أي ولم يتعين المبيع لان حق المشتري في التسليم لافي المبيع اه اتقاني (قوله لاحتمال أنه حدث عنده) أي ان أنكر البائع أن العيب كان موجودا عنده اه (قوله فعلى قول أبي يوسف ومحمد يحلفه) أي على العلم لانها عين على غير فعله اه أقطع وكتب مانعه قال الاتقاني رجه الله ثم اعلم أن المشتري لا يثبت له حق الرد بهذه العيوب ما لم يثبت حصولها عنده فبعد ذلك لا يتحول من أحد الأمرين اما أن يقر البائع بحصولها عند المشتري أو ينكر فان أقر يثبت حق الرد للمشتري وان أنكر يقال للمشتري أثبت أولا لأن هذا العيب حصل عندك فان أثبت

اذا جعل كانه لم يكن جعل الفسخ أيضا كأن لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل فاذا انعدم الفسخ عاد العقد لانعدام ما ينافيه فيمكن في هذه الدعوى دور وتناقض من هذا الوجه ولكن يقال يجعل العقد كأن لم يكن في حق المستقبل دون الماضي قال رحمه الله (ولو قبض المشتري المبيع وادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن أو يحلف بأعنه) أي لم يجبر المشتري على دفع الثمن بعد دعوى العيب لاحتمال أن يكون صادقا فيه فلا يجب عليه دفع الثمن لانه لو أجبر وأخذ منه الثمن فرمى بآثار العيب فيسترد من البائع فيكون اشتغالا لا يفيد وفيه نقض القضاء فلا يصار اليه حتى يبين حاله ولان المشتري منكر وجوب دفع الثمن عليه حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب وكان وجوب دفع الثمن أولا يتعين حق البائع فيه بازاء تعين حق المشتري في المبيع وقوله ولكن يبرهن أي يقيم البينة لاثبات العيب وكيفية اثباته أن يقيم البينة أولا أن العيب الذي يدعيه وجد بالمبيع عنده أي عند المشتري لانه اذا لم يوجد العيب عنده ليس له أن يرد به بالعيب وان كان به عند البائع لاحتمال أنه زال فاذا أقام البينة أنه وجد فيه عنده يحتاج الى اقامة البينة على أن هذا العيب كان به عند البائع لاحتمال أنه حدث عنده فلا يستحق عليه الرد فاذا ثبت أنه كان فيه عند البائع فسخ العقد بينهما الثبوت في الحالين عنده وعند البائع وصورة التحليف أن يحلف البائع أن هذا العيب لم يكن فيه عنده وذلك بعد اقامة المشتري البينة أنه وجد فيه عنده أي عند المشتري لان البائع لا ينتصب خصما حتى يقيم المشتري البينة على قيام العيب في الحال على ما بينا ولو لم يكن للمشتري بينة على وجود العيب عنده وقيامه في الحال هل يحلفه المشتري فعلى قول أبي يوسف ومحمد يحلفه لانه لو أقر به لزمه فاذا أنكره يحلف ولان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذلك التحليف عند العجز عنها فاذا حلف برئ وان نكل ثبت قيام العيب للحال ثم يحلف ثانيا على أن هذا العيب لم يكن فيه عنده فان حلف برئ وان نكل فسخ القاضي العقد بينهما الثبوت العيب في الحالين على ما بينا في البينة واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة فقال بعضهم يحلف لما ذكرنا وقال بعضهم لا يحلف وهو الاصح لان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب عنده ولا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين كافي الحدود والاشياء الستة وهذا لان البينة للالزام فلا يشترط فيها تقدم الدعوى واليمين لقطع الخصومة فلا بد من الدعوى الصحيحة وذلك لقيام العيب فيه لان التحليف شرع لدفع الخصومة المتحققة لا لانشائها ولو حلف البائع هنا لا تنقطع الخصومة بينهما بل تنشأ لانه اذا نكل ثبت قيام العيب به في الحال ثم تنشأ خصومة أخرى فيحلف ثانيا على أنه لم يكن عنده على ما بينا ويرد على هذا مسئلة الشفعة وهي أن الشفيع اذا تقدم الى القاضي يطلب الشفعة فان القاضي يسأل المدعي عليه عن التي يشفع بها فان أقر بأنها ملكه صار خصما فبإسأله هل ابتاع أم لا فان لم يقر ولم يكن الشفيع بينة أنها ملكه استخلف المشتري ما يعلم أنها ملكه فان نكل ثبت أنها ملكه ثم تنشأ خصومة أخرى فان القاضي يسأل هل ابتاع أم لا وهذا تحليف لانشاء الخصومة ذكره

بالبينة فقد ثبت له حق الرد لكون البينة حجة وان لم يكن للمشتري بينة وأراد تحليف البائع فله تحليفه على العلم عند أبي يوسف ومحمد لانه يحلف على فعل الغير فيحلف البائع بالله ما تعلم أن هذا العيب عنده عند المشتري ولا أبق ولا سرق ولا بال على فراش كذا ذكر في الجامع الكبير قوله ما لم يذكر قول أبي حنيفة اه (قوله ثم يحلف ثانيا على أن هذا العيب الخ) فيه ترك النظر للمشتري بل يحلف أنه لم يكن به قط كما ذكره الشارح بعد ذلك في دعوى الأباق هنا اه (قوله ولا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين) قال الاتقاني رجه الله ويحلف بالله لقد سلمته اليه بحكم البيع وما به هذا العيب اه (قوله فيحلف ثانيا على أنه لم يكن عنده) أي ان أنكر قيام العيب قبل البيع اه

(قوله في المتن وان قال شهودي بالشام) أي مثلاً فامهلني حتى أحضرهم أو آتيك بكاب حكى من قاضي الشام لا يسمع ذلك بل يستخلف البائع ويقضي بدفع الثمن ان حلف اه فتح (قوله استخلف البائع) فيه ايها المذكر على أي شيء يستخلفه على عدم علمه بقيام العيب عند المشتري أو على عدم قيامه عنده أو علمهما والظاهر أنه على الأول لكنه على قولهما اه كذا نقلته من خط شيخنا الشمس الغزي رحمه الله (قوله لان في الانتظار (٤٠) ضرراً بالبائع) أي لانه خرج ماله عنه وليصل عوضه اليه اه اتقاني

القدوري ولم يحدث فيه خلافاً قال (وان قال شهودي بالشام دفع ان حلف بأفعه) أي اذا قال المشتري شهودي بالشام استخلف البائع فان حلف دفع اليه الثمن لان في الانتظار ضرراً بالبائع وليس في دفع الثمن اليه كبير ضرر على المشتري لانه على حجة متى أقام عليه البينة رد عليه المبيع وأخذ منه الثمن وان نكل البائع لم يضر العيب لانه حجة فيه بخلاف الحدود حيث لا يكون النكول حجة فيها ولهذا لم يحلف فيها وكيفية التحليف ما بيناه قال رحمه الله (فان ادعى إيا قام يحلف بأفعه حتى يبرهن المشتري أنه أبق عنده فان برهن حلف بالله ما أبق عندك قط) أي اذا ادعى المشتري أن العبد الذي اشتراه أبق فأنكر البائع وأراد المشتري تحليفه لا يحلف البائع حتى يقيم المشتري بينة أنه أبق عنده نفسه فان أقام البينة حلف لما ذكرنا أن البائع لم ينتصب خصماً حتى يثبت المشتري أن العيب وجد فيه عند المشتري وهذا قول أبي حنيفة وعندهما يحلف وقد بيناهما نقلاً وقوله ما أبق عندك قط فيه ترك النظر للمشتري والاحوط أن يحلف بالله ما أبق قط أو بالله ما يستحق عليك الردم من الوجه الذي ذكره أو بالله لقد سلمه وما به هذا العيب لانه يحتمل أنه باعه وقد كان أبق عنده غيره وبه رد عليه وفما ذكره هزل عنه ولو كان الدعوى في أبق العبد الكبير يحلف بالله ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الأبق في الصغير يزول بالبلوغ فلا يوجب الرد على ما بيناه من قبل ولا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب لانه قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو يوجب الرد وكذا لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لانه توهم تعلقه بالشرطين فيتاؤه في اليقين عند قيامه في إحدى الحالين وهي حالة التسليم وانما كان التحليف على البتات هنا وان كان التحليف على فعل الغدير على العلم لان البائع يدعي تسليمه سليماً فيكون مدعي العلم به فيحلف على ما يدعي ألا ترى أن المودع لو قال ان المودع قبض الوديعة يحلف على البتات لا دعيته العلم بذلك وان كان القبض فعل غيره وكذا الوكيل لو ادعى أن الموكل قبض الثمن يحلف على البتات لا قلنا وانما يحلف على العلم أن لو ادعى أنه لا علم له به وهذا في العيوب التي لا تظهر للقاضي ولا يعرف أي حادثة عند المشتري أم لا أو ما العيوب التي لا يحدث مثلاً كالاصبع الزائدة أو الناقصة فان القاضي يقضي بالرد من غير تحليف لتساقطه بوجوده عند البائع الا اذا ادعى البائع رضا المشتري به وأثبت بطريقه فحاصله أن العيوب أنواع أحدها أن يكون ظاهر الحماكم حكمه ما ذكرنا والثاني ما لا يعرفه الا اطباء كوجع الكبد والطحال فعرفه اذا أنكر البائع بقول اطباء فيقبل في قيام العيب للحال وتوجه الخصومة قول واحد منهم عدل ثم لابد من عدلين لاثباته عند البائع فيرد عليه اذا لم يدع الرضا به والسالك عيب لا يعرفه الا النساء كالرقق والعفل فيقبل في قيامه للحال قول امرأه واحدة ثقة ثم ان كان بعد القبض لا يرد بقولهن بل لابد من تحليف البائع وان كان قبله فكذلك عند محمد وعند أبي يوسف يرد بقولهن من غير عيب البائع والرابع عيوب غير ظاهرة للقاضي ولا يختص بعرفتها الا اطباء ولا النساء كالأباق ونحوه فحكمها ما ذكرناه قال (والقول في قدر المقبوض للقابض) لانه هو المنكر حتى اذا رد المشتري بعيب جارية أو عبد بعد القبض فقال البائع كنت بعته معه غيره وقال المشتري بعته وحده فالقول قول المشتري لان القول للقابض أمينا كان أو ضمنيا كانا غاصباً لو أنكر الزيادة

(قوله وان نكل البائع لم يضر) قال الاتقاني وان نكل البائع عن اليقين لزم حكم العيب لان النكول حجة في المال لانه بدل أو اقرار فيصحبان جميعاً فيه اه (قوله لانه حجة فيه) أي في ثبوت العيب اه (قوله) وعندهما يحلف أي وان لم يقيم المشتري بينة اه (قوله) لانه توهم تعلقه بالشرطين أي فيكون غرض البائع من هذا اليقين عدم وجود العيب في الحالين جميعاً اه كذا فاذ اوجد في حالة كان بازالان المعلق بالشرطين انما ينزل عند وجودهما اه (قوله وانما كان التحليف على البتات هنا) قال الاتقاني رحمه الله وان لم يكن للمشتري بينة على وجود العيب عند البائع يحلف البائع على البتات وهذه اليقين تسمى عين الرد وذلك لانه معنى لو أقربه لزمه ويحلف على البتات لانه تحلف على فعل نفسه وهو تسليم صحيحاً فان حلف برئ وان نكل رد عليه بالعيب اه (قوله)

وأثبت بطريقه أي بينة يقيها أو ينكول المشتري اه (قوله والعفل) العفل شيء مدور يخرج بالفرج ولا يكون ولان في الإكثار وانما يصيب المرأة بعد ما تلد اه مغرب (قوله ولا يختص بعرفتها الا اطباء ولا النساء كالأباق) قال الاتقاني وضع المسئلة في الأباق والحكم في جميع العيوب التي لا تشهد عند الخصومة كذلك نحو السرقة والنبول على الفراش والجنون الا أن المعاوذة في يد المشتري شرط في العيوب الثلاثة والحالة واحدة اه (قوله كالغاصب والمودع) أي لانه أعرف بما قصد ألا ترى أن الغاصب لو أنكر الزيادة في المقبوض كان القول قوله وكذا المودع اذا أنكر الزيادة اه اتقاني

(قوله ولان البائع يدعى بقاء بعض الثمن في ذمته الخ) لا يظهر وجه هذا الدليل الثاني (٤١) اذ لا يصح الا فيما اذا كان الاختلاف

قبل قبض الثمن أما اذا كان بعده انعكس الامر اه (قوله وكذا لو اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض) أى كان القول قول المشتري أيضا لما قلنا كما اذا اشترى عبدان أو جاريتمين واتفقا على مقدار المبيع ولكن اختلفا في المقبوض فقال المشتري قبضت أحدهما لا غير وقال البائع قبضتهما جميعا اه اتفقا (قوله فانه) أى لم يقل أحدان الامام زفر رحمه الله يميز رد أحدهما قبل القبض وينعنه بعد القبض وانما اختلفت الرواية عنه في المبسوط أن زفر لا يميز رد أحدهما قبل القبض ولا بعده وعليه مشى في الهداية وهذا الشارح أيضا في أول كلامه اتفقا في مختلف الرواية أن زفر يميز رد أحدهما قبل القبض وبعده وعليه مشى في المنظومة وجمع البحرين فحينئذ لا أشكال لاحتمال أن يكون عنه روايتان والله الموفق (قوله وان كان لا ينتفع بأحدهما دون الآخر كزوجي الخ) تقول اشتريت زوجي جام وأنت تعني ذكر أو أنثى وعندى زوجان عال وقال تعالى من كل زوجين اثنين اه صحاح (قوله اذا لم يميز الواحدة ليست بمنقومة

ولان البائع يدعى بقاء بعض الثمن في ذمته وهو حصة الآخر والمشتري ينكره فالقول قول المنكر مع عينه وكذا لو اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا قال (ولو اشترى عبدان صفقة فقبض أحدهما ووجد بأحدهما عيبا أحدهما أو ردهما) يعني ليس له أن يأخذ السليم ويرد المعيب بل يأخذهما أو يردهما لان في أخذ أحدهما تفريق الصفقة قبل التمام لان الصفقة تتم بقبضهما والتفريق في القبض كالتفريق في القبول لان القبض له شبه بالعقد لكونه مفيدا لمالك التصرف ومؤكد للملك الرقبة وعن أبي يوسف أنه اذا وجد العيب بالمقبوض له أن يرد واحد لان الصفقة تمت فيها في حقها قلنا تمام الصفقة تتعلق بقبض المبيع وهو اسم الكله فلا يقبل التجزئ في الاعتمام ألا ترى أن حبس المبيع لما يتعلق بطالانه بقبض الثمن لا يسقط الا بقبض كله ويبقى بمقاجزه فكذا تمام الصفقة لما يتعلق بقبض المبيع لا يتم ببقاء جزء منه اذهي لا تقبل التجزئ في هذا المعنى قال (ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا رد المعيب وحده) وقال زفر ليس له أن يرد واحد لان فيه تفريق الصفقة ويتضرر البائع به لان إعادة جرت بضم الجيد الى الردي فأشبه ما قبل القبض وخيار الشرط والرؤية ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام لان الصفقة تتم بالقبض لان العيب لا يمنع تمام الصفقة فيكون الفسخ بعدما ابتداء في ملك المشتري من كل وجه فلا يمنع التفريق فيقتصر على ما وجد فيه علة الرد ألا ترى أنه لو استحق أحدهما بعد القبض لم يتخير في الباقي لتماحه بالقبض وان استحق قبله كان له ذلك كيلا يتفرق عليه الصفقة قبل التمام بخلاف خيار الشرط والرؤية لان الصفقة لا تتم معهما وان كان بعد القبض لعدم تمام الرضا وتضرر البائع من قبل تدليس فلا يعتبر في حق المشتري كذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وذكر في المختلف أن له أن يفرق قبل القبض اذا وجد بأحدهما عيب عند زفر كالوجود به عيبا بعد القبض فانه يرد به خاصة فكذا قبله وهذا مشكل وفيه تفاوت كبير فانه اذا امتنع التفريق بعد القبض وقد تم العقد فيه كان قبله أولى لان الصفقة لم تتم هذا اذا كان كل واحد منهما يمكن الانتفاع به على الانفرد وان كان لا ينتفع بأحدهما دون الآخر كزوجي الخف ومصرعي الباب ليس له أن يرد أحدهما دون الآخر وان كان بعد القبض بالاجماع وعلى هذا لو اشترى زوجي ثوب فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض فان كان ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعيل بدونه لا يملك رد المعيب وحده قال (ولو وجد بيع بعض الكيل أو الوزني عيبا رده كله أو أخذه) يعني اذا كان من نوع واحد لان المكيل والموزون اذا كان من جنس واحد كشيء واحد حكما وتقديران وان كان أشياء حقيقة لان المالمية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع والانضمام اذا لم يميز الواحدة ليست بمنقومة حتى لا يجوز بيعها فاذا كانت المالمية باعتبار الاجتماع صار الكل في حق البيع كشيء واحد ولهذا يسمى باسم واحد وهو الكرو ونحوه وكذا جعل رؤية بعضه رؤية كله كالثوب الواحد فاذا كان كالشيء الواحد ليس له أن يأخذ البعض سواء كان قبل القبض أو بعده كالثوب الواحد اذا وجد ببعضه عيبا بخلاف العبدان على ما بينا ولا فرق بين ما اذا كان في وعاء واحد أو وعاءين وقيل اذا كان في وعاءين يكون بمنزلة عبيدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب وحده قال (ولو استحق بعضه لم يخير في رد ما بقي ولو ثوب باخير) يعني لو استحق بعض المكيل أو الموزون لم يخير في رد الباقي ولو استحق بعض الثوب خير في رد ما بقي لان الشركة في المكيل والموزون لا تعد عيبا لان التبعيض لا يضرهما والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان العقد حق العاقد وعمله برضا العاقد لا برضا المالك بخلاف الثوب حيث يثبت له الخيار فيما اذا استحق بعضه لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع فيرده وهذا اذا كان بعد القبض وأما اذا استحق بعض المكيل أو الموزون قبل القبض فله أن يرد ما بقي لتفريق الصفقة على المشتري قبل التمام قال (واللبس والركوب والمداواة عيبا) لانه دليل استبقائه وامساكه وكذا الاجارة والرهن والكتابة والعرض على البيع والسكنى بخلاف خيار الشرط فان اللبس ونحوه ليس دليل اختياره

(٦ - زيلعي باب) حتى لا يجوز بيعها) أدنى القيمة التي يشترط لجواز البيع فليس ولو كانت كسرة خبز لا يجوز اه قنية

(قوله في المتن أول شراء العلف) (اللف ٤٣) واللام يدل عن المضاف إليه أي لشراء علفه أما الركوب لشراء علفه غير أنه لا يكون

المالك فيه فإن الاختيار هناك شرع للاختبار والبس والركوب مرة يحتاج إليه للاختبار ولو جعل اختياراً
للإجازة انقأت فائدة خيار الشرط وأما خيار العيب فلم يشترع للاختبار وإنما شرع للرد ليصل إلى رأس ماله
عند العجز عن الوصول إلى الجزء الفاتت فإذا تصرف فيه تصرفاً لا يحل بلاماً لا يجعل ممسكاً لوجود
دليل الامسك والرضا قال (لا الركوب للسقي أو للرد أو لشراء العلف) أي لا يكون الركوب أسقيها
الماء أو ليردها على البائع أو ليشترى لها العلف رضا بالعيب وهذا استحسان لأنه محتاج إليه وقد لا تتقادم
ولا تنساق فلا يكون دليل الرضا إلا إذا ذكرها في حاجة نفسه وقيل تأويلها إذا لم يكن له بدمن الركوب بأن
كان العلف في عدل واحد أو لا تنساق ولا تتقادم وقيل الركوب لا يكون رضا كيفما كان لأنه سبب الرد
ولغيره يكون رضا إلا عن ضرورة قال (ولو قطع المقبوض بسبب عند البائع رده واسترد الثمن) معناه
لو اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به فافقعه عند المشتري له أن يردده ويأخذ الثمن وهذا عند أبي حنيفة وقال
ليس له أن يردده لحدوث العيب عنده وهو القطع غاية الأمر أنه قطع بسبب كان عنده لكن القطع غير
الوجوب فكان بمنزلة عيب حادث عند المشتري فتعذر الرد وتعين الرجوع بالنقصان كما لو اشترى جارية حبلى
فانثرت في يد المشتري بالولادة فإنه يرجع بالنقصان فكذلك هذا وإن كان الموجود في يد البائع سبب القطع
وأنه لا ينافي المالية فينفذ البيع فيه لكنه منتهى وقد حدث فيه عند المشتري عيب فيرجع بنقصانه وهو
ما بين قيمته سارقاً إلى غير سارق بأن يقوم سارقاً وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا
الخلاف إذا قتل بسبب كان وجده في يد البائع من قتل نفس أو قطع طريق أو ردة لأن وجوبه لا ينافي المالية
ولهذا يقع أن يبيع محبها ولو مات في يد المشتري بتقرر الثمن عليه ولو تصرف فيه بنقصته ولا يبي حنيفة
رحمه الله أن سبب الوجوب وجده في يد البائع والوجوب يفضي إلى الوجود فيكون الوجود مضافاً إلى
السبب السابق فصارت كما إذا قتل المغصوب بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وروى ابن المنذر عن أبي
حنيفة رحمه الله أنه لو اشترى جارية حبلى فولدت عند المشتري وماتت من الولادة يرجع بجميع الثمن
ولم يحل فيه خلافاً فلان منع ولئن سلم فالسبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لا موت الأم
إذا غالب في الولادة السلامة ولو مات بسبب القطع عند المشتري يرجع بنصف الثمن لأن اليد من الأدنى
نصفه فيجب عليه من بدله بحسابه لأنما هي المستحقة بالسرقة والنفس غير مستحقة في يد البائع ألا ترى
أنها تحسم ولا تنقطع في الرد الشديد ولا في الحر الشديد توقياً عن الهلاك فقبض المشتري لا ينتقض في
النصف وإن سرى إلى النفس بخلاف ما إذا قتل عبده بسبب يوجب القتل عند البائع لأن النفس صارت
مستحقة في يد البائع فينتقض به قبض المشتري ويرجع بالثمن ولو اختار المشتري أن يمسك العبد يرجع
بنصف الثمن لأن القطع بسبب كان عند البائع كالاتحاق فلا يمنع الرجوع بالثمن عند اختيار الأخذ
بخلاف العيب على ما بيناه ولو مات بعد القطع خفف نفسه يجب أن يرجع بنصف الثمن عنده لأنه
كالاستحقاق على ما بيناه ولو سرق عند البائع ثم عند المشتري فقطع بهما يرجع بالنقصان عندهما على
الوجه الذي بيناه عنده لا يردده بغير رضا البائع للعيب الحادث عنده ولكن يرجع ربع الثمن لأن اليد
قطعت بهما فيرجع بقدر ما فات بسبب ما كان في يد البائع وإن رضى البائع بأخذه يرجع بثلاثة
أرباع الثمن ويسقط الربع لأنه فات بسبب كان في يد المشتري ولا يرجع به على أحد ولو تداولا له الأيدي
فقطعت عند الأخير أو قتل يرجع الباعة بعضهم على بعض عند أبي حنيفة وعندهما يرجع الأخير على
بائعه بالنقصان ثم هو لا يرجع على بائعه وأصل الخلاف أن القطع أو القتل بسبب كان في يد البائع
استحقاق عنده وفيه يرجع الباعة بعضهم على بعض حتى ينتهي إلى الأول وعندهما عيب فيرجع
من لم يقوت الرد بالبيع وهو الأخير على بائعه ثم هو لا يرجع على بائعه لأنه قوت الرد بالبيع قبل امتناع
الرد برضاه وغرة الخلاف تظهر في هذا وفيما إذا اشتراه وهو عالم بوجود القتل أو ألقطه فإنه لا يبطل

رضاه (قوله في المتن واسترد الثمن) أي وإن شاء أمسكه
ورجع بنقصان الثمن كما
سبأ في الشرح وكان
ذكره هنا أولى اه (قوله معناه
لو اشترى عبداً قد سرق ولم
يعلم به) هذا يستقيم على
قوله لما أنه عندهما يجري
مجري العيب فإذا كان عالماً
لا يرجع على البائع بشئ وقد
قيل أنه في قول أبي حنيفة
كذلك لأن كونه مباح الدم
أو كونه مستحق القطع عيب
لأحالة لكنه أجرى مجرى
الاستحقاق ولا منافاة بين
الاستحقاق والعيب والعلم
بالعيب وقت الشراء أو
وقت القبض يمنع الرجوع
وقال نضر الإسلام في شرح
الجامع الصغير والصحيح أن
العلم والجهل سواء لأنه من
قبل الاستحقاق والعلم
بالاستحقاق لا يمنع الرجوع
اه (قوله كالأشترى
جارية حبلى) أي وقد دلس
البائع الحل اه غاية (قوله
فيرجع بنقصانه) وهو
ما بين قيمته سارقاً إلى غير
سارق هكذا في أصل محمد
ابن الحسن وصرح العتابي
أنه يرجع بنقصان عيب
السرقة لأن نقصان القطع
وتعليقه بسوط في الغاية اه
(قوله بأن يقوم سارقاً) أي
واجب القطع وغير واجبه
فيرجع بما بينهما اه فرشتا
ومصنف (قوله فصارت كما إذا قتل
المغصوب بعد الرد بجناية

(الح) فإن الغاصب يضمن قيمته كالأقفل في يد الغاصب اه (قوله ولئن سلم الخ) أنها وفاقة في الرجوع بالنقصان فقط اه حقه

(قوله فانه لا يرجع عنده بشئ لعدم فوات المالمية به) قال في الذخيرة لان بالاعتاق فوات ملك المشتري فلا يتصور ان تقاضه بالقتل والقطع اهـ

باب البيع الفاسد

لما فرغ عن بيان البيع الصحيح بنوعيه الا لازم وغيره الا لازم شرع في بيان البيع الفاسد لان الصحيح هو الاصل لكونه مشروعا واما وصفه قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره جلة ما يفسد به البيع ان يكون المبيع مجهولا أو غنمه أو يكون محرما أو غنمه أو يكون في المبيع حق لغير بائعه لا يجوز للبائع فسخه أو أن يشترط فيه شرط افيده منفعة لاحد من الناس لا يوجبها العقد أو يكون المبيع مما تعذر تسليمه أو يكون في المبيع عرض أو في غنمه فالبيع فاسد في ذلك كله وكذلك بيع مال ليس عند الانسان أو بيع ما يقبضه البائع وكذلك ان يبيع دينيا في ذمة غير المشتري أو يشتري به من غير من هو في ذمته وكذلك صفقة ثان في صفقة (٤٣) وشرطين في بيع وكذلك بيع الاوصاف

والاتباع من الحيوان وما لا يتبع من غير الحيوان الا يضروا من تبعض من غير الحيوان بغير ضرر جازي به ولا يجوز ان يبيع بئنه ثم يشتريه بأقل مما باعه قبل ان يقبض الثمن الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله والمراد من الجهالة في المبيع أو الثمن جهالة مفصلة الى المنازعة المفصلة الى التسليم والتسلم بخلاف ما اذا لم يتنع التسليم حيث يصح العقد بجهالة كمال الصبرة وعدد الثياب المعينة وأما كون المبيع أو غنمه محرما فهو كالبيع بالخمر أو الخنزير أو بيعهما وسيجيء بيان ذلك وأما كون المبيع حقا لغير البائع فكالمهرون والمستأجر وقد اختلفت الروايات في ذلك قال في موضع فاسد

حقه عنده لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع وعندهما يطل حقه لان العلم بالعيب رضاه وفيما اذا اعتقه المشتري ثم قتل أو قطعت يده فانه لا يرجع عنده بشئ لعدم فوات المالمية به وعندهما يرجع بالنقصان على ما بيناه من قبل ولا يقال بفساد قول أبي حنيفة بما اذا اشتري عبدا امرضا ومات عنده ومعا اذا قطع عند البائع ثم باعه ومات عند المشتري فهو عا اذا زنى عند البائع ثم باعه وجعل عند المشتري فوات به حيث لا يرجع في هذه المواضع الا بالنقصان عنده مثل قولهما وان مات بسبب كان عند البائع لا تأنقول المربض والمقطوع عند البائع ما تاب زيادة الا لام وترادفها عند المشتري وهي لم توجده عند البائع وزنا العبد بوجوب الجلد والقتل غيره فلا يثاخذ البائع عما يمكن عنده بخلاف ما تقدم قال (ولو برئ من كل عيب صح وان لم يسم الكيل ولا يرد بيع) وقال الشافعي رحمه الله لا يصح الا ان يعد العيوب وفي جواز البيع بهذا الشرط له قولان وعدم صحة البراءة من كل عيب عنده بناء على أن الابراء من الحقوق المجهولة لا يصح عنده لان في الابراء معنى التلذذ حتى يرتد بالرد ولا يصح تعليقه بالشرط وتعليل ذلك المجهول لا يصح كبيعهم ونحن نقول هذه الجهالة لا تنقض الى المنازعة فلا تمنع الصحة وكان ابن أبي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت بينه وبين أبي حنيفة في مجلس أبي جعفر الدوانيقي مناظرة فقال له أبو حنيفة ألا ترى أنه لو باع جارية في موضع المأني منها عيب أو غلاما في ذكره عيب أو كان يجب على البائع أن يرى المشتري ذلك الموضع منها أو منه ولم يزل يعمل به هكذا حتى أخفه وضحك الخليفة وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه العيب الحادث قبل القبض وهو قول زفر لان البراءة تتناول الثابت قلنا الغرض فيه الزام العقد باسقاط حقه عن صفقة السلامة وذلك بالبراءة عن الوجود والحادث وهذا لانه لاحق له قبل البائع وقت البيع ليملكه أو ليرثه بل هذا بيان لانحداد العقد على وجه لا يوجب استحقاق السلامة والعقد قابل لذلك كما لو اشترى معيба وهو يعلمه وهذا بناء على أنه لو باعه بشرط البراءة من كل عيب يحدث به بعد البيع قبل القبض لا يصح عند محمد رحمه الله لانه قبل وجود سببه كالابراء عن كل حق قبله فانه يدخل فيه الحق القائم لغيره وعند أبي يوسف يصح لان غرضهم ايجاد العقد على وجه لا يستحق فيه سلامة المبيع عن العيب فلو شرط البراءة من كل عيب به لم ينصرف الى الحادث في قولهم جميعه لانه خص الموجود وقت العقد بالبراءة

باب البيع الفاسد

وقال في موضع موقوف فن أجبنا من جعل في المسئلة روايتين ومنهم من قال بأن البيع موقوف وقوله فاسد معناه لاحكم له فكان فاسدا في حق الحكم وهذا هو الصحيح كذا في الايضاح تفسير اشتراط المنفعة لاحد من الناس لا يوجبها العقد كاشتراط المنفعة للبائع كما اذا قال على أن أهلك وأقرض لك واشترطها للمشتري نحو ان قال اشتريت على أن تقرضني وكذا شرطها لله فود عليه كما اذا قال على أن تعقه أو تدبره وكذا شرطها للانسان آخر نحو ان قال أن تقرض فلانا والاصل فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشروط أما اذا كان شرطه ان يقبضه العقد لا يفسد به العقد كاشتراط حبس المبيع ومن جله ما لا يقدر على تسليمه بيع الرهن على احدي الروايتين وبيع الطير الذي طار من يده وكذلك بيع الاتق وكذلك اذا عتق الغرر في المبيع أو الثمن كببيع السمك في الماء فان كان أحدهما فالقائه في الماء فهو بيع الغرر لعجزه عن التسليم وان كان لم يأخذه فهو بيع مال ليس بمأخوذ وكذا بيع مال ليس عند الانسان نقوله عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك وكذا بيع مال يقبضه البائع لو روي النهي عن ذلك وكذلك بيع الدين من غير من هو عليه لانه

(قوله بأن كانت ديناً في الذمة) أي انجر اذا لم يضح الا فيها لان غيرها لا يثبت في الذمة (٤٥) اه (قوله وسبب الجزية انعقد الخ) كانه

حواجب على ما ردد على أصلنا
مسن أن التعليقات ليست
بأسباب في الحال فقال لما
كان ما بعد الموت زمان
بطلان الأهلية انعقد التدبير
سبباً في الحال اه (قوله
وخرج من يد المولى) أي
وجوز البيع يقف على اليد
بدليل الأبق والمغصوب
اه (قوله صح في الأظهر)
احترازاً عن رواية النواذر
اه ق (قوله لانهم يدخلون
في العقد) أي بخلاف الحر
فانه لا يدخل أصلاً فيبطل
البيع فيه وفيما ضم اليه
اه (قوله على أنه باطل في
حق نفسه) أي حتى
لا يقيد المالك بعد القبض كما
تفيد سائر البياعات الفاسدة
المالك بعد القبض اه اتفاقاً
(قوله وقال عليه قيمته ما)
وهو رواية عنه اه هداية
(قوله بل ليثبت حكم البيع
فيما ضم اليهما) يعني لو
اشترى انسان مال نفسه
لا يجوز ولو ضممه مع عبد
البائع صفقة واحدة فان
عبده يدخل في شرائه ليثبت
المالك في حق عبد البائع
وهذا معنى قوله ليثبت حكم
البيع فيما ضم اليهما كمال
المشتري اه (قوله ليس
بأحرار له) سيأتي في المقالة
الآتية ما يخالفه نقلاً عن
النهاية اه (قوله فان اجتمع
السمك في الخطيرة بنفسه

مقصودة وانما هي وسائل والمقصود تحصيلها فكان باطلا هاته لهما وان لم تكن مقصودة بان كانت ديناً في
الذمة كان فاسداً لان المقصود تحصيل ما يقابلها وفيها عزالة لهما لان الثمن سبع لما ذكرنا والاصل هو
المبيع وكذا اذا كانت معينة وبيعت بعين مقايضة صار فاسداً في حق ما يقابلها باطلا في حقها وجعل
الميتة كالحر فيما ذكره صاحب المحيط لانه من غوب فيه بين الناس فصار ما لا من وجه كالحر ونحوها وجعله
اليزدوي كالميتة لانه جزء منها وجعل صاحب الهداية وغيره يبيع أم الولد والمدر والمكاتب من الباطل لان
استحقاق العتق قد ثبت لام الولد بقوله عليه السلام أعتقها ولدها وسبب الجزية انعقد في حق المدر
المطلق في الحال لبطلان أهلية المولى بعدم موته والمكاتب استحق بداء على نفسه وخرج من يد المولى ولو ثبت
فيه الملك باطل ذلك كله ولو يبيع المكاتب برضاه صح في الأظهر وتفسخ الكتابة اقتضاء لانهم اتفقوا
بخلاف المدر وأم الولد وقال في الإيضاح اذا كان أحد البدين مدر أو مكاتباً وأم ولد ملك بالقبض لان
الملك قائم بالحمل وانما لا يبيع البيعة لحقه في نفسه فاعتبر ذكره في حق ما يقابلها فانه عقد العتق وهذا هو
الصواب لانهم يدخلون في العقد حتى لا يبطل البيع فيما ضم الى واحد منهم وبيع معه ولو كان كالحر
لبطل ويؤول ماذا كره صاحب الهداية على أنه باطل في حق نفسه لا في حق ما يقابلها ولو لمات المدر أو أم الولد
في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقال عليه قيمته لانهم مقبوضان بجهة البيع وهما مال
حقيقة ولهذا عاك ما ضم اليهما في البيع فيضمنان به ضرورة كسائر الاموال بخلاف المكاتب لانه في يد
نفسه فلا يتحقق فيه القبض وهذا الضمان يجب به وله أن شبهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل
الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما بل
ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما كمال المشتري لا يدخل فيه وحده ويدخل في حق ما ضم اليه وقيل
لا يدخل وفسد البيع وبه كان يفتي ظهير الدين والاول أصح لان دخوله فيه في حق ما ضم اليه حتى
ينقسم الثمن عليهما لا غير وروى المولى عن أبي حنيفة أنه يضمن قيمة المدر دون أم الولد كما في الغصب
والفرق له على الظاهر أن جهة البيع هي المعتبرة هنا فاذا بطلت لعدم محله بقي القبض باذن مالكه فلا
يجب الضمان بخلاف الغصب قال (والسمك قبل الصيد) أي لا يجوز بيع السمك قبل الاصطياد اما
روى أنه عليه السلام نهى عن بيع الغرر رواه أحمد ومسلم وأبو داود وغيرهم وعن ابن مسعود أنه عليه
السلام قال لا تشترى السمك في الماء فانه غرر رواه أحمد ولا يباع ما لم يملك فلا يجوز ثم هو على وجهين
فاما أن يبيعه قبل أن يأخذه أو بعده فان باعه قبل الأخذ لا يجوز لما بينا وان أخذه ثم ألقاه في الخطيرة فان
كانت الخطيرة كبيرة بحيث لا يمكن أخذه لا يجزئ له لا يباع ما لا يقدر على تسليمه فلو سلمه بعد ذلك
ينبغي أن يكون على الرايتين اللتين في بيع الأبق بناء على أنه باطل أو فاسد وان كانت صغيرة بحيث يمكن
أخذه بغير حيلة جاز لانه باع ملكه وهو مقدور التسليم ويثبت للمشتري خيار الرجوع عند التسليم له ولا
يعتبر برؤيته وهو في الماء لان السمك يتفاوت في الماء وخارجة وكذا لو دخل السمك الخطيرة باحتياله بأن
سد عليه قوهة النهر أو سد موضع الدخول حتى لا يمكنه الخروج على هذا التفصيل لانه لما احتبس فيه
باحتياله صار أخذه وملكه بمنزلة مالوا ألقاه فيه وقيل لا يجوز لان هذا القدر ليس بأحرار له فصار كطير
دخل البيت فأغلق عليه الباب وهذا الخلاف فيما اذا لم يمس الخطيرة الا اصطيد فان هبأه ملكه
بالاجاع فيكون على ما ذكرنا من التفصيل فان اجتمع السمك في الخطيرة بنفسه من غير صنعه ولم يسد
عليه المدخل لا يجوز بيعه سواء أمكنه الأخذ بغير حيلة أو لا لانه لم يملكه قال (والطير في الهواء) لانه غير
مملوك له قبل الأخذ وبعده غير مقدور التسليم وهذا اذا كان يطير ولا يرجع وان كان له وكرعده بطير منه
في الهواء ثم يعود اليه جاز بيعه لانه يمكن أخذه من غير حيلة وعلى هذا لو باع صيداً قبل أخذه لا يجوز

الخ) قال الاتفاقى أما اذا اجتمعت بنفسها من غير احتيال لا أخذاً فالبيع باطل لعدم الملك وان لم يستطع الخروج كما اذا أقرخ الصيد
في أرضه من غير أن يتخذ له مكاناً فاذا اتخذ له مكاناً كان ملكاً للصاحب الأرض اه

وبعد يجوز ان كان في يده أو محبوسا في مكان يمكنه أخذه من غير حيلة وان لم يمكن أخذه إلا بحيلة لا يجوز لعدم القدرة على التسليم ولو أخذه وسلمه ينبغي أن يكون فيه روايتان على نحو ما ذكر في الآتي ولوا جتمع في أرضه الصديقان من غير أخذه لا يجوز لأنه لم يملكه ولهذا لو باض فيها بيضا أو تنكس الصبيد أو تنكسر يكون لمن أخذه لعدم ملكه أيامه بخلاف ما إذا غسل فيه الخل حيث يملكه لأن الغسل قائم بأرضه على وجه الفرار كالاشجار ولهذا وجب في الغسل العشر إذا كان في أرض العشر كالثمار وهذا إذا لم يهيئ أرضه لذلك فإن هياها له بأن حفر فيها بئر للاصطياد أو نصب شبكة فدخل فيه صيدا أو تعقل به مملكة لأن التهيئة أحد أسباب الملك ألا ترى أنه لو حط طستاً يقع فيه المطر فوقع فيه مملكة بالوقوع فيه وكذلك لو بسط ذبلة عند النشأ يقع فيه الشيء المنثور مملكة بالوقوع فيه وفي النهاية لو دخل الصبيد داره فأغلق عليه الباب كان الصبيد له ولم يملك فيه خلافاً وعلى قياس ما ذكره في الكافي في الطير لا يكون له وقد ذكرناه من قبل ويجوز أن يكون في المسئلة روايتان والأفلا فرق بينهما قال (والحل والتناج) فالحل ما كان في البطن والتناج ما يحمله هذا الحل انتهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع جبل الحبله رواه مسلم وأحمد وأبو داود وحبس الحبله أن تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحبس الحل التي تجب رواه أبو داود ونسب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع وعن بيع ما في ضرعها إلا بكيل وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغنم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربه بالقناص رواه أحمد وابن ماجه والترمذي ولأن فيه غرراً وقد نهى عليه السلام عن بيع الغرر على ما بينا والغرر ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا والحبله هو الحبل وهو مصدر يسمى به الجنين كما سمي بالحبل وهو مصدر رواه أحمد دخلت عليه الناء للاشعار بالاثوثة فيه لأن معناه أن يبيع ما يحمله الجنين أن كان أنثى وكافوا في الجاهلية يتبايعون ذلك فمنهم عنه عليه السلام قال (والابن في الضرع) لما روينا وما روى أنه عليه السلام نهى أن يباع ثم رحى يطعم وصوف على ظهر ولبن في ضرع ومن في لبن رواه الدارقطني ولأنه يدر ساعة فساعة فيحتلط المبيع بغير المبيع ولا ثم يمتزج فيقون في كيفية الحلب فيه يؤدي إلى النزاع ولا يندى محل أن يكون انتفاعاً من المبيع وليس فيه لبن قال (والأول في الصدف) لأن فيه غرراً وقد نهى عنه عليه السلام ألا ترى أنه مجهول لا يعلم وجوده فيه ولا قدره ولأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر وهو كسر الصدف وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعه لأن الصدف لا ينتفع به إلا بالكسر فلا يضر رافقنا هو مجهول بخلاف ما إذا باع تراب الذهب والحبوب في غلافها حيث يجوز تكونها معلومة ويمكن تجريرتها ببعض أيضاً قال (والصوف على ظهر الغنم لما روينا) ولأنه قبل الجز ليس عال متقرب من نفسه لأنه بمنزلة وصف الحيوان لقيامه به كسائر أطرافه ولأنه يزيد من أسفل فيحتلط المبيع بغيره كما قلنا في اللبن بخلاف القوائم لأنها تزيد من أعلاها وهو يعرف ذلك بالخضاب وبخلاف القصيل لأنه يقطع والصوف يقطع فيتنازعان في موضعه وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعه لأنه مال متقوم منتفع به مقدور التسليم كسائر الأموال بخلاف أطراف الحيوان لأنه لا يمكن الانتفاع بها إلا بعد الذبح فصار مالاً اللحم فيها متعلقاً بفعل شرعي ولم يوجد قبله وكونه مقطوعاً لا تأثير له كافي السكران وقوائم الخلاف والحل عليه ما روينا وما بينا من المعنى والتعليل بمقابله النص مردود وإنما أجاب في السكران وقوائم الخلاف للتعامل إذ لا نص فيه فلا يلحق به المنصوص عليه قال (والجدع في السقف وذراع من ثوب) لأنه

يعني هذا الذي ذكرنا من عدم جواز بيع جذع من سقف فيما اذا كان الجذع متعينا اما اذا لم يكن
الجذع متعينا فلا يجوز البيع للعينين أحدهما ما ذكرنا في الجذع المتعين وهو أنه لا يمكن تسليمه الا بضر وهو المراد بقوله لما ذكرنا والموتى
الثاني الجهالة لانه غير متعين اهـ

(قوله ولا يقال هو بنفسه التزم الضرر) قال نحر الاسلام البرزوي في شرح الجامع الصغير ولا يلزم انه رضى لان ذلك لا يلزم فله ان يرجع عن ذلك فيبطل البيع الآن بقطعه اتفاقا فيسلم قبل نقض البيع فينقلب البيع صحيحا قال في شرح المحاوي ولو باع جذعا من سقف أو أجرة من حائط أو ذراعا من كرباس أو من ديباج فلا يجوز بيعه لاجل المضرة اه اتقاني (قوله ولو قلع البائع الجذع أو قطع الثوب وسلمه عاد صحيحا) أي ويجبر المشتري على الاخذ اه اتقاني (قوله وبخلاف ما اذا باع بذرا في بطيخ ونحوه) قال في الفتاوى الوهبية رجل باع النواة في التمر فالبيع فاسد لانه لا يمكن نزعه الا بضرر وأما اذا باع حب هذا القطن فالبيع جائز هكذا اختار الفقيه أبو الليث لانه لا ضرر في نزعه اه اتقاني (قوله وان شقه الخ) قال الاتقاني بخلاف ما اذا شق التمر والبطيخ وأخرج النوى والبرز وسلم لا يعود صحيحا الاحتمال في وجودهما زمان البيع وليس الجذع كذلك لانه موجود محسوس ولا احتمال فيه والبرز يفتح الباء والكسر فيه لغة بذرا بالقل وغيره اه (قوله في ثوب يضره القطع كلهما بالبدس) قال الاتقاني كالسر او بل والقيص والعمامة أما اذا كان كرباسا لا تتفاوت جوانبه قالوا يجوز بيع ذلك كذا قال الامام العتابي اه (قوله في المتن وضربة القانص) بالقاف والنون (٤٧) وهو ما يخرج من الصيد بضرر الشبكة وهو من القنص يقال قنص

وهو من القنص يقال قنص يقتنص قنصا اذا صاد وروى في تهذيب الازهرى عن ضربة القانص بالغين المججمة والياء آخر الحروف بعد الالف وهو غوص الصائد في الماء أو غوص الرجل في البحر لاجل الاولو اه عيني وكتب على قوله وضربة القانص مانصه قال الكمال وهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبيل القبض فكان غرا وجهالة ما يخرج اه (قوله وهو ما يخرج من الصيد بضرر الشبكة) أي وهو على هذا من القنص يقال قنص يقتنص قنصا اذا صاد اه ق (قوله وبخلاف وهو الذي عن الغر) أي لانه

لا يمكنه التسليم الا بضرر يلزمه سواء ذكر موضع القطع أو لم يذكر ولا يقال هو بنفسه التزم الضرر لان الالتزام بدون العقد غير لازم والعقد لم يوجب الضرر فيمكنه الرجوع فيتحقق النزاع بخلاف ما اذا باع بعضاه معلوما من نقرة فضة حيث يجوز لان التبعض لا يضره ولو قلع البائع الجذع أو قطع الثوب وسلمه عاد صحيحا ان كان قبل فسخ المشتري البيع لزوال المانع من الفساد بخلاف ما اذا باع جلد الحيوان وذبحه وسلمه حيث لا يعود صحيحا لان الفساد فيه لعدم المالية لما بيناه في أطراف الحيوان ونظيره مالو باع خرا ثم تخلفت وبخلاف ما اذا باع زرا في بطيخ ونحوه حيث لا يجوز وان شقه وسلمه لان فساده لاحتمال العدم فلا يعود صحيحا بخلاف الحبوب في أغلافها حيث يجوز بيعها وان كانت مستورة لان وجودها معلوم ولهذا سمي به فيقال هذا باقلى وهذه حنطة ولا يقال للبطيخ هذا بزرو وهو الفارق وهذا في ثوب يضره القطع كلهما بالبدس وان كان لا يضره القطع جاز بيع ذراع منه كالقفيز من الصبرة قال (وضربة القانص) وهو ما يخرج من الصيد بضرر الشبكة أو بغوص الصائد في الماء لرواياته مفصلا ومجلا وهو انتهى عن الغر ولانه مجهول القدر والصفة فلا يجوز قال (والمزانية) وهو بيع الثمر على رأس النخل بتمر مجدد ومثل كيله خرصا حديث أنس أنه عليه السلام نهى عن المحاقلة والمحاضرة والمناذرة والملاسة والمزانية ورواه البخاري والمزانية ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبليها بحنطة مثل كيلها خرصا والمحاضرة بيع الثمار قبل أن تنتهي ولانه باع مكبلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كالكوكا موضوعين على الارض وكذا بيع العنب بالعنب خرصا لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز فيما دون خمسة أوسق لما روى أنه عليه السلام نهى عن بيع المزانية ببيع الثمر بالتمر الا أصحاب العرايا فانه قد اذن لهم رواه البخاري والترمذي وزاد فيه وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل ثمر بخرصه ولما ماروا وقوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ مثل ما عمل يدا بيد فن زادوا واستزاد فقد أرى الاخذ والمعطى فيه سواء رواه البخاري وأجد أمثاله من النصوص

يحتمل أن يحصل شيء من الضربة ويحتمل أن لا يحصل ولانه بيع مال ليس بملك الانسان لانه ما كان مال الكا وقت العقد لما يحصل من الضربة وقد قال عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك وهذا الوجه مما سمع به خاطر الاتقاني كذا قال رحمه الله (قوله ولانه مجهول القدر) أي وجهالة المبيع تفسد البيع اه اتقاني وكتب على قوله مجهول القدر أي لانه لا يدري ما الذي يحصل من الضربة اه ق (قوله في المتن والمزانية) قال في القانص المزانية ببيع الثمر في رؤس النخل بالتمر لانهم اتووا الى النزاع والمناذرة من الزين وهو الدفع اه (قوله وهو بيع الثمر على رأس النخل الخ) قال الاتقاني والاول بالثاء المنقوطة بالثلاث والثاني بالثين كذا وقع مما عايناه بفرغانة وبخارى وذلك لان ما على النخل قد يكون رطبا وقد يكون تمرا اذا جف فقلنا بالثلاث حتى يعمها جميعا والغالب من حال المجذوذ أن يكون تمرا فقلنا بالاثنتين ولور وبيا بالثلاث فيهما جميعا أو بالاثنتين فيهما جميعا فالحكم كذلك لان بيع المزانية لا يجوز كيفما كان لشبهة الربا سواء كان الرطب بالرطب أو التمر بالتمر أو أحدهما بالآخر اه (قوله خرصا) ضبطه الشارح بالقلم بكسر الخاء وقال في المصباح خرصت النخل خرصا من باب قتل حذرت غمره والاسم الخرص بالكسر اه (قوله وقال الشافعي يجوز) أي وهو مذهب أحمد واسحق اه اتقاني (قوله الا أصحاب العرايا) وهو أن يباع بخرصها ثمرة اقمادون خمسة أوسق اه هداية

(قوله واجبة بالنص) الذي بخط (٤٨) الشارح واجب بالنص (قوله فظن الراوي أن الرخصة مقصورة) الذي بخط

لا تخصي كاهما مشهورة وثلاثة بالامه بالقبول فلا يجوز تركها وهذا لان المساواة واجبة بالنص والتفاضل محرم به وكذا التفرق قبل قبض البديلين فلا يجوز أن يباع جزا فاولا اذا كان أحدهما متأخرا كما لو كان أكثر من خمسة أو سق وهذا لان احتمال التفاضل ثابت قصار كالأوتفاضل لا يقين أو كانا موضوعين في الأرض ومعنى العرايا قيمارواه العطايا ونفسه أن يجب الرجل ثمر نخلة من بستانه ثم يشق على المعري دخول المعري له في بستانه كل ساعة ولا يرضى أن يخلف الوعد فيرجع فيه فيعطيه قدره ثم يرجع وذا بالخرص بدله وهو جائز عندنا لان الموهوب له لم يملك الثمرة لعدم القبض فصار بائعا ملكه عما كره وهو جائز لا بطريق المعاوضة وانما هو هبة مبتدأ أو سمي ذلك به مجازا لانه في الصورة عوض عما أعطاه أولا فكأنه اتفق في الواقعة خمسة أو سق أو دونه فظن الراوي أن الرخصة مقصورة عليه فنقل كما وقع عنده وسكت عن السبب كذا فسرهم أهل الفقه والحديث فكان الجمل عليه أولى كيلا يكون مخالفا للشاهير ويحتمل أن الراوي ظن أنه بيع قال (والملازمة واللقاء الخ) وهذا من البيوع التي كانت في الجاهلية وهو أن يتساوم الرجلان فاذا المسهم المشتري أو بندها اليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملازمة والثاني بيع المنازعة والثالث اللقاء الخ وقد نهي عليه السلام عنها بما روي عن أبي سعيد أنه عليه السلام نهى عن الملازمة والمنازعة في البيع والملازمة ليس الرجل ثوب الاخر بيده بالليل أو بالناهار ولا يقبله والمنازعة أن يبتذل الرجل ثوبه ويبتذله الاخر ثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض روى البخاري ومسلم وأحمد ولا نفي فيه تعاليم التملك بالخطر فيكون قسارا فصارت في المعنى كأنه قال للمشتري أي ثوب ألقيت عليه الخ فقد بعته كذا وفي المغرب بيع الملازمة والملاس أن يقول لصاحبه اذالمست ثوبك أو لمست ثوبى فقد وجب البيع وفي المنتقى عن أبي حنيفة هي أن يقول بعته كذا فاذا المستك فقد وجب البيع أو يقول المشتري كذلك والمنازعة أن يقول اذانبذته اليك أو يقول المشتري اذانبذته الي فقد وجب البيع واللقاء الخ أن يقول المشتري أو البائع اذ ألقيت الخ وجب البيع وفي سنن أبي داود والملازمة أن يسه بيده ولا ينشره ولا يقبله قال (وثوب من ثوبين) بجهالة المبيع هذا اذا لم يشترط فيه خيار التعيين وان اشترط فيه بان اشترى أحدهما على أن يأخذ أيهما شاء جاز وقد بينا أنه يجوز أن يثلاثة وحكمه اذا قبضهما قال (والمراعى واجارتهما) أي لا يجوز بيع المراعى ولا اجارتهما والمراد به السكلا دون رقبة الأرض لان بيع الأرض واجارتهما جاز اذا كان ما ملكها وانما لا يجوز بيع السكلا واجارته لانه ليس بملوك لهاذا لا يملكه بتمانه في أرضه ما لم يحزره لقوله عليه السلام المسلمون شركاء في ثلاثة في الماء والسكلا والنار روى أحمد وأبو داود ورواه ابن ماجه من حديث ابن عباس وزاد فيه وعنه حرام وهو محمول على ما اذا لم يحزره وقال عليه السلام لا تمنع الماء والنار والسكلا روى ابن ماجه ومعناه أن لهم الانتفاع بشرب الماء وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة وله أن يمنع الناس من الدخول في أرضه واذا طلب أحد الماء يلزمه أحد أمرين إما أن يخليه يدخل فيها أخذ الماء بنفسه أو يخرج له هو فصار نظيره ما لو وقع ثوب انسان في دار غيره محبوب الريح فيه وكذا لهم الاحتشاش من الاراضي المملوكة فان منعهم من الدخول في أرضه فهو على ما ذكرنا في الماء من الحكم فاذا كان مباحا فلا يجوز بيعه ولا اجارته وان كان في أرضه لعدم الملك فيه ولانه استملاك العين والاجارة لا تجوز في استملاك العين المملوكة فغير المملوكة أولى وأجيزت في النظر والصبي لكونها آلة للمملع يعاوض منها وكم من شيء يجوز ضمنا وان لم يحزره قصد اذ الحيلة فيه أن يسه أجرة الأرض لايقاف الدواب فيها أو لمنفعة أخرى بقدر ما يريد صاحبها من الثمن أو الاجرة فيحصل به غرضه ما ههنا اذا نبت الخشيش بنفسه وان أنبته صاحب الأرض بان سقاها أو وحق حولها أو هيأ لها لآلات نبات ملكه وجاز

الشارح مقصورة اه (قوله) في المتن وثوب من ثوبين) بجهالة المبيع أي وجهالة المبيع مانعة من صحة العقد اذا كانت تقضى الى المنازعة وهذه تقضى اليها لان البائع لا يدري ما يسلّم والمشتري لا يدري ما يتسلم فتتبع المنازعة بخلاف جهالة القيمة وجهالة الصبرة المبيعة فانها لا تمنع من التسليم والتسلم ولو قال بيت أحد الثوبين على أن يأخذ المشتري أيهما شاء بعشرة فقبل جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رجحما الله وقد مضى بيان المسئلة مستوفى في أواخر خيار الشرط اه اتقاني (قوله) وان اشترط فيه بان اشترى أحدهما على أن يأخذ أيهما شاء جاز) أي لانه اذا شرط الخيار ارتفعت الجهالة في الثاني بفعل أحد المتعاقدين قصار كبيع قفيز من صبرة واذالم بشرط الخيار ثبتت الجهالة وكثرت ألا ترى أنه ليس للمشتري اختيار أحد الثوبين الا وللبائع أن يعين الآخر فاذا شرط الخيار تعين المبيع بفعل أحدهما فقلت بجهالة فلم تؤثر اه أقطع (قوله وانما لا يجوز بيع السكلا واجارته) أي

لانه مباح يشترك فيه جميع الناس فلا يثبت الملك لاحد قبل الا حراز اه اتقاني (قوله لا يجوز في استملاك العين المملوكة) أي بيعه بان استأجر بقره ليشرب لبنها اه هداية

(قوله وقيل لا يملكه) قائله القدوري اه (قوله فلا تنقطع بدون الحيابة) أى وسوق الماء الى أرضه ليس بحيابة والاكثر على الاول لأن على هذا القائل أن يقول ينبغي أن حافر البئر يملك بناءه أو يكون بتكليفه الحفر والطي لتحويل الماء يملك الماء كما يملك الكلب بتكليفه سوق الماء الى الأرض لينبت فله منع المستقى وان لم يكن في أرض مملوكة اه كمال (قوله وقال محمد والسفاحى يجوز بيعه اذا كان محزرا) أى لأنه معتاد فيجوز للعاجلة وبه قالت الثلاثة وبه يفتى وقال صاحب الجمع يجوز بيع النخل تبعاً للكوارات عندهما وعند محمد يجوز مطلقاً وقال الكرخى في مختصره ولا يجوز بيع النخل عند أبي حنيفة فإن كان في كواراته غسل فاشترى الكوارات بما فيها جاز اه عيني (قوله حتى لو باعه مع الكوارات معص) الكوارات معسل النخل اذا سوى من طين وهي بضم الكاف والتشديد كذا رأيت في أساس البلاغة بتصحيح المطرزي وروى بالتخفيف أيضاً في التهذيب وروى أيضاً كوار وكواراة بالكسر والتخفيف فيهما اه اتفاقاً (قوله وذكّر الكرخى أنه لا يجوز بيعه مع العسل) وقال الكرخى أيضاً وأجمعوا أن يبيع هوام الأرض لا يجوز الحيات والعقارب والوزغ والعظاية والقنافذ والجمل والضب وهوام الأرض كلها وقالوا لا يجوز بيع شيء في البحر من (٤٩) الضفادع والسرطان والسلاحف وغير ذلك

الا السمك وقال في الاجناس قال محمد بن الحسن اذا كان الدود من واحد وورق الثوت منه والعسل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفين أو أقل أو أكثر لا يجوز وكذلك لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان لا يجوز وانما يجوز اذا كان البيض منهما وهو بينهما نصفان وأما اذا كان البذر بينهما على الثلث والثلثين لا يجوز وقال الولوالجى في فتاواه امرأه أعطت بذراً القز وهو بذراً الفيلق بالنصف امرأة فقامت عليه حتى أدرك فالفيلق لصاحبة البذر لانه حدث من بذرها ولها على صاحبة البذر قيمة الأوراق وأجرة مثلها وعلى هذا اذا دفع البقر الى انسان بالعلف

بيعه وقيل لا يملكه حتى لا يجوز بيعه قبل الاحراز لان الشركة ثابتة بالنص فلا تنقطع بدون الحيابة ذكره في النهاية ويدخل في الكلا جميع أنواع ما ترعاه المواشى رطباً كان أو يابساً بخلاف الاشجار لان الكلا اسم لما لا ساق له ولا اشجار لها ساق فلا تدخل فيه حتى جاز بيعه اذا انبتت في أرضه لانه يملكها بالنسبة فيها والكلمة كالكلا ولذا لهم أن ينتفعوا بنضوء النار والاصطلابهم والايقادم لهم ابدون رضا صاحبها وليس لهم أن يأخذوا من الجر شيئاً الا برضا صاحبه قال (والنخل) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد والسفاحى يجوز بيعه اذا كان محزراً لانه حيوان منتفع به وان كان لا يؤكل كالخار ولهما أنه من الهوام فلا يصح بيعه كالزنبور وهو امّ الأرض والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعاً به والشيء انما يصير مالا لكونه منتفعاً به حتى لو باعه مع الكوارات صح بعهدها ذكره القدورى في شرحه وذكر الكرخى أنه لا يجوز بيعه مع العسل وقال الشى انما يدخل في العقد تبعاً لغيره اذا كان من حقوقه كالشرب والطريق قال (وباع دود القز بيضه) أى يجوز بيعه ما وهذا عند محمد وعند أبي حنيفة لا يجوز بيعه ما وأبو يوسف معه في الدود ومع محمد في بيضه وقيل فيه أيضاً معه لاني حنيفة أن الدود من الهوام وبيضه لا ينتفع به فاشبهه الخنافس والوزغات وبيضها والمحمد أن الدود ينتفع به وكذا بيضه في المال فصار كالخش والمهر ولان الناس قد تعاملوا به فست الضرورة اليه فصار كالاصطناع والفتوى على قول محمد لما ذكرنا قال (والآبق) أى لا يجوز بيعه وهو معطوف على ما قبل دود القز لاروا بياؤه لا يقدّر على تسليمه وهو شرط لجوازه بخلاف العبد المرسل في حاجة لثبوت القدرة على التسليم وقت العقد حكى لان الظاهر من حاله عوده الى مولاه ولا كذلك الآبق ولو باعه من زعم أنه عنده جاز لان النهى ورد في الآبق المطلق وهو أن يكون آبقاً عند المتعاقدين وهذا ليس بآبق في حق المشتري اذ هو في يده فلا يتناول النص المطلق اذ هو ليس بعاجز عن تسليمه وهو المانع ثم لا يصير قابضاً بمجرد العقد اذا كان في يده ان كان أشهد عند الاختذال بأخذه ليرده على صاحبه لانه أمانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع لان قبضه مضمون على المشتري ألا ترى أن المقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة ولكن وجوب الثمن في البيع

(٧ - زيلعي رابع) ليكون الحادث بينهما بالنصف فألحادث كله حديثه البقر وله على صاحب البقر عن العلف وأجر المثل وكذا اذا دفع الدجاجة ليكون البيض بالنصف اه اتفاقاً (قوله وأبو يوسف معه في الدود) أى الا اذا ظهر فيه القز فيجوز بيعه تبعاً للقز اه (قوله وقيل فيه أيضاً معه) قال في الهداية وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة كما في دوده اه (قوله والفتوى على قول محمد لما ذكرنا) أى للتعامل اه (قوله في المثل والآبق) قال الاتفاقى وصورة في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في عبد رجل آبق في رجل الى مولاه فقال ان عبدك قد أخذته وهو عندى في البيت فبعنيه فباعه منه قال البيهق جاز وان قال أخذه هذا الرجل وهو عنده فبعه منى فصدقه الرجل بما قال فباعه المولى منه فبيعه باطل الى هنا لفظ أصل الجامع اه (قوله بخلاف العبد المرسل في حاجته) قال في الدراية وأما العبد المرسل في حاجته فيجوز بيعه كذا في المحيط اه (قوله فلا يتناول النص المطلق) أى لان النص المطلق لا يتناول المقيد ولان النص معلول بعلّة العجز عن التسليم فاذا كان عند المشتري زال المعنى الموجب لفاسد اه اتفاقاً (قوله ان كان أشهد عند الاختذال بأخذه ليرده) أى حتى اذا هلك في يده قبل تجديد القبض هلك من مال البائع لانه أمانة عند المشتري وقبض الامانة لكونه أدنى حالاً لا ينوب عن قبض المبيع اه اتفاقاً

المشاخ حتى اذا امتنع البائع
من تسليمه أو المشتري من
قبوله أجبر على ذلك لان
حصة البيع كانت موقوفة
على القدرة على التسليم وقد
وجد قبل الفسخ بخلاف
ما اذا رجع بعد أن فسخ
القاضي البيع أو تخاصما
فانه لا يعود صحيحا اتفاقا
وهذا يقتضى أن البيع
فاسد فالحق أن اختلاف
الرواية والمشاخ فيه بناء
على الاختلاف في انه باطل
أو فاسد فانك علمت أن
ارتفاع المفسد في الفاسد
يردّه صحيحا لان البيع قائم
مع الفساد وارتفاع البطل
لارجح لان البيع لم يكن
قائما بصفة البطلان بل
معدوما فوجه البطلان
عدم القدرة على التسليم
ووجه الفساد قيام المالة
والملك والوجه عندى ان
عدم القدرة على التسليم
مفسد لا مبطل اه وكتب
مانصه قال الاول الحى في

مانع عن وجوب القيمة فقبض الضمان أقوى من قبض الامانة لتأكد قبض الضمان بالزوم والمالك فان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع أجبر عليه والضمان يوجب الملك من الجانبين على ما هو الاصل عندنا بخلاف قبض الامانة فانه لا يجبر عليه ولا يوجب الملك فكان أضعف فلا يتوب عن الاقوى ولو لم يشهد عند الاخذ يصير قابضا بمجرد العقد عندهما خلافا لابي يوسف فيما اذا لم يأخذه لنفسه بل ليرده على صاحبه وهذا بناء على أن الشاهد ليس بشرط لكونه أمانة عنده وعندهما بشرط وقد ينه في اللقطة ولو باعه ممن قال هو عند فلان لم يجز لانه أبقى عندهما وهو المعتبر اذا لا يقدر على تسليمه ولو باعه ثم عاد قبل الفسخ لم يعد صحيحا لوقوعه باطلا لعدم الحلية كببيع الطير في الهواء قبل التملك بخلاف ما اذا باعه ثم أبقى قبل التسليم ثم عاد حيث يجوز لان احتمال عوده يكفي لبقاء العقد على ما كان دون الابتداء وعن أبي حنيفة أنه يعود صحيحا لان المسألة فيه قاطعة فكان محلا للبيع فينقضي غير أنه عاجز عن تسليمه فيفسد فاذا أتب قبل الفسخ عاد صحيحا زال المانع فيجوز ان على التسليم والتسلم فصار كالوأبقى بعد البيع وكبيع المرهون ثم اقتسكه قبل الخصومة وبه أخذ الكرخي وجماعة من أصحابنا رجحهم الله وبالأول كان يفتي أبو عبد الله العلي وجماعة من مشايخنا رجحهم الله ولو أعتقه فندعت له عدم اشتراط القبض فيه ولو علم حياته في وقت العتق أجزأه عن الكفارة ولو وهبه من ابنه الصغير أو ليتيم في حجره جاز بخلاف ما اذا باعه منه لان ما بقي له من اليد يكفي في الهبة دون البيع قال (الأب يبيعه من يرعّم أنه عنده) أي الأبق اذا باعه ممن يدعي أنه عنده جاز وقد ذكرناه قال (ولبن امرأة) يعني لا يجوز بيعه ومراة اذا كان في وعاء وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه من حرة كان أو من أمه وضمن بالانلاف لانه مشروب ظاهر كسائر ما أتعت الطاهرة وعن أبي يوسف أنه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد عليها فكذلك على جرثها ولهما أنه جزء الأدمى بدل لب أنه ثبت به حرمة المصاهرة بمعنى البعضية وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال والامتهان بالبيع الا ما حل فيه الرق وهو لا يحل اللبن لانه ضعف حكى فتمحض عمل القوة التي هي ضده وهو الحلي لان الضدين يتعاقبان في موضع واحد ولا حياة في اللبن وكونه مشروب باضروري لاجل الاطفال حتى لو استغنى عنه لا يجوز ونظيره ملك النكاح فانه ضروري لاقتضاء الشهوة وابقاء النسل فلا يدل على أن البضع مهان مبتذل ولان لبن الامة في حكم المنفعة حتى جاز استحقاقه بعقد الاجارة وبيع مثله لا يجوز بخلاف لبن البقرة ونحوها حيث يجوز بيعه لانه ليس له حكم المنفعة حتى لا يستحق بعقد الاجارة وهو مبتذل أيضا قال (وشعر الخنزير وينتفع به الخنزير) أي لا يجوز بيع شعره ويجوز الانتفاع به للخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له كالخنزير وهذا لان جواز بيعه يشعر باعزازه في غير الأدمى ونجاسته

فتاواه ولوباع الابقى ثم سلمه في المجلس قبل الافتراق لا يجوز لانه باع ما لا يقدر على تسليمه فمكأن باطلا اه اتقاني رحمه الله
(قوله في المتن ولين امرأة) قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير سمعت الفقيه أبا جعفر يقول سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن
حم قال قال نصر بن يحيى سمعت الحسن بن سيهوب يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الطرد دليل على فساد بيع لبنها لانه لما
جازت الاجارة ثبت أن سبيله سبيل المنافع وليس سبيله الاموال لانه لو كان مالا لم تجز اجارته ألا ترى أن رجلا لو استأجر بقرة على أن يشرب
لبنها لم تجز الاجارة فلما جازت اجارة الطرد ثبت أن لبنها ليس بمال وذكروا في اجارة العيون لو أن رجلا استأجر شاة لترضع جديا أو صبيافاته لا يجوز
لأن اللبن ليس له قيمة اه اتقاني (قوله حتى لو استغنى عنه لا يجوز) أي شربه والاتقاع به يحرم حتى منع بعضهم صبه في العين الرمدة وبعضهم
أجازها اذا عرف دواء اه فتح (قوله لانه نجس العين) أي فلا يكون مالا يبيع مال ليس بمال لا يجوز وعلى ذلك انعقاد الاجماع اه اتقاني

(قوله لان الضرورة تبيح له) قال تعالى فن اضطر في محضه غير متجاف لاثم (قوله فالشعر أولى) أي عند الضرورة لان الشعر أخف منه بدليل أن شعر الميتة طاهر ولجهالاه انتقائي (قوله لانه يوجد مباح الاصل) أي غالباً اه انتقائي (قوله ولا بأس بالاسا كفة أن يصلوا الخ) قال الكمال وماذا كره في بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم ينبغي أن يخرج على القول بطهارته في حقهم أما على قول أبي يوسف فلا وهو الوجه فان الضرورة لم تدعهم إلى أن يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع عنه ويتجمع في ثيابهم هذا المقدار اه (قوله لان اطلاق الانتفاع دليل طهارته) أي والصحيح قول أبي يوسف لان حكم الضرورة لا يتعداها وهي في الخنزير فيكون بالنسبة اليه فقط اه كمال رحمه الله (قوله لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الانتفاع بجلد الميتة وعصها) محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في جلد الميتة وعظامها اذا دبغ وعصها وعقبها ووصفها وورها وقرنها قال (٥١) لا بأس بالانتفاع بذلك كله وبيعه الى

هنا لفظ أصل الجامع الصغير اه انتقائي (قوله ولان نجاسته من الرطوبات المتصلة) فان قيل نجاسته أي جلود الميتة ليس الا بالمجاورة منها من الرطوبات الخمسة فهي متحسة فكان ينبغي أن يجوز بيعها كالثوب النجس أجيب بأن النجس منها باعتبار أصل الخلقة فإلزام برأيه (٢) فهي كعين الجلد فعلى هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف الثوب والدهن النجس فان النجاسة فيه عارضة فلا يتغير حكم الثوب بهافيه وهذا السؤال ليس في تقرير المصنف ما يرد عليه أولاً ليجتاج الى الجواب عنه فإنه ما علل المنع الا بعدم الانتفاع به وانما يرد على من علل النجاسة ولا ينبغي أن يعمل بها بطلان بيع أصلاً فان بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهي عدم المالمية فان بيع السرقة جائز وهو نجس

تسعر به وان المحل وانما جاز الانتفاع به لاسا كفة لان خزانة المال والاختلاف لا يتأتى الا به فكان فيه ضرورة وعن أبي يوسف أنه يكره لان الخنزير يتأتى بغيره والاول هو الظاهر لان الضرورة تبيح له فالشعر أولى ثم لا حاجة الى شرائه لانه يوجد مباح الاصل وقال النقيب أبو الليثان كانت الاسا كفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي أن يجوز لهم الشراء لان ذلك حالة الضرورة فأما البيع فيكره لانه لا حاجة اليه للبائع ولا بأس بالاسا كفة أن يصلوا مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم ولو وقع في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف لان اطلاق الضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وفي غير تلك الحالة بقي على الاصل وعند محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع دليل طهارته والله أعلم قال (وشعر الانسان) يعني لا يجوز بيع شعر الانسان والانتفاع به لان الادعي مكرم فلا يجوز أن يكون جزءه مهاناً وقال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة وانما العنالا انتفاع به لما فيه من اهانة المكرم وعن محمد رحمه الله انه أجاز الانتفاع بشعر الادعي استدلالاً بما روى أنه عليه السلام حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتركون به ولو كان نجساً لما فعل فإنه لا يترك بالنجس ألا ترى أن أبا طيبة رضي الله عنه حين شرب دم النبي صلى الله عليه وسلم على قصد التبرك به نهأه أن يعود الى مثله في المستقبل قلنا حرمة الانتفاع به لكرامته لا لنجاسته حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده فبطل الاستدلال به او يخصص فيما يتخذ من الورق فزاد على قرون النساء وذواتهن قال (وجلد الميتة قبل الدبغ) يعني لا يجوز بيعه لما روى أنه عليه السلام نهى عن الانتفاع بجلد الميتة وعصها فيمارواه أبو داود وغيره ولان نجاسته من الرطوبات المتصلة به بأصل الخلقة فصار حكم الميتة بخلاف الثوب النجس حيث يجوز بيعه لان نجاسته ليست بأصل الخلقة فلا يمنع من جواز البيع قال (وبعد دبغ وينفع به كعظم الميتة وعصها ووصفها وقرنها وورها) يعني بعد الدبغ يجوز بيعه كما يجوز بيع عظم الميتة الى آخره لانه طهر بالدباغ والعظم ونحوه طاهر بأصل الخلقة على ما ذكرنا في كتاب الطهارة فجاز بيعه ولحوم السباع وشحومها وجلودها بعد الذكاة كجلود الميتة بعد الدباغ حتى يجوز بيعها والانتفاع بها غير الاكل لطهارتها بالذكاة الاجلد الخنزير فإنه نجس العين فلا يظهر بالذكاة ويجوز بيع عظم الفيل والانتفاع به عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز وهو كالخنزير عنده وعندهما كالسباع قال (وعاوسقط) أي لا يجوز بيعه ولو بعد ماسقط لان له حق التعلي لا غير وهو ليس بمحل البيع المال وهو ما يمكن احرازه وقبضه والهواء لا يمكن احرازه وقبضه وانما يصح بيعه قبل الانهدام باعتبار البناء القائم ولم يبق بخلاف الشرب

العين للانتفاع به لما ذكرنا وأما جواز بيعها بعد الدبغ لحل الانتفاع بها شرعاً واحتكم بطهارتها زيادة ثبت شرعاً على خلاف قول مالك رحمه الله اه كمال (قوله لطهارتها) أي لطهارتها بالذكاة قدم الشارح في الاسا رآنا الصحيح أن اللحم لا يظهر بالذكاة فراجع اه (قوله لانه له حق التعلي) وقد صرح الانتقائي والزيلي على ماسيأني بأن حق التعلي لا يجوز بيعه في جميع الروايات اه (قوله بخلاف الشرب) هذا جواب عن سؤال مقتدره ان الشرب حق الارض فينبغي أن لا يجوز بيعه فأجاب بهذا اه وكتب ما نصه ثم جواز بيع الشرب مع الارض اتفاق الروايات فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض أما اذا باع الارض مع شرب أرض أخرى اختلف المشايخ فيه قال في الفتاوى الصغرى والصحيح انه لا يجوز اه غاية قال الكمال أما اذا باع أرضاً مع شرب غير هافي صحته اختلف المشايخ والصحيح انه لا يجوز مفرداً كبيع الشرب يوماً أو يومين حتى تزداد فربته اه

(قوله ومقصودا) أي بيعه منفردا عن الأرض اه (قوله في رواية) أي في غير ظاهر الرواية اه غاية (قوله وهو اختيار مشايخنا) أي كأي بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة لأن أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم اليه والقياس يترك للتعامل كما يجوز السلم للضرورة والاستصناع للتعامل اه كمال قال الاتقاني مشايخنا بلخ كأي بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة يجوزون بيع الشرب يوما أو يومين حتى تزداد ثوبه المشتري لأن أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم الى ذلك اه (قوله حتى لو سقى به رجل أرضه يضمن قيمته) أي وكذا إذا استحق الشرب ببطل حصته من الثمن اه غاية وكتب ما نصه قال الكمال وأما ضمانه بالاتلاف فهو بأن يسقى أرضه بشرب غيره فهو رواية البرزوي وعلى رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقيل يضمن إذا جع الماء ثم أتلفه ولا يضمن قبل الجمع وحينئذ فالإلزام به من رد المختلف فيه إلى المختلف فيه فلا يلزم الخفاف وعن الشيخ جلال الدين ابن المصنف انه قصر ضمانه بالاتلاف على ما إذا كان أشهد به لا يخرج رجع بعد القضاء وقال لا وجه للضمان بالاتفاق إلا بهذه الصورة لا نه لو يضمن بغيرها فاما بالسقي أو عن حق الشرب لا وجه للأول لأن الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا إلى الثاني لأن منع حق الغير ليس سببا للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد وأما انه حظ من الماء وهو عين أو شيء يتعاق بالعين فأورد عليه انه لو كان عيننا ينبغي أن لا يجوز بيعه إذا لم يكن فيه ماء وأجيب بأنه إذا تجاوز (٥٣) للضرورة وهو بيع ضرورة وجوده كالسلم والاستصناع ثم بتقدير أنه حظ من الماء فهو مجهول المقدار

حيث يصح بيعه تبعاً باتفاق الروايات ومقصودا في رواية وهو اختيار مشايخنا بلخ لأنه نصيب من الماء وهو مال وله هذا يضمن بالاتلاف حتى لو سقى به رجل أرضه يضمن قيمته وكذلك حصته من الثمن حتى لو ادعى رجل شراء أرض بشرها بألف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما في ثمن الأرض وانما لم يجز بيعه في رواية وهو اختيار مشايخنا بلخ بخاري للجهالة وان سقط العلوبعد البيع قبل القبض بطل البيع كهلالة المبيع قبل القبض ولا يجوز بيع المسيل وهبته ويجوز بيع الطريق وهبته والمسئلة تحتل وجهين أحدهما بيع رقبته الطريق والمسيل والثاني بيع حق المرور وحق تسهيل الماء فان كان المراد به الأول فالفرق بينهما ما أن رقبته الطريق معلوم الطول والعرض فيجوز بيعه وأما رقبته المسيل فمجهول لأن مقداره ما يشغله الماء من الأرض مختلف يختلف بقلة الماء وكثرته حتى لو بين حدوده جاز وكذا لو باع رقبته النهر من غير اعتبار المسيل أو باع جزءاً شائعاً منه جاز لأنه معلوم وان كان المراد به الثاني ففي بيع حق المرور روايتان في رواية الزيادات لا يجوز وفي رواية ابن سماعه يجوز والفرق بينهما وبين التسهيل على رواية ابن سماعه أن حق المرور معلوم وهو الطريق على ما بينا أما التسهيل فتعلق بمجهول لأنه متعلق برقبته المسيل وهو مجهول على ما بينا ووجه الفرق بين حق التعليل حيث لا يجوز بيعه باتفاق الروايات وبين حق المرور في الطريق حيث يجوز بيعه في رواية ابن سماعه أن حق المرور متعلق برقبته الأرض ورقبة الأرض مال وهو عين فالتعلق به كان له حكم المال وحق التعليل متعلق بالهواء والهواء ليس بعين مال ولا له حكم المال فلا يجوز قال (وأمة تبين أنه عبود وكذا عكسه) أي لو اشترى أو باع شخصاً على أنه أمة فتبين أنه عبود أو على أنه عبود فتبين أنه أمة لم يجز البيع وهذا استحسان والقياس أنه يجوز وهو قول زفر رحمه الله لأنه لا اختلاف في الوصف إذا كان كورة والأثونة وصف في الحيوان وهو يوجب

فلا يجوز بيعه وهذا وجه منع مشايخنا بخاري بيعه منفردا قالوا وتعامل أهل بلدة واحدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس بل ذلك تعامل أهل البلاد ليصير اجاعاً كالاستصناع والسلم لا يقاس عليه والضرورة في بيع الشرب مفردا على العوم منتفية بل ان تحقق حاجة بعض الناس في بعض الأوقات وبهذا القدر لا تخالف القياس اه (قوله لاختلافهما في ثمن الأرض) أي لأن بعض الثمن يقابل الشرب اه (قوله وهو اختيار مشايخنا بخاري للجهالة) أي لا لأنه ليس بمال بخلاف

بيعه مع الأرض لأنه سقط اعتبار الجهالة تبعاً للأرض قاله الاتقاني (قوله والثاني بيع حق المرور) أي الذي هو الطريق اه فتح الخيار (قوله فان كان المراد به الأول الخ) قال الكمال فان كان المراد الأول وهو بيع رقبته الطريق والمسيل أي مع اعتبار حق التسهيل فوجه الفرق بينهما أن الطريق معلوم لأن له طولاً وعرضاً معلوماً فان بينه فلا اشكال في حق نفسه وان لم يبينه جاز أيضاً وهو المراد بالمسيلة هنا فانه يجعل مقداره باب الدار العظمى وطوله إلى السكة النافذة أما المسيل فمجهول لأنه لا يدري قدر ما يشغله الماء ومن هنا عرف أن المراد بالمسيلة ما إذا لم يبين مقداره الطريق والتسهيل أما لو بين حداً ما يسيل فيه الماء أو باع الأرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسهيل فهو جاز بعد أن يبين حدوده اه (قوله فالفرق بينهما) أي حيث جاز بيع الطريق وهبته دون المسيل اه اتقاني (قوله في رواية الزيادات لا يجوز) قال الفقيه أبو الميثاق في شرح الجامع الصغير هذه الرواية هي الصحيحة لأنه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز اه غاية (قوله أما التسهيل) أي فان كان على السطح فهو نظير حق التعليل وبيع حق التعليل لا يجوز باتفاق الروايات وان كان على رقبته الأرض فلا يجوز أيضاً للجهالة قدر ما يشغله الماء اه غاية (قوله في المتن وأمة تبين أنه عبود وكذا عكسه) قال الكمال إذا اشترى هذه الجارية بألف فظهرت غلاماً فالبيع باطل لعدم المبيع وهذه وأمثالها تبتني على الأصل الذي تقدم في المهر أنه إذا اجتمع تسمية وإشارة إلى شيء كذا كرنا من هذه الجارية بحيث أشار إلى ذات وسماء جارية اه (قوله والأثونة وصف في الحيوان) أي فلا يثبت له معنى الذات اه غاية

(قوله فان المقصود من العبد الاستخدام خارج الدار) أي كالزراعة والتجارة والحراثة اه فتح (قوله ومن غيره) أي من غير بني آدم اه
(قوله اذا اختلف فيه المسمى والمشار اليه) أي ويبطل العقد لانعدام المسمى اه (قوله لان الإشارة لتعريف الذات) أي الحاضرة
والنسبة تعرف الحقيقة المدرجة في تلك الذات وغيرها من ذوات لا تخصي معروفة عند العقل بأشياءها تلك الذات وغيرها اه كال
(قوله فكانت الإشارة) أي فاذا علم ذلك كانت الإشارة اه (قوله ثم اذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس الخ) قال الاتقاني في
الغاية قال بعضهم في شرحه في هذه الموضع اختلفوا في هذا البيع قال بعضهم باطل وقال بعضهم فاسد ثم قال وهو اختيار الكرخي
وقال كذا ذكر في الجامع الصغير افاضنا أقول هذا الاختلاف عجيب ونقل عن الكرخي (٥٣) عجيب أما الأول فلان محمد رحمه الله

قال في مسئلة الجامع الصغير
فلا بيع بينهما فمافيه يكون
تصمصا على البطلان لان
مثل هذا الذي يدل على
الباطل لا الفساد فكيف
يصح بعده هذا قوله اختلفوا
في أنه باطل أو فاسد وأما
الثاني فلان الكرخي صرح
في مختصره بأن اختلاف
الصفة اذا اوجب اختلاف
فاحشا كان ذلك بمنزلة
الاختلاف في الجنس ثم في
اختلاف الجنس اذا باع
فصاعلي انه باقوت فكان
زجاجا أو باع هذا الثوب
على أنه خز فاذا هو مرغى
قال فالبيع باطل اه
والعجب من هذا التعجب
لان قوله فلا بيع بينهما
يحتمل نفي الصحيح ويحتمل
النفي مطلقا وقول الاتقاني
ان هذا تنصيص على
البطلان ممنوع وتعليقه
مصادره ففعل البيع فاسدا
له وجه على تقدير الاحتمال
الآخر وان كان مرجوحا

الخيار لا الفساد كما في البهائم فانه اذا اشترى كبشاً مثلاً فاذا هو نجيحة أو بالعكس لا يفسد البيع وانما يثبت له
الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه كما اذا اشترى عبداً على أنه خباز أو كاتب فاذا هو بخلاف ذلك وجه
الاستحسان أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان مختلفان اتفاحش التفاوت في المقاصد فان المقصود من
العبد الاستخدام خارج الدار ومن الأمة الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكس والاستقراض والاستيلاء
فصارت جنساً آخر غير المذكورة ومن غيره جنس واحد لتقارب المقصود فان المقصود من اللحم والحمل
والركوب ونحو ذلك فالذكر والأنثى من الحيوان يصلحان لذلك فكذا جنسا واحداً واختلاف الجنس
يكون باختلاف المقاصد ألا ترى أن الخيل والذئب جنسان لمساقلنا وان اتحد أضلهما ثم في مختلفي الجنس
يتعلق العقد بالمسمى اذا اختلف فيه المسمى والمشار اليه لان التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة لان
الإشارة لتعريف الذات فانه اذا قال هذا صار الذات معينة ولا يشاركه فيه غيره والتسمية لاعلام الماهية
وهو أمر زائد على أصل الذات فكان أبلغ في التعريف ويحتاج في مقام التعريف الى ما هو أبلغ فيه
فكانت الإشارة أولى بالاعتبار في متحدى الجنس لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه
فأمكن الجمع بينهما بأن تجعل الإشارة للتعريف والتسمية للترغيب فيثبت له الخيار عند فوات الوصف
المرغوب فيه بخلاف مختلفي الجنس لان المسمى فيه مثل المشار اليه وليس يتابع له فلا يمكن أن يجعل
أحدهما تبعاً للآخر فيعتبر الاعرف عند تعذر الجمع بينهما وهذا هو الأصل في العقود كلها كالاجارة
والشكاح والصلح عن دم العبد والخلع والعتيق على مال ثم اذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس
يقع البيع باطلا عند بعض المشايخ لانه معدوم وبيع المعدوم لا يجوز الا في السلم وقال بعضهم انه فاسد وهو
اختيار الكرخي لانه باع المسمى وأشار الى غيره فصاركانه باع شيئاً بشرط أن يسلم غيره وذلك فاسد والاجارة
مثل البيع لانها تبطل بالشرط الفاسد والشكاح وأشباهه لا يفسد بالشرط الفاسد ولكنه ينظر ان كان
المسمى يمكن ضبطه كالثياب والحيوان الموصوفة أو المكيل أو الموزون يجب المسمى ويجعل كانه مسماه ولم
يشترأ شي وان لم يمكن ضبطه يجب مهر المثل كانه لم يسم شيئاً لانه لا يصلح أن يثبت في الذمة قال (وشراء
ما باع بالاقبل قبل النقد) ومعناه أنه لو باع شيئاً وقبضه المشتري ولم يقبض البائع الثمن فاشترأه باقيل من الثمن
الأول لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز وهو القياس لان الملك فيه قد تم بالقبض فيجوز بيعه بأي قدر
كان من الثمن كما اذا باعه من غير البائع أو منه بمثل الثمن الأول أو بأكثر أو بعرض أو بأقل بعد النقد
ولنا ما روى عن أبي اسحق السبيعي عن امرأته أنها دخلت على عائشة رضي الله عنها فدخلت معها أم ولد
زيد بن أرقم فقالت يا أم المؤمنين اني بعثت غلاماً من زيد بمائة درهم نسيئة وانني ابتعته منه بستائة

على وجه التسليم وأما تصريح الكرخي بأنه مثل مختلفي الجنس فهو مثله في الاختلاف من حيث عدم الصحة لا في أن كل واحد منهما
باطل ويكون الوقوف على كلام الكرخي بأنه فاسد قرينة هذا الجمل بوقفاً بين كلاميه ولا يظن بصاحب النهاية نقل ما لا يوجد في كلام
الكرخي غاية عدم وقوف الاتقاني على ذلك هذه الحاشية من فوائد الشيخ محب الدين الاقصر اى رحمه الله قوله قال بعضهم هو صاحب
النهاية اه (قوله أبي اسحق السبيعي) اسمه عمرو بن عبد الله يروى عن زيد بن أرقم اه (قوله أم ولد زيد بن أرقم) قال الاتقاني زيد بن
أرقم بن قيس بن نيمان بن مالك بن ثعلبة بن كعب بن الخزرج الانصارى من مشاهير الصحابة وفي كنيته اختلاف قيل أبو عمرو وقيل أبو عامر
وقيل أبو أنيسة وقيل أبو أنيس وتوفي بالكوفة سنة ثمان وستين وهذا الذي أخذ الرازي يوم موته حين استشهد عبد الله بن رواحة كذا ذكره
ابن شاهين في كتابه المعجم اه (قوله ابتعته) أي بعته وكذا هو في الهداية اه

(قوله فقالت لها عائشة بثمن ما شريت وبثمن ما شري) ما معنى ذم البيع الأول وهو جائز أجازنا عائشة بثمنه لكونه سببا للبيع المحظور كالسفر لقطع الطريق محظور وإن كان السفر في نفسه مباحا اه اتقاني باختصار (قوله ولأن الثمن لم يدخل الخ) قال الاتقاني ولأنه يلزم منه ربح ما لم يضمن لأن المبيع خرج من ضمان البائع بالتسليم والثمن لم يدخل في ضمانه لعدم القبض فإذا اشترى بالاقبل لزمت ربح ما لم يضمن لا محالة وذلك لا يجوز لما حدث صاحب السنن بإسناده إلى عبد الله بن عمر فقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك فان قلت يحتمل أن عائشة رضي الله عنها إنما أغلظت القول هكذا لأن البيع كان إلى العطاء وهو أجل مجهول لأن فيه ربح ما لم يضمن قلت كان من مذهب عائشة جواز البيع إلى أجل مجهول وهو مذهب علي وابن أبي ليلى وجماعة كذا قال القاضي أبو زيد في الأسرار اه (قوله لا يحل سلف) صورة النهي عن بيع وسلف أن يكون البيع بشرط منفعة القرض (٥٤) أو الهبة والصدقة وما أشبه ذلك وصورة الشرطين في بيع أن يبيع عبده بألف درهم إلى

سنة أو بألف وخمسمائة إلى سنتين ولم يبدأ العقد على أحدهما كذا في شرح الطحاوي اه (قوله ولو اشتراه من لا تجوز شهادته) قال الكمال ولو اشترى ولده أو والده أو زوجته فكذلك عنده وعندهما يجوز لثبائنه الاملاك وكان كمالا لاشترائه آخر وهو يقول كل منهم بمنزلة الآخر ولذا لا تقبل شهادة أحدهما لآخر اه (قوله وقال أبو يوسف ومحمد يجوز في غير العبد) قال الكرخي في مختصره ولا يجوز أن يشترى ذلك وكيل البائع ولا مضارب ولا شريك في تلك التجارة ولا مدبر للبائع ولا مكاتب ولا عبد للبائع مأذونه في التجارة في قولهم جميعا فإن اشتراه والد للبائع أو ولد أو ولد

ولد أو سفل أو من لا تجوز شهادته للبائع ولا شهادة البائع له لم يجوز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ذلك جائز وكذلك لا يجوز للمولى أن يشترى ما باعه مكاتبه ولا عبده المأذون ولا مضاربه بأقل من الثمن الذي باعه وفان وكل البائع من يشترى به بأقل من الثمن الأول فاشتراه فالشراء جائز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف الشراء لازم لو كمل ولا يلزم إلا أمر وقال محمد لا أمر بشراء فاسد إلى هنا لفظ الكرخي وجه قول محمد أنه أمر بما لو باشره بنفسه يكون فاسدا وجه قول أبي يوسف العقدة زيادة فساد دليل بطلان الجهاد فلم يجوز التوكيل به ولا في حنيفة أن الموكل في المعنى مشتري من الوكيل فاصدا كما إذا اشترى من غيره اه اتقاني رحمه الله (قوله وكذا لو اشترى من وارث مشتريه بأقل مما اشترى الخ) قال في شرح الطحاوي إذا مات المشتري فاشتراه البائع من الوارث لا يجوز لأن الوارث يقوم مقام الوارث ألا ترى أنه لو وجد به عيبا كان له أن يخصم البائع في الرد ولو لم يمت المشتري ولكن مات البائع فاشتراه وارثه من المشتري جاز الشراء إذا كان الوارث ممن تجوز شهادته للبائع في حال الحياة وقربا به من البائع لا تمتنع بخلاف المشتري والفرق بينهما أن وارث المشتري قائم مقام المشتري في عين المبيع لأنهم ورثوه منه وأما وارث البائع يقوم مقام البائع في الثمن والثمن الذي ثبت في ذمته لم يكتب المحشي

(قوله ثم اشتراه البائع الاول من ذلك الرجل يجوز) أي ولو عاد الى ملك المشتري الاول بملك مستأنف جاز لبايعه شراؤه منه بأقل ما كان باعه له أولا اه مبتدئ وكتب ما نصه قال الاتقاني ويجوز اذا اشتراه من غيره الامن وارثه لان تبدل العاقبة بتبدل العين حكما فأما وارثه فبمزااته فإنه خلفه فصار شبهة والشبهة في باب الحرمات ملحقمة بالحقيقة اه (قوله جعل النقصان بمقابل العيب الحادث عند المشتري) أي فلا يتحقق الرجح اه اتقاني وكتب ما نصه سواء كان ذلك النقصان (٥٥) بقدر ذلك العيب أو دونه اه فتح

(قوله لان تغير السعر غير معتبر) أي لانه فتور في رغبات الناس فيه وليس منه فوات جزء من العين اه كمال (قوله لم يجز استحسانا) قال الكمال رحمه الله وجه الاستحسان أنهم ما جنس واحد من حيث كونهم ما نسا ومن حيث وجب ضم أحدهما الى الآخر في الزكاة فيبطل البيع احتياطا وألزم أن اعتبارهما جنسا واحدا بوجوب التفاضل بينهما احتياطا والجواب أن مقتضى الوجه ذلك ولكن في التفاضل عند بيع أحدهما بالآخر اجماع اه (قوله حتى لا يجري ربا الفضل بينهما) قال الاتقاني وجه الاستحسان أنهم ما من حيث الثمنية كالشئ الواحد فتثبت شبهة الرجح اه (قوله في المتن وصح فيما ضم اليه) وهذه فرع المسئلة السابقة وهي ان شراء ما باع من المشتري بأقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز اه كمال (قوله الى المشتري) بفتح الراء اه فتح (قوله جاز البيع

بيع الوارث وبيع المورث سواء) وكما لا يجوز بيع المشتري لا يجوز بيع وارثه وشرطنا أن يكون الشراء من مشتريه أو من وارثه لانه لو باعه المشتري من رجل أو واهبه لرجل أو وصى لرجل ثم اشتراه البائع الاول من ذلك الرجل يجوز لان اختلاف سبب الملك كاختلاف العين أصله حديث بريرة حيث قال عليه السلام هو لها صدقة ولنا هدية وشرطنا أن يكون المبيع على حاله لم ينقص لانه اذا تعيب في يد المشتري قباعه من البائع بأقل من الثمن الاول جاز لان المانع ربح ما لم يضمن وانما يظهر الرجح اذا صار اليه المبيع كما خرج عن ملكه فاذا لم يعد اليه كما خرج عن ملكه جعل النقصان بمقابل العيب الحادث عند المشتري فكان مشتريا ما باع بمثل الثمن الاول معنى وشرطنا أن يكون النقصان من حيث الذات لانه لو نقصت قيمته بتغير السعر لم يجز شراؤه بأقل مما باع لان تغير السعر غير معتبر في حق الاحكام كما في حق الغاصب وغيره فعاد اليه المبيع كما خرج عن ملكه فيظهر الرجح وشرطنا اتحاد الثمنين جنسا لانه اذا اشتراه بجنس آخر غير جنس الثمن الاول يجوز وان كان الثمن الثاني أقل لان الرجح لا يظهر عند اختلاف الجنس والدنانير جنس الدراهم هنا حتى لو كان العقد الاول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الاول لم يجز استحسانا وجاز قياسا وهو قول زفر لانهم ما جنس حتى لا يجري ربا الفضل بينهما ولنا أنهم ما جنس من صورته وجنس واحد معنى لان المقصود بهما واحد وهو الثمنية فبالنظر الى الاول يصح وبالنظر الى الثاني لا يصح فغلبنا المحرم على المبيع لقوله عليه السلام ما جتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال رجلا ن باع عيدا بينهما بالف فقالا بعنا كالف بكل نصف بخمسمائة ثم اشتراه أحدهما بخمسمائة قبل التقديس في نصفه لانه شراهما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وصح في نصيب شريكه بنصف خمسمائة لانه ما باع ولا بيع له ولو قالوا بعنا كالف بكل نصف بخمسمائة ثم قالوا بعنا كالف نصيب فلان بخمسمائة ثم اشتري أحدهما كله بخمسمائة فسد في نصيبه لان نصفه وهو الربع باعه بنفسه ونصفه وهو الربع بيع له وأما نصيب صاحبه فيفسد في نصفه وهو الربع لانه باعه له وصح في الربع الآخر فيدفع ثمنه لانه ما باع ولا بيع له وان اشترياه معا في هذه الصور صح شراء كل واحد منهما في ثمنه بثلث الثمن لانه لو اشتراه أحدهما صح شراؤه في الربع فاذا اشترى كل واحد منهما نصفًا شأنا صح شراء كل واحد منهما ما في نصف ذلك وهو الثلث ضرورة ولو باعاهما بالف ثم اشترياه بخمسمائة صح شراء كل واحد منهما في ربيعان كل واحد منهما اشترى نصفًا شأنا نصفه فيما باع فيفسد ونصفه فيما باع شريكه فيصح في نصفه الذي لم يبعه بل باعه لنفسه ولو باعه مع وكيله بالف ثم اشتراه الموكل بخمسمائة لا يصح لان أحد النصفين باعه بنفسه والنصف الآخر بيع له ولو اشتراه الوكيل فسد في النصف الذي باعه هو وصح في النصف الآخر لانه ما باع ولا بيع له ولو باع الوكيل كله ثم اشتراه أحدهما لا يصح أما الوكيل فلا لانه باع وأما الموكل فلا لانه بيع له قال (وصح فيما ضم اليه) أي صح البيع فيما ضم الى المشتري بان اشترى مثلاً جارية بالف ثم باعها وأخرى معها بالف من البائع قبل نقد الثمن جاز البيع في التي لم يشترها من البائع وبفسد في الأخرى لانه لا بد أن يجعل الثمن بمقابل التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للأخرى بأقل مما باع وهو فاسد ولا يشيع الفساد لانه ضعیف فيكون مجتهدا فيه حتى لو قضى

في التي لم يشترها) أي بخصتها اه اتقاني (قوله فيكون مشتريا للأخرى بأقل مما باع وهو فاسد) أي ولا إشكال هنا على قوله ما واما الاشكال على قول أبي حنيفة لان مذهبه أن البيع اذا فسد بعضه فسد كله اذا كان الفساد مقارنا وحله أن يقال ان الفساد فيما بيعت أو لا ضعيف لانه اختلف العلماء في فسادها فلم يسر لضعف الفساد الى صاحبها كما اذا اشترى عبد من أحدهما مدبر حيث لا يفسد البيع بل يصح البيع في الثمن بخصته من الثمن فكذا هنا يصح البيع في المضمومة بخصتها من الثمن اه اتقاني

(قوله أولانه باعتبار شبهة الربا) أي سلامة الفضل للبائع الأول من غير عوض ولا ضمان يقابله احتياط الأمر الربا فلم يسر إلى المضمومة
 اقصور سبب الفساد اه اتقاني (قوله ولانه) أي ليس بعقار لأنه ليس في صلب العقد بل هو الخ اه غايه (قوله طارئ) أي
 لانهم لم يذكروا في البيع ما يوجب فساد البيع وانما الفساد باعتبار شبهة الربا وهي أمر خفي ظهر ذلك بعد العقد اما بانقسام الثمن على
 قيمتهما أو بالمقاصة أعنى مقاصة الثمن في البيع الثاني بعقد ائذ ذلك من الثمن في البيع الأول فيسبق من الثمن الأول فضل من غير أن يقابله
 عوض فكيفما كان يظهر الفضل للبائع الأول فيكون مشترى ما باع باقل منه والفساد الطارئ لا يسرى كمن باع عشرين صفقة واحدة
 وبين ثمن كل واحد منهما ثم ألحقا الأجل إلى وقت الحصاد في عن أحدهما فساد البيع فيه ولا يتعدى إلى الآخر فكذا فيما نحن فيه اه
 اتقاني (قوله في الثمن وزيت) قال الاتقاني ههنا من خواص الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل
 اشترى من رجل هذا الزيت وهو ألف (٥٦) رطل على أن يتره بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خسين رطلا قال هذا

القاضي بجواز صرح أولانه باعتبار شبهة الربا ولانه طارئ لأنه يظهر بانقسام الثمن أو بالمقاصة فلا يسرى
 إلى غيرها قال (وزيت على أن يتره بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف خسين رطلا وصرح بوضوح
 أن يتره بوزن الظرف) أي لا يجوز بيع زيت كل رطل بدرهم على أن يتره بظرفه ويطرح عن الزيت
 الموزون مكان كل ظرف خسين رطلا ويجوز أن شرط أن يتره بوزن الظرف لان الشرط الأول
 لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه وهذا لان مقتضى العقد أن يخرج عنه وزن الظرف فإذا طرح
 خسين مثلاً يحتمل أن يكون أكثر من الظرف أو أقل الا إذا عرف أن وزنه خسون رطلا فحينئذ يجوز
 لانه يقتضيه العقد قال (وان اختلفا في الرق فالقول للمشتري) لانه المنكر يباهنه لو اشترى سمناً في
 رق فرد المشتري الرق وهو عشرة أرطال فقال البائع الرق غير هذا وهو كان خمسة أرطال لانه ان اعتبر
 اختلاف في الرق فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا كالغاصب والمودع وان اعتبر اختلاف في
 السمن فهو في الحقيقة اختلاف في مقدار الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفان
 وان كان الاختلاف في الثمن لان الاختلاف في الثمن يثبت تبعا لاختلافهما في الظرف والاختلاف
 في الظرف لا يوجب التحالف لانه ليس بقصود بالعقد ولا معقود عليه أصلا فكذا فيما ثبت تبعا له
 اذا تبع لا يخالف الاصل ولان التحالف ورد على خلاف القياس فيما اذا كان الاختلاف في موجب
 العقد قصد اضرورة أن كل واحد منهما يدعي عقدا غير الذي يدعيه صاحبه والاختلاف في الرق ليس
 في معناه فلا يلحق به قال (ولو أمرت بياشرا آخر أو بيعها صاع) وههنا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال
 لا يجوز وعلى هذا الخلاف التوكيل ببيع الخنزير وعلى هذا وكيل المحرم الحلال ببيع صيدها
 أن الوكيل يستفيد الولاية من الموكل ولا ولاية للموكل في هذا التصرف فكذا وكيله كسليم وكل مجوسيا
 بان تزوجه مجوسية حيث لا يجوز بالاتفاق ولان ما يثبت له ينقل إليه فصار كأنه باشره بنفسه ولانه
 بين الوكيل والموكل يجري حكم المبادلة حتى يجعل الوكيل بمنزلة البائع والموكل بمنزلة المشتري ألا ترى
 أنه يجبس المبيع بالثمن ويرد الموكل عليه بالعيب ويجري التحالف بينهما عند التجار ودلاي حنيفة
 رحمه الله أن الوكيل أصل لنفس التصرف والموكل لحكم التصرف ألا ترى أنه يملك الخنزير

فاسد فان قال على أن
 يطرح عن وزن الظرف
 فهو جائز وذلك أن المبيع
 في الصورة الأولى مجهول
 وجهالة تفسد البيع لان
 وزن الظرف يحتمل أن
 يكون أقل من خسين أو
 أكثر فان كان أقل منه
 يخرج بعض الزيت من أن
 يكون مبيعا وذلك مجهول
 وان كان أكثر منه يلزم
 الجحالة أيضا لان القدر
 الزائد على الخسين من
 الظرف ليس بمبيع فان كان
 كذلك كأن طرح الخسين
 بوزن كل ظرف شرطا
 لا يقتضيه العقد فأفسده
 بخلاف الصورة الثانية
 حيث جازا العقد لان طرح
 قدر الوزن شرط يقتضيه
 العقد لان الظرف ليس
 بمبيع فيخرج بوزنه والشرط

لا يزيد الا كما كذا الحكم العقد ووضع المسئلة فيما اذا باع كل رطل منه بكذا كذا قالوا اه (قوله ويطرح
 عنه) أي يطرح البائع عن المشتري اه اتقاني (قوله يحتمل أن يكون أكثر من الظرف أو أقل) أي فيكون المبيع مجهولا وجهالته
 تفسد البيع اه (قوله في الثمن وان اختلفا في الرق الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة
 في رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الرق كل رطل بدرهم فوزنه السمن والرقي فبلغ مائة رطل وقبضه المشتري ثم جاء فقال
 وجدت الثمن تسعين رطلا والرقي هذا وزنه أرطال لم يكتب الخصى وكتب ما نضه ومسئلة الاختلاف في الرق ذكرها الشارع في الدعوى
 فراجع الحاشية التي في خيار الرق به عند قوله وللمشتري في الرق فانه تليق بهذا المحل وهي نقلا عن الكمال اه (قوله فقال البائع
 الرق غير هذا وهو كان خمسة أرطال) أي فالقول للمشتري مع يمينه اه (قوله وقال لا يجوز) أي ومالك والشافعي وأحمد اه (قوله
 ولاي حنيفة ان الوكيل أصل الخ) ولاي حنيفة أن الشراء والمبيع وجد من النصرا في وهو أهل لمباشرة ذلك غاية ما في الباب أن حكم
 التصرف وهو ملك الثمن أو المبيع يثبت للموكل حكما التصرف الوكيل لا قصد لان التوكيل بالشراء والمبيع الخ لم يكتب الخصى

(قوله ثم يصدق بمن الخ) قال الكمال وقد روي عن أبي حنيفة أن هذه الوكالة تكره أشد ما يكون من الكراهة وهي ليس الا كراهة التحريم فاي فائدة في الصحة اه (قوله منها أن رجلا لوفى كل عن غيره بشراء عبد الخ) وفي الخبرانية المريض مرض الموت لو باعه بعبادة غائب في مثله وعليه ديون مسددة تغرقه لا يجوز ومن وصيته يجوز ذلك بعدمونه وكذا لا يتبع الام عروضا والولد ووصيها يبيع العروضا التي هي من ميراثها اه دراية وقد قالوا لا يجوز بيع العبد (٥٧) الا بق ويجوز التوكيل ببيعه

اه سراج وهاج وقوله ويجوز التوكيل ببيعه ولا يبيعه الوكيل الا بشرط اه (قوله كاشترط التدبير والاستيلاء الخ) قال الاتفاقى رحمه الله قال في شرح الطحاوى اذا كان في الشرط منفعة للعقد عليه وهو من أهل الخصومة نحو أن يبيع عبدا أو جارية بشرط أن لا يبيعه ولا يهبه ولا يخرج به عن ملكه فان هذا الشرط فيه منفعة للعبد لان تداول الايدي يشق على العبد والجارية وكذلك ان اشترط التدبير والاستيلاء وشرط العتق فالبيع لا يجوز ولكن المشتري لو أعتقه لم يفسد الثمن في قول أبي حنيفة وعند صاحبيه تجب عليه القيمة وأجعوا انه لو هلك في يده قبل الاعتراف لم يفسد القيمة وكذلك لو باعه من رجل أو وهبه لرجل وجبت عليه القيمة ثم وجوب الثمن علامة الجواز وجوب القيمة علامة الفساد والحاصل عند أبي حنيفة أن العقد في ابتداء انعقد على الفساد ثم يقلب الى

بالاثر بان كاتالذي فاسد قبل أن يسبب الخسار ويظل الخسران ورثته المسلمون وكذا اذا تخمر عصبه يبقى على ملكه بخلاف توكيل المسلم الجوسى أن يزوجه الجوسية لانه سفير ومعه فيه فيكون مضافا الى الموكل وبخلاف ما اذا اتهم كافر لمسلم خرا لانه سفير كالتزويج فيقع الملك فيه للمسلم ابتداء وحقه راجعة اليه ثم يصدق بمن الخ) قال الكمال لو باعه الوكيل له لم يمكن الخ) ثبت فيه لقوله عليه السلام ان الذي حرم بيعها حرم شرائها وكل منها وفي التوكيل بشراء خسران ملكها حكم فيخالفها لانه منع عن الانتفاع بعينها وله أن يتصرف فيها على وجه يتوصل به الى الانتفاع بها كما اذا ورثها أو تخمر عصبه وعليه ثمنه يدفعه الى الوكيل لا انتقال المالك اليه من جهة حكم فله من البدل وان كان خنزيراً يبيعه وقوله ما لا ولاية للوكيل في هذا التصرف فكذا وكيه منقوض بمسائل منها ان رجلا لوفى كل عن غيره بشراء عبد بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه فلو وكل من يشتريه له فاشتراه له ملكه ومنها اذا مات ذمي وخلف خرا يأمر القاضي ذمياً ببيعها وان لم يملك بيعها هو ومنها لو كان مسلم وصي لذي وليت خرا أمر الوصي المسلم ذمياً ببيعها وان لم يملكه هو وأما نكاح الجوسية فلا تملك المسلم لانه لا يملكه ولا يملكه فلا يمكن اثباته له حكم التصرف به بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ولان المقصود من البيع الملك والمسلم أهل للملكهما والمقصود من النكاح الحل ولا يفيد الحل فيلغو قال (وأما على أن يعتق المشتري أو يدبر أو يكتب أو يستولد) أي لا يجوز بيع أمته على أن يفعل بها المشتري شيئا من هذه الاشياء لانه عليه السلام عن بيع وشرط والاصل فيه أن كل شرط لا يقتضيه العقد وهو غير ملائم له ولم يرد الشرع بجوازه ولم يحز التعامل فيه وفيه منفعة لاهل الاستحقاق مفسد لما روي فان شرط فيه ما يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري أو شرط فيه الملايم للعقد كالرهن والكفالة جاز لانهم ما التوثيق وإنما كيد الجانب الاستيفاء والمطالبة لان استيفاء الثمن يقتضى العقد ومؤكد ملامته اذا كان معلوما بان كان الرهن والكفالة معينين أو شرطاً فيه ما ورد الشرع بجوازه كالنكاح والاحل أو شرط فيه ما جرى التعامل بين الناس كشراء النعل على أن يحذوها البائع أو يشركها أو شرط فيه ما لا منفعة فيه لاهل الاستحقاق وأهل الاستحقاق هو البائع والمشتري والمبيع الا ذمي والاجنبى لا يفسد البيع لو ورد الشرع به أو التعامل أو لكونه ملائماً وما عدا ذلك من الشروط مفسد لما فيه من زيادة عربة عن العوض فيقتضى الى الربا ولانه يقع بسببه المنازعة فيعبرى العقد عن مقصوده لان المقصود من شرع الاسباب في المعاملات قطع النزاع ليختص به المباشر للسبب وقال الشافعي يجوز البيع بشرط الاعتاق وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لان بيع العبد نسمة متعارف في الرضايا وتفسيره ما قلنا ولنا انه لا يقتضيه العقد اذ هو يقتضى الاطلاق وأي تصرف شاء لا تصرفا معينا فاشترط مثله فيه مفسد له كاشترط التدبير والاستيلاء والكتابة فيه وتفسير بيع النسمة أن يبيعه من يعرف أنه يعتقه كما اذا باعه من يطلب رقبة للاعتاق عن كفارة أو نذر وقيل تفسيره أن يعده المشتري قبل الشراء ثم يشتريه من غير شرط في العقد ولو أعتقه المشتري جاز البيع عند أبي حنيفة رحمه الله ويجب عليه الثمن وقال يجب عليه القيمة وهو القياس لان شرط الاعتاق مفسد فتحقيقه تقرير الفساد لا رفع له كسائر الشروط المفسدة فصار كما اذا

(٨ - زيلعى رابع) الجواز بالعتق وعندهما لا يقلب وعليه القيمة الى هنا لفظ الامام الاسيحابي وقال في التحفة لو أعتقه قبل القبض لم يفسد عتقه وان أعتقه بعد القبض عتق فانقلب البيع جائزا استحسانا في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يقلب العقد جائزا اذا أعتقه حتى يجب عليه قيمة العبد وروى عن أبي حنيفة مثل قوله ما كذا في التحفة اه (قوله ولو أعتقه المشتري جاز البيع) يعني لو باع عبدا بشرط أن يعتقه المشتري لا يجوز فلو أعتقه المشتري يقلب البيع جائزا عند أبي حنيفة اه

(قوله في المتن أو الاجلها) قال الاتفاق والاصل هنا ما قال في شرح الطحاوي انه اذا استثنى من العقود عليه ما يجوز افراد العقد عليه جازا البيع في المستثنى منه واذا استثنى ما لا يجوز عليه العقد مفردا بطل البيع في المستثنى منه بيانه انه اذا قال بعث منك هذه الصبرة الاقفيها منهم فالباع جاز في جميع الصبرة الاقفيها فانه استثنى ما يجوز افراد العقد عليه لانه لو باع قفيزا من الصبرة بجوز ومثله لو قال بعث منك هذا القطيع من الغنم الاشاعه من غير عينها بانه قد باع درهم فالباع فاسد لانه استثنى ما لا يجوز افراد العقد لانه لو باع شاة من الجمله بغير عينها لم يجوز ولو قال بعث منك هذا القطيع الا هذه الشاة بعينها بانه قد باع درهم فالباع جاز لانه استثنى ما يجوز افراد العقد وكذلك الحكم في جميع العدي المتقارب والعدي غير المتقارب والذو باع حيوانا واستثنى ما في بطنه لا يجوز البيع لانه استثنى ما لا يجوز افراد العقد عليه لان بيع ما في البطن لا يجوز كذا في شرح الطحاوي وانما لم يجوز افراد العقد على ما في البطن لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الحبل وقدم اه (قوله لانه بمنزلة الاطراف) أي لانه متصل بالام جملته ألا ترى أنه يتغذى بغيرها وينقلب بانقلابها كسائر الاطراف فكان تبعاً في الدخول تحت (٥٨) العقد كالاطراف اه اتفاقى (قوله والاستثناء كالبيع والاجارة) أي

أتلفه بوجه آخر وجه الاستحسان أن اشتراط الاتفاق من حيث ذاته لا يلازم العقد على ما بينا ولكن من حيث حكمه بلائحه لانه منه المكروه الشيء بانتهائه بتقريف وجود صورة الشرط قلنا يفسد كذا فأن تحقق العتق حكماً يجوز له التحقق الملائمة وهو الانتهاء فكان الحال قبله موقوفاً بخلاف الاستيلاء والتدبير حيث لا يعود صحابهم لانهم ليسا بمنين للكل وكذا اذا أتلفه بوجه آخر ولو باع جارية بشرط أن يطأها المشتري أو بشرط أن لا يطأها فاسد البيع عند أبي حنيفة لان العقد لا يقتضيه لان مقتضيه اطلاق الانتفاع لا الحجر منه ولا الاضرار وقال أبو يوسف صح في الاول لان العقد يقتضيه وفسد في الثاني لانه لا يقتضيه وعند محمد صح فيه ما لان الثاني ان لم يقتضه العقد فلا يرجع نفعه الى أحد فكان هذا شرطاً لمطالبه فلا يؤدي الى النزاع فلا يفسد قال (أو الاجلها) أي لا يجوز بيع أمة الاجلها لان ما لا يصح افرادها بالعقد لا يصح استثناءه منه والحمل لا يجوز افرادها بالبيع فكذا استثناءه لانه بمنزلة الاطراف فكان شرطاً فاسداً وفيه منفعة لا بائع فيفسد البيع ثم استثناء الحمل في العقود على ثلاث مراتب في وجهه يفسد العقد والاستثناء كالبيع والاجارة والكتابة والرهن لان هذه العقود تبطلها الشروط الفاسدة غير أن المفسد في الكتابة ما يمكن في صلب العقد من الشروط أي ما يقوم به العقد حتى لو كاتب بشرط أن لا يخرج من البلد لا يفسد وله أن يخرج لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فملنا بالشبهين في الحالين وفي وجه العقد جاز والاستثناء باطل كالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العبد لا يبطل العقد ويبطل الاستثناء ويكون الحمل تابعاً للام في هذه العقود ويصير هو حيث صارت هي وفي وجهه يجوز العقد والاستثناء وهو الوصية حتى لو أوصى بجارية لانسان الاجلها صح وكذا لو أوصى بحملها لا تخرج لان الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيه فكذا الوصية بخلاف الخدمة وفي العتق ينبعها الحمل ولو أعتق الحمل وحده لصح قال (أو يستقدم البائع شهراً أو داراً على أن يسكن أو يقرض المشتري درهماً أو يهدي له أو يسلمه الى كذا

كن أجر داره على جارية الاجلها اه (قوله والكتابة) أي كاتب عبده على جارية الاجلها اه (قوله والرهن) أي رهن جاريته الاجلها اه (قوله ما يمكن في صلب العقد) صلب العقد ما كان راجعاً الى البطل والمبطل لان صلب الشيء ما يقوم به ذلك الشيء وقيام البيع بالعوضين اه (قوله فلا يبطل العقد ويبطل الاستثناء) أي لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة اه هداية (قوله حتى لو أوصى بجارية لانسان الاجلها صح) أي وكان الحمل ميراثاً والجارية وصية للموصي له اه (قوله بخلاف الخدمة) يعني اذا قال أوصيت بهذه

الجارية لفلان الا خدمته لا يصح استثناء الخدمة بل يبطل حتى تكون الجارية وخدمتها جميعاً للموصي له فان قلت يصح افراد الخدمة بالعقد بان أوصى بخدمة هذه الجارية تصح الوصية فيصح استثنائها أيضاً وأجيب بان هذا عكس القاعدة لا ترد لها فلا يلزمنا ولنسلم فالوصية غير عقد اه ألا ترى أن القبول يصح من الموصي له بعدم موت الموصي ولو كانت عقداً لم يصح الا لاثنتين وكذلك يدخل الموصي به في ملك وورثة الموصي له بلاقبول الموصي له اذا مات الموصي ثم مات الموصي له قبل القبول اه غاية وكتب ما نصه قال في الهداية بخلاف ما اذا استثنى خدمته لان الميراث لا يجري فيها لانها منفعة وانما يصح الارث في الاعيان اه (قوله أو يقرض المشتري درهماً) قال الولوالجي في فتاواه ولو قال بعثك هذه الدار بالف على أن يقرضني فلان الاجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد البيع لانه لا يلزم العشرة الاجنبي لانه لو لم يرضه انما تلزمه اما بطريق الضمان على المشتري أو بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى الاول لان هذه العشرة ليست في ذمة المشتري فكيف يتحملها الكفيل ولا وجه الى الثاني لانه لم يقل على أن يضمن فاذا لم تلزم الاجنبي لا يفسد البيع ولا خيار البائع لان الخيار لو ثبت انما يثبت اذا لم يسلم له ما شرط في البيع على المشتري وهنا قد سلم له ما شرط في

البيع على المشتري اه غايه (قوله أو ثوبا على أن يقطعه) قال الكمال قوله ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخطه قيما أو يباعه فالبيع فاسد باجتماع الأعمه الأربعة لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولانه يصير صفقتين في صفقة على ما هو من امتناع الصفقتين في صفقة إلا أن هذا على تقدير واحد وهو كون الخطاطة بقابلها شيء من الثمن فهو شرط اجارة في بيع وما تقدم كان كذلك على ذلك التقدير وعلى تقدير عدم المتعاقبة يكون اعارة في بيع اه وكتب مانصه وقال في الفتاوى الصغرى اذا قال لا اشترى عبدك من فلان على أن الثمن على والعبد لفلان حكى عن أبي الحسن الكرخي أنه يجوز لكن هذا خلاف ظاهر الرواية واستبعده أبو بكر الجصاص اه غايه (قوله ولانه ان كان بعض الثمن بقابل العمل المشروط) أي وهو استخدام البائع المبيع وسكناه فيها اه (قوله ولان الاجل يختص بالدينون) اه ذات العمل لقوله أو يسلم الى كذا يدعى لوباع عيناه على أن لا يسلمه اياها الى رأس الشهر فالبيع فاسد اه قال الاتقاني واحترز بالعين عن المبيع اذا كان دينيا كالمسلم فيه فان الاجل فيه صحيح اه (قوله حتى يتمكن من التحصيل) أي بخلاف المبيع العين فانه معين حاضر فلا فائدة في الزامه تأخير تسليمه اذا فائده الاستحصال (٥٩) به وهو حاصل فيكون اضرا

بالبائع من غير نفع للمشتري اه كمال (قوله في الثمن وصح بيع نعل الخ) قدمشي القدوري على أن البيع فاسد قال صاحب الهداية ما ذكره يعني القدوري جواب القياس اه وكتب مانصه قال الكمال المراد اشترى أدعيا على أن يجعله البائع نعللا فاطلق عليه اسم النعل باعتبار أوله اليه ويمكن أن يراد حقيقة أي نعل رجل واحدة على أن يجعلها أي يجعل معها مثلا آخر ليعمل نعلين ومنه حدوث النعل بالنعل أي قدرته بمثل قطعه وبديل عليه قوله أو يشركه فجعله مقابلا لقوله نعللا ومعنى لان يشترى أدعيا على أن

أو ثوبا على أن يقطعه البائع ويخطه قيما) لان هذه الشروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لأحدهما فيفسد ولانه ان كان بعض الثمن بقابل العمل المشروط فهو اجارة مشروطة في بيع وان لم يكن بمقابلته شيء فهو اعارة مشروطة فيه ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقة في صفقة ولان الاجل يختص بالدينون لانه شرع للترفيه حتى يتمكن من التحصيل بدون الاعيان اذ هي حاصلة متمعنة باعده فلا حاجة فيها الى التأجيل فيكون اشتراطه مفسدا له قال (وصح بيع نعل على أن يجعله أو يشركه) وقال زفر رحمه الله لا يجوز وهو القياس لان فيه شرطا لا يقتضيه العقد وجه الاستحسان أن الناس تعاملوه وبغله يترك القياس ولهذا أجزأنا الاستصناع واستتجار الصباغ والظفر والحمام وان كانت اجارة على استعمال الاعيان قال (لا البيع الى النسيرو زوالمهرجان وصوم التصاري وفطر اليهود ان لم يدر المتعاقدان ذلك) يعني لا يجوز البيع الى هذه الآجال لانها مجهولة فتفضى الى المنازعة وقالوا اذا باع الى فطر التصاري بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدته صومهم بالايام وهي معلومة قال (والى قدوم الحاج والخصاد والقطاق والدياس) أي لا يجوز البيع الى هذه الآجال لانها تتقدم وتتأخر فتكون مجهولة وهذا لان هذه الاشياء أفعال العباد فتثبت بحسب ما يريدولهم والاحال شرعت بالاوقات قال الله تعالى يستأمنونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس وكذا الى الجزا لما ذكرنا وهو جزا الصوف وكذا الى الجزا وهو بالذال المجبة عام في قطع الثمار وبالمهمة خاصة في النخل والخصاد بفتح الحاء وكسر هاء قطع الزرع ومثله القطاف وقرئ بهما في قوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده والقطاف قطع الغنم من الكرم والدياس أن يوطئ الطعام الدواب قال (ولو كفل الى هذه الاوقات صح) لان هذه جهالة نسبية وهي محتملة في الكفالة لكونها تبرز عا فيجرى التسامح فيها بخلاف البيع فانه مبادلة المال بالمال فيكون مبنيا على المما كسة والمضايقة فاذا كانت نسبية لم يكن دفعها باقصاها بخلاف ما اذا كانت فاحشة كالكفالة الى هبوب الريح لان الكفالة تشبه النسيئة لكونها التزاما محضا

يجعل له شرا كالا بد أن يرد حقيقة النعل اه (قوله ولهذا أجزأنا الاستصناع) أي مع أنه بيع المعدوم اه فتح (قوله في الثمن لا البيع الى النسيرو زوالمهرجان) قال الكمال هو يوم في طرف الربيع وأصله نوروز عزرب وقد تمكلم به عمر رضي الله عنه فقال كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار يستنجون به والمهرجان يوم في طرف الخريف معرب مهر كان وقيل هما عيدان للجوس اه (قوله لا يجوز البيع الى هذه الآجال لانها مجهولة) أي عندهما ومعرفة غيرهما لا تعتبر لان الاجل حق لهما فاذا عرف ذلك جاز لا ارتفاع الجهالة لانه معلوم عندهما اه غايه (قوله وهي معلومة) أي وهو خمسة وخمسون يوما اه فتح (قوله لا يجوز البيع الى هذه الآجال) أي لجهالة الاجل وعلم بهذا التعليل أن المراد بالموجل هنا هو الثمن لا المبيع لان محجوزا تأجيل المبيع مفسد ولو كان الى أجل معلوم فلا يناسب تعليل فساد تأجيل المبيع لجهالة الاجل فانه الكمال ثم قال واعلم أن كون التأجيل في الثمن يصح اذا كان الاجل معلوما هو في الثمن الدين أمالو كان الثمن عينيا فيفسد البيع بالاجل المعنى الذي ذكرناه مفسدا لتأجيل المبيع اه والدياس وأصله الدواس بالواو لانهم من الدوس قلبت الواو ياء للكسرة قبلها اه كمال (قوله المما كسة) المما كسة استنقاص الثمن اه فتح (قوله بخلاف ما اذا كانت فاحشة كالكفالة الى هبوب الريح) قال نفر الدين قاضيان في شرح الجامع الصغير ولو كفل الى هذه الاوقات يجوز لان الكفالة عقد تبرع ومبنى التبرع

على المساهلة ولهذا صحت الكفالة بالمجهول بأن قال ما ذاب لآء على فلان فعلى جفيلة الاجل فيها اذا كانت بسيرة مستدركة لا تمنع صحة الاجل ولو كانت غير مستدركة كالكفالة الى هبوب الريح أو الى أن تظطر السماء صحت الكفالة ولا يصح الاجل ويكون حالاً اه غاية (قوله لانه في أحد العوضين) وروى (٦٠) علماء الدين العالم في طريقة الخلاف في أول كتاب البيوع أن بيع

محفوظ

القبض في أحدهم مادون الآخر اه غايه (قوله وأما الثاني الخ) يريد بالثاني ما إذا جع بين عبد ومدير لا ما إذا جع بين عبده وعبده غيره فإنه لا خلاف (زفر فيه فكان على الشارح أن يفصل لكنه أخذ بعبارة الهداية وفيها ما فيها اه (قوله والدليل على أن المدير وأم الولد والمكانبوع عبد الغريم دخل في البيع) اعلم أن بيع المدير وأم الولد لا يجوز عندنا وقد مر بيانه في أول هذا الباب أما إذا قضى

القاضي يجوز بيع المدبر بنفسه فضاؤه لان قضاء القاضي ينفذ اذ لم يكن ثمة نص أو إجماع بخلافه أما اذا قضى القاضي بجواز بيع أم الولد فهل ينفذ أم لا وهذا المسئلة كانت مختلفا فيها في الصدر الاول وكان عمر رضي الله عنه لا يجيز بيعها وكان على مجيز بيعها أم جع التابعون على عدم جواز البيع فيها فاذا قضى القاضي بهذا جواز بيعها هل يقع ذلك في موضع الإجماع أو في موضع الخلاف وذلك بناء على أن الإجماع المتأخر هل يرفع الخلاف السابق أم لا فعند البعض لا يرفع الخلاف السابق ولا ينعقد هذا الإجماع وعندنا ينعقد هذا الإجماع و يرتفع الخلاف السابق وقد استدل صاحب التقويم على هذا بقوله وقد روى محمد بن الحسن عنهم جميعا أن القاضي اذا قضى ببيع أم الولد لم يجز وقد اختلف فيه الصدر الاول لان الخلاف بعدهم أجمعوا على انه لا يجوز ولو بقي قول الماضي معتبرا كأنه حتى لنفذ قضاء القاضي بما اختلف فيه الفقهاء الى هذا اللفظ التقويم وقال في فصول (٦١) الاستروشي وفي القضاء بجواز بيع

أم الولد روايات وأظهرها أنه لا ينفذ وفي قضاء الجامع أنه يتوقف على امضاء قاض آخر ان أمضى ذلك القاضي نفذ وان أبطل بطل وعذا أوجه الاقوال
في هذا اللفظ الفصول اه
اتقاني (قوله وقد روى محمد بن الحسن عنهم) أي عن أبي خنيفة وأصحابه اه
فصل في الماذكر البيع الفاسد ذكر حكمه عقبه لان حكم الشيء أثره وأثر الشيء يتبعه وجودا فنكنا تبعه ذكرنا طلبا للنسابة اه غاية (قوله وكل من عوضه مال ملك المبيع المبيع الخ) ومع لوم اذالم يكن فيه خيار شرط لان ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفساد ولا يخفى أن لزوم القيمة عينا انما هو بعد هذه الالة المبيع في يده أمامه قبله

يجوز بيع المدبر وأم الولد ينفذ وفي المكاتب ينفذ برضاه في الاصح وفي عبد الغير باجازه مولاه ولولا أنهم مال ولم يدخلوا في العقد لما نفذ كما في الحر والميتة وانما يخسر جون من العقد بعد الدخول لاسحقاقهم أنفسهم في المدبر وأم الولد والمكاتب وفي عبد الغير لأجل مولاه فلا يكون بيعا بالخصصة ابتداء بل في حالة البقاء فلا يفسد وفيما اذا جع بين ملك ووقف روايتان في رواية يفسد في الملك لان البيع لا ينعقد على الوقف لانه صار محررا عن الملك والملك فصار كالوجع بين حر وعبد ذكره الفقيه أبو الليث في نوارته والاصح أنه يجوز في الملك لان الوقف مال ولهذا ينتفع به انتفاع الاموال غير أنه لا يباع لأجل حق تعلق به وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم اليه كالمدر ونحوه بخلاف المسجد حيث يبطل العقد فيما ضم اليه لانه ليس بمال ولهذا لا ينتفع به انتفاع الاموال فصار كالحر ولو باع قرية ولم يستثن المسجد والمقابر لم يصح لما ذكرنا وقال في المحيط قيل يصح في الملك وهو الاصح لان البيع ينعقد على الوقف لانه مال متقوم ألا ترى أنه يضمن بالاتلاف وهذا مشكل فان المسجد كالحر على ما بينا فكيف يجوز البيع فيما ضم اليه ولا سبيل لهذا الا اذا جعل استثناء المسجد فيكون كانه باعه غير مواضع المساجد والله أعلم

فصل في قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وكل من عوضه مال ملك المبيع بقبضه معناه انه اذا قبضه ملكه ولم يمه قيمته اذا كان القبض بامر البائع وفي العقد عوضان وكل واحد منهما مال ذكر في القبض لانه قبله لا يفيد الملك وذكر البيع الفاسد احترازا عن الباطل فانه لا يفيد الملك وشرط أن يكون القبض بامر البائع والمراد به اذنه لانه بغير اذنه لا يفيد الملك على ما عرف ولا بد لمن اذن صريح بعد الاقتراق وقبله في المجلس بكتفي بالدلالة لان البيع تسليط منه على القبض اذمه انه أن يملك المشتري ولا يكون ذلك الا بالقبض فكان ذلك تسليطا منه عليه كما في الهبة بخلاف البيع الصحيح فان الإيجاب فيه لا يكون تسليطا منه على القبض لان مقصوده وهو التملك يحصل بدونه فلا حاجة الى اثباته هذا اذالم يقبض البائع الثمن أو قبضه وهو ما لا يملك بالقبض كالنحر والخنزير وان كان مما يملك به وقبضه كان اذنا منه بالقبض دلالة فلا يحتاج فيه الى التصريح به وان كان بعد المجلس وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ليخرج عنه البيع بالميتة ونحوه والبيع مع نفي الثمن في رواية بخلاف البيع مع السكوت حيث ينعقد فاسدا

في يده فالواجب رده بهينه اه كمال (قوله لانه قبله لا يفيد الملك) أي بالاتفاق اه غاية (قوله والمراد به اذنه) ثم الاذن قد يكون صريحا وقد يكون دلالة فالاول كما اذا قبضه المشتري باذن البائع صريحا بان يأمره بالقبض سواء قبضه بحضرته أو غيبته والثاني كما اذا قبض المشتري عقيب البيع ولم يوجد النفي من البائع فيملكه أيضا كما اذا وجد الاذن صريحا استحضانا اه اتقاني (قوله والبيع مع نفي الثمن) في رواية قال الولوالجي في فتاواه اذا باع بغير ثمن فيه روايتان في رواية ينعقد وفي رواية لا ينعقد وأجمعوا أنه اذا سكنت عن ذكر الثمن ينعقد الى هنا لفظه رحمه الله وقال في الايضاح لو باعه وسكت عن ذكر الثمن فالبيع ينعقد وبثبت الملك اذا اتصل به القبض لان مقتضى البيع يقتضي المعاوضة بالقيمة فاذا سكنت عن الثمن كان عوضه قيمته فيه صير كانه قال بعت بالقيمة وهكذا اجمع البيعات الفاسدة تكون مضمونة بالقيمة بخلاف ما اذا قال بعت بغير ثمن لانه لما نفي الثمن لم يمكن اثبات المعاوضة بمقتضى البيع لانه لا عبرة بالقتضى مع التصريح بخلافه واذا لم تثبت المعاوضة لم يكن بيعا وقال في التحفة لو قال بعت منك هذا العبد ولم يذكر الثمن ينعقد البيع بالقيمة

ولو قال بعث منك هذا العبد بغيره فكذلك وقال صاحب الايضاح لو قال أبيعك بالكعبة أو بالريح لم يملك بالقبض لأنه لم يسم مالا اه
 اتقاني (قوله ملك المبيع بغيره الخ) ولو زادت قيمته في يده فأنافه لأنه انما دخل في ضمانه بالقبض فلا يتغير كالغصب اه كمال (قوله
 وان كان من ذوات الامثال ملكه بعينه الخ) قال الكمال ومنها أي ذوات الامثال العديديات المتقاربة ثم قال والقبول في القيمة والمثل قول
 المشتري لأنه الضامن فالقول له في القدر والمينة فيه بينة البائع اه (قوله كافي الغصب) أي وانما يلزم الثمن حتى لا يلزم تقرير البيع
 الفاسد اه اتقاني (قوله لا يحل له ووطؤها) عزاه الاتقاني الى شرح الطحاوي ثم قال وذ كرمش الاثمة الخواني يكره الوطء ولا يحرم
 كذا في الفتاوى الصغرى فعلى هذا يحمل على عدم الطيب ما ذكره في شرح الطحاوي من عدم الحل اه (قوله ولو ملكه لحل) قال
 الفقيه أبو الليث هذا ليس بصحيح بل المشتري يملك عين المبيع في قول علمائنا اه اتقاني (قوله وكذا لو اشترى دارا ثم افسادها) أي
 وقبضها اه اتقاني (قوله وكذا لو اشترى جارية) أي فقبضها اه اتقاني (قوله وانما لم يحل له التصرفات من الوطء والاكل) قال
 الاتقاني نقلا عن الفقيه أبي الليث (٦٢) وانما لم يحز للمشتري أن يبطأها لأنه وجب عليه ردها كيلا يكون مصرا على

وقوله ملك المبيع بغيره يعني قيمته يوم القبض لأنه به دخل في ضمانه وعند محمد تعتبر قيمته يوم أنافه
 لأنه به يتقرر عليه اذا كان المبيع من ذوات القيم وان كان من ذوات الامثال ملكه بعينه اذ هو الاعديل
 لكونه مشابها لصورته ومعنى فلا يعديل عنه مع امكانه كافي الغصب وهذا على قول مشايخ بلخ وقال
 مشايخ العراق لا يملك العين وانما يملك فيه التصرف خاصة بحكم تسليط البائع عليه استدلوا بما قال
 محمد رحمه الله وانما حاز بيعه لان البائع سلطه على ذلك وقال أيضا من اشترى دارا ثم افسادها فلا شفعة
 للشفيع فيها ولو ملكها المشتري لان هذا الشفيع وكذا لو اشترى جارية لا يحل له ووطؤها ولو وطئها يجب
 عليه العقر اذا رفع الفساد ووردها الى البائع ولو ملكها لحل ولم يجب العقر لصادفته ملكه كالامة
 الموهوبة يحل له ووطؤها ولا يجب عليه العقر اذا رجع الواهب فيها وكذا لو ربح المشتري فيها لا يطيب له
 الربح ولو ملكها الطاب وكذا لا يحل له أكل طعام اشترى افساد او لو ملكه لحل وجه القول الاول وهو
 الاصح أن الاب أو وصيه لو باع عبد للصغير يباع فاسدا فاعتقه المشتري نفذ عتقه وكان الولاء له ولو لم
 يملكه لم ينفذ لان الاب والوصي لا يملكان الاعتناق ولا التسليط عليه وكذا لو اشترى دارا ثم افسادها
 فبيعت بجنبها دارا أخذها المشتري بالشفعة ولو لم يملكها لما استحق الشفعة وكذا لو اشترى جارية ووردها
 على البائع يجب عليه الاستبراء ولو لم يخرج عن ملكه لما وجب وانما لم تحصل له التصرفات من الوطء
 والاكل ولم تجب الشفعة فيه لان الاشتغال بالوطء ونحوه اعراض عن الرد وهو واجب شرعا وفي قضاء
 القاضي بالشفعة تأكيد الفساد وتقريره وما ذكره محمد رحمه الله من التسليط لا يدل على أنه لا يملكه
 اذا المشتري يتصرف في المبيع بتسليط البائع بسبب تملكه اياه وقال الشافعي رحمه الله لا يملك بالفاسد
 العين ولا التصرف وان قبضه لأنه محظور لكونه منهي عنه والنهي يقتضي التحريم والمالك نعمة لكونه
 ذريعة الى قضاء المأرب ووسيلة الى تحصيل المطالب فلا ينافيه اذ لا يباعه والمالعة شرط بين الاثر
 والمؤثر ولان النهي نسخ للشرعية للتضاد بين كونه مشروعا وبين كونه منهي عنه لان النهي يقتضي
 قبحه والمشروعية تقتضي حسنه وبينهما تناف فكان باطلا لا ترى أنه لا يقيده قبل القبض وبه تزداد

المعصية فاشتغاله بالوطء
 اعراض عن الرد فلها هذا
 المعنى لم يحز ووطؤها لا يعدم
 الملك وانما لم تجب فيها
 الشفعة لان حق البائع لم
 ينقطع عنها اه (قوله
 والنهي يقتضي التحريم
 والمالك نعمة الخ) قال
 الكمال رحمه الله قوله نعمة
 الملك لا يتناول المحظور فلما
 ممنوع بل ما وضعه الشرع
 سببا لحكم اذا نهى عنه
 على وضع خاص ففعل مع
 ذلك الوضع رأينا من الشرع
 أنه أثبت حكمه وانما أصله
 الطلاق ووضعه لازالة
 المعصية ونهى عنه بوضع
 خاص وهو ما اذا كانت المرأة
 حائضا ثم رأينا أنه أثبت حكم
 طلاق الحائض فزال به
 المعصية حتى أمر ابن عمر

بالمراجعة دفعا للمعصية بالقدر الممكن وانما المطلق فصار هذا أصلا في كل سبب شرعي نهى عن مباشرة
 على الوجه الفلاني اذا لم يشر معه بنيت حكمه ويقضى به اه (قوله ولان النهي نسخ للشرعية) يعني يقيده انتفاءها مع الوصف فنقول
 ما تريد انتفاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف أو كونه لا يفيده حكمه ان أردت الاول سلمناه ومنعنا أنه مع ذلك لا يقيده
 حكمه مع الوصف المقتضي للنهي كما رأيناك من الشرع وان أردت الثاني فهو محل النزاع وهو حيث ذم مصادرة حيث جعلت محل
 النزاع جزء الدليل لا يقال فلا فائدة للنهي حيث نزلان فائدة التحريم والثائم وهو موضع للنهي فانه للتحريم أو لكرهه اية التحريم اذا كان
 ظني الثبوت وهذا بخلاف ما اذا لم يكن الثابت ركن العقد بأن لم يكن مالا بان عقد على النحر أو المينة لعدم الركن فلم يوجد السبب أصلا
 فلا يقيده الملك فوضعنا الاصطلاح على الفساد والبطل باعتبار اختلاف حكمهما تمييزا فسمينا ما لا يفيده حكمه باطلا وما يفيده فاسدا
 أخذنا من مناسبة لغوية تقدمت أول باب البيع الفاسد ولا خفاء في حسن هذا التقرير ان شاء الله تعالى وكفايته اه وكتب ما نصه
 والمراد أن النهي يتضمن انتفاء المشروعية ولهذا أي كونه غير مشروع لا يقيده الملك قبل القبض ولو كان مشروعا ثبت قبله كافي

الحرمه

البيع الصحيح اه كمال (قوله فصار كالبيعة) أى البيع بالخبر والخنزير كالبيع بالبيعة أو الدم أو بيع الخبر بالدراهم اه اتفاقاً (قوله) وإن اثن ركن البيع صدر من أهله الخ) ولنا أن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة وشرطت الولاء لها وقبضتها فاعتقها فأجازها النبي صلى الله عليه وسلم وأمضى البيع فلم يصح البيع لم يجز رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتاقها وإن البيع بالخبر والخنزير منعقد لوجود الركن من الأهل مضافاً إلى المحل أما الركن فقد حصل لوجود مبادلة المال بالمال وأما الأهل فلان العاقدة حرة عاقل بالغ وأما المحل فلان المبيع والثن مال من وجهه لاسلان طباع الناس إلى الخبر والخنزير غير أنه ليس بمنقوض لاهانة الشرع فلما كان الثمن مالا من وجهه دون وجهه لم يبطل البيع بل فسد فكان أصل البيع منعقداً واشتراط القبض لا يثبت الملك لأن السبب وجده عيافاً فصار كالهبية وانما النهي ورد للمعنى في عين المبيع بل لمعنى في غيره مجاور ولم يكتب الخشعي (قوله وفيه الكلام) أى الكلام مفروض فيما إذا كان في العقد عوضان هما مالان اه كمال (قوله والنهي عن الأفعال الشرعية يقرر المشروعية عندنا) قال الكمال رحمه الله فاقول المصنف رحمه الله وغيره من المشايخ النهي يقرر المشروعية لاقتضائه التصور يريدون أن النهي عن الأمر الشرعي يقرر مشروعيته لأن النهي عن الشيء يقتضي تصور المنهي عنه واللا يمكن للنهي فائدة فليس بذلك لأن كونه يقتضي تصور (٦٣) المنهي عنه بمعنى إمكان فعله مع الوصف المثير للنهي لا يفيد

لأنه إذا فعل هذا المتصور يقع غيره مشروع وإن أرادوا تصوراً شرعياً أى ما دوننا فيه شرعاً فمفوض فإن قالوا نريد تصوره مشروعاً بآصله لأمع هذا الوصف الذي هو مثير للنهي قلنا سلمناه ولكن الثابت في صورة النهي هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع معه والمشروع وهو أصله بمعنى البيع مطلقاً عن ذلك الوصف غير الثابت هنا فلا فائدة في هذا الكلام أصله أن سلم أنه مشروع بآصله أعني ما لم يقرن بالوصف وهو مفقود فلا يجدى شيئاً وحيداً

الحرمية والفساد فإني ثبت له الملك فبعضه فصار كالبيعة وبيع الخبر بالدراهم ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله فوجب القول باعتقاده ولا خفاء في الأهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي عن الأفعال الشرعية يقرر المشروعية عندنا بخلاف النهي عن الأفعال الحسية لأن النهي يقتضي التصور وهذا لا يقال للأعني لا تبصر ولا للانسان لا تنتظر لعدم التصور منه فإذا كان من شروطه التصور فتصور الأفعال الشرعية بالشرع فإذا لم تكن مشروعة لم تكن متصورة فيبطل النهي إذ حقيقة النهي تصرف في المكلف بالمنع مع قيام المنهي عنه وهو المحل على حاله فاقضى وجوده ووجوده بالشرع فصار مشروعاً ضرورة صحة النهي والأفعال الحسية متصورة بذاتها لا ضرورة إلى جعلها مشروعة وهذا بخلاف النسخ فإنه تصرف في المحل بإزالة من غير تعرض للمكلف فكأن في طريقه نقض فلا يمكن جعل أحدهما على الآخر لتحقيق هذا أن النهي عن العقود الشرعية لا يخبر جهاماً أن تكون مشروعة وانما يحرم مباشراته وتحصيل الحكم بذلك السبب مع بقاء سببه عندنا كما إذا كان النهي لمعنى في غيره كالبيع عندنا أن الجمعية فإنه مشروع على حاله مفيد لحكمه غير أنه محظور ولا يقال البيع عندنا أن منهي عنه لغيره وفيما نحن فيه لمعنى في نفسه فلا يقاس عليه ما ليس في معناه لانا نقول النهي فيه لمعنى في غيره لكن ذلك الغير في المستشهد به منفصل عنه مجاور له وفيما نحن فيه متصل به وصفاً فكان النهي فيهما معنى في غيره ألا ترى أنه لو لا الشرط لجاز العقد غاية الأمر أن الوصف أقوى اتصالاً من الجوارية وذلك لا يوجب عدم المشروعية فكان مشروعاً بذاته غير مشروع بوصفه وظهر أثر القوة في انعقاده فاسداً لا يفيد الملك إلا بالقبض وهذا لأنه لو أوجب الملك قبله لثبت بلا عوض إذا لمسمى لا يجب للفساد وضمان القسيمة لا يجب إلا بالقبض ولأنه واجب الرفع بعد القبض للفساد المتصل به فوجب الامتناع عن المطالبة أولى وذلك لعدم الملك ولأن ثبوت الملك به قبل القبض يؤدي إلى تقرير الفساد من

فقوله 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 سلمنا وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذي ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المثير للنهي فلا تنال به نعمة الملك فيحتاج إلى ما قرره من منع أن السبب إذا كان مع النهي لا يفيد الملك إلى آخر ما ذكرنا أو ما قوله انما المحظور ما يجاوره كإفالي البيع وقت النداء فالمراد أن يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع وقت النداء في ثبوت الملك عند عدم كون النهي لعين المنهي عنه كما إذا كان مع عدم ثبوت الركن والأفالي للنهي للجوارية فبقيت الكراهة لا الخطر والنهي الوصف اللازم كما نحن فيه بقيد الخطر ألا أني أقول وبالله التوفيق مع ذلك أن الخبر والخنزير ليسا بحال في شرعنا فإن الشارع أهانهم ما بطل وجهه حتى لعن حاملهما ومعه تصرعهم أنهم مفقودة حال الاعتصام بل الموجود حينئذ ذنبية أن يصير خيراً أو بائعاً أو كل منهما هو مال في شرع أهل الكتاب على زعمهم وحيث أمرنا أن نتركهم وما يدينون فقد أمرنا باعتبار بيعهم إياها أو بيعهم بها فإذا كان أحد العوضين خيراً أو خنزيراً في بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك في البديل الآخران كان ثمة وان كان في بيعهم فصحح والله أعلم اه (قوله وظهر أثر القوة) أى أثر قوة الاتصال اه (قوله لا يفيد الملك إلا بالقبض) صفة للسكره قبله وهو فاسد اه

(قوله لان البيع الفاسد لا يفيد المالك قبل القبض) أى فيكون الفسخ قبل القبض امتناعاً من الحكم اه اتقانى (قوله بأن كان راجعاً الى أحد البديلين) اذ صله الشئ ما يقوم به ذلك الشئ وقيام البيع هو بالعرضين اه (قوله فكذلك ينقردأ أحدهما بالفسخ) أى بحضرة صاحبه عندهما وعند أى يوسف يفسخ بحضرة صاحبه وبغير حضرة نظيره بيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر اه اتقانى (قوله وان كان الفساد) أى غير قوى بان كان ذلك الخ اه اتقانى (قوله فى المتن الآن يبيع المشتري أو يهب الخ) قال القدورى فى مختصره فان باع المقبوض باذن البائع المشتري شراء فاسداً نفذ وليس للبائع الاول الاسترداد قال أبو جعفر الطحاوى فى مختصره فان أخرجه ببيع أو تملك منه اباه غيره جاز ما فعل من ذلك وكان عليه قيمته يوم قبضه لبائعه وجملة القول فيه ما قاله فى شرح الطحاوى بقوله ولو تصرف فيه المشتري ببيع أو صدقة أو هبة أو أخرجه المشتري من ملكه بوجه من الوجوه صح تصرفه اذا كان تصرفه بعد ما قبضه باذن البائع وليس للبائع ابطاله وعلى المشتري القيمة أو المثل ان كان مثلياً وبطريق ذلك المالك الثانى لانه ملك بعقد صحيح بخلاف المشتري الاول لانه لا يحل له ولا يطيع لانه ملكه بعقد فاسد بخلاف ما اذا دخل دار الحرب (٦٤) بأمان فأخذ مال حربى بغير طيب نفسه فأخرجه الى دار الاسلام ملكه ولكن لا يطيع

حيث ان كلا منهما يجب عليه تسليم ملك غيره وبالقبض يتقرر العقد وقوله وبينهما اتفاق قلنا لا تنافى اذا جعل مشروعا من وجه دون وجه على ما بينا والميتة ليست بحال فى حق أحد فان عدم الشرط واذا باع الخمر بالدرهم فقد جعلها ممتنا وهى لا تجب بالعقد فلو انقضى وجبت قيمتها لمعذرت تسليمها والقيمة لا تصلح ممتنا وانما تكون ممتنا اذا لا عهد لنا فى الشرع أن تكون القيمة مبيعة فى صورة من البياعات قال رحمه الله (ولكل منهما فسخه) يعنى على كل واحد منهما فسخه لان رفع الفساد واجب عليهما واللام تكون بمعنى على قال الله تعالى وان أسأتم فلها أى فعلها أى يمكن كل واحد منهما من الفسخ قبل القبض بعلم صاحبه لان البيع الفاسد لا يفيد المالك قبل القبض فكان بمنزلة البيع الذى فيه الخيار فكان كل واحد منهما بسبيل من فسخه من غير رضا الآخر لكنه يتوقف على علمه لان فيه الزام الفسخ له فلا يلزمه بدون علمه وأما بعد القبض فان كان الفساد فى صلب العقد بأن كان راجعاً الى أحد البديلين كالبيع بالخمر أو الخنزير فكذلك ينقردأ أحدهما بالفسخ لقوة الفساد وان كان الفساد لشرط زائد بأن باع الى أجل مجهول أو غيره مما فيه منفعة لأحد المتعاقدين يكون لمن له منفعة الشرط الفسخ دون الآخر عندئذ لا تنفعه الشرط اذا كانت عائدة اليه كان قادراً على تصحيحه بحذف الشرط فكان فى حقه بمنزلة الصحيح لقد ربه عليه فلو فسخ الآخر لابطل حقه عليه وعندهما لكل منهما فسخه لانه مستحق النقص حقاً للشرع فاستحق الزوم عن العقد ومن له النفع قادر على تصحيحه بالحذف أو الكلام على ما قبل التصحيح فيفسخه بعلم صاحبه فى الكل وعند أى يوسف لا يشترط علمه قال (الآن يبيع المشتري أو يهب أو يحرق أو يئى) أى اذا تصرف فيه هذه التصرفات ليس لواحد منهما أن يفسخ لان المشتري ملك المبيع بالقبض فينفذ فيه تصرفاته كلها وينقطع به حق البائع فى الاسترداد سواء كان تصرفه قبل الفسخ أو لا يقبله الا الاجارة والنكاح فانهم الاية قطعان حق البائع فى الاسترداد لان الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعذار وفساد الشراء عذر فيفسخ والنكاح لا يمنع فسخ البيع فيفسخ ويرد على البائع والنكاح على حاله وما عداها من التصرفات يقطع حق الاسترداد لانه تعلق به حق العبد والفسخ حق الشرع وما اجمع حق الله وحق العبد الا وقد غلب حق العبد لحاجته

له ويفتى بالرد ولا يقضى به ولو باعه صح بيعه ولا يطيع أيضاً للمشتري كما لا يطيع الاول بخلاف البيع الفاسد اولو كان المبيع عبداً فأعتقه المشتري أو دبره صح عتقه وتديره وكذلك لو كانت جارية واستولدها صارت أم ولد له وبغرم القيمة ولا يغرم العقر فى رواية كتاب البيوع واخبردى الروايتين فى كتاب الشرب وفى رواية أخرى فى كتاب الشرب عليه العقر ولو كاتب محنت الكتابة وليس للبائع ابطاله ولكنه اذا أدى الكتابة عتق وتقرر على المشتري ضمان القيمة فان عجز ورديها ينظر ان كان العجز قبل أن يقضى بالقيمة على المشتري رد العبد على

البائع وان كان بعد ما قضى عليه بالقيمة فلا سبيل للبائع على العبد وكذلك لو كان المشتري رهن بالمبيع صح الرهن وليس للبائع ابطاله وان فكه المشتري قبل أن يقضى عليه بالقيمة فإنه رد على البائع وان فكه بعد ما قضى عليه بالقيمة فلا سبيل له على البائع وان أجره المشتري صحته الاجارة غير أنه للبائع أن يطل الاجارة ويسترد المبيع لان الاجارة مما تفسخ بالعذر وفساد البيع مما عذر فى فسخ الاجارة الى هنا لفظ شرح الطحاوى اه اتقانى وكتب ما نصه قال الاتقانى وينبغى لك أن تعلم أن تصرف المشتري وان كان نافذاً يكره وبه صرح الكرخى فى مختصره وذلك لان الفسخ مستحق حقاً لله تعالى لان عدم الفساد واجب والتصرف فيه تقرير الفساد اه (قوله والنكاح لا يمنع فسخ البيع فيفسخ ويرد على البائع) قال فى التحفة ولو تزوجها من انسان بعد القبض فان النكاح لا يمنع الفسخ والنكاح بحاله لانه تزوجها وهى مملوكة له ثم قال فيه ولو أوصى بالعبد المبيع ببيع فاسد فإنه يفسخ لان الوصية مما يحتمل الرجوع ولو مات الموصى قبل الفسخ يسقط الفسخ لان الملك انتقل الى الموصى له فصار كالبيع ولو مات المشتري شراء فاسداً فورثه البائع فللبائع حق الفسخ وكذلك الورثة لان الوارث يقوم مقام المورث فى حق الفسخ ولهذا يرد بالعيب بخلاف الموصى له اه غايه

(قوله ولان تصرف المشتري قد حصل بتسليط البائع فلا ينتقض) فان قلت هذا المعنى وهو التسليط وجد قبل بيع المشتري أيضا ومع هذا لكل واحد من المتعاقدين فسحة اعدام الفساد فانقضت العلة اذا قلت معناها حصل بتسليط من جهة البائع وقد تعلق به حق الثالث فبطل السؤال اه غايه (قوله لانه يعود اليه قديم ملكه في الوجهين) أى وعليه الاستبراء لان الرجوع والقبض استحدث ملك الوطاء اه آخر يوسع فتاوى الولوالجي اه (قوله وبالرد بالعيب) أى قبل القبض أو بعده بقضاء لان (٦٥) به يعود قديم الملك لا بغيره اه (قوله

أوبني) لفظ محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل باع رجلا دارا يباعا فاسدا فقبضها المشتري فبني فيها قال ليس البائع أخذها ولكنه يأخذ قيمتها ثم شك في هذه المسئلة به ذلك وقال يعقوب ومحمد ينتقض البناء ورد الدار على صاحبها الى هنا لفظ محمد قال الكرخي في مختصره ان كان المبيع أرضا قبضت فيها المشتري فهذا استهلاك عند أبي حنيفة وليس للبائع نقض البيع وقال أبو يوسف ومحمد للبائع نقض البيع اه (قوله أقوى من حق الشفيع) أى في الشراء الصحيح اه اتقاني (قوله وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي حنيفة) قالوا في شروح الجامع الصغير وأما شك يعقوب في الرواية فالمراد أنه سمع منه أم لا حتى قال مشايخنا لا خلاف فيه ولكن ذكرنا الخلاف في كتاب الشفعة وغيره من غير شك وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وهذه هي المسئلة

وغناء الله بخلاف حق الشفعة حيث ينتقض فيه تصرف المشتري لانه حق العبد فكان أولى بالشفعة ولانه بالعتق قد هلك فيجب قيمته والبيع الثاني مشروع بأصله ووصفه والاول مشروع بأصله دون وصفه فكان الثاني أولى بالاعتقاد وكذا الهبة مشروعة بأصلها ووصفها فكانت أولى ولان تصرف المشتري قد حصل بتسليط البائع فلا ينتقض بخلاف الشفيع حيث ينتقض تصرف المشتري لعدم التسليط منه والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا أنه اذا عجز المالك عن الرهن يعود حق الاسترداد والمانع وكذا الرجوع في الهبة عادى حق الاسترداد سواء كان بقضاء أو بغير قضاء لانه يعود اليه قديم ملكه في الوجهين وبالرد بالعيب يعود حق الاسترداد لما ذكرنا وهذا كله اذا عاد المبيع الى مالك المشتري بما يكون فسحا قبل قضاء القاضي بالقيمة على المشتري وان كان بعده لا يعود حق الاسترداد لانه قد تم لزوم القيمة بقضاء القاضي فلا ينتقض قضاءه بعد ذلك كالعبد المغصوب اذا أبق ثم عاد بعد ما قضى على الغاصب بالقيمة وتعلق حق الوارث به لا يمنع حق الاسترداد لان ملك الوارث خلافة فكان في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب فيما اذا اشتراه المورث ويرد عليه بخلاف ملك الموصى له على ما عرف في موضعه وقوله أوبني أى ينقطع حق الاسترداد ببناء المشتري في العقار المشتري شراء فاسدا وهذا عند أبي حنيفة وعندهما لا ينقطع وعلى هذا الخلاف الغرس الهما أن حق البائع في الاسترداد أقوى من حق الشفيع في الاخذ حتى يحتاج في الاخذ بالشفعة الى القضاء وتبطل بالتأخير ولا يورث بخلاف حق البائع ثم حق الشفعة مع ضعفه لا يبطل بالبناء والغرس فهذا أولى وله أن البناء والغرس حصل بتسليط البائع وهو بما يقصده الدوام فينقطع حقه في الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يسقط ببيع المشتري وهبته فكذا بناؤه وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي حنيفة ونص محمد رحمه الله أن للشفيع أن يأخذ العقار المشتري شراء فاسدا بالشفعة اذا بنى المشتري فيه عنده والبيع الفاسد لا يجب فيه الشفعة مادام حق الاسترداد باقيا فلما وجبت فيه الشفعة عنده علم أن حق البائع في الاسترداد قد انقطع عنده وهذا ظاهر فاذا أخذ الشفيع يأخذه بالقيمة كما اذا باعه المشتري فانه يأخذه بالقيمة ان اخذ بالبيع الاول ونقض الثاني وان شاء أخذه بالبيع الثاني بثمنه لانه يبيع صحيح فأمكن ايجاب ثمنه فاذا أخذه هنا بالشفعة نقض البناء والغرس كما يفعل في البيع الصحيح ولا يقال اذا نقض المشتري البناء عادى حق الاسترداد لوال المانع لانه نقول ينتقضه بعد ما دخل في ملكه وملكه مانع من الاسترداد ثم الاصل فيه أن المشتري متى فعل بالمبيع فعلا ينتقض به حق المالك في الغصب ينتقض به حق البائع في الاسترداد كما اذا كان حنطة فطحنها ولو صبغ الثوب روى عن محمد أن البائع بالخيار ان شاء أخذه وأعطى ما زاد فيه الصبغ وان شاء ضمنه قيمته كما في الغصب قال (وله أن يمنع المبيع عن البائع حتى يأخذ الثمن منه) يعني اذا نفاه بخلاف قبض العوضين كان للمشتري أن يجبس المبيع حتى يرد البائع الثمن الذي قبضه لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كل رهن وأقرب منه المبيع وان مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حياته فكذا يقدم على تجهيزه بعد وفاته وعلى هذا أرباب الديون والورثة وعلى هذا

(٩ - زيلعي رابع) السادسة التي جرت المحاوره فيها بين أبي يوسف ومحمد فقال أبو يوسف ما رويت لك عن أبي حنيفة انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك أن ينتقض البناء وقال محمد بل رويت لي أنه يأخذ قيمتها اه غايه (قوله فيصير محبوسا به كل رهن) أى لكنه يفارقه من وجه آخر وهو أن الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وهذا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في العصمة اه أكل (قوله وان مات البائع فالمشتري أحق به) أى الذي الجارية في يده اه غايه (قوله لانه يقدم عليه حال حياته) أى ولومات المشتري بالبائع أحق بعالية المبيع من غرماه المشتري فان فضل شيء يصرف الى الغرماه اه خلاصة (قوله وعلى هذا أرباب الديون والورثة) أى يقدم المشتري عليه اه

الشبهة ليست بجمعة مبررة فلماذا
يتصدق الذي أخذ الجارية
بالرجوع لوحد شبهة الخبث
ولم يتصدق الذي أخذ
الدرهم بالرجوع لعدم الخبث
حقيقة وشبهة وانما هي شبهة
الشبهة فيما لا يتعين وشبهة
الشبهة ليست بعمارة فلماذا
يتصدق الذي أخذ الجارية
بالرجوع لوحد شبهة الخبث
ولم يتصدق الذي أخذ
الدرهم بالرجوع لعدم الخبث
حقيقة وشبهة وانما هي
شبهة الشبهة فلا تعتبر
(قوله لو اشترى شيئا يتعين
بالتعيين) كالجارية والعبد
والفرس اه (قوله كالدرهم
والدينار) أي وتقاضا فباع

استأجر اجارة فاسدة ونقد الاجرة أو رهن رهنًا فاسدًا أو أقرض قرضًا فاسدًا أو أخذ بهرهنًا له أن يحبس
ما استأجر وما رهن حتى يقبض ما نقد اعتبارا باله فقد الجائر اذا فاسد الا انها معاوضة فتوجب التسوية
بين البسدين فان مات المؤجر أو الراهن أو المستقرض فهو أحق بحاقب يده من المقبوض من سائر الغرماء
ولو اشترى من مدينه عبد ابدى سابق له عليه شراء فاسد او قبض العبد باذن البائع فأراد البائع استرداد
العبد بحكم الفساد ليس للمشتري أن يحبس العبد لاستيفاء ماله عليه من الدين بخلاف الصحيح وكذا لو
كانت الاجارة بدى سابق عليه او قبض المستأجر العبد ثم فسح المؤجر الاجارة بحكم الفساد له أن يسترد
العبد قبل ايفاء الاجرة وليس للمستأجر الحبس بالاجرة بخلاف الصحيح وكذا الرهن الفاسد لو كان بدى
سابق عليه قال (وطاب للبائع ما ربح لا للمشتري) أى لو اشترى شيئاً بتعيين بالتعيين بماليتين كالدرهم
والدنانير وربح كل واحد منهما اطاب للبائع ما ربح في الثمن ولم يطب للمشتري ما ربح في المبيع لان العقد
يتعلق بماليتين فيتمكّن الخبط فيه ولا يتعلق العقد الثاني بماليتين بل يجب مثله في الذمة فلم يتمكن
الخطب فيه فلا يجب التصديق به هذا في الخطب لفساد الملك وان كان الخطب لعدم الملك كالمغصوب
والامانات اذا خان فمؤتمن فانه يشمل ما يتعين وما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد لتعلق العقد بملك الغير
فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق بملك الغير سلامة المبيع وتقير بالثمن وعند فساد
الملك تنقلب الحقيقة شبهة فتعتبر والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة فلا تعتبر قضاء فالخاصل أن الاموال نوعان
ما يتعين بالعقد وما لا يتعين والحرمة نوعان حرمة لعدم الملك وحرمة لفساده وقد ذكرناهما فتم له وهل يتعين
رد المقبوض من الثمن بعينه في البيع الفاسد أم لا قيل لا يتعين لانه قبض مضمون بالمثل فصار كالغصب وقيل
لا يتعين لانه ملكه بالقبض فصار كالملك باله قد كافي البيع الصحيح والاول أصح وهو رواية أبي سليمان

المشتري الجارية واشترى البائع بالثمن شيئاً اه (قوله ولا يمتلئ العقد الثاني) أي في الشراء الثاني اه والثاني (قوله وإن كان الخبث لعدم الملك كالمغصوب) أي بأن غصب شيء أو باعه بعد ضمان قيمته فربح فيه أو غصب دراهم وأدى ضمانها واشترى بها شيء أو باعه وربح فيه اه ألك (قوله لتعلق العقد بذلك الغير فيما يعين حقيقة) أي فيتمكن فيه حقيقة الخبث وفيما لا يعين يتمكن شبهة الخبث من حيث أنه يمتلئ به سلامة المبيع بأن تقدم من الدراهم المغصوبة أو تقدير الثمن بأن أشار إلى الدراهم المغصوبة ونقد من غير هافصار ملك الغير وسيلة إلى الربح من وجه فيتمكن فيه شبهة الخبث أما الخبث لنفسه الملك فيجمل فيما يعين لا فيما لا يعين لأن فساد الملك دون عدم الملك فتقلب حقيقة الخبث فيما يعين ثمة شبهة هنا فتعتبر وشبهة الخبث فيما لا يعين ثمة يتقلب شبهة الشبهة هنا فلا تعتبر بالحدث وهو ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الربا والريرة أي الشبهة اه (قوله من حيث أنه يمتلئ بذلك الغير سلامة المبيع وتقدير الثمن) أي بأن يشير إلى الدراهم المغصوبة وينقد من غيرها اه اتقاني (قوله والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة فلا تعتبر) اذ لو اعتبر شبهة الشبهة لا تعتبر ما دونها فيؤدى ذلك إلى سد باب التجارة وهو مفتوح اه (قوله والأول أصح وهو رواية أبي سليمان) قال الاتقاني رحمه الله وقال غير الدين قاضيخان في شرحه للجامع الصغير فإن كان البائع استهلك الثمن يرد منه له لأن المقبوض بالبيع الفاسد مضمون بالمثل إن كان مثلياً وأما إذا كان الثمن الذي أخذه البائع قائماً فهل يتعين للرد قيمه واثنتان في روايه كتاب الصرف

يتعين والسبه ذهب نخر الاسلام والصدر النشمي وذلك لان البيع الفاسد في حكم النقص والاسترداد كالغصب وفي رواية لا يتعين كافي
 البيع الجائز قال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف واختار عدم التبعين يعني في العقود الفاسدة اه فقوله واختار عدم التبعين
 مخالف لما ذكره الزيلعي من التصحيح (قوله وقيل على هذا لا يطيب له ما ربح في الثمن عندهما) قال العتاني في شرح الجامع الكبير قال
 محمد قال أبو حنيفة كل مال يأخذه من صاحبه بطيبة من نفسه بحكم عقد فاسد و ربح فيه يطيب له الربح يريد به الدراهم والدنانير لانها
 لا تتبع للرد بحكم الفساد في بعض الروايات مثاله اذا اشترى ألف درهم عمائة دينار الى سنة حتى فسد الصنف فقبض الدراهم و ربح
 فيها طاب له الربح ولو كان الالف غصباً لم يطب لانعدام الملك وعند أبي يوسف يطيب لان عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد اه
 اتقاني (قوله في المتن ولو ادعى على آخر دراهم الخ) صورة المسئلة في الجامع الصغير وكذلك لو أن رجلاً قال لرجل لي عليك ألف درهم فاقضها
 فقضاها ثم تصادقا أنه لم يكن وقد تصرف فيها و ربح فالربح يطيب له ذلك لان الدين يثبت من حيث التسمية لان المدعى ادعاه فقضاء المدعى
 عليه فكان الربح حاصلاً في ملكه فاذا تصادقا بعد ذلك على عدم الدين كانت (٦٧) الدراهم المقبوضة عتلة بدل المستحق وبدل

المستحق مملوك ملكاً فاسداً
 والخبث لفساد الملك لا أثر
 له فيما لا يتبعين لانه شبهة
 الشبهة فلهذا طاب له الربح
 ولم يجب التصديق به اه
 غايه (قوله وبدل المستحق)
 أي والمستحق هو الدين
 والبدل الدراهم المقبوضة
 اه غايه (قوله مملوكاً أي
 ملكاً فاسداً اه (قوله في
 المتن وكره النجش والسوم
 الخ) قيل لما كان المكروه
 أدنى درجة من الفساد
 ولكنه شعبة من شعب
 الفساد ألحقه بالفساد
 وأخره عنه اه اتقاني
 وكتب مانصه قال الاتقاني
 والمعنى في كراهية النجش
 الغرور والخداع اه (قوله
 وهو لا يريد شراءها بل ليزا

والثاني رواية أبي حفص وقيل على هذا لا يطيب له ما ربح في الثمن عندهما كافي المغصوب قال
 (ولو ادعى على آخر دراهم فقضاها ياها ثم تصادقا أنه لا شيء له عليه طاب ربحه) أي ربحه في الدراهم لان
 الخبث لفساد الملك هنا لان الدين وجب تصادقهما أو لا فلا يملكه ثم استحق بالتصادق أنه لادين عليه وبدل
 المستحق مملوك الأثرى أنه لو باع عبداً بجزالة فعتقه المشتري ثم استحق الجزالة لا يبطل العتق في العبد
 ولو لا أنه مملوك لبطل لانه لا عتق فيما لا يملك ان آدم وكذا لو حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي منه دينه
 فباعه عبد الغريم بالدين فقبضه الخالف وفارقه ثم استحق العبد مولاه ولم يجز البيع لا يثبت الخلاف لان
 المدين ملك ما في ذمته بالبيع وهو بدل المستحق فلا يثبت الخلاف بالاستحقاق فاذا كان مملوكاً وهو
 بسبب خبث لكونه مملوكاً كالعبد لا يعمل فيما لا يتعين ويعمل فيما يتعين على ما بينا من قبل قال (وكره
 النجش والسوم على سوم غيره) والنجش بفتح نين و يروي بالسكون وهو أن يستام السلعة بأزيد من ثمنها
 وهو لا يريد شراءها بل ليزا غير فيقع فيه وانما كرهها لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه السلام
 نهى عن النجش وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه السلام نهى أن يبيع حاضر لباد وأن يتناجشوا
 رواهما أحمد ومسلم والبخاري وقال عليه السلام لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يسوم على سوم غيره
 وفي لفظ لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه رواه أحمد ومسلم والبخاري والمراد
 بالبيع الشراء وروى أحمد عن ابن عمر أنه عليه السلام قال لا يبيع أحدكم ولا يخطب على خطبة أخيه
 إلا أن يأذن له وروى النسائي أنه عليه السلام قال لا يبيع أحدكم على بيع أخيه حتى يتنازع أو يذروا لأن
 في ذلك إحساساً واضراً ربه فيكرهه وانما يكره النجش فيما اذا كان الراغب في السلعة يطلبها بثمن مثلها أو ما اذا
 طلبها بدون ثمنها فلا بأس بان يزيد الى أن تبلغ قيمتها وكذا السوم انما يكره فيما اذا اخذ قلب البائع الى البيع
 بالثمن الذي سماه المشتري وما اذا لم يجح قلبه ولم يرضه فلا بأس ان يشتريه بأزيد لان هذا بيع من يزيد
 وقد قال أنس أنه عليه السلام باع قد حو حطب اقبين يزيد رواه أحمد والترمذي ولانه يبيع الفقراء والحاجة

غيره) قال في شرح الصحيح النجش أن يزيد الرجل في ثمن السلعة وهو لا يريد شراءها ولا يبيع لانه ليس به غيره فيزيد لزيادته اه اتقاني (قوله
 وقال عليه الصلاة والسلام لا يخطب الرجل الخ) قال الاتقاني قوله لا يستام ولا يخطب نفي أريده النهي لا شتماً كما هو في دلالتهم على
 العدم ولم يرد حقيقة النفي لانه قد يوجد حساً خفياً يذم الخلف في خير الشارع واختيار صيغة النفي لكونه أبلغ من النهي كما أن اخبار
 الشارع أبلغ من الأمر اه (قوله فلا بأس بان يزيد الى أن يبلغ قيمتها) أي وان لم يكن له رغبة فيها اه غايه (قوله باع قد حو حطباً) قال
 في الجهرة المجلس كساء يطرح على ظهر البعير أو الحمار والجمع أحلاس وحلوس اه غايه وكتب مانصه روى الترمذي من حديث أنس
 رضي الله عنه قال أتى رجل من الانصار يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ما في بيتك شيء قال بلى
 حلس ثلبس بعضه ونسبط بعضه وقعب اشرب فيه الماء فقال اتنى بهم ما فأتاهم ما فأخذهم صلى الله عليه وسلم وقال من يشتري هذين
 قال رجل أنا أخذهم بدرهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من يزيد على درهم فإلهام تين أو ثلاثاً قال رجل أنا أخذهم بدرهمين
 فأعطاهم ما يأوه أخذ الدرهمين فأعطاهما الرجل وقال اشتر يا أخد هما ما فأنبذه الى أهله واشترى بالآخر قدوماً فأتى به فأتى به ففسد فيه
 رسول الله صلى الله عليه وسلم عوداً بيده ثم قال اذهب فاحطب وبيع ولا أرينك خمسة عشر يوماً ففعل ثم جاء وقد أصاب عشرة دراهم فاشترى

بعضها ثوباً وبعضها طعاماً فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من أن تجيء المسئلة تنكته في وجهك يوم القيامة إن المسئلة لا تحل إلا الذي فقم مدقع أو ذى غرم مقطع أو لذى دم موجع اه تجريد الأصول للبارزى قوله قعب القعب القصعة اه (قوله في المتن وتلقى الجلب) بمعنى المجلوب اه اتقانى قال الامام الاسيخاى فى شرح الطحاوى فى بيان تلقى الجلب وصورته أن واحداً من المصر أخبر بجيئة قافلة عظيمة وأهل المصر فى خط وجذب فتلقى ذلك الواحد ويشترى منهم جميع ما يبتاعون ويدخل المصر ويبيعه على ما يريد من الثمن ولو تركهم فأدخلوا مدينتهم بأنفسهم (٦٨) وباعوها من أهل المصر بفرقة توسع أهل المصر بذلك فاذا كان الامر كما وصفناه فهو مكروه وإن كان أهل المصر

لا يتضررون بذلك فلا يكره وقال بعضهم صورته أن يلتقيه رجل من أهل المصر فيشتري منهم بأرض من سعر المصر وهم لا يعلمون سعر المصر فالشرا مباح في الحكم ولكنه مكروه لأنه غرر سواء استضر به أهل المصر أو لم يستضر به اه اتقانى رحمه الله (قوله ولا يبيع حاضر لباد) الحاضر المقيم في المدين والقرى والبادى المقيم بالبادية والمنهى عنه أن يأتي البدوى البلدة ومعه قوت يبيع التسارع الى بيعه رخصاً فيقول له الحضري اتركه عندي لا تأتى في بيعه فهذا الصنيع محرم لمخافته من الاضرار بالفساد وهذا كانت السلعة مما تم الحاجة اليها كالأقوات فان كانت لا تم أو كثرت القوت واستغنى عنه ففي التحريم تردد اه ابن الاثير رحمه الله (قوله وتفسيره ما ذكرنا عن ابن عباس) قال فى شرح الطحاوى ان الرجل اذا

ماسه اليه وكذا النهى عن الخطبة محمول على ما بعد الاتفاق والتراضى قال (وتلقى الجلب) أى كره تلقى المجلوب وصورته أن واحداً من أهل المصر يتلقى الميرة فيشتري منهم ثم يبيعه بما يشاء من الثمن وانما كره لقول ابن مسعود رضى الله عنه أنه عليه السلام نهى عن تلقى اليسوع رواه أحمد والخيارى ومسلم وعن أبي هريرة رضى الله عنه أنه عليه السلام نهى أن يتلقى الجلب الحديث رواه أحمد والخيارى ومسلم وغيرهم من أئمة الحديث هذا اذا كان يضر بأهل البلدان كانوا فى خط وان كان لا يضرهم فلا بأس به الا اذا لس الشعر على الواردين قال رحمه الله (وبيع الحاضر لبادى) لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه ما أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تلتقوا الركب ان ولا يبيع حاضر لباد فليل ان ابن عباس رضى الله عنه ما أنه عليه السلام قال لا يبيع حاضر لباد لا يكون له سمارار واه الخيارى ومسلم وأحمد وغيرهم وعن جابر أنه عليه السلام قال لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يزق الله بعضهم من بعض رواه مسلم وأحمد وأبو داود وغيرهم وقال أنس رضى الله عنه نهى أن يبيع حاضر لباد وان كان أخاه لايه وأمه رواه البخارى وأحمد ومسلم وقال ابن عمر رضى الله عنه نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع حاضر لباد رواه البخارى والنسائى وتفسيره ما ذكرنا عن ابن عباس رضى الله عنه ما فى الهداية هذا اذا كان أهل البلد فى خط وعوز وهو يبيع من أهل البلد طعاماً فى الثمن الغالى لمخافته من الاضرار بهم وأما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانه عدم الضرر وفى شرح المختار هو أن يجلب البادى السلعة فيأخذها الحاضر لبيعه اه بعد وقت باغلى من السعر الموجود وقت الجلب قال (والبيع عند أذان الجمعة) لقوله تعالى وذروا البيع ولان فيه اخلا لا بالواجب على بعض الوجوه وهو السعي بان فعد البيع أو وقفاه وذكر فى النهاية أنهم اذا تبايعوا وهما عيشان فلا بأس به وعزاه الى أصول الفقه لابي اليسر وهذا مشكل لان الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقاً فى بعض الوجوه يكون تخصيصاً وهو نسخ فلا يجوز بالرأى والاذان المعترف فى تحريم البيع هو الاول اذا وقع بعد الزوال على المختار وقد بيناه فى كتاب الصلاة قال (لا يبيع من يزيد) أى لا يكره بيع من يزيد وقد بيناه قال رحمه الله (ولا يفرق بين صغير وذى رحم محرم منه) سواء كان الاخر صغيراً مثله أو كبيراً لقوله عليه السلام من فرق بين والده وولده افرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة رواه أحمد والترمذى وعن علي رضى الله عنه أنه قال أمرنى النبي صلى الله عليه وسلم أن أبيع غلامين أخوين فبعتهما وفرقت بينهما فاذكرت ذلك له فقال أذكرتهما فأرتجعهما ولا تبعهما الا جميعاً رواه أحمد وفى رواية وهب الى النبي صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعتهما فاحدهما فقال لى ما فعل غلامك فأخبرته فقال لى رده رده رواه الترمذى وابن ماجه وعن أبي موسى قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين الوالد وولده وبين الاخ وأخيه رواه ابن ماجه والدارقطنى وعن علي رضى الله عنه أنه فرق بين جارية وولدها فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ورد البيع رواه أبو داود والدارقطنى ولان الصغير يستأنس بالصغير والكبير يتعاهداه ويشفق عليه ويقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة وفى التقرب بينهما يحاش الصغير وترك المراجعة عليه

كان له طعام وأهل المصر فى خط وهو لا يبيعه من أهل المصر حتى توسعوا ولكن يبيعه من أهل البادية وقال
بمن غل وأهل المصر يتضررون فلا يجوز وان كانوا لا يتضررون فلا بأس ببيعه منهم والى هذه الصورة ذهب صاحب الهداية وقيل أن يتوكل المصرى من البدوى لمغالاة السعر فكره ذلك اذا كان أهل المصر يتضررون بذلك اه اتقانى (قوله فيأخذها الحاضر لبيعه اه بعد وقت باغلى من السعر الموجود وقت الجلب) أى وهذا قريب من تفسير ابن عباس رضى الله عنه ما اه (قوله فى المتن والبيع عند أذان الجمعة الخ) نهى عن البيع عند الاذان وأقل أحوال النهى الكراهة اه

(قوله لا يدخل فيه قريب غير محرم) أي كالأولاد والأعمام والعمات والأخوال والخالات (٦٩) هـ (قوله ولا محرم غير قريب) أي كالأخ

والأخت من الرضاع
وامرأة الأب هـ (قوله
والكفار غير مخاطبين
بالشرائع) الصحيح أنهم
مخاطبون بالمحرمات هـ
(قوله ونفذ البيع في الكل)
أي في كل الصور المتقدمة

من قوله وكذا النجس إلى هنا هـ

(قوله وقرى عليه السلام
بين مارية وسيرين)
أهداهما له المقوقس ملك

الاسكندرية ومصر

وكانت مارية بيضاء جعدة

جميلة فوطئها بالملك فولدت

له إبراهيم فتوفي وهو ابن

ثمانية عشر شهرا ووهب

أختها سيرين لحسان بن

ثابت وهي أم ولد لحسان

ابن ثابت ولم يكن بمصر

أحسن ولا أجل منهما

وهما من أهل حفن من

كورة انصاف لما راهما صلى

الله عليه وسلم أعجبهتا وكانت

أحداهما تشبه الأخرى

فقال اللهم اختر لي بك

فاختار الله له مارية وذلك

أنه قال لهما قولاً تشهد أن

لا إله إلا الله وأن محمداً رسول

الله فبدرت مارية فتشهدت

قبل أختها ومكثت أختها

ساعة ثم تشهدت وقال صلى

الله عليه وسلم لوبقى إبراهيم

ما تركت قطيباً الا وضعت

عنه الحزبه وقد انقطع

أهلها وأقاربها الايتام

واحد مات مارية سنة

١٥ وصلى عليها عمر

١٥

١٥

١٥

١٥

١٥

١٥

١٥

وقال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا ولا بد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان
أحدهما له والاخر لابنه الصغير له أن يبيع أحدهما لأن الملك متفرق فلا يتناولها النهي عن التفريق
ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للزواج حتى لا يدخل فيه قريب غير محرم ولا محرم غير قريب ولو كان
التفريق بحسب مستحق عليه لا يكره كدفع أحدهما بالجنسية وبيعه بالدين وردده بالعيب لأن المنع عن
التفريق لدفع الضرر عن الصغير فلا يمكن من دفع الضرر عنه على وجه يلحق الضرر بغيره وهو المولى وهذا
لأنه يتضرر بالزمانة الفداء لولي الجنسية والزمانة القيمة للغرما والزمانة المعيب من غير اختياره وكذا الأبأس
بالتفريق إذا تضرر أخرج أحدهما بالتدبير أو الاستيلاء أو الكتابة لما ذكرناه أن يعتق أحدهما وإن كان
فيه تفريق لأنه أنفع له من إبقائه على الرق ولأنه ليس بتفريق معنى لأن الحرية بقدر أن يدور معه حيث دار
وكذا أنه أن يبيع أحدهما من حلف بعتقه أن اشتراه أو ملكه كما ذكرنا في الاعتاق ولو كان الولد مسلماً
وأمه كافرة بأن أسلم أبوه وتبعه في دينه ومولاهما كافر يؤمر ببيع الولد وحده لأنه خير له من إبقائه في ذل
الكافر وفي النهاية هذا كله إذا كان المالك مسلماً حراً كان أو مكاتباً أو مأمداً وناله في التجارة أو ما إذا كان
كافراً فلا يكره التفريق لأن ما فيه من الكفر أعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع ولو كان للصغير
قريبان مستويان في القرب فإن اختلفت جهة قرابتهما لا يفرق ولا يباع واحد منهما دون الآخر وذلك
مثل الأب والأم وأخت الأب وأخت الأم أو لأبوين بأن ادعاه رجلان معاً وعمه وخاله لأن لكل واحد منهما
شفقة ليس للآخر وله بكل واحد منهما استئناس خلاف الاستئناس بالآخر وإن التحدت جهة قرابتهما
كالأخوين أو الخالين أو العيين لأب وأم أو لأب أو لأم يكفي بأحدهما معه لأن حق الصغير مريض به فيبيعه
أو يتركه مع الواحد منهما لأنه يشتمل على بهويته ومجواتجه وإن كان أحدهما أقرب من الآخر كالأولاد مع
الأم أو الجدة عمه أو خاله أو أحد الأخوة أو الأخوات أو كان مع الاخت لأب وأم أخت لأب أو لأم لا يعتد
بالأبعد لأن شفقة مع شفقة الأقرب كالأب والأم ونفذ البيع في الكل لأن النهي لغيره وهو ما فيه من
إحشاش الصغير أو الأضرار بأهل البلد أو بالواردين إذا أبس السعر عليهم ونحو ذلك على ما بينا فلا يوجب
الفساد وعن أبي يوسف أنه يفسد البيع في قرابة الولد ويجوز في غيره وعنه أنه يفسد في الجميع لما روينا
أنه عليه السلام رد البيع في الولد أو امرئ بالرد في غيره وهو لا يكون إلا في الفساد وله ما أن ركن البيع صدر
من أهله مضاًفاً إلى محله فينفذ والنهي لمعنى مجاورته غير متصل به فلا يوجب الفساد كالبيع عند
الأذان وكشراء ما استامه غيره والمراد بمحمول على الأقالة أو على بيع الآخر ممن باع منه أحدهما قال
(بخلاف الكبيرين والزوجين) حيث يجوز تفريقهما لأن النص ورد على خلاف القياس في القرابة
المحرمة للزواج إذا كان صغيراً فلا يلحق به غيره لأن الكبيرين أو الزوجين وإن كانا صغيرين ليسا في معنى
المنصوص عليه وذو كرملة بن الأكوع رضي الله عنه أنهم أصابوا من فزارة سبياً وفيه امرأة ومعهما بنتها
فنفقه أبو بكر بنتها وكان عليهم أميراً فلما قدموا المدينة قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي
المرأة فذكر أنها أعجبهت ولم يكشف لها ثوباً ثم قال هي لك يا رسول الله فبعث بها عليه السلام إلى أهل مكة
وفي أيديهم أسارى من المسلمين ففداهم بتلك المرأة والحديث فيه طول رواه أحمد ومسلم وقرئ رسول الله
صلى الله عليه وسلم بين مارية وسيرين وكاننا متيناً أختين ولو كان مع امرأة مسبية صبي ادعت أنه ابنها
لا يثبت نسبها لأنهم يحمل النسب على الغير ولا يفرق بينه وبينها لأن قول الواحد مقبول في الديانات
لا سيما في موضع الاحتياط وقد وجد فيه أمارة الصدق ولو باع الأم على أنه بالخيار ثم اشترى الولد يكره
التفريق لأنهما اجتماعاً في ملكه فيعتبر مفرقاً بالتفريق ولو كان في ملكه صبي واشترى أمه بشرط الخيار له
أن يردّها بالانفاق أما عند أبي حنيفة فلا يمتنع في ملكه فلم يكن مفرقاً أو أمه عندهما فلا يمتنع أن يكره
الرد لتضرر به لأن الفسخ حقه فلا يمنع منه والله أعلم

ودفنت بالبيع هـ من المصباح المضي (قوله يكره التفريق) أي تنفيذ البيع في الأم هـ

باب الاقالة

مناسبة الباب بباب البيع الفاسد من حيث ان في كل منهما يرجع المبيع الى البائع أو نقول لما كانت الاقالة فسخا للبيع وهو يقتضي سابقة البيع والبيع الفاسد يبيع ناسب أن يذكر الاقالة عقبه قاله الاتفاقى وقال الكمال مناسبة الخاصة بالبيع الفاسد والمكروه أنه اذا وقع البيع فاسدا أو مكروها وجب على كل من المتعاقدين الرجوع الى ما كان له من رأس المال صونا لهما عن المخطور 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 الاقالة بيان كيف يرفع العقد وهو يقتضي سابقة ثبوته وأبواب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد والمكروه بيان كيف ثبت فأعقب الرفع معظم أبواب الاثبات اه (قوله ولو كان من القول لقل قلته بالضم) ولانه ذكر الاقالة في الصحاح من القاف مع الياء لا مع الواو اه (قوله وقد قالوا قاله البيع قبلا) أى وأقاله فسخه اه فتح (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام من أقال نادما بيعته الخ) أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الأعشى عن أبي صالح عن أبي هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أقال مسلما بيعته أقاله الله عثرته زاد ابن ماجه يوم القيامة ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وقال على شرط الشيخين وأما اللفظ نادما فعند البيهقي اه فتح وكتب مانصه ولان الاقالة رفع العقد والعقد من المتعاقدين وقد انعقد بتراضيهما فكان لهما رفعه دفعا للحاجة اه اتفاقى قوله دفعا للحاجة أى التى لها شرع البيع وغيره اه فتح (قوله بأن ولدت المبيعة بعد القبض) قال الاتفاقى بخلاف ما اذا ولدت قبل القبض حيث تكون الاقالة صحيحة عند (٧٠) أبى حنيفة وحاصله أن الجارية اذا ازدادت ثم نقبلا فان كان قبل القبض صححت الاقالة سواء

باب الاقالة

قبل الاقالة مشتقة من القول والهمزة للسلب أى ازالة القول الاول وهو ما جرى بينهما من البيع كما شكى اذا زال شكواه ولا يكاد يصح هذا لانهم قالوا قلته البيع بالكسر فدل على أن عينه ياء ولو كان من القول لقل قلته بالضم وقد قالوا قاله البيع قبلا وهذا أدل من الاول وهى مشروعة مندوب اليها لقوله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة قال رحمه الله (هى فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث) وهذا عند أبى حنيفة إلا أن لا يمكن جعلها فسخا بان ولدت المبيعة بعد القبض أو هلك المبيع في غير المفاضة فتبطل الاقالة ويبقى البيع على حاله لتعذر الفسخ اذ الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ لما ذكرنا في باب الرد بالعيب ولا يتصور الفسخ بعد هلاك المبيع على ما تبين فيبطل هذا اذا نقبلا بعد القبض وان كانت قبل القبض فهى فسخ في حق الكل في غير العقار لتعذر جعلها بيعا وقال أبو يوسف هى بيع إلا أن لا يمكن جعلها بيعا بان كانت قبل القبض في المنقول أو كانت بعد هلاك

كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد والارث والعقر الا أن الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة وان كانت الزيادة بعد القبض فان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند أبى حنيفة لانه تعذر فصلها ففسخا بسبب الزيادة لان الزيادة المنفصلة

مانعة فسخ العقد حقا للشرع وأبو حنيفة لا يصح الاقالة الا بطريق الفسخ وان كانت الزيادة متصلة فالاقالة صحيحة أحد عنده لان الزيادة المتصلة عنده لا تمنع الفسخ متى وجد الرضا من له الحق في الزيادة يبطلان حقه في الزيادة وقد وجد الرضا بما نقبلا فافأمكن فصلها ففسخا عنده كذا قال في النخبة اه واعلم أن المبيعة اذا ولدت بعد القبض فالاقالة حينئذ باطلة عند الامام كذا ذكر وأما عندهما فصحيحة وتجعل بيعا جديدا أما عند أبى يوسف فظاهر لان الاقالة عنده بيع وأما عند محمد فلا تعذر جعلها ههنا فسخا فتجعل بيعا جديدا فتنبه اه (قوله اذ الزيادة المنفصلة المتولدة من البيع تمنع الفسخ الخ) فإن قلت اذا تعذر الفسخ ينبغي أن يحمل على البيع المبتدأ مجازا لان اللفظ يحتمله ولهذا جعلت الاقالة بيعا في حق الثالث قلت انما يحمل اللفظ على المجاز لتعذر لصادة بين العقد ورفع اللفظ لا يجوز استسماله مجازا للضد وفي حق الثالث اعتبار معنى البيع لا باعتبار استعمال اللفظ مجازا بل باعتبار معنى البيع وهو حصول الملاك ببدل فأظهرنا هذا الموجب في حق الثالث لعدم ولايتهما على غيرهما اه اتفاقى رحمه الله (قوله هذا اذا نقبلا بعد القبض) قال الاتفاقى رحمه الله وجله القول في نفسه أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين في جميع الاحوال منقولا كان المبيع أو غير منقول مقبوضا أو غير مقبوض عند أبى حنيفة رحمه الله بيع في حق غيرهما حتى لا تصبح الزيادة على الثمن الاول ولا النقصان عنه ولا خلاف الجنس ولا الاجل الا اذا تعذر جدها ففسخا حينئذ تبطل الاقالة ولا تجعل بيعا كما اذا ولدت المبيعة في يد المشتري قال الاقطع وعن أبى حنيفة رواية أخرى أنها بيع بعد القبض وفسخ قبله اه (قوله لتعذر جعلها بيعا) أى اذ بيع المنقول قبل القبض جائز اه (قوله وقال أبو يوسف هى بيع إلا أن لا يمكن جعلها بيعا) قال الاتفاقى الآن في المنقول قبل القبض لو جعلت على البيع كان فاسدا فحملت على الفسخ جلالا لكل منهما على الصحة حتى لو كان المبيع دارا ونقابلا قبل القبض يكون بيعا عند أبى يوسف لان بيع العقار قبل القبض جائز عند أبى يوسف وأبى حنيفة اه

(قوله أو بعده هلاك السلعة في غير المفاضة) أي كالمو كان المبيع عرضا بالدرهم فهلاك العرض اه اتقاني (قوله وقال محمد بن فسخ) أي سواء كان المبيع منقولا أو غير منقول لأن بيع المبيع قبل القبض باطل عنده في المنقول وغيره فلما لم يصح البيع حل على الفسخ اه اتقاني وكتب على قوله هي فسخ مانصه في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث كما سيأتي قريبا اه (قوله فكذا إذا سكت عن البعض) قال الاتقاني أما إذا كانت الأقالة بالنقصان عن الثمن الأول فجعل فسخا لأنه لو لم يذكر في الأقالة جميع الثمن صححت الأقالة فكذا إذا لم يذكر البعض وكذا إذا وقعت الأقالة على تأجيل الثمن صححت الأقالة وبطل الاجل اه (قوله يقال اللهم ألقني عثرائي) أي أرفعها اه (قوله وإذا تعذر) أي حله على الحقيقة يحمل على البيع مجازا لأنه محتمل ولهذا كانت بيعا في حق الثالث وانما يحمل على البيع صيانة الكلام العاقل عن الغلاء اه اتقاني (قوله ولا يبي يوسف أنها عليك من الجانبين بعوض مالي الخ) قال الاتقاني ولكن بشرط تسمية الثمن لأنه معلوم كبيع التولية وأخذ الدار بالشفعة ولهذا جعل بيعا في حق الثالث حيث وجبت الشفعة وبطلت الأقالة بعده هلاك المبيع ووجب الرد بالعيب كافي البيع اه (قوله فيجعل فسخا) أي في حق المتعاقدين (٧١) وأما في حق الثالث فيبيع بالاتفاق اه

(قوله ولا يبي حنيفة رجه الله) أي اتقاني عن الفسخ) قال الاتقاني وجه قول أبي حنيفة أن الأقالة رفع العقد وبين العقد ورفع مضادة فلا يجوز أن يجعل واحدا فكأنه فسخا اه (قوله وكونه بيعا في حق الثالث أمر ضروري الخ) قال الاتقاني وجهه لبيعها جديدا في حق الثالث لا باعتبار الصيغة بل لضرورة وقوع الحكم فان حكم الأقالة وقوع الملك يبدل وهذا لأن لهما ولا يبيع على أنفسهما لا على غيرهما فاعتبر الحكم في حق الثالث لا الصيغة اه (قوله في المشتري بشرط الأكثر أو الأقل بالاعيب وجنس) أي بشرط جنس (آخر) خلاف الثمن الأول (لغو) أي

أحد العوضين في المفاضة فيجعل فسخا لأن لا يمكن جعلها بيعا ولا فسخا بان كانت قبل القبض في المنقول بأكثر من الثمن الأول أو بأقل منه أو بجنس آخر أو بعده هلاك السلعة في غير المفاضة فتبطل ويبقى البيع الأول على حاله لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الأول وقد سمي بخلافه وقال محمد هي فسخ إذا تعذر جعلها فسخا بان تقايلا بأكثر من الثمن الأول أو بخلاف جنسه أو ولدت المبيعة بعد القبض فيجعل بيعا جديدا لأن لا يمكن جعله فسخا ولا بيعا بان كانت قبل القبض بأكثر من الثمن الأول أو بجنس آخر فيبطل ويبقى البيع الأول على حاله لأن الفسخ لا يكون على خلاف الثمن الأول والبيع لا يجوز قبل القبض وبأقل من الثمن الأول يكون فسخا عنده بالثمن الأول لأنه سكت عن بعض الثمن وهو لو سكت عن الكل كان فسخا فكذا إذا سكت عن البعض لمجد أن اللفظ موضوع للفسخ والرفع يقال اللهم ألقني عثرائي فيعمل بمقتضاه وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ولهذا صار بيعا في حق ثالث لعدم ولا يهتم عليه ولا يبي يوسف أنها عليك من الجانبين بعوض مالي بالتراضي وهو البيع والعبرة للعاني دون الالفاظ الجردة كالقالة بشرط برائة الأصل حواله وبالعكس كقالة ولهذا يبطل بهلاك المبيع ويرد بالعيب ويجوز ديهما حق الشفعة للشفيع وهذه أحكام البيع إذا تعذر فيجعل فسخا لأنهم موضوعه له أو تحتمله ولا يبي حنيفة أنها تنبئ عن الفسخ والرفع والأصل في الكلام أن يحمل على حقيقته ولا يحتمل ابتداء العقد أصلا ليحمل عليه عند التعذر ولهذا التوارد به ابتداء العقد لا يصح ولو كان محتملا له لصح وانما لا يصح لأنه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فصار باطلا وكونه بيعا في حق الثالث أمر ضروري لأنه ثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة فحمل عليه في حق غيرهما لعدم ولا يهتم عليه قال رجه الله (وتصح بطل الثمن الأول بشرط الأكثر والأقل بالاعيب وجنس آخر لغو لزمه الثمن الأول) وهذا عند أبي حنيفة لأنه لما كانت الأقالة عنده فسخا والفسخ يرد على غير ما يرد عليه العقد كان اشتراط خلاف الثمن الأول باطلا بشرط لعدم جواز اشتراط الأقل عدم التعيب عند المشتري وأما إذا تعيب عنده فيجوز بالأقل فيجعل الخط بازا ما فات بالعيب ولهذا يشترط أن يكون النقصان بقدر حصة ما فات بالعيب ولا يجوز أن

باطل اه وكتب مانصه قال الاتقاني رجه الله وفي شرط الزيادة والنقصان والجنس الآخر بطل الشرط ولم تبطل الأقالة لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لأن الشرط الفاسد في معنى الربا والزيادة يمكن اثباتها في البيع فيتحقق الربا بخلاف الأقالة فإنها ترفع ما كان ورفع ما كان زائدا على ما كان لا يتصور فلهذا لم يؤثر الشرط الفاسد في الأقالة قال في شرح الطحاوي وعند أبي يوسف في الموضوع الذي يجعلها بيعا جديدا تبطل بالشروط الفاسدة كما يبطل البيع والحاصل أن عند أبي حنيفة لا يصح شرط الزيادة والنقصان فتقع الأقالة بالثمن الأول إذا حدث بالمبيع عيب عند المشتري فيصح شرط الأقل من الثمن الأول فيجعل الزيادة بازا الجزء المحتبس عند المشتري وعند أبي يوسف ومحمد إذا شرط الزيادة يكون بيعا أما عند أبي يوسف فظاهر لأن البيع هو الأصل عنده وأما عند محمد فإن الفسخ لما لم يمكن حل على البيع لا مكانه وإذا شرط الأقل يكون بيعا أيضا عند أبي يوسف لما قلنا من الأصل عنده ويكون فسخا عند محمد بالثمن الأول لأنه لو سكت عن الأقالة عن جميع الثمن كان فسخا فكذا إذا سكت عن البعض وعند زفر الأقالة فسخ في حق المتعاقدين وغيرهما اه

فرع لو باع صابونا رطباً ثم تقايلا بعده ما جف فتنقص وزنه لا يجب على المشتري شيء لأن كل المبيع باق قاله السكال رجه الله

(قوله ولو كانت الاقالة بلفظ المفاضة أو الرد أو المشاركة لا تكون) الى هذا اللفظ الشارح (١) وقوله ببيعها وان أمكن جعلها ببيعها بل تكون الخ هذا الحق لا بد منه ليصح قوله فسخها اه (قوله ولم يرد) اه لا يسترد ووجد في بعض النسخ كذلك وهو ظاهر اه وفي شرح الانتقائي وغيره يسترد اه لكن الذي وجد بخط الشارح رد (٧٣) اه (قوله حتى باعه منه) أي من المشتري اه (قوله لانه يبيع جديدي في حق غيرهما)

ينقص أكثر منه ولا يجوز الاقالة باللفظين يعبر بأحدهما عن الماضي والاخر عن المستقبل كالتمسك
وعند محمد بشرط أن يعبر بهما عن الماضي ولو كانت الاقالة بلفظ المفاضة أو الرد أو المشاركة لا تكون
فسخا ثم فائدة كون الاقالة فسخا في حق المتعاقدين تظهر في خمس مسائل احدها أنه يجب على البائع رد
الثمن الاول وما سمي بخلافه يكون باطلا والثانية أن الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ولو كانت ببيع
في حقهما فسدت والثالثة اذا تقايلا ولم يرد البائع المبيع حتى باعه منه ثانيا جاز ولو كانت ببيع الفسد
لكونه باعه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لم يجز لانه يبيع جديدي في حق غيرهما والرابعة اذا وهب
المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض جازت الهبة ولو كانت ببيع الفسخ لان البيع ينسخ به
المبيع للبائع قبل القبض والخامسة لو كان المبيع مكديلا أو موزونا وقد باعه منه بالكيل أو الوزن ثم
تقايلا واسترد المبيع من غير أن يعيد الكيل أو الوزن جاز قبضه وقوله يبيع في حق غيرهما نظيره فائدته
في خمس مسائل احدها هو لو كان المبيع عقارا فسلم الشفعة ثم تقايلا يقضى له بالشفعة لكونه
يبعا جديدا في حقه كانه اشتراه منه والثانية اذا باع المشتري المبيع من آخر ثم تقايلا ثم طلع على عيب
كان في يد البائع فأراد أن يرد على البائع ليس له ذلك لانه يبيع في حقه فكانه اشتراه من المشتري والثالثة
اذا اشترى شيئا فقبضه ولم يتقد الثمن حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري فاشتراه منه قبل نقد ثمنه
باقل من الثمن الاول جاز وكان في حق البائع كالمملوك بشرائه جديدا من المشتري الثاني والرابعة اذا كان
المبيع موهوبا فباعه الموهوب له ثم تقايلا ليس للواهب أن يرجع في هبته لان الموهوب له في حق الواهب
بمنزلة المشتري من المشتري منه والخامسة اذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعد ما حال عليه الحول
فوجد به عيبا فرده بعرضه واسترد العروض فهلك في يده فانه لا يسقط عنه الزكاة لانه يبيع جديدي في
حق الثالث وهو الفقير لان الرد بالعيب بعرضه اقالة وقوله يبيع في حق ثالث مجرى على اطلاقه وقوله
فسخ في حق المتعاقدين غير مجرى على اطلاقه لانه انما يكون فسخا فيما هو من موجبات العقد وهو
ما يثبت بنفس العقد من غير شرط وأما اذا لم يكن من موجبات العقد وانما يجب بشرط زائد فالاقالة
فيه تعتبر ببيع جديدي في حق المتعاقدين أيضا كما اذا اشترى بالدين المؤجل عينا قبل حلول الاجل ثم تقايلا
يعود الدين حالا كانه باعه منه وكما اذا تقايلا ثم ادعى رجل أن المبيع ملكه وشهد المشتري بذلك لم تقبل
شهادته كانه هو الذي باعه ثم شهد أنه لغيره ولو كانت فسخا قبلت ألا ترى أن المشتري لو رد المبيع بعيب
بقضاء وادعى المبيع رجل وشهد المشتري بذلك تقبل شهادته لانه بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقيا
من جهة المشتري لكونه فسخا من كل وجه وكذلك الوابع عبد ابطاهم بغير عيبه وقبض ثم تقايلا لا يتعين
الطعام المقبوض الرد كانه باعه من البائع بطعام غير معين وكذلك القبض أردأ من الثمن الاول أو وجود
منه يجب رد مثل المشروط في البيع الاول كانه باعه من البائع بمثل الثمن الاول وقال الفقيه أبو جعفر
يجب عليه رد مثل المقبوض لانه لو وجب عليه مثل المشروط للزمه زيادة ضرر بسبب تبرعه ولو كان
الفسخ بخيار رده أو شرط أو عيب بقضاء يجب رد المقبوض اجماعا لانه فسخ من كل وجه بخلاف
الاقالة والرد بالعيب بعرضه قال رحمه الله (وهلاك المبيع يمنع) أي يمنع صحة الاقالة لان شرط صحة
الاقالة قيام العقد لانها رفع العقد والعقد يقوم به وهو محل له فلا يبقى بعد هلاكه بخلاف هلاك الثمن حيث

أي ولو كان المبيع غير منقول جاز بيعه من غير المشتري أيضا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف اه (قوله جاز قبضه) اتقاني اه (قوله جاز لما جاز قبضه من غير أن يعيد الكيل والوزن اه (قوله تظهر فائدته في خمس مسائل) ساقها القوام الانتقائي وتبعه الكمال أربعة فاسقطا من المسائل التي ذكرها الشارح الثانية والخامسة وزادا مسألة ما لو كان البيع صرفا التي نقلتها فيما يأتي عند قوله والرابعة الخ اه (قوله لو كان المبيع عقارا فسلم الشفعة) أي في أصل البيع اه (قوله ثم تقايلا) أي فعاد الى ملك البائع (قوله جاز وكان في حق البائع كالمملوك) بشرائه جديدا الخ وهذه حيلة في جواز شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن (قوله والرابعة اذا كان المبيع موهوبا الخ) قال الانتقائي رحمه الله وثمة كونها ببيع في حق غيرهما تظهر في مواضع وساقها أربعة وذكرتها أن البيع لو كان صرفا فالتبايض في

كلا الجانبين شرط في صحة الاقالة فيجعل في حق الثمينة كبيع جديدي وتبعه الكمال رحمه الله في ذكرها أربعة منها لا يمنع مسئلة المصنف المذكورة أنها اذا زيدت على ما ذكره الشارح تكون المسائل ستاقتبه (قوله في المتن قبل قوله وهلاك المبيع الخ وهلاك الثمن لا يمنع الاقالة) هو من المتن وقد أسقطه الشارح

(١) قول المحشي وقوله ببيعها كذا في الاصل وليس هذا الحق في شيء من نسخ الشارح التي بينا اه محصيه

باب التولية

لما فرغ من بيان ايقاع البيوع اللازمة وغير اللازمة كايبيع اشترط الخيار وكانت هي بالنظر الى جانب المبيع شرع في بيان أنواعها بالنظر الى جانب الثمن كالمراجعة والتولية والربا والصرف وتقديم الاول على الثاني لاصالة المبيع دون الثمن اه غايه وكتب مانصه قال المعنى وهي مصدر ولي غيره أى جعله واليا وفى الشرع ما ذكره المصنف اه قال صاحب التحفة البيع فى حق البديل ينقسم خمسة أقسام بيع المساومة وهو البيع بأى ثمن اتفق وهو المعتاد وبيع المراجعة وهو تعليق المبيع بثمن الثمن الاول وزيادة ربح والثالث بيع التولية وهو تعليق المبيع بثمن الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان والرابع الاشتراك وهو بيع (٧٣) التولية فى بعض المبيع من النصف

ونحوه والخامس بيع الوضعية

وهو تعليق المبيع بثمن الثمن الاول مع نقصان منه يسير اه اتقانى (قوله والمراجعة والتولية) أى لم يفسرهما اكتفاء بما فى المتن اه (قوله والوضعية) قال فى المستصفى ولم يذكر القسم الثانى فى هذا الكتاب لان ذلك لا يقع الا نادرا لان الغرض من المبيعات الاسترباح اه وقوله ولم يذكر القسم الثانى المراد

منه بيع الوضعية اه (قوله التولية بيع بثن سابق) أى وهو البيع بالثن الاول من غير زيادة ولا نقصان اه عني (قوله وهذا أحسن من قول بعضهم) منهم صاحب الهداية والقندورى اه (قوله والاحتراز عن الخيانة وشبهتها) أى حتى لو اشترى شياً مؤجلاً ليس

لا يمنع من صحته لان الثمن ليس بعمل للعقد فلا يشترط قيامه وهذا لانه ثبت له حكم الوجود فى الذمة بالعقد فكان حكم العقد وحكم الشئ يعقبه فلا يكون محلاً له لان المحل شرط والشرط يسبق فكان بينهما تناف ولهذا يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض لانه لا يهلك الثمن قال رحمه الله (وهلاك بعضه بقدره) أى هلاك بعض المبيع يمنع صحة الاقالة بقدره لان الجزء معتبر بالكل فيقدر بقدره ولو تقاضا عبد الجارية فهلك أحدهما صححت الاقالة فى الباقي منهما لان كل واحد منهما مبيع فكان المبيع قائماً بخلاف مالو هلكا جميعا حيث لا يجوز اعدام محله بخلاف مالو هلك البديلان فى الصرف حيث تجوز الاقالة بعد هلاكهما لان المعقود عليه فى الصرف ما وجب لكل واحد منهما فى ذمة صاحبه وذلك لا يتصور هلاكه بالمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة ولهذا لو كانا قائمين وتقابلا لا يلزمهما رد المقبوض بعينه بل لهما أن يردا مثل المقبوض من جنسه فعلم بذلك أنه لا يتعلق به بالمقبوض ألا ترى أنهم لو تقابلا فيه فهلك البديلان لا تبطل الاقالة فكذلك التقابلا بعد هلاكهما بخلاف بيع المساومة لان الاقالة تتعلق بأعيانها كالمبيع فتبطل بهلاكهما قبل القبض كالمبيع لتعين البديلين فيهما والله أعلم

باب التولية

وهي أن يجعل غيره واليا فكان المشتري يجعل المشتري منه واليا بما اشتراه ثم أنواع المبيعات بحسب الثمن الذى يذكر عقابله السبعة أنواع أربعة المساومة وهي التي لا يلتفت فيها الى الثمن السابق والمراجعة والتولية والوضعية وهي البيع بنقص من الثمن الاول قال رحمه الله (هي) أى التولية (بيع بثن سابق والمراجعة برب زيادة) وهذا أحسن من قول بعضهم هامة نقل ماملة بالعقد الاول بالثن الاول مع زيادة ربح أو من غير زيادة ربح لانه لا يشترط فيه أن ينقل ماملة بالعقد حتى لو ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده جازله أن يبيعه مراجعة وتولية على ماضى وان لم يكن فيه نقل ماملة بالعقد والعقدان جائزان شرعا لاجتماع شرائط البيع ولتعامل الناس بهما الى يومنا هذا ولان من لا يهتدى الى التجارة يحتاج أن يعتمد على فعل الذكى المهتدى فيها وتطبيق نفسه بالزيادة على ما اشتراه ولهذا كان مبناها على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهتها ومست الحاجة الى هذا النوع من المبيعات فوجب القول بجوازهما ولما أراد عليه الصلاة والسلام الهجرة ابتاع أبو بكر بعيرين فقال له عليه الصلاة

(١٠ - زيلعى رابع) له أن يبيعه مراجعة الاذنين التأجيل اه غايه لان الاجل معنى يراى فى الثمن لاجله فكان فيه شبهة

الاعتباس عن الاجل فلو باعه مراجعة يصير كأنه اشترى شيئين بثن فباع أحدهما مراجعة على جميع الثمن فكان فيه شبهة الخيانة اه (قوله ولما أراد عليه السلام الهجرة الخ) أخذ من الهداية قال السكال وحديث أبى بكر الذى ذكره المصنف فى البخارى عن عائشة وفيه أن أبى بكر قال للنبي صلى الله عليه وسلم خذ بأبى أنت وأمى إحدى راحلتى هاتين فقال صلى الله عليه وسلم بالثن أن أخرجه فى بدء الخلق وفى مسند أحمد قال صلى الله عليه وسلم أخذتها بالثن وفى الطبقات لابن سعد وكان أبو بكر قد اشتراها بثمانمائة درهم من نعم بنى قشير فأخذ احداهما وهى القصوى فخاروا والمصنف يصح بالمعنى وتفصيله قريب مما ذكره ابن اسحق فى السيرة قال فيها فلما تقرب أبو بكر الراحلتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أقضاهما ثم قال له اركب فداك أى وأمى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أركب بعير ليس لى قال فهى لك يا رسول الله قال لا ولكن ما الثمن الذى ابعتها به قال كذا وكذا قال قد أخذتها بذلك قال هى لك يا رسول الله فركبا وانطلقا ذكر

السجلى عن بعض أهل العلم أنه سئل لم يقبلها إلا بالثمن وقد أنفق عليه أبو بكر أضعاف ذلك وقد دفع إليه خين بنى بعائشة ثنتي عشرة أوقية حين قال له أبو بكر ألا تبني بأهلك يا رسول الله فقال لا إلا الصداق فدفع إليه ثنتي عشرة أوقية ونشأ والنش هناعشرون درهما فقال انما فعل لتكون الهجرة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله رغبة منه صلى الله عليه وسلم في استكمال فضل الهجرة إلى الله وأن تكون على أتم أحوالها وهو جواب حسن اه (قوله في الثمن وشرطهما كون الثمن الاول مثليا) قال الاتقاني رحمه الله وجلة البيان فيه ما قال صاحب التحفة اذا باع شيئا مرا بجهة على الثمن الاول فلا يخلو اما أن يكون من ذوات الامثال كالدرهم والدنانير والكيل والموزون والعددي المتقارب أو يكون مثل العدديات المتفاوتة مثل العبيد والسيب والدور والبطاطنج والرمان ونحوها ما اذا كان الثمن الاول مثليا فباعه مرا بجهة على الثمن الاول بزيادة ربح يجوز سواء كان الربح من جنس الثمن الاول أو لم يكن يعني أن يكون شيئا مقدرا معلوما نحو الدرهم والثوب مشارا اليه أو دينار الان الثمن الاول معلوم والربح معلوم فاما اذا كان الثمن الاول لا مثله فإراد أن يبيعه مرا بجهة عليه فهذا على وجهين اما أن يبيعه من كان العوض في يده وملكه أو من غيره فان باعه من ليس في ملكه ويده لا يجوز لانه لا يخلو اما أن يبيعه مرا بجهة بذلك العوض أو بقيته ولا وجه للاول لان العوض ليس في ملك من يبيعه منه ولا وجه أن يبيعه مرا بجهة بقيته لان القيمة تعرف بالحزروالظن فتمكن فيه شبهة الخيانة واما اذا أراد أن يبيعه مرا بجهة من كان العوض في يده فهذا على وجهين ان قال أبيعك مرا بجهة بالثمن الذي في يدي وبيع (٧٤) عشرة دراهم جاز لانه جعل الربح على الثوب عشرة دراهم وهي معلومة وان

والسلام ولني أحدهما فقال له هو لك بغير شيء فقال أما بغير شيء فلا قال رحمه الله (وشرطهما كون الثمن الاول مثليا) لانه اذا لم يكن مثليا لم يعرف قدره فلا تحقق التولية ولا المرا بجهة فلا يجوز الا اذا باعه بذلك البديل من يملكه أو به وبزيادة ربح معلوم فينشد يجوز لانه قضاء الجاهالة ولو باعه به وبعشر قيمته أو غنمه لا يجوز لانه باعه بذلك ويبعض قيمة ذلك البديل وهو مجهول فلا يجوز ولو كان البديل مثليا فباعه به وبعشره ان كان المشتري يعلم جلة الثمن صح وان لم يكن عالما به فان علم في المجلس جاز وله الخيار والافسد كلو باع الثوب بربقه ومن شرطهما أن لا يكون صرفا حتى لو باع ذنانير بدراهم لا يجوز فيسه المرا بجهة ولا التولية لانهما في الذمة فلا يتصور فيه المرا بجهة والتولية والمقبوض غير ما وجب بالعقد قال رحمه الله (وله أن يضم إلى رأس المال أجر القصار والصبغ والطراز والقتل وحمل الطعام وسوق الغنم) لان العرف جرى بالخلق هذه الاشياء برأس المال وهو المعتبر ولهذا لا يعد ذلك خيانة اذا تبين له والاصل فيه أن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به فهذا هو الاصل وما ذكرناه هذه الصفة لان الصبغ والقتل والقصار والطراز يزيد في العين والحل والسوق يزيدان في القيمة لانها تختلف باختلاف الاماكن وعلى هذا انه أن يضيف اليه اجرة الغسل والخياطة ونفقة تجفيف الدار وطى البئر وكرى الانهار والقناة والمسناة والكرباب وكسح الكروم وسقيها والزرع وغرس الاشجار فان فعل شيئا من ذلك بيده لا يضمه وذكر في المحيط أنه يضم طعام المبيع وكسوته وكراهه واجرة السمسار ان كانت مشروطة في العقد والافأ كثرهم

قال أبيعك دمه يارده فانه لا يجوز لان تسمية دمه يارده أو أحد عشر يقتضى أن يكون الربح من جنس رأس المال لانه لا يكون أحد عشر الا وأن يكون الحادى عشر من جنس العشرة فصار كأنه باع بالثمن الاول وهو الثوب وبجزء من جنس الاول والثوب لا مثل له من جنسه ثم في بيع المرا بجهة يعتبر رأس المال وهو الثمن الاول الذى ملك المبيع به ووجب بالعقد دون ما تنقده بدلا

عن الاول بيانه اذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم ثم أعطى عنهما دينار أو ثوبا بقيته عشرة دراهم أو أقل أو أكثر فان رأس المال هو على العشرة المسماة في العقد دون الدينار والثوب لان هذا يجب بعقد آخر وهو الاستبدال كذا في التحفة اه (قوله فلا يجوز الا اذا باعه بذلك البديل من يملكه) صورته رجل باع عبدا بثوب وملك ذلك الثوب غيره بسبب من الاسباب وذلك الغير الذى في يده الثوب يشتري هذا العبد بذلك الثوب وبيع درهم جاز اه غاية (قوله في المستن والصبغ) قال الكمال رحمه الله أسود كان الصبغ أو غيره اه (قوله وحمل الطعام) أى برا أو بحرا اه كمال (قوله لانها تختلف باختلاف الاماكن) قال في الايضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتشبه في بعض مواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها اه كمال رحمه الله (قوله فان فعل شيئا من ذلك بيده لا يضمه) أى وكذلك لو تظوق متظوق بهذه الاعمال أو باعارة اه كمال (قوله وذكر في المحيط أنه يضم طعام المبيع وكسوته الخ) لان نفقة المشتري على نفسه في سفره اه وكتب مانصه قال الكرخي في مختصره وكذلك ان كان مضارا بأنفق على الرقيق في طعامهم وكسوتهم ولا بد لهم منه اذا كان مأنفق من ذلك بالمعروف فان كان أسرف لم يضم الفضل وضم ما بقي ولا يضم ما أنفق على نفسه في سفره في كسوته وطعامه ومركبه ودهنه وغسل ثيابه ولا يضم أيضا ما أنفق على مرضى الرقيق في اجرة طبيب أو حجام أو دواء وضم ما أنفق على الغنم في سياقتها ولا يضم أجر الراعى ولا جعل ابن ولا يضم التاجر أيضا ما أنفق على نفسه ولا يضم ما أنفق في تعليم صناعة ولا قران ولا شعر ولا في تعليم غير ذلك الى هنا فلفظ الكرخي اه غاية (قوله واجرة السمسار ان كانت مشروطة الخ) قال الكمال وتضم اجرة السمسار في ظاهر الرواية وفي جامع

البرامكة لاتضم لان الاجارة على الشراء لاتصح الا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل ان كانت مشروطة في العقد تضم وقبل
أجرة الدلال لاتضم كل هذا لم تجر عادة التجار ولا يضم عن الجلال ونحوها في الدواب وتضم الثياب في الرقيق وطعامهم الاما كان سرفا
وزيادة ويضم علف الدواب الا ان يعود عليه شئ متولد كالباها ووصفها وسمها فليسقط قدر مانال ويضم ما زاد بخلاف ما اذا جرد الدابة
أو العبد أو الدار فأخذ أجره فانه يراجع مع ضم ما أنفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين وكذا داجاجة أصاب من يضمنها يحسب
ماناله وبما أنفق ويضم الباقي اه ما قال الكمال (قوله في المتن ويقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا الخ) وهذا بخلاف ما اذا
اشترى الرجل متاعا ثم رقبه بأكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة على رقبه فهو جائز وهي مسألة الاصل حيث لا يقول قام على بكذا ولا اشتريته
بكذا لانه كذب وانما يقول رقبه كذا وكذا فأنا أبيعهم مرابحة على ذلك قال محمد في الاصل وكذلك لو كان أصله ميراثا أو هبة أو صدقة
أو وصية فقومه قيمته ثم باعه مرابحة على تلك القيمة كان ذلك جائزا اه غايه (قوله وكذا (٧٥) بيت الحفظ) كذا بخط الشارح والذي

في نسخ المتن وكرى بيت
الحفظ اه (قوله المعنى في
نفسه) أى في نفس المعلم
اه (قوله وهو ذو مذهبه)
أى فلم يكن ما أنفق على
المعلم موجب للزيادة في
المالصة ولا يخفى ما فيه اذ
لا شك في حصول الزيادة
بالتعلم ولا شك أنه سبب عن
التعليم عادة كونه بمساعدة
القابلية في المتعلم فهو
كقابلية الثوب للصبيغ
فلا تنفع نسبته الى المتعلم كما
لا تنفع نسبته الى الصبيغ
فانما هو شرط والتعليم علة
عادية فكيف لا يضم وفي
المبسوط أضاف نفي ضم
المنفق في التعليل الى أنه
ليس فيعرف قال وكذا
في تعليم الغناء والعريضة
قال حتى لو كان في ذلك
عرف ظاهر يلحقه برأس

على أنهم لا يضم ولا يضم أجرة الدلال بالاجماع وكذا ما هو سبب لبقائه الى وقت كاطعام وفي الخزن يضم
لانه يزداد قيمته من حيث انه يدفع عنه ضرر الخمر والبرد قال رحمه الله (ويقول قام على بكذا) ولا يقول
اشتريته بكذا تخبرنا عن الكذب قال رحمه الله (ولا يضم أجرة الراعي والتعليم وكراء بيت الحفظ) لعدم
العرف بالحقه برأس المال ولان الراعي يحفظ وهو لا يزيد في العين ولا في القيمة شيئا وثبت الزيادة في
التعليم المعنى في نفسه وهو ذو كاه وذهنه ولا يضم حفر البئر ويضم أجرة من يذبح الحيوان ويستلخها واتخاذ
الخشب أبوابا وتقب اللواتي وتزوج العبد لا يضم المهر الى رأس المال ولا يحيط مهور الامه لزوجها ولا يضم
أجرة الطبيب والرائض والبيطار والحمامة وجعل الا بق ونفقة نفسه وكرائه وأجرة الختان والقضاء
في الجنابة لان التجار لا يضمون هذه الاشياء الى رأس المال ولا نه لا تزيد شيئا في العين ولا في القيمة فلا يجوز
الحاقها برأس المال والذي يؤخذ في الطرق من الظلم لا يضم الا في موضع جرت العادة فيه بينهم بالضم
قال رحمه الله (فان كان في مرابحة أخذ به كل ثمنه أو رده وحط في التولية) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو
يوسف يحط فيه ما اوقال محمد بخبر قيم ما لانهم ما باشر اعهدا باختيارهما ابين معلوم فينعقد بالمسمى فيه كما
لو باعه مساومة وكذا المراجعة والتولية للترويج والترويج غير مجرى الوصف فاذا فأت الوصف
المرغوب فيه يتخير كما في سائر اوصاف وكذا اذا وجد مبيعاً ولا يبي يوصف أن الاصل فيه هو المراجعة
والتولية ولهذا ينعقد بقوله وليتكن بالثمن الاول أو بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان الثمن الاول
والربح معلومين وذكر الثمن جار مجرى التفسير فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول في حق الثمن وقدر
الخيانة لم يكن ثابتا في العقد الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثاني فيحط ضرورة غير أنه في التولية يحط قدر
الخيانة من الثمن لا غير وفي المراجعة يحط ذلك القدر من رأس المال ويحط من الربح أيضا بحسبه لان
الربح ينقسم عليهما فما أصاب الخيانة سقط معه وما أصاب غيره ثبت معه ولا يبي حنيفة في الفرق بينهم ما أن
التولية بناء على العقد الاول من كل وجه فلا بد من تقديره بالثمن الاول ولا يثبت فيه ما لم يكن ثابتا في
العقد الاول والمراجعة عقده مبتدأ باشره باختيارهما وليس بمعنى على الاول فينعقد بالثمن المسمى فيه
ولهذا لا يحتاج في التولية الى ذكر الثمن وفي المراجعة لا بد من ذكر الثمن ليعين قدر الربح فينعقد بما سميا

المال وكذا لا يلحق أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الا بق لانه نادراً فلا يلحق بالسابق لانه لا عرف في النادر اه كمال (قوله في المتن فان
خان الخ) ثم ظهور الخيانة ما باقرا البائع أو البينة أو بالتسكول عن البين اه غايه وكتب على قوله فان خان الى آخره مانصه صورة المسئلة
رجل اشترى بتسعة دراهم شيئا وقبضه ثم قال لرجل اشتريته بعشرة فوليته كما اشتريته أو باعه مرابحة بربح زيادة درهم اه مشكلات
(قوله وقال أبو يوسف يحط قيمهما) أى ولا خيار للمشتري اه غايه وكذا قال الشافعي وأجد اه (قوله ولا يبي يوسف أن الاصل فيه)
أى في عقد البيع اه (قوله هو المراجعة والتولية) أى لا التسمية كما قال محمد اه (قوله أو بعتك مرابحة على الثمن الاول) أى وان
لم يسم الثمن الاول اه (قوله وما أصاب غيره ثبت معه) أى كما اذا اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر أن البائع اشترى ثوبا بمائة يحط
قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح درهمان واخذ الثوب باثني عشر درهما اه غايه وكتب مانصه قال الكمال لمحمد ان
الاعتبار فيه ما ليس الا بالتسمية لان الثمن به يصير معلوما وبه ينعقد البيع والاخبار بان الثمن الاول لا يتعلق الا بعقاده انما هو ترويج
وترغيب فيكون وصفهما رغوبا فيه كوصف الكتابة والخطاطة فيقواته بظهور أن الثمن ليس ذاتي بخير اه كمال

(قوله ولو هلك المبيع قبل أن يرده) أي (٧٦) أو استهلك اه فتح (قوله أو أحدث به ما يمنع الرد) أي عند ظهور الخيانة في بيع

ولأنه لو لم يحط في التولية لم يبق تولية لأنه يز يدعى الثمن الأول فيصير مراجعة فيتغير به التصرف ولو لم يحط في المراجعة يبقى على حاله الآن الرجح أكثر مما ظنه المشتري فلم يتغير التصرف فيه فأمكن اعتبار التسمية فيه ونبت له الخيار لقوات الرضا ولو هلك المبيع قبل أن يرده أو أحدث به ما يمنع الرد لزمه بجميع الثمن المسمى وسقط خياره عند أي خيفة وهو المشهور من قول محمد لأنه مجرد خيار فلا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لأن المستحق فيه للمشتري الجزء الفائت وعند العجز عن تسليمه يسقط ما يقابله من الثمن وعند محمد أن المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع على البائع بمادفعه إليه من الثمن بناء على أصله في إقامة القيمة مقام المبيع في التحالف وعلى قول أبي يوسف يحط كيفما كان وكذا عند أبي حنيفة في التولية لأنه لو لم يكن له جاز الرد والاخذ به وانما يلزمه الأخذ بالثمن الأول ولو وجد المولى بالمبيع عيباً ثم حدث به عنده عيب لا يرجع بنقصان العيب لأنه لو رجع يصير الثمن الثاني أنقص من الأول وقضية التولية أن يكون الثمن مثل الأول قال رحمه الله (ومن اشترى ثوباً ببيع ثم اشتراه فان باعه ببيع طرح عنه كل ربع قبله وان أحاط بثمنه لم يراجح) يعني إذا باعه ببيع ثم باعه ما اشتراه ناسياً طرح عنه كل ربع كان قبل ذلك إذا باعه مراجعة وان استغرق الربع الثمن لا يبيعه مراجعة وهذا عند أبي حنيفة وعندهما يبيعه مراجعة على الثمن الأخير مثله إذا اشترى ثوباً بعشرين ثم باعه مراجعة بثلاثين ثم اشتراه بعشرين فإنه يبيعه مراجعة على عشرة ويقول قام على عشرة ولو اشتراه بعشرين وباعه بأربعين مراجعة ثم اشتراه بعشرين لا يبيعه مراجعة أصلاً وعندهما يبيعه مراجعة على العشرين في الفصلين لأن الأخير عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المراجعة عليه كما إذا تخلل ثالث بأن باعه المشتري من أجنبي ثم باعه الأجنبي من البائع ثم اشتراه الأول منه فإنه يبيعه مراجعة على الثمن الأخير وله أن يشبه حصول الرجح الأول بالعقد الثاني ثابتاً لأنه يتأ كدبه بعدما كان على شرف الزوال بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المراجعة احتياطاً ولهذا لا تجوز المراجعة فيما أخذ به بالصلح لشبهة الحططة فيه وكذا فيما اشتراه من أصوله أو فروعه لماله من التوسع فيما لهم الحق على كفه فيصير كأنه اشترى عشرة وثوباً بعشرين في الفصل الأول في طرح عشرة لأنه بالعقد الثاني تأ كدواً من بطلانه ولأن كدحكم الأصول ألا ترى أن شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمون نصف المهر لتأ كدهم ما كان على شرف السقوط بخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن التأ كد حصل بغيره ويصير في الفصل الثاني كأنه اشترى ثوباً بعشرين بعشرين درهمين فصار العشرين والعشرون بالعشرين ولم يبق في مقابلة الثوب شيء فلا يبيعه مراجعة ولا يقال على هذا وجب أن يفسد البيع لعدم ما يقابل الثوب من الثمن لأننا نقول الرجح الأول لم يصير مقابلاً بالثمن في العقد الثاني حقيقة وانما أعطى له حكم المقابلة احترازاً عن الخيانة فيما جنى على الأمانة وهو حق العبد ولا ينهض ذلك لأفساد العقد لأن المنع في باب المراجعة لحق العبد لا لحق الشرع ولا يلزم ما إذا باع مسأومة والمسألة بحالها حيث يجوز بالإجماع لأنها ليست بعينة على الأمانة قال رحمه الله (ولو اشترى مأذون مديون ثوباً بعشرة وباع من سيده بخمسة عشر يبيعه مراجعة على عشرة وكذا العكس) أي وكذا لو اشترى المولى ثوباً بعشرة ثم باعه من عبده المأذون له في التجارة المستغرق بالدين بخمسة عشر يبيعه العبد مراجعة على عشرة لأن العقد الذي جرى بينهما وإن كان صحيحاً لا فادته ملك العين أو التصرف له شبهة العدم لأن العبد ملكه وما في يده لا يتخلو عن حقه فاعتبر عدم ما في حق المراجعة لا بتناثراً على الأمانة فيبقى الاعتبار للشراء الأول فصار كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الأول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الأول لا غير لأن الرائد عليه دائريين المولى والعبد فلم يتم خروجه عن ملك من كان له وهذا لأن المراجعة يبيع أمانة لقبول قوله من غير بينة ولا عين فتنتفى عنهم ما كل تهمة وشبهة خيانة والمساحة بينهم ظاهرة لكل أحد فيكون ما زاد على الثمن الأول باقياً على ملكه فلا يعتبر خارجاً هذا

المراجعة اه غاية (قوله وعند العجز عن تسليمه يسقط ما يقابله) أي يسقط ما قابل العيب من الثمن عند عجز المشتري عن الرد بهلاك المبيع أو بحدوث ما يمنع الفسخ اه غاية (قوله ويرجع على البائع بما دفعه إليه من الثمن) أي أن كانت القيمة أقل دفعا للضرر عن المشتري اه الله (قوله وان استغرق الربع الثمن لا يبيعه مراجعة) أي (قوله) الآن بين اه كمال (قوله) وهذا عند أبي حنيفة) أي وهو مذهب أحمد اه فتح (قوله) وعندهما يبيعه مراجعة) أي وقول الشافعي كقولهما كذا في الاسرار وغيره وأخذ أبو الليث في شرح الجامع الصغير بقولهما اه غاية وأيضاً هو قول مالك اه عبي (قوله ثم اشتراه بعشرين) أي ثمن باعه منه بعد التقابض اه كمال (قوله) ويقول قام على عشرة) أي ولا يقول اشتريته لثلاثين كذا اه غاية (قوله) لأن المنع في باب المراجعة لحق العبد) وأيضاً الخيانة حق الشرع اه (قوله) في المتن ولو اشترى مأذون الخ) قال في المبسوط وإذا اشترى الرجل من أبيه أو أمه أو مكاتبه أو عبده أو عبداً من موالبه أو مكاتب من مواليه متاعاً بئس قد قام على البائع بأقل من ذلك فليس للمشتري أن يبيعه مراجعة إلا بالذي قام على البائع للتهمة هذا اللفظ محمد في الأصل اه غاية اذا

(قوله واشترط الدين على العبد كانه وقع اتفاقا) قال الاتقاني وقد اختلفت نسخ شروح الجامع الصغير فقد قيدت بغير الاسلام دين العبد بالمستغرق وقال الصدر الشهيد عبدا مأذون عليه دين محبط برقبته أو غير محبط وقاضيهان قيد بالحيط أيضا والعنايه قيد بالمأذون فحسب ولم يذكر الدين أصلا وقال في شرح الطحاوي لو اشترى من مملوكه وعبد المأذون عليه دين أو لادين عليه ومكاتبه فانه يبيعه مراهجة على أقل الضمانين الآن بين الامر على وجهه ولكن فسر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير فقال فان كان العبد لادين عليه فالشراء الثاني باطل لان العبد اذا كان لادين عليه فانه لم يولد فاذا اشترى منه المولى صار كان المولى اشترى مال نفسه فلا يكون في هذا الشراء فائدة ولو كان العبد عليه دين جاز شراء المولى منه لان المولى بهذا الشراء يستفيد ملك اليد ولكن لا يبيعه مراهجة الا بعشرة لان العبد اذا كان عليه دين فانه لم يولد ومن وجه لان المولى يقدر على تحصيل ماله لنفسه لو قضى دين العبد فاذا كان هكذا فاشراء المولى منه شراء من وجهه وليس بشراء من وجهه وبيع المراهجة بيع الامانة فيؤخذ فيه بالاحتياط فيبيعه على أقل الثمنين والحاصل أن العدة الواقعة بين المولى وعبد المأذون المديون والمكاتب جائز لا فائدة ملك اليد ولكن له شبهة العدم لان الحاصل للعبد لا يتخلو عن حق المولى ولهذا كان للمولى قضاء دين العبد واستخلاص أكسابه وكذلك المكاتب اذا عجز ورد في الرق تسلم أكسابه للمولى فكان الملك للعبد واقعا للمولى فاذا باع المولى من عبده يجعل العقد كالعدم للشبهة ويكون العبد في البيع الثاني كالوكيل عن مولاه (٧٧) فلو ثبتت الوكالة حقيقة لم يبيعه الا على عشرة فلذا تمكنت شبهة الوكالة لان الشبهة ملحقمة بالحقيقة في بيع المراهجة واذا اشترى من مولاه يجعل العبد كالوكيل بالشراء عن مولاه فلو كانت الوكالة ثابتة حقيقة لم يبيعه المولى الا على عشرة فكذلك اذا تمكنت شبهة الوكالة اه (قوله في المتن ولو كان مضارب يبيع مراهجة رب المال الخ) سيأتي في باب المضاربة في كلام الشرح ما يحتاج اليه في قوله معه ألف بالنصف فاشترى به عبدا فقيته ألفان الخ والمذهب ما ذكره في المتن فتمت والله الموفق اه (قوله

اذا لم يبين وان بين أنه اشترى من عبده أو من سيده جائز زال التهمة واشترط الدين على العبد كانه وقع اتفاقا لانه اذا كان لا يجوز مع الدين أن يبيعه مراهجة وقع عدم الدين أو لى لوجود ملك المولى فيه بالاجماع وذكر في المبسوط هذه المسئلة ولم يقيده بدين العبد والمكاتب في هذا كالعبد المأذون له لوجود التهمة بينهما قال رحمه الله (ولو كان مضارب يبيع مراهجة رب المال باثني عشر ونصف) أي لو كان من عمل هذا العمل مضارب بأن كان معه عشرة دراهم مضاربة بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مراهجة باثني عشر ونصف لان نصف الربح وهو درهمان ونصف سلم لرب المال ولم يخرج عن ملكه فيحط عن الثمن فيبقى اثناعشر ونصف خارجة عن ملكه عشرة منها دفعها المضارب الى بائعه ودرهمان ونصف نصيب المضارب من الذي دفع اليه رب المال بحكم أنه الثمن فتم ما خرج منه في تحصيل هذا النوب اثناعشر درهمان ونصف فيبيعه مراهجة عليها وقال زفر لا يجوز هذا البيع من رب المال لانه يبيع ماله بماله قلنا يستفيد كل واحد منهما بما في العقد ملك اليد والتصرف وان كان لا يستفيد ملك الرقبة فكان صحيحا لافادته ولا يلزم من جواز البيع افادة ملك الرقبة ألا ترى أن المكاتب يجوز تضرفانه ولا يفيد ملك الرقبة وانما يفيد ملك اليد فلهذا لم ينعى ذلك أن البيع يتبع الفائدة لا الملك عينا وقد وجدت الفائدة هنا أما في حق المضارب فظاهر وأما في حق رب المال فانه يملك التصرف فيما اشتراه منه بالشراء ولا يملك قبله وان كان ماله لان المضارب تعلق له بمحق ولهذا لا يملك رب المال وطء الجارية التي اشترى بها المضارب وان لم يكن له فيها ربح وكذا لا يملك ثمنه عن بيع العروض والكلام فيه لكنه مع هذا فيه شبهة العدم لان المضارب وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر بالبيع الثاني عدم ما في حق نصف الربح

فانه يبيعه مراهجة باثني عشر ونصف) قال في شرح الطحاوي وكذا لو اشترى رب المال سلعة بألف درهم تساوى ألف درهم وخمسة مائة وباعها من المضارب بألف وخمسة مائة فان المضارب يبيعها بألف ومائتين وخمسين اذا بين الامر على وجهه وهذا الماذكر بأن بيع المراهجة بيع امانة يجب صونها عن الخيانة وعن شبهتها ما أمكن وفي بيع هؤلاء بعضهم من بعض شبهة وتهمة الى هنا لفظ شرح الطحاوي اه غاية (قوله قلنا يستفيد كل واحد منهما بما في العقد ملك اليد والتصرف) أي وذلك لانه لا يملك التصرف انقطعت عن رب المال بتسليم المال الى المضارب ثم لما اشترى من المضارب استفاد ولاية التصرف اه وكتب ما نصه قال الاتقاني اعلم أن بيع المضارب من رب المال جائز عندنا لانه يستفيد ولاية التصرف خلافا لفران شراء الانسان من مال نفسه لا يجوز اه (قوله لكنه مع هذا فيه شبهة العدم) أي عدم الجواز لما قلنا من جهة زفر اه (قوله لان المضارب وكيل عنه) أي ولهذا تبطل المضاربة بموت أحدهما اه (قوله في البيع الاول من وجه) أي لان رقبة المال لرب المال ومن وجه للمضارب ولهذا اذا اشترى لا يجوز تجررب المال على المضارب في البيع فلما كان كذلك يبيعه على أقل الثمنين للاحتياط وحصة المضارب من الربح لان المضارب في ذلك بمنزلة الاجنبي اه اتفاقا (قوله فاعتبر بالبيع الثاني عدم ما في حق نصف الربح) أي وهو درهمان ونصف لان ذلك حق رب المال يسلم ذلك لرب المال فيحط عن الثمن ولا شبهة في أصل الثمن وهو عشرة ولا في نصيب المضارب من الربح وهو درهمان ونصف فلذلك يبيعه مراهجة على اثني عشر درهمان ونصف اه اتفاقا رحمه الله

(قوله اذا تعيب المبيع من غير صنعه) أي بأن اشترى جارية فأعورت مثلاً اه (قوله لانه لم يحتس عند شئ بمقابلته الثمن) أي لان المستوفي ليس بمال فلم يقابل به البديل فكان كالاستخدام اه غاية (قوله وهو قول الشافعي وزفر الخ) وفي قول زفر اذا عورت باقة سماوية لا يبيعها امرأته من غير بيان لانها قد تغيرت عن حالها التي اشتراها قال الفقيه أبو الليث وقول زفر أوجد ثم قال وبه يأخذ اه غاية البيان (قوله سواء كان ذلك) (٧٨) بفعله أو بفعل غيره وأخذ أرشه) هذا وقع اتفاقاً اذ يجب البيان وان لم يأخذ

الأرض ولهذا ذكره في المبسوط من غير قيد أخذ الأرض اه (قوله لانه صار مقصوداً بالاتلاف) أي ولهذا لو فعل ذلك بعد العقد قبل القبض تسقط حصته من الثمن لانه حبس جزءاً صار مقصوداً أو حبس بدله فلا يجوز بيع الباقي من الرأبحة على ذلك الثمن اه اتفاقاً (قوله فالتعيب لهما فبقابلته الثمن) أي وكذا لو حبس نساءه كالنمرة والولد والصوف أو هلك بفعله أو بفعل الاجنبى وان هلك بأقصة سماوية جاز بيعه من الرأبحة من غير بيان اه زاهدى وذكر فى شرح عيون المسائل ولو أن رجلاً اشترى جارية ولها لبن فأجرها لترضع فله أن يبيعها من الرأبحة لان عقد الاجارة ما ورد على العين وانما ورد على المنافع فله أن يبيعها بالعوض وانما أخذ العوض عن المنافع الحادثة على ملكه اه (قوله قرض فار) القرض بالقاف والقاء اه من خط الشارح (قوله يبيعه من الرأبحة من غير

بيان) (ویراجح بالبيان بالتعيب ووطء الثيب) أي اذا تعيب المبيع من غير صنعه أو ووطئ الثيب يبيعه من الرأبحة من غير أن يبين لانه لم يحتس عند شئ بمقابلته الثمن لان الفاتى وصف وهو لا يقابل به شئ من الثمن بمجرد العقد لكونه تبعا ولهذا لو حدث بالمبيع عيب قبل القبض لا يسقط شئ من الثمن غير أن المشتري يتخير بين أخذه بجميع الثمن أو تركه وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن اذا لم ينقصها الوطء ومعنى أداء الامانة بالصدق وهو صادق اذا بقي جميع ما يقابل به الثمن وعن أبي يوسف في التعيب أنه لا يبيع من غير بيان كما اذا حصل بفعله وهو قول الشافعي وزفر على اختلاف تخريجهم فان زفر وجب البيان باعتبار أن المشتري لو علم أنه اشتراه غير معيب لم يرض به بذلك الثمن بعد ما دخله العيب والشافعي يوجب البيان باعتبار أن الاوصاف لها حصص من الثمن عنده ولا فرق فيها بين أن يحصل بفعله أو بأقصة سماوية ونحن نقول ما يقابل به الثمن كله قائم فلا يباين بذهاب ما لا يقابل به الثمن ألا ترى أنه لو توسع الثوب لا يجب عليه البيان فصار نظيره اذا نقص بتغير السعر وفي نوادر هشام ذكر محمد فقال هذا اذا نقصه العيب شيئاً يسيراً وان نقصه قدر ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بيعه من الرأبحة قال رحمه الله (وبيان بالتعيب ووطء البكر) أي يبيعه من الرأبحة بشرط أن يبين العيب اذا كان حادثاً بالتعيب منه سواء كان ذلك بفعله أو بفعل غيره وأخذ أرشه لانه صار مقصوداً بالاتلاف فبقابلته شئ من الثمن ووطء البكر تعيب لان العذرة جزء من العين فالتعيب لهما فبقابلته الثمن وان تعيب بفعل المبيع في نفسه كما اذا فقأ عين نفسه فهو عتلة مالو تعيب بأقصة سماوية فجاز أن يبيعه من الرأبحة من غير بيان لان فعله في نفسه هدر فلا يعتبر ثم اعلم أن المراد بقولهم يبيعه من الرأبحة من غير بيان أى من غير بيان أنه اشتراه سليماً بكذا من الثمن ثم أصابه العيب عنده بعد ذلك وأما بيان نفس العيب فلا بد منه بأن يبين العيب والثمن من غير أن يبين أنه اشتراه سليماً ثم حدث به العيب عنده لان بيان ما فيه من العيب واجب شرعاً لقوله صلى الله عليه وسلم من غشنا فليس منا فلا يجوز اخفاؤه ثم في كل موضع ليس له أن يبيعه من الرأبحة الا ببيان فلم يبين فلم يشتري أن يرد عليه اذا علم خيانتته وعلى هذا لو اشترى ثوباً فأصابه قرض فأرسله فحرق نار يبيعه من الرأبحة من غير بيان ولو تكسر بشره وطيه لا يبيعه من الرأبحة حتى يبين ما ينشأ من المعنى قال رحمه الله (ولو اشترى بالف نسبه وباع برمح مائة ولم يبين خير المشتري) لانه يتراد على الثمن لاجل الاجل فكان له شبهة بالمبيع والشبهة في هذا الباب ملحقه بالحقيقة فصار كأنه اشتري شيئاً وباع أحدهما من الرأبحة على غنم ما في ثبته له الخيار عند علمه بمثل هذه الخيانة أو نقول ان الثمن المؤجل أنقص في المالية من الحال ولهذا حرم الشرع النساء في الاموال الربوية فيكون ما أخذ من المشتري أزيد في الحكم فيثبت له الخيار عند علمه بذلك وكذا في التولية اذا علم أن الثمن كان مؤجلاً لا يثبت له الخيار لان الخيانة في التولية مثلها في المراجعة لانهم مبنيان على الثمن الاوّل قال رحمه الله (فان أئلف فعلم لم بألف ومائة) أي اذا أئلف المشتري المبيع في هذه الصورة ثم علم أن الثمن كان مؤجلاً لزمه ألف ومائة لان الاجل ليس بمال متقوم فلا يقابل به شئ من الثمن وانما فيه ترفه فيزداد الثمن لاجله فيثبت له الخيار فيما اذا كان المبيع قائماً انظر الهذلي الجانب لان اقتداه على المراجعة يقتضى السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا هلك أو استهلك المشتري لم يبق له الخيار

بيان) أي لان الاوصاف تابعة لا يقابلها شئ من الثمن اه غاية (قوله لا يبيعه من الرأبحة حتى يبين) أي لانه صار مقصوداً نظراً بالاتلاف اه غاية (قوله ولم يبين خير المشتري) أي فان شاء رده وان شاء قبل اه هداية (قوله وباع أحدهما من الرأبحة على غنم) أي وذلك حرام يجب الاحتراز عنه فكذلك اه اتفاقاً (قوله فيثبت له الخيار عند علمه بمثل هذه الخيانة) أي كما في العيب اه هداية (قوله فاذا هلك أو استهلك المشتري) أي بوجه بأن باعه أو بوجه آخر اه غاية (قوله لم يبق له الخيار) أي ولم يرجع بشئ اه اتفاقاً

(قوله نظرا لجانب عدم المالية في الاجل حقيقة) قال الاتقاني والاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فيما عتبار شبهة الحماية كان له أن يفسخ البيع إن كان المبيع قائما فاما أن يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك بمقابلة الاجل فلا اه (قوله بل يلزمه جميع الثمن) أي حالا كما في المراجعة اه اتقاني (قوله وعن أبي يوسف أنه يرد قيمة الهالك ويسترد كل الثمن الخ) قال الاتقاني رحمه الله قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير روى عن محمد أنه قال للمشتري أن يرد قيمته ويسترد الثمن لأن القيمة قامت مقامه وهذا على أصله مستقيم كما في التحالف والتراد أن القيمة قامت مقامه فكذلك ههنا وروى عن أبي يوسف في النوادر أنه قال يرد قيمة العين ويسترد الثمن وهو نظير ما قال فيمن كان له على آخر عشرة دراهم جيا فاستوفى زيوفا ولم يعلم حتى أنفقها برز زيوفا مثلها وأخذ الجيا اه (قوله في المتن ومن ولى) أي باع له بالتولية اه (قوله بما قام عليه الخ) المراد بما قام عليه ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن نحو الصبغ والقتل اه اتقاني (قوله في المتن ولو علم في المجلس خير الخ) ان شاء أخذوا وشاء ترك اه (قوله ونظيره بيع الشيء (٧٩) برقه) أي بعلامة أهلها البائع على الثوب أن غشه كذا فانه

معلوم عند البائع ومجهول عند المشتري وكان البيع فاسدا لجهالة الثمن اه اتقاني (قوله وانما يخير لخل في رضا الخ) قال الاتقاني وانما وجب الخيار لخل في الرضا لان الرضا لا يتحقق قبل المعرفة بقدر الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصواب وقد ورد الشرع في خيار الرؤية وهذا في معناه فكان ملحقا به اه

فصل في الاتقاني رحمه الله مسائل هذا الفصل لما كان البيع فيهما مقيدا بوصف زائد أشبهت المراجعة والتولية من حيث ان فيهما قيدان فاعلى أصل البيع وليكنها ليست بمراجعة ولا تولية ففيه

نظرا لجانب عدم المالية في الاجل حقيقة أو نقول تعذر الردي بالهلاك قبل طر خماره كسائر الخيارات من خيار الشرط أو الرؤية قال رحمه الله (وكذا التولية) أي التولية مثل المراجعة فيما ذكرنا من الخيار مادام المبيع قائما وبعد الهلاك أو الاستهلاك لا خيار له بل يلزمه جميع الثمن لما ذكرنا وعن أبي يوسف أنه يرد قيمة الهالك ويسترد كل الثمن كما قال فيما اذا استوفى عشرة زيوفا كان عشرة جيا وعل بعد الاتقاني يرد مثل الزيوفا ويرجع بالجيا وقال الفقيه أبو جعفر المختار للفقهاء أن يقوم المبيع بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع عليه بفضل ما بينهما للتعرف وهذا اذا كان الاجل مشروطا في العسقد وان لم يكن مشروطا فيه ولكنه معناه متعارف بينهم أن يؤخذ منه في كل جمعة قدر معلوم قيل لا بد من بيانه لان المعتاد كالمشروط والجمهور على أنه يبيع مراجعة بلا بيان لان الثمن حال وانما سماحه البائع واستوفى منه الثمن منجما وقد قالوا في المغبون غنما فاحشاله أن يرد على بائعه بحكم الغبن وقال أبو علي النسفي فيه روايتان عن أصحابنا وبقي برواية الردي فابا الناس وكان صدور الاسلام أبو اليسر يفتي بان البائع ان قال للمشتري قيمة مناعى كذا أو قال متاعى يساوى كذا فاشترى بناء على ذلك ونظير محله لافله الرد بحكم أنه غره وان لم يقل ذلك فليس له الرد وقال بعضهم لا يردبه كيفما كان والصحيح أن يفتي بالردان غره والا فلا قال رحمه الله (ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد البيع) لجهالة الثمن جهالة تفضي الى المنازعة قال رحمه الله (ولو علم في المجلس خير) لان جهالة الثمن فساد في صلب العقد لأنه في مجلس العقد غير متقرر لان ساعات المجلس كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا ليسر فصار التأخير الى آخر المجلس عفوا كما في القبول الى آخر المجلس يرتبط بالايحاب وان تخلات بينهما ساعات فكذا العلم الحاصل في آخر المجلس كالمعلم الحاصل في أوله فيصح على تقدير الابتداء أو ما بعد الافتراق فاصلاح لا ابتداء لانه قرر الفساد بالافتراق وهذا فساد لا يمتثل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقه فان البيع فيه فاسد فان علمه البائع في المجلس صح والا فلا وانما يخير لخل في رضا لان الرضا بالشيء لا يتم قبل العلم

فصل في الاتقاني رحمه الله (صح بيع العقار قبل قبضه) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اشتريت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه رواه أحمد ولأنه لا يقدر على

بالفصل لهذا اه (قوله وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف) قال الاتقاني وهو الاستحسان والقياس أن لا يجوز وهو قول محمد وزفر والشافعي كذا قال في شرح الطحاوي وصحة القبض بأحد الامر من ابا التخليصة كما في المنقول وغيره أو بحقيقة القبض كما في المنقول وجه قول محمد عموم النهي وهو ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عما يقبض وهو بعومه يشمل المنقول والعقار جميعا ولان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز فكذا غير المنقول لان عدم القبض موجود فيه ما جميعا ولان المقصود من البيع الرجوع ورجع مالم يضمن منه شي شرعا والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض كما في المنقول لانه لم يدخل في ضمانه ولهذا لا يجوز زيارته قبل القبض اه (قوله ولهما أنه لا يتوهم انفساخ العقد فيه) والاصل فيه أن مالا ينفسخ العقد فيه بالهلاك فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبذل الخلع والعق وبذل الصلح عن دم العمد وعلل الكرخي في مختصره بقوله لان هلاكه لا ينقض العقد ويكون على الذي بدله قيمته اه

(قوله وبدل الصلح عن دم العبد) أي فإن التصرف فيها جائز قبل القبض اه (قوله وهذا لان هلاك العقار نادرا الخ) قال الاتقاني ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله فجاز وانما لم يجز بيع المنقول قبله لتوهم انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه قبل القبض وهذا المعنى لا يوجد في العقار لانه لا يرد عليه الهلاك الا نادرا بغلبة الماء والرمل أو تخريب القار والنادر لا يعتد به اه (قوله بأن كان على شط النهر ونحوه) أي بأن كان على طرف المغارة الغالب عليها الرمل اه اتقاني وكتب مانصه وكذلك اذا كان المبيع علوا لا يجوز بيعه قبل القبض لتصور هلاكه اه محيط (قوله وما رواه معلول الخ) قال الاتقاني والجواب عن الحديث فنقول المراد منه بيع المنقول وما يمكن قبضه بالبراجم لانه هو القبض في الحقيقة يدل عليه ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن تباع السلع حيث تباع حتى تحوزها التجار إلى رحالها لان الحوزة إلى الرحل لا يكون إلا في المنقول ولانه عام بخصوص ألا ترى أنه يجوز الاعتاق قبل القبض والوصية قبل القبض فيقتض بالمنقول لانه هو المراد اجماعا وفي غيره خلاف ولان القياس أن يجوز بيع المنقول قبل القبض أيضا لدلائل حوزا للبيع من الكتاب والسنة والاجماع إلا أنه ترك القياس بالحديث فلم يجز بيعه قبل القبض وعلى الحديث بغير انفساخ العقد بهلاك المبيع لان العام اذا لم يمكن اجراؤه على العموم حل على أخص الخصوص ثم قال الاتقاني (٨٠) فان قلت في العقار أيضا يتوهم انفساخ العقد بأن يرد بالعيب قلت لا يستقيم ذلك لانه حين

تسلمه قبل قبضه فلا يجوز بيعه كالمقول ولهذا لا تجوز اجارته قبل القبض ولهم ما أنه لا يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك وهو مقدور التسليم فصار كالمهر وبدل الخلع والعرق وبدل الصلح عن دم العبد وهذا لان هلاك العقار نادرا ولا يمكن تعييبه ليصيرها لكاحك حتى لو تصور هلاكه قبل القبض قالوا لا يجوز بيعه وذلك بأن كان على شط النهر ونحوه وما رواه معلول بغير انفساخ العقد بهلاكه قبل القبض وذلك لا يتصور فيه الا نادرا والنادر لا حكم له فصار كاختمال غرر الانفساخ بالاستحقاق بعد القبض فيه وفي المنقول والدليل على أنه معلول به أن التصرف في الثمن قبل القبض جائز لانه لا غرر فيه وكذلك التصرف في المهر ونحوه جائز قبل القبض لما أمن منه والفقه فيه أن المطلق للتصرف وهو الملك قد وجد لكن الاحتراز عن الغرر واجب ما أمكن وذلك فيما يتصور فيه الغرر والاجارة قبل القبض قيل على هذا الخلاف قلنا أن نمنع وقيل انه لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح والفرق لهم ما أن المعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر لانهم يجزئ المنقول قال رحمه الله (لا يبيع المنقول) أي لا يجوز بيع المنقول قبل القبض لما روينا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه رواه مسلم وأحمد ولان فيه غررا انفساخ العقد على اعتبار الهلاك قبل القبض لانه اذا هلك المبيع قبل القبض ينسخ العقد فيبين أنه باع ما لا يملك والغرر حرام لما روينا وفي المحيط لو باع غير المنقول قبل القبض ان كان المشتري الأول نقد الثمن فالبيع الثاني نافذ لانه قادر على التسليم اذ ليس للبائع منع المبيع عنه وان لم ينقد الثمن فالبيع الثاني موقوف وهو الاصل كبيع المهر ولو كاتب العبد المبيع قبل القبض توقفت كتابته وكان للبائع حبسه بالثمن لان الكتابة محبة له لا ينسخ فلم تنفذ في حق البائع نظرا له وان نقد الثمن نفذت الكتابة لزوال المانع ولو وهب المبيع قبل القبض أو تصدق به أو أقرضه أو رهنه من غير البائع لم

جازا البيع فيه قبل القبض يصير المبيع ملكا للمشتري الثاني فيه عد ذلك لا يقدر المشتري الأول على رده بالعيب فزال توهم انفساخ العقد فان قلت غرر انفساخ العقد موجود بعد القبض أيضا بظهور الاستحقاق فكيف لم يلغى اليه فوات لان الحديث معلول بغير انفساخ العقد فيما قبل القبض لان المراد به أخص انصوص لما قلنا على أنا نقول يلزم حينئذ أن يكون باب البيع مسدودا وهو مفتوح بدليل حوزا للبيع اه (قوله في المشتري لا يبيع المنقول) قال الاتقاني رحمه

الله ولان في المنقول غرر انفساخ العقد الاول على اعتبار هلاك المبيع قبل القبض فيبين حينئذ أنه باع ملك الغير بغير إذنه يجوز وذلك مفسد للعقد وقد روى في السنن مسندا إلى الاعرج عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرور ما طوى عنك علمه وجهلة القول فيه ما قال صاحب الايضاح أن كل عوض ملك بعقد ينسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه كالمبيع والاجرة اذا كانت عينا وبدل الصلح اذا كان معينا وما لا ينسخ العقد بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الخلع والعرق على ما دل وبدل الصلح عن دم العبد وعلى الكرخي في مختصره بقوله لان هلاكه لا يقتض العقد ويكون على الذي بذله قيمته اه (قوله ولان فيه غرر انفساخ العقد) أي العقد الاول وقسمه بعض الشارحين بقوله أي العقد الثاني وكأنه سهوا القلم أو غلط في الاصل اه غايه (قوله وفسره بعض الشارحين) أراد به صاحب النهاية اه (قوله وفي المحيط لو باع غير المنقول الخ) قال شيخنا صلاح الدين رحمه الله في حواشي ابن فرشتة بعد أن ساق ما نقله الزيلعي عن المحيط مانصه الظاهر أن لفظة غير في قوله لو باع غير المنقول زائدة لان صاحب المحيط قال ويجوز بيع العقار قبل القبض الخ ثم قال ثم ان كان المشتري الاول نقد الثمن فالبيع الثاني نافذ الخ وهذا انما يتأتى في المنقول اذ بيع العقار جائز من غير توقف على نقد الثمن لكن لما ذكره عقيب تفرغ العقار توهم الشارح أن ذلك في غير المنقول وليس الامر كذلك وإليه أعلم (قوله ولو وهب المبيع قبل القبض الخ) قال في شرح الطحاوي ولو أوصى لرجل قبل القبض ثم مات قبل القبض صحته الوصية

بالاجماع لان الوصية أخت الميراث ولومات قبل القبض يكون موروثا لاورثة فكذلك الوصية اه اتقاني (قوله ولو وهب المبيع من البائع الخ) ولورثته من البائع لان البائع لا يصلح نائباً عنه في القبض اه محيط (قوله بخلاف البيع) أي فانه لا يحتمل المجازعن الاتفاق لانه صدها اه (قوله في المتن ولو اشترى مكيل الخ) قال الاتقاني وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة قال اذا اشترت شيئا بمكيل أو بوزن أو بعه فاشترت ما يكال كيلا أو ما يوزن وزنا أو ما يعد عدلا فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه أو تعده فان بعته قبل أن تفعل وقد قبضته فالبيع فاسد في الكيل والوزن وان اشترت مذارعة وقبضته ثم بعته قبل أن تذرعه فالبيع جائز هذا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير ذكر أولاً أنه لا يبيع العددي اذا اشتراه عددا حتى يعده ولم يذكر أنه لو باعه قبل العد ما حكه وقال أبو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر أبو يوسف في الامالي فقال في قول أبي حنيفة لا يجوز في قول أبي يوسف في مختصر الكرخي ثم ذكر الفقيه في شرح بمنزلة السكيل والوزن وأبو يوسف جعله بمنزلة الذرع وهكذا ذكر الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف في مختصر الكرخي ثم ذكر الفقيه في شرح الجامع الصغير قول محمد مع أبي يوسف وهكذا ذكر عامة مشايخنا في شروح الجامع الصغير واليه ذهب صاحب الهداية ولو كان ذلك الامام الاسيحي في شرح الطحاوي قول محمد مع أبي حنيفة ثم اعلم أن الاموال ثلاثة أقسام مقدرات كالكيل والوزن وعدديات ومذروعات ففي القسم الاول ان كان اشتراه مجازفة وقبضه جاز تصرفه قبل الكيل والوزن لان الكل مبيع فيكون باعاً عملاً نفسه جاز وهذا معنى قوله بخلاف ما اذا باعه مجازفة وان اشتراه بشرط الكيل والوزن بأن قال اشترت على أنها عشرة أفقرة أو على أنه كذا مالاً لم يجز تصرفه حتى يعد الكيل والوزن وذلك لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (٨١) أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري

فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري فلما ثبت بهذا الحديث حكم الكيل ثبت حكم الوزن أيضاً لانهم ما يجريان مجرى واحدا لانهم ما شرطوا الربا والفقه فيه أن النهي عن البيع يدل على فساده اذا كان لمعنى في المبيع وهو جهالته بيان ذلك أن البيع تناول ما يحويه الكيل والوزن وهو مجهول لاحتمال الزيادة والنقصان فان زاد رد

يجز عند أبي يوسف لانه عقد عليك بمنزلة البيع والاجارة ويجوز عند محمد وهو الاصح لان هذه التصرفات لا تجوز الا بعد القبض وغير البائع يصلح نائباً عن المشتري في القبض فيصير قبض المأمور قبضه أو لا يحكم النيابة ثم يصير قبض نفسه بالتكليف بخلاف البيع لانه يفيد الملك قبل القبض وتكليف المبيع قبل قبضه فاسد وما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز اجارته لانها بيع المنفعة فلا تجوز بيع العين لتمكن غرر الانقاسخ فيها بل لا العين المستأجرة ولا يجوز بيع الاجرة العين قبل القبض لانه بمنزلة المبيع ألا ترى أن العين لو هلك انتقضت الاجارة ويجوز تزويج الامه المبيعة قبل القبض لان تمكّن الغرر فيه لا يمنع جوازها ألا ترى أنه لو تزوج أمته لا بقة جاز وان تمكّن الغرر فيه فانها لا يدرى أحية هي أم ميتة ولو وهب المبيع من البائع قبل قبضه فقوله البائع انتقض البيع ولو باعه منه لم يصح هذا البيع ولم ينتقض البيع الاول والفرق أن الهبة مجازعن الاتفاق يقال هب لي ذبي وأقنني عتري بخلاف البيع قال رحمه الله (ولو اشترى مكيلاً كيلا حرم بيعه وأكله حتى يكيله ومثله الموزن والمعدود) أي لو اشترى المكيل بشرط الكيل أو الموزن بشرط الوزن أو المعدود بشرط العدل يجزله أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن والعدد وان كان بعد القبض لقول جابر انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع

(١١ - زيلعي رابع) الزيادة وان نقص رجع بحصته من الثمن فاذا كان يكون فيه احتمال خلط المبيع بغير المبيع والتحرر عن مثله واجب فلم يجز التصرف فيه بعد القبض قبل الكيل والوزن وان كالم البائع قبل البيع بحضرة المشتري أو غيبته لا يعتبر ذلك لانه ليس صاع البائع ولا صاع المشتري والشرط أن يوجد الصاعان منهما بالحديث وان كاله أو وزنه بعد العقد بحضرة المشتري مرة فيه اختلاف المشايخ قال عامةهم كفاه ذلك حتى يحل للمشتري التصرف فيه قبل الكيل والوزن نائباً وعند البعض لا بد من الكيل والوزن مرتين احتجاجاً بالحديث والصحيح قول العامة لان الغرض من الكيل أو الوزن اعلام المبيع واقراره وذلك يحصل بالواحد فلا حاجة الى الاعادة قالوا بالحديث ورد فيما اذا وجد عقدان بشرط الكيل بأن يشتري المسلم اليه من رجل كرامتاً كرامتاً وأمر رب السلم بقبضه اقتضاء عن السلم فان تم بشرط صاعان صاع السلم وصاع لرب السلم بعد ذلك فيكيله للسلم اليه أو لا ثم يكيله لنفسه لان ههنا وجد عقدان بشرط الكيل فيشترط لكل عقد كمل على حدة قلنا اذا كاله البائع بعد العقد بغيبة المشتري فلا يعتبر ذلك على قول ذلك البعض بلا شك وأما على قول عامة المشايخ فالصحيح أنه لا يكتفى بذلك حتى يوجد كيل آخر بحضرة المشتري لان الكيل من جهة التسليم لان به تمايز المعقود عليه من غيره والتسليم من الغائب لا يتحقق فاذا لم يفعل حتى باعه بعد ما قبضه فسد لجهالة المبيع لانه يحتمل أن يزيد فيخلط المبيع بغيره واستدلوا بما ذكر في الجامع في بيع قضين من صبرة اذا كالم البائع منه فغيراً بغير حضرة المشتري فهلك أن البيع قائم بتعين فيما سبق ولا يقع به الافراز ومستلثنا وتلك المسئلة على السواء قال فاضلخان وان اشترى مكيلاً وباع مجازفة قبل الكيل في ظاهر الرواية لا يجوز وذكر ابن رستم في نوادره أنه يجوز اه

(قوله وفي المحيط لو كان المكيل والموزون ثمتا) أي بأن باع شيئا بمكيل أو موزون في الذمة وأما إذا كانا مشارا إليهما فلا يجوز التصرف فيه ما قبل القبض اه (قوله) (٨٣) والحديث محمول (الح) قال في المستصفي ومحل الحديث اجتماع الصفتين بشرط

المكيل وصورة رجل أسلم في كرفل ساحل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم أن يقبضه قضاءه يكن قضاءه وان أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فأكاله ثم أكال لنفسه جاز كذا في الجامع الصغير والبسوط اه
 فرع استقرض ثم قضاء فقبض المقرض من غير كيل حصل له التصرف بلاكيل بخلاف البيع اه منية (قوله في المتن لا المذروع) قال الاتقاني رحمه الله وأما المذروعات كالثوب والعقار ونحو ذلك فان اشترى مجازفة أو بشرط الذرع بأن اشترى على أنه عشرة أذرع مثلا فقبضه يجوز له التصرف فيه قبل الذرع لان احتمال خلط المبيع بغيره ليس ثابت لان الذرع صفة عينية لا الأصل لا يبقا له شيء من الثمن اه (قوله في المتن وصح التصرف في الثمن الح) اعلم أن التصرف في الاعمان وسائر الذون من المهر والاجرة وضمان التلقات ونحوها سوى الصرف والسلم جائز قبل القبض لان الملك مطلق وكان القياس أيضا ذلك في المبيع المنقول الا أنه ترك ذلك

البائع وصاع المشتري رواه ابن ماجه والدارقطني وعن عثمان أنه قال كنت أبيع التمر من بطن من اليهود يقال لهم بنو قينقاع وأبيعه برمح فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا عثمان إذا ابتعت فأكال وكذا ابتعت فكل رواه أحمد ولان الكيل والوزن والعقد من تمام القبض فاصل القبض شرط لجواز التصرف فيه على ما يناف كذا تمامه ولانه يحتمل أن يريد على المشروط وذلك لا ينافي في المقدرات والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما إذا باعه مجازفة لان الزيادة إذا وجدته أكثر من كيل البائع بان كان كاله قبل البيع وبخلاف ما إذا باع الثوب مذارعة ولم يسم لكل ذراع مثلا لان الزيادة إذا الذرع وصف فيه بخلاف ما إذا بين لكل ذراع مثلا لانه بذلك التحق بالقدرة في حق الزيادة الثمن على ما بينا فصار المبيع في هذه الحالة هو الثوب المقدور وذلك يظهر بالذرع وهذا لان القدرة معقود عليه في المقدرات حتى يجب عليه رد الزيادة فيما لا يضره التبعض وتلزمه الزيادة من الثمن فيما يضره وينقص من ثمنه عند انتقاصه هذا اذا كان الموزون غير الدراهم والدنانير أو الدراهم والدنانير فيجوز التصرف فيه ما بعد القبض قبل الوزن لان الوزن فيهم مأخذه عن تعيين المستحق بالعقد وفي غيرهما لم يأخذه كذا في الايضاح وفي المحيط لو كان المكيل والموزون ثمتا يجوز التصرف فيه قبل الكيل والوزن لان الكيل والوزن من تمام القبض ويجوز التصرف في الثمن قبل القبض فلان يجوز قبل تمامه أو في فصار كالمهر المكيل فاذا كان كيل المبيع شرطا لجواز التصرف لا يعتبر كيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس بكيل البائع والمشتري وهو الشرط ولا كيله بعد البيع مع غيبة المشتري لان الكيل من تمام التسليم لان المبيع به يصير معلوما ولا تسليم الاجزائه ولو كاله البائع بحضرة المشتري بعد البيع قبل لا يكتفي به نظاها الحديث فانه اشترط فيه صاعين والصحیح أنه يكفي به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد ونحوه تحقيق معنى التسليم والحديث محمول على ما اذا اجتمعت الصفتان على ما تبينه في باب السلم ان شاء الله تعالى وجعل في المختصر المعداد كالمكيل والموزون وهو مروى عن أبي حنيفة واختاره الكرخي وعنه أنه كالمذروع وهو قول أبي يوسف ومحمد لانه ليس بمقدر لا ترى أنه يجوز بيعه بجنسه متفاضلا كالمذروع وجه الاول أن المعداد المتقارب يساوي المكيل والموزون فيما يتعلق به الفساد وهو وجهه المبيع لاحتمال الزيادة فان من اشترى جوزا على أنه ألف فوجده أكثر يرد الزائد وان وجده أنقص سقط عنه الثمن بحصته بخلاف الربا لانه مبني على المماثلة بدليل بوجيها وهذا أظهر ولو اشترى المكيل أو الموزون شراء فاسد فقبضه ثم باعه بغير كيل أو وزن فالبيع الثاني جائز لان الملك في البيع التام سد يثبت بالقبض فصار الماول كقدر المقبوض لا قدر المذ كورفيه فصار نظير من استقرض طعاما بكيل ثم باعه مكيالا لا يحتاج الى إعادة الكيل كذا في الايضاح وهذا الاستشهاد يستقيم على قول من شرط اكيل من ثمن في المبيع قال رحمه الله (لا المذروع) أي لا يحرم التصرف في المبيع المذروع بعد القبض قبل الذرع وان اشترى بشرط الذرع لان الذرع وصف له وليس بقدر فيكون كاله للمشتري بلا زيادة ثمن ولا نقصان ان وجده زائدا أو ناقصا هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمتا وان سمي فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (وصح التصرف في الثمن قبل قبضه) لان المطلق للتصرف الملك وقد ثبت له فيه الملك والنهي ورد في المبيع لاحتمال غرر الانفساخ ولا يتصور ذلك في الثمن لانه في الذمة ولا يتعين بالتعيين ولان الثمن ماوجب في الذمة والقبض لا يرد عليه حقيقة وانما يقبض غيره مثله عينا فيكون مضبوذا عليه فيلتزم ان قصاصا وهذا نص في نفسه ولا يتصور خلاف ذلك ولا فرق في ذلك بين أن يكون المقبوض من جنسه أو من خلاف جنسه اذا سلك معاوضة وقد روى عن ابن عمر أنه قال كان يبيع الابل بالبيع فأتاخذ

للحديث وهو ماول بغير انفساخ العقد ولم يوجد هذا المعنى في الاعمان والديون قاله الاتقاني ثم قال وأما الميراث مكان فالتصرف فيه جائز قبل القبض لان الوارث يختلف الموروث في الملك وكذا الموصي له لان الوصية أخت الميراث اه

مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم فكان يجوز له رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف السلم حيث لا يجوز أن يأخذ بخلاف جنسه لأنه وإن كان ديناً جعله الشرع كالمبيع المعين في حق التصرف وكذا بديل الصرف لما عرف في موضعه والمراد بالتصرف في الثمن فذلك من عليه الدين يعرض أو بغير عوض حتى لا يجوز أن يملكه من غير من عليه الدين قال رحمه الله (والزيادة فيه والخط منه والزيادة في المبيع ويتعلق الاستحقاق بكمه) أي يجوز للشئ أن يزيد في الثمن ويجوز للبائع أن يحط من الثمن وأن يزيد في المبيع ويلتحق بأصل العقد ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك حتى لا يكون للشئ أن يطالب بالمبيع حتى يدفع الزيادة والبائع أن يحبس حتى يستوفي الزيادة وملك المشتري المطالبة بتسليم المبيع كما بتسليم ما بقي من الخط وقال زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لأنه لا يمكن تصحيح الزيادة إنما ادبه يصير ملكه عوض ملكه المبيع وكذا الخط لأن جميع الثمن صار مقابلاً لجميع المبيع فلا يمكن إخراج فصار بامتناء ألا ترى أن الزيادة في المهر لا يلتحق بأصل العقد حتى لا يتصرف بالطلاق قبل الدخول ولهذا حط الكل لا يلتحق بأصل العقد بل هو برميته فكذا لبعض اعتبار الجزء بالكل ولما أنهم ما بالخط والزيادة غير أن العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه خاسراً أو راجحاً أو عدلاً ولهما ولاية ذلك ألا ترى أن لهما أن يجعله لازمًا باسقاط الخيار أو غير لازم باشتراطه بعد أن وقع العقد على خلافه وهذا لأن لهما ولاية الرفع بالكتابة بالتقابل فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير لأنه دونه لكونه وصفه فإذا صح التحق بأصل العقد ولزم كزومه لأن وصف الشيء يقوم به لا بنفسه دل عليه قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضىتم به من بعد الفريضة أي في فريضة بعد الفريضة وهذا نص على أن حكم الزيادة المفروضة بعد العقد حكم المفروض في العقد إلا ما قام الدليل عليه وقد قام الدليل على أنه لا يتصرف بالطلاق قبل الدخول إلا ما كان مسمى عند العقد ولهذا لم يسم في العقد شيئاً ثم اتفقت على تسمية لا يتصرف به وإن كان واجباً وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضاً عن ملكه ولا المحطوط ثمناً غير خارج عن العقد بخلاف حط الكل لأنه تبديل لصلته لأنه يتقلب بهبة أو يباع لا عن فيفسد وقد كان من قصدهما التجارة بعقد مشروع من كل وجه فالالتحاق فيه يؤدي إلى تبديله فلا يلتحق به ثم فائدة الالتحاق تظهر في التولية والمراجعة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويماشر على الباقي في الخط ويظهر أيضاً في الشفعة حتى يأخذ بما بقي بعد الخط وإنما يلزمه الزيادة لأن فيه إبطال حقه الثابت بالمبيع الأول وهم لا يعلمونه ألا ترى أنه يتمقض جميع تصرفات المشتري حتى الفسخ ويظهر أيضاً فيما إذا استحق المبيع حتى يرجع المشتري على البائع بالزيادة ولو أجاز المشتري البيع كان له أن يطالب بالزيادة ويظهر أيضاً في حق الفساد في الصرف حتى لو باع الدراهم بالدراهم متساوية ثم زاد أحدهما أو حط ورد المحطوط وقبل الآخر قبض المزد في الزيادة أو المردود في الخط ففسد العقد كأنهما قد داه كذلك من الابتداء وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يجوز الزيادة ولا تصير بهبة مبتدأة وكذلك الخط لا يصح ولا يصير بهبة مبتدأة حتى يجب عليه أن يرد المحطوط وقال محمد في الزيادة مثل قول أبي يوسف وفي الخط يكون بهبة مبتدأة ويظهر أيضاً فيما إذا زاد على المبيع حتى يصير له حصة من الثمن للحال حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شيء من الثمن بهلاكها قبل القبض والفرق أن الزيادة المشروطة صارت تبعاً للأصل في حق الثبوت ضرورة الصحة فإذا صححت زالت الضرورة فزال التبعية وبقيت الأصلية في حق الالتحاق بأصل العقد كأنها كانت موجودة وقت العقد فأمكن تقدير ورود العقد عليها فصار كأن العقد ورد على الأصل وعلى الزيادة جميعاً وأما الزيادة المتولدة بعد وفاة العقد فلا يمكن إلحاقها بأصل العقد فصارت مملوكة بملك الأصل لا بالعقد فإذا قبضها صارت أصلًا بالقبض لأن للقبض شبهة بالعقد فيصير

(قوله في المستثنى والزيادة فيه والخط منه والزيادة في المبيع) ذكر المصنف رحمه الله الزيادة في الثمن والخط منه والزيادة في المبيع وسكت عن الخط منه ولم أر من تعرض له من الشارحين لكن قال في المحيط استثنى فغير حنطة بعينه خط عن البائع ربه قبل القبض لم يجز لأنه عين واسقاط العين لا يصح ولو اشترى قفيزاً من صبرة ثم حط عنه ربه قبل القبض جاز لأنه دين واسقاط الدين يصح أه وكتب ما نصه ويشترط القبول في مجلس الزيادة ولو لم يقبل حتى افترا بطلت وكذا الزيادة في المهر أه طر سوسى (قوله بتسليم ما بقي منه) أي الثمن بعد أه اتقاني (قوله وتظهر أيضاً فيما إذا استحق المبيع حتى يرجع المشتري) أي وكذا إذا استحق يرجع على البائع بما بقي بعد الخط أه مستحق

(قوله ثم الزيادة لا تصح الخ) والنصران إذا تباعا خرا ثم أسلم لم تجز الزيادة في الثمن لأنه كالهالك في حق المسلم اه اتقاني (قوله ثبت ثم يستند) أي ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابلها اه (قوله وعلى هذا الخلاف في الزيادة على مهر المرأة بعد موتها) أي وكذا بعد الطلاق البائن وبعد انقضاء عدتها في الطلاق الرجعي اه أنفع الوسائل (قوله في المتن وتأجيل كل دين غير القرض) قال في المستصفي فإن تأجيله لا يصح حتى يثبت له ولاية المطالبة في الحال إذا أجله عند الاقراض مدة معلومة أو بعده اه وكتب ما نصه قال الطحاوي في مختصره في باب المضاربة ومن كان عليه دين (٨٤) من غير قرض فأخره إلى أجل لزمه التأخير فصار كأنه كان في أصله مؤجلا وإن كان من قرض

لها حصّة من الثمن حتى لو وجد بأحدهما عيبا رده بحصته من الثمن بقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض ويظهر أيضا فيما إذا زوج أمته ثم أعتقها ثم زاد الزوج على مهرها بعد العتق تكون الزيادة للمولى ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لأن المبيع لم يبق على حال يصح الاعتراض عنه والشئ يثبت ثم يستند بخلاف الخط لأنه اسقاط محض فلا يشترط لصحته قيام العقد وقال في المحيط وفي رواية النواذر تجوز الزيادة بعد الهلاك بمنزلة الخط لأن الزيادة حال ثبوتها لم يقابلها عوض وانما يقابلها بعد التحاقيها بأصل العقد في غير قيام المبيع حالة الالتحاق لاحالة الثبوت وذكر محمد في المنتقى لو اشتري جارية وقبضها فماتت فزاد البائع جارية أخرى جاز لأن هذه الزيادة تثبت بمقابلة بالثمن والثلث قائم ولو زاد المشتري في الثمن لم يجز لأن الزيادة في جانبه تثبت بمقابلة بالمبيع والمبيع هالك وهالك المبيع يمنع الزيادة في الثمن والهالك الحكي ملحق بالهالك الحقيقي وذلك بأن باع المبيع ثم اشتراه ثم زاد في الثمن لا يجوز لأنه يتبدل بسبب الملك ارتفع العقد الأول وصار العقد عليه هالكًا حكمًا ولو أعتق المبيع أو كاتبه أو دبره أو استولد الأمة أو تحمّر العصير أو أخرجه عن ملكه ثم زاد عليه جاز عند أبي حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الخلاف في الزيادة على مهر المرأة بعد موتها وانما يلحق الخط بأصل العقد إذا لم يكن المخطوط تبعًا ووصفًا أما إذا كان تبعًا فلا يلحق بأصل العقد حتى لو اشترى دارًا بألف جنياد فنقدت يوفى أو نهجته وورضى البائع بذلك فإن الشفيع لا يأخذ إلا بالجياذ وكذا لو اشترى دارًا بعبد فاعور وورضى به البائع فإن الشفيع يأخذ الدار بقيمة العبد صحيحًا ولا تجوز الزيادة في المسلم فيه لأنه معلوم حقيقة وانما جعل موجودا في الذمة لحاجة المسلم إليه والزيادة في المسلم فيه لا تدفع حاجته بل تزيد في حاجته فلا يجوز وكذا لا تجوز الزيادة في المنكوحه لأن الشرع ما ورد به تلك الزيادة المتولدة من المملوكة بالنكاح تبعًا للمنكوحه قال رحمه الله (وتأجيل كل دين غير القرض) أي يجوز تأجيل كل دين غير دين القرض لأن المطالبة بحقه فيه أن يؤخره ألا ترى أنه عليك اسقاطها بالابراء فأولى أن عليك اسقاطها مؤقتًا بالتأجيل ولو أجله إلى أجل مجهول ينظر فإن كانت الجهالة فاحشة كهبوب الربح لا يصح وإن كانت يسيرة كالتأجيل إلى الحصاد جاز كافي الكفالة وقد ذكرناه من قبل وفي دين القرض لا يجوز التأجيل خلافا لما لاك هو يقول أنه حقه فيجوز تأخير المطالبة فيه كافي سائر الدون ولنا أن القرض عارضة وصلة ابتداء ولهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملك من الاعلاء التبرع كالصبي والمولى والمكاتب والعبد المأذون له في التجارة ومعاوضة انتهاء حتى يلزمه رد مثله فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كالأعارة فإن المعبر إذا وقت له أن يرجع فيه قبل الوقت وعلى اعتبار الانتهاء لا يجوز التأجيل لأن الجنس باق فإداه يحرم النساء لاسيما إذا مكنت العلة وحرم التفاضل بها ولأن الأجل لو لم فيها صار التبرع ملزمًا على المتبرع وهو لا يجوز لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل بخلاف ما إذا أوصى بأن يقرض فلان من ماله ألف درهم إلى سنة حيث يجوز من الثلث ويلزم ولا يطالب حتى تعضي المدة لأنه وصية بالتبرع والوصية يتسامح فيها ما لا يتسامح في غيرها نظير الموصى ألا ترى أنها تجوز بالخدمة والسكنى وتلزم

لم يجز ذلك حالا اه وكتب أيضا ما نصه قال في شرح الأقطع قال زفر لا يلتحق الأجل بالعقد وبه قال الشافعي لأنه دين حال فلا يتأجل كالقرض اه اتقاني (قوله فإن كانت الجهالة فاحشة كهبوب الربح) أي ومجيء الحاج وقدوم رجل من سفره اه اتقاني (قوله جاز كما في الكفالة) أي بخلاف البيع إلى الحصاد والدياس والخيذان فإنه يفسد البيع لأفضائه إلى المنازعة وقد بينا ذلك في آخر البيع الفاسد وهو المراد بقوله وقد ذكرنا من قبل اه اتقاني (قوله فإن المعبر إذا وقت) أي إلى سنة اه مستصفي (قوله أنه أن يرجع فيه) أي من ساعته اه مستصفي وكتب ما نصه والجهالة في صحة تأجيل القرض أن يحيل المستقرض المقرض على آخر دينه ويؤجل المقرض ذلك الرجل مدة معلومة فإنه يصح اه فصول العبادية وذكر هذا الشارح رحمه الله تعالى في باب الكفالة من هذا الشرع أنه إذا تكفل بالمال الحال

مؤجلا إلى شهر يتأجل على الأصل أيضا اه ومثله في الكافي ولكن الشارح لم يذكر حيلة في تأجيل القرض وكذا في الكافي اه باب (قوله وعلى اعتبار الانتهاء لا يجوز الخ) قال في المستصفي وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسبته والتأجيل انما يكون في حالة البقاء فلهذا لا يصح أو يقال إن بدل القرض في الحكم كأنه عين المقبوض اذ لو لم يجعل كذلك كان مبادلة الشئ بجنبه نسبية وأنه حرام وإذا كان كذلك يكون عارية ابتداء وانتهاء والتوقيت في العواري غير لازم فكذا الأجل في القرض ولو صححنا على معنى أنه يصير لازما لآخر جنبه من أن يكون عارية ومن أن يكون بدل القرض في حكم عينه فيكون مبادلة الشئ بجنبه نسبية وأنه حرام وهذا الوجه أوجه اه

باب الرابع

الربا اسم من ربا الشيء يربوا إذا زاد والمصدر ربا اه عني ذكر الربا وهو منهي عنه بقوله تعالى لا تأكلوا الربا بعد ما ذكر أبواب البيع وهو مأثور به بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله لأن النبي يقول الأمر بالامر طلب الاجاد والنهي طلب الاعداء واعداء الشيء يقتضى سابقة وجوده للاحتمال اه اتقاني وكتب مانصه اعلم أن الربا نوعان ربا الفضل وربا النسيئة فالاول فضل مال على القدر الشرعي وهو الكيل والوزن عند اتحاد الجنس والثاني فضل الحلول على الاجل وفضل العين على الدين في المكيلين والموزونين عند اختلاف الجنس أو في الجنس غير المكيلين والموزونين اه اتقاني وكتب أيضا على قوله باب الربا مانصه هو من البيوع المنهية قطعا بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا بسبب زيادة فيه فناسيته بالمرابحة أن في كل منهما زيادة لأن تلك حلال وهذه منهيبة والحل هو الاصل في الاشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه الزيادة والربا بكسر الراء وفحه خطأ اه فتح (قوله وسمى المكان المرتفع ربوة) قال في المصباح والربوة المكان المرتفع يضم الراء في الاكثر والفتح لغة بني تميم والكسر لغة اه (قوله والشعير بالشعير والتمر بالتمر) وتخصيص هذه الاشياء الستة بالذرة لان عامة المعاملات السكائنة يومئذ بين المسلمين كان فيها اه كمال (قوله في المتن وعلمته) قال في الهداية فالعلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس قال رضى الله عنه وبه قال القدر مع الجنس وهو أشمل اه قال الكمال (٨٥) وقد يقال بدل الكيل والوزن القدر وهو أشمل وأخصر لكنه يشمل ما ليس

بصحح اذ يشمل الذرع والعدو وليس من أحوال الربا اه وكتب مانصه ثم اعلم أن الخبر المروي عن أبي سعيد وعبادة معلول أم لا قال القائلون بأجمعهم انه معلول اسكنهم اختلافوا في العلة فقال أصحابنا العلة القدر مع الجنس وعدوا هذا الحكم الى كل مكيل أو موزون قبول بجنسه حتى أثبتوا هذا الحكم في الجص والنورة ونحوه ما لوجود الكيل وأثبتوه في الحديد والنحاس والرصاص ونحو ذلك لوجود الوزن اه اتقاني

باب الربا

قال رحمه الله (هو فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال) وهذا في الشرع وفي اللغة هو مطلق الزيادة قال الله تعالى وما اتيتهم من ربا الى قوله فلا يربو عند الله وسمى المكان المرتفع ربوة لزيادته على سائر الاماكن ارتفاعا والربا محرم بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا وأما السنة فخاروى عن ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم لعن اكل الربا وموكله وشاهديه وكتبه رواه أبو داود وأحمد والترمذي وصححه وقال عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ مثلا بمن لا يدا بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى الاخذ والمعطى فيه سواء رواه البخاري وأحمد وعن عبد الله بن حنظلة غسيل الملائكة أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم درهم ربا ياكله الرجل وهو يعلم أشد من ست وثلاثين زنية رواه أحمد وأجمعت الامة على تحريمه حتى يكفر جاحده قال رحمه الله (وعلمته القدر والجنس) يعني بالقدر الكيل والوزن في الموزون وعند الشافعي العلة الطعم بانفراده في الأطعمة والنسيئة بانفراده في الاثمان والجنس شرط عنده لحديث معمر بن عبد الله قال كنت أسمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول الطعام بالطعام مثلا بمن لا يدا بيد وكان طعامنا يومئذ الشعير واه مسلم وأحمد وجه الاستدلال به أن الطعام مشتق من الطعم فذكره بدل على أنه علة أذ ترتب الحكم على الاسم المشتق دليل على أن ما أخذ الاشتقاق علة له كافي قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وكافي قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة فاعلة القطع والجلد

رحمه الله وكتب أيضا مانصه وقال داود بن علي ومن تابعه من أصحاب الظواهر ان الخبر غير معلول ولا يجري الربا الا في هذه الاشياء الستة المذكورة في الخبر اه اتقاني قال الكمال قوله والحكم يعني حرمة الربا أو وجوب التسوية معلول باجماع القائلين بوجوب القياس عند شرطه بخلاف الظاهرية وكذا عثمان البتي فان عندهم حكم الربا يقتصر على الاشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها أما الظاهرية فلا ينهون القياس وأما عثمان البتي فلا يشرط في القياس أن يقوم دليل في كل أصل أنه معلول ولم يظهر هنا ولا يثبت العدد ولا يجوز كافي قوله خمس من القواسم اه (قوله وعند الشافعي العلة الطعم بانفراده الخ) قال الاتقاني رحمه الله ثم فائدة الخلاف في الفضل على ما قال في التحفة تظهر في موضعين أحدهما في بيع مطعوم بجنس غير مطعوم كبيع الحفنة بالحفنتين والسفرجلة بالسفرجلتين ونحوهما يجوز عندنا لعدم القدر ولا يجوز عندنا لوجود العلة وهي الطعم والثاني في بيع مطعوم بغير مطعوم كبيع قفيز حص بغير حص أو من حديد بمنى حديد لا يجوز عندنا في الجص لوجود علة الربا الفضل وهي الكيل والجنس وعندنا يجوز لعدم العلة وهي الطعم وفي الحديد لا يجوز عندنا لوجود الجنس والوزن وعندنا يجوز لعدم النسيئة والطعم وأجمعوا أنه اذا باع قفيز أرز بغير قفيز أرز لا يجوز لوجود الكيل والجنس عندنا ولوجود الطعم والجنس عندهم وكذا أجمعوا أنه اذا باع من زعفران بمنى زعفران أو من سكر بمنى سكر لا يجوز لوجود الوزن والجنس عندنا ولوجود الجنس والطعم عنده اه (قوله والجنس شرط عنده) أي لعمل العلة عملها لا لتعمل الا عند وجود الجنس اه

(قوله أبي سعيد الخدري) لفظ الخدري ليس في خط الشارح اه (قوله استعمل رجلا) يقال له سواد من غزية اه (قوله فقال لا تفعل
بمع الجمع) قال في المغرب والجمع (٨٦) الدقل لانه يتجمع ويخط من تمر خسين نخلة وقيل كل لون من النخل لا يعرف اسمه

السرقه والزنا وان قوله عليه الصلاة والسلام فيمن اراد البخاري ومسلم لا يتبعوا الذهب بالذهب الامثلا
بمثل الحديث يدل على تصديق تحصيله لان الاستدعاء بالنهي مشعر بان حرمة البيع أصل فيه والجواز
معارض وهو التقابض والمساواة مخلص اذا لو انصر على قوله لا يتبعوا المماز بيعه وتعليق جوازه بشمطين
يدل على عزته وخطره ذلك البضع ضيق تحصيله باسراط الشهم ودود المهر لعزته وخطره فيعمل بعله تناسب
العزة وهي الطعم في المطعومات لبقاء النفس به والثمنية في الثمن لبقاء الاموال التي هي مناط مصالحها
بها ولا أثر للجنسية والقدر في زيادة العزة والخطر لوجودهما في خطير وحقيق لكن الحكم لا يثبت الا عند
اتحاد الجنس فجعلناه شرطا والحكم بدور مع الشرط كالرجم مع الاحصان والفرق بين الشرط والعلة
ان العلة مؤثرة في الحكم دون الشرط فانه يضاف وجوده الى العلة عند وجود الشرط لا الى الشرط وقال
مالك العلة الاقيسات والادخار لانه عليه الصلاة والسلام خص بالذكر فيما روينا كل مقتات ومدخر ولان
العزة والخطر به أكمل فكان أنسب وأولى بالاعتبار ولنا ما روي عن عبادة وأنس أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال ما وزن مثل عثا اذا كان نوعا واحدا وما كيل مثل ذلك فاذا اختلف النوعان فلا بأس به رواه
الدارقطني وجه التمسك به أنه عليه السلام رتب الحكم على الجنس والقدر وهذا نص على أنهم ما علة الحكم
لما عرف أن ترتيب الحكم على الاسم المشتق بئى عن عليهما أخذ الاشتقاق لذلك الحكم فيكون تقديره
المكيل والموزون مثلا بعل بسبب الكيل أو الموزون مع الجنس والذي يدل عليه حديث أبي سعيد وأبي
هريرة فيمن اراد البخاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خير فجاهم تمر حبيب فقال
أكل تمر خبير هكذا فقال أنا أخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بجمع
بالدراهم ثم يتبع بالدراهم جنبيها وقال في الميزان مثل ذلك أى في الموزون اذ نفس الميزان ليس من أموال
الربا وهو أقوى حجة في علية القدر وهو بمومه يتناول الموزون كله الثمن والمطعوم وغيرهما فيكون حجة
عليهما في منعهما ذلك وكذا في حديث ابن عمر رضى الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال لا يتبعوا
الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين المراد ما يحل الصاع اذ لا يجزى الربا في نفس الصاع وهو عام فيما يحله
فيتناول المطعوم وغيره فيكون حجة عليهما ما لا يقال انه مجاز فلا عموم له لكونه ضروريا لا نأقول له عموم
كالحقيقة وهذا لان الحقيقة انما تتم لامر زائد عليها لا لكونها حقيقة وانما يشاركها في هذا المعنى فيم
ولان المقصود التماثل اذ البيع بئى عن التقابل وذلك بالتماثل واعتبره الشارع فأوجب صيانة لاموالهم
عن التوى وتبطل الفائدة بالتسليم من الجانبين فيكون الرائد عليه قدرا ناويا على صاحبه بلا عوض وكذا
الحال خير من المؤجل فتقوت به التسوية وفائدة المبيعة لقوات القدرة على التصرف في المؤجل وهو المراد
بقوله عليه الصلاة والسلام مثلا بعل فعند فوائده تلزم الحرمة وهو المراد بقوله صلى الله عليه وسلم والفضل ربا
فيجعل بعله تؤثر في ايجاب التماثل فيتعين القدر والجنس لذلك لانهم ما يوجبانه اذ التماثل بين شيتين يكون
باعتبار الصورة والمعنى لان كل محدث موجود باعتبارهما فالعيار يسوى الذات والجنسية تسوى المعنى
لاستوائهما في المقصد ألا ترى أن كيلا من بر يساوى كيلا من أرز أو شعير في الصورة ولا معتبر به لعدم ما قلنا
ولا معتبر بالتفاوت في الوصف لانه لا يعد تفاوتا في العادة ولانه فلما يوجد فيه غير متفاوت فاشترط التساوى
فيه يودى الى سد باب البياعات وهو مفتوح والطعم والاقيسات والثمنية والادخار من أعظم وجوه المنافع
والحاجة اليها من أشد الحاجات وأهمها فسنه الله تعالى في مثله التوسعة والاطلاق دون التضيق ألا ترى
أن المينة أباحها عند الحاجة وكذا أجاز الانتفاع بالغنمة قبل القسمة في دار الحرب لمظنة الحاجة

فهو جع ثم غلب على التمر
الردى ومنه الحديث بيع
الجمع بالدراهم ثم اتبع
بالدراهم جنبيها والجنبي
من أجود التمر اه وقال في
المغرب أيضا الدقل من أرد
أالتمراه (قوله قال لا يتبعوا
الدرهم بالدرهمين) أى
ولا الدينار بالدينارين اه
غاية (قوله المراد ما يحل
الصاع) أى ويجاوزه مجازا
اه اتقانى (قوله اذ لا يجزى
الربا في نفس الصاع) أى
لان بيع المكيل عكالىين
يجوز بالاجماع اه اتقانى
(قوله فيمتناول المطعوم وغيره)
والدليل على فساد علة أنه
يجوز بيع الحيوان بالحيوان
متفاضلا مع وجود الطعم
ويجوز عندهم بيع الرطب
على رأس النخل بالتمر على
وجه الارض فيما دون
خمس أوسق وان كان
مطعوما متفاضلا اه غاية
(قوله وهذا لان الحقيقة
انما تتم لامر زائد) وذلك
اما الالف واللام أو لفظ
الجمع أو الجنس اه من خط
الشارح (قوله ولان المقصود)
أى المقصود من قوله عليه
الصلاة والسلام الحنطة
بالحنطة ايجاب التماثل
لا ايجاب البيع اه (قوله
صيانة لاموالهم عن التوى)

لان أحد البديلين اذا كان أنقص من الآخر يكون الرائد خاليا عن العوض وفيه تلف الرائد فاشترط المماثلة حتى تصان عادة
أموال الناس واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله والفضل ربا أى الفضل على المتماثل ربا أى ان الذى نطق به القرآن بقوله وحرّم
الربا المراد به هذا الفضل اه اتقانى (قوله والطعم والاقيسات) هذا جواب عن متمسك الشافعى اه

(قوله ولا نسلم أن حرمة البيع أصل الخ) قال الاتقاني رحمه الله عند قوله وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء لأن الأصل في البيع الحل لقوله تعالى وأحل الله البيع ونهى من بيع ما أحرمت الله بيعه والقدر والجنس فإذا انعدمت علة الحرمة كان حلالا للحل الأصلي اه (قوله كالحفنة من الحنطة الخ) والجنس حفتان ليست حفتان إذا لم تبلغ نصف الصاع اه (قوله في المتن غرم الفضل الخ) قال الكمال رحمه الله وسائر الموزونات خلاف النقدا لا يجوز أن يسلم في الموزونات وأن اختلفت أجناسها كاسلام حديد في قطن أو زيت في جبن وغير ذلك إلا إذا خرج من أن يكون وزنيا بالصنعة إلا في الذهب والفضة فلو أسلم سيفاً فيما يوزن جاز إلا في الحديد لأن السيف خرج من أن يكون موزوناً ومنعه في الحديد لا لحاد الجنس وكذا يجوز بيع ناع من غير النعدين بمثله من جنسه يدا بيد نحاساً كان أو حديداً وإن كان أحدهما أثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فإنه يجري فيها بالفضل وإن كانت لا باع وزناً لأن صورة الوزن منصوب عليها فمما فلا تتغير بالصنعة فلا يخرج عن الوزن بالعادة وأورد أنه ينبغي أن يجوز حينئذ اسلام الحنطة والشعير في الدراهم والدينار لا لاختلاف طريقة الوزن أوجب بأن امتناعه لا امتناع كون النقد مسلماً فيه لأن المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية وهل يجوز بيع عاقل إن كان بلفظ البيع يجوز بيع عاقل مؤجل وإن كان بلفظ السلم فقد قيل لا يجوز قال الطحاوي ينبغي أن يتعقد بيعاً بمثل مؤجل اه (٨٧) (قوله والنساء) بالمثاليين غير اه كمال

(قوله كالهروي بالهروي)

قال الكمال وكذا إذا باع

عبد أبعده إلى أجل لوجود

الجنسية ولو باع العبد

بعبدين أو الهروي

بهرويين حاضراً جاز اه

وكتب ما نصه قال في شرح

الطحاوي انه اذا باع ثوباً

هروياً بثوب هروي أو

مروياً بمروية لا يجوز

عندها ويجوز عنده وكذا

لو باع حيوياً بحيوان

فهو على هذا الاختلاف

وأجمعوا أن التفاضل

يحل وكذلك اسلام

المكيلات في المكيلات

والموزونات في الموزونات

عامة بخلاف سائر الاموال المشتركة ولما كانت حاجة الحيوان الى الهواء والماء والتراب والنفس أشد جعله الله أوسع من غيرها وكل ما اشتدت الحاجة اليه كانت التوسعة فيه أكثر فتعليقه بما يوجب التوسعة على التصديق من فساد الوضع لأن معنى فساد الوضع أن يفسد وضع ذلك الحكم على ذلك الدليل لكونه يقتضي خلاف ذلك الحكم فيضاده ولا نسلم أن حرمة البيع أصل بل الأصل هو الحل والحرمة إذا ثبتت انما ثبت بالدليل الموجب لها وهذا لأن الاموال خلقت للأبئذال فيكون باب تحصيلها مفتوحاً يجوز ما لم يقم الدليل على منعه بخلاف النكاح لأن الملك فيه يرد على البض وهو محترم فيناسب التصديق اعزاً له لشرف الأذى فعمل بذلك أن قوله المساواة محال باطل ولست كان مخلصاً فيه ومخلص في حالة التساوي وعلة الحرمة في حالة التفاضل والشئ الواحد يتضمن حكماً متضاداً في محالين مختلفين كالنكاح يثبت الحل في المشكوك والحرمة في أمها فكذا القدر والجنس يوجبان الحرمة عند التفاضل والحل عند التساوي وهو المراد بقولناهما علة الربا والقاطع للشغب أنه صلى الله عليه وسلم شرط التماثل بقوله مثلاً بمثل والتماثل يكون بالوزن أو الكيل لا غير فعمل بذلك أن ما لا يكال ولا يوزن لا يكون من الاموال الربوية وأن الاموال الربوية هي التي تكون من ذوات الامثال وما لا يكون من ذوات الامثال ليست من الاموال الربوية إذا حكمكم لا يثبت بدون محله ولهذا قالوا لا يجري الربا فيما لا يدخل تحت المعيار كالحفنة من الحنطة والشعير وكذلك من الذهب والفضة لعدم ما قلنا قال رحمه الله (مغرم الفضل والنساء بهما) أي بالجنس والقدر لما بينهما أنهما علة الربا قال رحمه الله (والنساء فقط بأحدهما) أي حرم النساء وحل التفاضل بوجود أحدهما أما القدر دون الجنس كالحنطة بالشعير أو الجنس دون القدر كالهروي بالهروي لقوله

نحو الحديد والرصاص وما أشبه ذلك يجوز عنده ويرد عليه المطعوم في المطعوم نسبة لا يجوز كالحنطة في الشعير وجوابه أن التفاضل في بيع الطعام شرط عندي ولم يوجد انتفاض ففسد العقد بهذا لا لكونه نساء قال صاحب الايضاح وهذا خرق لأجماع الصحابة فإنهم اتفقوا على حرمة النساء وجه قول الشافعي في أن الجنس باقراً لا يحرم النساء ما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشاً فأمرني أن أشتري بعيراً أبيع من إلى أجل ولأن حقيقة الفضل لا تحرم بالاجماع وهذا لا يجوز بيع الواحد بالآخرين كالهروي بالهروي وبين المرويين بالمرورين فلا يحرم شبهة الفضل وهي فضل الحلال على النسبة أول وأخرى ولما روى أبو داود في السنن وقال حدثنا موسى بن اسمعيل قال حدثنا جاد عن قتادة عن الحسن عن سيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسبة ولأن الجنس أحد وصفي علة الربا فيعتبر في تحريم النساء كوصف الآخر ولهذا لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسبة بالاتفاق ولأن الحكم يثبت بقدر ثبوت العلة فإذا وجدت علة حقيقة بوجود وصفي العلة تثبت حرمة الربا حقيقة وإذا وجدت شبهة العلة بوجود أحد وصفي العلة تثبت شبهة الربا والاحتراز عن شبهة الربا واجب كالا حترار عن حقيقة الربا لأن الشبهة في باب الحرمات ملحقة بالحقيقة بحقيقة أن أحد وصفي علة الربا من القدر والجنس إذا وجد كان ذلك مال الربا من وجهه لمصلحة التساوي بينهما من وجهه أما إذا تباين الكيل أو معنى بالجنس والفضل من حيث الحلول فضل من حيث المعنى فيثبت به الربا من وجهه لأن الحكم يثبت بقدر العلة فيحترز عنه

والجواب عن الحديث قيل انه كان في دار الحرب وقد أخذ عبد الله من أهل الحرب ولا ربا بينهما عندنا وقيل انه كان قبل تحريم الزبا اه اتقاني (قوله ولان اجتماعهما حقيقة) أي القدر والجنس اه (قوله فيحرم بحقيقة العلة) وذلك بوجود وصفي العلة اه (قوله ويحرم بشبهة العلة) وهي أحد وصفي العلة اه (قوله فلا يلزم المحذور) أي وهو توزيع أجزاء الحكم على أجزاء العلة اه (قوله اذ النقدان يوزنان بالصنجات) أي والمناقيل والزعفران وأمثاله بالامناء والقبان وهذا الاختلاف الوزن بينهما ضرورة والنقد لا يتعين بالنعيبين والزعفران ونحوه يتعين بالنعيبين وهذا الاختلاف بينهما معنى والتصرف في النقد قبل القبض جائز بخلاف الزعفران ونحوه ولهذا اذا اشتري دنابير أو دراهم موزونة وقبض كان له أن يبيعه موزونة بدون إعادة الوزن وفي الزعفران ونحوه يشترط إعادة الوزن اذا اشترى موازنة وهذا الاختلاف بينهما حكما اه اتقاني (قوله فكانا مختلفين صورة ومعنى وحكما) هذا على طريق الكيف والنشر فقله ضرورة يرجع الى أن القطن يوزن بالامناء والنقدين بالصنجات وقوله ومعنى يرجع الى قوله يتعينان بالتعيين وقوله وحكما يرجع الى قوله ويجوز التصرف فيما قبل الوزن اه (قوله في المن وحلا بعدهما) كما اذا اختلف النوعان مما لا يكال ولا يوزن حيث يجوز التفاضل بأن يباع اثنان بواحد كالشعر الهروي الهروي بالمروى والجوز بالبعض والحيوان باليابس ويجوز (٨٨) نسيئة أيضا اه غايه (قوله وصح بيع المكيل كالبر والشعير الخ) اعلم أن ما كان مكبلا

أو موزونا على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام بالذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ مثلا عمل سواه فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم وأحد غيرهما من أئمة الحديث ولان اجتماعهما حقيقة العلة فيكون لهما شبهة العلة فيحرم بحقيقة العلة حقيقة الفضل وهو القدر لانه تفاضل حقيقة ويحرم بشبهة العلة شبهة الفضل وهو النساء لانه يشبه الفضل فليس بتفاضل حقيقة أعمال الدليل بقدره ولا يقال أحدهما جزء العلة وبه لا يثبت الحكم ولا شيء منه فكيف يثبت بأحدهما حرمة النساء لانا نقول أحدهما علة تامة لهذا الحكم وهو حرمة النساء وان كان بعض العلة في حق ربا بفضل حقيقة فلا يلزم المحذور ويشترط أن يجمعهما الوزن من كل وجه وان لم يجمعهما جاز النساء أيضا كالنقدين مع القطن ونحوه لان صفة وزنهما مختلفان اذ النقدان يوزنان بالصنجات ولا يتعينان بالتعيين ويجوز التصرف فيما قبل القبض وبعده قبل الوزن بخلاف غيرهما من الموزونات فكانا مختلفين صورة ومعنى وحكما فلا يحرم النساء والذي يدل على ذلك أنه صلى الله عليه وسلم قال من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الحديث أجاز السلم بالوزن مطلقا مع ان الدراهم هو الغالب في رأس المال ولو لم يجز لكان رداله بالري وهو لا يجوز قال رحمه الله (وحلا بعدهما) أي حل التفاضل والنساء بهدم الجنس والقدر اهدم العلة الموجبة للحرمة اذ الاصل الجواز على ما بينا والحرمة تعارض فيجوز ما لم يثبت فيه دليل الحرمة ألا ترى أن الله تعالى أباح البيع بقوله وأحل الله البيع فيجري على إطلاقه فيما لم يوجد فيه دليل الحرمة على ما بينا من قبل قال رحمه الله (وصح بيع المكيل كالبر والشعير والتمر والمخ والموزون) كأنه قد بين وما ينسب الى الرطل بخنسه متساويا لا متفاضلا) أما بيع المكيل والموزون غير المنسوب الى الرطل فقد ذكرناه وبيناه أحكامه وأما ما ينسب الى الرطل منه فالمراد به كل شيء وقع عليه كيل

أوموزونا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يغير أبدا عن ذلك بل يعتبر ما كان مكبلا في عهده مكبلا ويشترط فيه التساوى بالكيل ولا يلتفت الى التساوى في الوزن دون الكيل حتى لو تساوى الخنطة بالخنطة وزنا لا كيلا لم يجز وكذلك الشعر بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ وما كان موزونا في عهده يعتبر موزونا أبدا ولا يلتفت الى التساوى في الكيل دون الوزن حتى لو تساوى الذهب بالذهب كسلا لا وزنا لم يجز وكذلك الفضة بالفضة وذلك لان طاعة النبي صلى الله عليه وسلم واجبة علينا ولان النص أقوى من العرف لكونه ثابتا بالنص قال عليه الصلاة والسلام ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله الرطل حسن قال القدوري ومالم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس وهذا المارونين من الحديث وروى عن أبي يوسف أن العرف يعتبر على خلاف المنصوص عليه ووجهه أن النص انما ورد بالكيل أو الوزن لجرى العادة في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك اذا تبدلت العادة يؤخذ بها وتترك تلك العادة في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى لو باع الخنطة بالخنطة مع التساوى في الوزن دون الكيل لم يجز عندهما خلافا له وكذلك لو باع الذهب بالذهب مع التساوى في الكيل دون الوزن لم يجز عندهما وان كان العرف يجري بوزن الخنطة وكيل الذهب اه اتقاني قوله ولان النص أقوى من العرف قال الكيال لان العرف جاز أن يكون على باطل كنعرف أهل زماننا في استخراج الشموع والسرج الى المقابر الى العبد والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل ولان حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل فهو أقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفي المجتبى ثبت بهذا أن ما يعتاده أهل خوارزم من بيع الخنطة الربعية بالخر بفضة موزونة متساويا لا يجوز اه وقوله ولان حجية العرف الخ فيه تامل يجب تحريره اه اق (قوله وأما ما ينسب الى الرطل الخ) قال في الهداية وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاولا في لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل اه

وسلم واجبة علينا ولان النص أقوى من العرف لكونه ثابتا بالنص قال عليه الصلاة والسلام ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله الرطل حسن قال القدوري ومالم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس وهذا المارونين من الحديث وروى عن أبي يوسف أن العرف يعتبر على خلاف المنصوص عليه ووجهه أن النص انما ورد بالكيل أو الوزن لجرى العادة في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك اذا تبدلت العادة يؤخذ بها وتترك تلك العادة في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى لو باع الخنطة بالخنطة مع التساوى في الوزن دون الكيل لم يجز عندهما خلافا له وكذلك لو باع الذهب بالذهب مع التساوى في الكيل دون الوزن لم يجز عندهما وان كان العرف يجري بوزن الخنطة وكيل الذهب اه اتقاني قوله ولان النص أقوى من العرف قال الكيال لان العرف جاز أن يكون على باطل كنعرف أهل زماننا في استخراج الشموع والسرج الى المقابر الى العبد والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل ولان حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل فهو أقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفي المجتبى ثبت بهذا أن ما يعتاده أهل خوارزم من بيع الخنطة الربعية بالخر بفضة موزونة متساويا لا يجوز اه وقوله ولان حجية العرف الخ فيه تامل يجب تحريره اه اق (قوله وأما ما ينسب الى الرطل الخ) قال في الهداية وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاولا في لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل اه

(قوله فيكون مجازفة فيسطل) أي المساواة في الاموال الربوية شرط جواز العقد فاذا عدت المساواة ثبت العقد ويثبت الملك للشترى بالقبض اه كافي في الاكراه اه (قوله لا يجوز بالاواق) أي المقدّر بالاواق اه اتي وكتب على قوله بالاواق أي بالكيل الاواق اه (قوله اذا فرق بين كيل وكيل على ما بينا) ويكسر الجواب عنه باه انما جاز بالكيل الاواق (٨٩) دفع اللحن فتوهم الفضل بالوزن لا يعتبر

بخلاف الكيل المجهول فانه لا ضرورة فيه اه (قوله ولو اعتبر لانسداد البياعات) وهو مفتوح لان الخطة لا تكون مثلاً لخطة أخرى من كل وجه اه اتقاني (قوله الا هاء وهاء) على وزن هاع بمعنى خدمته والقصر خطأ اه اتقاني قال الكمال وهاء مدود من هاء وألف وهمة بوزن هاع مبنى على الفتح ومعناه خذ يعني هو رباً الا فيما يقول كل منهما لصاحبه خذ اه (قوله بخلاف الصرف) لانه لا يتعين الا بالقبض فيشترط فيه ليتعين قال الاتقاني رحمه الله ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد عينا بعين يدل على ما روى الطحاوي مسنداً الى عبادة ابن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبسح الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا السبر بالسبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالمح الاسواء بسواء عينا بعين فعمل أن المراد من اليد باليد التعيين لأن التعيين في الصرف لا يتحقق قبل التقابض لما مر انفا فلماذا

الرطل فانه يعتبر موزوناً لانه مقدر بطريق الوزن وذلك مثل الادهان فانه موزون غير أنه لما لم يستسك الا في وعاء يشق عليهم وزنه بالامناء والصنجات في كل وقت بالوعاء فقد روعا بالارطال والامناء فاكثف به دفعاً للحن فبقى موزوناً على حاله ثم قال في الهداية واذا كان موزوناً فلو بيع بكيل لا يعرف وزنه بكيل مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة معناه أنه اذا باع ما يباع بالاواق بكيل غير اواق سواء بسواء لم يجز لانه باع الموزون بكيل لم يقدر بالاواق فيكون مجازفة فيسطل لجواز التقاض بالوزن وهذا مشكل لان الشيتين اذا استويا في كيل وجب أن يستويا في كيل آخر أيضاً ولا تأثير لكون المكيل معلوماً أو مجهولاً في ذلك اذا اختلف ثقله فيهما وفي النهاية قال الاسيحي في فائدة هذا أنه لو باع ما ينسب الى الرطل بجنسه متفاضلاً في الكيل متساوياً في الوزن يجوز وهذا حسن وهو قياس الموزونات فانه لا يعتبر فيه الا الوزن غير أنه يؤدي الى أنه لا يجوز بالاواق أيضاً اذا فرق بين كيل وكيل على ما بينا ولا يندفع هذا الاشكال اذا امتنع الجواز في الكل قال رحمه الله (وجيده كدبته) يعني جيد مال الربا وردبته سواء حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً لانه صلى الله عليه وسلم عن ذلك فيماري ويمن من حديث أبي سعيد وأبي هريرة حين قال له الرجل انا أخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة بقوله لا تفعل بجمع الجمع بالدرهم الحديث ولان تفاوت الوصف لا يعد تفاوتاً عادة ولو اعتبر لانسداد البياعات على ما بينا قال رحمه الله (ويعتبر التعيين دون التقابض في غير الصرف) وقال الشافعي يعتبر التقابض قبل الاقتراق في بيع الطعام بالطعام كالنقد بالنقد لماري من حديث عبادة بن الصامت فانه شرط فيه أن يكون يدا بيد والحديث عمن الخطاب رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب والاهاء وهاء والورق بالورق والاهاء وهاء والبر بالبر والاهاء وهاء والشعير بالشعير والاهاء وهاء والتمر بالتمر والاهاء وهاء رواه البخاري ومسلم وأحمد ومعناه أن هذه البياعات لا تجوز الا اذا قال كل واحد منهما لصاحبه هاء أي خذ والمراد به بقوله يدا بيد في الحديث الاول القبض ولهذا يشترط القبض في الذهب والفضة بالاجماع وان كان مما يتعين بالاشارة كالمصوغ منهم ما لان قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد لفظ واحد لا يجوز أن يراد به القبض في حق النقيدين والتعيين في حق غيرهما لانه اما حقيقة فيهما أو حقيقة في أحدهما ومجاز في الآخر وأيهما كان فلا يجوز الجمع بينهما لما عرف أن المشترك لا يعموله وأن الجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز ولا يهتدى الى تعاقب القبض بان يقبض أحدهما دون الآخر فاشبه التأجيل وهذا لان القبض من يهتدى على غيره فيقفوت به التساوى وهو الشرط ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالنوب ونحوه اذا بيع بجنسه أو بخلاف جنسه لحصول مقصوده وهو التمكن من التصرف بخلاف الصرف لانه لا يتعين الا بالقبض فيشترط فيه ليتعين وتعاقب القبض لا يعد تفاوتاً في المتعين بخلاف الحال والمؤجل والمراد بما روى التعيين غير أن ما يتعين به مختلف فالنقدان يتعينان بالقبض وغيرهما بالتعيين فلا يلزم الجمع بين معنى المشترك ولان الحقيقة والمجاز وانما شرط القبض في المصوغ من الذهب والفضة باعتبار أصل خلقته وهو الثمنية لان الثمنية لا تتعين بالتعيين فيشترط قبضه ولا يسقط اشتراط القبض بالصنعة لبقاء شبهة عدم التعيين باعتبار الأصل اذا شبهة في الحرمت ملحقة بالحقيقة قال رحمه الله (وصح بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والبسطة بالبسطتين والجوزة بالجوزتين والتمر بالتمرين) لان هذه الاشياء

(١٢ - زيلحي رابع) اشترط التقابض اه (قوله وتعاقب القبض لا يعد تفاوتاً في المتعين) هذا جواب عن قول الخصم ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب فأجاب بأن التجار لا يفاضلون في المالية بين القبوض في المجلس وغير القبوض بعد أن يكون حالاً بخلاف الحال والمؤجل واذا لم يتمكن فضل خال عن المعاملة كان العقد جائزاً كما في بيع العبيد والاداب بجنسه وبغير جنسه اه (قوله في المتن وصح بيع الحفنة) أي وهي مل الكفين اه مصباح وعند الشافعي لا يجوز بيع الحفنة بالحفنتين لوجود الطعم وعدم الخلف وهو المساواة اه اتقاني

وسأتي في كلام الشارح معناه اه وكتب على قوله والحفنة ما نصه قال في الصالح الحفنة ملء الكفين من طعام أو غيره ومنه انما نحن حفنة من حنات الله أي يسير بالاضافة الى ملكه ورجته وحفنت الشيء اذا جرفته بكتفك لا يكون الامن الشيء اليابس كالذيق والرمل ونحوه اه وفي النهاية لابن الاثير في حديث أبي بكر رضي الله عنه انما نحن حفنة من حنات الله أراد انما على كثرتنا يوم القيامة قليل عند الله كالحفنة وهي ملء الكف وقال الاتقاني الحفنة ملء الكف اه (قوله وللهذا يضمن بالقيمة الخ) هذا ايضاح لقوله لان هذه الاشياء الخ اه يعني أن الحفنة والحفنتين والتفاحنة والتفاحتين لو كان داخل تحت المعيار كان مضموناً بالمثل عند الاتلاف كما في سائر المكدرات والموزونات ولكنه مضمون بالقيمة فدل أنه لم يدخل تحت المعيار وهذا ينبغي أن يكون في العددي المتفاوت لا في المتقارب ألا ترى أن نحر الاسلام قال في شرح الجامع الصغير ولا يلزم أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان وكذا سائر هذه الجوزة يعني أن التمرة مثل التمرة والبيضة مثل البيضة ولم يجعل كذلك في حكمه الا بالان الجوزة ليست مثل الجوزة لعدم دليل المماثلة للتفاوت الا أن الناس اصطالحوا على اهدار التفاوت فقبل ذلك في حقهم وهو ضمان العدوان فاما في حق وجوب التسوية وحرمة الفضل فلا اه غاية البيان قول الشارح رحمه الله واهذا يضمن بالقيمة عند الاتلاف عندنا قال الكمال رحمه الله ومن فروع ضمان مادون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فعقدت عنده ضمن قيمتها فان أبي الاثر يأخذ عنهما (٩٠) أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها وعند الشافعي لما كانت عليه الربا الطم

ليست بمكيل ولا موزون فلم تدخل تحت المعيار فأنعمت العلة بانعدام أحد شرطيهما وهو القدر ولهذا لم يضمن بالقيمة عند الاتلاف عندنا ومادون نصف صاع بمنزلة الحفنة لانه لا تقدير فيه في الشرع بمادونه فلم يكن من ذوات الامثال وهذا اذا باع مادون نصف الصاع نصف الصاع وان باع مادون نصف الصاع نصف صاع أو أكثر لم يجز الامثال على وجود المعيار من أحد الجانبين فتحققت الشبهة وعلى هذا لو باع ما لا يدخل تحت الوزن كالذرة من ذهب أو فضة بما لا يدخل تحته جاز لعدم التقدير شرعاً اذا لا يدخل تحت الوزن وعند الشافعي لا يجوز جميع ذلك لان العلة عند الطم أو الثمنية وقد وجدت قال رحمه الله (والفلس بالفلسين بأعيانها) أي البدلان بأعيانها ما بان كان الفلاس معيناً والفلسان معينين وهذا عندهما وقال محمد لا يجوز لان الفلاس الرائجة أثمان والتمن لا يتعين بالتمين ولهذا اذا قابل الفلاس بخلاف جنسها لا يتعين كالدرهم والدنانير حتى كان له أن يعطى غيرها ولا يفسد البيع به لا كها وهذا لان ثمنيتها ثبتت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما كالدرهم والدنانير فإذا لم يتعين يؤدي الى الربا أو يحتمل بان يأخذ بائع الفلس الفلاسين أو لا يفرد أحدهما قضاء بدينه و يأخذ الآخر بغير عوض أو يأخذ بائع الفلاسين الفلس أو لا يضم اليه فلساً آخر فيردهما عليه فيرجع اليه فلسه مع فلس آخر بغير عوض بمقابلته وهو ربا فصار كالو كان بغير أعيانها ما أو أحدهما بعينه والآخر بغير عينه ولهما أن الفلاس ليست بأثمان خلقة وانما كان ثمنها باصطلاح وقد اصبحت باطل الثمنية فتبطل وان كانت ثمنها عند غيرهما من الناس لبقاء اصطلاحهم على ثمنيتها وهذا لانه لا ولاية للغير عليهم ما فلا يلزمهما باصطلاحهم بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمنيتها بأصل الخلقة فلا تبطل باصطلاح فاذا بطلت الثمنية تعين بالتمين فلا يؤدي الى الربا

حرم الحفنة والتفاحنة بشتين وقالوا مادون نصف صاع في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بمادونه فعرف أنه لو وضعت مكييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاصل بهما وهذا اذا لم يبلغ كل واحد من البدلين نصف صاع فان بلغ أحدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعداً بحفنة وفي جمع التفاوت قبل لاروايه في الحفنة بالقفيز واللب بالجوز والصحيح نبوت الربا ولا يسكن المظطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة

أموال الناس بحرم التفاحنة والحفنة بالحفنتين أمان كانت مكييل أصغر منها كما في دينارنا من وضع ربع بخلاف القدح وعن القدر المصري فلا شك وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في 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 وبالله التوفيق اه قوله لانه لا تقدير فيه في الشرع بمادونه وجاء التقدير بنصف صاع في صدقة الفطر قال في الفتاوى الصغرى أدنى ما يكون مال الربا من الحنطة نصف القفيز والمراد من القفيز صاع اه غايه (قوله في المتن والفلس بالفلسين بأعيانها) قيسل الضمير يرجع الى الفلاس لان الفلاس الواحد مبيع وهو متعين ضرورة اه (قوله وقال محمد لا يجوز) قال الكمال وأصله أن الفلاس لا يتعين بالتمين مادام راجعاً عند محمد وعندهما يتعين حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد اه (قوله بخلاف جنسها) كما اذا اشترى فاكهة بفلاس اه اتقاني (قوله لا يتعين كالدرهم) فكذلك اذا قبل بجنسه اه اتقاني (قوله ولا يفسد البيع به لا كها) هذا لا يلزم بأحقيقة لان البيع يفسد عنده وانما يتشبه على مذهب أبي يوسف اه شيخنا (قوله فلا تبطل باصطلاحهما) لانه نسخ الاجماع بالاحاد فلا يجوز اه اتقاني (قوله فيرجع اليه فلسه مع فلس آخر بغير عوض بمقابلته) وهذا على تقدير أن يرضى بتسليم المبيع قبل قبض الثمن اه فتح (قوله ولهما أن الفلاس ليست بأثمان) والاصل في الفلس أن يكون ممثلاً لانه نحاس اه اتقاني (قوله بخلاف الدراهم والدنانير) لان ثمنيتها بأصل الخلقة

قال الاتقاني رحمه الله وأما بيع الفليس بالفلسين فهو على وجهه أمان كانا دينين أو عينين أو أحدهما ديناً فإن كان أحدهما ديناً لا يجوز لأن الجنس يحرم النساء وكذلك إذا كانا دينين لهذا المعنى ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الدين بالدين وإن كان كل منهما عيناً جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً وقال محمد والشافعي لا يجوز قائلوا هذا بناء على أن الفلوس هل تتعين بالتعيين أم لا فعندهما تتعين بالتعيين حتى لو ملك ينفق العقد ولو أراد أن يعطى غيره لا يجوز وقال محمد لا يتعين اه واستفيدة منه أن صور بيع الفليس بالفلسين أربع الأولى أن يبيع فلساً بغير عينه بفلسين بغير أعينهما الثانية أن يبيع فلساً بعينه بفلسين بغير أعينهما الثالثة أن يبيع فلسين بأعينهما بفلس بغير عينه الرابعة أن يبيع فلساً بعينه بفلسين بعينهما وهذه الصورة فيها خلاف والصور الثلاثة لا خلاف في عدم جوازها والله الموفق (قوله بخلاف ما إذا كانا بغير أعينهما الخ) قال الاتقاني بخلاف ما إذا كانا بغير متعينين حيث لا يجوز بيع الواحد بالاثنتين لأنه كالي كالي وهو حرام لنهي النبي صلى الله عليه وسلم وكذلك إذا كان أحدهما غير عين لأن الجنس يحرم النساء اه (قوله لأن اصطلاحهما على العقد باق) انفي نقضه في حق العقد فساداً العقد وهما قصد صحة العقد لا فساداً (٩١) ولا صحة للعقد إلا بعد بطلان الثمنية فكان

لهم انقضاهما فإذا عادتهما جاز بيع الواحد بالاثنتين لأن العدد إذا لم يكن ثمتاً جاز بيعه كذلك كالشوب بالثوبين والجوزة بالجوزتين اه هداية وشرحه للاتقاني (قوله لأن العلة المستنبطة لا تعتبر في محل النص) لأن القياس حجة ضرورية صير إليه عند تعذر العمل بالنقول إلى شبهته في الفرع ولا حجة إليه في الأصل لوجود النص فيه كذا يحط الشارح اه (قوله ولهذا إذا كانت العلة المستنبطة قاصرة) ومعنى القاصرة أن لا تعتد العلة إلى الفرع بأن لا توجد تلك العلة إلا في الأصل كتعليل الشافعي بالثمنية مثلاً اه من خط الشارح رحمه الله

بخلاف ما إذا كانا بغير أعينهما أو أحدهما بغير عينه لأنه يؤدي إلى الرابع على ما بينا فإن قيل إذا بطلت الثمنية وجب أن لا يجوز بيع بعضهما ببعض متفاضلاً لأن النحاس موزون وأصابع معدودا بالاصطلاح على الثمنية فإذا بطلت الثمنية عاد إلى أصله موزوناً فلا يجوز بيعه بجنسه متفاضلاً قلنا لا يعود موزوناً لأن اصطلاحهما على العقد باق ولا يلزم من بطلان الثمنية بطلان العدد وكما من شيء معدود لا يكون ثمتاً ألا ترى أن الأولى من النحاس أو نحوه غير الذهب والفضة يجوز بيع بعضهما ببعض متفاضلاً إذا كانت في اصطلاحهم معدودة وهذا ما عرفت أن المعتبر في كونه موزوناً ومكيلاً في غير المنصوص عليه العرف بخلاف المنصوص عليه كالاشياء الستة لأن العلة المستنبطة لا تعتبر في محل النص للاستغناء عنها بالنص ولهذا إذا كانت العلة المستنبطة قاصرة لا تعتبر أصلاً بخلاف المنصوص عليها فإذا لم يبطل اصطلاحهما على العدم يعودون بجائز بيعه متفاضلاً ولا يقال إذا كسدت الفلوس باتفاق الكل لا تكون ثمتاً باصطلاح المتعاقدين حتى لا تجري فيها أحكام الأثمان في حقهما فكذلك لا تكون عروضاً أيضاً باصطلاحهما لانا نقول الأصل فيها أن تكون عروضاً فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد مخالف للأصل ولزأى الجماعة فلا يصح بخلاف اصطلاحهما على جعلها عرضاً والانه موافق للأصل فيصح وإن كان فيه خلاف رأى الكل قال رحمه الله (واللحم بالحيوان) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه إلا إذا كان اللحم المفترراً كشرعاً في الحيوان ليكون قدره مقابلاً باللحم والزائد بالسقط لنهي صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان رواه في الموطأ ولا يباع من جنس واحد ولهذا لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسبة فكذلك متفاضلاً كالزيت بالزيتون ولهما أنه يبيع المعدود بالموزون فيجوز متفاضلاً لاختلافهما جنساً وهذا لأن الحيوان ليست فيه مالبية اللحم اه معلقة بفعل شرعي وهو الذكاة ألا ترى أنه لا ينتفع به انتفاع اللحم فصار جنساً آخر غير اللحم ولهذا قال الله تعالى فكسونا العظام لحاماً أنشأناه خلقاً آخر أي ينفع الروح فإذا كان جنساً آخر جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً بخلاف الزيت مع الزيتون لأنهما جنس واحد إذا الزيت موجود فيه الحال وانما هو مستتر وانما لا يجوز

(قوله وقال محمد لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه) بأن يباع لحم الشاة بالشاة اه أما إذا كان بلحم من خلاف جنسه جاز كيفما كان بعد أن يكون عيناً بعين عندنا اه اتفاقاً وقوله من خلاف جنسه بأن يباع لحم البقر بالشاة وما أشبهه اه وقوله جاز أي بالاتفاق اه (قوله والزائد بالسقط) قال الكمال والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلق والجذء والكارع اه (قوله لنهي عليه الصلاة والسلام عن بيع اللحم بالحيوان) فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز مطلقاً اه (قوله ولهذا لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسبة) لا يلزم من عدم جوازه نسبة أن لا يجوز متفاضلاً كالبر والسبع اه قال في الهداية ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف قال الكمال سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أو لأمساها بالحيوان أم لا بشرط التعيين أما بالنسبة فلا لاستناع السلم في الحيوان واللحم اه (قوله ولهما أنه يبيع المعدود بالخ) قال الرازي رحمه الله ولنا أنه باع موزوناً بغير موزون فيصح كيفما كان والنهي محمول على ما إذا كان أحدهما نسبة ولهذا قيد به في رواية اه (قوله ولهذا قال الله تعالى فكسونا العظام لحاماً أنشأناه خلقاً آخر) فعمل أن الخي مع الجذء جنسان اه فتح

(قوله لان المتأخر منهم لا يمكن ضبطه) أى سواء كان اللحم أو الحيوان اه (قوله ولو كان المذبوح غير مسلوخ الخ) قال في شرح الطحاوى ولو كانت الشاة مذبوحة غير مسلوخة فاشترها بالحم الشاة فالجواب في قولهم جميعا كما قال محمد وأراد بالمذبوحة غير المفصولة من السقط ولو اشترى شاة حية بشاة مذبوحة يجوز في قولهم جميعا أما على قولهم لا يشك لانه لو اشترى بالحم يجوز كيفما كان فكذلك اذا اشترى شاة بشاة مذبوحة وأما على قول محمد فالجواز لانه لحم بلحم وزيادة اللحم في أحدهما مع سقطها بازا مسقط الأخرى فلا يؤدى الى الربا فيجوز اه اتقانى رحمه الله (قوله ولو باع القطن بغزله) قال في الهداية واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع اه قال الاتقانى قوله واختلفوا في القطن بغزله أى اختلف المشايخ في بيع القطن بغزل القطن متساويا وزنا قال بعضهم يجوز لان أصلهما واحد وكلاهما موزون وقال بعضهم لا يجوز واليه ذهب صاحب خلاصة الفتاوى لان القطن ينقص اذا غزل فصار كالخطة مع الدقيق اه (قوله ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز اذا علم أن الخالص أكثر مما في الآخر) ليكون الزائد مقابل الحب اه (قوله والعنب بالزبيب الخ) (٩٢) وأما الرطب بالرطب فيجوز متماثلا كيلا وكذا العنب بالعنب يجوز عندنا وبه قال

بيع أحدهما بالآخر نسبة لان المتأخر منهما لا يمكن ضبطه على ما عرف في باب السلم لانهم ما جنس واحد ألا ترى أنه لا يجوز ذلك اذا بيع بغيره من خلاف الجنس أيضا ولو كان المذبوح غير مسلوخ وجب أن يجوز عنه اه أيضا على وجه الاعتبار بان يجعل لحم كل واحد منهما بمجده لا آخر كما قالوا في شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بيعت أحدهما بالآخرى قال رحمه الله (والكرباس بالقطن) وكذا بالغزل كيفما كان لا اختلافهما اجنس لان الثوب لا ينقص فيه وودغز لا أو قطننا وكذا القطن والغزل موزونان والثوب ليس بموزون ولو باع القطن بغزله قال محمد جاز كيفما كان لا اختلاف الجنس بينهما لان الغزل لا ينقص فيه وود قطننا وقال أبو يوسف لا يجوز لا امتساوا بالان غزل القطن قطن لان القطن غزل دقيق وقول محمد أظهر ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز اذا علم أن الخالص أكثر مما في الآخر ان كان لا يدري لا يجوز ولو باع القطن بغير المحلوج بحب القطن فلا بد أن يكون الحب الخالص أكثر من الحب الذى في القطن حتى يكون قدره متقابلا به والزائد بالقطن وكذلك لو باع شاة على ظهرها صوف أو في ضرعها لبن بصوف أو بلبن يشترط أن يكون الصوف أو اللبن أكثر مما على الشاة لما ذكرنا من المعنى وهو نظير بيع الزيت بالزيتون على ما يجزى اه قال رحمه الله (والرطب بالرطب أو بالتمر متماثلا والعنب بالزبيب) يعنى متماثلا أيضا أما الرطب بالتمر فالمد كورنهنا قول أبي حنيفة وقال لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عنه أيتقص اذا جف فقيل نعم فقال صلى الله عليه وسلم لا اذا فاسد البيع وأشار الى العلة وهى النقصان وفيه اشارة الى أنه يشترط لجواز العقد المماثلة في أعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف لا في الحال فصار نظير بيع الدقيق بالخطة فانه لا يجوز للتفاوت بعد الطحن وله قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المشهور التمر بالتمر مثلاً مثل والرطب تر فيجوز بيعه بالتمر متماثلا والدليل على أنه غير ما روى أنه صلى الله عليه وآله وسلم حين أهدى اليه رطب قال أو كل تمر خبير هكذا وروى أنه عليه السلام نهى عن بيع التمر حتى يزهى فقيل وما يزهى قال يحمر وهو اسم له من أول ما ينقع الى أن يدرك ولانه ان كان تمر اجاز بيعه به بأول

مالك وأحد والمزني خلافا للشافعي اه فتح قوله فالمد كورنهنا قول أبي حنيفة) وقد تفرد أبو حنيفة بالقول بالجواز اه فتح قال علاء الدين العالم في طريقته قال أبو حنيفة بيع الرطب بالتمر متساويا كيلا يجوز وقال الباقر من أهل العلم لا يجوز وأجمعوا أن بيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز اه اتقانى (قوله وقال لا يجوز) والشافعي ومالك وأحمد اه فتح (قوله وهو ما بعد الجفاف) ولم يوجد ذلك في بيع الرطب بالتمر اه (قوله والرطب تر) فيجوز بيعه والتمر بالتمر مثلاً مثل كيلا يكمل جائز وكذا الرطب

بالتمر إلا أن الرطب اختص باسم خاص كالبري اه اتقانى (قوله حين أهدى اليه رطب الخ) قال الاتقانى فيه نظران الحديث الهدية كانت تمرا ألا ترى الى ما حدث مالك في الموطأ عن عبد المجيد بن سهيل عن عبد الرحمن بن عوف عن سعيد بن المسيب عن أبي سعيد الخدرى عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيسر بقاء بتمر جنب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أو كل تمر خبير هكذا فقال لا والله يا رسول الله نأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا تفعل بيع الجمع بالدرهم ثم ابع بالدرهم جنبيا قال صاحب الفائق الجمع صنوف من التمر تجمع والجنب لون منه جيد وكانوا يتعاون صاعين من الجمع بصاع من الجنب فقال ذلك تنبيه لهم على الربا اه (قوله قال أو كل تمر خبير هكذا) فسماه أى الرطب تمرا اه فتح (قوله وروى أنه عليه السلام نهى عن بيع التمر) فيه نظران الثمرة أعم من التمر اه (قوله ولانه ان كان تمر الخ) هذا اللفظ يحكى عن أبي حنيفة أنه دخل بغداد وكان أشد ما عليه مخالفة الخبر فسأله فقال الرطب اما أن يكون تمرا أو لم يكن فان كان تمرا جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فأورد عليه الحديث فقال هذا الحديث دار على زيد بن عياش وزيد بن عياش عن لا يقبل حديثه وأبدله المصنف بقوله ضعيف عند النقلة اه

(قوله وان كان غير متعرفاً آخره) وهذا التردد حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم لكن الحجة لا تتم به لجواز أن يكون ثم قسم آخر اه
من خط الشارح (قوله ألا ترى أنه) أي الوصي اه (قوله وبيع العنب بالزبيب على هذا الخلاف) عند أي خفيفة يجوز بيع
القساوي كيلا وعندهما لا يجوز اه كمال قال في الهداية وكذلك العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف قال الاتقاني يعني كما
يجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً كيلا عند أي خفيفة كذلك يجوز بيع العنب بالزبيب عنده إذا تساوى كيلا وعندهما لا يجوز بيع
العنب بالزبيب تساوي أو نقاضاً كما قال في الرطب وقد ذكرنا الرواية قبل هذا على هذا الاختلاف عن شرح الطحاوي اه (قوله
وقيل لا يجوز بالاتفاق) كالخطة المقلية بغير المقلية وذكر أبو جعفر أنه يجوز اتفاقاً اه ابن قريشاً (قوله وأما بيع الرطب بالرطب) قال
الكمال وأما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلاً مثلاً اه قال الاتقاني نقلاً عن التقريب وأما العنب بالعنب فيجوز في قولهم كما في
الرطب بالرطب وأما البسر بالرطب فقال أبو خفيفة يجوز مثلاً بثل وقال لا يجوز اه (قوله فلما رويناه أن اسم التمر) الذي يحفظ الشارح
لأن اسم التمر اه (قوله بخلاف الكفري) قال الاتقاني الكفري مقصور بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء المهملة وعاء الطلع ويسمى
كافور أو كفري كذا قاله ابن دريد وقيل انما سمي به لأنه يستمر في جوفه اه ذكر البدر ابن مالك في شرح الخلاصة في الكفري وجهين فتح
الفاء وضمها وتبعه المرادى وحكى البصري ثلث الفاء اه (قوله لأنه ليس بتمر لأن اسم (٩٣) التمر يطلق عليه الخ) قال الكمال

وهذا الاسم أعنى التمر من
أول ما يتعقد صورته لأقبله
وبهذا استدلل بعضهم لابي
خفيفة من بيع الرطب
بالتمر فورده عليه أنه لو حلف
لأبى كل تمر فأكل رطباً
لا بحث فكان غيره فأجاب
بأنه بل بحث وليس بصحيح
بل المسئلة مسطوطة في
الكتب المذهبية المشهورة
بأنه لا بحث وكذا ادعى أنه
بحث فيما إذا حلف لأبى كل
تمر فأكل بسراً ولم يكن به
حاجة إلى هذا الذي فيه أن
الاعيان مبنية على العرف
وكلامنا فيه لغة وهم بعد

الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم بالتمر مثلاً بثل وان كان غير متعرفاً آخره وهو قوله صلى الله عليه
وسلم إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ولا تهمستون في الحال وانما يتفاوتان في المال لذهاب
جزء منه وهو الرطوبة بخلاف بيع الخنطة بالدميق لانهم سامة فتفاوتان في الحال ويظهر ذلك بالطنين
إذا طعن لا يزيد فيه شيئاً وما روياه لم يصح لأن مداره على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة ولئن صح
فهو محمول على أن السائل كان وصياً في مال يقيم أو ولياً الصغير فلم ير صلى الله عليه وسلم بهذا التصرف نظراً
له أنه هو مقيد بالنظر ألا ترى أنه يمنع من بيع الجيد بالردى من مال الرابح المأذون به كذا وبيع العنب بالزبيب
على هذا الخلاف والوجه ما بيناه من الجانبين وقيل لا يجوز بالاتفاق كالخطة المقلية بغير المقلية والفرق
لأن خفيفة بينه وبين الرطب بالتمر في هذه الرواية أن النص الوارد بلفظ التمر هناك يتناول الرطب على
ما بينا ولم يوجد مثله هنا فبقي محرم حتى يعتدل وأما بيع الرطب بالرطب فلما رويناه أن اسم التمر يتناول
فيجوز بيعه مثلاً بثل كذلك ولو باع البسر بالتمر لا يجوز التفاضل فيه لأنه تكرر على ما بينا بخلاف الكفري
حيث يجوز بيعه بما شابه من التمر لأنه ليس بتمر لأن اسم التمر يطلق عليه من أول ما يتعقد صورته لأقبله وهو
عددي متفاوت وهو أول ما يشق عنه الخل سمي به لأنه يستمر في جوفه ويتفاوت فالحاشي لا يجوز السلم فيه
ولو باع خنطة رطبة أو مبلولة بخنطة رطبة أو مبلولة أو يابس جاز البيع وكذلك لو باع غرامنة أو زيباً
منقاعاً بتمر مثله أو زيب مثله أو باليابس منه ما جاز عند أبي خفيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز شئ
من ذلك لأنه يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو بعد اليابس والفرق له بين بيع الرطب بالرطب وبين بيع

ذلك مطالبون بتصحيح أن اسم التمر يلزم الخارج من حين ينعقد إلى أن يطيب ثم يحلف من اللغة ولا ينكر صحة الإطلاق باعتبار مجاز
الأول اه ما قاله الكمال رحمه الله (قوله من أول ما يتعقد صورته لأقبله) ولهذا لو حلف لأبى كل تمر فأكل رطباً بحث في عينه مع أن معنى
الاعيان على العرف ذكره علماء الدين العالم في طريقة الخلاف بخلاف ما إذا كل طالع لم يبد صلحاً فلم يبحث في عينه فان قلت لو حلف
لأبى كل تمر فأكل بسراً لا بحث في عينه فعلم أن التمر ليس باسم التمر الخل من حين ما يبدو صلاحها إلى أن ينتهي قلت منع علماء الدين
العالم في طريقة الخلاف وقال بل بحث عندنا اه اتفاقاً قال الكمال وما ادعاه بعض الخلافين فحين حلف لأبى كل تمر فأكل رطباً أنه
بحث فليس كذلك بل المذهب أنه لا بحث لأن مبناها على العرف اه (قوله وكذلك لو باع غرامنة) قالوا انه بفتح القاف مخففاً من أنقع
الزيب في الخابية إذا ألقاه فيها البتل ونخرج منه الخلاوة ولكن المشهور بين الفقهاء المنقوع بالتشديد وعليه ثبت المنظومة في باب محمد
اه اتفاقاً (قوله جاز عند أبي خفيفة وأبي يوسف) أي إذا تساوى كيلاً اه غاية (قوله وقال محمد لا يجوز شئ من ذلك) قال في خلاصة
الفتاوى قال شمس الأئمة الخلو في الرواية محفوظة عن محمد رحمه الله أن بيع الخنطة اليابسة بالمبلولة انما لا يجوز إذا انتفعت أما إذا بليت
من ساعها يجوز بيعها باليابسة اه (قوله لأنه يعتبر المساواة في أعدل الأحوال) وهو بعد اليابس كما ذهب إليه في بيع الرطب بالتمر الحديث
سعد اه اتفاقاً والحاصل أن محمداً يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو حالة الخفاف الآن في بيع الرطب بالرطب اعتبر المساواة في الحال
لأن التفاوت ثمة انما يكون بعد ما يكون الرطب شيئاً آخر وهو التمر فلا يكون التفاوت في المعقود عليه والخنطة المبلولة أو الزيب المنقوع أو

التمر المنقوع بعد الحفاف لا يزول عنه اسم المعقود عليه فكان التفاوت في المعقود عليه اه (قوله على الاسم الذي عقد عليه) أراد به بقاء اسم الحنطة والزبيب والتمر بعد الحفاف اه اتقاني (قوله في المن واللحم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ولا يجوز نسبة لان الوزن جمعهما اه اتقاني نقلا عن شرح الطحاوي اه (قوله ولبن البقر والغنم) أي بعضها ببعض متفاضلا نقدا بالنسبة اه (قوله واخل الدقل) بفتحين اه وانما خص خل الدقل وهو نوع من أرذا التمر اجزاء للكلام مجرى العادة لانهم اعتادوا اتخاذ الخل من الدقل ولا فالحكم في كل تمر كذلك اه غايه (قوله بخل العنب) كيف كان ولا يجوز نسبة لان الوزن جمعهما اه (قوله وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز) قال في الهداية وعن الشافعي قال الاتقاني قال في وجيزهم وفي لحوم الحيوانات قولان أحدهما أنها مختلفة لتفاوت المعنى وان اتحاد الاسم اه (قوله لاتحاد الاسم والصورة والمقصود) وهو التغذي والتقوى اه اتقاني (قوله وأسماءها أيضا مختلفة باعتبار الاضافة) كقولك لحم البقر ولحم الضأن ولحم الابل ولحم الدجاج اه (قوله ما لم يختلف المقصود كشمع المعز وصف الضأن) فشمع المعز وصف الضأن جنسان بخلاف لحم المعز ولحم الضأن جنسان (قوله وانما جعل الشعر والصوف جنسين) وان كان أصلهما وهو المعز والضأن جنسا واحدا لاختلاف المقاصد ألا ترى أن أحدهما يصلح لما يصلح له الآخر ولهذا يتخذ (٩٤) من الصوف اللافافة والبدون وكذلك ومن الشعر المسح والحبل الغليظ

وتمحوظ ذلك اه قال الاتقاني وأما صوف الشاة مع شعر المعز جنسان مختلفان لان منافعهما مختلفة ولو باع بعضها ببعض متفاضلا يجوز ولا يجوز نسبة لان الوزن يجمعهما اه (قوله لانه بالتبديل تختلف المقاصد) قال الكمال ومن الاختلاف في الصفة ما قدمنا من جواز بيع اناءى صفرا أو حديدا أحدهما أثقل من الآخر وكذلك قفحة بقمطين واربعة بارتين وخودة بخودتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شيء من ذلك من أحد النقيدين فيمتنع التفاضل وان اضطررنا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العدة والصورة اه (قوله أو الدهن المربي بالنفسج بغير المربي الصنعة

المباول ونحوه بمثله حيث أجاز بيع الرطب بالرطب ومنع غيره جميعه أن التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك الاسم فيكون تفاوتنا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب يكون التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتنا في المعقود عليه وأبو حنيفة يعتبر المساواة في الحال وكذا أبو يوسف لا تطلق قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل الحديث وهو باطلا لانه يتناول الحنطة والتمر والشعير على أي صفة كان لأن أبا يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر حتى منعه بمار وبنام حديث زيد بن عياش على ما بينا من قبل قال رحمه الله (واللحم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ولبن البقر والغنم واخل الدقل بخل العنب) وقال الشافعي لا يجوز لانه جنس واحد لاتحاد الاسم والصورة والمقصود ولنا أن أصولها أجناس مختلفة حتى لا يضم بعضها الى بعض في الزكاة وأسماءها أيضا مختلفة باعتبار الاضافة كدقيق البر والشعير والمقصود أيضا مختلف فبعض الناس يرغب في بعضها دون بعض وقد يضربه البعض وينفعه غيره والمعتبر في الاتحاد في المعنى الخاص دون العام ولو اعتبر العام لما جاز بيع شيء بشيء أصلا بخلاف لحم الجاموس والبقر أوليهما أو لحم المعز والضأن أو لبنهما أو لحم العراب والبخاني حيث لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لانهما جنس واحد حتى يضم أحدهما الى الآخر في تكميل النصاب في الزكاة فكذلك أجزاؤه ما لم يختلف المقصود كشمع المعز وصف الضأن أو لم يتبدل بالصنعة لان التبديل يختلف المقاصد ولهذا جاز بيع الخبز بالحنطة متفاضلا وكذا بيع الزيت المطبوخ بغير المطبوخ أو الدهن المربي بالنفسج بغير المربي منه متفاضلا وانما جاز بيع لحم الطير بعضها ببعض متفاضلا وان كان من جنس واحد ولم يتبدل بالصنعة لكونه غير موزون عادة فلم يكن مقدرا فلم توجد العلة ففاضله أن الاختلاف باختلاف الاصل أو المقصود أو يتبدل

منه متفاضلا) قال الكمال واعلم أن المجانسة تكون باعتبار ما في الضمن فيمنع النسبة كما في المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم وتكون باعتبار ما أضيفت اليه فيختلف الجنس مع اتحاد الاصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت أو الشيرج فصار جنسين باختلاف ما أضيف اليه من الورد والبنفسج نظر الى اختلاف المقصود والغرض ولم يبال باتحاد الاصل وعلى هذا دهن الزهر في ديارنا ودهن البان أصلهما اللوز يطبق بالزهر والخلاف مدة ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع أحد الدهنين بالآخر متفاضلا وعلى هذا قالوا لوضم الى الاصل ما طيبه دون الآخر جاز متفاضلا حتى أجازوا بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين غير مطيب وعلى هذا يجوز بيع رطل لوز مطبق برطل لوز غير مطبق وكذا يجوز بيع دهن مطبق بزهر انثريج برطل دهن اللوز الخالص وكذا رطل زيت مطيب برطلين من زيت لم يطيب فجاءوا الرائحة فيها بازاء الزيادة على الرطل اه (قوله وانما جاز بيع لحم الطير بعضها ببعض الخ) قال الكمال وانما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان مثلا والعصافير متفاضلا لانه ليس بحال الراباذ لا يوزن لحم الطير ولا يكال وينبغي أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز لانه يوزن عادة في ديار مصر بعظمه اه

(قوله في المن وشحم البطن بالالبية أو بالحم) قال الاتقاني نقلا عن شرح الطحاوي ولو باع لحوم الشاة بشحمها أو بالبنها أو لحما بصوفها يجوز ذلك كيفما كان ولا يجوز نسيئة لأن الوزن يجمعهما ما اه قال الكمال وأما الرأس والا كارع والجلود فيجوز يدا بيد كيفما كان لانيئة لأنه لم يضبط بالوصف حتى ان السلم فيه لا يجوز اه (قوله في المن والخبز بالبر أو الدقيق متفاضلا) أي نقدا لانيئة الا اذا كانت الخنطة أو الدقيق نسيئة فإنه يجوز حينئذ اه (قوله حتى خرج من أن يكون مكبلا) أي وصار وزنيا أو عسديا اه غاية قوله وزنيا أي عند أبي يوسف وقوله أو عسديا عند محمد اه (قوله وان كان الخبز هو المتأخر) قال في الهدياقون كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف رحمه الله وعليه الفتوى اه (قوله ولا يجوز استقراضه وزنا ولا عددا) قال في الاختيار وعند محمد يجوز به ما هو والمختار لتعامل الناس به وحاجتهم اليه اه وقال ابن فرشا وعليه الفتوى اه قال الاتقاني وروى عن محمد أنه يجوز وزنا وعددا وقال ثلاث من الدناءة استقرض الخبز وزنا والجلوس في دكان النجاشي والنظر في مرآته اه ثم قال الاتقاني بعد أوراق وعند محمد يجوز عددا وزنا كذا ذكر قول محمد في شرح الطحاوي والمختلف والحصر وخلاصة الفتاوى وذكر الوالو الجلي وصاحب (٩٥) الفتاوى الصغرى أنه يجوز عند محمد

عددا ولم يذكر الوزن وان كان لا يجوز السلم عنده لا وزنا ولا عددا قال الوالو الجلي وكان محمد ترك القياس في جواز استقراضه عددا لتعارف الناس كما ترك القياس بالعرف في جواز الاستصناع اه (قوله وقال أبو يوسف يجوز بالوزن دون العدد لان احاده متفاوت) قال الكمال ومحمد يقول قد أهدر الخبران تفاوته وعنهم يكون اقتراضه غالبا والقياس يترك بالتعامل وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف وأنا أرى أن قول محمد أحسن اه (قوله في المستن لا يبيع البر بالدقيق) أي لا يجوز بيع الخنطة بدقيق الخنطة ولا بسويقها اه اتقاني وقوله ولا بسويقها أما بسويق

الصنعة قال رحمه الله (وشحم البطن بالالبية أو بالحم) يعني يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا وان كانت كلها من الضان لانها أجناس مختلفة لا اختلاف الاسماء والصور والمقاصد قال رحمه الله (والخبز بالبر أو الدقيق متفاضلا) وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز بيعه به أصلا لان بينهما شبهة الجانسة في الحال ولا يعرف التساوي بينهما فصار كببيع المقلية بغير المقلية أو الدقيق بالخنطة والاول أصح لان الخبز بالصنعة صار جنسا آخر حتى خرج من أن يكون مكبلا والبر والدقيق مكيل فلم يجمعهما القدر ولا الجنس حتى جاز بيع أحدهما بالآخر نسيئة اذا كانت الخنطة هي المتأخرة لا مكان ضبطها وان كان الخبز هو المتأخر والسلم فيه فلا يجوز عند أبي حنيفة لأنه يفتاوت بالطحن والعجن والنضج وأما عندهما فقد ذكر في النهاية معزيا الى الميسر أنه لا يحفظ عنهم ما خلا ذلك ومن أصحابنا من يقول لا يجوز عندهما ومنهم من يقول يجوز على قياس السلم بالحم وبه يفتى للتعامل وفي الكافي ان ابن رستم ذكر في نوادره أن علي قول أبي حنيفة ومحمد لا يبيع السلم في الخبز وعلى قول أبي يوسف يصح وزنا ولا يجوز استقراضه وزنا ولا عددا عند أبي حنيفة لما ذكرنا في السلم بل أولى لان باب السلم أوسع حتى جاز السلم في الثياب دون القرض وهو القياس وقال محمد يجوز بالوزن والعدد جميعا للتعامل وبه يترك القياس كالاستصناع وقال أبو يوسف يجوز بالوزن دون العدد لان احاده متفاوت بالعدد دون الوزن وعليه الفتوى قال رحمه الله (لا يبيع البر بالدقيق أو بالسودق) يعني لا يجوز بيع الخنطة بأحدهما لا متفاضلا ولا متساويا لانه جنسه من وجه وان اختص باسم آخر فيجرم لشبهة الربا لان أحدهما بر والآخر أجزاءه وأحدهما دقيق والآخر أجزاءه وهـ ذلالة بالطحن لم يوجد الا تفرق الاجزاء والجمع بالتفريق لا يصير جنسا آخر فيثبت شبهة الجانسة وثبوت الشبهة تنكح اثبوت حرمة الربا كافي دهن السهم مع السهم غير أن المعيار فيهما الكيل وهو غير مسوولهما ألا ترى أن البر اذا طحن يزيد عليه وتلك الزيادة كانت موجودة في الحال وظهرت بالطحن بخلاف بيع دهن السهم بالسهم حيث يجوز لان المعيار فيهما الوزن وهو مستو لهما فأمكن التساوي بينهما ما يجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا لا اتحاد الاسم والصورة والمعنى وبه ثبت الجانسة من كل

الشعير فيجوز اه فتح (قوله والآخر أجزاءه) عبارة الكافي وفي الآخر أجزاءه اه (قوله غير أن المعيار فيهما الكيل وهو غير مسوولهما) قال الكمال فلا تتحقق المساواة بينهما كيلا بل هو محتمل فصار بيع أحدهما بالآخر كيلا كببيع الخراف لذلك الاحتمال وحرمة الربا انما كانت منتهية بالعلم بالمساواة الا فيما لا اعتبار به مثل أن يتفق كبس في كيل هذه الخنطة لم يتفق قدره سواء في الخنطة الاخرى فاذا لم يتحقق العلم بها صارت مؤيدة بالضرورة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل مساو ثم قال الكمال وقولنا المعيار في الخنطة والدقيق الكيل لا راد به الا فيما اذا يبيع بجنسه أما بالدرهم فيجوز بيع الخنطة وزنا بالدرهم وكذا الدقيق وغير ذلك اه (قوله ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا) قال في خلاصة الفتاوى سواء كان أحدهما أخشن أو أدق وكذا يبيع التخالفة بالتخالفة وقال في شرح أبي نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة من النعومة اه غاية قال الاتقاني وجملة هذه المسائل على ما قال في شرح الطحاوي على ثلاثة أوجه في وجه يجوز البيع اذا تساوى في الكيل وفي وجه لا يجوز البيع تساوي في الكيل أو تفاضلا وفي وجه اختلافه وفيه أما الوجه الذي يجوز فيه البيع اذا تساوى في الكيل وهو أنهم اذا تبايعا خنطة بخنطة وهما عتيقتان أو وحدتان أو أحدهما عتيقة والاخرى حديثة وكذلك اذا

تبايعا حنطة مقلية أو دقيق حنطة بدقيق حنطة أو سويق حنطة بسويق حنطة وتساويا في الكيل فإنه يجوز وكذلك حكم الشعير بالشعير على هذا وكذلك إذا تبايعا تمرًا بتمر كلاهما عتيق أو كلاهما حديث أو أحدهما حديث والآخر عتيق وتساويا في الكيل فإنه يجوز بالإجماع وكذلك إذا تبايعا عنبًا بعنب أو زبيبًا بزبيب وكذلك حكم ما أشبه ذلك من المكملات إذا بيع بحسنه وأما الوجه الذي لا يجوز تساويا في الكيل أو تفاضلا فهو أنهم إذا تبايعا حنطة مقلية بغير مقلية أو باع الحنطة بالدقيق أو الحنطة بسويق الحنطة أو تمرًا مطبوخًا بتمر غير مطبوخ أو حنطة مطبوخة بحنطة غير مطبوخة فلا يجوز تساويا أو تفاضلا وأما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو أنهم إذا تبايعا تمرًا برطب أو رطبًا بتمر أو عنبًا بزبيب (٩٦) فتساووا في الكيل يجوز في قول أبي حنيفة وعندهما لا يجوز تساويا أو تفاضلا ويبع

وجه ولا يعتبر احتمال التفاضل كما في البراءة وقال أبو بكر محمد بن الفضل إنما يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كانا مكبوسين وإن كانا غير مكبوسين أو أحدهما لا يجوز وإن باع الدقيق بالدقيق موازنة ففيه روايتان ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق متفاضلا ولا متساويا عند أبي حنيفة وقال لا يجوز كيفما كان لانهم اجنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمقصود ألا ترى أن أحدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر وهو أية الاختلاف غير أنه لا يجوز أن يباع أحدهما بالآخر نسبة لأن القدر يجرى مجرى حنيفة أنهم اجنسان واحد من وجه لانهم من أجزاء الحنطة ولهذا لا يجوز أن يباعا بالحنطة لاتحاد الجنس وعدم المسوى وكذلك لا يجوز بيع أصل أحدهما بأصل الآخر وهو المقلية بغير المقلية لما ذكرنا وكذا الجزآن لا يجوز بيع أحدهما بالآخر إذا جاز لا يخالف الكل وبفوات بعض المقاصد لا يخرج من أن يكون جنسًا له كاصل أحدهما مع أصل الآخر أو معهما على ما بينا وكالبرء مع المسوس حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر لامتساويا بمجرد اختلاف الاسم لا يدل على اختلاف الجنس ألا ترى أن بعض الإنسان يختص باسم كالشباب والشيوخ والطفل ونحوه مع اتحاد الجنس وبيع المقلية بالمقلية والسويق بالسويق متساويا جاز لاتحاد الجنس قال رحمه الله (والزيتون بالزيت والسهمسم بالشعير حتى يكون الزيت والشعير أكثر مما في الزيتون والسهمسم) أي لا يجوز البيع حتى يكون الدهن الخالص أكثر مما في الزيتون والشعير أكثر مما في الزيتون لاتحاد الجنس بينهما معنى باعتبار ما في ضمنهما وإن اختلفا صورة فثبت بذلك شبهة المجانسة والرباب يثبت بالشبهة فالولم يكن الدهن الخالص أكثر من الذي في الآخر كان التمييز بلا عوض يقابله فيحرم ولو لم يعلم أن الخالص أكثر لا يجوز خلافاً لفره هو يقول إن الأصل هو الجواز والفساد طارئ عند وجود الفضل الخالي عن العوض فلا يفسد ما لم يعلم ذلك قلنا المتوهم في الربا كالتحقق ألا ترى إلى ما روى عن جابر أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر رواه مسلم والنسائي وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الربا بالزيتية وهي شبهة الربا وقال ابن مسعود كان دق تسعة أعشار الحلال مخافة الحرام وعلى ذلك كان السلف رضى الله عنهم ولا يقال إن السهمسم مكيل والدهن موزون فكيف يحرم التفاضل بينهما لا نأقول المقصود منه دهنه وهو موزون والحرمة باعتبار ما فيه فإن قيل على هذا ينبغي أن يجوز بيع السهمسم بالسهمسم متفاضلا كيلا على وجه الاعتبار بأن يصرف كل جنس إلى خلاف جنسه قلنا ذلك يتأق في المنفصل خلقة دون المتصل وكذا بيع الجوز بدهنه واللين بسمنه والتمر بنواه وكل شيء لثقله قيمة إذا بيع بالخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص أكثر وإن لم يكن لثقله قيمة كتراب الذهب إذا بيع بالذهب أو تراب الفضة إذا بيع بالفضة لا يشترط أن يكون الذهب أو الفضة أكثر مما في التراب لأن التراب لا قيمة له فلا يجعل بآزانه شيء حتى لو جعل فسدل بالفضل قال رحمه الله (ويستقرض الخبز

الكفرى بالبرء والرطب أو التمر يجوز كيفما كان بالإجماع لأن الكفري عددي اه مع حذف قوله) إنما يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كانا مكبوسين) قال الكمال وهو حسن اه (قوله ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق) والمراد منه دقيق الحنطة بسويقها اه اتقاني وأما دقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا شئ في جوارزه اه كمال (قوله وقال لا يجوز كيفما كان لانهم اجنسان) أي دقيق الحنطة وسويقها اه فتح (قوله مختلفان) أي وان رجعا إلى أصل واحد اه فتح (قوله لاختلاف الاسم) أي والهيشة اه غايه (قوله وكذلك لا يجوز بيع أصل أحدهما بأصل الآخر وهو المقلية) أي فان المقلية لاتصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطحن فيخذهنم اخبراه فتح (قوله وكالبرء مع المسوس)

قال الاتقاني والحنطة العلكة الجيدة قال ابن دريد طعام علك متين المضغة والحنطة المستوسنة أي المدودة يقال سوس الطعام وزنا إذا دود من السوس وهو الدود وقال الكمال العلكة أي الجيدة السالسة من السوس ومستوسة بكسر الواو كأنها هي سوست أي أدخلت السوس فيها اه (قوله وبيع المقلية بالمقلية) قال الكمال فأما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاختلفوا قيل يجوز إذا تساويا كيلا ذكره في الأخيرة وقيل لا وعليه عول في المبسوط ووجهه أن النار قد نأخذ في أحدهما أكثر من الآخر والاول أولى اه قال الاتقاني يقال حنطة مقلية من قلى يقلى ومقلوطة من قلاية لوفهمها أن لغتان ذكرهما أهل اللغة كصاحب المجمل وغيره فعلى هذا علم من طعن على أصحنا في استعمالهم بالياء مخطئا اه

(قوله وان كان عليه دين لا يجوز) أي لا يجوز البيع متفاضلا فيما فيه الربا اذا كان على العبد دين اه (قوله وعندهما) وان كان المولى يملك ما في يده ولكن تعلق الخ اه (قوله الا أنه اذا أخذ) أي السيد اه (قوله وكذلك اذا تبايعا عافاسدا) المسلم الذي دخل دار الحرب بامان اذا باع درهمين او باع خرا او خنزيرا أو ميسرة أو قامرهم وأخذ المال يحل عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف اه غايه (قوله ولان مالهم مباح) أي أهل الحرب اه

باب الحقوق

أي حقوق المبيع اه قال الكمال محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار (٩٧) قال الاتقاني ولكن المصنف لما أتبع وضع

الجامع الصغير المرتب وفيه وقع الوضع هكذا بعد ذكر مسائل البيوع وضع هكذا أيضا اه (قوله في المتن العلوي لا يدخل بشرائه بيت بكل حق الخ) قال في الهداية ومن اشترى منزلا ففوقه منزلا فليس له الا على الآن يشتره بكل حق له أو بغيره أو بكل قليل وكثير وفيه أو منه ومن اشترى بيتا ففوقه بيت بكل حق لم يكن له الا على ومن اشترى دارا بجندورها فله العلوي والكنيف اه قال الاتقاني قال شمس الأئمة في شرح الجامع الصغير المنزل فوق البيت ودون الدار والبيت اسم لمسقف واحد لهدليز والدار اسم لما يشتمل على الصحن والبيوت والصفة والمطبخ والاصطبل والمنزل اسم لما يشتمل على بيوت ومطبخ وموضع قضاء الحاجة ولكن لا يكون فيه صحن الى هنا لفظ شمس الأئمة رحمه الله والجواب في ذلك أن العلوي

وزنا لاعددا) وهذا عند أبي يوسف وعند محمد يستقرض بهما وعند أبي حنيفة لا يستقرض بهما وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ولاربا بين المولى وعبده) لانه وما في يده ملكه فلا يتحقق الربا هذا اذا لم يكن عليه دين مستغرق بقبضته وما في يده وان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس يملك للمولى عند أبي حنيفة فصار كالمكاتب وعندهما تعلق به حق الغير فلا يعرى عن الشبهة وفي المحيط في كتاب الصرف لاربا بينهم اوان كان عليه دين لان له أن يأخذ كسب عبده المدين بعوض يعدله استخلاصا بغير شرائه فحصل أخذ هذا الطريق الا أنه اذا أخذ منه درهمين بدرهم يراد الدرهم الزائد على العبد لانه أخذ به بغير عوض لا لربا حتى لو أخذ منه درهمين بدرهم لا يجب على العبد الرد على المولى بخلاف المكاتب لان حق المولى لا يظهر في حق كسب المكاتب والمتفاوضان لاربا بينهما لان الكل مالهما وكذا شريك العنان اذا تبايعا من مال الشركة وان كان من غيره لم يحز قال رحمه الله (وبين الحربي والمسلم عه) أي لاربا بينهما في دار الحرب وكذلك اذا تبايعا عافاسدا في دار الحرب فهو جائز وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي لا يجوز لان المسلم التزم بالامان أن لا يملك أموالهم الا بالعدو وهذا العقد وقع فاسدا فلا يفيد الملك الحلال فصار كالأدوية مع المستأمن منهم في دارنا وإهما قوله صلى الله عليه وسلم لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح وبعد الامان لم يصرمه صوما الا أنه التزم أن لا يغدرهم ولا يتعرض لما في أيديهم بدون رضاهم فاذا أخذ رضاهم فقد أخذ ما لا مباحا بلا عذر فملكه بحكم الاباحة السابقة اذا تأثر الامان في تحصيل التراضي دون التملك فكان الملك في حق الحربي زائلا بالتجارة كإرضى به وفي حق المسلم ثابتا لاستيلائه على مال مباح بخلاف المستأمن منهم في دارنا لان مالهم صار محظورا بعد الامان ولو أسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر اليها فكذلك الحليم عند أبي حنيفة لان مالهم غير معصوم عنده على ما عرف في موضعه

باب الحقوق

قال رحمه الله (العلوي لا يدخل بشرائه بيت بكل حق وبشرائه منزل لا بكل حق هو له أو بغيره أو بكل قليل وكثير وفيه أو منه ودخل بشرائه دار كالكنيف) أي لا يدخل العلوي بشرائه بيت وان قال بكل حق هو له مالم ينص عليه وبشرائه منزل لا يدخل الا أن يبول بكل حق هو له أو بغيره أو بكل قليل وكثير وفيه أو منه وبشرائه الدار يدخل العلوي وان لم يذ كر شيئا من ذلك كما يدخل الكنيف لان البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتونة والعلو مثله والشئ لا يكون تبعالمثله ولا يكون من حقوقه فلا يدخل بدون التنصيص

(١٣ - زيلعي رابع) لا يدخل في شراء البيت وان ذكر الحقوق الا اذا ذكر اسم العلوي بمحال لان البيت اسم لخاص لمسقف واحد يات فيه والعلوي في ذلك مثل السفلى والشئ يستتبع دونه لا مثله أو فوقه والعلوي يدخل في شراء المنزل اذا ذكر الحقوق أو المرافق أو كل قليل وكثير واسمه الخاص والافلا وذلك لان المنزل اسم لبيتين أو ثلاثة ينزل فيها السلاوونهارا والعلوي في النزول كالسفل الا أنه دونه في احتمال السكنى فكان أصلا من وجه تابعان وجه فان ذكره أو ذكر اسم التبع دخل والافلا وعلو الدار يدخل من غير نص باسمه الخاص ومن غير ذكر الحقوق لان العلوي من جهة ما أدير الحوائط اه (قوله الا الخ) أي الاباحدي عبارات ثلاث اه (قوله وان قال الخ) هذه إحدى العبارات الثلاث اه (قوله لان البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتونة) فنه من يقتصر على هذا ومنهم من يزيد دهليز اه كمال (قوله والشئ لا يكون تبعالمثله) قال الكمال أو ما هو دونه أو رد المستعير له أن يعير ما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب يكاتب عبده

وأجيب بأن ذلك ليس بطريق الاستبعا بل لما ملك المستعير المنفعة كان له أن يملك ما ملك والمكاتب يعقد الكتابة لما صار أحق بحقوقه
 كان له ذلك لأن كتابة عبده من كتائبه اه (قوله والمثل بين الدار والبيت) منزلة بين المنزلتين وهي الدورة الصغيرة فيها بيتان أو ثلاثة
 وهو يشتمل على مرافق السكنى ولكنه قاصر ليس فيه منزل الدواب ولا ما يجرى محرى ذلك اه اتقاني (قوله وفي عرفنا يدخل العلو)
 أي في الفصول كلها لأن في عرفنا الدار والمنزل والبيت كله واحد اه اتقاني (قوله وإنما يدخل الكنيف الخ) قال في الهداية وكما
 يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لأنه من توابعه اه قال الكمال الكنيف هو المستراح اه (قوله ويدخل برالماء والأشجار
 في صحتها والبستان فيها المذكور) قال قاضيان ولو اشترى دارا فيها بستان دخل البستان في البيع صغيرا كان البستان أو كبيراً وان كان
 البستان خارجا من الدار لا يدخل البستان في البيع وان كان له باب في الدار كما قال أبو سليمان وقال الفقيه أبو جعفران كان البستان
 أصغر من الدار ومفتحا إلى الدار يدخل في بيع الدار وان كان البستان أكبر من الدار لا يدخل في بيع الدار والمسئلة صرت في باب العين في
 الخروج والدخول اه (قوله في المتن لا الظلة الخ) والظلة هي الساباط الذي أحد طرفيه على الدار والطرف الآخر على دار أخرى أو على
 الاسطوانات في السكة ومفتحا في الدار (٩٨) المبيعة اه اتقاني وكما (قوله إذا كان مفتحا في الدار) قال قاضيان وان لم يكن مفتحا

في الدار لا تدخل الظلة في
 عليه والدار اسم لما أدبر عليه الحدود من الحائط ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف والعلو
 من اجزائه وتوابعه قيد دخل فيه من غير ذكر والمنزل بين الدار والبيت لأنه اسم لما يشتمل على بيوت
 وصحن مسقف ومطبخ يسكنه الرجل بأهله مع ضرب قصور فيه فأنه ليس فيه اصطيل فكان له شبه
 به ما فلتشبهه بالدار يدخل تبعاً عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل من غير ذكر توابعه على الشبهين
 حظهما وذكر في الكافي أن هذا الجواب على هذا التفصيل بناء على عرف أهل الكوفة وفي عرفنا يدخل
 العلو في الكل سواء باع باسم البيت أو المنزل أو الدار لأن كل منزل يسمى خانه سواء كان كبيراً أو صغيراً
 فكانه يقول يتناول العلو المنزل والاحكام في مثل هذا تنبني على العرف فيعتبر في كل إقليم وفي كل عصر
 عرف أهله وإنما يدخل الكنيف لأن الدار اسم لما أدبر عليه الحائط والكنيف منه قيد دخل بذكر الدار
 من غير افراده بالذ كر كالعلو ولو كان خارج الدار منبعا على الظلة يدخل لأنه يعد من الدار عادة ويدخل
 برالماء والأشجار في صحتها والبستان فيها المذكور وان كان البستان خارج الدار ان كان أكبر
 منها أو مثله لا يدخل إلا بالشرط لأنه خارج عن حدودها وان كان أصغر منها يدخل لأنه يعد من الدار
 عرفاً فصار تعالى قال رحمه الله (لا الظلة إلا بكل حق) أي لا تدخل الظلة في بيع الدار إلا إذا قال بكل
 حق أو نحو ذلك مما ذكرنا وهذا عند أبي حنيفة وعندهما تدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا إذا كان
 مفتحا في الدار لأنهم من توابع الدار كالعلو والكنيف ولأبي حنيفة أنها خارجة عن الحدود مبنية على
 هو الطريق فصارت كالطريق ولا تباينة للدار من حيث ان قراراً أحد طرفيها عليها وليست بتابعة
 لها من حيث ان قرار طرفيها الآخر على شيء آخر فصارت تابعة من وجه دون وجه فقد دخل ان ذكر
 الحقوق ونحوه والأفلا على الشبهين قال رحمه الله (ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب الانحواكل
 حق بخلاف الاجارة) أي لا تدخل هذه الاشياء في بيع الارض أو المسكن إلا بذكر كل حق أو نحوه

بيع الدار في قولهم لا بد
 الظلة اه (قوله لأنهم من توابع
 الدار كالعلو والكنيف)
 ولهذا الوجه لا يدخل الدار
 فدخلها بحث اه محيط
 (قوله من حيث ان قرار
 طرفيها الآخر على شيء آخر)
 اما جدار الجار أو اسطوانات
 اه (قوله في المتن ولا يدخل
 الطريق والمسيل) قال
 العيني وهو موضع جرى الماء
 من المطر وغيره والشرب
 بكسر الشين وهو النصب
 من الماء اه (قوله الانحوا
 كل حق الخ) أو برفقه
 أو بكل قليل وكثير هو فيه
 أو منه اه (قوله لا بد كر كل
 حق أو نحوه) قال الكمال

فان المقصود في الاصل منه ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها عينا بل اما ذلك أو ليتجر فيها أو بأخذ بعضها فلم يتعين فائدة للبيع فلا
 يلزم ولهذا جاز بيع الخش كالدوان لم ينتفع به في الحال وكذا الارض السجدة ولا يصح اجارة ذلك وفي الكافي ولهذا لو استأجر علوا واستثنى
 الطريق فسدت الاجارة بخلاف ما لو اشترى علوا واستثنى الطريق يصح اه قال في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل
 يشتري البيت في الدار أو المنزل في الدار أو المسكن في الدار قال لا يكون له الطريق الآن يقول بكل حق هو له أو مرافقه أو يقول بكل قليل
 وكثير هو فيه أو منه فيكون له الطريق الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وذلك لأن الطريق خارج عن الحدود إلا أنه من التوابع فلا جرم لم
 يدخل من غير ذكر وكذلك الشرب والمسيل وهذا بخلاف اجارة البيت أو المنزل أو المسكن أو الارض حيث يدخل الطريق والمسيل والشرب
 من غير ذكر لأن المقصود من الاجارة هو الانتفاع ولا انتفاع بدون أن تدخل هذه الاشياء والبيع ليس كذلك لأن المقصود منه ملك الرقبة
 لا الانتفاع بعينها والانتفاع من ثمراته ولهذا يجوز بيع الخش الصغير الذي لا ينتفع به في الحال ويجوز بيع الارض المسجدة لعدم الانتفاع
 قال الامام نضر الدين قاضيان وإذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائماً في دار أخرى لا يدخل من غير ذكر الحقوق لأنه ليس من هذه الدار
 ولكنه من حقوق هذه الدار فلا يدخل بذكر الحقوق وان قال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرى فالمشتري لا يستحق الطريق

بغير حجة ولكن له أن يرد بالعيب وكذلك لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة فإن كانت للبائع يؤمر برفعها وإن كانت لغيره كانت بمنزلة العيب وكذلك لو ظهر في الدار المبيعة طريق لدار أخرى أو مسيل ماء فإن كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له في الدار المبيعة لأنه باعها من غير استثناء وإن كانت لغير البائع كانت بمنزلة العيب اه قال الكمال رحمه الله قوله ومن اشترى بيتاً في دار أو منزلاً فيها أو مسكناً فقيم الم يكن له الطريق في هذه الدار إلى ذلك المشتري إلا أن يشتره بكل حق أو يرافقه أو بكل قبيل وكثير وكذلك الشرب والمسيل لأنه خارج الحدود إلا أنه من المتوابع فيدخل بذكر المتوابع وفي المحيط المراد الطريق الخاص في ملك إنسان فأما طريقها إلى سكة غير نافذة وإلى الطريق العام فيدخل وكذلك ما كان له من حق تسيل الماء أو إلقاء الثلج في ملك إنسان خاصة وقال نضر الإسلام وإذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها في دار أخرى لا يدخل من غير ذكر الحقوق لأنه ليس من هذه الدار فلا يدخل إلا بذكر الحقوق إلا أن تعمله بقوله لأنه ليس من هذه الدار يقتضي أن الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب فالحق أن كلامهم لا يدخل لأنه وإن كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار إنما اشترى شيئاً معيناً منها فلا يدخل ملك البائع أو ملك الأجنبي إلا بذكر اه (قوله بخلاف الإجارة حيث تدخل فيها) أي هذه الأشياء إذا استأجر داراً أو أرضاً اه عيني (قوله فيما لا يمكن الانتفاع به) كالمهر والأرض السبعة اه (قوله ولو اشترى رحي) وكذلك لو اشترى بيت الرحي بكل حق هوله أو بكل قليل وكثير هو فيه اه قاضيان

(٩٩)

باب الاستحقاق

هو طلب الحق اه ع قال الاتقاني ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق اظهره التسلسل بينهما لفظاً ومعنى اه قال الكمال حق هذا الباب أن يذ كر بعد تمام أبواب البيع لأنه يظهر وعدم الصحة بعد التمام ظاهراً ولكن لما تناسب الحقوق لفظاً ومعنى ذكر عقبيه اه (قوله في المتن البيه حجة متعددة الخ) قال العيني وهذا أصل لفروع كثيرة منها ما أشار إليه بقوله مبيعة الخ ومنها أنه إذا اشترى عبداً ثم

بخلاف الإجارة حيث تدخل فيها من غير شرط لأن هذه الأشياء تابعة من وجه من حيث أنها تقصد للانتفاع بالبيع دون عينيها أصل من وجه من حيث أنها يتصور وجودها بدون البيع فكانت تابعة للبيع من وجه دون وجه فلا تدخل في البيع إلا بذكر الحقوق والمرافق وهذا لأنه قد يشترى البيع فلا يلزم الشراء إلا انتفاع به وقد يشترى الطريق بعدما اشترى المبيع بخلاف الإجارة لأنها تعقد للانتفاع لا غير ولهذا لا تجوز الإجارة فيما لا يمكن الانتفاع به ولو بطل الانتفاع بعد عقد الإجارة تبطل الإجارة وكذا لو استثنى هذه الأشياء عن عقد الإجارة تبطل إذا لا يمكن الانتفاع بالعين المستأجرة لهذه الأشياء فوجب دخولها فيها تصحها ألتأ ترى أنه لو استأجر الطريق من صاحب العين لا يجوز قطع الدخول فيها ولا يدخل مسيل ماء المزبأ إذا كان في ملك خاص ولا مسقط الثلج فيه وقد ذكر الحام يدخل لأنه مر كب بالبناء ولو اشترى رحي يدخل الحجر الأسفل لأنه مر كب بالبناء وكذا الأعلى استحساناً والآلات المصققة بالبيت لأن الرحاً اسم لبيت فيه حجر دوار والحجر الأعلى هو الدوار

باب الاستحقاق

قال رحمه الله (البيته حجة متعددة لا الأقرار) لأن البيته لا تصير حجة الإبقاء القاضي والقاضي ولا ية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة والأقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء ولا يقر ولا يقر ولا يقر على نفسه دون غيره فيقتصر عليه قال رحمه الله (والتناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية والنسب والطلاق) لأن القاضي

ظهر له مستحق بالبيته فإنه يرجع على البائع بالثمن لأنه ثبتت بها الملك من الأصل فيتمدحى إلى الكل ولو أقر به المشتري لرجل أنه مستحق له لا يرجع بالثمن على البائع لأن إقراره قاصر عليه فيثبت به الملك في المقر به ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة بأشائه فلا يظهر الاستحقاق في حقه بالر جوع بالثمن على البائع اه (قوله في المتن والتناقض يمنع دعوى الملك) قال العيني وهذا أيضاً أصل لفروع كثيرة وموضعها في كتاب الدعوى ومن صور ذلك ما ذكره في الفتاوى الظهيرية رجل ادعى على رجل مقدار معلوماً بأنه دين له عليه وأنكر المدعى عليه ذلك ثم ادعى أن ذلك المقدار عنده من جهة الشركة فإنه لا تسع دعواه لأنه متناقض في كلامه ولو كان الأمر بالعكس تسع لا مكان التوفيق لأن مال الشركة يجوز أن يكون ديناً بالحودود الدين لا يجوز أن يصير مال الشركة ومنها ما ذكره فيها أيضاً رجل ادعى على آخر أنه أخوه وأدعى عليه النفقة فقال المدعى عليه ليس هو بأخي ثم مات المدعى وخلف أموالاً كثيرة فباع المدعى عليه فطلب ميراثه وقال هو أخي لا يقبل منه ذلك ولا يقضى له بالميراث لأنه متناقض ولو كان مكان دعوى الأخوة دعوى البنوة أو الأبوته والمسئلة بمجالها يقبل ذلك منه ويقضى له بالميراث ومنها ما ذكره فيها المدعى عينا في يد إنسان أنه الفلان وكله بالخصومة فيه وأقام البيته على ذلك قبلت بينته ولا يصير متناقضاً لا تقبل بينته ولو ادعى أنه له ثم ادعى بعد ذلك أنه الفلان وكله بالخصومة فيه وأقام البيته على ذلك قبلت بينته ولا يصير متناقضاً لا تقبل (قوله في المتن والتناقض يمنع الخ) أعني التناقض في دعوى الاعتاق والتدبير من قبل العتيق أم لو كان من قبل المولى بأن باع عبده ثم ادعى أنه كان أعتقه أو بده قبل البيع فلا يعني لأن الإنسان لا يخفى عليه فعله ويأتى في باب دعوى النسب اه يحجي (قوله لا الحرية والنسب) أي لا يمنع

التناقض دعوى الحرية قال العيني كالمكاتب اذا اقام بيته على أن مولاه أعتقه قبل الكتابة فانه تقبل بيته فالتناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لانه امر يجري فيه الخداء لانه امر يتفرده المولى فرعا لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك ولا يمنع أيضا دعوى الطلاق كالمراة اذا اختلعت من زوجها ثم اقامت بيته أنه كان طلقها فلا تقبل الخلع فانه تقبل بيته اولها أن تسترد بدل الخلع وان كانت متناقضة لاستقلال الزوج بأبواق الثلاث عليها من غير أن يكون لها علم بذلك وقاس على هذا في الفتاوى الظهيرية مسئلة وهي أن رجلا اشترى دار لابنه الصغير من نفسه وأشهد على ذلك شهودا فكبر الابن ولم يعلم بما صنع الاب ثم ان الاب باع الدار من رجل وسلمها اليه ثم ان الابن استأجر الدار من المشتري ثم علم بما صنع الاب فدعى الدار على المشتري وقال ان أبى اشترى هذه الدار من نفسه في صغري وهي ملكي وأقام بيته على ذلك فقال المدعى عليه في دفع دعوى المدعى انك متناقض في هذه الدعوى لان استجارك الدار منى اعتراف منك أن الدار ليست لك فدعواك الدار بعد ذلك يكون منك تناقضا قال الصحيح أن هذا لا يصلح دفعه الدعوى المدعى وان كان هذا تناقضا لان هذا التناقض لا يمنع صحة الدعوى لمساقيه من الخفاء فان الاب يستقل بالشراء للصغير ومن الصغير لنفسه والابن لا علم له بذلك ثم قال ألا ترى أن المرأة اذا اختلعت من زوجها الى آخر ما ذكرناه ولا يمنع دعوى النسب كالرجل باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول أنه ابنه تسمع دعواه ويطلب البيع الاول والثاني وذلك لان النسب ينبئ على العلوق فيخفى عليه فيعذر في التناقض اه ما قاله العيني رحمه الله تعالى (قوله في المتن مبيعة ولدت فاستحققت) هذا هو الثابت في نسخ المتن (١٠٠) وفي خط الشارح مبيعة استحققت اه وقوله ولدت أى في يد المشتري لانه اه

لا يمكنه أن يحكم بالكلام المتناقض اذا أحدهما ليس بأولى من الآخر فسطا غير أن الحرية والطلاق والنسب مبناه على الخفاء فيعذر في التناقض لان النسب ينبئ على العلوق والطلاق والحرية يتفردها الزوج والمولى فيخفى عليهم قال رحمه الله (مبيعة ولدت فاستحققت بيته تبعها اولها وان أقربهم بالرجل لا) والفرق ان البينة حجة مطلقة معينة كاستصحابها فيثبت بها الملك من الاصل ولهذا يرجع المشتري على البائع بالثمن عند استحقاق المبيع بالبينة والاقرار حجة قاصرة ثبتت به الملك في المقر به ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة بآبائه بعد الانفصال فلا يظهر الاستحقاق في حقه ولهذا يرجع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع بالاقرار ولان الملك يقدر على انشاء الملك للحال فيحصل اقراره به على ذلك بخلاف الشهود فانهم لا يقدر على اثبات الملك بشهادتهم به المستحق ان لم يكن مال كاله قبل ذلك فيكون اظهار الملك من الاصل فيستحق به بوائده ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام لانه تبع لها فيكتفى به وقيل يشترط القضاء بالولد وهو الاصح لان مجدا رحمه الله قال اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف بالزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم لانه منفصل وقت القضاء وذكر في النهاية أن الولد انما لا يتبعها في الاقرار اذا لم يدعه المقر له أما اذا ادعاه كان له لان الظاهر انه قال رحمه الله (وان قال عبد لمشتري اشترى فأنعبد فاشتره فاذا هو حر فان كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة فلا شيء على العبد والارجح المشتري

(قوله وان أقربهم بالرجل لا) فلو اقام المشتري بيته بعد ذلك على اقرار البائع بان العبد المستحق يريد بذلك الرجوع بالثمن هل تقبل بيته ينظر في كلام الشارح عند قوله ولو باع عبدا غيره بغير أمره ونقل عن الزوائد فلا يرجع اه (قوله والفرق أن البينة حجة مطلقة) أى ثابتة في حق جميع الناس غير مقصورة على المقضى عليه اه فتح (قوله مبيعة) أى لما كان ثابتا في نفس

الامر قبل الشهادة به اه فتح (قوله فيثبت بها الملك من الاصل) قال الكمال فالولد كان متصلا في الزمان الذي يسحب عليه اظهار على البينة الملك فيكون له أما الاقرار حجة قاصرة على المقر حتى لا يتعدى الى غيره لانه لا ولاية له على غيره ولهذا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة ضرورة تصحج خبره وذلك يحصل بآبائه في الحال والولد في الحال منفصل عنها والاقرار انما هو بها فقط فلا يتعدى اليه وهذا التوجيه يقتضى أنه لو ادعاه المقر له لا يكون له وذكر التمر تسمى أنه انما لم يكن للمقر له اذا لم يدعه فلو ادعاه كان له لان الظاهر أنه له اه ما قاله الكمال رحمه الله (قوله ولهذا يرجع المشتري على البائع بالثمن) وترجع الباعة بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق يقضى بالبينة لانه ثبت قضاء على الكل ولا تسمع دعوى أحدهم أنه ملكه لان الكل صار وامقضا عليهم بالقضاء على المشتري الاخير كالأدعت على الاخير أنهما حره الاصل حيث يرجعون اه فتح (قوله فلا يظهر الاستحقاق في حقه) أى في حق الولد اه (قوله ثم قيل) أى في صورة الاستحقاق اه قال الكمال واذا قلنا أن الولد المستحق بالبينة نقضى القاضي بالاصل هل يدخل في القضاء فيه صيرورة قضايه اه (قوله لم تدخل الزوائد تحت الحكم) وكذا لو كان الولد في يد رجل آخر غائب فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد اه اتفاقا قال الكمال وكذلك اذا كانت الزوائد في يد غائب لم تدخل حيث لم يدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو أمر جائز عرف أنه يشترط القضاء بالولد بخصوصه اه (قوله في المتن وان قال عبد لمشتري) أى لرجل يطلب شراء عبد اه (قوله فأنعبد) أى لفلان اه (قوله فاشتره) أى بناء على كلامه اه (قوله فاذا هو حر) أى بيته أقامها اه كمال وقوله فاذا هو حر قال الاتقاني غير ممنون لانها اذا انفاحا معناه أن العبد وجد حر الاصل بيته أقيمت عليه اه (قوله أو غائبا غيبة معروفة) يعني يدري أين هو اه (قوله فلا شيء على العبد) أى لوجود من عليه الحق وهو البائع اه (قوله والارجح) أى وان لم يدرب البائع أين

هو اه عني (قوله والعبد على البائع) وانما لا يرجع على العبد اذا كان المولى حاضرا التمكن من الرجوع على الفانيض اه (قوله وعن أبي يوسف) أي في غير ظاهر الرواية اه (قوله لان ضمان الثمن بالمعاوضة) أي بالمبايعة اه (قوله أو قال أنا عبد ولم يرد على ذلك) فانه لا يرجع بالثمن على العبد كذا ذكره الامام الترمذي في الجامع الصغير فالرجوع (١٠١) مقيدين قوله اشتري وقوله انا عبد اه

قوله لا يختلف بين أن يكون

حاضرا) أي المضمون بما

عليه اه (قوله أنه لم يوجد

منه) أي من العبد اه (قوله

كما اذا كان ذلك من الاجنبي)

بان قال الاجنبي اشتراه

عبد فظهر حر لا يلزم الاجنبي

شيء اه (قوله ولهذا قلنا)

أي لاجل ان الاخبار كاذبا

لا يوجب الضمان اه (قوله

رجعوا عليه بقيمة) أي

بقيمة العبد اه فتح (قوله

بمعاوضة) أي فلم يقتض

سلامة العوض اه اتقاني

قال الكمال بخلاف الرهن

فانه ليس عقد معاوضة بل

عقد وثيقة لاستيفاء عين

حقه حتى جاز الرهن ببدل

الصرف والمسلم فيه فلو

هلك يقع استيفاء الدين ولو

كان معاوضة كان استيفاء

بالمسلم فيه قبل قبضه وهو

حرام واذا لم يكن عقد معاوضة

لا يجعل الامر به ضمانا لانه

ليس تقديرا في عقد معاوضة

ولهذا قالوا لو قال رجل

لا خرو قد سأله عن أمن هذا

الطريق فقال اسلكه فانه

أمن فسلكه فنهب ماله

لا يضمن وكذا لو قال له كل

هذا الطعام فانه ليس بمسوم

على العبد والعبد على البائع بخلاف الرهن) يعني اذا قال ارثني فاني عبد فارتبه فانه لا يرجع المرتب على العبد بخلاف سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا وعن أبي يوسف انه لا يرجع في الفصل الاول أيضا لان ضمان الثمن بالمعاوضة أو الكفالة ولم يوجد واحد منهما فصار كسئلة الرهن وكذا اذا قال اشتري أو قال أنا عبد ولم يرد على ذلك وهذا لان ما يوجب الضمان لا يختلف بين أن يكون حاضرا أو غائبا كالرهن يحققه أنه لم يوجد منه الا الاخبار كاذبا والامر بالشراء وذلك لا يوجب الضمان كما اذا كان ذلك من الاجنبي ولهذا قلنا فيمن قال لغيره اسلك هذا الطريق فانه آمن أو قال له كل هذا الطعام فانه ليس بمسوم فكان بخلاف ذلك لا يجب عليه ضمان ما عطب بسبب ذلك لما قلنا وجه الظاهر أن المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه أو سلامة الثمن للشرطي عند تعذرا استيفائه من البائع لانه اذا أقدم على الشراء معتمدا على سلامة فصار بذلك بمنزلة الغرور من جهته والغرور في المعاوضة يجعل سببا للضمان دفعا للضرر عنه بقدر الامكان لان المعاوضات تقتضي سلامة العوض فاذا ظهرت حرية الاصل وأهلية الضمان وتعدرا لاستيفاء من جهة البائع يؤخذ بذلك كالمولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدي وقد أدت له في التجارة فباعوه فليحقه ديون ثم ظهر أنه حر أو استحق رجعوا عليه بقيمة بحكم الغرور دفعا للضرر عن الغرماء فجعل المولى كأنه ضمن لهم سلامة الماالية منه والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الامر به ضمانا لسلامة بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو حجب من غير عوض يقابله ويصير بعاقبته استيفاء لعين حقه من غير أن يجعل مبادلة الأثرى أن الرهن يجوز في موضع لا تجوز فيه المبادلة كمن الصرف ورأس مال السلم والمسلم فيه فلا يمكن أن يجعل الامر به ضمانا لسلامة اذ هو في ضمن عقد المعاوضة وبخلاف المستنمده من الامر بالأكل والسلوك أو كان الامر بذلك من الاجنبي لانه ليس بعقد معاوضة وأمر الاجنبي لا يعا به ولا يلتفت اليه وبخلاف ما اذا قال اشتري أو قال أنا عبد ولم يرد عليه لان الحرب بشرى تخليصا كالاسير وقد لا يجوز شراء العبد كذا كتب فلم يوجد منه ما يدل على الضمان ثم اذا ضمن المقر بالعبودية يرجع بذلك على البائع لانه قضى ديناً عليه وهو مضطرو فيه فلا يكون متبرعا كغير الرهن اذ قضى الدين لتخليص الرهن فان قيل لا تصوره هذه المسئلة على قول أبي حنيفة فان الدعوى شرط عند قبول الشهادة بالحرية لكون العتق حق العبد والتناقض فيه يمنع صحة الدعوى فكيف تقبل بينته على الحرية بعد اقراره بالرق قلنا قد أجاب عنه بعض مشايخنا بأن الوضع في حرية الاصل والدعوى فيها ليست بشرط عند تضمينها الحر من الفرج لان الشهود يجب عليهم تعيين أمه في حرية الاصل فتحرر على المولى وحرمة الفرج حق الله تعالى وفي حقوق الله تعالى الدعوى ليست بشرط كافي عتق الامه فلا يكون التناقض مانعا حتى لو خلت حرية الاصل عن تحرر الفرج كولد المغرور تكون الدعوى فيه شرطا والتناقض مانع من صحتها من حيث انه بعدم الدعوى وعامتهم على ان دعوى العبد شرط عند في الحرية الاصلية والطارئة لانها حق العبد وهو الصحيح لكن التناقض لا يمنع صحة الدعوى وقبول الشهادة فيها من انفاء الحال عليه فيعني التناقض فيه أما الحرية الاصلية فلان الصغير قد يجلب من دار الحرب ولا يعلم بحرية أبويه أو بحرية أحدهما باسلامهما أو اسلام أحدهما فيها ويعتقد أنه رقيق فيقر بالرق ثم يبين له الحال بعد ذلك فيدعى الحرية فيعذر في التناقض وأما في العتق

فأكله فانت غير أنه يستحق عند الله عذابا لا يطاق اه (قوله على البائع) هو الصواب وفي خط الشارح على الأمر اه (قوله فلا يكون متبرعا الخ) قال الكمال بخلاف من أدى عن آخر ديناً أو حقا عليه بغير أمره وليس مضطرا فيه فانه لا يرجع به اه (قوله والتناقض فيه يمنع صحة الدعوى) وقوله أنا حر بعد قوله أنا عبد تناقض لا محالة اه اتقاني (قوله بان الوضع) أي وضع المسئلة اه (قوله والدعوى فيها ليست بشرط عنده) أي كقولهم ما في دعوى الحرية مطلقا اه كمال (قوله لتضمنها) أي الدعوى اه

(قوله كالمصلحة تقيم البينة أن زوجها طلقها ثلاثا قبل الخلع) يقبل ذلك منها لأن الزوج ينفرد بالطلاق فربما لا تعلم المرأة بذلك ثم تعلم اه
غاية وقوله طلقها ثلاثا فاعيد بالثلاث لان فيما دون الثلاث يمكن أن يقيم الزوج البينة أنه قد تزوجها بعد الطلاق الذي أثبتته المرأة
بينهما قبل يوم أو يومين وأما في الثلاث فلا يمكن اه (قوله وكلما كتب إذا أقام بينة أن مولاه أعتقه قبل الكتابة) أي تقبل مع أن
اتفاقهما على سؤال الخلع والكتابة اقرار بقيام العمة والرق ولم يضرهما التناقض لتخفاء قتر جمع المرأة والمكاتب ببدل الخلع ومال الكتابة
وذكرهما مسألة الجامع الكبير وهي أصل في الاستحقاق وهي رجل اشترى من آخر ثوبا فقطعه فبقي صا وخاطه وجاء مستحق قال هذا القميص
لي وأثبتته بالبينة فالمشترى لا يرجع بالثمن على البائع لان الاستحقاق ما ورد على ملاك البائع لانه لو كان ملكه في الاصل انقطع بالقطع
والخياطة كمن غصب ثوبا فقطعه وخاطه ينتقل ملك الغصب منه الثوب الى الضمان فلا يصل أن الاستحقاق اذا ورد على ملاك البائع
المكاش من الاصل يرجع عليه وان ورد على المشتري بعد ما صار الى حال لو كان غصبا لملكه لا يرجع على البائع لانه متيقن الكذب ولهذا
لو اشترى منه ثوبين فقام رجل بينة أنه اياه من ثوبين يرضى لهما ولا يرجع هو على بائعه وعرف أن المعنى أن يستحقه باسم القميص
ولو كان أقام البينة أنه قبل هذه الصفة يرجع المشتري بالثمن وعلى هذا الجواب اذا اشترى حنطة فطحنها ثم استحق الدقيق ولو قال كانت
قبل الطحن لي يرجع وكذا اذا اشترى لحما فاشواه ولو اشترى شاة فذبحها واشتقها فأقام البينة آخر أن الرأس والاطراف واللحم والجلده
فقاضى به يرجع المشتري على بائعه (١٠٣) لان هذا استحقاق عين الشاة اه كمال قال الناطقي في كتاب الاجناس رجل باع

الطارى فلان المولى يستبد به ويحق على العبد فيه عذر في التناقص كالمصلحة تقيم البينة أن زوجها طلقها
ثلاثا قبل الخلع وكلما كتب إذا أقام بينة أن مولاه أعتقه قبل الكتابة قال رحمه الله (ومن ادعى حقاً في
دار) أي مجهولاً (فصول على مائة فاستحق بعضها لا يرجع بشئ) لان دعواه يجوز أن تكون فيما بقي
وان قل فإدام في بده شئ لا يرجع عليه بخلاف ما اذا استحق كلها لاننا قلنا أنه أخذ عوض ما لا يملك فبطل
ودلت المسئلة على أن الصلح على معلوم عن مجهول جائز لانه لا يفضى الى المنازعة والمنع باعتباره فاذا خلا
عنه جاز وقد ذكرناه في الأبرار عن كل عيب وذكرنا الخلاف فيه ودلت أيضا على أن صحة الدعوى ليست
بشرط صحة الصلح لان دعوى الحق في الدار غير صحيحة لجهالة المدعى حتى لو أقام البينة على هذه الصورة
لا تقبل بينته الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ تقبل بينته لان الاقرار بالمجهول صحيح بخلاف
البينة وقال بعض المشايخ لا يصح الصلح الا في دعوى الاقرار ودعوى المقدر من الدار لانه معاوضة أو
لافتداء العالين والمعاوضة لا تجوز في المجهول وكذا الامين لانها لا تنجز لجهالة المدعى قلنا قد تكون
لدفع الشغب والخصومة وذلك يحصل به وهذا اذا لم يقدر الحق بشئ وان قدره بجزءه معلوم بربع مثلاً
أو نصف لا يرجع عليه مادام في يده ذلك المقدر وان بقى أقل منه يرجع عليه بحسب ما استحق منه
قال رحمه الله (ولو ادعى كلها يرجع عليه بقسطه) لان الصلح على مائة وقع عن كل الدار فاذا استحق منها
شئ تبين أن المدعى لا يملك ذلك المقدر فبطل بحسب ما من العوض قال رحمه الله (ومن باع ملكاً غيره

غلاماً وهو ساكت ثم قال
بعد البيع مع علمه بالبيع
أنه لا يقبل قوله وهو عبد
ذكره في اقرار الاصل وقد زاد
في محضر الطحاوي وقيل له
بعد البيع قم مع مولائك
فقام فذات اقرار منه بالرق
الى هنا لفظ الاجتناس في
اليوم اه اتقاني رحمه الله
رجل اشترى جارية وباعها
من غيره فتبدلها لابي
فأعت عند المشتري الرابع
انها حرة فرداها الرابع على
الذات بقولها والثالث على
الثاني وأبى البائع الاول أن

يقبلها قالوا ان كانت الجارية ادعت العتق فله أن لا يقبل من الجارية قولها وان ادعت انها حرة الاصل وقد اتفقت البيوع فلا مالاً
والتسليم بان بيعت وسلمت للمشتري وهي ساكنة فللبائع أيضاً أن لا يقبلها لان انقيادها على هذا الوجه عتق له الاقرار بالرق ولو أقرت بالرق
ثم ادعت العتق لا يقبل قولها لا بالبينة وان أنكرت البيوع والتسليم ليس للبائع أن لا يقبل لانه اذا لم تقر بالرق كان القول قولها في الحرية
وكان للمشتري أن يرجع على البائع بالثمن كما ثبتت الحرية بالبينة وقال بعضهم اذا ادعت الحرية لم يكن له أن يرد على البائع بقولها لكن
ينبغي له أن يتزوجها احتياطاً اه قاضيان رحمه الله تعالى (قوله واستحق بعضها) أي بعض الدار اه ع (قوله لا يرجع بشئ) أي
لا يرجع المدعى عليه على المدعى اه (قوله فإدام في يده) أي في يده المدعى عليه اه (قوله على معلوم عن مجهول) هذا هو الصواب والذي
يخط الشارح عن معلوم على مجهول اه (قوله حتى لو أقام البينة على هذه الصورة) أي فيما اذا ادعى حقاً مجهولاً في دار اه (قوله في الثمن
ولو ادعى كلها يرجع عليه) عليه ثابت في خط الشارح وليس بثابت في المتون اه (قوله في الثمن ومن باع ملكاً الخ) في بعض نسخ المتن
هنا فصل ووقع ذلك العيني رحمه الله وترجم له بيع الفضولي اه قال الكمال رحمه الله مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لان
دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولي على أحسن الوجوه لانه يتضمن إمداد عاه أن بائعك باع ملكي بغير إذني لغصبه أو فضوله وأحسن
الخارج للمصلحة فيه فضوله والفضول جمع فضل غاب في الاشتغال بما لا يعنيه وما لا يهله فيه فقول بعض الجاهلين بأمر بالمعروف

أنت فضولي يخشى عليه الكفر اه قال الاتفاقى مناسبة هذا الفصل بباب الاستحقة اذ ظاهرة جدا فان المال فى صورتين جميعا فى يد صاحب اليد بلا اذن المالك ثم ترجحة الفصل ببيع الفضولى لكونه أبين أحسن من ترجته بباب بيع عبد الغير كما وقع فى الجامع الصغير المرتب ثم الفضولى بضم الفاء وفتح الفاء خطا وهى نسبة لفضول جمع الفضل بمعنى الزيادة وقد غلب جمعه على ما لاخيره حتى قيل فضول بلا فضل وسن بالاسنا * وطول بلا طول وعرض بلا عرض

اه كذا فى المغرب ويسمى من يشتغل بما لا يعنيه قسوليا وفى اصطلاح الفقهاء هو من يتصرف فى حق الغير بلا اذن شرعى كالاخفى بزوج أو يبيع ولم يرد فى النسبة الى الواحد وان كان هو القياس لانه صار بالغبية كالعلم لهذا المعنى فصار كالانصارى والاعرابى اه (قوله فى المتن فله المالك أن يفسخه ويحيزه) وهو قول مالك وأحمد اه كمال (قوله بشرط أن يبقى المتعاقدان) وهما البائع الفضولى والمشتري منه اه ع (قوله والمعقود له) أى والمعقود به لوعرضا اه متن والمعقود به هو الثمن اه (قوله والاصل فيه أن كل تصرف صدر من الفضولى وله محيز الخ) قال الاتفاقى اعلم أن كل عقده محيز حال وقوعه كالبيع والاجارة ونحوهما ينعقد من الفضولى ويتوقف نفاذه على اجازة المالك فان اجازته ثبت مستندا الى وقت العقد ولا يبطل التصرف اه (قوله وان لم يكن له محيز حالة العقد) محال تأمل تأمل تدر اه (قوله وعند الشافعى لا تنعقد تصرفات الفضولى) قال فى الهداية (١٠٣) وقال الشافعى لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالمالك أو باذن المالك

وقد فقدوا لان انعقاد الابا القدرة الشرعية ولنا أنه تصرف تملك وقد صدر من أهله فى محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخيير قال الكمال وقول المصنف تصرف تملك من اضافة العام الى الخاص كحركة الاعراب والاضافة فى مثله بيانية أى تصرف هو تملك وحركة هى اعراب ولا حاجة الى هذا القيدها لان تصرفات الفضولى تتوقف عندنا اذا صدرت وان تصرف محيز أى من يقدر على الاجازة سواء كان تملك كالبيع

فله المالك أن يفسخه ويحيزه ان بقي العاقدان والمعقود عليه وله وبه لوعرضا) أى للمالك أن يحيز العقد بشرط أن يبقى المتعاقدان والمعقود عليه والمعقود له وهو المالك بحالهم والاصل فيه ان كل تصرف صدر من الفضولى وله محيز حال وقوعه انعقد موقوف على الاجازة عندنا وان لم يكن له محيز حالة العقد لا يتوقف ويقع باطلا والشراء لا يتوقف على الاجازة اذا وجد نفاذا على العاقد وان لم يجد نفاذا يتوقف كشراء العبد والصغير المحجور عليهم ما وعند الشافعى لا تنعقد تصرفات الفضولى أصلا ولا تجوز باجازة المالك لانها وقعت باطلا بطلانها عن ولاية شرعية اذ هى بالمالك أو بتوكيل المالك ولم يوجد واحد منهما قتلغو لان التصرفات الشرعية تتوقف على الولاية كما تتوقف على الاهلية والمحلية ولنا حديث عروة بن أبى الجعد البارقى أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً يشتري له به شاة فاشتري له به شاتين فباع احدهما بدينار فجاء بدينار وشاة فذاعه بالبركة فى بيعه فكان لو اشترى التراب لم ينج فيه رواه البخارى وأحمد وأبو داود وحديث جبيب بن أبى ثابت عن حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وسلم بعته يشتري له أضيحة بدينار فاشتري أضيحة فأرجع فيها ديناراً فاشتري أخرى مكانها فجاء بالأضيحة والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ضح بالشاة وصدق بالدينار رواه الترمذى وهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز بيعه ولو كان باطلا لردوا أنكر عليه ولان ركن التصرف صدر من أهله مضافا الى محله ولا ضرر فى انعقاده موقوفاً فى عقد وهذا لان الاهلية بالعقل والتميز والمحلية بكون المال متقوماً وقد وجدوا وليس فيه ضرر على المالك لانه محيز فاذا رأى المصلحة فيه فنفذه والافسخه بل له فيه منفعة حيث يسقط عنه مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وسقوط رجوع حقوق العقد اليه وفيه نفع للعاقدين لصون كلامهما عن الانعفاء ثبت القدرة

والاجارة والهبة والتزويج والتزويج أو اسقاطا حتى لو طلق الرجل امرأته غيره أو أعتق عبده فأجاز طلق وانعتق وكذا اسائر الاسقاطات للديون وغيرها فكان الاحسن أن يقول تصرف شرعى اه وقوله ولا انعقاد الابا قدرة الشرعية قال الكمال وقوله ولا انعقاد الابا قدرة الشرعية ان أردت لا انعقاد على وجه البيان سلمناه ولا يضر وان أردت لا انعقاد على وجه التوقف الى أن يرى المالك مصلحته فى الاجازة فيحيز فعله أو عدمها فيبطله مع وعول دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر ولا مانع شرعى فيدخل ثبوته فى العمومات اه (قوله فقال) أى صلى الله عليه وسلم بارك الله فى صفقتك اه كمال (قوله وهذا لان الاهلية بالعقل والتميز والمحلية الخ) قال الاتفاقى لان محل البيع بكونه مالا متقوما لا بكونه مملوكا كالبائع لانه يصح بيع الوصى والوكيل مع أنه ليس بمملوك له فعلم أن محل البيع هو المال المتقوم لا المال المملوك وقد وجدوا لانه عقد له محيز حال وقوعه فوجب أن يصح كالأوصى بجمع ماله أو وصى لوارثه ثم أجازت الورثة بعد موته اه (قوله وقرار الثمن) أى ونفاق سلعته وراحته فيما أو وصوله الى البديل المطلوب له المحبوب والمشتري وصوله الى حاجته نفسه ودفعها بالبائع وارتفاع ألم فقدها اذا كان مهماله اه كمال (قوله وسقوط) ثابت فى خط السارح وينبغى اسقاطه اه كمال (قوله وفيه نفع للعاقدين) العاقد بصون كلامه عن الانعفاء والاهداء بل وحصول الثواب له اذا نوى الخير لله تعالى من الاعانة على حصول الرفق لاخيه المسلم اه كمال

(قوله قلنا لا نسلم أنه لا يفيد الملك الخ) قال الكمال قلنا لا يلزم من عدم ترتبه في الحال عدمه مطلقا بل هو مرجو فلا يلزم عدمه وكون متعلق العقد مرجوا كاف في صحة التصرف وعن هذا صح تعليق الطلاق والعتاق بالشرط والافلا وقوع في الحال ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغي أن يلغى لكن لما كان بحيث يرجح صح وانعقد سببا في الحال مضافا وأعد الشرط كقولنا هذا اه (قوله ولان السبب انما يلغوا الخ) اذا جاز بيع الفضولي يستحق المشتري الزوائد المنفصلة والمتصلة بخلاف ما اذا أدى الغاصب الضمان حيث يملك المتصلة لا المنفصلة اه كمال (قوله ولا يلزم على هذا اعتاق الصبي وطلاقه الخ) قال الكمال وعدم توقف طلاق الصبي ولو عمل لحق الشرع فانه أنزله كالجنون فيما نحن فيه وان كان أهلا اذ صح تركه بذلك عن غيره وطلاق المرأة ضررها فان عقد النكاح شرع للتراحم والتعاون وانتظام المصالح فلما لم يتوقف ذلك منه لا على اجازة ولبه (١٠٤) ولا على اجازته بعد البلوغ بخلاف ما اذا اشترى أو تزوج أو زوج أمته فان هذه التصرفات

تتوقف منه على اجازة ولبه
واجازته بعد البلوغ اه
﴿فرع﴾ قال في الجامع الصغير اذا بيع متاع انسان بين يديه وهو ينظر لا يصح لان سكوته يحقق الرضا ويحتل السخط وقال ابن أبي ابيلى سكوته يكون اجازة قاله الزيلعي في مسائل آخر الكتاب عند قوله باع عقارا الخ اه ﴿فرع﴾ رجل باع جارية بغير إذن المولى وزوجها رجل آخر بغير إذن المولى وأعتقها فضولى فأخبر المولى قال أجزت جميع ذلك قال الشيخ المولى أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله نفذ العتق ويبطل ما سواه ذكره القاضي في البيع الفاسد اه (قوله وانما شرط الصحة الاجازة بقاء المتعاقدين والمعقود له الخ) قال الكمال لو في الايضاح عقد الفضولى في حق وصف الجواز موقوف على الاجازة فأخذت الاجازة حكم

الشرعية احرارا لهذه المنافع على أن الاذن ثابت دلالة لان كل عاقل رضى يتصرف يحصل له النفع اذ لا يوجد مثل هذا التصرف التافع في حال غيبته عادة الا من صديق متفضل نصوح يرى لأخيه مثل ما يرى لنفسه فان قيل المقصود بوضع الاسباب الشرعية أحكامها لا مجرد السبب فاذا لم تقدر الحكم لا تعتبر وحكمها وهو التملك لا يتصور من غير مالك فيلغوا قلنا لا نسلم أنه لا يفيد الملك بل يفيد ملكا موقوفا لانه اللائق بالسبب الموقوف كما يفيد السبب البات الملك البات لانه هو اللائق به ولهذا لو أعتق المشتري ثم أجاز للمالك البيع نفذ عتقه ولان السبب انما يلغوا اذا خلا حكمه عنه شرعا وما اذا تأخر فلا لان العلة قد بتأخر حكمه العارض كالبيع الذي فيه انخيار للمتعاقدين أو لأحدهما وكالراهنين اذا تبايعا رهنا برهن بغير إذن المرتين ان عقد وتوقف الحكم لحق المرتين وكذا الطلاق المضاف الى شهر ثبت للحال وتأخر حكمه وكذا شهر رمضان سبب لجوب الصوم وتأخر الوجوب في حق المسافر والمرضى ولا يلزم على هذا اعتاق الصبي وطلاقه وهبته وبيعه بالغين الفاحش حيث لا يجوز لو أجازها الولي أو هو بنفسه بعد بلوغه لان هذه العقود لا يجوز لها حال وقوعها التمحض اضرا عليه ألا ترى أن الولي لا يملك انشاءها فبطلت فبعد ذلك لا تعود صحيحة حتى لو باشر الصبي عقدا يملكه عليه الولي كالنكاح والاجازة والبيع من غير رغبين توقف حتى لو أجاز له الولي أو هو بعد بلوغه جاز فان قيل نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان أى مالا يملكه كنهى عن بيع المبيع قبل القبض وعن بيع الا بى ثم اذا باع المبيع قبل القبض أو الا بى لا يجوز لان النهى الوارد فيه فكذلك هذا بى أولى لان الا بى والمبيع ملكه وهو مع هذا لا يجوز بيعه فعند عدم الملك أولى قلنا كلا منا في انعقاد العقد وبيع المبيع قبل القبض انعقد عندنا وان كان فاسدا وكذا الا بى في رواية حتى لو سلم بعد ذلك صح فلا يلزمنا والمراد بما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان أن يبيع شيئا لا يملكه ثم يشتريه ويسلمه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل لياتني فيطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعهامنه ثم أدخل السوق فأشترها فأسلها اليه فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك رواه أبو داود وأحمد وانما شرط الصحة الاجازة بقاء المتعاقدين والمعقود له والمعقود عليه لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام هذه الاشياء ولا يشترط بقاء الثمن الا اذا كان عرضا لان العرض يتعين بالتعيين فصار كالمبيع فيشترط بقاءه واذا أجاز المالك كان الثمن مملوكا له أمانة في يده الفضولى بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك في يده سواء هلك بعد الاجازة أو قبله لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة

الانشاء ولا بد في الانشاء من قيام الاربعة وبالفصل شرط بقاء المعقود عليه لان الملك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الاجازة ولا يمكن أن ينتقل بعد الهلاك والمشتري لا يلزمه الثمن وبعد الموت لا يلزمه ما لم يكن لزمه حال أهليته والبايع لانه تلزمه حقوق العقد بالاجازة ولا يلزم الاحتيا والمالك لان الاجازة تكون منه لامن وارثه اه (قوله ولا يشترط بقاء الثمن الا اذا كان عرضا) فيشترط بقاء خمسة الاربعة السابقة والخامس قيام العرض اه (قوله لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة) أى من حيث انه صار بها تصرف نافذ وان لم يكن من كل وجه فان المشتري من الفضولى اذا أجاز المالك لا ينفذ بل يبطل بخلاف الوكيل وهذا بسبب أن الملك البات اذا طرأ على الموقوف وهو ملك المشتري من الفضولى يبطل الموقوف ولهذا التزجت أمة وطئها مولاها بغير اذن فان قبل الاجازة توقف النكاح على اجازة الوارث لانه لم يطرأ ملك البات للوارث في البضع فيبطل وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الولاد بخلاف نحو ابن العم اه كمال رحمه

الله تعالى (قوله والفضولي أن يفسخ) قال الكمال والفضولي أي في البيع أن يفسخ قبل إجازة المالك حتى لو أجازته لآيته فذل وال العقد الموقوف وإنما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم في العيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه اهـ وقوله والفضولي أن يفسخ الخ وكذا المشتري منه أن يفسخ قبل الإجازة اهـ مبسوط بمعناه اهـ (قوله بخلاف الفضولي في النكاح) قال الكمال رحمه الله بخلاف الفضولي في النكاح ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل لأنه معبر محض أي كقول عبارة في الإجازة تنقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي فلا يلزمه بالإجازة ضرر يتعلق بالحقوق وقد ثبت للمالك والولي حق أن يجيز وكذا بالفعل كان زوج امرأته رضاهما من غائب فقبل أن يجيز زوجته أختها توقف العقد الثاني أيضا بخلاف مالوكا بعد عقده ففضولا أن يزوجه امرأته فزوجها اختها فان العقد الأول يبطل بطرق البيات على الموقوف اهـ وقال الاتقاني وفي باب النكاح لو أن فضولا خطب امرأة رجل بغير أمره فزوجها المرأة نفسها من ذلك الرجل فان النكاح موقوف على إجازته فان فسخ هذا الفضولي النكاح قبل الإجازة ففسخه باطل لأن حقوق العقد لا تنصرف إليه وهو فيه معبر فاذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الأجنبية ولو فسخت المرأة النكاح قبل الإجازة انفسخ اهـ (قوله وإجازة المالك الخ) أي الإجازة من المالك فيما إذا كان الثمن عرضا لإجازة نقد أي إجازة أن ينقد الفضولي عن العرض من مال المالك لإجازة عقد موقوف لأن العقد لازم على الفضولي نافذ عليه لكونه شراء فلا يحتاج إلى إجازة العقد قاله الاتقاني وقال الكمال فان كان أي الثمن عينا بان باع الفضولي ملك غيره بعرض معين يبيع مقايضة اشترط قيام الأربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض وإذا أجاز المالك المبيع والثمن عرض فالفضولي يكون يبيع مال الغير بمشتري العرض من وجهه والشراء لا يتوقف إلا إذا وجدنا فإنا فينفذ على الفضولي فيصير مالكا للعرض (١٠٥) والذي نفقده الإجازة أنه أجاز الفضولي أن

والفضولي أن يفسخ قبل الإجازة دفع الحقوق الضرر عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لأنه معبر محض فلا ترجع الحقوق إليه وكذا لا يشترط في النكاح بقاء العقد الفضولي عند الإجازة حتى لو أجازته بعد ما هلك العقد جاز وهذا الذي ذكرنا من أن الثمن يكون للمالك فيما إذا كان ديناً وان كان عرضاً معيناً كان الثمن العرض للفضولي ملكاً له وإجازة المالك إجازة نقد لأنه لما كان العرض متعيناً كان شراء من وجهه والشراء لا يتوقف بل ينقد على المباشر وان وجدنا فإنا فيكون مالكا له وإجازة المالك لا ينقل إليه بل تأثير إجازته في النقد لا في العقد ثم يجب على الفضولي ممثل المبيع أن كان مثلياً واللا فقيته لأنه لما صار البذل له صار مشترياً لنفسه بمال الغير مستقرضاً في ضمن الشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير واستقرض غير المثلي جائز ضمناً وان لم يجز قصد ألا ترى أن الرجل لو تزوج امرأة على عبد الغير صح وتجب قيمته عليه لأن النكاح على العبد مشروع فينفذ من ضرورته يصير قرضاً فكذلك هنا واعتبار جانب الشراء أولى من اعتبار جانب البيع لأنه يوافق الأصل لفنذ تصرف العاقل عليه واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف على غيره وهو خلاف الأصل ولا يقال لو كان شراء ملكه

(١٤ - زيلعي رابع) صحة المقتضى وهو الشراء لا غير كالكفيل بالمسلم فيه إذا أداه من مال نفسه يصير مقرضاً حتى يرجع بقيمته إن كان ثوباً بالان الثوب مثلي في باب السلم فكذلك فيما جعل تبعاً له فكذلك هنا إذا صحه شراء العبد لا يقرض الجارية والشراء مشروع ففي ضمنه يكون مشروعاً وهذا وانما ينفذ الشراء على المشتري إذا لم يصفه إلى آخره وجد الشراء التفاضل عليه ولم يسبق بتوكيل للمشتري من آخر فاما إن كان كذلك فالشراء يتوقف وفي الوكالة ينفذ على الموكل فانه ذكر في شرح الطحاوي ولو اشترى رجل لرجل شيئاً بغير أمره كان ما اشتراه لنفسه أجازة الذي اشتراه له أو لم يجزه أما إذا أضافه إلى آخره بان قال للبائع بيع عبدك من فلان بكذا فقال بعت وقبل المشتري هذا البيع لفلان فإنه يتوقف اهـ (قوله واعتبار جانب الشراء أولى من اعتبار جانب البيع الخ) قال الاتقاني والجواب عن قياسهم على الشراء فنقول فيه تفصيل ذكره أصحابنا فان قال الفضولي بيع هذا العبد لفلان فقال المالك بعت وقال الفضولي اشتريت لاجله أو قال المالك ابتداء بعت هذا العبد لفلان وقال الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس أما إذا قال اشتريت منك هذا العبد لاجل فلان فقال المالك بعت أو قال المالك بعت منك هذا العبد لاجل فلان فقال اشتريت فلا يتوقف على إجازة فلان لأنه وجدنا فإنا على المشتري لأنه أضيف إليه ظاهراً ولا حاجة بنا إلى إيقافه على رضا الغير وقوله لاجل فلان فاحتمل لاجل رضاه وشفاعته وغير ذلك فلا يتوقف على غيره بخلاف البيع لأنه لم يجدنا فإنا على غير المالك ولم ينفذ في حق البائع فاحتج إلى إيقافه على رضا الغير اهـ قال الكمال وأما القياس على الفضولي ففي شراء الفضولي تفصيل ذكره في شرح الطحاوي وطريقة الخلاف وهو أن الفضولي لو قال بيع هذا العبد لفلان إلى آخره ما ذكره الاتقاني اهـ وقوله واعتبار جانب الشراء أولى من اعتبار جانب البيع الخ جواب

عن سؤال بان يقال لم جعل شراء ولم يجعل بيع مع أن بيع المقايضة شراء من وجه فأجاب الخ (قوله لا ينفذ باجازه الوارث في الفصلين) أي فيما إذا كان الثمن عرضاً أو ديناً اه غايه (قوله ثم مات المولى حيث تنتقل الاجازة الى ابنه) أي فان أجاز صح والافلا فله فوضولية وتوقف عملها على اجازة الوارث اه (قوله بان باعها المولى) أي الامه التي تزوجت بغير اذنه اه (قوله كان الحكم كذلك) أي تنتقل الاجازة الى المشتري (قوله جازعته) قال الكمال كذا ذكره في الجامع الصغير ولم يذكر خلاف ذلك فلو كان كذلك لم يثبتوا خلافه مع زفر في بطلان العتق وهذه من المسائل التي جرت المحاوره فيها بين أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف ما رويت لك عن أبي حنيفة أن العتق جائز وانما رويت أن العتق باطل (١٠٦) وقال محمد بن رويت أن العتق جائز واثبات مذهب أبي حنيفة في صحة العتق بهذا

الوكيل بالبيع لاننا نقول اطلاق الوكالة بالبيع يتناول البيع والعين والدين فيجوز على اطلاقه في غير موضع التهمة ولومات المالك لا ينفذ باجازه الوارث في الفصلين لانه يتوقف على اجازة المورث لنفسه فلا ينتقل الى غيره بخلاف الوصي أو الأب اذا توقف على اجازتهما في مال الصغير ثم بلغ الصغير فانه ينتقل الى الابن لانه لم يتوقف على اجازتهما لنفسه وانما يتوقف له فينتقل اليه وبخلاف ما اذا تزوجت أمة بغير اذن مولاهما وكان قد وطئها ثم مات المولى حيث تنتقل الاجازة الى ابنه لان عدم الانتقال الى الوارث كان لمعنى وهو حدوث حل بات على موقوف فأبطله وقد عدم ذلك هنا بوطء أبيه فلا يبطل حتى لو قدر في الشراء أيضا مثل ذلك بان باعها المولى من لا يحل له وطئها والسكاح موقوف كان الحكم كذلك ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جازا لبيع في قول أبي يوسف أو لا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع وقال لا يبيع حتى يعلم قيامه عند الاجازة لوقوع النكاح في شرط الاجازة فلا يثبت مع النكاح قال رحمه الله (وصح عتق مشتري من غاصب باجازه بعه لا ببيع) معناه لو غصب رجل عبدا وباعه فأعتقه المشتري فأجاز المالك البيع جازعته ولم يعتقه المشتري ولكن باعه لم يجز بعه وهذا عندنا ما قال محمد لا يجوز عتقه أيضا وهو القياس لانه لم يملكه وقد قال عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وهذا لان عقد النكاح موقوف على ما بيننا والموقوف لا ينفذ المالك اذا نفاذ فيه وعند الاجازة ان ثبت المالك بطريق الاستناد فهو ثابت من وجه دون وجه فلا يصلح شرط للاعتاق لان المصحح للاعتاق ملك كامل لما روينا وهذا لانه صلى الله عليه وسلم ذكر فيه الملك مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل ولهذا لو أعتقه الغاصب ثم أدى الضمان لا يصح العتق مع أن الملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشتري حتى ينفذ بيع الغاصب اذا أدى الضمان ولا ينفذ بيع المشتري اذا أجاز المالك البيع الاول والمصحح للاعتاق ملك كامل لو أعتقه المشتري وانما خيار البائع ثم أجاز البيع لا ينفذ عتقه وكذا اذا قبض المشتري من الغاصب ثم باعه ثم أجاز المالك البيع الاول لم ينفذ الثاني مع أن البيع أسرع نفاذا من العتق حتى صح بيع الكتاب والمأذون له دون عتقهما وكذا لو باع الغاصب المغصوب ثم أدى الضمان نفذ بعه ولو أعتقه ثم أدى الضمان لا ينفذ عتقه لما ذكرنا وكذا لو باعه الغاصب فأعتقه المشتري منه ثم أدى الغاصب الضمان صح بيع الغاصب وبطل عتقه لما بينا ولهذا ان الملك ثبت موقفاً ينصرف مطلقاً مفيداً للملك بالوضع ولا ضرر فيه على ما مر فيستوقف الاعتاق مرتبة عليه وينفذ نفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن فانه يتوقف وينفذ باجازه المرتبة من البيع وكاعتاق المشتري من الوارث والتركة مستغرقة بالدين فأجازت الغرماء البيع أو اعتاق الوارث عبداً من التركة وهي مستغرقة بالدين فقطى الدين أو أبرأ الغرماء

لا يجوز ان يكذب الاصل الفرع صريحاً وأقل ما هنا أن يكون في المسئلة هنا روايتان عن أبي حنيفة قال الحاكم الشهد قال أبو سليمان ان هذه رواية محمد بن أبي يوسف ونحن سمعنا من أبي يوسف أنه لا يجوز عتقه وسجيء اه وقوله جازعته أي استعسانا اه هداية (قوله والمطلق ينصرف الى الكامل) واستوضح على ذلك بفرع أربعة اه (قوله حتى ينفذ بيع الغاصب اذا أدى الضمان) هذا اذا أدى قيمته يوم الغصب أما اذا ضمن قيمته يوم البيع لا ينفذ بعه اه عادية في آخر أربعة وعشرين (قوله أن البيع أسرع نفاذا من العتق) أي فاذا لم ينفذ بعه لم ينفذ اعتاقه بالطريق الاولى اه (قوله وكذلك لو باع استبضاع بان يكون البيع أسرع نفاذا اه (قوله لا ينفذ عتقه لما ذكرنا) أي

ان البيع أسرع نفاذا اه (قوله وكذلك لو باعه الغاصب الخ) قال الكمال وكذلك لا يبيع المشتري من الغاصب اذا أدى منه الغاصب الضمان ولا اطلاق في السكاح الموقوف حتى لو أجبر لا يقع على المرأة وكل من الطلاق والعتق في الحاجة الى الملك على السواء ولذا اذا جعل فضولي أمراً بدها فطلقت نفسها ثم أجاز الزوج لا تطلق بل يثبت الثفويض فان طلقت نفسها الآن طلقت والا لا اه (قوله وبطل عتقه) أي بطل عتق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان وهذا قول البعض والاصح أن عتقه نافذ اه كما سيجيء بعد أسطر اه (قوله بتصرف مطلق) قال الكمال ومطلق بفتح اللام واحترزه عن البيع بشرط الخيار فخرج جواب قوله لا يبيع عتق المشتري والخيار للبائع لان ذلك ليس بتصرف مطلق إذا خيار يمنع ثبوته في حق الحكم بآنا وموقفاً وقد يقرأ بكسر اللام والفتح أفصح اه (قوله وينفذ باجازه المرتبة من البيع) والجامع أن كلا منهما اعتاق في بيع موقوف اه فتح وقوله المرتبة هو الصواب ولكن الذي بخط

الشارح المشتري اه (قوله بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه) جواب عن الاول اه (قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع الخ) جواب عن الثاني اه (قوله والمشتري من الغاصب الخ) جواب عن الرابع (قوله ثم ملك) أي الغاصب اه (قوله والاصح أنه ينفذ) كذا ذكره هلال الرأي بن يحيى البصري في وقفه وهو من أصحاب أبي يوسف فإنه ذكر فيمن غصب أرضاً فباعها فوقفها المشتري ثم أدى الغاصب ضمانها حتى ملكها قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى اه كمال رحمه الله (قوله وانما يبطل بيع المشتري) جواب عن الثالث اه وقوله وانما يبطل بيع المشتري من الغاصب الخ وكذا الوهبية مولا للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورته فهذا كله يبطل الملك الموقوف لأنه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات (١٠٧) والافقد كان فيه ملك بات وعرض

معه الملك الموقوف اه كمال (قوله لأنه بالاجازة ثبت للمشتري) قال الاتقاني رحمه الله وفرف الرأهـ العتاق بين اعتاق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بالاجازة بين البيع الثاني حيث لا ينفذ بالاجازة البيع الاول وقال ان بالعتق ينتمى الملك والتمتعي مقتررحكما وما كان مقرر الشيء كان من حقوقه فيتوقف بتوقفه بخلاف البيع لأنه غير مقرر الملك لأنه ازاله الملك لانهماء الملك فلم يكن من حقوقه ولا يتوقف بتوقفه وحقيقة النقة في ذلك أن زوال الملك ضد الملك والشيء لا يتوقف بتوقف ضده أما العتق فمقرر للملك ومقرر للشيء جاز أن يتوقف بتوقفه والدليل على الفرق بينهما أن المشتري لو أعتق ثم أطلع على عيب يرجع بنقصان العيب ولو باع ثم أطلع على عيب لا يرجع بنقصان العيب اه (قوله والملك

منه فإنه ينفذ عتقه وهذا لان العتق من حقوق الملك والشيء اذا توقف بتوقف بحقوقه واذا نفذ نفذ بحقوقه بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب لم يوضع لافادة الملك لكونه عدواً ومحضاً وانما عتق ضرورة أداء الضمان لئلا يجتمع البدلان في ملك رجل واحد فلم يكن الغصب مثبناً للملك في الحال ولا سبباً له ليتوقف هو ويتوقف العتق بتوقفه حكاه بل هو سبب له ضرورة عند أداء الضمان والعتق وجد قبله وبخلاف ما اذا كان في البيع خياراً للبائع لأنه ليس بعتق والكلام فيه وشروط الخيار يمنع من انعقاده في حق الحاكم أصلاً فكان الملك فيه غير موجود ولو جود الخيار المانع منه فلم يصادف الاعتاق محله وهو الملك وهنا البيع مطلق والاصل في الاسباب المطلقة أن تعمل في حق الحكم بالاتراخ والتراخي انما ثبت هنا ضرورة دفع الضرر ولا ضرر في توقف الملك والاعتاق فوجب القول باظهار السبب في حقه ونعني بتوقف الملك أنه موجود في حق الاحكام التي لا يضرر للمالك بها والمشتري من الغاصب اذا عتق ثم ملك المغصوب باداء الضمان لا ينفذ عتاقه عند البعض لان ملك المشتري ثبت بناء على ملك الغاصب وملك الغاصب لا يكفي لصحة الاعتاق فكذا ما ثبت بناء عليه والاصح أنه ينفذ لان ملك المشتري ثبت مطلقاً بسبب مطلق وهو الشراء فاحتمل العتق عند الاجازة بخلاف الغاصب لانه ملكه بالغصب وهو سبب ضروري لمطلق لما مر فكان الملك فيه ناقصاً والناقص لا يكفي للاعتاق ويكفي لجواز البيع ألا ترى ان ملك المالك يكتفي لجواز البيع دون العتق وانما يبطل بيع المشتري من الغاصب عند اجازة المغصوب منه البيع الاول لانه بالاجازة ثبت للمشتري الاول وهو البائع الثاني ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطل لاستحالة اجتماع الملك البات والملك الموقوف في محل واحد ولا يقال لو كان هذا مانعاً لما ثبت الملك الموقوف للمشتري من الفضولي لوجود الملك البات فيه لما كره بل كان هذا أولى بالامتناع لان البات فيه موجود عند ثبوت الموقوف فاذا كان يرفعه بعد ثبوته فأولى أن ينعنه من الثبوت لان المنع أسهل من الرفع اذ انما قول المنع والرفع انما يكتفون عند التعارض ولا تعارض ثم لان الملك الموقوف لم يظهر في حق المالك وانما يظهر في حق المتعاقدين لان البيع قائمهما فاذا أجاز المالك بيع الفضولي فالملك البات يثبت للفضولي والملك الموقوف ظاهر في حقه لان الفضولي عاقد فوقع التعارض فبرقع البات الموقوف ولا يقال ان الغاصب اذا أدى ضمان المغصوب بعد ما باعه ينفذ بيعه وقد طرأ على الملك الموقوف الملك البات لانا نقول ملك الغاصب ثابت ضرورة اذ ليس الغصب بسبب موضوع للملك فلا يعمل ثابتاً في محل ليس فيه ضرورة فلا يظهر في ابطال التوقف وحاصل الخلاف راجع الى أن عند محمد بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم لانعدام الولاية فكان الاعتاق حاصلاً في ملك الغير وعندهما لا ينعقد في حق الحكم ويوجب الملك على سبيل التوقف لان الاصل في البيع المنعقد تعجيل الحكم

الموقوف في محل واحد وفي صورة اعتاق المشتري من الغاصب لم يطرأ الملك البات على الملك الموقوف فنفاذ اعتاق المشتري وكان الولاية له اتقاني (قوله لان البات فيه موجود الخ) هذه مغالطة بياغم في العناية اه (قوله ثم) أي في المغالطة المذكورة اه (قوله فاذا أجاز المالك بيع الفضولي) أي بيع الغاصب للفضولي اه (قوله فالملك البات يثبت للفضولي) وهو المشتري من الغاصب اذ هو فضولي أيضاً لبيعه ملك غيره اه وقوله فالملك البات الذي يخطه فالملك الثابت اه (قوله لا ينعقد في حق الحكم) أي وهو الملك اه فتح (قوله وعندهما) ينعقد في حق الحكم الخ قال الكمال وبعد الملق دمة الفائلة في كلام محمد المصحح للاعتاق الملك الكامل لم يصرح فيها بدفع ويمكن أن يستخرج من الدليل المذكور منع أنه يحتاج الى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك اه

(قوله لدفع الضرر) أى عن المالك اه فتح (قوله والضرر في النفاذ) أى لافي توقفه اه فتح (قوله في المتن ولو قطعت يده عند المشتري فأجيز الخ) علم أن قطع اليد لا يمنع الإجازة لقيام المعقود عليه بخلاف ما إذا مات العبد أو قتل بطلت الإجازة اه (قوله وانما ثبت الملك له ضرورة) أى في المتصل اه اتقاني (قوله لان فيه شبهة عدم الملك الخ) قال الاتقاني رحمه الله فيه نظرا لانه اذا كان لشبهة العدم اعتبار ينبغي أن يتصدق بجميع الارش لا بالفضل وحده قال خضر الدين قاضي خان فان كان المشتري أعنتق العبد فقطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد اه (قوله في المتن ولو باع عبده بغير أمره) قال السكالي وان وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسئلة باع عبده بغيره من رجل فأقام ذلك المشتري بينة على إقرار البائع أنه لم يأمره ماله ببيعه أو أقام على رب العبد ذلك وأراد بذلك رد العبد فان هذه البينة لا تقبل للتناقض على الدعوى اذا الاقدام على الشراء دليل دعواه صحته وأنه يملك بيعه ودعواه إقراره بعدم الامر تناقضه اذ هو دليل أنه لم يصح ولم يملك البائع البيع وقبول البينة يفتي على صحة الدعوى بحيث لم تصح لم تقبل ولو لم تكن بينة بل ادعى البائع بعد البيع أن صاحبه لم يأمره ببيعه (١٠٨) وقال المشتري أمره أو ادعى عدم الامر فادعى البائع الامر فالقول لمن يدعى الامر لان

والتراخي الى وقت الإجازة لدفع الضرر والضرر في النفاذ لافي ثبوت الملك على وجه لا يظهر أثره في التصرفات الصارة قال رحمه الله (ولو قطعت يده عند المشتري فأجيز فأرسله لمشتريه) أى لو قطعت يده عند باعه الفضولى ثم أجاز ماله ببيع يكون أرش اليد للمشتري لان الملك ثبت له من وقت الشراء فتبين أن القطع ورد على ملكه وعلى هذا كل ما يحدث من المبيع من كسب أو ولد أو عقير قبل الإجازة فهو للمشتري لما ذكرنا وهو حجة على محمد والعدول ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الزوائد كالمكاتب اذا قطعت يده فأخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المبيع والخيار للبائع فأجاز البيع يكون الارش للمشتري لما ذكرنا من استناد ملكه بخلاف الاعتناق لاقتقاره الى الملك الكامل ومع اختيار البائع لا يثبت الملك للمشتري وبخلاف ما اذا غصب عبدا فقطعت يده عنده ثم ضمن قيمته حيث لا يكون الارش له لان الغصب ليس بسبب موضوع للآل وانما يثبت الملك له ضرورة على ما بينا فلا يظهر في حق استحقاق الزوائد قال رحمه الله (وتصدق بما زاد على نصف الثمن) لان فيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما ثبت بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه ولانه ان كان قبل القبض لم يدخل في ضمانه فيكون ربح مالم يضمن ويطيب له قدر نصف الثمن لان ارش اليد قام مقام نصف الثمن وهذا لان ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه ما هو كائن بمقابل الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح مالم يضمن أو فيه شبهة عدم الملك لان الملك لا يثبت له يوم قطع اليد حقيقة قال رحمه الله (ولو باع عبده بغير أمره فبهرن المشتري على اقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد البيع لم يقبل البطلان دعواه بالتناقض اذا قدمها على العقد وهما عاقلان اعتراف منهما بصحته ونفاذه لان الظاهر من حال العاقل المسلم مباشرة العقد الصحيح النافذ والبينة لا تبنى الاعلى دعوى صحيحة فاذا بطلت الدعوى لا تقبل وهذا بشكل عباد كرفي الزادات أن المبيع اذا ادعاه رجل فصدقه المشتري في دعواه فأخذه المستحق باقراره ثم أقام المشتري البينة على اقرار البائع بأن العبد للمستحق يريد بذلك أن يثبت له حق الرجوع بالثمن تقبل بينته وفرقوا بينهما

الاخر من ناقض اذا قدمه على البيع أو الشراء دليل اعترافه بالصحة وقد ناقض بدعواه عدم الامر بخلاف الاخر ولذا ليس له أن يستحلفه لان الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ذكره في شرح الزيادات اه (قوله فبهرن المشتري أى أقام بينة اه ع (قوله أو رب العبد) أى أو برهن المشتري على اقرار رب العبد أنه لم يأمره البائع بالبيع اه (قوله وهذا يشكل بما ذكر في الزادات الخ) صورة مسئلة الزيادات اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاهما مستحق كان المشتري خصما لانه يدعي لنفسه فان أقر به المأدعي أمر بتسليمها ولا يرجع بالثمن على بائعه لان اقراره به لا يكون حجة على البائع وكذا لو جحد دعواه فشكل فقضى عليه بالنكول لان

بأن نكوله ليس حجة على غيره لانه كإقراره اه فتح (قوله وفرقوا بينهما الخ) قال الاتقاني رحمه الله أى فرق المشايخ بين رواية الجامع الصغير والزيادات فقالوا ان العبد في مسئلة الجامع الصغير يد المشتري فلم تسمع البينة على الاقرار من البائع أو من رب العبد أن البيع كان بغير أمر لان المقصود منه الرجوع بالثمن وشرط الرجوع عدم سلامة العين للمشتري والعين سالمة له لانها في يده وفي مسئلة الزيادات العبد في يد المستحق فوجب شرط الرجوع فقبلت البينة ولنا في هذا الفرق نظران وضع المسئلة في الزيادات أيضا في أن العبد في يد المشتري ولئن سلمنا أن العبد في يد المستحق فلا نسلم أن البينة تقبل حينئذ لان التناقض في الدعوى موجود لا محالة كما بينا وبنى البينة على صحة الدعوى فلم تصح فلا تصح البينة والاولى أن يقال ان المشتري أقام البينة على اقرار البائع أو رب العبد قبل البيع في مسئلة الجامع الصغير فلهذا لم تقبل البينة للتناقض وفي مسئلة الزيادات أقام البينة على الاقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض وهذا محمل صحيح ولهذا لم يقبل البينة في الزيادات أيضا في آخر الكتاب في الباب الذي سبق بعده باب الى تمام الكتاب على ترتيب محمد حيث قال رجل باع شيئا لرجل من رجل

ثم قال البائع ان صاحبه لم يأمرني به وقال المشتري بل أمر به فان القول قول الذي يتدعى الامر لان المعاقبة بينهما دليل على نفاذ وصحته فاذا ادعى أحدهما خلاف ذلك بطل للتناقض ولانه سعى في نقض ما أوجبه فبطل فان أراد المدعى منهما الفسخ بان يقيم البينة على اقرار صاحبه أن صاحب المال لم يأمره بالبيع أو أراد عين صاحبه على ذلك لم يكن له شيء من ذلك لان الدعوى بطالت لما قلنا فبطل ما يبتنى على ذلك اهـ وقول الشارح رحمه الله وفروا بينهما الخ هذا الفرق ذكره في الهداية واقتصر عليه قال الكمال وهذا هو الفرق المصنف وهو منظور فيه بان وضع مسألة الزيادات أيضا في أن الجارية في يد المشتري كما سمعنا والاولى ما ذكر في الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ أن مسألة الجامع محمولة على أن المشتري أقام البينة على اقرار البائع قبل البيع أما إذا أقامها على اقراره بعد البيع أن رب العبد لم يأمره بالبيع فتقبل لان اقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه اقرار البائع بعد الامر قبل البيع ولا يناقض دعواه اقراره بعد الامر بعد البيع قال ومسألة الزيادات محمولة على هذا أيضا فتقع الغنية عن التفرقة بين المسئلتين اهـ وقيل مسألة الجامع محمولة على اقرار البائع أو رب العبد قبل البيع فلم تقبل للتناقض والزيادات على الاقرار بعد البيع فلم يلزم (١٠٩) التناقض فتقبلت ومما يناسب المسألة

بأن العبد في يد المشتري في المسألة الاولى وفي مسألة الزيادات في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن أن لا تكون العين سالمة للمشتري ولذلك لم يرجع في مسألة الكتاب ورجع في مسألة الزيادات وقيل اختلف الجواب لاختلاف الوضع فوضع ما ذكرهنا فيما إذا أقام البينة على أن البائع أقر قبل البيع بأن المبيع للمستحق وإقدامه على الشراء يثبت ذلك فيكون متناقضا فلا تقبل بينته وموضوع ما ذكر في الزيادات فيما إذا أقام البينة على أن البائع أقر بعد البيع أنه للمستحق فلا يصير متناقضا فتقبل بينته قوله (ولو أقر البائع بذلك) في مسألة الكتاب (عند القاضي) بان رب العبد لم يأمره بالبيع (بطل البيع ان طلب المشتري ذلك) لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فالمشتري أن يساعده فيه فيتحقق الاتفاق بينهما فينتقض في حقهما لا في حق رب العبدان كذب ما وادعى انه كان أمره فاذا لم ينسخ في حقه بطلب البائع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له أن يطلب المشتري لانه يرى بالتصادق وعند أبي يوسف انه يطلبه فاذا اتى رجوع به على البائع وهذا بناء على أن ابراء الوكيل المشتري عن الثمن صحيح عندهما ويضمن للوكل وعنده لا يصح ولو كان بالعكس بأن أنكر المالك التوكيل وتصادق أنه وكلمه فان أقام الوكيل البينة لزمه والا استخلف المالك فان حلف لم يلزمه وان نكل لزمه لان النكول كالقرار ولو غاب المالك بعد الانكار وطالب البائع الفسخ فسخ القاضي البيع بينهما لانه ثبت عند القاضي أن البيع كان موقوفا فان طلب المشتري تأخير الفسخ ليحلف المالك انه لم يأمره لم يؤخر لان سبب الفسخ قد تحقق فلا يجوز تأخيره لأجل اليمين فلو حضر المالك وحلف أخذ العبد وان نكل عاد البيع ولو كان المالك حاضرا وغاب المشتري لم يأخذ العبد لان البيع صح ظاهر افلا يصح القضاء على الغائب بفسخه والبائع أن يحلف رب العبد انه لم يأمره ببيعه فان نكل ثبت أمره وان حلف ضمن البائع ونفذ بيعه كالغاصب اذا باع المغصوب ثم ملكه بداء الضمان ولومات المالك قبل حضوره فوريه البائع وأقام بينته على اقرار المالك بأنه لم يأمره لم تقبل لما بينا من التناقض ولو أقامها على اقرار مشتريه بذلك بعد موته تقبل بخلاف ما إذا أقامها على هذا الوجه حال حياة المالك فانها لا تقبل لانه

المشتري حتى يكون نقضا باتفاقهما لا بمجرد اقرار البائع والمراد من فسخ القاضي أنه يعضى اقرارهما أما أن الفسخ يتوقف على القضاء فلا اهـ (قوله لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة الخ) فان من أنكر شيئا ثم أقر به صح اقراره بخلاف الدعوى اهـ (قوله فلم يشتري أن يساعده) أي بواقفه فيه اهـ (قوله فيتحقق) أي بطلان البيع اهـ ع (قوله فينتقض في حقهما لا في حق رب العبدان كذبهما) قال الكمال وفروعهما أن صاحب العبد لو حضر وصدهما نفذ الفسخ في حقه وتقرر وان كذبهما وقال كنت أمرته كان القول قوله لما ذكرنا أن إقدامهما اقرار منهما بالامر فلا يعمل رجوعهما في حقه ويغرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لاله ويبطل عن المشتري الثمن للامر في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يبيح في ذمة المشتري الامر ورجع المشتري على البائع بمثل الثمن بناء على أن الوكيل بالبيع علك ابراء المشتري عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد وعلك الاتالة بغير رضا الامر وعلى قول أبي يوسف لا يملك اهـ (قوله لانه يرى بالتصادق) فيه اشكال حيث اعتبر فيه الاقرار على الغير اهـ (فرع) ذكره الشارح رحمه الله في كتاب الدعوى فضولي باع عبد الغير من رجل فضولي آخر باع نصفه من آخر فأجاز المولى البيعين اهـ فليراجع عند قوله دار في يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها اهـ

(قوله ولغناو كيل بآئعه) أي تو كيل الأمر فهو من إضافة المصدر إلى مفعوله أي تو كيل رب العبد بآئعه أي لغناو تو كل رب العبد بآئعه
 اه (قوله في المتن ومن باع دار غيره) أي عرصة غيره بغير أمره اه فتح (قوله لم يضمن البائع الدار) أي عند أي خفيفة إن أقر بالعصب
 منه وهو قول أبي يوسف آخر أو كان يقول أو لا يضمن وهو قول محمد وهى مسئلة عصب العقار هل يتحقق أو لا عند أي خفيفة لا وعند
 محمد نعم فيضمن اه كمال قوله وعند محمد نعم نفسه إذا عصب دارا فأنه دمت أو أراضا فانتقضت وسيجيء بيان الخلاف في عصب
 العقار في العصب اه اتقاني

باب السلم

لما فرغ من بيان أنواع البيوع التي لا يشترط فيها القبض لا في العوضين ولا في أحدهما شرع في بيان ما يشترط فيه القبض وهو السلم
 والصرف لأن السلم يشترط فيه قبض (١١٠) أحد العوضين في المجلس وقدم السلم على الصرف لأن الشرط في السلم قبض

في حال حياته أصل فيه فيمتنع بالتناقص وبعد موته نائب عن الميت والميت لو ادعى بنفسه حال حياته
 لا يكون متاقضا فكذا نائبه ولو ورثه البائع وغيره فان ادعى غيره وجود المالك تسمع لانه لم يسبق منه
 ما يجعل مناقضا بخلاف شر بكة البائع حيث يكون مناقضا ولشتره أن يحلفه بالله ما يعلم أن المولى
 أمره ببيعه فان نكل ثبت الأمر وان حلف أخذ نصف العبد ورجع المشتري على البائع بنصف الثمن
 وخير في النصف الآخر تفرق الصفة عليه وهذا إذا أقر المشتري بأن العبد ملك الأمر ولو أنكر
 لغا قول الأمر حتى يقيم البيعة على ملكه ولغناو كيل بآئعه في خصوصته كيلا يصير البائع ساعيا في نقض
 ما أوجبه قال رحمه الله (ومن باع دار غيره فأدخلها المشتري في بناءه لم يضمن البائع) ومعنى المسئلة إذا
 باع دار غيره بغير إذنه ثم اعترف البائع بالعصب وأنكر المشتري لم يضمن البائع الدار لان اقرار البائع لا يصدق
 على المشتري ولا بد من إقامة البيعة حتى يأخذها فإذا لم يقيم المستحق وهو صاحب الدار البيعة كان التلف
 مضافا إلى عجزه عن إقامة البيعة لا إلى عقد البائع لان الغاصب لا يجوز بيعه فعلى هذا التقدير يعلم ان
 قوله فأدخلها المشتري في بناءه وقع اتفاقا فلا تأثير للإدخال في البناء في ذلك

أحد العوضين في المجلس
 وفي الصرف قبضهما والتفرق
 يكون أبدا من الأدنى إلى
 الأعلى قال صاحب التحفة
 البيع أربعة أنواع أحدها
 بيع العين بالعين كبيع
 السلع بأنواعها نحو بيع
 الثوب بالثوب وغيره
 ويسمى هذا بيع المقايضة
 والثاني بيع العين بالدين
 نحو بيع السلع بالآثمان
 المطلقة وبيعها بالفلس
 الرأبغة والمكيل والموزون
 والمعدود المتقارب دينا
 والثالث بيع الدين بالدين
 وهو بيع الثمن المطلق بالثمن
 المطلق وهو الدراهم والدنانير
 وأنه يسمى عقد الصرف
 يعرف في كتابه ان شاء الله
 تعالى والرابع بيع الدين
 بالعين وهو السلم فان السلم
 فيه مبيع وهو دين ورأس
 المال قد يكون عينا وقد

باب السلم

وهو معنى السلم لغة فانه أخذ عاجل بأجل وسمى هذا العقد به لكونه معجلا على وقته فان أو ان البيع
 بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد والسلم يكون عادة عابثا ليس بموجود في ملكه فيكون العقد معجلا
 وينعقد بلفظ السلم ولا ينعقد بلفظ البيع في رواية المجرى لانه ورد بلفظ السلم على خلاف القياس فلا يجوز
 غيره وفي رواية الحسن ينعقد وهو الأصح لانه بيع لا ترى إلى ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع
 ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة قال ابن عباس
 رضى الله عنهما أشهد أن الله أحل السلم المؤجل وأتزل فيه أطول آية وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا
 اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه وقد روي عنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند
 الانسان ورخص في السلم والقياس يأبى جوازها لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم ويبع موجود غير مملوك
 أو مملوك غير مقدور التسليم لا يجوز فبيع المعدوم أولى أن لا يجوز وله كن تركا معاذ كرنا قال رحمه الله

يكون دينا ولو لم يكن قبضه شرط قبل اقتراف العاقدين بانفسهم ما فيصير عينا اه اتقاني قال الكمال وخص باسم السلم (ما أمكن
 ليتحقق إيجاب التسليم شرعا فمصدق عليه أعنى تسليم رأس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم أليق لكن لما كان وجود السلم
 في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له اه وقال صاحب التحفة في السلم هو عقد ثبتت الملك في الثمن عاجلا
 وفي الثمن أجل يسمى سلما أو سلما أو سلما أو سلما فمما فيه من تسليم رأس المال في الحال وفي عرف الشارع عبارة عن هذا أيضا مع زيادة
 شرائط ورد الشرع به لم يعرفها أهل اللغة فعن هذا عرفت فساد ما قيل في بعض الشروح ان السلم أخذ عاجل بأجل لان السلعة اذا
 بيعت بثمن مؤجل بوجد هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل بيع أجل بع أجل لم يرد الاعتراض وركن السلم الإيجاب والقبول بان قال رجل
 لا أراست اليك عشرة دراهم في كرخطة أو قال أسلفت وقال لا أخفيلت ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم أيضا ويسمى
 الآخر المسلم اليه اه اتقاني رحمه الله (قوله اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى) والمعنى اذا تعا ملى بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى

ليعلم أن من حق الأجل أن يكون معلوما اه اتفاق (قوله لا يجوز السلم فيه لانه) أي المسلم فيه اه (قوله في المتن المثمن) المثمن صفة لقوله والموزون فقط اه (قوله حتى لو أسلم فيه ما لا يصح سلما) أي بالاتفاق لان المسلم فيه لا بد أن يكون مثمنا والنقد أو أثمان فلا تكون سلما فيها اه كمال (قوله وقال الاعمش الخ) واعلم أن ما قاله أبو بكر الاعمش اختاره الكمال في الفتح قال وهو عندى أدخل في الفقه وعلمه فليظن ثمة اه (قوله وانما يصح العقد في محل أو جبا) أي أو جب المتعاقدان العقد اه (١١١) (قوله وهذا الخلاف فيما إذا أسلم

فيهما) أي في الدراهم والدنانير اه (قوله روى الطحاوى عن أصحابنا أنه يجوز) وعليه الفتوى لتعامل الناس اه خان (قوله في المتن والعددي المتقارب كالجوز الخ) قال في شرح الجامع الصغير لقاضيخان أما السلم في الباذنجان عددا لم يذكر محمد وذ كر الشمس السرخسى أنه يجوز وألحقه بالجوز والبيض هذا اللفظه اه اتفاقى (قوله لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت) أي فلا ترى جوزة بفلس وجوزة بفلسين بخلاف البطيخ فانك ترى بطيخة بدرهم وأخرى بفلس اه (قوله بخلاف البطيخ والرمان) قال الاتفاقى وأما العددي المتفاوت وتفسيره ما نقل عن ابن يوسف ما اختلفت أحاده في القيمة وانفتت أجناسه فلا يجوز السلم فيه وذلك كالدر والجاوهر والألآئى والأدم والخلود والخشب والرؤس والأكارع والرمان والبطيخ والسفرجل ونحوها إلا إذا بين من جنس الخلود والأدم والخشب

(ما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه) لأنه لا يفتى إلى المنازعة وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أسلم في غير فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم رواه مسلم والبخارى والضبط يكون معرفة قدره وقد شرطه عليه السلام قال رحمه الله (وما لا فلا) أي ما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وهو لا يعرف إلا بالوصف فإذا لم يمكن ضبطه به يكون مجهولا جهالة تنقض إلى المنازعة فلا يجوز كسائر الديون قال رحمه الله (فيصح في المكيل والموزون المثمن) لما رويناهما وما يبينان المعنى واحترز بقوله المثمن من الدراهم والدنانير لانهما أثمان وليس بآمن حتى لو أسلم فيهما ما لا يصح سلما لان السلم تجليل الثمن وتأجيل المبيع ولو جاز فيه لانه لا ينعكس فإذا لم يقع سلما يكون باطلا عند عيسى بن أبان وقال الاعمش يكون بيعا بمن مؤجل تحصيل المنة قصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني وقول عيسى أصح لان المعقود عليه في السلم المسلم فيه وانما يصح العقد في محل أو جبا العقد فيه وذلك غير ممكن ولا وجه إلى تصحيحه في محل آخر لانهم لم يوجبوا العقد فيه وهذا الخلاف فيما إذا أسلم فيه ما غير الأثمان وأما إذا أسلم الأثمان فيهما كالدرهم في الدنانير أو بالعكس فلا يجوز بالاجماع لما عرف أن القدر بانفراده يحترم النساء ولو أسلم في المكيل وزنا كما إذا أسلم في الخنطة والشعير بالميزان روى الطحاوى عن أصحابنا أنه يجوز لان الكيل والوزن انما يشترط ليصير معلوما القدر لا تنفى الربا لانه لا يقابل بجنسه لان المؤدى عين الواجب حكما في باب السلم فيكون بدلا عن رأس المال ولا ربا بينهما وروى الحسن عن أصحابنا انه لا يجوز لان المسلم فيه دين في الذمة والمؤدى عين والعين غير الدين حقيقة فيكون المؤدى بدلا عن الواجب في الذمة حقيقة وان كان عينه حكما فيكون مشتملا على الخنطة بالخنطة فلا يجوز الا كيدا وعلى هذا الخلاف لو أسلم في الموزون كيدا قال رحمه الله (والعددي المتقارب كالجوز والبيض) لانه معلوم مضبوط مقدورا لتسليم فأشبهه المكيل والموزون ويستوى فيه الكبير والصغير لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت ولهذا استوى قيمته ما فصار بذلك من ذوات الامثال بخلاف البطيخ والرمان لان أحادهما متفاوتة وهذا اختلف في القيمة وبها يعرف التفاوت والتساوى وعن أبي حنيفة انه لا يجوز في بيض النعامة لتفاوت أحاده في المماثلة ويجوز السلم في هذه الاشياء كيدا أيضا وقال زفر رحمه الله لا يصح كيدا لانه عددي ليس بمكيل فلا يصح اذا اعتبر فيها الا نص فيه العادة وعنه انه لا يصح عددا أيضا لانه يؤدى إلى النزاع في التسليم والتسلم بسبب التفاوت وان كان يسيرا فصار كالسفرجل والفتاء ولنا ان المقدار يعرف بالكيل تارة وبالعدة أخرى فتقطع المنازعة بينهما ما كان إذا كان يعرف قدره بهما قال رحمه الله (والفلس) لانه عددي يمكن ضبطه فيصح السلم فيه وقيل عند محمد لا يجوز السلم فيه لانه من مادام بروج والمسلم فيه مبيع فلا يصح فيه كالنقدين وإذا كسد صار قطعة نحاس فلا يجوز السلم فيه عددا ولنا ما ذكرنا انه يمكن ضبطه به فيصح كسائر المعدودات وهذه المسئلة مبنية على أن اصطلاح الناس على الثمنية لا يبطل باصطلاحهما عندنا وعندنا ما يبطل على ما ذكرنا في بيع الفلس بالفلسين وذكرنا الفرق هناك بين الفلوس والنقدين قال رحمه الله (والأبن والأجران سمي ملين معلوم) لان أحادهما لا تختلف اختلافا يفتى إلى المنازعة بعد ذلك الآية قال رحمه الله (والذرى كالنوب

والخدرع شبيها معلوما وطولا معلوما وغلظا معلوما وأنى بجميع شرائط السلم والتحقق بالتقارب يجوز اه قال في الظهيرية ولا يجوز فيما لا مثله كالحيوان والعدديات المتفاوتة إلا في الشياخ خاصة اه (قوله وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في بيض النعامة) قال الاتفاقى ثم عندنا يجوز السلم في بيض النعام أيضا في ظاهر الرواية لانه معلوم مضبوط اه (قوله في المتن والذرى كالنوب الخ) قال الاتفاقى وأما الذرى فيجوز السلم فيه كالشباب والبسط والبوارى ونحوها إذا بين الطول والعرض والصفة والنوع قال في الايضاح والقياس أن لا يجوز السلم في الشباب

لأنهم ليست من ذوات الامثال ألا ترى أنه لا يضمن مسسكها المثل وانما يجوزناه استحسانا لان الثياب مصنوعة العبد والعبد يصنع بالآلة
 فإذا اتخذ الصانع والآلة يتخذ المصنوع فلا يبقى بعد ذلك الا قليل تغاوت وقد يمتثل قليل التفاوت في المعاملات ولا يتحمل في الاستهلاك
 ألا ترى أن الابل يباع بعين يسير كان متحملا ولو استهلك شيئا يسيرا وجب عليه الضمان اه (قوله في المتن ان بين الذراع) أي بعدد كراجنس
 والنوع اه (قوله والصفة) أي بانه فطن أو كان أو مركب منهم ما هو الذي يسمى ملحما اه (قوله والصنعة) أي بانه عمل الشأم أو الروم
 أو نحوهما اه (قوله وان كان ثوب حرير يباع بالوزن) قال في الايضاح ويحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباغ اذا كان يبقى
 التفاوت بعدد كرا الطول والعرض لانها (١١٣) تختلف باختلاف الوزن فان الديباغ كلما ثقل وزنه ازدادت قيمته والحرير كلما خف

وزنه ازدادت قيمته فلا يضمن
 بيانه اه (قوله لا يضمن بيان
 وزنه) قال تظهير الدين اسحق
 الولوباخي في فتاواه ولو عين
 الذراعان ولم عين الوزن هل
 يجوز السلم في الحرير يختلف
 المشايخ فيه منهم من قال ليس
 بشرط ومنهم من قال يشترط
 والله مال الشيخ الامام شمس
 الأئمة أبو بكر محمد بن أبي
 سهل السرخسي وهو الصحيح
 بخلاف سائر الثياب فانه
 لا يشترط فيها الوزن مع الذرع
 لان الحرير يختلف باختلاف
 الوزن كما يختلف باختلاف
 الطول والعرض ولا كذلك
 السكر ياس اه اتقاني (قوله
 في المتن لا في الحيوان) قال
 الاتقاني اعلم أن السلم باطل
 في الحيوان عندنا اه وقالت
 الثلاثة يجوز اه عيني
 (قوله فاذا اتخذت الآلة
 والصانع يتخذ المصنوع) أي
 وليس الحيوان كذلك لان
 ما يحدث فيه يحدث باحداث
 الله من غير صنع العباد بلا
 آلة ولا مثال فظهر الفرق

إن بين الذراع والصفة والصنعة) لانه يصير معلوما بانه كرهذه الاشياء فلا يؤدي الى النزاع وان كان ثوب
 حرير يباع بالوزن لا بد من بيان وزنه مع ذلك لانه يصير معلوما به قال رحمه الله (لا في الحيوان) وقال
 الشافعي رحمه الله يجوز السلم فيه اذا بين الجنس والسن والنوع والصفة لما روى انه عليه السلام
 استقرض بكر اورد رباعيا ولان بعد بيان ما ذكرنا من الاوصاف الجلهالة تفل فلا تفضي الى المنازعة كما
 في الثياب ولما روى انه عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ولانه متفاوت آحاده متفاوتا فاحشا بحيث
 لا يمكن ضبطه ألا ترى ان العبد ين يستويان في الجنس والسن وتتفاوت قيمتهما لا اختلاف المعاني الباطنة
 كالكماسة وحسن الخلق والخلق والسيرة والفصاحة والامانة والشدة قال قائلهم
 أأرب فرد يعدل ألف زائدا * وألف تراهم لا يساوون واحدا
 وكذلك سائر الحيوان يختلف اختلافا يؤدي الى اختلاف المبالغة فلا يجوز السلم فيه كما في الخلفات
 والجواهر بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد والعبد انما يصنع بالآلة فان اتخذت الآلة والصانع يتخذ
 المصنوع والتفاوت اليسير بعده لا يضر وما روى انه عليه السلام استقرض بكر اورد رباعيا فالمراد به انه
 عليه السلام استعمل في الصدقة ثم لم تجب الزكاة على صاحبه فادها رباعيا واستقرض لبيت المال لانه
 يجوز أن يثبت حق مجهول على بيت المال كما يجب له حق مجهول وما روى انه عليه السلام اشتري بعيرا
 بغيرين الى أجل كان قبل نزول آية الر بالان الجنس بانفراده يحرم النساء أو كان ذلك في دار الحرب اذا
 لا يجري الربا بين المسلم والحر في دار الحرب على ما يثبت من قبل ويدخل فيه جميع أنواع الحيوانات حتى
 العصافير لان النص لم يفسد قال رحمه الله (وأطرافه) يعني لا يجوز السلم في أطراف الحيوان كالرأس
 والاكارع للتفاوت الفاحش وعدم الضابط ثم قيل هذا قول أبي حنيفة وعندنا يجوز في اللحم وقيل
 لا يجوز بالاتفاق والفرق لهما بينه وبين اللحم أن المسلم فيه هو اللحم دون العظم والعظم في الرأس وفي
 الاكارع أكثر من اللحم ومساو له فلا يمكن أن يجعل تبع اللحم فبق معتبرا ولا يدرى قدره فيه صغير قدر المسلم
 فيه وهو اللحم مجهولا وأما العظم الذي في اللحم فقليل فأمكن جعله تبع اللحم اقلته كما في عظم الالية ولو
 أسلم فيه وزنا اختل فواقه قال رحمه الله (والجلود عدد) أي لا يجوز السلم فيه وكذا في الورق لا يجوز
 للتفاوت الفاحش فيهما إلا أن يبين فيهما ماضر بامعوما وطولا وعرضا وصفة معلومة من الجودة والرداءة
 فحينئذ يجوز السلم فيهما لا مكان ضبطهما وكذا اذا كانا يباعان وزنا يجوز السلم فيهما بالوزن قال رحمه الله
 (والخطب خزما والرطبة جزا) لانه مجهول لا يعرف طوله وغضاه حتى لو عرف ذلك بأن بين الخبيل الذي
 يشتبه الخطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدي الى النزاع جاز قال رحمه الله (والجواهر
 والخرز) لان آحادها متفاوتة متفاوتا فاحشا وفي صغار الأول التي تباع وزنا يجوز السلم فيها بالوزن لانه

اه اتقاني (قوله وما روى انه عليه الصلاة والسلام اشتري بعيرا بغيرين الخ) فان قلت قد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم
 في الدية بما نه من الابل وفي الجنين بغرة عبد أو أمة فثبت أن الحيوان يثبت في الذمة قلت قد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم أيضا أن
 يبيع الحيوان بالحيوان لا يجوز نسيئة فعلم أن الحيوان لا يثبت في الذمة فلما ورد أصلان متعارضان وفقنا بينهما فقلنا ان ما كان بدلا عن
 مال لا يثبت الحيوان فيه دينا في الذمة كالسلم قياسا على بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وما لا يكون بدلا عن مال يثبت الحيوان فيه دينا في
 الذمة كالنزويج والخلع على عبد وسط أو أمة وسط قياسا على ابل الدية وغرة الجنين اه اتقاني (قوله في المتن والخطب خزما والرطبة جزا
 الخ) ونقل في الخلاصة عن شرح الشافعي فقال ولا بأس بالسلم في القف وزنا اه اتقاني (قوله في المتن والجواهر والخرز الخ) والاصل أن كل

معدودتفاوت آحاد في المايه لا يجوز السلم فيه كالبطيخ والرمان والجواهر والملاحي هذه المتباينة لا تتركب بين لؤلؤتين تفاوتا فاحشا في المايه وان كان بينهما اتفاق في العدد والوزن اه اتقاني (قوله الى حين الحمل) والحمل بكسر الحاء مصدر قولك حل الدين اه غاية (قوله في المتن والسهم الخ) وفي شرح الطحاوي السلم في السهم لا يخلو اما ان يكون طريا (١١٣) أو مالحا ولا يخلو اما ان يسلم فيه عددا

أو وزنا فان أسلم فيه عددا طريا كان أو مالحا لا يجوز لانه متفاوت وان أسلم فيه وزنا فانه يتظر ان كان مالحا يجوز وان كان طريا كان العقد في حينه والأجل في حينه ولا ينقطع فيما بين ذلك فانه يجوز والأقلا اه عيني (قوله وقال لا يجوز) قال الاتقاني فعندهما يجوز السلم في اللحم اذا بين الجنس بأن قال لحم شاة والسن بأن قال ثني والأنوع بأن قال ذكر والصفة بأن قال سمين والموضع بأن قال من الجنب والقدر بأن قال عشرة أمضاء اه (قوله ولهذا يضمن بالمثل عند الاتلاف) يعني ان غاصب اللحم اذا أنلفه يضمن المثل وزنا اه (قوله بخلاف لحم الطيور) أي فانه لا يجوز السلم فيه اه اتقاني (قوله فانه لا يقدر على وصف موضع منه) أي لقلة لحمه اه غاية (قوله وتضمنه غير مقصود) أي تضمن اللحم شيئا غير مقصود وهو جواب عن شيء يرد وهو قوله ولانه يتضمن عظاما اه قال الاتقاني رحمه الله ولا يي حنيفة رحمه الله وجهان أحدهما أنه يختلف بقلة

مما يباع بالوزن فأمكن معرفة قدره به قال رحمه الله (والمنقطع) أي لا يجوز السلم في الشيء المنقطع لان شرط جوازه أن يكون موجودا من حين العقد الى حين الحمل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند الحمل أو بالعكس أو منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وخذ الانقطاع أن لا يوجد في الاسواق وان كان في البيوت وقال الشافعي رحمه الله يجوز في المنقطع اذا كان موجودا عند الحمل لو جرد القدرة عند وجوبه ولا معنى لاشتراطه قبل ذلك ولنا ما روى عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى ترهى قالوا وما ترهى قال نحره وقال اذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه رواه مسلم والخاري وعن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يدور صلاحها نهى البائع والمبتاع رواه مسلم والخاري وجاعة أخر وفي لفظ حتى تبيض وتأنس من العاهة وهذا نص على انه لا يجوز في المنقطع في الحال اذا الحديث ورد في السلم لان بيع الثمار بشرط القطع جائز لا يمنع أحد بيع مال معين منتفع به في الحال أو في المال وقوله عليه السلام فبم يستحل أحدكم مال أخيه وهو رأس مال السلم يدل عليه لان احتمال بطلان البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا يؤثر في المنع من البيع ولان القدرة على التسليم حال وجوبه بشرط جوازه وفي كل وقت بعد العقد محتمل وجوبه بموت المسلم اليه لان الديون تحمل بموت من عليه الدين فيشترط دوام وجوده لتدوم القدرة على التسليم لان جوازه على خلاف القياس فيجب الاحتراز فيه عن كل خطر يمكن وقوعه لان المحتمل في باب السلم كالأوقع ولان القدرة على التسليم بالتحصيل في المدة ولا بد من استمرار الوجود فيها ليعتد من التحصيل ولو انقطع عن أيدي الناس بعد الحمل قبل أن يوفي المسلم فيه فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وأخذ رأس ماله وان شاء انتظر وجوده وقال زفر رحمه الله يبطل العقد ويسترد رأس ماله للعجز عن تسليمه كما اذا هلك المبيع قبل القبض قلنا ان السلم قد صح وتعدر تسليم المعقود عليه بعارض على شرف الزوال فخير فيه كما اذا أتى العبد المبيع قبل القبض بخلاف هلاك المبيع قبل القبض لانه قد فات الى خوف وبخلاف ما اذا اشترى بالفلوس شيئا وكسدت حيث يبطل البيع بها لانها تفوت أصلا ولا يرجع زواله ولو رجع لا يعلم متى يرجع بخلاف ما نحن فيه فان لادراك الثمر والقدرة على التسليم أو انما معلوما فيختار قال رحمه الله (والسهم الطري) أي لا يجوز السلم في السهم الطري لانه ينقطع عن أيدي الناس في الشتاء لانجماد المياه حتى لو كان في بلد لا ينقطع فيه السهم أو أسلم فيه في حينه جاز وزنا لعددا وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في البكار التي تنقطع كالسلم في اللحم لاختلاف الناس في زرع عظمها واختلاف رغبتهم في مواضعها قال رحمه الله (وضع وزنا ولو مالحا) أي ان كان السهم مالحا جاز السلم فيه وزنا لعددا لان المالح منه وهو القديد لا ينقطع عن أيدي الناس وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره بالوزن وبيان نوعه وذكر في النهاية معز بالي الايضاح أن الصحيح في الصغار منه يجوز وزنا وكيلا وفي البكار روايتان قال رحمه الله (واللحم) أي لا يجوز السلم في اللحم وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يجوز ان بين جنسه ونوعه وسننه وموضعه وصفته وقدره كشاة خصي ثني سمين من الجنب أو أخذ مائة رطل لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل عند الاتلاف ويصح استقراره وزنا وهو لا يصح الا في ذوات الامثال ويجري فيه بالفضل بعله الوزن فصار كالالية وشحم البطن بخلاف لحم الطيور فانه لا يقدر على وصف موضع منه وتضمنه غير مقصود

(١٥ - زيلعي اربع) العظم وكثرة فتنبت الجهة وهي تؤدي الى المنازعة فلا يصح السلم مع الجهة لاقضائه الى المنازعة فعلى هذا يجوز السلم في منزوع العظم قال صاحب المختلف وهي رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة والثاني أنه يختلف باختلاف السمن والهزال لقلة الكلا وكثرته على اختلاف الاوقات فيقضى الى الجهة المفضية الى المنازعة فلا يصح السلم وعلى هذا لا يجوز السلم في منزوع العظم قال صاحب المختلف وهو رواية ثنين شجاع عنه وهذا الوجه هو الاصح اه

(قوله والتضمين بالمثل ممنوع الخ) قال الاتقاني وقوله ان الغاصب يضمن المثل قلنا ذلك ممنوع على مذهب أبي حنيفة رحمه الله بل على مذهب أبي حنيفة يضمن القيمة ألا ترى ما قال في الجامع الكبير في باب الاستحقاق في البيع ولو أن رجلا غصب من رجل لحافا شرا ثم جاء انسان واستحق ذلك لا يسقط ضمان الغصب وكان للغصب منه أن يضمنه قيمة اللحم قال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير قول محمد في هذه المسئلة كان للغصب منه أن يضمنه قيمة اللحم نص على أن اللحم مضمون بالقيمة دون المثل ولا توجد الرواية أنه من ذوات القيم وليس على الأفي هذا الموضع يعني في الجامع الكبير ولهذا قال صاحب الفتاوى الصغرى يضمن اللحم بالمثل قوله ما ثم قال ورأيت وسط غصب المتني روى أبو يوسف عن أبي حنيفة إذا استهلك لحافا قال عليه قيمته اه (قوله وكذا لا يجوز استقرضه) قال الاتقاني ونفع الاستقراض وزنا فنقول ذلك مذهبهما (١١٤) ولئن سلمنا أن اللحم مضمون بالمثل على ما ذكر في التمهة عن اختيار شيخ الاسلام علاء

الدين الاسيحي أن اللحم مضمون بالمثل وانما يضمن بالقيمة إذا انقطع عن أيدي الناس فنقول ذلك باعتبار أن المثل أعدل من القيمة لأن الأصل في ضمان العدوان المثل والمماثلة في مثل الشيء صورة ومعنى فيكون أعدل من القيمة لأنها مثل معنى لا صورة وليس استقراض اللحم كالسلم فيه لأن السلم لا يكون إلا امرجا فلا فعند حلول الاجل لا يعلم اللحم على أي حال يكون من السمن والهزال بخلاف الاستقراض فان القبض فيه حال معين فلا تقع المنازعة فيه بخلاف السلم فظهر الفرق اه (قوله بخلاف البيع به حال حيث يجوز) أي قاله إذا قال بعث منك من هذه الصبرة عمل هذا الاناء بدينهم ولا يدري كم يسع الاناء فالبيع جائز وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال لا يجوز البيع أيضا لأنه بيع ليس بمجازة ولا مكايلة وبيع الحنطة إنما يجوز على إحداهما اه اتقاني (قوله في المتن بعينه) الاجل كذا بخط الشارح والذي في نسخ المتن معينه اه (قوله ولو كانت النسبة لبيان النوع) قال في الهداية ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخمر ماني بخاري والبساخي بفرغانة اه قوله لبيان الجودة قوله لا بأس به على ما قالوا أي على ما قال المشايخ كالخمر ماني بخاري وهو نوع من الحنطة مسمى بذلك ثم والبساخي بفرغانة وهو أيضا نوع من الحنطة عندهم وكذا إذا ذكر النسبة في الثوب لبيان الصفة كما إذا قال زنديجي يجوز لأن الثوب الزنديجي ما يندرج على صفة معلومة سواء نسيج في تلك القرية أو غيرها قال في خلاصة الفتاوى لو كان ذكر النسبة لبيان الصفة لا تعين المكان كالخمر ماني بخاري فإنه يذكّر لبيان الجودة فلا يفسد السلم وان توهم انقطاع حنطة ذلك الموضع اه اتقاني رحمه الله

وهو العظم لا يمنع الجواز كتضمن التمر والشمش والخوخ والنوى كتضمن الالبسة العظم ولا يبي حنيفة أن اللحم يختلف باختلاف صفته من سمن وهزال ويختلف باختلاف فصول السنة فأي بعد سميناً في الشتاء بعد مهر ولا في الصيف ولأنه يتضمن عظما غير معلومة وتجري فيه المما كسة فالشترى بأمره بالتزاع والبائع يدينه فيه وهذا النوع من الجهالة والمنازعة لا ترتفع ببيان الموضع وذكر الوزن فصار كالمسلم في الحيوان بخلاف النوى في الثمار والعظم في الالبسة فإنه معلوم ولهذا لا تجرى فيه المما كسة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الاول وهو الاصح لأن الحكم اذا عال بعلمين لا يتنى الحكم بالتقاء احدهما الماعرف في موضعه والتضمن بالمثل ممنوع فإنه من ذوات القيم في رواية يبيع الجامع وكذا لا يجوز استقرضه ولئن سلم فيه ما فهم معان عند الاتلاف والاستقراض فيمكن ضبطه بالمشاهدة بخلاف الموصوف في الذمة وقبل لا خلاف بينهم بجواب أبي حنيفة فيما إذا أطلق السلم في اللحم وهما لا يجوزانه فيه وجواب ما فيها اذا بين موضعها منه معلوما وهو يجوز فيه والاصح ان الخلاف فيه ثابت قال رحمه الله (ومكالم أو ذراع لم يدرك قدره) أي لا يجوز السلم بذراع معين أو مكالم معين لا يعرف قدره لأنه يحتمل أن يضيع فيؤدي الى النزاع بخلاف البيع به حال حيث يجوز لأن التسليم فيه يجب في الحال فلا يشوهم فوته وفي السلم يتأخر التسليم فيخاف فوته وقد ذكرناه في أول البيوع وفي الهداية ولا بد أن يكون المكالم عما لا ينقبض ولا ينسبط كالقصاع مثلاً وان كان عكس كسب بالكيس كالزئيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن أبي يوسف وهذا لا يستقيم في السلم لأنه ان كان لا يعرف قدره فلا يجوز السلم به كنهما كان لما ذكرنا وان كان يعرف قدره فالتقدير به لبيان القدر لا التعينه فكيف يتأني فيه الفرق بين المنكس وغير المنكس أو التجوز في قرب الماء وانما يستقيم هذا التفصيل في البيع اذا كان يجب تسليمه في الحال حيث يجوز باناء لا يعرف قدره ويشترط في ذلك الاناء أن لا ينكس ولا ينسبط ويقيد فيه استثناء قرب الماء أيضا قال رحمه الله (وبقرية وتغر نخلة بعينه) أي لا يجوز السلم فيه ما لا احتمال أن يعثرهما آفة فلا يقدر على تسليمهما واليه أشار عليه السلام بقوله اذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه ولو كانت النسبة لبيان النوع بأن كان له نظير فلا بأس به وكذا اذا نسبته الى اقليم لا يشوهم انقطاعه كالشام والعراق قال رحمه الله (وشروطه بيان الجنس والنوع والصفة والقدر والاجل) كقوله حنطة سقية جيدة عشرة أكراد الى شهر لأن الجهالة تنفي بذلك هذه الأشياء وقال الشافعي رحمه الله الاجل ليس بشرط لجوازها روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان وخص في السلم مطلقا واشترطه

البيع أيضا لأنه بيع ليس بمجازة ولا مكايلة وبيع الحنطة إنما يجوز على إحداهما اه اتقاني (قوله في المتن بعينه) الاجل كذا بخط الشارح والذي في نسخ المتن معينه اه (قوله ولو كانت النسبة لبيان النوع) قال في الهداية ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخمر ماني بخاري والبساخي بفرغانة اه قوله لبيان الجودة قوله لا بأس به على ما قالوا أي على ما قال المشايخ كالخمر ماني بخاري وهو نوع من الحنطة مسمى بذلك ثم والبساخي بفرغانة وهو أيضا نوع من الحنطة عندهم وكذا إذا ذكر النسبة في الثوب لبيان الصفة كما إذا قال زنديجي يجوز لأن الثوب الزنديجي ما يندرج على صفة معلومة سواء نسيج في تلك القرية أو غيرها قال في خلاصة الفتاوى لو كان ذكر النسبة لبيان الصفة لا تعين المكان كالخمر ماني بخاري فإنه يذكّر لبيان الجودة فلا يفسد السلم وان توهم انقطاع حنطة ذلك الموضع اه اتقاني رحمه الله

(قوله فيكون فيه الاجل جائزا الخ) قال في الهداية ولا يجوز السلم إلا مؤجلا (١١٥) قال الكمال وهو قول مالك وأحمد وقال

الشافعي رحمه الله يجوز السلم الحال بأن يقول مثلا أسلت هذه العشرة في كره حنطة صفتها كذا وكذا إلى آخر الشروط وبه قال عطاء وأبو ثور وابن المنذر لا طلاق النص وهو قوله ورخص في السلم والظاهر أنهم لا يستدلون لأنهم أهل حديث وهذا لا يثبت إلا من كلام الفقهاء وإنما الوجه عندهم أنه لا دليل في اشتراط الاجل فوجب نفيه اه (قوله وما رواه حكاية حال) والجواب عما روى أنه عليه الصلاة والسلام رخص في السلم فنقول لا يدل على جواز السلم بطريق الرخصة والضرورة ونحن نقول به ولكن لا ضرورة في سلم الحال لأنه إن كان قادرا انتفت الضرورة وإن لم يكن قادرا انتفى الغرض والمقصود اه اتفاقنا (قوله رواه الطحاوي عن أصحابنا اعتبارا بشرط الخيار) أي وليس بصحيح لأن التقدير ثمة بالثلاث بيان أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدراه فتح وغاية (قوله وعن الكرخي) أنه ينظر إلى مقدار المسلم الخ قال الكمال وقال الصديق الشهيد الصحيح ما روى عن الكرخي أنه مقدار ما يمكن تحصيل المسلم فيه وهو

الاجل فيه زيادة على النص ولأنه يبيع ما في الذمة فيصح حالا كالمعين والمعنى فيه أنه معاوضة مال بمال فيكون فيه الاجل جائزا ترفيعا لا شرطا كغيره من أنواع البيوع والاجارات ولأن الظاهر أن العاقل لا يلتزم ما لا يقدر عليه فكان قادرا على تسليمه ظاهرا وذلك يكفي لجواز العقد ولو لم يكن قادرا على التسليم كان قادرا بما يدخل في ملكه من رأس المال بواسطة التحصيل به ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال على رب السلم أو لا قبل قبضه المسلم فيه بخلاف الكتابة على أصله فإنه يخرج من يده ولا غير ما لا شيء فلا يقدر على الاداء في الحال فيشترط فيها التأجيل ليتمكن من التحصيل ولنا قوله عليه السلام من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم فشرط فيه اعلام الاجل كشرط اعلام القدر فكان لازما كالقدر وهذا لان المشروع بصفة لا يوجد دون تلك الصفة كالصلاة شرعت بوضوء فلا يوجد بدونه والرهن شرع مقبوضا فلا يوجد بدونه وهو نظير من قال من دخل دارى فليدخل غاض البصر لا يجوز له أن يدخلها الا وهو كذلك ولكن قال من أراد أن يصلى فليتوضأ وما رواه حكاية حال فلا عموم لها لاحتمال أن يكون المرخص هو المؤجل ولأن القدرة على تسليم المعقود عليه شرط لصحة العقد فبأنه ثبت القدرة وهو الاجل الذي فيه يتمكن من تحصيله يكون شرطا ضرورة وهذا لان الواجب في الاصل هو تعيين المعقود عليه ليكون قادرا على تسليمه بأبلغ الجهات حتى اذا كان لا يقدر على تسليمه مع تعيينه كالأبق ونحوه لا يجوز بيعه فعلم بذلك ان البيع من غير تعيين المبيع أو عند عدم القدرة على التسليم حرام وإنما أجزى في السلم من غير تعيين المبيع رخصة لاجل المفايس لما روينا والرخصة اسم لما استيج مع قيام الدليل المحرم والحرمة لعذر تنسبا على العباد والعذر هنا هو العجز عن التسليم لعسره والعجز بسبب العدم لا يرتفع إلا بالتملك والامهال إلى زمان التحصيل أو الحصاد فأسقط التعيين لحاجة المفايس وعرض الاجل لتقوم القدرة على التحصيل مقام القدرة على التسليم حقيقة بخلاف الكتابة لان البذل فيها معقود به لا معقود عليه والشروط ان يقدر على تسليم المعقود عليه لأنه كالثمن حتى جاز استبداله قبل القبض والتعيين فلا يجب تعيينه حتى يقام الاجل مقام التعيين ولا يدخل رخصة لان عدمه أصل وليس بعارض للعذر ولأن الكتابة عقد رفاق فيصير عليه المولى ظاهرا ولا يصيق عليه بالمطالبة بالبدل اذ لو أراد التصديق عليه لما كاتبه أصلا اذ العبد وكسبه له وأما السلم فعقد تجارة وهو مبني على المما كسة والمضابطة فالظاهر أنه يطالب به عقب العقد وهو عاجز عن تسليمه فيؤخر بالتأجيل ليتمكن من التحصيل ولا يكون له عليه سبيل والالزام أن يكون العوضان فيه يجب تسليمهما في المجلس كغيره من البياعات ولا يمكنه من التحصيل بالمطالبة والجلس وهذا ينافي معنى الرخصة لاجل الفقر والمسكنة وما كان شرعيته الانفعال لهم فأنقلب ضررا عليهم ولا يقال لو كان مشروعا لاندفع حاجة المفايس لما جاز غير المفايس لانا نقول الشيء في السلم لا يباع عادة إلا بأقل ولا يقدم على مثله الا محتاجا فدلنا اقامه على هذا البيع على انه محتاج فأقيم ذلك مقام الحاجة لتعذر الوقوف عليها كما أقيم السفر مقام المشقة والنوم مضطجها مقام الخروج لتعذر الوقوف عليه ما وشرط أن يكون الاجل معلوما لما روينا ولأنه اذا لم يكن معلوما يقضى إلى المنازعة قال رحمه الله (وأقله شهر) أي أقل الاجل شهر روى ذلك عن محمد لان مادونه عاجل والشهر وما فوقه أجل ألا ترى أن المدين اذا حلف يقضيه دينه عاجلا فضاء قبل عام الشهر برقي عينه فاذا كان مادون الشهر في حكمه عاجلا كان الشهر وما فوقه في حكمه الاجل وقيل ثلاثة أيام رواه الطحاوي عن أصحابنا اعتبارا بشرط الخيار وقيل أكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبنى المجلس بينهما عادة أكثر من نصف يوم وعن الكرخي انه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في التأجيل في مثله فان أجل فيه قدر ما يؤجل الناس في مثله جاز والا فلا والأول أصح وبه يفتي قال رحمه الله (وقدر

جدر أن لا يصح لانه لا ضابط محقق فيه وكذا ما عن الكرخي من رواية أخرى أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في تأجيل مثله كل هذا انتفع فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان اه (قوله والاول أصح) أي تقدير الاجل بشهر اه

(قوله اذا كان العقد يتعلق على مقداره) (١١٦) احتراز عن المذروع اه (قوله وان كان موهوماً) أى والموهوم فى عقد السلم

كالمتحقق لان الاصل عدم الجواز بكونه بيع معدوم وانما يجوز اذا وقع الامن عن الغرمين كل وجه واذا بقى نوع غرر بقى الامر على ما كان وهو عدم الجواز اه اتقانى (قوله فيجب التحرز عن كل موهوم اشعره) أى لشرع السلم اه (قوله مع) أى الدليل اه (قوله فلا ينقسم الثمن عليه) أى ثمن الثوب المسلم فيه اه (قوله ولا يتعلق بالعقبة) أى على مقداره اه (قوله ومن فروعه) أى ومن فروع الاختلاف فى معرفة مقدار رأس المال اه اتقانى (قوله فاشتراط النقل على البائع شرط فاسد) قال السكال وفى بيع العين لو شرط على البائع فى المصر أن يوفيه الى منزله والعقد فى المصر جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف استحساناً وعند محمد لا يجوز هذا اذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة فان كان لا يجوز البيع اه (قوله كأول أوقات الامكان فى الاوامر المطلقة) يعنى أن الجزء الاول من الوقت يتعين لنفس الوجوب وان لم يتعين لوجوب الأداء لعدم مناجاة جزء آخر اه وكتب على قوله المطلقة مانصه هذا انما ينشئ على قول الكرخي اه (قوله كالاختلاف فى الصفة) أى فى الجودة والرداءة فى أحد بدلى السلم اه (قوله وقيل على عكسه) يعنى لا يتحالفان عند أبى حنيفة لو بل القول قول المسلم اليه وعندهما يتحالفان هكذا ذكر اختلاف القدورى وصاحب الايضاح وصاحب الكفاية اه اتقانى رحمه الله

رأس المال فى المكيل والموزون والمعدود) أى شرطه بيان قدر رأس المال اذا كان العقد يتعلق على مقداره مثل المكيل والموزون والمعدود وهذا عند أبى حنيفة وقال لا يحتاج الى بيان قدر رأس المال اذا كان معيناً لأنه صار معلوماً بالاشارة فلا يشترط اعلام قدره كفى الثمن والاجرة والمذروعات والمعنى فيه ان معرفة العوض انما تشترط احترازاً عن المنازعة وجهالة قدره بعد التعيين بالاشارة لا تنقضى الى المنازعة بجهالة القيمة فلا يشترط معرفته كما لا يشترط معرفة القيمة ولا بى حنيفة رحمه الله ان جهالة قدر رأس المال قد تنقضى الى جهالة المسلم فيه بأن ينفق بعضه ثم يجد بالباقي عيباً فيرده ولا يتفق له الاستبدال فى مجلس الرد فيمنفسخ العقد فى المردود ويبقى فى غيره ولا يدري قدره ليسبق العقد بحسابه فيفقد الى جهالة المسلم فيه فيجب التحرز عن مثله وان كان موهوماً ألا ترى انه لا يجوز تكيل معين أو وزن معين لم يعرف مقداره ولو هم هلاكه ولا نهى عما يجوز عن تسليم المسلم فيه فيحتاج الى فسخ العقد بعد ما أنفق رأس المال فيفسخه ولا يدري كم رد فيفقد الى المنازعة أو الى الربا فيجب التحرز عن كل موهوم لشرعه مع المنافى اذ هو بيع المعدوم ألا ترى انه عليه السلام قال اذا منع الله الثمرة فبمستحل أحدكم مال أخيه بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوباً بالان الذرع وصف فيه فلا ينقسم الثمن عليه ولا يتعلق بالعقبة على ما ينقسم قبل جهالته لا تؤدى الى جهالة المسلم فيه ومن فروعه اذا أسلم فى جنسين ولم يبين رأس مال أحدهما بأن أسلم مائة درهم فى كحلة وكشعر ولم يبين حصة واحد منهما من رأس المال لانه ينقسم عليه بما باعتبار القيمة وهى تعرف بالخزف فلا يكون معلوماً أو أسلم جنسين ولم يبين قدر أحدهما بأن أسلم دراهم ودنانير فى مقدار معلوم من البرقين قدر أحدهما ولم يبين الآخر لان رأس المال لا يكون معلوماً معرفة بعضه اذ لا يعلم به ما يخصه من المسلم فيه والمراد بالمعدود ههنا ما لا تتفاوت أحاده لانه حينئذ يتعلق العقد بقدره لانه من المقدرات قال رحمه الله (ومكان الايفاء فيما له جل ومؤنة من الاشياء) أى شرط جوازه بيان مكان ايفاء المسلم فيه اذا كان له جل ومؤنة وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال ليس بشرط ويوفيه فى موضع العقد لان التسليم موجب العقد فيعين له موضع وجوده كفى البيع ولهذا وجب تسليم رأس مال السلم فى ذلك المكان فكذا البديل الآخر اذا العقد بوجوب مساواة لانه السبب الموجب للاحكام المتعلقة به والتسليم من جلته فيعين له موضع وجوده دلالة ما لم يعينه مكاناً آخر بالنص فيعين له ذلك المكان لانه يفوق الدلالة بخلاف البيع حيث يبطل باشتراط تسليم البائع فى غير موضع العقد لان المشتري ملك المبيع بال عقد فاشتراط النقل على البائع شرط فاسد اذا العقد لا يقتضيه أو يكون اجارة فى بيع فيكون مقسداً للنهى المعروف عن صفقة فى صفقة ورب السلم لا يعلم المسلم فيه قبل التسليم فاشتراطه لا يكون اشتراط العمل فى ملكه بل فى ملك البائع وذلك غير مقسداً لانه لا يراه مكان آخر فيعين ضرورة كأول أوقات الامكان فى الاوامر المطلقة وصار كالقرض والغصب والائلاف ولا بى حنيفة أن تعين مكان العقد بما يتعين صريحاً أو ضرورة وجوب التسليم عليه فى الحال ولم يوجبه جسد السلم لا يجوز الاموال فيكون التسليم متأخراً ضرورة بخلاف البيع والائلاف والقرض والغصب لانه واجب التسليم فى الحال فتعين موضع وجود السبب ضرورة ولانه لو تعين مكان العقد لما جاز تغييره بالشروط كمكان المبيع فى بيع العين ولتعين مكان العقد فيما اذا عقد فى جهة البحر وفساده لا يفتنى فاذا لم يتعين لم يعين مكاناً آخر بقى مجهولاً جهالة فاحشة فيؤدى الى المنازعة فيفسد كاختلاف الصفة لان قيمة ماله جل ومؤنة تختلف باختلاف الاماكن كما تختلف باختلاف الصفة ألا ترى ان الخطب فى المسدن أغلى منه فى القرى ولهذا قيل ان الاختلاف فى بيان مكان الايفاء يوجب التحالف عنده كالاختلاف فى الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية العقد عنده احتج لا يحتاج فيه الى ذكره فكان اختلاف فى موضع العقد فيتحالفان كما

كالاختلاف فى الصفة) أى فى الجودة والرداءة فى أحد بدلى السلم اه (قوله وقيل على عكسه) يعنى لا يتحالفان عند أبى حنيفة لو بل القول قول المسلم اليه وعندهما يتحالفان هكذا ذكر اختلاف القدورى وصاحب الايضاح وصاحب الكفاية اه اتقانى رحمه الله

(قوله فصار كالاختلاف في شرط الخيار والاجل) أي فلا يتعاقبان ويكون القول قول المسلم إليه اه (قوله لان جهالته مفضية على المنازعة) ذكره في المحیط اه فتح (قوله لان ماله لا يختلف باختلاف الاماكن) (١١٧) قال الكمال اذا مالته باختلاف

الاماكن فيما لاجله ولا مؤنة بل بعزلة الوجود وقلة وكثرة رغبات الناس وقلته باختلاف ماله مؤنة اه فتح (قوله وهو الاظهر من قولهما) قال الكمال ولو عين مكانا قيسل لا يتعين لانه لا يفيد والشرط الذي لا يفيد لا يجوز وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق وهو الاصح ذكره في التحفة اه قوله لانه لا يفيد أي لان ماله لا يختلف باختلاف الاماكن اه (قوله وهو رواية الجامع الصغير والبيوع) أي من أصل الميسر اه فتح (قوله كالمسك والزعفران) أي والكافور وصغار اللؤلؤ يعني القليل منه والافقد يسلم في أمنا من الزعفران كثيرة تبلغ أحوالا اه كمال رحمه الله (قوله ولهذا قلنا لا يجوز اشتراط الخيار فيه) أي في رأس المال اه (قوله لانه غير مفيد) أي ان فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض عادينا كما كان لانه لم يرد عين ما تناوله العقد فلا يفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله اه فتح (قوله وبخلاف الاستحقاق) يعني اذا ظهر رأس المال

لواختلفا في البذل وعنده قضية الشرط حتى احتج فيه الى ذكره فصار كالاختلاف في شرط الخيار والاجل وعلى هذا الاختلاف الثمن والاجرة والقسمه اذا كان لها جمل ومؤنة وهي دين في الذمة مؤجلة بأن اشترى شيئا أو استأجره بمحنة في الذمة موصوفة أو اقتنى شيئا وجعل للاحد منهما مكيلا موصوفا في الذمة الى أجل فعنده بشرط بيان مكان الابقاء في الصحيح حتى يفسد اذا لم يبين وعندهما لا يشترط فيسلم في مكان البيع ومكان تسليم العين المستأجرة وفي موضع القسمه ثم اذا عين مصر اجاز لانه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة في حق هذا الحكم لان قيمته لا تختلف باختلاف المحلة من مصر واحد ولهذا لو استأجر دابة ليعمل عليها بالمصر فله أن يعمل عليها في أي مكان كان وكذا لو دفع ماله الى رجل مضاربة ليعمل في المصر فله أن يعمل في أي مكان شاء وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيمًا فان كان عظيمًا يبلغ بين نواحيه فرسخا لا يجوز لم يبيننا ناحية منه لان جهالته مفضية الى المنازعة ولو شرط أن يوفيه في منزله جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز لان المنزل مجهول وقد تبدل فلا يعلم وجه الاستحسان أنه يراد به المنزل حال حلول الاجل عادة والظاهر بقاءه في منزله اليه ولو شرط الحل الى منزله قيل يجوز لانه اشتراط الابقاء فيه وقيل لا يجوز لان الحل لا يقتضيه العقد وانما يقتضي الابقاء وهو يتصور بربود الحل فيكون اشتراطه مفسدا وان شرط أن يوفيه في موضع ثم يحمله الى منزله لا يجوز لانه يملك بالابقاء ثم اشتراط الحل يكون اجازة في بيع فلا يجوز قال رحمه الله (وما لاجل له يوفيه حيث شاء) وهذا على اطلاقه قول أبي حنيفة سواء بينا مكان الابقاء أو لم بينا لان ماله لا يختلف باختلاف الاماكن فلا يفيد تعيينه فيلغو وقيل ان لم يبين فيه مكان الابقاء يتعين موضع العقد عنده وهو الاظهر من قولهما لانه موضع الالتزام وهو رواية الجامع الصغير والبيوع وان بين يتعين ذلك لانه قد يفيد من خطر الطريق فيستعين فاصله أن فيما لاجل له ولا مؤنة كالمسك والزعفران وما أشبههما لا يحتاج فيه الى تعيين مكان الابقاء بالاجماع وان اختلفت رواياتهم فيه في التخيير في أي مكان يجب تسليمه على ما بينا قال رحمه الله (وقبض رأس المال قبل الافتراق) أي شرط جواز السلم قبض رأس المال قبل أن يفترقا والمراد بشرط بقائه على الصحة لانه ينعقد صحيحا ثم يبطل بالافتراق لا عن قبض وانما شرط قبضه قبل الافتراق لان السلم يبي عن أخذ عاجل بأجل وذلك بالقبض قبل الافتراق ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسم كافي الحوالة والكفالة والصرف ولا فرق في ذلك بين أن يكون رأس المال مائة عين أو لانا ذكرنا لانه فيما لا يتعين يلزم الافتراق عن دين بدين وهو منهي عنه ولانه لا بد من تسليمه اليه ليتصرف فيه فيقدر على تسليم المسلم فيه ولهذا قلنا لا يجوز اشتراط الخيار فيه لانه يمنع تمام القبض اذا قبض لا يتم الا اذا كان مبنيا على الملك وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك لانه يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع تمام القبض والافتراق فيه قبيل تمامه يبطل للعقد وكذا لا يثبت في المسلم فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد لانه دين في الذمة فكما اردده عليه بخيار الرؤية أعطاه غيره لكونه لا يتعين فلا يفيد بخلاف خيار العيب في رأس المال وخيار الرؤية فيه حيث يثبتان فيه اذا كان مما يتعين بالتعيين لانهما يفيدان الفسخ بالرذ ولان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بالقبض وبخلاف الاستحقاق لان الاستحقاق لا يمنع تمام القبض حتى لو أجاز المالك العقد بعد الافتراق عن قبض جاز لان السبب فيه مطلق وامتناع الحكم فيه ليس عتق السبب بل لحق المالك فاذا جاز التحقت الاجازة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط لانه يمنع انعقاده في حق الحكم وهو فوق الافتراق قبيل القبض فيكون مبطلا ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق جاز اذا كان رأس المال قائما عند اسقاط الخيار والافلا لان الاتمام

مستحقا للخير اه (قوله ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق جاز اذا كان رأس المال قائما) قال الكمال وانما يفيد بقوله ورأس المال قائم لانهم مالوا أسقطاه بعد انفاقه أو استهلاكه لا يعود صحيحا اتفاقا لانه بالاهلاك صار دينًا في ذمة المسلم اليه فلو صح كان رأس مال هودين وذلك لا يجوز كالا يجوز في ابتداء العقد ولانه الآن في معنى ابتداء العقد اذ قبل الاسقاط لم يكن للعقد وجود شرعا اه

(قوله وفيه خلاف زفر) وقول الشافعي ومالك كقول زفر اه فتح (قوله ووجه الشرط جمعوه الخ) تبع فيه صاحب الهداية رحمه الله قال الكمال فاعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتجهيله يتم به خمسة واعلام المسلم فيه يشتمل على مثلها خلا التجهيل وتأجيله وبيان مكان الايفاء وتم احده عشر وأما القدرة على تخصيصه فالظاهر أن المراد منه عدم الانقطاع فان القدرة بالقول في الخلل ليست شرطا عندنا واهم أنهم لو اتفق بحره عند الحلول وافلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمناه من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وأن لا يكون (١١٨) حيوانا وانتقاد رأس المال اذا كان نقدا عند أبي حنيفة خلافا له ما وأن لا يشتمل

معتبر بالابتداء وفيه خلاف زفر وهو مبني على قاعدة ان العقد متى وقع فاسدا لا يعود صحيحا عنده على ما ينشأ من قبل ووجه الشرط جمعوه في قولهم اعلام رأس المال وتجهيل واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تخصيصه ويدخل تحت قوله اعلام رأس المال اعلام جنسه ونوعه وصفته وقدره وكذا في المسلم فيه والمراد بالقدرة على تخصيصه أن يكون موجودا من حين العقد الى حين الحبل قال رحمه الله (فان أسلم مائتي درهم في كثر برائة ديناه عليه ومائة نقدا أسلم في الدين باطل) أي في حصة الدين لأنه دين دين وصح في حصة النقود وجود قبض رأس المال في المجلس بقدره ولا يشيع الفساد لأنه طارئ اذا السلم وقع صحيحا في الكل ولهذا لو تقدم مائتين قبل الافتراق صح لان الدين لا يتعين في العقد لكنه يبطل بالافتراق قبل نقد المائة الاخرى فلا يشيع البطلان الطارئ كما اذا باع عبد من فلهما قبل القبض بطل العقد فيه دون الآخر لما قلنا بخلاف ما اذا جع بين حرو عبد فباعهما حيث يبطل فيهما لان البطلان فيه معقارن فيكون في العبد يباع بالحصصة ابتداء فلا يجوز لجهالة ثمنه ولان العقد الواحد لا يمكن وصفه بالصحة والبطلان ولا فرق في ذلك بين أن يضيف اليهما كما ذكر في الكتاب أو يضيف الى مائتين مطلقا ثم يجعل المائة من رأس المال قصاصا بما في ذمته من الدين في الصحيح لان المعنى يحجمه وهو كون الفساد طارئا اذا الدين لا يتعين باضافة العقد اليه ألا ترى أنه لو باع عينا بدين ثم تصادق أن لادين لا يبطل البيع ولو تعين لبطل بخلاف ما لو تبايعا عينا بدين وهما يعلمان أن لادين حيث يبطل البيع لانه بيع بلاغن ولا يقال لو قال أسلمت اليك هذه المائة والمائة التي لي على فلان يبطل العقد في الكل وان نقدا الكل لا نافذ لاشتراط تسليم الثمن على غير العاقد ففسد العقد وفساده مقارن للعقد فيتعدي بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ولو كان العين والدين مختلفي الجنس بأن كان له على آخر مائة درهم فأسلمها اليه وعشرة ذنانير عيني في اكرار معلومة لا يجوز في الكل اما حصة الدين فلما ذكرنا وأما حصة العين فلجهالة ما يخصه من المسلم فيه وهذا عند أبي حنيفة وعند ما يجوز في حصة العين وهي مبنية على اعلام قدر رأس المال وقد بيناه وعن زفر أن السلم في الكل باطل في الجنس الواحد أيضا لانه لما بطل في حصة الدين وجب أن يبطل في حصة غيره لانه جعل القبول فيه شرط الصحة في الآخر فيفسد في الكل وجوابه ما بينا أن العقد وقع صحيحا لعدم تعين الدين ثم فساده في البعض لا يتعدى على ما تقدمت وأما منافيه ابن عباس رضي الله عنهما قال رحمه الله (ولا يصح التصرف في رأس المال والمسلم فيه قبل القبض بشركة أو تولية) لان المسلم فيه مبيع بدليل ما روى انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والتصرف في المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز على ما عرف في موضعه ورأس المال مستحق القبض في المجلس والتصرف فيه يقوت القبض المستحق فلا يجوز ألا ترى الى قوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك فهذا يمنع التصرف فيهما اقطعا حيث لم يجوز أخذ غيرهما بل لا عنهما في التولية فملكه بعوض وفي الشركة فملكه بعوض

البدلين احدى على الربا وعدم اختيار قطره أن قوله ووجه الشرط لم يتم ثم فرغ على اشتراط القبض في السلم أنه لو أسلم مائتين في كثر حنطة اه (قوله وصفته) أي ومن صفته أن يذكر من النقد الفصلان اذا كان في البلد نقود مختلفة المبالسة متساوية في الرواج فان لم تختلف وتساهت رواجا يعطيه من أيها ولو تفاوتت رواجا ان صرف الى غالب نقدا البلد كما في البيع اه كمال رحمه الله (قوله في المتن ولا يصح التصرف في رأس المال الخ) ونحوه الحوالة والكفالة بالمسلم فيه لانه دين مضمون كسائر الديون وقبضه من المسلم اليه بعينه ليس بشرط اه شرح تكملة قال في المحيط وتصح الحوالة والكفالة والارتهان برأس المال ثم ان وجد قبض رأس المال أو هلك الزهن في مجلس المتعاقدين جازوا لا بطل اه وكتب على قوله ولا يصح التصرف الخ مانعه وانما

لم يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لان قبضه قبل الافتراق بالابدان شرط لصحة عقد السلم حق الله تعالى لا لا يلزم الكال بالكال فاذ اجازا التصرف بالبيع والهبة ونحو ذلك يفوت الشرط فيفسد العقد وهذا معنى قوله ما فيه من تقويت القبض المستحق بالعقد اه اتفاقا (قوله والمسلم فيه قبل القبض) أي وانما قيدت قوله قبل القبض احترازا عما بعد القبض ولهذا قال في شرح الطحاوي ولا بأس أن يبيع رب السلم سلمه بعد قبضه اياه من ايجبة على رأس المال وان يبيعه تولية وأن يبيع مواضعة وأن يشركه فيه غيره كما لو اشترى عينا لان القبض بعقد السلم يجعل في الحكم كعين ما ورد عليه العقد فصار كما لو اشترى عينا برأس المال (١)

(قوله في المتن فان تقابلا الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل أسلم إلى رجل عشرة دراهم في كحلة فتقايلا السلم فأراد رب السلم أن يشتري برأس المال شيئا قبل أن يقبضه قال ليس له ذلك ولا يجوز شراؤه أعلم أولا أن الأقالة في السلم كله أو بعضه تجوز إذا كان الباقي منه جزا معلوما كالنصف ونحوه وبه صرح الطحاوي في مختصره اه اتقاني (قوله أو رأس مالك حال انفساخه) فاستنبط منه أنه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه وهذا أي كونه أخذ شيئا بالمبيع بسبب أن الأقالة بيع جديد في حق ثالث غير المتعاقدين والشرع ثالث وعرف أن صحته اتوقف على قيام المبيع إلى القبض ألا ترى أنه لو هلك (١) الخ اه (قوله ولأن رأس المال أخذ شيئا بالمبيع) أي لما كان هو المقصود اه اتقاني (قوله لسقوطه) أي بالاقالة اه اتقاني (قوله في المتن ولو اشتري المسلم إليه كرا أو أمر رب السلم الخ) قال الكمال رحمه الله ومن أسلم في كرا وهو ستون قفيرا أو أربعون على خلاف فيه والقفير ثمانى مكا كيك والمكول صاع ونصف فلما حل الاجل اشتري المسلم إليه من رجل كرا أو أمر رب السلم أن يقبضه قضاء عن المسلم فيه فاقتضاه رب السلم بأن كاله مرة وحازره إليه لم يكن مقتضى ما حقه حتى لو هلك بعد ذلك لم يملك من مال المسلم إليه ويطلبه رب السلم بحقه وإن أمره أن يقبضه أي للمسلم إليه ثم يقبضه لنفسه (١١٩) فأكاله أي لرب السلم ثم أكاله مرة أخرى لنفسه صار مقتضا مستوفيا حقه وهذا أنه اجتمعت صفتان لشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين انتهى النبي 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 بالعقد مسمى فيه وهو الكيل وهو انما يتحقق بالكيل فكان الكيل معينا للمستحق بالعقد وهذا عقدان فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه

فلا يجوز ولأن رأس المال له شبه بالمبيع حتى لا يجوز تفويت القبض فيه بالتكليف أو بالإبراء كالمبيع فأخذ حكمه قال رحمه الله (فان تقابلا السلم لم يشتري) رب المال (من المسلم إليه برأس المال شيئا) يعني قبل قبضه بحكم الأقالة لقوله عليه السلام لا تأخذوا السلم أو رأس مالك أي السلم حال قيام العقد أو رأس مالك حال انفساخه فامتنع الاستبدال ولأن رأس المال أخذ شيئا بالمبيع لأن الأقالة بيع في حق غيرهما ولا يمكن جعل السلم فيه مبيعا لسقوطه فتعين أن يجعل رأس المال مبيعا وإن كان دينيا في الذمة لأن كونه دينيا لا ينافي أن يكون مبيعا كالمسلم فيه قبل القبض فصار رأس المال بعد الأقالة بمنزلة السلم فيه قبلها فبأخذ حكمه من حرمة الاستبدال بغيره ولأن الأقالة لما صارت بيعا جديدا من وجه كان حكم رأس المال فيها حكمه في البيع الأول وهو السلم تنزيلا للخلف بمنزلة الأصل فيجوز استبداله بعد الأقالة كما كان يحرم قبلها لأنه لا يجب قبضه في المجلس بعدها كما كان يجب قبلها لأن الأقالة ليست ببيع من كل وجه ولهذا جازا برأؤه عنه وإن كان لا يجوز قبلها وقال زفر والشافعي رجها الله يجوز بيعه بعد الأقالة وهو القياس لأنه لما بطل السلم بقي رأس المال دينيا في ذمته فيصح الاستبدال به كسائر الديون ووجه الاستحسان ما بيناه قال رحمه الله (ولو اشتري المسلم إليه كرا أو أمر رب السلم يقبضه قضاء لم يصح وضعه لو قرضا أو أمره يقبضه له ثم لنفسه ففعل) معناه أن يكيه لنفسه بعد القبض ثانيا لأنه اجتمع هنا صفتان صفة بين المسلم إليه وبين المشتري منه وصفة بين المسلم إليه وبين رب السلم كلاهما بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين قضاء للصفة بين ولم يوجد في الأولى وهو ما إذا أمر المسلم إليه رب السلم يقبضه من البائع قضاء بحقه فلم يصح ووجد في الثانية وهو ما إذا أمر المسلم إليه يقبضه له بأن يكيه ثم يقبضه لنفسه بالكيل ثانيا فلماذا جاز والأصل فيه ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ومحل الحديث على ما إذا اجتمعت الصفتان فيه وأما في صفقة واحدة فيكتفى بالكيل فيه مرة في الصحيح

لا ترى أن الثاني لو كاله فزاد لم تطبله الزيادة ووجب رد ما حتى لو كان المشتري كاله لنفسه بحضرة المشتري الثاني فقبضه الثاني لا بد من أن يكيه إقامة الحق العقد الثاني والصفقتان شراء المسلم إليه من بائعه الكيل والصفقة التقديرية التي اعتبر بين المسلم إليه ورب السلم عند قبضه لأن السلم إليه يصير بائعا من رب السلم ما اشتراه لأن المأخوذ ليس عين حقه فانه دين وهذا عين قاصصه به وقد أخذوا في صحة الأمر أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه وعندى ليس هذا بشرط بل الشرط أن يكيه مرتين حتى لو قال له قبض الكيل الذي اشتريته من فلان عن حقل فذهب فأكاله ثم أعاد كي له صار قابضا لأن الغرض أنه لا يصير قابضا لنفسه بالكيل الأول بل بالكيل الثاني فلما قال له اقبضه عن حقل والمخاطب يعلم أن طريق صيرورته قابضا لنفسه أن يكيه مرة للقبض عن الأمر وثانيا بالصدر وهو قابض لنفسه فقبل ذلك صار قابضا حقه كأنه قال له اذهب فافعل ما تصير به قابضا ولفظ الجامع يفيد ما قلنا فانه لم يرد على قوله فأكاله ثم أكاله لنفسه جاز اه وكعب على قوله ولو اشتري المسلم إليه الخ مانعه هذه من مسائل الجامع الصغير وأصل هذا أن العقد اذا وقع مكايلا أو موازنة لم يجوز للمشتري أن يتصرف حتى يعيد الكيل أو الوزن ثانيا اه اتقاني (قوله ومحل) أي محل الحديث اه

(قوله فلم يكن المسلم اليه بأعالم الرب السلم بعد الشراء) أي فلم تجتمع الصفقتان اه فتح (قوله فقبض المسلم فيه لاحق) أي لشرائه من بائعه وأنه أي قبض المسلم اليه بمنزلة ابتداء البيع لأن العين غير الدين حقيقة واعتباره عنه في حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه كيلا يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره أيام مطلقا فأخذ العين عنه في حكم عقد جديد فيتحقق بيع المسلم اليه بعد شرائه من بائعه والدليل على هذا الاعتبار ما قال في الزيادات لو أسلم مائة في كرم ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كرحضة بمائتي درهم إلى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكرم ليجز لأنه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن برهان رب السلم اشتري ما باعه وهو الكرم قبل نقد الثمن بأقل مما باعه وإنما يلزم ذلك إذا جعل العقد كأنهم ما جددوا عقد أو مثل هذا فيما لو أسلم في موزون معين واشترى المسلم اليه موزونا كذلك الخ لا يجوز قبض رب السلم بخلاف ما لو اشترى المسلم اليه حنطة مجازفة أو ملكها بارت أو هبة أو وصية أو وفاة رب السلم فمكاله مرة وتجوز به يكتفي بكيل واحد لأنه لم يوجد العقد بشرط الكيل وهو السلم ولو اشترى المعدود عددا أو أسلم في معدود فعلى الرويتين في وجوب إعادة الهدى ببيع المعدود بعد شرائه عدا اه كمال رحمه الله (قوله فأمر المقرض بقبضه قضاء بحقه) أي ولم يقل أقبضه لي ثم أقبضه لنفسك فقبضه بان أكاله مرة جاز اه (١٣٠) كمال رحمه الله (قوله فكان المقرض بقبضه عين حقه) أي فلم تجتمع صفقتان فلم يجب الكيلان

فان قيل بيع المسلم اليه مع رب السلم سابق على شراء المسلم اليه من بائعه فلم يكن المسلم اليه بأعالم الرب السلم بعد الشراء فلا يدخل تحت النهي قلنا السلم وان كان سابقا فقبض المسلم فيه لاحق والمقبوض بدل عن السلم فيه حقيقة وان كان عنه حكما احترازا عن الاستبدال فكان بيعا حقيقة ولان استبدال المسلم فيه بنفسه جائز ألا ترى أنه لو قضاه أوجد مما شرطه جاز ولو حرم الاستبدال بنفسه لما جاز فكان استبدالاً حقيقة وحكما ثبت أنه بيع جديد بعد الشراء فوجب الكيل ثانيا لا لاجل بخلاف ما إذا كان الكرم قرضا فاشترى المقرض كرافأ أمر المقرض بقبضه قضاء لحقه يجوز وان لم يعد الكيل لان المقرض اعارة حتى ينقذ بلفظ الاعارة فكان المقرض عين حقه تقديرا فلا يمكن استبدال الأول وكان استبدال الأول مبادلة الجنس بنفسه نسيئة فلم يتحقق الصفقتان يكتفي بكيل واحد للشترى في قبضه له ثم لنفسه من غير إعادة كيل قال رحمه الله (ولو أمر رب السلم أن يكيله في ظرفه ففعل وهو غائب لم يكن قضاء بخلاف المبيع) يعني لو دفع رب السلم إلى المسلم اليه ظرفا مثل الغرائر وأمر المسلم اليه أن يكيل الطعام المسلم فيه ويجعله في الطرف ففعل المسلم اليه ورب السلم غائب لم يكن قبضا ولو كان مكان السلم مشتري بان اشترى برامعينا ودفع المشتري إلى البائع ظرفا وأمره أن يكيله ويجعله في الطرف ففعل البائع والمشتري غائب صح وهو المراد بقوله بخلاف المبيع والفرق ان رب السلم حقه في الذمة ولا يملكه الا بالقبض فلم يصادف أمره ملكه فلا يصح فيكون المسلم اليه مستعيرا للطرف فجعل فيه ملك نفسه كالذات اذا دفع كيسا إلى المدين وأمره أن يزن دينه ويجعله فيه فإنه لا يصح فالمشتري يملك الطعام بنفسه الشراء فيصح أمره لمصادفته ملكه فيكون قابضا بجعله في الطرف ويكون البائع وكيل في أمساكه الطرف فيكون الطرف في يد المشتري حكما فكان الواقع فيه واقعا في يده حكما ولهذا اكتفي بذلك الكيل في الصحيح ألا ترى أنه لو أمره بالطحن أو بالقائه في البحر ففعل يكون على الأمر

لان هذا الاعتبار في القرض لو لم يكن ثابتا لزم تلك الشيء بنفسه نسيئة أو تفرق بلا قبض فيه وهو ربا ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لانه بيع بنفسه نسيئة وكذا لو كان الدين الأول سلفا فلما حل اقترض المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا وهذا لان عقد القرض عقد مساهلة لا يوجب الكيل بخلاف البيع مكايلا أو موازنة ولهذا لو استقرض من آخر حنطة على أنها عشرة أفقره جاز له أن يتصرف فيها قبل الكيل اه كمال رحمه الله (قوله لم

يكن قضاء) هذا اذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام بلا تردد فان كان قيل لا يصير قابضا لما قررنا ان أمره بخياط طعام السلم في طعام (١) (قوله ولو كان) أي ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بجعلها اه (قوله بان اشترى برامعينا) أي على أنه كرم مثلا اه (قوله والفرق ان رب السلم حقه في الذمة) يعني أن رب السلم حقه في الدين لافي العين وجعل الدين وهو وصف ثابت في الذمة في غرائر رب السلم محال وحقه في العين انما يتحقق بالقبض ولم يوجد اه من الاتفاق (قوله فلم يصادف أمره ملكه) أي لانه تناول عيننا مملوكة للبائع اه اتفاق (قوله فجعل فيه ملك نفسه) حتى اذا هلك الكرم هلك من مال المسلم اليه وبقي الدين في ذمته كما كان اه اتفاق (قوله فإنه لا يصح) أي لا يكون قابضا لدينه بوضعه الدراهم في كيسه اه (قوله فيكون) أي كيله في غرائره ككيل المشتري بنفسه اه (قوله ولهذا اكتفي الخ) أي ولصحة الأمر اكتفي بذلك اذا كاله بحضرة المشتري فهو استيضاح على صحة الأمر لمصادفته الملك اه (قوله ألا ترى أنه الخ) قال الاتفاق رحمه الله ولو أمر المشتري البائع بالطحن كان الدقيق للمشتري لصحة الأمر لانه تناول ملك نفسه وفي السلم كان الدقيق للمسلم اليه لعدم صحة الأمر فان أخذ رب السلم الدقيق كان حراما لكونه بدلا عن السلم فيه والاستبدال في السلم حرام ولو أمر المشتري أن يلقيه في البحر هلك من مال المشتري وفي السلم من مال المسلم اليه اه قوله لكونه بدلا عن السلم فيه أي قبل قبضه اه فتح

(١) هنا بياض بالاصل

(قوله بصير قابضا) أي سواء كانت العرائر له أو للبائع أو كانت مستأجرة اه اتقاني وكتب على قوله بصير قابضا ما نصه بالاتفاق اه فتح (قوله ولو اجتمع الدين والعين الخ) بان أسلم في كرفل محل الاجل اشترى رب السلم من المسلم اليه كرا آخر معينا ودفع اليه طرفا ليكيلهما فيه اه (قوله فان بدأ) أي المسلم اليه اه (قوله صار) أي المشتري اه كمال (قوله أما العين فلصحة الامر به) أي لانه لا في ملكه اه فتح (قوله وأما الدين الخ) قال الاتقاني وأما الدين فلا نه اتصل بملك المشتري والعين في يده حكما فصار الدين أيضا في يده لاتصاله بهما فصار قابضا للكل اه (قوله ليصنعها حائطا) ليس هذا في خط الشارح (قوله وأمره أن يزيد عليه من (١٢١) عنده فضة) أي ففعل الصانع ذلك في غيبته جاز وصار الأمر

بالخط قابضاه اه (قوله وان بدأ) أي المسلم اليه بكيل الدين اه (قوله لم يصير قابضا لهما) أي رب السلم اه (قوله فلما ذكرنا) أي من عدم صحة الامر اه (قوله) فلانه) أي رب السلم اه (قوله لما خط به ملكه فقد استملكه الخ) قال الاتقاني وان بدأ بالدين ثم بالعين لم يصير قابضا أما الدين فلعدم صحة الامر وأما العين فلا نه خلط خطة المشتري بخطة نفسه بحيث لا يعتاز فصار مستملاكا والبائع اذا استملك المبيع قبل القبض ينتقض البيع وهذا عند أي خيفة رجه الله أما عند صاحبه فالمشتري بالخيار ان شاء شاركه في الخلط بقدر خطته لان الخلط ليس باستملاك عندهما وان شاء تركه فينتقض البيع اه (قوله) فينتقض البيع) أي لهلاك المبيع قبل القبض لا يقال هذا الخلط ليس بتعلل يكون به مستملاكا لانه بامره أجاب المصنف بمنع اذنه فيه على

في الشراء ويتقرر الثمن عليه وفي السلم على المأمور لما قلنا فان قيل البائع لا يصلح أن يكون وكيلًا للمشتري في القبض حتى لو وكاه بالقبض نصا لا يصح توكيله ولا يكون قابضاه فكيف يتصور أن يكون وكيلًا له هنا قلنا لما صح أمره لكونه ما نكاه صار وكيلًا له ضرورة وكمن شيء ثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا ولو كان رب السلم حاضرا وكاله المسلم اليه بحضوره وخلى بينه وبين الطعام بصير قابضا لان الخلط تسليم ولو أمره في الشراء أن يكيله ويجعله في ظرف البائع ففعل لم يصير قابضا لان المشتري صار مستعبرا للظرف من البائع ولم يقبضه فلا تصح العارية لانه لا يتم بدون القبض فلا يكون الواقع فيه واقعا في يد المشتري فصار كالأمره أن يجعله في ناحية من بيت البائع ولو اجتمع الدين والعين وكان الظرف للمشتري وأمره أن يجعلهما فيه فان بدأ بالعين صار قابضا للكل أما العين فلصحة الامر به وأما الدين فلا نه خلط بهما فملكه بالاتصال به كمن دفع لصانع فضة ليصنعها حائطا وأمره أن يزيد عليه من عنده فضة قرضا وكمن استقرض من رجل خبطة وأمره أن يزرعه في أرضه قبل أن يقبضه فانه بصير قابضاه بالاتصال بملكه لانه عين ماله وانخلط باذنه بخلاف الصباغ اذا صبغ الثوب حيث لا يصير صاحبه قابضا باتصال الصبغ بثوبه لان المعقود عليه فيه الفعل وهو الصبغ لا العين والفعل لا يجوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال ولم يتصل بالثوب فلهذا لم يصير قابضا وان بدأ بالدين لم يصير قابضا لهما أما الدين فلما ذكرنا وأما العين فلا نه لما خلط به ملكه فقد استملكه قبل التسليم عند أي خيفة فينتقض البيع وهذا الخلط لم يرض به لجواز أن يكون مراده البداية بالعين فلم يتيقن رضاه به حتى يكون شريكاه وعند أي يوسف بصير قابضا لهما جميعا كما اذا بدأ بالعين لانه لما كان الدين أو لا يخرج عن ملكه ولم يصير البائع قابضاه لما قلنا ولما كان العين بعده وخلطه فيه صار قابضا للعين لما ذكرنا والدين أيضا ضرورة اتصاله بملكه فصار كالأمره أن يبدأ بالعين وقال محمد بصير قابضا للعين دون الدين لانه لما بدأ بالدين لم يملكه المشتري بل هو باق على ملك البائع وصار مستعبرا للظرف ولما كان العين بعده وخلطه به صار خالطا ملك المشتري بملك نفسه ومستملاكا له باذنه فيشتر كان فيه ولم يبرأ عن الدين لعدم القضاء بخلاف ما اذا بدأ بالعين لانه صار مسلما للمشتري بوضعه في ظرفه ثم يملك الدين باتصاله بملكه بعده وهكذا ذكره قاضيان وذكر صاحب الهداية أن المشتري بالخيار عندهما ان شاء انتقض البيع وان شاء شاركه في الخلط لان الخلط ليس باستملاك عندهما قال رحمه الله (ولو أسلم أمة في كرو قبضت الامة فتقايلا فماتت أو ماتت قبل الاقالة بقي وصح وعليه قيمتها) يعني ماتت الامة بعد الاقالة قبل أن يقبضها رب السلم يحكم الاقالة أو ماتت قبل الاقالة ثم تقايلا بعد موتها بقيت الاقالة على حالها ولم تبطل بموتها في الاولى وصحت الاقالة بعد موتها في الثانية ويجب على المسلم اليه قيمة الجارية فيما يوم قبضه الان شرط صحة الاقالة بقاء العقد وهو يبقى بقاء المعقود عليه والمعقود عليه في السلم هو المسلم فيه وهو باق في ذمة المسلم اليه بعد هلاك الجارية فصحت الاقالة ابتداء وكذا يبقى بعد الهلاك لان البقاء أسهل من الابتداء فاذا انفسخ العقد يجب عليه رد الجارية وقد عجز بموتها فيجب عليه قيمتها لقيام مقامها كالأمره ان يضا

(١٦ - زبلعي رابع) هذا الوجه لجواز كون مراده أن يفعل ذلك على وجه يصح وهو أن يبدأ بالعين اه كمال رحمه الله (قوله وهذا الخ) جواب سؤال اه (قوله ولم يصير البائع) كذا بخط الشارح وصوابه المشتري اه (قوله وهكذا ذكره قاضيان) أي في شرح الجامع الصغير اه (قوله في الثمن أو ماتت قبل الاقالة بقي) أي عقد الاقالة اه (قوله وهو يبقى بقاء المعقود عليه) والدليل على أن المسلم فيه مبيع ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام جعل المسلم فيه مبيعا اه اتقاني

(قوله ولا يتبع) أي بعده هلاكلها اه (قوله بخلاف بيع المقايضة حيث فصح الخ) قال الاتقاني رحمه الله ثم فيما صحت الاقالة اذا اختلفا في القيمة القول قول المطالب والبيضة بينة الطالب وهو رب السلم ألا ترى الى ما نص محمد في الاصل بقوله اذا تنازعا السلم ورأس المال ثوب فهل الثوب عند المطالب قبل أن يتقبض الطالب فعل المطالب قيمته والقول في ذلك قول المطالب وعلى الطالب البيضة على ما يدعى من فضل القيمة الى هنا لفظ الاصل وذكر في موضع آخر فيه أن القول قول المطالب مع عينه إلا أن يقوم الطالب بينة على ما يدعى اه (قوله أو كلاهما) كذا بخط الشارح والظاهر (١٣٣) كليهما (قوله مخرج التعنت) قال الكمال وهو أن ينكر ما يتفقه اه وكتب على

عبدًا بجارية ثم تقابل بعد هلاك أحدهما فانه يصح إبقاء أحدهما ويجب رد الباقي منهما أو يجب على الآخر قيمة الهالك ما قلنا قال رحمه الله (وعكسها شر أوها باللف) أي عكس مسألة السلم شرعًا بخارية بألف فان الحكم فيها لو ماتت الجارية بعد الاقالة قبل القبض بطلت الاقالة ولو تقابل بعد هلاكها ابتداء لا يصح لان المعقود عليه فيها هي الجارية فلا تصح الاقالة بعده هلاكها ابتداء ولا يتبع لانعدام المحل فكانت عكس الاولى بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة ابتداء بعد هلاك أحدهما ولا تطل به لان كل واحد من العوضين فيه معقود عليه لكونه سبيعا من وجه فيبقى العقد بقاء أحدهما خافضه أن هذا الجنس منقسم الى أربعة أقسام أحدها الاقالة في السلم والثاني الاقالة في بيع المقايضة والثالث الاقالة في بيع العين بالثمن وقد ذكرنا حكم الثلاثة والرابع الاقالة في الصرف وحكمه أنهم ما اذا تقابل فيه بعد هلاك أحد البدين أو كلاهما أو هلك البدلان أو أحدهما بعد الاقالة قبل التراضي صحت الاقالة لان المعقود عليه في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة الآخر وذلك غير معين فلا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة وهذا لان الفسخ يرد على ما رد عليه العقد فلا يرد على المقبوض ولهذا لو كان المقبوض قائما كان لهما أن يردا غيره بعد التقابل قال رحمه الله (والقول للمدعي الرذاة والتأجيل لانا في الوصف والاجل) يعني اذا اختلفا في اشتراط الوصف في السلم فيه بان قال أحدهما شرطا رديا وقال الآخر لم يشترط شيئا أو قال أحدهما شرطا الاجل وقال الآخر لم يشترط شيئا كان القول قول من يدعي اشتراط الوصف والاجل لا نه يدعي الصحة اذا السلم لا يجوز الامؤجلا موصوفا فكان الظاهر شاهد له لان الفاسد حرام والظاهر من حال المسلم أن يتجنب الحرام ويباشر المباح ثم الاصل في جنس هذه المسائل انهما اذا اختلفا في الصحة فان خرج كلام أحدهما مخرج التعنت كان باطلا وكان القول قول من يدعي الصحة وان خرج مخرج الخصومة فكذلك عند أبي حنيفة ان اتفقا على عقد واحد وعندهما القول للمتكرم تفاصيل المسئلة أن نقول لو أسلم دراهم الى رجل في كتر حنطة فتمت السلم اليه شرطا رديا وقال رب السلم لم يشترط شيئا كان القول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة اذا الظاهر أن المسلم فيه مع رذاته يزيد على رأس المال وكلام المتعنت مردود وفي عكسه بان ادعى رب السلم شرط الردي وأنكر المسلم اليه الشرط أصلا كان القول لرب السلم عند أبي حنيفة لا نه يدعي الصحة وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر ولو قال المسلم اليه لم يكن له أجل وقال رب السلم كان له أجل كان القول لرب السلم عندهم لان المسلم اليه متعنت في انكاره ما ينفعه وهو الاجل وهو حق له فكان باطلا فان قيل المسلم اليه ليس بمتعنت لا نه يدعي فساد العقد وفيه نفعه لانه لا يلزمه المسلم فيه بسبب فساد العقد بل يجب عليه رد رأس المال وهو أقل من المسلم فيه عادة فوجب أن يكون القول له لانكاره قلنا الفساد بسبب عدم الاجل مختلف فيه بين العلماء فلم يتيقن بالفساد فلا يعتبر النفع في سقوط السلم فيه عنه بخلاف عدم

قوله مخرج التعنت مانصه لايخرج الخصومة اه اتقاني (قوله وكان القول قول من يدعي الصحة) أي لان كلام المتعنت مردود فاذا رتبتي كلام الآخر بلا معارض فكان القول قوله اه اتقاني (قوله وان خرج مخرج الخصومة) قال الكمال وهو أن ينكر ما يضره اه (قوله فكذلك) يعني القول لمدعي الصحة اه (قوله كان القول قول المسلم اليه) أي بالاتفاق وهو قول الشافعي لان رب السلم متعنت لانه بانكار الصحة منكرا ما ينفعه وهو المسلم فيه لانه على كل حال يربو على رأس المال في العادة وان كان رأس المال قد دنا والسلم فيه نسيئة لان العقلاء قاطبة على اعطاء هذا العاجل بذات الاجل ولو لانه يربو عليه وان كان آجالهم تطبق آراؤهم عليه اه كمال (قوله أن المسلم فيه) ليس هذا في خط الشارح (قوله وكلام المتعنت مردود) أي فبق قول الآخر

بلا معارض اه فتح (قوله لا نه يدعي الصحة) أي وان كان صاحبه منكرا وكلامه خصومة اه كمال (قوله) الوصف لانه منكر) أي وان أنكر الصحة اه فتح (قوله قلنا الفساد بسبب عدم الاجل مختلف فيه بين العلماء) أي فان عند بعضهم السلم بدون الاجل جائز وهو قول الشافعي اه اتقاني ثم اختلف في الاجل على ثلاثة أوجه أحدها في أصل الاجل ففيه القول قول المدعي للاجل مع عينه طالبا كان أو مطعونا وعندهما القول قول الطالب سواء كان مدعي الاجل أو منكرا والثاني في مقدار الاجل مثل أن يدعي أحدهما ما أنه شهر وقال الآخر أنه شهران ففيه القول قول الطالب مع عينه لانه ينكر الزيادة فان قامت لاحدهما البيضة يقضى بينته وان قامت لهما يقضى بينته المطلوب لانها ثبتت الزيادة والثالث في مضى الاجل قال الطالب كان الاجل شهر أو قد مضى وقال

المطلوب كان شهرا ولم يعض فالحق قول المطلوب مع عينه لانه ينكر توجه المطالبة فان اقام أحدهما البينة يقضى ببينة المطلوب لانها تثبت زيادة الاجل اه اتقاني ويتطرق في الدعوى عند قوله وان اختلفا في الاجل في هذا المجرد قال الكمال رحمه الله والاختلاف في مقدار الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافا لفرق لانه ليس في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصفة يعني أنه ما هو فأنهم ما يتحالفان لان الوصف جار مجرى الاصل وفي الخلاصة (١٢٣) اذا شرط في السلم الثوب الجيد

جاء بثوب وادعى أنه جيد وأنكر الطالب فالقاضي يرى اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط والواحد يكتفي فان قال الجيد أجبر على القبول اه (قوله) لانه ينكر حقا عليه أي لان رب السلم ينكر حقا على نفسه وهو الاجل فلم يكتف متعنا اه (قوله) شرطت لك نصف الربح (الا عشرة دراهم) وفي الهداية نصف الربح وزيادة عشرة وقال في النهاية هذا ليس بصحيح لانه على تقريره كان القول للمضارب كذا بخط الشارح اه (قوله) وثبوت أي ثبوت الشيء المشروط هنا اه (قوله) واما الاستصناع فلا جاع قال في الهداية وان استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحصانا قال الكمال الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو صفار اصنع لي خفاطوله كذا وسعته كذا أو دسنا أي برمة بسع كذا ووزنه كذا على هيئة كذا بكذا ويعطى الثمن المسمى

الوصف عندهما لان الفساد فيه قطعي فيعتبر انكار المسلم اليه لانه ليس بمنعنت لان فيه نفعه يستقو المسلم فيه عنه ووردرأس المال بخلاف انكار رب المسلم فيه لانه منعنت حيث ينكر وجوب حقه وهو المسلم فيه لانه يزيد على رأس المال عادة واذ جعل القول لرب السلم يرجع في مقدار الاجل اليه أيضا وفي عكسه بان ادعى المسلم اليه الاجل وأنكر رب السلم فالقول للمسلم اليه عند أبي حنيفة وعندهما القول لرب السلم لانه ينكر حقا عليه وهو الاجل فكان القول له وان أنكر الصحة كرب المال بقول للمضارب شرطت لك نصف الربح (الا عشرة دراهم) وقال المضارب شرطت لي نصف الربح ولم تزد كان القول لرب المال وان كان فيه فساد العقد لانه ينكر لاسحقاق الربح عليه ولا في حنيفة رحمه الله انهما اتفقا على عقد السلم واتفقا على العقد اتفاقا على شرائطه لان شرط الشيء تبع له وثبوت بثبوت الاصل فانه كاره الاجل بعد ذلك رجوع منه عما أقربه فلا يقبل كالتسليم حين اذا ادعى أحدهما النكاح بغير شهود والاخر بشهود كان القول لمن يدعي النكاح بالشهود بخلاف المضاربة لانهم لم يتفقا على عقد واحد لان المضاربة اذا صحت تكون شركة في الربح واذا فسدت تكون اجارة وان سلمت انهما اتفقا على عقد واحد فالمضاربة غير لازمة لان كل واحد منهما يتمكن من فسخه بعد العقد فيرفع باختلافهما فاذا ارتفع بالانككار بقي مجرد دعوى المضارب في مال رب المال فكان القول للمضارب وهو رب المال وبخلاف ما اذا قال الزوج لامرأته تزوجتك وأنت صغيرة وقالت هي تزوجتني وأنا بالغة فان القول قوله وان كان فيه فساد العقد لانه لم يقر بالعقد بل أنكره حيث أسنده الى حاله منافية للصحة لعدم الاهلية قال رحمه الله (وصح السلم والاستصناع في نحو خوف وطست وققم) أما السلم فلا يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره فوجب القول بجواز اذا اجتمعت فيه شرائطه على ما ينشأ من قبل وأما الاستصناع فلا جاع الثابت بالتعامل من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وهو من أقوى الحجج وقد استصنع النبي صلى الله عليه وسلم خاتما ومبرا وقال عليه الصلاة والسلام ما رأيت مؤمنا من حسننا فهو عند الله حسنا وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لانه يبيع المعدوم وهو منسب عنه ولكن ترك العمل به عمدا كزنا والقياس يترك مثله كدخول الحمام والاحتجام باجرة وطلب شربة ماء من السقاء بفس كل ذلك جائز للتعامل وان كان القياس بأباه للجهالة لانه لا يعرف كم قدر ما يقدر في الحمام وكم قدر ما يستعمل أو يشرب من الماء وكم قدر ما يخرج من الدم اذا اعتبر القياس بقسالة الاجاع أو النقص وقد قال عليه السلام لا يجتمع أمتي على الضلالة ولا يشكل هذا على قول أبي حنيفة في المزارعة فان التعامل فيه موجود ومع هذا لم يأخذ به وأخذ بالقياس لان الخلاف فيها كان موجودا في الصدر الاول ولم يجز التعامل فيها من غير تكبير بخلاف ما نحن فيه ثم انما يجوز اذا جرى فيه تعامل وما لا تعامل فيه لا يجوز الاستصناع فيه ويكون سلم اذا اجتمعت فيه شرائطه ثم في الصحيح أن الاستصناع يجوز بيبعا وقال الحاکم الشهيدان وعدو ليس ببيع وانما ينعقد بيبعا اذا أتى به مغرورا وبالتماعطى ولهذا ثبت فيه الخيار لكل واحد منهما وجه قول الجمهور أن محمد رحمه الله ساء شرعوا في كرفيه القياس والاستحسان وفصل

أولا يعطى شيئا فيعقد الاخر معه جازا استحسانا تبعا للعين والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي اه (قوله وقال الحاکم الشهيدان) أي والصغار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور اه فتح (قوله ولهذا) أي كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم وللمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه اه فتح قال في الفتاوى الصغرى اذا استصنع لا يجبر الصانع على العمل ولا المستصنع على اعطاء الاجران شرط التعجيل وان قبض الصانع الدراهم ملكها اه (قوله وهو العمل وشبهها بالبيع من حيث ان المقصود عين المستصنع فيه) هذا الملحق ليس بثابت في خط الشارح ولكن لا بد منه اه

بين ما فيه تعامل وما لا تعامل فيه وأثبت فيه خيار الرؤية ولو قبض الثمن ملكه والمواعدة تجوز قياسا
 واستحسانا فيما فيه تعامل وما لا تعامل فيه ولا يثبت فيه خيار الرؤية ولا يثبت به البطل في الحال فبطل
 ما قاله المعدوم وقد يعتبر موجودا حكما للحاجة كطهارة المستحاضة وعكسه الماء المستحق بالعطش وقد
 تحققت الحاجة هنا ذكل واحد لا يجدر خفامضوعا يوافق رجله ولا خاتما يوافق أصبعه وقد يجوز بيع
 المعدوم للحاجة أصله بيع المنافع والمعقود عليه هو العين دون العمل عند الجمهور وقال أبو سعيد البرزعي
 المعقود عليه هو العمل لأن الاستصناع استعمال من الصنيع وهو العمل فتسمية العقد به دليل على أنه هو
 المعقود عليه والاديم فيه بمنزلة الآلة للعمل ولهذا يبطل بعت أحدهما أو الأول أصح ولهذا لا يشترط أن
 يعمل بعد العقد حتى لو جاء به مفرقا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز وكذا لو عمل بعده
 وباعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز ولو كان المعقود عليه العمل لما جاز هذا كله وكذا محمد رحمه الله
 قال إذا جاء به مفرقا فلم يستصنع الخيار لأنه اشترى ما لم يره مما شرع وأثبت فيه خيار الرؤية وهو
 لا يثبت إلا في العين وإنما يبطل بعت أحدهما لأن الاستصناع شبهة بالاجارة من حيث أن فيه طلب الصنيع
 فلتشبهه بالاجارة قلنا يبطل بعت أحدهما ولو تشبهه بالبيع وهو المقصود أجزى تنافيه ما ذكرنا من أحكام
 البيع وقيل ينعقد اجارة ابتداء وبيعا انتهت قبيل التسليم لأن البيع لا يبطل بعت أحدهما بل يستوفي
 من تركه والاجارة لا يثبت فيها ما ذكرنا من أحكام البيع فجمعنا بينهما على التعاقب تعذر جمعهما
 في حالة واحدة كما قلنا في الهبة بشرط العوض هبة ابتداء ببيع انتهت والمعنى فيه أن المستصنع طلب
 منه العين والدين فاعتبرناهما جميعا توفيرا على الأمرين حفظهما فان قيل إذا اعتبرتم فيه معنى الاجارة
 ومعنى البيع وجب أن يجبر كل واحد منهما على المضي ولا يخير قلنا الاجارة تنفسخ بالاعذار وهذا عذر
 لأن الصانع يلزمه الضرر بقطع الصرم فيما عتباره كان للصانع فسخته وكذا البيع ثبت فيه خيار الرؤية
 فباعته بكون المستصنع الفسخ لأنه اشترى ما لم يره على قول من قال بالتخيير ولأن الجواز للضرورة فيظهر
 في حقه ولا ضرورة في حق الزوم فلا يظهر في حقه قال رحمه الله (وله الخيار إذا رآه) أي للمستصنع الخيار
 إذا رأى المصنوع لأنه اشترى ما لم يره بخلاف السلم لأنه لا فائدة في إثبات الخيار فيه لأنه كلما رده عليه
 أعطاه غيره لكونه غير متمتعين إذا سلم فيه دين في الذمة فيبقى فيها حتى يقبضه وهذا يفيد الفسخ لأنه
 يتعين بالاحضار ولا خيار للصانع لأنه باع ما لم يره وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضا لأنه يلحقه الضرر بقطع
 الصرم وعن أبي يوسف أنه لا خيار لواحد منهما أما الصانع فلما ذكرنا وأما المستصنع فلأن في إثبات
 الخيار له اضرا بالالصانع فربما لا يرغب فيه غيره والصحيح أن للمستصنع الخيار دون الصانع لأنه المشتري
 لما لم يره والصانع بائع قال رحمه الله (والصانع يبيعه قبل أن يراه) لأنه لا يتعين إلا بالخيار المستصنع وقيل
 أن يراه كان له أن يبيعه لعدم تعيينه وإذا رآه ورضى به ليس له أن يبيعه لأنه بالاحضار أسقط خياره ولزم من
 جانبه فإذا رضى به المستصنع ثبت للأزوم في حقه أيضا قال رحمه الله (ومؤجله سلم) أي إذا أجل
 المستصنع صار سلما وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف ومحمد إن ضرب الأجل فيما
 فيه تعامل فهو استصناع وإن ضرب فيما لا تعامل فيه فهو سلم لأن الاستصناع فيما لا تعامل فيه كالتياب
 ونحوه لا يجوز إجماعا فتعين حله على السلم فحرم بالجواز وأما فيما فيه تعامل كالخلف ونحوه فيجوز
 الوجهين لكن لفظ الاستصناع حقيقة فيه فكان محافظة قضيتها أولى ويحمل الأجل على الاستعمال
 لأنه محتمل أن يكون ذكره للتجمل ويحتمل أن يكون للاستعمال ولفظ الاستصناع محكم فيه فيحمل
 المحتمل عليه ولأن الاستصناع عقد جائز غير لازم فبذلك الأجل لا يكون لازما كعقد الشراكة والمضاربة
 ولأن الأجل للترفيه وتأخير المطالبة فلا يخرج به العقد من جنس إلى جنس آخر ولو كان الاستصناع بذلك
 الأجل يصير سلما كان السلم بدون ذكر الأجل استصناعا ولأنه لو كان بذلك الأجل سلما كان فاسدا لأنه

(قوله الصرم) قال في المصباح
 والصرم بالفتح الجلد وهو
 معرب اه (قوله لأنه اشترى
 ما لم يره) أي فبرده ينفسخ
 العقد ويعود إليه رأس
 ماله اه (قوله إذا أجل
 المستصنع صار سلما) حتى
 لا يثبت فيه الخيار ويشترط
 قبض رأس المال واستقصاء
 الوصف اه اتفاقا (قوله
 فهو سلم) أي بخلاف اه
 اتفاقا

باب المتفرقات

(قوله وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب أصلاً) أي سواء كان للصيد أو لم يكن وأما اقتناؤه فلا يهدو حراسة المشاة والبوت والزرع فيجوز بالاجماع لكن لا ينبغي أن يتخذ في داره إلا أن خاف لصوصاً أو أعداء الحديث الصحيح من اقتنى كلباً إلا كلب صيداً أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراط اه كمال رحمه الله قال الاتقاني وجه الاستدلال أن (١٣٥) النبي صلى الله عليه وسلم أباح الانتفاع

بكل الصيد والماشية والزرع ورخص في ذلك فعلم أن النهي كان قبل الإباحة وما يجوز الانتفاع به يجوز بيعه والكلب يمكن الانتفاع به معلماً كان أو غير معلماً أما اصطيداً أو حراسة لأن كل كلب يحفظ البيت ويخبر عن الخبيث فيباحه اه وحدث أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي بأسناده عن عبد الباقي بن قانع الجابر رضى الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب والهرا والكلب المعلم فدل ذلك على جواز بيع الكلاب التي ينتفع بها من جهتين أحدهما أنه إذا جاز بيع الكلب المعلم جاز بيع غيره من الكلاب لأن أحدهما يفرق بينهما والثانية أن ذكره للكلب المعلم لأجل ما فيه من النفع وكل ما أبيع الانتفاع به منها فهو مشاه ويدل لذلك أن النهي إنما يتناول الكلاب التي لا نفع فيها وإنما يتنفي فيها الهراش والتمار وحدث الطحاوي

شرط فيه عمل رجل واحد وأنه مفيد للسلم كاشتراط طعام قرية بعيث أو نحوه بخلاف ما لا تعامل فيه لانه لو لم يحمل على السلم لفسد الأثرى أنه يفسد إذا لم يضرب له أجل فعملناه عليه ما أمكن لما ذكرنا ولا يخيصة أنه يحتمل السلم فكان حمله عليه أولى وهذا لأن جوازهما على خلاف القياس للحاجة لكن جواز السلم ثبت بالكتاب والسنة المشهورة واجماع الامة فيم فيه تعامل دون ما لا تعامل فيه وجواز الاستصناع ثبت لتعامل الناس والسنة العربية في بعض الاشياء فكان حمله على السلم أولى فيما احتملاه لكونه أقرب إلى الجواز ولهذا حمل عليه فيما لا تعامل فيه إذا ضرب له أجل لكونه أنى بحكم السلم وصرح به فكان هو المقصود والترحيج بالمقصود أولى من الترحيج باعتبار اللفظ الأثرى أن الحواله بشرط أن لا يبرأ الاصيل كفالته والكفالة بشرط براءة الاصيل حواله وكذا الوبايع المنافع كان اجازة لأن ضرب الاجل لتأخير المطالبة وذلك باللزوم والالزام في السلم دون الاستصناع وذكر الصنعة لبيان الوصف فيه لا للتعيين ولهذا الوجاهة وهو من عمل غيره جاز ويجوز على القبول فيما لا تعامل فيه ولا يلزم من كونه سلماً أنه لا أجل أن يكون السلم استصناعاً بخلافه الأثرى أن النكاح يذ كر الاجل يكون متعة ولا تكون المتعة بخلاف الاجل نكاحاً ثم المراد بالاجل ما يصلح أن يكون أحلا في السلم وقد ينقاد من قبل وان لم يصلح فهو استصناع ان جرى فيه التعامل والافساد وهذا إذا كر الاجل على سبيل الاستعمال وان ذكره على وجه الاستعمال بأن قال على ان تفرغ منه غداً أو بعد غد يكون استصناعاً لانه للفراغ لتأخير المطالبة وقيل ان ذكر أدنى مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع وان كان أكثر من ذلك فهو سلم ويختلف ذلك باختلاف العمل فلا يمكن تقديره بشئ وعن الهندوا في ان ذكر الاجل ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعمال فلا يصير سلماً وان كان من قبل الصانع فهو للاستعمال فيكون سلماً وفائدة كونه سلماً أن يشترط فيه شرائط السلم من قبض رأس المال قبل الافتراق وعدم خيار الفسخ لهما إلى غير ذلك من أحكامه على ما بينا

باب المتفرقات

قال رحمه الله (صح بيع الكلب) وعن أبي يوسف أنه لا يصح بيع الكلب الموقوف لانه لا ينتفع به فصار كالهوام المؤذية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب أصلاً نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الكلب وقال عليه الصلاة والسلام ان من السحت مهر البغي وثن الكلب ولانه نجس العين فصار كالتخزير ولنا ما روى عن ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيداً أو ماشية وعن ابن عمر رضى الله عنهما انه عليه الصلاة والسلام قضى في كلب بأربعين درهماً لانه مال متقوم آله الاصطيداً فيصح بيعه كالبازي الأثرى ان الشرع أباح الانتفاع به حراسة واصطيداً فكذا بيعاً ولانه يجوز عليك بغير عوض كالهبة والوصية فكذا بعوض بخلاف التخزير لانه نجس العين كالميتة الأثرى أنه لا يجوز الانتفاع به شرعاً والكلب ليس بنجس العين وبخلاف الهوام المؤذية لانها لا ينتفع بها وما رواه

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 كل صيد قتله رجل بأربعين درهماً وقضى في كل كلب ماشية بكبس وبقية السماع ثبت حكمها بالقاس على الكلب والجامع كونها جارية ينتفع بها اصطيداً أو نحوه اه اتقاني رحمه الله (قوله البغي الخ) والبغي الزانية قال تعالى وما كانت أمك بغياً اه غايه (قوله والكلب ليس بنجس العين) ادلو كان كذلك لم يحز الانتفاع به أصلاً كالتخزير اه اتقاني (قوله وبخلاف الهوام المؤذية) أي من الحيات والعقارب والوزغ والقفاز والضب وهوام الأرض جميعاً فانه لا يجوز بيعها لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ولعدم الانتفاع بها اه غايه

(قوله حين كان عليه الصلاة والسلام يأمر بقتل الكلاب) أي لأنها كانت تؤذي الضيائن والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فأمر بقتلها ونهى عن بيعها تحقيقاً للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد ذلك اه (قوله ولا فرق في ذلك بين جميع أنواع الكلاب المعلم وغير المعلم) قال الاتقاني قال في الإيضاح بيع كل ذي ناب من السباع وذئ مخلب من الطير جائز معلماً كان أو غير معلماً في رواية الأصل وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب والنمر والأسد إلى هنا لفظ الإيضاح ونقل الناطقي في الأجnas من مسائل الفضل بن غانم ثم قال أبو يوسف أجيز بيع كلب الصيد والماشية ولا أجيز بيع الكلب العقور وقال محمد في نوادر هشام يجوز بيع الكلب العقور وفي الكلب أنيات قال محمد ومن قتله ضمن قيمته إلى هنا لفظ الأجnas اه (قوله والصحيح الأول) صحيح في البدائع عدم الجواز قال لأنه لا يشتري للانتفاع بجملته بل للتلهي وهو حرام فكان بيع الحرام للحرام وأنه لا يجوز اه (قوله وما لا يجوز من الربا) أي فلا يجوز لهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا سلم في حيوان ولا نسيئة في صرف وكذا كل ما يكال ويوزن اه فتح (قوله لا يجوز لهم إلا في المخرج) وذلك لأنهم لما قبوا الجزية صاروا كالمسلمين فيما (١٣٦) لهم وعليهم الاتجر والخنزير فإنهم أقروا بعقد الأمان على أن يكون ذلك مالا لهم

الشافعي محمول على ابتداء الإسلام حين كان عليه الصلاة والسلام يأمر بقتل الكلاب لأنه روى عن إبراهيم أنه عليه الصلاة والسلام رخص في ثمن كلب الصيد فلفظ الرخصة يدل على الاستباح ولا فرق في ذلك بين جميع أنواع الكلاب المعلم وغير المعلم بشرط شمس الأئمة لجواز بيع الكلب أن يكون معلماً أو قابلاً للتعليم قال رحمه الله (والفهد والسباع والطير) لأنهم حيوان يجوز الانتفاع بها شرعاً وتقبل التعليم عادة بخلاف بيعها والحرف أن كل منتفع به شرعاً في الحال أو في المال وله قيمة فهو الخش والطفل جاز بيعه والأفلا وله هذا لا يجوز بيع حبة قمح ونقطة ماء وكف من تراب لأنها لا ينتفع بها إلا بقيمة لها والقبيل يجوز بيعه لأنه منتفع به جلا وركوباً وفي بيع القرود وإتان عن أبي حنيفة في رواية الحسن عنه أنه يجوز لأنه يمكن الانتفاع بجملته وفي رواية أبي يوسف عنه أنه لا يجوز لأنه للتلهي وهو محظور والصحيح الأول والنهر يجوز بيعه لأنه منتفع به وكل ذي ناب من السباع وذئ مخلب من الطير يجوز بيعه لما ذكرنا الاتخزير فإنه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به فكذلك لا يجوز بيعه قال رحمه الله (والذي كالمسلم في بيع غير النحر والخنزير) أقوله عليه الصلاة والسلام فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين ولأنهم مكلفون فيحتاجون إلى ترقية أنفسهم ليتعملوا أعباء التكليف كالمسلمين فيشرع في حقهم الأسباب ليمتكنوا من تحملها بما شرع الأسباب لتحميل ما تبقى به النفس حتى لا يبقى لهم عذر في تضييع حقوق الله تعالى فكل ما جاز للمسلمين من البياعات كالصرف والسلم وغيرهما من أنواع التصرفات جاز لهم وما لا يجوز من الربا وغيره لا يجوز لهم إلا في النحر والخنزير فإن عقدهم فيه ما عقد المسلم على العصور والشاة فيجوز فيه ما جاز فيه ما منه من السلم وغيره ولا يجوز ما لا يجوز لأنهم ما أوال نفيسة عندهم فيطهقان بنظيرهما من أموالنا وهذا الأمر نأمر بأن نتركهم وما يعتقدون وما بذلوا الجزية إلا لذلك ولهذا قال عمر رضي الله عنه في النحر ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها والصحابة متوافرون ولم يعرف له مخالف فصار إجماعاً قال رحمه الله (ولو قال بيع عبدك من زيد بألف على أني ضامن لك مائة سوى الألف فباع صح بألف وبطل الضمان وإن زاد من الثمن فالألف على زيد والمائة على الضامن) يعني زاد هذه الكلمة بأن قال بيع عبدك

فلو لم يجز تصرفهم خرج ذلك من أن يكون مالا وفيه نقض الأمان والربا مستثنى في عهودهم لأنه لم يقع عليه عقد الأمان قال تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وروى في الإيضاح وغيره أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب في عهودهم ومن أربى فلا عهد له اه (قوله وخذوا العشر من أثمانها) حدث أبو يوسف في كتاب المخرج في فصل من تجب عليه الجزية عن إسرائيل عن إبراهيم بن عبد الأعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر بن الخطاب واجتمع إليه عماله فقال يا هؤلاء انه بلغني أنكم تأخذون في الجزية البينة والخنزير والنحر فقال بلال أجل أنهم

يفعلون ذلك فقال عمر فلا تأخذوا منكم ولو أربابها بيعها وخذوا الثمن منهم إلى هنا لفظ كتاب المخرج وقال في الأصل ولا يجوز فيما بين أهل الذمة الربا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يجوز السلم فيما بينهم في الحيوان والدراهم بالدراهم يدا بيد ولا النسيئة ولا الذهب بالذهب إلا مشلاً بمنل يدا بيد وكذلك كل ما يكال أو يوزن إذا كان صنفاً واحداً في السبوع كلها بمنزلة الإسلام ما خلا النحر والخنزير ولا أجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم وأما النحر والخنزير فإني أجيز بيعهما بين أهل الذمة لأنهم ما أوال أهل الذمة أستحسن ذلك وأدع القياس فيه من قبل الأثر الذي جاء في نحو ذلك عن نحو عمر رضي الله عنه إلى هنا لفظ الأصل اه اتقاني (قوله وبطل الضمان) أي لأنه رشوة على البيع لعدم المقابلة بالمبيع اه (قوله والمائة على الضامن) أي لأنه صير نفسه ضامناً حيث قال من الثمن فيجب عليه اه وكتب على قوله والمائة على الضامن ما نصه هذه من مسائل الجامع الصغير صورة المسئلة أن يطلب إنسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا يبيع إلا بألف وخسمائة والمشتري لا يرغب فيه إلا بألف فيجيء آخر فيقول لصاحب العبد بيع عبده هذا من هذا الرجل بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فيقول لصاحب العبد بيعت كذا قال المصدر الشهيد ولولم يوجد باء ولا مسامو

ولكن ايجاب البيع بألف حصل عقيب ضمن الرجل كان كذلك استحسانا ويكون (١٣٧) البيع بعدم دلالة على القبول لانه

امتنال لذلك كقول الرجل
لامرأته طلق نفسك ان
شئت فقالت قد طلق
يجهل قبولاً استحساناً
فكذلك هذا كذا قال نخر
الاسلام اه اتقاني (قوله
أحدهما أن الزيادة) أي
في الثمن والمثلن اه غاية
(قوله فان قال من الثمن الخ)
وأورد العنابي في هذه المسئلة
سؤالاً وجواباً فقال فان
قيل اذا قال من الثمن كيف
يكون فتناول لم يدخل في ملكه
شيء من البيع وكذلك هذا
بيع بثمن على غير المشتري
وانه فاسد قلناه الثمن متى
وجب مقصوداً يشترط أن
يكون في ملكه شيء من
المبيع وهما ثبتت الزيادة
تبعاً وصار كالزيادة في الثمن
بعد البيع وليس هذا ببيع
بأثمن على غير المشتري
مقصوداً بل البيع مقصوداً
بألف على المشتري وهذه
زيادة ثبتت تبعاً على غير
المشتري وهذا جائز كالزيادة
في الثمن بعد البيع اه
اتقاني فان قيل لو ثبتت
الزيادة ثماً والاجنبى ضمن
بها لزم جواز مطالبة المشتري
بها كالكفيل قلنا لا يلزم
من صحة الكفالة توجبه
المطالبة على الاصيل
الآتري من قال لزيد على
فلان ألف وأنا كفيل بها

من زيد بألف على ابي ضمن لك مائة من الثمن سوى الألف فانه يصح ويكون الألف على المشتري والمائة
على الضامن وقال زفر والشافعي رحمه الله لا تصح الزيادة ولا تلزمه وهذا مبني على شيئين أحدهما أن
الزيادة تصح وتلحق بأصل العقد عندنا وعندهما لا تصح وقد بينا وجه المذهبين من قبل والثاني أن أصل
الثمن لم يشرع بغير مال يقابله حتى لا يصح اشتراطه على غير المشتري اذ لا يستفيد بأثره ما لا يقابله وفصل
الثن يستغنى عن مال يقابله حقيقة ألا ترى أن الزيادة تجوز من المشتري وان لم يسلم له بمقابلتها فكذا
تجوز من الاجنبى اذ لم يسلم له شيء فصارت نظير بدل الخلع فانه يجوز اشتراطه على الاجنبى كما يجوز اشتراطه
على المرأة اذ لا يسلم لها شيء عقاباً للبدل لان البضع لا يتقوم حالة الخروج فاستوى يافيه فكذا هنا لکن
من شرط صحة الزيادة أن توجد المقابلة تسمية وصورة حتى تجب حسبت وجوب الثمن بواسطة المقابلة
صورة وان لم تقابل حقيقة ألا ترى انه لو باع شيئاً باضعاف قيمته يجوز وان لم يقابل ما زاد على قيمته مال
حقيقة وانما يقابله صورة وتسمية فاذا كان من شرطها المقابلة صورة فان قال من الثمن فقد وجد شرطها
فتصح وان لم يقبل لم يوجب شرطها فلا تصح لانه يكون التزاماً للمال ابتداء وهو رشوة لانه يبيعه وهو حرام
فلا يصح فصار الاصل ان كل ما يحصل فيه الاصيل عقاباً لشيء من البدل لا يجوز اشتراط البدل على
الاجنبى وان لم يحصل يجوز لاستوائهما في عدم الحصول فاذا جازت الزيادة من الاجنبى لا يرجع بها
على المشتري ولا تظهر في حق البائع وفي حق الشفيع والمرابحة حتى اذا أخذ البائع الألف من المشتري
لا يجبس المبيع لأجل المائة ويبيع على الألف لانه قام عليه بهو يأخذ الشفيع بالألف لان الزيادة لم
تثبت في حقه وان كانت من المشتري لعدم ولا ينه ما عليه ولو تقايلا البيع فلا اجنبى أن يسترد الزيادة
لانهم من الثمن وفي قياس قول أبي يوسف لا يسترد لان الاقالة عنده بيع جديد وكذا لو رده بعيب بغير قضاء
وان كان بقضاء يسترد لكونه فسخاً بالاجماع ولو ضمن الزيادة بأمر المشتري ظهرت في حق الكل حتى
يرجع الضامن بها على المشتري ويبيع عليها وعلى الألف ولا يطالب المشتري بالزيادة وان كان بأمره لانه
استفدت من جهته صار هو وكفا لاقيا فترجع الحقوق اليه أولاً لانه لم يلزمها وانما التزمها الاجنبى
فيمطالب بها هو وحده وهذا كالكفيل بالشراء يطالب هو فقط ثم هو يرجع به على الموكل فكذا هنا
ولو رده بعيب أو تقايلا لا يرتد الزيادة على الضامن فقط لانه أخذها منه دون المشتري وذ كفى الكافي أن
الشفيع بأخذها بألف ومائة فجعلها ظاهرة في حقه أيضاً ولا يقال هذا مشكل فان الزيادة اذا كانت من
المشتري نفسه لم تظهر في حق الشفيع حتى كان له أخذها بأصل الثمن من غير زيادة فكيف يجب عليه
الزيادة بزيادة الاجنبى والمشتري لم يلزمها على ما بينا الا بقول هذه زيادة ذ كرت في العقد فصارت من جهة
الثن بخلاف الزيادة بعد العقد ولو لم يقبل سوى الألف بأن قال بعه بألف على ابي ضمن لك مائة من
الثن بصير كفيلاً لعمامة من الثمن الذي هو الألف ولا تثبت الزيادة لانه تعذر رجعه بزيادة على الألف حيث
لم يقبل سوى الألف ويمكن أن يجعل من الثمن الواجب على المشتري فجعل منه ثم اذا أدى رجوع عليه ان
كان بأمره والا فلا وقد عرف في موضعه فصار في الحاصل للسئلة ثلاث صور احدها ان يقول بعه بألف
على ابي ضمن لك مائة سوى الألف من الثمن والثانية أن يترك قوله سوى الألف والثالثة أن يترك قوله
من الثمن وقد ذكرنا الثلاثة وحكمها فافهمه وهذا كله فيما اذا كانت الزيادة في العقد وأما اذا زاد الاجنبى
بعد العقد فانه لا يجوز الا باجازه المشتري أو يعطى الزيادة من عنده أو يضيئها أو يضيفها الى نفسه وان
زاده بأمر المشتري جاز ولا يلزمه شيء والمال لازم للمشتري لانه سفير فيه ومغير فلا يلزمه الا بالضمان وهو
نظير الخلع والصلح وانما صار سفيراً لانه لا يتخلع عن اضافته الى المشتري بأن يقول زدتك على ثمن العين التي
اشترتها منك فلان ولا يمكنه اضافته اليه كخلع فلا يكون ميسراً وان كان بأمره بل رسولا قال رحمه الله

فأذكر فلان طوب الكفيل بهادون فلان فإزها كذلك وذلك لان المشتري لم يلزمها وانما التزم هذا القدر من الثمن لاجنبى والحكم
لا يثبت بلا سبب اه كمال رحمه الله تعالى

(قوله لوجود الملك في الرقبة على الكمال) أي بخلاف مال المملوكها لأعلى الكمال كافي ملك نصفها إلا على التزويج به اه كمال رحمه الله (قوله بخلاف البيع) أي لو ورد انتهى في ذلك والنكاح ليس ببيع ولا في معناه فلا يثبت حكم البيع فيه ألا ترى أن البيع ينفسخ بهلاك المعقود عليه بخلاف النكاح اه اتقاني قال الكمال والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه أعني المرأة قبل القبض اه (قوله كأنه فعله بنفسه الخ) ولو وطئها المشتري كان قابضا كذلك الزوج اه كمال (قوله وان لم يطأها لا يكون قبضا الخ) حتى لو هلكت بعد التزويج قبل القبض هلكت من مال البائع اه فتح (قوله والقياس أن يكون الخ) وهو رواية عن أبي يوسف اه فتح (قوله بنفس التزويج) حتى لو هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري اه فتح (قوله لأنه تعيب) أي وبالتعيب يصير قابضا اه اتقاني (قوله فصار كمنقصان السعر) أي بخلاف الفعل الحسي كأنه قضاء عينها مثلا أو قطع يدها فإنه انما يصير به قابضا لما فيه من الاستيلاء على المحل واستشكل على هذا الاعتاق والتدبير فإنه به ما يصير قابضا (١٢٨) وليس باستيلاء على المحل بفعل حسي والجواب أننا قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل

(ووطئ زوج المشتراة قبض لا عقده) يعني لو اشترى أمة وزوجها المشتري قبل القبض صح النكاح لوجود الملك في الرقبة على الكمال بخلاف البيع لأنه يبطل بالغرر ويستلزم فيه القدرة على التسليم بخلاف النكاح ألا ترى أن تزويج الأبق يجوز دون بيعه ثم إذا جاز النكاح فإن وطئها كان قبضا لاهل الألف الوطء من الزوج حصل تسليم المشتري فصار منسوبا إليه كأنه فعله بنفسه وان لم يطأها لا يكون قبضا لاهلها استحسانا والقياس أن يكون بنفس التزويج لأنه تعيب حكى ألا ترى أنه لو وجد المشتراة متزوجة ردها بالتعيب فصار كالتدبير والاعتاق وكالوطء وجه الاستحسان أنه لم يتصل به من المشتري فعل يوجب نقصانا في الذات وانما هو عيب من طريق الحكم على معنى أن رغبات الناس تقل فيها فينتقص الثمن لأجله فصار كمنقصان السعر بخلاف الوطء لأنه فعل حسي اتصل بها فأوجب نقصانا في ذاتها لأن منافع البضع ملحق بالجزء ولهذا تضمن بالاتلاف فصار كالوطء تلفت بغيره وانما تلفت بغيره فصار كالتدبير والاعتاق لأن المالية قد تلفت به بثبوت حقيقة الحرية أو حقه ومن ضروره يصير قابضا قال رحمه الله (ومن اشترى عبدا فغاب فبرهن البائع على بيعه وغيبته معروفة لم يبع بدين البائع والبيع بدينه) أي إذا اشترى شخص عبدا فغاب المشتري قبل القبض وأقام البائع البينة أن هذا العبد كان له وباعه من فلان وغاب قبل أن ينقد الثمن وطلب من القاضي أن يبيعه بدينه فان غاب المشتري غيبة معروفة لم يبيعه القاضي بدينه لأنه يتوصل إلى حقه بدون بيعه بالذهاب إليه فلا حاجة إلى بيعه لأن فيه إبطال حق المشتري في العين وان لم يدرك هو أجابه القاضي في المنقول أن أقام بينة لأن البينة هنا ليست للقضاء على غائب وانما هي لنفي التهمة وانكشف الحال لأن القاضي نصب ناظر الكل من عجز عن النظر ونظرهما في بيعه لأن البائع يصل به إلى حقه ويبرأ من ضمانه والمشتري أيضا تبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فاذا انكشف الحال عمل القاضي بموجب إقراره فلا يحتاج فيه إلى خصم حاضر وانما يحتاج إليه إذا كانت البينة للقضاء وهذا لأن العبد في يده وقد أقر به للغائب على وجه يكون مشغولا بحقه فيظهر الملك للغائب على الوجه الذي أقر به ولا يتقدر البائع أن يصل إلى حقه فيبيعه القاضي إحياء لحقه كالراهن إذا مات والمشتري إذا مات مغلما قبل القبض بخلاف ما إذا غاب المشتري بعد القبض حيث لا يحبس الحاكم

قبضا فالعنى أن الفعل الذي يكون قبضا هو الفعل الحسي الذي يحصل الاستيلاء والعق الحاصل بالعتق ضروري ليس مما نحن فيه وذلك أنه انتهاء للملك ومن ضرورة انتهاء الملك كونه قابضا والتدبير من واديه لأنه به يثبت حق الحرية للتدبير ويثبت الولاء وهذا إذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد والخمار قول أبي يوسف لأن البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الأصل فصار كأن لم يكن وصار النكاح باطلا وقيد القاضي الامام أبو بكر بطلان النكاح بطلان البيع قبل القبض عما إذا لم يكن بالموت حتى لو مات

الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع اه كمال رحمه الله (قوله في المتن ومن اشترى عبدا الخ) لأن وانما وضع المسئلة في العبد لا في الدار لأن الدار لا تعرض للقاضي لذلك ولا يبيعه فان القياس أن لا يجوز في العبد إلا أنه يجوز في العبد استحسانا لتسقط النفقة عن البائع ولا يحتاج إلى النفقة في الدار كذلك كذا في الشرح الاسلام وقال الترمذ في وضع المسئلة في المنقول لأن القاضي لا يبيع العقار على الغائب اه (قوله لأن فيه إبطال حق المشتري في العين) أي المبيعة من غير ضرورة اه (قوله وان لم يدرك هو) تبين أن الغيبة المعروفة أن يعلم أين هو اه فتح (قوله ونظرهما) أي البائع والمشتري اه (قوله وهذا لأن العبد في يده وقد أقر به) قال الكمال وقول المصنف في تعليل بيع القاضي لأن ذلك المشتري يظهر بأقراره يعني بإقرار البائع فيظهر على الوجه الذي أقر به وهو كونه مشغولا بحقه تبين أن البيع من القاضي ليس بهذه البينة لأنها لا تقام لإثبات الدين على الغائب فما هي إلا لكشف الحال ليحييه القاضي إلى البيع نظر الغائب لا لثبت الدين عليه فإنه لو لم يقمها لم يجبه إلى ذلك اه

(قوله لان حقه غير متعلق به) أي بل هو دين في ذمة المشتري والبينة حينئذ لا ثبات الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يتمكن القاضي من البيع وقضاء الدين وهذا طريق الامام السرخسي وتقرير شيخ الاسلام يشعر بخلافه حيث قال القياس أن لا تقبل هذه البينة لانها لا تثبت حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا قصدي ولا حكلي فهو كمن أقامها 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 أن يتفق عليه الى أن يحضر المشتري ورعا تر بوالنفقة على الثمن والقاضي ناظر لاحياء حقوق الناس فكان للقاضي أن يقبلها للدفع البلية بخلاف ما لو أقامها لثبت حقا على الغائب لينزع شيئا من يده لا يقبلها والاجماع في مثله لدفع البلية عن البائع (١٣٩) وليس فيه ازالة يد الغائب عما في يده

لان البائع يستوفي حقه مما في يده اه كمال رحمه الله (قوله في المتن حتى يتقدم شريكه) قال في الصحاح تقدمه الدراهم وتقدم له الدراهم أي أعطيته فانتقدتها أي قبضتها ونقدت الدراهم وانتقدتها اذا أخرجت منها الزيف اه وعلى هذا فنقد بالمعنى الاول يتعدى الى مفعولين أحدهما بنفسه والثاني تارة بنفسه وتارة بحرف الجر فيكون تقدير كلام المصنف حتى يتقدم شريكه الثمن بحذف المفعولين أو يتقدمه شريكه الثمن والله أعلم اه (قوله قبل القبض) أي قبل اعطاء الثمن فالخاضر لا يملك قبض نصيبه الا بتقدم جميع الثمن بالانقضاء لان للبائع الحبس بكل الثمن اه (قوله وهو أجنبي عن نصيبه) أي لانه ليس بوكيل عنه اه (قوله فصار كغير الرهن) أي اذا أفلس الراهن وهو

لان حقه غير متعلق به ولا يقال هذا ببيع قبل القبض وهو غير جائز فكيف يباع لانا نقول من مشايخنا من قال ان القاضي يוכל من يقبضه ثم يبيعه وفيه نظر لما فيه من ابطال يد البائع قبل ابقاء الثمن والاوجه أن يقال ان البيع هنا ليس بقصود وانما المقصود احياء حقه وفي ضمنه يبيع بعه لان الشيء قد يصح ضمنا وان لم يصح قصدا ثم اذا باع وأوفى ثمنه فان فضل شيء من دينه عسكه للمشتري الغائب لانه بدل ملكه وان لم يف بالدين وبقي شيء منه تبعه البائع اذا ظفربه قال رحمه الله (ولو غاب أحد المشتريين للحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحبسه حتى يتقدم شريكه) يعني اذا اشترى رجلان شيئا فغاب أحدهما قبل القبض يكون للحاضر دفع كل الثمن وقبضه كله ثم اذا حضر شريكه فله أن يحبس عنه حتى يتقدمه وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف اذا تقدم الحاضر الثمن لا يأخذ الا نصيبه بطريق المهايأة وكان متبرعا فيما أدى عن صاحبه فصار الخلاف في مواضع أحدها في قبض جميع المبيع على تقدير ابقاء الثمن كله والثاني في حبس نصيب الغائب عنه اذا حضر والثالث في الرجوع عليه بما أدى والرابع في اجبار البائع على قبول ما آداه الحاضر من نصيب الغائب عنده ما يجبر وعنده لا يجبر والخامس في اجبار البائع على تسليم نصيب الغائب من المبيع الى الحاضر عند ابقاء الثمن كله فعنده ما يجبر وعنده لا يجبر لابي يوسف أن الحاضر قضى دينه على الغائب بغير أمره فكان متبرعا فيه ولا جبر ولا رجوع في التبرعات وهو أجنبي عن نصيبه فلا يقبضه ولهذا لو كان حاضرا يكون متبرعا بالاجماع ولو كان مضطرا لما اختلف بين حضرة وغيبته كالمكيل بالشراء وكغير الرهن وصاحب العلوي قضاء الدين وبناء السفل وله ما أن الحاضر مضطرا الى أداء كل الثمن لان للبائع حق حبس كل المبيع الى أن يستوفي كل الثمن فلا يكون متبرعا مع الاضطرار الى قضاء نصيب شريكه ليصل الى الانتفاع بنصيبه فصار كغير الرهن وصاحب العلوي والمكيل بالشراء اذا أدى الثمن من ماله وانما اختلف بين حضرة وغيبته لانه كالمكيل عن صاحبه من وجه من حيث ان ملك الغائب يثبت بقبول الحاضر لان من باع شيئا من شخصين لا يثبت الملك لكل واحد منهما الا بقبول الآخر وليس بوكيل من وجه من حيث ان كل واحد منهما لا يطالب بما يخص صاحبه من الثمن فأنشبهه الاجنبي والاصل أن الشيء متى تردد بين شيئين توفر عليه حفظهما فلا يشبهه بالاجنبي يكون متبرعا عند حضوره وانشبهه بالمكيل يكون مضطرا عند غيبته وهذا أولى من العكس لانه في حالة الحضرة يمكنه أن يختصمه الى الحكم فلا يكون مضطرا وفي حال غيبته لا يمكنه جعل مضطرا ف يرجع بالثمن ويحبس المبيع به كالمكيل بخلاف ما استشهد به من المكيل وغيره لانه مضطرا محض وليس بتردد بين شيئين فلا يختلف حكمه قال رحمه الله (ومن باع أمة بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان) لانه أضاف

(١٧ - زيلعي رابع) المستعير أو غاب اه (قوله يمكنه أن يختصمه الى الحكم) أي في أن يتقدمه ليقبض نصيبه اه (قوله في المتن ومن باع أمة بألف الخ) قال الكال ويشترط به ان الصفقة من الجودة وغيرها اه (قوله في المتن فهما نصفان) ههذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد بن يعقوب عن أبي خنيفة في الرجل يقول للرجل أبيعك هذه الجارية بألف مثقال جيد ذهب وفضة قال هذا نصفان خمسة مثقال ذهب وخمسة مثقال فضة وقوله أبيعك مساومة لا إيجاب قالوا وانما وجب التنصيف ولم يترج الذهب لاختصاصه بالثاقيل ولم يترج الفضة لكونها غالبية في المبيعات لانهم الماتعارضوا ولم يوجد المرجح صير الى قضية الاضافة والبيان فوجب من كل واحد نصفه لعدم أولوية أحدهما على الآخر وكذلك لو قال بعتك بألف من الدراهم (١)

(قوله أو أنفقها ثم علم بالعيب الخ) ههنا خمس مسائل احداها هذه الثانية كفل بالحياد ونقد الزئوف رجوع بالحياد الثالثة اشترى بالحياد ونقد الزئوف يبيعه من ابحة على الحياد الرابعة اشترى الدار بالحياد ونقد الزئوف فالشفعة بالحياد الخامسة حلف لا يقضي حقه اليوم وعليه جياة فقهى زئوف ا ه قنية في الشفعة قوله فقهى زئوف ا ه قال الكمال وفي الاجناس اشترى بالحياد ونقد الزئوف ثم حلف أنه اشترى بالحياد قال أبو جعفر لا يحنث وقال أبو يوسف يحنث ا ه (قوله وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يرد الخ) قال الاتقاني وقوله القياس وقول أبي يوسف والاستحسان ا ه (قوله في المتن أو تكس ظبي في أرض رجل) أي دخل كاسه والكاس بيت الظبي وفي بعض (١٣٠) النسخ تكسر أي وقع فيها فتكسر ويحترق به عمالو كسره رجل فيها فانه لذلك الرجل

لا لا أخذ ولا يحنث بصاحب الأرض ا ه كمال رحمه الله قال الاتقاني رحمه الله وأراد بقوله تكس استتر ا ه وقال الاتقاني ونقل الفقيه أبو الليث عن الرقيات مسائل نحو هذا قال قال محمد لو أن رجلا اتخذ حظيرة في أرضه فدخل الماء واجتمع فيه السمك فقد ملك السمك وليس لاحد أن يأخذه ولو أخذ لحاجة أخرى فن أخذ السمك فهو له قال وكذلك لو حفر في أرضه حفيرة فوقع فيها صيد فتكسر فان اتخذ ذلك الموضع لصيد فهو له وقدم ملكه وان لم يتخذ ذلك للصيد فهو لمن أخذه وكذلك لو أن رجلا وضع صوفا على ظهر بيت بغير المطر فابتسل ثم ان رجلا عصره وأخرج منه الماء هل له أن يسترد قال ان كان وضعه لأجل ماء المطر فله أن يسترد منه وان كان وضعه لغريم لم يكن له أن يسترد وذكر الفقيه أبو الليث أيضا في كتاب العيون في باب الصيد ولو أن صيدا باض في أرض أخذ رجل أو تكسر فيه الجوارجل لم يأخذه فذمه صاحب الأرض فان كان منعه إياه في موضع بقدر ما يجب له الأرض على أخذه قريامنه كان الصيد له ب الأرض فذمه منه كأنه أخذه بيده وان لم يكن بحضرته لا يملكه ولو أن صيدا دخل دار رجل فأغلق عليه الباب فان يقدر على أخذه بغير صيد فقد ملكه ولو أنه أغلق الباب ولم يرد به الصيد ولم يعلم فلا يملكه فاذا خرج منه فهو لمن أخذه ا ه (قوله لو دخل صيد داره) قال الكمال وكذا اذا دخل الصيد داره ولم يعلم فأغلق بابها فهو لمن أخذه وان علم ولم يغلق الباب عليه أو سد الكوة وكذا اذا وقع في ثياب النصارى السكر أو الدراهم فهو لمن أخذه ما لم يكف ثوبه على الساقط فيه ا ه (قوله أنزال) بفتح الهمزة وأنزال جمع نزل يقال طعام كثير النزل والنزل أي الربيع وهو الزيادة ا ه اتقاني

المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما ما خمسمائة مثقال لعدم الاول به قصير كأنه قال بعثك بخمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة بخلاف ما اذا اشترى جارية بألف من الذهب والفضة حيث يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم لانه أضاف الألف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود من كل واحد منهما وعلى هذا لو قال فلان على كرحنطة وشعير ومسمي يجب عليه من كل جنس ثلث الكرو وهذا قاعدته في المعاملات كلها كالهرم والوصية والوديعة والغصب والاجارة وبدل الخلع وغيره من الموزون والمكيل والمعدود والمذروع قال رحمه الله (وان قضى زيف عن جيد وتلف فهو قضاء) يعني اذا كان له على آخر دراهم جياة فقهى زئوف وهو لا يعلم فهل كسب أو أنفقها ثم علم بالعيب فهو قضاء فلا يكون له غير ذلك وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يرد مثل زئوفه ويرجع بالحياد لان حق صاحب الدين مرعى من حيث الوصف كما راعى حقه من حيث القدر الا أنه تعذر عليه الرجوع بمجرّد الجودة لانها وصف لقيام لها بذاتها ولا قيمة لها اذا قوبلت بخمس افعين رد مثل المقبوض والرجوع بالحياد ولهما أن المقبوض من جنس حقه حتى لو تجاوز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لكونه استبدالا اذ هو حرام في الصرف والسلم فاذا كان من جنس حقه استيفاء فلم يبق له الا الجودة وهي لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس ولا يمكن تداركها باليجاب الضمان عليه لان القضاء عليه بالضمان حقه له متسع ولان الجودة تبسع فلا تنقض القبض في الاصل لاجله كيلا يتعكس فيكون الاصل تبعا والتبعية أصلا بخلاف الراهن اذا أنفك الرهن أو المولى اذا أنفك ملك عبده المأذون المدين حيث يجب عليه الضمان وان كان المضمون ملكا لهما لان الضمان هناك لأجل حق الغير وهو المرتهن والغرماء فلم يكن الايجاب عليه لحقه قال رحمه الله (وان أفرخ طيرا أو باض أو تكس ظبي في أرض رجل فهو لمن أخذه) لانه مباح سبقت يده اليه فكان أولى به لقوله عليه السلام الصيد لمن أخذه والبيض صيد ولهذا يجب على المحرم الجزاء بكسره وشبهه قال الله تعالى ليسوا بكم الله بشي من الصيد تناله أيديكم ورماحكم أي البيض والفرخ وهذا اذا لم تكن أرضه مهيأة لذلك فان كانت مهيأة فلا صطياد فهو له لان الحكم لا يضاف الى السبب الصالح الا بالقصد الا ترى أن من نصب شبكة للجفاف فتعقل بها صيدا وحفر بئر الماء فوقع فيه صيد لا يملكه ولا يجب عليه الجزاء ان كان محرم ما وان قصد به الاصطياد ملكه ووجب عليه الجزاء ان كان محرما وعلى هذا التفصيل لو دخل صيد داره أو وقع ماثر من الدراهم في ثيابه بخلاف معسل النحل في أرضه حيث يملكه وان لم تكن أرضه معدة لذلك لانه من أنزال الأرض حتى يملكه تبعها كالا شجار النسيابة والتراب المجتمع فيها لجرى الماء وان لم تكن معدة ولهذا يجب في العسل العشر اذا

وضعه لغريم لم يكن له أن يسترد وذكر الفقيه أبو الليث أيضا في كتاب العيون في باب الصيد ولو أن صيدا باض في أرض أخذ رجل أو تكسر فيه الجوارجل لم يأخذه فذمه صاحب الأرض فان كان منعه إياه في موضع بقدر ما يجب له الأرض على أخذه قريامنه كان الصيد له ب الأرض فذمه منه كأنه أخذه بيده وان لم يكن بحضرته لا يملكه ولو أن صيدا دخل دار رجل فأغلق عليه الباب فان يقدر على أخذه بغير صيد فقد ملكه ولو أنه أغلق الباب ولم يرد به الصيد ولم يعلم فلا يملكه فاذا خرج منه فهو لمن أخذه ا ه (قوله لو دخل صيد داره) قال الكمال وكذا اذا دخل الصيد داره ولم يعلم فأغلق بابها فهو لمن أخذه وان علم ولم يغلق الباب عليه أو سد الكوة وكذا اذا وقع في ثياب النصارى السكر أو الدراهم فهو لمن أخذه ما لم يكف ثوبه على الساقط فيه ا ه (قوله أنزال) بفتح الهمزة وأنزال جمع نزل يقال طعام كثير النزل والنزل أي الربيع وهو الزيادة ا ه اتقاني

(قوله في المتن ما يبطل بالشرط الفاسد الخ) قال العيني أربعة عشر على ما ذكره الشيخ اه (قوله والاجارة والاجارة) كذا في المتن وشرح عليه العيني اه وكتب على قوله والاجارة ما نصه قال الشيخ فاسم في شرح النقاية وفي تعليقه أي الاجارة بالشرط اختلاف المشايخ أيضا قال صاحب المحيط اذا قال اذا جاء رأس الشهر فقد أجرتك هذه الدار بكذا يجوز وان كان فيه تعليق وعليه الفتوى وهو قول أبي الليث وأبي بكر الاسكاف وقال الصغار لا يصح لانه تعليق التملك بعوض وهو اختيار طهري الدين اه قال في فتاوى قاضيان في أول كتاب الاجارة رجل قال لغيره أجرتك داري هذه رأس الشهر كل شهر بكذا جاز في قواهم ولو قال اذا جاء رأس الشهر فقد أجرتك هذه الدار كل شهر بكذا قال الفقيه أبو الليث وأبو بكر الاسكاف يجوز ذلك وقال الفقيه الصغار لا يجوز لانه تعليق التملك بعوض فلا يصح كالعلاقة بالشرط آخر والذي يؤيد قوله ما ذكر في الجامع رجل حلف أن لا يخلف ثم قال لا مر أنه اذا جاء غدا أنت طالق كان حائثا في عينه وهذا يؤيد قوله والذي يؤيد قول الفقيه أبي الليث ما ذكر في المنتقى رجل له خيار الشرط في البيع فقال أبطلت خيارى (١٣١) غدا أو قال أبطلت اذا جاء غدا كان ذلك جائزا قال وليس هذا كقوله

ان لم أفعل كذا فقد أبطلت خيارى فان هذا لا يصح لان هذا وقت يجزى لا محالة ولو أجر داره كل شهر بكذا ثم قال اذا جاء هذا الشهر فقد أبطلت الاجارة قال الفقيه أبو بكر البلخي كما يصح تعليق الاجارة لمجيء الشهر يصح تعليق فسختها لمجيء الشهر وغيره من الاوقات ومسئلة المنتقى تعليق ابطال الخيار يؤيد قوله وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قال بعض أصحابنا رحمه الله

أخذ من أرض العشر قال رحمه الله (ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط البيع والقسمة والاجارة والاجارة والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين وعزل الوكيل والاعتكاف والمزارعة والمعاملة والاقرار والوقف والتحكيم) والاصل فيه أن كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشرط الفاسد لما روى انه عليه السلام نهى عن بيع وشرط وما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات لا يبطل بالشرط الفاسد لان الشروط الفاسدة من باب الربا وهو يخص بالمعوضة المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات لان الربا هو الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل خالي عن العوض وهو الربا بعينه ولا يتصور ذلك في المعاوضات غير المالية كالتكاح والطلاق على مال والخلع ونحو ذلك ولا في التبرعات فيبطل الشرط ويصح تصرفه فيه ألا ترى أنه عليه السلام أجاز العمرى وأبطل الشرط وأصل آخر ان التعليق بالشرط المحض لا يجوز في التملكات لانه من باب اتمامه منتهى عنه وما هو من باب الاسقاط المحض الذي يخالف به يجوز تعليقه مطلقا وذلك مثل الطلاق والعتاق وما هو من باب الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملائم وكذا التبرعات قال عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة في غزوة فقال ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبدة الله بن رواحة ورواه البخاري فاذا عرفنا هذا احسن الى ما ذكر في الكتاب فنقول البيع معاوضة مال بمال فيفسد بالشرط الفاسد لما روىنا ولا يجوز تعليقه بالشرط مطلقا ان كان الشرط بكامة ان بان قال بعت منك ان كان كذا ويبطل البيع به سواء كان الشرط نافعا أو ضارا الا في صورة واحدة وهو أن يقول بعت منك هذا ان رضى فلان به فانه يجوز اذا وقته بثلاثة أيام لانه اشتراط الخيار الاجنبى وهو جائز على ما بيناه من قبل وان كان الشرط بكامة على فان كان الشرط بما يقتضيه العقد أو يلائمه أو فيه أثر أو جري التعامل به كما اذا شرط تسليم المبيع أو الثمن أو التأجيل أو الخيار لا يفسد البيع ويجوز الشرط وكذا اذا اشترى الثمن على أن يحذوها للبائع وان كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا العادة جرت به فان كان في الشرط منفعة لاهل الاستحقاق فسد البيع والا فلا وقد بيناه من قبل والقسمة والاجارة تملك أما الاجارة فطاهر لان فيها

على صحة تعليق الاجارة كما اذا قال اذا جاء رأس الشهر فقد أجرتك هذه الدار بكذا واستفيد مما ذكره قاضيان أن الفتوى على ان اضافة الفسخ الى الغد وغيره تصح وأن تعليق الفسخ لمجيء الشهر وغيره لا يصح اه (قوله وعزل الوكيل الخ) وأما تعليق الوكيل بالشرط فهل يجوز ينظر في الكثر قيل كتاب المكاتب اه (قوله فيفسد بالشرط الفاسد) قال العيني فاذا باع عبدا وشرط استخدام شهر أو باع دارا على أن يسكنها فالبيع فاسد كما مر اه (قوله ولا يجوز تعليقه بالشرط الخ) لان تعليق التملك لا يصح اه (قوله أو يلائمه) أى كالأمر والكفالة لانهم ما لو وثيقة والتأكيديان الاستيفاء والمطالبة لان استيفاء الثمن مقتضى العقد ومؤ كده ملامته اذا كان معلوما بان كان الرهن والكفالة معينين اه ذكره الشارح رحمه الله في باب البيع الفاسد اه (قوله لاهل الاستحقاق) وأهل الاستحقاق هو البائع والمشتري والمبيع الآدمي والاجنبى اه ذكره الشارح في البيع الفاسد اه (قوله والقسمة الخ) قال العيني بأن كان للميت دين على الناس فاقسموا التركة من الدين والعين وشرطوا أن يكون الدين لاحدهم والعين للباقيين فهذا فاسد وصورة تعليقه بالشرط بان اقسما الدار وشرطوا فيها رضا فلان فهذا فاسد أيضا لان القسمة فيها معنى المبادلة فصارت كالبيع فيبطل بالشرط الفاسد اه (قوله والاجارة) قال العيني بان أجر دارا

كذا أومتي أدبت أو ان أدبت
إلى خمسةائة فانت بري
عن الباقي فهو باطل ولا
يبرأ وإن أدى إليه خمسةائة
سواء ذكر كلفظ الصلح أو لم يذكر
لأنه صرح بالتعليق فيبطل
به اه (قوله وعزل الوكيل)
قال العيني بأن قال لو كيـ
لته عزلتك على أن تهدي
شيأ أو ان قدم فلان اه
فالوكالة باقية لفساد العزل
(قوله والاعتكاف) قال
العيني بأن قال على أن
أعتكف ان شفى الله
مريضى أو ان قدم فلان اه
وقال بعضهم صورة فساد

عليك المنفعة والاجرة والقسمة فيها معنى المبادلة فصارا كالبيع والرجعة استدامة الملك فيكون معتبرا
بابتدائه فلا يجوز تعليقه بالشرط كما لا يجوز تعليق ابتداء الملك به والصلح عن مال بعمال معاوضة مال بعمال
على ما يدكر في الصلح ان شاء الله تعالى فيكون بيعا والاراء عن الدين عليك من وجهه حتى يرتد بالرد وان
كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتعليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط وعزل الوكيل والاعتكاف
ليسما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط والمعاملة وهي المساقاة والمزارعة اجارة لان من يجيزهما
لم يجزهما الا على اعتبار الاجارة فيكونان معاوضة مال بعمال فيفسدان بالشرط الفاسدة ولا يجوز
تعليقهما بالشرط لما ذكرنا والاقراء والوقف ليسما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط وهذا لان
الاقراء خبر متردد بين الصدق والكذب فان كان كذبا لا يكون صدقا فنفوات الشرط ولا بالعكس وانما
التعليق في الايجابات ايتبين انه ليس بايقاع قبل وجود الشرط بخلاف ما ذاعلق الاقرار برجوعه أو عجيء
الوقت فانه يجوز ويحمل على انه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود أو دعوى الاجل فيلزمه للعمال على ما تبينه
في موضعه ان شاء الله تعالى والتحكيم لا يصح تعليقا بمخطر ولا مضاعفا الى زمان بأن قال المحكم ان اذا أهل
الشهر أو قال العبد أو كافر اذا اعتقت أو أسلت فاحكم بيننا وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد يجوز
تعليقه بشرط و اضافته الى الزمان لانه ليس فيه الاتقوى وتولية فصار كالو كالة والامارة والقضاء ولا ي
يوسف رحمه الله أن التحكيم تولية صورة و صلح معنى اذا لايصار اليه الا بتراضيهما القطع الخصومة بينهما
فباعبار انه صلح لا يصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار انه تولية يصح فلا يصح بالشك والاحتمال قال رحمه الله

(١) قول المحقق وقوله والإجازة بالزاي ليس في نسخ الشارح التي بأيدينا تعرض للكلام على الإجازة بالزاي وهي ثابتة في المتن اهـ مصححه

(قوله في المتن وما لا يبطل بالشرط الفاسد الخ) سبعة وعشرون شيئاً على ما ذكره اه عيني (قوله القرض) بان قال أقرضتك هذه المائة بشرط أن تخدمني شهرامثلاً اه عيني (قوله والهبة) بان قال وهبتك هذه الجارية بشرط أن يكون جملها لي اه (قوله والصدقة) بان قال وهبتك هذه المائة على أن تخدمني بجمعة اه ع أو تصدقت عليك بهذه الجارية بشرط أن يكون جملها لي اه وكتب على قوله والصدقة ما نصه ليس في خط الشارح وهو ثابت في المتن اه (قوله والنكاح) بان قال تزوجتك على أن لا يكون لك مهر يصح انكاح ويفسد الشرط ويجب مهر المثل أو قال رجل لا تزوجتك بنى على أن تزوجني بنتك بشرط أن يكون بضع كل منهما صداقاً لاخرى فهذا شرط فاسد (قوله والطلاق) بان قال طلقتك على أن لا تزوجي غيري (قوله والخلع) بان قال خالعتك على أن يكون الخيار لي مدة سماها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال (قوله والعتيق) بان قال أعتقتك على أن يكون الخيار لي ثلاثة أيام أو على أن لا ولا على عليك اه (قوله والرهن) بان قال رهنت عندك هذا العبد بائة درهم على أن لا يكون مضموناً عليك أو على أن لا تقبضه وقبل الآخر اه (قوله والايضاء) بان قال أوصيت اليك على أن تزوج ابنتي أو أوصي الى فلان بشرط أن لا يخرج من الوصاية وان كان وترك حفظ الامانة فالايضاء جائز والشرط باطل (قوله والوصية) قال العيني بان قال أوصيت لابنك ثلث مالي ان أجاز فلان اه أو بان قال أوصيت بخدمة عبدى هذا فلان على أن لا يسلم العبد الى الموصى له ومات الموصى والعبد يخرج من الثلث يسلم له بالخدمة لان هذا شرط فاسد بخلافه لمقتضى الوصية وهي لا تبطل به اه (قوله والشركة والمضاربة) بان قال شاركك على أن تهديني كذا أو ضاربك في ألف على النصف في الربح ان شاء فلان أو ان قدم فلان قاله العيني وقيل صورة ادخال الشرط الفاسد في الشركة والمضاربة بان عقدا الشركة لاحدهما ألف وللآخر ألفان وشرط الربح والوضيعة نصفين فالشرط فاسد والشركة صحيحة وعلى هذا اذا شرط الوضيعة على المضارب بطل الشرط للمضاربة (قوله والقضاء) بان قال انخلية وليتك قضاء مائة مثلاً على أن لا تعزل أبداً قاله العيني وقيل صورة ادخال الشرط الفاسد في القضاء بان قال القاضي لصاحب الحق أفضى لاجلك على (١٣٣) زيد بشرط أن تحط من دينك كذا أو تزوجه الى وقت كذا

(وما لا يبطل بالشرط الفاسد القرض والهبة والصدقة والنكاح والطلاق والخلع والعتيق والرهن والايضاء والوصية والشركة والمضاربة والقضاء والامارة والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والكتابة واذن العبد في التجارة ودعوة الولد والصلح عن دم العبد والجراحة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب أو بخيار الرؤية وعزل القاضي) هذه كلها لا تبطل بالشرط الفاسد لما ذكرنا ان الشرط الفاسد من باب الربا وأنه يختص بالمبادلة المالية وهذه العقود ليست بمعاوضة مائة فلا يؤثر فيها الشرط الفاسد ألا ترى أنه

إمراً بهذا (قوله والكفالة) بان قال كفلت عن غريمك ان أقرضتني كذا اه (قوله والحوالة) بان قال أحلتك على فلان بشرط أن لا ترجع عند التوى (قوله والوكالة) بان قال وكلتك ان أبرأت ذمتي عمالك على اه وكتب على قوله والوكالة ما نصه بان قال وكلتك بشرط أن لا أعزلك فالوكالة جائزة وله عزله متى شاء اه (قوله والاقالة) بان قال أفلتت عن هذا البيع ان أقرضتني كذا قاله العيني وقيل صورته بان أقال البائع مع المشتري البيع بشرط الزيادة على الثمن الاول فالاقالة صحيحة والشرط فاسد اه (قوله واذن العبد) بان قال لعبد أذن لك في التجارة بشرط أن تتوقت الى سنة مثلاً أو على أن تتجرفي كذا فان اذنه يكون عاماً في التجارات والاقالات الى أن يحجز المولى لان هذا شرط فاسد بناء على أن الاسقاطات لا تتوقت (قوله ودعوة الولد) بان ادعى نسب أحد التوأمين بشرط أن لا يكون نسب الآخر منه أو ادعى نسب ولد بشرط أن لا يرث منه ثبت نسب كل واحد من التوأمين ويرث وبطل الشرط لانهم من ماء واحد في ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر لما عرف بشرطه أن لا يرث شرط فاسد بخلافه الشرع والنسب لا يفسد به كذا في بعض الشروح وقال العيني بان قال لامته التي ولدت منه هذا الولد مني ان رضيت امرأتى اه (قوله والصلح عن دم العبد) بان صالح ولي المقتول عمداً القاتل على شيء بشرط أن يقرضه أو يهدي اليه شيئاً فان الصلح صحيح وان شرط فاسد ويسقط الدم لانه من الاسقاطات فلا يحتمل الشرط اه (قوله والجراحة) بان شجر رجلاً موشحة خطأ فصالح بشرط أن يعطى الشاج زيادة عن ارش الموشحة أو كان عمداً فصالح على خمسمائة بشرط أن يقتض المشجوع بعد الشهر فالصلح جائز وشرط الزيادة في الاول والقصاص في الثاني بعد الشهر باطل لما ذكر في باب الجنائيات (قوله وعقد الذمة) قال العيني بان قال الامام لحري يطلب عقد الذمة ضربت عليك الجزية ان شاء فلان مثلاً فان عقد الذمة صحيح والشرط باطل اه وكذلك لو شرط في عقد الذمة أن لا يعطوا الجزية بطريق الاهانة أو أن لا يظهروا الكسبيخ (قوله وتعليق الرد بالعيب) أى كقوله ان وجدت به عيباً أردت عليك ان شاء فلان اه عيني (قوله وأبخيار الشرط) بان قال من له خيار الشرط في البيع رددت البيع أو أسقطت خيارى ان شاء فلان فانه يصح الرد ويبطل الشرط قاله العيني (قوله الرؤية) كذا بخط الشارح والثابت في المتن الشرط اه (قوله وعزل القاضي) بان قال الخليفة عزلتك عن القضاء ان شاء فلان فانه يغزل ويبطل الشرط قاله العيني

(قوله ويبطل الشرط) أي لانه شرط يخالف مقتضى العقد وهو ما التكية اليد على وجه الاستبداد وبوت الاختصاص بخالفه فلذا بطل الشرط وصرح العقد اه (قوله فانهم اتفقدوه) (١٣٤) أي على ما عرف في موضعه اه (قوله الصلح عن جنبه العبد) الذي في خط

الشارح الغصب بدل قوله
العبد اه (قوله ثم الشيخ
رحمه الله ذكرهنا) أي
ثلاثة أقسام اه (قوله ولم
يذكرهنا) أي ثلاثة أقسام
أخرى اه (قوله فهو مختص
بالاسقاطات المحضة) قال
قاضيخان آخر كتاب الوكالة
رجل قال لغيره اذا تزوجت
فلانة فطقتها ثم تزوج فلانة
فطقتها الوكيل طلق لان
او كالة تحت حمل التعليق
والإضافة اه وهذا تعليق
لإضافة كمالا يخفى (قوله
والكفالة) اعلم أنه لم يكن
في خط الشارح الكفالة
والوصية مع أنه لا يتم العدد
الابتلاك اه (قوله على
ما بينه) الذي بخط الشارح
على ما بينا (قوله الاجازا) أي
عن الوكالة اه (قوله فتسعة)
كذا بخط الشارح والنظائر
ف عشرة كذا بخط شيخنا الغزي
رحمه الله وانما عاها الشارح
تسعة نظرا الى أن البيع
واجازته كشيء واحد اه

كتاب الصرف

وجه المناسبة مرفي أول
باب السلم اه غاية قال
في المصباح صرفت المال
أنفقته وصرفت الذهب
بالدراهم بعت واسم الفاعل
من هذا صرفي وصيرف
وصراف للبالغة قال ابن

عليه الصلاة والسلام أجاز العيرى وأبطل شرط المعرو وكذا أبطل شرط الولاء لغير المعترق بقوله صلى الله
عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها ابتاعى فأعتق فأعتق فأنما الولاء لمن أعتق قاله لها حين أراد موالي بريرة أن يكون
الولاء لهم بعدما أعتقها لكن الكتابة انما لا تنفسد بالشرط المفسد اذا كان الشرط غير داخل في صلب
العقد بان كتابه على أن لا يخرج من البلد أو على أن لا يعمل فلانا أو على أن يعمل في نوع من التجارة فان
الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط فله أن يخرج من البلدو يعمل ماشاء من أنواع التجارة مع
أي شخص شاء وأما اذا كان الشرط داخل في صلب العقد بان كان في نفس البذل كالكتابة على خمر
ونحوها فانهم اتفقدوه وانما كانت كذلك لان الكتابة تشبه البيع من حيث أن العبد مال في حق المولى
وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين فلتسببها بالبيع تنفسد اذا كان
المفسد في صلب العقد ولشبهها بالنكاح لا تبطل بالشرط الزائد ومن هذا القسم أي من القسم الذي
لا يبطل بالشرط الفاسد الصلح عن جنبه العبد والوديعة والعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة
أو كفالة ذكره في النهاية في آخر كتاب الهبة ثم الشيخ رحمه الله ذكرهنا ما يبطل بالشرط الفاسد وما لا يبطل
بها وما لا يصح تعليقه بالشرط ولم يذكرهنا ما يجوز تعليقه بالشرط ولا ما يجوز اضافته الى الزمان ولا
ما لا يجوز اضافته اليه ونحن نذكر ذلك بتوفيق الله تعالى تكلم لما ذكره من الاقسام وتتميم الفوائد في
موضعه وانما تركه الشيخ هنا لانه ذكر بعضها في آخر كتاب الاجارة فنقول أما الاول وهو ما يجوز تعليقه
بالشرط فهو مختص بالاسقاطات المحضة التي يخلف بها كالطلاق والعتاق وبالالتزامات التي يخلف بها
كالبيع والصلاة أو التوليات كالة قضاء أو الامارة على ما بينا وأما الثاني وهو ما يجوز اضافته الى ما يستقبل
من الزمان فأربعة عشر الاجارة وفسخها أو المزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكتابة والكفالة
والوصية والإيصاء والقضاء أو الامارة والطلاق والوقف لان الاجارة تتضمن تملكك المنافع وهي لا تتصور
وجودها في الحال فتكون مضافة ضرورة وهو معنى قول أصحابنا الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب
حدونها على ما بينا في موضعها ان شاء الله تعالى وفسخ الاجارة معتبر بالاجارة فيجوز مضافا لا ترى
أن فسخ البيع وهو الاقالة معتبر به حتى لا يجوز تعليقه بالشرط ولا اضافته الى الزمان كالبيع والمزارعة
والمعاملة اجارة لا ترى أن من يجيزهما لا يجيزهما الا بطريقهما ويراعى فيها شرائطها والمضاربة والوكالة
من باب الاطلاقات ومن جملة الاسقاطات لان تصرف الوكيل قبل التوكيل في مال الموكل كان موقوفا
حقا للمالك فهو بالتوكيل أسقط ذلك فيكون اسقاطا قبل التعليق والكفالة من باب الالتزامات فتجوز
اضافتها الى الزمان وتعليقها بالشرط الملائم على ما بينا في الكفالة بخلاف الوكالة حيث يجوز تعليقه فيها
بالشرط المتعارف مطلقا لما ذكرنا والإيصاء بالمال أو بإقامة شخص مقام نفسه في التصرف لا يكون الا
مضافا لان حقيقة تملكك بعد الموت أو توكيل بعد الموت فيجوز تعليقهها وارضافها أما الإيصاء الى شخص
فلانه توكيل وقد بينا أنه يجوز تعليقه بالشرط وأما الوصية بالمال فلان لفظها ينشأ عن التملك بعد الموت
اذ لا يتصور أن تكون للحال الاجازة والقضاء أو الامارة تولية وتقويض محض فجاز اضافته وتعليقه بالشرط
وأما الثالث وهو ما لا تصح اضافته الى الزمان فتسعة البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة
والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء من الدين لان هذه الاشياء تملكك فلا يجوز اضافتها الى الزمان
كما لا يجوز تعليقهها بالشرط لمناهي من معنى القمار والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

كتاب الصرف

قال رحمه الله (هو بيع بعض الأثمان ببعض) كالذهب والفضة اذا بيع أحدهما بالآخر أو بجنسه

فارس الصرف فضل الدرهم في الجودة على الدرهم ومنه اشتقاق الصيرفي اه وقال في المغرب صرف الدراهم بأعها هذا
بدرهم أو بدنانير وأصرفها اشتراها وللدراهم على الدرهم صرف في الجودة والقيمة أي فضل وقيل لمن يعرف هذا الفضل ويميز هذه الجودة

صراف وصيرف وصيرفي وأصله من الصرف النقل لأن ما فضل صرف على النقصان وانما يسمى ببيع الأثمان صرفاً لما لان الغالب على عاقده طالب الفضل والزيادة أو الاختصاص هذا العبد ينقل كالأبدلين من يدالي يد في مجلس العقد اه (قوله قاله الخليل) قال الخليل في كتاب العين الصرف فضل الدرهم على الدرهم في القيمة اه (قوله ومنه سمي التطوع الخ) قال الاتفاق في رجه الله وأما قوله سميت العبادة النافلة صرفاً فيه نظر لانه أو رد الزمخشري في فائقه في حديث النبي صلى الله عليه وسلم في ذكر المدينة من أحدث فيها حسداً ما أو أي محدثاً فاعليه لعنة الله إلى يوم القيامة لا يقبل منه صرف ولا عدل فقال الصرف التوبة لانه صرف للنفس إلى البر عن الفجور والعدل القريبة من المعادلة وقال صاحب الجهرة قال بعض أهل اللغة الصرف انقريضة والعدل النافلة وقال قوم الصرف الوزن والعدل الكيل إلى هنا لفظ الجهرة اه ما قاله الاتفاق في رجه الله قوله من أحدث فيها حسداً قال الكمال والمراد من أحداث الحدث فعل ما يوجب الحد اه وكتب على قوله ومنه سمي التطوع الخ مانصه قال الكمال رجه الله بعد أن أو رد اعتراض الاتفاق على صاحب الهداية في تفسير الصرف بالنافلة والجواب ان أهل اللغة اختلفوا في ذلك فقد ذكر في الجهرة عن بعض أهل اللغة (١٣٥) الصرف القرية والعادل النافلة

وفي الغريين عن بعضهم الصرف النافلة والعدل القرية كذا كرم المصنف ولا اعتراض عليه مع أنه الانسب اه (قوله من انتهى إلى غير أبيه) الذي في خط الشارح من انتهى إلى غير الله (قوله ولا عدلاً) المراد بالعدل الفرض الذي هو مستحق عليه ولا شك في (١) قوله لانه لا ينتفع بعينه أي لا ينتفع بعين الذهب والورق وانما ينتفع بهما بما يقابلهما من نحو الخبز واللحم والثوب في دفع الجوع والعطش ودفع الحر والبرد وغير ذلك اه اتفاقاً (قوله وقال عمر رضي الله عنه الذهب بالذهب الخ) روي محمد في كتاب

هذا في الشرع وفي اللغة تفسيران أحدهما الفضل قاله الخليل ومنه سمي التطوع من العبادات صرفاً لانه زيادة على الفرائض قال عليه الصلاة والسلام من انتهى إلى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً أي لا ينقل ولا يفرض أو سمي هذا البيع به لانه لا ينتفع بعينه ولا يطلب منه إلا الزيادة والثاني النقل والرد قال الله تعالى ثم انصرفوا صرفاً الله قلوبهم وسمى به على هذا الاعتبار الحاجة إلى النقل في بدليه من يدالي يد قبل الافتراق قال رجه الله (فلو تجانس شرط التماثل والتقابض وان اختلفا جودة وصياغة وإلا شرط التقابض) يعني اذا بيع جنس الأثمان بجنسه كالذهب بالذهب أو الفضة بالفضة يشترط فيه التساوي والتقابض قبل الافتراق ولا يجوز التفاضل فيه وان اختلفا في الجودة والصياغة وان لم يكونا من جنس واحد بان باع الذهب بالفضة يشترط التقابض فيه ولا يشترط التساوي لحديث عبادة بن الصامت أنه عليه الصلاة والسلام قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة إلى أن قال مثلاً بمثل سواء يسوا يداً يداً فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد رواه مسلم وأحمد وغيرهما وقال عمر رضي الله عنه الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل إلى أن قال وان استنظر لك إلى أن يدخل بيته فلا تنتظره ولانه لا بد من قبض أحدهما قبل الافتراق كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولا بد من قبض الآخر لعدم الاولوية تحية المساواة بينهما لان النقد خير من النسيئة لانها على عرض التوى دونته ولا فرق في ذلك بين أن يكونا متعينين بالتعيين كالصوغ والتبر أو لا يتعينان كالضروب أو يتعين أحدهما دون الآخر لا طلاق مارو بناولانه ان كان مما يتعين بالتعيين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه من جنس الأثمان خلقته ثم اختلفة وفي القبض هل هو شرط صحة العقد أو شرط البقاء على الصحة فقبل هو شرط الصحة فعلى هذا ينبغي أن يشترط القبض مقرونا بالعقد لأن حالهما قبل الافتراق جعلت كحالة العقد نسراً فاذا وجد القبض فيه يجعل كأنه وجد حالة العقد فيصح وقيل هو شرط البقاء على الصحة فلا يحتاج إلى هذا التقدير وان شرط أن يقبض قبل الافتراق باليدان حتى لو ناما

الصرف قال حديثاً سعيد بن جبير عن عمرو بن نافع عن عبد الله بن عمر بن الخطاب عن عمر أنه قال الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل لا تفضلوا بعضهم على بعض لا يباع منها غائب بناجراً في أخاف الرماة وان استنظر لك إلى أن يدخل بيته فلا تنتظره والرماء بالذهب يعني الربا وقال القدوري في شرحه مختصر الكرخي وعن ابن عمر أنه قال ان وثب من سطح قتب معه اه اتفاقاً (قوله عدم الاولوية) أي لأن أحد العوضين ليس بأولى من الآخر في القبض لان خلقه الذهب والفضة للتمية وان كانا متعينين كالصوغ والتبر والمصوغ اه اتفاقاً (قوله خلفه) أخرجه ما هو من الاصطلاح كالفلوس قال البرازي ولو اشتري مائة فلس بدرهم بكنى التقابض من أحد الجانبين اه (قوله حتى لو ناما الخ) قال في الاختيار ولو ناما جالسين لم يكن فرقة ولو ناما مضطجعين كان فرقة ولا يجوز خيار الشرط لانه يمتنع استحقاق القبض ولا الاجل لانه يفوت القبض الذي هو شرط الصحة فان اسقطاها قبل التفرق جاز خلافاً للفر اه قال الكمال رجه الله ولتعلق الصحة بعدم الافتراق لا يبطل لو ناما في المجلس قبل الافتراق أو أغشى عليهم ما أو طال قعودهما وعن محمد رجه الله جعل الصرف كخيار الخيرة يبطل بدليل الاعراض كالقيام من المجلس حتى لو ناما أو أحدهما ففرقة ولو ناما جالسين فلا وعنه القعود الطويل فرقة دون القصير ولو كان لرجل على آخر ألف

لزمهم ولا آخر عليه مائة دينار فأرسل رسولاً يقول له بعثك الدراهم التي لي عليك بالدنانير التي لك علي فقال قبلت كان باطلا وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو من بعيد لأنهم ما افتترقا وعن محمد لو قال الأب أشهدوا أنني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة وقام قبل نقدها بطل هذا ويجوز الرهن ببذل الصرف والحوالة به كافي رأس مال السلم اه فتح وكتب علي قوله حتى لو ناما مانصه قال في شرح الطحاوي ثم وجود التقابض في مجلس العقد ليس بشرط لصحة الصرف ولكن وجود التقابض قبل التفريق بالابدان شرط حتى أنهم ما لو تعاقدوا ولم يتقابضا حتى مشيا ميلا أو أكثر فلم يفارق أحدهما صاحبه ولا غاب عنه ثم تقابضا وافتترقا جازا الصرف وكذلك الحكم في تسليم رأس المال في باب السلم يعني أن قبض رأس المال قبل التفريق بالابدان شرط وقال شمس الأئمة البيهقي في كفايته والافتراق المعتبر بالافتراق بالابدان دون المكان حتى لو قاما فذهبا معا أو ناما في المجلس أو أغشى عليهما أو طال فعودهما لا يبطل لما مر أن الدراهم والدنانير لا يتعينان اه اتقاني (قوله بخلاف خيار الخيرة) يعني أن الصرف لا يبطل بذهاب العاقد من معا وخيار الخيرة يبطل وإن مضت مع زوجها لأن اشتغالها بالمشي دليل (١٣٦) الأعراض عاجل جعل اليها قبض خيارها إن لم تفارق الزوج اه اتقاني (قوله ثم علما

أو أغشى عليهما في المجلس ثم تقابضا قبل الافتراق صح بخلاف خيار الخيرة لأنه يبطل بالأعراض أو بما يدل عليه قال رحمه الله (ولو باع الذهب بالفضة مجازفة صح أن تقابضا في المجلس) لأن المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية لما رويناه فلا يضر الجزاف وإن افتترقا قبل قبضهما أو قبل قبض أحدهما بطل الفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح فيه شرط الخيار والاجل لأن الخيار يمنع استحقاق القبض مادام الخيار باقيا لأن استحقاقه مبني على الملك والخيار ينعمه والاجل يفوت القبض المستحق بالعقد شرعا إذا أسقط الخيار والاجل في المجلس فيعود صحيحا الزوال المفسد قبل تفرقه ولو باع الفضة أو الذهب بجنسه مجازفة ثم علمتا تساويهما قبل الافتراق صح وبعده لا يصح وقال زفر يصح لأن التساوي حق الشرع وقد وجد حالة العقد فلنا التسوية شرط واجب علينا فيجب تحصيله بغير علمنا أو ما وجوده في علم الله تعالى لا يصلح شرط الجواز لأن الأحكام تنبئ على فعل العباد تحقيقا لمعنى الابتلاء قال رحمه الله (ولا يجوز التصرف في غن الصرف قبل قبضه فان باع دينارا بدرهم واشترى بها ثوبا ففسد بيع الثوب) لأن في تجويزه فوات القبض المستحق بالعقد ولا يقال ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر إذا النقود لا تتعين في العقود والفسوخ ديننا كانت أو عيننا ألا ترى أنه لو أسلم دينارا على المسلم إليه جازا السلم حتى إذا سلم إليه رب السلم قدر الدين قبل الافتراق تم السلم ولو تعين لما صح لكونه كالشئ كالشيء لا نقول هو كذلك لا يتعين لكن المنافع اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد لأن تعيين الدين يكون اشتراطا على من عليه الدين بأن يوفيه وهو شرط مفسد كما إذا اشترى شيئا على أن يكون الثمن على غيره ألا ترى أنه لو كان له دين على شخص فاشترى به شيئا من غير من عليه الدين لا يجوز لهذا المعنى أو نقول كل واحد من بدلي الصرف مبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه هذا إذا لم يكن متعينا بالتعيين كالمضروب وأما إذا كان مما يتعين كالمضروب والتبر فإنه لا يجوز بالاتفاق لأنه يكون بيع المبيع قبل القبض وهو لا يجوز على ما ينص من قبل قال رحمه الله (ولو باع أمة مع طوق قيمة كل ألف بألفين ونقد من الثمن ألفا فهو غن الطوق وإن اشترى بألفين ألفا فنقد وألف نسيئة فالألف غن الطوق)

تساويهما قبل الافتراق
صح) قال الاتقاني فأما إذا
وزنا في المجلس فوجد أسواء
فكان القياس أن لا يجوز
لأن العقد وقع على فساد فلا
يصح بعد ذلك وفي الاستحسان
يجوز لأن ساعات المجلس
جعلت كساعة واحدة
دفعاً للمسر وتحققا للسير
فكان العلم بالمساواة في
المجلس كالعلم بها في حال
العقد اه وكتب علي قوله
صح مانصه وعن أبي حنيفة
لا يجوز اه كمال (قوله
فسد بيع الثوب) أي وعن
الصرف على حاله بقبضه
منه ويتم العقد الأول اه
غاية وكتب علي قوله فسد
بيع الثوب مانصه ولا يبرأ
بأنه عن بدل الصرف اه
(قوله كما نقل عن زفر) أي

ولا يبرأ بأنه عن الصرف عنده أيضا اه ذخيرة (قوله فهو غن الطوق) قال الكمال رحمه الله وبين الفساد بترك القبض يعني
والفساد بالاجل فرق علي قول أبي حنيفة في مسألة وهي ما إذا باع جارية في عنقه طوق فضة زنته مائة ألف درهم حتى انصرف للطوق
مائة من ألف فيصير صرفا فيه وتسعة مائة الجارية ببيعها فأنه لو فسد بترك القبض بطل في الطوق وبيع الجارية بتسعة مائة صحيح ولو فسد بالاجل
بأن باعها بألف درهم إلى أجل فسد قيمتها عند خلافها لمساقتها ما قال لا يفسد في الجارية وفرق أن في الأول انعقد صحيحا ثم طرأ الفساد
فيخص محله وهو الصرف وفي الثاني انعقد أولا على الفساد فشاوع وهذا على الصحيح من أن القبض شرط البقاء على الصحة وفي الكمال
لو أسقط الاجل من له الاجل دون الآخر صح في المشهور وليس في الدراهم والدنانير خيار رد لأنه لا يفسد بذهابها لانه انما وقع
على مثلها بخلاف التبر والحق والاولى من الذهب لانه ينتقض العقد برده تعينه فيه ولو وجد أحدهما أو كلاهما دون الافتراق ما قبض
زيفا أو استوفى فحكه في جميع أبوابه من الاستبدال والبطالان كرأس مال السلم اه (قوله فالألف) كذا هو بخط الشارح رحمه الله
والذي بأيدينا من نسخ المتن فالتقد اه

يعني لو باع أمة في عنقها طوق فضة وزنه ألف مثقال مع الطوق وقيمتها ألف بألفي مثقال ونقدم منه ألفا
 كان المنقود عن الطوق وان اشتراها بألف نسيئة وبألف حالة كان الحال عن الطوق وفي عبارة الشيخ تسامح
 فانه قال قيمة كل ألف أي قيمة كل واحد من الجارية والطوق ألف درهم ولا يعتبر في الطوق القيمة وإنما
 يعتبر القدر عند المقابلة بحسنه وكذا لا يحتاج فيه إلى بيان قيمة الجارية لأن قدر الطوق صار مقابلا بالطوق
 والباقي بالجارية قل قيمتها وكثرت تحري الجواز فلا فائدة في بيان قيمتها ولا في بيان قيمة الطوق إلا إذا قدر أن
 الثمن خلاف جنس الطوق بأن كان فضة والثن ذهب أو بالعكس فحينئذ يفيد بيان قيمتهما لأن الثمن
 ينقسم عليهما على قدر قيمتهما وكذا المراد في قوله فالألف عن الطوق أي ألف الحال عن الطوق وإنما
 كان كذلك لأن حصة الطوق يجب قبضه في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منهما الاتيان
 بالواجب لأن دينهما وعقلهما يتبعهما من مباشرة ما لا يجوز شرعا فيصرف المتأخر إلى الجارية والمقبوض
 والحال إلى الطوق لاحسان الظن بالمسلم ولو كان كل الثمن مؤجلا ففسد البيع في الجميع عند أبي
 حنيفة وقال لا يفسد في الطوق دون الجارية لأن القبض ليس بشرط في حصتها فيقدر الفساد بقدر
 الفساد على ما بينا ولا يبي حنيفة رحمه الله أن الفساد مقارن فيتعدي إلى الجميع كالجاء بين حرو وعبد في
 البيع بخلاف الفساد في المسئلة الأولى فانه طارئ فلا يتعدى إلى غيره كما إذا اشترى عبد من فلهك أحدهما
 قبل القبض أو استحق بعده قال (وإن باع سيفا حليته خمسون بمائة ونقد خمسين فهو حصتها وإن لم يبين
 أو قال من عنهما) يعني يكون المنقود حصة الحلية وإن لم يبين أنه حصتها أو قال خذهما من عنهما ما إذا لم
 يبين فليأخذ كذا أن أمرهما يحمل على الصلاح أو ما إذا قال خذهما من عنهما فلان النسيئة قد راد بها
 الواحد منهما قال الله تعالى نسيأحوتهما والناسي أحدهما وقال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان
 والمراد أحدهما وقال عليه الصلاة والسلام إذا سافرتما فاذناوا فحيما والمراد أحدهما فيجمل عليه لظاهر
 حالهما بالسلام وهذا إذا قال لأمرأيتيه إذا حضمتا حضيت أو ولدتا ولدا فانتباطا لثان فوالت أو حاضت
 إحداهما مطلقا لأنه راد به إحداهما للاستحالة اجتماعهما في ولد واحد أو حضيت واحدة بخلاف ما إذا
 قال إن حضمتا أو ولدتا فانتباطا لثان حيث يعتبر وجوده منهما اللا مكان وعلى هذا لو قال خذهما
 نصفه من عن الحلية ونصفه من عن السيف لا يبطل أيضا ويجعل المقبوض من عن الحلية لأنه لو قال
 بأن السيف يكون المقبوض عن الحلية لأن السيف مع الحلية شيء واحد فيجعل المنقود عوضا
 منه ولأن مراده أن يسلم له كل الثمن ولا يسلم له إلا بهذا الطريق قال (ولو اقترقا بالقبض صح في
 السيف دونها وإن تخلص بالضرر والابطال) يعني بطل العقد فيهما لأن حصة الصرف يجب قبضه قبل
 الاقتراق وإذ لم يقبض حتى اقترقا بطل فيه لفقد شرطه وكذا في السيف إن كان لا يتخلص بالضرر
 لتعذر تسليمه بدون الضرر فصارت كبيع جذع من سقف وإن كان يتخلص بدونه جاز لا لدرعة على التسليم
 فصارت نظير بيع الجارية مع الطوق وذكر في النهاية عزى إلى المسوط فقال لو قال خذهما من عن الحليتين من
 عن السيف خاصة وقال الآخرى أو قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لأن الترجيح
 بالاستحقاق عند المساواة في العقد والاضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع فيكون المدفوع من عن
 السيف خاصة والقول في ذلك قوله لأنه هو المثلل فيكون أعرف بجهته قال الراعي عقوره بغيره يعني أن
 تكون هذه المسئلة كالمسئلة المتقدمة من أنه ينصرف إلى الحلية على ما بينا ومن أنه على التفصيل المتقدم
 يعني إن كانت الحلية تتخلص بغير ضرر صح في السيف خاصة والافيطل في الكل لما بينا وفي المحيط لو قال
 هذان من عن النصل خاصة ينظر إن لم يمكن التمييز لا بضرر يكون المنقود عن الصرف ويصحان جميعا لأنه
 قصد صحة البيع ولا صحة إلا بصرف المنقود إلى الصرف فكنا يجوزاه بصحة البيع وإن أمكن تمييزها
 بغير ضرر بطل الصرف لأنه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع ويجوز البيع بدون جواز الصرف

(قوله فيقدر الفساد بقدر
 الفساد) أي كافي المسئلة
 الأولى وهي ما إذا باعهما
 بالقبض ونقد من الثمن ألفا
 وقال هي من عن الجارية
 اه (قوله بخلاف الفساد
 في المسئلة الأولى) أي وهي
 ما إذا اشتراها بألف نسيئة
 وألف حالة وتفرقا قبل
 قبض الألف حيث لا يتعدى
 الفساد اه (قوله فسيما)
 كذا بخط الشرح والتلاوة
 بدون الفاء اه (قوله وقال
 عليه الصلاة والسلام) أي
 لما لث بن الحويرث وابن عمه
 (قوله يكون المقبوض عن
 الحلية) أي إذا كانت
 لا يتخلص من السيف إلا
 بضرر كما سيأتي آنفا في
 كلامه وكلام المحيط اه
 (قوله لتعذر تسليمه بدون
 الضرر) أي ولهذا لا يجوز
 اقتراعه بالبيع كما مر في
 جزم من سقف اه كمال

فعلى هذا ما ذكره في الميسر على ما إذا كانت الخلية تتخلص من غير ضرر بوفيقا بينه وبين ما ذكر
في المحيط هذا إذا علم أن الفضة التي هي الثمن أكثر مما في الطوق والخلية وإن علم أنها مثله أو أقل منه
لا يجوز للربا وإن كان مجهولا لا يجوز وقال زفر يجوز لأن الأصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي
عن العوض فقام يعلم بكون العقد محكما كموافقته وجه الأول أن العلم بالمساواة عند العقد شرط لصحة
البيع وهذا لأنه يتصور أن يكون أقل منه أو مثله أو أكثر فجهة الفساد من وجهين فترجحت من وجهين
بالكثرة والحرمية قال (ولو باع أناء فضة وقبض بعض ثمنه واقتراص في قبضه والآناء مشتركة بينهما)
يعنى إذا باع بفضة أو ذهب لأنه صرف وهو يبطل بالافتراق قبل القبض فية قدر الفساد بقدر ما لم
يقبض ولا يشيع لأنه طارئ ولا يكون هذا تقرير الصفة أيضا لأن التقرير من جهة الشرع باشتراط
القبض لأن جهة التعاقد لا يثبت للمشتري خيار العيب أيضا بالشركة لأن الشركة حصلت من جهته
وهو عدم التقدير قبل الافتراق بخلاف ما إذا هلك أحد العبدتين قبل القبض حيث يثبت له الخيار في أخذ
الباقى لأنه لم يوجد منه الصنع وبخلاف ما إذا استحق بعض الأناء على ما جرى قال (وإن استحق بعض
الأناء أخذ المشتري ما بقي بقسطه أو رده) لأن الشركة في الأناء عيب لأن التشقيص يضر وهذا العيب
كان موجودا عند البيع مقارنا له بخلاف المسئلة الأولى وهي ما إذا اشترى أناء فضة واقتراصا وقدر بقى عليه
بعض الثمن حيث لا يرد لأن التفريط جاء من جهة المشتري على ما بينا قال (ولو باع قطعة نقر فاستحق
بعضها أخذ ما بقي بقسطه بلا خيار) لأن الشركة فيها ليست بعيب إذا التشقيص لا يضرها بخلاف الأناء
لكن إن استحق قبل القبض بعضه يثبت له الخيار لتفرق الصفة عليه كما إذا اشترى عبدتين فاستحق
أحدهما قبل القبض أو هلك يثبت له الخيار لتفرق الصفة عليه قبل التمام لأن قبله بخلاف ما إذا
استحق بعد القبض لأن الصفة قد غلبت بالقبض قال (وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين وكربر
وشعير بضعفهما) أى بان يبيعهما بكرى بروكرى شعير وانما جاز لأنه يجعل كل جنس مقابلا لجنس
وقال زفر والشافعى رحمه الله لا يصح هذا العقد أصلا لأن مقابلة الخلطة بالخلطة تقتضى الانقسام على
الشيوع لأعلى التبعين ففي حله على خلاف الجنس تغييره فلا يجوز وإن كان فيه تصحيح التصرف لأن
تغيير التصرف لا يجوز تصحيح التصرف فصار كما إذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة
بخمسة وعشرين لا يصح وإن أمكن تصحيحه بصرف كل الربح إلى الثوب وكذا الواشترى عبدا بألف
ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يصح في المشتري بألف لأنه اشترى ما باع
بأقل مما باع وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إلى المشتري وكذا الزوج بين عبده وعبدة غيره وقال بعثك
أحدهما لا يصح للتكثير وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده وكذا لو باع درهمين ودينارين ودينارين
ثم تفرقا قبل القبض بطل العقد في الدرهمين لأنه صرف فيهما وإن أمكن تصحيحه بصرف كل درهم من
جانب إلى الثوب من الجانب الآخر ولما ان في صرف الجنس إلى خلافه تصحيح العقد وإلى جنسه فساد
ولامعارضه بين الفساد والتصحيح لأن التصحيح مشروع باصله ووصفه والفساد باصله دون وصفه ولأن
العقد يقتضى مطلق المقابلة من غير أن يتعرض لمقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا مقابلة
الفرد من جنسه ولا من خلاف جنسه لما عرفت أن المطلق غير معرض للمقيد ولكن مع هذا عند الوجود
لا يوجد المقيد لتعذر وجود ذات بدون صفة وإن كان اللفظ غير معرض للصفة بل للذات فقط على
ما عرفت في موضعه فيحمل على المقيد المصحح عند تعذر العمل بالاطلاق ألا ترى أنه لو قال عند المقابلة على
أن يكون الجنس بخلاف الجنس صح ولو كان منافيا له ما صح فكان حله على المقيد المصحح أولى من حله
على المقيد المفسد وهو مقابلة الكل بالكل شافعا طلب الصحة ألا ترى أن الكلام أصله أن يكون مستعلا
في حقيقته ثم إذا تعذر الحقيقة حمل على المجاز الممكن إذا كان لا يصح إلا بالحل عليه ولئن كان تغييره

(قوله بجهة الفساد من وجهين) أى إذا كانا سواء أو كان وزن الفضة المفردة أقل ووجهة الصحة من وجه وهو أن يكون وزن الفضة المفردة أكثر اه
(قوله فترجحت من وجهين بالكثرة والحرمية) أى وكذا إذا اختلف التجار في قدرها فالبيع باطل اه
غاية (قوله لأنه طارئ) أى بعد صحة العقد في الكل بناء على ما هو المختار من أن التقابض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة فيصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولا يتخير واحد من المتعاقدين لأن عيب الشركة جاء بغير علمهما وهو الافتراق بلا قبض اه كمال رحمه الله (قوله فصار كما إذا اشترى قلبا) أى من الفضة ووزنه عشرة دراهم اه غاية (قوله وثوبا) أى قيمته عشرة دراهم اه غاية (قوله بصرف الألف إلى المشتري) أى والباقى إلى العبد الآخر اه (قوله بطل) الذى فى الهداية فسد اه

(قوله ونصفه بغير المقبوض) قال في الاشارات الكلام من حيث التحقيق راجع الى أن العدة شرع جائزا والفساد انما يكون بفسد ومعارض وههنا متى حكما بالفساد مع امكان حمل اللفظ على وجه الصحة فقد أنبتنا أمرا عارضا فسد المات هو به ولم يعين فلا يجوز على أنا نقول اذا أردت هذه المقابلة بمقابلة الجنس بخلاف الجنس لا يتغير أصل المقابلة بل يتغير وصفها من اطلاق الى تقييد وكل مطلق يجوز أن يراد بالمقيد ولهذا صح التفسير كما قلنا وقد أريد المقيد دهنه بدلالة حال التصرف فكان هذا صحيح التصرف على الوجه الذي قصد المباشرة على خلافه اه اتقاني رحمه الله (قوله فانه ينصرف الى نصيبه) أي وهو النصف الشائع بين النصيبين اه (قوله بخلاف مسألة المراجعة فانه) أي لو صرف كل الربح الى الثوب ١٣٩ لا يبقى بيع الثوب والقلب جميعا مراجعة لانه حينئذ يكون

بيع الثوب مراجعة وبيع القلب تولية والعقد فسد بيعهما مراجعة فيلزم تغيير تصرفه أصلا بخلاف ما نحن فيه اه غاية (قوله وفي الثانية الخ) أراد بها قوله فيما سبق وكذا لو اشترى عبدا بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة اه (قوله غير متعين) أي فيبيع الثمن مجهولا فيفسد العقد وهذا لا لا لو صرفا خمسمائة أو أقل من ذلك بدرهم أو درهمين أو ثلاثة ونحو ذلك الى أن يعبد الآخر لا يلزم شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن بخلاف ما نحن فيه فان طريق التصحيح متعين وهو صرف الجنس الى خلاف الجنس اه غاية (قوله والثالثة) أي ربح ما ألوجع بين عبده وعبده غيره وقال بعنك

تغير الوصف لا تغيير لأصل المقابلة اذ هي موجودة لأن أصل المقابلة فيه افادة الملك في الكل بمقابلة الكل وذلك لم يتغير والدليل على انه يحمل عليه عند التعذر طلب الصحة انه لو باع الجنس بالجنس بأن باع دينارين بدينارين مثلا فقبض كل واحد منهم ما دينارا ثم افترقا صح البيع في المقبوض كله ولو كان كما قاله المصنف الا في نصف كل واحد من المقبوضين لان مقابلة الشئ لا تقتضي أن يكون نصفه مقابلا بالمقبوض ونصفه بغير المقبوض فتبطل حصة غير المقبوض وكذا لو باع درهمين بدرهمين يبطل العقد لان الدرهم يقابل الدرهم والدرهم الآخر يبقى فضلا فلذلك لم يجوز فصار كما لو باع نصف عبده مشتركا بينه وبين غيره فانه ينصرف الى نصيبه تصحيم العقد وكذا لو باع عبدا بألف درهم وفي البلد نقود مختلفة فانه ينصرف الى المتعارف لما قلنا بخلاف مسألة المراجعة فانه بصريه في القلب بصرف كل الربح الى الثوب والتولية تضاد المراجعة فكان ابطاله أصلا وفي الثانية طريق التصحيح غير متعين لانه كما يمكن تصحيحه بصرف الألف الى العبد المشتري يمكن تصحيحه أيضا بصرف الألف ومائة أليه أو الألف ومائتين الى غير ذلك من الصور وفي هذا انظر فان الطرق متعددة في مسألة الكتاب أيضا فانه يجوز أن يصرف الدينار الى الدينار والدرهم الى الدرهم والدينار الى الدرهم كما يجوز أن يصرف الدرهمين الى الدينارين والدرهم الى الدينار وجوابه انه أقل تغييرا فكان أولى والثالثة أضيف البيع الى المنكر فلا ينصرف الى المعين للتضاد بينهما اذا المنكر ليس بمحل للبيع وفي الرابعة يقع العقد صحيحا سواء كان الجنس مقابلا بالجنس أو بخلافه والفساد بعد الصحة عارض بالفراق لا عن قبض اذا قبض شرط البقاء على الصحة وصرف الجنس الى خلافه شرط لتصحيح العقد ابتداء وهو صحيح بدونه فلا حاجة الى الصرف الى الجنس لان الفساد بعده موهوم لاحتمال عدم التقابض وفي الابتداء متحقق فلا بد من الصرف الى الجنس لينعقد صحيحا ثم الاصل في هذا الباب ان أحد البديلين يجب قسمته على البديل الآخر وتظهر فائدته في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق وجوب الشفعة فيما يجب فيه الشفعة ثم ان كان العقد مما لا ربا فيه فان كان لا يتفاوت أحاده فالقسمة على الأجزاء وان كان تتفاوت فالقسمة على القيمة وان كان مما فيه الربا تجب قسمته على الوجه الذي يصح فيه العقد لا غير قال (واحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) يعني يجوز فانه يكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم تصحيم العقد على ما بينا قال (ودرهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) يعني يجوز بيعهم لانهم ما جنس واحد فيعتبر التساوي في القدر دون الوصف والغلة هي الدراهم المقطعة وقيل هو ما يرد بيت المال وتأخذ هذه التجار ولا تنافي لاحتمال ان تكون هي المقطعة قال (ودينار بعشرة عليه أو بعشرة مطلقة ودفع

أحدهما اه (قوله وفي الرابعة) أي وهي ما اذا باع درهمين أو دينارين ووثب وافترا من غير قبض اه (قوله بدونه) أي بدون الصرف الى الجنس اه (قوله لا غير) أي لان القسمة انما تطلب لتصحيح أحكام العقد ولا تحصل احكامه الا مع صحته فلم يجوز أن يقسم قسمة تبطل العقد اه (قوله وقيل هو ما يرد بيت المال) يعني يرد بيت المال الغلة لانه لا يفتها بل لكونه مقطوعا اه غاية (ولا تنافي الخ) جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال قوله الغلة ما يرد بيت المال يشافي قوله درهم صحيح لان الذي يرد بيت المال زبوف فلا يقال لضده صحيح بل يقال جيبا فأجاب بما ذكره ويؤيد ما ذكره في الايضاح بذكره أن يرد غلة لانه عليه صحيحا فأفهم ان الغلة هم المقطعة والله أعلم (قوله في الثمن ودينار بعشرة الخ) اعلم ان ههنا ثلاثة فصول الاول ما اذا باع الدينار بعشرة مطلقة والثاني أن يضيف الى الدين بأن يبيع

الدينار بالعشرة التي عليه والثالث يبيعه دينار بعشرة ثم يحدث المشتري الدينار عشرة على بائع الدينار بأن باع منه ثوباً بعشرة فيتقاصان والاول والثاني مذكوران في المتن والثالث سيد كرهه الشارح رحمه الله انتهى (قوله اما اذا قابل الدينار بالعشرة الى آخره) قال الاتقاني رحمه الله اما اذا أضاف الى الدين صح بالاجماع وتسقط العشرة عن ذمة من هي عليه لانه ملكها بادل عن الدينار غاية ما في الباب ان هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط قبض أحد العوضين احترازاً عن الكالي بالكالي ويشترط قبض الآخر احترازاً عن الربا وذلك لان قبض أحد البديلين حصل الامن من خطر الهلاك فلو لم يتقد الآخر يكون فيه خطر الهلاك لان الدين في معنى الناي فيلزم الربا وهذا المعنى معدوم فيما نحن فيه لان الدينار نقد وبه وهو العشرة سقطت عن بائع الدينار حيث سلمت له فلم يبق خطر الهلاك وتحققه أن تعين البديل ١٤٠ الآخر انما كان احترازاً عن الربا ولا ربا في دين يسقط وانما الربا في دين يقع

الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة) أي يجوز ذلك ومعناه أن يكون لرجل على آخر عشرة دراهم دين فيأبى الذي عليه العشرة ديناراً بالعشرة التي عليه أو بعشرة مطلقة ودفع الدينار اليه ثم تقاصا العشرة بالعشرة فكلاهما جائزاً أما اذا قابل الدينار بالعشرة التي عليه ابتداء فلانه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعينها بالقبض وذلك جائز اجماعاً لان تعين أحد العوضين بالقبض في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر للاحتراز عن الربا ولا ربا في دين يسقط وانما الربا في دين يقع الخطر في عاقبته بأن يتوى عليه ويسلم المقبوض عن التوى ومعنا أن السالم يبين الذي على خطر التوى فيتحقق الفضل الأتري انهم الوتصار فادراهم دين بدنانير دين يصح لفوات الخطر لكون كل واحد منهما ثابتاً قبل البيع ويسقط بالبيع وأما اذا باعه بعشرة مطلقة ثم تقاصا فالمدكو رهنا استحساناً والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لانه يكون استبدالاً للصرف لان الذي وجب عليه بالصرف غير الذي كان عليه وهذا لانه وجب بالصرف دين يجب تعيينه بالقبض احترازاً عن الربا والدين الذي كان عليه لا يجب قبضه فكأنما غير من الأتري أن المقاصة لا تقع بنفس العقد لعدم المجانسة فيكون التقاص بعد ذلك استبدالاً للصرف لانه أخذ ما في ذمته بدل ما وجب له عليه من ثمن الدينار فلا يجوز ولهذا لا يجوز في رأس مال السلم وجه الاستحسان انهم الماتقاصا تضمن انفساخ الاول وانعقاد صرف آخر غير الاول مضافاً الى العشرة الدين اذ لو لا ذلك لكان استبدالاً للصرف فثبتت الاضافة اقتضاء كالتوبايعا بالف ثم جدداه بالف وخمسة مائة فان البيع الاول ينسخ ضرورة ثبوت الثاني اقتضاء فكذا هذا ولا فرق في ذلك بين أن يكون الدين موجوداً قبل عقد الصرف أو حصل بعده وقيل لا يجوز التقاص بدين حادث بعد الصرف لانه يكون تقاصاً بدين سيجب والاول هو الاصح لان التقاص هو الذي يتضمن الفسخ للصرف الاول وإنشاء صرف آخر فيكتفي بوجود الدين عنده لانه يكون عقداً جديداً من ذلك الوقت من غير استناد الى ما قبله فلا حاجة الى سبق وجوبه بخلاف رأس مال السلم حيث لا يجوز جعله قصاصاً بدين آخر مطلقاً متقدماً كان أو متأخراً لان المسلم فيه دين ولو صححت المقاصة برأس المال يصير افتراقاً عن دين بدين وهو ممنى عنه ولان جواز السلم بخلاف القياس رخصة وهو أخذ عاجل بأجل المضروقة فاذا لم يقتض شيئاً فلا ضرورة فلا يجوز ولهذا لا يجوز اضافة الدين ابتداءً بان يجعل الدين الذي على المسلم اليه رأس مال السلم بخلاف الصرف قال (وغالب الفضة والذهب فضة وذهب حتى لا يصح بيع الخالص بها ولا يبيع بعضها ببعض الامتساو ياوزنا) ولا يصح الاستقراض بها الاوزنا

الخطر في عاقبته ولهذا قلنا ان الدين بالدين حرام ومع هذا الوتصار فادراهم دين بدنانير دين صح لفوات معنى الخطر في دين يسقط بخلاف ما اذا لم يكن لكل واحد منهما على الآخر دين حتى تصار فادراهم دين بدنانير دين لم يصح انتهى (قوله لانه يكون استبدالاً للصرف) أي قبل القبض ولهذا لم تجز هذه المقاصة بالاتراض ولهذا لو أخذ مكان الدراهم ديناً أو عرضاً لا يجوز ان ياتقاني (قوله فثبتت الاضافة اقتضاء) وأبي ذلك زفر لانه لا يقول بالاقتضاء وخالفنا في ذلك كما خالفنا في قوله اعتق عبدك عني بالف درهم انتهى غاية (قوله وقيل لا يجوز التقاص بدين حادث) قال الاتقاني رحمه الله وأما اذا حدث الدين بعد بيع الدينار بالعشرة بأن باع

مشتري الدينار ثوباً من بائع الدينار بعشرة دراهم فسلم الثوب ولم يقبض العشرة ثم تقاصا العشرة بالعشرة في المجلس لانهما ففيه روايتان في رواية أبي حفص لا يجوز واختره شمس الأئمة السرخسي وقاضيان وفي رواية أبي سليمان يجوز المقاصة واختاره نفاً للاسلام ولصدرا الشهيد والزاهد والعتابي وجه رواية أبي حفص أن النبي صلى الله عليه وسلم جواز المقاصة في حديث ابن عمر في دين سابق للاحق ووجه رواية أبي سليمان أن العقد الاول ينسخ اقتضاء تحصيل المقاصد وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه والمسئلة في كتاب الصرف قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقرض بائع الدينار عشرة دراهم من المشتري أو غصب منه فقد صار قصاصاً ولا يحتاج الى التراضى لانه قد وجد منه القبض انتهى اتقاني (قوله ولهذا لا يجوز اضافته الى الدين الى آخره) ولا يتاني هذا ما تقدم أنه لو أسلم ديناً على المسلم اليه جاز السلم انتهى (قوله ولا يصح الاستقراض بها الاوزنا) أي اذا اشترى بها ثوباً أو عرضاً

بعينه وأشار إليه وأضاف العقد إليه فان العقد جائز وان لم يسم وزنه لانه يصير معلوما

١٤١

بالإشارة ولكن لا ينعين للعقد

انتهى غاية (قوله في المتن)
وغالب الغش ليس في حكم
الدرهم الى آخره) اعلم أن
الكرخي يسمى هذا النوع
الستوق فقال الستوق
عندهم ما كان الصفر أو
النحاس هو الغالب فاذا
كان الصفر أو النحاس هو
الغالب كانت في حكم الصفر
أو النحاس حتى لا تباع
بالصفر أو النحاس الا مثلا
بمثل يدا بيد ولكن اذا
بيعت هذه الدراهم بجنسها
متفاضلا جاز ويصرف
الجنس الى خلاف الجنس
تجوز للعقد وبشترط
القبض لكونه صرفا لانه
بيع فضة بفضة فلما اشترط
القبض في الفضة اشترط
في الصفر أو النحاس أيضا
لان في تميزه مضرة انتهى
اتقاني (قوله وان كان
ياخذها الى الخ) فان كان
يقبلها البعض دون البعض
فهى كالزئوف والابتعاق
العقد بعينها بل بجنسها
زئوفا اه (قوله ولعدمها)
الذى بخط الشارح ولعدمها
اه (قوله في المتن والمتساوى
الخ) قال في التحفة وان
كان الغش مع الفضة سواء
فيكون حكمه حكم الفضة
في أنه لا يباع الا وزنا ولا
يجوز بيعه بمجازفة وعددا
واذا قوبل بالفضة الخالصة
في البيع راعى فيه طريق

لانهم لا يتخلون عن قليل غش اذ هما لا يطبعان عادة بدونه وقد يكون الغش فيه ماخلقة فيعسر التمييز
بين الخلوطين والخلقي فيلحق القليل من الغش بالرداءة والردى والجيد منهما سواء عند المقابلة بالجنس
فيجعل الغش الذي فيه ماعدوما حتى لا يكون له اعتبارا أصلا بخلاف ما اذا كان الغش هو الغالب
عليها حيث تعتبر الفضة والذهب اللذان فيه على ما يذ كر من الفرق من قريب ان شاء الله تعالى قال
(وغالب الغش ليس في حكم الدراهم والدنانير) لان العبرة للغالب في الشرع قال (فصح بيعها بجنسها
متفاضلا) أى بالمغشوش مثلها عدا أو وزنا لان الغش من كل واحد منهما مقابل بالفضة
أو الذهب الذي في الآخر فلا يضر اتفاضل فيه ما لاختلاف الجنس وبشترط التقابض قبل الافتراق
لانه صرف في البعض لوجود الفضة أو الذهب من الجانبين وبشترط في الغش أيضا لانه لا يميز الا بضرر
بخلاف بيع درهم وثوب بدرهم وثوب حيث لا يشترط القبض الا في الدرهمين وكذا اذا بيعت بالفضة
الخالصة أو الذهب الخالص لا بد أن يكون الخالص أكثر من الفضة أو الذهب الذي في المغشوش حتى
يكون قدره بمثل الزائد بالغش على مثال بيع الزيتون بالزيت والجارية وطوقها بالفضة فاعتبر الفضة
أو الذهب المغلوب بالغش هنا حتى لا يجوز بيعه بجنسه الا على طريق الاعتبار ولم يعتبر الغش المغلوب
بالفضة أو الذهب فجعل كأنه كله فضة أو ذهب فيمنع بيعه متفاضلا والفرق بينهما ان الفضة المغلوبة
أو الذهب المغلوب موجود حقيقة حال من حيث اللون وما لا بالاذابة فان الذهب والفضة يخلصان
منه بالاذابة فكأنهما موجودين حقيقة وحكما حتى يعتبر ما فيه من الفضة والذهب من النصاب في
الزكاة أيضا بخلاف الغش المغلوب بهما لانه يحترق أو يهلك ولا لون له في الحال أيضا فلا يمكن اعتباره أصلا
حتى لو عرف أن الفضة أو الذهب الذي في الغش الغالب يحترق ولا يخرج منه شيء كان حكمه حكم
النحاس الخالص حتى لا يكون الفضة أو الذهب الذي فيه اعتبارا أصلا ولا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا
ان كان موزنا للربا ومشائخنا رجعهم الله لم يفتوا بجواز التفاضل في الغطارفة والعسد الى وان كان
الغالب فيها الغش لانهم أعز الاموال في ديارهم في ذلك الزمان فلو أبيع التفاضل فيها لانفتح باب الربا
قال (والتبائع والاستقراض عابرون عددا أو وزنا أو بهما) لان المتبائع فيما لانص فيه العادة
وهذا لانهم لما كان الغالب فيها الغش صارت كالفلوس فيعتبر فيها عادات الناس كما يعتبر في الفلوس
العادة في المعاملة بها حتى اذا كانت تروج بالوزن في الوزن وان كانت تروج بالعدد تعتبر بالعدد
وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما قال (ولا ينعين بالعين لكونه أثمانا) يعنى مادامت تروج
لانها بالاصطلاح صارت أثمانا فمادام ذلك الاصطلاح موجودا لا تبطل التثنية لقيام المقضى قال
(وبيعين بالعين ان كانت لا تروج) لزوال المقضى للتثنية وهو الاصطلاح وهذا لانها في الاصل هى
سلعة وانما صارت أثمانا بالاصطلاح فاذا تركوا المعاملة بها رجعت الى أصلها وان كان يأخذها البعض
دون البعض فهى مثل الدراهم لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها ان كان البائع يعلم بحالها وان كان
لا يعلم بحالها وباعه بها على ظن أنها دراهم جياذ تتعلق حقه بالحياد لوجود الرضاها في الاولى ولعدمها
في الثانية قال (والمساوى كغالب الفضة في التبائع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش) يعنى
الذى استوى غشه وفضته أو غشه وذهبه حكمه في التبائع والاستقراض كحكم الدراهم التى غلب عليها
الفضة حتى لا يجوز البيع بها ولا اقراضها الا بالوزن بمقولة الدراهم الرديئة لان الفضة موجودة فيها
حقيقة ولم تصر مغلوبة فيجب اعتبارها بالوزن شرعا كالخطة في سبيلها الا أن يشير اليها في المبايع فيكون
بينا بالقدرها ووصفها كما لو أشار الى الدراهم الجيدة ولا ينتقص العقد بها كها قبل التسليم ويعطيه مثلها
لانهم اثنان فلم ينعين وفي الصرف حكمه كحكم فضة غلب عليها الغش حتى اذا باعها بجنسها جاز على وجهه

الاعتبار ان علم ان الفضة الخالصة أكثر جاز حتى تكون الفضة بازاء الفضة وزنا والزيادة بازاء الغش وان كانت الفضة الخالصة أقل من
الفضة التى في المغشوش أو مثلها أو لا يدري لا يجوز لما فيه من الربا اه اتقاني

(قوله في المتن وكسد الخ) قال الكمال وما ذكرناه في الكساد مثله في الانقطاع والفلوس النافقة اذا كسدت كذلك هذا اذا كسدت أو انقطعت فلولا تمكسده لم تنقطع ولكن نقصت قيمته قبل القبض فالباع على حاله بالاجماع ولا يخير البائع وعكسه لو غلغت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ولا يخير المشتري ويطالب بالف بذلك العيار الذي كان وقت البيع اه قال في الاشارات اذا اشترى شيئا بفلوس فكسدت قبل القبض فسد العقد عندنا خلافا لفر وقال في شرح الطحاوي ولو اشترى مائة فلس بدرهم فقبض الفلوس أو الدرهم ثم افرق جازا البيع لانهم ما افرقا عن عين بدين فان كسدت الفلوس بعد ذلك فانه ينظر ان كان الفلوس هو المقبوض فلا يبطل البيع لان كساد الفلوس بمنزلة هلاكها وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع وان كان الفلوس غير مقبوض يبطل البيع استحسانا لان كساد الفلوس بمنزلة الهلاك وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد والقياس أن لا يبطل لانه قادر على أداء ما وقع العقد عليه وقال بعض مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشتري ابطاله فسخا لان كسادها بمنزلة عيب فيها والمعقود عليه اذا حدث به عيب قبل القبض ثبت للشري فيه الخيار والاول أظهر ولوقد الدرهم وقبض من الفلوس نصفها خسين ثم كسدت الفلوس قبل ان ينقد النصف الآخر بطل البيع في نصفها وله أن يسترد نصف الدرهم اه اتقاني (قوله بطل البيع) ليس على حقيقته بل المراد بالبطلان الفساد ١٤٣ اه (قوله وعلى هذا اذا باع شيئا بالدرهم إلى آخره) لما ذكر المصنف حكم

الدرهم التي غلب عليها الاعتبار ولو باعها بالفضة الخاصة لا يجوز حتى تكون الخاصة أكثر عافيه من الفضة لانه لا غلبة لاحدهما على الآخر فيجب اعتبارهما فصار كل لوجه بين فضة وقطعة نحاس فباعهما غلغلها أو بفضة فقط وفي فتاوى قاضين ان كان نصفها صغرا ونصفها فضة لا يجوز فيه التفاضل فظاهرها أنه أراد به فيما اذا بيعت بجنسها وهو بخلاف ما ذكرناه وجهه أن فضتها لم تضر مغلوبة جعلت كأن كلها فضة في حق الصرف احتياطا قال (ولو اشترى به أو بفلوس نافقة شيئا وكسد بطل البيع) أي لو اشترى بالدرهم التي غلب عليها الغش أو بالفلوس وكان كل واحد منهما نافعا حتى جازا البيع لقيام الاصطلاح على التمنية وعدم الحاجة إلى الإشارة لالتحاقهما بالثمن ثم كسدت بطل البيع وكذا اذا انقطعت عن أيدي الناس وعلى هذا اذا باع شيئا بالدرهم ثم كسدت أو انقطعت عن أيدي الناس بطل البيع ويجب على المشتري رد المبيع ان كان قائما والا فثمنه ان كان من ذوات الامثال والافقيته وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يبطل لان العقد قد صح ببقاء الاصطلاح على التمنية عند وجوده وانما تعذر التسليم بعد ذلك لا يوجب الفساد لاحتمال الزوال بالراجح فصار كل لو اشترى شيئا بالرطب ثم انقطع عن أيدي الناس واذا لم يبطل البيع عندهما وقد عذر تسليمه بيمينته لكن يعتبر قيمته يوم البيع عند أبي يوسف لان الثمن صار مضمونا به كالغصوب فانه يعتبر قيمته يوم الغصب لانه مضمون به وعند محمد يعتبر قيمته يوم الكساد وهو آخر ما يتعامل الناس به لانه يوم الانتقال إلى القيمة لان المسمى كان واجب التسليم إلى أن ينقطع فاذا انقطع انتقل إلى القيمة للتعذر بيمينته يومئذ ولا يبي حنيفة أن التمنية بالاصطلاح فبطل التمنية زال الموجب والمقتضى لها فيبقى البيع بلائن فيبطل ولا يقال

الدرهم التي غلب عليها الغش إذا باع بها وكسدت قبل القبض وحكم البيع بالفلوس ذكر الشارح حكم البيع بالدرهم الجيدة اه (قوله أو انقطعت عن أيدي الناس) قال الكمال وان لم يكن أي البيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا اه (قوله) نقل في الخلاصة عن المحيط دلال باع متاع الغير بأذنه بدرهم معلومة واستوفى الدرهم فقبل ان يدفع إلى صاحب المتاع كسدت الدرهم لا يفسد البيع لان حق القبض له اه غايه (قوله)

والافقيته) أي كالمقبوض على وجه البيع الفاسد اه غايه (قوله وقال أبو يوسف ومحمد لا يبطل) قال الاتقاني ان وجه قولهم ما أن الكساد لا يؤجل لفساد لان غايه ما في الباب أن التسليم يتعذر به وتعذر التسليم لا يوجب فساد العقد اه (قوله ثم انقطع عن أيدي الناس) أي لا يبطل البيع اتفاقا ونجيب القيمة أو ينتظر زمان الرطب في السنة الآتية فكذا هذا اه فتح (قوله لكن يعتبر قيمته يوم البيع) قال الكمال قال في الذخيرة وعليه الفتوى اه (قوله وعند محمد يعتبر يوم الكساد) قال في الخففة وهذا كالاختلاف بينهما في غصب من اليد وانقطع قال أبو يوسف نجيب قيمته يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع اه غايه وكتب على قوله وعند محمد يعتبر قيمته يوم الكساد مانصه قال الكمال وقال محمد وعليه قيمته آخر ما يتعامل الناس به وهو يوم الانقطاع لانه أو ان الانتقال إلى القيمة وفي المحيط والتمتة والحقائق وبه يقتضي رفق بالناس اه (قوله فيبقى البيع بلائن فيبطل) المراد منه الفساد أيضا لذغايته أنه بمنزلة من باع وسكت عن الثمن ولو باع وسكت عنه يكون البيع فاسدا كما ذكره ابن فرشتا في أول فصل البيع الفاسد تنقلا عن الايضاح وقال في الكنز في باب التحالف مانصه اختلفا في قدر الثمن أو المبيع قضى لمن برهن وإن برهنا فثبتت الزيادة وإن عجز أول برضا بدعوى أحدهما تحالفا ويؤدى بيمين المشتري وفسخ القاضي بطالب أحدهما قال الشارح لانهم الماحلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع بيمين مجهول أو بلا بدل فيفسخ لان البيع بلائن أو بيمين مجهول فاسد ولا بد من الفسخ فيه اه فهذا صريح بأن

البيع بلائع فاسد لا باطل اذا نسخ يستدعي وجود العقد وهو معدوم في الباطل هذا ما ظهر لكاتبه والله الموفق وعبارة لاشارات التي نقلتها عند قوله في المتن كساد الخ تؤيد ما قلته اه (قوله وحده الكساد الخ) قال في الفتاوى الصغرى وتفسير الكساد مذكور في البيوع انها لا تروج في جميع البلدان ثم قال عند اعلی قول محمد اهما الكساد في بلدة واحدة يكفي في فساد البيع في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلاس بالفلسين عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعنده لا لأنه يعتبر اصطلاح الكل وقال أيضا ولو كان مكانه تكاح يجب مهر المثل وفي الميعون ان عدم الزواج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج في جميع البلدان لأنه حينئذ يصيرها كالباقي ويبقى البيع بلائع فأما اذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لأنه لم يهلك ولكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء قال أعظم مثل النقد الذي وقع عليه العقد وان شاء أخذ قيمته ذلك ذاتير اه اتقاني (قوله في المتن وصح البيع بالفلاس النافقة وان لم يعين) قال أبو الحسن الكرخي قال أبو خنيفة وأبو يوسف ومحمد الفلاس والدراهم والدنانير أثمان الاشياء لا تعين في البيع وان شرط المتبايعان أعيانها ١٤٣ ويكون ما أوجب لكل منهما في

العقد على نفسه ديناً في ذمته ولا يجب لكل واحد منهما أن يسلم ما شرط من العين ان شاء أعطى العين وان شاء أعطى منها وليس للمشتري منه أن يجبره على تسليم العين اليه والخيار في ذلك الى البائع دون المشتري قال القدروري في شرحه وذلك لان الفلاس النافقة لا فائدة في تعيينها فصارت كالدراهم والدنانير واذا لم يتعين فالعقد بالخيار ان شاء سلم ما أشار اليه وان شاء سلم عينها وان هلك لم ينسخ العقد بهلا كهلانه لم يقع عليها وهذا بخلاف ما اذا كانت كاسدة لانها مبيعة فالبيع لا يصح اطلاق العقد عليه مالم

ان العقد تناول عينها والعين باقية بعد الكساد وهي مقدورة التسليم لاننا نقول تناولها بصفة الثنية وبالكساد تعدم الصفة بخلاف انقطاع الرطب فإنه يعود غالباً في العام القابل فلم يكن هلاكاً من كل وجه فلم يبطل وفي النحاس وأمثاله الاصل هو الكساد لعدم الانتفاع بعينه فاذا كسد رجع الى أصله على وجه يغلب على الظن أنه لا يعود لان الشيء اذا رجع الى أصله قلما يزول وحده الكساد أن تنزل المعاملة بهم في جميع البلاد فان كانت تروج في بعض البلاد لا يبطل البيع لكنه يتعيب اذا لم تروج في بلدهم فيختار البائع ان شاء أخذهم وان شاء أخذ قيمته وحده الانقطاع أن لا يوجد في السوق وان كان موجوداً في يد الصيارفة وفي البيوت قال (وصح البيع بالفلاس النافقة وان لم يعين) لانها أموال معلومة صارت ثمناً بالاصطلاح فجاز بيعها ووجب في الذمة كالدراهم والدنانير وان عينها لا تعين لانها صارت ثمناً بالاصطلاح الناس وله أن يعطيه غير هالان الثمنية لا تبطل بتعيينها لان التعيين يحتمل أن يكون ليان قدر الواجب وصفه كافي الدراهم ويجوز أن يكون لتعلق الحكم بعينها فلا يبطل الاصطلاح بالمحتمل مالم يصرحا بطلانه بان يقول أردناه بتعلق الحكم بعينها حينئذ يتعلق العقد بعينها بخلاف ما اذا باع فلان بفلسين باعيانها بحيث يتعين من غير تصريح لأنه لو لم يتعين لفسد البيع على ما سئلت قبل فكان فيه ضرر وتحرر بالجواز وهنا يجوز على التقديرين فلا حاجة الى ابطال اصطلاح الكفاية وهذا يتأتى على قولهم ما على قول محمد لا يتعين وان صرحا به وأصل الخلاف أن اصطلاح العامة لا يبطل باصطلاحهما على خلافه عنده وعندهما يبطل في حقهما لعدم ولاية الغير عليهما فلا يلزمهما قال (وبالكساد لا حتى يعينها) أي اذا باع بالفلاس الكاسدة لا يجوز البيع حتى يعينها الا انما سلع فلا بد من تعيينها قال (ولو كسدت أفلس القرض يجب رد مثلها) وهذا عند أبي خنيفة رحمه الله وقال لا يجب عليه رد قيمتها لأنه تعدد ردّها كما قبضها لان المقبوض عن والمردود ليس بثمن ففانت المماثلة فوجب القيمة كالأموال المستقرض متلباً فانقطع عن أيدي الناس لكن عند أبي يوسف تعتبر قيمته يوم القبض وعند محمد يوم الكساد وقول محمد أنظر في حق المستقرض لان قيمته يوم الانقطاع أقل وكذا

يتعين اه اتقاني وكتب على قوله النافقة مانصه النافقة الرائجة اه اتقاني (قوله في المتن ولو كسدت الخ) وانما قيد بالكساد احترازاً عن الرخص والغلام لان الامام الاسيحي الذي ذكر في شرح الطحاوي وأجمعوا ان الفلاس اذا لم تكسد ولكن غلث قيمتها ورخصت فعليه مثل ما قبض من العدد قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره واذا استقرض الرجل من رجل دراهم بخارية أو طبرية أو يزيدية أو فلولسافي الحال التي تنفق فيها ثم كسدت فان بشرى الوليد قال سمعت أبا يوسف قال عليه في قياس قول أبي خنيفة مثلها واستأروى ذلك عنه ولكن الرواية في الفلاس اذا أقرضها ثم كسدت قال أبو الحسن الكرخي لم يختلف الرواية عن أبي خنيفة في قرض الفلاس اذا كسدت ان عليه مثلها قال بشرى وقال أبو يوسف عليه قيمتها من الذهب يوم وقع القرض في الدراهم التي ذكرت لك أصنافها وقال محمد عليه قيمتها اذا كسدت في آخر وقت نفاقها قبل أن تكسد اه اتقاني (قوله في المتن أفلس) والفلاس الذي يتعامل به جمعه في القلة أفلس وفي الكثرة فلولس اه مصباح (قوله وكذا في حق) أي وكذا قول محمد أنظر في حق المقرض أيضاً الخ اه

(قوله وقول أبي يوسف أيسر) قال في الهداية وقول محمد بن أنظر للجائنين قال الاتقاني أي لجانب المقرض والمستقرض وهذا لان على قول أبي حنيفة يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول أبي يوسف تجب القيمة يوم القبض ولا شك أن قيمته يوم القبض أكثر من قيمته يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد بن أنظر لها جميعا اه (قوله معلومة) أي للمقرض والمستقرض وسائر الناس اه غايه (قوله ويوم الكساد لا تعرف) أي تشبهه على الناس ويختلفون فيها اه غايه (قوله وعند أبي يوسف يوم الغصب) والذي بخط الشارح يوم البيع بدل الغصب وفيه نظر اه (قوله في المتن ولو اشترى شيئا بنصف درهم فلوس صح) قال في الهداية ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس قال الاتقاني رحمه الله هذا لفظ القدروري في مختصره قال صاحب الهداية وكذا اذا قال بدائق فلوس أو بقيراط فلوس جاز وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك كذا ذكره الخلاف في المختلف والمحصر وغيرهما ١٤٤ وجه قول زفر أن الفلوس تعتبر بالعدد وتقديره لا بالدائق والدرهم

فإن لم يتبين عدد الفلوس كان مجهولا فلا يجوز ولأن العقد وقع على الدائق والدرهم ثم شرط إيقائه من الفلوس يكون شرط صفقة في صفقة فلا يجوز كما لو اشترى بدرهم فلوس ولنا أن كلامنا فيما إذا كان ما يباع بنصف درهم أو بدائق من الفلوس معلوما عند الناس بأن يكون الدرهم أو الدائق عبارة عن قدر من الفلوس كما يكون كذلك في بعض البلاد فإذا كان قدر الفلوس معلوما كان كأنه صرح بقدرها فجاز لعدم الجهالة ولا نسلم أن العقد وقع على الدائق والدرهم بل وقع على الفلوس لأنه أوضحه المفظ الفلوس والفلوس

في حق المقرض بالنظر إلى قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف أيسر لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد لا تعرف إلا بحرج ولا يبي حنيفة أن الفرض اعارة وهو جها ردا العين معنى وذلك يتحقق برذمته والثمنه زيادة فيه لان صحة الفرض لا تعتمد الثمنية بل تعتمد المثل وبالكساد لم يخرج من أن يكون مثليا ولهذا أصبح استقرضه بعد الكساد وصح استقرضه ما ليس بقرن كالخوز والبض والمكيل والموزون وإن لم يكن ثمننا ولولا أنه اعارة في المعنى لما صح لانه يكون مبادلة الجنس بالجنس نسبية وانه حرام فصار الردود عين المقبوض حكما فلا يشترط فيه الراج كذا العين المغصوبة والقرض كالغصب اذ هو مضمون بعينه والاختلاف فيه مبني على الاختلاف فيمن غصب مثليا كالرطب مثلا ثم انقطع عن أيدي الناس يجب عليه قيمته بالاجماع لكن عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند أبي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع ووجه البناء عندهما ظاهر وكذا عند أبي حنيفة لان قيمتها كاسدة وعينها سواء في يوم الخصومة فلا فائدة لإيجاب القيمة والعدول عن العين بل إيجاب العين أولى لانه أعديل من القيمة وانما عدل في الغصب الى القيمة لتعذر رد العين بالانقطاع قال رحمه الله (ولو اشترى شيئا بنصف درهم فلوس صح) وعليه فلوس تباع بنصف درهم وعلى هذا لو قال بثلاث درهم أو بربعه أو بدائق فلوس أو بقيراط فلوس وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه يبيع إما بقيمة نصف درهم فضة أو بفلوس وزنه نصف درهم وكلاهما لا يجوز أما الاول فلانه باعه بقيمة غيره ولو باعه بقيمة نفس المبيع لا يجوز بقيمة غيره أولى فصار نظيره ما لو باع جارية بقيمة عبد وأما الثاني فلان الفلوس مقدرة بالعدد لا بالوزن ولهذا لا يجوز في الكثير منه هذا الطريق فكذا في القليل أو يكون اشترى بفضة على أن يعطى بدلها فلوسا فمقدرة التبايع بهذا الطريق متعارف في القليل وهو معلوم بين الناس لا تتفاوت قيمة الفضة فيها فلا يؤدي الى النزاع بخلاف ما استشهد به لانه مجهول فيفضي الى النزاع ولو اشترى بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد لان الجواز العادة ولم يوجب في الدرهم وقال أبو يوسف يجوز في الكل لانه معلوم عند الناس ولا تتفاوت قيمة الفضة من الفلوس فصار كالو بين عدد الفلوس فلما أن غنع قال رحمه الله (ومن أعطى صير في درهم ما فقال أعطى به نصف درهم فلوسا ونصفا لاجبة صح) لانه قابل الدرهم بنصف درهم

فلوس

استعمل في الكسور صونا للدرهم عن الكسور وذكر الدائق لتقدير الفلوس

الواجب بالعقد بخلاف ما إذا اشترى بدرهم فلوس لان الفلوس لا تستعمل مكان الدرهم فكان العقد واقعا على الدرهم ثم شرط إيقائه من الفلوس شرط صفقة فلا يجوز اه (قوله ولو اشترى بدرهم فلوس لا يجوز) قال في الهداية ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس فكذا عند أبي يوسف لان ما يباع من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد أنه لا يجوز ويجوز فيها دون الدرهم لان في العادة المبيعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم فالواو قول أبي يوسف أصح سيما في ديارنا اه وكتب على قوله في ديارنا ما نصه بمأوراء النهر لان قدر ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وإرادته المسئلة وهي شراء الفاكهة بدرهم فلوس في كتاب الصرف لانه يشبه مبادلة الدرهم بالفلوس وهما من جهة الأثمان والصرف نوع يبيع ببيع في الأثمان اه اتقاني (قوله في المتن نصف درهم فلوسا) بالنصب على أنه صفقة للنصف في قوله نصف درهم ويجوز جرمه على أنه صفقة لدرهم أي درهم هو فلوس اه اتقاني بالمعنى

وقوله ونصف درهم الاحبة من الفضة) أي جاز ذلك لان الدرهم لما كان عبارة عن قدر معلوم من الفلوس صار كأنه قال أعطني بهذا الدرهم كذا كذا فلوس ونصف درهم الاحبة فلو صرح بجاز فكذا اذا ذكر ما هو معناه فكان النصف الاحبة بازاؤه من الفضة من الدرهم والفلوس بازاء الباقي من الدرهم قال في الاصل ولو شرطه فقال أعطني كذا كذا فلوسا ودرهما صغيرا وزنه نصف درهم الاقرباطا كان هذا جائزا كله اذا تقابضا قبل أن يفترقا اه اتقاني (قوله حتى لو قال أعطني بنصفه) قال في الهداية ولو كرر لفظة الاعطاء كان جوابه بجوابهما لانهم ما بيعان قال الاتقاني رحمه الله ذكر هذا تقر بعا على ما تقدم (١٤٥) وفيه نظر لانه يفهم من هذا الجواب أن

قول أبي حنيفة كقولهما اذا كرر لفظ الاعطاء بأن يجوز العقد في حصة الفلوس ويبطل في حصة الفضة وليس كذلك فان محمد اذ كر في كتاب الصرف من الاصل وقال واذا دفع الرجل الى رجل درهما فقال أعطني بنصفه كذا كذا فلوسا وأعطني بنصفه الباقي درهما صغيرا يكون فيه نصف درهم الاحبة فان هذا قاسد لانه صرف نصفه بنصف الحصة وينبغي على قياس قول أبي حنيفة أن يفسد في الفلوس والدرهم الصغير جميعا لانهم مصفة واحدة فانها في فسد بعضها فسد كلها وفي قول أبي يوسف الفلوس جازة لازمة له والدرهم الصغير بنصف درهم الاحبة باطل الى هنا لفظ محمد في الاصل فقد صرح أن الصفة واحدة ومباح الهداية قال انهما بيعان اه (قوله جاز في الفلوس الخ) أي لان العقد تفرق بتكرار

فلوس ونصف درهم الاحبة من الفضة فيكون نصف درهم الاحبة بمقابل الفضة ونصف درهم وجبة بمقابل الفلوس ولو قال أعطني بنصفه فلوسا ونصفه نصف الاحبة بطل في الكل على قياس قول أبي حنيفة وعندهما صح البيع في الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة لان الفساد عندهما عند التفصيل لا بتقدير بقدر الفساد وعندهما يفسد وأصل الخلاف أن العقد يتكرر عنده بتكرار اللفظ وعندهما بتفصيل الثمن حتى لو قال أعطني بنصفه فلوسا وأعطني بنصفه نصف الاحبة جاز في الفلوس وبطل في الفضة بالاجماع وقد مر نظيره فيما اذا جاع بين حر وعبد ونحوه ثم ان اقترا في هذه المسئلة قبل أن يقبض الفلوس والنصف الاحبة بطل في النصف الاحبة لان العقد فيه صرف وقد اقترا قبل قبض أحد البدلين ولا يبطل في الفلوس لان العقد فيها بيع فيكفي قبض أحد البدلين ولو لم يعطه الدرهم ولم يأخذ هو الفلوس حتى اقترا بطل في الكل لانهما اقترا عني دين بدين فثبت مجموع ما مضى أن الاموال أنواع نوع عن بكل حال كالنقدين صحبه الباء أو لا قبل بجنسه أو بغير جنسه ونوع مبيع بكل حال كالتياب والدواب والعبيد ونوع عن من وجه مبيع من وجه كالمكيل والموزون غير النقدين فانه ان كان معينا في العقد كان مبيعا وان لم يكن معينا صحبه الباء وقوبل بالمبيع فهو عن نوع عن بالاصطلاح وهو سلة في الاصل كالفلوس فان كان رائجا كان ثمنا وان كان كاسدا فهو سلة ممتن وهذا لان الثمن ما ثبت دين في الذمة عند العرب كذا ذكره الفراء والنقود لا تستحق بالعقد الا دين في الذمة فكانت غنا بكل حال والعروض لا تستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والمكيل والموزون غير النقدين يستحق بالعقد عينا تارة ودين أخرى فكان غنا في كل مبيعا في حال ومن حكم الثمن أن لا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل العقد بفوات تسليمه ويصح الاستبدال به في غير الصرف والسلم ومن حكم المبيع أن يشترط وجوده قبل العقد في غير السلم وأن لا يصح الاستبدال به قبل قبضه ومن شرطهما أن لا يجوز التفاضل عند المقابلة بالجنس في المقدرات وان يجب تعيينهما فيما يتعين وقبضهما فيما لا يتعين وفي غير المقدرات يجب تعيينهما فقط وان قوبل بخلاف جنسه فان كان البدلان من المقدرات يجب تعيينهما ان كانا بتمعينان بالتعين ان جمعتهما القدر كالخطة والشعير وان كانا لا يتعينان يجب قبضهما كالذهب والفضة وان لم يجمعهما القدر كالخطة والفضة والفلوس مع أحد النقدين أو كان أحدهما مقدرا والاخر غير مقدر كالتياب مع النقدين أو غيرهما من المقدرات يجب تعيين أحد البدلين دون الاخر كيلا يكون كالثا بكالي والله أعلم

كتاب الكفالة

وهي مطلق الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا أي ضمها الى نفسه وقال عليه الصلاة والسلام أنا

(١٩ - زيلاحي رابع) الاعطاء كذا قالوا لكن فيه اشكال لان قوله أعطني مساومة كقوله يعني وبالمساومة لا ينعقد البيع فكيف يتكرر بتكراره ولعل الوجه أن يقال بتكرار أعطني يدل على أن مقصوده توريق العقد فحمل على انهما عقدا عقدين اه ابن فرشتا (قوله وبطل في الفضة بالاجماع) أي لتكرار لفظ أعطني اه (قوله ومن شرطهما) أي المبيع والثمن اه

كتاب الكفالة

ذكر كتاب الكفالة عقيب البيوع من حيث ان الكفالة تكون غالبا في البياعات ولان في الكفالة اذا كان بأمر معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة اه اتقاني قال الكمال رحمه الله أو رد الكفالة عقيب البيوع لان غالبا يكون فحة هي

الوجود عقيب البيع فإنه قد لا يطمئن البائع الى المشتري فيحتاج الى من يكفله بالثمن أو لا يطمئن المشتري الى البائع فيحتاج الى من يكفله في المبيع وذلك في السلم فلما كان تحققه في الوجود غالباً بعد ما أوردناه في التعليم بعد ما وهبها لمناسبة خاصة بالصرف وهي انها تصير بالآخرة معاوضة عما ثبت في الذمة من الأمان وذلك عند الرجوع الى المكفول عنه ثم لم تقدم الصرف لانه من أبواب البيع السابق على الكفالة فلزمت الكفالة بعد ومحاسن الكفالة جليلة وهي تفرج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفها مؤنة ما أهمهم ما وقرجأشهم وأذلك نعمة كبيرة عليهم ولذا كانت الكفالة من الأفعال العالية حتى امتن تعالى بها حيث قال وكفها لهما زكريا في قراءة التشديد يتضمن الامتنان على مريم اذ جعل لهما من يقوم بعصاها ويقوم بها بان أتاح لها ذلك وسمى نبياً ذى الكفل لما كفل جماعة من الانبياء الملك أراد قتلهم اه (قوله والاول أصح) فلا يثبت الدين في ذمة المكفيل خلافاً للشافعي ومالك وأحمد في رواية فيثبت الدين في ذمة المكفيل ولا يسقط عن الاصيل ولم يرجع في المبسوط أحد القولين على الآخر وما يخال من لزوم صيرورة الالف الدين الواحد ألفين أى على القول بأنه ضم ذمة الى ذمة في الدين (١٤٦) كما ذكره بعض الشارحين قال في المبسوط وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة

وكافل اليتيم كهاتين في الجنة أى ضام اليتيم الى نفسه قال رحمه الله (هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة) هذا في الشرع وقيل هي ضم ذمة الى ذمة في الدين لأنه مطالب بالدين والمطالبة به ولا دين محال وهذا لان المطالبة بإغناء الدين فرع وجوب الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل والاحكام تشتمل لهذا ألا ترى انه لو وهب الطالب الدين من الكفيل صح ويرجع به على الاصيل وهبة الدين من غير من عليه الدين لاتصح وكذلك لو اشترى الطالب بالدين شيئاً من الكفيل صح والشراء بالدين لا يجوز الا لمن عليه الدين ولا يلزم من وجوب الدين عليه ما أن يتكرر الاستيفاء لان الدين الواحد لا يمكن استيفاءه مرتين ويمكن وجوبه على شخصين كالغاصب وغاصب الغاصب فان الدين واجب عليهم ما ولا يستوفيه الا من أحدهما أيهما شاء والاول أصح لانه يستحيل أن يجيب دينان ولا يستوفي الا أحدهما وأما وجوب المطالبة بدين على غيره فممكن ألا ترى أن الوكيل بالشراء يطالب بالدين وهو على الموكل حتى لو أبرأه البائع صح وكذا الولى والوصى بطالبان بدين على الصغير وليس عليهم ما دين والمولى يطالب بقضاء دين على عبده المأذون أو يبيعه عند طلب الغرماء ببيعة ولا دين عليه فإذا أمكن ايجاب المطالبة عليه من غير لزوم الدين فلا حاجة الى ايجاب الدين عليه لانه محال في الحقيقة لما فيه من جعل الدين الواحد دينين فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما اذا وهب الدين له أو اشترى به منه شيئاً فينتدب بقدر الدين على الكفيل ضرورة تصحيح تصرفه فيجعل في حكم دينين ولا ضرورة قبله فلا حاجة الى هذا التقدير وفي الغاصب وغاصب الغاصب لا يجب له الا دين واحد على أحدهما غير عين فلماذا اذا اختار أحدهما ليس له أن يطالب الآخر لتضمنه التملك منه وهذا تفسير الكفالة وسببها مطالبة من له الحق للتوثق بتكثير محل المطالبة أو تسير وصول حقه اليه وركنهما الايجاب والقبول عندهما خلافاً لابي يوسف آخر شرطها أن يكون الدين ثابتاً صحيحاً بخلاف بدل الكتابة على ما يجي في موضعه وأن يكون المكفول به ممكن الاستيفاء من الكفيل وأهلها أن يكون الكفيل من أهل التبرع حتى لا يصح من لا يملك التبرع كالعبد المأذون له في التجارة والمكاتب والصغير

الكفيل مع بقائه في ذمة الاصيل ما يوجب براءة حق الطالب لأن (١) (قوله وفي الغاصب الخ) قال الولوالجي رجل غصب من رجل مالا فغصب ذلك المال غريم المغصوب منه فالتحار أن المغصوب منه بالتجار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني لان الاول غاصب والثاني غاصب الغاصب فان ضمن الاول لم يبرأ الثاني وان ضمن الثاني برئ الاول اه ذكره في الغصب (قوله وركبتها الايجاب) قال الاتقاني وركبتها ايجاب الكفيل وقبول المكفول له خلافاً لابي يوسف في القبول وحكمها وجوب المطالبة على

الكفيل عما على الاصيل وعند الشافعي حكمها وجوب الدين على الكفيل اه وكتب مانصه قال السكالي وأما ركنها وكذا فالايجاب والقبول بالالفاظ الآتية لم يجعل أبو يوسف في قوله الأخير القبول ركناً لجعل الكفالة تنتم بالكفيل وحده في الكفالة بالنفس والمال وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي واختلفوا على قول أبي يوسف فقيل ان الكفالة تصح من الواحد وحده وموقفاً على اجازة الطالب أو تصح نافذاً وللطالب حق الرد فائدة الخلاف انما تظهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول لا يؤخذ به الكفيل اه (قوله وشرطها الخ) ومن شرطها أيضاً أن يكون الدين صحيحاً سواء كان على الصغير أو على العبد المحجور لانه بطالب بعد العتق اه غاية وكتب مانصه قال في البدائع ومنها الحرية وهي شرط نفاذ هذا التصرف فلا تجوز كفالة العبد محجوراً كان أو مأذوناً في التجارة لانها تبرع والعبد لا يملك التبرع بدون اذن مولاه ولكنها تنعقد حتى يؤخذ به بعد العتق لان إعدام النفاذ ما كان لانعدام الأهلية بل لحق المولى وقد زال بخلاف الصبي لانها غير منعقدة منه لعدم الأهلية فلا يحتمل النفاذ اه (قوله كالعبد المأذون له في التجارة) قال الشيخ كمال الدين فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور وقال في باب كفالة العبد فلذا لا تصح من الصبي غير المأذون اه

(١) هكذا في الاصل والكلام منقطع كما ترى اه صححه

(قوله وقال الشافعي لا تجوز الخ) قال الكمال ثم نقل عن الشافعي أن الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول له مخالف للقول الاظهر عندهم وهو انه جائز كقولنا اه (قوله فلا يتناول الحديث) وأجيب بأن الغرم لا يختص بالمال بل الغرم أداء ما يلزم مباديئه والغرام الا لازم ذكره في الجمل والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار وقد ثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما أشار اليه المصنف بقوله والحاجة اليه ماسة وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وحاصله إلحاقه بمجامع عموم الحاجة اليها احياء للحقوق (١٤٧) مع الإيجاب والقبول والشروط اه

(قوله وفيه) أي الضرر موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم باحضاره فيتضرر به اه (قوله في المتن بكفلت بنفسه الخ) شروع في ذكر الالفاظ التي ثبتت بها الكفالة وهي صريح وكناية فالصريح كفلت وضمنت وزعيم وقبيل وجمل وعلى وإلى ولك عندي وهذا الرجل وعلى أن أوفيك به أو على أن ألقاك به أو دعه إلى وجمل بالمهمة بمعنى كفيل به يقال حل به حالة بفتح العين في الماضي وكسر هاء في المضارع وروى في الفائق الجمل ضامن وأما القبيل فهو أيضا بمعنى الكفيل ويقال قبل به قبالة بفتحها في الماضي وكسر هاء في المضارع ثم هذه الالفاظ توجب لزوم موجب الكفالة اذا ضيفت إلى جمل البدن أو ما يعبر به عن الجمل حقيقة في اللغة والعرف وما لا فلا على وزان الطلاق على ما مر مثل كفلت أو أنا جمل أو زعيم بنفسه أو رقبته أو روحه أو جسده أو رأسه أو بدنه

وكذا لا يصح من المريض الامن الثلث لانه لا يملك التبرع بأكثر منه وأنواعها في الاصل نوعان كفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالمال نوعان كفالة بالدين فتجوز مطلقة اذا كانت صحيحة وكفالة بالاعيان وهي نوعان كفالة باعيان مضمونة فتصح الكفالة بها وذلك كالغصوب والمهور وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك وكفالة بأعيان هي أمانة غير واجبة التسليم كالودائع والمضاربات والشركة ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها أصلا وكفالة باعيان هي أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجرة أو بعين مضمونة بغيره كالبيع فان الكفالة بها لا تصح وبسليمها تصح والفاظها مذكورة في المتن قال رحمه الله (وتصح بالنفس وان تعددت) أي وان تعددت الكفالة بأن أخذ منه كفيلا ثم كفيلا وكذا تجوز اذا تعددت النفوس المكفولة بها أيضا كما تجوز بالدين الكثيرة وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز الكفالة بالنفس لانه لا قدرة له على تسليمه الا ولاية له عليه لاسيما اذا تكفل بغير أمره لانه لا يتقاده ولا يلزم طاعته وكذا اذا كان بأمره لان أمره بالكفالة بالمال لا يثبت له ولاية في ماله ليوثي عنه من ماله فالنفس أولى فصار كالو باع طيرا في الهواء بخلاف الكفالة بالمال لانه ان لم يكن له ولاية على مال الآخر فله ولاية على مال نفسه فيؤدى من ماله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم من غير فصل بين الكفالة بالنفس أو بالمال فيقتضى شرعيتها ولا يقال الكفالة بالنفس لا غرم فيها فلا يتناول الحديث لانا نقول الغرم عبارة عن ضرر يلزمه قال الله تعالى ان غذاها كان غرا ما وفيه ذلك ولان الحاجة ماسة اليها ضرورة احياء حقوق العباد وقد أمكن الجزم بوجوبها بأن يعلمه مكانه فيحلى بينه وبينه اذا تخلية تسليم أو يوافقها اذا دعاه أو يكرهه بالخضوع إلى مجلس الحاكم والزامه لذلك ورضا خصمه به دليل على قدرته فتصح وان لم يقدر عليه استعانة بأعوان القاضي فكانت منبهة ولا به التزم ما هو مستحق على الاصل اذ تسليم النفس على المدعي عليه واجب بمعنى انه يجب عليه الحضور إلى مجلس الحاكم فتصح كالكفالة بالمال والدليل على انه يجب عليه الاجابة اذا ادعى أن الله تعالى ذم المتستع من الحضور بقوله عز وجل وادعوا إلى الله ورسوله الآية والذم يستحق بترك الواجب وعن الصحابة رضى الله عنهم أنهم أجازوا الكفالة بالنفس وضمنت أم كثوم بنفسه على حين جرى بينه وبين عمر رضى الله عنهم خصومة وكفل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بتهمة والتكفيل أخذ الكفيل بالنفس ولان شرط صحة الالتزام أن يكون الملتزم ممكنا وجوده عقلا لا حقيقة ألا ترى أنه اذا التزم ألف حجة بالندب يصح ويلزمه وان لم تنأ منه حقيقة لقصر عمره عادة وقدرته على احضاره ممكن فتصح واذا صحت تصح متعددة أيضا لان حكمها استحقاق المطالبة وهي تحتتمل العدد والالتزام الاول لا يمنع الالتزام الثاني اذ المقصود منها التوثيق فلا تنافي قال رحمه الله (بكفلت بنفسه وباعبر عن البدن وبجزء شائع) أي تصح الكفالة بقوله كفلت بنفس فلان أو بما يعبر به من أعضائه عن جميع البدن كراسه ووجهه ورقبته وعنقه وجسده وبدنه بأن قال تكفلت برأسه أو بوجهه إلى آخره أو تكفل بجزء شائع منه بأن قال تكفلت بثلثه أو بربعه كل ذلك جائز لان هذه الاشياء يعبر بها عن جميع البدن عرفا وقد بيناه في الطلاق قال رحمه الله

أوجهه لان هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن عرفا ولغة ومجازا كهورأس وجرى ورقبة وتقدم في الطلاق ولم يذكر محمد رحمه الله ما اذا كفل بعينه قال البخاري رحمه الله لا يصح كافي الطلاق إلا أن ينوي به البدن والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق اذا عين بما يعبر به عن الكل يقال عين النور وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفا في زمانهم أما في زماننا فلا شك في ذلك اه كمال رحمه الله (قوله أو بربعه) أي أو بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تجزأ فذكر بعضها شائعا كذا كرناها اه كمال رحمه الله وقوله لا تجزأ بأن يكون بعضها كفيلا وبعضها لا اه

(قوله في المتن وبضمنته) قال الكمال رحمه الله ووجه ضعفه بأنه نصير بجووجه لأن موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في أكثر
الصور اه ومقتضاه أن ضمنته من ألفاظ الكفالة بالمال لا النفس وقد تبع الكمال في هذا الملبذ العلامة قاسم فقال عند قول صاحب
الجمع بقوله ضمنته هـ ذه في الكفالة بالمال فينبغي الإفصاح ثلاثتهم أنها في النفس اه واعلم أني قد راجعت بعون الله نقولا كثيرة
من المتن والشروح والفتاوى فبعضهم بصرح بأن ضمنته من ألفاظ الكفالة بالنفس كالنسي في كافيته وبعضهم في قوة النصير
فأنهم يذكرونها في الكفالة لا بالنفس في الكفالة بالمال ولم أر أحدا من مشايخنا ذكرها في ألفاظ الكفالة بالمال والله الموفق لكن قال الشيخ
أبو نصر الأقطع رحمه الله في شرح القدوري عند قوله في الكفالة بالنفس وكذلك أن قال ضمنته أو هو على أو إلى أو أنا زعيم به أو قبل وإذا
ثبت أن هذه الألفاظ يصح الضمان (١٤٨) به فلا فرق بين ضمان النفس أو ضمان المال بها اه وينبغي أن يقال هذه الألفاظ

(وبضمنته) أي تصح بقوله ضمنته كذا لأنه نصير بجووجه مقتضى الكفالة لأنه يصير ضامنا للتسليم والعقد
ينعقد بالتصريح بجووجه كعقد البيع ينعقد بلفظ التملك قال رحمه الله (وبعلى) يعني تصح بقوله
على لأن كلمة على لا وجوب قال الله تعالى والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا قال رحمه الله
(والى) لأنها معنى على في هذا المقام قال عليه الصلاة والسلام من ترك كلاً أو عيلاً قال الله تعالى (وأنار عيمه) لأن الكفيل يسمى زعيماً قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف وأباه زعيم أي كفيل
قال رحمه الله (وقيل به) لأن القيل هو الكفيل ولهذا يسمى الصلح قبالة لأنه يحفظ الحق فيكون
وثيقه كالكفيل قال رحمه الله (لأننا ضامن لمعرفة) أي لا يصير كفلاً بقوله أنا ضامن لك لمعرفة فلان
وقال أبو يوسف يصير ضامناً للمعرفة لأنهم يريدون به الكفالة ووجه الأول أنه التزم معرفته دون المطالبة
فصار كالتزامه دلالة عليه أو قال أو قد علم عليه قال رحمه الله (فإن شرط تسليمه في وقت بعينه أحضره
فيه أن طلبه) لأنه التزمه بالشرط في الكفالة فيجب عليه الوفاء به إن طلبه في ذلك الوقت أو بعده
كالدائن الموثق إذا طلبه صاحبه بعد حلول الأجل قال رحمه الله (فإن أحضره والا حبه الحاكم)
لأنه امتناعه عن إيفاء ما وجب عليه ولكن لا يحبس به أول مرة لاحتمال أنه ما عرف لماذا يدعى فيمهل
حتى يظهر له مظهره لأنه جزء الظلم وهو ليس بنظام قبل المطالبة قال العبد الفقير ينبغي أن يفصل كما فصل
في الحبس بالدين فإنه هالك قبل إذا ثبت الحق بإقراره لا يعجل بحبسه وأمره يدفع ما عليه لأن الحبس جزاء
المطالبة فلم يظهر بأول الوهلة وإن ثبت بالبينه حبسه كما وجب لظهور مظهره بالانكار فكذلك هنا ينبغي أن
يفصل على هذا التفصيل وذكر في النهاية معزيا إلى الإيضاح وهذا إذا لم يظهر عجزه وأما إذا ظهر عجزه فلا
معنى لحبسه إلا أنه لا يحال بينه وبين الكفيل فيلزمه ويطلبه ولا يحول بينه وبين أشغاله بجملة كالمفلس
بالدين إذا ثبت بالإقرار أو بالبينه قال رحمه الله (وإن غاب أمهله مدة ذهابه وإيابه) أي إن غاب المكفول
بنفسه يؤجل الكفيل مدة قطع المسافة ولا يحبس به لأنه لم يظهر مظهره بعد دوا الحبس للمطالبة قال رحمه الله
(فإن مضى ولم يحضره حبسه) أي إذا مضت المدة ولم يحضره حبسه لأنه لم يظهر مظهره والحبس جزاءه قال
رحمه الله (وإن غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به) لأنه عاجز وقد صدقه الطالب عليه فصار كالدين إذا ثبت
اعساره وإن اختلفا فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرف ينظر فإن كانت له خرجة معروفة
يخرج إلى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك
الموضع لأن الظاهر يشهد للطالب وإن لم يعرف منه ذلك كان القول قول الكفيل لأنه متمسك بالأصل

إذا أطلقت تحمل على
الكفالة بالنفس وإذا كان
هناك قرينة على الكفالة
بالمال فتتبع بعض حيث شذ
للكفالة به (قوله في المتن
لأننا ضامن لمعرفة) أي
وكذا بعرفته وكذا أنا ضامن
على أن أوقفك عليه أو على
أن أدلك عليه أو على منزله
ولو قال أنا ضامن لتعريفه أو
على تعريفه ففيه اختلاف
المشاخ والوجه أن يلزم
لأنه مصدر متعدي لا شين فقد
التزم أن يعرفه الغريم بخلاف
معرفة فأنه لا يقتضي إلا
معرفة الكفيل للمطالب
وعن نصير قال سأل ابن
محمد بن الحسن أبو سليمان
الجوزجاني عن رجل قال
لآخر أنا ضامن لمعرفة
فلان قال أبو سليمان أما في
قول أبي حنيفة وأبيك
لا يلزمه شيء وأما أبو يوسف
قال هذا على معاملة الناس
وعرفهم قال الفقيه أبو

الليث في التوازل هذا القول في التوازل غير مشهور والظاهر ما عن أبي حنيفة ومحمد في خزانة الوقعات وبه يفتي وهو
أي بظاهر الرواية لكن نص في المتن في قول أبي يوسف فبين قال أنا ضامن لك بعرفة فلان يلزمه وعلى هذا معاملة الناس وفي فتاوى النسفي
لوقال الذي لك على فلان أنا أدفعه لك أو أسلمه إليك أو أقبضه لا يكون كفالة ما لم يشككم عييل على الالتزام وفي الخلاصة عن متفرقات خاله
قيده عما إذا قاله منجزاً فهو معلقا يكون كفالة فحوا أن يقول إن لم تؤدؤا أنا أدعى نظيره في النذر لوقال أنا حج لا يلزمه شيء ولو قال إن دخلت
الدار فأنا حج يلزمه الحج اه كمال رحمه الله (قوله قال الفقير الخ) هذا هوهم أنه من تفقه الشارح وليس كذلك بل هو من أصل الرواية عن
علما شافقد ذكره مراح الأصل اه (قوله فلامعنى حبسه) كما إذا مات المكفول به فإن الكفالة تبطل اه فتح (قوله في المتن وإن غاب)
أي وعلم مكانه (قوله ولم يحضره حبسه) أي إلى أن يظهر للقاضي تعذرا لاحتضار عليه بدلالة الحال أو لشهود بذلك فيخرج من الحبس وينظر

وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويجبسه القاضي الى أن يظهر
عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يدعى وان أقام الطالب بينة
انه في موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت
معينة وكذا الوارد ولو لم يدر الحرب لا تسقط الكفالة فيؤجل الكفيل مدة ذهابه ومجيئه ولا يقال
بعد الحق بدار الحرب صار كالموتى ولهذا يقسم ماله بين ورثته فينبغي أن يبرأ الكفيل كالموت حقيقة
لأننا نقول هذا ليس كونه حقيقة وانما هو موت حكيم في حق قسمة ماله بين ورثته فأما في حق نفسه
فهو حي مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم فبقى الكفيل على كفايته هكذا ذكره
في النهاية معزى الى الميسر وفيه قال في الذخيرة انه اذا لحق بدار الحرب مرتدا ينظر فان كان الكفيل
قادرا على رده بأن كان بيننا وبينهم مواعيد ان من لحق بهم مرتدا يردونه اليه اذا طلبنا عهده الكفيل
قدر ذهابه ومجيئه وان لم يكن قادرا لا يؤخذ به ثم في كل موضع قلنا انه يؤثر بالذهاب اليه للطالب أن
يستوثق الكفيل بكفيل آخر حتى لا يغيب الاخر فيضيع حقه قال رحمه الله (فان سلمه بحيث
يقدر المكفول له أن يخاضعه بمصر برى) لانه أتى بما التزمه اذ لم ياتزم تسليمه الامرة واحدة وحصل
مقصود الطالب أيضا بذلك فلا حاجة الى ابقاء الكفالة فصار نظير ما لو تكفل بعمال وقضاهم سواء كان
التسليم غير مشروط في وقت أو كان مشروطا فيه فسلمه في ذلك الوقت أو قبله لان الاجل حتى الكفيل فله
أن يسقطه كالدين المؤجل اذا قضاه قبل حلول الاجل يجبر الطالب لان الاجل حتى المدين فله أن يسقطه
ثم التسليم يكون بالتولية بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع فيقول له هذا خصمك فأنت أعلم بشأته فخذ
ان شئت ثم لا يخلو إما أن يسلمه بعد طلبه أولا فان كان بعد طلبه برى وان لم يقل سلمته اليك بحكم الكفالة
لانه يتضمن إعادة قول الطالب وان سلمه بغير طلب لا يبرأ حتى يقول سلمته اليك بحكم الكفالة قال رحمه
الله (ولو شرط تسليمه في مجلس القاضى سلمته) لان الشرط مفيد فيلزمه تسليمه على الوجه الذي التزمه
فاذا سلمه في مجلسه برى لما ذكرنا وكذا اذا سلمه في السوق لحصول المقصود وقيل لا يبرأ وهو قول زفر وبه
يفتى في زماننا المتأمن الناس في اقامة الحق وان سلمه في برية أو في سواد لا يبرأ لانه لا يقدر على محاصمته
في ذلك المكان وكذا لو لم يشترط التسليم في مجلس الحاكم لا يبرأ بمثل هذا التسليم لما ذكرنا وان سلمه في مصر
آخر غير المصر الذي كفل فيه برى عند أي خسفة رحمه الله لان المعتبر تسليمه على وجه يتمكن من احضاره
مجلس القاضى وقد وجد وعندهما لا يبرأ لانه لم يسلمه على الوجه الذي التزمه وهو أن يسلمه في مصر كفيل
فيه وهو موقف لا احتمال أن يكون شهوده فيه أو يعرف قاضى ذلك المصر حادثة فلا يبرأ الا بالتسليم فيه
قلنا الاحتمال مشتبك فانه يحتمل أن يكون شهوده في ذلك المصر وكذا يحتمل أن يكون قاضى ذلك المصر
يعلم حادثة فتعارض الموهومان فبقي التسليم سالما عن المعارض فيبرأ وقيل هذا اختلاف عصر وزمان
لا اختلاف جهة وبرهان فأبو حنيفة قال ذلك في زمنه حين كانت الغلبة لاهل الصلاح والعمال كانوا
يتعاونون على البر ولا يعيلون الى الرشوة فلا يختلف الحال بين مصر ومصر آخر وهما قالا ذلك بعد ما ظهر
الفساد وتغيرت أحوال القضاء والعمال حتى لا يقيموا الحق الا بالرشوة فيكون على هذا التقدير مصره
أسهل لاثبات حقوقه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لان المقصود من التسليم تمكنه من
احضاره مجلس الحاكم لثبت عليه الحق ولا يفيد في المحبوس قال رحمه الله (وتبطل عتوت المطلوب
والكفيل لا الطالب) يعني الكفالة تبطل بعتوت المكفول بنفسه وعتوت الكفيل ولا تبطل بعتوت المكفول
له لان المطلوب بعتوته برى هو بنفسه وبراءته توجب براءة الكفيل لانه أصيل والكفيل تبع فاذا عجز عن
الحضور بالموت سقط عنه فكذا عن التبع لما قلنا وعتوت الكفيل لا يتحقق التسليم منه ورثته
لا يقومون مقامه لانهم يختلفونه فيما له لا فيما عليه وماله لا يصلح لبقاء هذا الحق وهو احضار المكفول به
بخلاف الكفيل بالمال اذ اقامت لان ماله صالح له وحكمه بعدموته ممكن فيوفى من ماله ثم يرجع الى الورثة

ولم يفصل في المذهب بين
المسافة البعيدة والقريبة
والشافعي فيما اذا كانت
مسافة القصر وجهان
أظهرهما لا يسقط الطالب
كافي دونها والثاني يسقط
الحاقا بالعبية المنقطعة اه
(قوله مواعيد) أي مواعيد
اه وبه غير السكّان وقوله
مواعيد كذا بخط الشارح
رحمه الله (قوله في المتن
ولو شرط تسليمه في مجلس
القاضى الخ) ولو شرط أن
يدفع اليه عند الأمير فدفع
عند القاضى أو عزل ذلك
الوالي وولى غيره فدفع اليه
عند الثاني جاز اه غاية
نقل عن الخلاصة (قوله
لا ثبات حقوقه) قال السكّان
وقوله ما أوجه اه (قوله
ولا يفيد في المحبوس) نقل
في الفتاوى الصغرى عن
كفالة العيون اذا
ضمن لا خير بنفسه فحبس
المطلوب فأقرب الى ضمته
الى مجلس القاضى فدفعه
قال محمد لا يبرأ لانه في
السجن وان كان انما ضمنه
نفسه وهو في السجن فدفعه
اليه في السجن يبرأ وان
كان ضمنه في السجن ثم خلى
عنه ثم حبس ثانيا فدفعه
اليه قال ان كان الحبس
الثاني في أمر من أمور
التجارة أو نحوها فله أن يدفع
اليه في الحبس وان كان في
شيء آخر من أمور السلطان
لا يبرأ اه غاية

(قوله المكفول له) كذا بخط الشارح وضوابة المكفول عنه اه (قوله اذموجب التصرف يثبت من غير تنصيص عليه) أي كالغاصب يرد العين المغصوبة الى المغصوب منه يبرأ بمجرد التسليم مع أنه جان وهذا أولى لأنه لم يوجد منه الخيانة وكشوت الملك بالشرع فإنه يثبت بلا شرط لأنه موجب التصرف وكل الاستمتاع (١٥٠) يثبت بمجرد النكاح الصحيح فإنه موجه اه غايه (قوله اذالم يقل من كفالته) أي

على المكفول له ان كانت الكفالة بامرء والا فلا شيء لهم كما اذا أدى هو بنفسه حال حياته واذا مات الطالب بخلافه وصيه أو وارثه فلا يطل حقه اذ هم قائمون مقامه في استيفائه قال رحمه الله (وبرى بدفعه اليه وان لم يقل اذا دفعته اليك فانا برى) لان موجب التسليم البراءة فثبت به وان لم ينص عليها اذموجب التصرف يثبت من غير تنصيص عليه ولا بد من أن يقول سلمته اليك بحكم الكفالة وان لم يقل لا يبرأ لان التسليم قد يكون بحكم الكفالة أو استعانة أو اجارة الا اذا كان بطلبه خفية فلا يحتاج فيه الى أن ينص عليه لتقديم ما يدل عليه وكذا اذا أقر الطالب بالقبض لا يحتاج فيه الى النص لان الظاهر أنه لا يقر الا باستيفاء حقه ولو سلم الكفيل المكفول به الى الطالب فأبى أن يقبله يجبر على القبول وينزل قابضا بالتخليه لأنه لو لم يجعل قابضا لتضرر الكفيل فصار كالغاصب يرد العين المغصوبة أو قيمتها وكذا اذا قضى الدين بخلاف ما اذا سلمه غيره بغير أمر الكفيل حيث لا يجبر على القبول لأنه أجنبي فصار نظير قضاء الدين من الاجنبي قال رحمه الله (وتسليم المطلوب نفسه من كفالته وتسليم وكيل الكفيل ورسوله) يعني بتسليم هؤلاء يبرأ الكفيل لان المكفول به مطالب بالتسليم وواجب عليه أن يسلم نفسه فاذا سلم فقد حصل المقصود فلا معنى لبقاء الكفالة بعد ذلك ووكيل الكفيل يقوم مقامه ورسوله سفير عنه فيكون فعلهما كفله وشرط براءته أن يقول كل واحد من هؤلاء سلمت اليك بحكم الكفالة عني ما ينشأ وفي لفظ المختصر ما يشعر بذلك فإنه قال وتسلم المطلوب نفسه من كفالته شرط أن يكون التسليم من كفالته فهنا دليل على أنه لا يبرأ اذالم يقل من كفالته نص عليه في الكفيل ووكيله ورسوله في المبسوط والمحيط وفي تسليم المكفول بنفسه في فتاوى قاضيخان ولو سلمه إليه رجل أجنبي بغير أمره وقال عند الدفع سلمته اليك عن الكفيل فان قبله الطالب برى الكفيل وان سكت الطالب ولم يقل قبلت لم يبرأ الكفيل ذكره قاضيخان في فتاواه قال رحمه الله (فان قال ان لم أوف به غدا فهو ضامن لماعليه فلم يوف به ومات المطلوب ضمن المال) لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافقة فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لانها كانت باقية قبل وجوب المال عليه فلا تنقضي بوجودها الا ترى أنه لو كفله ما جلة في وقت واحد صحت ولو تنافى المصحات وهذا لان الكفالة للتوثق والتوثق بالكفالة بالنفس لا ينافي التوثق بالكفالة بالمال كما لا ينافي التوثق بكفالة نفس أخرى أو عمال آخر وقال الشافعي رحمه الله الكفالتان باطلتان أما الكفالة بالنفس فقد سبقنا قوله من قبل وأما الكفالة بالمال فلا نهامعلقة بشرط على خطر وتعليق وجوب المال بالشرط غير جائز كالبيع ونحوه وهذا هو القياس ولنا أن الناس تعاملوه والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع وغيره وباب الكفالة أوسع لكونها من التبرعات ولان الكفالة تشبه البيع انتهاء من حيث ان الكفيل يرجع على الاصيل اذا كان بامرء وتشبه النذر ابتداء من حيث انه التزام ابتداء فله شبهه بالبيع ينبغي أن لا يجوز تعليقه بالشرط أصلا وباعتبار النذر وجب أن يجوز بطلان الشرط فقلنا يجوز تعليقه بشرط متعارف ولا يجوز بغيره عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافقة متعارف ولا نسلم أنه تعليق لوجوب المال وانما هو تعليق لوجوب المطالبة في الصحيح على ما مر من قبل فيصح فاذا صح تعليقه بعدم الموافقة ولم يوف به مع قدرته أو لجزءه بعهده أو بجزءه بعهده فقد وجد الشرط فيلزمه الشرط لان عدم الموافقة لا يختلف باختلاف السبب فان قيل شرط وجوب المال عدم موافاة الكفالة بالشرط صحيح وهذا لان شريعة من قبلنا نلزمنا اذا قص الله تعالى من غير انكار اه (قوله من حيث) مستحقة

لأنه يجب عليه تسليم نفسه فيكون عن نفسه اه غايه (قوله في المتن فان قال ان لم أوف به غدا الخ) ولو قال ان وافيتك به غدا فعلى ما عليه ووافاه لم يلزمه المال اه صغرى في الوكالة وكتب عليه أيضا ما نصه لان المتعارف هو تعليق الكفالة بعدم الموافقة لا تعليقها بالموافاة اه (قوله فهو ضامن لماعليه) انما قيد بهذا لأنه اذالم يقل لما عليه بل قال اذالم يوف به الى وقت كذا فعليه كذا لا تصح الكفالة عند محمد وسيجيء اه غايه (قوله لان الكفالة بالمال الخ) لأنه اذا أدى المال برى عن أحد الضمانين فلا يلزم من براءة أحد الضمانين البراءة من الضمان الآخر فيلزمه احضاره لعدم المتأفاتين الضمانين لان الضمانين للتوثق فيجوز أن يدعى عليه دين آخر فلا يجرم أنه وجب الاحضار اه غايه (قوله وهذا هو القياس) قال الاتقاني ولما قوله تعالى وان جاء به حل بغير وأنا به زعيم والزعيم الكفيل بيانه ان الله تعالى علق الكفالة بالمال بالشرط وهو المحجى بالصاع فعلم أن تعليق الكفالة بالشرط صحيح وهذا لان شريعة من قبلنا نلزمنا اذا قص الله تعالى من غير انكار اه (قوله من حيث) مستحقة

أي انما معاوضة انتهاء الأثر الخ اه (قوله وباعتبار النذر وجب) أي اذا قال ان كملت فلا نفع لي أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلانا وجب عليه أن يتصدق بها اه بدائع (قوله والتعليق بعدم الموافقة متعارف) أي بين الناس لانها تالكيد الكفالة بالنفس لان الغرض من الكفالة بالنفس الوصول الى الحق وفي الكفالة بالمال ذلك فصح فاذا صح التعليق ووجد الشرط يلزم المال اه اتقاني رحمه الله

(قوله ولا فرق بين أن يبين المائة أو لم يبينها) قال تاج الشريعة في شرح الهداية معنى المسئلة رجل قدم رجلا إلى القاضي وأدعى عليه مائة دينار وبينهما قال ركسية أو نيسابورية أو لم يبينها بأن ادعى عليه مائة ولم يزد على ذلك أو ادعى حقا مطلقا أو مالا مطلقا وفي جامع شمس الأئمة ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينهما أو لم يبينها أي وبين مقدار المدعى به أو لم يبين مقدار المدعى به وكذا في جامع قاضيخان اه (قوله بخاطر) هو عدم الموافقة اه فتح (قوله عند عدم الموافقة) وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس اه كمال (قوله وفي غيرهما من الحدود لا يجبر) ذكر الشيخ الامام علاء الدين الاسيحي في أول كتاب (١٥١) الكفالة من شرح كتاب الكافي أن

الكفالة بنفس من عليه حد القذف وحد السرقة ومن عليه القصاص في النفس وما دون النفس تصح انما الخلاف في الجبر على اعطاء الكفيل في الحدود لا يجبر بالإجماع وفي القصاص لا يجبر عند أبي حنيفة وعند صاحبيه يجبر وقال في الشامل في قسم المبسوط وفي القصاص وحد القذف والسرقة جازت الكفالة بالنفس ولا تجوز الكفالة بنفس الحد وقال في الشامل أيضا في آخر كتاب الكفالة من قسم المبسوط لا تجوز كفالة في قصاص وحد وبقول القاضي لمدعى القذف الزمه إلى فيأبى ان كانت يستلزم حاضرة عند أبي حنيفة وعندهما يأخذ كفيلا ثلاثة أيام ثم قال والخلاف في أمر القاضي باعطائه لافي الصحة فانه لو كفّل انسان صح وذكر أبو الحسن الكرخي أن الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص جائزة في قولهم اذا بدلها المطلوب بنفسه

مستحقة عليه وجوب المكفول به برئ الكفيل فلم يجب عليه احضاره فكيف يلزمه المال بعدم موافاقته بعد ما برئ الأثرى أن الطالب اذا أبرأه عن الكفالة بالنفس ولم يحضره لا يجب عليه المال لفقد شرطه فكذا هنا قلنا ابراء موضع للفسخ فتفسخ به الكفالة بالنفس من كل وجه والموت لم يوضع للفسخ وانما برئ لم يجز عن التسليم المستحق بالكفالة لان المستحق عليه تسليم بقعة ذريعة إلى الخصام وهو عاجز عنه فكان ضرور بافتقار بقدرها فبرأ عن التسليم ولا ضرورة إلى انفساخه في حق الكفيل بالمال فلا يفسخ العقد في حقه وان مات الكفيل فقد ذكرا قاضيخان في فتاواه أن وارثه كان بمنزلة الكفيل ان دفعه إلى الطالب برئ وان لم يدفعه حتى مضى الوقت كان المال على الوارث يعني من تركه الميت ولو مات الطالب فدفع الكفيل المكفول به إلى وارث الطالب في الوقت برئ وان لم يدفعه حتى مضى الوقت لزمه المال وهو ظاهر قال رحمه الله (ومن ادعى على آخر مائة دينار فقال رجل ان لم أوف به غدا فعليه المائة فلم يوف به غدا فعليه المائة) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخره ولا فرق بين أن يبين المائة أو لم يبينها بأن تعلق رجل على رجل فآزره فقال لي عليك حتى ولم يدع عليه مالا مقدرا فقال له رجل آخر دعه فآنا كفيل بنفسه فان لم أوف له غدا فعلى مائة دينار فادعى المدعى وأثبت الزم الكفيل وقال محمد رحمه الله ان لم يبين ثم ادعى وبينها لا تلزمه وله فيه وجهان أحدهما ما قاله أبو منصور الماتريدي رحمه الله وهو أن الكفيل علق مالا مطلقا بخاطر حيث لم يقل التي لك عليه فكانت هذه مشوّة التزمها الكفيل له عند عدم الموافقة به فهذا هو واجب أن لا يصح وان بينا المدعى لان عدم النسبة اليه هو الذي أوجب البطلان والثاني ما قاله الكرخي وهو أن المدعى لم يبين لم تصح دعواه فلم يجب احضاره إلى مجلس القاضي فلم تصح الكفالة بالنفس أيضا لعدم صحة الدعوى ولم تصح الكفالة بالمال أيضا لانها مبنية على الكفالة بالنفس فاذا بطل الأصل بطل الفرع وهذا الوجه هو واجب أن تصح الكفالة اذا بين المال عند الدعوى وله ما أن هذه كفالة أمكن تصحيحها فتصح أما اذا بين المال عند الدعوى فلان المال ذكر معرفا فينصرف إلى ما على المدعى عليه لان العادة جرت بالارسال والمراد ما عليه وأما اذا لم يبين فلان العادة جرت بالإجماع في الدعوى في غير مجلس القضاء فيجب لو لم الجالا ولا يبينونها الا عند القاضي دفعا لحيل الخصوم ووصو الكلام مهم إلى وقت الحاجة فصحت الدعوى والمأزومة على احتمال البيان من جهته فاذا بين انصرف بيانه إلى ابتداء الدعوى فظهر به أن الكفالة بالنفس قد صحت فتصح الكفالة بالمال أيضا لانها مبنية عليها ولانه لو جعل التزاما ما عليه تصح والا فلا فيجعل عليه تصحيحا لتصرفه ولو كفّل رجل بنفس رجل على أنه ان لم يوف به يوم كذا فعليه ما لا طالب على فلان آخر جاز ذلك استحسانا وهو قول محمد رحمه الله وفي القياس لا يجوز وهو قول أبي يوسف ذكره قاضيخان وفي المحيط جعل الخلاف بالعكس وجعل أبا حنيفة مع أبي يوسف قال رحمه الله (ولا يجبر على الكفالة بالنفس في حدوده) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجبر في حد القذف والقصاص وفي غيرهما من الحدود لا يجبر ولو سمعت به نفسه من غير طلب يجوز بالاتفاق لهما أن الكفالة بالنفس

ولكن هل للقاضي أن يأمره بالكفيل اذا طلب الخصم قال أبو حنيفة لا يأخذ القاضي منه كفيلا ولكن يجلسه حتى تقام عليه البينة أو يستوفي كذا ذكر في التحفة ثم لا يجلسه القاضي حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي فيشهد أنه زنى أو قتل فيجلسه القاضي حينئذ لتبوت التهمة بأحد شرطى الشهادة من العدد والعدالة حتى يشهد عليه الشهود والعدول اه غاية (قوله ولو سمعت) أي لو تبرع باعطاء الكفيل وسامح في ذلك نفس المطلوب وبذل الكفيل بنفسه في القصاص وحد القذف والسرقة صحت الكفالة بالإجماع لانه التزم تسليم النفس وتسليم النفس واجب اه غاية

(قوله وله قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة في حدم مطلقا) رواه البيهقي من حديث عبد الله بن عمرو اه وكتب على قوله في حدم مطلقا
يعني لم يفرق بين حدفه حق العبد وبين حده هو خالص حق الله تعالى فلا تجوز الكفالة في جميع الحدود وهذا من كلام شريح لا من كلام
النبي عليه الصلاة والسلام ذكره المصنف في أدب القاضي عن شريح وقال المصدر الشهيدي في شرح أدب القاضي روى هذا الحديث
مرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم ولنا في رفعه نظر اه غاية (قوله ومبناها) أي حد القذف والقصاص اه (قوله بنفسه من عليه) أي إذا
سمعت به نفسه اه (قوله فإذا لم يكفل عنده) أي عند أي حنيفة اه (قوله لكن يأمره بالملازمة الخ) ليس المراد بالملازمة المنع من
الذهاب لأنه حبس لكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه أين دار كيلا يتغيب اه (قوله بخلاف دعوى الاموال حيث لا يحبس الخ)
والحبس بالثمة ذكره أيضا في أول باب (١٥٣) الحدود قال الكمال في باب الحدود وأما قوله وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم

رجلا بالثمة فخرج أبو
داود والترمذي والنسائي
عن حماد بن حكيم عن جده
معاوية بن حيدة أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم حبس
رجلا في ثمة زاد الترمذي
والنسائي ثم خلى سبيله
وحسنه الترمذي وصححه
الحاكم وروى عبد الرزاق
في مصنفه عن عراب بن مالك
قال أقبل رجلا من بني
غفار حتى نزل بضجعان من
مياه المدينة وعندها ناس
من غطفان معهم ظهروا لهم
فأصبح الغطفانيون وقد
فقدوا بعيرين من ابليسهم
فاتهموا الغفار بن فأتوا بهما
إلى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فحبس أحدهما بين
وقال للآخر اذهب فالتمس
فلم يك الا يسير حتى جاء بهما
فقال النبي صلى الله عليه
وسلم لأحد الغفار بين
استغفر لي فقال غفر الله لك

بارسول الله فقال عليه الصلاة والسلام ولك وقتك في سبيله قال فقتل يوم القيمة اه ما قال الكمال ﴿فرع يحفظ﴾ التوسع
الكفيل بأمر الاصيل إذا أتى المال إلى الدائن بعدما أتى الاصيل ولم يعلم به لا يرجع على الاصيل لأنه شيء حكى فلا يفرق فيه العلم والجهل
كعزل الوكيل ضمة قاله في القنية قبل باب الكفالة بالنفس اه (قوله لأنه نهاية العقوبة فيه) وفي الحدود والقصاص أقصى العقوبة القتل
والقطع والضرب بخلاف الحبس قبل ثبوت القصاص والحدود اه غاية (قوله ولو كان المكفول به الخ) وانما قيد ذكر المكفول به والمكفول
عنه لأنه إذا كان أحدهما مجعولا لا تصح الكفالة ألا ترى إلى ما قال في شرح الطحاوي ولو قال رجل ما ذاب لك على أحد من الناس فهو
على فإنه لا يصح لجهالة المضمون عنه وكذلك لو قال ما ذاب عليك من الناس فهو على فإنه لا يصح لجهالة المضمون له اه اتفاقا وكتب
أيضا ما نصه قال الولوالجي ولو قال لرجل ما بايعت فلانا فهو على جاز ذلك ولزمه كاه فليلا يابعه أو كثيرا مرة أو مرارا لأنه ليس في هذه
الكفالة الإجهالة المكفول به لأنه لا بدري ما بايع وهي لا تمنع صحة الكفالة بعد أن يكون المكفول عنه والمكفول له معلوما اه

(قوله فانه ليس بدين صحيح) أي لان الدين الصحيح لا يسقط الا بالاداء والبراء اه غايه (قوله في المتن وطلب) كذا بخط الشارح وعبارة المتن وطلب اه (قوله بشرط أن لا يبرأهم الخيل كذا الله) قال قاضيخان رحمه الله رجل له على رجل مال فقال الطالب للمطوب أحطني على عليك على فلان على انك ضامن لذلك فهو جائز وله أن يأخذ المال من أيهما شاء لانه لما شرط الضمان على الخيل فقد جعل الحوالة كفالة لان الحوالة بشرط عدم براءة الخيل كفالة اه ومن هذا يعلم حكم ما يقع في زماننا من قول رب الدين للدين أحطني على فلان وضمن لي صحة الحوالة اه (قوله في المتن ويصح تعليق الكفالة بشرط ملا) ثم قال في القنية في باب تعليق الكفالة بعد أن رقم لصاحب المحيط وقال تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح وبغيره لا يصح وأطلق القدوري رحمه الله في مختصره ويجوز تعليق الكفالة بالشروط قال الاقطع في شرحه اذا كان الشرط لوجوب الحق أو الامكان الاستيفاء جاز تعليقها به (١٥٣) كقوله اذا استحق المبيع أو قدم زيد لان الاستحقاق للوجوب

وقدوم زيد قد يسهل به الاداء بأن يكون مكفولا عنه أو مضاربه وان كان الشرط بخلاف ذلك لم يحز كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر ثم رقم لشرح أي ذكر انما يجوز تعليق الكفالة بسبب وجوب الحق فأما دخول الدار وقدوم زيد ليس من أسباب الحق فلا يجوز تعليق الضمان به قال رحمه الله الآن الاصح ما ذكره أبو نصر انه يصح بقدم زيد وقد نص عليه في شحفة الفقه اه (قوله كشرط) هذا هو الثابت في نسخ المتن وفي خط الشارح كشرط اه (قوله كان قدم زيد الخ) لان قدوم المكفول عنه سبب للوصول الى الاداء اه (قوله كقوله ما غصبك فلان فعلى) وقال في الاجناس أيضا ولو قال ما قضى لك به على فلان فعلى انه لا يلزم

التوسع فيحمل فيها الجهالة اليسيرة وغيرها بعد أن يكون متعارفا وعلى الكفالة بالدرك ان عقد الاجماع مع انه لا يعلم كم قدر ما يستحق من المبيع وكفى به حجة وشرطه أن يكون ديناً صحيحاً كما ذكرناه اذ لم يكن الدين صحيحاً كبذل الكتابة لا تجوز الكفالة به وتجوز الكفالة بالشعبة وقطع الاطراف اذ لم يكن موجباً القصاص لان الارض دين صحيح لا يسقط بالموت بخلاف بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح ألا ترى ان المكاتب عليك اسقاطه قال رحمه الله (وطالب الكفيل أو المدينون الا اذا شرط البراءة فيئذ تكون حوالة كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأهم الخيل كفالة) أي الطالب بخير ان شاء طالب الكفيل وان شاء طالب الاصيل وكذلك أن بطلانها معاملة ما لا يوجب الكفالة اذ هي تنبئ عن الضم وذلك يقتضي بقاء الاول لا البراءة الا اذا شرط براءة الاصيل فيئذ تكون حوالة فلا يطالب الاصيل كما اذا أحال بشرط أن لا يبرأ الخيل فله أن يطالبه لما عرف ان العبرة للمعاني لا مجرد اللفظ قال رحمه الله (ولو طالب أحد هما لكان ان يطالب الآخر) لما ذكرنا بخلاف المقصود منه اذا اختار أحد الغاصبين لان اختياره أحدهما يتضمن التملك منه عند قضاء القاضى به فلا يملكه التملك من الآخر بعد ذلك وأما المطالبة بالكفالة لا تقتضيه ما لم يوجد منه حقيقة الاستيفاء قال رحمه الله (ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق كان استحق المبيع أو الامكان الاستيفاء كان قدم زيد وهو مكفول عنه أو اتعذره كان غاب عن المصير) أي يجوز تعليق الكفالة بشرط ملائمة لا بطلان الشرط والملازمة ثبت بكون الشرط سبباً لوجوبه كقوله ان استحق المبيع فعلى الثمن أو بكونه محكماً من الاستيفاء كقوله ان قدم فلان فعلى ما عليه من الدين أو بكونه سبباً لتعذر الاستيفاء منه كقوله ان غاب زيد فعلى ما عليه من الدين فهذه جهة الشروط التي يجوز تعليق الكفالة بها والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حل بعير وأنا به زعيم فوجه التمسك بالآية انه علق الكفالة بالشرط وذلك الشرط سبب لوجوب الحل على الحيي بالصاع وشرعية من قبلنا بشرعية لنا ما لم ننسخ ولا يقال الكفيل من يكون ضامناً عن غيره وهذا الكفيل ضامن عن نفسه لانه هو الذي يجب عليه الاجرة لا نأقول أمكن حل الآية على الكفالة بأن يكون رسولاً من جهة الملك والرسول سفير فلا يجب عليه الاحكام كآية بقول ان الملك قال لمن جاء به حل بعير ثم يقول هو من جهته وأنا بذلك الحل الذي على الملك كفيل ولا يقال ان الآية تدل على أن الكفالة للجهول جائزة وأنتم لا تقولون به فلم يبق لكم حجة لا نأقول جاز أن ننسخ من هذا الوجه وتبقى معمولاً به من جهة التعليق لاجماع الامة على ان ضمان الدرك جائز ولو كان منسوخاً لما جاز ثم الاصل فيه أن الجهالة في المال المكفول به لا تمنع صحة الكفالة كقوله ما غصبك فلان فعلى

(٣٠ - زيلعي رابع) الكفيل ما أقر به المطوب حتى يقضى به عليه ولومات المطوب قبل أن يقضى عليه فخاصم الطالب ورثته أو وصيه فقضى له عليهم حتى لزم الكفيل ولومات الكفيل لحقه في تركته ذلكم في تركته الاصل وفي نوادره شام عن محمد لو قال لا آخر ما غصبك فلان أو ما سرقك فاني له ضامن جاز ذلك الضمان ولو قال ما غصبك أهل هذه الدار فأنا له ضامن فهو باطل حتى يسمى انساناً بعينه لان تقديره ضمنيت لك ما يجب على واحد من الناس ولو صرح بذلك لم يجوز ولا كذلك اذا سمى انساناً بعينه لانه لو صرح فقال ما يجب لك على فلان فهو على جاز وعلى هذا المعنى ذكر في كفالة الاصل لو قال من بايع فلان اليوم من بيع فعلي فبايعه غير واحد لم يلزم الكفيل شيء لان تقديره ضمنيت لواحد من الناس فلم يصح ولو قال لقوم حاضرين ما بايعتموه به من شيء فعلي جاز لانه قد ضمن بعينين ولو قال ان لم يعطك فلان مالاً فأنا ضامن له لم يلزم الضامن شيء حتى يتقاضاه الطالب فيقول لا أعطيك ولومات المطوب قبل التقاضي فقال وارثه أعطيك

أولاً أعطيك فالمال يلزم الكفيل وفي نوادر ابن سماعة عن محمد لوقال ان تقاضيت فلم يعطك فأنا له ضامن فبات المطلوب قبل التقاضي بطل
عن الضمان وقال في المجرد قال أبو حنيفة لوقال رجل لرجل ما بايعت فلان اني فبايعه مرة بعد مرة يلزمه ثمن ما بايعه في أول مرة ولا يلزمه
ثمن ما بايعه بعده وفي نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة يلزمه كذا هذه المسائل كلها مذكورة في الإجناس ونقل في خلاصة التناوي عن
الاصل رجل قال للودع أنك المودع وديعتك أو بجداً فأنضامن لك الصبح ولوقال ان قتلك أو ابنك فلان خطأ فأنضامن صبح بخلاف ان
أكلك سبع اه انقضى قال الكمال بخلاف ان أكل سبع ونحوه مما ليس ملائماً كان دخلت الدار وأقدم فلان وهو غير مكفول عنه
أو هبت الريح أو جاء المطر لا يصح هذا التعليق وكذا اذا جعل كل منهما أجلاً يعني من هبوب الريح ومجيء المطر كأن يقول كفلت لك
بمالك عليه أن تهب الريح أو إلى أن يجي المطر لا يصح إلا أن الكفالة تثبت حالة ويبطل الاجل بخلاف ما لو علقه ما به ما نحو اذا
هبت الريح فقد كفلت لك بمالك عليه فان الكفالة باطلة أصلاً ولو جعل الاجل الحصاد والدياس أو المهر جان أو العطاء أو صوم النصارى
جازت الكفالة والتأجيل فالخاص أن الشرط الغير الملائم لا يصح مع الكفالة أصلاً ومع الاجل الغير الملائم تصح حاله ويبطل الاجل اه
(قوله وجهالة المكفول له) قال الولوالجي (١٥٤) ولوقال لقوم ما بايعتموه أنتم وغيركم فهو على لزمه دين من خاطبهم ولم يلزمه دين غيرهم

لأن الخاطبين معاً لو لم يكون
وغيرهم مجهولون اه (قوله
لا يجوز الا اذا كانت الجهالة
في المكفول) قال قاضيان
في كتاب الاقرار قبيل فصل
اقرار المريض رجل قال
لغيره من بايعك بشي فأنا
كفيل عنك بتمنم لم
يجز ولوقال من بايعك من
هو لاء وأشار إلى قوم معينين
معدودين فأنا كفيل عنك
بتمنم جاز اه (قوله في المتن
ولا يصح بخوان هبت الريح)
اعلم أن نسخ المتن قد اختلفت
في هذا الموضوع ففي نسخة
وعليها شرح الزيلعي رحمه
الله كما شاهدته في خطه
هكذا ولا يصح بخوان هبت
الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالاً وعلى هذه النسخة يكون مناسبه الزيلعي من السهول الهداية والكافي منسوبا
فأقر
العبارة الكثر والذي في غالب نسخ المتن وجرى عليه جمع من الشراح هكذا ولا يصح بخوان هبت الريح فان جعل أجلاً تصح الكفالة
ويجب المال حالاً ولا سهو في عبارة الكثر على هذا (قوله فان علق به تصح) كقوله ان هبت الريح فأنضامن أو ان نزل المطر فأنا كفيل اه
(قوله هكذا ذكر في الهداية والكافي) صاحب الهداية قدّم صاحب المبسوط في هذا الاستعمال فإنه ذكر فيه التعليق وأراد به التأجيل
بجامع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال اه دراية (قوله ولو جعل الاجل في الكفالة إلى هبوب الريح لا يصح) كما اذا قال
كفلت بكذا إلى أن تظطر السماء أو تهب الريح اه (قوله لزوم الكفيل) لأنه أي الكفيل ضمن بماله وقد ظهر بالبينة ان ماعلى المكفول
عنه ألف والثابت بالبينة كالثابت عياناً فصار كأنه ضمن بالألف التي عليه اه (قوله الا اذا كان عن ولاية) قال الانقضى أما اذا عجز الطالب
عن البينة فالقول قول الكفيل في مقداره ما أقتر به لأنه مال مجهول لزمه بقوله فيكون القول قوله كما اذا أقتر بشي مجهول وانما اعتبر قول
الكفيل مع البينة لأن من جعل القول قوله فيما كان هو خصمه فيه والشئ مما يصح بذله كان القول قوله مع عينه كالدعي عليه بالمال وأما
اذا أقتر المكفول عنه بأكثر مما يترف به الكفيل لم يصدق في أكثر على الكفيل لان اقرار المكفول عنه تضمن شيئين أحدهما على نفسه
والآخر على الكفيل فيصدق في اقراره على نفسه لان له ولاية على نفسه ولا يصدق على الكفيل لعدم ولايته عليه قال في الشامل في قسم

وجهالة المكفول له أو المكفول عنه تمنع حتى لو قال من غصبك من الناس أو بايعك أو قتلك فأنا كفيل لك
عنه أو قال من غصبته أنت أو قتلته فأنا كفيل له عنك لا يجوز الا اذا كانت الجهالة في المكفول عنه يسيرة
مثل أن يقول كفلت لك بمالك على أحد هذين فيمن شذى يجوز فالتعيين إلى المكفول له لأنه صاحب الحق قال
رحمه الله (ولا يصح بخوان هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالاً) يعني لا يصح تعليق الكفالة
بهبوب الريح ونحوه كتنزول المطر فان علق به تصح الكفالة ويجب المال حالاً هكذا ذكر في الهداية
والكافي وهذا سهو فان الحكم فيه أن التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لان الشرط غير ملائم فصار كالمعلقة
بدخول الدار ونحوه مما ليس ملائماً ذكره قاضيان وغيره ولو جعل الاجل في الكفالة إلى هبوب الريح
لا يصح التأجيل ويجب المال حالاً وكذا الكفالة بالنفس يجوز تعليقه بأشياء بشرط ملائم كالكفالة بالمال
في جميع ما ذكرنا ولا يجوز تعليقه بأشياء بشرط غير ملائم ويجوز تأجيلها إلى أجل معلوم والجهالة البسيطة فيها
متحملة كالتأجيل إلى القطار وقدم الحاج ولا يجوز إلى هبوب الريح أو نزول المطر فان أجله إليه بطل
الاجل ولزمه تسليم النفس حالاً قال رحمه الله (فان كفّل بماله عليه فبرهن على ألف لزمه) يعني اذا تكفل
رجل بماله على فلان فأقام الطالب البينة على أن له عليه ألف درهم لزم الكفيل لان الثابت بالبينة
كالثابت عياناً وان لم يرقم فلا يجب عليه شئ لان قول الطالب لا يكون حجة على المطلوب وهو المكفول عنه
ولا على الكفيل لأنه مدّع فلا يقبل قوله الا ببينة قال رحمه الله (ولا لصادق الكفيل فيما أقتر بحلفه ولا ينفذ
قول المطلوب على الكفيل) يعني اذا أقتر الكفيل بشي والمسئلة بحالها وأدعى الطالب أكثر من ذلك كان
القول قول الكفيل لأنه منكر ولو أقتر المكفول عنه بأكثر من ذلك لا ينفذ قوله على الكفيل لعدم ولايته
عليه لان اقراره على الغير لا ينفذ الا اذا كان عن ولاية وهذا بخلاف ما اذا قال ما ذاب لك على فلان فعلى

الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالاً وعلى هذه النسخة يكون مناسبه الزيلعي من السهول الهداية والكافي منسوبا
فأقر
العبارة الكثر والذي في غالب نسخ المتن وجرى عليه جمع من الشراح هكذا ولا يصح بخوان هبت الريح فان جعل أجلاً تصح الكفالة
ويجب المال حالاً ولا سهو في عبارة الكثر على هذا (قوله فان علق به تصح) كقوله ان هبت الريح فأنضامن أو ان نزل المطر فأنا كفيل اه
(قوله هكذا ذكر في الهداية والكافي) صاحب الهداية قدّم صاحب المبسوط في هذا الاستعمال فإنه ذكر فيه التعليق وأراد به التأجيل
بجامع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال اه دراية (قوله ولو جعل الاجل في الكفالة إلى هبوب الريح لا يصح) كما اذا قال
كفلت بكذا إلى أن تظطر السماء أو تهب الريح اه (قوله لزوم الكفيل) لأنه أي الكفيل ضمن بماله وقد ظهر بالبينة ان ماعلى المكفول
عنه ألف والثابت بالبينة كالثابت عياناً فصار كأنه ضمن بالألف التي عليه اه (قوله الا اذا كان عن ولاية) قال الانقضى أما اذا عجز الطالب
عن البينة فالقول قول الكفيل في مقداره ما أقتر به لأنه مال مجهول لزمه بقوله فيكون القول قوله كما اذا أقتر بشي مجهول وانما اعتبر قول
الكفيل مع البينة لأن من جعل القول قوله فيما كان هو خصمه فيه والشئ مما يصح بذله كان القول قوله مع عينه كالدعي عليه بالمال وأما
اذا أقتر المكفول عنه بأكثر مما يترف به الكفيل لم يصدق في أكثر على الكفيل لان اقرار المكفول عنه تضمن شيئين أحدهما على نفسه
والآخر على الكفيل فيصدق في اقراره على نفسه لان له ولاية على نفسه ولا يصدق على الكفيل لعدم ولايته عليه قال في الشامل في قسم

المطلوب ما ذاب لك على فلان فهو على أو ما ثبت أو ما قضى عليه فأقر المطلوب بل لم الكفيل الا قوله ما قضى عليه لم يلزمه الا أن يقضى القاضي لان قوله ما ذاب أى حصل وقد حصل باقراره ولو قال مالك أو ما أقرت لك به أنس فقال المطلوب أقررت له بألف لم يلزم الكفيل لانه قبل ما لا واجبا عليه لا ما لا واجبا عليه في الحال ولم يثبت أنه واجب فان قال ما أقرت فأقرت في الحال يلزمه لانه لم يقل ما كان أقرت ولو أقر المطلوب الميمين فالزومه القاضي لم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار بل بذل الى هنا لفظ الشامل اه (قوله والقياس أن لا يلزمه شئ لما بينا) وكذا لو قال ما بايعته فعلى فقال المكفول عنه بايعته وبجهد الكفيل يؤخذ الكفيل بذلك استحسانا بدون بينة اه خلاصة (قوله في المتن فان كفيل بأمره رجع الخ) رجل كفيل عن رجل بعامل بغير أمره ثم أجاز المكفول عنه الكفالة فأدى الكفيل شيئا لا يرجع على المكفول عنه اه قاضيان وسيأتى في كلام الشارح قبيل كتاب الحوالة معله اه وكتب ما نصه ثم ينبغي لك أن تعرف أن رجوع الكفيل على المكفول عنه اذا وجد الأمر انما يكون اذا كان المكفول عنه ممن يجوز (١٥٥) اقراره على نفسه بالدين وعكس التبرع

والا فلا وبه صرح في التهمة وكفاية البيهقي وغيرهما حتى أن الصبي المحجور اذا أمر رجلا أن يكفل عنه فكفل وأدى لا يرجع لان الاصل مستقرض عن الكفيل معنى واستقرض الصبي لا يتعلق به ضمان بخلاف استقرار البالغ وأما العبد المحجور لا يرجع عليه الا بعد العتق لان أمره صحيح في حق نفسه دون مولاه اه اتقاني (قوله لانه قضى دينه بأمره) أى لان الكفالة اذا كانت بأمر كانت بمعنى القرض كانه قال أقرضنى كذا وادفعه الى فلان وذلك جائز كذلك هذا اه اتقاني (قوله أو بالعكس يرجع بالمال المكفول به) قال في التهمة ثم الكفيل يرجع بما ضمن لا بما أدى لانه ملك ما فى ذمته

فأقر فلان على نفسه بألف درهم مثلا فأنكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به المطلوب استحسانا والقياس أن لا يلزمه شئ لما بينا وجه الاستحسان أنه تكفل بما تقررت له عليه في المستقبل وقد تقررت عليه باقراره وهذا لانه تكفل بما يجب له عليه فيشترط الوجوب عليه فيما يأتى بأى طريق كان وفي مسألة الكتاب تكفل بما عليه في الحال فاذا أخبر الطالب أو المطلوب بما عليه كان متما فلا يصدق ما لم يقيم البينة ويصدق المطلوب في حق نفسه لاقراره عليه كالريض اذا أقر دين يرد اقراره في حق غرماء الصحة ويقبل في حق نفسه حتى اذا فضل شئ من غرماء الصحة كان للقرتله قال رحمه الله (فان كفيل بأمره رجع بما أدى عليه) لانه قضى دينه بأمره معناه اذا أدى ما ضمن وكان المكفول عنه غير صبي محجور عليه وغير عبد محجور عليه أما اذا أدى خلافه بأن كان الدين المكفول به جيدا فأدى رديا أو بالعكس يرجع بالمال المكفول به لا بما أدى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة أو بالارث بأن مات الطالب والمكفيل وارثه أو وهبه له حال حياته وهى جائزة للكفيل وان كانت لا تجوز لغيره من عليه الدين لانه ينتقل الدين اليه بعتقضى الهبة ضرورة وله نقله بالحوالة أو يجعل كدينين للضرورة أو نقول بوجوبه عليه للضرورة فلا يجب عليه أن يسامح الاصيل بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى أن أدى أردأ من الدين وان أدى أجود منه لا يرجع الا بالدين لانه لم يلتزم ولم يجب عليه شئ في ذمته وانما ثبت له حق الرجوع بالاداء بأمره وهذا لو وهبه الدين لا يملكه فيرجع عليه بما أدى ما لم يخالف أمره بالزيادة أو باداء جنس آخر بخلاف ما اذا صالح على أقل من الدين وهو من جنسه حيث لا يرجع الا بقدر ما أدى لان الصلح على الأقل ابراء فيكون ابراء عنه لا تملك الا اذا صالحه على أن يهبه الباقي ففعل حينئذ يرجع عليه بجميعه لانه ملك الدين كله بعضه بالاداء وبعضه بالهبة وأما اذا تكفل بأمر الصبي أو العبد المحجور عليهم ما فلان الأمر بالكفالة استقرار منه من المأمور واستقرضهما لا يصح ولا يوجب الضمان وانما يلزم الكفيل المال بالتزامه لان صحة الكفالة تعتمد التزامه باختياره لأمر الأمر بخلاف الصبي والعبد المأذون لهما لان أمرهما بالكفالة بالمال والله تعالى صحيح وان لم يملك أن يتكفلا عن أحدهما يكون تبرعا فيرجع عليهما الكفيل قال رحمه الله (وان كفيل بغير أمره لم يرجع) لانه متبرع بأدائه عنه وفيه خلاف مالك رحمه الله قال رحمه الله (ولا يطالب الاصيل بالمال قبل أن يؤدى عنه) لانه التزام المطالبة

الاصيل حتى انه اذا كان عليه درهم صحاح جباد فأدى زيوفا وتجاوز به صاحب الدين فانه يرجع بالجباد وكذا لو أدى عنهما من المكفيل والموزون أو العروض فانه يرجع بالدرهم بخلاف الوكيل بقضاء الدين فانه يرجع بما أدى لا بما على الغرم وبخلاف الصلح اذا صالح من الألف على خمسمائة فانه يرجع بخمسمائة لا بالألف لانه إسقاط البعض اه اتقاني (قوله أو وهبه) يعنى اذا وهب المكفول له الكفيل المال المكفول به يرجع الكفيل على المكفول عنه بالمكفول به وكتب ما نصه قال في شرح الطحاوى ولو وهب الدين له أو تصدق عليه يحتاج الى القبول فاذا قبل كان له أن يرجع على الاصيل كما اذا أدى اه اتقاني قوله ولو وهب أى الطالب اه قوله أى الكفيل اه (قوله ففعل) كالمصالحه عن ألف على مائة على أن يهبه الباقي فان الكفيل يرجع حينئذ بألف اه (قوله في المتن ولا يطالب الاصيل بالمال قبل أن يؤدى عنه) أى لان الكفيل كالمقرض معنى والمقرض لا يرجع على المستقرض ما لم يقرض فكذلك الكفيل لا يرجع على المكفول عنه ما لم يؤد اه اتقاني رحمه الله

(قوله في المتن فان لو لم يلزم له) اعلم أن الكفيل بالامر اذا طوّل طالب الاصيل واذا حبس حبسه واذا أدى رجع عليه اذ لم يكن على الكفيل دين مثله للمكفول عنه وأما اذا كان عليه دين مثله للمكفول عنه فليس للكفيل ملازمة الاصيل ولا له أن يحبس اذا حبس ولا له أن يرجع عليه اذا أدى ولكنه يسقط عنه دين المكفول عنه كذا في شرح الطحاوي هذا كله اذا كانت الكفالة بأمر من عليه أما اذا كانت الكفالة بغير أمر فليس للكفيل الرجوع والمطالبة والحبس للاصيل لان الكفيل متبرع اه اتقاني (قوله في المتن ويرى بأداء الاصيل) قال الاتقاني وجه القول هنا ما قال في شرح الطحاوي واذا برأ المكفول له المطلوب عن الدين وقبل ذلك برأ الاصيل والكفيل جميعا لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل وبراءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل الا أنه اذا برأ الاصيل يشترط في ذلك قبوله أو عوت قبل القبول والرد وقام ذلك مقام القبول ولورده ارتدودين الطالب على حاله واختلف مشايخنا في ذلك ان الدين هل يعود الى الكفيل أم لا قال بعضهم يعود وقال بعضهم لا يعود ولو برأ الكفيل صح البراءة قبل أوله وقبله ولا يرجع على الاصيل ولو وهب الدين له أو تصدق عليه يحتاج الى القبول فاذا قبل كان له (١٥٦) أن يرجع على الاصيل كما اذا أدى وفي الكفيل حكم ابرائه والهبة يختلف في البراءة

لا يحتاج الى القبول وفي الهبة والصدقة يحتاج الى القبول وفي الاصيل يتفق حكم ابرائه في الهبة والصدقة فيحتاج الى القبول في الكل ولو كان البراء والهبة والصدقة بعد موته فقبل ورثته صح ولورثته ارتد وبطل البراء عند أبي يوسف لان البراء بعد الموت لبراء للورثة وقال محمد يرتد بردهم كما لو أبرأهم في حال حياته ثم مات الى هنا لفظ الامام الاسيحياني في شرح الطحاوي اه (قوله ويرى براءة توجب براءة الكفيل) أي لان الكفالة لا تكون الا فيما يكون مضمونا على الاصيل وقد سقط الضمان على الاصيل بالاداء أو البراء

وانما يملك الدين بالاداء فلا يرجع قبل التملك بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان الوكيل من الموكل ينزل منزلة البائع من المشتري فيما يرجع الى الحقوق لما أنه انعقد بينهما مبادلة حكيم حتى لو اختلفا في مقدار الثمن تخالفا وكان الوكيل ولا به حبس المبيع عن الموكل الى أن يوفي الثمن كما كان ذلك للبائع اذ هو استفاد المالك من جهته فكذلك أن يطالبه بالثمن قبل أن يؤدي كما كان للمشتري أن يطالب المشتري منه اذا باع المبيع قبل أن يوفي الثمن الى البائع قال رحمه الله (فان لو لم يلزمه) أي ان لو لم يلزم الكفيل من جهة الطالب لازم هو الاصيل حتى يخلصه وكذا اذا حبس له أن يحبس لانه هو الذي أدخله في هذه العهدة ولحقه ما لحقه من جهته فبمعاملته بعثله حتى يخلصه من ذلك اذ تخليصه واجب عليه قال رحمه الله (ويرى بأداء الاصيل) أي يرى الكفيل بأداء الاصيل لان الاصيل ببرأ الاداء وبراءه توجب براءة الكفيل لانه ليس عليه دين في الصحيح وانما عليه المطالبة فقط ويستحيل أن تبقى المطالبة بدون الدين قال رحمه الله (ولو أبرأ الاصيل أو أخر عنه برئ الكفيل وتأخر عنه) أي لو أبرأ الطالب الاصيل أو أجل دينه برئ الكفيل وتأجل الدين في حقه أيضا لما ذكرنا انه ليس عليه الا المطالبة وهي تبع للدين فسقط بسقوطه وتأخر تأخره بخلاف ما اذا كفّل بشرط براءة الاصيل ابتداء حيث يرى الاصيل وحده دون الكفيل لان الكفالة فيه صارت عبارة عن الحوالة تجازا واللفظ اذا أريد به المجاز سقطت الحقيقة فصارت الكفيل محالا عليه وبراءة المحيل لا توجب براءة على أنه لا يبرأ المحيل عن الدين فيها في رواية الاحكام تشهد به ألا ترى أنه لو توى يرجع عليه واذا مات المحيل كان المحتال اسوة الغرماء في المال المحتال به كأنه مات وعليه دين له وبغيره بحقيقة أن الدين فيما لم يسقط بالاتفاق وانما يحق من ذمة الى ذمة لما الدين او المطالبة على اختلاف الروايتين وذلك لا يوجب سقوطه ولا سقوط تبعه فلا يرد علينا أصلا قال رحمه الله (ولا ينعكس) أي براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل ولا تأخير عنه يوجب التأخير عن الاصيل لان الكفيل ليس عليه دين على ما بينا واسقاط المطالبة أو تأخيرها لا يوجب سقوط الدين ولا تأخره ألا ترى

فيسقط عن الكفيل أيضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوب الضمان على الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا اه اتقاني (قوله في المتن ولا ينعكس) قال الاتقاني رحمه الله قال في شرح الطحاوي واذا أخر الطالب الدين عن الكفيل الى مدة فقبل الكفيل هذا التأخير معه صح التأخير عن الكفيل خاصة ولا يكون ذلك تأخيرا عن الاصيل ولورد الكفيل التأخير ارتد بخلاف البراءة الكفيل انه لا يرتد برده ولو أخر الدين عن الاصيل تأخر عنهم جميعا لان ضمان الكفيل تبع لضمان الاصيل وضمان الاصيل ليس بتبع لضمان الكفيل ولو كان له على رجل دين مؤجل فأخذ منه كفيلًا ثبت على الكفيل مؤجلا ولو كان الدين على الاصيل حالا وكفل عنه رجل للطالب مؤجلا صححت الكفالة وتأخر الدين عنهم لان الاجل الحاق بالدين والدين على الاصيل الآن يشترط الطالب وقت الكفالة الاجل لاجل الكفيل خاصة فلا يتأخر الدين حينئذ عن الاصيل ولو أن الكفيل أحال المكفول له على رجل فقبل المكفول له والمحتال عليه الحوالة فقد برئ الكفيل والمكفول عنه لان الكفالة حصلت بأصل الدين وأصل الدين كان على المكفول عنه فلذلك تضمنت هذه الحوالة براءة جميعا ولو اشترط الطالب وقت الحوالة لبراء الكفيل خاصة برئ الكفيل ولا يسبيل له على الكفيل (١) لمال على المحتال عليه اه (١) قول المحشي ولا يسبيل له على الكفيل الخ هكذا في الاصل ولعل في الكلام سقطا فقرر اه مصححه

(قوله بخلاف ما إذا تكفل الخ) نص عليه في الكافي اه (قوله مؤجلا إلى شهر مثلا) قال في المحيط ولو كان المال خلافاً فكفل به انسان مؤجلا بأمر المكفول به وطلبه فانه يجوز ويكون تأجيلاً في حقهما استحقاقاً في ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن محمد بن جهم الله أنه حال على الاصيل مؤجل في حق الكفيل لان التأجيل وجد في حق الكفيل خاصة فلا يتغير الحكم في حق الاصيل كالأجل بعد الكفالة ووجه ظاهر الرواية أنه أضاف الاجل الى نفس الدين فتكون المطالبة عليه ابتداء مؤجلة وان تكون المطالبة عليه مؤجلة ابتداء الابعاد ثبوت التأجيل في حق الاصيل في تأجيل في حق الاصيل في حقهما بخلاف ما لو كفل حالاً ثم أجله بعد الكفالة لا يتأجل عن الاصيل لانه أضاف التأجيل الى من عليه المطالبة لا الى الدين فلم يتغير الحكم في حق الاصيل اه (قوله فانصرف الاجل الى الدين) أى وان كان قرضاً وهذه حيلة في تأجيل القرض اه تبييناً وكتب مانصه ذكر (١٥٧) في المحيط الكفالة بالقرض الى أجل جائز وهو حال على الاصيل

ومشله في خزنة الاكل وشرح التكملة ولا يلتفت الى ما قاله العلامة الحصري في التحرير من تأجيله على الاصيل فانه مخالف لعامة الكتب كذا قال الشيخ قاسم في حاشية المجمع لابن فرشتاذ كره قبيل فصل الربا اه (قوله ثم هذه المسئلة على أربعة أوجه إما أن يذ كر الخ) أى كان يقول الكفيل مثلاً للطالب صالحته عن الالف التي على خمسة مائة على ألفي والمكتول عنه برهان من الخمسمائة الباقية برأها جميعاً والطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار ان شاء أخذها من الكفيل والكفيل يرجع على الاصل ان كان بأمره وان شاء أخذها من الاصيل اه (قوله في المتن يرجع على

ان للدين وجوداً بدوياً ابتداءً فكذلك بقاء بخلاف ما إذا تكفل بالمال الحال مؤجلاً الى شهر مثلاً لا حدث يتأجل عن الاصيل أيضاً لانه لمطالبة على الكفيل حال وجود الكفالة فانصرف الاجل الى الدين قال رحمه الله (ولو صلح أحدهما رب المال عن ألف على نصفه برئاً) أى صلح الاصيل أو الكفيل الطالب على خمسمائة عن الالف التي عليه برئ الكفيل والاصيل أما إذا صلح الاصيل فظاهر لانه بالصلح برئ هو وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا وأما إذا صلح الكفيل فلان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل لان الكفيل ليس عليه دين وانما عليه المطالبة على ما يتأخير الأصيل عن الدين ضرورة اضافة الصلح الى الالف وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا فإذا برئ عن خمسمائة بصلح أحدهما أيهما كان فان أدى الكفيل الخمسمائة الباقية رجع على الاصيل به ان كان بأمره والا فلا يرجع لما عرف ثم هذه المسئلة على أربعة أوجه إما أن يذ كر في الصلح برأها جميعاً أو براءة الاصيل فكذلك الحكم أولم يشترط شيء فكذلك أيضاً وأشرط أن يبرأ الكفيل لا غير فيبرأ هو وحده عن خمسمائة والالف على حاله على الاصيل قال رحمه الله (وان قال الطالب للكفيل برئت الى من المال رجع على المطلوب) أى الكفيل يرجع على المكفول عنه لان هذا اقرار منه بالقبض من الكفيل لان البراءة التي يكون ابتداءها من الكفيل وانتهائها الى الطالب لا تكون الا بالقبض منه فصار كأنه قال دفعته الى أو نقدته أو قبضته منك فيرجع عليه ولا يرجع الطالب على واحد منهما الاقراره بالاستيفاء من الكفيل قال رحمه الله (وفي برئت أو برأتك لا) أى في قوله للكفيل برئت أو برأتك لا يرجع الكفيل على الاصيل لانه لم يقر بالاستيفاء منه لان قوله برئت من غير أن يقول الى محتمل يحتمل أنه برئ ببراءة ويحتمل أنه برئ بالاداء فلا يثبت له الرجوع بالشك وهذا عند محمد وقال أبو يوسف يرجع عليه لانه لا يحتمل الا البراءة بالقبض لانه أقر ببراءة ابتداءها من المطلوب لانه نسب البراءة اليه ولا يقدر المطلوب أن يبرأ الا بالاداء بأن يضع المال بين يديه ويخلى بينه وبين المال فيبرأ بذلك وان لم يوجد من الطالب صنع ولهذا كتب وقال برئ الكفيل من المال يكون اقراراً منه بالقبض اجماعاً فكذلك هذا اذا لفرق بينهما من حيث اللفظ وقرق محمد رحمه الله بينهما ان الصلح لا يكتب عادة الا اذا كانت البراءة بالقبض وان كانت بالبراءة لا يكتب وقوله أبرأتك ابتداء اسقاط لا اقرار منه بالقبض ألا ترى أنه كيف نسب الفعل الى نفسه والكفيل لا يملك الدين بالبراءة فلا يرجع به على الاصيل بخلاف ما إذا أدى أو وهبه الطالب على ما مر وبخلاف الوكيل بالشراء

المطلوب) أى والطالب بالخيار ان شاء أخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ من الكفيل خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ان كان الصلح بأمره اه اتفاقاً (قوله الكفيل يرجع على المكفول عنه) أى بجميع الدين لان انتهاء الغاية والمتكلم وهو رب الدين هو المنتهي في هذا التركيب فلا بد أن يكون ثم مبتدأ وأيسر الا الكفيل المخاطب فأفاد التركيب براءة من المال مبتدأها من الكفيل ومنتهى صاحب الدين وهذا معنى الاقرار من رب الدين بالقبض من الكفيل كأنه قال دفعت الى فلان يرجع على واحد منهما ويرجع الكفيل على الاصيل ان كان كفل بأمره والحوالة كالكفالة في هذا اه كمال (قوله في المتن وفي برئت أو برأتك لا) ذكر المصنف رحمه الله ثلاث مسائل اثنتان لا خلاف فيهما وهما قوله برئت الى وأبرأتك اه (قوله أبرأتك ابتداء اسقاط لا اقرار منه بالقبض) حتى كان للطالب أن يأخذ الاصيل به اه كمال وكتب مانصه لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل اه غاية وكتب مانصه قال الاتقاني لان البراءة في هذه الصورة ابتداءها من الطالب والبراءة التي ابتداءها من الطالب لا تكون الا بالاسقاط اه

(قوله في المتن وبطل تعليق البراءة من الكفالة الخ) اعلم أن تعليق الكفالة بشرط ملائم يصح عنه إذا وقد مر بيانه أما تعليق البراءة من الكفالة لا يجوز مثل أن يقول إذا جاء عندك براءة من الكفالة وذلك لأن في البراءة معنى التملك والتمليك لا يجوز تعليقها بالشروط لافضائها إلى معنى القسار قاله الاتقاني وقال الكمال قوله ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشروط أي بالشروط المتعارف مثل أن يجلت إلى البعض أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة (قوله وقيل يصح) أي قبل تعليق البراءة من الكفالة صحيح اه (قوله في المتن والكفالة بمجد وقود ومبيع) يعني إذا تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح لأنه عين لا يمكن إذاؤه من التكفل إذا هلك والمراد الكفالة بعين المبيع لأنه إذا كفل بتسليم المبيع جاز (١٥٨) اه (قوله فلان الكفالة إنما تصح بضمون تجري النيابة في إيفائه) أي وكل

إذا أبرأه البائع عن الثمن حيث يرجع به على الموكل للمكدم في ذمته وهذا كله فيما إذا كان الطالب غائبا وإن كان حاضرا يرجع إليه في بيانه في الكل أنه أوفاه أو أبرأه ليزول الاحتمال ويثبت حكمه قال رحمه الله (وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشروط) لأن في البراءة معنى التملك كالبراءة عن الدين وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر وكذا على قول من يقول بثبوت المطالبة لا غير لأن فيها تملك المطالبة وهي كالدين لأنها وسيله التملك لا يقبل التعليق بالشروط وقيل يصح لأن الثابت فيها على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق والعناق وهذا لا يرتد أبرأ الكفيل بالرد لأن الاسقاط يتم بالاسقاط بخلاف التأخير عن الكفيل حيث يرتد بالرد لأنه ليس باسقاط بل هو خالص حق المطالب فيرتد بالرد بخلاف الإبراء عن الدين لأن فيه معنى التملك قال رحمه الله (والكفالة بمجد وقود ومبيع ومهر هون وأمانة) يعني الكفالة بهذه الأشياء باطلة أما الكفالة بأسقية الماء أو القصاص فلان الكفالة إنما تصح بضمون تجري النيابة في إيفائه ولا تجري النيابة في العقوبات لأن المقصود من شرعها زجر المفسدين عن الفساد فلا يمكن إقامتها على غير الخاني لعدم الفائدة وأما الكفالة بالمبيع والمهرين والأمانات كلها فلان الكفالة من شرط صحتها أن يكون المكفول به مضمونا على الأصيل بحيث لا يمكنه أن يخرج عنه إلا بدفعه أو بدفع بدله لأن الكفالة التزام المطالبة بما على الأصيل فلا بد أن يكون واجبا على الأصيل ومضمونا عليه حتى يتحقق معنى الضم والمبيع قبيل القبض ليس بضمون بنفسه وإنما هو مضمون بالثمن ألا ترى أنه لو هلك لا يجب عليه شيء بل ينفسخ البيع وكذا الرهن غير مضمون عليه بنفسه وإنما يسقط دينه إذا هلك فلا يمكن إيجاب الضمان على الكفيل وهو ليس بواجب على الأصيل وكذا الأمانة ليست بضمونة على الأصيل لا يمكن إيجابها ولا تسليمها وهي كالودائع والمضاربات والشركات فلا يمكن جعلها مضمونة على الكفيل فلا تصح الكفالة بها قال رحمه الله (وصح لوئنا ومغصوبا ومقبوضا على سوم الشراء ومبيعا فاسدا) يعني إن كان ثمن المبيع يصح الخ لأن الثمن دين صحيح مضمون على المشتري والمغصوب والمقبوض على سوم الشراء والمبيع في البيع الفساد مضمون عليه حتى إذا هلك عند من يجب الضمان عليه إذا القيمة تقوم مقامه فأمكن إيجابه على الكفيل بخلاف الأمان المفوضة بغيرها كالبيع والرهن وبخلاف الأمانات على ما تقدم ويجوز في الكل أن يتكفل بتسليم العين سواء كانت مضمونة أو أمانة لأن تسليم العين واجب على الأصيل فأمكن التزامه فصار نظير التكفل بالنفس لأنه مادام قائما يجب عليه تسليمه وإن هلك يبرأ كالكفالة بالنفس وقيل إن كان تسليمه واجبا على الأصيل كالعارية والإجارة جازت الكفالة بتسليمه وإن كان غير واجب كالوديعة والإجارة لا تجوز الكفالة بتسليمه لأن التسليم غير واجب عليه فلا يمكن إيجابه على الكفيل قال رحمه الله (وجل دابة معينة مستأجرة

حق لا يمكن استيفاءه من الكفيل لا تجوز الكفالة به كالمجدود والقصاص هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه يعني أن الكفالة بنفس الحد لا تجوز أما الكفالة بنفس من عليه الحد فتجوز لأن الكفالة بتسليم النفس إلى باب القاضي واجب بخلاف الكفالة بنفس الحد فإنها لا تجوز لأن العقوبات لا تجري فيها النيابة لعدم حصول المقصود لأن المقصود الزجر وهو لا يتحقق بالنائب اه اتقاني (قوله في المتن وبصح لوئنا) قال القدوري وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز قال الأقطع وذلك لأنه دين صحيح يمكن استيفاءه من الكفيل فصحت الكفالة به كالقرض اه (قوله أو مبيعا) كذا يحفظ الشارح والذي في نسخ المتن بالواو (قوله ويجوز في الكل أن يتكفل بتسليم) العين نحو أن

كفل عن البائع تسليم المبيع إلى المشتري أو كفل عن المرتهن تسليم الرهن إلى الراهن أو كفل عن الأجير بتسليم المستأجر وخدمة إلى المستأجر اه (قوله في المتن وجل دابة الخ) قال القدوري رحمه الله في مختصره ومن استأجر دابة للحمل فإن كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل وإن كانت بغير عينها جازت الكفالة قال الشيخ أبو نصر الأقطع رحمه الله وذلك لأن الدابة إن كانت معينة فالواجب على المؤجر تسليم الدابة دون الحمل فإذا تكفل بالحمل فقد تكفل بما لا يجب على المكفول عنه فلا يصح وليس كذلك إذا كانت الدابة غير معينة لأن الذي يلزم المؤجر الحمل وهو ما يمكن استيفاءه من الكفيل فصحت الكفالة به اه قال الاتقاني رحمه الله وقال في المبسوط ولو تكرر دابة أو عبدا وجعل الأجير ولم يقبض العبد ولا الدابة وكفل له كفيل بذلك حتى يدفعه إليه فإن الكفيل يؤاخذ به مادام حيا لأن التسليم مستحق على

الاصيل وهو عما تجرى فيه النيابة فتصح الكفالة به قالوا لك المستأجر لم يكن له (١٥٩) على الكفيل شيء لان الاجارة

انفسخت وخرج الاصيل
من أن يكون مطالباً بتسليم
الدين وانما عليه رد الاجر
والكفيل ما كفل بالاجر
اه وكتب على قوله وجل
دابة ما نصه بالجر عطف
على قوله بجذ وقصاص أي
بطل الكفالة بحمل دابة
اه عني (قوله في المتن
وخدمة عبد) بالجر أيضاً
عطف على قوله وجل
دابة أي وبطل الكفالة
أيضاً بخدمة عبد اه
فرع قال قاضيان
رجل قال لجماعة اشهدوا
أني قد ضمنت لهذا الرجل
بالدين التي له على فلان ثم
ان المديون أقام بينة انه كان
قد قضاه قبل أن يضمه
الكفيل قبلت بينته ويبرأ
المطلوب عن دين الطالب
ولا يبرأ الكفيل عن دين
الطالب لان قول الكفيل
ذلك كان اقراراً بالدين عند
الكفالة فلا يبرأ الكفيل
ولو أقام المديون بينة على
القضاء بعد الكفالة برئ
الكفيل والمديون جميعاً
(قوله ولو تكفل بتسليم
الدابة الخ) قال قاضيان
رحمهم الله رجل كفل على
رجل عيال والطالب غائب
والمكفول عنه حاضر فأجاز
الغائب بعد ذلك لاتصح
الكفالة في قول أبي حنيفة
ومحمد وتصح في قول أبي
يوسف ولو كان المكفول
عنه غائباً والطالب حاضر فأجاز الطالب جاز بالاتفاق اه

وخدمة عبد استؤجر للخدمة) يعني لا تجوز الكفالة بالجل فيما اذا استأجر دابة معينة للحمل عليها ولا
بالخدمة فيما اذا استأجر عبداً للخدمة لان من شرطها ان يكون قادراً على التسليم وهذا لا يقدر لانه
استحق عليه الحمل على دابة معينة والكفيل لو أعطى دابة من عنده لا يستحق الاجرة لانه أتى بغير المعقود
عليه ألا ترى ان المؤجر لو جعله على دابة أخرى لا يستحق الاجرة فصار عاجزاً ضرورة وكذا العبد للخدمة
بخلاف ما اذا كانت الدابة غير معينة لان المستحق على المؤجر الحمل والكفيل يقدر على ذلك بأن يحمله
على دابة نفسه ولو تكفل بتسليم الدابة فيما اذا كانت معينة جاز لما ذكرنا في المبيع قال رحمه الله
(وبلا قبول الطالب في مجلس العقد) يعني لاتصح الكفالة بالقبول المكفول له في مجلس العقد وقال
أبو يوسف رحمه الله تصح والخلاف في الكفالة بالنفس والمال سواء وقيل عنده يشترط القبول لكنه
لا يشترط في المجلس بل اذا بلغه بعد القيام من المجلس فأجاز جاز ذكر قوله في المبسوط في موضعين
فشرط الاجارة في أحدهم مادون الآخر وجه قوله الاول أن الكفالة التزام مطالبة من غير أن يجب
بقابلته على غيره شيء فيصح كذا قرار وهذا لانه تصرف التزام في ذمته وله عليها ولاية ولا ضرر على
الطالب فيه فقيم به وحده كالنذر وجه قوله الثاني انه تصرف للغير فيتوقف على رضاه كسائر العقود
وعبارة الواحد عنده تقوم مقام عبارتين وان كان فضولياً كما في نكاح الفضولي فانه يعقد عند الاذن
بعارة واحدة فكذلك عند عدم الاذن وانما تأثير الاذن عنده في المزمع دون الانعقاد ألا ترى ان البيع
لما كان يعقد عند الاذن بعبارتين كان كذلك في الفضولي وله ماله عقدت عليك فشرطه لا يتوقف
على ما وراء المجلس كسائر العقود ولانه تبرع على الطالب بالالتزام وإنشاء سبب التبرع لا يتم بالتبرع
مالم يقبله المتبرع عليه كالهبة والصدقة ولا يمكن جعل عبارة قائمة مقام عبارتين حتى يكون
قبول الآخر لعدم ولايته عليه فتعين الالغاء ولانه قد يكون ضرراً عليه بأن يرافعه الاصيل الى
من يرى براءته من القضاء بالكفالة لان العلماء مختلفون فيها فيعود ضرر عليه فلا تصح بدون قبوله
بخلاف الاقرار بالمال لانه ليس بعقد وانما هو إخبار عن شيء واقع فيقبل بذمته قوله في حق نفسه اذا لم
يتضمن اضراراً بأحد قال رحمه الله (الا ان تكفل وارث المريض عنه) يعني لا تجوز الكفالة الا بقبول
المكفول له في المجلس عندهما الا في مسألة واحدة وهي أن يقول المريض لورثته أو لبعضهم تكفلوا
عني بما على من الدين لغرماني فتكفلوا عنه مع غيبة الغرماء فانه جائز استحساناً وان كان القياس بأباه
على قولهما اذا لزم الا بقبوله فصار كما لو قال ذلك في حالة الصحة وجه الاستحسان أن هذه وصية منه
لورثته بان يقضوا دينه ولهذا يصح وان لم يسم المريض الدين وغرماء لان الجهة لا تمنع صحة الوصية
ولهذا قالوا لاتصح اذا لم يخلف مالا ولان المريض في هذا الخطاب قائم مقام الطالب لحاجته اليه
تفريغ ذمته بقضاء الدين من تركته وهذا لانه لما تعلق فيه حق الغرماء والورثة بماله صار كالاجنبي
عن ماله حتى لاتنفذ تصرفاته فيه وتوجهت المطالبة على الورثة بقضاء دينه من التركة فقام المطلوب
في هذا الخطاب مقام الطالب أو نائبه كأن الطالب قال اضمن عن فلان أو كأنه حضر وقيل وانما يصح
بمجرد الطلب ولا يحتاج فيه الى القبول لان قوله تكفلوا عني لا يرد به المساومة في هذه الحالة وانما يرد به
تحقيق الكفالة فصار كالامر بالنكاح وفيما اذا قال المريض ذلك لاجنبي فضمن الاجنبي بالتماسة وقيل
لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بدنيه بدون الالتزام فكان المريض في حقه والصحيح سواء وقيل يصح
لان المريض قصده النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامر يراجع به في تركته فيصح هذا من
المريض على أن يجعل قائماً مقام الطالب لتصدق الحال عليه ان يكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لا يوجد
من الصحيح فيؤخذ فيه بالقياس قال رحمه الله (وعن ميت مغلس) يعني لا تجوز الكفالة عن ميت لم
ينزل مالا وعليه ديون وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز لما روي أنه عليه الصلاة والسلام
أتى بمجانزة رجل من الانصار فسأل هل عليه دين قالوا نعم درهمان أو ديناران فامتنع من الصلاة فقال

عنه غائباً والطالب حاضر فأجاز الطالب جاز بالاتفاق اه

(قوله في الثمن وبالثمن للوكل إلى آخره) وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يعطى الرجل ثوبا لبيعه بعشرة ففعل ثم ضمن البائع (١٦٠) الثمن للاثم قال الضمان باطل وكذلك المضاربة إذا باعها الرجل وضمنها فلا

ضمان عليه إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير اه اتقاني (قوله ولو وكل الموكل أو رب المال إلى آخره) كذا بخط الشارح وهو صحيح يعني عن قوله بعد وكذا المضارب إلى آخره (قوله ولائهما) أي الوكيل والمضارب وكتب على قوله ولائهما مانصه تلميح ثانياً لعدم صحة الكفالة اه (قوله واشتراط الضمان علم ما تغير حكم الشرع) أي كالمودع إذا ضمن للمودع وكالمستعير إذا ضمن العارية للمعير بالشروط فإنه باطل اه اتقاني (قوله إذا باع رجلان عبداً مشتركاً بينهما من رجل) صورة المسئلة في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجلين باعاً من رجل عبداً صفقة واحدة فضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن قال الضمان باطل وذلك لأن الثمن مشترك بينهما فلو باع الضمان فلا يتخلوا ما إن صح في نصف الثمن مطلقاً أو في حصة الشريك فلا وجه إلى الأول لأنه يلزم أن يكون ضامناً لنفسه وهو باطل لأنه ما من جزء من الثمن إلا وهو مشترك بينهما ألا ترى أنه لو قبض شيئاً من الثمن كان صاحبه شريكاً ولا وجه إلى الثاني لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض وذلك باطل لأن الدين في ذمة من عليه لا يقبل القسمة فلا يتم تمييز نصيب صاحبه لأن القسمة أقرار الانصاف والافراز ما إذا لا يتحقق إلا في العين دون الدين في الذمة فإذا لم يتم تمييز نصيب صاحبه يقع الضمان عن نفس الضامن لنفسه وهو باطل اه اتقاني رحمه الله

صالحاً على أخيك فقام أبو قتادة رضي الله عنه فقال هما على يارسول الله وفي رواية قال ذلك على رضي الله عنه فصل عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن الدين واجب عليه في حياته وهو لا يسقط إلا بالانقضاء أو الإبراء أو انقضاء سبب الوجوب ولم يوجد شيء من ذلك فلم يسقط ولهذا يبق في حق حكم الآخرة ولو تبرع به إنسان صح ولو لم يكن عليه دين لما جاز للطالب أخذه من المتبرع وكذلك يبق إذا كان به كفيل أو ترك مالا وله أنه كفيل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة يقال وجب عليه الدين أي أدائه كما يقال وجب عليه الصلاة وراية الادعاء والاداء لا يتصور من الميت فسقط سواء كان له مال أو لم يكن له مال في حق أحكام الدنيا وصحة الكفالة تقتضي قيام الدين في حق أحكام الدنيا ليصح تحقيق معنى الكفالة وهو ضم الذمة إلى الذمة في حق وجوب المطالبة والمطالبة ساقطة عن الأصل فلا يمكن إيجاب ما على الكفيل تبعاً لايضم الموجود إلى المعدوم لأنه في الحكم مال لأنه يؤل إليه إذا وجب لاجله وقد عجز عن الأداء بنفسه وبخلافه من المال والكفيل ففات المقصود وهو الاستيفاء فلا يبق والتبرع لا يعتمد قيام الدين لأنه تبرئة في حق الآخرة ولأن الدين باق في حق الطالب لأنه أمر بينهما وأما الكفالة فأمر بين الكفيل والأصيل لأنه التزم ما على الأصيل ومارواه كان أقراراً منه بأنه كان كفيلاً عنه قبل الموت ويحتمل أن يكون وعدمه لا كفالة فخاله أنه حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به ولا يقال لو سقط الدين لبرئ الكفيل لأن براءة توجب براءة الكفيل فمالهم ببراءة علم أن عليه ديناً فيجوز ابتداء الكفالة به أيضاً لأننا نقول الكفيل خلف عنه فلا يبرأ أو نقول الدين في حق الطالب لا يسقط لأن سقوطه ضروري فلا يتعدى المطوب قال رحمه الله (وبالثمن للوكل ولرب المال) أي لا يجوز الكفالة بالثمن للوكل ولا لزب المال معناه إذا وكل رجل رجلاً لبيع شيء فباعه الوكيل ثم ضمن الثمن للوكل عن المشتري أو ضمن مضارب لرب المال ثمن متاع باعه من المشتري لم يجز لأن حق القبض إلى الوكيل والمضارب بجهة الأصل في البيع ولهذا لا يبطل موت الموكل أو موت رب المال وعزله ولو وكل الموكل أو رب المال بقبض الثمن ثم عزله صح عزله لأن الثمن وجب للوكيل أو للمضارب على المشتري إذ حقوق العدة راجعة إلى انعقاد وكذا المضارب لو وكل رب المال بقبض الثمن له عزله لأنه العاقد فترجع الحقوق إليه والعاقدة لغیره في حق الحقوق كالعاقدة لنفسه ولهذا اختصت المطالبة به ولو حلف المشتري بالموكل عليه شيء كان باراً في عينه ولو حلف بالوكيل عليه شيء عنت فإذا ثبت أن الوكيل أصيل في القبض فإذا ضمن صار ضامناً لنفسه فلا يجوز بخلاف الرسول والوكيل يبيع الغنائم من جهة الامام والوكيل بالتزويج حيث يصح ضمانهم بالثمن والمهر لأن كل واحد منهم سفير ومعبّر حتى لو نكحهم الآخر عن قبض البذل صح نكاحه ولائهما أمينان في الثمن شرعاً واشتراط الضمان عليهما تغيير لحكم الشرع فلا يجوز فصار نظير من سلم في آخر الصلاة برده قطع الصلاة وعليه سجود السهو فإنه يرد عليه قصده حتى يجازله أن يسجد للسهو ما لم يفعل ما ينافي الصلاة قال رحمه الله (والشريك إذا بيع عبداً صفقة) أي إذا باع رجلان عبداً مشتركاً بينهما من رجل صفقة واحدة وضمن أحدهما الشريك نصيبه من الثمن لا يجوز لأنه يصير ضامناً لنفسه لأنه ما من جزء يؤديه المشتري أو الكفيل من الثمن الأول شريكه نصيبه نصيب ولأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض وأنه لا يجوز إذا القسمة عبارة عن الافراز والحيازة وهو أن يصير حق كل واحد منهما مفرزاً في حيز على حدة وذلك لا يتصور في غير العين لأن الفعل الحسي يستدعي محلاً حسياً والدين حكماً فلا يرد عليه الفعل الحسي فإذا لم تفصح قسمة يكون كل شيء يؤديه إلى شريكه مشتركة بينهما فترجع المؤدى بنصف ما أدى لتكونه مشتركاً بينهما ثم يرجع أيضاً بنصف الباقي إلى أن لا يبق في يده شيء فيؤدي تجوزاً ابتداءً إلى إبطاله انتهاءً بخلاف

ذلك باطل لأن الدين في ذمة من عليه لا يقبل القسمة فلا يتم تمييز نصيب صاحبه لأن القسمة أقرار الانصاف والافراز ما إذا لا يتحقق إلا في العين دون الدين في الذمة فإذا لم يتم تمييز نصيب صاحبه يقع الضمان عن نفس الضامن لنفسه وهو باطل اه اتقاني رحمه الله

(قوله فبطل الضمان للجهالة) أي فأما الدرك فقد صار مستعلا في ضمان الاستحقاق خاصة فوجب العمل به كذا قال نحر الاسلام وقال أبو بكر الرازي في شرح الطحاوي العهدة هي كتاب الشراء وهو المشتري فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه وهذا باطل لان صحة الضمان إنما تتعلق بما كان مضمونا على الغير فيضمنه الكفيل عنه وكتاب الشراء ليس مضمون على أحد فيضمنه الكفيل وأما أبو يوسف ومحمد فقالا إن جلتا الضمان على هذا المعنى بطل وصار لغوا فحملناه على ضمان الدرك فيما عدا ذلك عليه الشراء ليصح معنى الضمان ولا يصير لغوا إلى هنا لفظ أبي بكر الرازي في شرحه وقال في أول كتاب الكفالة من الاجناس وفي البيوع املاء أبي يوسف ورواية ابن سماعه قال أبو يوسف ضمان العهدة كضمان الدرك وهو جائز ويضمن الثمن اه إتقاني (١٦١) (قوله في المتن والخلاص)

اعلم أن ههنا ثلاثة ألفاظ ضمان الدرك وهو جائز بالاتفاق وضمن العهدة وهو باطل بالاتفاق على ظاهر الرواية وضمن الخلاص وهو باطل عند أبي حنيفة معناه لو استحق المبيع فعليه شراؤه وتسليمه إلى المشتري وجهه قول أبي حنيفة أنه ليس بقادر على ما ضمن ووجه قولهما أنه بمنزلة ضمان الدرك وهو تسليم المبيع إن قدر عليه أو تسليم الثمن إن عجز عن تسليم المبيع وأنه صحيح كذا قال العتاني اه إتقاني (قوله في المتن ومال الكتابة) قال في كفاية الصغرى ما نصه فاذا ضمن بدل الكتابة لم يصح فلو أدى مع ذلك الضمان يرجع انتهى وبعينه في الذخيرة في الفصل السادس في تصرف أحد الشريكين اه

فصل (قوله ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطى الكفيل إلى آخره)

ما إذا باعه صفقةين بأن يسمى كل واحد منهما النصيب ثم احدث ضمان أحدهما فبطل الآخر لان نصيب كل واحد منهما ما عتاز عن نصيب الآخر فلا شركة ألا ترى أن المشتري لو قبل نصيب أحدهما ورد نصيب الآخر صح وكذا لو قبل الكل ونقص حصص أحدهما للنافذ قبض نصيبه ولهذا الواستوفي أحدهما نصيبه من المشتري أو بعضه لا يشاركه الآخر وفي الفصل الأول يشاركه ولو تبرع بالأداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز لان التبرع لا يستلزم إلا بالأداء وعند الأداء يصير مسقطا لحقه في المشاركة فيصح امتناع الكفالة لا يدل على امتناع التبرع ألا ترى أن الكفالة تبطل الكتابة لا تجوز ويجوز التبرع به قال رحمه الله (وبالعهدة) أي لا تجوز الكفالة بالعهدة وصورتها أن يشتري عبدا من رجل مثلا فيضمن للمشتري رجلا بالعهدة وإنما لا تجوز لان العهدة اسم مشترك قد يقع على الصك القديم لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة وهو ملك للبائع ولا يلزمه التسليم فاذا ضمن تسليمه إلى المشتري فقد ضمن ما لا يقدر عليه فلا يصح ويطلق على العقد لانها مأخوذة من العهد والعقد والعهد واحد وعلى حقوق العقد لانها من ثمرة العقد وعلى الدرك وعلى خيار الشرط ففي الخلاصة برعهدة الرقيق ثلاثة أيام أي خيار الشرط فيه فمعهذا العمل بها قبل البيان فبطل الضمان للجهالة بخلاف الدرك فان ضمانه صحيح لانه عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وهو معلوم مقدور التسليم ولا يقال ينبغي أن يصرف إلى ما يجوز الضمان به وهو الدرك تصحيم التصرف لانا نقول فراغ النعمة أصل فلا يثبت الشغل بالشأن والاحتمال قال (والخلاص) أي لا تجوز الكفالة بالخلاص وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد تجوز لان تفسيره عندهما تخليص المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر عليه وهذا ضمان الدرك في المعنى وأبو حنيفة يقول تفسيره تخليص المبيع للاحالة وهو لا يقدر على ذلك لان المستحق لا يمكنه منه ولو ضمن تخليص المبيع أورد الثمن جاز لانه ضمن ما يمكن الوفاء به وهو تسليم المبيع ان أجاز المستحق البيع أورد الثمن ان لم يجز قال (ومال الكتابة) أي لا تجوز الكفالة بمال الكتابة لانه دين ثبت مع المساق وهو دين المولى على مملوكه فلا يظهر في حق الكفالة ولانه مخير بين أن يعجز نفسه وبين أن يوفى فلا يفيد إيجابه على الكفيل على هذه الصفة لعدم الفائدة وإثباته مطلعا في معنى الضم لان من شرطه الاتحاد ولان على الاصيل اداء ملك المولى من وجهه والكفيل لا يجدها هذا المال وهذا كالمكاتب اذا عتق يبرأ عن بدل الكتابة لان عليه اداء مال المولى من وجهه ولا يجز ذلك بعد العتق ولا يمكن إيجاب الزيادة عليه فيبرأ

فصل (قوله رحمه الله) (ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطى الكفيل الطالب لا يسترد منه) أي لو قضى المكفول عنه الدين للكفيل قبل أن يعطى الكفيل المكفول له ليس للمكفول عنه أن يسترد منه

(٢١ - زيلعي رابع) وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله في رجل كفل عن رجل بألف درهم بأمره فقضاه الألف قبل أن يعطيه صاحبا أنه أن يأخذها منه قال لا وإن ربح فيها ربحا فهو له ولا يتصدق به وإن كانت الكفالة بكثر خبطة فقضاه الذي عليه الأصل فباعه الكفيل فربح فيه فان الربح له إلا أنه أحب إلى أن يدفعه إلى الذي قضاه ويرده عليه ولا أجبره على ذلك في القضاء وقال أبو يوسف ومحمد هو له ولا يرد على الذي قضاه الكثر إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير اعلم أن رجلا إذا كفل عن رجل بألف درهم بأمره فأدى الأصيل المال إلى الكفيل قبل أن يؤديه الكفيل إلى الطالب ثم أراد الاصيل أن يسترد الألف من الكفيل ليس له ذلك إلا أن يقضى الدين بنفسه قبل أداء الكفيل فحينئذ يسترد وذلك لان الدفع كان لغرض وهو أن يصير المدفوع حقا للقباض على تقدير أداء الدين من مال الكفيل فلما لم ينف هذا الاحتمال بأداء الاصيل بنفسه لا تصح المطالبة اه إتقاني

(قوله بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة) قال الاتقاني رحمه الله قالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفصل على وجهين فاما أن يدفع الاصيل إليه على وجه الرسالة أو على وجه الاقتضاء وكل ذلك على وجهين إيمان كان المدفوع مما لا يتعين بالتعيين كالنقود أو مما يتعين كالنقود فان دفع على وجه الرسالة بأن قال خذ هذا المال وادفع إلى الطالب لا يطيب له الرجح سواء كان المدفوع مما لا يتعين أو يتعين في قول أبي حنيفة ومحمد وطاب له عند أبي يوسف وذلك لأن الخبز لعدم الملك لأن تصرفه وجد في غير ملكه فاستوى فيه المالان قال (١٦٢) فاضحنا رحمه الله أصل المسئلة أن المدفوع أو الغاصب إذا تصرف في الوديعة

لأنه يتعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يسترجع منه مادام هذا الاحتمال باقيا كمن عمل الزكاة ودفعها إلى الساعي ولكن اشترى شيئا بشرط الخيار ونقد الثمن قبل مضي مدة الخيار ثم أراد أن يسترد قبل نقض البيع ليس له ذلك لأن الدفع كان لغرض وهو أن يصير زكاة أو ثمن عند مضي الحول ومضي مدة الخيار فادام هذا الاحتمال قائما لا يسترد ولا يملكه بالقبض لأن المطلوب دفعه إليه على وجه القضاء وأخذ الكفيل على وجه الاقتضاء بأن قال له وقت الدفع اني لا آمن أن يأخذ الطالب حقه منك فانا أقضيك المال قبل أن تؤديه بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة بأن قال الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفعه إلى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكا للكفيل بل هو أمانة في يده ولكن لا يكون الاصيل أن يسترده من يد الكفيل لأنه يتعلق بالمؤدى حق الطالب وهو بالاسترداد يدا بطلاله فلا يمكن منه ما لم يقض دينه كالمسئلة الاولى ولأنه بالكفالة وجب للكفيل على المطلوب حق كما وجب على الكفيل للطالب ولهذا لو أخذ الكفيل من الاصيل رهنا به جاز وكذا لو أبرأ الكفيل الاصيل من هذا الدين أو وهبه له قبل أن يدفع إلى الطالب حاز حتى لو أدى عنه بعد ذلك لا يرجع عليه فثبت بهذا أن الكفيل دين على الاصيل لأنه ليس له أن يرجع عليه حتى يؤدي عنه فصار نظير الدين المؤجل فإنه بالاستعجال يملك فكذا هذا ثم بالاسترداد يكون نقضا لما تم من جهته فلا يمكن منه قال (ومارح الكفيل له) أي إذا ربح الكفيل بالمال الذي قبضه من المطلوب قبل أن يعطى هو لا طالب طاب له الرجح لأنه مملوكه بالقبض فكان الرجح يملكه ولا يتصدق به سواء قضى الدين هو أو الاصيل لأنه بالكفالة وجب له على الاصيل دين لأنه مؤخر مطالبته حتى يدفع فنزل منزلة الدين المؤجل فيملكه بالقبض على ما بينا الآن فيه نوع خبث إذا قضى الاصيل الدين عند أبي حنيفة لما ندكر فلا يعمل فيما لا يتعين على ما بينا في البيوع وان قضى الكفيل فلا خبث فيه بالاجماع هذا إذا قبضه على وجه الاقتضاء وان قبضه على وجه الرسالة لا يطيب له الرجح على قول أبي حنيفة ومحمد لعدم الملك وعلى قول أبي يوسف يطيب لعدم التعيين وأصل الخلاف في الرجح بالدرهم المغموصة قال (ونبذ رده على المطلوب لو شأ يتعين) يعني يستحب رد الرجح على المكفول عنه إذا كان المقبوض شيئا يتعين كالخطة والشعر وهذا إذا قضى الاصيل الدين وهو قول أبي حنيفة وعنه أنه يتصدق به وقال لا يطيب له الرجح وهو رواية عنه لأنه مملوكه بالقبض على مثال ما لو اقتضى دينه المؤجل وربح فيه وله أن الخبز يمكن مع الملك فيما يتعين لأن اقتضاءه قاصر ألا ترى أن المكفول عنه بسبيل من قضاء دينه واسترداده العين المقبوضة فلا يخلو عن الشبهة فإذا لم يطب له يتصدق به في رواية على الفقهاء وفي رواية يردده على الاصيل لأن الكراهية لحقه ثم إن كان الاصيل فقيرا يطيب له وإن كان غنيا ففيه روايتان والاشبه أنه يطيب له هذا إذا أعطاه على وجه القضاء لدينه وان دفع اليه على وجه الرسالة لا يطيب له الرجح بالاتفاق لأنه لا يملكه ويتعلق العقد بعينه لغيره فتكون الحرمة فيه حقيقة كالمغموص المتعين إذا ربح فيه بخلاف ما لا يتعين

أو المغموص وربح فعندهما لا يطيب له الرجح خلافا لأبي يوسف وإن دفع على وجه الاقتضاء بأن قال الاصيل للكفيل اني لا آمن أن يأخذ الطالب حقه منك فانا أقضيك قبل أن تؤدي طاب له الرجح إذا كان المدفوع مما لا يتعين كالنقود لأنه مملوكه بالقبض لما قلنا غاية ما في الباب أن للاصيل إذا أدى الاصيل بنفسه وبالرجوع لا يتبين أنه لم يملك لأنه لا يتعين وإن كان المدفوع مما يتعين كغير النقود قال أبو حنيفة في رواية هذا الكتاب يستحب أن يرد على الاصيل وقال في كتاب الكفالة من الاصيل يتصدق به وقال في كتاب البيوع منه لا يطيب له وعند أبي يوسف ومحمد يطيب له أه قوله وفي رواية هذا الكتاب يعني الجامع الصغير أه (قوله وقال لا يطيب إلى آخره) قال الاتقاني وجه قوله ما أن

الكفيل بعد هذه الكفالة استوجب على الاصيل ديناً مؤجلاً كما بينا وهذا صحيح إبراء الاصيل الكفيل قبل أداء عند الكفيل حتى إذا أدى لم يكن له الرجوع وصاحب الدين المؤجل إذا استوفاه يكون استيفاءه صحيحاً فكان الرجح حاصل على ملكه فطاب له ولا يخيبة أن ملك الكفيل في المدفوع إليه قاصر وذلك لأن الطالب إذا أخذ حقه من الكفيل يتقرر ملكه وإذا أخذ من الاصيل ينتقض فكان الملك قاصراً فلم يكن المالك أصلاً تثبت حقيقة الخبز فإذا كان قاصراً تثبت شبهة الخبز فلم يظلم له الرجح أه (قوله وإن كان غنيا ففيه روايتان) أي في كتاب الغصب أه غايه (قوله والاشبه إلى آخره) قال الاتقاني قال فقرا الاسلام البرزوى في شرح الجامع الصغير والاشبه أن يطيب له لأنه لا يغير عليه على أنه حقه أه

(قوله واتبعتم أذناب البقر) المراد باتباع أذناب البقر الزراعة اه غاية لانهم حينئذ يتركون الجهاد وتألف النفس الجبن قاله الكمال اه (قوله ذللتهم) من باب ضرب اه مصباح (قوله في المتن ومن كفّل عن رجل إلى آخره) وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي خنيفة في رجل تكفل لرجل بما ذاب له عليه من حق أو بما قضى له عليه من حق فغاب المكفول عنه فجاء المدعى بالكفيل فأقام عليه البينة انه له على المكفول عنه ألف درهم قال لا تسمع منه بينة على الكفيل حتى يحضر المكفول به الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وذلك لان الكفيل التزم بما لا يقضى به في المستقبل فإلما يقض به لا يجب شيء على الكفيل لان شرط وجوب المال على الكفيل القضاء على الأصل ولم يوجد الشرط وهذا ظاهر فيما اذا كفّل بما قضى له عليه أما اذا كفّل بما ذاب له عليه فكذلك لان معنى ذاب وجب مسمة معار من ذوب الشحم كذا ذكره المطرزي واللفظ ١٦٣ وان كان ماضيا يراد به المستقبل

كقولهم أطال الله بقاءك وأدام عزك فلما كان كذلك قلنا الكفيل كفّل بما لا يجب على الغائب بعد عقد الكفالة لأقبله ودعوى المدعى على الكفيل مطلقة عن ذلك حيث لم يتعرض لوجوب المال بعد عقد الكفالة بل يحتمل أنه كان واجبا قبل الكفالة وذلك لا يدخل تحت الكفالة ففسدت الدعوى فلم تسمع البينة اه اتفاق رجه الله (قوله فبرهن المدعى على الكفيل أن له على المطلوب ألفا لم يقبل) لانه قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم اذا الكفيل في هذه الصورة لا يكون خصما عنه لانه انما كفّل عنه عال مقضى به بعد الكفالة لأنه وان كان ماضيا فالمراد به المستقبل كقولهم أطال الله بقاءك وهذا لانه جعل الذوب شرطا والشرط لا بد

عند أبي يوسف وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ولو أمر كفيله أن يتعين عليه حرياً ففعل فالشراء للكفيل والرجح عليه) ونفسه يراد أن الأصل أمر الكفيل ببيع العينة وهو أن يقول له اشتري من الناس حرياً أو غيره من الأنواع ثم يبعه فأرجحه البائع منك وخسرت أنت فعلى قصورته أن يأتي هو إلى تاجر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر الرجح ويخاف من الرجح فيبيعه التاجر ثوباً يساوي عشرة مثلاً بخمسة عشر نسيت ليبيعه هو في السوق بعشرة فيصّل إلى العشرة ويجب عليه البائع خمسة عشر إلى أجل أو يقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر فيأخذ الدراهم التي أقرضه على أنها من الثوب فتبقى عليه الخمسة عشر قرضاً فإذا فعل ذلك نفذ عليه والرجح الذي رجحه التاجر يلزمه ولا يلزم الأمر شيء من ذلك لانه إما ضامن لما يخسره كما قاله بعضهم نظراً إلى قوله على أنه لا وجوب فلا يجوز كما لو قال لرجل بائع في السوق فاشترت فعلى وأما وكيل بالشراء كما قاله البعض فظنوا إلى الأمر به فلا يجوز أيضاً لجهالة نوع الخبز وفتنه وسمى هذا النوع من البيع عينة لما فيه من الساف يقال باعه بعينة أي نسبة من عين الميزان وهو ماله لانه زيادة وقيل لانها باع العين بالرجح وقيل هي شراء ما باع بأقل مما باع وقيل لما فيها من الاعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لشح النفس وهذا النوع مذموم شرعاً اخترعه أكلة الربا وقال عليه الصلاة والسلام إذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتهم وظهر عليكم عدوكم قال (ومن كفّل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المطلوب فبرهن المدعى على الكفيل أن له على المطلوب ألفاً لم يقبل) لانه كفّل ما لا يجب في المستقبل بالقضاء أو بأى سبب كان وذلك لم يوجد لان القضاء على الغائب لا يجوز فلا يوجب شيئاً ولم يوجد شرطه ولهذا لا يقر الكفيل على الأصل بل ألف درهم لا يجب على الكفيل لان إقراره لا يوجب على الأصل وشرط لزوم الكفيل في هذه الكفالة الوجوب على الأصل فكذا القضاء وهو غائب ولانه يحتمل أن يكون واحداً قبل الكفالة فلا يجب عليه ويحتمل أن يكون واجبا بعده فيجب عليه فلا يدخل تحت الكفالة بالشك حتى لو ادعى الوجوب بعد الكفالة بأن قال حكم لي عليه القاضي فلان بكذا بعد الكفالة وأقام البينة قبات بينته لانه ادعى عليه ما لا يدخل في الكفالة ولزمهما المال قال (ولو برهن أن له على زيد كذا وأن هذا كفيل عنه بأمره قضى به عليه ما ولو بلا أمر قضى على الكفيل فقط) أي لو حضر شخصاً عند القاضي فأقام البينة أن له على فلان الغائب ألف درهم وأن هذا الشخص كفيل عنه بأمره

من كونه مستقبلاً على خطر الوجود فإلما يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلاً والدعوى مطلق عن ذلك والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم يقيم على من اتصف بكونه كفيلاً عن الغائب بل على أحسبى ان لا ينتصب خصماً وهذا في لفظ القضاء ظاهر وكذا في الأخرى وهو لفظ ذاب لان معنى ذاب تقرروا وجب وهو القضاء بعد الكفالة اه كمال رحمه الله (قوله وأقام البينة إلى آخره) صار كفيلاً وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصماً عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أو بغير أمره لأنه اذا كان بغير أمره يكون القضاء على الكفيل خاصة اه فتح (قوله في المتن ولو برهن الخ) قال الاتفاقى وصورة المسئلة في الجامع الصغير وقال يعقوب ومحمد اذا كفّل عن رجل بما لرجل بأمر المكفول عنه فغاب المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فأقام عليه بينة أن له على فلان كذا وكذا وأن هذا كفيل له بأمر فلان عن فلان فاقضى بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب فان كانت الكفالة بغير أمر الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل يخصم على الغائب الى هنا لفظ الجامع الصغير وقال الفقيه

أبو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر في الكتاب عن أبي يوسف ومحمد خاصة وليس في المسئلة اختلاف لأنه لم يرد عن أبي حنيفة خلاف هذا وشمس الأئمة السرخسي انما خص قوله بما لا ذكر لأنه لم يحفظه عن أبي حنيفة نصا وانما قبلت البيئته هنا ولم تقبل في المسئلة المتقدمة لأن ثقة المكفول به مال مقيد وهو ما على الكفيل بعد عقد الكفالة ودعوى المدعى وقعت مطلقة لم يتعرض لذلك ففسدت الدعوى فلم تقبل وههنا المكفول به مال مطلق لأنه قال وأن هذا كفيل عنه بأمره ودعوى الحال مطلقة أيضا وصحت الدعوى فقبلت البيئته لأنها بناء على صحة الدعوى اه اتقاني (قوله وقضى على الأصيل والكفيل جميعا) وفائدة القضاء على الكفيل والمكفول عنه أنه لو حضر المكفول عنه لاحتاج إلى إقامة البيئته عليه لأنه لما أثبت الكفالة على الحاضر بأمر الغائب وقضى القاضي بذلك ثبت أمر الغائب بالكفالة عنه وثبت إقراره بالدين وانصب الحاضر خصما عن الغائب بخلاف ما إذا أقام البيئته على أنه كفيل بغير أمر الغائب ثبت الدين على الكفيل خاصة ولا يثبت ١٦٤ على الغائب شيء لأنه لم يثبت الأمر من الغائب لم يتعد القضاء اليه

قبلت البيئته وقضى على الأصيل والكفيل جميعا ولو أقام البيئته أنه كفيل عنه بغير أمره وقضى على الكفيل فقط ولا يقضى على الغائب لأن المدعى هنا مال مطلق فأمكن إثباته بخلاف ما تقدم على ما بيناه وانما يختلف بالأمر وعدمه لأنهم ما يتغيران لأن الكفالة بأمره تبرع ابتداء معاوضة انتهاء وبغير أمره تبرع ابتداء وانتهاء فالقضاء بأحدهما لا يكون قضاء بالآخر وإذا قضى بها بالأمر ثبت وهو يتضمن الإقرار بالمال فبصرف مقضيا عليه والكفالة بغير أمر لا تمس جانبه لأن صحتها تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا تنعدي إليه وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل عما أدى على الأمر وقال زفر رجه الله لا يرجع لأنه لما أنكر الكفالة فقد ظلم في زعمه فليس له أن يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل زعمه فيرجع عليه كما يرجع المشتري على البائع بالثمن إذا استحق المبيع وإن كان في زعمه أن المبيع صحيح لما قلنا فان قبل كيف يقضى على الغائب إذا كانت الكفالة بأمره والقضاء على الغائب لا يجوز زعمنا قلنا إذا لم يتوصل إلى حقه على الحاضر إلا بإثباته على الغائب يحوز القضاء على الغائب كما إذا ادعى عبدا أن الحاضر اشتراه من مولا له الغائب ثم أعنته فأنكر الحاضر الشراء والاعتناق كان الحاضر خصما عن مولا حتى إذا أثبت العبد الشراء والعنتى نفذ على الغائب حتى إذا حضر ليس له أن يدعيه قال رحمه الله (وكفالة بالدرك تسليم) معناه إذا باع رجل دارا مثلا فكفل رجل للمشتري عن البائع بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فكفالة تسليم للبيع وإقرار منه أنه لا حق له فيها حتى لو ادعى أن الدار ملكه أو ادعى فيها الشفعة أو الأجرة لا تسمع دعواه لأن الكفالة إن كانت مشروطة في البيع توقف جوارزه على قبول الكفيل للكفالة في المجلس فإذا قبل وانبرم بقبوله ثم ادعى المالك أو غيره صار ساعيا في نقض ما تم من جهته ومن سعى في نقض ما تم من جهته ضل سعيه في الحياة الدنيا وإن لم تكن مشروطة في البيع فالمطلوب من هذه الكفالة اتعالم المبيع وإحكامه بأن لا يرغب فيها المشتري إلا بالكفالة خوفا من الاستحقاق فيكون إقرارا منه بأن البائع مالك لها وقت البيع فلا تصح دعواه بعد ذلك قال رحمه الله (وشهادته وختمه لا) أي كتابة شهادته وختمه لا يكون تسليما حتى إذا ادعاه بعده تقبل دعواه لأن الشهادة ليس فيها ما يدل على أنه أقر للبائع بالملك إذا البيع بوجده من غير المالك كما يوجد من المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الواقعة وليست في البيع حتى إذا رأى فيه مصلحة أجاز له وليس فيه ما يدل على نقضه بخلاف ضمان الدرك لأن مقصوده الانبرام على ما بينا حتى لو شهد هنا

كذا قال الامام الزاهد العتاني اه غاية (قوله ولا يقضى على الغائب لأن المدعى هنا مال إلى آخره) قال الكمال وانما قبلت هذه البيئته ولم تقبل فيما قبلها لأن المكفول هنا مال مطلق ودعوى المدعى مطلقة فصحت الدعوى فقبلت البيئته لأنها بناء على صحة الدعوى بخلاف ما قبلها لأن المكفول به هناك مال مقيد يكون وجوبه بعد الكفالة وإن كان مقيدا بخصوص كمية ولم تطبقها دعوى المدعى ولا البيئته اه (قوله لأنه لما أنكر الكفالة الخ) صار ذلك منه إقرارا بأن الأصيل لم يأمره وإقرارا للمدعى على نفسه صحيح لأنه مؤاخذ بزعمه فلا رجوع إذن اه اتقاني رحمه الله (قوله فقد ظلم في زعمه) قال في الجهرة

والزعم والزعم لغتان فصيحتان وأكثرا ما يقع الزعم على الباطل وكذلك هو في التنزيل زعم الذين أيضا كفروا أن لن يبعثوا وكذلك ما جاء من الزعم في القرآن اه غاية (قوله ونحن نقول) أي لما قضى القاضي بالكفالة بأمره بالبيئته اه (قوله فبطل زعمه فيرجع عليه) قال الاتقاني كمن اشترى شيئا من انسان وأقران البائع باع ملك نفسه ثم استحق المبيع بالبيئته كان للمشتري الرجوع بالثمن على البائع لأنه بطل زعمه اه (قوله لأن الكفالة إن كانت مشروطة في البيع) بأن باع بشرط الكفالة اه غاية (قوله) فالمطلوب من هذه الكفالة) ترغب في المشتري في البيع لأنه ربما لا يرغب في الشراء إذا لم يضمن بالدرك أحد فيكون المراد منه ترغيبا وتأكيد العقد فكانه قال اشتر هذا فإن العقد جائز والمبيع ملك البائع فإن لحقك درك فيه فأنا ضامن لك فإذا كان كذلك كان الكفيل مقرا بملك البائع فلا يصح دعواه بعد ذلك للتناقض اه اتقاني رحمه الله (قوله إذا ادعاه بعده تقبل دعواه) أي وتقبل شهادته لغيره أيضا اه غاية (قوله ليحفظ الواقعة) ليسعى بعد ذلك في تثبيت البيئته اه فتح

(قوله أو كتب في الشهادة كذلك من غير أن يقول الخ) قال الصدر الشهيد وغيره في شروح الجامع قال مشايخنا إن ذكر في الشهادة على البيع ما يوجب صحته ونفاذه بأن كتب في الصك باع وهو عك ذلك وهو كتب شهد بذلك فإنه تبطل دعواه الآن يكون كتب الشهادة على إقراره ما بذلك كله خيفة لا تبطل دعواه بأن يكتب في الشهادة باع فلان كذا من فلان وقد أقر البائع أنه باع ملك نفسه اه غايه (قوله في المدين ومن ضمن عن آخر خراجيه) قال الاتقاني أما الخراج فأنما صح الضمان به لأنه دين مضمون حقاً للعبد يطالب به ويحبس فصار ضمانه كسائر الديون بخلاف الضمان بالزكاة فإنه لا يصح في الأموال الظاهرة والباطنة جميعاً لأن الزكاة عبارة عن ثلث من ثلث من نصاب مقدر شرعاً من غير أن يكون ديناً في الذمة ولهذا لا تؤخذ بعد الموت من التركة بخلاف الخراج لأنه دين لان الدين عبارة عن وجوب عليك المال في الذمة بدلا عن شيء كقيم المتلفات وعن المبيع والمهر (١٦٥) ونحو ذلك والبدل كان ملكه

فيكون المبدل ملكه أيضاً وأخراج بدل عن منفعة الحفظ فيكون ديناً وليس الزكاة بدلا عن شيء آخر فلا يكون ديناً فكان الملك متعلقاً بالتملك وهذا معنى قوله لانهم مجرد فعل يعني ان الزكاة عبارة عن مجرد فعل وجوب عليك المال من غير أن يكون ديناً اه اتقاني رحمه الله (قوله وأما النوائب) قال الاتقاني وأما النوائب فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم المبراد ما يكون بحق كاجر الحارس وكري نهر العامة وانه دين ويسمى نائبة وقال بعضهم هو ما يحتاج اليه الامام نحو تجهيز القاتلة وفداء الاسارى بأن لا يكون في بيت المال شيء فيوظف مالا على الناس فيجوز ذلك فيجب أدائه على كل مؤسر نظر المسلمين فيضمن انسان قسمة صاحبه أي نصيبه من ذلك يجوز وأما النوائب

أيضا عند الخلق بالمبيع وقضى بشهادته أو لم يقض يكون تسليمه حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك لان الشهادة بالمبيع على انسان اقرار منه بتفاد البيع باتفاق الروايات لان العاقل يريد بتصرفه الصحة فيصير كأنه قال باع وهو عك ذلك أو باع بعبارة نافذة أو كتب في الشهادة كذلك من غير أن يقول فيه على زعم المتعاقدين أو اقراره ما فيكون دعواه بعد منقضاء بخلاف مجرد الكتابة في الصك لأنه لا يتعلق به حكم وانما هو مجرد إخبار وهو لو أخبر بان فلان باع شيئاً كان له أن يدعيه وقوله وختمه وقع اتفاقاً باعتبار عادتهم فانهم كانوا يهتمونه بعد كتابة أسمائهم على الصك خوفاً من التغير والتزوير والحكم لا يختلف بين أن يكون الصك محتوماً وغير محتوم قال رحمه الله (ومن ضمن عن آخر خراجيه أو رهن به أو ضمن نوائبه وقسمته صح) أما الخراج فلأنه دين لمطالب من جهة العباد فصار كسائر الديون وهذا لأنه يجب حقاً للقاتلة بدلا عن الذب والاستحفاظ والمحاماة عن بيضة الاسلام فكان بمنزلة الأجرة بخلاف الزكاة في الأموال الظاهرة لأن الواجب فيها جزء من النصاب وهو عين غير مضمون بدليل أنه لو هلك لا يؤخذ منه شيء والكفالة باعمان غير مضمونة لا تجوز ولأن الواجب فيها فعل هو عبادة والمال محله ولهذا لا يؤخذ من تركته بعد موته إلا بوصية فلا تجوز الكفالة بها كسائر العبادات ثم قيل المراد بالخراج الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بان يوظف الامام كل سنة في مال على ما يراه لا الخراج المقاسمة وهو الذي يقسمه الامام من غلة الارض لأنه غير واجب في الذمة فلم يكن في معنى الدين والرهن كالكفالة لأن كل واحد منهما للتوثق فيجوز في كل موضع تجوز الكفالة فيه وأما النوائب فقد اختلفوا في صورته فقال بعضهم أريد به ما يكون بحق كاجر الحارس وكري النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وقال بعضهم أريد به ما ليس بحق كالجبايات التي في زماننا يأخذها الظلمة بغير حق فان كان مراد المصنف هو الاول جازت الكفالة به بالاتفاق لأنه واجب مضمون وان كان مراده الثاني ففيه اختلاف المشايخ فقال بعضهم لا تجوز الكفالة به منهم صدر الاسلام البرزوي لأن الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة أو في الدين وهذا لا دين ولا مطالبة على الاصل فلا يتحقق معنى الضم وقال بعضهم يجوز منهم نخر الاسلام على البرزوي لانها في المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها والعسيرة في باب الكفالة لأطالبة لانهم اشترعت لالتزامها ولهذا قلنا إن من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط يؤجر وان كان الآخذ بالاختطام وقلنا ان من قضى نائبة غيره بأمره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع كن قضى دين غيره بأمره وأما القسمة فقد قيل هي ما أصاب الواحد من النوائب لأن القسمة هي النصيب قال الله تعالى ونبتهم أن الماء قسمة بينهم والمراد به النصيب وقيل هي النوائب بعينها غير أن القسمة ما يكون

التي يوظفها السلطان ظمناً على الناس كالجبايات في زماننا سبيل الظلم فقد اختلف المشايخ فيه اه (قوله كاجر الحارس) أي للخدمة الذي يسمى في بلاد مصر الخفير اه كمال مع تغيير (قوله كالجبايات الخ) قال الكمال كالجبايات الموظفة على الناس في زماننا لا دافرس على الخياط والطباخ وغيرهما في كل شهر أو يوم أو ثلاثة أشهر السلطان اه (قوله منهم صدر الاسلام) هو محمد بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم النسفي اه وصدر الاسلام هذا هو أخو نخر الاسلام الآتي أيضاً اه (قوله منهم نخر الاسلام على البرزوي) هو ابن محمد بن الحسين ابن عبد الكريم النسفي وعبد الكريم هذا كان تلميذ الشيخ الامام محمد بن محمد بن محمود المازندراني السمرقندي اه اتقاني (قوله وقلنا ان من قضى نائبة غيره بأمره رجع عليه) لكن هذا اذا أمر به لا عن إكراه أما اذا كان مكرهاً في الامر لا يعتبر أمره في الرجوع هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي اه اتقاني (قوله وان لم يشترط الرجوع) أي استحساناً بمنزلة نخر المبيع اه غايه

(قوله هذا اللفظ وقع غلطاً) قالت دعوى الغلط غلط لان القسمة اسم بمعنى النصيب كما في قوله تعالى ونبتهم ان الماء قسمة بينهم والمراد بها النصيب أو بمعنى النائبة وهي أيضاً اسم أو بمعنى حق القسام وهي أيضاً اسم اه عيني (قوله لان القسمة مصدر والمصدر فعل) وهو غير مضمون اه غايه (قوله وقيل هي أن يمنع أحد الشرىكين من القسمة الخ) فاذا ضمن انسان ان يقوم مقامه في القسمة يجوز ذلك لانه ضمن شيئاً مضموناً وهو يقدر على ايفائه اه غايه (قوله فالقول للضامن) أى في ظاهر الرواية اه كمال (قوله رواه عنه ابراهيم ابن يوسف) قال الاتقاني وروى ١٦٦

واتى بالنوائب ما ليس براتب وانما يوظفه الامام عند الحاجة إذا لم يكن في بيت المال شيء وقد بينا ما هو جائز بالاجاع وما هو مختلف فيه وقال أبو بكر بن أبي سعيد هذا اللفظ وقع غلطاً لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا مضمون وقيل هي أن يمنع أحد الشرىكين من القسمة بينه وبين صاحبه فيضمنه لإنسان لانها واجبة وقال بعضهم معناها إذا اقتسمنا ثم منع أحد الشرىكين قسم صاحبه والرواية بأو وهي لأحد المذكورين وفي الاباحة تم وكذا في النفي قال رحمه الله (ومن قال لا تضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر فقال هي حالة فالقول للضامن) يعنى إذا أقرانه كفيل بدين عن فلان وادعى الاجل فصدقه المقر له وهو الطالب في الدين وكذبته في الاجل كان القول قول المقر له لأنه أقر له بثبوت حق المطالبة بعد شهر والمقر له يدعى عليه المطالبة في الحال وهو منكر فكان القول قوله بخلاف ما إذا أقر بالدين المؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبته في الاجل حيث يكون القول فيه قول المقر له لان المقر أقر بالدين ثم ادعى حقاً لنفسه وهو الاجل فلا يقبل قوله بلائيه ولان الاجل في الكفالة نوع حتى يثبت فيه مان غير شرط بأن كُن الدين مؤجلاً على الاصيل وفي الدين عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول لمن ينكر العوارض وفي النوع القول بالمقر لانه صفة للدين وقال الشافعي القول للمقر فيهما لان الاجل وصف فيه ما يقال دين مؤجل وحال وفي الاوصاف القول للمقر وقال أبو يوسف القول للمقر له في الفصلين رواه عنه ابراهيم بن يوسف لان المقر قد أقر له بحق ثم ادعى تأخيره فلا يصدق الا بحجة لانه ادعى أنه على صاحبه حقاً وهو التأخير ألا ترى أنه لو أقر بالكفالة على أنه بالتأخير جازاً اقراره بالكفالة وبطل الخبر لما قلنا ونحن بينا الفرق بين الفصلين وليس هذا كالتأخير لان التأخير معنى يبطل الكفالة فلا يصدق باطلها بعد الاقرار بها بخلاف الاجل لانه ليس باطل وانما هو نوع في الكفالة على ما بينا وما قاله الشافعي ان الاجل وصف للدين لا يثبت به لانه ليس بصفة للدين في الحقيقة وان كان وصفه لفظاً ألا ترى أن الدين حق الطالب والاجل حق المطلوب ولو كان حقاً لما اختلف مستحقهما كالحودة والرداءة فيه والحيلة فيما إذا كان عليه دين مؤجل وادعى عليه وخاف الكذب ان أنكر والمؤاخذه في الحال ان أقر ان يقول للمدعى هذا الذي تدعيه من المال حال أو مؤجل فان قال مؤجل فلا دعوى عليه في الحال وان قال حال فينكره وهو صدوق فلا حرج عليه وقيل من عليه الدين مؤجلاً اذا أنكر الدين وقال ليس له قبلي اليوم حق فلا بأس به اذا لم يرد به لئلا يحقه قال رحمه الله (ومن اشترى أمه وكفل له رجل بالدرك فاستحققت لم يأخذ المشتري التكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لان الكفالة بالدرك هو ضمان الثمن عند خروج المبيع عن ملكه بالاستحقاق وهو لم يخرج عن ملكه ما لم يفسخ المبيع ويحكم على البائع برد الثمن على المشتري وبجبردا الاستحقاق لا يفسخ ولهذا الواجراً المستحق البيع قبل الفسخ جاز فلو كان منتقضا لما جاز فاذا لم ينتقض لم يجب الثمن على البائع ولم يخرج عن ملكه لان بدل المستحق مملوك ألا ترى أنه لو كان عنها عبداً فاعقته البائع في هذه الحالة عتق وكذلك لو كان المشتري باع الجارية من انسان فاستحققت من يد الثاني ليس للمشتري الاول

قال الاتقاني ووجه قول أبي يوسف انهما تصادفاً في وجوب المال واختلاف في الاجل فثبت ما اتفقا عليه ولم يثبت ما اختلفا فيه ووجه الظاهر ما قال أصحابنا في شروح الجامع الصغير ان الاجل في الدين الواجبة لا بعدة الكفالة كالعروض وثن البياعات والمهور وقسم المتأقات عارض ولهذا اذا اطلقت تكون حالة فاذا أنكر الاجل فقد أنكر العارض فكان القول قوله ولهذا قلنا في خيار الشرط اذا ادعاه أحد العاقلين لا يثبت بقوله لانه عارض وأما الاجل في الكفالة فقد ثبت من غير شرط بأن قال كفلت بمالك على فلان وعلى الاصيل دين مؤجل يكون مؤجلاً على التكفيل من غير شرط فلم يكن الاجل في الكفالة أمراً عارضاً بل الكفالة المؤجلة أحد نوعي الكفالة والاقرار بأحد النوعين لا يكون اقراراً

بالنوع الآخر اه قال الكمال رحمه الله وجه المذهب ان المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة في الحال ان اذا اظهران الدين كذلك لانه انما يثبت بدلا عن قرض أو تأليف أو بيع ونحوه والظاهر ان العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال الا لبذل في الحال فكان الحلول الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل معروضاً عارضاً لا نوعاً ثم ادعى لنفسه حقاً وهو تأخيرها والاخر ينكره وفي الكفالة ما أفسر بالدين على ما هو الاصل بل الحق المطالبة بعد شهر والتكفيل له يدعيها في الحال والتكفيل ينكر ذلك فالقول له وهذا لان التزام المطالبة يتنوع الى التزامها في الحال أو المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك فاعقاً أقر بنوع منها فلا يلزم بالنوع الآخر اه (قوله ولو كان وصفاً) الذي بخط الشارح ولو كان حقاً اه

باب كفاية الرجلين والعبدین

شرع في كفاية الرجلين بعد كفاية الرجل لأن الاثنين بعد الواحد في الوجود فاخذ كرها وضعا للتناسب اه اتقاني (قوله حتى يزيد ما يؤدى به على النصف) أى سواء عين عن صاحبه أو لم بعين اه منافع (قوله ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه الخ) قال الكمال رجه الله ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه لكفاية كان له أن يرجع عليه به فلصاحبه أن يرجع بعين ما رجع به المؤدى لأن أدائه نائبه يعني كفيله بأمره كادائه بنفسه ولو أدى بنفسه يرجع فكذا بنائبه لكن إذا جعله كله عن صاحبه فنقول بذلك ليرجع بجميع ما رجع به صاحبه واللام يمكن له أن يرجع الانصف ما رجع به صاحبه بيانه أدى الأول ما تين يرجع بنصفه لأنه في إحدى المائتين أصيل فإذا رجع به على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكتبه ما إذا اعتبر نفسه مؤديا (١٦٧) كلها عن صاحبه المؤدى حقيقة واللام

يرجع الانصفها لأنه لو أداه حقيقة بنفسه انصرف منها خسون الى ما عليه أصالة وخسون الى ما عليه كفاية وانما يرجع بما عن الكفاية فيؤدى الى الدور وما يؤدى الى الدور يمنع فمتنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه والتغير حكم

الشرع إذا وقع عن صاحبه حكمة جواز الشروع وقد علمت أنه امتنع للدور وأعلم أن ليس المراد حقيقة الدور فانه توقف الشيء على ما توقف عليه ورجوع المؤدى ليس متوقفا على رجوع صاحبه بل إذا رجع للآخر أن يرجع ولا يلزم كونه في مال واحد بل إن شاء أعطاه ما أخذه منه فإذا رجع الآخر استعاد أو أعطاه غيره وكذا الأول فالأول في الحقيقة التسلسل في

أن يرجع على بائعه ما لم يقض عليه بالثمن الثاني كى لا يجتمع بلان في ملك واحد فاذا حكم الحاكم بالثمن عليه انتقض وسقط احتمال الاجازة ولزم البائع رد الثمن فيلزم كفيله ضرورة بخلاف القضاء بالحرة لأن البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل به وعن أبي حنيفة أن البيع ينتقض بمجرد رد الاستحقاق لأن الخصومة من المستحق وطلب الحكم من انقاض دليل على النقص فينتقض به البيع كما ينتقض بالنقص صرحا فلا تعمل اجازة المستحق بعد ذلك وعن أبي يوسف مثله فعلى هذا يرجع به عليه بمجرد انقضائه الوعد عن أبي يوسف انه ان أخذ العين بعد الحكم ينسخ البيع لأن أخذه دليل النسخ والظاهر هو الاول

باب كفاية الرجلين والعبدین

قال رحمه الله (دين عليهما وكل كفيلا عن صاحبه فاداء أحدهم ما يرجع به على شريكه فان زاد على النصف رجع بالزيادة) معناه إذا كان لرجل دين على اثنين بأن اشتريا منه عبدا وتكفل كل واحد منهما عن صاحبه فاداء أحدهم ما يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يؤدى به على النصف فيرجع بالزيادة لأن كل واحد منهما في النصف أصيل وفي النصف ككفيل فبايؤديه ينصرف الى ما عليه أصالة إذا معارضة بين ما عليه بطريق الاصل وبين ما عليه بطريق الكفاية لأن الأول دين ومطالبة والثاني مطالبة فقط فلا يعارض الأول وكذا سبب الأول وهو الشراء أقوى من سبب الثاني وهو الكفاية ولهذا ينفذ الأول من المرض من جميع ماله وإن كان عليه دين والثاني لا ينفذ إلا من الثلث بشرط أن لا يكون عليه دين وإن كان عليه دين مستغرق لا ينفذ أصلا فكان آكد فلا يعارضه الضعيف وهذا نظير ما لو اشترى ثوبا وفضة بفضة قبضهما وقبض الآخر من الفضة الخالصة قدر فضته ثم افترقا قبل قبض الباقي يجعل المقبوض عن الصرف لأن الصرف أقوى وأكدر حتى أوجب القبض قبل الافتراق ولأن الكفاية توجب المطالبة وهي تبع للدين فلا معارضة بين الأصل والتبع ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه كان صاحبه أيضا أن يرجع عليه بأن يجعل المؤدى عنه لأن المؤدى نائبه وأدائه نائبه كادائه فيؤدى الى الدور فيسقط ولا معارضة فيما زاد على ما عليه بطريق الاصل ولا دور فيرجع عليه به ولو كان ما عليه مؤجلا وما على صاحبه حال صحت تعيينه لأنه لا معارضة إذا لا يجب ما عليه في الحال وليس لشريكه أن يرجع عليه

الرجوعات بينهما فمتنع الرجوع المؤدى اليه والحق أن هذا الوجه باطل لأن رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يسوغه شرعا اعتبار المؤدى عنه أنه أدى بنفسه واعتسبه عن المؤدى لأنه اعتبار باطل يؤدى الى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى عمنه على الطالب وهو تقيض ما يقطع به في الشرع أن المؤدى هو الذى يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى عنه وكيف يكون أداء الانسان عن غيره سببالات يرجع عليه ذلك الغير عمنه آخر هذه مجازفة عظيمة اه (قوله كان لصاحبه أيضا أن يرجع عليه) أى لأن المؤدى متى جعل المؤدى عن صاحبه بحكم الكفاية عنه ليرجع عليه فلصاحبه أن يجعل عنه أيضا ويرجع عليه لأنه يقول أدائك بأمرى وأنت كفيلا عني كأننى وأنا كفيلا عني ثم فيؤدى الى الدور وهو باطل كذا في المنافع وهو أوضح مما في الشرح اه (قوله ولا معارضة فيما زاد على ما عليه الخ) قال في المنافع وإذا زاد على النصف فليس لصاحبه أن يجعل المؤدى وهو الزيادة كادائه بنفسه لأنه لم يبق كفيلا عن المؤدى لأنه باداء حصته نفسه لم يبق الدين عليه اه (قوله وليس لشريكه) أى الدافع الذى عليه حال إذا أدى عن المؤجل اه

(قوله يصدق) وكان ينبغي أن لا يصدق وهذا وجه ورودها على مسألة الكتاب فاعلم اهـ كـ (قوله وليس لصاحبه أن ينقض الاستواء بالرجوع عليه مراعاة) يعني أن المانع من نقض الاستواء هو المراعاة الخ اهـ (قوله بخلاف المسئلة الأولى الخ) قال الكمال رحمه الله وهذا الفرق باعتبار الوجه الأول في المسئلة الأولى ولو كان الوجه الثاني صحيحاً لم يبق فرق باعتبار أنه لا منسوخ رجوع المؤدى عنه اعتباراً بنفسه أدى ما أداه عنه المؤدى واحتسابه به عن المؤدى وهذا ممكن هنا بعينه بأن يقول هذا الذي ترجع على به بسبب أنك أديته عنى هو كذا على بنفسى فكأننى أنا الذى أديته واحتسابه عنك فأنا أرجع عليك به ولا شك في بطلان هذا فلا يقع الفرق إلا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الأول اهـ (قوله ثم يرجعان ١٦٨) على الاصيل وقوله وان شاء المؤدى رجوع بالجميع على الاصيل لا يخلو مع ما سبق عن

لأن الكفيل إذا عجل ديناً مؤجلاً ليس له أن يرجع على الاصيل قبل حلول الاجل وكذا لو كفل أحدهما عن صاحبه دون الآخر وأدى الكفيل لغيره عن صاحبه يصدق وهي واردة على مسألة الكتاب قال رحمه الله (وان كفلاً عن رجل فكفل كل عن صاحبه فما أدى رجوع بنصفه على شريكه أو بالكل على الاصيل) معناه إذا كان على رجل دين ألف درهم مثلاً فكفل عنه رجلان كل واحد منهما بجميعه على الافراد ثم كفل كل واحد من الرجلين عن صاحبه بما لزمه بالكفالة لأن الكفالة عن الكفيل جائزة كما يجوز عن الاصيل فما أدى أحدهما رجوع بنصفه على صاحبه ثم يرجعان على الاصيل ان شاء وان شاء رجوع هو بالكل على الاصيل لأن ما عليهما مستويان فلا ترجيح للبعض على البعض إذا كفل كفاً فيكون المؤدى شائعاً عنهما فيرجع بنصفه على شريكه إذا لا يؤدي إلى الدور لأن فضيته الاستواء وقد حصل رجوع أحدهما بنصفه وليس لصاحبه أن ينقض الاستواء بالرجوع عليه مراعاة لما اقتضاه العقد إذا استواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم وهو الغرم بخلاف المسئلة الأولى لأن الترجيع فهم حاصل من الابتداء فلا يضطر الرجوع فيؤدي إلى الدور ثم يرجعان على الاصيل لأنهما أدبا عنه دينه بأمره أحدهما بنفسه والاخر بنائبه وان شاء المؤدى رجوع بالجميع على الاصيل لأنه كفل بالجميع بأمره هذا إذا تكفل كل واحد منهما عن الاصيل بجميع الدين على التعاقب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع وأما إذا تكفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهي كالمسئلة الأولى في الصحيح حتى لا يرجع على شريكه بما أدى مالم يزد على النصف وكذا لو تكفلا عن الاصيل بجميع الدين معاً ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه لأن الدين ينقسم عليهم ما نصفين فلا يكون كفيلاً عن الاصيل بالجميع وكذا لو كفل كل واحد منهما عن الاصيل بالجميع متعاقباً ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف قال رحمه الله (وان أبرا الطالب أحدهما أخذ الآخر بكفه) لأن ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بكفه فما أخذه به قال رحمه الله (ولو افترق المفاوضان أخذ الغريم بأشياء بكل الدين) لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر على ما ينفى الشركة قال رحمه الله (ولا يرجع حتى يؤدي أكثر من النصف) لما يمينان الوجهين في كفاية الرجلين قال رحمه الله (وان كاتب عبدي كتابة واحدة وكفل كل عن صاحبه وأدى أحدهما رجوع بنصفه) وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لأن فيه كفاية المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما بائناً بطل وعنده الاجتماع أولى فصار كما إذا اختلفت كتابتهما وجه الاستحسان أن تصرف الإنسان يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد أمكن تصحيح هذه الكفالة بأن يجعل

تكرار فاعلم اهـ كـ (قوله) في المتن ولو افترق المفاوضان الخ) قال الاتقاني وأصله أن المفاوضة شركة عامة في كل مال وصحيفة عندنا وتبقي على ثلاثة أشياء التوكيل من كل واحد منهما صاحبه فيما كان من أعمال التجارة والكفالة بما كان من ضمان التجارة والاستواء في جنس رأس المال ابتداء وانتهاء فإذا كان انعقادها على الكفالة كان للغرماء أن يطلبوا بجميع الدين أي ما شاؤا لأن الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق اهـ (قوله في المتن وان كاتب عبدي كتابة واحدة) أي بان قال مثلاً كاتب كذا على ألف إلى عام اهـ (قوله وأدى أحدهما رجوع بنصفه) قال في شرح التكملة وان كاتب عبدي كتابة واحدة على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجوع على شريكه

بنصفه لأنهما فيه سواء من حيث الاصله والكفالة اهـ (قوله وكل واحد منهما بائناً بطل) أي لأن الكفالة تبرع والمالك لا يكتب لا على التبرع والكفالة إنما تصح بالدين الصحيح وبدل الكتابة ليس بدين صحيح فلا تصح الكفالة به اهـ (قوله فصار كما إذا اختلفت كتابتهما) أي بان كاتب المولى كل واحد منهما على حدة وكفل أحدهما عن الآخر فانه حينئذ باطله قياساً واستحساناً اهـ (قوله وهذا استحسان) وجه الاستحسان أنه يمكن تجوز هذا العقد بان يجعل كل المدل على أحدهما أو الآخر تعالاه في العتق بان يكون كل واحد منهما أصيلاً في الكل وكفيلاً عن صاحبه في الكل كالولد المولود في الكتابة حيث يكون مكاتباً تبعاً لآله فما احتل هذا العقد الصحة وجعل كل واحد منهما كأن المال عليه وكان مؤاخذاً بحكم الاصله لا الكفالة فإذا أدى أحدهما ما شياً يقع

عن جميع البذل فيقع عن صاحبه نصف ذلك لاستوائهما في العلة وهي ان كل البذل مضمون على أحدهما بعبارة الكتابة ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البذل فان أعتق المولى أحدهما صح لانه ملكه وسقط نصف بدل الكتابة لان البذل في الحقيقة مقابل برقيتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فانما ثبت عتق أحدهما استغنى عن بدل رقبته اه اتقاني (قوله احتيالا لتصحيح الضمان) والحامل على ذلك تشوف الشارع الى العتق اه (قوله قلنا هذا في حالة البقاء) (١٦٩) كالمات شهود النكاح اه (قوله

في المتن ومن ضمن عن عبد
مالا يؤخذ به بعد عدة)
قال خنرا الاسلام اراد به
اقراره بالاستهلاك لانه قد
ينطلق عليه فاما اذا استهلكه
عبدا فانه يؤخذ به في الحال
الا في المودع المحجور اذا
استهلكها فانه لا يضمنها حتى
يعتق عند أبي حنيفة ومحمد
وكذلك لو أقرضه انسان
أو باعه أو وطئ بشبهة بغير
اذن المولى لم يؤخذ به حتى
يعتق أيضا فهذا كله نوع
واحد في الحكم وجوابه
أن الكفيل يؤخذ به حالا
وقال خنرا الدين فاضيجان
في شرح الجامع الصغير
صورة المسئلة اذا أقر العبد
باستهلاك مال وكذبه المولى
أو كان محجورا وأودعه
انسان فاستهلك الوديعة فانه
لا يؤخذ به حتى يعتق في قول
أبي حنيفة ومحمد ولو أقرضه
انسان أو باعه وهو محجور
أو وطئ امرأة بشبهة بغير
اذن المولى فانه لا يؤخذ بالمهر
حتى يعتق فان كفل انسان
به ولم يسم حالا وغيره فهو
حال أما صحة الكفالة فلان
المال مضمون على الاصيل
وانما يطالب الاصيل في

المال كله على كل واحد منهما في حق المولى وفي حق نفسه وعتق الآخر معلق بأداءه فيطالب المولى كل واحد منهما بما يجتمع المال بحكم الاصل لا بحكم الكفالة فأيهما ادى عتق الآخر عتق الآخر تبعاله كافي ولد المكاتب لكن كل واحد منهما كفيل في حق صاحبه لان المال في الحقيقة مقابل برقيتهما انقسم عليهما فصارت كفالته جماعليه أصالة وكفالة المكاتب جماعليه أصالة جائرة فكان كل واحد منهما أصيلا في الكل كفيل عن صاحبه بالكل ولا تظهر الكفالة الا في حق صاحبه لانها ضرورة فبينة بقدرها حتى تكون مطالبة المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصل لا بحكم الكفالة فاذا أدى أحدهما شيئا وقع عن كل البذل فيقع نصف ذلك عن صاحبه لاستوائهما في رجوع به عليه ولورجع بالكل لا يتحقق المساواة بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل واحد منهما اتملق بأداء المال على حدة وهو صحيح في نفسه فلا حاجة الى تصحيحه بما ذكرنا من الطريق ثم المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها أن يكاتهما كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فحكمه ما ذكرنا والثاني أن يكاتهما كتابة واحدة على ألف ولم يزد على هذا فحكمه ان كل واحد منهما يلزمه حصته ويعتق بأداء حصته لان المقابلة المطلقة تقتضي ذلك والثالث أن يكاتهما كتابة واحدة على أنهما ان أدباعتا وان عجز اردا في الرق ولم يذكركفالة كل واحد منهما عن صاحبه فعند زفر جواب هذا مثل الفصل الثاني حتى يعتق أحدهما بأداء حصته لان كل واحد منهما مال يلزمه بالتبذل الا حصته ولهذا ليس للمولى أن يطالب أحدهما بجميع البذل ولو أدى أحدهما الجميع لم يرجع على صاحبه بشئ بخلاف ما اذا شرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه لانا نقول لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال الى المولى لان شرط المولى في العقد تجب مراعاته اذا كان صحيحا شرعا وقد شرط العتق عند أدائها جميع المال نصا فلو عتق أحدهما بأداء حصته كان مخالفا لشرطه وما استدله به زفر ممنوع فان هذا عندنا كالفصل الاول في جميع ما ذكرنا فلهذا قلنا ما لم يصل جميع المال الى المولى لا يعتق واحد منهما ما ذكره في المبسوط قال رحمه الله (ولو حرر أحدهما أخذنا بأداء حصته من لم يعتقه) معناه لو أعتق أحد العبدین فيما اذا كانتهما وشرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه صح العتق لوجود المصحيح للعتق وهو الملك في الرقبة وبرئ عن حصته من بدل الكتابة لانه لم يرض بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فتسقط حصته ويبقى على صاحبه حصته لان المال في الحقيقة مقابل برقيتهما وانما جعل على كل واحد منهما كفا احتيالا لتصحيح الضمان واذا حصل له العتق استغنى عنه فاعتبر مقابل برقيتهما فبينة ضرورة فاذا توزع سقط حصته المعتق لما ذكرنا وأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء فان شاء أخذ المعتق بالكفالة وان شاء أخذ صاحبه بالاصالة قال رحمه الله (فان أخذ المعتق رجوع على صاحبه وان أخذ الآخر لا) لان غير المعتق أصيل فلا يرجع على أحد اذا أدى والمعتق كفيل عنه بأمره فيرجع به عليه فان قيل كيف يكون المعتق كفيلا عنه والكفالة بيد الكتابة لا تجوز قلنا هذا في حالة البقاء لانه لم يكن في الابتداء كفيلا فقط وانما كان بدل الكتابة واجبا عليه أصالة وقد رزنا الكفالة فيه في حق صاحبه احتيالا لتصحيح الاداء عن صاحبه وبعد العتق لا يمكن ايجاب البذل عليه لاستغنائه فلا يمكن تقدير الاصل فيه فبقى ككفيل قال رحمه الله (ومن ضمن عن عبدا لا يؤخذ به بعد عتقه

(٢٢ - زيلعي رابع) الحال لعسرية لان العبد وما في يده مولا له ولم يظهر ما وجب على العبد لصحة سببه في حق المولى لان المولى لم يرض به والكفيل ليس بعسر فيطالب حالا لان المانع عن مطالبة العبد وهو العسر لم يوجد في حق الكفيل فصار بمنزلة الكفالة عن غائب حيث تصح ويؤخذ الكفيل به حالا وان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل اه اتقاني وكتب على قوله يؤخذ به بعد العتق مانعه هذه الجملة وقعت صفة للكرة وهي قوله مالا أي مالا غير واجب على العبد أدائه قبل العتق اه

(قوله فهو حال وان لم يسمه) يعني هو حال وان لم يسم حالاً ولا مؤجلاً اه (قوله كما اذا الزمه بالاقرار) أي بان أقرب باسمه لئلا مال وكذبه المولى اه (قوله لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته) أي وعدم الاجل فكيف والعق لا يصلح أجلاً لجهالة وقت وقوعه وقد لا يتبع أصلاً اه (قوله فصار كالمكفل عن غائب) أي حيث يصح ويؤخذ به الكفيل حالاً وان عجز الطالب عن مطالبته الاصيل اه غايه (قوله أو مفلس) بتشديد الهمزة المفتوحة اه غايه وكتب ما نصه فلسه القاضي حيث تصح الكفالة ويؤخذ به الكفيل حالاً لعدم اعتبار الكفيل اه غايه (قوله وقام مقام الطالب) أي والطالب ما كان له مطالبته قبل العتق فكذا الكفيل اه (قوله احتراز عما يؤخذ به في الحال مثل دين الاستهلاك) (١٧٠) قال السكال رحمه الله ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعين ينبغي أن يرجع قبل

فهو حال وان لم يسمه) المراد بدين لم يظهر في حق المولى كما اذا الزمه بالاقرار أو الاستقراض أو بالوطء عن شبهة أو استهلاك وديعة فان هذه الديون لا تظهر في حق المولى فلا يؤخذ بها في الحال وانما يؤخذ بها بعد الحرية فلو أن انساناً تكفل بهذه الديون يلزمه وبطالب به في الحال لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته الا أن المطالبة تأخرت عنه لعسرته اذ هذه الديون لا تتعلق برقبته لعدم ظهورها في حق المولى والكفيل غير معسر فصار كالمكفل عن غائب أو مفلس بخلاف ما اذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالاً لانه لا يترتب المطالبة بدين والطالب ليس له أن يطالب بالدين المؤجل في الحال ثم اذا أدى عنه يرجع به بعد العتق ان كان أمره لان الكفيل بالاداء ملك الدين وقام مقام الطالب فلا يطالبه قبل الحرية وقوله بدين يؤخذ به بعد عتقه احتراز عما يؤخذ به في الحال مثل دين الاستهلاك عياناً أو دين لزمه بالتجارة باذن المولى فانه تجوز الكفالة به بلا شبهة قال رحمه الله (ولو ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فبهرن المدعى انه له ضمن قيمته ولو ادعى على عبد مالا وكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ الكفيل) والفرق ان الثانية تكفل عن العبد بتسليم نفسه فاذا مات العبد وهو المكفول به برئ هو وراثة توجب براءة الكفيل على ما ينشأ من قبل ولا يختلف ذلك بين أن يكون المكفول به حراً أو عبداً وفي الاولى تكفل عن ذى اليد بتسليم رقبة العبد لان المدعى يدعى غصب العبد على ذى اليد والكفالة بالاعيان المضمومة بنفسها جائزة على ما تقدم فيجب على ذى اليد رد العين فان هلكت يجب عليه قيمتها فكذا على الكفيل ان أثبت المدعى بالبينة أن العبد له لانه يقوم مقام الاصيل والبينة كاسمها مبنية فيظهر به أن العبد ملكه بخلاف ما اذا ثبت الملك له باقرار ذى اليد أو بشكواه لان اقرار الاصيل ليس بحجة في حق الكفيل فلا يلزمه ما لم يقربه هو بنفسه قال رحمه الله (ولو كفل عبد عن سيده بأمره فعتق فأداه أو كفل سيده عنه وأداه بعد عتقه لم يرجع واحدهم على الآخر) ومعنى الاولى أن لا يكون على العبد دين لان أمر المولى بالتكفيل يصح اذ لم يكن عليه دين ألا ترى أن له أن يجعله بالدين ولو أقربه عليه بالدين نفذ اقراره وله أن يرهنه وان كان عليه دين مستغرق ليس له شيء من ذلك لانه يتضمن ابطال حق الغرماء وأما كفالة المولى عن العبد فصحيحة كيفما كانت وقال زفر يرجع كل واحد منهما على صاحبه اذا أدى عنه بعد الحرية وكانت الكفالة بأمره فتحقق الموجب للرجوع ولزوال المانع من الرجوع قلنا وقعت غير موجبة للرجوع لان أحدهما لا يستحق على الآخر ديناً فلا تنقلب موجبة بعد ذلك كما اذا كفل رجل عن رجل بغير أمره فباعه فأجاز فانه لا تنقلب موجبة للرجوع فكذا هذا ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بإبقاء الدين من سائر أمواله وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته

العتق اذا أدى لانه دين غير مؤخر الى العتق فيطالب السيد بتسليمه رقبته أو القضاء عنه وبحث أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الأمر بالكفالة من العبد أو السيد وقوى عندي كون المعتبر أمر السيد لان الرجوع في الحقيقة عليه اه (قوله في المتن ولو ادعى رقبة العبد فكفل به رجل) أي كفل عن المدعى عليه بتسليم رقبة العبد برئ اه (قوله برئ الكفيل) قال الفقيه أبو الليث وهذا اذا كفل بنفس العبد فلو كفل بالدين الذي عليه في هذا الفصل يجب الضمان على الكفيل وان مات بمنزلة الكفالة عن حر فمات الحر مفلساً لا يبرأ الكفيل من كفالته في قولهم جميعاً وليس بمنزلة من كفل بعد موته وقدر روى عن أبي خنيفة أنه قال لا تجوز الكفالة اذا لم يكن لليت

تركه وأما في هذه المسئلة فقد صحت الكفالة في حال حياته فلا تبطل بعد موته اه اتقاني (قوله وفي الاولى تكفل عن ذى اليد بتسليم رقبة العبد) فاذا مات العبد أقام المدعى البينة بعد ذلك غرم المدعى عليه قيمة العبد وغرمه الكفيل أيضاً لان الكفالة تتحمل الضمان عن الغير فاذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة بما على الاصيل وقد تنقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة فينتقل في حق الكفيل أيضاً اه اتقاني (قوله بخلاف ما اذا ثبت الملك له باقرار ذى اليد الخ) حيث يقضى بقيمة العبد الميت على المدعى عليه ولا يلزم ذلك الكفيل اه غايه (قوله فصحيحة كيفما كانت) أي سواء كان عليه دين أو لا اه (قوله قلنا وقعت غير موجبة للرجوع) أي لان العبد لا يستوجب على مولاه ديناً اذ لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى لا يستوجب على عبده ديناً بحال اه غايه (قوله فأجاز) أي المكفول عنه الكفالة فأدى الكفيل شيئاً لا يرجع على المكفول عنه اه فاضحيان

كتاب الحوالة

(قوله ومن شرائطها القبول) أي قبول المحتال اه (قوله وفيه خلاف أبي يوسف كافي الكفالة) قال السكال ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول أبي حنيفة ومحمد كافي الكفالة أن يقبل رجل الحوالة لأغائب فتتوقف على إجازته إذا بلغه وكذلك لا يشترط حضرة المحتال عليه حتى لو أجال على غائب قبله فاجاز صححت اه (قوله وقال عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملي عقلتبع) رواه في الهداية بهذا اللفظ اه وكتب ما نصه قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة مطلق الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملي عقلتبع متفق عليه وأما بلفظ أحيل مع لفظة يتبع كما ذكره المصنف فن رواه الطبراني عن أبي هريرة في الأوسط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطلق الغني ظلم ومن أحيل على ملي عقلتبع ورواه أحمد وابن أبي شيبة ومن أحيل على ملي عقلتبع قيل وقد روي فإذا أحيل بالفاء فيفيد أن الأمر بالاتباع للملاءة على معنى أنه إذا كان مطلق الغني ظلماً فإذا أحيل على ملي عقلتبع (١٧١) لأنه لا يقع في الظلم والله أعلم ثم أكثر

أهل العلم على أن الأمر المذكور أمر استحباب وعن أحمد لا وجوب ونحو الظاهر أنه أمر بأجبة هو دليل نقل الدين شرعاً أو بالمطالبة فإن بعض الأملاء عنده من اللدد في الخصومة والتعسير ما تذكر به الخصومة والمضارة اه فن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل عدمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم وأما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك في أن اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المدينين والتيسير ومن لا يعلم حاله فباح لكن لا يمكن إضافة هذا التفصيل إلى النص لأنه جع بين معنيين مجزأين للفظ الأمر في إطلاق واحد فإن جعل للأقرب أضمر معه القيد والافهرو دليل الجواز للإجماع على

كتاب الحوالة

وهي في اللغة التحويل والنقل ومنه حوالة الغراس نقله قال رحمه الله (هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة) هذا في الشرع وفي اللغة هو النقل مطاقاً على ما بينا قال رحمه الله (وتصح في الدين لافي العين برضا المحتال والمحال عليه) وهذا من شرائطها ومن شرائطها القبول وفيه خلاف أبي يوسف كافي الكفالة وهي مشروعة بإجماع الأمة وقال عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملي عقلتبع والأمر بالاتباع دليل الجواز ولأنه التزام ما يقدر على تسليحه فوجب القول بصحته دفعاً للحاجة وإنما اختلفت بالدينون لأنها تنبئ عن النقل والتحويل وهو في الدين لافي العين لأن الدين وصف شرعي وهذا النقل حكم شرعي يظهر أثره في المطالبة بخلاف أن يؤثر النقل الشرعي في الثابت شرعاً وأما العين فخبى فلا ينتقل بالنقل الحكمي بل بالنقل الحسي وإنما اشترط رضاها لأن المحتال هو صاحب الحق ويختلف عليه الذمم فلا بد من رضاه لاختلاف الناس في الإبقاء ففهم من يحاطل مع القدرة ومنهم من يوفي ناقصاً ومنهم من هو بالعكس فلا يلزمه بدون رضاه والمحال عليه يلزمه المال ويختلف عليه الطلب والناس متفاوتون فيه ففهم من يعنف فيه ويستجمل ومنهم من يساهل ويعمل ويسامح ولم يذكر المصنف المحيل لأن الحوالة تصح بدون رضاه وإنما يشترط رضاه للرجوع عليه أو ليسقط دينه ونظرها الكفالة فإنها تصح بدون رضا المكفول عنه قال رحمه الله (و برئ المحيل بالقبول من الدين) وهذا حكمها وقال زفر لا يبرأ لأن المقصود به التوثق وهو بازدياد المطالبة كالكفالة لا تؤثر في سقوط ما كان له من المطالبة وقال ابن أبي ليلى يبرأ في الكفالة أيضاً اعتباراً بالحوالة ولأن الأحكام الشرعية مثبتة على وفق المعاني الغريبة فعني الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق إلا بغير ذمة الاصيل لأن الدين متى انتقل من ذمة لا يبقى فيها والكفالة معناه الضم فيقتضي أن يكون موجباً للضم إلى الذمة ولا يتحقق ذلك مع براءة ذمة الاصيل والاستيثاق فيها بالضم وفي الحوالة باختيار من هو الأملأ من المحيل وأحسن من المحيل في القضاء ولا يقال لو برئ لما أجبر المحتال على القبول إذا قضاها المحيل الدين صكاً ما لو قضاها الأجنبي لانتقل إلى الأجنبي متبرع والمحيل غير متبرع لأنه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى فلم يكن أجنبياً إذ قصده دفع الضرر عن نفسه

جوازها اه فتح (قوله وهو في الدين لافي العين) أي لأن العين لا تثبت في الذمة فلا يتأتى نقلها من ذمة إلى ذمة فلم تصح الحوالة في العين اه اتفاقاً (قوله وأما العين فخبى الخ) ولا يقال أن الأوصاف لا تقبل النقل لانا نقول أحكام الشرع بمنزلة الجواهر على معنى أنها ثابتة بعد المباشرة اه مستصفي (قوله لأن الحوالة تصح بدون رضاه) ذكره في الزيادات اه هداية (قوله وإنما يشترط رضاه للرجوع عليه) أي لأن التزام الدين من المحتال عليه نصرف في حق نفسه وهو أي المحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه عاجلاً بالادفع المطالبة عليه عنه في الحال وأجلاً بعدم الرجوع عليه لأنه لا يرجع إلا بمره وحيث ثبتت الحوالة بغير رضاه كان (١) (قوله وقال زفر لا يبرأ) أي من الدين والمطالبة أيضاً اه فتح بمعناه (قوله لأنه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى) أي لأنه إنما انتقل إلى ذمة أخرى بشرط السلامة فإذا توى يرجع فلم يكن المحيل متبرعاً في القضاء اه اتفاقاً

(١) هتأياض بالأصل وكتب النسخ فيه لم يكتب المحشى فأرجع إلى النسخ الصحيحة لعلها تجد ما سقط اه

(قوله ثم اختلفوا في البراءة) أي براءة المحيل اه (قوله وقال محمد بن أبي عن المطالبة فقط ولا يبرأ عن الدين وقوله في المتن ويرى المحيل بالقبول من الدين) اختيار لمذهب أبي يوسف (١٧٣) واذا برئ عند أبي يوسف من الدين فقد برئ من المطالبة أيضا عنده كما صرح ببراءته

منهما الشارح اه (قوله وقال محمد بن يصح) أي وعلى قول محمد يسقط دين المحال وتنتع مطالبة المحيل عليه حينئذ اه (قوله كان للراهن أن يسترد الرهن) سيأتي بعده هذا في كلام الشارح أنه ليس له استرداده والذي يأتي هو قول محمد اه (فرع) قال في السراجية رجل رهن عند رجل بمال فأحال الغريم بالمال على رجل فلم يرتحن منع الرهن حتى يقبض في أصح الروايتين والمرتهن لو أحال غريمه على الراهن لم يكن له منع الرهن اه تارخان (قوله في المتن وهو أن يجحد الحوالة ويحلف الخ) قال الامام الاسيحاوي رحمه الله في شرح الطحاوي التوى عند أبي حنيفة رضى الله عنه على وجهين أحدهما أن يموت المحال عليه مفسدا ولا يترك ما لا معنى له ولا يدين ولا يكتب على المحال عليه للمحال له والثاني أن يجحد المحال عليه الحوالة ولم يكن المحال له مئة وحلف المحال عليه فقد برئ وعاد المال إلى المحيل ولا يكون التوى عند أبي حنيفة غير هذين الوجهين وعندهما التوى

ثم اختلفوا في البراءة فقال أبو يوسف يبرأ عن الدين والمطالبة وقال محمد بن أبي عن المطالبة فقط ولا يبرأ عن الدين وغرة الخلاف تظهر في موضعين أحدهما إذا برأ المحال المحيل من الدين قال أبو يوسف لا يصح وقال محمد يصح والثاني أن الراهن إذا أحال المرتحن بالدين على أنسان كان للراهن أن يسترد الرهن عند أبي يوسف كما لو برأه من الدين وعند محمد ليس له ذلك كالأجل الذي كذا ذكره المرغيناني وذكر في الزيادات أن البايع إذا أحال غريمه على المشتري بالدين بطل حقه في حبس المبيع لأن مطالبة سقطت وكذا المرتحن إذا أحال غريمه على الراهن بطل حقه في حبس الرهن لأنه لم يبق له مطالبة بالدين وإن أحال المشتري البايع على رجل لا يبطل حقه في حبس المبيع لأن المطالبة باقية لأن المحال عليه قائم مقام المحيل وكذا إذا أحال الراهن المرتحن على رجل لم يبطل حقه في حبس الرهن لأن المطالبة باقية لأن المحال عليه نائب المحيل فصار مطالبة كطالبة المحيل والمكاتب على عكس ما ذكرناه إذا أحال المولى عليه رجلا لا يعتق حتى يؤدى بدل الكتابة وإن لم يكن للمولى حق مطالبة المكاتب والفرق أن حرية المكاتب معلقة ببراءة ذمته وقد برئت إذا أحال المكاتب مولا على رجل وأما إذا أحال المولى عليه رجلا لا يبرأ وأما الرهن فللوثيقة فيبقى ما بقيت المطالبة ويبطل إذا بطلت وكذا البيع يعلم أن حاله المكاتب مولا على رجل انما يجوز إذا كان له على الرجل دين أو عين وقبضه به لأن المحال يكون نائباً عن المكاتب في القبض فيجوز وإن لم يكن له واحد منهما أو كان له ولم يقبضه به لا يجوز لأن الحوالة تنقل الدين إلى ذمة المحال عليه فصار الواجب على المحال عليه عين الواجب على المحيل حكما فلم يصح الحوالة ببطل الكتابة ولزم المحال عليه بكون الواجب على المحال عليه غير الواجب على المحيل وذلك لا يجوز كالكتابة وإن كان المولى هو الذي أحال غريمه على المكاتب لا يصح إلا إذا قبله ما يبدل الكتابة لأن مطلقها تبرع وليس المكاتب من أهله وليس للمولى أن يتصرف فيه حتى يلزمه بخلاف ما إذا تكفل القن عن مولا على ما مر من قبل قال رحمه الله (ولم يرجع المحال على المحيل إلا بالتوى) وقال الشافعي لا يرجع عليه عند اتوى لأن ذمة المحيل قد برئت براءة مطلقة بالحوالة فلا يعود الدين إلى ذمته إلا بسبب جديد فصار كالغاصب وغاصب الغاصب إذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما برئت ذمة الآخر ثم بالتوى عنده لا يعود الحق على الآخر كما لو أتى إذا أعتق عبده المدين فإن الغريم لا يخبرون بين تضمين المولى قيمته وبين اتباع المعتق فإن اختاروا أحدهما وتوى ما عليه لا يرجعون على الآخر ولنا ما روى عن عثمان رضى الله عنه موقوفا ومر ذوقا في المحال عليه إذا مات مفسدا يعود الدين إلى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولأن المقصود من شرعه الوصول إلى حقه بالاستيفاء من الثاني لا مجرد الوجوب لأن الذم لا يختلف في نفس الوجوب وإنما تختلف في الإيفاء فهذا هو المعلوم بين الناس والمعلوم كالمشروط فعند فواته يجب الرجوع إلى البايع لما كان في العرف يراد به سلامة المبيع للمشتري وسلامته من العيب فعند فواته بالاستحقاق أو بالهلاك قبل القبض أو عند فوات وصف السلامة يرجع المشتري بالعوض لما قلنا وهذا لأن ذمة المحال عليه خلف عن ذمة المحيل بأحالة هو فإذا فات الخلف رجوع بالأصل بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب فإن أحدهما ليس بخلف عن الآخر وإنما ثبت للمالك الخيار ابتداء بملك المغصوب من أيهما شاء فبدأ بذمته عوضه من غير أن يحيله عليه أحد فلا يرجع على أحد وكذا المولى والمعتق أحدهما ليس بخلف عن الآخر ألا ترى أن حقه ليس بثابت على أحدهما معينا حتى ينقله إلى الآخر فافترا قال رحمه الله (وهو أن يجحد الحوالة ويحلف

على ثلاثة أوجه وجهان ما ذكرناه وجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم عليه بالأفلاس كذا في شرح الطحاوي أما إذا ولا يجحد المال وحلف لأنه لا يقدر على مطالبة بعد البين لعدم البينة فقد توى الحق وكذا إذا مات مفسدا لم يبق له ذمة تتعلق بها الحق ولا تركه فسقط الحق عن المحال عليه فيثبت للمحال له الرجوع على المحيل لأن براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة إسقاط فلما تعذر

الاستيفاء وجب الرجوع أو ما تفليس القاضي بالشهود حال حياة المحتال عليه فذاك بناء على أن تفليس القاضي هل يفتح أم لا أو خيفة لا يرى ذلك وهما يرايه لأنه عجز عن استيفاء حقه فصار كدوت المحتال عليه ولا يبي خيفة (١٧٣) أنه عجز بتوهم ارتداعه محدث

المال لأن مال الله غادر أرح فلما يعود إلى المحيل كما قبل التفليس بخلاف الموت لأنه عجز لا يتوهم ارتداعه اه اتقاني رحمه الله (قوله) فالقول قول المحتال مع عبثه على العلم الخ كذا في الشافي والمبسوط وفي شرح الناصحي القول للمحيل مع البين على العلم لانكاره عود الدين اه فتح القدير (قوله) ولو مات وترك رهنا رهنه غيره أي رهنه غير المحتال عليه لاجل المحتال عليه عند المحتال ثم مات المحتال عليه مقلسا يبطل حكم الدين في الدنيا فيبطل الرهن به حيثئذ لان الرهن ولادين محال أما لو فرضنا العين المرهونة ملك المحتال عليه لا يأتى ما قاله من موته مقلسا اه (قوله في المتن) فان طلب المحتال عليه المحيل بما أحال أي إذا أراد المحتال عليه بعد قضاء الدين إلى المحتال له أن يرجع بما أدى على المحيل فقال المحيل ليس لك أن ترجع علي لاني كنت أحلت عليك بديني فقال المحتال عليه بل لي أن أرجع عليك لا قبل قول المحيل والقول قول المحتال عليه نص عليه في كتاب الكفالة اه اتقاني (قوله) بل يكون القول

ولا يئنه عليه أو عوت مقلسا أي التوى يكون بأحد هذين الأمرين إما أن يجحد المحتال عليه الحوالة ويحلف ولا يئنه للمحيل ولا للمحتال أو عوت مقلسا بان لم يترك ما لا عين أو لا دين أو لا كفاية لأن التوى هو العجز عن الوصول إلى حقه ويتحقق ذلك بهما وهذا إذا ثبت موته مقلسا بتصادفه ما فان اختلافه فقال المحتال مات مقلسا أو أنكر الآخر القول قول المحتال مع عبثه على العلم لمسكه بالأصل وهو العسرة كما إذا كان هو حيا وأنكر اليسر ولو فلسه الحيا كم بعد ما حبسه لا يكون توى عند أبي خيفة وقال هو توى لأنه عجز عن الأخذ منه بتفليس الحيا كم وقطعه عن ملازمته عند همة أفصار كعجزه عن الاستيفاء بالخود أو موته مقلسا ولا يبي خيفة أن الدين ثابت في ذمته وقصد الاستيفاء لا يوجب الرجوع ألا ترى أنه لو تعدى بغية المحتال عليه لا يرجع على المحيل وهذا لان التوى في الدين لا يتصور حقيقة وإنما يكون ذلك حكما بخروج محله من أن يكون محلا لصالحا لوجوب موته مع عدمه أو بالخود ولان الإفلاس لا يتحقق عنده لان المال غادر أرح يسمى الانسان فقيرا ويصبح غنيا بالعكس ويحتمل أنه استغنى في مجلس الحكم بان مات له قريب يرثه وهذا نظير ما لو جرح الخصم الشهود وأقام البينة عليه لا يقبل لأنه لا يتحقق لاحتمال توبته في المجلس وقيل هذه المسئلة مبنية على تحقق الإفلاس وعدمه ولو مات وترك رهنا رهنه غيره بأمره أو بغير أمره وسلطه على البيع أو لم يسلبه يعوّد الدين إلى ذمة المحيل لان عقد الرهن لم يبق بعد موت المحتال عليه مقلسا اذ لم يبق الدين عليه والرهن بدين ولادين محال بخلاف ما إذا ترك كفاية لأمره أو بغير أمره لان الكفيل خلف عنه قال رحمه الله (فان طلب المحتال عليه المحيل بما أحال فقال المحيل أحلت بدين لي عليك ضمن المحيل مثل الدين) أي لان سبب الرجوع قد تحقق باقرار المحيل وهو قضاء دينه بأمره ف يرجع عليه ولا يقبل قوله في دعوى الدين على المحتال عليه لأنه ينكره المحتال عليه والقول قول المنكر ولا يكون الاقرار من المحتال عليه بالحوالة اقرارا منه بالدين عليه ولا قبله الحوالة يدل على أن عليه دين لان الحوالة قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة بما على المحتال عليه بل حقيقة الحوالة أن تكون مطلقة اذا مقيدة فكيف بالأداء والقبض فلم يوجد ما يدل على وجوب الدين عليه فيضمن له قال رحمه الله (وان قال المحيل للمحتال أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال أحلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل) لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكره فالقول للمحتال ولا يكون الاقرار من المحيل بالحوالة وإقدامه عليها اقرارا منه بان عليه دين للمحتال لان لفظ الحوالة يستعمل بمعنى الوكالة قال محمد اذا صار مال المضاربة دوننا وامتنع المضارب عن التفاضل وليس في المال ربح لا يجبر ولكن يقال له أحل رب المال أي وكاه فاذا احتمل التوكيل لا يحكم له بالدين على المحيل بدعواه بل يكون القول للمحيل اذ هو متمسك بالأصل لان فراغ الذم هو الأصل ولولم يدع الدين على المحيل بان ادعى أن الدين الذي على المحتال عليه من مال له باعه المحيل له بطريق الوكالة منه وادعى أن الدين له ووصل اليه عين حقه لا يقبل قوله أيضا إذا أنكر المحيل ذلك لأنه لما أقره باليد والتصرف له في ذلك المال والانسان يتصرف ظاهر نفسه لا يسمع أن ذلك المال كان له بلا يئنه فيكون القول للمحيل قال رحمه الله (ولو أحال بماله عند زيد ودعيته صحت فان هلكت برئ أي إذا كان له ودعيته دراهم عند شخص فأحالها غيره صحت الحوالة لأنه أقر على التسليم فكانت أولى بالحوالة فان هلكت برئ لان الحوالة مقيدة بما اذ لم يتم التسليم الامتناع بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالغصب حيث لا يبرأ به لأنه يخلف القيمة والفوات إلى خلف كالفوات حتى لو هلك الغصب لا إلى خلف بان استحق بالبينة صار مثل الدعيته وقد تكون مقيدة بالدين فخاله أن الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة أن يقيدها بدين له عليه أو بعين في يده ودعيته أو غصب أو نحوه والمطلقة أن يرسل للمحيل أي مع البين لأنه يتكرر الدين اه غايه (قوله ولولم يدع) أي المحتال اه (قوله لأنه أقر على التسليم) أي ليسر ما يقضى به

وحضره بخلاف الدين عليه اه فتح

(قوله وقد استغنى عنه) أي بموته فإن لم يترك وفاء رجوع الطالب على الخميل إلى أجله (قوله ولو أبرأ المحتمل المحال عليه عن الدين أخذ الخميل ما كان عنده من الدين والعين) وقد قالوا لو أحوال رجل رجلا بعال ثم إن الخميل نقد المال الذي أحاله به جاز ولم يكن متبرعا فيما تقدم من ذلك وذلك لأن الدين في ذمة الخميل عندنا من طريق (١٧٤) الحكم وإن برئ في الظاهر ألا ترى أن الرجوع مترقب فهو بالقضاء يصدق

أن يسقط عن نفسه حق الرجوع فلم يكن بذلك متبرعا كالوارث إذا قضى دين الميت وليس كذلك الاجنبي إذا أدى المال لأنه لا يسقط عن نفسه حقا بالاداء فكان متبرعا قالوا فإن كان الذي عليه المال أحوال صاحب المال على رجل له عليه ألف درهم حوالته مطلقه ولم يقل أحاطه عليك بما لي عليك أو على أن تعطيه مالي عليك فقبل فعلى المحال عليه ألفان ألف الخميل وألف المحتمل ولكل واحد منهما أن يطالب بالف لأن صحة الحوالة لا تقف على ثبوت مال المحال عليه فلم تتعلق الحوالة بنفس الدين لأنه لم يعلقه به وإنما علقته بذمته فبقي الدين بحاله وصار كالأحواله عليه بالف وفي يده ألف وديعة فإن الحوالة لا تتعلق بها وله مطالبة بها كذلك إذا كان عليه دين قالوا وإذا أدى المحال عليه المال أو وهبه له المحتمل أو تصدق به عليه أو مات فورثه المحال عليه رجوع في جميع ذلك على الخميل وذلك لأنه مالك ما في ذمته بهذه الأسباب فإذا ثبت له الرجوع في

الحوالة أرسلوا ولا يقيد بها بشئ مما عنده من وديعة أو غصب أو دين أو يحيله على رجل ليس له عليه شيء مما ذكرنا والكل جائز لما روينا وما ذكرنا من المعنى ولأن كلامهم ما يتضمن أمورا جائزة عندنا لا نفرد وهي تبرع المحتمل عليه بالالتزام في ذمته والابفاء وتوكيل المحتمل بقبض الدين أو العين من المحال عليه وأمر المحال عليه بتسليم ما عنده من العين أو الدين إلى المحتمل فكذلك عند الاجتماع وحكم المطلق أن لا ينقطع حق الخميل من الدين والعين ولكن المحال عليه يرجع على الخميل بعد أدائه إذا كانت الحوالة برضاه وليس له أن يرجع قبل الاداء ولكن له أن يلزمه إذا لزم ويحبسه إذا حبس حتى يخلصه كافي الكفالة ولو كان الدين مؤجلا على الخميل كان مؤجلا في حق المحال عليه كافي الكفالة ثم لا يصير الدين حالا بموت الخميل لأنه يخرج من بين وصار أجنيا وبطل عت المحال عليه لأن الاجل كان حقه وقد استغنى عنه وحكم المقيدة أن لا يملك الخميل مطالبة المحال عليه بما أحال به من دين أو عين لأنه يتعلق به حق المحتمل على مثال الرهن ولو ملك المطالبة بطل حق المحتمل ولا يملك ذلك كما لا يملك ابطال حق المرتين بخلاف المطلق لأنه لا يتعلق لحقه بالعين أو الدين بل يتعلق بذمة المحال عليه فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عنده أو عليه من العين والدين ألا ترى أنها لا تبطل بهلاكه فكذلك بأخذه بخلاف المقيدة لأنه فيها لم يلزم الاداء لأنها فلو أخذها لبطل حقه ولو أبرأ المحتمل المحال عليه عن الدين أخذ الخميل ما كان عنده من الدين والعين كما رتبته إذا أبرأ الرهن يرجع برهنه ولو وهبه له ليس له أن يرجع بدينه لأن المحال عليه ملكه بالهبة وكذا إذا ورثه ولو مات الخميل كان الدين والعين المحتمل بهما بين غرمائه بالخصص وقال زفر رحمه الله يختص به المحتمل وهو القياس لأن حقه متعلق به حال حياته والحميل كالاجنبي عنه حتى لا يكون له أخذه فصار كالخارج عن ملكه فلا تقضى به دينونه ولئن كان ملكه باثنا فتعلق حق المحتمل سابق فصار كالمروهون يختص به المرتن لمتعلق حقه به سابقا على حقهم وكدين الصحة بقدم على دين المرض لما قلنا ولنا أن هذا مال الخميل لم يثبت لغيره عليه يد الاستيفاء فيكون بين غرمائه وهذا لأنه لم يملكه المحتمل لأن تعليق الدين من غير من عليه الدين باطل لكن بالحوالة وجب للمحتمل في ذمة المحال عليه دين مع بقاء دين الخميل ولهذا الوتوى ما على المحال عليه يتوى على الخميل ولم يثبت عليه أيضا يد الاستيفاء لأن ثبوت اليد على ما في ذمة الغير لا يتصور وإنما لم يكن للحميل أن يأخذه لأن المحال عليه لم يقبل الحوالة الا ليمتلك ما في ذمته وأبو في من ذلك المال فلو أخذها يفوت الرضا فتبطل الحوالة بخلاف الرهن لأنه ثبت عليه يد الاستيفاء ولهذا الوجه لا يملك على المرتن فكان هو الحق به وكان ينبغي للمحتمل أن لا يكون له حق المزاجعة لأن دينه يتحول إلى ذمة المحال عليه فلا يراحم غرماء الخميل كما إذا كانت الحوالة مطلقة وإنما ثبت له حق المزاجعة لأن الحوالة كانت مقدمة بذلك المال فإذا أخذ منه ذلك المال فأتى الرضا بالحوالة فتبطل الحوالة فيعود الدين إلى ذمة الخميل على ما كان قبل الحوالة واستوضح ذلك بمسألة الوديعة والغصب ونحوهما بخلاف ما إذا كانت مطلقة لأن الخميل بالحوالة برئ من دين المحتمل وصار المحتمل من غرماء المحال عليه فلم يتعلق له حق بماله فلا يراحم غرماء الخميل وإذا قسم الدين بين غرماء الخميل لا يرجع المحتمل على الخميل بحصة الغرماء لأن الدين الذي على المحال عليه صار مستحقا فليس له أن يرجع عليه به كالأستحقاق الرهن ولا بما بقي من دينه بعد المحاصة لأنه صار تاروا بفلا يرجع به على أحد

الاداء فكذلك في جميع الأسباب التي يملكها لو أبرأ المحتمل المحال عليه من المال برئ ولا يرجع على الخميل لأن البراءة إسقاط وليست بتعليق ومتى لم يملك ما في ذمته لم يرجع اه أقطع رحمه الله (قوله وكذا إذا ورثه) أي ولو لم يكن للحميل على المحتمل عليه دين ينعكس الجواب في الهبة والارث يرجع وفي البراءة لا يرجع اه كافي (قوله ولو مات الخميل) أي وعليه دين قبل أن يقبض المحتمل دين الحوالة فالدين الذي عليه للحميل بين غرماء الخميل والمحتمل أسوة الغرماء فيه اه معراج الدراية

(قوله في المتن وكره السفاتي) قال في التناوي الصغرى السقجة ان كان مشروطا في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد وان لم يكن مشروطا جاز وقال في الواقعات رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له بها إلى بلد كذا فإنه لا يجوز وان أقرضه بغير شرط وكتب كان هذا جائزا وكذلك اذا قال اكتب لي سفجة الى موضع كذا على أن أعطيك هذا فلا خير فيه وقال في كفاية البيهقي وسفاتي التجار مكرهه لانه ينتفع باسقاط خطر الطريق الا أن يقرض مطلقا ثم يكتب السفجة فلا بأس هكذا روى عن ابن عباس والاصل فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جرنفعا ولا نهى عن قرض جرنفعا ولا نهى عن قرض جرنفعا فإذا شرط في بلد أن يدفع في بلد آخر صار في حكم التأجيل والتأجيل في الاعيان لا يصح وهذا هو القياس اذا لم يشترط الدفع في بلد آخر الا أنهم استحسنوا وقالوا لا يكره كذا في شرح الاقطع ثم قيل انما أوردنا القدر في هذه المسئلة في هذا الباب لانهم تعاملوا في الديون كالكفالة والحوالة ونقل عن الامام نور الدين الكردى أنه قال انما أوردنا في الحوالة لانه حال الخطر المتوقع على المستقرض في معنى الحوالة اه اتقاني رحمه الله (قوله وقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به) قال الكمال ثم قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر فان كان يعرف أن ذلك يفعل لذل فلا والذي يحكى عن أبي حنيفة أنه لم يقعد في ظل جدار غريمه فلا أصل له لان ذلك لا يكون انتفاعا بملكه كيف ولم يكن مشروطا (١٧٥) ولا متعارفا وانما أوردنا هذه المسئلة

هنا لانهم تعاملوا في الديون كالكفالة والحوالة والله أعلم اه وكتب على قوله فلا بأس به مانعه روى عن ابن عباس ذلك الا ترى أنه لو قضاه أحسن مما عليه لا يكره اذا لم يكن مشروطا اه كمال

كتاب القضاء

(قوله في الشعر أو صنع) امرأة صناع اليمين أى حاذقة ماهرة بعمل اليمين وامرأتان صناعان ونسوة صنع مثل قذال وقذل ورجل صنع اليمين وصنع اليمين أيضا بالكسر أى صناع حاذق وكذلك رجل صنع بالفتح يك قال أبو ذؤيب

قال رحمه الله (وكره السفاتي) وهو قرض استفاد به المقرض أمن خطر الطريق وصورة أنه أن يقرض ماله اذا خاف عليه الفوات ليرد عليه في موضع الأمن وهو تعريض بسفته وسفته شئ محكم وسمى هذا القرض به لاحكام أمره وانما كرمنا روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن قرض جرنفعا وقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به والله أعلم

كتاب القضاء

القضاء في اللغة الاتقان والاحكام قال قائلهم

وعليم ما مسرودتان قضاهما * داودا وضع السوابغ تبع

أى أحكم صنعتهما وهو في الشرع فصل الخصومات وانه أفضل العبادات وبه أمر كل نبي قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال تعالى وأن أحكم بينهم بم ما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم والحاكم نائب عن الله في أرضه في انصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق ودفع الظلم عن العباد والامر بالمعروف والنهي عن المنكر كل ذلك من الصفات الحميدة يعمل اليها كل لبيب ومحاسنه لا تخفى على أحد ولو لا ذلك لفسد البلاد والعباد قال رحمه الله (أهل أهل الشهادة) لان كل واحد منهم ما ثبت به الولاية على الغير الشاهد بشهادته يلزم الحاكم أن يحكم والحاكم يلزم الخصم ومن صلح شاهد صلح قاضيا فكانا من باب واحد فبستفاد أحدهما من الآخر قال رحمه الله (والفاسق أهل للقضاء كما هو أهل للشهادة) لأنه لا ينبغي أن يقلدوا لو كان القاضي عدلا ففسد بأخذ الرشوة لا ينزعزل ويستحق العزل واذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا وكذا الوقضي بالرشوة لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وقال بعض مشايخنا اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل لا ينزعزل بالفاسق لان المقلد اعتمد

وعليم ما مسرودتان قضاهما * داودا وضع السوابغ تبع هذه رواية الاصمعي وروى أو صنع السوابغ اه صحاح (قوله في المتن أهل القصد ورى في مختصره ولا تصح ولاية القاضي حتى تجتمع في المولى شرائط الشهادة قال الاتقاني وانما شرط شرائط الشهادة من الحرية والعقل والبلوغ والعدالة في القضاء لان القضاء ولاية كالشهادة بل القضاء ولاية عامة فلما اشترط في الشهادة من الصفات كان اشتراطها في القضاء أولى اه (قوله في المتن والفاسق أهل للقضاء) كما هو أهل للشهادة لأنه لا ينبغي أن يقلد أى كافى حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قيل جازت عندنا اه هداية (قوله وكذا الوقضي بالرشوة لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى) ذكر الاستروشنى اذا ارتشى القاضي وحكم لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وينفذ فيما لم يرتش وذكر الامام البرزوى أنه ينفذ فيما ارتشى أيضا وقال بعض مشايخنا ان قضايه فيما ارتشى وفيما لم يرتش باطلة وبالقول الاول أخذ شمس الأئمة السرخسى وهو اختيار الخصاص وان ارتشى ولدا القاضي أو كاتبه أو بعض أعوانه فان كان بأمره ورضاه فهو والوارثى القاضي سواء ويكون قضاؤه مردودا وان كان بغير علم القاضي نفذ وكان على المرتشى رد ما قبض الى هنا لفظ الفصول اه اتقاني (قوله وقال بعض مشايخنا اذا قلد الفاسق ابتداء يصح) قال في خلاصة الفتاوى واختلفت الروايات في تقليد الفاسق القضاء والاصح أنه يصح التقليد ولا ينزعزل بالفاسق ثم قال في المحيط يستحق العزل عند عامة المشايخ الا اذا شرط في التقليد أنه متى جاز ينزعزل وعند الشافعي ينزعزل والامام بصير اماما مع الفسق ولا ينزعزل بالفسق بلا

خلاف الى هذا لفظ الخلاصة اه غايه (قوله في المتن والفاسق يصلح مقبلا) قال أبو العباس الناطقي في آخر أدب القاضي من كتاب الاجناس الفقيه اذا كان فاسقا هل يجوز (١٧٦) أن يستفتى منه فيه كلام بين المشايخ ذكر محمد بن شجاع في نوادره سمعت

عبد الله لم يكن راضيا دونها كالعبد المأذون له في التجارة اذا أبقى يعزل ولو أذن له وهو آبق جاز وعن علمائنا الثلاثة في النوادر ان الفاسق لا يصلح قاضيا والظاهر هو الاول وأن العدالة شرط الاولوية وكذا الاجتهاد حتى لو ولي الجاهل القضاء صح وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لأن يكون عالما عدلا مأمونا لقوله عليه الصلاة والسلام القضاء ثلاثة قاضيان في النار وقاض في الجنة الحديث ففسر القاضيين أحدهما جاهل يحكم بالجهل والاخر عالِم يحكم بالجهل والثالث العالم العادل يحكم بعلمه ولأنه مأمور بالقضاء بالحق والجاهل عاجز عنه ولا يكلف الله نفسا الا وسعها والفاسق غير مأمون فلا يجوز ولنا أن المقصود اتصال الحق الى المستحق وهو يحصل بالعمل بفنوى غيره ولا حجة له في الحديث فانه عليه الصلاة والسلام سماه قاضيا ولولا أن التولية تصح لماسماه قاضيا ولأن الصحابة رضی الله عنهم أجازوا حكم من تغلب من الامراء وجاروا وتقدموا منه الاعمال وصلوا خلفه ولولا أن توليته صح لمافعلوا ذلك قال رحمه الله (والفاسق يصلح مقبلا وقيل لا) يصلح لانه من أمور المسلمين وخبره غير مقبول في الديانات وجه الاول أنه يجتهد حذرا النسبة الى الخطأ قال رحمه الله (ولا ينبغي للقاضي أن يكون فظا غليظا جبارا عنيدا وينبغي أن يكون موثوقا به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه) ويكون شديدا من غير عنف لينامن غير ضعف لان المقصود من القضاء دفع الفساد وإصال الحقوق الى مستحقيها وإقامة حقوق الله تعالى وهو من أهم أمور المسلمين وأقوى واجب عليهم فكل من كان أعرف وأقدر وأوجه وأهيىب وأصير على ما أصابه من الناس كان أولى وينبغي للمولى أن يتفحص في ذلك ويولي من هو أولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلدا انسانا عملا وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين قال رحمه الله (والاجتهاد شرط الاولوية) لانه أقدر على الحكم بالحق واختلافوا في حد الاجتهاد قيل أن يعلم الكتاب بعنايه والسنة بطرقها والمراد بعلمه ما علم ما يتعلق به الاحكام منهما ومعرفة الاجماع والقياس ليتمكن استخراج الاحكام الشرعية واستنباطها من أدلتها بطريقها ولا يشترط معرفة الفروع التي استخراجها المجتهدون برأياتهم وقال بعضهم يشترط مع هذا أن يكون عارفا بالفروع المبنية على اجتهاد السلف كأبي حنيفة والشافعي وغيرهما من المجتهدين وقال بعضهم من حفظ المبسوط ومذهب المتقدمين فهو من أهل الاجتهاد والاشبه أن يقال أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه لمعرفة معاني الآثار وأصحاب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل لا بد مع هذا من أن يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان كثيرا من الاحكام تبني عليها قال رحمه الله (والفتي ينبغي أن يكون هكذا) يعني في العلم والامانة لانه أقدر على المقصود وأبعد من الغلط وأكثر اهتماما في دينه عند تجديد الحوادث فيكون كلامه أوثق فيعتمد عليه قال رحمه الله (وكره التقليد لمن خاف الخيف) أي الظلم كيلا يكون ذريعة الى مباشرة الظلم قال رحمه الله (وان أمنه لا) أي ان أمن الظلم لا يكره التقليد لان كبار الصحابة رضی الله عنهم والتابعين وعلماءهم تقلدوه وكفى بهم قدوة قال رحمه الله (ولا يسأل القضاء) لقوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك من السماء يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم وكره بعض المشايخ أن يدخل في القضاء مختارا لقوله عليه الصلاة والسلام من ابتلى بالقضاء فكأنما يحب بغير سكين ولان القضاء بالحق لا يمكنه الا باعوان وقد لا يعينه عليه أحد وكان في بني اسرائيل من فترغ نفسه للعبادة ستين سنة ترجى له النبوة فاذا اشتغل بالقضاء

بشرب غياث يقول أرى الجحيم على ثلاثة فقيه فاسق وطبيب جاهل ومكارم فليس وقال محمد بن شجاع في قول نفسه لا بأس بأن يستفتى من الفقيه الفاسق لانه يكره أن يخطئه الفقهاء فيجيب بما هو الصواب اه غايه (قوله في المتن ولا ينبغي للقاضي أن يكون فظا) أي جافيا اه (قوله غليظا) أي شديدا في الكلام متفاحشا اه (قوله جبارا) أي متكبرا مقبلا بغضب اه (قوله عنيدا) أي معاندا عنيفا لان المقصود من القضاء دفع الفساد وهذه الاشياء بعينها فساد اه عني (قوله والمراد بعلمه ما علم ما يتعلق به الاحكام) أي ولا يشترط أن يكون عالما بجميع ما في الكتاب والسنة اه اتقاني (قوله كيلا يشتغل بالقياس في المنصوص الخ) والتفاوت بين العبارتين أن الاول مشتهر بالحديث وله فقه أيضا والثاني مشتهر بالفقه وله بصر بالحديث أيضا اه غايه (قوله وكل الى نفسه) على صيغة المبنى للمعول بتفخيف الكاف أي فوض أمره اليها ومن فوض أمره الى نفسه كان مخذولا غير مرمي شدا للصواب لكون النفس أمارة بالسوء اه اتقاني (قوله أيضا

وقد لا يعينه عليه أحد) قال في الهداية والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في إقامة العدل والترك عزية فله يخطئ ظنه فلا يوفق له اه

(قوله في المتن ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر) قال الاتقاني وإن كان قاضي الخوارج من أهل الجماعة والعدل فقضى ثم رفع إلى قاضي العدل أمضاء ويجوز قضاؤه بين الناس لأن شريحاً كان يتولى القضاء من جهة معاوية ومن بعده من بني أمية وكانوا خارجين على إمام الحق ولم يروعن أحد من أهل الحق أنه فسخ قضاءه وكذلك غير (١٧٧) شريح بن ولولهم ولم يروعن أحد من الأئمة

نقض قضاؤهم فدل على أن القاضي إذا كان عادلاً في نفسه لا يعتبر فسق من ولده اه (قوله وكان الحق يبدع على الخ) قال في الهداية والحق كان يبدع على في نوبته قال الاتقاني رحمه الله وانما قيد بنوبته احترازاً عن قول الروافض لعنهم الله فانهم يقولون فالحق كان يبدع على رضي الله عنه في نوبته أي بكر وعمر وعثمان رضي الله تعالى عنهم وهذا مخالف لقول الله تعالى ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين فوله ما تولى ونصله جهنم وهذا لأن خلافتهم انعدت عليها إجماع الصحابة ولم يروعن عـلى خلاف ذلك اه (قوله الا اذا كان) هذا استثناء من قوله يجوز تقلد القضاء من السلطان الجائر اه (قوله فان حضر والا فني رأى القاضي أن يطلقه) من كلام المنادي اه (قوله أن يطلقه) أي ينادي كذلك أيما اه رازي (قوله والا أخذ منه كفيلاً) أي بنفسه اه وكتب ما نصه لجواز أن يكون له خصم غائب يحضر ويدعى عليه

أي سواء من نوبته فهذا دليل على أنه مسقطه وإن تعين هو للقضاء بأن لم يكن أحد غيره يصلح للقضاء وجب عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين ودفع الظلم الظالمين قال رحمه الله (ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر ومن أهل البقي) لأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم تقلدوه من معاوية في نوبته على وكان الحق يبدع على يومئذ وقد قال على رضي الله تعالى عنه اخواننا بغوا علينا وعلماؤنا سلف تقلدوه من الخراج الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق فيجزم عليه لانه يحصل به ضرر المسلمين قال رحمه الله (فان تقلد يسأل ديوان قاض قبله وهو الخراط التي فيها السجلات والمحاضر وغيرهما) من الصكوك ونصب الاوصياء والقيام في الاوقاف وتقدير النفقات المفروضات لأن الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيعمل في يد من له ولاية القضاء وهذا لأن القاضي يكتب نسختين احدهما في يده لاحتمال الحاجة اليها والاخرى في يد الخصم وما في يد الخصم لا يؤمن عليه التغيير بزيادة أو نقصان ثم ان كانت الاوراق من بيت المال فلا اشكال في وجوب تسليمها الى الجديدي لانها انما كانت في يد الاول لعمله وقد اتقل العمل الى غيره فلا معنى لتركها في يده بعد العزل وكذا اذا كانت من مال الخصوم أو من مال القاضي في الصحيح لأن الخصوم وضعوها في يده لعمله وكذا القاضي يحمل على أنه عمل ذلك تديناً لا تملاً فيجب تسليمه اليه ويثبت عدلين من أئمنائه أو عدلاً واحداً أو اثنتان أحوط ليقبض ديوان المعزول بحضرته أو بحضرة أمينه ويسألان المعزول شيئاً فشيئاً فما كان فيهما من نسخ السجلات يحجم عنه في خريطة وما كان من نصب الاوصياء في أموال السبا يحجم عنه في خريطة أخرى وما كان من تقدير النفقات يحجم عنه في خريطة أخرى وما كان من نسخ قيام الاوقاف يحجم عنه في خريطة أخرى وما كان من الصكوك يحجم عنه في خريطة لأن هذه النسخ كانت تحت تصرف المعزول فلا تشبه عليه متى احتاج الى نسخة منها فأما الجديدي فيشبهه عليه لولم يجمع كل نوع منها في خريطة وبالجمع يسهل وانما يسألان المعزول وإن لم يكن قوله حجة لينكشف عنهم ما أشكل عليهم ما اذا قبض ذلك ختماً عليه فخر راعن التغيير قال رحمه الله (ونظر في حال المحبوسين) أي القاضي الجديدي ينظر في حالهم لانه نصب ناظر للمسلمين (فن أقر بحق أو قامت عليه البينة ألزمه) لأن كل واحد منهما ما حجة ملزمة ولا يقبل قول المعزول لانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لاسيما على فعل نفسه وإن لم تقم عليه بينة وادعى أنه حبس ظمناً لا يجهل بتخليته قال رحمه الله (والانادي عليه) أي ان لم تقم عليه بينة ولم يقر هو نادى عليه لأن المعزول حبسه بحق ظاهر فلا يجهل بتخليته حتى يشكف له حاله وينادي عليه اذا جاس للحكم أياماً يقول المنادي من كان يطالب فلان بن فلان القلاني المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر والا فني رأى القاضي أن يطلقه فان حضر له خصم فبها والا أخذ منه كفيلاً وأطلقه والفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين هذه المسئلة وبين قسمة التركة حيث لا يؤخذ من الورثة كفيلاً اذا أرادوا القسمة عنده أن الورثة ظهر حقهم في المال فلا يؤخر الى التكفيل لاحتمال أن يكون له وارث غيرهم لأن ذلك موهوم فلا يعارض المحقق وفي هذه المسئلة أن القاضي لا يحبس به الا بحق ظاهر واحتمال حبسه بغير حق موهوم فلا يعارض الظاهر وهذا لأن فعل المسلم يحمل على الصلاح ما أمكن فيحمل عليه حتى يظهر خلافه قال رحمه الله (وعمل في الودائع وغلات الوقف بينة أو اقرار) لأن كل واحد منهما ما حجة والمراد بالاقرار اقرار من في يده لأن اقرار الاجنبي غير مقبول قال رحمه الله (ولم يعمل بقول المعزول الا أن يقر ذواليد أنه سلمها اليه فيقبل

(٣٣ - زيلعي رابع) اه قال الاتقاني وإن قال لا كفيلاً لي أو لا أعطي كفيلاً فإنه لا يجب على شيء نادى عليه شهران ثم تركه لأن الحق لم يثبت عليه فلا يلزمه اعطاء الكفيل وانما طالبه القاضي به احتياطاً فان لم يده طه وجب عليه أن يحتاط بنوع آخر فينادي عليه شهرًا فاذا مضى المدة أطلقه اه

قوله فيهما) أي في الودائع وغلات الوقف لان العزول التحق بالرجاء فلا يقبل قوله إلا أن يعترف الذي في يده أن القاضي سلمه إليه فيقبل قوله فيهما لأنه ثبت باقراره أنه ودع القاضي ويد المودع كيد فصار كأنه في يده فيقبل اقراره به إلا إذا بدأ صاحب اليد بالاقرار غيره ثم أقر بتسليم القاضي إليه والقاضي يقتر به لغيره فيسلم إلى المقر له الأول ويضمن المقر قيمته للقاضي باقراره الثاني والمسئلة على أربعة أوجه اما أن يقرب بأنه سلمه إليه بعدما أقر به لغيره أو ينكر التسليم فيحكم بما ذكرناه أو يقرب بأن العزول سلمه إليه ثم يقربه لغيره فلا يقبل اقراره الثاني لأنه لما أقر بأن القاضي سلمه إليه صار كأنه في يد القاضي والرابع أن يقرب بأن القاضي سلمه إليه ثم يقول لا أدري لمن هو حكمه ظاهر قال رحمه الله (ويضفى في المسجد) وكذلك السلطان يجلس للحكم في المسجد وقال الشافعي يكره ذلك لأنه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام والمناض وهي ممنوعة من دخوله ولأنه يخشى أن يكره الله تعالى ولا قامة الصلوات للخصومات والمنازعات ولنا قوله عليه الصلاة والسلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان عليه الصلاة والسلام يفضل الخصومات في معتكفه والخطباء الراشدون كانوا يجلسون للحكم في المساجد ولأن الحكم عبادة على ما بينا من قبل فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوات ولأنه أبعد من الاشتباه على الغرباء وبعض المقيمين وأبعد من التهمة في حق القاضي فكان أولى وليس في بدن المشرك نجاسة تلوث وانما ذلك في اعتقاده والخائض مخبر بحالها لانها مسلمة فيضج لها القاضي كما اذا كانت الخصومة على الدابة فالجامع أولى لأنه أنهر وأسهل على الناس اذا كان وسط البلد وان كان في الطرف يختار مسجد آخر في وسط البلدة قال رحمه الله (أو في داره) لان الحكم عبادة لا تختص بمكان فجاز أن يحكم في منزله فاذا جلس للحكم في منزله أذن للناس بالدخول عليه ولا يمنع أحد من الدخول فيه ويجلس معه من كان يجلس معه في المسجد ثم لا بأس به اذا كان منزله في وسط البلدة والافلح في وسط البلدة لما ذكرنا فخاصة أن الجلوس للحكم أن يكون في أشهر الاماكن وبجامع الناس وليس فيه حاجب ولا بواب أفضل ولو حكم في أي مكان شاء جاز ولا يحكم وهو ماش لان الرأي لا يجمع وهو مشغول بأشئ ولا بأس بأن يقعد في الطريق اذا كان لا يضيق على المسار ولا بأس بأن يحكم وهو متسكى لأنه يزيد في الرأي لزيادة راحته فيه ولكن القضاء مستوى الجلوس أفضل تعظيما لأمر القضاء وعن أبي يوسف رحمه الله أنه استفتى عن مسألة وهو متسكى فاستوى وارتدى واهتم ثم أفتى تعظيما لأمر القضاء ولا يجلس وحده لأنه يورث التهمة وان جلس وحده فلا بأس به ان كان عالما بالقضاء وان كان جاهلا لا يستحب له أن يقعد مع أهل العلم لأنه لا يؤمن من أن يزل عن الحق فينبهونه عليه ويجلسهم قريباً منه للشورة وكذا أهل العدل الشهادة عليه بخلاف الاعوان حيث يكونون بعيداً عنه لانهم لأجل الهيبة وهو أهيب قال رحمه الله (ويرتهدية الامن قريه أو من حرت عاداته بذلك) لان الأولى صلة الرحم وردّها قطيعة وهي حرام والمراد بالقريب هو ذوالرحم المحرم والثانية ليست لأجل القضاء وانما هي جرى على العادة فلا يتوهم فيها الرشوة حتى لو كان لهما خصومة أو زاد على العادة برده لأنه لأجل القضاء فيكون من الغلول كغيرهم من الهدايا لانها تشبه الرشوة فيجب تجنبها وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم قال رحمه الله (ودعوة خاصة) أي لا يحضر دعوة خاصة لانها جعلت لأجله والخاصة هي التي لا يتخذها صاحبها ولا حضور القاضي وقيل كل دعوة اتخذت في غير العرس والختان فهي خاصة ولم يفصل في الخاصة بين أن تكون من القريب أو من غيره وبين ما اذا جرت له عادة بها أو لم تجر وقال في الكافي وان كان بين القاضي وبين المضيف قرابة فيجب في الدعوة الخاصة لان اجابة دعوته صلة له الرحم قال كذا ذكره الخفاف ولا خلاف وذكر الطحاوي أن علي قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد رحمه الله يجيب وانما لا يجيب الدعوة الخاصة للأجنبي اذا لم يتخذ الدعوة لأجله قبل القضاء فعلى هذا الفرق بينه وبين الهدية وهو القياس قال رحمه الله (ويشهد بالخيانة

(قوله والقاضي يقتر به لغيره) أي لرجل آخر غير الذي أقر به الامين اه (قوله ويضمن المقر قيمته للقاضي باقراره الثاني) أي ويسلم للمقر له من جهة القاضي كذا في بعض نسخ الهداية وكذا ذكر ابن الهمام اه (قوله فيحكمه ظاهر) أي وهو كونه لمن أقر له العزول اه (قوله فخاصة أن الجلوس للحكم أن يكون الخ) قوله أن يكون في تأويل مصدر على أنه مبتدأ أخبره قوله بعد أفضل أي كونه في أنهر الاماكن أفضل والجملة من المبتدأ والخبر في محل رفع خبر إن وان واسمها وخبرها في محل رفع خبر قوله فخاصة له والله الموفق (قوله في المن ودعوة خاصة) الدعوة بفتح الدال الضيافة عند جهوز العرب ونيم الرباب تكسر دالها وذكرها قطرب بالضم وغلطوه اه تحرير

وبعد المريض (لقوله عليه الصلاة والسلام على المسلم على المسلم ستة حقوق اذا ادعاه أن يجيبه واذا مرض أن يعود واذا مات أن يحضره واذا ألقه أن يسلم عليه واذا استنصبه أن ينحبه واذا عطس أن يشمه وحق المسلم لا يسهط بالقضاء لكن لا يطيل مكثه في ذلك المكان وان كان للمريض خصومة مع أحد لا يعود قال رحمه الله (ويسوى بينهم ما جالسوا واقبالا) أي يسوى بين الخصمين في الجلوس لقوله عليه الصلاة والسلام اذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليتبو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولانه اذا قدم أحدهما يجترئ على خصمه وتنكسر همة صاحبه فيؤدى ذلك الى ترك حقه وينبغي للخصمين اذا حضرا بين يدي القاضي أن يجشوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولا يحتبمان وان فعلوا ذلك منعا تعظيما لأمر الحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له ويكون بينهما وبين القاضي قدر ذراعين أو نحو ذلك بحيث يسمع كلامهما من غير تكلف بالصغاء ورفع صوت ولا يقعد أحدهما من جانب اليمين والآخر من اليسار لان جانب اليمين أفضل فيكون تقديمه على صاحبه يفعل ذلك بين الكبير والصغير حتى يجب عليه أن يسوى فيه بين الاب والابن وبين الخليفة والرعية وبين الدنيا والشرى وهذا دليل على أن القاضي أن يقضى على الملك الذي ولاه القضاء وكذا فعل شرح رجب رضي الله تعالى عنه على مع خصمه واحد من الرعية وعلى خليفة رضي الله تعالى عنهم اذا سوى بينهما في الفعل فلا حرج عليه فيما يجده في قلبه من الميل الى أحدهما بعد أن حكم بينهما بالحق لان ذلك لا قدر له عليه كافي القسم بين نسائه قال رحمه الله (وليتق عن مسارة أحدهما أو اشارته وتلقين حجة وضياقة) أي يجنب هذه الاشياء لان فيه تهمة ومكسرة لقلب الآخر ولو أضافهما جلة فلا بأس لوجود التسوية بينهما قال رحمه الله (والمزاح) أي يجنب المزاح مطلقا معهما أو مع أحدهما أو مع غيرهما في مجلس الحكم ولا يكثر في غيره لانه يذهب بالمهابة فخالصه أنه لا يكلمهما بغير ما تقدم ما اليه لاجله فان ذلك يذهب حشمة مجلس القضاء فاذا حضر افهوا بالخيار ان شاء بدأهما بالكلام فقال مالكوا وان شاء تركهما حتى يبدأ بالنطق وهو أحسن كيلا يكون مهيجا للخصومة لانه قد يقطعها واذا تكلم المدعى أسكت الآخر واستمع حتى يفهم ما يقول فاذا فرغ الدعوى أمره بالسكوت واستنطق الآخر اذا طلب المدعى ذلك وقيل من غير طلبه لانهم اذا تكلموا جلة لا يمكن من الفهم هذا اذا كانت دعواه صحيحة وان لم تكن صحيحة قاله فم فصيح دعواؤه لان الجواب لا يستحق الا بعد تصحيح الدعوى فاذا صحت وأنكر المدعى عليه سأله البينة فان عجز عنها استخلف المدعى عليه ان طلب المدعى عنه ويرتب الناس في الفصل على ترتيب حجيتهم فيبدأ بالسابق فالسابق ويجعل في ذلك أمينا يحضره ولا يجمع بين النساء والرجال في رجة بل يجعل الرجال ناحية والنساء ناحية الا اذا كان لأحدهما على الآخر دعوى فيجلسان بين يديه وقت الدعوى قال رحمه الله (وتلقين الشاهد) أي يجنب تلقين الشاهد أيضا لان فيه اعانة لأحد الخصمين فيوهم الميل اليه فيكون فيه كسر قلب الآخر فصار كالتلقين أحد الخصمين واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لانه قد يحصر وقد يقول أعلم مكان قوله أشهد له بالجلس فكان في تلقينه إحياء الحق ولا تهمة في مثله فكان من باب التعاون على البر كاشخاص الغريم وتكفيله وحلولته منه وبين أشغاله قبل ثبوت الحق عليه وهذا فروع رخصة عنه رجع اليه بعد ما تولى القضاء والعزيمة فيما قال لانه لا يخلو عن نوع تهمة

فصل في الحبس ولما كان بعض الناس يستحق العقوبة بسبب دعارته والحبس يصلح للعقوبة ذكره في كتاب القضاء وجعله من جلته وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى في قطاع الطريق أو ينقوا من الأرض والمراد به الحبس وأما السنة فلانه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا بالتهمة وجلس رجلا آخر من جهنة أعتق شقصاله في ملوك وأما الاجماع فلان الصحابة رضي الله تعالى عنهم ومن بعدهم أجمعوا عليه الآن في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وزمن أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله تعالى عنهم لم يكن يحسن وكان يحبس في المسجد والاهليز وبالربط ولما كان في زمن

(قوله ويسوى بينهم ما جالسوا واقبالا) قوله واقبالا ساقط في خط الشارح ولكن ثابت في نسخ المتن وهو ملحق لابتدائه منه (قوله الذي) يعني الذي كذا في شرح العيني (قوله وأشارته) أي بيده أو عينه أو حاجبه اه (قوله واستحسنه أبو يوسف في غير موضع التهمة) أي كما اذا ترك الشاهد لفظ الشهادة مثلا اما في موضع التهمة فلا كما اذا ادعى المدعى ألفا وخمسة فشهد الشاهد بألف فلقته القاضي بقوله يحتمل أنه أراءه عن جسمائه فتلقن الشاهد ذلك ووفق اه

فصل في الحبس (قوله وجلس رجلا آخر من جهنة أعتق شقصاله) اهله يشير الى ما أخرجه البيهقي في سننه من حديث أبي مجزل وليس بجوابي بل تأدعي واسمه لاحق بن بن حديد ان عبدا كان بين رجلين فأعتق أحدهما نصيبه فحبسه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى باع غنمة له فهو مرسل ويمكن في وجه حبسه أن يقال انه لم يضمن ما تلفه فلم يعطه فحبسه حتى باع غنمة له ودفع قيمة نصيب صاحبه اه

(قوله مخيسا) ذكره في المغرب في باب الخاء المعجمة مع الياء آخر الحروف اه قال الجوهرى وخيسه مخيسا أى ذله ومنه الخيس وهو اسم سجن كان بالعراق أى موضع التذليل وكل سجن مخيس ومخيس أيضا اه (قوله وقال فيه شعرا) أى على رضى الله عنه اه (قوله في الشعر ألا ترائى الخ) أنشده في الصحاح أما ترائى في موضعين في خيس وكيس ولم يعزه لاحد اه (قوله في الشعر أيضا مكيسا) قال في المغرب في الكاف مع الياء الكيس الظرف وحسن التأني في الامور ورجل كيس من قوم أكاس والمكيس المنسوب الى الكياسه اه وقال في الصحاح والرجل كيس مكيس أى ظريف (قوله في (١٨٠)) الشعر أيضا بنيت بعد نافع مخيسا) بعد هذا كلام ليس في خط الشارح وهو * بابا حصينا وأميننا

على رضى الله تعالى عنه بنى السجن وكان هو أول من بناه في الاسلام وسمى السجن نافعاً ولم يكن حصينا فانقلت الناس منه بنى سجننا آخر وسماه مخيسا وقال فيه شعرا

ألا ترائى كيسا مكيسا * بنيت بعد نافع مخيسا

قال رحمه الله (واذا ثبت الحق للمدعى أمره يدفع ما عليه فان أبى حبه في الثمن والقرض والمهر والمجمل وما التزمه بالكفالة) معناه محبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده أو التزمه بعقد اذا طلب المبتدئ حبه بعد إيمانه من الدفع اليه لانه بالظاهر مظهر مظهره وبالمال الذى حصل في يده أو التزمه بعقد باختياره ظهرت قدرته لا نائية بمجصول المال له والظاهر بقاؤه بالتقلب فيه وكذا لا يلتزم الانسان باختياره مالا يقدر عليه عادة فاذا ظهر مظهره مع القدرة وهو ظلم لقوله عليه الصلاة والسلام مطلق الغنى ظلم استحق العقوبة ثم شرط المصنف رحمه الله الاباء بعد أمره ولم يفصل بين ما اذا ثبت الحق عليه بينة أو اقرار وفرق بينهما في الهداية فقال اذا ثبت بالبينه يحبس كما ثبت لظهور المظهر بانكاره وان ثبت باقراره لم يعجل بحبسه لانه لم يعرف كونه مماطلا في أول الوهلة فله طمع في الامهال فلم يستحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مظهره ومثله حكى عن الصدر الشهيد والمحكى عن شمس الأئمة السرخسى عكس ذلك لانه اذا ثبت بالبينه يعتذر فيقول ما علمت ان له على ديننا الا الساعة فاذا علمت قضيت ولا تاتى ذلك في الاقرار والاحسن ما ذكره هنا فانه يؤمر بالبقاء مطلقا لانه يحتمل أن يوفى فلم يعجل بحبسه قبل أن يتبين له حاله بالامر والمطالبة بذلك والصواب لا يحبس فيما اذا طلب المدعى ذلك حتى يسأله فان أقر أنه له مالا أمره بالدفع فان أبى حبه لظهور مظهره وان أنكر المال والمدعى يقول له مال فانقاضى يقول للمدعى ألك بينة أن له مالا فان أقام البينة ان له مالا أمره بالدفع فان أبى حبه وان عجز عن البينة والمدعى يدعى أن له مالا وهو ينكر كان القول قول المدعى فيما ذكر في المختصر من الديون وهو كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده أو التزمه بعقد فيحبسه به لما ذكرنا قال رحمه الله (لا في غيره ان ادعى الفقر الا أن ثبت غريمه غناه فيحبسه بما رأى) أى لا يحبس في غير ما ذكرنا من الديون وذلك مثل أروش الخنايات وديون النفقات وضمنان الاعتاق لان ذلك مما ليس بيد مال ولا ملتزم بعقدان ادعى الفقر الا أن ثبت المدعى المال بالبينه حينئذ يحبس به قدر ما يرى لان المنكر متمسك بالاصل اذا اصل ان الادعى يولد فقيرا لالمال له والمدعى يدعى أمرا عارضا فكان القول لصاحبه مع عينه ما لا يكذبها الظاهر الا أن ثبت المدعى بالبينه أن له مالا بخلاف الفصل المتقدم لان الظاهر يكذب لان المال فيه حصل في يده ولا يلتزم الانسان عادة مالا يقدر عليه فظهر غناه بذلك والمراد بالمهر المجمل الذى يحبس فيه ما تعرفه وتعلمه والزائد عليه لا يحبس فيه لانه جرى فيه التسامح بتأخير المطالبة وان كان حالا فلا يدل دخوله في العقد على أنه قادر عليه واختار الخصاص أن القول للمدين في جميع ذلك لانه متمسك بالاصل وهو العسرة والمستدعى يدعى عارضا فلا يسمع قوله وهو مروى عن أصحابنا واختار أبو عبيد الله الثعلبي أن كل دين أصله مال كفن المبيع وبدل القرض

كيسا * اه قوله وأميننا أى ونصبت أمينا يعنى السجن اه (قوله ولا تاتى ذلك في الاقرار) أى لانه كان عالما بالدين ولم يقضه حتى أحوجه الى شكواه اه (قوله حتى يسأله) أى يسأل القاضى المدعى عليه ألك مال اه (قوله وديون النفقات) أى لا يحبس في ديون نفقة الزوجات ان ادعى الفقر والمراد النفقة المقضى بها والتي تراضيا عليها لان النفقة لا تصير ديناً الا بذلك وفهم من قول المصنف ان ادعى الفقر أنهما لم يدع الفقر بحبس كما لو أثبت غريمه غناه كائن على في المتن أما النفقة الماضية من غير فرض وتقدير فلا يحبس فيها مطلقا لم يحبس الرجل في نفقة زوجته الحاضرة اذا امتنع من الاتفاق عليها كما سيجى مشنا وشرحا فان قلت قول الشارح فيما سأتى في قوله بخلاف النفقة الماضية فانها تسقط بعض الزمان وان لم تسقط بان حكم الحاكم بها أو اصطلح الزوجان عليها فانها ليست بيد مال ولا لزمته

بعد على ما بينا ظاهر في أنه لا يحبس في النفقة التي قضى بها أو تراضيا عليها قلت هو محمول على ما اذا ادعى الفقر توفيقا قال قول بينه وبين ما ذكره هنا اذ لم يحمل وفهم على اطلاقه من عدم الحبس لنافض قوله لا في غيره ان ادعى الفقر وقد قال في الظهيرة واذ فرض القاضى النفقة ولم يعطها وقدمته الى القاضى مرارا ولم يجع نصح القاضى فيه حبسه اه فهذا كما ترى صريح في الحبس في المقضى بها لكنه محمول على ما اذا لم يدع الفقر أو ادعاه وعلم القاضى يساره وقال الامام البيهقي في الكفاية امتنع عن النفقة بعد القرض لم يحبس به أول مرة بل يحبسه بالحبس ان لم يدفع اه كذا يخط الشيخ الشلبى (قوله الثعلبي) هو محمد بن شعاع صاحب الحسن بن زياد اه

فأقول فيه قول المدعي لأنه دخل في ملكه مال وعرفت قدرته بذلك والمنكر يدعي خلاف ذلك فلا يقبل قوله وكل دين لم يكن أصله مالا كالمهر وبذل الخلع وما أشبه ذلك كان القول فيه قول المدعي عليه لأنه لم يدخل شيء في ملكه ولم يعرف غناه فكان متمسكا بالأصل وهو مروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال بعضهم ما كان سبيل البر والصلة كان القول قول المدعي عليه كافي نفقة المحارم ونحوه وفيما سوى ذلك القول قول المدعي وقال بعضهم كل دين لزمه بمعاقبته كان القول فيه قول المدعي إذ لا يلزمه مالا يقدر عليه والأقول للترك لمسكه بالأصل وذكر في كتاب النكاح أن المرأة إذا ادعت أن الزوج موسر وطلبت نفقة المוסرات وادعى هو الفقر كان القول قوله وذكر في كتاب العتاق أن أحدا الشريكين إذا أعتق العبد المشترك وزعم أنه معسر كان القول قوله وهاتان المسئلتان تخرجان على الأقوال كلها ولا تخالفان شيئا منها فيكون القول فيه ما قول المنكر باتفاق الأقاويل وقال أبو جعفر البلخي يحكم الزنى فإن كانت هيئته هيئة الفقراء يعني المسكين كان القول قوله وإن كانت هيئته هيئة الأغنياء كان القول قول المدعي إلا إذا كان من الفقهاء والأشراف والعباسية فإنهم يتكفون في اللبس فلا يدل على غناهم وقوله بحسبه بما رأى أي بحسبه قد ما يرى يعني فيما إذا كان القول قول المدعي أو في غيره ولكن المدعي أثبت المال بالبينّة أو بشكوك المدعي عليه أو بإقراره وهذا يشترط أن لا يكون له من المال مقدرة وإنما هو موقوف على رأي القاضى بحسبه حتى يغلب على ظنه أنه لو كان له مال لأظهره ولم يصبر على مقاساته وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلامعنى اتقديره وما جاء فيه من التقدير بشهرين أو ثلاث أو أقل أو أكثر اتفاقى وليس يتقدر حتما قال رحمه الله (ثم يسأل عنه) أي القاضى يسأل عن المحبوس بعد ما حبسه قدر ما رآه فإن قامت بينة على إعدامه أخرجه من الحبس ولا يحتاج فيه إلى لفظ الشهادة والعدل الواحد يكفي في هذا والاثنان أحوط وكيفية أن يقول الشاهدان حاله حال المعسرين في نفقته وكسوته وحاله ضيقة وقد اختبرنا حاله في السر والعلانية وقال شيخ الإسلام رحمه الله هذا السؤال من القاضى عن حال المدينين بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لأن الشهادة بالأعسار شهادة بالنفي والشهادة بالنفي ليست بحجة فكان للقاضى أن لا يسأل ويعمل برأيه ولكن لو سأل مع هذا كان أحوط قال رحمه الله (فإن لم يظهر له مال خلاه) لأن عسره ثبتت عنده واستحق النظر إلى الميسرة لقوله تعالى وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة فحبسه بعده يكون ظلما قال رحمه الله (ولم يحل بينه وبين غرمائه) أي لا يمنعهم عن ملازمته وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد وزفر يمنعهم لأنه منتظر بانتظار الله تعالى إلى الميسرة فلو كان منتظرا بانتظارهم بأن ضروقه الأجل لا يكون لهم حق الملازمة قبل الأجل فكذا بانتظاره تعالى بل أولى ولكنا نقول هو منتظر إلى زمان قدرته على الإيفاء وذلك ممكن في كل ساعة فيلزمونه كيلا يخفيه ولأنه قد يكسب فوق حاجته الدارّة فأخذون منه فضل كسبه بخلاف الأجل لأن الغريم ليس له أن يطالب قبل حلول الأجل مع القدرة على أدائه لأنه مؤخر وفيما نحن فيه نفس الدين حال وزمته مشغولة ولكن لا يطالب لعسره وزوال العسرة متوقع في كل لحظة فيلزمونه قال رحمه الله (ورداً للبينّة على أفلاسه قبل حبسه) لأنها بينة على النفي فلم تقبل ما لم تأيد بتأييد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط لأعلى الوجوب على ما بينا وعن محمد رحمه الله أنها تقبل وبه كان يفتى الفقيه أبو بكر محمد بن الفضل ونصير بن يحيى وكافة المشايخ على الأول قال رحمه الله (وبينة اليسار الحق) يعني إذا أقام المدعي البينة على اليسار وأقام المدعي عليه على الأعسار كانت بينة اليسار أولى لأن اليسار عارض والبينة للأثبات قال رحمه الله (وأبد حبس الموسر) لأن الحبس جزاء الظلم فإذا امتنع من إبقاء الحق مع القدرة عليه خلده في الحبس وفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضى بدين فأنه يحسبه ثم يسأل عنه فإن كان موسرا أبد حبسه وإن كان معسرا أخلى سبيله قال خيرا لإسلام معنى المسئلة إذا كان جاحدا فأقر عند القاضى وظهور للقاضى بحجوده عند غيره ومما طلته وأظهر له مما طلته بعد

ما أقر عند غيره فحينئذ يحبس لما مر قال رحمه الله (ويحبس الرجل بنفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع عن
الانفاق بخلاف النفقة الماضية لانها تسقط بغير الزمان فان لم تسقط بان حكم الحاكم بها أو اصطلم
الزوجان عليها فانها ليست ببذل مال ولا لزمته بعقد على ما بينا قال رحمه الله (لا في دين ولده) أي لا يحبس
الوالد في دين ولده لان الوالد لا يستحق العقوبة بسبب ولده ألا ترى أنه لا يجب عليه القصاص بقتله ولا يقتل
مورثه ولا يجب عليه الجديفة بذقه ولا بذق أمه الميتة بطلبه قال رحمه الله (الاذا أبي من الانفاق عليه)
يعنى لا يحبس بسبب الابن الا اذا امتنع من الانفاق عليه فانه حينئذ يحبس لان النفقة لحاجة الوقت وهو
بالمنع قصدا هلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه ألا ترى أن له أن يدفعه بقتله اذا شهر عليه السيف ولم يمكنه
دفعه لا بالقتل ولأن دين النفقة يسقط بغير الزمان فلو لم يحبس عليها نفوت بخلاف سائر الديون لانها
لا تسقط بغير الزمان فلا يخاف فيها القنوت وهكذا حكم الاجداد والجدات وان علوا وكذا المولى
لا يحبس بدين عبده المأذون ان لم يكن على العبد دين لان ماله للمولى وان كان عليه دين يحبس لان هذا
الحبس لحق الغرماء وهم أجنب فلا يمنع ولا يحبس العبد بدين المولى لانه لا يجب له عليه دين والمولى
يحبس بدين مكاتبه اذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وان كان من جنسه لا يحبس لوقوع المقاصة به لانه اذا
كان من جنسه فقد ظفر بجنس حقه فله أخذ بخلاف ما اذا كان من خلاف جنسه لانه ليس له أن يجعله
بالدين الا برضاه والمولى عزلة الاجنبى عنه حتى يجب عليه الارش بالجناية عليه ويضمن ما تلف من ماله
فكذا يحبس بدينه اذا ظهر ظلمه بالمطالبة ولا يحبس المكاتب لمولاه بدين الكتابة لانه لا يصير ظالمًا بالامتناع
عن بدل الكتابة لانه مكنته من فسخ الكتابة من غير رضاه ولده ويحبس بدين آخر عليه غير الكتابة لانه يصير
ظالمًا بامتناعه اذا لا يقدر على فسخ سبب ذلك الدين وقال بعض مشايخنا لا يحبس فيه أيضا لانه يمكن من
الاسقاط أيضا بان يحجز نفسه في ذريعة فافسقط عنه دين المولى فصار كبدل الكتابة ألا ترى أن الكفالة
به لا تجوز كالا تجوز ببدل الكتابة بخلاف ما اذا كان الدين للاجنبي والفرق بينهما على الظاهر أن بدل
الكتابة ليس بدين على الحقيقة لانه صلة من وجه بخلاف غيره من الديون ثم صفة الحبس أن يكون في
موضع ليس فيه فراش ولا وطأ ولا يخلى أحد يدخل عليه ليستأنس به ولا يخرج لجمعة ولا جماعة ولا لحج
فرض ولا حضور جنازة ولو أعطى كفلا ولا لالحج ورمضان ولا لالاعباد ليضجر قلبه ويوفى ولا يخرج لوت
قريبه الا اذا لم يوجد من يغسله ويكفنه فيخرج حينئذ اقراة الولاد وفي رواية يخرج وان وجد من يجهره
وان مرض مرضا أضناه فان كان له من يتخدمه لا يخرج والاخرج ولا يخرج للعاجلة لانه يمكنه المعالجة
في السجن وان احتاج الى الجماعة لا يمنع من دخول امرأته أو جاريته عليه ان كان في السجن موضع
يستره لان اقتضاء شهوة الفرج كقتضاء شهوة البطن وقيل يمنع لان الوطء من فضول الخواج بخلاف
الاكل والشرب فان منعه يؤدى الى الهلاك وهو يرخص له تناول مال الغير حالة الحاجة خوفا من الهلاك
فكيف يجوز قتله لاجل الدين ولا يمنع من دخول قرايته وجيرانه عليه لانه يحتاج اليهم للشاور والتدبير
في قضاء الدين ولكن لا يمكنون من المكت طويلا والمال الذي يحبس فيه غير مقدرحى يحبس في درهم
ومادونه لان مانعه ظالم متعنت والله أعلم بالصواب

باب كتاب القاضى الى القاضى وغيره

اعلم أن هذا الباب ليس من كتاب القضاء لانه إما نقل شهادة أو نقل حكم وكل ذلك ليس منه وانما أوردته
فيه لانه من عمل القضاة فكان ذكره فيه أنسب قال رحمه الله (ويكتب القاضى الى القاضى في غير
حدود) وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لان كتابه لا يكون أقوى من عبارته فلو حضر بنفسه الى
القاضى المكتوب اليه وعبر بلسانه ما في الكتاب لم يعمل به فكتابه أولى لان الكتاب قد يورر والخط يشبه
الخط وكذا الخط يشبه الخاتم فكان أكثر احتمالاً من البينة وجه الاستحسان ما روي أن عليا كرم الله

باب كتاب القاضى الى القاضى وغيره

(قوله وانما أوردته فيه لانه من عمل القضاة) أي وليكنه يحتاج الى اثنين والحبس يتم بقاض واحد والواحد مقدم على الاثنين اه (قوله في المتن ويكتب القاضى الى القاضى في غير حدود) وذلك لان كتاب القاضى الى القاضى بمنزلة الشهادة على الشهادة لان كتابه ينقل شهادة الاصول كما ان الفروع يتقنون بشهادتهم شهادة الاصول ثم الشهادة على الشهادة لا تجوز في الحدود والقصاص فكذلك كتاب القاضى فيه لان فيه شبهة البدلية والحدود والقصاص يسقط بالشهادات ولان الكتاب قد يورر والخط قد يشبه الخط فيمكن نوع شبهة اه اتقاني

(قوله يروى ذلك عن محمد وعليه المتأخرون وهو الذي بقي به) قال الاتقاني وقال الصذر الشهيد في كتاب أدب القاضي وروى عن أبي يوسف في النوادر أنه قال يجوز في جميع العروض وبه أخذ مشايخنا المتأخرون وقال في شرح الطحاوي وقال ابن أبي ليلى يقبل في جميع ذلك أي يقبل كتاب القاضي في المنقول وغيره ثم قال فيه والفقرى على هذا التعامل الناس اه (قوله وعنه أنه أجاز في الامة أيضا بشرائطه) قال في الهداية ويختص بشرائط قال الاتقاني أي يختص كتاب القاضي إلى القاضي بشرائط وهو أن يكون الكتاب من معلوم إلى معلوم في معلوم لمعلوم أعني أن يكون القاضي المكتوب منه معلوما والقاضي المكتوب اليه معلوما والمدعى به معلوما والمدعى عليه معلوما اه وكتب مانصه قال في الهداية وعنه أنه يقبل فهمما بشرائط تعرف في موضعه قال الاتقاني وموضعه كتاب الاباق من المبسوط وأراد به بيان حلية العبد وصفته ونسبته لذلك أخذته وانتهى في عنقه وأخذ الكفيل وحاصله ما قال في شرح الطحاوي وانما يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الدين والعين الذي لا يحتاج إلى الإشارة اليه كالدائر والعقار وأما المنقول الذي يمكن الإشارة اليه لا يقبل عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف مثل ذلك إلا في العبد (١٨٣) والاتباق إذا أتى فأخذ في بلدة فأقام

وجهه أجاز ذلك لحاجة الناس اليه لأنه قد يعتذر على الإنسان الجمع بين شهوده وخصمه ثم هو على ضربين نقل حكم وهو المسمى سبجلا وسأيتك بيانه ونقل شهادة وهو المراد هنا ولا يقال يستغنى عنه بالشهادة على الشهادة فلا حاجة اليه لأننا نقول يحتاج القاضي في الشهادة على الشهادة إلى تعديل الأصول وقد يعتذر ذلك لأسباب إذا كان في بلاد الغربة ويتعسر نقل الشهادة على وجهها أيضا إذا كثرت الناس لا يحسنون ذلك وفي كتاب القاضي غنية عنه لأنه هو يعدل الشهود ولا يحتاج فيه إلى نقل الشهادة وانما ينقل كتابه لحسب ولا يجوز ذلك في الحدود والقصاص لما فيه من الشبهة بزيادة الاحتمال وقوله في غير حدود وقد يدخل تحته كل حق لا يسقط بالشبهة كالدين والنكاح والطلاق والشفعة والوكالة والوصية والوفاء والورثة والقتل إذا كان موجبا للمال والنسب من الحي والميت والغصب والامانة المجردة والمضاربة المجردة والاعيان المنقولة كالعبد والجارية وغير المنقولة كالعقار يروى ذلك عن محمد وعليه المتأخرون وهو الذي بقي به الضرورة وفي ظاهر الرواية لا يجوز في المنقول للحاجة إلى الإشارة إليها عند الدعوى والشهادة بخلاف العقار وغيرهما من الحقوق لأنها تعرف بالوصف لا يمكن الإشارة إلى الدين وأمثاله والعقار يعرف بالحدود ولا يحتاج إلى إحصائه إلى مجلس الحاكم فصار كالدين وفي دعوى النكاح المقصود نفس النكاح لأنفس المرأة أو نفس الرجل وانما هما كالدائن والمدين والنكاح كالدين وكذلك الطلاق فلا يحتاج فيه إلى الإشارة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه أجاز في العبد دون الامة وغيرهما من المنقولات لغلبة الاباق فيه ولتعددية دفع الامة إلى رجل لم يحكم له بالملك لينقلها إلى الكاتب وعنه أنه أجاز في الامة أيضا بشرائطه وهي أن يكلف المدعى أنه كان له عبد أتى وهو اليوم في بد فلان ويعترف العبد غاية التعريف بصفته واسمه وسنه وقيمته ويكتب القاضي ويذكر أنه شهد عندى فلان وفلان بان العبد الهندي الذي ية له فلان حليته كذا واقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا مملوك فلان المدعى هذا وقد أتى إلى بلدة كذا وهو اليوم عند فلان بغير حق فإذا وصل الكتاب اليه وثبت عنده أنه من عند الكاتب ونصه بشرائطه على ما يجب مسلم العبد إلى المدعى من غير أن يقضى له بالملك لأن الذين شهدوا لم يشهدوا بحضرة العبد وبأخذ

به وسلم العبد إلى الذي جاءه بالكتاب وأبرأ كفيه إلى هنا لفظ شرح الطحاوي وهذا الكتاب بهذه الشرائط يكتب كذلك في الامة أيضا على رواية قبول الكتاب في الامة وهو معنى قوله يقبل فهمما بشرائط تعرف في موضعه اه قال في خلاصة الفتاوى ولو كتب اسم القاضي الكاتب ونسبه ولم يكتب اسم القاضي المكتوب اليه ونسبه ولكنه كتب إلى من بلغ كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم لا يجوز وأبو يوسف وسع وأجاز وعليه عمل الناس اليوم وأجمعوا أنه لو كتب اسم المكتوب اليه ونسبه ثم كتب إلى كل من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم جاز فإن كل قاض وصل اليه عمل به ولو لم يكتب في الكتاب التاريخ لا يقبله وإن كتب فيه تاريخا ينظر هل هو كان قاضيا في ذلك الوقت أم لا ولا يكتب في الشهادة إذا لم يكن مكتوبا وكذا كونه كتاب القاضي لا يثبت بمجرد شهادتهم بدون الكتابة وكذا لو شهدوا على أصل الحادثة ولم يكن مكتوبا لم يعمل به إلى هنا لفظ الخلاصة وقال في شرح الطحاوي وكتاب القاضي إلى القاضي في حقوق الناس من العتاق والطلاق وغيرهما جاز إلا في الحدود والقصاص لأن كتاب القاضي إلى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة والشهادة على الشهادة في الحدود والقصاص لا تقبل وقال في خزنة الفقه ويجوز كتاب القاضي إلى القاضي في مصر من قاضي مصر إلى

صاحبه البينة عند القاضي
أنه عبده أخذته فلان في
مصر كذا وشهد الشهود
على الحلية فيجب عليه أن
يكتب إلى ذلك القاضي أنه
قد شهد الشهود عندي
وزكوا أن عبدا صفته كذا
أخذته فلان بن فلان وأنه
لفلان بن فلان ونسبهما إلى
أبيهما وإلى فخذهما ويقطع
الشركة بينهما وبين الآخر
ويكتب العنوان في الداخل
والخارج اسمه واسم
المكتوب اليه ونسبهما
والعبرة للداخل لا للخارج
فإذا جاء الكتاب وشهد
الشهود على ذلك يسلم العبد
ويختم في عنقه وأخذ منه
كفيلان ثم بعث به إلى القاضي
الذي كتب اليه أول مرة
فإذا ثبت عنده قبله وقضى

قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي رستاق الى قاضي مصر اه اتقاني رحمه الله قوله قال في الهداية وغنه أي عن أبي يوسف اه
(قوله في المتن فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) قال الاتقاني قوله حكم بالشهادة هذا اللفظ القدوري في مختصره وقامه فيه
وكتب بحكمه وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم وكتب بالشهادة ليحكم به المكتوب اليه الى هنا لفظ القدوري وذلك لان الشهادة
لا تصح الا على خصم فاذا كان الخصم (١٨٤) حاضر احكم عليه لوجود الحجة وكتب بحكمه الى القاضي وهذا الكتاب يسمى

كفيل من المدعي بنفس العبد ويجعل خاتمان رصاص في عنق العبد حتى لا يتعرض له متعرض في
الطريق أنه سرقه ويكتب كتابا في الكتاب بذلك ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب
فاذا وصل الكتاب الى القاضي الكاتب وشهد الشهود أن هذا كتابه وختمه أمر المدعي أن يحضر شهوده
الذين شهدوا عنده فيعيدوا الشهادة بالاشارة الى العبد أنه ملكه فاذا شهدوا حكم به وكتب الى المكتوب
اليه أو لا يبرئ كفيله وقيل لا يحكم به به لان الحكم على الغائب لا يجوز لان الشخص الذي كان عنده
العبد هو الخصم وهو غائب ولكن يكتب ماجرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث
بالعبد والكتاب معه الى ذلك الحاكم حتى يقضى له به بحضور المدعي عليه فاذا وصل الكتاب اليه
فليفعل هو كذلك ويرئ الكفيل وانما فعل به كذلك ليقطع وهم الشركة لانه ربما شاركه غيره في الاسم
والصفة والحلية وفي المقضى عليه وهو الذي في يده العبد وهذه الجهة بالاحضار والاشارة اليه ترتفع
فلها يجب احضاره والجارية كالعبد فيأخذ كتابا لا يسلمها للمدعي بل يعيدها مع أمين معه قال رحمه الله
(فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) لوجود الحجة ولحضور الخصم قال رحمه الله (وكتب بحكمه
وهو المدعو سجلا) أي كتاب الحكم يسمى سجلا وانما يكتب حتى لا تنسى الواقعة على طول الزمان وليكون
الكتاب مذكرا لها والا فلا يحتاج الى كتابة الحكم لانه قد تم بحضور الخصم بنفسه أو من يقوم مقامه الا
اذا قدر أنه غاب بعد الحكم عليه وجده فحينئذ يكتب له ليسلم اليه حقه أو ليفذ حكمه قال رحمه الله (والا
لم يحكم) أي ان لم يكن الخصم حاضر لا يحكم لان الحكم على الغائب لا يجوز لما عرفت في موضعه ولو حكم
به حاكم يرى ذلك ثم نقل اليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمي حيث لا ينفذ بخلاف مذهبه لان الاول
محكوم به فيلزمه والثاني ابتداء حكم فلا يجوز له قال رحمه الله (وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهو
الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة) لان الحاكم الكاتب لم يحكم بالشهادة وانما نقلها ليحكم
به المكتوب اليه ولهذا يحكم المكتوب اليه برأيه وان خالف رأيه رأيه الكاتب بخلاف السجل فانه
ليس له أن يخالفه وينقض حكمه لان الاول قد استحكم بالقضاء وهو فصل مجتهد فيه ان كان الخصم غائبا
والا فتفق عليه فلا يكون لاحد من القضاة نقضه فاذا افرق بين كتاب القاضي الى القاضي والشهادة
على الشهادة الامن حيث ان شهود الفرع يشهدون على شهادة الاصول والناقلون لكتاب القاضي
يشهدون على أن الكتاب من القاضي وان القاضي المكتوب اليه لا يحتاج الى تعديل الشهود الذين
شهدوا في الحادثة وفي الشهادة على الشهادة لا بد من تعديلهم قال رحمه الله (وقرأ عليهم وختم عندهم
وسلم اليهم) أي القاضي الكاتب فعل ذلك كله وهو من شرائطه لانهم يشهدون عند الثاني فلا بد من
أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه اذ لا شهادة بدون العلم أو يعلمهم بما فيه لان المعرفة تحصل به وهو
المقصود ولا بد من ختمه بحضورهم ثم يسلم اليهم كيلا يتوهم التغيير ولا بد للشهود من حفظ ما فيه
لانهم يشهدون به كافي سائر الشهادات ومن شرائطه أيضا أن يكون الكتاب عنوانا وهو أن يكتب فيه
اسمه واسم أبيه وجده واسم القاضي المكتوب اليه وأبيه وجده حتى لو أدخل بشئ منها لا يقبل الكتاب

سجلا واذا لم يكن الخصم
حاضرا يسمع الشهادة ولا
يحكم بها ويكتب بما سمعه
من الشهادة الى القاضي حتى
يحكم القاضي المكتوب
اليه بذلك اذا ثبت عنده أنه
كتاب القاضي الكاتب وهو
عنزلة نقل الشهادة وهذا
الكتاب الى القاضي يسمى
الكتاب الحاكم لانه
يكتب ليحكم به القاضي
المكتوب اليه اه وكتب
على قوله فان شهدوا على
خصم حاضر الخ مائنه قال
الكافي المراد بالخصم هنا
الوكيل عن الغائب
أو المدعي الذي جعل وكلا
لأنه الحق عليه وان لم
يكن هو وكبلا عنه في
الطبيعة اذ لو كان المراد هو
المدعي عليه نفسه لما احتج
الى كتاب القاضي الى القاضي
اذا الحكم يتم على الخصم
بحكمه ولو لم يكن خصما
أصلا لا المدعي عليه ولا
نائبه وقد حكم القاضي
بالشهادة كان قضاء على
الغائب وهو لا يجوز عندنا
وعند الاثمة الثلاثة يجوز
الحكم على الغائب فلا
يحتاج الى خصم (قوله

ولو حكم به حاكم يرى ذلك) أي الحكم على الغائب اه (قوله في المتن وقرأ عليهم وختم عندهم الخ) هذه
رواية القدوري وذكر الخصاصي أنه يدفعه الطالب ويكتب معهم نسخته اه (قوله أو يعلمهم بما فيه) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد
والشافعي وأحمد ومالك في رواية والشرط عند أبي يوسف أن يعلمهم أن هذا كتابه وختمه وبه قال مالك في رواية ويسلم الكتاب الى المدعي
وعليه عمل القضاة اليوم اه كافي

(قوله ويكتب العنوان من داخل الكتاب) قال في الغاية بشرط أن يكون مختوماً بعنوانه داخله وخارجيه ثم قال بعد ذلك ويكتب العنوان في الداخل والخارج والعبرة بالداخل لا بالخارج اه قال الكاكي والشروط عندهما عنوان الباطن لا عنوان الظاهر حتى لو ترك العنوان الظاهر اكتفى المكتوب اليه بالعنوان الباطن وعلى العكس لا يجوز اه (قوله في المتن ولم يقبله بلا خصم ولا شهود) قال الاقطع قال أبو يوسف يقبله من غير حضور خصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له أن يقبله والحاكم بعد ذلك يقع بمألفه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به اه اتفاقاً وكتب على قوله ولم يقبله الخ ما نصه قال في الهداية ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجل واحد اه (قوله في المتن) كتاب القاضي الى القاضي اه قال الاتفاقى ونختم الكتاب بما ذكر الحسن في المجرد من صورة كتاب القاضي الى القاضي وهي قوله من فلان قاضى كورة كذا الى فلان بن فلان قاضى كورة كذا سلام عليك فاني أجد اليك الله الذي لا اله الا هو أما بعد فان رجلاً أتاني يقول له فلان بن فلان وذ كرأت له على رجل في كورة كذا حقا فأسألك أن أسمع من بينته وأكتب اليك بما يستقر عندي من ذلك فسألته البيعة فأتاني بعدة منه فلان وفلان وفلان ويحليهم وينسبهم فشهدوا عندي أن فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني كذا كذا درهم مدينه حالاً وسألتني أن أحلفه ما قبض منها شيئاً (١٨٥) ولا قبضه قاض بوكالة ولا احتمال

بشي فأحلفته خلف بالله الذي لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت به البيعة عندي ولا قبضه له وكيل ولا أحاله ولا قبضه له قاض وانما الله عليه وسألني أن أكتب له اليك بما يستقر عندي فكتبت اليك بهذا الكتاب وأشهدت عليه شهوداً أنه كذا وكذا وقرأته على الشهود قال ثم يطوى الكتاب ونختم عليه ويختتم الشهود عليه فهو أوثق ثم يكتب عليه عنوان الكتاب من فلان قاضى كورة كذا الى فلان قاضى

ويكتب العنوان من داخل الكتاب حتى لو كان على الظاهر لا يقبل وقيل هذا في عرفهم أما في عرفنا فالعنوان يكون على الظاهر فيعمل به ويكتب فيه اسم المدعى عليه واسم المدعى على وجه يقع به التميز وذلك بذكر جده وما ويزد كرا حتى فيه ويزد كرا الشهود وان شاء اكتبى بذكرهم اذ هم وعون أبي يوسف رحمه الله أنه لا يشترط على الشهود الانتقال الكتاب والشهادة أنه كتاب فلان ولا على القاضي سوى كتابة الحاجة التي لابد من معرفتها واختار شمس الأئمة رحمه الله لكونه أسهل قال رحمه الله (فان وصل الى المكتوب اليه نظر الى ختمه ولم يقبله بلا خصم ولا شهود) لان هذا الكتاب للحكم به فلا يقبله الا بحضور الخصم كالشهادة بخلاف القاضي الكاتب حيث يسمع الشهادة ويكتبها او الخصم نائب لانه لا نقل للحكم ونظيره الشهادة على الشهادة حيث يشترط فيها حضور الخصم عند الادعاء لا عند التحمل ويجوز أن يقرر الكتاب فلا يقبله الا بيعة عندنا كما ان الخصم أنه كتاب القاضي وان أقر فلا حاجة الى اقامة البيعة أنه كتابه ولا يلزم كتاب الاستئمان من أهل الحرب حيث يعمل به وان لم يقم به بيعة بانه كلهم لانه ليس يلزم وهذا يلزم فلا بد من حجة تامة من شهادة رجلين أو رجل واحد اه (قوله في المتن) ولا يلزم رسول القاضي الى المذكرى ورسول المذكرى الى القاضي فانه يكون معتبراً بالبيعة لان الألفاظ فيه بشهادة الشهود لا بالتزكية وقال أبو يوسف رحمه الله يأخذ القاضي المكتوب اليه الكتاب بغير بيعة ولكن لا يعمل به الا بيعة قال رحمه الله (فان شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا ونختمه ففتح القاضي وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه) يعني اذا ثبتت عدالتهم عنده بان كان يعرفهم بالعدالة أو وجد في الكتاب عدالتهم بان كان القاضي

(٢٤ - زيلعي رابع) كورة كذا ثم يدفع الى المدعى فان أتى به المدعى القاضي الذي بالكورة فذكر أن هذا كتاب القاضي اليه سأله البيعة على كتاب القاضي ولا ينبغي له أن يسمع من بينة المدعى حتى يحضر الخصم فاذا حضره وقرأ أنه فلان بن فلان الفلاني قبل بينته وسمع منه فاذا أنكر قال جئني بالبيعة أن هذا فلان بن فلان الفلاني فاذا جاء بيعة وعدلوا سمع من بينة المدعى على أن هذا كتاب القاضي الذي ذكر فيقول له أقرأ عليكم ما فيه فاذا قالوا نعم فقرأه علينا وأشهدنا أن هذا كتابه ثم ختمه وقال هذا خاتمي فاذا سمع منه لم يكسر الخاتم حتى يسأل عنه فاذا عدلوا لم يكسر الخاتم حتى يحضر الخصم فاذا حضر الخصم كسر الخاتم وقرأ عليهم وعلى الخصم ما في الكتاب فاذا قال الشهود نعم قد أشهدنا على ما فيه على ما قرأ علينا سألت الخصم عما شهد به عليه فاذا أقر ألزمه اياه وان أنكر قال لك حجة والاقضت عليك بما فيه فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كانت له حجة قبل حجة فان قال لست أنا فلان الفلاني الذي شهدوا عليه بهذا المال قال له ألا بيعة ان في هذه الصناعة أو القبيلة رجلاً ينسب مثل ما تنسب اليه والالزمتك ما شهدوا به فان جاء بيعة على أن في تلك القبيلة أو الصناعة من ينسب مثل ما ينسب اليه أبطل الكتاب وان لم يكن في تلك القبيلة أو الصناعة أحد على اسمه واسم أبيه قضى عليه الى هنا لفظ كتاب المجرد اه (قوله لانه ليس يلزم) أي لان الامام بالخيار ان شاء أعطى الامان وان شاء لم يعطه اه (قوله في المتن وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه) وهذا الذي ذكره قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى اذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه قبله ولا حاجة الى اعتبار قراءة القاضي ان كاتب على الشهود لانهم لم يشهدوا أن الكتاب كتابه والخاتم خاتمه ثبت أنه كتاب

القاضي الكاتب فإذا قرأه عرف ما فيه (قوله لأنه لا يكون حجة إلا بعد ظهور عدالتهم) وذكر الخصاص أنه لا يقبل قبل ظهور العدالة ثم قال ما قال محمد أصبح أي يجوز الفتح (١٨٦) بالشهادة بكتابه وختمه من غير تعرض لعدالة الشهود اهـ كأي (قوله ثم لا بد

من مسافة بين القاضيين) وحكي الطحاوي عن أبي حنيفة وأصحابه أنه يجوز في صدور السفر قال بعض المتأخرين (١)

(قوله وعن أبي يوسف أنه إن كان في مكان لو غدا الخ) قال مسكين وفي السراجية كتاب القاضي فيما دون مسيرة سفر لا يجوز في ظاهر الرواية وعند أبي يوسف أنه لو كان في مكان لو غدا إلى باب القاضي لا يمكنه الرجوع إلى منزله في يومه ذلك يقبل وعليه الفتوى اهـ (قوله ذكر الكرخي في اختلاف الفقهاء أن كتاب القاضي الخ) في الخصاص وروى عن محمد أنه قال في مصرفيه قاضيان في كل

جانب قاض يكتب أحدهما إلى الآخر كتابا يقبل كتابه ولو أتى أحدهما إلى صاحبه فأخبره بالحادثة بنفسه لم يقبل قوله لأن في الوجه الأول كان الأول خاطبه في موضع القضاء وفي الثاني خاطبه في غير موضع القضاء اهـ (قوله في المتن ويبطل الكتاب بموت الكاتب) قال في الهداية وإنما يقبله المكتوب إليه إذا كان المكتوب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق

أهلا للقضاء قبل وصول الكتاب إليه لا يقبله لأنه لا يتحقق بواحد من الرعايا اهـ

(١) هنا يباين بالأصل

الكاتب قد كتب عدالتهم أو سأل من يعرفهم من الثقات فزكوا وأما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به ولا يلزم الخصم لأنه لا يكون حجة إلا بعد ظهور عدالتهم وذكر الخصاص أنه لا يقبله إلا بعد ظهور عدالتهم لأنه قد لا تثبت عدالتهم فيحتاج المدعي إلى غيرهم من الشهود لا يثبت أن الكتاب من القاضي لأنهم يشهدون بذلك قبل الفتح كالشهود الأول بخلاف قبول الكتاب حيث يقبله إذا شهدوا أنه كتابه قبل ثبوت عدالتهم بحضرة الخصم وقوله سلمه اليه الخ شرط الحكم به حتى إذا قالوا لم يسلمه اليه أو لم يقرأه علينا أو لم يختمه بحضرة تالم يعمل به وشرط في الذخيرة حضور الخصم لقبول البيعة بأنه كتاب فلان لا لقبول الكتاب حتى لو قبله مع غيبة الخصم جاز والاشبه أن يكون هذا قول أبي يوسف فإنه عنده يقبله من غير بيعة ومن يدعى أيضا إذا جاء به وحده وكذا سهل عند الأئمة فقال إذا شهدوا أنه كتابه ولم يشهدوا بالختم وغيره قبل فسهل في ذلك لما يبتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة ولو وجد في الكتاب ما يخالف شهادتهم رده ثم لا بد من مسافة بين القاضيين حتى يجوز كتاب القاضي واختلافوا في تلك المسافة فمنهم من قال هي معتبرة بالشهادة على الشهادة وهي مسيرة ثلاثة أيام في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إن كان في مكان لو غدا الأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الشهادتين عن محمد رحمه الله أنه يجوز الشهادة على الشهادة وإن كان الأصل صحيحا في المصروذ كالكرخي في اختلاف الفقهاء أن كتاب القاضي إلى القاضي مقبول وإن كانا في مصر واحد فكا أنهما اعتبراه بالتوكيل وفي الظاهر اعتبر بالبحر قال رحمه الله (ويبطل الكتاب بموت الكاتب وعزله) هذا إذا مات أو عزل قبل وصول الكتاب إلى الثاني أو بعد وصوله قبل أن يقرأه عليهم لأنه بمنزلة الشهادة على الشهادة فموت الأول قبل أداء الفروع الشهادة يبطل شهادة الفروع فكذا هذا وكذا إذا جن الكاتب أو ارتد أو قذف فخذ أو عصى وقال أبو يوسف رحمه الله لا يبطل بل المكتوب إليه يقضي به ذكر قوله في الامالي وهو قول الشافعي رحمه الله لهما أن القاضي الكاتب بمنزلة شهود الفروع وكذا بمنزلة أدعاء شهود الفروع الشهادة لأنه ينقل شهادة الذين شهدوا بالحق إلى القاضي المكتوب إليه والنقل قدم بالكتابة فصارت بمنزلة شهود الفروع إذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل الحكم بها ولما كان القاضي الكاتب وإن كان ينقل شهادة الذين شهدوا عنه أنه الآن لهذا النقل حكم القضاء ألا ترى أن هذا النقل لا يصح إلا من القاضي ولا يشترط فيه عدد ولا لفظ الشهادة ووجب على القاضي الكاتب هذا النقل بسماع البيعة وما يجب على القاضي بسماع البيعة قضاء فثبت أن لهذا النقل حكم القضاء ولم يتم بعد لأن تمامه بوجوب القضاء على المكتوب إليه ولا يجب القضاء على المكتوب إليه قبل وصول الكتاب إليه وقبل قراءته لأن العلم بالمقضى به شرط لوجوب القضاء فلم يكن النقل تاما فيبطل بموت القاضي كافي سائر الأقسامية إذا مات القاضي قبل تمامها بخلاف شهود الفروع إذا مات الأصول بعد أدائها الشهادة لأنهم أوجبوا الحكم على القاضي بشهادتهم فلا يسقط عنه الوجوب بموت الأصول أو بموت الفروع كافي سائر الشهادات إذا مات الشهود بعد الأداء قبل الحكم بشهادتهم فإنه لا يسقط عنه الوجوب فكذا هذا ولوقبله مع هذا وحكمه ثم رفع إلى قاض آخر وأما ما جاز لأن قضاءه صادف محلا مجتمعا فيه لأن هذا القضاء محتلف فيه وإذا كان الاختلاف في نفس القضاء ينقض بالتفويض من قاض آخر بخلاف ما إذا كان الاختلاف قبل القضاء حيث يتقدم بنفس القضاء لما عرف في موضعه ولو مات القاضي الكاتب بعد ما قرأ الكتاب لا يبطل في ظاهر الرواية ويحكم به المكتوب إليه لأنه وجب عليه القضاء بالقراءة فلا يبطل بالموت كالأموال الشاهد بعد أدعاء الشهادة قبل الحكم

بها

بها وفي اختلاف زفر رحمه الله وبعقبه انه لا يقضى به اذا مات قبل قضائه قال رحمه الله (وموت المكتوب اليه الا اذا كتب به داسمه والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين) أي يبطل الكتاب بموت القاضى المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان القاضى والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين حينئذ لا يبطل بموت القاضى المكتوب اليه والضمير في قوله بعد داسمه عائدا الى القاضى المكتوب اليه وقال الشافعى رحمه الله لا يبطل وان لم يقل ذلك ويحكم القاضى الذى جاء بعده به كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا ان القاضى الكاتب اعتمد على علم الاول وامنته والقضاة يتفاوتون في الامانة قصار نظير الامناء في الاموال بخلاف ما اذا قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه اعتمد الكل فكانوا مكتوبا اليهم بخلاف ما اذا قال ابتداء الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين حيث لا يجوز أن يحكم به أحد لان اعلام ما فى الكتاب والمكتوب اليه شرط وتتمام الاعلام لا يحصل بهذا القدر واذا عين واحد حصل التعريف له وصح كتاب القاضى الى القاضى وصار غيره تبعه له وأجاز أبو يوسف رحمه الله من غير تعيين أحد من القضاة حين ابتلى بالقضاء واستحسنه كثير من المشايخ تسميلا لامر ولا يقبل القاضى رسالة قاض آخر وان قامت عليها سنة لانه ينقل عبارته فيكون كالقاضى حضر وتكلم به وهو لو حضر وتكلم به لا يسمع كلامه لانه كواحد من الرعية في غير موضع ولا يسه بخلاف الكتاب لانه كتبه في مجلس حكمه فكان الكتاب منه كالخطاب للقاضى المكتوب اليه مشافهة لصدر الكتاب من موضع القضاء أو نقول ان الكتاب لا يقبل قياسا وانما قبل للضرورة ولا ضرورة الى الرسالة لان في الكتاب غنية عنه فبقى على أصل القياس ويجوز للقاضى المكتوب اليه أن يكتب كتابا الى قاض آخر اذا عذر حضور خصمه عنده وكذا المكتوب اليه ثانيا أن يكتب الى آخر الى ما لا يتناهى لان الشهادة الواقعة عند الاول صارت منقولة الى المكتوب اليه محكما قصاروا كأنهم شهدوا عنده حقيقة فإزاله أن ينقلها الى غيره اذا الحاجة الى نقلها مراما ماسة وهى المحجوزة للنقل قال رحمه الله (لا عوت الخصم) يعنى لا يبطل الكتاب بموت الخصم لان وارثه يقوم مقامه فينفذ عليه وعلى هذا الوصيات المدعى بشي أن لا يبطل لان قريبه يقوم مقامه فينفذ له وكما يجوز كتاب القاضى الى القاضى يجوز كتاب القاضى الى الأمير ولكن ان كان في مصره اقتصر على قوله أصح الله الأمير ولا يكتب أكثر من ذلك وان كان في مصر آخر فلا بد من ذكر الاسم والنسبة والختم والشهادة كما في كتاب القاضى الى القاضى والقياس أن لا يجوز في مصره الابن ولكن استحسنه واذللك للعادة فان القاضى يكتب الى الوالى ويستعين به فيما عجز عن اقامته في كل وقت ولو شرط ذلك لخرجوا لان كل أحد لا يحضر مجلس الأمير فيشهد والأمير لا يمكنه التفحص عن أحوال الشهود وقبل الكتاب للضرورة ولكن هذه الضرورة والعادة فيما اذا كان الأمير في مصر آخر غير المصر الذى فيه القاضى بقى على أصل القياس لعدم جريان العادة والضرورة لقوله وقوعه قال رحمه الله (وتقضى المرأة في غير حد وقود) لان القضاء يستق من الشهادة على ما بينا وشهادتها جائزة في غير الحدود فكذا يجوز قضائها فيه ولا يجوز في الحدود والقصاص كشهادتها لمافيه من شبهة البداية وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز أن تولى المرأة القضاء لقصور عقلها قلنا هي من أهل الولاية وبه تصير أهلا للشهادة فكذا القضاء كالرجل قال رحمه الله (ولا يختلف قاض الا أن يفوض اليه ذلك بخلاف المأمور بالجمعة) لانه فوض اليه القضاء لا التقليد فلا يتصرف في غير ما فوض اليه كالوكيل لا يوكى بدون اذن الموكل وفي الجمعة يجوز للمأمور بأدائها أن يستخلف لكونها على شرف الفوات ثم ان أحدث قبل أن يشرع في الجمعة ليحجزه أن يستخلف الامن شهد الخطبة لانها شرط فيها فلا تتعقد دونها وان كان شرع فيها جاز أن يستخلف من لم يدرك الخطبة لانها انعقدت بالأصل فكان الثانى بانما فلا يشترط للبناء ما يشترط للافتتاح ولانه لما دخل معه في الصلاة وجازت صلاته معه التحق عن شهد الخطبة حكما اذهى لا تجوز الا بالخطبة ولهذا لو أفسد المستخلف

(قوله فكذا يجوز قضائها
الى آخره) أى ولا نصلى
للخلاف على ما أتى في كتاب
الشهادة اهـ (قوله كالوكيل
لا يوكى بدون اذن الموكل)
بخلاف المستعير حيث كان
له أن يعير لأن المنافع
تحدث على ملكه فيملك
تقليد ذلك من غيره فكان
متصرفا بحكم الملك بخلاف
ما نحن فيه فانه يتصرف
بحكم الاذن فيملك بقدر
ما أذن له اهـ غايه

(قوله في المتن وإذا رفع اليه حكم قاض أمضاء) المراد بالامضاء التوقيع اه اتقاني (قوله ان لم يخالف الكتاب) والمراد من خلاف الكتاب خلاف نص الكتاب الذي لم يخالف في تأويله السلف مثل قوله ولا تسكحوا ما تسكح آبائكم من النساء وقد اتفق الناس أنه لا يجوز أن يتزوج امرأة الأب ولا جارية له ولا يوطأ واحدة منهم ما لم يحكم القاضي بجواز نكاح امرأة الأب كان للقاضي الثاني فسحة اه غاية وكذا اذا قضى بحل متروك التسمية عمدا لا يصح وبطلان القاضي الثاني لأنه يخالف لنص الكتاب قال تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه اه غاية (قوله فلا ينقض عهوده) حتى لو قضى باطلاله ثم رفع إلى قاض آخر فالثالث ينفذ قضاء الأول ويبطل قضاء الثاني لأن قضاء الأول كان في موضع الاجتهاد والقضاء في المجتهدات نافذ بالإجماع فكان القضاء من الثاني مخالفا للإجماع فيكون باطلا اه محط وكتب مائنه قال الاتقاني والاصل هنا ما قال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير ان قضاء القاضي في فصل مجتهد فيه ينفذ لأن المسلمين مع اختلافهم اتفقوا على أن قضاء القاضي ينفذ في المجتهدات على من خالف رأيه حسب نفوذهم على من وافق رأيه فاذن هذا قضاء انعقد بالإجماع على نفوذه اه (١٨٨) فرع ذكره في المحيط نصه رجل وطئ أمرا أه أو ابنته انخاصته

الجمعة وأعادها جازوا ان يدرك الخطبة لما ذكرنا ولو استخلف مع ذلك حكم الخليفة فأجازة القاضي جاز اذا كان المستخلف أهلا للقضاء وان كان رقيقا أو محدودا في فذف أو كافرا لم يجز وكذا اذا قضى بحضرة القاضي جاز لان مقصود الامام بتوليته حضور رأيه كالموكل بالبيع أو الشراء اذا وكل غيره فباشروا وكيله بحضرة أو بغيثته فأجازه ولو فوض اليه الامام أن يستخلف بأن قال له وني من شئت له أن يولي من شاء فيصير نائباً عن الامام في التولية حتى لا يملك عزله كالموكل اذا أذن له الموكل بالتوكيل فوكل صار وكيلاً عن الموكل حتى لا يملك الوكيل عزله ولا ينزل بموته وينزل بموت الموكل بخلاف الوصي حيث يملك الابعاء الى غيره ويملك التوكيل والعزل في حياته لان أو ان ثبوت حكمها بعد موت الموصي وقد يجز الوصي عن الجري على موجب الوصية ولا يمكن الرجوع الى الموصي فيكون الموصي راضيا باستعانة غيره دلالة على لا تقوت مصالحه بخلاف الامام والموكل لان ما يتصرفان بأنفسهما فلا تقوت ما المصالح ولو فوض اليه العزل بأن قال استبدل من شئت كان له العزل لانه ملكه بالتفويض اليه وهذا لانه نائب عن الامام فلا يملك إلا ما أطلق له لان رضاه بتصرفه لا يدل على رضاه بتوليته غيره لان الناس متفاوتون في الامانة والتصرف قال رحمه الله (وإذا رفع اليه حكم قاض أمضاء ان لم يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع) لانه لا ينبغي لاحد الاجتهادين على الآخر وقد ترجح الأول باتصال القضاء به فلا ينقض عهوده ولانه لو لم ينفذ الأول لما نفذ الثاني أيضا وكذا الثالث والرابع على ما لا يتأهل لاحتمال أن يجيء قاض يرى خلاف ذلك فكان نافذا ضرورة وقد صرح أن عمر رضي الله تعالى عنه لما كثر اشتغاله قلد القضاء بالدرء واختصم اليه وحلان فقضى لاحدهما ثم لقي عمر رضي الله تعالى عنه المقضى عليه فسأله عن حاله فقال قضى على فقال عمر رضي الله تعالى عنه لو كنت أنا مكانه لقضيت لك فقال المقضى عليه وما عنك عن القضاء قال ليس هناك رأي مشترك وروى عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه قضى في حادثة بقضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له في ذلك فقال ذلك كما قضينا وهذه كما نقضى وفي الجامع الصغير ما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاء قومه بكون الثاني يرى خلاف ما حكم به الأول وليس فيما ذكره في الكتاب التقييد

زوجته في ذلك الى قاض لا يرى حرمة المصاهرة فقضى بالمرألة وجهه ليس لقاض آخر أن يبطل قضاء الأول بل ينفذه نص عليه الخصاص وذلك لان هذا فصل مختلف فيه لان العجوبة اختلفوا في حرمة المصاهرة بالزنا والعلماء والاحاديث فيها مختلفة فينفذ قضاء الأول فيه بالاجماع ثم هل يحل للزوج المقام معها ينظر ان كان الزوج جاهلا حل له المقام معها وان قضى بتحررها فنقض قضاؤه ولا يحل له المقام معها لان المقضى له متى كان جاهلا يتبع رأى القاضي وان كان عالما ينظر ان قضى القاضي بتحررها والمقضى له يرى حلها فنقض القضاء بالاجماع حتى لا يحل له المقام معها لان الزوج مقضى عليه

فمتبع في القضاء عليه رأى القاضي وان قضى له بحلها والمقضى له يرى حرمتها هل ينفذ وحاصله أن القضاء اذا كان بخلاف رأى المقضى له هل ينفذ قال أبو يوسف لا ينفذ ويتبع رأى نفسه حتى لا يحل له المقام معها وقال أبو حنيفة ومحمد ينفذ ويتبع رأى القاضي حتى يحل له المقام معها كرهذا الخلاف في النوازل وذكر في استحسان الاصل وفي السير الكبير اذا اطلقها بائنة الكناهة فرفع الى قاض وهو يرى الكناهة راجع وقد قضى له بالرجعة حل له أن راجعها وان كان رأيه خلاف ذلك ولم يذ كر خلافا فظاهر الرواية ينفذ من غير خلاف لابي يوسف أن القضاء في حق المقضى له فتوى لانه لا إزام عليه لانه يخير فيه إن شاء راجع وان شاء لم راجع وبالفتوى لا يصير الحلال حراما والباين رجعا كالمشهد شاهدان على رجل أنه قتل ولي هذا عمدا وقضى القاضي له عليه بالقرود والولي يعرف أن الشهود شهود وور لا يحل له أن يقتله فكذلك هذا لهما أن القضاء الزام في حق المقضى له من حيث الاعتقاد لانه أنزله ثبوت اعتقاد الحل والرجعة فيصير مقضيا عليه في حق الاعتقاد ان لم يكن مقضيا عليه في حق الاستيفاء ولهذا لو كان جاهلا ينفذ فكذا اذا كان عالما لان القضاء ملزم في حق الناس كافة بخلاف الفتوى لانه ليس ملزم لمن حيث الاعتقاد ولا من حيث الاستيفاء اه

(قوله فلو قضى في المجتهد فيه مخالف لأية ناسية إلى آخره) ولكن بشرط أن لا يكون المجتهد فيه مخالفا للكتاب أو السنة المشهورة أو الإجماع فإذا كان مخالفا لاحدهما بطل القاضى الثاني لأنه وقع باطلا اه اتقاني (قوله لمخالفة الكتاب أو السنة) قال الاتقاني رحمه الله ونظير خلاف السنة المشهورة ما إذا قضى القاضى بالقصاص بالقسماء أعنى بحلف المدعى حين عينا إذا وجد قتيلا في محلة وكان ثمة عداوة ظاهرة تخلف المدعى على أن فلا نأقتله كان له أن يقتص منه في قول مالك وهو قول الشافعى في القديم كذا ذكره شمس الأئمة السرخسى في شرح أدب القاضى وهذا الحكم ليس بصحيح لمخالفة السنة المشهورة وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر اه قال في المحيط والقتل بقسماء بان وجد قتيلا في محلة بينه وبين أهل المحلة عداوة ظاهرة فعين ولى القتيلا رجلين في المحلة أنهم سافطاه وحلف على ذلك عند مالك بقضى القاضى بالقود فهذا القضاء مخالف للإجماع لأن أحدا من الصحابة لم يقض بالقود بالقسماء فلا يكون خلاف مالك معتبرا اه (قوله وذلك مثل القضاء بشاهدين) قال في المحيط لأن القضاء بشاهدين عينا تعالى شرع الفصل بالقضاء مخالف للكتاب وهو قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم الآية قاله (١٨٩)

بشهادة رجلين أو رجل واحد وأما تسنين فكان القضاء بشاهدين ومين مخالفا للكتاب والحديث فيه شاذ لا يجوز العمل به لأنه مخالف للكتاب ويخالف الإجماع أيضا فإنه لم يقض أحدا من الصحابة بشاهدين ومين الأمر وأن ابن الحكم وفعله مما لا يؤخذ به فلا يكون هذا مجتمعا فلم يعتبر وذكر الشيخ أبو بكر الرازى أن هذا مذهب محمد وأما مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف فيجوز قضاءه ولا ينقص كذا ذكر الإمام الساجسى وقال شمس الأئمة السرخسى وهذه المسئلة تنبى على أن الإجماع المتأخر هل يرفع الخلاف المتقدم أم لا فعند محمد يرفع وعند أبى حنيفة

به فيهم أنه إجماعية إذا كان موافقا لأية وقالوا شرطه أن يكون عالما بما خالف العلماء حتى لو قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم ذلك لا يجوز قضاؤه عند عامةهم ولا عصبية الثاني ذكره في النهاية معز بالى المحيط وقال فيه شمس الأئمة هذا هو ظاهر المذهب فلو قضى في المجتهد فيه مخالفا لأية ناسية المذهب نفذ عند أبى حنيفة وإن كان عامدا فيه رواية ثان في رواية ينفذ لأنه ليس بخطأ بيقين وفي أخرى لا ينفذ لأنه خطأ عنده وقد نهى عن اتباع هوى غيره بقوله تعالى ولا تتبع أهواءهم وعندهما لا ينفذ في الوجهين وعليه الفتوى وقيل الفتوى على النفاذ ذكره في الكافي ثم شرط أن لا يكون مخالفا لما ذكره من الأدلة ولو كان مخالفا لها نقضه الثاني لأن الاجتهاد على خلاف هذه الأدلة غير سائغ فيمنع من قضاؤه بالسنة المشهورة احتراماً للغرب والمراد بالإجماع ما ليس فيه خلاف يستند إلى دليل شرعى فحاصله أن الذى قضى به الأول لا يخلو من أربعة أوجه إما أن يكون موافقا للدليل الشرعى كالكتاب والسنة والإجماع فلا كلام فيه وإما أن يكون مخالفا فيه اختلافا يستند كل واحد إلى دليل شرعى فكذلك حكمه لا يتعرض له بقتض بعد ما حكم به ساكم مثاله إذا رفع إلى حاكم من أصحاب الشافعى رحمه الله اليمين بالطلاق المصافى فابطل اليمين نفذ ولا يقع الطلاق بتزوجها بعده والاحسن أن يقول أبطلت اليمين ونقضت هذا الطلاق وإما أن يكون الخلاف في نفس القضاء ففيه رواية ثان في رواية لا ينفذ ذكره الخصاص وهو الصحيح لأن محل الخلاف لا يوجد قبل القضاء فإذا قضى بخينه وجد محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضاء آخر يرجح أحدهما وذلك مثل القضاء على الغائب وللغائب وقضاء المحدود في القذف وشهادته بعد التوبة وقضاء الفاسق وشهادته قبل التوبة حتى لو قضى على الغائب أو قضى الفاسق أو المحدود في الأصح لا ينفذ إلا إذا رفع إلى حاكم آخر فقضى بحكمه خينه فحينئذ يلزم ولو فسخته انفسخ لأن الخلاف في نفس القضاء فقبل القضاء لم يوجد محله وإما أن يكون مخالفا للدليل الشرعى وهو النوع الرابع فإنه لا ينفذ قضاؤه ولا ينفذ بتفويض قاض آخر ولو رفع إلى حاكم ونفذه لأن قضاءه وقع باطلا لمخالفة الكتاب أو السنة أو الإجماع فلا يعود صحيحا بالتفويض وذلك مثل القضاء بشاهدين أو بالقصاص بتعيين الولى واحدا من أهل المحلة وعينه أو بصفة نكاح المتعة

وأبى يوسف لا يرفع هذا كذا ذكر في شرح أدب القاضى يعنى أن الصحابة اختلفوا في جواز بيع أمهات الأولاد وروى عن أنه قال اجتمع رأيي ورأي عمر في أمهات الأولاد أنهن لا يبعن ثم رأيت بعد ذلك أن أرقهن فقال عبيدة السلماني رأيك في رأي عمر أحب إلى من رأيك وحدك ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيع أم الولد فكان قضاء القاضى بجواز البيع مخالف للإجماع فيبطله الثاني عند محمد وعندهم ما لم يرتفع الخلاف المتقدم بين الصحابة بالإجماع التابعين كان قضاء القاضى في فصل مختلف فيه فلا يفسخه الثاني وقال القاضى أبو زيد في آخر فصول الإجماع من كتاب التوقييم أن محمد بن الحسن روى عنهم جميعا أن القاضى إذا قضى ببيع أم الولد لم يجز وذكر عن أبى يوسف في النوازل أنه لا ينفذ القضاء اه (قوله أو بصفة نكاح المتعة) قال في المحيط وأقضى قاض بعتة النساء في النكاح إلى أجل ثم رفع إلى قاض آخر لم ينفذه لأن هذا القضاء مخالف للإجماع فإن الصحابة أجمعت على فساده وصح رجوع ابن عباس عنه وروى عن عائشة أنها منسوخة نسخها آية الطلاق والعمل بالنسوخ حرام وروى عن أبى يوسف أن القضاء بالمتعة نافذ لكن هذا شاذ لا يعمل به وهذا في لفظ المتعة بان قال أتمتع بك إلى أجل فاما إذا قال تزوجتك إلى شهر وعندها بطل النكاح وعندها يصح ويبطل التوفيت فكان هذا موضع الاجتهاد اه

(قوله أو بجهة بيع عبد معتق البعض) قال في المحيط لأن هذا القضاء مخالف لأجماع الصحابة فإن الصحابة انفقوا أنه لا يجوز استدامة الرق فيه لكن اختلفوا قال بعضهم يخرج إلى العتق بالسعاية واليه ذهب أبو حنيفة وقال بعضهم يعتق كله واليه ذهب أبو يوسف ومحمد اه (قوله أو بحمل المطلقة ثلاثا بالأول قبل أن يدخل بها الثاني) لأنه مخالف للسنة المشهورة وهي حديث العسيلة اه غاية (قوله أو بيع أم الولد من هذا القبيل) قال الاتقاني ونظر خلاف الأجماع ما إذا قضى بجواز بيع أم الولد كان للقاضي الثاني أن ينقضه كذا ذكر الخصاص في أدب القاضي وذلك لأنه مخالف لأجماع التابعين اختلف الشافعي فيه اه (قوله في المتن ظاهر أو باطنا) قال الاتقاني والمراد بنفذ الحكم ظاهر أن ثبت فيما بيننا مثل ثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك والمراد من نفاذه باطنا ثبوت الملك والحل فيما بينه وبين الله تعالى ثم ينبغي أن تعلم أن النفاذ ظاهر أو باطنا فيما إذا كان الدعوى بسبب معين كالبيع والنكاح لأن في الأملاك المرسلة أي المطلقة لا ينفذ باطنا بالاتفاق فإنه لا يمكن إثبات الملك بدون سبب وفي الأسباب كثرة فمعدرتعين سبب الأثرى إلى ما ذكر في خلاصة الفتاوى وأجمعوا أن في الأملاك المرسلة أي المطلقة ينفذ ظاهر الأباطنا وأجمعوا أن الشهود ولو ظهر وأعيدها أو محدودين في قذف أو كفارة ينفذ ظاهر الأباطنا وأجمعوا أنه لو أقر بالطلاق الثلاث ثم أنكر وحلف وقضى له به لا يجعل له وطؤها إلى هنا لفظ الخلاصة اه وكتب مانصه اعترض بأن قضاء القاضي ينفذ باطنا في الطلاق وهو ليس بعقد ولا فسخ ولهذا ينفرد به الزوج فينبغي أن يقال كل شيء قضى به (١٩٠) القاضي في الظاهر فهو في الباطن كذلك إذا كانت الدعوى بسبب معين لأن

والموقت أو بجهة بيع عبد معتق البعض أو بلزوم من متروك التسمية عمدا أو بجواز نكاح الجدة أو امرأة الجدة أو بسقوط الدين بضي سنين أو بجواز بيع جنين ذبحت أمه ومات في بطنها أو بحمل المطلقة ثلاثا بالأول قبل أن يدخل بها الثاني أو بإبطال عفو المرأة عن القود أو بعدم وقوع الطلاق الثلاث جلة أو بعدم وقوع الطلاق على حبل أو حائض أو قبل الدخول كل ذلك لا ينفذ فيه حكم الحاكم لوقوعه باطلا ولا ينفذ بالتفويض وبيع أم الولد من هذا القبيل عند محمد رحمه الله حتى لو قضى بجوازه لا يجوز وعندهما يجوز وأصل الخلاف فيما إذا وقع الخلاف في قضية في عصر ثم أجمع العلماء على أحد القولين في عصر آخر بعدهم هل يرتفع الخلاف المتقدم أم لا فعنده يرتفع فلم يعتبر خلاف المتقدم وعندهما لا يرتفع فيكون خلافه باقيا على حاله وقال شمس الأئمة يرتفع به بلا خلاف وإنما ينفذ حكم الحاكم فيه عندهما لأن هذا الأجماع ضعيف فينفذ قضاء القاضي بخلافه لضعفه قال رحمه الله (وينفذ القضاء بشهادة الزور في العسود والغسوخ ظاهر أو باطنا في الأملاك المرسلة) أي الأملاك المطلقة وهي التي لم يذ كر سببها معينا وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف رحمه الله أو لا ثم رجع عنه فقال لا ينفذ الظاهر أو هو قول محمد والشافعي رحمه الله لهم أن شهادة الزور حجة ظاهر أو باطنا فصار كل لو كان الشهود عبيدا أو كفارا أو محدودين في قذف وكما إذا قضى بنكاح لرجل على امرأة وهي منكوبة الغيرة أو معتدة وكافي الأملاك المرسلة وأنا قول على رضي الله عنه لتلك المرأة شاهدك زوجك ولأن القضاء لقطع المنازعة بينهم من كل وجه فلو لم ينفذ باطنا

القضاء في الأملاك المرسلة لا ينفذ باطنا اتفاقا حتى لا يجعل للقاضي له وطؤها اه (قوله فقال لا ينفذ في الظاهر) وهو قول محمد والشافعي وجهه قولهم أن تصحج القضاء على وفاق الحجة وهذه الحجة باطلة لأن الشهود كذبت والكذب باطل فلا ينفذ القضاء باطنا ولكن العدالة الظاهرة دليل الصدق ظاهر أفتعتبرت حجة من حيث وجوب العمل ظاهرا فأما ثبوت حقيقة التنفيذ فمتنع لعدم دليله وهو الحجة الصحيحة

وجه قول أبي حنيفة أن حجة القضاء قامت واقتضى العمل بها بحيث لو امتنع عن ذلك بأن لم يكن

حقيقة الصدق ساقطة العبرة في حق القاضي وجوب العمل به لأنه لا طريق إلى ذلك فصارت ساقطة العبرة وبقيت العبرة دليل الصدق من حيث الظاهر وهو العدالة فإذا وجد فقد قام دليل أو جب الشرع العمل به بمنزلة الاجتهاد يكون حجة في حق وجوب العمل به فإذا بقي القاضي القضاء على ما جعل في الشرع دليلا يجب صون قضائه عن البطلان ما أمكن لأنه صدر منه بأمر الشرع مضافا إليه قال تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله وقال تعالى من ترضون من الشهداء فإذا قضى بما رضى من الشهداء فقد قضى بأمر الله تعالى فوجب أن ينفذ قضاؤه في الظاهر والباطن جميعا اه وكتب مانصه قال الاتقاني وصورة القضاء في العسود وكثيرة منها إذا ادعى على امرأة نكاحا وهي تبيح أو أقام عليها شاهد زور وقضى القاضي بالنكاح بينهم ما حل للزوج وطؤها وحل للمرأة التمكين عنده وعندهما لا يحل لهما ذلك وكذا إذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجهل ومنها إذا قضى بالبيع بينهم ما شهد الزور وهو على وجهين إما أن تكون الدعوى من جانب المشتري بأن يدعى على غيره أنك بعثت مني هذه الحاربة والآخر أن يكون من جانب البائع بأن اشتريت هذه الحاربة بحل لاشترى وطؤها في الوجهين وصورة القضاء في الغسوخ كثيرة أيضا منها إذا ادعى أحد المتبايعين فسخ العقد وأقام بينة زور ففسخ القاضي يحل للبائع وطء الحاربة ومنها إذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثا وأقامت بينة زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزواج آخر بعد انقضاء العدة يحل للزوج الثاني الوطء ظاهر أو باطنا كذا في الذخيرة البرهانية اه

(قوله والنكاح) وانما ينفذ القضاء بشهادة الزور اذا كان مهر المثل لان النكاح بدون مهر المثل ليس في ولاية القاضي فلا عليك انشاء اه
(قوله وفي الهبة والصدقة روايتان) قال في المحيط ولو اقام بينة زور على (١٩١) رجل انه وهب منه هذه الخارية

أو تصدق بها عليه وقبضها منه وهو في يده بغير حق لا ينفذ قضاءه باطنا عندهما وهل ينفذ عند أي حنيفة عنه روايتان في رواية ينفذ كما في الشراء والنكاح لان السبب معين بدعي المدعي وأمكن القضاء بالملك بالسبب وفي رواية لا ينفذ وهي رواية الخصاف كما في الاملاك المرسلة اه (قوله لانه يحتمل أن يقر الخصم ويحتمل أن ينكر) بل الظاهر منه الاقرار لان المدعي صادق ظاهرا لوجود دينه وعقله الصارفين عن الكذب الداعمين إلى الصدق فاذا كان المدعي صادقا لا ينكر المدعي عليه لانه لا يترك الصدق لدينه وعقله فاذا كان الظاهر من حاله الاقرار لا يقضي بالبينة اه غاية (قوله وأحكامهما مختلفة) حكم القضاء بالبينة أن يجب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة وحكم القضاء بالاقرار خلاف ذلك اه غاية (قوله وان الجهل به يمنع القضاء) وقد تقدم عند قوله واذ ارفع إليه حكم قاض أمضاه أنه شرط فلينظر اه قوله عند قوله يعني في المتن الذي تقدم (قوله وكان

كان تهيدا للمنازعة بينهما وقد عهدنا نفوذ مثل ذلك في الشرع ألا ترى أن التفريق بين الباعين ينفذ باطنا وأحدهما كاذب بيقين وكذا اذا اختلف المتبايعان وتحالفا بفسخ القاضي بينهما البيع فينفذ القضاء باطنا حتى يحل للبائع وطء الخارية المبيعة فكذا في كل الفسوخ والعقود ولا يرد علينا ما ذكرنا لاننا نجعل حكم الحاكم انشاء وشرطه أن يكون المحل قابلا فاذا كانت تحت زوج أو كانت معتمدة لا يقبل الانشاء وانما لا يشترط الشهود في النكاح لانه ثبت مقتضى في ضمن صحة القضاء وما ثبت اقتضاء لا يراعى فيه شرائطه وشهادة العبيد ونحوهم ليس بحجة أصلا بخلاف الفساق على ما عرف في موضعه ولانه يمكن الوقوف عليهم فلم تكن شهادتهم حجة وانما لا ينفذ باطنا في الاملاك المرسلة لان في أسباب الملك تراجا وليس تعيين البعض أولى من البعض وثابت الملك مطلقا بغير سبب ليس في وسع البشرف تعيين الالغاء بخلاف ما اذا ادعى سببا معين كالبيع والشراء والجاراة والنكاح والاقالة والفرقة بالطلاق أو غيره وفي الهبة والصدقة روايتان وكذا في البيع بأقل من قيمته في رواية لا ينفذ باطنا لان القاضي لا يملك انشاء التبرعات في ملك الغير والبيع بأقل من قيمته تبرع من وجه وفي رواية ينفذ لان النفوذ في ضمن صحة القضاء فلا يشترط فيه شرائطه ولا يختص بمحل ولان البيع بأقل من القيمة ليس بتبرع ألا ترى ان المكاتب والعبيد المأذون على كانه واذا ادعت المرأة أن زوجها أبانها بثلاث أو بواحدة فجحد الزوج خلفه القاضي خلف ان علمت ان الامر كما قالت لا يسعها الاقامة معه ولا أن تأخذ من ميراثه شيئا وهذا لا يشكل فيما اذا كان الطلاق ثلاثا بالطلاق المحلية للانشاء قبل زوج آخر وفيمادون الثلاث مشكل لانه يقبل انشاء النكاح فينبغي أن يثبت الانشاء على قول أبي حنيفة رحمه الله وجوابه أن يقال ان الانشاء انما يثبت اذا قضى القاضي بالنكاح وهما لم يقض به لا اعتراف الزوجين بالنكاح الا أن المرأة ادعت الفرقة بينهما وعجزت عن اثباته عند الحاكم فيبقى ما كان على ما كان فلم يحتج القاضي الى القضاء بالنكاح قال رحمه الله (ولا يقضى على غائب الا أن يحضر من يقوم مقامه كالوكيل والوصي أو يكون ما يدعى على الغائب سببا ما يدعى على الحاضر كمن ادعى عينا في يد غيره أنه اشتراه من فلان الغائب) وقال مالك والشافعي يجوز القضاء على الغائب وان لم يحضر من يقوم مقامه لانه عليه الصلاة والسلام قضى له نداء امرأة أبي سفيان بالنفقة وأبوسفيان غائب فقال لها اخذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك وقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي مطلقا من غير اشتراط حضور خصم ولان الحاجة وجدت على التمام وهي البينة وهي مبينة كالمهاجرا قضاءها كما اذا كان الخصم حاضرا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اعلى رضى الله عنه لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضى رواه أحمد وأبو داود والترمذي بعنه ولان القضاء لقطع المنازعة ولا منازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح ولان وجه القضاء يشبه في هذه الحالة لانه يحتمل أن يقر الخصم ويحتمل أن ينكر وأحكامهما مختلفة فانه بالاقرار يقتصر وبالبينة يتعدى فلا يجوز مع الاشتباه ألا ترى انه عليه الصلاة والسلام قال فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضى فهذا دليل على أن العلم بوجه القضاء شرط لصحة القضاء وأن الجهل به يمنع القضاء وانه لا يرتفع الا بكلامهما ولان البينة لا تكون حجة الا اذا عجز المستكر عن الطعن في الشهود ومع غيبته لا يتحقق عجزه فلا يكون حجة ولا حجة لهما في حديثه لانه لم يكن قضاء وانما كان قنوى أو عانة له اعلى أخذ ماله ألا ترى انها لم تدع الزوجية ولم تقم البينة وكان عليه الصلاة والسلام عالما بانها امرأته ولم يكن على وجه القضاء أصلا وكذا قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي ليس لهما منه حجة بل هو حجة لنا لان البينة اسم لما يحصل به البيان وليس المراد البيان في حق المدعي ولا في حق القاضي لان المدعي عالم بحقه والقاضي

عليه الصلاة والسلام عالما بانها امرأته ولم يكن على وجه القضاء أصلا) وما رجمه وقوع الاستفهام في القصة في قولها هل على جناح وأنه عليه السلام فرض اليها تقديرا لا استحقاقا ولو كان قضاء لم يفوضه إلى المدعي ولانه لم يستخلفها على ما ادعت ولا كفها بالبينة اه

(قوله ولو أقر عند الحاكم ثم غاب الخ) قال في الدراية في باب الاستحلاف ولو أقر وغاب قضى عليه لأن ذلك قضاء عانة ولو أقيم البينة فلم تزل غاب المشهود عليه فزكيت لا يقضى عليه حال غيبته في ظاهر الرواية لأن الحق الجرح في الشهود اه (قوله أحدهما أن يكون ما يدعيه على الحاضر والغائب (١٩٣) شياً واحداً مثل أن يدعى الخ) وفي هذا القسم ثلاث مسائل وقد ذكرها الشارح اه

بأن له بكلام المدعى إذا لم يكن له منازع فتعين أن يكون في حق الخصم وكذلك أقام المدعى البينة على خصم حاضر وزكيت ينتسبه ثم غاب المدعى عليه لا يقضى عليه حتى يحضر هو أو من يقوم مقامه فيمضى عليه بتلك البينة من غير إعادة شأها وكذا إذا غاب قبل التزكية ولو أقر عند الحاكم فغاب قبل أن يقضى عليه قضى عليه وهو غائب لأن له أن يطعن البينة فيبطل به دون الإقرار وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقضى بالبينة أيضاً من يقوم مقامه قد يكون بآبائه أو بآبائه الشرع كالوصى من جهة القاضي وكلاهما ظاهر وقد يكون حكماً وذلك بأن يكون ما يدعيه على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر وهو نوعان أحدهما أن يكون ما يدعيه على الحاضر والغائب شيئاً واحداً مثل أن يدعى داراً في يدانسان وأنكر ذوال اليد وأدعى المنكر أنها ملكه وأقام الخراج البينة أنه اشتراها من فلان الغائب أو أدعى في دار في يدانسان شفعة لأن ذا اليد اشتراها من فلان وقال ذوال اليد الدار داري لم اشتريها من أحد فأقام المدعى البينة أنه اشتراها من فلان الغائب أو أدعى على شخص ديناً على أنه كفيل عن الغائب بأمره فأقر الحاضر بالكفالة وأنكر الدين فأقام المدعى البينة أن له على الغائب ألف درهم تقبل بينته في هذه الصور كماها وبثت الحق على الغائب والحاضر حتى إذا حضر الغائب لزمه ولا يحتاج لاعادة البينة والثاني أن يكون ما يدعيه عليه ما شئت مثل أن يدعى القاذف أنه عبد فلان فيجب عليه أربعون فأقام المدعى ذوق البينة أن مولاه الغائب قد أعتقه فوجب عليه عتاق سوطاً أو قال المشهود عليه الشاهدان عبدان فأقام المدعى البينة أن مولاهما أعتقهما وهو عليهما فأن بينته تقبل وبثت العتق على الغائب لأن الحقين كشئ واحد لا ينفك أحدهما عن الآخر لأن ولاية الشهادة لا تنفك عن الحق وحدها لا ينفك عن الآخر وكذا لو أقام أحد الوليين البينة أن شريكه الغائب عفا عن القود وقال انقلب نصبي ما لا تقبل وان كان أحد الحقين ينفك عن الآخر لا تقبل في حق الغائب وتقبل في حق الحاضر مثل أن يدعى رجل أنه وكيل الغائب بنقل امرأته أو عبده إليه فأقامت المرأة أو العبد بينة أنه أعتقه أو طلقها فأنها تقبل في حق قصر السيد عنهما فليس للوكيل أن ينقلهما ولا يقبل في حق وقوع الطلاق والعتق فلا يقعان وكذا لو اشترى رجل جارية ثم ادعى أن مولاهما زوجهما من فلان الغائب وأراد ردّها بعيب الزواج لا يقبل منه لاحتمال أنه طلقها وزال العيب ولو كان ما يدعيه على الغائب شرطاً لما يدعيه على الحاضر يتطرقان كان الغائب يتضرر بالشرط لم تقبل بينته على الحاضر والغائب مثل أن تقول المرأة لزوجها إنا علقنا طلاق فلان الغائب زوجته ثلاثاً وأقامت بينته أن فلاناً طلق زوجته ثلاثاً لم تقبل بينته لأنه يتضرر بذلك وان كان لا يتضرر تقبل بأن قالت علقنا طلاق بدخول فلان الغائب الدار فأقامت بينته أنه دخل الدار تقبل لأنه لا ضرر عليه ومن المتأخرين من قال في الشرط أيضاً تقبل مطاقاً كما في السبب منهم على السبب لأن دعوى المدعى كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط أيضاً قال رحمه الله (ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب الصلح لا الوصي والاب) لأن القاضي يقدر على تحصيل المال من المستقرض والوصي والاب لا يقدران على ذلك فيضمنان بأقراض مال الصغير وهذا لأن الأقراض تبرع ألا ترى أنه لا يجوز التأجيل فيه كسائر التبرعات فلا يمكنه ولا به بأقراضهما يكون على شرف التوى بأن يجحد المستقرض على عمر الزمان وترد شهوده لأن كل مستقرض غير مؤتمن ولا كل شاهد مقبول ولا كل قاض عادل بخلاف أقراض القاضي

(قوله وأقام الخراج البينة) أنه اشتراها من فلان الغائب أي وهو يملكها فانه يقضى بها في حق الحاضر والغائب لأن المدعى شئ واحد وهو الدار اه وأيضاً فإدعاءه على الغائب في هذه الصورة وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لأن الشراء من المسالك سبب لاحتمال الملك اه (قوله فأقام المدعى البينة أنه اشتراها من فلان الغائب) أي بألف درهم وهو يملكها وأنه شفعيها يقضى بالشراء في حق ذى اليد والغائب جميعاً اه غايه (قوله حتى إذا حضر الغائب لزمه) أي ولا يلتفت إلى أنكاره اه (قوله والثاني) أي النوع الثاني اه وكتب مائه ومسائله ثلاث أيضاً اه (قوله فيجب عليه عتاق سوطاً) أي فتقبل هذه البينة ويقضى بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعاً حتى لو حضر الغائب وأمكن العتق لا يلتفت إلى أنكاره وان ادعى شيئين مختلفين لأنه ادعى على الحاضر حداً كاملاً وعلى الغائب عتقاً

لكن لما كان العتق سبباً لثبوت ما يدعى على الحاضر لأن تكميل الحد لا ينفك عن العتق بحال فيدعى بالبينة في حق الغائب والحاضر جميعاً اه غايه (قوله وكذا لو أقام أحد الوليين البينة الخ) قال في غايه البيان والثالث أنه رجل قتل رجلاً عداؤه وليان غاب أحدهما وأدعى الحاضر على القاتل أن الغائب عفا عن نصيبه فانقلب نصبي ما لا وأنكر القاتل فأقام المدعى البينة على ذلك تقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعاً

باب التحكيم

(قوله لما كان المحكم من أنواع الحكم ذكره في كتاب القضاء) أي لأنه أدرى بحاله ذكره لأن حكمه أدنى حالا من حكم القاضي ولهذا إذا خالف حكمه مذهب القاضي الذي انتهى إليه أبطله ولهذا لا يجوز حكمه في الحدود والقصاص بخلاف حكم القاضي فإن القاضي ينفذ حكمه إذا لم يكن مخالفاً لنص الكتاب والسنة المشهورة والاجماع ويجوز حكم القاضي في الحدود والقصاص ولا يجوز حكم المحكم فيهما ويجوز حكم القاضي رضي الخصم أم لا ولا يجوز حكم المحكم إلا بعد رضا الخصمين يقال حكمه أي فوض الحكم إليه اه غايه (قوله وكذا الولاية له ما على العائلة) يعني لو حكمه في دم خطأ ففضى بالدية على العائلة أو على القاتل في ماله لا يجوز اه (قوله والاول ذكره الخصاف) وهو الصحيح اه غايه (قوله لانا نقول) أي نقول يجوز أن لا يثبت العقد بالاتفاقهما ثم ينفرد أحدهما بالفسخ كما في المضاربة والشركة اه غايه

حيث يكون الاقراض أحسن تصرف في حقه لأن القاضي كثيراً لا يشتغال فلا يمكنه أن يباشر الحفظ بنفسه وإن عاهد نفسه إلى أمينه ودفعه إليه بطريق القرض أنظر لليتيم لأنه يكون مضموناً عليه والوديعة أمانة إن علمت تملك بغير شيء ويؤمن التوى بمجود المستقرض لكونه معلوماً للقاضي ولكونه لا يقرضه لثباته ومعرفته بأحوال الناس الأمن أمين يؤمن ولا يخاف منه المجود وإنما يكتبه في الصدق ليحفظه لأنه لكثرة اشتغاله يخاف أن ينساه قال شمس الأئمة في الأبواب وأما أن أظهره ما أنه ليس له أن يقرض والمعنى ما بينا وليس له أن يأخذ مال ولده الصغير قرضاً لنفسه فيما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقيل له ذلك ثم ينبغي للقاضي أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم مال الإتمام حتى لو اختل أحد منهم أخذ منه المال لأن القاضي وإن كان قادراً على الاستخلاص لكن لا يباين قدر من الغنى لامن الفقير ألا ترى أنه ليس له أن يقرض المعسر ابتداءً فكذا ليس له أن يتركه عنده انتهاءً والله أعلم بالصواب

باب التحكيم

لما كان المحكم من أنواع الحكم ذكره في كتاب القضاء وهو جائز بالكتاب والسنة واجماع الامهات أما الكتاب فقوله تعالى فأبعثوا حكماً من أهله وحكاماً من أهلها نزلت في تحكيم الزوجين وأما السنة فخاروى أنه عليه الصلاة والسلام تركهم على حكم سعد بن معاذ في بني قريظة وعليه إجماع الصحابة رضي الله عنهم فأمر رجاء الله (حكماً رجلاً يحكم بينهم ما حكم بينة أو أقراراً ونكولاً في غير حد وقود دية على العاقلة صحيح لو صلح المحكم قاضياً) لما تولىنا وروينا ولان لهم ما ولانهم أنفسهم أقصم تحكيمهم ما وينفذ حكمه عليهم ماله بمنزلة الحاكم في حكمهما أو شرط أن يكون حكمه بالينة أو الأقرار أو النكول ليكون موافقاً لحكم الشرع وشرط أنه وحده أن يكون في غير حد وقود دية على العاقلة لأن تحكيمهما بمنزلة الصلح بينهما وليس لهما ولاية على دمه ما وله هذا إلا على كان أباحت له وكذا الولاية لهما على العاقلة فلا ينفذ حكم من حكمه على عاقلة ولا على القاتل لعدم التزام العاقلة حكمه وإن كان بمخالف حكم الشرع لأن الدية تجب على العاقلة لا على القاتل ولو ثبت القتل بأقراره أو ثبت جراحته بينة وارشم أقل مما تحمله لعاقلة خطأ كانت الجراحة خطأ أو عمداً أو كان قد رما تحمله ولكن الجراحة كانت عمداً لاوجب القصاص فنذ حكمه عليه لأن العاقلة لا تعلق له وأجاز في المحيط التحكيم في القصاص لأنه من حقوق العباد والاول ذكره الخصاف وشرط أن يكون صالحاً للقضاء لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهم ما يشترط فيه ما يشترط في القاضي حتى لو حكم كافر أو عبداً محجوراً أو محدوداً في ذنوب أو صبيلاً لا يجوز لأنه لا يصلح قاضياً لعدم أهلية الشهادة فكذا حكمه وإن حكمه فاسقاً أو أمراً أجاز كما في القضاء لأنهم أهل للشهادة وكذا الكافر في حق الكافر لأنه أهل بالشهادة في حقه وكذا يجوز نقله القضاء إليهم بين أهل الذمة قال رحمه الله (ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل حكمه) لأنه مقلد من جهته ما كان لهما معزلة قبل أن يحكم بينهما كما أن المقلد من جهة الإمام له أن يعزله قبل أن يحكم بين الناس ولا يقال إن التحكيم ثبت بتراضيهما فوجب أن لا يصح عزله بالاتفاقهما ما لا نقول التحكيم من الأمور الجائرة من غير لزوم فيستبد أحدهما بنقضه كما في المضاربات والشركات والوكالات قال رحمه الله (فإن حكم لزمهما) لأن حكمه صدر عن ولاية شرعية عليهما كالقاضي إذا حكم لزم ثم بالعزل لا يبطل حكمه فكذا هذا ولأن حكمه لا يكون دون صلح جرى بينهما بتراضيهما وفيه لا يكون لأحدهما أن يرجع عنه بعد عهده فهذا أولى قال رحمه الله (وأمضى القاضي حكمه إن وافق مذهب) يعني إذا رفع حكمه إليه ونحماً كما عنده نفذته إن وافق مذهب لأنه لا فائدة في نقضه ثم إبرامه ثم فائدة هذا الامضاء أن لا يكون لقاض آخر يري خلافه نقضه إذا رفع إليه لأن امضاء بمنزلة قضائه ابتداءً ولو لم يعضه لنقضه قال رحمه الله (والأبطال) أي إن لم يوافق مذهبه أبطله لأن حكمه

(قوله لان الولاية قائمة وان أخير بالحكم لا قبل) قال الاتفاق رحمه الله قوله ولو أخير بأقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله أى قول (١٩٤) المحكم ذكره تفرعاً على ما تقدم يعنى اذا قال المحكم لأحد الخصمين قد أقرت

عندى بكذا أو قال قامت
البيعة عليك وألزمك
بالحكم وأبكر المقتضى
عليه ان يكون أقر
فالحكم ماض عليه لان
له أن ينفذ التحكيم مادام
فى المجلس والمجلس باق
فاذا قال حكمت صدق وان
قال المحكم كنت حكمت
بكذا لم يصدق لانه اذا حكم
صار معزولاً ولا يقبل قول
المعزول الى حكمت عليه
بكذا ولانه لما قام من مجلسه
صار قضاؤه كالمقتضى بعد
العزل اذا قال قضيت بكذا
لا يصدق كذا هذا اه
(قوله فهذه الحرف وان
كان ميتاً لم يجز) قال
فاضيخان فى كتاب الدعوى
فى فصل من يجوز قضاء
القاضى له ويجوز قضاء
القاضى لامرأته بعد
ماتت امرأته ولا يجوز ان
كانت امرأته حية وكذا
لو قضى لامرأة أبيه بعد
ماتت الاب جاز وان كان
الاب فى الأحياء لا يجوز اه

باب مسائل شتى

(قوله فى المتن لا يتد) وتد
الوتد يتد اذا ضرب به من باب
ضرب اه اتفاقاً (قوله
فى المتن ولا ينقب كوة)
يقع الكاف اه اتفاقاً
(قوله وهذا عند أبى
حنيفة) أى لغیر رضا

لا يلزم لعدم التحكيم من جهته بخلاف ما ذارفع اليه حكم ما حكم حيث لا يبطله وان خالف مذهبه
الأن يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع على ما تقدم لان المولى من جهة الامام له ولاية على الناس كافة
لان مقادله له ولاية على الناس كافة فكان نائباً له فيكون قضاؤه حجة فى حق الكل فلا يمكن أحداً من
نقضه كحكم الامام نفسه بخلاف المحكم لانه باصطلاح الخصمين فلا يكون له ولاية على غيرهما ولا يلزم
القاضى حكمه بمنزلة اصطلاحهما فى المجتهدات حتى كان له نقض اصطلاحهما اذا رأى خلاف ذلك
فكذا هذا وهذا لانه أعطى له حكم القاضى فى حقهما حتى اشترط فيه شرائط القضاء وفى حق غيرهما
كواحد من الرعايا وقال ابن أبى ليلى هو بمنزلة المولى من جهة الامام حتى لا يكون لأحد أن ينقض حكمه
ما لم يخالف الدليل الشرعى وجوابه ما بينا ولو أخير بهذا المحكم بأقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود
وهما على حالهما يقبل قوله لان الولاية قائمة وان أخير بالحكم لا يقبل لان قضاء الولاية هكذا ذكر صاحب
الهداية وقال فى النهاية يعنى لو قال المحكم بينهما لأحدهما قد أقرت عندى لهذا بكذا وكذا أو قامت
عندى بيعة عليك بكذا وكذا فعدلوا وقد ألزمك ذلك وحكمت عليك به لهذا أو أنكر المقتضى عليه أن يكون
قد أقر عندى بشئ أو قامت عليه بيعة بشئ نفذ الحكم عليه لان المحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك
فذلك الاقرار كالمقتضى المولى اذا قال فى حال قضائه لانسان قضيت عليك لهذا بأقرارك أو ببينة
قامت عندى بذلك فانه يصدق فى ذلك ولا يلتفت الى انكار المقتضى عليه فكذا هذا وقال فى المحيط
حكما رجلاً مادام فى مجلسه وقال المحكم بينهما وقال المحكم حكمت فالحكم ماض مادام فى مجلسه لانه
حكى ما يملك استئنافه فيما لا يقر به وجعل اقراره كانشاء الحكم ولا يصدق بعده لأنه لا يملك انشاء
الحكم ولا يملك الاقرار به وقال فيه المحكم انما يخرج عن الحكومة باحد اسباب ثلاثة اما بالعزل أو
بانتهاء الحكومة ثم ايتها بان كان مؤقفاً فى الوقت أو بخروج حجه من أن يكون أهلاً للشهادة بان عي
أو ارتد أو العياذ بالله تعالى وان لم يلحق بداء الحرب ولو غاب أو أغنى عليه ورئى منه أو قدم من سفره
أو حبس كان على حكمه لان هذه الاشياء لا تبطل الشهادة فلا تبطل الحكومة وكذا لولى القضاء ثم عزل
عنه فهو على حكومته لان العزل لم يوجب من جهة المحكمين وانما جرد من جهة الوالى وولاية الحكومة
مستفادة من جهة المحكمين لاس من جهة الوالى وكذا لو حكم بينهما فى بلد آخر جاز لان التحكيم حصل
مطلقاً فكان له الحكومة فى الاماكن كلها ولو حكم رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما حتى لو حكم
أحدهما دون الآخر لا يجوز لانهم رضيا برأيهما لا برأى أحدهما والله أعلم بالصواب قال رحمه الله
(و بطل حكمه لا بوبه وولده وزوجته كحكم القاضى بخلاف حكمه عليهم) أى يبطل حكم المحكم لهؤلاء
كما يبطل حكم الحاكم لهم بخلاف حكمه عليهم لانه يثبت بحكمه لهم فيبطل دون حكمه عليهم وهذا
كالشهادة حيث لا يجوز لهم ويجوز عليهم لما ذكرنا ويجوز أن يقضى لأبى امرأته وأمه وكذا المرأة
ابنه أو زوجها ابنته اذا كان المقتضى له بالحياة لان شهادة جائرة فهذه الحرف وان كان ميتاً لم يجز لان
القضاء لهم قضاءً وزوجته وولده اذا كانوا يتوارثون وان كانوا لا يتوارثون جاز لعدم التهمة ويجوز القضاء
للأخوة وأولادهم والاعمام لان شهادة لهم جائزة والله أعلم بالصواب وهو حسبي ونعم الوكيل

باب مسائل شتى

قال رحمه الله (لا يتد وسفل فيه ولا ينقب كوة بلارضادى العلو) معناه اذا كان لرجل سفل ولا آخر
علو فليس لصاحب السفل أن يتد فيه ولا ينقب فيه كوة وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال لا يصنع
فيه ما لا يضر بالعلو على هذا الخلاف اذا أراد صاحب العلو أن يبنى على العلو بيتاً أو يضع عليه

صاحب العلو اه فتح (قوله وقال لا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو) والاتفاق على انه ليس له أن يهدم سفلها
فيه من إبطال حق صاحب العلو فى سكنه العلو قاله الكمال رحمه الله تعالى

(قوله قيل ما حكى عنهم ما تفسير لقول أبي حنيفة) على معنى أنه لا يمنع الإما فيه ضرر قال قاضي خزان في فتاواه علو رجل وسفل لآخر قال أبو حنيفة ليس لصاحب العلوان يفتي في العلوان أو يتدوئدا الأبرص صاحب السفل وقال أصحابه له ذلك إذا لم يضر بالسفل والخمار للفتوى أنه ان ضرر بالسفل يمنع وإن لم يضر لا يمنع وعند الأشباه والاشكال يمنع اه (قوله وعنده الأصل هو الخطر) وقوله قياس لأنه لا يخلو عن نوع ضرر بالعلو من نوعين بناء أو نقصه فوجب نقضه اه كافي (قوله ولا خلاف فيما لا اشكال فيه) أي فإن له أن يصنع ما لا يضر به بالاتفاق اه (قوله ولو أنهدم السفل من غير صنع) (١٩٥) أي أما إذا هدمه بنفسه فيأتي حكمه في الشرح اه (قوله ثم يرجع عليه بقيمة البناء الخ) وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارته قال وذكر الخصاف أنه يرجع بما انفق وهذا عندى في غاية الحسن إذا كان بقضاء ويجب أن لا يضم نوعا لبناء السفل على ما كان عليه ذلك القدر اه فتح (قوله حتى يدفع إليه قيمته يوم البناء) قال الكمال واختلفان القيمة تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع والصحيح وقت البناء اه (قوله كان له أن يرجع) أي لأنه لا يمكن الانتفاع بنصيبه إلا ببناءه فلا يكون متطوعا اه فتح (قوله يجبر على إعادته لتعدي به بحق الغير كالراهن يفتق العبد المروء أو مولى العبد الجاني يتصرف فيه بعق أو نحوه وذكر الحلواني أن كل من أجبر أن يفعل مع شريكه فإذا فعل أحدهما بغير أمر الآخر لا يرجع لأنه متطوع إذا كان يمكنه أن يجبره وذلك مثل كرى النهر أو إصلاح سفينة معينة وفداء العبد الجاني وإن لم يجبر لا يكون متطوعا كسئلة أنه دهم العلو والسفل لأنه لا يتوصل إلى حقه أصلا ولم يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بالإصلاح فصار مضطرا وذكروا في النهاية معزيا إلى قاضيان ولو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بأن حفر بئرا عند أبي حنيفة رضى الله عنه له ذلك وإن تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر قال رحمه الله (زائغة مستطيلة يتشعب عنها مثلها غير نافذة لا يفتح فيها أهل الأولى بابا بخلاف المستدرة) معناه مسكة طويلة يتشعب عنها مسكة أخرى طويلة وهي غير نافذة فليس لأهل المسكة الأولى أن يفتحوا بابا إلى المسكة الأخرى لأن الباب يقصد للارور ولا حق لهم في الدخول فيها لكونها غير نافذة وإنما ذلك لأهلها على الخصوص ألا ترى أنه لو بيعت دار منها كان حق الشفعة لهم لا لأهل الأولى فلو يمكنوا من فتح الباب لخروجهم منها لكانت لهم المسكة فيمنع منهم لأنها ملكهم فلا يشار إليهم فيها غيرهم ولأنه يلحق بهم ضرر بأن يضيق عليهم فيمنع بخلاف ما إذا كانت نافذة لأن الاستطراق حق العامة وهم من جلتهم وقيل لا يمنعون من فتح الباب لأنه رفع جداره وهو له أن ينقض كله فأولى أن يكون له نقض البعض والصحيح هو الأول لما ذكرنا ولأنه يركب عليه بابا ويدي حق المرور على طول الزمان فيستدل بالباب على أن له حق المرور

جذوعا ويحدث كسيفا قيل ما حكى عنهم ما تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله على معنى أنه لا يمنع الإما فيه ضرر مثل ما قالوا وقيل فيه خلاف حقيقة وهو أن الأصل عندهما الإباحة لأنه تصرف في ملكه وهو مطلق له والحرمة لعارض وهو الضرر بالغير فأشكلى بقاء على أصل الإباحة وعنده الأصل هو الخطر لأنه تصرف في محل يتعلق به حق الغير كالراهن والعين المستأجرة والاطلاق لعارض وهو عدم الضرر بتقيد فأشكلى بقاء على أصل الخطر وهذه الأشياء من المشكل فظهر فيها أثر الخلاف ولا خلاف فيما لا اشكال فيه ولو أنهدم السفل من غير صنع صاحبه لا يجبر على البناء لعدم التعدي ولكن لصاحب العلوان يفتي أن شاء أو يفتي عليه علوه ثم يرجع عليه بقيمة البناء ويمنعه من السكنى فيه حتى يدفع إليه قيمته يوم البناء لأنه مضطر في ذلك فصار كغير الراهن إذا قضى الدين بغير إذن الراهن لا يكون متبرعا بخلاف الدار المشتركة إذا أنهدمت فبناها أحدهما بغير إذن صاحبه حيث لا يرجع لأنه متبرع أذ هو ليس مضطرا لأنه يمكنه أن يقسم عرصتها ويبنى نصيبه وصاحب العلوان ليس كذلك حتى لو كانت الدار صغيرة بحيث لا يمكن الانتفاع بنصيبه بعد القسمة كان له أن يرجع وعلى هذا ولو أنهدم بعض الدار أو بعض الحمام فأصلحه أحد الشريكين له أن يرجع لأنه مضطر إذا لم يمكن قسمة بعضه ولو أنهدم كله فله التفصيل الذي ذكرنا ولو هدم صاحب السفل سفله بنفسه يجبر على إعادته لتعدي به بحق الغير كالراهن يفتق العبد المروء أو مولى العبد الجاني يتصرف فيه بعق أو نحوه وذكر الحلواني أن كل من أجبر أن يفعل مع شريكه فإذا فعل أحدهما بغير أمر الآخر لا يرجع لأنه متطوع إذا كان يمكنه أن يجبره وذلك مثل كرى النهر أو إصلاح سفينة معينة وفداء العبد الجاني وإن لم يجبر لا يكون متطوعا كسئلة أنه دهم العلو والسفل لأنه لا يتوصل إلى حقه أصلا ولم يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بالإصلاح فصار مضطرا وذكروا في النهاية معزيا إلى قاضيان ولو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بأن حفر بئرا عند أبي حنيفة رضى الله عنه له ذلك وإن تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر قال رحمه الله (زائغة مستطيلة يتشعب عنها مثلها غير نافذة لا يفتح فيها أهل الأولى بابا بخلاف المستدرة) معناه مسكة طويلة يتشعب عنها مسكة أخرى طويلة وهي غير نافذة فليس لأهل المسكة الأولى أن يفتحوا بابا إلى المسكة الأخرى لأن الباب يقصد للارور ولا حق لهم في الدخول فيها لكونها غير نافذة وإنما ذلك لأهلها على الخصوص ألا ترى أنه لو بيعت دار منها كان حق الشفعة لهم لا لأهل الأولى فلو يمكنوا من فتح الباب لخروجهم منها لكانت لهم المسكة فيمنع منهم لأنها ملكهم فلا يشار إليهم فيها غيرهم ولأنه يلحق بهم ضرر بأن يضيق عليهم فيمنع بخلاف ما إذا كانت نافذة لأن الاستطراق حق العامة وهم من جلتهم وقيل لا يمنعون من فتح الباب لأنه رفع جداره وهو له أن ينقض كله فأولى أن يكون له نقض البعض والصحيح هو الأول لما ذكرنا ولأنه يركب عليه بابا ويدي حق المرور على طول الزمان فيستدل بالباب على أن له حق المرور

متطوع لأن الآخر يجبر اه (قوله في المان زائغة مستطيلة يتشعب عنها مثلها غير نافذة) والزائغة الأولى غير نافذة أيضا وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على ذلك وقد صرح بذلك الامام الترمذى والفقهاء أبو الليث إلا أن يجعل غير نافذة حال من الزائغتين جميعا اه كما كى (قوله فليس لأهل المسكة الأولى أن يفتحوا بابا إلى الخ) ولكن هذا فيما إذا أراد بفتح الباب المروء فانه يمنع استحسانا وإذا أراد به الاستضاءة أو الرجوع دون المرور لم يمنع من ذلك كذا نقل في الاسلام عن الفقيه أبي جعفر اه اتفاقى (قوله والصحيح هو الأول لما ذكرنا) قال الاتفاقى والأصح أنه يمنع من فتح الباب لأنه نص في الكتاب قال وإيسر له أن يفتح بابا وهذا لأنه متى فتح الباب فقد اتخذ لنفسه طريقا لأنه لا يمكنهم منعه في كل ساعة وزمان حتى لو فتح بابا للاستضاءة والرجوع ونحوه لا يمنع اه

متطوع لأن الآخر يجبر اه (قوله في المان زائغة مستطيلة يتشعب عنها مثلها غير نافذة) والزائغة الأولى غير نافذة أيضا وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على ذلك وقد صرح بذلك الامام الترمذى والفقهاء أبو الليث إلا أن يجعل غير نافذة حال من الزائغتين جميعا اه كما كى (قوله فليس لأهل المسكة الأولى أن يفتحوا بابا إلى الخ) ولكن هذا فيما إذا أراد بفتح الباب المروء فانه يمنع استحسانا وإذا أراد به الاستضاءة أو الرجوع دون المرور لم يمنع من ذلك كذا نقل في الاسلام عن الفقيه أبي جعفر اه اتفاقى (قوله والصحيح هو الأول لما ذكرنا) قال الاتفاقى والأصح أنه يمنع من فتح الباب لأنه نص في الكتاب قال وإيسر له أن يفتح بابا وهذا لأنه متى فتح الباب فقد اتخذ لنفسه طريقا لأنه لا يمكنهم منعه في كل ساعة وزمان حتى لو فتح بابا للاستضاءة والرجوع ونحوه لا يمنع اه

(قوله فيحكم له) قال شمس الأئمة الحلواني في محبته في كتاب الشفعة سكة غير نافذة بيعت فيها دار فأهلها شفعا لأنهم شركاء في حقوق المبيع فإن كان فيها عطفان كان مريعا فأصحاب العطف أولى بما يبيع في عطفهم لأنه بسبب الترتيب يصير العطف المربع كالمنفصل عن السكة لأن هيات الدور في العطف المربع تخاف هيات الدور في السكة فصار العطف المربع بمنزلة سكة أخرى فصار كسكة في سكة ولهذا يمكنه نصب الدور في أعلاهم وهم أهل السكة فيما يبيع في السكة سواء كالأول يبيع دار في السكة العظمى فهم وأهل السكة الصغرى فيها سواء فكذلك إذا كان (١٩٦) العطف مذورا فالكل سواء لأن العطف المدور أعوجاج في بعض السكة وبذلك لا يصير

عنزلة سكتين لأن هيات الدور فيها لا تختلف بسبب الأعوجاج فكانت سكة واحدة إلى هنا لفظ شمس الأئمة الحلواني اه اتفاقا رحمه الله (قوله وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله يجبر في زماننا) قال العمادى والحاصل أن في هذه المسائل وأجاسها القياس أن كل من تصرف في خالص ملكه لا يمنع منه في الحكم وإن كان يلحق ضررا بالغير لكن ترك القياس في موضع يتعدى فيه ضرر تصرفه إلى غيره ضررا ينشأ وقيل بالمنع وبه أخذ كثير من مشايخنا وعليه الفتوى اه (قوله وبعده يقبل لوجود التناقض) إذا لم يمكنه أن يقول وهيئ منسدة شهر ثم جحدني الهبة فاشتريتها منه منسدة اه كافي (قوله وفي الوجه الثاني يمكن الخ) أي لأنه يمكن أن يقول وهيئ منسدة شهر ثم جحدني الهبة فاشتريتها منه منسدة اه كافي (قوله والمسئلتان بحالهما) أي بأن ادعى الهبة في وقت ثم رهن على الشراء قبله ولم يقبل جحدني الهبة فاشتريتها اه وقوله لا يقبل في الأولى أي لأن دعواه الهبة في وقت أقرار منه جاك الواهب في ذلك الوقت ثم دعوى الشراء قبل ذلك يكون رجوعا عن ذلك الأقرار فكان مناقضا فلا يمكن من إثباته بالبينة فأمد دعواه الشراء بعد ذلك بقرار اقراره بالملك في ذلك الوقت فيمكن من إثباته بالبينة اه كافي (قوله لا نقول لما جحد الهبة الخ) انفسخت في حق المدعى عليه وتوقف الفسخ في حق المدعى على رضاه فإذا أقدم على الشراء منه فقد رضى بذلك الفسخ فتم الفسخ فيما بينهم ما تراضوا به فإذا اشترى منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يمكنه فصح اه كافي (قوله ومثله لو ادعى دارا في يد رجل أنهما اشتراهما من أبيه) أي المدعى اشترى من أبيه نفسه اه (قوله يقبل لا يمكن التوفيق على ما بينا) أي بأن يكون اشتراهما من أبيه ثم جحد أبوه الشراء حتى مات فورثها اه

فيحكم له به وقوله بخلاف المستديرة يعني بخلاف ما إذا كانت الزائفة الثانية مستديرة حيث يكون لكل واحد من أهل الأولى فتح الباب إليها لأنهما كانت مستديرة وهي التي فيها أعوجاج حتى بلغ عوجها رأس السكة صارت كلها سكة واحدة وهي بينهم على الشركة حتى إذا بيع دار فيها يجب حق الشفعة وهذا إذا كانت السكة المستديرة غير نافذة أيضا وإن كانت نافذة فلجميع المسلمين فيها حق المرور ثم اعلم أن الإنسان أن يتصرف في ملكه ما شاء من التصرفات لم يضر بغيره ضررا ظاهرا فيجوز له أن يتخذ في داره جاما لأن ذلك لا يضر بالجيران وما فيه من النداء يمكن التحرز عنه بأن يبنى بينه وبين جاره حائطا وعن أبي يوسف رحمه الله إن الجيران إذا تذاوا من دخانه فلم يمنعهم إلا أن يكون دخان الحمام مثل دخانهم ولو اتخذ داره حظيرة غنم والجيران يتأذون من تن السرقين ليس لهم في الحكم منعه ولو حفر في داره بئر اقتر منها حائط جاره لم يكن له منعه وقيل إن كان يعلم ذلك يقينا فلم ينعه وهو خلاف قول أصحابنا رحمه الله ولو أراد بناء تور في داره للخبر الدائم كما يكون في الدكاكين أو رجال الطعن أو مدقات القصارين لم يجز لأن ذلك يضر بالجيران ضررا ظاهرا فأحسالا يمكن التحرز عنه والقياس أن يجوز لأنه تصرف في ملكه وترك ذلك استحسانا لأجل المصلحة ولوسط حائط بين دارين ولأحد هما عورات فطلب من جاره أن يساعده في البناء قال أصحابنا لا يجبر وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله يجبر في زماننا لأنه لا بد من سترة بينهما وقال قاضيجان أن كان الحائط يحتمل القسمة وينبغي كل واحد في نصيبه السترة لا يجبر وإلا أجبر وقيل إن كان يقع بصره في دار جاره فلا ينعه عن الصعود حتى يتخذ سترة وإن كان يقع في سطحه فلا ينعه قال رحمه الله (ادعى دارا في يد رجل أنه وهبها له في وقت فسل البينة فقال جحدنيها فاشتريتها ورهن على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا يقبل وبعده يقبل) لوجود التناقض في الوجه الأول لأنه يدعى الشراء بعد الهبة وشهوده يشهدون له بقبولها وهذا تناقض ظاهر لا يمكن التوفيق بينهما وفي الوجه الثاني يمكن إذا الشراء وجد بعد الوقت الذي يدعى فيه الهبة فلا يكون متناقضا ولو لم يقبل جحدني الهبة والمسئلتان بحالهما لا يقبل في الأولى ويقبل في الثانية لما ذكرنا من الامكان وعدمه ولا فرق في ذلك بين أن يقول جحدني الهبة أولا ولا يقال في الثاني أيضا وجد التناقض لأنه يدعى شراء ملكه لأنه إذا ملكه في وقت بالهبة فلا يتصور أن يملكه بالشراء بعد ذلك لأننا نقول لما جحد الهبة ووافق بالترك انفسخت الهبة إذ جميع العقود تنفسخ بالوجود إذا وافقه صاحبه بالترك غير الشكاح فإنه لا يقبل الفسخ فلا يكون متناقضا ولو لم يذكر له ما تراضوا به أو ذكر لأحدهما ينبغي أن تقبل بينته لأن التوفيق يمكن بأن يجعل الشراء متأخرا ومثله لو ادعى دارا في يد رجل أنها له اشترى من أبيه في حياته وصحته وصاحب البندى كرفج عن إقامة البينة وحلف ذو المدعى أقام المدعى بينة أنه ورثها من أبيه يقبل لا يمكن التوفيق على ما بينا ولو ادعى الأرض من أبيه أولا ثم ادعى الشراء منه لا يقبل لعدم إمكان التوفيق وبهذا تبين أن التناقض إنما يمنع صحة الدعوى إذا لم يمكن

التوفيق فاشتريتها اه وقوله لا يقبل في الأولى أي لأن دعواه الهبة في وقت أقرار منه جاك الواهب في ذلك الوقت ثم دعوى الشراء قبل ذلك يكون رجوعا عن ذلك الأقرار فكان مناقضا فلا يمكن من إثباته بالبينة فأمد دعواه الشراء بعد ذلك بقرار اقراره بالملك في ذلك الوقت فيمكن من إثباته بالبينة اه كافي (قوله لا نقول لما جحد الهبة الخ) انفسخت في حق المدعى عليه وتوقف الفسخ في حق المدعى على رضاه فإذا أقدم على الشراء منه فقد رضى بذلك الفسخ فتم الفسخ فيما بينهم ما تراضوا به فإذا اشترى منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يمكنه فصح اه كافي (قوله ومثله لو ادعى دارا في يد رجل أنهما اشتراهما من أبيه) أي المدعى اشترى من أبيه نفسه اه (قوله يقبل لا يمكن التوفيق على ما بينا) أي بأن يكون اشترى من أبيه ثم جحد أبوه الشراء حتى مات فورثها اه

(قوله في المسنن فالبائع أن يبطأها إن ترك الخصومة) وقال بعضهم لا يجوز له أن يبطأها أو يقال هو قول زفر كذا قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وجه قوله أنه لما باعها فهي على ملك المشتري ما لم يبعها من البائع أو يتقايلا ولنا أن الاقالة قد تكون بلفظ الاقالة وبلفظ الرد ويجوز ههنا أن تجاحدا البيع ثم إذا جحد المشتري البيع حصل الفسخ من جهةه فإذا عزم البائع على ترك الخصومة بعد ذلك واقرن عزمه بالفعل ودوام سالك الجارية ونقلها من مجلس الخصومة إلى منزله واستخدمها ونحو ذلك كان ذلك منه دلالة الفسخ فتم الفسخ بينهما اه اتقاني (قوله في المتن ومن أقر بقبض عشرة ثم ادعى (١٩٧) انه از يوف صدق) يعني أقر أنه

قبض من مدونه بدين قرض
اقترضه أو عن مبيع أو
بدل اجارة أو قال غصبت
منه أو أودعني ألف درهم
ثم قال الا انه از يوف أو
نهر حجة أو قال بعدد
هي ز يوف أو نهر حجة اه
فتح (قوله سواء قال ذلك
موصولا أو مفصولا) وفي
المبسوط أقر الطالب أنه
قبض عماله على فلان مائة
درهم ثم قال وجدته از يوف
قال قول قوله وصل أم فصل
واطلاق المصنف قوله صدق
بفمده وهذا بخلاف ما إذا
أقر بالدين في المبسوط في
باب الاقرار بالدين لو قال
لفلان على ألف درهم من
ثمن مبيع أو قرض أو اجارة
الا انه از يوف أو نهر حجة
ليصدق في دعوى الزايفة
وصل أم فصل في قول أبي
حنيفة وعند ههنا يصدق
ان وصل لان فصل ولو قال
لفلان على ألف درهم من
غير ذ كر سبب تجارة أو
غصب قال بعض المشايخ
هو على الخلاف أيضا لان
مطلق الاقرار بالدين

التوفيق وقيل لا بد من دعوى التوفيق من المدعي والافلا يوفق وقيل التوفيق من غير دعواه قياس
وعدم التوفيق بدون دعواه استحسان قال رحمه الله (ومن قال لا خراشيت منى هذه الامة فأذكر
فالبائع أن يبطأها إن ترك الخصومة) لان المشتري لما جحد الشراء كان ذلك فسخا منه إذا جحد كتابته عن
الفسخ لان الفسخ رفع العقد من الاصل والجحد انكسار للعقد من الاصل فكان بينهما مامناسبة فخازت
الاستعارة فكان فسخا من جهةه فإذا ساعده البائع بترك الخصومة تم الفسخ قبل له وطؤها وله أن يردّها
على بائعها بالعيب إن وجد بها عيبا قديما بعد ذلك تمام الفسخ بالتراضي حتى إذا أقام المشتري بعد ذلك
بينه أنه اشتراها منه لا تقبل بينته وفي النهاية إذا عزم على ترك الخصومة قبل تخليف المشتري ليس له
أن يردّها على بائعها لانه غير مضطرب في فسخ البيع الثاني لاحتمال أن يتم كل عند الخليف فاعتبر بيعا
جديدا في حق ثالث والاشبه أن يكون هذا التفصيل بعد القبض وأما قبل القبض فينبغي أن يرد
عليه مطلقا لانه فسخ من كل وجه في غير العقار فلا يمكن جمعه على البيع لان المبيع لا يجوز بيعه قبل
القبض وقد بيناه من قبل فان قيل الحكم لا يثبت بمجرد انه عزم فكيف يكون فسخا قلنا نحن لا نثبت به
بمجرد العزم وإنما نثبت به بالعزم واليمين أو بالعزم والفعل وهو التصرف في الجارية بالنقل من موضع
الخصومة إلى بيته أو بالاستخدام أو إمساكها بيده لان التصرف فيها لا يحل إلا بالفسخ فكان فسخا
دلالة إذا الفعل قد يوجد دلالة كمن قال لغيره أجزتك هذه الدابة يومالتر كها فأخذها واستعملها كان
ذلك قبولاً منه دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل بدون القبول قال رحمه الله (ومن أقر بقبض
عشرة ثم ادعى أنها از يوف صدق) معناه إذا قال قبضت منه عشرة دراهم ثم ادعى أنها از يوف صدق
سواء قال ذلك موصولا أو مفصولا وكذا إذا ادعى أنها نهر حجة ولو ادعى أنها ستوقه لا يصدق لان اسم
الدراهم يقع على الجياد والز يوف والنهر حجة دون الستوق ولهاذا لا يجوز بالز يوف والنهر حجة جاز
حتى في الصرف والسلام دون الستوق والقبض لا يختص بالجياد فيصدق في انكاره قبض حقه مع يمينه
بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى حيث لا يصدق في دعواه الز يوف لانه
مناقض لان الز يوف ضد الجياد وحقه في الجياد فكان الاقرار بقبض حقه مطلقا اقرارا منه بقبض
الجياد والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه أيضا وبخلاف
ما إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البائع لان المبيع متعين في البيع
فإذا قبضه فقد أقر أنه استوفى عين حقه دلالة ثم دعواه العيب بعد ذلك صار مناقضا فلا يقبل
كلامه بخلاف ما نحن فيه فان الدراهم لا تتعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقر بقبض حقه وإنما أقر
بقبض الدراهم وهي متنوعة فبالاقرار بقبضها لم يكن مقرا بقبض حقه ثم في قوله قبضت دراهم
حيادا لا يصدق في دعواه الز يوف مطلقا سواء كان موصولا أو مفصولا وفيما إذا أقر أنه قبض الثمن
أو حقه أو استوفى ثم ادعى انه كان ز يوف في نظر فان كان مفصولا لا يصدق وهو المقتضى صدقنا

يتصرف الى الالتزام أو بالتجارة أذهو اللائق بحال المسلم وقيل يصدق هنا اذا وصل بالاتفاق لان صفة الجوده تصير مستحقة بعد عقد
التجارة فإذا لم يصرف في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجوده مستحقة اه كمال (قوله والقبض لا يختص بالجياد) أي فلا يكون
دعوى الز يوف مناقضا فسمع دعواه بخلاف ما إذا ادعى أنها ستوقه أو رصاص حيث لا تسمع دعواه لانه متناقض لانه قال اقتضيت
الدراهم ثم دعواه الستوقه أو الرصاص انكارا منه لقبض الدراهم لانها ليست من جنس الدراهم (قوله حيث لا يصدق في دعواه
الز يوف لانه مناقض) أي لانه أقر بقبض حقه صريحا أو دلالة اه هداية (قوله فان كان مفصولا لا يصدق) أي لان قوله جياد
مفسر فلا يحتمل التأويل بخلاف غيره لانه ظاهر اوصى فيحتمل التأويل اه من خط الشارح رحمه الله

(قوله وان كان موصولا صدق) واقرق أن في قوله قبضت مالى عليه أو حقى عليه جعل مقرا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فإذا استثنى الجودة فيه استثنى البعض من الجاه فيصح موصولا كما لو قال مائة الدرهم أما لو قال قبضت عشرة حبات فقد أقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فإذا قال أنا ما زبوف فقد استثنى السكن من الكل في حق الجودة وذلك باطل كما لو قال على مائة درهم ودينار إلا دينارا كان الاستثناء (١٩٨) باطلا وان ذكره موصولا كذا هنا فإن قيل ينبغي أن لا يصح استثناء الجودة

وان دخلت تحت الاقرار بلفظ واحد لان الجودة تبع وصفة الدرهم واستثناء التبعية موصولا لا يصح كاستثناء البناء من الدار موصولا قلنا استثناء البناء من الدار انما لا يصح لان البناء دخل في اسم الدار تبعاً فلا يجوز اخراجه مقصودا أما الجودة دخلت تحت اللفظة مقصودا كالوزن لانه أقر بقبض ماله عليه وعليه تسليم الوزن والجودة فكان داخلاً مقصودا لانها فيجوز استثناءه موصولا كذا قيل وفيه نوع تأمل اهـ كما في (قوله والسبوقه ما يغلب عليه الغش) قال النكاح وانما كانت السبوقه ليست من جنس الدراهم لان غشها غالب واسم الدراهم باعتبار القصة والنسبة الى الغالب متعين فاذا كان الغالب هو الغش فليست دراهم الاجازا ولا قيل هو معرب سه طاقه يعنى ثلاث طاقات الطاق الاعلى والاسفل فضة والوسط نحاس وهى شبه الموه اهـ (قوله فكذبته المقرله حيث لا يرتد

وان كان موصولا صدق وقال في النهاية لو أقر بقبض حقه ثم قال إنه استوفى أو رصاص يصدق موصولا لا مفصولا قال ذكره شيخ الاسلام ثم الزبوف ما رده بيت المال والنهر جرة ما رده التجار والسبوقه ما يغلب عليه الغش وقيل الزبوف هى المغشوشة والنهر جرة هى التى تضرب فى غير دار السلطان والسبوقه صفر موه وعن الكرخى السبوقه عندهم ما كان عليه الصفر والخاس هو الغالب قال رحمه الله (ومن قال لا خراك على ألف درهم فردته ثم صدقة فلا شئ عليه) يعنى إذا أقر لغيره بألف درهم فردته المقرله بأن قال ما كان لى عليك شئ أو قال بل هو لك أو قال فلان ثم صدقة فقال بل كان لى عليك فى مكانه أو بعده فلا شئ على المقرل ان الاقرار هو الاول وقد ارتد المقرله والثانى دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق الخصم بخلاف ما إذا قال اشتريت وأنكر حيث يكون له ان يصدق له لان أحد المتعاقدين لا ينفرد بالنسخ كما لا ينفرد بالعقد لان العقد حقهما فبقى على حاله فعمل فيه التصديق أما المقرله فينفرد برد الاقرار فافترا وبخلاف ما إذا أقر بنسب عبده لغيره فكذبته المقرله حيث لا يرتد بك عند أى حنيفة رضى الله عنه حتى إذا ادعاه المقرل نفسه لا يصح لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد ولو قبل الاقرار أو الابرأ عن الدين أو هبته له ثم رده لا يرتد لانه بالقبول قد تم وكذا لو قال اعبدته وهبت لك رقبتك فرد لا يرتد بالرد لان هبة العبد من نفسه اعتاق وهو لا يرتد بالرد ولو أقر بشئ لانسان كالدين وغيره فصدقه ثم رجع المقرن اقراره لا يقبل ولو أراد تخليف المقرله لا يخلف عند أى حنيفة ومحمد لان اقراره حجة عليه كالشهادة ولان دعواه متناقضة ففسدت فصار نظير ما لو قال ليس لى على فلان شئ ثم ادعى ان الله عليه ديناً وأراد تخليفه لا يخلف وعند أى يوسف رحمه الله اذا ادعى انه أقر كاذبا وأراد تخليف المقرله يخلف لجرىان العادة بالشهاد على هذه الاشياء قبل تحققها ثم راعى امتناع الآخر عن التسليم قال رحمه الله (ومن ادعى على آخر ما لا يقال ما كان لك على شئ فقط فبرهن المدعى على ألف وهو برهن على القضاء والابرأ قبل) أى ادعى رجل على رجل ألف درهم فقال المدعى عليه ما كان لك على شئ فقط فأقام المدعى البينة أن له عليه ألف درهم وأقام المدعى عليه البينة انه قضاه أو أبرأه المدعى تقبل بينة المدعى عليه وقال زفر لا تقبل لان القضاء والابرأ يكون بعد الوجوب وقد أنكره فيكون مناقضا ولان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه ألا ترى أنه يقال قضى بماطل وقد يصلح على شئ فيثبت ظاهرا ثم يقضى ألا ترى انه لو ادعى القصاص على شخص فأنكره فأقام المدعى البينة وأقام المدعى عليه البينة على العفو أو الصلح عنه على ما لا تقبل بينته وكذا لو جرى مثل ذلك في دعوى الرق يقبل فكذا هـ هذا وكذا لو قال ليس لك على شئ لان التوفيق فيه أظهر لانه الحال قال رحمه الله (ولو زاد ولا أعرفك لا) أى لو زاد هذا الكلمة على ما ذكر بان قال ما كان لك على شئ فقط ولا أعرفك لا تقبل بينة المدعى عليه على القضاء والابرأ لتعذر التوفيق بين قوينيه لانه لا يكون بين اثنين معاملة من دفع وأخذ وقضاء واقضاء بلا معرفة أحدهما صاحبه وذكر القدرى أنه يقبل أيضا لان المحتجب من الرجال والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابيه فبأمر بعض وكلاؤه بارضائه بالدفع اليه ولا يعرفه فامكن التوفيق بهذا الطريق وقال في النهاية فعلى هذا قالوا لو كان المدعى عليه من يتولى الاعمال بنفسه

بذلك أى حتى كان لراد أن يعود ويدعيه فلما لم تبطل بالردى مقرا بنسبه لغيره فلا يمكن أن يدعيه لنفسه (قوله ولنا أن التوفيق ممكن) أى لانه يمكنه أن يقول لم يكن لك على شئ وإن كنت أدبتى بخصوصيتك الباطلة قد دفعت اليك ما تدعيه دفعا لذلك اهـ كافي (قوله وكذا لو قال ليس لك على شئ) أى ثم أقام البينة على القضاء والابرأ يقبل فيه البينة أيضا اهـ غاية (قوله لان التوفيق فيه أظهر) أى لانه يقول ليس لك على شئ في الحال لاني قد قضيت حقتك وألذلك أبرأنى ألا ترى انه لو صرح به بصح وهذا لان ليس لنفى الحال اهـ كافي

(قوله وفي الكافي قيل تقبل البيعة على الابرأ في هذا الفصل باتفاق الروايات) أي لان الابرأ يتحقق بلا معرفة اه كافي (قوله في المتن ومن ادعى على آخرائه باعه أمته الخ) قال الاتقاني وهي من مسائل الجامع الصغير ولم يذكر فيها خلافاً بين أصحابنا وذكر الخصاص هذه المسئلة في آخر أدب القاضي وأثبت فيها اختلاف فقال لا تقبل بيعة البائع على البراءة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف تقبل اه (قوله وقال لا ينصرف الى ما يليه) وقوله ما استحسن كذا ذكر في الشامل في (١٩٩) كتاب الاقرار من قسم الميسر

اه اتقاني (قوله فينصرف الى الكل) أي للاتفاق على أن قول القائل عبده حر وأمر أنه طالق وعليه المشي الى بيت الله إن شاء الله تعالى يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر كمال (قوله فهو ولي ما فيه) يعني من أخرجه كان له ولاية المطالبة عما فيه من الحق ثم كتب ان شاء الله متسلاهم هذه الكتابة اه كمال وكتب أيضاً ما نصه قال الكل وقد أورد ان هذا الكلام يقتضي انه لو لم يكتب ان شاء الله لم يبطل شيء ولا يلزم صحة الوكالة للجهول بالخصومة في قوله ومن قام بهذا الذكرفه وولي ما فيه وتوكل للجهول لا يعم أجيب بأن الغرض من كتابته اثبات رضا المدعى عليه بتوكيل من بوكاه المدعى فلا يتنجع المدعون عن سماع خصومة الوكيل بالخصومة عند أي حنيفة فان التوكيل بالخصومة لا يصح الا برضا الخصم عنده ودفع بأنه لا يقبل على قوله لان هذا

لا تقبل بيئته وفي الكافي قيل تقبل البيعة على الابرأ في هذا الفصل باتفاق الروايات وقالوا فحين قال لم أدفع ثم قال دفعت اليه لا يقبل قوله للتناقض الا اذا ادعى اقرار المدعى بذلك فتقبل بيئته لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار قال رحمه الله (ومن ادعى على آخرائه باعه أمته فقال لم أبعها منك قط فبرهن على انشراؤه فوجد به عيبا فبرهن البائع أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل) أي وجد المشتري به عيبا فبرهن عليه فاقام البائع البيعة أنه برأه من كل عيب لم تقبل بيعة البائع وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل لان التوفيق يمكن بان لم يبعها هو وإنما باعها منه وكيهه وأمره عن العيب فيكون صادقا بذلك ونظيره ما ذكره أبو يوسف رحمه الله أنه لو ادعى الشراء من شخص وهو ينكر فاقام المدعى البيعة على الشراء منه وأقام المنكر البيعة أنه قد رد المبيع عليه تقبل بيئته لما ذكرنا من التأويل أو يقول أخذه مني بيعة كاذبة ثم استقلته منه فاقامني ووجه الظاهر أن اشتراط البراءة تغيير العقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيقتضي وجود العقد اذا لصفة بدون الموصوف لا تتصور وقد أنكره فيكون مناقضا بخلاف ما تقدم من مسألة الدين لان الباطل قد يقضى على ما مر قال رحمه الله (ويبطل الصك بان شاء الله) أي يبطل صك الشراء والاقرار اذا كتب في آخره ان شاء الله حتى يبطل الشراء والاقرار بذلك ولا يلزمه شيء لان الاستثناء مبطل على ما عرف في موضعه ولو كتب في آخر الصك فن قام بهذا الحق فهو وكيل ان شاء الله أو كتب غيا أدرك فلان من درك فعلى فلان خلاصه بطل الصك كماه عند أبي حنيفة حتى يبطل الاقرار والشراء وقال لا ينصرف الى ما يليه وهو الاخير فيبطل به ضمان الدرك والتوكيل ويبقى الدين على حاله اذا الاصل في الجمل الاستقلال والصك يكتب للاستيثاق فلا ينصرف الى الكل كان مطلقا لا يكون ضد ما قصدوه فينصرف الى ما يليه ضرورة ألا ترى أنه لو كتب كتابا الى بعض اخوانه أو وكلاهما وقال في آخره يفعل كذا وكذا ان شاء الله ينصرف الاستثناء الى ما يليه حتى لا يبطل الكتاب كماه فكذا هذا وله ان الكل كشئ واحد يجزم العطف فينصرف الى الكل كافي الكلمات المعطوف بعضها على بعض مثل قوله عبده حر وأمر أنه طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله وما ذكرناه من العادة انما جرى بان يترك فرجة أو يكتب بخط على حدة فلو فعل هذان انصرف الى ما يليه ولا يبطل الشراء والاقرار لان الفرجة كالسكوت حال النطق ولان الاستثناء انما يكتب في كتب الرسالة للتبرك عادة لا لا بطلان ولهذا لا يبطل ما يليه أيضا وفي الصك يبطل بالاجماع ثم انما ذكر ذلك في الكتاب لان العادة جرت بينهم أن يكتب في أسفل الصك من قام بهذا الحق فهو ولي ما فيه أي وكيل بالخصومة باثبات ما فيه من الحق وفائدة هذه الكتابة أن يثبت به رضا الخصم بالتوكيل لان التوكيل بالخصومة لا يجوز الا برضا الخصم عند أبي حنيفة رحمه الله وهذا لان توكل للجهول وان كان لا يجوز لكن يسقط به حقه لان المنع لحق الخصم فاذا رضى فقد أسقط حقه والاسقاط يجوز وان كان مجعولا لا يثبوت الى النزاع ثم يوكل من شاء وقيل لا يقيده على قوله أيضا وانما يقيده على قول ابن أبي ليلى فان عند أبي حنيفة لما لم يجوز توكل للجهول لا يقيده الرضا به وعند ابن أبي ليلى يجوز فيفيد قال رحمه الله (وان مات ذمي فقالت زوجته أسلمت بعد موته وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول لهم) وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث والاصل في الحوادث أن تضاف الى أقرب

ثبت الرضا بتوكل وكيل للجهول والرضا بتوكل للجهول باطل فلا يقيده على قوله أيضا وقيل بل فائدة الترخع عن قول ابن أبي ليلى (قوله في المتن وان مات ذمي الخ) ترجمهنا في الهداية ينصل في القضاء بالمواريث قال الاتقاني ذكر هذا الفصل في آخر أبواب القضاء لان الموت آخر أحوال الانسان في الدنيا فكان ذكر ما يتعلق بالموت مناسبا اه (قوله في المتن وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول لهم) قال الكل وكان الاولى أن يقال بدل قوله القول قول الورثة لا تصدق الورثة الا بيعة لان العادة ان من كان القول له يكون مع عيئته ولا حلف عليهم الا ان ادعت أنهم يعلمون كفرها بعد موته فلها أن تحلفهم على العلم اه

(قوله قلنا سبب الحرمان ثابت) أي سبب حرمان المرأة وهو اسلامها من ميراث زوجها الذي ثابت في الحال وتحكم الحال عند عدم دليل آخر واجب والحال يصلح للدفع لئلا يستحق اه (قوله فثبت فيما مضى تحكيمها للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا الظاهر) هو استحباب أعنى استحباب الماضي للحال نعتبه للدفع وما ذكره من استحباب عكس ذلك لان الاستحباب يكون من الماضي للحال ومن الحال الى الماضي ولكنه اعتبره للاستحقاق وليس حكم الاستحباب كذلك والمراد بجريان ماء الطاحونة ما اذا اختلف مالكهما مع المستأجر اذا طال به مدة فقال كان الماء منقطعاً حكم جريانه في الحال فاذا كان منقطعاً في الحال فيعطف على الماضي لرفع أجرة استحقاق الماضي فكذلك هذا والتعبير بالاستحباب (٣٠٠) أحسن من التعبير بالظاهر فان ما ثبت به الاستحقاق كثيراً ما يكون ظاهراً كأخبار

أوقاته وأقرب أوقاته ما بعد الموت فتضاف اليه قلنا سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيمها للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا الظاهر نعتبه للدفع وما ذكره هو يعتبره للاستحقاق والظاهر لا يصلح للاستحقاق ويصلح للدفع ولومات مسلم وتحته نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته فقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعده فالتقول للورثة أيضاً ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق ومقصود هاذك وأما الورثة فإرادهم الدفع ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضاً فخالصه أن الظاهر لا يصلح للاستحقاق وهي تدعى به الاستحقاق في المسئلتين ويصلح للدفع وهم يدعون به الدفع فكان القول قولهم في المسئلتين ولا يرد على هذامسائل ذكرت على سبيل النقض منها ما اذا كان في يد رجل عند فقال رجل فقأت عينه وهو في ملك البائع وقال المشتري فقأتها وهو في ملكي كان القول للمشتري فأخذ أرشه منه فاستحق بالظاهر لانا نقول لا يجوز أن يكون العبد لرجل وارشه لغيره فلهذا استحققه هو لا مجرد الظهور ومنها ما اذا اختلف المؤجر والمستأجر في جريان ماء الطاحونة وحكم الحال فكان جاري في الحال يستحق الاجرة بهذا الظاهر لانا نقول لا نعلم الاستحقاق بالظاهر اذا لم يكن سبب الاستحقاق موجوداً في الحال وأما اذا كان السبب موجوداً بيقين فيستحق به فهنا سبب الاستحقاق وهو عقد الاجارة موجود في الحال وكذا في المسئلة الأولى السبب وهو ملك الرقبة موجود في الحال بخلاف الزوجية في مسئلة الميراث فانهم ليست بوجوده في الحال ومنها أن المرأة اذا ادعت أن زوجها أبانها في المرض وصار فاراً فترت وقالت الورثة أبانها في الصحة فلا ترث كان القول قولها فترث بان الظاهر يضاف الى أقرب أوقاته لانا نقول انما ترث لانهم ساءلوا المانع وهو الطلاق في الصحة والاصل عدمه قال رحمه (وإن قال المودع هذا ابن مودعي لا وارث له غيره دفع المال اليه) يعني اذا مات رجل وله مال عند رجل ودعية فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يجب عليه دفع المال اليه لا قراره بان ما في يده ملك الوارث خلافاً عن الميت فصار كما اذا أقر أنه ملك المورث وهو حي اصله بخلاف ما اذا أقر رجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لان فيه ابطال حق المودع في العين باز التمساع يده لان يدا المودع كيد المالك فلا يقبل اقراره عليه ولا كذلك بعدمونه بخلاف المدين اذا أقر أنه وكيل الطالب بقبض دينه حيث يؤمر بالدفع اليه لانه اقرار بخالص حقه اذا الدين تضي بأمثالها فيؤمر بالدفع اليه ولو دفع الى الوكيل في الوديعة قال علاء الدين ليس له أن يسترد من الوكيل لانه ساع في نقض ما أوجبه وكان ينبغي له أن يسترد لان اقراره ليس بحجة في حق المودع والحفظ واجب عليه فيكون بالدفع متعبداً وله هذا يضمن اذا جاء المودع وأكرر التوكيل ولو لم يسلم الى الوكيل حتى ضاعت عنده قال في النهاية قيل لا يضمن وكان ينبغي أن يضمن لانه في زعمه وكيل والمنع من وكيله كالمنع منه واختلف في الاقطة اذا أقر الملتقط أنهم الفلان هل يؤمر بالدفع ولو ادعى أنه وصى الميت فصدق المودع الميت أو عاصبه أو وصيه لا يؤمر بالدفع اليه قال

الا حاد قد ثبت ما يوجب استحقاقاً اه كمال وكتب مانصه قوله كما في جريان ماء الطاحونة اختلفا في وجوب الاجر بعد المدة فالمستأجر يقول الماء منقطع فلا يجب الاجر وقال الآخر جاري فيجب الاجر ولو كان الماء في الحال جاري كان القول للآخر ولو كان منقطعاً كان القول للآخر وهذا حكم باستحباب الحال في حق ماضى بخلاف المفقود فان هناك حكماً باستحباب الحال الماضي في حق الحال فعلم ان العمل بالاستحباب تارة يكون من الحال للماضي وتارة من الماضي الى الحال اه كما في (قوله وأما الورثة فإرادهم الدفع) أي والاستحباب يكفي لهم في ذلك وهو استحباب ما في الماضي من كفرها الى ما بعد موته فالسائلان مبنيان على أصل واحد وهو ان الاستحباب اعتبر بهما للدفع للاستحقاق اه كمال (قوله حيث لا يؤمر

بالدفع اليه) أي لأنه أقر بقيام حق المودع وملكه في الوديعة الآن اذ هو حي فيكون اقراره على مال الغير ولا كذلك رحمه بعدمونه لزوال ملكه فانه أقر له بملكه ما في يده من غير ثبوت ملك مالك معين فيه للحال وفي فصل الشراء وان كان قد أقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ في حق غيره أعنى المالك لأنه لا علم ابطال ملكه باقراره فصار كالقرار بالو كالة بقبض الوديعة اه كمال (قوله اذا الدين تضي بأمثالها) والمثل ملك المقر اه كمال وقوله بأمثالها أي لأعيانها فكان اقراره على نفسه فصح اه غايه (قوله ولو دفع الى الوكيل في الوديعة) يعني لو دفع الى الذي اعترف له بالو كالة بقبض الوديعة اه (قوله ولو لم يسلم الى الوكيل حتى ضاعت) قيل يضمن لانه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كالو كاله من نفسه المودع وقيل لانه لم يجب عليه الدفع اه كمال

(قوله كما إذا كان الأول ابن الخ) قال الكمال وعمل بمن الابن الثاني قال في غاية السنان أنه لا يغرم المودع الابن الثاني شيئا بقراره له لان استحقيقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البسوة ثبوت الارث فلا يكون الاقرار بالبسوة اقرارا بالمال وفي الدراية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما أدى الابن الثاني الذي أقر له اذا دفع (٣٠١) الوديعة بغير قضاء القاضي

وبه قال الشافعي في قول وأحمد في قول وفي قول لا يضمن لان اقراره الثاني صادم ملل الغير فلا يلزم منه شيء اه (قوله وهذا شيء احتياط به بعض القضاة) كانه عني به ابن أبي ليلى فانه كان يفعله بالكوفة اه كمال (قوله وقال يأخذ الكفيل) أي لا يدفع اليهم حتى يكفوا اه فتح (قوله قلنا معناه كل مجتهد مصيب بالاجتهاد) أي حتى يشاب عليه وان وقع اجتهداه مخالفا للحق عند الله تعالى وقال محمد لولا عنا ثلثنا ففرق القاضي بينهم انفذ قضاؤه وقد أخطأ السنة جعل قضاءه صوابا مع فتواه أنه مخطئ الحق عند الله تعالى كذا في التقويم (قوله في المتن ولوادعي دارا ابن الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورها فيه محمد عن يعقوب عن أبي خنيفة في دار في يدي رجل أقام رجل البينة ان أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان ولا وارث له غيرهما قال يقضي له القاضي بنصفها ويترك النصف الباقي في يد الذي في يده الدار ولا يستوثق منه بكفيل وقال أبو

رجحه الله (وان قال لا آخر هذا ابنه أيضا وكذبه الأول قضي للأول) يعني قال مودع الميت لرجل آخر بعدما أقر للأول هذا أيضا ابنه وكذبه الابن الأول قضي بالمال لابن الأول لان اقراره قد صح وانقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الغير فلا يصح كما إذا كان الأول ابنه معروفا بخلاف اقراره الأول حيث قبل لعدم من يكذبه فان قيل ينبغي أن يضمن المودع هذا للقوله الثاني كما قلنا في مودع القاضي المعزول اذا بدأ بالاقرار بما في يده لانسان ثم أقر بان القاضي المعزول سلمه الله فانه يضمن للقاضي على ما مر من قبل قلنا هنا أيضا يضمن نصيبه اذا دفع الى المقر له الأول بغير قضاء القاضي ذكره في النهاية قال رحمه الله (ميراث قسم بين الغرماء لا يكفل منهم ولا من وارث) وهذا شيء احتياط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند أبي خنيفة وقال يأخذ الكفيل منهم والخلاف فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم تقبل الشهود لان علمه وارثا غيرهم وأما اذا ثبت بالاقرار يأخذ كفيلا بالاتفاق وان قالوا لان علم له وارثا غيرهم لا يؤخذ منهم كفيلا بالاتفاق وتفصيل ما يقسم من التركة بقولهم وما لا يقسم وما يحتاج فيه الى إقامة البينة على عدد الورثة وما لا يحتاج فيه وما فيه من الخلاف وما لا خلاف فيه من ذلك يذكر في كتاب القسمة إن شاء الله تعالى لهما ان القاضي ناظر للغيب ويحتمل أن يكون له وارث أو غيرهم غائب بل هو الظاهر لان الموت يأتي بغتة فيحتاج بالكفالة كما اذا دفع اللقطة أو الأبق الى صاحبه أو أعطى امرأة الغائب النفقة من مال زوجها ولا يبي خنيفة رحمه الله أن حق الحاضر ثابت قطعا وأظهارا فلا يؤخر لاجل الموهوم إلى أن يعطى الكفيل كما اذا ثبت الشراء من هو في يده أو أثبت الدين على العبد حتى يسع في دينه وهذا لان القاضي مأمور بما ظهر عنده لا بطاب ما لم يظهر فلا يجوز تأخيره أرايت أنه لو لم يجد كفيلا كان منع حقه ولان المكفول له مجهول فصار كما إذا كفيل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم والابق واللقطة على الخلاف في الاصح إن كان الدفع إليه باقامة البينة لانه لما أثبت بينته حرم تأخير حقه ولا كذلك الدفع بذكر العلامة لان الدفع إليه في هذه الحالة غير واجب فلهذا جاز منعه فكذا تأخيرها لعدم الاستحقاق بخلاف الاثبات بالبينة لان الدفع مستحق فيه ولا يقال إن القاضي يتلوم في هذه الصور ولا يدفع إليه حتى يغلب على ظنه أنه لا وارث له غيرهم بالاتفاق ولو كان التأخير ظلمًا لم يفعل ذلك لاننا نقول لا يجوز للقاضي منع حق المستحق إلى معنى آخر بعد ظهوره يقينا شرعا لاجل موهوم غير ثابت ألا ترى أن الوهم موجود وان قال الشهود لا نعلم له وارثا آخر ولو كان لاجل الوهم تكفيل لوجب التكفيل فيه بخلاف التلوم فانه في التلوم يحتاج لنفسه بطلب علم زائد بما تقاء الشريك المستحق معه بقدر الامكان ومثله جائز ألا ترى أن القاضي يطلب من الشهود أن يقولوا لا وارث له غيرهم وهو ليس بشهادة لان الشهادة على النفي لا تجوز وليكنه يزاد به طمأنينة القلب فكذا التلوم وقد مر منه مقوض الى رأى القاضي وقدره الطحاوي بالحول وقوله وهو ظلم أي ميل عن سواء السبيل وفيه دليل على أن المجتهد مخطئ ويصيب وعلى أن أبا خنيفة رحمه الله برئ عن الاعتزال لا كما ظنه البعض بسبب ما نقل عنه انه قال ليوسف بن خالد السهمي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد قلنا معناه كل مجتهد مصيب بالاجتهاد إذ هو المأمور به وهو حجة في حق عمله حتى يحكم بحمته ولا يجوز له العدول عنه وإن أخطأ الحق الذي هو عند الله تعالى فيكون كأنه أصاب الحق قال رحمه الله (ولو ادعى دارا إرثا لنفسه ولا أخ له غائب وبرهن عليه أخذ نصف المدعى فقط) يعني أخذ النصف الذي هو نصيب الحاضر وترك نصيب الغائب في يدي السيد ولا يستوثق من

(٢٦ - زيلعي رابع) يوسف ومحمد اذا جدتها أخذها منه وجعلها في يدي أمين حتى يقدم الغائب وان لم يكن جدتها ترك النصف في يده حتى يقدم الغائب الآخر الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير قال في المختلف قيل ان هذا الاختلاف بناء على انه هل يجوز القضاء للغائب عندهما يجوز وعنده لا يجوز وقيل لا خلاف في القضاء ولكن في ترك نصيبه في يدي البدي هنا لفظ المختلف اه غاية

(قوله بخلاف ما إذا كان مقرا) أي لانه أمين الميت فلا ينزع من يده لعدم الفائدة لانه إذا أخذ منه توضع في يد أمين آخر فإذا كان الذي في يده الدار أمينا لا يحتاج إلى أمين (٢٠٢) آخره اتفاني (قوله وان كانت الدعوى في المنقول الخ) قال الزاهد العتابي ولو كان

ذی الید بکفیل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال إن كان الذي هو في يده جاحدا أخذ منه وجعل في يد أمين وإن لم يجد ترك في يده لأن الجاحد حائن فلا يترك في يده إذ لا يؤمن من الجحد ثانيا والقاضي نصب ناظرا للغيب وليس في تركه في يده من النظر شيء لأن البيئة لا توجد في كل مرة ولا كل قاض يعدل فتعين الأخذ منه ووضعها في يده عدل ولانه يخاف أن يتصرف فيه لأن من يدعي أن الشيء له هو في يده لا يتسع من التصرف فيه عدلا كان أو غير عدل بخلاف ما إذا كان مقرا لأن النظر في تركه في يده متعين ولا يخي حنيفة رحمه الله أن الحاضر ليس بمخصص عن الغائب في استيفاء نصيبه وليس للقاضي أن يتعرض لودائع الناس ولا لغيرها حتى يأخذها من أيدي من هي عنده فصار تفسير ما لو عرف القاضي ملكا لانسان ثم رآه في يد غيره فإنه لا يأخذ منه ولا يترك له ما لم يحضر خصمه فكذا هذا وهذا لأن القضاء وقع للميت مقصودا ولهذا قضى على ذی الید بكل الدار بحضور البعض من الورثة وقضى بهادونه وتنفيذ فيه وصاياه وصاحب الید مختار الميت أو يحتمل ذلك فلا ينقض يده كما إذا كان مقرا وجوده قد ارتفع بقضاء القاضي فالتظاهر أنه لا يضرب ولا يمكنه الجحد بعد ذلك لتكون الحادثة معلومة له وللقاضي ومسجلة في خريطة القاضي ولا يقال يحتمل أن يموت القاضي فيعود إلى الإنكار لأننا نقول يموت القاضي أو الشهود الذين عاينوا القضاء أو الذين شهدوا بأصل الحق أو نسيانهم من أندر ما يكون فلا يعتبر وإن كانت الدعوى في المنقول فقد قيل لا يترك النصف الذي هو للغائب بالاتفاق بل ينزع منه ويدفع إلى عدل يحفظه لحاجته إلى الحفظ بخلاف العفار لانه محصن بنفسه ولهذا أهلك الوصي بيع المنقول على الكبر والغائب لانه ولاية الحفظ عليه كالأب ذلك وكذا حكمهم وصي الآم والآخر والعم على الصغير فيما ورثه منهم لانهم عليه يكون حفظه على الصغير دون التصرف فيه ووصيهم قائم مقامهم فيما لم يكونه وقيل المنقول أيضا على الخلاف وقول أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر بمعنى أنه مضمون عليه ولو أخذ ودفع إلى أمين القاضي كان أمانة فكان الترك أبعد من التوى وإعمالا يؤخذ الكفيل منه لأن فيها انشاء خصومة والقاضي نصب لقطعها لالانشائها وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البيئة ولا القضاء لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيثبت الملك للميت ثم يكون لهم بطريق الميراث عنسه وكذا يقوم الواحد مقامه فيما عليه ديناً كان أو عيناً فيقوم مقام سائر الورثة في ذلك بخلاف نفس الاستيفاء فإنه عامل فيه نفسه لاعتن الميت فلا يصلح نائباً لهم أيضا لعدم التوكيل منهم ولعدم قيامهم فيه مقام الميت بخلاف الأثبات فإنه نائب فيه عن الميت فيما له وعليه فيكون نائباً لهم أيضا في ضمنه وذلك في الجامع الكبير إنما يكون قضاؤه على جميع الورثة إذا كان المتدعي في يد الوارث الحاضر ولو كان البعض في يده بتقدير قدره لأن دعوى العين لا توجه إلا على ذی الید فلا يكون خصما عنهم إلا في قدر ما في يده بخلاف ما إذا كان المدعي على الميت ديناً حيث ينتصب فيه بعض الورثة خصما عن الكل مطلقا قال رحمه الله (ومن قال مالي أو ما أملك في المساكين صدقة فهو على مال الزكاة ولو أوصى بثلاث ماله فهو على كل شيء) وانقياس أن يكون كالوصية فيلزمه التصديق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لأن اسم المال يتناول الكل قال الله تعالى ولأنأكلوا أموالكم يتسكم بالباطل وجه الاستحسان أن إيجاب العبد مبرر بإيجاب الله تعالى ومطلق المال في باب الصدقات بإيجاب الله فينصرف إلى البعض كقوله تعالى وفي أموالهم حق معلوم وقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة تطهرهم فكذا ما يوجب العبد على نفسه بخلاف الوصية لانها أخت الميراث والأرض يجري في جميع الأموال فكذا هي ولأن العادة أن الإنسان يلتزم الصدقة من فضول ماله وهو مال الزكاة حال حياته وجميع المال حال وفاته ويدخل فيه جنس ما تجب فيه الزكاة وهي السواهم والنقدان وعروض التجارة سواء بلغت نصيباً أو لم تبلغ قدر النصاب

عروضاً يؤخذ من يده بالإجماع لأن العروض يمكن تعيينه اه اتفاني (قوله ولهذا أهلك الوصي) أي ولاجل أن المنقول يحتاج إلى الحفظ دون العقار والبيع أبلغ في حفظه من تركه اه (قوله والقاضي نصب لقطعها لالانشائها) وهذا لانه ربما لا يجد كفيل ولا يسمح باعطائه والآخر الحاضر بطالبه فتشور الخصومة اه كمال (قوله وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البيئة ولا القضاء) أي ويسلم النصف إليه بذلك القضاء الكاش في غيبته اه فتح (قوله بخلاف نفس الاستيفاء) أي استيفاء نصيبه اه (قوله ولو أوصى بثلاث ماله فهو على كل شيء) وهذا استحسان أخذه علماءنا الثلاثة اه غايه (قوله والقياس أن يكون كالوصية فيلزمه التصديق بالكل) أي بكل ماله سواء كان من جنس مال الزكاة أو لم يكن اه (قوله وبه قال زفر) أي والنجي والشافعي لعموم اسم المال كالوصية وقال صلى الله عليه وسلم من نذر أن يطيع الله فليطعه وقال مالك وأحمد يتصدق بثلاث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لا يبي إسابة حين قال إن من توبتي أن أنخلع من مالي

وسواء

يخزيك الثالث اه كمال (قوله وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى) ألا ترى انه لو قال الله على أطعام ينصرف إلى اطعام عشيرة مساكين استدل لا بإيجاب الله تعالى فكذا هنا اه كاك

(قوله لان المتبرجنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها) ولذا قالوا لو نذر أن يتصدق بحاله وعليه دين محبط بكل ماله لزمه أن يتصدق به فان قضى به دينه لزمه أن يتصدق بما ينسبه بعده الى أن توفي اه كال (قوله ويدخل فيه الاراضى العشرية) قال الكيل وهل تدخل الارض العشرية فيجب التصديق بها عند أبي يوسف نعم لان جهة الصدقة غالبية (٢٠٣) في العشر وروى ذلك عن أبي حنيفة وعند

محمد لان جهة المؤنة غالبية عنده اه (قوله بخلاف الوكيل) حتى لو باع الوصى شيئا من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع وهذه رواية الزيادة وبعض روايات المأذون فعلى هذه الرواية يحتاج الى الفرق بين الوكالة والوصاية وفرقهما أن الوصاية خلافة كالارث فلا يتوقف كالارث فتثبت بالعلم والوكالة انابة فيشترط العلم كما في اثبات الملك بالبيع والشراء وعلى رواية كتاب الوكالة لا يشترط العلم للوكالة أيضا اعتبار الوصاية لان كل واحد منهما اثبات الولاية ألا ترى الى ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي واذا كان لرجل عبد عند رجل فقال لرجل انطلق واشترع عبدى من فلان لنفسك فذهب فاشترعه ولم يكن رب العبد وكل البائع بالبيع فان هذا البيع يجوز ويكون أمر المشتري بالشراء وكالة للبائع بالبيع قال هكذا ذكرها ثم قال وذكر في الزيادة وبعض رواية المأذون أنه لا يكون اذا مات لم يعلمه الرسول بذلك كذا ذكر شيخ الاسلام

وسواء كان عليه دين مستغرق أو لم يكن عليه دين لان المتبرجنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها ولا شرأقطها وتدخل فيه الاراضى العشرية عند أبي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة ألا ترى أن مصرفه مصارف الزكاة فكانت جهة الصدقة فيها راجحة وعند محمد رحمه الله لا تدخل لانها سبب المؤنة ولهذا يجب في أرض الصبي والمكاتب وفي أرض لأمالك لها كالأوقاف فكانت جهة المؤنة راجحة عنده وذكر في النهاية قول أبي حنيفة رحمه الله مع قول محمد رحمه الله قال ذكره الترمذى معه ولا تدخل الارض الخراجية لانها تمحض مؤنة ولا يدخل الرقيق للخدمة ولا العقار وأثاث المنازل وثياب البذلة وسلاح الاستعمال ونحو ذلك مما ليس من أموال الزكاة لما ذكرنا ومن مشايخنا من قال في قوله ما أمالك أو جميع ما أمالك في المساكين صدقة يجب عليه أن يتصدق بجميع ما يملك قياسا واستحسانا وانما القياس والاستحسان في قوله مالى صدقة أو جميع مالى صدقة لان الملك أعم من المال ألا ترى أن الملك يطلق على المال وعلى غيره يقال ملك التكاثر وملك القصاص وملك المنفعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال فاذا كان لفظ الملك أعم تناول جميع ما يتصدق به كالنقص عليه بأن قال كل مال أملاكه بما يتصدق به فهو صدقة والصحيح هو الأول لانهما يستعملان استعمالا واحدا فيكون النص الوارد في أحدهما واردا في الآخر فيكون فيه القياس والاستحسان كما في المال ولان الانسان عادة يلتزم التصديق بالفاضل على الحاجة فينصرف فيها الى جنس ما يجب فيه الزكاة ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب بحث من ذلك قدر قوته فاذا أصاب شيئا بعد ذلك تصدق به على ما أملاكه لان حاجته مقدمة ولو لم يملك قدر حاجته لشكف الناس من ساعته وليس من الحكمة أن يتصدق بما عنده ثم يشكف من ساعته ولم يبين في المبسوط قدر ما يملك لان ذلك يختلف باختلاف العيال وباختلاف ما يتجدد له من التحصيل فبعض أهل الحرف يحصل لهم كل يوم وبعضهم كل ثلاثة أيام وبعضهم أكثر وبعضهم أقل وكذا أهل التجارة وأهل الزرع يتجدد لهم في كل سنة وأهل الغدلة في كل شهر عادة وهم الذين لهم دور وحواريات وخوانسار ونحوها فيملك أهل كل صنعة قدر ما يكتفيه الى أن يتجدد له حاصله قال رحمه الله (ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية فهو وصى بخلاف الوكيل) حتى لو باع الوصى شيئا من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع ولو باع الوكيل مال الموكل قبل العلم بالوكالة ثم علم لم يجز وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في الوصية أيضا حتى يعلم لان كل واحد منهما انابة لأن أحدهما في حالة الحياة والآخر بعد الممات وجه الأول أن الوصية خلافة لانه يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصى فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث وكتبوت الملك والولاية ألا ترى أن أبا الصغير لو مات وباع الجد ماله من غير علم بعوته جاز فكذا هذا أما الوكالة فاثبات ولاية التصرف في ماله وليس باستخلاف لبقاء ولاية الموكل فلا يصح بلا علم من ثبت له الولاية كاثبات الولاية باثبات الملك بالبيع ولأن الموكل قادر في تصرف نفسه فلا يقوته النظر فلا حاجة الى اثباته بدون العلم بخلاف الميت والاذن بالتجارة للعبد والصغير بمنزلة الوكالة فلا تثبت الابعاد العلم ولا يجوز تصرف المأذون له قبله لان الأذن مأخوذ من الأذان وهو الاعلام فلا يتصور بدون العلم قال رحمه الله (ومن أعلم بالوكالة صح تصرفه) أى اذا وكل رجلا وهو لا يعلم فأعلمه واحد من الناس كان وكلا وجاز تصرفه سواء أخبره بذلك عدل أو غير عدل صغير أو كبير لانه من المعاملات

المذكور في باب المأذون فيه الوكالة من شرح الكافي اه قاله الاتفاق في كتاب الوصية قال وقد مر تمام البيان في كتاب أدب القاضى في فصل القضاء بالموارث اه وانظر ما ذكره في المحيط في كتاب الوكالة في باب ما تقع به الوكالة وقد قال فيه فالخاصل أن الوكيل هل يصير وكلا قبل العلم به فيه روايتان والوصى يصير وصيا بدون العلم اه (قوله فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث) يعنى لو باع الوارث تركة الميت بعد موته وهو لا يعلم بعوته جاز بيعه اه بدائع (قوله في المتن ومن أعلم بالوكالة صح تصرفه) وقال الشافعى وأحمد لا تثبت الوكالة بخبر

الواحد أصلاً لأنها تتضمن عقداً كغيره من العقود ولا نه تسليط على مال الغير اه فتح (قوله وليس فيه الزام) فإنه مختار في القبول وعدمه فكان قبول الهدية ممن ذكر أنها على يده (٢٠٤) وهو محل الاجماع والنص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والنقي

وليس فيه الزام وانما فيه الاطلاق فلا يشترط فيه العدالة كسائر المعاملات وكذا لا يشترط فيه الحرية ولا الاسلام وحاصله أنه من المعاملات فلا يشترط فيه الا التميز قال رحمه الله (ولا يثبت عزله الا بعدل أو مستورين كالاخبار السليمة بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر) يعني لا يثبت عزله عن الوكالة الا بخبر عدل واحد أو اثنين غير عدل الخ وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا رجهما الله لا يشترط في الخبر بهذه الاشياء الا التميز لانهم من المعاملات فصار كالاخبار بالتوكيل على ما بينا ولا يثبت حنيفة رحمه الله أن في هذه الاشياء الزاماً من وجه فيشترط فيه أحد شرطى الشهادة اما العدد أو العدالة بيان الزام أن الوكيل يلزمه العهدة على تقدير أن يتصرف ولا يلزمه شيء على تقدير عدم التصرف وكذا الشفيع يلزمه سقوط الشفعة على تقدير سكوته وعلى تقدير الطلب لا يلزمه شيء وكذا البكر على تقدير السكوت يلزمه النكاح وعلى تقدير الرد لا يلزمه وكذا السيد على تقدير التصرف فيه بالعق وغيره يلزمه الارش وعلى تقدير عدم التصرف لا يلزمه في كل موضع يلزمه من كل وجه يشترط فيه العدد والعدالة كافي المنازعات عند المحكام وفيما لا يلزمه من كل وجه لا يشترط فيه العدد ولا العدالة فاذا كان فيه الزام من وجه دون وجه يشترط فيه أحدهما وقد ينادى في النكاح وأما المسلم الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها فالاصح أنه يقبل فيه خبر الفاسق حتى تجب عليه الاحكام بخبره لان الخبر به رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله عليه الصلاة والسلام ألا قليل بلغ الحديث وفي الرسول لا يشترط العدالة كالبر اذا أخبره رسول الوالي بالتزويج وهذا الخلاف فيما اذا عزله الموكل وبلغه وأما اذا لم يبلغه فهو على وكالته حتى يبلغه بالاجماع لان نهى العبد معتبر بنواهي الشرع فكما لا يثبت النهي في الشرع بعد الاطلاق قبل البلوغ الى المكلف حتى لا يحرم عليه قبله فكذا نهى العبد وهذا في العزل القصدي وأما اذا كان حكماً فيثبت وينعزل قبل العلم به وذلك مثل موت الموكل وجنونه مطبقاً قال رحمه الله (ولو باع القاضى أو أمينه عبد الغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن) أى ضاع عن العبد في يد البائع وهو القاضى أو أمينه لم يضمن القاضى ولا أمينه الثمن للمشترى لان أمين القاضى قائم مقام القاضى والقاضى قائم مقام الخليفة وكل واحد منهم لا يلزمه الضمان لانه لو لم يضمن الضمان لتقاعداً وعن قبول هذه الامانة كيلا يلزمهم الضمان وتعطت مصالح المسلمين وكذا لو قبض الثمن وضاع في يده وهلك العبد قبل التسليم الى المشتري لا يضمن القاضى ولا أمينه الثمن لما ذكرنا قال رحمه الله (ورجع المشتري على الغرماء) لان البيع واقع لهم فيكون عهده عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما يجعل العهدة على الموكل اذا تعذر جعلها على الوكيل بان كان الوكيل عبداً أو صبياً محجوراً عليه لان العقد وقع له قال رحمه الله (وان أمر القاضى الوصى ببيعها فاستحق أو مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصى) لان الوصى هو العاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليه كما اذا وكله حال حياته وهذا اذا كان الميت أوصى اليه فظاهر وكذا اذا نصبه القاضى لان القاضى انما نصبه ليكون قائماً مقام الميت لا ليكون قائماً مقام القاضى فصار كمن أوصى اليه الميت قال رحمه الله (وهو على الغرماء) أى رجع الوصى على الغرماء لانه عامل لهم ومن عمل لغيره عملاً ولحقه بسببه ضمان يرجع به على من يقع له العمل ولو ظهر للميت بعد ذلك مال رجع الغريم فيه بدينه لان دينه لم يصل اليه فيرجع بما ضمن للوصى أو للمشترى في المسئلة الاولى وهو ما اذا كان البائع هو القاضى أو أمينه لانه قضى ذلك وهو مضرط فيه وقيل لا يرجع به لان الضمان وجب عليه بفعله لان قبض الوصى كقبضه والاوّل أصح لما ذكرنا والوارث اذا بيع له

ويشترى من الكافر اه فتح (قوله في المتن ولا يثبت عزله الا بعدل أو مستورين) قال الكمال وأجمعوا أن المخبر بالعزل لو كان فاسقاً وصدقه ينعزل اه (قوله الا التميز) لانهم من المعاملات وليس بشهادة ولهذا لا يشترط لفظة الشهادة ومجلس القضاء فيعتبر خبر الواحد عدلاً كان أو لم يكن اه غاية (قوله فصار كالاخبار بالتوكيل الخ) ثم اثبت الوكالة يصح بخبر الواحد حراً كان أو عبداً عدلاً كان أو فاسقاً رجلاً كان أو امرأة صبياً كان أو بالغاً وكذلك العزل عندهما يثبت بخبر الواحد مطلقاً وعند أبي حنيفة يشترط العدد أو العدالة حتى لا يثبت العزل عنده الا بخبر الاثنين أو بخبر الواحد العدل قالوا في شرح الجامع الصغير وعلى هذا الخلاف مولى العبد الخاني اذا أخبر بالجناية فباع أو أعتق هل يصير مختاراً للفداء وكذا الشفيع اذا سكت بعد ما أخبر بالبيع وكذا البكر اذا سكت بعد ما أخبر بالنكاح الاولى وكذا الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر فأخبر بالشرائع وكذا العبد

المأذون أخبر بالخبر فعند أبي حنيفة لا بد من العدد أو العدالة حتى يصير المولى مختاراً للفداء ويطلق حق الشفيع بالسكوت ويكون السكوت رضا في البكر ويلزم الشرائع على الذي أسلم وعندهما لا يشترط العدد والعدالة اه اتفاقاً والحاصل أنهم يعتبران الانتهاء بالابتداء غاية (قوله فيرجع بما ضمن للوصى أو للمشترى) قال الكمال فلم يظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه بلا شك

وهل يرجع بما ضمن للمشتري قال المصنف قالوا ويجوز أن يقال يرجع (٢٠٥) بالمائة التي غرمها أيضا يرد بالمائة ما ضمن

للمشتري وفرضه 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
الائمة السرخسي لا يأخذ
في الصحيح من الجواب لان
الغريم الغنا من من حيث
ان العقد وقعه فلم يكن له
أن يرجع على غيره وفي
الكافي الاصح الرجوع
لانه قضى ذلك وهو مضطر
فيه فقد اختلف في التصحيح
كما سمعت اه (قوله وان
كان القاضى أو أمينه هو
العاقدر رجوع عليه) أى
على الوارث اذا كان أهلا
وان لم يكن أهلا نصب
القاضى عنه من يقضى
دينه اه كى (قوله وان
كان عدلا جاهلا يستفسر)
أى عن قضائه اه غاية
(قوله لا يقبل قوله وان كان
فاسقا) يعنى سواء كان عالما
أو جاهلا فشمل صورتين
والاقسام على هذا أربعة
عدل عالم لا يستفسر عدل
جاهل يستفسر فاسق عالم
فاسق جاهل لا يقبل
قوله ما الا ان عاين الخجة
اه (قوله ولو أقر الاخذ
والقاطع في هذا الفصل)
أراد بهذا الفصل ما اذا زعم
المأخوذ منه أو المقطوعة
يده أن الاخذ أو القاطع

وقع قبل تقليد القضاء أو بعد العزل اه غاية

كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقدا عاملا له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ان
كان هو وصى الميت وان كان القاضى أو أمينه هو العاقدر رجوع عليه المشتري لما ذكرنا قال رحمه الله
(ولو قال قاض عدل عالم قضيت على هذا بالرجم أو بالقطع أو بالضرب فافعله وسعك فعله) قيده هنا بكونه
عدلا عالما وفي الجامع الصغير لم يقيده بهما وهو الظاهر وانما يسهل فعله لان طاعة أولي الامر واجبة
قال الله تعالى أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم وفي تصديقه طاعة ولانه أخبر عن أمر
علاك انشاءه في الحال فيقبل قوله لخلوة عن التهمة ولانه لا يولى في موضع واحد الا قاض واحد في الاعصار
كلها ولو لم يقبل قوله وحده لولى في مكان قاضيان فعلم بذلك أن قوله حجة ثم يرجع محمد رحمه الله عن هذا فقال
لا يؤخذ بقوله الا أن يعاين الخجة أو يشهد بذلك مع القاضى عدل وبه أخذ مشايخنا رجحهم الله لفساد
أكثر قضائه زماننا والتدراك غير ممكن ولان قبول خبر الواحد رتبة الانبياء عليهم الصلاة والسلام وغيرهم
غير معصوم عن الكذب والغلط الا في كتاب القاضى الى القاضى اضطرورة احياء الحقوق ولان الخيانة في
مثله قلما تقع وقال أبو منصور الماتريدي رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل قوله لان عدم تهمة الخيانة
واحتمال الخطا لانه بعد ان يثبت من الميل بالرشوة ولغة فقهه يؤمن من الغلط ظاهرا وان كان عدلا جاهلا
يستفسر لان الجاهل قد يظن غير الدليل دالما فان أحسن بأن ذكر شرائطه مثل أن يحكم بحكم الزمان لا
بقرار أو ببينة فيما أتى بشرائطه عند التفسير وجب تصديقه لان عدالة تهمة عنه عن الكذب وان لم يحسن بأن
أخل في شرائطه من نصاب الشهادة أو التكرار في الاقرار ونحو ذلك لا يقبل قوله وان كان فاسقا كذلك
الا أن يعاين الخجة والمصنف اختار هذا القول لاحتمال الخطأ والخيانة قال الله تعالى في ذم الفاسق ان
جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا وان لم يصدقه فلاعين على القاضى لان الميعين تجب على الخصم والقاضى ليس
بخصم وانما هو أمين ولو صار خصما لما نفذ قضاؤه قال (وان قال قاض عزل لرجل أخذت منك ألفا ودفعته
الى زيد قضيت به عليك فقال الرجل أخذته ظلمًا قال القاضى) وكذا لو قال قضيت بذلك في حق اذا
كان المقطوع يده والمأخوذ منه مال مقرا أنه فعله وهو قاض لان المقضى عليه لما أقر أنه فعله في حال قضائه
صار معترفًا بشهادة الظاهر للقاضى لان فعل القاضى على سبيل القضاء لا يوجب عليه الضمان بحال فجعل
القول قوله ولا يجب على القاضى في ذلك عين لانه ثبت أنه فعل ذلك في حال قضائه بصادقهما ولاعين على
القاضى لما ذكرنا ولو أقر الاخذ والقاطع بما أقر به القاضى لم يضمننا أيضا لان قول القاضى حجة
ودفعه صحيح فصار اقراره بكفعله معاينا ولو زعم المقطوع يده والمأخوذ منه أنه لم يكن قاضيا يومئذ
وانما فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل كان القول للقاضى أيضا لانه أسنده الى حاله معهودة متنافسة
للضمان فصار كما اذا قال طلق أو اعتقت أو أعتقت وأنجبت وأنجبتون كان معهودا منه وقال شمس الأئمة
السرخسي اذا زعم المشتري أن القاضى فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعى لان هذا
الفعل حادث فيضاف الى أقرب أوقانه ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق الابحجة لان الاصل متى وقعت
المنازعة في الاسناد يحكم الحال كما اذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل في هذه الحالة يجب عليه
الضمان فلا يصدق في الاسناد الى حالة منافية الابحجة بخلاف المسئلة الاولى لانه ثبت الاسناد بصادقهما
والصحيح هو الاول لما ذكرنا وهو اختيارنا في الاسلام على الزدوى والصدور الشهيد ونظيره اذا قال العبد
لغيره بعد العتق قطعت يدي وأنا عبد وقال المقر له بل قطعتها وأنت حر كان القول قول العبد وكذا
لو قال المولى لعبد قد أعتقه أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد وقال المعتق أخذتها
بعد العتق كان القول قول المولى وكذا الوكيل بالبيع اذا قال بعث وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد
العزل كان القول للموكل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما فالقول قول الموكل لانه أخبر عما لا يعلم
الانشاء فيه فيصير مدعى وكذا في مسئلة الغلة لا يصدق في الغلة القائمة لانه أقر بالاخذ وبالإضافة يدعى
عليه التملك ولو أقر القاطع والاخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضى يضمنان لانهم ما أقر بسبب

(قوله ومن تظاير هذه المسائل ما لو قال الوصي الخ) قال قاضيان رحمه الله في كتاب الوصايا في فصل في تصرفات الوصي في مال اليتيم وإذا بلغ الصبي وطلب ماله من الوصي فقال الوصي ضاع مني كان القول قوله لأنه أمين وإن قال أنفق ماله عليك يصدق في نفقة مثله في تلك المدة ولا يقبل قوله فيما يكذبه الظاهر وإذا اختلفا في المدة فقال الوصي مات أبوه منذ عشر سنين وقال اليتيم مات أبي منذ خمس سنين ذكر في الكتاب أن القول قول الابن واختلف المشايخ قال شمس الأئمة السرخسي المذكور في الكتاب قول محمد أما على قول أبي يوسف القول قول الوصي وهذه أربع مسائل أحدها هذه والثانية إذا ادعى الوصي أن الميت ترك رقبة فأنفقت عليهم إلى وقت كذا ثم مات وكذبه الابن قال محمد والحسن بن زياد أن القول قول الابن وقال أبو يوسف القول قول الوصي وأجمعوا على أن العبيد لو كانوا أحياء كان القول قول الوصي والمسئلة الثالثة إذا ادعى الوصي أن غلاما لموصى أتى بخاءه رجل فأعطيت جعله أربعين درهما والابن ينكر الابن كان القول قول الوصي في قول أبي يوسف وفي قول محمد والحسن بن زياد القول قول الابن لأن اليتيم يدينه على ما ادعى وأجمعوا على أن الوصي لو قال استأجرت رجلا ليرده فإنه يكون مصدقا والمسئلة الرابعة إذا قال الوصي أدبت خراج أرضك عشر سنين منذ مات أبوك وقال اليتيم انما مات أبي منذ خمس سنين كان القول قول الابن في قول محمد لأن الوصي يدعي تاريخا سابقا وهو ينكر وعلى قول أبي يوسف القول قول الوصي لأن اليتيم يدعي عليه وجوب تسليم (٢٠٦) المال وهو منكر فيكون القول قوله في هذه المسائل وإن قال الوصي

فرض القاضي لا خيف الزمن نفقة في مالك كل شهر كذا فأدبت إليه لكل شهر منذ عشر سنين وكذبه الابن لا يقبل قول الوصي عند الكل ويكون ضامنا اه

كتاب الشهادة

قال الكمال الشهادة لغة اخبار قاطع وفي عرف أهل الشرع اخبار صدق باثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء فتخرج شهادة الزور فليست شهادة وقول القائل في مجلس القاضي أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات اه

الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لافي إبطال سبب ضمان على غيره بخلاف الأول لأنه ثبت فعليه في قضائه بالتصادق فإن قيل قد وجد الأسناد منهم أيضا إلى حاله معهودة منافقة للضمان فوجب أن لا يضمنوا أيضا كلقاضي قلنا إن هذه حجة عارضها ما هو أقوى منها يقتضي وجوب الضمان وهو الإقرار بسبب الضمان لأن هذه حجة قطعية لكن إقرار كل مقر حجة قطعية على نفسه وما ذكرنا من قضاء القاضي في حقهما حجة ظاهرة لا قطعية والظاهر لا يعارض القطعي وكان ينبغي أن يكون في حق القاضي كذلك ويجب عليه الضمان لكن لو أوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس عن تقلد القضاء حذر الضمان بعد العزل فترك لذلك ولو كان المال في يد الأخذ فائما وقد أقر بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه لأنه أقر أن اليد كان له فلا يصدق في دعوى تلكه إلا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه وهو نظير مسئلة الغلبة على ما بينا ومن تظاير هذه المسائل ما لو قال الوصي بعدما بلغ اليتيم أنفق عليه كذا وكذا من المال وأنكر اليتيم ذلك كان القول قول الوصي لما أنه أسند إلى حالة منافقة للضمان وأورد في النهاية على المسائل المتقدمة ما إذا أعتق المولى أمته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقالت هي قطعها وأنا حرة كان القول قولها وكذا في كل شيء أخذ منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكر للضمان بأسناده الفعل إلى حالة منافقة له فأجاب بالفرق بينهما ما من حيث أن المولى أقر بأخذ مالها ثم ادعى التملك لنفسه فصدد في إقراره ولا يصدق في دعواه التملك وكذا لو قال لرجل أكلت طعامك باذنك فانكر الأذن بضمن المقر وهذا الفرق غير محض والله أعلم

كتاب الشهادة

وكتب ما نصه قال الاتقاني ذكر الشهادات بعد كتاب القضاء لأن القاضي يحتاج في حكمه إلى الشاهد فكان ذلك من تمة حكمه وقال الكمال يتبادر أن تقدم على القضاء أولى لأن القضاء موقوف على ما إذا كان ثبوت الحق به إلا أنه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة تقدمت مدة المقصود على الوسيلة اه وكتب أيضا ما نصه قال العيني ومعناها الحضور قال عليه السلام الغيبة لمن شهد الواقعة أي حضرها والشاهد أي حاضرها وبما حضره القاضي ومجلس الواقعة وفي الشرع ما ذكره الشيخ بقوله وهي أي الشهادة أخبار بحق لشخص على غيره عن مشاهدة القضية التي يشهد بها بالتحقيق وعن عيان أي عن معاينة لتلك القضية والإشارة إليه بقوله عليه الصلاة والسلام إذا علمت مثل الشمس فاشهدوا لا فادع ثم أكد معنى الشهادة بقوله لا عن تخمين وهو القول بالحدس قاله الجوهري وهو مصدق بالتحديد ومادته خاء معجمة وميم ونون والتخمين والحدس في الأخبار لا يفيد التحقيق واليقين فلا يجوز الشهادة به وأكده معنى العيان بقوله ولا عن حسابان بكسر الحاء من حسبه كذا أحسبه بالفتح محسبه ومحسبه وحسبان أي ظننته ويقال أحسبه بالكسر شاذ وأما حسابان بالضم فهو مصدر من حسب يحسب من باب نصر ينصر إذا عتد وجعل الشارح هذا معنى لغويا للشهادة ثم قال وهي في اصطلاح أهل الشريعة عبارة عن أخبار يصدق مشروط في مجلس القضاء ولفظة الشهادة وليس كذلك لأن معناها اللغوي الحضور كما ذكرناه وهذا معناه الاصطلاحي وقوله أخبار عن مشاهدة وعيان هو أخبار يصدق

وأما كونه في مجلس القضاء فليس من تمام الحد وانما هو من شروط الشهادة وشروط الشيء خارج عن ذاته كما عرف اه (قوله وركنها لفظ أشهد) وفي قول القائل في مجلس القاضي أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات اه فتح (قوله ولكن ترك ذلك بالنصوص) كقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ونظيره من الكتاب والسنة كثيرة اه (قوله في المتن ويلزم بطلب المدعى) قال الكمال وسبب وجوبها طلب ذي الحق أو خوف فوت حقه فان من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه أن يشهد بطلبه وشروطها البلوغ والعقل والولاية تخرج الصبي والعبد والسمع والبصر للحاجة الى التمييز بين المدعى والمدعى عليه ولم يذكر الاسلام لان الدين أصل الشهادة في الجملة وركنها لفظ الخاص الذي هو متعلق الاخبار اه وكتب أيضا مانصه وقال الكمال وسببية الطلب تثبت بقوله تعالى ولا يأتى الشهادة اذا ادعوا وسببية خوف الفوت بالمعنى وهو أن سببية الطلب انما تثبت كيلا يفوت الحق اه (قوله وان أدعى غيره ولم تقبل شهادته يأثم) قال الكمال وعن النقية أبي بكر فيمن (٣٠٧) لا يعرفه القاضي ان علم أن القاضي لا يقبله

نرجو أن يسعه أن لا يشهد وفي العمود ان كان في الصك جماعة تقبل شهادتهم دونه وسعه أن يمنع وان لم يكن أو كان لكن قبولها مع شهادته أسرع وجب وقال شيخ الاسلام اذا ادعى فاجر بلا عذر ظاهر ثم أدى لا تقبل التمكن التهمة فيه اذ يمكن أن تأخيره بعذر ويمكن أنه لاستجلاب الاجرة اه والوجه أن يقبل ويحمل على العذر من نسيان ثم تذكر أو غيره اه وكتب أيضا في المجتبى عن الفضل تحمل الشهادة فرض على الكفاية كدائها والاضاعت الحسوق وعلى هذا الكاتب الا أنه يجوز أخذ الاجرة على الكتابة دون الشهادة فيمن تعينت عليه باجاعة الفقهاء وكذا من لم يتعين عندنا وبه قال

قال رحمه الله (هي اخبار عن مشاهدة وعيان لاعن تخمين وحسبان) هذا في اللغة فلهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ على المعاينة وسمى الاداء شهادة اطلاقا لاسم السبب على المسبب وقيل هي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر مجلس القاضي ومجلس الواقعة وهي في اصطلاح أهل الشريعة عبارة عن اخبار بصدق مشروط فيه مجلس القضاء ولفظة الشهادة فشرطها العقد الكامل والاضط والولاية والقدر على التمييز بين المدعى والمدعى عليه وركنها لفظ أشهد بمعنى الخبر دون القسم وحكمها وجوب الحكم على القاضي بما تقتضيه الشهادة والقياس أي أن تكون الشهادة حجة ملزمة لانه خبر محتمل للصدق والكذب ولكن ترك ذلك بالنصوص والاجماع قال رحمه الله (ولزم بطلب المدعى) أي يلزم أداء الشهادة ولا يسع كتمانها اذا طلب المدعى لقوله تعالى ولا يأتى الشهادة اذا ادعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه وهذا وان كان كتمان الاباء وعن الكتمان لكن النهي عن الشيء يكون أمرا بضده اذا كان له ضد واحدا لان الانتهاء لا يكون الا بالاستغناء به فكان أداء الشهادة فرضا قطعيا كفر بوضه الانتهاء عن الكتمان فصار كالامر به بل كدولهذا أسند الاثم الى الالة التي وقع بها الفعل وهي القلب لان اسناد الفعل الى محله أقوى من اسناده الى كاه وقولهم أبصرت به يعني آكد من قولهم أبصرت واسناده الى أشرف الجوارح دليل على أنه أعظم الجرائم بعد الكفر بالله تعالى ثم انما يأثم اذا علم أن القاضي يقبل شهادته وتعين عليه الاداء وان علم أن القاضي لا يقبل شهادته أو كانوا جماعة فادى غيره ممن تقبل شهادته فقبلت فقالوا لا يأثم وان أدى غيره ولم تقبل شهادته يأثم ثم لم يؤد اذا كان ممن تقبل شهادته لان امتناعه يؤدي الى قضيع الحقوق وهذا اذا كان موضع الشاهد قريباً من موضع القاضي وان كان بعيداً بحيث لا يمكنه أن يغدو الى القاضي لاداء الشهادة ويرجع الى أهله في يومه ذلك قالوا لا يأثم لانه يلحقه الضرر بذلك وقال تعالى ولا يضار كاتب ولا شهيد ثم ان كان الشاهد شيخاً كبيراً لا يقدر على المشي الى مجلس القاضي وليس له شيء من المركوب فأركبه المدعى من عنده قالوا لا بأس به وتقبل شهادته لانه من باب الاكرام للشهود وقد قال عليه الصلاة والسلام أكرموا الشهود وان كان يقدّر وأركبه المدعى من عنده قالوا لا تقبل قال رحمه الله (وسترها في الحدود أحب) لقوله عليه الصلاة والسلام للذي شهد عنده لو سترته بشوبك لكان خيرا لك وهذا الحديث ولفظ المختصر يدل على أنه

الشافعي في قول وفي قول يجوز لعدم تعينه عليه ويستحب الأشهاد في العقود الا في النكاح فانه يجب وفي الرجة عند الشافعي وأجد اه كما في (قوله قالوا لا يأثم لانه يلحقه الضرر بذلك) قال الكمال قالوا يلزم اذا كان مجلس القاضي قريباً فان كان بعيداً فعن نصران كان بحال يمكنه الرجوع الى أهله في يومه يجب لانه لا ضرر عليه فلو كان شيخاً لا يقدر على المشي فأركبه الطالب لا بأس به وعن أبي سليمان فيمن أخرج الشهود الى ضيقة فاستأجر لهم جيرا فركبوا لا تقبل شهادتهم وفيه نظر لانها العادة وهي اكرام للشهود وهو مأثور به وفصل في النوازل بين كون الشاهد شيخاً لا يقدر على المشي ولا يجد ما يستأجر به دابة فيقبل وما ليس كذلك فلا يقبل ولو وضع للشهود طعاماً كانوا ان كان مهياً من قبل ذلك يقبل وان صنعه لاجلهم لا يقبل وعن محمد لا يقبل فيه ما وعن أبي يوسف يقبل فيه ما وهو الاوجه للعادة الجارية باطعام من حل محل الانسان ممن يعز عليه شاهداً أولاً يؤنسه ما تقدم من أن الاهداء اذا كان بلا شرط ليقضى حاجته عند الأمير يجوز كذا قيل وفيه نظر فان الاداء فرض بخلاف الذهاب الى الأمير اه

(قوله ولقوله عليه السلام) أي من رواية (٢٠٨) أبي هريرة اه كمال (قوله من ستر على مسلم ستر) الذي في الفتح ستره الله وكتب

مخبرين الستر والظهار ولكن الستر أفضل لما روينا لقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين المقر للدرع عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه دلالة ظاهرة على أن الستر أفضل وإن شاء أظهر لأن فيه حسبة أيضا لأن فيه إزالة الفساد أو تقليد فكان حسنا ولا يلزم على هذا قوله تعالى إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا الآية لأن ظاهر الآية والله أعلم يقتضي أنهم يحبون أن تشيع فيهم الفاحشة لأجل أنهم آمنوا وذلك صفة الكافر فلذلك وعدوا بعذاب أليم ولأن مقصود الشاهد ارتفاع الفاحشة من العباد لا إشاعتها ولهذا أمر الله تعالى بالاسماد به بقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعاً منكم فلهذا حسن والاول وهو الستر أحسن لما بينا ولا يلزم عليه قوله تعالى ومن يكتمها فإنه آثم قلبه لأن المراد به حقوق العباد بدليل قوله تعالى ولا ياب السهم إذا ما دعوا أي إذا دعاهم المذنب إذا الحدود ليس لها مدعى ولا يرفعها ولا يرفعها الله تعالى والله غني عن كل شيء مع كرمه ولطفه بعباده والعبد محتاج شح فليقتض أن أحد الحقيقتين على الآخر قال رحمه الله (ويقول في السرقة أخذ لا سرق) لأن الشهادة بالمال واجب إذا طلبة المدعي والستر في الحد أفضل على ما بينا وأمكنه الجمع بينهما ما قاما الحقيقتين بقوله أخذ لأنه يحكي به حق المدعي ولا يجب به الحد ولأن القطع متى وجب عليه سقط الضمان إذا لا يجتمعان فلا يحصل مقصود المدعي بقوله سرق فيسقط ما راعاه لحقه أذ هو محتاج إليه وفيه صيانة للسارق والله غني عن كل شيء فلا ضرورة إلى إقامته قال رحمه الله (وشرط لنا أربع رجال) لقوله تعالى والآل في آيات الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعاً منكم ولقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فليكن لهن العقاب ما ينص الله لهن من غير أن يأتوا بأربعة شهداء ولقوله تعالى ولا جناح عليكم في الدماء بأربعة شهداء ولقوله عليه الصلاة والسلام اثبت بأربعة شهداء على صدق مقالته وهذه اللفاظ موضوعة للحدود الموثقة وقد انعقد الإجماع على اشتراط ذلك كونه على أربع رجال لأن الله تعالى يحب الستر على عباده وأعد بالعذاب من أحب إشاعة الفاحشة على المؤمنين بما تلوينا وفي اشتراط الأربع مع وصف المذكورة تحقيق معنى الستر ووقوف الأربع على هذه الفاحشة قلباً يتحقق وأوجب على من نسب إلى هذه الفاحشة الحدان كان أجنبياً واللعان أن كان زوجاً كل ذلك يؤكده معنى الستر وينع من الظهار ولا يقال ليس في هذه النصوص إلا بيان جواز العمل بهذا العدد وليس فيه بيان ما يمنع العمل بأقل منه لانا نقول هو كذلك لأن التخصيص بالذكري لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء كونه زوجاً ولكن لا بوجبه أيضاً فمن ادعى جواز ما دونه يحتاج إلى دليل كما أن النافي للحكم عند انتفائه لا ينفيه إلا لعدم دليل يقتضيه إذا ثبت الحكم الشرعي بغير دليل وقد وجد الدليل على انتفائه عند انتفاء العدد المذكور وهذا هو إجماع الصحابة ومن بعدهم إلى يومنا هذا أن الشهود على الزنا إذا نقص عددهم عن الأربع يجب عليهم الحد ككونهم قدفة ألا ترى أن عمر رضي الله تعالى عنه حد الثلاثة الذين شهدوا على مغيرة بالزنا ولو كان الزنا يثبت بعبادته لما وجب عليهم الحد بل كان يجب على المنسوب إلى الزنا ولا يمكن القياس على غيره من الحقوق لعدم التساوي ولو جود النص في الفرع وشرط القياس المساواة بين الأصل والفرع وأن لا يكون في الفرع نص يمكن العمل به قال رحمه الله (ولبيعة الحدود والقصاص رجلان) الحديث الزهري مضى السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفة فتم من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص وقال تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولأن شهادة النساء فيها شبهة البدلية لأن كل اثنين منهن قائمة مقام رجل فلا يقبل فيما يدرأ بالشبهات كما لا يجوز فيها كتاب القاضي إلى القاضي وإنما كانت فيها شبهة البدلية لاحتمال البطلان الحقيقي لا بصار إليه مع القدرة على الأصل غالباً وشهادة امرأتين مع رجل تقبل مع وجود الشهود من الرجال ومعنى قوله تعالى فإن لم يكونا رجلين فالوا ان لم يشهدا حال كونهما رجلاً فليشهد رجل وامرأتان ولولا هذا التأويل لما اعتبر شهدا تهن مع وجود

أيضا قوله ولقوله صلى الله عليه وسلم من ستر الخ زواه الخاري ومسلم اه فتح (قوله وإن شاء أظهر لأن فيه حسبة أيضا) قال في الهداية والشهادة في الحدود يخبر فيها الشاهد في الستر والظهار لأنه بين حسبتين إقامة الحد والتوقي عن الهتك والستر أفضل اه قال الكاكي والحسبة ما ينتظر به الاجر في الآخرة وفي الصحاح احتسب بكذا أجزأ عند الله تعالى والاسم الحسبة بالكسر وهي الأجر والجمع الحسب اه (قوله والاول وهو الستر أحسن لما بينا) قال الاتقاني فان قلت كيف كان الستر أفضل مع تنصيص قوله تعالى ولا تكتموا الشهادة قلت الآية نزلت في المدائنة في حقوق العباد لا في الحدود بدلالة الأحاديث التي رويها أنفا اه (قوله وأمكنه الجمع بينهما باقامة الحقيقتين بقوله أخذ) أي فان الأخذ أهم من كونه غصبا أو على ادعاء أنه ملكه مودعا عند الأخذ منه وغير ذلك فلا يستلزم الشهادة بالأخذ مطلقاً ثبت الحد بها اه كمال (قوله وشرط القياس المساواة بين الأصل والفرع) أي لأن الزنا أعظم الجرائم ولهذا شرع فيه الرجم فلا يقاس على غيره اه من خطه (قوله في المتن وليقية الحدود والقصاص رجلان) ولا تقبل فيها شهادة النساء اه الرجال (قوله والخليفة فتم من بعده) وتخصيص الخليفة يعني أبابكر وعمر رضي الله عنهما لأنهما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الأحكام

الرجال

في زمانهم او بعدهما ما كان من غيرهم الا الانباع اه فتح (قوله وقال ابن أبي ليلى يشترط أن يشهد فيه ثنتان من النساء) وهو قول مالك والثوري اه (قوله وحكم شهادتهن في الولادة والبكارة) قال الكمال وأما حكم البكارة فانهم يرون أنها بكرة يؤجل العنين سنة فاذا مضت فقال وصلت اليها وانكرت ترى النساء فان قلن هي بكر تخير (٣٠٩) فان اختارت الفرقة فارق الحال وانما فرق

بقوله ان لا يشهد به ثنتان من النساء
وهي موافقة الاصل اذ
البكارة أصل ولولم يتأيد
شهادتهن بمؤيد اعتبرت
في توجه الخصومة لافي
الزام الخصم وكذا في رد
المبيع اذا اشتراها بشرط
البكارة فقال المشتري هي
ثيب برها النساء فان قلن
هي بكر لزمت المشتري لتأيد
شهادتهن بمؤيد هو الاصل
وان قلن ثيب لم يثبت حق
الفسخ لان حق الفسخ
قوى وشهادتهن ضعيفة
ولم يتأيد بمؤيد يمكن يثبت
حق الخصومة ويتوجه
الميل على البائع لقد سلمتها
بحكم المبيع وهي بكر فان
لم يكن قبضها حلف بالله
لقد بعته وهي بكر فان نكل
ردت عليه وان حلف
لزمت المشتري اه (قوله
وعندهما نقبل لان
الاستهلال الخ) قال الكمال
وأما في حق الارث فعندهما
كذلك وعند أبي حنيفة
لا تقبل الا بشهادة رجل
أو رجل وامرأتين لان
الاستهلال صوت مسموع
والرجال والنساء فيه سواء
فكان مما يطلع عليه الرجال
وهما يقولان صوته يقع عند
الولادة وعندها لا تخضر

الرجال وشهادتهن معتبرة عندهم عند الاختلاط أيضا حتى اذا شهد رجل ونسوة بشئ يضاف الحكم
الى الكل حيث يجب الضمان على الكل عند الرجوع قال رحمه الله (ولو ولادة والبكارة وعميوب
النساء فيما لا يطاع عليه رجل امرأة) يعني يشترط لثبوت هذه الاشياء شهادة امرأة لقوله عليه الصلاة
والسلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع الخلى بالان واللام اذا لم يكن ثم
معهود يراى بالجنس فيتناول الاقل وقال حذيفة رضي الله تعالى عنه أجاز رسول الله صلى الله عليه
وسلم شهادة القابلة على الولادة وقال الشافعي رحمه الله يشترط فيه أن يشهد أربع نساء لان كل
امرأتين بقومان مقام رجل واحد في الشهادة وقال ابن أبي ليلى يشترط أن يشهد فيه ثنتان من النساء
لان المعتبر في باب الشهادات شيان العدد والذكورة وتعد اعتبارا أحدهما فبقى الآخر وهو العدد على
حاله والحجة عليه ما ماروينا ولأنه انما سقط اشتراط صفة الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس أخف
فكذلك سقط اعتبار العدد لان نظر الواحد أخف والاحوط الاثنان أو الاكثر لما فيه من معنى الازام
ويشترط فيها سائر شرائط الشهادة من الحرية والاسلام والعقل والبلوغ والعبد الله وحكم شهادتهن في
الولادة والبكارة والعميوب قد سد كذا كل واحد منها في موضعهما من الطلاق والبلوغ وأما شهادتهن في
استهلال الصبي لا تقبل في حق الارث عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه مما يطلع عليه الرجال وتقبل في حق
الصلاة عليه لأنه من أمور الدين كشهادتهن في هلال رمضان وروايتها الاخبار وعندهما تقبل لان
الاستهلال علامة حياته ولا يعرفه الا من حضره ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس
الولادة ويقبل في الولادة شهادة رجل واحد أيضا لأنه لما قبل فيه شهادة المرأة كان الرجل بالطريق الاولى
ثم اختلفوا فيما اذا قال تعدت النظر قال بعضهم تقبل كافي الزنا قال رحمه الله (ولغيرها رجلان أو رجل
وامرأتان) أي يشترط لغير الحدود والقصاص وما لا يطلع عليه الرجال شهادة رجلين أو رجل وامرأتين
سواء كان الحق مالا أو غير مال كالنكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصاية ونحو ذلك مما ليس بمال
وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لان
الاصل عدم قبول شهادتهن لانهن صان العدل واختلال الضبط وقصور الولاية قائم لا تصلح للخلافة ولهذا
لا تقبل شهادتهن وحدهن وان كثرن ولا مع الرجال في الحدود والقصاص وانما قبلت في الاموال وتوابعها
للضرورة والكثرة وقوعها وقلة خطرها ولا كذلك غير المال ولنا ما روي أن عمر وعلاء رضي الله عنهما أجازا
شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة ولأنهم حاجة أصلية لا ضرورة والاصل فيها القبول لوجود ما يبنى
عليه أهلية الشهادة وهي الولاية وهي تبنى على الحرية والارث ولوجود أهلية القبول وهي تبنى على انتفاء التهمة
بالكذب والغلط والكذب يتحقق بالعدالة والغلط يتحقق بانقضاء المعايضة والضبط والاداء بالاول يحصل العلم
للساهد وبالثاني يحصل به البقاء والدوام والثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا تقبل روايتها في الاخبار وكان
ينبغي أن تقبل شهادتهن مطلقا كالرجال ولكن جاء النص بخلافه كيلا يكثر خروجهن ونقصان الضبط
بزيادة النسيان انما يجبر بضم أخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة وهذه الحقوق تثبت مع الشبهة كاللابل
فوقه ألا ترى أن النكاح ثبت مع الهزل وكذا الطلاق والعتاق والمال لا يثبت به شيء وأي شبهة أقوى من
الهزل بخلاف الحدود والقصاص لانها لا تثبت مع الشبهة قال رحمه الله (ولا لكل لفظ الشهادة والعدالة)
أي يشترط لجميع مراتب الشهادة وهي أربع مراتب على ما ينال لفظ الشهادة والعدالة لكي تقبل

(٢٧ - زيلعي رابع) الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة ويقولهما قال الشافعي ومالك وأحمد وهو أرى (قوله وتقبل في
الولادة شهادة رجل واحد أيضا) في المبسوط لو شهد بالولادة رجلان قال فاجابتهما فاتفق نظري اليها يقبل ان كان عدلا ولو قال تعدت النظر
لا يقبل وبه قال بعض أصحاب الشافعي وقال بعض مشايخنا ان قال تعدت النظر أيضا تقبل وبه قال بعض أصحاب الشافعي اه كي وفتح

(قوله حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل الخ) وثالث وهو التفسير حتى لو قال أشهد على شهادته أو مثل شهادته لا تقبل وكذا مثل شهادة صاحبه عند الخصاف للاحتمال اه كمال (قوله والعبد الذي المعينة للصدق) فان الشهادة اخبار يحتمل الصدق والكذب على السواء بالنظر الى نفس (٣١٠) المفهوم فبدل لا يلزم كونه صدقا حتى يعمل به اه فتح (قوله اذا الفاسق أهل لولاية

حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل شهادته لان النصوص ناطقة بالاستشهاد فلا يقوّم مقامها غيرها لما فيها من زيادة توكيد لانها من ألفاظ اليمين فيكون معنى اليمين ملاحظا فيها وامتناعه عن الكذب بهذا اللفظ أشدّ دلالة وجده هذا المعنى في غيرها من الألفاظ بخلاف غيرها من الاوامر حيث لا يراعى فيه اللفظ الذي ورد به الامر بل يتأني بكل لفظ يعطى ذلك المعنى كالتكبير والايان حتى صحّ الدخول في الصلاة بافظ التكبير وغيره مما هو في معناه وكذلك الايمان يجوز بأى لفظ كان حصول المقصود به ولان في الشهادة الزام الخسا كم الحكم وثبت ذلك على خلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص والعراقيون لا يشترطون لفظة الشهادة في شهادة النساء فبما لا يطالع عليه الرجال ويجهلونه من باب الاخبار لامن باب الشهادة والصحيح هو الاول لانه من باب الشهادة ولهذا يشترط فيه شرائط الشهادة من الحرية ومجلس الحكم وغيره مما والعبد الذي المعينة للصدق قال الله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم وقال تعالى عن ترضوت من الشهادة والعدل هو المرضي ولان من مباشر غير الكذب من المعاصي قديما مباشرا الكذب وهذا لان الخبر يحتمل الصدق والكذب وبالعدالة ترجح جهة الصدق وهي الاتزان بما يعتقده من جهة والحجة هو الخبر الصدق ولا يلزم حجة دونها وهي شرط لزوم العمل بالشهادة لا شرط أهلية الشهادة اذا الفاسق أهل لولاية القضاء والسلطنة فيكون أهلا للشهادة الا أن فسقه أو جب التوقف في خبره لمتمته قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أمر بالتبين والتثبت لا بالرد حتى اذا غلب على ظنه أنه صادق في الشهادة جاز أن يحكم به وعن أبي يوسف رحمه الله أن الفاسق اذا كان وجهيا في الناس ذاهرواؤه تقبل شهادته لعدم تمكن تهمة الكذب في شهادته لانه لو جاهدته لا يتجاسر أحد على استنجاها لاداء الشهادة ولما وأنه يمنع عن الكذب من غير منفعة له في ذلك والاول أصح لما ذكرنا ولان في قبول شهادته اكرامه قال عليه الصلاة والسلام أكرموا الشهود فان الله تعالى يحب المحقوقين بهم وفي حق الفاسق أمرنا بخلافه قال عليه الصلاة والسلام اذا لقيت الفاسق فاقه بوجهه مكفهر ومن يكون معناه بالفاسق فلا مروءة له شرعا فلا يلزم قبول شهادته حتما على وجه لا بد منه قال رحمه الله (ويسأل عن الشهود سرا وعلانية في سائر الحقوق) وهذا عند أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة بقتصر على ظاهر عدالة المسلم ولا يسأل عن الشاهد حتى يطعن الخصم فيه فان طعن فيه سأل عنه سرا وجهرا الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عنه في السر والعلانية وان لم يطعن فيه الخصم لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا المحرود في ذنوب ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه وظاهر قوله تعالى وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس يشهد له ولان الظاهر هو الاتزان جارا لان عقله ودينه يمنعه عن مباشرة القبيح فاكتفى بالظاهر لعدم المنازع وان كان الموضوع موضع استحقاق كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده اذا لم يكن له منازع وهذا لانه لا يمكن الوصول الى القطع لخفاها ولو ذكر في خبر عن عدالة من منسكا بظاهرها لانه أقصى ما يستدل به على عدالة من جاره عن محظورات دينه واجتماعه على الطاعات وهي دلالة ظاهره علمه وايمت بقطعية فلا حاجة الى اشتراط السؤال الا اذا طعن الخصم فيه لانه لا يطعنه كذا بظاهر افتقار الظاهر ان فوجب الترجيح بالاستقصاء بخلاف الحدود والقصاص لانهم ما يدان بالشبهة ويحتاج الى اسقاطها فاستقصى في ما ابتداء من غير طعن خصم رجاء أن يسقطا وله ما ان القضاء يبنى على الحجة ولا تقع الحجة الا بشهادة العدول على ما بينا والعدالة قبل السؤال ثابتة

القضاء والسلطنة) قال الكمال الا أن القاضي اذا قضى بشهادة الفاسق يتخذ عندنا ويكون القاضي عاصيا اه (قوله وعن أبي يوسف أن الفاسق اذا كان وجهيا في الناس الخ) كمباشرى السلطان والمكسبة وغيرهم اه فتح (قوله مكتهر) أي شديد العبوسة اه (قوله وهذا عند أبي يوسف ومحمد) ومذهب الشافعي كقولهما اه غاية (قوله الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عنه في السر والعلانية) أي ويستقصى درء الحد لقوله عليه الصلاة والسلام ادروا الحدود وبالشبهات اه (قوله فاكتفى بالظاهر لعدم المنازع الخ) ولان السلف الصالح لم يسألوا عن الشهود بل اكتفوا على ظاهر العدالة وأول من سأل عنهم ابن شجرة فدل اتفاقهم على ظاهر عدالة الاسلام كذا في شرح الاقطع اه اتقاني (قوله كالشفيع يستحق الشفعة الخ) أما لو جحد المشتري ملكيته لدار التي يشفع بها الشفيع فلا بد من إقامة البينة خلافا لغير المسئلة مشهورة اه (قوله لانه لا يطعنه كذا بظاهر افتقار الظاهر ان) أي وهما كون الشاهد المسلم لا يكذب بظاهرا بالظاهر فكذلك الخصم مسلم لا يكذب في طعنه ظاهرا فوجب السؤال ترجيحا لاحد الظاهرين على الآخر وهذا كدعي الشفعة بالخوار حيث لا يلزمه القاضي إقامة البينة على ملك الدار فاذا طعن الخصم في شدي لزمه إقامة البينة لان الظاهر لا يعتبر للالزام اه

بالظاهر
فكذلك الخصم مسلم لا يكذب في طعنه ظاهرا فوجب السؤال ترجيحا لاحد الظاهرين على الآخر وهذا كدعي الشفعة بالخوار حيث لا يلزمه القاضي إقامة البينة على ملك الدار فاذا طعن الخصم في شدي لزمه إقامة البينة لان الظاهر لا يعتبر للالزام اه

(قوله وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان) وذلك لان الغالب في زمان أبي حنيفة الصلاح بخلاف زمانه ما قبله فأتى في القرن الثالث وهو المشهود له بالصلاح منه صلى الله عليه وسلم حيث قال خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم وهما أفضا بالقرن الرابع فقيهه نظر فإن أبا حنيفة توفي في عام خمسين ومائة فكيف أتى في القرن الثالث وقوله خير القرون الخ إنبات الخيرية بالتدريج والتفاوت لا يستلزم أن يكون في الزمان المتأخر غلبة الفسق والظاهر الذي ثبت بالغالب أقوى من الظاهر الذي ثبت بنظر حال الاسلام وتحقيقه أنا لما قطعنا بغلبة انفسق وقد قطعنا بان من التزم الاسلام لم يجتنب محارمه ولم يبق مجرد التزام الاسلام منظمة لعدم الفكان ان الظاهر الثابت بالغالب الى معارض اه كمال (قوله وهي الرقعة الى المعدل) وسيمت بهم السبرها (٣١١) عن نظر العوام اه غاية (قوله ولا بد في التعديل في العلانية الخ) قال الاتقاني وصورة تركية

العلانية أن يجمع القاضي بين المعدل والشاهد فيقول المعدل للشاهد الذي عدله هذا الذي عدلته اه
 ﴿فرع﴾ اذا شهد عدل ثم شهد لا يستعدل الا اذا طالت فوقت محمد شهر وأبو يوسف سنة ثم رجع وقال سنة أشهر كذا قال الكمال رحمه الله في فتح القدير وسبأني هذا الفرع اه
 ﴿فرع﴾ لو تاب الفاسق لا تقبل شهادته مالم يرض سنة أشهر وقال بعضهم سنة ولو كان عدلا فشهد بالزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدته اه كمال قال في فتاوى قاضيخان في أوائل كتاب الشهادة الفاسق اذا تاب لا تقبل شهادته مالم يرض عليه زمان نظهر فيه التوبة ثم بعضهم قدر ذلك بستة أشهر وبعضهم قدره بسنة والصحيح أن ذلك منوط الى رأى

الظاهر وهو لا يصلح حجة للاستحسان فوجب التعرف عن أصابته لقضائه عن البطالان واستناد الحكم الى البرهان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لان أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه كان في القرن الثالث وهم ناس شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير والصلاح بقوله عليه الصلاة والسلام خير القرون قرني الذي أنا فيه ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم بنفوس الكذب حتى يخلف الرجل قبل أن يستخلف ويشهد قبل أن يستشهد والآية التي تلونا والحديث الذي روينا يدلان على ذلك وهما كانا في القرن الرابع بعد ما تغير أحوال الناس وظهرت الخيانات والكذب فأفتى كل واحد بما شاهد في زمانه والفتوى اليوم على قولهما لان الفساد في هذا العصر أكثر ثم التعديل في السران يبعث المستورة وهي الرقعة الى المعدل فيها اسم الشاهد ونسبه وحليته ومسجده الذي يصل فيه ومحلته وسوقه ان كان سوقيا فيسأل عن جيرانه وأصدقائه فإذا عرفهم فن عرفه بالعدل لا يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي انه عدل جائز ان الشهادة ومن عرفه بالفسق يسكت ولا يكتب احترازاً عن الهتك ويقول الله أعلم الا اذا عدله غيره وخاف أن يحكم القاضي بشهادته فينشد بصرحه ومن لم يعرف حاله يكتب تحت اسمه انه مستور ويرد المعدل المستورة سراً كيلا يظهر فيؤذى ولا بد في التعديل في العلانية من أن يجمع بين المعدل والشاهد لئلا تنفي شبهة تعديل غيره عن القاضي لاحتمال أن يكون في قبيلته من يوافقه في الاسم وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول لان الشوك كانت لاهل الخير ولم يقدر عليهم أهل الشر ويكتفي بالسري زماناً لما ذكرنا وقال محمد رحمه الله تركية العلانية بلا وقتنة ولا بد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد والمحدود في قذف اذا تاب يكون عدلاً والأصح أنه يكتفي بقوله هو عدل لان من نشأ في دار الاسلام في زماناً كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام ولهذا لا يسأل القاضي عن حرية الشاهد واسلامه مالم يرازعه الخصم وما ذكره في الجامع أن الناس أحرار الا في الشهادة والحدود والقصاص والعقل فإنه لا يكتفي بظاهر الحرية في هذه المواضع بل يسأل عنها محمول على ما اذا طعن الخصم بالرق فان أبا الحسنين ذكر في مختصره ان الناس أحرار الا في أربع مواضع الشهادة والحدود والقصاص والعقل فإنه لا يكتفي بظاهر الحرية في هذه المواضع اذا قال المتدعي عليه ان الشاهد عبد أو قال القاذف المذوق عبد أو قال الشايع المشجوع عبد أو قالت العاقلة القتال عبد لا تقبل شهادته ولا يجب حذف القصاص فيما دون النفس والادوية على العاقلة حتى يقيم البينة انه حر وهي نظير العدالة عند أبي حنيفة رحمه الله فان القاضي يحكم بظاهر العدالة فيهم بكونهم من المسلمين مالم يطعن الخصم فيهم فاذا طعن الخصم سأل على ما بينا قال رحمه الله (وتعديل الخصم لا يصلح)

القاضي والمعدل ومن اتهم بالفسق لا تبطل عدلته والمعدل اذا قال لشاهد هو متهم بالفسق لا تبطل عدلته اه (قوله لاحتمال أن يكون في قبيلته من يوافقه في الاسم) أي والنسبة والصفة فيجمع بينهما فيقول هذا هو الذي عدلته قطعاً الشريعة اه اتقاني (قوله ويكتفي بالسري زماناً لما ذكرنا) أول من سأل في السر القاضي شرح فقيه له أبا حنيفة فقال أحدثتم فأحدثنا اه كفاية (قوله وقال محمد رحمه الله تركية العلانية بلا وقتنة) وذلك لان الشهود يبايعون المترك اذا جرحهم بالاذى وتقع بينهم وبينه العداوة اه غاية (قوله والأصح أنه يكتفي بقوله هو عدل) والاول أحوط لانه ربما يكون الشاهد عدلاً ولا يكون حراً فلا يجوز شهادته اه غاية (قوله في المتن وتعديل الخصم الخ) قال الكمال ثم قال أبو حنيفة تفرده على قول من رأى أن يسأل عن الشهود بلا طعن لا يقبل قول الخصم يعني المتدعي عليه اذا قال في شهود المتدعي هم عدول فلا تقع به التزكية لان في زعم المتدعي وشهوده أن الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح

معدلا لان العدالة في المزكى شرط بالاجماع اه (قوله هكذا قال أبو حنيفة) أي قال أبو حنيفة في الجامع الصغير لا يقبل تعديل المدعى عليه على قول من يرى أن يسأل القاضي عن الشهود فكان هذا نظيره مسألة المزارعة حيث قال أبو حنيفة ثمة أيضا على قول من يجيزها وذلك لأن من أصل أبي حنيفة أن القاضي لا يسأل عن الشهود في غير الحدود والقصاص الا اذا طعن الخصم ومع هذا اذا سأل عنهم على قول من يرى ذلك فقل المشهود عليه هو عدل لا يكتفى بذلك حتى يسأل غيره لان تعديل المشهود عليه ليس بتعديل على الكمال بل هو تعديل من وجه وجرح من وجه حيث لم يصدق على الشهادة ولا فظ الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة أنه قال في قول من رأى أن يسأل عن الشهود بأنه لا يجوز اذا قال الخصم المشهود عليه هو عدل حتى يسأل عنه الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير قال الصدر المشهود وغيره في شرح الجامع الصغير وهذا اذا قال هم عدول لكنهم أخطوا أو نسوا أما اذا قال هم عدول صدقوا في شهادتهم فقد اعترف بالحق فيدعى عليه اه اتفاقا (قوله ولو قال هم عدول ولم يزد على ذلك لا يلزمه شيء) وعن محمد أن القاضي يسأل المدعى عليه هل شهدوا عليك بحق أو بغير حق فان قال بحق (٣١٢) فهو اقرار وان قال بغير حق لا ينقض بشيء اه كاكى (فرع) ولو جرح الشهود

هكذا قال أبو حنيفة رجه الله يعني تعديل المدعى عليه الشهود ولا يصح ومراعاة على قول من يرى السؤال عن الشهود وأما على قوله فلا يأتى ذلك لانه لا يرى السؤال عن الشهود ونظيره المزارعة فإنه لا راعا ومع هذا فترع عليه على قول من يرى وانما لا يصح تعديله لان من زعم المدعى وشهوده أن المدعى عليه ظالم كاذب في الحدود فتزكية الكاذب الفاسق لا تصح وعن أبي يوسف ومحمد أن تزكيته تجوز اذا كان من أهله بأن كان عدلا لكن عند محمد رجه الله لا بد من ضم آخر إليه لانه لا يجوز تعديل الواحد وأبو يوسف يجوز على ما يجبي من قريب والمراد به فيما اذا قال هم عدول لكنهم أخطوا أو نسوا أما اذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد لزمه الحق لاقرار به ولو قال هم عدول ولم يزد على ذلك لا يلزمه شيء لأنهم مع كونهم عدولا يتوهم منهم التسليم والخطأ فلا يلزم من كونه عدلا أن يكون كلامه صوابا قال رجه الله (والواحد يكفي للتركية والرسالة والترجمة) لان التركية من أمور الدين فلا يشترط فيه الا العدالة حتى يجوز تزكية العبد والمرأة والاعلى واخذود في القذف اذا تاب لان خبره ولا مقبول في الأمور الدينية ألا ترى أن روايتهم في الاخبار مقبولة وهذا عندهما وقال محمد رجه الله يشترط في التركية ما يشترط في الشهادة من العدد ووصف الذكورة حتى يشترط في تركية شهود الزنا أربعة ذكور وفي غيره من الحدود والنقص رجلان وفي غيره ما من الحقوق يجوز رجلان أو رجل وامرأتان وفيما لا يطلع عليه الرجال امرأه واحدة رتبها على مراتب الشهادة لان التركية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تنفى على ظهور العدالة وهو بالتركية ويشترط فيها ما يشترط في الشهادة ولهسا انه ليس في معنى الشهادة وانما هو في معنى الاخبار ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ولا مجلس الحكم وجاز تركية من لا تقبل شهادته لكثرية أحسد الزوجين الآخر تركية والدولة وبالعكس واشترط العدد في الشهادة أمر تعبدى ثبت على خلاف النياس لان رجحان الصدق في حق العمل بقوله بالعدالة لا بالعدد كافي روايه الاخبار حتى قالوا فيها لا يرجح بكثرة الروايات لم تنفع حد التواتر فلا معنى لاشتراط العدد في الشهادة ولكن ترك ذلك لانه نص فبقى

واحد وعدلهم اثنان قبلت شهادتهم لان العدالة ثبتت بحجة راجحة ولو جرحهم اثنان وعدايم ثلاثة لا تقبل شهادتهم لان الثلاث والمثنى في الشهادة سواء فاستوى المعدل والجرح فرج الجرح لان المعدل وقف على ظاهر الحال والجرح وقف على الباطن وهو شيء لم يعرفه المعدل فالجرحان يثبتان شيئا لم يعرفه المعدلون والشهادة لا تثبت اه من الواقع لحسام الدين البخاري (قوله في المتن والواحد يكفي للتركية والرسالة والترجمة) قال في خلاصة الفتاوى وانترجان اذا كان أعنى فغن أبي حنيفة لا يجوز عن أبي يوسف أنه

يجوز اه غايه وقال الكمال في باب من تقبل شهادته عند قوله ولا تقبل شهادة الاعى ويقبل أى الاعى في الترجمة عند ما الكل لان العلم يحصل بالسمع وقد كتبت عبارته بكاملها هنا والله أعلم (قوله حتى يجوز تركية العبد والمرأة) قال الكمال وعن ابن سماعة عن أبي حنيفة يجوز في تركية السر المرأة والعبد والمحدود اذا كانوا عدولا ولا يجوز في تركية العلانية الا من يجوز شهادته فيشترط فيها ما يشترط فيها الا لفظ الشهادة فقط اه (قوله وقال محمد يشترط في التركية ما يشترط في الشهادة) قال الكمال ولما ظهر من محمد اعتبار التركية بالشهادة في حق العدد قال المشايخ فيجب عنده اشتراط أربعة من المزكى في شهود الزنا اه قال في الواقع لحسام الدين رجل صحب رجلا في حضره وسفره ولم ير منه الا اصلاح والخير لا يسمعه أن يزكيه مالم يصحبه ستة أشهر وهو قول أبي يوسف ثم رجع وقال سنة وقال محمد لا يسمعه مالم يعرفه على وجهه فان عرفه بالعدالة عدله وان عرفه ثم تناولت المدة لا يسمعه أن يعدله بتلك المعرفة وحدها لتناول سنة أو ستة أشهر اه (قوله لان التركية في معنى الشهادة) أى ولهذا يعتبر فيها الحرية والعدالة بالاتفاق اه اتفاقا (قوله وجاز تركية الخ) أى في تركية السر قال الاتفاق وتعديل العبد ولا والابن للاب في السر يصح عند أبي حنيفة وأبي يوسف والصبي أهل لتعديل السر وكذا كل من لا تقبل شهادته اه وقال الشارح رجه الله وهذا الذي ذكرناه كله في تركية السر اه قال في الخلاصة شرط الخصاص أن

يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر أم عندنا فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية اه غايه (قوله وقالوا تشترط المذكورة وعدد الشهادة في تركية فهو الخد بالاجماع) قال في الهداية ويشترط المذكورة في المزكي في الحدود قال الاتقاني يعني بالاجماع وكذلك القصاص ذكره في المختلف في كتاب الشهادات في باب محمد وذكر في المختلف والخبر في كتاب الحدود من باب أبي حنيفة تشترط المذكورة في المزكي عند أبي حنيفة خلافهما اه وقوله بالاجماع أي المحكي فيه الاجماع كما ذكر عن المختلف انما هو المذكورة وأما العدد فهو شرط عند محمد فقط كما صرح به في الهداية ومختلف الرواية والذخيرة والمجتبي وكذلك كره الشارح نفسه في قول محمد وحده اه (قوله والمراد بالرسالة والترجمة رسول القاضى الى المزكي) الظاهر أي المزكي يتطرق الى الكل وكتب ما نصه قال في الهداية وإذا كان رسول القاضى الذي يستل عن الشهود واحدا جاز والاثنان أفضل وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز الاثنان قال الاتقاني وهذه من مسائل الجامع الصغير قالوا في شرح الجامع الصغير وأراد بالرسول المزكي وعلى هذا الخلاف المترجم عن الشاهد ورسول القاضى الى المزكي ورسول المزكي الى القاضى يخبره عن حال الشهود اه وقال الكمال والمراد من رسول القاضى المزكي وهو المسئول منه عن الشهود فيجب أن يقرأ قوله الذي يستل عن الشهود بالناء للمفعول والحاصل أنه يتكفي بالواحد في تركية وكذلك في الرسالة اليه والرسالة منه الى القاضى وكذلك الترجمة عن الشاهد وغيره عند أبي حنيفة وأبي يوسف وبه قال مالك وأحمد في رواية وعند محمد لا بد من اثنين وبه قال الشافعي وأحمد في رواية اه (٣١٣) (قوله وأما تركية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط في الشهادة) قال الكمال

فهذا الخلاف في تركية السر فأما تركية العلانية فيشترط العدد بالاجماع على ما ذكره الخصاص اه وكتب ما نصه قال الاتقاني قال في التناوي الصغير في مسائل الجرح والتعديل الخلاف في عدد المزكي في تركية السر وأما في تركية العلانية فشترط بالاجماع ثم قال أهلية الشهادة في تركية السر ليس بشرط وفي الترجمة شرط اه (قوله في المتن وله أن يشهد بجمع الخ) قال الكمال قوله وما يتحمله على قسمين أحدهما ما ثبت

ما وراءه على الاصل وفي المحيط أجاز تركية الصبي وقالوا تشترط المذكورة وعدد الشهادة في تركية شهود الخد بالاجماع والمراد بالرسالة والترجمة رسول القاضى الى المزكي والمترجم عن الشهود وكل ذلك على الخلاف الذي ذكرنا والمعنى ما بيننا من الجانبين والاحوط في الكل اثنان وينبغي للقاضى أن يختار في المسألة عن الشهود من هو أخبر بأحوال الناس وأكثرهم اختلاط بالناس مع عدلته عارفا بما يكون جرحا وما لا يكون جرحا غير طماع ولا فقير كيلا يتخذه بالمال فان لم يكن في جيرانه ولا أهل سوقه من يتق به سأل أهل محله وان لم يجد فهم ثقة اعتبر بهم بآثار الاخبار وهذا الذي ذكرناه كله في تركية السر وأما تركية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر وغير ذلك سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان معنى الشهادة فيها أظهر فانه تختص بمجلس القضاء قال رحمه الله (وله أن يشهد بجمع أورأى في مثل البيع والافرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وان لم يشهد عليه) أي يجوز له أن يشهد في كل ما يتهم بنفسه اذا عاين السبب كالبيع الى آخر ما ذكر وان لم يشهد عليه بل يجب عليه اذا ادعى اليه لما تولى ورينا وهذا لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الشرط لقوله تعالى الا لمن شهد بالحق وهم يعلمون ولتؤله عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشئ فاشهدوا لافدع ويقول أشهد بأنه باع أو أقر لانه عاين السبب فوجب عليه الشهادة به كما عاين وهذا اذا كان البيع بالقدرة فظاهر واذا كان بالتعاطى فكذلك لان حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد وجد وقبل لا يشهدون على البيع بل يشهدون على الاخذ والاعطاء لانه بيع حكى وليس ببيع حقيقى ولا يقول أشهد في الا اذا أشهده كيلا يكون كاذبا وكذا في الافرار يقول أشهد أن فلانا أقر بكذا فلان ولا يقول أشهد في لما ذكرنا ولو سمع من وراء الحجاب

حكمه بنفسه أي يكون هو تمام السبب لذلك الحكم قولا كان مثل البيع والافرار والطلاق وحكم الحاكم أو فعلا كالغصب والتدليل فاذا سمع الشاهد القول كأن سمع قاضيا يشهد بجماعة على حكمه أو رأى الفعل كالقتل وسعه أن يشهد بذلك فيقول أشهد أنه باع أشهد أنه قضى فلو كان البيع معاطاة ففي الذخيرة يشهدون على الاخذ والاعطاء وقيل يشهدون بالبيع كما قول ثم قال الكمال ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه وهو الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهد يشهد بشئ لم يجوز أن يشهد على شهادته الا أن يشهد بذلك الشاهد على شهادة نفسه لان الشهادة غير موجهة بنفسه ما بل بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الاثابة والتحصيل اه (قوله وهو الشرط) أي العلم الموجب هو ركن المسوغ لاداء الشهادة لانه لاحقيقة المسوغ لاداء سواء اه (قوله لقوله تعالى الا لمن شهد بالحق وهم يعلمون) بيانه ان الله تعالى جوز اداء الشهادة بعد العلم وقد حصل العلم بالرؤية والسماع فتصح الشهادة بغيره بالاجماع أيضا اه اتقاني (قوله فاشهدوا لافدع) فأمر بالشهادة عند العلم يقينا فعن هذا صرحوا بأنه لو قال له لا تشهد على بما سمعته مني ثم قال بحضرة لرجل بقي لك على كذا وغير ذلك حل له بل يجب أن يشهد عليه بذلك وفي الخلاصة اشترى عبدا وادعى على البائع عيبا فلم يشته فباعه من رجل فادعى المشتري اليه في علمه هذا العيب فأنكر فالدائن سمعوا منه حل لهم أن يشهدوا على العيب في الحال اه فتح (قوله ولا يقول أشهد في الا اذا أشهده كيلا يكون كاذبا)

ولا يجوز شهادة الكاذب اه غايه (قوله وايضاً للقساضي اذا قدر له) أي بأن قال اني أشهد بالسمع من وراء الحجاب اه (قوله وقالوا اذا سمع الخ) رجلان شهدا على اقرار امرأه لرجل بالف درهم أو غيره وشهدا أن رجلين سواهما فلان وفلان أشهدا هما انهما افلانة بنت فلان الفلاني قال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز ذلك وكفى العيون انه لا يجوز عند أبي حنيفة حتى يشهد عند الشاهد بجماعة انهما افلانة بنت فلان الفلاني وقال ابن أبي ليلى وأبو يوسف يجوز ذلك وقال الفقيه أبو الليث اذا سمعوا صوت امرأه من وراء الحجاب أو رواها شخصها وشهد عندهم رجلان عدلان انهما افلانة جازا لهم أن يشهدوا على اقرارها وان لم يروا وجهها وأما إذا لم يروا شخصها لا يحل لهم أن يشهدوا على اقرارها وهو اختيار الفقيه أبي الليث وكذا عن نصيرين يحيى أن ابن المجاهد بن الحسن دخل على أبي سليمان الجوزجاني فسأله أبو سليمان عن هذه المسئلة قال كان أبو حنيفة رحمه الله يقول لا يجوز له أن يشهد عليه حتى يشهد عنده جماعة انهما افلانة وكان أبو يوسف وأبو بكر الاسكافي يقولان (٣١٤) يجوز أن يشهد عنده عدلان انهما افلانة وعليه الفتوى اه قاضيخان رحمه الله

لا يسهل أن يشهد لاحتمال أن يكون غيره اذا التفتة تشبهه النعمة الا اذا كان في الداخل وحده وعلم الشاهد أنه ليس فيه غيره ثم جلس على المسلك وليس له مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه يحصل به العلم وينبغي للقساضي اذا فسر له أن لا يقبله لان النعمة تشبه النعمة وليس من ضرورية جواز الشهادة القبول عند التفسير الا ترى أن الشهادة بالسمع تجوز في أشياء ثم عند التفسير لا تقبل وقالوا اذا سمع صوت امرأه من وراء الحجاب لا يجوز أن يشهد عليها الا اذا كان يرى شخصها وقت الاقرار قال رحمه الله (ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد عليه) لان الشهادة لا يثبت حكمها بنفسه ولا تصير حجة الا بالثقل الى مجلس القضاء ولهذا اعتبر عدالة الاصول فلا يكون لغيره أن يجعل كلامه حجة الا بأمره فلا يسهل أن يشهد على شهادة الاب التحويل وكذا اذا سمعه يشهد غيره على شهادته لا يسهل السامع أن يشهد على شهادته لانه لم يحمله وانما حل غيره فصارت نظير ما لو سمع شخصاً يقول حيث لا يجوز للسامع أن يتصرف ما لم يوكله لان الموكل لم يرض برأيه قال رحمه الله (ولا يعمل شاهد وقاض وراو بانخط ان لم يتد كروا) أي لا يحل للشاهد اذا رأى خطه أن يشهد حتى يتد كرا الشهادة وللقساضي اذا وجد في ديوانه مكتوباً بشهادة شهود ولا يحفظ انهم شهدوا بذلك أو قضية قضاها أن يحكم بذلك الشهادة ولا أن عضى تلك القضية ولا لراوى اذا وجد مكتوباً بخطه أو بخط غيره وهو معروف أنه قرأ على فلان ونحوه أن يروى حتى يتد كرا الشهادة أو القضية أو الرواية وهذا على إطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله ووجهه قوله تعالى الامن شهد بالحق وهم يعلمون ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد بشرط أن يكون عالماً ولا يتصور العلم بدون تد كرا الواقعة ولان الخط يشبه الخط فلا يلزم حجة لاحتمال أنه مزور وهذا لان فائدة الكتاب أن يتد كرا اذا نظر فيه فاذا لم ينفذ للقلب التد كرا صار وجوده كعدمه وقال محمد رحمه الله يجوز لكل واحد منهم أن يعمل بالكتاب ان تيقن به وان لم يتد كرا الواقعة توسعة للأمر على الناس وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز للراوى أن يعمل به لانه الظاهر وكذا القساضي أن يحكم بالشهادة وأن يعطى القضاء بذلك وليس للشاهد أن يشهد برؤية خطه ما لم يتد كرا الشهادة لان القساضي لكثرة اشتغاله يجوز عن حفظ كل حادثة ولهذا يكتب كل حادثة فلو لم يكتب بما يجده في قطره لم يعطل أحوال الناس ولان سجنه في قطره وهو في يده تحت ختمه فيؤمن من التبديل والتزوير وكذا الرواية تكون في أيديهم فيؤمن من التزوير أيضاً بخلاف كتابة الشهادة لان

(قوله لا يجوز أن يشهد عليها الا اذا كان يرى شخصها وقت الاقرار) بشرط في شهادة النوازل رؤية شخصها دون وجهها اه اتقاني (قوله في المتن ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد عليه) قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل قال أشهد في فلان على نفسه بكذا وكذا قال لا ينبغي له أن يشهد على شهادته حتى يقول أشهدوا على شهادتي بذلك قال نضر الاسلام وأصله أن الشهادة على الشهادة تحصيل وتوكيل فلا تصح من غير تحصيل اه اتقاني (قوله لا يسهل السامع أن يشهد على شهادته) وهو بخلاف القساضي اذا شهد على قضية وسمع بذلك آخرون وسعهم أن يشهدوا

لان قضاءه حجة بمنزلة الاقرار والبيع وغير ذلك فيصح التعمل من غير اشهاد اه اتقاني وكتب على قوله في الحاشية الصلح بخلاف القساضي اذا شهد الخ ما نصه قال الكاكي رحمه الله بخلاف ما لو سمع قاضياً يشهد قوماً على قضائه كان للسامع أن يشهد على قضائه بغير أمره لان قضاء القساضي حجة ملزمة ومن عاين حجة حل له الشهادة بها كالأول عاين الاقرار والبيع أمال الشهادة في غير مجلس القساضي غير ملزمة كذا قاله قاضيخان وفي هذا التعليل إشارة الى أنه اذا سمع في مجلس القساضي ينبغي أن يجوز اه (قوله لا يحل للشاهد اذا رأى خطه أن يشهد حتى يتد كرا الشهادة) أي التي صدرت منه فان لم يتد كرا حزم أنه خطه لا يشهد لان هذا الحزم ليس بحزم بل تحصيل الحزم لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم هكذا كره القساضي ولم يذ كر خلافاً فهو ولا في شرحه لا قطع وكذا الخصاص ذكره في أدب القساضي له ولم يذ كر خلافاً اه كمال (قوله وقال محمد رحمه الله يجوز لكل واحد منهم أن يعمل بالكتاب) قال في الخلاصة ولكن بشرط أن يكون الصلح مستودعاً في يد ايدى ولم يكن في يد صاحبه من الوقت الذي كتب اسمه ووطع خاتمه فان لم يكن كذلك لا يسهل أن يشهد اه

(قوله ولو نسي القاضى قضاءه الخ) قال الكمال ولو نسي القاضى قضاءه ولم يكن له سجل فشهد عنده شاهدان فان تذكرا قضاءه وان لم تذكرا فلا شك ان عند أبي حنيفة لا يقضى بذلك وقيل وأبو يوسف كذلك وعند محمد يعطى به وهو قول أحدنا وبني ليلى اه (قوله ولو تذكر مجلس الشهادة دون الشهادة لا يسعه أن يشهد) بالاتفاق وقيل لا يحل ذلك على قول أبي حنيفة خلافا له ما اتفقا (قوله في المتن ولا يشهد بما لم يعاينه) أي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو السماع اه كمال (قوله فله أن يشهد بها إذا أخبره به من يثق به) من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين اه كمال (٣١٥) (قوله والقياس أن لا يجوز لأن الشهادة

لا تجوز) أي لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل اه هداية (قوله وعمر بن الخطاب تزوج بنت علي بن أبي طالب) واسمها أم كلثوم علي أربعين ألف درهم ذكره الشارح في آخر باب الاولياء في كتاب النكاح اه وقوله بنت علي أي من فاطمة (قوله وقيل في الموت يكتفى بأخبار واحد عدل أو واحدة) قال الاتقاني رحمه الله ذكر القاضى الامام ظهير الدين في نكاح فتاواه والصحيح أن الموت بمنزلة النكاح وغيره لا يكتفى فيه بشهادة الواحد اه وكتب أيضا قال الكمال وقيل في الموت يكتفى بأخبار واحد عدل أو واحدة وهو المختار اه فقوله وهو المختار مخالفا لذكره الاتقاني من التصحيح اه وقوله يكتفى بأخبار واحد عدل أو واحدة لأنه قل ما يشاهد حاله غير الواحد إذا الإنسان بهابه ويكرهه فيكون في اشتراط

الصك يكون في يد الخصوم فلا يؤمن من التبديل ولو نسي القاضى قضاءه ولم يكن له سجل فشهد عنده شاهدان بأنه قضى بذلك فعلى اختلاف المذكور وقيل عند أبي يوسف لا يعتمد ذلك وعلى هذا لو أخبره قوم يثق بهم أنه كان شاهدا لا يسعه أن يشهد وعلى هذا لو سمع حديثا من غيره ثم نسي راوى الاصل فسمعه من روى عنه فعند أبي يوسف لا يعتمد ولا يجوز له أن يعمل به وعند محمد رحمه الله أنه لا يعتمد ذلك في الكل ولو تذكر مجلس الشهادة دون الشهادة لا يسعه أن يشهد قال رحمه الله (ولا يشهد بما لم يعاينه الا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى وأصل الوقف فله أن يشهد بها إذا أخبره به من يثق به) والقياس أن لا يجوز لأن الشهادة لا تجوز الا بعلم على ما بينا من قبل ولا يتحقق العلم الا بالمشاهدة والعيان أو بالخبر المتواتر ولم يوجد فصار كالبيع والاجارة بل أولى لأن حكم المال أخف من حكم النكاح ولهذا لا يجوز للقاضى أن يحكم بالنسب والحكم بحجب عما تجب به الشهادة ولهذا الوفاء للقاضى لا يقبله وجه الاستحسان أن هذه الأمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون وانقراض الاعصار فلو لم تقبل فيها بالنسب ما أدى الى الحرج وتعطيل الأحكام ولأن الأسباب يقرن بها ما انتشر به فإن النسب يشتهر بالتهمة ونسبة كل واحد الى الآخر عند المخاطبات والمناذاة والموت بالتعزية وقسمة التركة واندراس الآثار والنكاح بالشهود والولائم والدخول بتعلق أحكام مشهورة من المهر والنسب والعدة وثبوت الاحصان والقضاء بقراءة المنشور واختلاف الخصوم اليه وازدحامهم عليه فنزلت الشهادة فيها منزلة العيان فلا يشترط فيها المشاهدة بخلاف البيع والهبة والاجارة وأمثالها لانها لا تختص بشهادة أسبابها الخواص من الناس بل يحضره الخاص والعام وبه جرت العادة ولأن الناس فاطمة مجمعون على أنهم يشهدون بهذه الأشياء بالشهرة ألا ترى أننا نشهد أن عليا رضى الله تعالى عنه تزوج فاطمة ودخل بها وشرب بها كان قاضيا وعمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه تزوج بنت علي بن أبي طالب ولو تعلقت بحقيقة علم النسب أدى الى عدم الشهادة بها أصلا لأن سبب النسب العلوق ولا علم للبشر فيه وسبب القضاء التولية ولا يحضره الا الوزير وأمثاله وكذا الدخول لا يعرفه الا الزوجان فاكتمى في الكل بالدليل الظاهر ثم انما يجوز له أن يشهد بهذه التواتر أو بأخبار من يثق به وإذا رأى امرأته يدخل عليها رجل وينسبطان انبساط الأزواج وسمع من الناس أنها زوجه جازله أن يشهد به وان لم يعاينه عقد النكاح وكذا إذا رأى شخصا جالسا مجلس الحكم يقبل الخصومات جازله أن يشهد أنه قاض قالوا وفي الاخبار يشترط أن يخبره رجلان أو رجل وامرأتان وهم عدول يحصل له نوع علم أو غلبة ظن وقيل في الموت يكتفى بأخبار واحد عدل أو واحدة لأنه قد يتحقق في موضع ليس فيه الا واحد بخلاف غيره لأن الغالب فيما أن تكون بين الجماعة ويشترط في الاخبار لفظ الشهادة في غير الموت وفي الموت لا يشترط لأنه لا يشترط فيه العدد فكذلك لفظ الشهادة ولو لم يحضر الموت الاشخص واحد أو أراد أن يشهد بموته عند الحاكم أخبر بذلك رجلا عدلا ثم يشهدان بذلك عند الحاكم وهو من أعجب المسائل ولو شهد أنه حضر دفنه

العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح اه هداية (قوله ويشترط في الاخبار لفظ الشهادة) قال الكمال ويشترط كون الاخبار بلفظة الشهادة وفي الموت إذا قلنا يكتفى الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق اه (قوله ولو لم يحضر الموت الخ) قال الكمال فإذا أراد واحد عدل ويعلم أن القاضى لا يقضى بذلك وهو عدل أخبر غيره ثم يشهدان بموته ولا بد أن يذكر ذلك أخبر أنه شهد بموته أو جازأته ودفنه حتى يشهد الآخر معه وكذا لو جاء خبر موت رجل وصنع أهله ما يصنع بالموتى لم يسع لاحد أن يشهد بموته الا ان شهد بموته أو سمع ممن شهد بذلك اه

(قوله وقوله وأصل الوقف) قبول شهادة التماسع في أصل الوقف هو قول محمد بن وهب أنه أخذ الفقيه أبو الليث وهو المختار اه شرح المجمع
للصنف في كتاب الوقف (قوله يختره من شرائطه) قال السكال وليس معنى الشرط أن يبينوا الموقوف عليه بل أن يقول يبدأ من غلما
بكذا الكذا والباقي كذا وكذا وفي الفتاوى الصغرى في الفصل الثاني من كتاب الشهادات إذا شهدوا أن هذا وقف على كذا ولم يبينوا
الوقف ينبغي أن يقبل ونص عن الشيخ الإمام طهيري الدين إذا لم يكن الوقف قديما لا يتم ذكر الوقف (قوله في المتن ومن في يده شيء سوى
الرفيق للأن تشهد الخ) قال الإمام قاضي خان رحمه الله في فتاواه في كتاب الشهادات في فصل في الشاهد يشهد به بعد ما أخبر بزوال الحق
وفي المتن إذا رأيت في يد رجل متاعا أو دارا أو وقع في قلبك أنه لم يرأيت بعد ذلك أنه في يد غيره وسعك أن تشهد أنه لا قول وإن لم يقع في قلبك
حين رأيته أنه لا قول لم يسع أن تشهد له (٢١٦) برؤيتك إياه في يده وإن رأيته في يده فوقع في قلبك أنه لم يرأيت في يد غيره فأردت أن

تشهد أنه لم تشهد عندك فهو مما يشهد به وقوله وأصل الوقف يختره من شرائطه لأن أصله هو الذي يشهدون شرائطه فلا يقبل
فيه ما لا التماسع وذو المرام غياني رحمه الله أنه لا بد من بيان الجهة بأن يشهدوا أنه وقف على هذا المسجد
أو الفقير أو ما أشبهه حتى لو لم يذكر في شهادتهم الجهة لا تقبل شهادتهم ثم قصر الاستئناس على هذه
الاشياء ينبغي اعتبار التماسع في الولاء وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز لانه عزله النسب لقوله عليه
الصلوة والسلام الولاء لغة كلجمة للنسب ولأن الحكم المتعلق بالولاء يبقى بعد الموت كالحكم المتعلق
بالنسب فلو لم يجوز التماسع لتعطلت الأحكام ووجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله أن العتق ينبغي
على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذلك ما ينبغي عليه وذو كرمس الأئمة السرخسي أن الشهادة بالعتق
لا تقبل بالإجماع وذو كرمس الحواري رحمه الله أن الخلاف ثابت فيه أيضا ثم ينبغي أن لا يفسر أنه يشهد
بالتماسع فلو فسر لا يقبله كعناية شيء في يد إنسان يطاق له الشهادة وإذا فسر لا تقبل قال رحمه الله (ومن في
يده شيء سوى الرفيق لك أن تشهد أنه لم) لأن اليد بلا منازع أقصى ما يستدل به على الملك إذا دلل بعرفة
الملك في حق الشاهد سوى اليد بلا منازع لأن غاية ما في الباب أن يعاين أسباب الملك من الشراء وغيره
وذلك راجع إلى اليد لأن الملك ثبت ملكه باليد بلا منازع ولو لا ذلك لما صح التملك منه من المشتري فثبت
بهذا أن لا دليل على الملك سوى اليد فكان معتمد الشاهد اليد اعتبارا للظاهر عند تعذر الوقوف على
الحقيقة فنفعه الشهادة باليد تؤدي إلى سد بابها إذا دلل للشاهد سوى اليد وبها ما مفتوح وهي مشروعة
فيما يؤدي إلى انتفاء ما فهو المتنقي وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه لم
يجعل له نوع علم أو غلبة ظن لأن الشهادة بلا علم لا يجوز لما نلونا وروينا وهذا قيل لو رأى درة غنية
في يد كاس أو كتابا في يد جاهل وليس في يده من هو أهل لذلك لا يبعه أن يشهد له قالوا يحتمل أن يكون
هذا تفسير الإطلاق محمد رحمه الله بقوله وسعك أن تشهد أنه لم وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد
مع التصرف وبه قال الخصاص لأن اليد متنوعة إلى ملك ودية وعارية واجارة ورهن فلا يمتاز
إلا بالتصرف قلنا التصرف أيضا متنوع إلى وكالة وأصالة وشرط النسب في التصرف مع اليد وأن يقع
في قلبه أنه لم لأن الأصل في الشهادة الاحاطة واليقين لما بينا وجوابه أن العلم القطعي مستعذر فيشترط فيه
غاية ما يمكن وهو اليد لأن الملك لا يعرف بالدليل حقيقة وإن رأته يشترط لاحتمال أن البائع لا يملكه فيكتفي
بظاهر اليد تبسيرا إذا الأصل أن تكون الاملاك في يد ملاكها أو كينونتها في يد غيره عارض فربما بالاصل
ولهذا يقضى له القاضي باليد قضاء ترك ثم المسئلة على أربعة أقسام أحدها أن يعاين المالك والمالك بأن

تشهد أنه لم تشهد عندك شاهد عدل أنه الذي في يده اليوم كان هو أو دعه للأول بحضورهم ما لم يسعك أن تشهد أنه للأول فإن شهد به عدل واحد وسعك أن تشهد أنه للأول قال لأن عند شهادة الشاهدين يقع في قلبه أنه ليس للأول فلا يحل أن يشهد أنه للأول بخلاف ما إذا شهد به عدل واحد لأن شهادة الواحد لا يزول ما كان في قلبك أنه للأول فلا يحل لك أن تمنع عن الشهادة الآن يقع في قلبك أن هذا الواحد صادق فإذا وقع في قلبك ذلك لا يحل لك أن تشهد أنه للأول وذو كرمس في المتنق أنه إذا رأى شيئا في يد إنسان ووقع في قلبه أنه لم حل له أن يشهد بأنه لم وذو كرمس في الجامع الصغير إذا رأى متاعا أو دارا في يد إنسان ثم رآه في يد غيره حل له أن يشهد أنه للأول ولم

يذكر وقوع في قلبه أنه لم يذ كر التصرف مع اليد الصحيح ما ذكر في المتنق لأن اليد محتملة وكذا التصرف فلا يحل له أن يشهد ما لم يقع في قلبه أنه لم اه وكتب أيضا قال الولاء إلى رحمه الله في فتاواه في كتاب الدعوى وإذا ادعى المدعي دارا أو شهد شهوده أن فلانا وهم له وقبضها أو باعها منه ولا يحتاج أن يقول باع وهو يملكه في قول أبي حنيفة لأن شهادتهم بمقبض المدعي الدار من الواهب والبائع شهادة منهم أن الدار كانت في يد الواهب والبائع فيمضى ولو شهدوا أن فلانا وهب الدار من المدعي والمدار كانت في يده يوم الهبة أو باع والدار كانت في يده يوم البيع تقبل البيعة ويقضى به المدعي لأنهم لم يشهدوا بالملك الواهب والبائع نفاقة شهدوا بالملك كجنان الشهادة باليد عند سبب الملك جعل دلالة على الملك كجنان الاملاك لا تعرف إلا به ولهذا قالوا من رأى عينا في يد إنسان لا يحل له أن يشهد بالملك بمجرد اليد ولو رآه يتصرف فيه تصرف المالك حل له أن يشهد بالملك لهذا اه

(قوله جازله أن يشهد الأول بالملك إذا ادعاه بناء على يده) وظهر أن المراد بالملك المملوك اه فتح (قوله حل له أن يشهد استحسنانا) والقياس أن لا يجوز لأن الجهة في المشهود به تنفع جواز الشهادة فكذلك في المشهود له اه فتح (قوله لا يحل له أن يشهد رآه) لأنه يحذف في هذه الشهادة اه فتح (قوله في المتن وإن فسر للقاضي أنه يشهد له بالتسامع أو بعناية اليد (٢١٧) لا تقبل) قال قاضيان في فتاواه ولو

شهدوا بالملك وقالوا شهدنا
لأننا رأينا في يده لا تقبل
شهادتهم اه

باب من تقبل شهادته
ومن لا تقبل

لماذا كرمنا سمع فيه الشهادة
وما لا سمع شرع في بيان
من سمع منه الشهادة ومن
لا سمع إلا أنه قدّم الأول لأن
الحمل شرط والشرط مقدم
كالطهارة في الصلاة اه
اتفقنا وكتب مانصه قال
الكامل وأخوه لأن الحمل
شروط والشرط غير مقصود
لذاته والأصل أن التهمة
تبطل الشهادة لقوله صلى
الله عليه وسلم لا شهادة لهم
والتهمه تثبت مرة بعدم
العدالة ومرة بعدم التمييز
مع قيام العدالة اه (قوله في
المتن ولا تقبل شهادة الاعمي)
أي مطلقا سواء سمى قبل
التحمل أو بعده فيما يجوز
الشهادة فيه بالتسامع أو
لا يجوز اه فتح وكتب
مانصه قال لا تقبل اعلم أن
شهادة الاعمي لا يجوز عند
أبي حنيفة سواء كان بصيرا
عند التحمل الشهادة أعمى
عند الاداء أو أعمى في الحالين
وقال أبو يوسف إذا كان
بصيرا عند التحمل أعمى

عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه في يده بلا منازعة أحد ثم رآه في يده غيره بعد
جازله أن يشهد للأول بالملك إذا ادعاه بناء على يده والشأن أن يعاين الملك دون المالك بأن عاين ملكا
بحدوده ينسب إلى فلان بن فلان الفلاني وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب إليه الملك وأدعى
أن المحدود مذكور على شخص حل له أن يشهد استحسنانا لأن النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما
بالتسامع والملك بالمعينة ولو لم يسمع مثل هذا الضاع حقوق الناس لأن فيهم المحجوب ومن لا يبرأ أصلا
ولا يتصور أن يراه متصرفا فيه وليس هذا اثبات الملك بالتسامع وانما هو اثبات النسب بالتسامع وفي
ضمنه اثبات الملك به وهو لا يتبع وانما يتبع اثباته قصدا والثالث أن لا يعاين الملك ولا المالك ولكن سمع
من الناس أنهم قالوا الفلان بن فلان ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين
يده عليها لا يحل له أن يشهد له بالملك والرابع أن يعاين المالك دون الملك بأن عرف الرجل معرفة تامة
وسمع أن له في قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسمع أن يشهد له لأنه لم يحصل له العلم
بالمحدود وهو شرط للشهادة على ما بينا وقوله سوى الرقيق إشارة إلى أنه لا يجوز له أن يشهد في الرقيق إذا
رآه في يده لأن الرقيق يدعى نفسه حتى إذا ادعى أنه حر الأصل كان القول قوله فلا يثبت غيره عليه يدعى
الحقيقة حتى يعتبر لا طلاق الشهادة بالملك ولا يمكن أن يعتبر فيه التصرف وهو الاستخدام لا طلاق
الشهادة لأن الحر أيضا يستخدم طائعا كالعبد فلا يصلح دليلا على الملك وفي الكافي عن أبي يوسف ومحمد
رحمهما الله أنه يجوز له أن يشهد في الرقيق أيضا وفي الهداية جعل ذلك عن أبي حنيفة رحمه الله ووجهه
أن اليد دليل الملك مطلقا لا ترى أن من ادعى رقيقا في يد غيره وذو اليد يدعيه لنفسه كان القول للذي
اليد لأن الظاهر شاهد له بالملك وهو قيام يده عليه هذا إذا كان الرقيق مميزا به برع نفسه ولم يعرف بالرق
وإن كان لا يعبر عن نفسه أو كان معروفا بالرق جازله الشهادة بالملك إذا رآه في يده لأن الرقيق أو الصغير
الذي لا يعبر عن نفسه يكون في يد غيره إذا لا يده على نفسه فصارك سائر الأموال قال رحمه الله (وإن فسر
للقاضي أنه يشهد له بالتسامع أو بعناية اليد لا تقبل) أي فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع في موضع يجوز
له الشهادة بالتسامع أو فسر أنه يشهد له بالملك برؤيته في يده في موضع يجوز له الشهادة برؤيته في يده لأن
التسامع أو الرؤية في اليد يجوز للشهادة بالملك والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة إذا كانت عن عيان
ومشاهدة أو إطلاق لاحتمال المشاهدة فيحمل عليه أما إذا كانت عن تسامع أو رؤية في يده فلا يبرأ من علمها
فلا يجوز له أن يحكم بها ألا ترى أنه لا يجوز له أن يحكم بسماع نفسه ولو برأه عنده ولا برؤيته نفسه في يد
إنسان فأولى أن لا يجوز بسماع غيره أو برؤيته غيره وهذا لأن القضاء يجب بما تجب به الشهادة وفيما لا تجب
لا يجب فكذلك ينبغي أن لا يجوز الشهادة فيما لا يجوز القضاء به إلا أنا استحسننا في المواضع التي تقدم ذكرها
للضرورة التي ذكرناها وبقي القضاء على أصل القياس قال رحمه الله (وإن شهد أنه حضر دفن فلان
أو صلى على جنازة فهو معانة حتى لو فسر للقاضي قبل) لأنه لم يشهد إلا بما علم فوجب قبولها لدخوله تحت
قوله تعالى الأمن شهد بالحق وهم يعلمون وقال تعالى وما ننهدنا إلا بما علمنا والله أعلم

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال رحمه الله (ولا تقبل شهادة الاعمي) وقال زفر رحمه الله تقبل فيما يجزى فيه التسامع وهو رواية

(٢٨ - زيلعي رابع) عند الشهادة تقبل شهادته في غير الحدود والقصاص وهو قول مالك والشافعي وابن أبي ليلى كذا ذكر
الخلاف في المختصر والمختصر وكذا ذكر خلاف أبي يوسف في أدب القاضي وفي الاسرار ولكن ذكر شمس الأئمة في شرح أدب القاضي
خلاف أبي يوسف كذلك ذكر قول محمد مع أبي يوسف ولم يذكر القدرى خلاف أبي يوسف بل ذكر المسئلة بالخلاف كما ترى ولكن قال
في الكتاب المسمى بالتقرير قال أبو حنيفة ومحمد وزفر إذا تحمل الشهادة وهو بصير ثم عي لم تقبل شهادته وقال أبو يوسف تقبل إلى هنا

لفظ التقريب ثم قال فيه وقد ذكر ابن شجاع عن أبي حنيفة وزفر جواز شهادة الأعمى في النسب لأن ذلك مما يقع بالاستفاضة ولا يحتاج فيه إلى نظر ومعاينة كذا في التقريب وقال في الأسرار وعند زفر يجوز شهادة الأعمى فيما تجوز فيه الشهادة بالاستفاضة كالنسب والموت وبه قال الشافعي وهو رواية عن أبي حنيفة كذا في الأسرار اهـ (فرع لطيف) قال الولوالجي رحمه الله في أواخر الفصل الثالث من كتاب أدب القاضي مانصه ولو شهد ذي على ذي ولم ينفذ الحاكم الشهادة حتى أسلم المشهود عليه فالشهادة تبطل لأن الشهادة إنما تصير حجة عند اتصال القضاء بها وعند اتصال القضاء بها الشاهد كافر والمشهود عليه مسلم فلا تصير حجة وإن أسلم المشهود عليه بعد الحكم فالحكم ماض عليه ويؤخذ بالحقوق كما هو الأصل ودلان الأمضاء في باب الحدود من القضاء فصار الإسلام قبل الأمضاء كالإسلام قبل القضاء وكذا القصاص في النفس وفيما دون النفس لا ينفذ القاضي استحساناً لما سألنا وقد ذكر الولوالجي بعده هذا فوالله فليست شرطه اهـ قال الولوالجي قبل الفصل الرابع من كتاب الشهادات (١١٨) نصرايمان شهدا على نصراني بقطع يدا وقصاص ثم أسلم المشهود عليه بعد القضاء

عن أبي حنيفة رحمه الله لأنه يساوى البصير في السماع إذا خلل في سمعه وقال أبو يوسف والشافعي رحمه الله يجوز إذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول المقصود بالمعاينة وهو العلم والأدب يختص بالقول ولسانه صحيح فصيح والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت وفيما بين ذلك لا خلل في حفظه ولم يفت في حقه إلا الإشارة وذكر الاسم يقوم مقامها عند تعذرها كما في الشهادة على الميت وقال مالك تقبل شهادته مطلقا كالصبر ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بين الخصمين ولا يفرق بينهما إلا بالنسبة فيجوز عليه التلقين من الخصم إذا التفتة تشبه التفتة وورعنا يشركه غيره في الاسم والنسب فكان فيه شبهة وهذه الشبهة يمكن التحرز عنها بحبس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحديث والقصاص بخلاف وطء امرأته حيث يجوز له مع هذه الشبهة لأنه لا يمكن التحرز عنه وفيه ضرورة أيضا لأنه يحتاج إلى اقتضاء الشهوة وبقاء النسل ولا يقبل فيه خبر الواحد فيعتمد على خبر المرأة وكذا إذا عني بعد الأداء قبل الحكم بها لأن قيام الأهلية شرط وقت القضاء التصريح فصار كما إذا خرس أو جن أو فسق أو ارتد والعياذ بالله تعالى بخلاف ما إذا مات أو أوعا أو بالان الأهلية تنهى بالموت وبالغيبه باقية على حالها قال رحمه الله (والمملوك والصبي) لأن الشهادة من باب الولاية لمافيهما من الزام الغير وليس معنى الولاية سوى هذا والاصل ولاية المرء على نفسه ولا ولاية له ما على أنفسهما فأولى أن لا يكون لهما الولاية على الغير قال رحمه الله (إلا أن يتحمل في الرق والصغر وأدبا بعد البلوغ) لأنهما أهل للتحمل لأن التحمل بالمشاهدة والسماع ويبقى إلى وقت الأداء بالضبط وهما لا ينافيان ذلك وعند الأداء هما أهل للشهادة قال رحمه الله (والحدود في قذف وإن تاب) لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون وقال الشافعي رحمه الله تقبل شهادته إذا تاب لقوله تعالى إلا الذين تابوا والاستثناء إذا تعقب جملته بعضهم أعطو فسه على بعض ينصرف إلى الكل كقول القائل امرأته طالق وعبد حر وعليه حجة إلا أن يدخل الدارق فهو منصرف إلى جميع ما تقدم ولأن هذا افتراء على عبد من عباد الله تعالى والافتراء على الله تعالى وهو كفر لا يوجب رد الشهادة على التأنيل إذا أسلم تقبل شهادته فيها إذا أولى ولأنه لو تاب قبل إقامة الحد عليه تقبل شهادته ولا جائز أن تكون إقامة الحد عليه هي الموجبة لرد الشهادة لأنه فعل الغيبة وهو مظهر أيضا فلا يصلح مناط لرد الشهادة فتعين الرد لنفسه ولنا ما تلوينا

بطلت لأن الأمضاء من القضاء في العقوبات اهـ (قوله وكذا إذا عني بعد الأداء قبل الحكم بها لأن قيام الأهلية شرط الخ) قال الاتقاني أعلم أن الشاهد إذا عني أو خرس بعد أداء الشهادة قبل الحكم بها لم يجوز الحكم بها عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف كذا ذكرنا خلافاً لخلاف في أدب القاضي وذكر قول الشافعي مع أبي يوسف في الأسرار ووجه قول أبي يوسف أنه معني طرأ بعد أداء الشهادة فلا يمنع الحكم بها كالموتات الشاهدان بعد أداء الشهادة أو غابا أو جانا أو عييا بعد الحكم بها اهـ وكتب مانصه قال السكاكي رحمه الله في المبسوط لا تجوز شهادة الآخر لأن الأداء يختص بلفظ الشهادة

باجماع الفقهاء حتى لو قال أنا أخبر أو أعلم أو أتيقن لا يقبل ولفظة الشهادة لا تتحقق من الآخر وبه قال الشافعي ووجهه في قول مالك وأحمد وقال الشافعي في الأصح تقبل شهادته إذا كان له إشارة مبهومة لأن إشارته حينئذ كترجعة لفظ الشهادة بلسان آخر وقتنا في إشارته تهمة ويمكن التحرز عنها بحبس الشهود كما في الأعمى اهـ (قوله في المتن والمملوك والصبي) قال في الشامل في قسم المبسوط شهد الصبي والعبد والكافر على مسلم فردت شهادتهم ثم شهدوا بعد البلوغ والعق والاسلام تقبل لأن المردود ليس بشهادة والفاسق لو ردت شهادته ثم شهد بعد التوبة لا تقبل لأن المردود شهادة فيكون فيه نقض قضاء قد مضى بالاجتهاد كأحد الزوجين ردت شهادته ثم أعادها بعد الابانة لا تقبل ولو شهد المولى لعبدته ثم أعادها بعد العتق كذلك ولو شهد المولى لعبدته بعد العتق وقد تحملها حال الرق جاز ما عرف إلى هنا لفظ الشامل اهـ اتقاني وكتب مانصه قال الولوالجي رحمه الله في أواخر الفصل الثالث من أدب القاضي ولو كانت عند الذي شهادة على المسلم فأسلم الذي وشهد على المسلم جازت شهادته لأن الإسلام شرط لأهلية الأداء فيراعى وقت الأداء إذا وجد اهـ

(قوله لأجل أنه حد الخ) شهادة المحدود في السرقة وغيرها من الجنائيات سوى المحدود في القذف تقبل إذا تاب فرق بين هذا وبين شهادة المحدود في قذف إذا تاب حيث لا تقبل والفرق أن رد الشهادة لهؤلاء كان لأجل (٣١٩) الفسق وبالتوبة يرتفع الفسق أما شهادة المحدود في القذف

ووجهه أن الله تعالى رد شهادته على التائب فقد قال هو موقت إلى وجود التوبة يكون رد الما اقتضاه النص فيكون مردودا والقياس على الكفر وغيره من الجرائم لا يجوز لأن القياس المخالف للنص لا يصح ولأن رد الشهادة معطوف على الجملة المتقدمة وهي حد فكذا هذا فصار من تمام الحد إذا عطف الاشتراط وتغايروا بالامر والنهي لا يمنع من ذلك كقولهم اجلس ولا تتكلم فكان الكل جزءا جزمته ولا نسلم أن الجملة الأخيرة معطوفة على ما قبلها لأن ما قبلها محدود ولهذا أمر الأئمة بقوله وأولئك هم الفاسقون ليس بمجدوا وإنما هو إخبار عن وصف قام بالذات فلا يصلح حد إلا أن الحد يقع بفعل الأئمة لا بوصف قائم بالذات فلا ينصرف الاستثناء إلى الجميع ولو انصرف لبطل الحد ولم يقل به أحد فتبين بهذا أن الواو في قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون وأولئك هم الفاسقون لا يوزن معطوف فيكون منقطعاً عن الأول فينصرف الاستثناء إلى ما يليه ضرورة كقوله تعالى والراسخون في العلم ألا ترى أنه لا يصلح جزءا لجزمته والحد ورد بالشهادة يصلحان جزءا لأن كل واحد منهما مؤلم زاجر عن ارتكاب هذه الجريمة فصار رد الشهادة قطعاً لآلة الجانبة معني وهي اللسان كقطع اليد حقيقة في السرقة فصار الرد من تمام الحد والحد لا يرتفع بالتوبة فإذا لم تكن الواو للعطف لا ينصرف الاستثناء إلى الجميع بخلاف ما ذكر من المثال لأن الواو فيه للعطف ألا ترى أن كلها جعل أنشأة فيتوقف كلها على آخرها حتى إذا وجد ما يغري في الأخير تغير الكل والقياس على الكفر وغيره ممنع لفقد شرطه وهو أن لا يكون في الفرع نص يمكن العمل به وهنا نص على التائب فكيف يمكن القياس عليه ولا جاز أن يكون رد شهادته لفسقه لأن الثابت بالنص في خبر الفاسق هو التوقف بقوله تعالى أن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا لا الرد ولأنه لو كان الرد لأجل فسقه لزم عطف العلة على حكمها وهو لا يجوز فتبين بهذا أن رد الشهادة لأجل أنه حد لا يفسق ولهذا أقام أربعة بعدم أحد على أنه زنى تقبل شهادته بعد التوبة في الصحيح لأنه بعد إقامة البيعة لا يحذف كذا الترد شهادته قال رحمه الله (الأن يحذف الكافر في قذف ثم أسلم) فإنه تقبل شهادته بعد الإسلام لأن هذه شهادة استقاده بعد الحد بالإسلام فلم يلحقه الرد لأن التي ردت غير هذه ألا ترى أن الردودة لا تقبل على المسلم وهذه تقبل فيرد الأولى لا ترد الثانية بخلاف العبد إذا خدم ثم أعتق حيث لم تقبل شهادته لأنه لم يكن له شهادة على أحد وقت الحد فلم يتم الرد إلا بعد الاعتاق في حقه فلا يصور قبولها من غير إقامة البيعة على المقذوف أنه زنى على ما مر وهذا لأن الرد من تمام الحد في الكافر ثم في حال كفره وفي العبد لم يتم إلا بعد الحرية ولو ضرب الذمي في حد القذف سوطاً فأسلم ثم ضرب الباقي بعد الإسلام تقبل شهادته لأن رد الشهادة من تمام الحد والموجود بعد الإسلام ليس بمحذوف هو بعضه فلا يترتب عليه رد الشهادة وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه إذا ضرب السوط الأخير بعد الإسلام لا تقبل شهادته لأن الحكم إذا تعلق بعلة ذات أجزاء تعلق الحكم بالأجزاء الأخيرة لما عرف في موضعه وعنه أنه إذا ضرب إلا أكثر بعد الإسلام لا تقبل شهادته وإن كان دون ذلك تقبل لأن لا أكثر حكم الكل وفي المبسوط لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد لأن إقامة الحد مسقط للشهادة والحد لا يتجزأ فإدونه لا يكون حداً بل يكون تعزيراً وهو لا يسقط الشهادة وروى عنه أنها تسقط إذا أقيم عليه إلا أكثر وروى عنه أنه إذا ضرب سوطاً سقطت شهادته وهي نظير مسألة أسلم الذمي في حالة الحد على ما بينا قال رحمه الله (والولد لا يوبه وجده وعكسه واحد الزوجين للأخوة والسيد لعبد ومكاتبه) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الولد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيد ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره ولأن المنافع بين هؤلاء متصلة ولهذا لا يجوز راداء بعضهم الزكاة إلى بعض فمكون شهادة لنفسه من وجه فلا تقبل ولا

ووجهه أن الله تعالى رد شهادته على التائب فقد قال هو موقت إلى وجود التوبة يكون رد الما اقتضاه النص فيكون مردودا والقياس على الكفر وغيره من الجرائم لا يجوز لأن القياس المخالف للنص لا يصح ولأن رد الشهادة معطوف على الجملة المتقدمة وهي حد فكذا هذا فصار من تمام الحد إذا عطف الاشتراط وتغايروا بالامر والنهي لا يمنع من ذلك كقولهم اجلس ولا تتكلم فكان الكل جزءا جزمته ولا نسلم أن الجملة الأخيرة معطوفة على ما قبلها لأن ما قبلها محدود ولهذا أمر الأئمة بقوله وأولئك هم الفاسقون ليس بمجدوا وإنما هو إخبار عن وصف قام بالذات فلا يصلح حد إلا أن الحد يقع بفعل الأئمة لا بوصف قائم بالذات فلا ينصرف الاستثناء إلى الجميع ولو انصرف لبطل الحد ولم يقل به أحد فتبين بهذا أن الواو في قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون وأولئك هم الفاسقون لا يوزن معطوف فيكون منقطعاً عن الأول فينصرف الاستثناء إلى ما يليه ضرورة كقوله تعالى والراسخون في العلم ألا ترى أنه لا يصلح جزءا لجزمته والحد ورد بالشهادة يصلحان جزءا لأن كل واحد منهما مؤلم زاجر عن ارتكاب هذه الجريمة فصار رد الشهادة قطعاً لآلة الجانبة معني وهي اللسان كقطع اليد حقيقة في السرقة فصار الرد من تمام الحد والحد لا يرتفع بالتوبة فإذا لم تكن الواو للعطف لا ينصرف الاستثناء إلى الجميع بخلاف ما ذكر من المثال لأن الواو فيه للعطف ألا ترى أن كلها جعل أنشأة فيتوقف كلها على آخرها حتى إذا وجد ما يغري في الأخير تغير الكل والقياس على الكفر وغيره ممنع لفقد شرطه وهو أن لا يكون في الفرع نص يمكن العمل به وهنا نص على التائب فكيف يمكن القياس عليه ولا جاز أن يكون رد شهادته لفسقه لأن الثابت بالنص في خبر الفاسق هو التوقف بقوله تعالى أن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا لا الرد ولأنه لو كان الرد لأجل فسقه لزم عطف العلة على حكمها وهو لا يجوز فتبين بهذا أن رد الشهادة لأجل أنه حد لا يفسق ولهذا أقام أربعة بعدم أحد على أنه زنى تقبل شهادته بعد التوبة في الصحيح لأنه بعد إقامة البيعة لا يحذف كذا الترد شهادته قال رحمه الله (الأن يحذف الكافر في قذف ثم أسلم) فإنه تقبل شهادته بعد الإسلام لأن هذه شهادة استقاده بعد الحد بالإسلام فلم يلحقه الرد لأن التي ردت غير هذه ألا ترى أن الردودة لا تقبل على المسلم وهذه تقبل فيرد الأولى لا ترد الثانية بخلاف العبد إذا خدم ثم أعتق حيث لم تقبل شهادته لأنه لم يكن له شهادة على أحد وقت الحد فلم يتم الرد إلا بعد الاعتاق في حقه فلا يصور قبولها من غير إقامة البيعة على المقذوف أنه زنى على ما مر وهذا لأن الرد من تمام الحد في الكافر ثم في حال كفره وفي العبد لم يتم إلا بعد الحرية ولو ضرب الذمي في حد القذف سوطاً فأسلم ثم ضرب الباقي بعد الإسلام تقبل شهادته لأن رد الشهادة من تمام الحد والموجود بعد الإسلام ليس بمحذوف هو بعضه فلا يترتب عليه رد الشهادة وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه إذا ضرب السوط الأخير بعد الإسلام لا تقبل شهادته لأن الحكم إذا تعلق بعلة ذات أجزاء تعلق الحكم بالأجزاء الأخيرة لما عرف في موضعه وعنه أنه إذا ضرب إلا أكثر بعد الإسلام لا تقبل شهادته وإن كان دون ذلك تقبل لأن لا أكثر حكم الكل وفي المبسوط لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد لأن إقامة الحد مسقط للشهادة والحد لا يتجزأ فإدونه لا يكون حداً بل يكون تعزيراً وهو لا يسقط الشهادة وروى عنه أنها تسقط إذا أقيم عليه إلا أكثر وروى عنه أنه إذا ضرب سوطاً سقطت شهادته وهي نظير مسألة أسلم الذمي في حالة الحد على ما بينا قال رحمه الله (والولد لا يوبه وجده وعكسه واحد الزوجين للأخوة والسيد لعبد ومكاتبه) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الولد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيد ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره ولأن المنافع بين هؤلاء متصلة ولهذا لا يجوز راداء بعضهم الزكاة إلى بعض فمكون شهادة لنفسه من وجه فلا تقبل ولا

الخصاف أن شهادة الأجير لاستاذه مردودة وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله قالوا إن كان الأجير مشركاً كان حوز شهادته في الروايات كلها وما ذكر في الدييات محمول على هذا الوجه وإن كان أجبراً وحده مشاهراً ومسانمة أو مياومة لا تقبل شهادته لاستاذه لا في تجارته ولا في شيء آخر وما ذكر في الكفالة محمول على هذا كذا ذكر الناطقي والإمام الصدر الشهمي ووجهه ظاهر لأن أجبراً والوحيد

يستحق الاجر بمضى الزمان واذا كان يستوجب الاجر لزمان أداء الشهادة كان متهما فيما شهد أما الاجير المشترك فلا يستوجب الاجر الا بالعمل الذي عقدت عليه الاجارة فاذا لم يستوجب بشهادة أجر انتفت التهمة عن شهادته ولهذا جازت شهادة القابلة على الولادة عند شرطها وهو العدالة اهـ (قوله وقيل المراد به الاجير مشاهرة لانه اجير خاص) قال في خلاصة الفتاوى ولا تجوز شهادة الاجير لاستاذه أراد به التلميذ الخاص والتلميذ الخاص الذي يأكل معه وفي عياله وليس له أجر معلومة أما الاجير المشترك اذا شهد للاستأجر تقبل وأما الاجير الواحد وهو الذي استأجر مياومة أو مشاهرة أو مسانحة بأجرة معلومة لا تقبل الى هنا لفظ الخلاصة وذلك لان منافع الاجير الواحد مستحقة للاستأجر ولهذا لا يجوز له أن يؤاجر نفسه من آخر في تلك المدة فلو جازت شهادته للاستأجر كانت شهادة بالاجر فلا تجوز وذلك لان شهادته من جملة منافعها (٢٣٠) وهي مستحقة بالاجر وهذا معنى قوله في المتن فيصير كالاستأجر عليها أى على الشهادة

وقال الفقيه أبو الليث في كتاب العميون قال محمد بن رجل استأجر يوما واحدا لم يكتب المحشى (قوله ومالك رحمه الله يخالفنا) قال الكاكي ما وجدته في الكتب المشهورة لاصحاب مالك اهـ وقال ابن أبي ليلى والثوري والبخاري لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لان لها حقافي ماله لو جوب نفقتها فيه وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة اهـ قاله الكاكي اهـ وبقولنا قال مالك وأحمد اهـ (قوله ولا تعتبر بالمنفعة الثانية ضمنا كافي الغريم اذا شهد بمدونه المفسد) ولنا ما روي في الحديث وما يبين من المعنى وهو ان المنافع بينهما متصلة ولهذا بعد أحدهما غنيا بغنى صاحبه وقيل هو المراد بقوله تعالى ووجدك عائلا فاغني أي عمال خديجة فاذا كان هذا في الزوجين ففي الولاد أولى وروي أن الحسن بن علي رضي الله تعالى عنه ما شهد على مع قنبر عند شريح بدرع له فقال شريح لعلي ائت بشاهد آخر فقال مكان الحسن أو مكان قنبر فقال لا بل مكان الحسن فقال أما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للحسن والحسين هما سيدا شباب أهل الجنة قال سمعت لكن ائت بشاهد آخر القصة الى آخرها وفيها أنه استحسنه وزاده في الرزقة ومثل هذا لا يقدح في العدالة لانه لا يعمل بالاجور ان يكونه شهادة لنفسه من وجه وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة قال رحمه الله (والشريك اشريك فيما هو من شركتهما) لانه شهادة لنفسه من وجه لا شرا كهما فيه وهذا لانه يصير شهادته لنفسه في البعض وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة فاذا بطل في نصيبه بطل في نصيب شريكه أيضا لانها شهادة واحدة فلا تجزأ ولو شهد به بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال في النهاية هذا في حق الشريكين شركة عنان ظاهر وأما شهادة أحد المتفاوضين لصاحبه فلا تقبل الا في الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها مشترك بينهما وهذا هو فانه لا يدخل في الشركة الا الدراهم والدينار ولا يدخل فيه العقار ولا العروض ولهذا قالوا لو وهب لأحدهما مال غير الدراهم والدينار لا تبطل الشركة لان المساواة فيه ليست بشرط قال رحمه الله (والخنف) أي لا تقبل شهادته وهو الذي في كلامه لين وتكسر ومراومه اذا كان يتعمد ذلك تشبها بالنساء وفي عرف الناس هو الذي يباشر الردي عن الأفعال ويلين كلامه عدا كل ذلك معصية فلا تقبل شهادته لقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله المؤتمنين من الرجال والمذكرات

وقال الفقيه أبو الليث في كتاب العميون قال محمد بن رجل استأجر يوما واحدا لم يكتب المحشى (قوله ومالك رحمه الله يخالفنا) قال الكاكي ما وجدته في الكتب المشهورة لاصحاب مالك اهـ وقال ابن أبي ليلى والثوري والبخاري لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لان لها حقافي ماله لو جوب نفقتها فيه وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة اهـ قاله الكاكي اهـ وبقولنا قال مالك وأحمد اهـ (قوله ولا تعتبر بالمنفعة الثانية ضمنا كافي الغريم اذا شهد بمدونه المفسد) ولنا ما روي في الحديث وما يبين من المعنى وهو ان المنافع بينهما متصلة ولهذا بعد أحدهما غنيا بغنى صاحبه وقيل هو المراد بقوله تعالى ووجدك عائلا فاغني أي عمال خديجة فاذا كان هذا في الزوجين ففي الولاد أولى وروي أن الحسن بن علي رضي الله تعالى عنه ما شهد على مع قنبر عند شريح بدرع له فقال شريح لعلي ائت بشاهد آخر فقال مكان الحسن أو مكان قنبر فقال لا بل مكان الحسن فقال أما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للحسن والحسين هما سيدا شباب أهل الجنة قال سمعت لكن ائت بشاهد آخر القصة الى آخرها وفيها أنه استحسنه وزاده في الرزقة ومثل هذا لا يقدح في العدالة لانه لا يعمل بالاجور ان يكونه شهادة لنفسه من وجه وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة قال رحمه الله (والشريك اشريك فيما هو من شركتهما) لانه شهادة لنفسه من وجه لا شرا كهما فيه وهذا لانه يصير شهادته لنفسه في البعض وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة فاذا بطل في نصيبه بطل في نصيب شريكه أيضا لانها شهادة واحدة فلا تجزأ ولو شهد به بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال في النهاية هذا في حق الشريكين شركة عنان ظاهر وأما شهادة أحد المتفاوضين لصاحبه فلا تقبل الا في الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها مشترك بينهما وهذا هو فانه لا يدخل في الشركة الا الدراهم والدينار ولا يدخل فيه العقار ولا العروض ولهذا قالوا لو وهب لأحدهما مال غير الدراهم والدينار لا تبطل الشركة لان المساواة فيه ليست بشرط قال رحمه الله (والخنف) أي لا تقبل شهادته وهو الذي في كلامه لين وتكسر ومراومه اذا كان يتعمد ذلك تشبها بالنساء وفي عرف الناس هو الذي يباشر الردي عن الأفعال ويلين كلامه عدا كل ذلك معصية فلا تقبل شهادته لقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله المؤتمنين من الرجال والمذكرات

بعد وفاته اهـ (قوله قنبر) قنبر عتيق لعلي كرم الله وجهه وهو بفتح القاف والباء وأما جدسيبويه فبضم القاف وفتح من الباء فسيبويه هو عم عمرو بن عثمان بن قنبر اهـ (قوله قال أما سمعت) أي قال علي اهـ وكتب ما نصه وكان من رأى علي رضي الله عنه قبول شهادة الولد لوالده اهـ (قوله الرزقة) قال المصنف في مجمع البحرين والرزقة بالفتح المرة الواحدة والجمع الرزقات وهي أطعم الجند وارتزق الجند أي أخذوا أرزاقهم اهـ قوله وهي أطعم الجند قال في مجمع البحرين في باب العين والطمع وزق الجند ويقال أمرهم الامير باطعامهم أي بأرزاقهم اهـ (قوله وأما شهادة أحد المتفاوضين لصاحبه فلا تقبل الا في الحدود والقصاص) قال الاتقاني قال في الشامل في قسم المبسوط ولا تقبل شهادة الشريك المتفاوض وان كان عدلا فيما خلا الحدود والقصاص وغير المتفاوض أيضا في تجارته اهـ وهو موافق لما نقله الشارح عن النهاية اهـ (قوله ولا يدخل فيه العقار ولا العروض) قلت قد قال فيها هو مشترك ويجوز أن يكون بينهما عروض وعقار اشتريا من مال الشركة اهـ كذا نقلته من خط قارئ الهداية اهـ

(قوله في المتن والناتجة) ليس بثابت في خط الشارح رحمه الله وهو ثابت في نسخ المتن اه (قوله لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن الصوتين
الاجئين المغنية والناتجة) وصف الصوت بصفة صاحبه اعلم أن التغنى للهو أو جمع المال حرام بخلاف والتوح كذلك خصوصا
اذا كان من المرأة لان رفع الصوت منها حرام بخلاف وفي الذخيرة لم يرد بالناتجة التي تنوح في مصيبتها وانما أراد التي تنوح في مصيبة
غيرها اتخذت ذلك مكسبة اه (قوله في المتن والعدوان كانت عداوته دينوية) قال في خزانة المفتين ولا شهادة العدوان كانت
العداوة بسبب الدين أو تقبل ان كانت بسبب الدين (اخ) والعدوان بفرح يحزنه ويحزن بفرحه وقيل يعرف بالعرف اه وكتب
مانصه قال الماوردي في الاحكام السلطانية ولا يشهد لعدوه ولا يشهد عليه ويحكم لعدوه ويحكم عليه لأن أسباب الحكم ظاهرة
وأساب الشهاده خافية فانتفت التهمة عنه في الحكم وتوجهت عليه في الشهادة اه (قوله في المتن) ولا تقبل شهادة الجازف في كلامه
وحكى أن الفضل بن ربيع وزير الخليفة شهد عند أبي يوسف فرد شهادته فشقاه (١٢١) الى الخليفة فقال الخليفة ان

وزرى رجل دين لا يشهد
بالزور فلم ردت شهادته
قال لا في سمعته يوما فان
للخليفة أنا عبدك فان
كان صادقا فلا شهادة للعبد
وان كان كاذبا فكذلك
أيضا لانه اذا لم يبال في
محسبك بالكذب فلا يبال
في مجلسي أيضا فعذرته
الخليفة اه كاكى ستأق
هذه الحكاية في كلام
الشارح عند قوله والعمل
(قوله في المتن ومدمن الشرب
على اللهو) قال الاتقاني
رحمه الله ونقل الناصحي
في تهذيب أدب القاضي
عن الخصاص فقال ولا
تقبل شهادة قطاع الطريق
والصوص وأصحاب الفجور
بالنساء ومن يعمل عمل قوم
لوط ومن يشرب الخمر ومن
يسكر من النبيذ لان هؤلاء
فساق ولم يشترط الخصاص
في شرب الخمر الا دمان كاترى

من النساء وأما اذا كان في كلامه لين وفي أعضائه تكسر خلقة ولم يشتهر بشئ من الافعال الردية فهو
عدل مقبول الشهادة قال رحمه الله (والناتجة والمغنية) لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين
الاجئين المغنية والناتجة أطلقه في حق المرأة ولم يقيد بمكونها تغنى للناس وقيد به في حق الرجل لان
نفس رفع الصوت حرام في حقها بخلاف الرجل على ما تبين قالوا المراد بالناتجة هي التي تنوح في مصيبة
غيرها لانهم تركت كسب المحظورات لاجل الطمع في المال وتجعله مكسبة أما التي تنوح في مصيبتها فلا
تسقط عدالتها قال رحمه الله (والعدوان كانت عداوته دينوية) لان المعادة لاجل الدنيا حرام فمن
ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه أما اذا كانت العداوة دينية فقبل شهادته لان من اتى من التدين فقبل على
قوة دينه وعدالته وهذا لان المعادة قد تكون واجبة بان رأى فيه منكرا شرعا ولم ينهه بنهيه والذي يوضح
لذلك المعنى أن المسلمين يجمعون على قبول شهادة المسلم على الكافر والعداوة الدينية قائمة بينهما فلو كانت
مانعة لما قبلت قال رحمه الله (ومدمن الشرب على اللهو) أى مداوم شرب الخمر لاجل اللهو لان شربها
كبيرة وفي الكافي قال لما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من شرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك
منه لا يخرج من أن يكون عدلا وان شربها كثيرا وانما تسقط عدالته اذا كان يظهر ذلك منه أو يخرج
سكران فيلعب به الصبيان فانه لاهم ووقته فله ولا يحتج زعم الكذب عادة وقال في النهاية اطلاق الشرب
على اللهو في حق المشروب لمتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما فان الادمان
شرط في الخمر أيضا في حق سقوط العدالة وذلك كفي فتاوى قاضيان لان قبل شهادة مدمن الخمر ولا
مدمن السكر لانه كبيرة ثم ذكر مثل ما ذكر في الكافي وذكر في النهاية معزيا الى الذخيرة لا تجوز شهادة
مدمن الخمر ثم قال شرط الادمان ولم يرد به الادمان في الشرب وانما أراد به الادمان في النية بمعنى يشرب
ومن نية أن يشرب بعد ذلك اذا وجد ولا تجوز شهادة مدمن السكر وأراد به السكر بسائر الاشربة
سوى الخمر لان المحرم في سائر الاشربة السكر فشرط الادمان على السكر وانحرى في الخمر نفس الشرب
فشرط الادمان على الشرب وكذلك من يجلس مجالس الفجور والشرب لا تقبل شهادته وان لم يشرب
لانه تشبه بهم ولم يحتج زان يظهر عليه ما يظهر عليهم فلا يحتج زعم شهادة الزور قال رحمه الله (ومن
يلعب بالطنبور) لانه من اللهو ويقال بالطنبور وهو أ يضامشله وبورث الغفلة أيضا وقد قال عليه
الصلاة والسلام ما أنا من ددولا الدمى ولان الغالب فيه أن يصعد الى السطوح ليطير طيره فينظر الى

ووجهه ان نفس شرب الخمر يوجب الحد فيوجب رد الشهادة وشرط شهادات الادمان فقال ولا تقبل شهادة مدمن الخمر ومدمن السكر
وفائدة انه اذا شرب في السر لا تسقط عدالته قال صاحب الاجناس وهذا شرط صحيح لانه متى دام عليه فهو مقيم على معصية وان لم
يبدع عليه فهو تائب نادام اه وكتب مانصه قال الشيخ أبو نصر الاقطع رحمه الله فاما من ادمن الشرب على غير اللهو ولم يسكر وهو لا يعتقد
تحليله فشهادته مقبولة لانه لم يوجد منه ما يوجب الفسق ولا يترك المروءة اه وكتب أيضا مانصه قال الخبر اى في حواشي الهداية وانما
أراد به غير شارب الخمر لان شارب الخمر حر ود الشهادة على كل حال فلا حاجة الى ابطال شهادته الى شربه ما على اللهو اه (قوله لمتناول)
الذى يحط الشارح لسياق جميع الاشربة اه (قوله وكذلك من يجلس مجالس الفجور الخ) وقال الناصحي أيضا ولا تقبل شهادة من
يجلس مجالس الفجور والمجانة على الشرب وان لم يسكر لان اختلاطه بهم وتركه الامر بالمعروف بوجوب سقوط عدالته وان لم يكن
نفس المجلس فساقا فلا تقبل شهادته اه اتقاني (قوله وقد قال صلى الله عليه وسلم ما أنا من ددولا الدمى) الددال اللهو واللعب

وهي مخدوقة اللام وقد استعملت متممة ددى كدى وددن كبدن ولا يخلو واخذوف أن يكون باء كقولهم يد في يدي أو نونا كقولهم اد في لدن ومعنى تكثير الدال الشباع والاستغراق وان لا يبق منه شيء إلا وهو منزعه عنه أي ما أتى في شيء من اللهو واللعب وتعريفه في الجملة الثانية لأنه صار معهودا بالذ كر كأنه (٣٣٣) قال ولا ذلك النوع مني وإنما لم يقل ولا هو مني لأن الصريح أكد وأبلغ اه ابن

الانير رحمه الله (قوله ولو كان يقتنى الحمام في بيته ليس تأنس به لا ليظهر فلا بأس به ولا تسقط عدالته بحمله لان امساك الحمام في البيوت مباح ألا ترى أن الناس يتخذون بروج الحمام من غير تكثير إلا اذا كانت تجر حمامات أخر يملوكه لغريمه فقترخ في وكرها فباكل ويبيع منه لأنه ملك الغير فلا يحل له ذلك وتسقط عدالته بذلك قال رحمه الله (أو يغني للناس) لأنه يجمع الناس على لهو وعب ولا يخلو عادة من ارتكاب كبيرة بالمجازفة والكذب وقيد بكونه يغني للناس أي يسمعهم لأنه لو كان لا يسمع نفسه حتى يزيل الوحشة عن نفسه من غير أن يسمع غيره فلا بأس به ولا تسقط عدالته في الصحيح لما روى أن البراء بن مالك دخل عليه أخوه أنس بن مالك وهو يغني وكان البراء بن مالك حسن الصوت اه الاصباية (قوله والوجه ما ذكره المتكلمون الخ) قال في الدراية وقيل أصح ما فيه ما نقل عن الحلواني ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله والدين فهو كبيرة وكذا الاغاثة على المعاصي والفجور والحث عليها من جملة الكبائر كذا الذخيرة والمحيط اه (قوله في المتن أو يدخل الحمام الخ) قال قاضيخان ولا شهادة من يدخل الحمام بغير ازار اذا لم يعرف رجوعه عن ذلك اه (قوله لان كشف العورة حرام) أي ومم تركب الحرام فاستحق فلا تقبل شهادته اه اتقاني (قوله في الشرح من غير متر) الذي سمعته من شيخني العلامة الغزي رحمه الله الاعتر اه (قوله وشرط في الاصل أن يكون مشهورا به) لأنه اذا لم يكن مشهورا به فطره بقره التهمة وعدالته ظاهرة فلا تبطل بتهمة معصية لم تتحقق اه غايه (فرع) قال الناصبي في

عورات النساء وهو فسق ولو كان يقتنى الحمام في بيته ليس تأنس به لا ليظهر فلا بأس به ولا تسقط عدالته بحمله لان امساك الحمام في البيوت مباح ألا ترى أن الناس يتخذون بروج الحمام من غير تكثير إلا اذا كانت تجر حمامات أخر يملوكه لغريمه فقترخ في وكرها فباكل ويبيع منه لأنه ملك الغير فلا يحل له ذلك وتسقط عدالته بذلك قال رحمه الله (أو يغني للناس) لأنه يجمع الناس على لهو وعب ولا يخلو عادة من ارتكاب كبيرة بالمجازفة والكذب وقيد بكونه يغني للناس أي يسمعهم لأنه لو كان لا يسمع نفسه حتى يزيل الوحشة عن نفسه من غير أن يسمع غيره فلا بأس به ولا تسقط عدالته في الصحيح لما روى أن البراء بن مالك دخل عليه أخوه أنس بن مالك وهو يغني والبراء بن مالك كان من زهاد الصحابة رضي الله تعالى عنهم وان أنشد شعرا فيه وعظ وحكمة فهو جاز بالانفاق وإن كان فيه ذكر امرأة معينة فإن كانت ميتة أو كان فيه ذكر امرأة غير معينة فلا بأس به وإن كانت معينة وهي حية بكرة ومن المشايخ من أجاز الغناء في العرس ألا ترى أنه لا بأس بضرب الدف فيه إعلانا للزواج وقد قال عليه الصلاة والسلام أعلنوا النكاح ولوبالدف ومن مشايخنا من قال إذا كان يغني ليستفيد به نظم القوافي ويصير به فصيح اللسان لا بأس به ومن المشايخ من كرهه مطلقا ومن المشايخ من أباحه مطلقا ونحن بينا الصحيح من الأقاويل بحمد الله تعالى وكرمه قال رحمه الله (أو يرتكب ما يوجب الحد) لأنه من الكبائر ومن تركها لا يبالي بالكذب وكل من ارتكب الكبائر ترتب شهادته واختلفوا في الكبيرة فقال أهل الحجاز وأهل الحديث هي السبع المذكورة في الحديث المشهور وهي الاشرار بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم عليها كل الربا وكل مال القيم بغير حق وقال بعضهم ما ثبت حرمة بدل لمقطوع به فهمي كبيرة وقال بعضهم ما فيه حدا أو قتل فهو كبيرة وقيل كل ما أصغر عليه المرء فهو كبيرة وما استغفر عنه فهو صغيرة لقوله عليه الصلاة والسلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وقال بعضهم كل ما كان عمدا فهو كبيرة والوجه ما ذكره المتكلمون أن الكبيرة والصغيرة اسمان إضافيان لا يعرفان بذاتهما وإنما يعرفان بالاضافة فكل ذنب إذا نسبته إلى ما دونه فهو كبيرة وإذا نسبته إلى ما فوقه فهو صغيرة وقال بعضهم كل معصية أو عدا عليها في القرآن أو في الحديث المشهور تمنع قبول الشهادة لان شاهد الزور موعود عليه فمن ارتكب مثله من الذنوب يرتكبه فصلح دليل على ارتكابه الكذب لان من ارتكب شيئا من المحرمات ارتكب نظيره عادة وقيل إذا ارتكب ما يكون شيعا عادة فليس يعدل وقيل ما كان حراما لعينه فكبيرة ولا لا صغيرة وقيل ماسي في الشرع فاحشة فكبيرة قال رحمه الله (أو يدخل الحمام بغير ازار) لان كشف العورة حرام وقال عليه الصلاة والسلام لعن الله الناظر والمنظور ورأى أبو حنيفة رحمه الله رجلا في الحمام بغير ازار فقال

ألا أيها الناس خافوا إليكم * ولا تدخلوا الحمام من غير متر

وذكر الكرخي ان من عشي في الطريق بالسر ويل وحده ليس عليه غيره لا تقبل شهادته لأنه تارك للروعة قال رحمه الله (أو يأكل الربا) لأنه من الكبائر وشرط في الاصل أن يكون مشهورا به وذلك بالادمان لأنه لا يمكن التحرز عن العقود الفاسدة وهو ربا بخلاف أكل مال التيمم حيث لا يشترط فيه الادمان لان التحرز عنه ممكن ولأنه لم يدخل في ملكه وفي الربا يدخل فيشترط فيه الادمان قال رحمه الله (أو يقامر بالترد والشرط فنج أو تفوته الصلاة بسيهما) لان كل ذلك فسق وكذا إذا كان يكثر عليه الحلف كاذبا

مشهورا به فطره بقره التهمة وعدالته ظاهرة فلا تبطل بتهمة معصية لم تتحقق اه غايه (فرع) قال الناصبي في تهذيب أدب القاضي حكى عن أبي الحسن أن شيخا لوصارح الاحداث في الجامع لم تقبل شهادته لان هذا ضف وان لم يحكم بنفسه لذلك اه اتقاني رحمه الله (فرع) ولا تقبل شهادة الطفيلي والمشعوذ والرافض والمسخرة بخلاف اه معراج الدراية

(قوله وقال عليه الصلاة والسلام وما عون من يلعب بالترد) وهو حرام بالاجماع اه قارئ الهداية (قوله فلا ترد شهادة ما لم ينضم اليه أحد المعاني الثلاثة) قال الاتقاني أما اذا لم يوجد أحد هذه وألعب بالشر نج وحافظ على الصلاة في وقتها ولم يقامر على ذلك ولم يخلف بالكذب فإنه لا تسقط شهادته وذلك لأن العلماء اختلفوا في حرمه ألعب بالشر نج وإباحته عند انعدام هذه المعاني فعلى قول مالك والشافعي يحل كذا نقل مذهبهما شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب القاضي في باب المسئلة عن اليهود ولأن الناس لا يعدونه من الكفار ولا يستخفون صاحبها فلا ترد شهادته اه (قوله في المتن أو يقول أو يأكل على الطريق) (٢٢٣)

للمروءة اه قارئ الهداية (قوله وكذا لا تقبل شهادة من يأكل الخ) والذي وجدته بخط شيخنا مكتوبا بعد يأكل أو يشرب اه وكتب مانصه (قوله وكذا لا تقبل شهادة الخ) قال السكاكي لأنه لا يفعل ذلك من كان له مروءة وكل فعل فيه تركه المرءة يوجب سقوط شهادته بخلاف بين الأئمة الأربعة حتى لو مشى في السوق أو في مجامع الناس بسر أو بل واحد لا تقبل شهادته وكذا من يمد رجله عند الناس أو يكشف رأسه في موضع لا عادة فيه مما يجنبه أهل المروءات (قوله في المتن وتقبل ل أخيه وعه الخ) وذلك لعدم قوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم فعمل بعونه الاماورد التخصيص بالدليل اه اتقاني (قوله في المتن وأهل الاهواء) قال الاتقاني أراد بأهل الاهواء أصحاب البدع كالخارجي والرافضي الجبري والقدري والمشبّه والمعتل ويسمى أهل البدع أهل الاهواء لميلهم الى

لان كل ذلك من الكائر وقالوا في الرد رد شهادته بمجرد اللعب فيه من غير اشتراط القمار ولا غيره لان نفس اللعب فيه فسق وقال عليه الصلاة والسلام ملعون من يلعب بالترد ومن يكون ملعونا كيف يكون عدلا بخلاف الشر نج لان الاجتهاد فيه مساغا فلا ترد شهادته ما لم ينضم اليه أحد المعاني الثلاثة التي ذكرناها آنفا قال رحمه الله أو يقول أو يأكل على الطريق أو يظهر سب السلف) يعنى الصالحين منهم وهم الصحابة والتابعون والعلماء كالأبي حنيفة وأصحابه لان هذه الاشياء تدل على قصور عقله وقلة مروءته ومن لم يمنع عن مثله لا يمنع عن الكذب عادة بخلاف ما اذا كان يخفي السب وكذا لا تقبل شهادة من يأكل في السوق بين أيدي الناس لما ذكرنا وقال بعض المشايخ لا تقبل شهادة أهل الحرف الكثيرة الايمان الفاجرة منهم وأكثرهم على انها تقبل شهادة من عرف منهم بالعدالة ولا تقبل ممن يكثر شتم أهل ولا يمان يشتم الناس قال رحمه الله (وتقبل لأخيه وعه وأبو به رضاء وأما امرأته وبناتها وزوج بنته وأمرأه أبيه وابنه) لان الاملاك بينهم متيزة ولا يدي متيزة ولا سطوة لبعضهم في مال البعض فلا تحقق التهمة بخلاف شهادته لقرباه ولأولادها وأحد الزوجين للأخر على ما بينا قال رحمه الله (وأهل الاهواء الخطايا) وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة أهل الاهواء لانهم فسقة اذا فسق من حيث الاعتقاد أغلظ من الفسق من حيث التعاطي ولا شهادة للفاسق ولأن الفاسق لا ترد شهادته لتهمته الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك بل ما وقع فيه الاتية الأثرى ان فيهم من يكفر بالذنب وفيهم من يجعل منزلته بين الايمان والكفر فيكون هو أقوى اجتنابا عن الكذب حذرا عن الخروج من الدين ولأنه مسلم عدل لا يتعاطى الكذب فوجب قبول شهادته قياسا على غير صاحب الهوى وهو امرأه عن تأويل وتدين فلا تطل عدالته به كن يستجيب المثلث أو متروك التسمية واستدل محمد بن محمد بن الله على قبول شهادته فقال رأيت ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ساعدوا معاوية على مخالفة على رضى الله عنه ولو شهدوا بين يدي على أن كان يرد شهادتهم ومخالفة على بعد عثمان بدعة وهو فكيف الخروج عليه بالسيف ولكن لما كان عنده تأويل وتدين لم يمنع قبول شهادته وشرط في الذخيرة لقبول شهادته أن يكون هوى لا يكفر به صاحبه وفي النهاية أن أصول أهل الهوى ستة الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد بصيراني عشرة فرقة والخطاينة قوم من الروافض ينسبون إلى أبي الخطاب محمد بن وهب الابدع يستجيزون أن يشهدوا للذي إذا حلف عندهم أنه محق ويقولون المسلم لا يخلف كاذبا فاعتقادهم هذا تمكنت شبهة في شهادتهم فلعله أقدم على الشهادة بهذا الطريق وقيل انهم يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على غير موجب أن يشهد له ببقية شيعته وذكر الاقطع أنهم قوم ينسبون إلى أبي الخطاب رجل كان بالكوفة قتل عيسى بن موسى وصلبه بالكنايس لانه كان زعم أن على بن أبي طالب الاله الأكبر وجعفر الصادق الاله الأصغر قال رحمه الله (والذي على مثله) وقال الشافعي رحمه الله ومالك لا تقبل شهادة الذي على ذم مثله ولا على الحرب لانهم فسقة بين الله تعالى فسقهم في آيات من القرآن وهو أغلظ من الفسق تعاطيا فكان أولى برده شهادته ولأن الله تعالى

محبوب أنفسهم بل دليل شرعي أو عقلي فانه هوى محبوب النفس من هوى الشئ اذا أحبه وقد مر في التبيين في باب أقسام السنة اه (قوله بالكنايس) كذا هو في نسخ هذا الشرح وتبعه على ذلك السكاكي والذي في شرح الهداية الاتقاني نقلا عن شرح الاقطع وصلبه بالكنايسة اه قال في معجم البلدان لياقوت الكنايسة بالضم محلة بالكوفة ولم يذكر ياقوت الكنايس وقد وقفت على نسخة من شرح الاقطع معتمدة بخط شيخنا العلامة قاضي القضاة الغزي رحمه الله ونصها فهم يعني الخطاينة قوم ينسبون إلى أبي الخطاب رجل كان بالكوفة قتل عيسى بن موسى وصلبه بالكنايسة اه (قوله في المتن والذي على مثله) اتفقت ملتهما أو اختلفت اه (قوله بين الله تعالى فسقهم في آيات من القرآن)

قال عن ترضون من الشهادتين غير مرضى ولان شهادة الرقيق ترد لما أن الرق أثر الكفر فكيف
تقبل شهادة من به حقيقة الكفر ولان قبول شهادته يؤدي إلى إلزام الحاكم القضاء بشهادته ولا يجوز
أن يلزم المسلم بشهادة الكافر ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم بالإجماع كي لا يلزمه شيء يتضرر به
بشهادة الكافر ولا يتم لا يثبتون الكذب فان الله تعالى أخبر عنهم أنهم ينكرون الآيات عناداً مع
علمهم بأنه حق قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلماً وعلواً فكان ذلك كذباً منهم
والكذب لا تقبل شهادته فلم يكن أهلاً لها كالمرتد ولانه ليس بأهل للشهادة على المسلم فكذا على
الكافر كالعبد لان من كان أهلاً لها لا يختلف بين شخص وشخص وقال ابن أبي ليلى إن اتفقت ملتهم
تقبل شهادة بعضهم على بعض وإن اختلفت لا تقبل لقوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لأهل ملة على
أهل ملة أخرى إلا المسلمون فان شهادتهم مقبولة على أهل الملل كلهم ولنا ما روى أنه عليه الصلاة
والسلام رجم يهوديين بشهادتهم ودعاهما بالزنا وعن أبي موسى الأشعري وجابر بن عبد الله أنه عليه
الصلاة والسلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض وعليه إجماع السلف وقوله تعالى أو أنكران
من غيركم أي من غير أهل دينكم وهو مبني على قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا فهدوا ناص على أن شهادة
الكافر مقبولة في وصية المسلم وفي وصية الكافر أولى ثم انتسخه في حق المسلم لاجل أن ولايتهم على
المسلمين انتسخت لا يدل على انتساخه في حق الكافر لانه لا ولاية بعضهم على بعض لقوله تعالى والذين
كفروا بعضهم أولياء بعض والمراد به الولاية دون الموالاة لانه معطوف على قوله تعالى ماله منكم
ولايتهم من شيء فإذا بقيت ولاية بعضهم على بعض بقيت الشهادة أيضاً لانها نوع ولاية لما فيها من الزام
الغير فدل ذلك على أن الآية غير منسوخة في حقهم وكيف يقال ذلك وقد عمل بها بعض الصحابة في حق
المسلمين أيضاً فان أبا موسى الأشعري رضي الله تعالى عنه أمضى شهادة الكافر بن في وصية المسلم فجاء
رواه أبو داود والدارقطني وقالت عائشة رضي الله تعالى عنها الجبير بن نفير هل تقرأ سورة المائدة قال نعم
قالت فانها آخر سورة أنزلت فاوجدتم فيها من حلال فأحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرموه رواه
أحمد فهذا يدل على أنها ليست بمنسوخة في حق المسلم أيضاً والفسق من حيث الاعتقاد لا يمنع
القبول لانه يمنع عن محظور دينه أشد الامتناع والكذب محظور في الأديان كلها والرضائية في
حق الكافر في حق المعاملات تصفة الأمانة لان الله تعالى وصفهم بذلك فقال ومن أهل الكتاب من
أن تأمنه به ينظر أن يؤذيك اليك فخرج الوصف لهم بالأمانة والأمانة مرضية وإن لم يكن
الكافر مرضياً للكفره ولما كان مؤتمناً في المعاملات كان مؤتمناً في الشهادة لانها من أداء الأمانة
والفرق بينه وبين العبدان العبد ليس من أهل الولاية على أحد كالصبي والشهادة من باب الولاية
والكافر أهل للولاية على جنسه فيكون أهلاً للشهادة أيضاً على جنسه والقاضي لا يلزمه القضاء بقول
الكافر وانما يلزمه بالتقليد عند قيام الحجة والقضاء أمانة عنده فيجب عليه أدائه كما يلزمه النظر للغيب
والصغار منهم ومن المسلمين من غير أن ينظر بأي سبب وجب لهم الحق وامتناعهم عن الكذب مشاهد
والعناد والجحود الذي حكى الله تعالى عنهم في حق من كان في ذلك الزمان مع علمهم لا يوجب أن يكون
من في عصرنا منهم أن يكون عالماً بالحق بل الظاهر أنه يعتقده الكفر حقاً لجهله ولو علم لاسلم وقد
كان في ذلك الزمان أيضاً من لا يعلم ألا ترى إلى قوله تعالى ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب إلا أماني وقال
تعالى وإن فريقاً منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون وقولهم من كان أهلاً للشهادة لا يختلف بين شخص
وشخص قلنا إنما اختلفت شهادته بين المسلم والكافر لما ذكرنا ومثل هذا غير منكر شرعاً ألا ترى أن
شهادة المسلم على عدوه لا تقبل وعلى غيره تقبل وكذا شهادته لقريبه ولا لا تقبل ولغيرهم تقبل فلا
يبعدر الشهادته بالنسبة إلى شخص للثمة فكذا هذا والمراد بالولاية له على أحد فلا تقبل شهادته على
أحد كالعبد والصبي وملل الكفر كله ملة واحدة تقبل شهادة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم

منها قوله في سورة النور ومن
كفر بعد ذلك فأولئك هم
الفاسقون ولا تقبل شهادة
الفاسيق أقوله تعالى إن
جاءكم فاسق نبأ فامتنوا
(قوله وإن اختلفت لا تقبل)
كشهادة اليهودي على
النصراني وعكسه اه كمال
(قوله ولنا ما روى أنه عليه
الصلاة والسلام رجم
يهوديين الخ) قال الاتقاني
ولنا ما حدث الطحاوي في
شرح الآثار باسناده إلى
عامر الشعبي عن جابر بن
عبد الله أن اليهود جاؤا إلى
رسول الله صلى الله عليه
وسلم برجل وامرأة منهم
زنيما فقال لهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم اتقوا
بأربعة منكم يشهدون
فعل بذلك أن النبي صلى الله
عليه وسلم جاوز شهادتهم
عليهم اه (قوله والمراد
بالولاية له على أحد) لانه
لادين له يقر عليه اه اتقاني

(قوله في المن والحربي على مثله لا على الذي) قال في الهداية لا تقبل شهادة الحربي على الذي قال السكالك أراد به المستأمن لانه لا يتصور غيره فان الحربي لو دخل بالأمان قهر استرق ولا شهادة للعبد على أحد اه (قوله والذي أعلى حاله لانه من أهل دارنا) وقد قبل خالف الاسلام وهو الجزية حتى كان له وعليه مثل ما كان للمسلم وعليه اه اتقاني فهو أقرب الى الاسلام ولهذا يقتل المسلم بالذي عندنا لا بالمستأمن اه كمال رحمه الله (قوله والحربي مثل الحربي) قال الاتقاني وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض بشرط اتحاد الدار فاذا اختلفت فلا لارتفاع الولاية والعصمة ولهذا لا يجري التوارث عند اختلاف الدارين بخلاف أهل الذمة حيث تقبل شهادة بعضهم على بعض وان كان هذا روميا وذلك تركيا لانهم لما قبلوا الجزية صاروا من أهل ديارنا وكانت دارهم متحدة حكما قال الناصبي في تهذيب أدب القاضي فان أسلم المشهود عليه قبل أن يقضى عليه بطلت الشهادة لانا لو قضينا القضية الا أن ولا يجوز أن يقضى بشهادة كافر على مسلم واذا عرض ما يمنع القضاء بالشهادة قبل القضاء لم يضر به كمال يرجع الشهود قبل انضاء فانه لا يقضى كذا هذا وان قضى عليه بشهادة الكافر ثم أسلم فالقضاء ماض ويؤخذ منه المال لان الشهادة تمت بالقضاء فطريان ما يبطل الشهادة لا يبطل القضاء كمالو يرجع الشهود بعد القضاء لا في الحدود والقصاص في النفس وفيما دون النفس فاني أدرك ذلك عنه لان الامضاء من القضاء في باب الحدود فاذا عرض ما يمنع قبل الاستيفاء لم يستوف الحد والقصاص اه (قوله وألم اذا أذنب) قال الاتقاني ألم أي ألمي وهو دون الكبيرة من الذنوب كذا في تهذيب الدنوان اه (قوله وتقبل شهادته اذا اجتنب الكبار كلها وكانت حسنة أغلب الخ) قال في الهداية واذا كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل يجتنب الكبار قبلت شهادته وان ألم بعصية فان السكالك هذا هو معنى المروي عن أبي يوسف في حد العدالة وهو أحسن ما قيل وفيه قصور حيث (٢٢٥) لم يتعرض لامر المرأة بل اقتصر على ما يتعلق بأمر المعاصي والمروى عن أبي يوسف هو قوله أن لا يأتي بكبيرة ولا يصير على صغيرة ويكون ستره أكثر من هتكه وصوابه أكثر من خطئه ومروءته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروءة هكذا نقله عنه القاضي أبو حازم حين سأله عبيد الله بن سليمان وزير

لان بعضهم ليس في قهر بعض فلا يؤدى الى التوقل عليه قال رحمه الله (والحربي على مثله لا على الذي) لانه لا ولاية له على الذي وله ولاية على الحربي والذي أعلى حاله لانه من أهل دارنا فخارت شهادته عليه ولا تجوز شهادة الحربي على الذي والحربي مثل الحربي فتجوز شهادة أحدهما على الآخر الا اذا كانا من دارين مختلفين كالافرنج والحبش لانقطاع الولاية بينهما ولهذا لا يتوارثان والدار تختلف باختلاف المنعة والملك لانقطاع النصرة بينهما واستباحة كل واحد منهما مدام الآخر وماله قال رحمه الله (ومن ألم بصغيرة ان اجتنب الكبار) أي تقبل شهادة من عصى معصية صغيرة بشرط أن يجتنب الكبار واللم الصغيرة وألم اذا أذنب ما دون القوا حش وتقبل شهادته اذا اجتنب الكبار كلها وكانت حسنة أغلب من سيئاته وقدمضى ذكر الكبار والصغار فبني الكلام في العدالة والاصل ان العدالة شرط لقبول الشهادة وهي الاستقامة يقال طريق عدل الجادة والاستقامة بالاسلام واعتدال العقل ويعارض العقل هو يضلله ويصد عنه الاستقامة ولبس السكالك الاستقامة حذيرك مداه ويكتفى لقبول الشهادة

(٢٩ - زيلعي رابع) المعتضد عن العدالة فقال له أحسن ما نقل في هذا الباب ما روى عن أبي يوسف يعقوب ابن ابراهيم الانصاري القاضي ثم ذكر ذلك وكان يكفيه أن يقول ومروءته ظاهرة وقول المصنف فأما الامام معصية فلا تنقدح به العدالة يريد الصغيرة ونلفظ الامام وألم اشتهر في الصغيرة ومنه قول أبي خراش وهو يسمي بين الصفا والمروة إن تغفر اللهم تغفر لنا * وأي عبيد لا ألما

هكذا أورد القتيبي عنه بسنده ونسبه الخطابي الى أمية ونسبه صاحب الذخيرة اياه الى النبي صلى الله عليه وسلم غلط ولا بأس بذكر افراد نص عليه امنه ترك الصلاة بالجماعة بعد كون الامام لا طعن عليه في دين ولا حال وان كان متأولا في تركها كأن يكون معتقدا فضيلة أول الوقت والامام يؤخر الصلاة وغير ذلك لا تسقط عدالة بالترك وكذا ترك الجمعة من غير عذر ففهم من أسقطها جمعة واحدة كالحلواني ومنهم من شرط ثلاث مرات والاول أوجه وذكر الاسيحياني من أن كل فوق السبع سقطت عدالته عند الاكثر ولا بد من كونه من غير ارادة التقوى على صوم الغد أو مؤانسة الضيف وكذا من خرج لرؤية السلطان أو الامر عند قدومه ورد شهادة شيخ صالح لحاسبته ابنة في النفقة في طريق مكة كأنه رأى منه تضيقا ومشاحة يشهد بالخل وذ كر الخصاص ان ركوب البحر للتجارة أو التفرج بسقط العدالة وكذا التجارة الى أرض الكفار وقرى فارس ونحوها لانه محظور بدنية ونفسه لنيل المال فلا يؤمن أن يكذب لاجل المال وترد شهادة من لم يحج اذا كان موسرا على قول من يراه على الفور وكذا من لم يؤذر كأنه وبه أخذ الفقيه أبو الليث وكل من شهد على اقرار باطل وكذا على فعل باطل مثل من يأخذ سوق النخاسين مقاطعة وأشهد على وثيقتهم اشهدوا قال المشايخ ان شهدوا حل بهم الطعن لانه شهادة على باطل فكيف هؤلاء الذين يشهدون عند مباشرى السلطان على ضمان الجهات والاجارات المضارة على المحبوسين عندهم والذين في ترسيمهم اه ما قاله السكالك

(قوله في المتن والاقلف الخ) وما عن ابن عباس انه لا تقبل شهادته ولا تقبل صلاته ولا تؤكل ذبيحته انما أراد به المجوس ألا ترى الى قوله لا تؤكل ذبيحته اه كال (٢٢٦) رحمه الله (قوله المذلة) الذي بخط الشارح لانها تكون المذلة اه (قوله

بأذناه كي لا يؤدي الى تضييع الحقوق وأذناه رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة واختلوا في ذلك فقبل من أوتسكب كبيرة أو أصغر على صغيرة سقطت عدالته وصار متهما بالكذب اظهر رجحان جهة الهوى على العقل وأحسن ما قيل فيه ما نقل عن أبي يوسف رحمه الله ان العدل في الشهادة أن يكون محتجبا عن الكأثر ولا يكون مصرعا على الصغائر ويكون صلاحه أكثر من فسادته وصوابه أكثر من خطئه لان الصغيرة تكون كبيرة بالأصرار عليها ولا يوثق بكلام من أكثر منه الخطأ والفساد فلم يوجد ما يدل على الاجتناب عن الكذب والامام من غير اصرار لا يقدح في العدالة اذ لا يوجد من البشر من هو معصوم سوى الانبياء عليهم الصلاة والسلام فيؤدي اشتراط العصمة الى سد باب الشهادة وهو مفتوح بقوله تعالى وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس أي عدولا وقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محددا في قذف قال رحمه الله (والاقلف) لا تطلق النصوص من غير تقييد بالخائن ولانه لا يخل بالعدالة هذا اذا تركه لعدو به من كبر أو خوف هلاك وان تركه من غير عدو استخفافا بالدين لا تقبل شهادته لانه لم يبق عدلا مع الاستخفاف بالدين وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه لا تقبل شهادته وهو محمول على ما اذا تركه استخفافا بالسنة ولم يقدرا أبو حنيفة للخائن وقما معلوما لانه لم يرد فيه كتاب ولا سنة ولم ينقل فيه اجماع الصحابة رضي الله عنهم وطريق معرفة المقادير السماع وليس للرأي فيه مدخل وقدره المتأخرون واختلفوا في وقته فقال بعضهم وقته من سبع سنين الى عشرين وقال بعضهم اليوم السابع من ولادته أو بعد السابع بعد أن يكون الصبي محتلا ولا يهلك لما روي أن الحسن والحسين رضي الله عنهما ختما في اليوم السابع أو بعد السابع ولكنه شاذ وهو سنة للرجال عند نادون النساء وقال بعض العلماء انه فرض ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الختان للرجال سنة وللنساء مكرومة قال الخلواني رحمه الله كان النساء يختمن في زمن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وانما كان ذلك مكرومة لانها تكون الذلة عند الموافقة قال رحمه الله (والخصي وولد الزنا والخنثي) لتحقيق العدالة منهم لان قطع العضو أو زيادته أو حنائه أو بونه لا يوجب قدحا في العدالة وقبل عمر رضي الله عنه شهادة علقمة الخصي والخنثي اما رجل أو امرأة فتم شهادة الخنثيين مقبولة ثم هو ان لم يكن مشكلا فلا إشكال فيه وان كان مشكلا فيجعل امرأته في حق الشهادة احتياطا حتى لا يجوز أن يشهد مع رجل ما لم يضم اليه امرأة ولا مع النساء بلا رجل معهن قال رحمه الله (والعمال) المراد به عمال السلاطين الذين يأخذون الحقوق الواجبة كالتخراج والحزبة والصدقات عند عامة المشايخ وقيل هم الامراء وقيل الذين يعملون بأيديهم ويؤجرون أنفسهم وأياما كانوا تقبل شهادتهم لان نفس العمل ليس بفسق وبعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بل كبارهم كانوا اعمالا لان العمل عبادة وله الاجر على ذلك الا اذا كانوا أعوانا على الظلم وقيل اذا كان العامل وحيما في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف رحمه الله في الناسق لانه لها به لا يتجاسر أحد على استنجاهه على الشهادة الكاذبة ولو جاهته لا يقدم على الكذب حفظ المروءة وروى أن فضل بن ربيع وزر الخليفة شهد عند أبي يوسف رحمه الله في حادثة فرد شهادته فشكاه الى الخليفة فقال الخليفة أيها القاضي ان وزيري رجل دين لا يشهد بالزور وفلم رددت شهادته فقال لاني سمعته يوما قال الخليفة أنا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة للعبدان كان كاذبا فكذلك أيضا لانه اذا كان لا يبالى بالكذب في مجلسك فلا يبالى بالكذب في مجلسي أيضا فعذره الخليفة فيه وفي الكافي هذا كان في زمانهم لان الغالب عليهم الاصلاح وفي زماننا لا تقبل شهادة العمال لغلبة ظلمهم وذكر في النهاية معزيا الى الجامع الصغير للزبدوي أن من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالفسط والعدالة كان ماجورا وان كان اصله من جهة باطلة

في المتن والخصي وولد الزنا) قال الاتقاني رأيت في كتاب التفریع لأصحاب مالك قال ولا بأس بشهادة ولد الزنا الا في الزنا وما أشبهه من الحدود فانها لا تجوز فيه هذا لفظ كتاب التفریع ووجه ذلك أنه يريد أن يكون جميع الناس مثله وهذا ضعيف لان كلامنا فيما اذا كان ولد الزنا عدلا والعدل لا يرضى بذلك اه (قوله ولا مع النساء بلا رجل معهن) وينبغي أن لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء لانه يحتمل أن يكون امرأة وفي شهادته شبهة البدلية والحدود تدرأ بالشبهات انتهى اتقاني (قوله في المتن والعمال) ذكر الامام قاضيان أراد به عامل السلطان الذي يعينه على أخذ الحقوق الواجبة شرعا أما الذي يعينه على أخذ الحرام لا تقبل شهادته انتهى وكتب ما نصه وذكر في الواقعات في باب الشهادات بعلامة السنين العمال للسلطان الذين يأخذون العشر والصدقات وغيرها جازت شهادتهم اذا كانوا أمناء لانهم انما جعلوا على ذلك لامنهم

فأظهر أنهم يحترزون من الكذب اه اتقاني (قوله ولو جاهته لا يقدم على الكذب حفظ المروءة) فأما اذا كان ساقط المترلة عند الناس أو مجازفا في كلامه لا تقبل شهادته اه كافي

(قوله فعلى هذا ينبغي ان تقبل شهادة من قام بالتوزيع ولو كان مجازفا) الى هنا كلام الشارح وبعد هذا كتبت لمحاو هو في كلامه من العمل لا تقبل شهادته هذا الحق من كلام صاحب النهاية ولا يصح الكلام الابه (قوله وبائع الكفن قالوا لا تقبل شهادته) قال الولوالحي رحمه الله في أثناء الفصل الثالث من أدب القاضي قالوا شهادة بائع الا كفان لا تجوز (٣٣٧) قال الشيخ الامام شمس الأئمة الحلواني

انما لا تجوز اذا ترصد ذلك العمل لانه حينئذ يتمي الموت والطاعون أما اذا كان يبيع الثياب هكذا ويشترى منه الكفن تجوز شهادته اه (قوله في المتن ولو شهدا أن أباهما) قال الكمال صورتهما رجل ادعى انه وصى فلان الميت فشهد بذلك اثنان موصى لهما جمال أو وارثان كذلك أو غيرهما لهما على الميت دين أو لميت عليهما دين أو وصيان فالشهادة جائزة استحسانا ولقياس أن لا تجوز لان شهادة هؤلاء تتضمن جلب نفع للشاهد أما الوارثان لقصددهما نصب من يشرف لهما ويربحهما أو يقوم باحياء حقوقهما والغريمان الدائمان والموصى لهما لوجود من يستوفيان منه والمدينون لوجود من يبرأ بالدفع اليه والوصيان من يمينهما في التصرف في المال والمطالبة وكل شهادة جرت نفعها لا تقبل (قوله وكذا اذا شهد الموصى اليهما) يقال أوصى اليه أي جعله وصيا وأوصى له بكذا أي جعله موصى له اه اتفاقا

ثم قال فعلى هذا ينبغي أن تقبل شهادة من قام بالتوزيع ولو كان مجازفا وان كان المراد بالعمل أهمل الحرف فقد ذكرنا حكمهم فيما تقدم وبائع الكفن قالوا لا تقبل شهادته لانه يتمي كثرة الموت بالطاعون وغيره وفي النهاية شهادة الخيل لا تقبل فالظاهر أنه أراد به من يخجل بالواجبات كالزكاة ونفقة الزوجات والآقارب قال رحمه الله (والمتعق للمعتق) أي تقبل شهادة المعتق الذي أعنته وكذا بالعكس لعدم التهمة وقد بينا أن قنبر أو الحسن شهدا على عند شريح فقبل شهادة قنبر وهو كان عتيق على رضي الله تعالى عنهم أجمعين قال رحمه الله (ولو شهدا أن أباهما أوصى اليه والوصى يدعي جازوان أنكر لا كمالو شهدا أن أباهما وكله بقبض ديونه وادعى الوكيل أو أنكر) يعني اذا مات رجل وترك ابنين فادعيا أن أباهما أوصى الى رجل والرجل يدعي الوصية جازت شهادتهما وان أنكر الرجل الوصية لا تقبل شهادتهما كما لا تجوز شهادتهما أن أباهما الغائب قد وكل هذا الرجل بقبض ديونه سواء ادعى الرجل الوكالة أو أنكر والقياس أن لا تجوز الوصية أيضا وان ادعى وكذا اذا شهد الموصى اليهما أو لهما أو الغريمان لهما عليه دين أو عليهما الدين أنه أوصى الى هذا الرجل تجوز هذه الشهادة استحسانا والقياس أن لا تجوز لانها تجز منفعة الى الشاهد باقامة من يحفظ ماله أو من يستوفي منه أو من تبرأ ذمته بالتسليم اليه أو من يعينه بالقيام على الوصية والشهادة التي تجز منفعة لا تقبل فصار نظيره مسألة الوكالة وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصى اذا كان الوصى طالبا وكان الموت معروفا فكيفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين وزكاه شهادتهما اذ لو لا شهادتهما كان يتأمل فبين يعين وفيمن يصلح فبين من ثبت صلاحيته نظر الميت وان لم يوص لانه نصب ناظر فلم يثبت بهذه الشهادة شيء لم يكن له فعله ونظيره القرعة فانها ليست بجبة شيأ لم يكن له لولا القرعة ومع هذا جاز استعمالها تطييبا للقلوب ونفيا للتهمة عن القاضي ولا يقال اذا كان الميت وصيان لا يحتاج القاضي الى وصى ثالث فكيف يصح ما قلتم لانا نقول اذا أقر الوصيان أن معهما ثالثا كان له أن يضم اليهما ثالثا ليجزهما عن القيام بأمر الميت باقرارهما أن معهما ثالثا بخلاف ما اذا كان الوصى جاحدا لان القاضي لا يملك اجبارا حذ على قبول الوصية وبخلاف ما اذا لم يكن الموت ظاهرا لانه حينئذ لا يملك القاضي نصب الوصى الابه هذه البينة فقصر الشهادة موجبة على القاضي فتبطل لعنى التهمة وهو جرح المنفعة الى الشاهد على ما بينا وبخلاف مسألة الوكالة وهي ما اذا قام شخصان البينة أن أباهما الغائب وكل فلانة قبض حقوقه حيث لا تقبل وان أقر الوصى كليل بذلك لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت لثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لاجل التهمة فبطلت وفي الكافي في الغريعين لميت عليهما ما دين تقبل شهادتهما وان لم يكن الموت ظاهرا لانهم ما يقران على أنفسهم ما بثبوت ولاية القبض للشهود له فانتفت التهمة وثبت موت رب الدين باقرارهما في حقهما وقيل معنى القبول أن يأمرهما القاضي بأداء ما عليهما اليه لأن يبرأ عن الدين بهذا الاداء لان استيناء الدين منهما حق عليهما فيقبل في حقه والبراءة حق لهما فلا تقبل في حقهما قال رحمه الله (ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح) أي على جرح مجرد من غير أن يتضمن ايجاب حق من حقوق الشرع أو من حقوق العباد لان الفسق المجرد مما لا يدخل تحت الحكم لان الفاسق يرفع فسقه بالتوبة وله قد تاب في مجلسه أو قبله فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك السر وإشاعة الفاحشة من غير ضرورة وهو حرام والضرورة جائز على ما بين

(قوله تجوز هذه الشهادة استحسانا) وهذا اذا كان الموت ظاهرا فان لم يكن ظاهرا لا تقبل شهادة هؤلاء الا الغريمان لميت عليهما ما دين فان شهادتهما تقبل وان لم يكن الموت معروفا اه اتفاقا (قوله فكيف يصح ما قلتم) قلت انما شهدا أن الميت أوصى الى هذا الرجل الثالث فقد أقر أن لاحق لهما في التصرف ما لم يكن معهما ثالث فلو ردت شهادتهما للاحتياج الى نصب وصى آخر حتى يتصرف معهما فلا يكون لرد الشهادة فائدة اه غايه (قوله جائز على ما بين) قال له يافاسق ثم أراد أن يثبت فسقه بالبينة ليدفع التعزيز عن نفسه لا تسمع بينته

ولا يقال فيه ضرورة وهو منع الظالم عن الظلم فينبغي أن يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام انصر أخاك
 الظالم والمظلوم لا نقول لضرورة الى هذه الشهادة لتمكنه من الانخبار للقاضي سراحتي بردهما
 فأمكن الامتناع عن الظلم بذلك أما اذا كان الجرح غير مجرد بان كان فيه اثبات حق الله تعالى كقولهما
 زفوا أو شربوا الخمر أو سرقوا أو كان فيه اثبات حق العبد كقولهما أخذوا المال أو قتلوا النفس عمدا
 فتقبل شهادتهما ضرورة احياء الحقوق وان كان فيه هذا لان مقصودهما ايجاب حق الله تعالى وهو الحد
 أو ايجاب حق العبد وموضمان يدخل تحت الحكم وفي ضمنه يثبت الجرح وكذا اذا قال صالحات الشهود
 بكذا من المال على أن لا يشهدوا على بهذا الباطل وقد شهدوا على به وأقام على ذلك بينة وطلب استرداد
 المال تقبل بينته وكذا اذا قال أعطاهم المدي من مالي الذي كان عنده حتى يشهدوا به بالزور وطلب
 استرداده تقبل لان دعواه صحيحة لمافية من ايجاب رد المال على الشهود وهو مما يدخل تحت الحكم حتى
 لو قال صالحاتهم بكذا من المال على أن لا يشهدوا على ولم أدفع اليهم المال أو قال استأجرهم المدي بكذا من
 المال على أن يشهدوا له لا تقبل لان الدعوى غير صحيحة اذا المدي مجرد جرح لانه لم يدع قبله حقا يمكن
 القضاء به ودعوى الاستجاء وان كانت صحيحة لكنه يدعيها لغيره وليس له ولا لانه الزام لغيره فكان جرحا
 مجردا ولو أقام البينة على اقرار المدي أن الشهود فسقة تقبل بينته لانه اقرارا بأنه لاحق له في المعنى وكذا اذا
 أقام البينة على اقراره انه استأجر الشهود أو على اقرار الشهود انهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه الحق
 وكذا اذا أقام البينة أن الشهود عبيد أو محدودون في قذف لان في العبيد اثبات الحق عليهم وهو الرق وفي
 غيره ليس فيه اشاعة الفاحشة من عندهم وانما حكموا باظهار فاحشة من غيرهم وذكري الكافي أنه لو أقام
 البينة على اقرار الشهود انهم شهدوا بالزور أو على اقرارهم انهم أجروا في اداء هذه الشهادة أو على اقرارهم
 أن المدي مبطل في هذه الدعوى أو على اقرارهم انهم لا شهادة لهم على المدي عليه في هذه الحادثة لم تقبل
 الشهادة وفيه أنه اذا أقام البينة أن الشهود زناة أو شربة خمر لا تقبل ولو أقام البينة انهم زفوا أو شربوا الزنا
 أو شربوا الخمر أو سرقوا مني كذا ولم يتقدم العهد تقبل شهادتهم قيده بكونه غير متقدم لانه لو كان متقدما
 لا تقبل لعدم اثبات الحق به لان الشهادة بمحمد متقدم مردودة وما ذكرنا لخصاف من قوله ان الشهادة على
 الجرح المجرد مقبولة تأويله اذا أقامها على اقرار المدي بذلك أو على التزكية وعلى هذا ما ذكره في الكافي
 وغيره من أن الشهود لو شهدوا أن الشهود زناة أو شربة خمر لم تقبل وان شهدوا انهم زفوا أو شربوا الخمر أو
 سرقوا قبل بحمل الاول على انه اذا كان متقدما والا فلا فرق بين قولهم زناة أو زفوا الخ قال رحمه الله
 (ومن شهد ولم يبرح حتى قال أو همت بعض شهادتي تقبل لوعده لا) قوله أو همت أي أخطأت بذكر زيادة
 كانت باطلة أو بنسب ما كان يجب على ذكره لان الشاهد قد يتلى بالغلط لها به مجلس القاضي
 فوضح العذر فتقبل شهادته اذا تداركه في أوانه وهو عدل فان قال ذلك بعدما أقام عن المجلس لا تقبل
 شهادته لجواز أنه غره أحد الخصمين بالرشوة ثم قبل يقضى بجميع ما شهد به أولا حتى لو شهد بألف ثم قال
 غلطت في خمسةائة يقضى بالالف لان المشهود به أولا صار حقا للمدعي ووجب على القاضي القضاء به فلا
 يبطل برجوعه وقبل يقضى بما بقي لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء كدونه عند الشهادة واليه مال
 شمس الأئمة السرخسي رحمه الله هذا اذا كان موضع شبهة كما بينا أما اذا لم يكن موضع شبهة فلا بأس باعادة
 الكلام مشر أن يدع لفظ الشهادة أو اسم المدعي أو المدعي عليه أو يترك الإشارة الى أحد الخصمين وما
 يجري مجراهما وان قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا مونا وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن
 قوله يقبل في غير المجلس في الكل والاول هو الظاهر وذكري النهاية أن الشاهد اذا قال أو همت في الزيادة
 أو في النقصان يقبل قوله اذا كان عدلا ولا يتفاوت بين أن يكون قبل القضاء أو بعده رواه الحسن عن أبي
 حنيفة وبشر عن أبي يوسف وعلى هذا الوقوع الغلط في ذكر بعض حدود العقار وفي بعض النسب ثم تذكر
 بعد ذلك تقبل لانه قد يتلى به في مجلس القضاء فذكر ذلك للقاضي دليل على صدقه واحتياطه في الامور

لان الشهادة على مجرد
 الجرح والفسق لا تقبل
 بخلاف ما اذا قال له يا زاني
 ثم أثبت زنا بينه تقبل لانه
 متعلق الحد اه فنية في
 الحدود (قوله في المتن حتى
 قال أو همت) قال في المخرب
 ووهم في الحساب غلط من
 باب لبس وأوهم فيه مثله
 ومنه قوله فان قال أو همت
 أو أخطأت أو نسيت وفي
 حديث على رضي الله عنه
 قال الشاهدان أو همتا انما
 السارق هذا ويروي وهما
 وأوهم في الحساب مائة أي
 أسقط وأوهم من صلاته
 ركعة وفي الحديث أنه صلى
 الله عليه وسلم صلى وأوهم
 في صلاته فقبل له كأنك
 أو همت في صلاتك اه

باب الاختلاف في الشهادة

الاختلاف في الشهادة خلاف الأصل بل الأصل الاتفاق لأن الأصل فيما تنفر عن جهة واحدة ذلك والشهادة كذلك لأنها تنفر عما عن رؤية كافي الغصب والقتل أو سماع باقرار وغيره والشاهدان متساويان في ادراك ذلك فيستويان فيما يؤيدان فلذا أخره عما يذك فيه خلاف اه كمال رحمه الله (قوله في المتن الشهادة ان وافقت الدعوى قبلت) بان كانت في ألف فرض وشهدا بألف فرض اه ع (قوله والا) أي وان لم يوافق الشهادة الدعوى بأن كانت في ألف فرض وشهدا بألف غن متاع اه ع (قوله لان تقدم الدعوى في حق العبد شرط لقبول الشهادة) أي لانها لا تثبت حقه فلا بد من طلبه وهو الدعوى وقد وجدت الدعوى فيما يوافقها أي يوافق الشهادة فوجد شرط قبولها فتقبل وانعدمت فيما يخالفها فلم يوافقها صارت الدعوى شيء آخر وشرط قبول الشهادة تقدم الدعوى واعلم أن ليس المراد من الموافقة المطابقة بل إما المطابقة أو كون المشهود به أقل من المدعى به بخلاف ما اذا كان أكثر فن الأقل ما لو ادعى نكاح امرأه بسبب أنه تزوجها بمهر كذا فشهدوا أنهم منكوحو حتمه بل لا زيادة تقبل ويقضى بهر المثل ان كان قدر ما سمياه أو أقل فان زاد عليه لا يقضى بالزيادة كذا في غير نسخة من الخلاصة والظاهر أنه انما يستقيم اذا كانت (٢٢٩) هي المدعية ومنه اذا ادعى ملكا مطلة أو بالنتاج فشهدوا

في الاول بالملك بسبب وفي الثاني بالملك المطلق قبلتا لان الملك بسبب أقل من المطلق لأنه يفيد الأولية على الاحتمال والنتاج على اليقين وفي قلبه وهو دعوى المطاق فشهدوا بالنتاج لا تقبل ومن الأكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل الا اذا كان السبب الارث لان دعوى الارث كدعوى المطلق وهذا هو المشهور وقدمه في الانضية بما اذا نسبته الى معروف سماه ونسبته أمال وجهه فقال اشترته أو قال من رجل أوزيد وهو غير معروف فشهدوا

باب الاختلاف في الشهادة

قال رحمه الله (الشهادة ان وافقت الدعوى قبلت والا) لان تقدم الدعوى في حق العبد شرط لقبول الشهادة لان القاضي انما نصب لفصل الخصومات بين الخصوم وفصله بقرائتي سبق أحد الشدئين بعد الدعوى اما الشهادة أو اليمين وقد وجدت تقدم الدعوى فيما اذا وافقت الشهادة ما دعوى فامكن الفصل بالشهادة ولم يوجد فيما اذا خالفها فلم يمكن الفصل بها وهو هذا لان الشهادة لاجل تصديق الدعوى فاذا خالفها فقد كذبت والدعوى الكاذبة لا يبرر وجودها فانعدم الشرط وهو تقدم الدعوى فلا يحكم بها بخلاف حقوق الله تعالى لان الدعوى فيها ليست بشرط لان اقامة حقوق الله تعالى واجبة على كل أحد فكان كل واحد خصماني اثباته فصارت الدعوى موجودة ولانه تعالى لما أمرها فقامتها كان طالبها فلم يبق الا اقامتها وفي حقوق العباد لا بد من طلبها بالدعوى اذ لا يعرف القاضي حقوقهم ولا يجبرهم على استيفائها قال رحمه الله (ادعى دارا ثناء وشراء فشهدوا بالملك مطلقا) أي لا تقبل بينته لانها مشهدة بأكثر مما ادعاه المدعي لانه ادعى ملكا حاد ثناء وشراء فشهدوا بالملك مطلقا فثبت من الأصل حتى يستحق المدعي بزوائده ولا كذلك في الملك الحادث وترجع الباعة بعضهم على بعض فيه فصارا غيرين والتوفيق منه ذل لان الحادث لا يتصور أن يصير قديما ولا القديم حادثا فلا تقبل الشهادة قال رحمه الله (وبعكسه لا) أي بعكس ما مضى وهو ما اذا ادعى ملكا مطلقا فشهدوا بالملك بسبب معين لا تكون لغوا بل تقبل الشهادة لانهم شهدوا بأقل مما ادعى وذلك لا يمنع قبول الشهادة قال رحمه الله (ويعتبر اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى) لان القضاء لا يجوز الا بحجة وهي شهادة المثنى فاما يتفق فيما شهدا به لا تثبت الحجة مطلقا والموافقة المطلقة باللفظ والمعنى وهذا عند أي خفيفة رحمه الله وقال الاتفاق في المعنى هو الاعتبار لا غير والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على اعادة المعنى بطريق الوضع

بالمطلق قبلت فهي خلافة ذلك لان الخلاف في القبول رتبته بالدين وهذا اختلافا وفيما اذا تحمل الشهادة على ملك بسبب وأراد أن يشهد بالمطلق لم يذك في شيء من الكتب واختلف المشايخ فيه والأصح لا يحمل له قلت فكيف وفيه أيضا ابطال حقه فانها لا تقبل فيما لو ادعاه بسبب اه كمال (قوله فانما خالفها فقد كذبتها) أي كذبت الشهادة الدعوى اه وكتب ما نصه فنسب الكذب الى الدعوى لا الى الشهادة لان الأصل في الشهود العدالة دون المدعي اذ هي شرط فهم دونه اه من خط الشارح رحمه الله (قوله بخلاف حقوق الله تعالى لان الدعوى فيها ليست بشرط) قال الكمال وانما يفيد الاشرط بحق العباد احتراماً عن حقوق الله تعالى فان دعوى مدعي خاص غير الشاهد ليس شرطاً لقبول الشهادة لان حقه تعالى واجب على كل أحد القيام في اثباته وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائماً في الخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهده من جهة تحمل ذلك فلم ينجح فيها الى خصم آخر اه (قوله في المتن ادعى دارا ثناء وشراء فشهدوا بالملك مطلق) يعني من غير ذكر سبب اه ع (قوله والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على اعادة المعنى) أي سواء كان يعين ذلك اللفظ أو عراده حتى لو شهدوا أحدهما بالهبة والآخر بالعطية قبلت اه كمال وقوله اعادة هو بالعين في خط الشارح وكذا هو في الدراية وفي الكافي اعادة بالقاء اه

(قوله لا بطريق التضمن) فلو شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل فلم يقض بشئ عند أبي حنيفة وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعى يدعي الألفين بخلاف ما إذا كان يدعي ألفاً لا يقضي بشئ اتفاقاً لأنه كذب شاهد الألفين إلا أن وفق فقال كان لي عليه ألفان فقط فبأنى ألفاً أو برأيه من ألف والشاهد لا يعلم بذلك يقضي له بالألف اه كمال (قوله وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطلقة والطلقتان أو الثلاث) لا يقضي بطلاق أصلاً عنده وعندهما يقضي بالاقول قال الكمال رحمه الله وهذا في دعوى الدين أما في دعوى العين بأن كان في كيس ألف درهم فشهد أحدهما أن جميع ما في الكيس له وهو ألف درهم والآخر أن نصف ما فيه له وهو ألف درهم قبلت شهادتهما لأن ذكر المقدار في المشار إليه مستغنى عنه ذكره الخبازي وبقولهما قال الشافعي وأجديستحق الزائد بالخلف عليه اه (قوله فصار كما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعى يدعي الألف والخمسمائة) أو شهد أحدهما بطلقة والآخر بتطليقة ونصف اه اتفاقاً (قوله بخلاف ما إذا ادعى الأقل حيث لا يثبت شئ) أي اتفاقاً اه كمال (قوله ألا ترى أنه لو شهد أحدهما) هذا الفرع ذكره الشارح رحمه الله في كتاب الطلاق في فصل المشقة وذكر الحكم فيه كما هنا فاعلم ذلك وراجع اه وكتب أيضاً ما نصه قال الكمال فان قيل يشكل على قوله ما لو ادعى ألفين فشهد بألف تقبل بالاتفاق مع عدم المطابقة بين الشهادة والدعوى وهي شرط وعلى قول الكل ما لو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية والآخر أنت برة لا يقضي بينهما أصلاً مع افتادتهما معا البيئونة وتقدم أن اختلاف اللفظ وحده غير ضار كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية تقبل أحجب عن الأول بأن الاتفاق بين الدعوى والشهادة وإن اشترط لكن ليس على (٣٣٠) وزان اتفاقه بين الشاهدين ألا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل فشهدوا على

لا بطريق التضمن حتى لو ادعى رجل مائة درهم فشهد شاهد برههم وأخبر برههمين وأخبر بثلاثة وآخر بأربعة وآخر بخمسة لم تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله لعدم الموافقة لفظاً وعندهما يقضي بأربعة وكذا أن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عنده وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعى يدعي الألفين وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطلقة والطلقتان أو الثلاث لهما أنهما اتفاقاً على الأقل وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اتفقا عليه لوجود الحجية دون ما تفرد به أحدهما لعدمها وذلك ليس باختلاف ألا ترى أن المدعى لو ادعى ألا كثر وشهد بالأقل تقبل ولو كان اختلافاً لما قبلت لأن من شرط القبول أن يوافق البيئنة الدعوى فصار كما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعى يدعي الألف والخمسمائة بخلاف ما إذا ادعى الأقل حيث لا يثبت شئ لأن المدعى كذب من يشهد بالزيادة وبشهادة الفرد لا يثبت الحق ولا يبيح حنيفة رحمه الله أن اختلاف اللفظ يدل على اختلاف المعنى لأن لفظ الواحد غير لفظ الاثنين ولفظ الألف غير لفظ الألفين ولهذا لا يراد بأحدهما الآخر ولم يثبت واحد من اللفظين لأنه لم يشهد على كل واحد منهما إلا الواحد ولا يقال إن الألف موجود في الألفين لأننا نقول نعم موجود فيه إذا ثبت الألفان ثبت الألف ضمنهما فإذا لم يثبت المتضمن لا يثبت المتضمن ألا ترى أنه لو شهد أحدهما أنه

أقرار به تقبل ولو شهد أحدهما بالغصب والآخر على أقرا به لا تقبل وحينئذ فقد حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة فإنه لما كان يدعي ألفين كان مدعيهما الألف وقد شهد به اثنتان صريحاً فيقبل بخلاف شهادتهما بالألف والألفين لم ينص شاهد الألفين على الألف إلا من حيث هي ألفان ولم تثبت الألفان وأما عن

الثاني فتمنع الترادف لأن معنى خلية ليس معنى برة لغة والوقوف ليس الإيعاز بمعنى اللغة ولذا قلنا إن الكنايات عوامل بحقائقها فهم اللفظان متباينان لمعنيين متباينين غير أن المعنيين المذكورين المتباينين يلزمهما لازم واحد هو وقوع البيئونة والمتباينيات قد تشترط في لازم واحد فاختلافهما ما ثبت في اللفظ والمعنى فلما اختلف المعنى منهما كان دليل اختلاف تحملهما فإن هذا يقول ما وقعت البيئونة الأبو صفها بخلية والآخر لم تقع الأبو صفها ببرية والألفم تقع البيئونة اه ما قاله الكمال رحمه الله تعالى وكتب أيضاً ما نصه قال الكمال واعلم أن من المسائل المذكورة في أوقاف الخصاص ما يخالف أصل أبي حنيفة ذكرها ولم يذ كر خلافاً بل أشار إلى أنها اتفاقية فإنه ذكر فيما إذا شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة أبدأ على أن زيد ثلث غلته وشهد آخر أن زيد نصفه قال أجعل زيد ثلث غلته الذي أجمع عليه والباقي للساكنين وكذا إذا سمي أحدهما مالا لزيد من هذه الصدقة والآخر أقل منه أحكم لزيد بما اجتماع عليه وكذا إذا شهد أحدهما أنه قال يعطى لزيد من غلة هذا الوقف في كل سنة ما يسعه ويسع عياله بالمعروف وقال الآخر يعطى ألفاً قال أفتر نفقته وعياله في العام فإن كانت أكثر من ألف حكمت له بالألف أو الألف أكثر أعطيته نفقته والباقي للساكنين هذا بعد أن أدخل الكسوة في النفقة ثم أورد على نفسه فقال قلت فلم أجز هذه الشهادة وقد اختلفت في لفظهما قال المعنى فيه أنه إنما أراد الوفاق أن زيد بعض هذه الغلة فأجعل له الأقل اه فأراد هذا السؤال هو الذي ذكرته أنه أشار إلى أنها اتفاقية فإن أراد أنه ليس الإيعاز قول أبي حنيفة قوله وقد اختلف لفظهما صريح فيه ثم قال هذا استحسان والقياس أن الشهادة باطلة اه وحاصله أنا علمنا استحقاقه وترددنا بين أقل وأكثر فيثبت المتيقن اه

(قوله قال لا امر أنه أنت خلية الخ) قال قاضيخان في فتاواه ولو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية وشهد الآخر أنه قال لها أنت برة لا تقبل عند الكل لانهما مختلفان في لفظه لا يقع وان كان معنى اللفظين واحدا اه قال الولوالجي في كتاب الدعوى ولو شهد أحدهما أنه قال لا امر أنه أنت خلية وشهد الآخر أنه قال برة لا تقبل شهدتهما وان اتفقا على اثبات الحرمة لانهما مختلفان في اللفظ والمعنى لان معنى البراءة الفراغ عقيب الشغل ومعنى الخلق الفراغ المطلق فاذا اختلف اللفظ ومعنى لا يثبت المشهود به فلا يثبت حكمه وهو الحرمة اه (قوله لا يقع شيء) أي على قول الكل (قوله وان اتفق اللفظان في المعنى) أي وهو اثبات الحرمة اه (قوله بخلاف الدعوى والبيضة حتى لا يشترط الخ) قال الاتقاني ثم المعتبر في الاتفاق بين الشهادة والدعوى فوجه الاتفاق هو الاتفاق (٣٣٩) في المعنى لان من حيث اللفظ ألا ترى

أن المدعي يقول أدعي كذا والشاهد يقول أشهد بكذا ولا اتفاق بينهما من حيث اللفظ فاذا عرفت هذا فأعرف أن كل موضع يمكن التوفيق بين الشهادة والدعوى فالشهادة لم تطل واذ لم يمكن بطلت قال في الفصل الخامس في الفصول وذكر في باب اختلاف الشهادات من شهادات الجامع وإيس الاختلاف بين الشاهدين بمسئلة الاختلاف بين الدعوى والشهادة لان شهادتي الشاهدين ينبغي أن تكون كل واحدة منهما مطابقة للأخرى في اللفظ (١) والا يوجب اختلاف المعنى أما المطابقة بين الشهادة والدعوى فينبغي أن تكون في المعنى خاصة ولا عبرة للفظ اه (قوله الآن يوفق) أي وما لم يوفق صريح لا يقضي بشيء ولا يكتفي احتمال التوفيق في الأصح بخلاف

قال لا امر أنه أنت خلية وشهد الآخر أنه قال برة لا يقع شيء وان اتفق اللفظان في المعنى لعدم ثبوت واحد منهما فعلم بذلك ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول بخلاف الدعوى والبيضة حتى لا يشترط اتفاقهما في اللفظ ألا ترى أن المدعي لو ادعى الغصب أو القتل فشهد بأقرار المدعي عليه بذلك تقبل ولو شهد أحدهما بالغصب أو القتل ولا آخر بالأقرار به لا تقبل وبخلاف الالف والخمسة لان الشاهدين اتفقا على الالف لفظا ومعنى وتفرقا أحدهما بالزيادة على سبيل العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه ونظيره الطلقة والطلقة ونصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة وخمسة عشر حيث لا تقبل لانه مركب كالالفين اذ ليس بينهما حرف العطف ولولم يدع المدعي الاكثر فشهدا من شهد بالأكثر باطل لانه كذب المدعي بالزيادة الا أن يوفق فيقول أصل حتى كان كما قال الاتقاني استوفيت الزائد أو أراه عنه فثبت ذلك تقبل في الأقل لظهور التوفيق وفي النهاية ان كانت المخالفة بينهما في اللفظ دون المعنى تقبل شهادته وذلك نحو أن يشهد أحدهما على الهبة والآخر على العطية وهذا لان اللفظ ليس مقصود في الشهادة بل المقصود ما تضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علما عليه فاذا وجدت الموافقة في ذلك لا تضر المخالفة فيما سواها هكذا ذكره ولم يحث فيه خلافا وكذا اذا شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج تقبل شهادتهما ذكره في المحيط ولم يحث فيه خلافا قال رحمه الله (فان شهد أحدهما بألف والآخر بالفين لم تقبل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل بناء على أن المعتبر في الاتفاق في اللفظ والمعنى عنده وعندهما في المعنى لا غير وقد بينا الوجه من الجانبين والذي يبطل مذهبهم أن الشاهدين لو شهدا بتطابقة وشهد آخر بثلاث تطابقات وتفرقا القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعا كان ضمان نصف الصداق على شاهدي الثلاث دون شاهدي الواحدة ولو كان كما قالان الواحدة توجد في الثلاث لكان الضمان عليهم جميعا ولا يلزم ما إذا قال لها طلق نفسك ثلاثا فطلقت واحدة حيث تقع واحدة لان ذلك لا يكون الثلاث صارا في يدها فلهما أن توقع كلها أو بعضها ولا يلزم ما إذا طلقتها الزوج ألقا حيث تقع الثلاث لانه يتصرف عن ملكه فله أن يوقع أي عدد شاء الا أنه لا ينفذ الا بقدر الحمل قال رحمه الله (وان شهد الآخر بألف وخمسة والمدة يدعي ذلك قبلت على الالف) يعني فيما اذا شهد أحدهما بألف وشهد الآخر بألف وخمسة تقبل شهادتهما بألف اذا كان المدعي يدعي الالف وخمسة لانه اتفقا على الالف وتفرقا أحدهما بخمسة بخلاف ما اذا كان يدعي الالف فقط حيث لا تقبل شهادتهما لان المدعي كذب من شهد بالزيادة على ما بينهما من قبيل وهذا كما فهم اذا ادعى ديننا وأما اذا ادعى العقد فلا تقبل الشهادة على ما يجبي عن بعد قال رحمه الله (ولو شهدا بألف وقال أحدهما

ما إذا قال ما كان الا الالف لانه ا كذاب صريح لا يحتمل التوفيق فلا يقضي بشيء اه كمال رحمه الله (قوله وعندهما تقبل) على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين اه (قوله والذي يبطل مذهبهم الخ) قال الكمال وفي الميسر والاسرار الذي يبطل مذهبهم ما ذكره الشارح رحمه الله (قوله لو شهدا بتطابقة) يعني قبل الدخول اه كمال (قوله حيث تقع واحدة) لان التفويض عليك فمليكك فمليكك الثلاث بالتفويض اليها فيها والمالك يوجد من ملوكه ما شاء اه فتح (قوله في المتن وان شهد الآخر بألف وخمسة والمدة يدعي ذلك قبلت على الالف) بالاتفاق عندهما ظاهر وعندنا لا نعلم ما شهدا على الالف لفظا ومعنى وانفرد أحدهما بالشهادة بجملة أخرى منصوص على خصوص كبتها لا يقدح في الشهادة بالالف كما لو شهد أحدهما بألف درهم ومائة دينار وهو يدعيهما اه كمال رحمه الله (قوله فلا تقبل الشهادة على ما يجبي عن بعد) في قوله ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان الخ اه

(١) قوله والا يوجب الخ هكذا في الاصل وحرر اه معجمه

(قوله وعن أبي يوسف الخ) أي في غير المشهور عنه اه كال (قوله وهو المعتبر عنده على ما مر) وجوابه ما قلنا يعني قوله لا اتفاقهما عليه يعني فبعد ثبوت الألف باتفاقهما شهدوا أحدهما سقطت خمسة فلا تقبل بخلاف ما لو شهد بألف فقال أحدهما أنه قضاء إياها بعد قرضه فإنه يقتضي بالكل على قول الكل وقال أبو يوسف لا يقبل شهادة شاهد القضاء وذكرنا قول زفر كقول أبي يوسف في هذه الرواية لأنه كذاب من المذبي فهو كالمفسد وجه الظاهر ما قدمنا من أنهم ما اتفقوا تفرد أحدهما الخ ولا يلزم من الكذاب التفسير بل هو كونه تغلطاً اه كمال رحمه الله (قوله ثم انفرد الآخر بالقضاء فلا تسمع) قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير إذا علم أحد الشاهدين بالقضاء لا ينبغي له أن يشهد على القرض لأنه إذا علم أن (٣٣٣) المستقرض قد قضاه فقد علم أن المذبي ادعى بغير حق فلا ينبغي له أن يشهد على دعواه

قضاء منها خمسة لا تقبل بألف ولم يسمع أنه قضاها إلا أن يشهد معه آخر) لانهم اتفقا على وجوب الألف فتقبل وانفرد أحدهما بقضاء النصف فلا تقبل لعدم كمال النصاب ولا يكون بقوله قضاء خمسة مناقضاً له لأنه بألف لان قضاء الدين طريقه المقاصة معناه ان الدائن يجب عليه ما قبض فلا ينافي بقاء دينه فلا يكون كاذباً ولا يقال ان المذبي كذب شاهده بالقضاء فينبغي أن لا يقبل كما إذا شهد بألف وخمسة والمذبي يدعي ألفاً لانا نقول لا يكذبه فيما شهد به وانما كذبه فيما شهد عليه وذلك لا يقدح كما إذا شهد له اثنتان بحق ثم شهدا عليه بحق لانسان آخر فان شهادتهما له لا تبطل وان كذبهما فكذا هذا بخلاف ما استشهد به لان الكذب فيه فيما شهد به فيكون قادحاً وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقتضي بخمسة فقط لان مضمون شهادة شاهد القضاء أن لادين الا خمسة في المعنى وهو المعتبر عنده على ما مر وينبغي أن يكون قول محمد كذلك لان مذهبه في اعتبار المذبي كذهب أبي يوسف ولكنه خالفه لانه لم يشهد به بخمسة المائة ابتداء بل اتفق الشاهدان على وجوب الألف عليه للمذبي ثم انفرد الآخر بالقضاء فلا يسمع قال رحمه الله (وينبغي أن لا يشهد حتى يقر المذبي بما قبض) يعني يجب عليه أن لا يشهد بألف كلها إذا علم أنه قضاها من خمسة حتى يقر المذبي أنه قبض خمسة كيلا يصير معينا على الظلم قال رحمه الله (ولو شهد بقرض ألف وشهد أحدهما أنه قضاها جازت الشهادة على القرض) لتمام الحجة في القرض وعدمها في القضاء وذكرنا الطحاوي عن بعض أصحابنا أنه لا يقتضي بها القاضي وهو قول زفر رحمه الله لان في زعم أحد الشاهدين انه لا شيء عليه من المال ولو قضى اسكان قضاء بشهادة الواحد وهو غير جائز ولان المذبي كذب شاهد القضاء والاشبه أن يكون هذا قول أبي يوسف رحمه الله على ما ذكرنا في المسئلة الاولى اذا فرق بين المسائلين الامن حيث ان أحد الشاهدين شهد بقضاء كل الدين في هذه وفي الاولى بقضاء البعض والجواب ما ذكرنا في الاولى واذا اختلف الشاهدان في الزمان أو المكان في البيع والشراء والطلاق والعق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف تقبل واذا اختلفا في الجنابة والغصب والقتل والنكاح لا تقبل والاصل أن المشهود به ان كان قولاً كالبيع ونحوه فاختلاف الشاهدين فيه في المكان أو الزمان لا يمنع قبول الشهادة لان القول عما يعاد ويكرر وان كان المشهود به فعلاً كالغصب أو قولا لكن الفعل فيه شرط صحته كالنكاح فإنه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط فاختلافهما في الزمان أو المكان يمنع القبول لان الفعل في زمان أو مكان غير الفعل في زمان أو مكان آخر فاختلاف المشهود به ثم قال أبو يوسف ومحمد رحمه الله اذا اختلف شاهد القذف في زمانه أو مكانه لا تقبل وان كان قولاً لان كل واحد منهما ان كان انشاء فهما غيران وليس على كل قذف شاهدان وان كان أحدهما انشاء والاخر اخبار فهما لا يتفقان

وهو يعلم أنه ادعى بغير حق لان فيه اعانة على الائم والعدوان اه اتفقا (قوله في المتن وينبغي أن لا يشهد الخ) قال الكمال قال القدوري وينبغي للشاهد اذا علم بذلك أي بقضاء الخمسة أن لا يشهد حتى يعترف المذبي بقبضها لانه لو شهد فاما بالألف ثم يقول قضاء منها خمسة لا يثبت وعلمت أنه يقتضي فيها بألف فيضيع حق المذبي عليه ولما بخمسة مائة فيثبت اختلافهما ان شهد أحدهما بألف والاخر بخمسة مائة وفيه لا تقبل الشهادة أصلاً على قول أبي حنيفة فيضيع حق المذبي فالوجه أن لا يشهد الذي عرف القضاء حتى يعترف المذبي بالقدر الذي سقط عن المذبي عليه والمراد من لفظ لا ينبغي لا يحمل نص عليه في جامع أبي الليث ومن هذا النوع رجل أقر عند قوم لفلان عليه كذا فبعد

مدته جازعاً لان أو أكثر الى القوم فقالوا لا تشهدوا على فلان بذلك الذين فانه قضاء كله الشهود بالخيار ان شاؤا لان امتنعوا من الشهادة وان شاؤا أخبروا الحاكم بشهادة الذين أخبروهم بالقضاء فان كان المخبرون عدولاً لا يقتضي القاضي بالمال هذا قول الفقيه أبي جعفر وأبي نصر محمد بن سلام ولو شهد عندهم واحد لا يسمعهم أن يدعوا الشهادة وكذا اذا حضر بايع رجل أو نكح امرأة وقتله فلما أرادوا الشهادة شهد عندهم بطلاق الزوج فلا نا أو قال عاينا امرأة أرضعتهما وأعنتي العبد قبل أن يبيعه أو عفا عنه الولي ان كان واحدا شهدوا أو اثنين لا يسمعهم أن يشهدوا وكذا لو رأى عينا في يد رجل يتصرف فيها تصرف المالك فأراد أن يشهد بالملك فأخبره عدلان أن الملك الثاني لا يجوز أن يشهد بالملك الاول ولو أخبره أنه باعه من ذي اليد أنه أن يشهد بما علم ولا يلتفت الى قولهما اه

(قوله في المتن ولو شهد أنه قتل زيد يوم النحر عكة وآخر أن أنه قتل يوم النحر عصر) لفظة يوم النحر ليست في خط الشارح وهو ثابت في نسخ المتن اه (قوله ترد الطائفتان) فلا يقتل المشهود عليه بالقتل اه (قوله ثم شهدت الأخرى لا تقبل) وحيد في قتل المشهود عليه اه (قوله لان الأولى ترجحت باتصال القضاء بها) فانه حين قضى بالأولى ولا معارض لها اذ ذلك يتغير شرعا لا بتغير الحكم الشرعي الذي ثبت شرعا بمحدث معارض اه كمال (قوله ثم وقع نحره على طهارة الأخر لا يجوز له الصلاة فيه) ولا تبطل صلاته في الأول لانه ثبت بنحره الأول حكم شرعي هو الصحة بعد الوجوب فيسه فلا يؤثر النحر الثاني في رفعه اه فتح (قوله في المتن ولو شهد بسرقة بقره الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في (٣٣٣) شاهدين شهدا جميعا على أنه سرق بقره

واختلفا في لو شهدا قال أحيز الشهادة وأقطع وقال أبو يوسف ومحمد لا نحيز الشهادة ولا نقطعه ولو شهد أحدهما أنه سرق بقره وشهد الآخر أنه سرق ثورا فالشهادة باطلة في قولهم جميعا الى هنا لفظ محمد رحمه الله اه اتقاني (قوله في المتن واختلفا في لو شهدا قطع) قال الكمال صورتها ادعى على رجل أنه سرق بقره ولم يذ كر لها لونا وأقام بيعة فشهدوا أحدهما بقرته جراءوا الآخر سوداء قال أبو حنيفة تقبل ويقطع وقالاهما والأئمة الثلاثة لا يقطع ولو أن المسروق منه عين لونا (١) فقال أحدهما سوداء لا يقطع اجماعا لانه كذب أحد شاهديه وعلى هذا الخلاف المذكور لو ادعى سرقة ثوب مطلقا فقال أحدهما ماهرى والآخر مروى ولو اختلفا في الزمان والمكان لم تقبل اجماعا لما ذكرنا في الفرق بين السرقة

لان الانشاء أن يقول زنت أو أنت زان والاخبار أن يقول قد قتل بالزنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول يحتمل أن يكون أحدهما سمع الانشاء والآخر سمع الاقرار به ويثبت عندهم قد فقه ما شاهدان به قال رحمه الله (ولو شهدا أنه قتل زيد يوم النحر عكة وآخر أن أنه قتل يوم النحر عصر ردتا) يعني طائفتين كل واحدة منهما نصاب الشهادة اجتماعا عند الحاكم وشهدا على نحو ما ذكره ترد الطائفتان لان احدهما كاذبة بيقين وليست احدهما بأولى بالقبول من الأخرى وهذا لان القتل من باب الفعل والفعل الواحد لا يتكرر لان الأول حر كات انقضى لكونه عرضا لا يبقى زمانين والثاني حر كات أخر غير الأول بحديثه الله تعالى في ذلك المحل ولا يمكن أن يجعل الثاني اخبارا عن الأول حتى يصير تكرار الأول واعادته لان الاخبار عن الفعل بالفعل لا يتصور فكذا نأخذ من حقيقة وحكما بخلاف القول لان القول يحكى بالقول فيكون الثاني عن الأول حكما وكذا لو اختلفا في الزمان أو الآلة التي وقع بها القتل لا تقبل لما بينا قال رحمه الله (فان قضى باحدهما أو لا بطلت الأخرى) يعني لو قضى القاضي بوجوب القصاص بشهادة الطائفة الأولى ثم شهدت الأخرى لا تقبل لان الأولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينتقض بالثانية وهذا لانه لما حكم بأنه قتل عكة صار ذلك حكما بأنه لم يقتل في غير هذا قتل شخص واحد في مكانين لا يتصور فصار نظير ما لو كان مع رجل ثوبان أحدهما نجس فتحرى وصلى في أحدهما ثم وقع نحره على طهارة الآخر لا يجوز له الصلاة فيه لان الأول اتصل بحكم الشرع فلا ينتقض بوقوع النحر في الآخر قال رحمه الله (ولو شهدا بسرقة بقره واختلفا في لونهما قطع بخلاف الذكورة والأنوثة والغصب) يعني لو شهدا شاهدان على سرقة بقره واختلفا في لون البقرة بأن قال أحدهما سرق بقره بيضاء وقال الآخر بقره سوداء تقبل شهادتهما وتقطع يده بخلاف ما اذا قال أحدهما سرق ذكرا والآخر قال أنثى أو اختلفا في لون البقرة في الغصب حيث لا تقبل شهادتهما فيهما وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالاهما الله لا تقبل شهادتهما في السرقة أيضا لان البقرة البيضاء غير السوداء فكانتا سرقتين مختلفتين ولم يتم على فعل واحد نصاب الشهادة فلم يثبت وصار كاختلافهما في الذكورة والأنوثة وكاختلافهما في اللون في الغصب بل أولى لان الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهات والثابت بالسرقة حد يسقط بهما فصار نظير اختلافهما في قيمتهما وله أنهما اختلفا فيما يكافأ نقله لان القطع لا يضاف الى اثبات الوصف فصار كاختلافهما في ثياب السارق ألا ترى انهما لو سكا عن بيان اللون جازت شهادتهما بخلاف بيان القيمة لان ذلك من نفس الشهادة حتى يعلم أنها تبلغ نصابا ولان التوفيق ممكن لان السرقة تكون في اللباس غالبا ويكون العمل فيها من بعيد فيتشابه عليهما اللونان أو يجتمعان في بقره واحدة بأن كان أحدهما أبيض والآخر أسود فيشهد كل عمارى أو بما وقع عنده بخلاف وصف الذكورة

(٣٠ - زباني رابع) والغصب بقليل تأمل اه (قوله وكاختلافهما في اللون في الغصب) فانهم ما لو شهدا على غصب بقره فقال أحدهما سوداء والآخر بيضاء لم تقبل مع أنه لا يتضمن قبولها اثبات حد فلائن لا يقبل فيما يوجب حدا أولى لان الحد أعسر اثباتا فانه لا يثبت بشهادة النساء وأما ما زيد من أنه لا يثبت بأقل من أربعة فليس مما فيه الكلام من السرقة بل يخص الزنا اه فتح (قوله بخلاف وصف الذكورة الخ) قال الاتقاني وبخلاف اختلافهما في الذكورة والأنوثة لان التوفيق ليس بممكن لان اجتماعهما أو تشابههما لا يكون في حيوان واحد عادة ولان الشاهد ين يكافأ بيان الذكورة والأنوثة لان القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافهما فيهما

(١) قوله عين لونا بيض بعده في الاصل كما ترى فارجع الى النسخ الصحيحة كتبه مصححه

في نفس الشهادة اه (قوله ذ كره في المبسوط) أي فاضحان في شرح الجامع الصغير اه اتقاني (قوله في المتن ومن شهد رجل الخ) قال الاتقاني وهذه ثمانية مسائل البيع والاجارة والكتابة والخلع والعنق على مال والصالح عن دم العمد والنكاح والرهن ثم كل واحد منها على وجهين إما أن يدعى هذا وينكر الآخر أو يدعى الآخر وينكر هذا اه وقد ذكرها صاحب الهداية وذ كره في الكنز منها أربعة البيع والكتابة والخلع والنكاح وذ كره الشارح رحمه الله الأربعة الباقية اه وكتب مانصه قال الاتقاني وكان الانسب للوضع أن يذكر هذه المسئلة بعد قوله وان شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسة قبلت الشهادة على الألف لأن تلك المسئلة في دعوى المال وهذه في دعوى العقد اه وكتب أيضاً مانصه (٢٣٤) قوله ومن شهد رجل الخ قال الكمال صورتهما على ما في الجامع في الرجل يدعى على

والاثوثة لأنهما لا يجتمعان في بقرة واحدة وكذا الوقوف على تلك الصفة يكون بالقرب فلا يشتبه فيكونان سرقين مختلفتين فلم يتم في كل واحد منهما انصاب الشهادة وبخلاف الغصب لأن العمل فيه بالنهار لأن الغصب يقع بالنهار وهو يقرب منه غالباً فلا يشتبه عليه الحال فتكون الشهادة على تحقيق وتأمل لتمكنه من ذلك فلا يشتبه عليه فان قيل في التوفيق احتسب الاحتجاب الحد وهو محتمل لذمته لا لإيجابه قلنا القطع لا يضاف إلى اثبات الوصف لأنهما لم يكلفا نقله على ما بينا وما وجب الدرع يكون في نفس المرجح لا في غيره فان قيل على هذا تكون البقرة المسروقة بلفاء والشهود بدبرقة إما بيضاء أو سوداء ولم يقل واحد منهما إنه بلقاء فتكون غير هاضرة قلنا نعم ولكن ذلك في حق من يعرف اللونين أما في حق من لا يعرف إلا أحدهما فلهي عنده على ذلك اللون فسمماها بيضاء أو سوداء بناء على ما شاهد من مواضعها وهذا الخلاف فيما إذا كان المدعى يدعى بقرة مطلقة من غير تقييد بوصف وأما إذا ادعى سرقة بقرة سوداء أو بيضاء لا تقبل شهادتهما بما لا يجاع لان المدعى كذب أحدهما وقيل هذا في لونين متشابهين كالسواد والحمره وأما في لونين غير متشابهين كالسواد والبياض لا تقبل الشهادة والاصح ان الكل على الخلاف ذ كره في المبسوط وعلى هذا الخلاف فيما إذا اختلفا في ثوب بأن قال أحدهما هروي وقال الآخر مروى وان اختلفا في الزمان أو المكان لم تقبل الشهادة وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ومن شهد رجل أنه اشترى عبداً فلان بألف وشهد آخر بألف وخمسة بطلت الشهادة) لان المقصود اثبات السبب وهو العقد فالبيع بألف غير البيع بألف وخمسة فاختلاف المشهود به لا اختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ما لان المدعى يكذب أحد شاهديه وكذا إذا كان المدعى هو البائع ولا فرق بين أن يكون المدعى أقل المالين أو أكثرهما لما بينا من أن المقصود اثبات السبب على معنى أنه الاصل والحكم مثبت ببعائه وان كان الحكم هو المقصود حقيقة في حق الاستفاد والسبب وسيلة اليه لكن مقصوده وهو الحكم لا يحصل إلا به فكان في اثباته الحكم إذا لم يكن اثبات الحكم الا بسبب معين وذ كره علاء الدين السمرقندي رحمه الله أن الشهادة تقبل لان التوفيق ممكن لان الشراء الواحد قد يكون بألف ثم يصير بألف وخمسة بآن يشتره بألف ثم يزيد عليه خمسة فاختلاف فقداً اتفاقاً على شراء واحد ولو اختلفا في الجنس بأن شهد أحدهما بأنه اشترا بألف درهم وشهد الآخر أنه اشترا بمائة دينار بطلت لعدم امكان التوفيق لان الشراء الواحد لا يتصور أن يكون بألف درهم ثم يصير بمائة دينار قال رحمه الله (وكذا الكتابة والخلع) أي إذا اختلفا في مقدار البذل فيها لا تقبل شهادتهما لما ذكرنا أن المقصود اثبات السبب وهذا إذا كان المدعى هو العبد فظاهر لانه يدعى السبب ليحصل له مقصوده وهو العتق بالاداء فصار نظير الشراء وان كان المدعى هو المولى فكذلك لان العتق لا يشتت قبل الاداء فكان

رجل أنه باعه هذا العبد بألف وخمسة فينكر البائع البيع فيقيم عليه شاهداً بألف وشاهداً بألف وخمسة قال يعني بأحقيقة هذا باطل إلى آخر ما هنالك فقد يظن أن هذا يناقض ما تقدم من أن الشاهدين إذا اختلفا فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسة والمدعى يدعى ألفاً وخمسة قضية بالألف بالاتفاق بين الثلاثة وهنا لا يقبل شيء ولو كان المدعى يدعى ألفاً وخمسة بآن يبيانه هو أن ذلك فيما إذا ادعى ديناً فقط والمقصود هنا دعوى العقد ألا ترى إلى قوله في الجامع فينكر البائع البيع ولانه لو كان المقصود الدين لم يحتج إلى ذكر السبب وان كان المدعى به البيع فالبيع يختلف باختلاف الثمن لان الثمن من أركانه والمركب الذي بعض أجزائه مقدار خاص غير مثله بمقدار أكثر منه ولم يتم على أحدهما

نصاب شهادة فلا يثبت البيع أصلاً اه فتح (قوله وكذا إذا كان المدعى هو البائع) بأن ادعى أنه باعه بألف وخمسة فأنكر المقصود المشتري الشراء فأقام الشاهدين كذلك اه فتح (قوله ولا فرق بين أن يكون المدعى أقل المالين أو أكثرهما) ولا فرق بين أن يكون المدعى هو البائع أو المشتري اه قارئ الهداية (قوله لما بينا) أي من اختلافهما في المشهود به والتكذيب من المدعى اه فتح (قوله وذ كره علاء الدين السمرقندي أن الشهادة تقبل) قال الكمال وفي الفوائد الظهيرية عن السيد الامام الشهيد السمرقندي تقبل الخ اه (قوله ثم يصير بمائة دينار) قال الكمال وقال بعض المحققين فيه نوع تأمل اه (قوله وان كان المدعى هو المولى فكذلك) لان دعوى السيد لمال على عبده لا يصح إذا لادى له على عبده إلا بواسطة دعوى الكتابة فينصرف انكار العبد إليه العلم بأنه لا يتصور له عليه دين إلا به

والشهادة ليست الا لاثباتها اه كمال (قوله وكذا الصلح عن دم العبد والعنق الخ) قال الكمال بعد ذكره من المسائل الثمانية مسألة البيع والكتابة الثالثة والرابعة والخامسة الخلع والعنق على مال والصلح عن دم العبدان كان المدعى هو المرأة في الخلع والعنق والقائل في الصلح عن دم العبدان المقصود اثبات العقد لانه هو الذي يفيدهما للخلاص وهو مقصودهم وان كانت دعوى من الجانب الآخر وهو الزوج والمولى وولى القليل فهو بمنزلة الدين فيما ذكرنا من الوجوه وهو انه اذا ادعى أكثر المالكين فشهادة شاهد واحد والاخر بالاقول ان كان الاكثر يعطف مثل ألف وخمسمائة قضى بالاقول اتفاقا وان كان بدونه كالألف والالفين فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة لا يقضى بشيء وهذا لانه ثبت العفو والعنق والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم تبق الدعوى الا في الدين اه وكتب أيضا قال الاتفاقى فأما اذا وقعت الدعوى في الطلاق أو في الخلع على مال أو العنق على مال أو الصلح عن دم العبد على مال فان كان المدعى هو الزوج أو المولى أو ولى القصاص فهذا دعوى المال وان كان المدعى هي المرأة أو القائل أو العبد فهذا دعوى عقد لا تقبل بالاجماع اه (قوله وفي الرهن ان كان المدعى هو المرتهن الخ) فان قيل الرهن لا يثبت الا بايجاب وقبول فكان كسائر العقود فينبغي (٣٣٥) أن يكون اختلاف الشاهدين في قدر

المال كالختلافهما فيه في البيع والشراء أوجب بان الرهن غير لازم في حق المرتهن فان له أن يردده متى شاء بخلاف الراهن ليس له ذلك فكان الاعتبار دعوى الدين في جانب المرتهن اذ الرهن لا يكون الا بالدين فتقبل بينته في ثبوت الدين فثبت الرهن بالف ضمنا وتبعاً للدين ولا شك أن دعوى المرتهن ان كان مثلاً هكذا أطلابه بالف وخمسمائة على عليه رهناً له عنده فليس المقصود الا للمال وذكر الرهن زيادة اذ لا يتوقف بتوقف ثبوت دينه عليه بخلاف دين الثمن في البيع وان كان هكذا أطلابه بأعادة رهن كذا وكذا كان رهنه

المقصود اثبات السبب وهذا لان البديل في ابتداء العقد مقابل ذلك الجرح ثم ينتقل عند أداء المال فيصير مقابلاً بالعنق فقبل الاداء بمنزلة الاجارة فكان مقصود ما ثبتت العقد وقيل ان كان المدعى هو المولى لا تقيد بينته لان العقد غير لازم في حق العبد لئلا يكتفه من القسح بالتجهيز والمراد بالخلع اذا كانت المرأة هي المدعية للخلع لان مقصودها اثبات السبب دون المال فلا يثبت مع اختلافهما فيه فصار نظير البيع بخلاف دعوى الدين لان المقصود فيه المال دون السبب فثبت قدر ما اتفقا عليه دون ما تفرده أحدهما وان كان المدعى هو الزوج يقع الطلاق باقراره فيكون بمنزلة دعوى الدين فثبت أقلهما وهو الذي اتفقا عليه لتمام نصاب الشهادة فيه وكذا الصلح عن دم العبد والعنق على مال فان كان المدعى هو العبد أو القائل لا تقبل شهادتهما لان مقصود العبد والقائل العقد دون المال فلا يثبت لما ذكرنا من الاختلاف فيه وان كان المدعى هو المولى أو ولى يثبت العفو والعنق باقرارهما فيكون دعوى الدين فتقبل شهادتهما فيما اتفقا عليه على نحو ما ذكرنا في الخلع وفي الرهن ان كان المدعى هو المرتهن فهو كدعوى الدين يثبت أقلهما لما ذكرنا وان كان المدعى هو الراهن فلا تقبل الشهادة لانه ليس له ان يلزمه الرهن اذ الرهن غير لازم في حق المرتهن وله أن يفسخه متى شاء فلا فائدة في إقامة البينة ولا نه حق عليه والانسان لا يقيم البينة على حق عليه وانما يقيمها على حق له وصورة دعوى الرهن أن يدعى انه رهنه ألفاً وخمسمائة وادعى انه قبضه ثم أخذه الراهن فيطلب الاسترداد منه فأقام بينة فشهد أحدهما بألف والاخر بألف وخمسمائة يثبت أقلهما وفي الاجارة ان كان قبل استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فهي نظير البيع فلا تقبل شهادتهما لما ذكرنا في البيع وان كان بعد مضي المدة فهي كالدين يثبت ما اتفقا عليه ان كان المدعى يدعى الاكثر وان كان يدعى الاقل لا تقبل شهادة من شهد بالاكثر لانه كذب المدعى وكذا في جميع هذه الصور لما بينا في الدين قال رحمه الله (فأما النكاح فيصح بالف) يعني بأقل المالكين وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله سواء كان الدعوى من الزوج أو من المرأة وسواء ادعى الاقل أو الاكثر وقال أبو يوسف

عندي على كذا ثم غصبه أو سرقه مثلاً فلا شك أن هذا دعوى العقد فاختلاف الشاهدين في أنه رهنه بالف أو ألفاً وخمسمائة وان كان زيادة يوجب أن لا يقضى بشيء لان عقد الرهن يختلف به اه كمال (قوله وان كان المدعى هو الراهن فلا تقبل الشهادة) أي بشيء أصلاً لان قبولها بناء على صحة الدعوى ولم تصح لانه أي الراهن لاحظ له في الرهن أي لا يقدر على استرداده مادام الدين قائماً فلا فائدة لهذه الدعوى فلم تصح اه فتح (قوله وفي الاجارة ان كان الخ) قال الكمال رحمه الله والسابعة الاجارة ان كان في أول المدة فهو كالبيع بان ادعى المستأجر أو الأجرأه أجر هذه الدار سنة بالف وخمسمائة فشهد واحد كذلك وأخر بالف لا تثبت الاجارة كالبيع اذ قبل استيفاء المدة لا يستحق بدل فكان المقصود اثبات العقد وهو يختلف باختلاف البديل فلا تثبت الاجارة فان كان بعد مضيها استوفى المدة أو لم يستوف بعد أن تسلم فان كان المدعى هو المؤجر فهي دعوى المال فان شهد أحدهما بالف والاخر بألف وخمسمائة وهو يدعى الاكثر يقضى بالف اذ ليس المقصود بعد المدة الا الاجر وان شهد الاخر بالفين والمدعى يدعيهما لا يقضى بشيء عند: وعندهما بالف وان كان المدعى هو المستأجر فهو دعوى العقد لانه معترف بمال الاجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين أو اختلافهما فيه ولا يثبت العقد للاختلاف اه

(قوله ولا يقضى بشئ) أى لا يقضى بالنكاح اه قارئ الهداية (قوله ولان المال فى النكاح تابع) ألا ترى أنه ينعقد النكاح بلا تسمية المهر وملك النكاح من لا يملك التصرف فى المال كالأخ والعم وقد اتفق الشافعيان على الأصل وهو ملك البضع فيقضى بذلك ولا ينظر إلى الاختلاف فى النفع وهو المال اه اتقاني (٣٣٦) (قوله وما وقع فيه الاختلاف وهو المال يقضى بالأقل) لا تنافهما عليه وحينئذ يلزم بالضرورة القضاء بالنكاح

ومحمد رحمه الله تبطل الشهادة ولا يقضى بشئ لان المقصود من الجانبين اثبات السبب والنكاح بألف غير النكاح بألف وخمسمائة فتبطل الشهادة كما فى البيع سواء كان الزوج هو المدعى أو المرأة هي المدعية لامتناع ثبوت النكاح باقرار أحدهما بخلاف العتق على مال والخلع والعفو عن دم المدحيت يكون دعوى الدين إذا كان المدعى هو الزوج والمولى والولى لانه باقراره يسقط القصاص ويقع الطلاق والعتق فيبقى دعوى المال المجرد عن السبب ولاى خفيفة رحمه الله أن التسمية فى النكاح كما تصح عند العقد تصح بعده فانه لو تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم سمي لها مهرا حقت التسمية والصحة التسمية لا يحتاج إلى إنشاء العقد وانما يحتاج إلى قيامه وقيامه تارة يكون حالة الابتداء وتارة يكون حالة البقاء فلم يلزم من اختلاف التسميتين اختلاف العقد لان التسمية وجسدت فى حالة البقاء ولا يتصور وجود العقد فى حالة البقاء والبنية على التسمية فى حال استحصال العقد لا تكون بنية على العقد بل على التسمية المجردة فكان الثابت بشهادتهما المال حال بقاء النكاح فيثبت ما اتفقا عليه كالدين فافصل القضية ان شهادتهما لم تقم الا على المال حال بقاء النكاح فيثبت بها التسمية وبقاء النكاح لا غير ولان المال فى النكاح تابع والأصل فيه الحل والازدواج والمالك ومن حكم التبعية أن لا يغير الأصل ولهذا لا يبطل بغيه ولا يفسد بفساده فكذلك لا يختلف باختلافه فبقى العقد سالما عن الاختلاف فلم يقع فيه الاختلاف وهو المال يقضى بالأقل منهما كما فى الدين وقيل للشافعية فيما إذا كانت المرأة هي المدعية يجعل أبو خيفة مقصودها المال فيخرجه على ما بينا وما يجعل مقصودها العقد لما بينا لهما وأما إذا كان المدعى هو الزوج فمقصوده العقد لا المال فلا تقبل بنية بالأجاء لان العقد بألف غير العقد بألف وخمسمائة على ما بينا والأول هو الأصح وقد بينا وجهه وهو استحسان ويستوى فيه دعوى أقل المالكين وأكثرهما فى الصحيح لا تنافهما فى الأصل وهو العقد والاختلاف فى التبعية لا يوجب خلافا فيه لكنه لا بد من وجوب المال فيجب الأقل لا تنافهما عليه ولا يكون بدعى الأقل تكذيبا للشاهد لجواز أن الأقل هو المسمى ثم صار أكثر بالزيادة قال رحمه الله (وملك المورث لم يقض لوارثه بالجزء إلا أن يشهد بملكه أو يده أو يد مستعيره وقت الموت) يعنى إذا ثبت شئ أنه ملك المورث بأن ادعى الوارث عيناً فى يد انسان أنها ميراث أبيه وأقام شاهدين فشهدا أن هذه كانت لآبائه لا يقضى له حتى يجزأ الميراث فيقول مات وتر كهاميراً لله أو يقول كانت لآبائه يوم موته أو كانت فى يده أو فى يدهم يقوم مقامه من المستعير وغيره والأصل فيه أن الجزأ شرط وهو أن يقول الشاهد مات وتر كهاميراً لله ولكن إذا ثبت ملكه أو يده عند الموت كان جزأ لانه أثبت ملكه أو ان الانتقال إلى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة فيكون اثباتاً للانتقال وكذا إذا أثبت يده عند الموت لان يده ان كانت يده ملك فهو على ما بينا وان كانت يد أمارة فكذلك الحكم لان الأيدي فى الامانات عند الموت تنقلب يدهم بوساطة الضمان اذا مات مجهلاً لتركه الحفظ والمضمون بملكه الضامن على ما عرف فيكون اثبات اليد فى ذلك الوقت اثباتاً للمالك واثبات يدهم يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمستأجر والمرتهن والغاصب وغيرهم اثبات ليدفع غنى اثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجزأ فاكتم به عنه وهذا عند أبى خيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله الجزأ ليس بشرط بل إذا ثبت الوارث أن العين كانت للمورث يكفي لان ملك الميت قد ثبت بقول الشهود كانت له وملك الوارث خلافة عنه ولهذا يرتب العيب ويرد عليه به ويصير مغروراً فيما اشتراه المورث فيكون ملك الوارث

بالف فان هذا الوجه يقضى الصحة بالأقل بلا تفصيل اه كمال (قوله كما فى الدين) بخلاف البيع لان البذل ثمة أصل كالبيع ولهذا لا يصح بدون ذكر الثمن فكان ذلك دعوى العقد اه اتقاني (قوله وأما إذا كان المدعى هو الزوج فمقصوده العقد) اذ الزوج لا يدعى عليهما ما لا فتح (قوله فى الثمن وملك المورث الخ) ترجم له فى الهداية بفصل الشهادة على الارث قال الاتقاني لما ذكر الشهادة التى تتعلق بحال الحياة شرع فى الشهادة المتعلقة بحال المات لان الموت يتلو الحياة فناسب وضع ما يتعلق بالموت عقب ذلك اه (قوله فى الثمن لم يقض لوارثه بالجزأ) أى من الشهود بأن يجزأ الميراث فيقول مات وتر كهاميراً لله اه ع (قوله فى الثمن الآن يشهد بملكه) من هنا إلى قوله فى باب الوكالة فتعين البر للاندخار عند قوله وبشراء طعام بخسروم من نسخة الشارح رحمه الله (قوله فى الثمن أو يده أو يد مستعيره) كذا هنا والذي شرح عليه العيني رحمه الله

الآن يشهد بملكه أو يده أو يده مودعه أو يده مستعيره اه (قوله وكذا إذا أثبت يده عند الموت) لان اليد وان تنوعت عن اليد غضب وأمانة وملك فانها عند الموت من غير بيان تصير يدهم ملك لما عرف أن كلا من الغاصب والمودع اذا مات مجهلاً يصير الموصوب والوديعة ملكه لصيرورته مضموناً عليه شرعاً ولا يجتمع البدلان فى ملك مالك الوديعة والمغصوب منه اه فتح (قوله ويصير مغروراً) أى فيما

كان المورث مغروراً فيه اه كافي (قوله أو بالعكس) أي بأن كانت موطوعة الميت أو موطوعة وارثه اه (قوله وذلك بما ذكرنا من الجرح) أي
الصوري أو المعنوي اه عيني (قوله لا إلى الموت) أي ليس بضاف إلى الموت اه (قوله في المتن ولو شهدا بيدى الخ) قيد بالحق لأنهما إذا
شهدا الميت أنها كانت في يده وقت الموت تقبل اتفاقاً اه عيني وقد تقدمت وتقدم (٢٣٧) الفرق بينهما أنفا اه (قوله ردت) في

ظاهر الرواية خلافاً لما روى
عن أبي يوسف اه غايه
(قوله لأن اليد منقضية)
أي زائلة في الحال وليست
بقائمة حتى تحمل على الملك
باعتبار الظاهر اه قارئ
الهداية (قوله فلا يمكن
القضاء بالجھول) فلم يجب
الرد لأنه لو وجب الرد من
وجهه لوجب من وجهين
فلا يجب بالشك اه قارئ
الهداية (قوله في المتن
ولو أقر المدعي عليه بذلك
أو شهد شاهدان أنه أقر أنه
كان في يد المدعي دفع إلى
المدعي) قال الكمال يعني لو
قال المدعي عليه بالدار التي
في يده هذه الدار كانت في يد
المدعي دفعت للمدعي وان
كانت السدم متوقعة لأن
حاصل ذلك جهالة في المقر به
وهي لا تمنع صحة الإقرار بل
يصح ويلزمه البيان فإنه لو
قال لفلان على شيء صح
ويجوز على البيان وكذلك لو
شهد شاهدان أن المدعي
عليه أقر بأنها كانت في يد
المدعي تقبل لأن المشهود به
الإقرار وهو معلوم وإنما
الجهالة في المقر به وهي لا تمنع
صحة القضاء كالأدعي عشرة
دراهم فتشهد على إقرار
المدعي عليه أنه عليه شيئاً
جازت ويؤمر بالبيان اه

عيني ملك المورث مستتراً إلى هذا الوقت لا ملكاً آخر غيره كما في الحكي إذا ثبت أنها كانت له يحكم له بها
ولا يكف إقامة البينة على أن ملكه ثابت في هذا الوقت وكذا إذا ادعى عبداً في يد أنسان أنه اشتراه من فلان
غير ذي اليد وأقام البينة على الشراء منه وأنكر ذواليد أنها ملك البائع فأقام المشتري بينة أنها كانت له
بكتفي بذلك ويقضي له بها ولا يكف إقامة البينة أنها كانت للبائع وقت البيع وهذا لأن ما ثبت فهو باق
إلى أن يوجد ما يزيله لاستغناء البقاء عن دليل ولهما أن ملك الوارث متجدد ثبت له بعد أن لم يكن ثابتاً
الآثرى أنه ثبت في حقه أحكام لم تكن ثابتة في حق المورث من استمراة الجارية وحل وطئها لو كانت
حراماً على المورث أو بالعكس وكذا يحل للوارث الغنى كل صدقة ورثها من الفقير ولو لا تجدد الملك لما
حل له فإذا كان متجدداً فلا بد من إثبات النقل إليه وذلك بما ذكرنا من الجرح لا بإثبات ملك الميت قبل الموت لأن
بقاؤه ملكه إلى الموت ثبت باستصحاب الحال وهو حجة لا بقاء ما كان على ما كان لا لإثبات ما لم يكن وحاجتنا
إليه لأن مالكية الوارث لم يكن ثابتاً قبل موت المورث فكان متجدداً ضرورة فلا يثبت باستصحاب الحال
الآثرى أن الشفيع لا يستحق الشفعة نظراً ليد في الدار المشفوع بها وان كان يدفع دعوى غيره به لما
ذكرنا بخلاف ما إذا ثبت الحكي أنها كانت له حيث يحكم له بها إلا أن اعتبارنا فيه استحباب الحال لبقاء ما كان
على ما كان وهو حجة فيه على ما بينا وبخلاف ما إذا أقام البينة أنه اشتراه من فلان حيث لا يكف إقامة
البينة أنه كان مالكا لها وقت البيع لأن ملك المشتري مضاف إلى الشراء الثابت بالبينة لا إلى استحباب
الحال ببقاء ملك البائع لأن الشراء سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق بدون إثبات الملك فيكون ثابتاً
بالشراء وأما في الموت فتثبت الملك للوارث مضاف إلى كون المال ملك المورث وقت الموت لا إلى الموت
لأن الموت ليس سبب موضوع للملك بل موضوع لإبطاله فكيف من موت ليس فيه استحباب الملك لأحد
الآثرى أن الوارث لو علق العتق بموت مورثه بأن قال إن مات سيدك فأنت حر لا يصح ولو كان سبب الملك
لصح كما إذا قال لعبد الغير إن اشتريتك فأنت حر قال رحمه الله (ولو شهدا بيدى من شهر ردت) أي إذا
شهد شاهدان أن هذه العين كانت في يد فلان منذ شهر وهو حكي ردت الشهادة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد
وعن أبي يوسف أنها تقبل لأن اليد مقصودة كالمالك فوجب أن تقبل كما إذا شهدا أنها كانت ملكه منذ
شهر وهذا لأن الملك متى ثبت بقي إلى أن يوجد ما يزيله فكذلك اليد وصار كما إذا شهدا بالاختصاص المدعي
أو بالإقرار منه باليد له ولهما أن الشهادة قامت بجهول لأن اليد منقضية وهي متوقعة إلى ملك وأمانة
وضمن فلا يمكن القضاء بالجھول بخلاف الملك لأنه معلوم غير متوقع وبخلاف الاختلاف معلوم
أيضاً وحكمه معلوم وهو وجوب الرد لعوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد وكذا الإقرار باليد
معلوم على ما يجيء ولأن يد صاحب اليد معين ويد المدعي مشهود به فلا يعارض المتحقق لأن العيان
يوجب العلم والشهادة توجب غلبة الظن فكان أكثرنا بنا قال رحمه الله (ولو أقر المدعي عليه بذلك أو شهد
شاهدان أنه أقر أنه كان في يد المدعي دفع إلى المدعي) أي لو أقر المدعي عليه باليد للمدعي أو شهد شاهدان
بأنه أقر باليد للمدعي منذ شهر دفع ذلك إلى المدعي لأن الإقرار معلوم فتصح الشهادة به وجهالة المقر به
لا تمنع صحة الإقرار الآثرى أنه لو قال لفلان على شيء صح ويجب عليه البيان ولا تصح الشهادة به والله أعلم

باب الشهادة على الشهادة

قال رحمه الله (تقبل فيما لا يقطع بالشبهة أن شهد رجلان على شهادة شاهدين) أي تجوز الشهادة على

باب الشهادة على الشهادة

لما فرغ من بيان أحكام شهادة الأصول شرع في بيان أحكام شهادة الفروع اه فتح قوله شرع في بيان الخ إذا الأصل مقدم على الفرع اه
وكتب ما نصه قال الفقيه أبو الليث في خزنة الفقه خمسة أشياء لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة كتاب القاضي إلى القاضي وحذرنا

والسرقة والقصاص والقذف وحديث شرب الخمر وقال في أول كتاب الكفالة من الأجناس قال محمد بن الحسن في نوادر محمد بن رستم يجوز في التعزير العفو والشهادة على الشهادة اه اذ اتفاني رحمه الله (قوله وجبت على شاهد الأصل) فلا يجوز أن يقيم غيره مقامه كالصلاة والصوم وسائر العبادات اه غاية (قوله ولان فيها زيادة احتمال) يعني تهمة الكذب في الأصول والفروع لعدم عصمتهم كذا كرنا وفي الفروع تهمة زائدة وهي تهمة عدم (٢٣٨) السماع من الأصول اه قارئ الهداية (قوله وفيه شبهة من حيث البدلية) لانها فائقة

مقام شهادة الأصل اه (قوله وقوله فيما لا يسقط بالشبهة احتراز عن الحدود والقصاص) وبقولنا هذا قال أحد الشافعي في قول وأصح قوايه وهو قول مالك تقبل في الحدود والقصاص أيضا لان الفروع عدول تفادوا شهادة الأصول فالحكم بشهادة الأصول لا بشهادتهم وصاروا كالترجم وسند دفع اه فتح (قوله ويدخل تحته) أي يدخل تحت قول المصنف تقبل الخ جميع الحقوق اه (قوله وقال مالك الخ) في هذا النقل عن مالك نظر لانه لا يجوز شهادة واحد على واحد اه اتقاني وكذب مانعه قال الاتقاني قال مالك وتجوز الشهادة على الشهادة في الحدود والحقوق كلها وذلك أن يشهد شاهدان على شهادة شاهدين يشهدان جميعا على شهادة كل واحد من الشاهدين الأولين ولا يصح أن يشهد واحد منهما على شهادة واحد من الشاهدين الأولين والشهادة على الشهادة في الزنا جازة وذلك

الشهادة بشرط أن يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الأصليين وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لان الشهادة عبادة بدنية وجبت على شاهد الأصل وليست بحق للشهود له بدليل انه لا تجوز الخصومة فيها والاجبار عليها والسياسة لا تجوز في العبادة البدنية ولان فيها زيادة احتمال لان الاحتمال فيها في موضعين في الأصول وفي الفروع وفيه شبهة من حيث البدلية ولهذا لا يصار الى الفروع الا عند العجز عن الأصول وجه الاستحسان أن الحاجة ماسة اليها اذا شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لوت أو مرض أو بعد مسافة فلم تجز الشهادة على الشهادة أدى الى إيواء الحقوق ولهذا جازنا الشهادة على شهادة الفروع وعلى شهادة فروع الفروع الى غير نهاية فصار كتاب القاضي الى القاضي وقوله فيما لا يسقط بالشبهة احتراز عن الحدود والقصاص لانها يسقطان بالشبهة وفيها شبهة على ما ذكرنا فلا يشهدان بها كالأبنتان بشهادة النساء لما فيهما من شبهة البدلية بل أولى لان في الشهادة على الشهادة حقيقة البدلية ويدخل تحته جميع الحقوق وذكرنا في أن لا تجوز في الوقف والصحيح أنها تجوز فيه احياء له وصوناً عن اندراسه وقوله ان شهد رجلان على شهادة شاهدين يعني ان شهد على كل واحد من الشاهدين رجلان لان كل واحد من الشاهدين قضية من القضايا فلا بد من تمام النصاب على كل واحد منهما ما ثبت عند الحاكم ولا يشترط تغاير الفروع حتى لو شهد أحدهما على شاهد آخر وشهدا الآخر بينهما جاز وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حتى يشهد على كل واحد منهما رجلان غير اللذين أشهدهما صاحبه لان كل شاهدين قائمان مقام أصل واحد فلا يتم حجة للقضاء بهما كل رأيتين لما قامتا مقام رجل لاتهم الحجة بشهادتهما ولان الفرع لما تحمّل الشهادة صار شاهداً وليس للشاهد أن يشهد على تلك الشهادة غيره ألا ترى أن أحد الأصليين لما كان شاهداً لا يجوز له أن يشهد صاحبه على شهادته مع رجل آخر وقال مالك رحمه الله تجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد لان الفرع قائم مقام الأصل معبر عنه بمنزلة رسوله في إيصال شهادته الى مجلس القاضي فكأنه حضر وشهد بنفسه واعتبر بهذا رواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة ولما قول على رضي الله تعالى عنه لا يجوز على شهادة رجل الشهادة رجلين مطلقاً من غير تقييد بأن يكون بازاء كل أصل فرعان ولان شهادة كل واحد من الأصليين حق من جملة الحقوق والحق عند القاضي لا يثبت الا بحجة تامة لانهم المزمعون للقاضي القضاء فلا بد من النصاب فإذا تم وشهدا على شهادة أحدهما جاز أن يشهدا على الآخر أيضاً لان الشاهدين يجوز لهما أن يشهدا على قضيات كثيرة بخلاف امرأتين لان النصاب لم يتم بهما وشرط العلم لم يثبت به شيء لان المرأتين كل رجل واحد وبخلاف ما اذا شهد أحد الأصليين على صاحبه مع رجل آخر لان شاهد الأصل يعلم الحادثة يقيناً فلا يستفيد بها شاهد صاحبه اياه شيئاً ولان معنى الاصلية يقتضي مشاهدة الحق ومعنى الفرعية يقتضي عدم المشاهدة فمتناهيان فلا يجوز ولان الفرع بدل عن الأصل فلا يتصور أن يكون الشخص الواحد بدلاً وأصلاً في حالة واحدة ولان شاهد الأصل يثبت نصف الحق والفرعان نصفه ولو جازت شهادته على شهادة صاحبه لانت ثلاثة أرباع الحق ولا نظيره في الشرع ولا يقال لو كان

أن يشهد أربعة على شهادة كل واحد من شهود الأصل الأربعة الى هنا لفظ كتاب التفریع لأصحاب مالك اه وقال الفرع الاتقاني عند قوله في الهداية ولا تقبل شهادة واحد على واحد وقال ابن أبي ليلى وأجدوا لا وزاعي يجوز كذا في شرح الاقطع اه (قوله ولما قول على رضي الله عنه لا يجوز الخ) قال الاتقاني وجه الاستدلال أن علياً رضي الله عنه جاز شهادة الرجلين على شهادة رجل ولم ينف شهادتهما على شهادة رجل آخر ولم يشترط أن يكون بازاء كل أصل فرعان على حدة فدل اطلاقه على جواز شهادة الفرعين جميعاً على شهادة الأصليين ولم يرو عن غيره على خلافه فحل الإجماع اه اتقاني

(قوله وقد بيناه وبيننا الخلاف فيه) وهو أن عندما لك تقبل شهادة واحد على واحد اه (قوله في المتن والشاهد) أي شاهد شاهد الأصل (قوله لانه كالنائب الخ) قال الاتقاني قوله لان الفرع كالنائب عنه ولا شك أن الفرع قائم مقام الأصل ونائب عنه وكان ينبغي أن يقول نائب عنه فقليل في تأويل قوله كالنائب عنه لان المقاضى أن يقضى بشهادة أصل واحد وفرعين عن أصل آخر ولو كان الفرع نائباً بحقيقة لما جاز الجمع بين الأصل والخلف كما لا يجوز الجمع بين الرضوع والتيمم اه (قوله ولا بد من أن يشهد) أي شاهد الأصل عند الفرع اه (قوله لينقله) أي لينقل الفرع شهادة الأصل اه (فرع) قال في الفتاوى الصغرى شهود الفرع يجب أن يذكر أو أسماء الأصول وأسماء آبائهم وأجدادهم حتى لو قالوا للمقاضى نشهد أن رجلين نعرفهما أشهدنا على شهادتهما يشهدان بكذا أو قالوا للمقاضى لانسميها لك أو قالوا لانعرف أسماءهما لم تقبل حتى يسميها لانهما محالان لمجازفة (٢٣٩) لاعن معرفة اه اتقاني (قوله وله لفظ أطول

منه وأقصر) قال في الهداية وله أقول أطول من هذا وأقصر منه وخير الأمور أوسطها قال الاتقاني أي لشهادة الفرع عند الأداء لفظ أطول من الذي ذكره القدوري وهو كما قال الخصاص وألفظ أقصر منه كذا كرا الشيخ أبو نصر اه (قوله ٢) في الشعر وأوسطها جيم في نسخة صميم (قوله فالأطول منه أن يقول الخ) نسب الاتقاني هذا إلى الخصاص فقال وذ كرا الخصاص أنه يكرر لفظ الشهادة ثمان مرات وذ كره اه (قوله فيد كرفيه ست شينات) قال الاتقاني وذ كرا الجصاص أنه يكفي ثلاث شينات في الأشهاد وست في الأداء اه (قوله وماذ كره في المتن فيه خمس شينات) أي كما ذكر القدوري في مختصره (قوله أو يقول أشهد على

الفرع بدلا لما جاز أن يشهد مع أحد الأصلين اذ لا يجوز الجمع بين البدل والمبدل لاننا نقول لم يجمع بينهما لان الفرعين ليسا بدلا عن الذي شهد به معهما بل عن الذي لم يحضر وقوله ان شهد رجلا ن وقع اتفاقا لانه يجوز أن يشهد على الشهادة رجل واحد وان لم يسم النصاب وكذا لا يشترط أن يكون المشهود على شهادته رجلا لان للبرأة أيضا أن تشهد على شهادته رجلين أو رجلا وامرأتين ويشترط أن يشهد على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة لما بينا قال رحمه الله (ولا تقبل شهادة واحد) (١) أي لا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد وقد بيناه وبيننا الخلاف فيه قال رحمه الله (والأشهاد أن يقول أشهد على شهادتي أني أشهد أن فلانا أقر عندى بكذا) وهذا صفة الأشهاد ولا بد منه أو ما يقوم مقامه لانه كالنائب عنه فلا بد من التعميل والتوكيل ولا بد من أن يشهد عنده كما يشهد عند القاضي لينقله إلى مجلس القضاء ويحصل ذلك بماد كرهنا ويقول له عند التعميل أشهدني على نفسه ان شاء وليس بالزام لان من عاين الحق حل له أن يشهد وان لم يشهد على نفسه ولو قال أشهد أني سمعت فلانا يقول فلان بكذا فاشهد أنت على شهادتي بذلك أو قال أشهد أن فلان على فلان كذا فاشهد أنت على شهادتي بذلك جاز لحصول المقصود به ولا يقول أشهد على بذلك لانه لفظ محتمل فانه يحتمل أن يكون الأشهاد على نفس الحق المشهود به فيكون أمرا بالكذب وكذا لا يقول أشهد بشهادتي لانه يحتمل أن يكون أمرا بأن يشهد بعمل شهادته فيكون أمرا بالله بأن يشهد على أصل الحق وهو كذب قال رحمه الله (وأداء الفرع أن يقول أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا أو قال أشهد على شهادتي بذلك) وهذا صفة أداء الفرع عند الحاكم لانه لا بد من شهادته وذ كره شهادة الأصل وذ كرا التعميل والجملة تحصل بذلك وله لفظ أطول منه وأقصر كالطريق في الأمور ذميم وأوسطها صميم فالأطول منه أن يقول أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته انه شهد أن فلان بن فلان أقر عنده وأشهد على نفسه أن فلان ابن فلان عليه ألف درهم وقال لي أشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقر عندى لفلان بكذا ففيه ثمان شينات أو يقول أشهد أن فلانا شهد عنده بكذا وأشهدني على شهادته بذلك وأنا أشهد على شهادته بذلك فيد كرفيه ست شينات وماذ كره في المتن فيه خمس شينات والاقصر منه أن يقول أمرني فلان أن أشهد على شهادته أن لفلان على فلان كذا وأنا أشهد على شهادته بذلك فيد كرفيه أربع شينات أو يقول أشهد على شهادة فلان بكذا فيد كرفيه شينين لا غير ذكره محمد في السير الكبير وهو اختيار الفقهاء

شهادة فلان الخ) قال الاتقاني قال الشيخ أبو نصر البغدادى ويمكن الاقتصار من جميع ذلك على ثلاث لفظات وهو أن يقول أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وماذ كره صاحب الكتاب أولى وأحوط لان قوله أشهد هو لفظ شهادته ثم يخبر بذلك بصفة ما يقع عليه شهادته وهو التعميل أما قوله وقال لي أشهد على شهادتي هو شرط عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ان لم يذكر ذلك جاز وجه قولهمسما أنه اذا لم يقل وقال لي أشهد على شهادتي يحتمل أن يكون أمرا أن يشهد بعمل شهادته وذلك كذب ويحتمل أن يكون أمرا على وجه التعميل فلا يجوز إثباته تحميلا بالشئ ووجه قول أبي يوسف ان أمرا الشاهد محمول على الصحة ما أمكن وانه لا يكذب وليس ذلك إلا أن يحتمل على انه أراد التعميل فيصح كذا في شرح الاقطع اه قوله وماذ كره صاحب الكتاب وهو الهداية والذي فيها خمس شينات كافي الكثر اه

(١) قوله في المتن ولا تقبل شهادة واحد هكذا في نسخ الشرح التي أبدينا والذي في نسخ المتن وعليها شرح العيني ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد فقرر اه مصححه (٢) قول المحشى في الشعر هكذا في الأصل وليس في كلام الشارح شعر بل هو جمع اه مصححه

(قوله وأخذ كثير من المشايخ بهذه الرواية) قال الاتقاني قال الفقيه وبهذا القول نأخذ لأنه يلحقه المشقة في الحضور فصار حكمه حكم المريض والمسافر وأما إذا كان دون (٣٤٠) ذلك فتلك المشقة قليلة فلا تعتبر تلك المشقة وقال نضر الاسلام وقول أبي يوسف حسن

اه (قوله في المتن فان عدلهم
الفروع صح) وروى عن
محمد أن تعدلهم ما لا يكون
صحح الان الفرع نائب عن
الاصل فتعديله الاصل يكون
بمنزلة تعديل الاصل نفسه
وجه ظاهر الرواية أن
الفرع نائب عن الاصل في
نقل عبارته الى مجلس
القاضي فاذا نقل عبارته الى
مجلس القاضي فقد انتهى
حكم النيابة وهو بمنزلة سائر
الاجانب اه (قوله ولو اتهم
بثمة لا تهم في شهادته على
نفس الحق) بأنه انما يشهد
ايصير قوله مقبولا عند
الناس وان لم يكن له شهادة
اه (قوله لان المأخوذ) أي
الواجب على الفروع اه
فتح (قوله في المتن وتبطل
شهادة الفرع بانكار الاصل)
قال في الهداية وان أنكر
شهود الاصل الشهادة لم
تقبل شهادة الفروع قال
الكامل لان انكارهما الشهادة
انكار للتحصيل وهو شرط
في القبول فوقع في التحصيل
تعارض خبرهما بوقوعه
وخبر الاصول بعدمه ولا
ثبوت مع التعارض اه
وقال الاتقاني لان شرط صحة
الشهادة التحصيل فاذا أنكر
شهود الاصل شهادتهم
لا يوجب التحصيل فلا تصح
شهادة الفرع لعدم الشرط اه

أبي الليث وأبي جعفر وشمس الأئمة السرخسي رحمه الله وهو أسهل وأيسر وأقصر وروى ان أبا جعفر
كان يخالفه فيه علماء عصره فأخرج لهم الرواية من السير فانقادوا له قال رحمه الله (ولاشهادة الفرع
الايوت أصله أو مرضه أو سفره) لان جوازها للحاجة عند عجز الاصل والعجز يتحقق بهذه الاشياء والمراد
بالمرض ما لا يستطيع الحضور معه الى مجلس الحكم لان أداء الشهادة فرض فلا يقط الا بالعجز فاذا
سقط جازله أن يحمل غيره كيلا يتوى حقه وهذا لان تكليف ما لا يطاق غير جائز وأمر القاضي
بالحضور الى موضع المريض شنيع ولانه يؤدي الى الحرج وربما لا يفرغ الا بعد وفي مجلس الحكم عند
كثرة الامراض والحرج مدفوع والسفر عذر ظاهر ألا ترى انه تعلقت به أحكام جمة من قصر الصلاة
والفطر في الصوم وامتداد مدة المسح وسقوط الجمعة والاضحية وحرمة خروج المرأة من غير محرم أو زوج
وغير ذلك من الاحكام فكذلك هذا الحكم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ان كان في مكان لو غدا الأداء
الشهادة لا يقدر أن يبيت في منزله جازا لاشهاد احياء لحقوقي الناس والاؤل أحسن لان العذر يتحقق
بنلك كما في سائر الاحكام والثاني وهو ما روى عن أبي يوسف أرفق لان احياء الحقوق واجب ما أمكن
والشاهد ايضا محتسب فلا يكاف ما فيه حرج وفي البيوتة في غير أهل حرج عظيم فيجوز الاشهاد على
شهادته دفعا للحرج عنه واحياء لحقوقي الناس وأخذ كثير من المشايخ بهذه الرواية وروى عن محمد رحمه
الله انها تجوز كيفما كان حتى روى عنه أنه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفروع على شهادته
في زاوية أخرى من ذلك المسجد قبل شهادتهم وقال في النهاية ذكر شمس الأئمة السرخسي والقاضي
الامام علي السعدي في شرح أدب القاضي للخصاف رحمه الله اذا شهد الفروع على شهادة الاصول
والاصول في المصر يجب أن يجوز على قولهما وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز بناء على أن التوكيل
بغير رضا الخصم لا يجوز وعندهما يجوز وجه البناء أن المدعى عليه لا يملك ائابة غيره من باب نفسه
في الجواب لا بعدد فكذلك الاصل ائابة غيره من باب نفسه في الشهادة لا بعدد والجامع ان استحقاق
الجواب على المدعى عليه كاستحقاق الحضور على الشهود وعندهما المالك المدعى عليه ائابة غيره من باب
نفسه في الجواب من غير عذر فكذلك في الحضور الى مجلس الحاكم قال رحمه الله (فان عدلهم الفروع
صح) لان الفروع من أهل التزكية فصح تعديلهم شهود الاصل وكذا اذا عدل أحد الشاهدين صاحبه
لما ذكرنا ولا تهمه فيه بتنفيذ شهادته لان العدل لا يفعل ذلك ولو اتهم بثمة لا تهم في شهادته على نفس الحق
وكان يفسد باب الشهادة وهو ممتنع وكيف يتم به وشهادته لم ترد بشهادة صاحبه بل تقبل بضم آخر
معه وان اتفق الرد نهى ان يتردد لعدم كمال النصاب وذلك لا يضره وقيل لا يقبل تعديل صاحبه للاثمة
والاول أصح لان العدل لا يتم بثلثه قال رحمه الله (والاعدلوا) أي ان لم يعدلهم الفروع عدلوا بسؤال غير
الفروع عن الاصول لان المأخوذ على الفروع النقل دون التعديل ولانه قد يخفى عليهم فاذا نقلوا شهادتهم
يعرف القاضي عدالتهم كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا عند هذا قول أبي يوسف رحمه الله وقال محمد
رحمه الله لا تقبل لانهم يغالون الشهادة ولا شهادة بدون العدالة فخاصه أن القاضي ان كان يعرف الفروع
والاصول بالعدالة قضى بشهادتهم وان عرف أحد الفريقين بالعدالة دون الآخر سأل عن الذين لم
يعرفهم فان عدل الاصول الفروع أو بالعكس جاز وقال في النهاية في غير ظاهر الرواية عن محمد انه
لا تثبت عدالة الاصول بتعديل الفروع والصحيح ظاهر الرواية ولا فرق في ذلك بين أن يقول الفروع
للقاضي لا نعرف حالهم ولا نخبرك بحالهم قال رحمه الله (وتبطل شهادة الفرع بانكار الاصل الشهادة)

اه وكتب مانصه ومعنى المسئلة أن يقول شهود الاصل ما لنا شهادة على هذه الحادثة أي
وما نوا أو غابوا ثم جاء شهود الفرع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة أمامهم حضرتهم فلا يلتفت الى شهادة الفروع وان لم يشكر شهود
الاصل اه كافي قال شيخنا رحمه الله فظهر بما ذكر في الكافي وبما ذكره الشارح هنا أن الحكم واحد سواء أنكر الاصول شهادتهم

بنفس الحادثة أو أنكروا شهادتهم الفروع على شهادتهم ولكن متن الكنز والهداية إنما هو على ما صورته في الكافي لأعلى ما صورته الشارح حيث قالاً بانكار الأصل الشهادة ولم يقولوا بانكار الأشهاد اه (قوله في المتن ولو قال (٣٤١) فيه التسمية لم يجز حتى ينسبها

الى نخذه) فسر صاحب الهداية الفخذ بالقبيلة الخاصة وفسرها العتاني بالاب الاعلى الذي ينسب أبوها اليه وذلك لان بنى تميم قوم لا يحصون فلا يحصل التعريف بذلك المالم ينسبوا الى القبيلة الخاصة اه اتقاني (قوله الشعب) بفتح الشين اه فتح (قوله على اختلاف القولين) أى قول الزمخشري وقول صاحب الصحاح اه (قوله في المتن ومن أقر أنه شهد زورا يشهر ولا يعزر) قال في الهداية وفي الجامع الصغير شاهدان أقرأتهما شهدا بزور لم يضربا ولا يعززان وفأثنته أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فإنه لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي الشهادة والبيئات الثلاث اه قال الاتقاني قوله وفأثنته أى وفأثنته وضع الجامع الصغير وهذا لانه وضع المسئلة فيه فيما اذا أقرأتهما شهدا بزور وفأثنته أنه لا يثبت كذب الشاهد الا باقراره اذ لا يسيل الى معرفة ذلك بالبينة لان البينة اذا قامت على انهما شهدا بغير حق فلا يلتفت الى ذلك لان الشهادة على

أى الاشهاد ومعناه اذا قال شهدا لأصل لم نعرفهم ولم نشهدهم على شهادتنا فانما أوغابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لان التعميل شرط ولم يثبت التعارض بين خبر الأصول وبين خبر الفروع لان الأصول يحتمل أن يكونوا صادقين بذلك فلا يثبت التعميل مع الاحتمال قال رحمه الله (ولو شهدا على شهادة رجلين على ثلاثة بنت فلان الفلانية باللف وقالوا أخبرنا أنهم يعرفونها فجاء امرأته فقالا لا ندري أهى هذه أم لا قيل للمدعى مات شاهدين أنهم فلانة) لان التعريف بالنسبة يقتضى شهادتهما والمدعى يدعى أن تلك النسبة للعاضة ويحتمل أن تكون لغيرها فلا بد من اثبات تلك النسبة للعاضة وتظهر اذا شهدوا ببيع محدود بحدوده من غير معرفة عينه وشهدوا على الخصم فلا بد من آخرين يشهدان أن المحدود بتلك الحدود وفي المدعى عليه ليصح القضاء به وكذا اذا ذكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده (وكذا كتاب القاضي الى القاضي) معناه أن القاضي اذا كتب الى القاضي الآخر أن فلانا وفلانا شهدا عندى بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية وأحضر المدعى امرأته عند القاضي المكتوب اليه وأتت المرأة أن تكون هي المنسوبة بتلك النسبة فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان أنها هي المنسوبة بتلك النسبة كما في المسئلة الاولى لما ذكرنا ولا فرق بينهما الا من حيث أن القاضي الكاتب لو لا يته ينقر بقبول الشهادة اليه وفي الشهادة على الشهادة لا بد من اثنين على كل أصل على ما بينا قال رحمه الله (ولو قال فيهم التسمية لم يجز حتى ينسبها الى نخذه) أى لو قال الشاهدان في الشهادة على الشهادة وفي كتاب القاضي الى القاضي فلانة بنت فلان التسمية لم يجز حتى ينسبها الى نخذه وهو الحد الاعلى لان التعريف شرط فيه ولا يحصل ذلك بالنسبة الى العامة وهي عامة ويحصل بالنسبة الى الخاصة والنسبة الى الفخذ خاصة لان أول النسب الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ فكان أخص من الكل ذكره في النهاية وعزاه الى الصحاح وجعل الزمخشري فيما حكاه صاحب النهاية الفصيلة آخر الكل فالشعب مجمع القبائل والقبيلة مجمع العمارات والعمار جمع البطون والبطن مجمع الاخاذ والفخذ مجمع الفصائل خزيمة شعب وكذا قبيلة وقر يش عمارة وقصى بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسمى الشعب شعبا لان القبائل تتشعب منه والمقصود من النسب حصول العلم بالنسب وذلك يحصل بالنسب الى الخاص دون العام وينوعيم عام فلا يحصل العلم بالنسبة اليه والفرغانية نسبة عامة وكذا السمرقندية والبخرية والمصرية والاورجندية خاصة وكذا النسبة الى السكة الصغيرة بخلاف الحلة الكبيرة ثم التعريف وان كان يتم ذكر الحد عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله تعالى فذكر الفخذ أو الفصيلة على اختلاف القولين يقوم مقام الحد قال رحمه الله (ومن أقر أنه شهد زورا يشهر ولا يعزر) أى لا يضرب وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال ابو جعفر ضربه او يحبس وهو قول الشافعي رحمه الله اتصل بشهادته القضاء ولم يتصل لانه ارتكب كبيرة وفيها ضرر على المسلمين وليس فيها حد مقدرو فوجب التعزير ازالة الفساد وانما قلنا انها كبيرة لقوله عليه الصلاة والسلام أنها الناس عسدت شهادته الزور الاشرار بالله ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وسأله رجل عن الكافر فقال عليه الصلاة والسلام الاشرار بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وقول الزور فاذا كانت كبيرة وجب عليه التعزير بالاجماع وانما اختلفوا في كيفية تعزيره فقط لهم ما روى عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه ضرب شاهدا زورا أربعين سوطا وسخم وجهه ولا يحنينه رضي الله تعالى عنه أن شرب يحارضي الله عنه

(٣١ - زيلعي رابع) النقي لا تسمع اه (قوله فاذا كانت كبيرة وجب عليه التعزير بالاجماع) غير انه اكتفى بتشهير حاله في الاسواق وقد يكون ذلك أشد عليه من الضرب خفية وهما أضافا الى ذلك الضرب وبقولهما قال الشافعي ومالك رحمه الله اه كمال (قوله وسخم) يقال سخم وجهه اذا سود من السخام وهو سواد الفدور وقد جاء باخاء الممثلة من الاجم وهو الاسود في المغني ولا يسخم وجهه بانفاده

من كتابة عمر به الى عماله في
البلاد وأما الاستدلال
على السياسة بالتبليغ الى
الاربعين ولا يبلغ بالتعزيز
الى الحد وفليس بشئ لان
ذلك مختلف فيه فن العلماء
من يحيزه وقد أجاز عالم
المذهب أبو يوسف رحمه الله
أن يبلغ خمس وسبعون
وتسع وسبعون فجاز كون
رأى عمر رضى الله عنه
كذلك وأما كون القسطنطين
مثله منسوخة فقد يكون
رأى عمر رضى الله عنه
أن المثلة ليست الا في قطع
الاعضاء ونحوه مما يفعل
في البدن ويدوم لا باعتبار
عرض يغسل فيزول اه
(قوله والثاني أن يرجع من
غير رتبة وهو مضى على
ما كان) مثل أن يقول
شهدت في هذه بالزور ولا
أرجع عن مثل ذلك اه
فتح (قوله قوله ومن أقرأه
شهد زورا تصریح الخ) قال
الكامل وشاهد الزور لا يعرف
الا باقراره بذلك ولا يحكم
به برد شهادته بخلافه
الدعوى أو الشاهد الآخر
أو تكذيب المدعى له اذ قد
يكون محققا في المخالفة أو
للمدعى غرض في أداء وزاد
شيخ الاسلام أن يشهد عبوت

من كتابة عمر به الى عماله في
البلاد وأما الاستدلال
على السياسة بالتبليغ الى
الاربعة ولا يبلغ التعزير
الى الحد وقد ليس بشيء لأن
ذلك مختلف فيه في العلماء
من يحيزه وقد أجاز عالم
المذهب أبو يوسف رحمه الله
أن يبلغ خمس وسبعون
وتسع وسبعون فجاز كون
رأى عمر رضى الله عنه
كذلك وأما كون التسخيم
مثله منسوخة فقد يكون
رأى عمر رضى الله عنه
أن المثلة ليست الا في قطع
الاعضاء ونحوه مما يفعل
في البدن ويدوم لا باعتبار
عرض يغسل فيزول اه
(قوله والثاني أن يرجع من
غيره به وهو مضطر على
ما كان) مثل أن يقول
شهدت في هذه الزور ولا
أرجع عن مثل ذلك اه
فتح (قوله قوله ومن أقرانه
شهد زورا تصح الخ) قال
الكمال وشاهد الزور لا يعرف
الا باقراره بذلك ولا يحكم
به برده شهادته بخلافته
الدعوى أو الشاهد الآخر
أو تكذيب المدعى إذ قد
يكون محققا في المخالفة أو
للمدعى غرض في أداء وزاد
شيخ الاسلام أن يشهد عتوا

شيخ الاسلام أن يشهد بعون واحد فيحيى حيا ١٥

﴿ كتاب الرجوع عن الشهادة ﴾

لما كان هذا أبحاث رفع الشهادة وما تقدم أبحاث اثباتها فكانا متوازنين فترجم هذا بالكتاب كما ترجم ذلك لأوازا بينهما والافليس لهذا أبواب لتعدد أنواع مسائله ليكون كتابا كالذوالولتحة بعد الشهادة إذ لا رفع إلا بعد الوجود فاسب أن يجعل تعليمه بعده كأن وجوده

بعده وخصوصاً مناسبتة بشهادة الزور وهو أن الرجوع لا يكون غالباً إلا لتقديمه أهدأ وأخطأ اه كمال رحمه الله قال الكاكي عقب الرجوع عن الشهادة الشهادة إذا الرجوع يقتضى سبق الشهادة وله مناسبة خاصة بشهادة الزور إذا الرجوع عن الشهادة مسبب عن شهادة الزور ثم الرجوع ركن وهو قول الشاهد شهدت بزور وهو أن يكون عند القاضي أى قاض كان فيختص بمجلس القاضي اه (قوله وحكمه بعد القضاء) قالوا ويعز الزور والشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده ولا يتخلو عن نظر لان الرجوع ظاهر في أنه توبة عن تعمد الزور ان تعمداً والتهور والجهل ان كان أخطأ نفسه اه تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه حكمة اه كمال وكتب مانصه قال الاتفاق وحكمه ايجاب التعزير على كل حال سواء رجع قبل اتصال القضاء بالشهادة أو بعد اتصال القضاء والضمان مع التعزير ان رجع بعد القضاء وكان المشهود به مالا وقد أنزله بغير عوض اه (قوله وقوله التعزير فقط) أى بالضرب عندهما وبالتشهير عند أبي حنيفة على ما تقدم في شاهد الزور اه (قوله في المتن ولا يصح الرجوع الا عند القاضي) قال الكمال سواء كان هو القاضي المشهود عنده أو غيره اه وهو معنى قول الشارح أى حاكم كان اه وكتب مانصه قال الكمال وزاد جماعة في صحة الرجوع أن يحكم القاضي برجوعهما ويضمنهما المال واليه أشار المصنف حيث قال وإذا لم يصح في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما أو أراد بينهما انهما لم رجعا لا يخلفان وكذا لو أقام بينة على هذا الرجوع لا تقبل لانه ادعى رجوعاً (٢٤٣) باطلا واقامة البينة والزام اليمين لا يقبل الاعلى دعوى صححة

الصلاة والسلام كاتم الشهادة كشاهد الزور وشهادة الزور من الكاكي على ما بينا وقال عليه الصلاة والسلام الشاهد بالزور لا يرفع قدميه من مكانه ما حتى تلغنه ملائكة السموات والأرض فيجب على كل مسلم الاجتناب عنها وإذا وقعت منه خطأ أو عدا يجب عليه أن يتوب والتوبة عنها لا تصح الا عند الحاكم ولا يمنع عنها الاستحياء من الناس وخوف الالامة لان الاستحياء من الخلق أولى من الاستحياء من المخلوق وفيه تدارك ما أتلفه بالزور لان رجوعه مقبول في حق نفسه وان لم يقبل في حق المدعى ثم ركن الرجوع أن يقول رجعت عما شهدت به أو شهدت بزور فيما شهدت وشرطه أن يكون في مجلس القاضي وحكمه بعد القضاء التعزير والضمان وقوله التعزير فقط قال رحمه الله (ولا يصح الرجوع الا عند القاضي) لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من مجلس الحاكم أى حاكم كان كالفسخ في باب البيع حيث يشترط لصحته ما يشترط في البيع من قيام المبيع ورضا المتبايعين ولان الرجوع عن الشهادة توبة عما ارتكب من قول الزور والتوبة بحسب الجناية على ما قال عليه الصلاة والسلام السر بالسر والعلاية بالعلاية فإذا كانت الجريمة بحضرة الحاكم يجب أن تكون توبتها كذلك فإذا كان الرجوع عند غيره غير صحيح فلو أقام المقضى عليه بشهادته ما بينة بأنهم رجعوا عند غير القاضي أو طلب يمينهم الا تقبل بينته ولا يخلفان لانه ادعى رجوعاً باطلا بخلاف ما إذا أقر أنهم رجعوا عند غير القاضي حيث يصح اقرارهم وان أقر الرجوع باطل لان اقرارهم به يجعل رجوعاً منهم ما في الحال وبخلاف ما إذا أقام البينة أنهم رجعوا عند قاض آخر غير الذي كان قضى بالحق حيث تقبل هنالك بينته لانه ادعى رجوعاً صحيحاً قال رحمه الله (فان رجعوا قبل حكمه لم يقض بها) لان كلامهم متناقض

لا يلزمه شيء ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه اذا تصادق أن لزوم المال عليه كان به الرجوع اه (قوله والتوبة بحسب الجناية) قال الاتفاق والجناية كانت مختصة بمجلس القضاء فينبغي أن تكون التوبة عنها وهي الرجوع عن الشهادة الباطلة مختصة بمجلس القضاء أيضاً ألا ترى الى ما روى عن معاذ بن جبل رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه بعثه الى اليمن فقال معاذ أوصني يا رسول الله قال عليك بةقوى الله تعالى ما استطعت واذا كرات الله تعالى عند كل شهر وحر وحر واداعلت شراً فأحدث توبة السر بالسر والعلاية بالعلاية اه (قوله ولا يخلفان لانه ادعى رجوعاً باطلا) واقامة البينة والزام اليمين لا يقبل الاعلى دعوى صححة اه كمال (قوله في المتن فان رجعوا قبل حكمه لم يقض بها) حيث قالوا انهم بذلك لا يشهد به اه فتح وكتب مانصه قال الكمال وكان أبو حنيفة أو لا يقول يتطرق الى حال الشهود ان كان حالهم عند الرجوع أفضل من حالهم وقت الاداء في العدالة صح رجوعهم في حق نفسه وفي حق غيره فيعزرون وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه وان كانوا عند الرجوع كحالهم عند الاداء أو دونه يعزرون ولا ينقض القضاء ولا يجب الضمان على الشاهد وهذا قول أستاذة جاد بن أبي سليمان ثم رجع الى أنه لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال فلا ينقض القضاء ولا يرد المال على المقضى عليه لما قلنا وهو قولهما اه وكتب مانصه قال الاتفاق ولو شهد عند قاض ورجع عند قاض آخر يصح ويجب الضمان عليه لكن اذا قضى عليه هذا القاضي بالضمان كالأمر رجوع عند القاضي الذي شهد عنده انما يجب عليه الضمان اذا قضى القاضي عليه

بالضمان ونقله عن شرح شيخ الاسلام خواهرزاده ثم قال وكان أستاذنا خاثر الدين البديع يستبعد توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع أو بالضمان اه (قوله فالقاضي لا يحكم بالكلام المتناقض) ولانه أي كلامه الذي ناقض به وهو المتأخر في احتمال الصدق كالاول فليس القضاء بأحدهما يعنيه أولى به من الآخر فوقف كل منهما اه كمال (قوله لانهم ما لم يتفاسيا على أحدهما هذه الشهادة) أي لان الشهادة لا تتعلق بهم احكم قبل القضاء فاذ لم يقض القاضي بها صار وجودها وعدمها سواء فسقطت اه اتقاني (قوله في المتن وبه سده لم ينقض) وذلك لان الشاهد لما كذب نفسه بالرجوع تناقض كلامه والقضاء بالكلام المتناقض لا يجوز فلا يفسخ القاضي حكمه بالرجوع ولان الرجوع ليس بشهادة بدليل أنه لا يشترط فيه لفظ الشهادة وما ليس بشهادة لا يبطل به الحكم اه اتقاني (قوله في المتن وضمننا الخ) قال الاتقاني وهو مذهب مالك وأجدين حنبلي وقال في شرح الاقطع قال الشافعي في قوله الجديد لاضمان عليهم له أنه اجتمع في هذا الاتلاف السبب (٣٤٩) والمباشرة ولا عبرة بالسبب مع وجود المباشرة فسقط حكم السبب فلا يجب الضمان

على الشهود كالخافر مع الدافع ولنا أن الشهود لما رجعوا علم أن المال وصل الى المقضى له بغير حق لان القاضي قضى بشهادتهم وشهادتهم كانت باطلة وتسليم مال الغير الى الغير موجب للضمان والضمان لا يجب على المقضى له ولا على القاضي بالاجماع أما على المقضى له فلان رجوع الشاهد لا يصح في حق الغير وأما على القاضي فلانه كالمجاء على القضاء لان القضاء فرض عليه بما ثبت عنده ظاهرا حتى لو لم يروجوب القضاء يكفروا ولو رأى ذلك ومع هذا آخر القضاء بنفسه واذا كان كالمجاء كان معذورا في قضائه ثم لما يجب الضمان على المقضى له وعلى القاضي فتعين ايجاب الضمان على

فالقاضي لا يحكم بالكلام المتناقض ولا ضمان عليهما لاحد من الخصمين لانهم ما لم يتفاسيا على أحدهما الشهادة لان الشهادة لم تثبت بها الحق الا بالقضاء فلم يتلفا على المدعى عليه شيئا ولا على المدعى لان عدم ثبوت حقه لا يضاف الى رجوعهما بل هو باق على أصل العدم على ما كان غاية الامر أن يقال لو لارجوعهما لقضى بشهادتهما ولثبت له الحق لكن ذلك لا يوجب الضمان كما لو أيا أن يشهدا ابتداء ولان القاضي انما يقضى بشهادتهما اذا ثبتت عدالتهما عنده وغلب على ظنه انهما صادقان ولا يعرف ذلك الا بعد الحكم لجواز أن يجزأ ولان المدعى على دعواه فله ان يشهد له غيرهما من العدول فيثبت حقه ولا يتولى ولا يتولى فهو مضاف الى مجزأه لا اليهما قال رحمه الله (وبعده لم ينقض) أي اذا رجعوا بعد ما حكم الحاكم بشهادتهم لم يفسخ الحكم لان كلامه ما تناقض فكما لا يحكم بالمتناقض لا ينقض الحكم بالمتناقض لانهم ما مستويان في الدلالة على الصدق وقد ترح الاول باتصال القضاء به فصارت نظير ما لو شهدا أن عمر اقتهل بكى الكوفة وشهد آخران انه قتله بمصر فانهم ما قبل القضاء برآن وبعده لا ينقض لترجعه باتصال القضاء به ولانه لو نقض أدى الى النقض الى ما لا يتناهى رجوعه عن الرجوع ثم رجوعه عن هذا الرجوع الاخر الى غير نهاية قال رحمه الله (وضمننا ما تلفاه للشهود عليه اذا قبض المدعى المال دينا كان أو عينيا) لان التسبب على وجه التعدي يوجب الضمان كحرف البئر ووضع الحجر على الطريق وقد وجد ذلك منهما وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة بالتسبب مع وجود المباشرة قلنا لا يمكن ايجاب الضمان على القاضي عند رجوع الشهود وان كان مباشر لانه ملجأ من جهتهما فان القضاء واجب عليه بعد ظهو وعدالتهما حتى لو امتنع باثم ويستحق العزل ويعزروا ولو أوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس عن تقلد القضاء مخافة الغرامة ولا يمكن استيفاءه من المدعى لان الحكم قد مضى فتعين صاحب السبب عند تعذر اضافة الحكم الى صاحب العلة كوضع الحجر على الطريق ومن العجب أن الشافعي رضى الله تعالى عنه يوجب القصاص على شهود القصاص اذا رجعوا بعد ما قتله الولي وهو يسقط بالشبهة وأمر الدم أعظم ثم لا يوجب عليهم المال وهو يثبت مع الشبهة ويقول ان القاضي ملجأ ولا يقول ذلك في المال وهذا تناقض ظاهر ولا يقال أنتم أيضا تناقض قولكم فانكم أوجبتم على الشاهد المال اذا رجع ولم توجبوا عليه القصاص وكل واحد منهما مجراء الجنابة لانه لا نقول القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الابتناء الجنابة والتسبب فيه قصور

الشهود لانهم صاروا سببا لازالة مال متقوم للغير بغير حق كالمشهدوا بالاعتق ثم رجعوا اه مع حذف (قوله لان) ولهذا التسبب على وجه التعدي الخ) وذلك لانهم ما أقربا بأنهم متعديا ووضعوا الشهادة في غير موضعها وصار ذلك سببا الى تلف المال والاتلاف بسبب اذا كان بسبيل التعدي يوجب الضمان كما في حافر البئر ووضع الحجر على قارعة الطريق غاية ما في الباب أن كلام الشهود متناقض ولا يمنع ذلك صحة القضاء لكونه غير متهم على نفسه ولا يسترد المال من المحكوم له لان رجوع الشاهد صح في حق نفسه لا في حق غيره اه اتقاني (قوله لانه لا عبرة بالتسبب مع وجود المباشرة) قلنا المباشرة القاضي والمدعى ولا ضمان على القاضي اتفاقا لانه كالمجاء الى مباشرة القضاء الذي به الاتلاف من جهته الشرع باقتراضه عليه بعد ظهو والعدالة واذا ألجأ الشرع لا يضمنه وأما المدعى فلا نه أخذ به حتى ظاهر ماض لان خبر الرجوع ليس أولى من الاول لينقض الحكم واذ لم ينقض لا يمكن جبره على اعطاء ما أخذ بذلك الوجه الماضي شرعا واذا تعذر الايجاب على المباشرة تعين على المتعدي بالتسبب اه فتح

(قوله وقال شيخ الاسلام) أي خواهرزاده اه (قوله وان كان عينا يجب على الشهود الضمان) قال الاتقاني رحمه الله وجه قول السرخسي في شرط القبض لضمان العين أن قضاء القاضي بالملك للمقضى له في زعم المقضى عليه باطل والمرء مؤاخذ بزعمه فلا يضمن الشهود ما لم يخرج الملك عن يده اه (قوله وان لم يقبض المشهود له) وإلى هذا ذهب شمس الأئمة البيهقي في قسم البسوط من الشامل فقال شهدا بعين ثم رجعا ضما فقيمته قبضه المشهود له أم لا لانهما إذا الاملاء الآخر عن العين المقضى به أو لانهما أحالا بينهما وبين ماله وان كان المشهود به ديناً ثم رجعا الشهود قبل قبض الدين لا يضمنون لانهما أتلفا وما أحالا ولا نهما أو جبادينا ولا يوجب ضمان العين لان ضمان العدو وان مقيد بالمثل ولا مماثلة بين الدين والعين لاجرم لو قبض المشهود له وصار عينا يضمن إلى هنا لنظ الشامل اه اتقاني **فروع** شهد أنه أحاله إلى سنة ثم رجعا ضما حالاً ثم رجعا على المطلوب بعد السنة ولو توى ما على المطلوب لم يرجع على الطالب بخلاف الحوالة * شهد على هبة عبد وتسليم ثم رجعا ضما فقيمته للمالك ولا يرجع للأوهاب على الموهوب له ولا عليه ماله لأنه كالعوض وان لم يضمن الأوهاب الشاهدين له الرجوع * شهد أنه باع عبده بخمسمائة إلى سنة وقيمة العبد مائة (٣٤٥) وقضى به ثم رجعا بخير البائع بين رجوعه

على المشتري إلى سنة وبين تفتين الشاهدين قيمته حالة ولا يضمنهما الخمسمائة فان ضمن الشاهدين رجعا على المشتري بالثمن إذا حل الأجل لانهما أقاما مقام البائع بالضمان وطاب لهما قدر مائة وتصدقا بالفضل اه كمال مع حذف فروع منه (قوله لان الضمان أي ضمان الاتلاف وضمان الاتلاف الخ اه فتح (قوله وجاز للمقضى له ذلك وفي الدين لا نزول ملكه) وشمس الأئمة توافق في وجه الدين ويقول في العين ان الملك وان ثبت فسيه للدين بمجرد القضاء لكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لان المال الذي في يده ملكه فلا يكون

ولهذا لا يعتبر مع المباشرة الا اذا تعذر اعتبار المباشرة فكانت فيه شبهة والقصاص يسقط بالشبهة دون ضمان المال ألا ترى أن القصاص لا يجب في الخطا والمال يجب في الخطأ أقوى من التسبب لوجود المباشرة فيه ولهذا يوجب حرمان الارث بخلاف التسبب فأولى أن يسقط به القصاص وقوله اذا قبض المتدعي المال ديناً كان أو عينا وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله لان الاتلاف يتحقق بقبض المتدعي ماله ولا فرق في ذلك بين العين والدين وقال شيخ الاسلام ان كان المشهود به ديناً فكذلك وان كان عينا يجب على الشهود الضمان وان لم يقبض المشهود له لان الضمان مقيد بالمماثلة ففي العين زوال ملك المشهود عليه عن المالك لا ترى أن المقضى عليه لا يجوز له أن يتصرف فيها وجاز للمقضى له ذلك وفي الدين لا نزول ملكه عنه حتى يقبضه فلورجع عليه قبله لم يتحقق المماثلة الا مماثلة بين أخذ العين وإيجاب الدين وفي العين يتحقق وكذلك في العقار يضمنه قبل القبض عندهم لان العقار يضمن بالاتلاف بشهادة الزور بخلاف الغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله لعدم تحققه فيه وهذا الاتلاف يتحقق فيه لانه اتلاف بالكلام فصار كالوديعه فإنه لو أودع العقار عند شخص فأقر به المودع لغيره فإنه يضمن للمودع لتحقيق الاتلاف فيه بهذا الطريق وان لم يتحقق بطريق الغصب وان شهدا عليه بأنه أبرأ من الدين أو حله أو تصدق عليه به أو وهبه إياه ثم رجعا ضما المال المشهود به لان الدين يصير مالا في العاقبة بالقبض فيتحقق الاتلاف فيه بخلاف ما إذا شهدا بالعفو عن القصاص ثم رجعا حيث لا يضمنان لان القصاص ليس بمال لان المال غير الآدمي قال رحمه الله (فان رجعا أحدهما ضمن النصف والعبرة لمن بقي لامن رجعا) وهذا هو الاصل في باب الرجوع عن الشهادة ولو لذلك لوجب الضمان مع بقاء من يقوم بكل الحق بأن بقي النصاب وفي هذه المسئلة يبقى من يقوم بنصف الحق فيجب ضمان النصف ولا يقال لا يجوز أن يثبت الحكم ببعض العلة فوجب أن لا يبقى به أيضا لانا نقول يجوز أن يبقى الحكم ببعض العلة وان لم يثبت به ابتداء كالحول المنعقد على النصاب يبقى ببقاء بعض النصاب وان

له أن يضمن الشاهد شيأ ما لم يخرج من يده قال البرازي رحمه الله في فتاواه والذي عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المتدعي المال أولا اه كمال قال في الخلاصة مانعه الشاهدان اذا رجعا عن شهادتهما رجوعا معتبرا يعني عند القاضي لا يبطل القضاء لكن ضمنا للمال الذي شهد به اه وهذا قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما وعليه الفتوى سواء قبض المقضى له المال الذي قضى به أو لم يقبض وكذا العقار اه (قوله في المتن والعبرة لمن بقي لامن رجعا) قال الاتقاني رحمه الله والاصل هنا ما ذكره في شرح الجامع الكبير أن العبرة في الرجوع لبقاء من بقي لا لرجوع من رجع وأن الشاهد في رجوعه يضمن للشهود عليه ما أثبت بشهادته للمشهود له ورجوعه يعتبر في حق الضمان عليه لافي ابطال ما ثبت للمشهود له وانما قلنا العبرة بقضاء من بقي لانه لو كانت العبرة لرجوع من رجع لزم أن يكون الضمان واجبا على الرجاع مع بقاء الحق عند وجود المبتقى كما اذا رجعا أحدا الثلاثة لانه لو كان كذلك لكان ضمان الاتلاف بلا تلف وهو فاسد اذا الحق باق لم يلف منه شيء بقاء الشاهدين اه (قوله كالحول المنعقد على النصاب يبقى الخ) قال الكمال وأما ما أورد من أنه ينبغي اذا رجع واحد من الاثنين لا يبقى شيء من المال لان الواحد لا يثبت بشهادته شيء أصلا فيقتضى أن يضمن الواحد الرجاع كل المال فهو مصادم للاجتماع على نفيه وانما كان الاجماع على نفيه لان عدم ثبوت شيء بشهادة واحد انما هو في الابتداء ولا يلزم في حالة البقاء

ما يلزم في الابتداء وحيداً فبعد ما ثبت شي بشهادة اثنين نسب الى كل منهما في حال البقاء ثبوت حصة منه بشهادته فبقي هذه الحصة ما بقي على شهادته ويكون متلفاً بالرجوع اه (قوله فعليهما الربع اثلاثاً) ثلثا الربع وهو سدس على الرجل وثلث الربع وهو نصف سدس على المرأة اه (قوله في المتن فان رجعت (٣٤٦) أخرى ضمن) أي النسوة التسع الراجعات اه (قوله في المتن وان رجعا) أي الرجل

لم ينعقد به ابتداء قال رحمه الله (فان شهد ثلاثة ورجع واحد لم يضمن) لانه بقي من يفي بشهادته كل الحق لان شهادة شاهدين تكفي لثبوت الحق في غير الزنا والكلام فيه وقد بقيت فصار الحق مستحقاً لها والاستحقاق يمنع وجوب الحق كمن أنف مال انسان ثم استحق التلف سيئة لا يضمن الا في قول شافعي كذا هذا قال رحمه الله (وان رجع آخر ضمن النصف) لانه بقي منهم واحد فيبقى بقاءه نصف الحق ولا يقال ينبغي أن لا يضمن الراجع الاول لان التلف كان مضافاً الى الباقيين ولهذا لم يضمن شيئاً بالرجوع لانا نقول التلف مضاف الى المجموع الا أنه عند رجوع الاول لم يظهر أثره مانع وهو بقاء الشاهدين فلما رجع آخر ظهر أثره فلم يبق الا من يقوم بنصف الحق فيعمران النصف اذ ليس أحدهما بأولي من الآخر وهذا كما يلزم جميعهم الضمان اذ ارجعوا وهم ثلاثة وليس لواحد منهم أن يقول لا يلزمني الضمان لاني لو رجعت وحدي لما وجب علي فلا يجب علي الضمان بالرجوع غيري قال رحمه الله (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمن الربع) لبقاء ثلاثة اربع ببقاء رجل وامرأة اذ الرجل وحده بالنصف قال رحمه الله (وان رجعتا ضمن النصف) لانه ببقاء الرجل بقي نصف الحق وعلى هذا لو شهد رجلان وامرأتان فرجع رجل وامرأة فعليهما الربع اثلاثاً وان رجع رجلان فعليهما النصف وان رجعت امرأة فلتأني عليها وهو ظاهر قال رحمه الله (وان شهد رجل وعشر نسوة فرجعت ثمان لم يضمن) لانه بقي من يفي بشهادته كل الحق وهو الرجل والمرأتان قال رحمه الله (فان رجعت أخرى ضمن ربعه) لانه ببقاء الرجل والمرأة بقي ثلاثة اربع الحق النصف بالرجل والربع بالمرأة قال رحمه الله (وان رجعوا فالغرم بالاسداس) يعني سدسه على الرجل وخمسة اسداسه على النسوة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهم ما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل فعليه هذا ان الحجة لا تتم بهن ما لم يشهد معهن رجل فكان الثابت بشهادتهن نصف الحق وبشهادتهن النصف وهذا لان الرجل متعين في هذه الشهادة للقيام بنصف الحجة فلا تتم الحجة الا بوجوده فلا يغير هذا الحكم بكثرة النساء فاذا ثبت نصف الحق بشهادة ضمن ذلك عند الرجوع والنصف الآخر ثبت بشهادتهن فعليه ضمانه عند الرجوع ولا يبي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل اثنتين بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فيكون الضمان عليهم اسداساً وعدم الاعداد اكثرتهن عند انفراذهن لا يلزم منه عدم الاعداد اكثرتهن عند الاجتماع مع الرجال ألا ترى أن كل اثنتين منهن في الميراث تقومان مقام ابن واحد وعند انفراذهن لهن الثلثان فلا يزداد نصيبهن وان اختلطن بابن يزيد فيعتد بكثرة ثمن فكذا هنا وان رجعت النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق بالاتفاق لانه بقي من يفي به نصف الحق وهو الرجل وكذلك اذا رجع الرجل وحده عليه نصف الحق لبقاء من يقوم بالنصف وقال في المحيط ان رجع الرجل وثمان نسوة فعلى الرجل نصف الحق ولا شيء على النسوة لانهن وانه كثرن يقن مقام رجل واحد وقد بقي من النساء من ثبت بشهادتهن نصف الحق فيجعل الراجعات كأنهن لم يشهدن وهذا سهو بل يجب أن يكون النصف أخماساً عنده وعندهما نصافاً وذكر الاسيحي أن لو رجع رجل وامرأة كان النصف بينهما اثلاثاً ولو كان كما قال لما وجب على المرأة شيء وان شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لانا لو ائحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد

والنسوة اه (قوله ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل) فصار شهادتهن عشر نسوة كشهادة امرأتين اه غايه (قوله ولا يبي حنيفة) أي لا يبي حنيفة أن الشرع جعل شهادة المرأتين عند الاختلاف بمنزلة شهادة رجل واحد فتعبر بشهادة عشر نسوة بمنزلة شهادة خمسة رجال فصار كأن الشهود كانوا ستة رجال فرجعوا جميعاً فوجب الضمان أسداساً اه غايه (قوله كان عليهن نصف الحق بالاتفاق) على اختلاف التصريح فعندهما لان الثابت بشهادتهن نصف المال وعنده (١) اه فتح (قوله) لانه بقي من يفي به نصف الحق وهو الرجل) كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة ثم ليست احداهن أولى بضمان النصف من الاخرين اه فتح (قوله وذكر الاسيحي) أنه لو رجع رجل وامرأة الخ) ما ذكره في المحط وكذا في الاختيار على قولهما وما ذكره الاسيحي بناء على قول أبي حنيفة بدليل ما ذكره آخر المسئلة من قوله ولو رجع الرجل وامرأة فعليه النصف كله عندهما

الخ فلا سهواً كذا أفاد شيخنا البرهان الطرابلسي اه (قوله وان شهد رجلان وامرأة) قال الاتقاني هذه من مسائل فلا للبسوط وانما لم يجب الضمان على المرأة لانه لم يقض بشهادتها لانها نصف شاهد فلا يضاف الحكم الي بعض العلة اه

(١) قوله وعنده هكذا في الاصل ولعل في الكلام سقطاً فقرر اه صححه

(قوله بخلاف ما إذا شهد رجلان وامرأتان) أي ثم رجعا فالضمان ثلاث لان المرأتين قامت مقام رجل واحد فكأنه شاهد ثلاث رجال
 اه (قوله ولو شهد رجل وثلاث نسوة الخ) قال في الشامل في قسم المتوسط شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة ضمن الرجل
 والمرأة نصف المال اثلاثا في قياس قول أبي حنيفة وعندهم ما يضمن الرجل نصف المال ولا تضمن المرأة لان عندهما الثابت بشهادة
 النسوة نصف الحق وبقي بشهادة المرأتين نصف الحق وعند أبي حنيفة الحق بينهما (٢٤٧) الرجال والنساء على الشيوع

ثم تقام كل امرأتين مقام رجل
 رجل ثلاث نسوة يقن
 مقام رجل ونصف فان
 رجعا جميعا فعندهما
 أنصافا وعند أحدهما على
 النسوة ثلاثة أخماس الى
 هنا لفظ الشامل اه اتاني
 (قوله في المتن وان شهد
 رجلان عليه أو عليها
 بنكاح بقدر مهر مثلها
 ورجعوا لضمنا) قال الاتفاق
 وانما لم يجب الضمان لان
 الضمان يستدعي المماثلة
 لقوله تعالى فاعذوا عليه
 بمثل ما اعتدى عليكم ولا
 مماثلة بين العين والمنفعة
 التي هي العرض أعني منفعة
 البضع فلا يجب الضمان
 كما في اتلاف سائر المنافع
 المعصومة حيث لا يجب
 الضمان عندنا بخلاف الشافعي
 ولان منفعة البضع لاقمة
 لها عند الخروج عن ملك
 المرأة ألا ترى أن امرأة
 مريضة لو تزوجت نفسها
 بأقل من مهر المثل لم يجب
 لها كمال المهر بخلاف ما لو
 باعت في مرض موتها شيئا
 بأقل من قيمته وانما لم يجب
 للبعث قيمة عند الدخول
 في ملك الزوج ابانة لظن

فلا يضاف الحكم اليه بخلاف ما إذا شهد رجلان وامرأتان ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجعا
 فعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف وعندهم عليه الخمسان وعليهن ثلاثة الأخماس على
 الاصل الذي تقدم ولو رجع الرجل وامرأة فعليه النصف كله عندهما ولا يجب على المرأة شي وعنده
 عليه وعلى الراجعة اثلاثا على ما تقدم قال رحمه الله (وان شهد رجلان عليه أو عليها بنكاح بقدر مهر
 مثلها ورجعا لضمنا) سواء كانت هي المدعية أو هو ومراعاة هذا بقوله عليه أو عليها لان المشهود عليه
 ألتفا عليه شيأ بعوض بقبالة والاتلاف بعوض كالاتلاف فان قيل هذا يستقيم في حقها لانها ألتفا
 عليها البضع بعوض متقوم وأما في حق الزوج فغير مستقيم لان البضع غير متقوم وألتفا عليه المال المتقوم
 بمقابلته فوجب أن يضمنه مطلقا قلنا البضع متقوم حال دخوله في الملك والكلام فيه قال رحمه الله
 (وان زاد عليه ضمناها) أي ان زاد على مهر المثل ضمنا لزيادة هذا اذا كانت هي المدعية للنكاح وهو ينكر
 لانها ألتفا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض ولم يذكر الحكم فيما اذا شهدا عليها بالنكاح بأقل من مهر
 المثل فحكمه أنهما لا يضمنان لها شيأ لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف فلا يضمن بالمتقوم اذ
 التضمن يستدعي المماثلة وانما يضمن ويتقوم بالملك ضرورة بانه خطر المحل فصار الاصل أن المشهود
 به اذا لم يكن مالا كالقصاص والنكاح لا يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى وان كان
 مالا فان كان الاتلاف بعوض يعادله فلا ضمان عليه لم يذكرنا وان كان بعوض لا يعادله لا يضمن
 بقدر العوض وبضمن الزيادة تلحقها عن العوض وتخرج المسائل على هذا ولو شهدا عليها بقبض مهرها أو
 بعضه ففرضي بشهادتهما القاضي ثم رجعا ضمننا لهما لانها ألتفا عليها مالا وهو المهر قليلا كان أو كثيرا دون
 البضع ولو شهدا عليها أنه تزوجها على ألف ومهر مثلها خمسمائة وانما قبضت الالف وهي تنكر ففرضي
 بشهادتهما ثم رجعا ضمننا لهما مهر المثل لا المسمى لان حق الاستيفاء لم يثبت لها فيه اذ لم يقض بوجوبه لان
 القضاء بالنكاح مع قبض المهر قضاء بارأه ملكها عن المعنود عليه لا قضاء بالمسمى لانه اذا كان مقبوضا
 لا يحتاج الى القضاء به فلم تقع الشهادة بالقبض اتلفا للمسمى لعدم وجوبه أصلا بل وقعت اتلفا للبعث
 فيضمنان قيمته هكذا ذكره في التحرير وهو وارد على ما ذكرنا من قبل من المذهب من حيث أنه أوجب
 على الشهود قيمة البضع مع عدم وجوبه بالقضاء ومقتضى المذهب أن لا يجب شيء على ما يتناو هو أن
 منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف وانما يتقوم على الزوج عند تلك الأية ولو شهدا بالنكاح على
 ألف ولم يشهدا بالقبض حتى قضى به ثم شهدا بالقبض ثم رجعا عن الشهادتين ضمننا للمرأة أنهما لا يضمنان
 لما شهدا بالنكاح بألف ثبت لها حق الاستيفاء لان الألف قد تقر ر عليه بالقضاء بالنكاح ثم شهدا لهما
 ألتفا عليهما ذلك فيضمنان جميعه ولو ادعى عى امرأة أنه تزوجها على مائة وقالت تزوجني على ألف وذلك
 مهر مثلها فأقام الزوج شاهدين بما ادعى وقضى له بذلك وقد دخل بها ثم رجعا عنهما لهما تسعة في قول
 أبي حنيفة وصحدرجهما الله تعالى ولم يضمننا شيأ في قول أبي يوسف رحمه الله وهو بناء على مسئلة النكاح
 في اختلاف الزوجين في المهر فعندهما القول قولها الى مهر مثلها ولو لا شهادتهما لكانت قيمتها على ألف
 فألتفا عليهما من ذلك تسعة فيضمنانه وعندنا القول قوله فلم يلتفا عليهما شيأ وهذا يبين أن المراد بقوله

الحل اه كلام الاتفاق رحمه الله (قوله قلنا البضع متقوم حال دخوله الخ) وفي النسخة ومنافع البضع تعتبر ما لا عند الدخول فصلحت
 عوضا ولهذا يجوز للاب أن يزوجه ابنة الصغير بمهر المثل من مال الصغير والاب لا يملك ازاله مال الصغير الا بعوض ولا يملك الاب خلع ابنته
 الصغيرة بما لها وان كان المسمى مثل مهر المثل اه كأي (قوله في المتن وان زاد) وفي بعض النسخ زاد باقظ الا فرادو عليها شرح العيني
 اه (قوله لانها ألتفا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض) حيث لم يدخلا بازائها شيأ اه

الآن يأتي بشيء مستنكر ما لا يصلح أن يكون مهر في الشرع وهو ما دون عشرة دراهم وإن أتلفا منفعة
 بأن شهدا أنه أكرى دابته بمائة وأجرمتهما ثمان فر كنهان رجعا لم يضمنان كان المدعى هو المستأجر
 والمنكر صاحب الدابة لأنهما أتلفا على صاحب الدابة بحجر المنفعة من غير عقد ولا شبهة عقد وذلك لا يوجب
 الضمان لما عرف وإن كان المدعى صاحب الدابة والآخر ينكر ضمانه ما زاد على أجر المثل لأنهما أتلفا
 عليه ذلك القدر بلا عوض وقدر أجر المثل بعوض فلم يضمنه قال رحمه الله (ولم يضمن في البيع الامتنع)
 يعني إذا شهدا على البائع بأنه باع ثم رجعا عن الشهادة لم يضمنه إذا كان البيع بمثل القيمة أو أكثر لأنهما
 أتلفا عليه المبيع بعوض بعدله أو يفوقه والاتلاف بعوض كالاتلاف وإن شهدا عليه بأنه باع بأقل من
 القيمة ضمننا النقصان لأن ذلك القدر أتلفاه عليه بلا عوض ولا فرق في ذلك بين أن يكون البيع بخيار
 الشرط للبائع أو كان بالتالان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار بغض المدة
 فيكون التلف مضافا إليهما فان قيل البيع بشرط الخيار للبائع لا يزيل ملك البائع عن المبيع وقد كان
 مملوكا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم يفعل فقد رضى بالبيع فوجب أن لا يضمنه
 شيئا قلنا السبب الموجب لزوال الملك هو البيع المشهود به وإن أخر حركه وهو زوال الملك ولهذا يستحق
 المشتري المبيع بزمانه عند النفاذ فكان الاتلاف حاصلًا بشهادتهما فيضمنان وهذا لأن البائع كان
 منكرًا للبيع فلا يمكنه أن يتصرف بحكم الخيار لأنه يصير كالمقر بالبيع فيتناقض كلامه عند الناس
 فيكون كاذبا عندهم فيستوفاه حذرا من ذلك حتى إذا أجاز به باختباره ليس له أن يرجع على الشهود لأنه
 أتلفه بجهالة ولا يضاف الحكم إلى السبب مع وجود المباشرة هذا إذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن
 وإن شهدا بنقد الثمن مع انهما شهدا بالبيع ينظر فإن شهدا بالبيع بألف مثلا ف قضى به القاضي ثم شهدا
 عليه بعد القضاء بقبض الثمن ف قضى به ثم رجعا عن الشهادتين ضمننا الثمن لأن الثمن تقرر في ذمة المشتري
 بالقضاء ثم أتلفاه عليه بشهادتهما بالقبض فيضمنانه وإن كان الثمن أقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة
 أيضا مع ذلك لأنهما أتلفاه عليه هذا القدر بشهادتهما الأولى وإن شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملته
 واحدة ف قضى به ثم رجعا عن شهادتهما تجب عليهما القيمة فقط لأن القاضي بقضيه بالبيع لا يوجب الثمن
 لأن القضاء بالثمن يقارنه ما يوجب سقوطه وهو القضاء بالقبض والقضاء بالشئ إذا أقترن به ما يوجب
 بطلانه لا يقضى به ولهذا قلنا لو شهد شاهدان بالبيع والأقالة دفعة واحدة أن القاضي لا يشتغل بالقضاء
 بالبيع لاقتران ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالأقالة فكذا هنا ولو شهدا على رجل بالشراء ف قضى به
 ثم رجعا فإن كان بمثل قيمته أو أقل لم يضمنا للمشتري شيئا لأن الاتلاف بعوض لا يكون اتلافا في المعنى على
 ما بينا وإن كان بأكثر من قيمته ضمننا ما زاد على قيمته للمشتري لأنهما أتلفاه عليه الزائد بغير عوض فيضمنانه
 له وكذا إذا شهدا عليه بالشراء بشرط الخيار للمشتري وجاز البيع بغض المدة وإن جاز باجازه لا يضمنان
 على ما بينا في حق البائع قال رحمه الله (وفي الطلاق قبل الوطء ضمننا نصف المهر) يعني إذا شهدا بأنه
 طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمننا الزوج نصف المهر لأنهما كداهما ما كان على شرف
 السقوط لأن احتمال ارتدادها وتقبيل ابن زوجها بابت فمتمم أن يوجد ذلك منها فيسقط المهر به
 ولتأكيده حكم الإيجاب فصار كأنهما أوجبا عليه ألا ترى أن المحرم إذا أخذ صمدا فقتله آخر في يده يلزم
 الأخذ الجزاء ثم يرجع به على القاتل لأنه قرر عليه ما كان على شرف الزوال بالنسيب والتقرير حكم
 الإيجاب ولأن الفرق قبل الدخول في معنى الفسخ فلا يوجب شيئا إذا لم تكن من جهته وهما بإضافة
 الفسقة إليه الزمان نصف المهر فيضمنان له ذلك ويتنقض هذا عند ثلثين ذكرهما في التحرير أحدهما
 امرأته على رجل ألف درهم مؤجل فشهد شاهدان أنه حال فأخذته منه ثم ارتدت والعياذ بالله
 ولحققت بدار الحرب وسببت ثم رجع الشهود عن شهادتهم لا يضمنون وهذا الدين كان على شرف
 السقوط لأنه لو كان مؤجلا على حالة لسقط بارتدادها والثانية لو أن رجلا قتل امرأته قبل أن يدخل

(قوله وهو ما دون عشرة دراهم) وقد تقدم في كتاب النكاح أن المراهبة ما يستنكر عرفا هو الأصح اهـ

(١) قوله منه هو اسم فاعل
من أنهي كاهو ظاهر اه
مصححه

(قوله في المين ولم يضمنوا لو
بعد الوطء) قال في التحفة
ولو شهدا على رجل أنه
طلق امرأته ثلاثا وقد دخل
بها وفضى القاضي ثم رجعا
لم يضمنوا الا ما زاد على مهر
المثل لان تقدر المهر اتلاف
بعوض وهو استيفاء منافع
البضع ولو كان قبل الدخول
ان كان المهر مسمى ضمنا
النصف وان لم يكن المهر
مسمى يضمنان المتعة لان
ذلك تلف بشهادتهم ولم
يحصل له عقابا بعوض اه
اتقاني

بما زوجه حتى لزمه جميع المهر لا يرجع على القاتل وان وجد التأكيده منه اذ لو لا قتله لكان احتمال
السقوط ما يتناول لكن نقول القتل (١) منه للتكاح والنهي بانتهائه بقرروا الدين المؤجل ثابت في الحال وانما
تأخرت المطالبة ولهذا الوات من عليه الدين محل ولم يؤكدا بشهادتهم ما شيا اذ تحصيل الحاصل محال أو
نقول لان سلم بأن دينها يسقط بل يكون لو رثتها وتفضى بعد نوبها فلا يسقط فبطل السؤال من الاصل
والاين اذا كره امرأه أبيه فزنى بها يلزم بأه نصف المهر ثم يرجع به على الابن لان الابن باكرامه اياها ألزم بأه
نصف المهر فصارت نظير الشهود ولو يرجع الشهود بعد موت الزوج غرموا للورثة لانهم قاعدون مقامه ولم
ترث لوقوع التفرقة بالقضاء قبل موته ولو شهدا بعد موت الزوج أنه طلقها في حياته قبل الدخول بهما
رجعا لم يضمنوا للورثة لان الشهادة وقعت لهم وضمننا للمرأة نصف الصداق والميراث لان المهر كان مؤكدا
ظاهرا بالموت بحيث لا يسقط بسقط وكذا الميراث كان واجبا لها بوجوبه فهي ما به هذه الشهادة أبطالا عليها
نصف ما مؤكدا من المهر وإلزاما بابتائها بالظاهر فيضمنان لها ذلك ذكره في المكافي قال رحمه الله (ولم يضمنوا لو
بعد الوطء) يعني لو شهدا أنه طلقها بعد ما دخل بها فقتل بشهادتهما ثم رجعا عن الشهادة لم يضمنوا لان المهر
تأكد بالدخول لا بشهادتهما وقال الشافعي رحمه الله تعالى يضمنان للزوج مهر المثل وكذا اذا قتلها
قاتل يضمن القاتل للزوج مهر المثل عنده وكذا اذا ارتدت المرأة يجب عليها أن تغرم للزوج نصف المهر
لان البضع متقوم ألا ترى أنه متقوم حال الدخول حتى لا يتصور أن يتملك بالاعراض فكذا عند خروجه
عن ملكه لانه انما يخرج عن ملكه عين ما دخل في ملكه فن ضرورية تقومه في احدى الحالتين التقوم
في الحالة الاخرى كذلك المين ولنا أن ملك الزوج ضروري فلا يظهر الا في حق استيفاء منافع البضع
ألا ترى أنه ليس له أن يضمن المتلف بالوطء شيئا حتى لو وطئت بشبهة كان العقرب لها ولو كان ملكه متقوما
لكان له ولكان له أن يزوجه من انسان كملك المين ولان الضمان من شرطه المماثلة ولا مماثلة بين البضع
والمال لا صورة ولا معنى فلا يكون مضمونا وأما عند دخوله في ملك الزوج فالتقوم هو المملوك دون
الملك الوارد عليه وتقوم له اظهار خطر ذلك المحل حتى يكون مصونا عن الابتداء ولا يملك بجائنا فان ما يملك
مجا لا يعظم خطره عند اصابته وذلك محل له خطر مثل النفوس لان النفس يحصل به وهذا المعنى
لا يحصل في طرف الازالة فانها لا تملك على الزوج شيئا لكن يسقط عنها ملك الزوج ألا ترى أن ما هو
مشروط معنى الخطر عند التملك كالشهود والولي لا يشترط شيء منه عند الازالة ولكنه غير متقوم حالة
الخروج دون الدخول ليس له أن يخاطب ابنته الصغيرة على ما لها من زوجها وليس له أن يزوجه ابنته الصغيرة
على ما له بخلاف ملك المين فانه مملوك مال والمال مثل المال فعند الاتلاف يضمن بالمال قال رحمه الله (وفي
العتق ضمنا القيمة) أي اذا شهدا باعتاق عبد فحكم الحاكم بعنقه ثم رجعا عن الشهادة ضمنا فقيمة العبد
اسيده لانهم ما تلقا عليه ماله العبد من غير عوض والولاء الذي شهدا عليه بالعتق لان العتق لا يتحول
اليهم لهذا الضمان فلا يتحول الولاء ولا يتبع وجوب الضمان عليه ما ثبتت الولاء للولي لان الولاء ليس
بمال متقوم بل هو كالنسب لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لغة كعمة النسب فلا يكون الضمان
بدلا عنه بل عما تلقا عليه من ملك المال وهذا الضمان لا يختلف بين أن يكونا موسرين أو معسرين لانه
ضمان اتلاف الملك بخلاف ضمان الاعتاق لانه لم يتلف الا ملكه ولكنه مع ذلك لزم منه فساد ملك صاحبه
فأوجب الشارع عليه المواساة صلة والصلوات تجب على الموسر دون المعسر كالزكاة ونفقة الاقارب
ولو شهدا عليه بأنه دبره ففضى القاضي بذلك ثم رجعا ضمنا ما اتفقا عليه بالتدبير لانهم ما وجبا للعبد حق العتق
وبذلك تنقص ماليته فاذا مات المولى عتق ان خرج من الثلث ويضمنان للورثة بقيمة قيمته ولو لم يكن له مال
سواء عتق ثلثه وسعى في ثلثيه ويضمنان للورثة ثلث قيمته وان كان العبد معسرا يضمنان جميع قيمته
مدبرا ويرجعان به عليه اذا أيسر ولو شهدا أنه كاتب عبده ففضى بالكاتب ثم رجعا ضمنا قيمته كلها
لانها حال ائنه وبين عبده فصارا كالعاصب له بخلاف التدبير ثم الشاهدان يتبعان المكاتب بالسكابة

على نحو مهالان ما قام مقام المولى في ذلك حين ضمنا قيمته وكان من قضية الضمان أن يملكه كيلا يجتمع
 البدلان في ملك شخص لكن المكاتب لا يقبل النقل من ملك إلى ملك ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي
 ما عليه كما كان قبل رجوعهما فإذا أدى عتق والولاء للمولى لأنه هو المكاتب له وانما الشاهدان قاما مقامه
 في أخذ بدل الكتابة منه لا غير فأدوا اليهما كذا إلى المولى ويطيب لهما ما أخذ من المكاتب ان كان
 بدل الكتابة مثل قيمته أو أقل وان كان أكثر تصدقا بالفضل وان عجز ورث الرق كان لمولاه لأن رقبته لم
 تصر ملكا للشاهدين لما ذكرنا ويرد المولى ما أخذ من الشاهدين لأن الحيلة قد بطلت بحجز المكاتب
 فصار نظير ما اذا غصب المدين فراق عنه فضمه المولى قيمته ثم جاء من الباقي فإنه يجب على المولى أن يرد على
 الغاصب ما أخذ منه فكذا هذا ولو اختار المولى أن يتبع المكاتب ولا يضمن الشهود كان له ذلك ولو
 شهد أنه أقر أن أمته ولدت منه والمولى يتكفر ففضي القاضي بذلك ثم رجعا فهذا على وجهين إما أن
 يكون معها ولد أو لم يكن وكل وجه على وجهين إما أن يكون الرجوع هنا حال حياة المولى أو بعد وفاته
 فإن لم يكن معها ولد وكان الرجوع حال حياة المولى فانهما يضمنان للمولى نقصان قيمتهما إذا مات المولى
 عتقت فيضمنان للورثة باقي قيمتهما لأنه لو لا شهادتهما للورثة فقروا عليهم هذا القدر وان رجعا بعد
 موت المولى ضما جميع قيمتهما للورثة لا تلافهما ذلك عليهم وان كان معها ولد ورجعا حال حياة المولى ضما
 نقصان قيمتهما لما ذكرنا وضما جميع قيمة الولد لأنه لو لا شهادتهما كان عبد الله فقروا عليه ذلك فإذا مات
 المولى بعد ذلك ان لم يكن مع الولد شريك في الميراث لا يضمنان له شيئا ويرجعان على الولد بما قبض الاب
 منهما لان من زعم الولد ان رجوعهما باطل وقبض الاب الضمان كان بغير حق فكان مضمونا عليه
 فيؤدي من تركته ان كان له تركه والا فلا شيء على الابن لان من أقر على مورثه بدين وليس له تركه لا يجب
 عليه شيء وان كان معه شريك فان الشاهدين يضمنان لشريكه نصيبه من قيمة الولد ومن باقي قيمة الام
 ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لما ذكرنا ان تركه ما لا ولا يرجعان عما أخذ منه ما شربكه لأنه في
 زعمه ظلمهما فلا يظلم هو وكذا في زعمهما فلا يظلمانه ولا يضمنان لشريكه كما أخذ الولد بالارث وان رجعا
 بعد وفاة المولى فان لم يكن للولد شريك فلا ضمان عليهم لأنه هو الوارث وحده وهو يكتسب ما في الرجوع
 وان كان له شريك في الميراث يضمنان له حصته من قيمة الولد ومن جميع قيمة الام ولا يضمنان له ما ورثه
 الولد ولا يرجعان على الولد هنا عما أخذ منه ما شربكه لان هذا ظلم لشريكه لا يظلم أبه فلم يكن ذلك دينا على
 الميت حتى يقدم على الارث وانما يجب عليهم ان يضمنوا جميع قيمتهما هنا لانهم ما ألقاها عليهم ولم يضمنوا
 من قيمتهما شيئا للمولى بخلاف المسئلة الاولى هذا كله فيما اذا كانت الشهادة حال حياة المولى وان شهدا بعد
 وفاته والمسئلة الثانية هي ما قضى بشهادتهما القاضي ثم رجعا فان لم يكن معها ولد ضما جميع قيمتهما للورثة
 لما ذكرنا وان كان معها ولد ضما قيمتهما وقيمة الولد كلها وما أخذ الولد بالارث بخلاف ما اذا كانت الشهادة
 في حال حياة المولى حيث لا يضمنان ما أخذ الولد من التركة والفرق بينهما ان الشهادة في حال الحياة
 لا تكون شهادة بالمال والميراث لأنه يجوز أن يموت الابن أو لا يرثه الاب فلا تكون شهادتهما ما اتلفا المال
 فلا يضمنان وأما بعد الموت فشهادتهما وقعت على المال فتكون اتلا فله فيضمنان ذلك كله حتى الولد
 نفسه لأنه لو لا شهادتهما كان عبدا ميرا ناله سم قال رحمه الله (وفي القصاص الدية ولم يقتصا) أي فيما
 اذا شهد ابو جوب القصاص على شخص بأن شهد أنه قتل فلانما عدا فقضى القاضي به فقتل ثم رجعا
 يجب عليهم ما الدية ولا يقتص منهم ما وقال الشافعي رحمه الله يقتص منهما لانهم ما تسبوا القتل فصارا كالمكره
 بل أولى لان الولي يعان والمكره يمنع فكانت الشهادة أفضى إلى القتل وأولى بوجوب القصاص عليهم
 ولما انهم ما تسبوا القتل وليس بالجلين اذ الولي بالخيار ان شاء قتل وان شاء عفا بل جانب العفو مترجح والتسبب
 لا يوجب القصاص كقفر البئر ولان القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الانباهة الجناية وهو القتل مباشرة
 عما بالالة صالحة ولم يوجد ذلك هنا لان الشهادة ليست بقتل حقيقة وانما تصير قتيلا بواسطة ليست في يد

(قوله فان الشاهدين يضمنان
 لشريكه نصيبه) أي اذا لم
 يقبض الاب منهما غير
 نقصان قيمة الام اه (قوله
 ويرجعان على الولد بما
 قبض الاب) أي من نقصان
 قيمة الاب اه (قوله فصارا
 كالمكره) وهذا لان
 الشاهد كالمكره أيضا
 للقاضي على قضائه فإنه لو لم
 يروجوب القضاء على نفسه
 بعد الشهادة يكفر ولو رأى
 وآخر يفسق ثم المكره يجب
 عليه القصاص فبالطريق
 الاولى أن يجب على الشاهد
 اه غايه (قوله لان الولي
 يعان) أي يعان على استيفاء
 القصاص من جهة المسلمين
 اه (قوله والمكره يمنع)
 بفتح الراء اه اتقاني وقال
 الكاكي قوله والمكره يمنع
 بنصب الراء على صيغة اسم
 المفعول لان الشاهد بمنزلة
 المكره بكسر الراء والولي
 بمنزلة المكره اه

(قوله ولا يصير به ملجأ)
تقدم أنه يعزى لولم يقض بعد
شهادة الشهود اه قارى
الهداية (قوله بخلاف المكره)
بفتح الراء اه غايه (قوله
في المتن وان رجع شهود
الفرع ضمنوا) اعلم أن
شهود الفرع اذا رجعوا
عن شهادتهم في مجلس
القاضي بعد القضاء
بشهادتهم ضمنوا المشهود به
لأن اتلاف المشهود به حصل
بادائهم الشهادة في مجلس
القاضي فكان الاتلاف
مضافا إلى شهادتهم فوجب
عليهم الضمان اه اتفاقا
(قوله في المتن لاشهود الاصل)
قال في الهداية ولورجع
شهود الاصل وقالوا لم نشهد
شهود الفرع على شهادتنا
فلا ضمان عليهم قال الاتفاق
هذا اللفظ القدوري في مختصره
وليد كرفيه الخلاف بين
أصحابنا وكذلك أثبت
صاحب الهداية مطلقا بلا
ذكر الخلاف وقال في شرح
القدوري للشيخ الامام أبي
نصر البغدادى هذا الذى
ذكره قول أبي حنيفة وأبي
يوسف وقال محمد يضمنون
وهو رواية عن أبي حنيفة
الى هنا لفظه رحمه الله (قوله
فيما اذا قالوا أشهدناهم
وغلطنا) اعلم أن الفرعين
لا ضمان عليهما في هذه
الصورة بالاتفاق لأنهما
لم يرجعا عما شهدا اه
اتفاقا

الشاهد وهو حكم الحاكم واختيار الولى قتل المشهود عليه والقول الاختيارى من المباشرة بقطع النسبة
الى المتسبب كدلالة السارق وفتح باب القفص وحل قيد العبد فلم يوجد منه القتل حقيقة لعدم المباشرة
ولا حكم لعدم الاجلاء لان الملجأ هو الذى يخاف العقوبة الدينية على نفسه فيؤثر نفسه بالطبع فيكون
كسلوب الاختيار ولم يوجد ذلك في حق الولى ولا في حق القاضي لان القاضي انما يخاف العقوبة في
الآخرة ولا يصير به ملجأ لأن كل واحد يقيم الطاعة خوفا من العقوبة في الآخرة ولا يصير بذلك مقهورا
والولى يباشر القتل باختياره وليس عليه حرج في العقوب بل هو مندوب اليه فكيف يتأذى الأكره في حقه
بخلاف المكره فان المكره يؤثر حياته فيقدم على القتل فينسب الفعل الى المكره والمكره كالألة له
ولان أقل أحواله أن يكون شبهة والقصاص يسقط بهما دون الألة لان المال يجب مع الشبهة وان رجع
الولى معهما أو جاء المشهود بقتله حيا فالولى بالخيار ان شاء ضمن الولى الدية وان شاء ضمن الشاهد لان
الولى متافل حقيقة والشاهدان متلفان له حكما والاتلاف الحكيم مثل الحقيقي في حكم الضمان
وأيم ما ضمن لا يرجع على صاحبه عند أى حنيفة رحمه الله وكذا عند ههنا ان ضمن الولى وان ضمن
الشاهدان فلهما أن يرجعا على الولى لانهم ما علموا ان له الشهادة فيرجعان عليه على حقه ما بها كالمشهدا
له بقتل الخطأ فقتل له بها وأخذ الدية ثم رجعوا جميعا وهذا لانهم لما ضمنوا قاتلوا مقام الولى وان لم يملكوا
القصاص فيرجعان عليه كغاصب المدبر اذا غصب منه آخر فهلك عند الثاني واختار المولى تضمين
الغاصب الأول فضمنه فللغاصب أن يضم الغاصب منه لانه لما ضمن قام مقام المولى وان لم يملك المدبر
وهذا لان القصاص مما يملك في الجملته حتى ملكه الولى وورثته اذا مات من له القصاص وله بدل متقوم
محتمل للتملك فيكون السبب معتبرا على أن يعمل في بدله عند تعذر اعماله في الاصل كاليمين على من السماء
ينعقد في ايجاب الكفارة الذى هو خلف عن البر لما كان الأصل هو البر وهو متصور أو جود عقلا وكذا
شهود الكتابة اذا رجعوا وضمنوا للمولى القيمة كان لهم أن يرجعوا بها على المكاتب وان لم يملكوا منه شيئا
ولا بى حنيفة رحمه الله ان الشهود وضمنوا الاتلافهم المشهود عليه حكما والاتلاف لا يرجع عما ضمن بسببه
على غيره كالولى وهذا لانهم لم يكونوا متلفين لما ضمنوا مع المباشرة لا يعتبر مجرد التسبب مع المباشرة
ألا ترى أن الحافر لا يعتبر مع الدافع فثبت بهما أنهم جناة ومن ضمن بجنايته لا يرجع على غيره وأما في
الخطأ فالمرجعان عليه لانهم لما ضمنوا ملكا الدية وقد أتاه القابض بصرفه الى حاجته فيرجعان عليه
وانما ينعقد السبب موجب للحكم على أن يعمل في بدله ان لو كان السبب مما يتصور وجود حكمه ولا يتصور
وجود الملك في القصاص بالضمنان بحال فلا ينعقد في حق خلفه كاليمين الغموس ولو كان القصاص ملكا
لإنسان حقيقة لم يضمنه المتلف عليه بأن قتله شخص أو شهد عليه شهود بالعفو ثم رجعوا لا يضمن القاتل
ولا الشهود شيئا لولى القاتل وانعقاد السبب لا يكون أقوى من وجود الملك حقيقة ونهنا فارق مسألة
غصب المدبر والمكاتب فانه فيه لو كان مالكا حقيقة لكان يضمنه المتلف عليه فكذا اذا جعل كالمالك
حكما باعتبار انعقاد السبب له فيكون له أن يرجع بالبدل لذلك قال رحمه الله (وان رجع شهود الفرع
ضمنوا) لان التلف مضاف الى شهادتهم لصدورها منهم في مجلس الحكم قال رحمه الله (لاشهود الاصل
لم تشهد الفرع وعلى شهادتنا وأشهدناهم وغلطنا) أى لا يضمن شهود الاصل بقولهم لم نشهد شهود
الفرع أو بقولهم أشهدناهم وغلطنا لان القضاء وقع بشهادة الفرع اذا القاضي يقضى بما يعاين من
الحجة وهى شهادة الفرع وهذا لانهم بقولهم لم نشهدهم أنكروا السبب أصلا وهو الاشهاد وهو خير
محتمل للصدق والكذب فلا يبطل القضاء به ولا ياتفت الى كلامهم بعد القضاء بخلاف ما اذا قالوا ذلك
قبل القضاء حيث لا يقضى به لانكارهم التعميل وهو شرط فيها وقال محمد رحمه الله يضمن شهود الاصل
فيما اذا قالوا أشهدناهم وغلطنا لان الفرع قاموا مقام الاصول في نقل شهادتهم الى مجلس القاضي
فيحصل القضاء بشهادته الاصول فلهذا تعتبر عدالتهم فصار كأنهم هم حضروا بأنفسهم مجلس القاضي

فشهدوا ثم رجعوا بخلاف ما اذا قالوا لم تشهد بهم على شهادة تاحيث لم يضمنوا لانهم لم يرجعوا وانما أنكروا التعميل ولا يثبت حقيقته وأبي يوسف رحمه الله أن الموجود من الأصول شهادة في غير مجلس القاضى والشهادة في غير مجلسه لا تكون سببا لاتلاف شئ فلا يلزمهما الضمان وهذا لان الشهادة مختصة بمجلس القاضى ولهذا اختصر الرجوع به بناء عليه لالتناسب ولانا نقول ان الفروع نائبون منابهم في نقل شهادتهم الى مجلس القاضى فانهم بعد الاشهاد لومهم وهم عن أداء الشهادة كان عليهم الاداء اذا دعاهم المدعى اليه ولو كانوا نائبين عن الأصول لما كان لهم ذلك بعد المنع ولكنهم يشهدون على ما تحملوا وهو اشهاد الأصول ايهاهم على شهادتهم فصار كل واحد منهما على نفس الحق وعلى هذا الرجوع الأصول بان أشهدناهم على ذات ولا نكرجنا عن ذلك عندهما لا يضمنون وعندهم يضمنون والوجه قد بيناه من الجانبين قال رحمه الله (ولو رجع الأصول والفروع ضمن الفروع فقط) لان الاتلاف حصل بالشهادة الموجودة في مجلس القاضى وهى من الفروع مباشرة من كل وجه والأصول مسبوكة للتلف من وجه وقد عرفت أن المباشر والمسبب اذا اجتمع ما هو مائة ثمان كان الضمان على المباشر دون المسبب وهذا عندهما وقال محمد رحمه الله تعالى المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الأصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من حيث ان القاضى عاين الشهادة من الفروع ووقع بشهادة الأصول من حيث ان الفروع نائبون عنهم ونقلوا شهادتهم بأمرهم فيخبر في تضمين أى الفريقين شاء والجانبان متغايران لان شهادة الأصول على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الأصول أو نقول احدهما اشهادا والاخرى أداء الشهادة في مجلس القاضى فلا يجمع بينهما في التضمين بل يجعل كل فريق كالنفرد فيكون له الخيار كالغاصب مع غاصب الغاصب وهذا لان التلف يثبت بالنقل والشهادة والنقل من الفروع والاشهاد من الأصول فلو لا اشهاد الأصول لما تمكن الفروع ولا نقل الفروع لما تمكن الأصول فكان فعل كل فريق في حق المشهود عليه سبب ضمان على سبيل المباشرة أما الفروع فظاهر لانهم نقلوا شهادة الأصول عند القاضى على وجه لو لم يعمل القاضى بشهادتهم بأنهم وكذلك الأصول مباشرة من حيث الحكم لان أداء الفروع منقول الى الأصول لان الفروع مضطرون من جهة الأصول الى الأداء بعد الاشهاد بحيث لو امتنعوا عن الأداء أتموا فصاروا نظيرا للقاضى لما ألجأ الشهود الى القضاء نسب اليهم فضمنوا ثم أى فريق أدى لا يرجع على صاحبه لان كلا ضمن بجنايته بخلاف الغاصب اذا ضمن حيث يرجع على غاصب الغاصب لما عرفت في موضعه قال رحمه الله (ولا يلتفت الى قول الفروع كذب الأصول أو غلطوا) يعنى بعد الحكم بشهادتهم لان ماضى من القضاء لا ينفذ بقولهم كالا ينفذ بربوعهم ولا يلزمهم غرامة لانهم لم يرجعوا وانما شهدوا على غيرهم بأنهم كذبوا قال رحمه الله (وضمن المزك كون الرجوع) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يضمنون لانهم أشوا على الشهود خيرا فصار كما لو أشوا على المشهود عليه بأن شهدوا على احصان الزانى ثم رجعوا وهذا لانهم لم يشقوا سبب التلف وهو الزنا مثلا ولم يتعرضوا له بالاصالة وانما أشوا على الشهود فصاروا في المعنى كشهود الاحصان ولا يثبت حقيقته رحمه الله انهم جعلوا ما ليس بموجب موجبافصاروا بمنزلة من أثبت سبب الاتلاف وبيان ذلك ان الشهادة لا توجب شيئا بدون التزكية وسبب التلف الشهادة وهى لا تعمل الا بالتزكية فكانت التزكية علة العلة وهى بمنزلة العلة في اضافة الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان فانهم لم يجعلوا غير الموجب موجبا لان الموجب هو الزنا وهم لم يثبتوه ولهذا يثبت الاحصان بشهادة النساء بخلاف التزكية لشهود الحد لان الشهادة لا تعمل الا بمقتضى التلف مضافا اليها كإضافة الى الشهادة ولهذا لا يجوز أن تكون النساء من يكات مع الرجال في الحدود كما لا تصلح للشهادة فيهما ولو لا اضافة الحكم اليه لصححت التزكية فيها وهذا لان التأثير هو المعبر والعلة مؤثرة في اثبات الحكم وكذلك علة العلة مؤثرة ايضا في اعمال العلة اذا الشهادة لا توجب العمل اليها بخلاف شهود الاحصان فان ذلك ليس بمؤثر في اثبات الزنا فانهم لم أشوا

(قوله لان شهادة الأصول على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الأصول) فلا يجمع بينهما في التضمين بان يقال يضمن الفريقان حق المدعى عليه أنصافا بل له الخيار في تضمين أى الفريقين شاء اه (قوله فصاروا نظيرا للقاضى لما ألجأ الشهود) قال العيني رحمه الله وان رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند البعض والصحيح أنهم لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات اه (قوله في المتن ولا يلتفت الى قول الفروع كذب الأصول أو غلطوا) قال أبو محمد الناصبي في تهذيب أدب القاضى وان قال اللذان شهدا عند القاضى قد أشهدا على شهادتهم ولكنهما كذبا في هذه الشهادة وهذا القول بعد القضاء بشهادتهما يلتفت اليه ولم يلزمهما الضمان وذلك لانهما يقرآن على غيرهما بأنهما كذبا فلا يقبل قولهما فيه اه غايه

(قوله في المتن وشهود اليمين) قال العيني صورته شهدا بتعليق العتق بشرط أو بتعليق الطلاق بشرط قبل الدخول ثم شهدا آخران بان الشرط الذي علق عليه العتق أو الطلاق وجد وقد نزل المعلق حكمكم بذلك ثم رجع الجميع فالضمان على شهود اليمين خاصة لان اليمين هي السبب والتلف انما يضاف الى من أثبت السبب دون الشرط المحض اهـ وكتب ما نصه قال في الهداية واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعا فالضمان على شهود اليمين خاصة قال الاتقاني وهذا اللفظ القدوري في مختصره قال الشيخ أبو المعين النسفي في أوخر كتاب الايمان من شرح الجامع الكبير قبيل باب اليمين في طلاق السنة وغير السنة اذا شهد شاهدان على رجل أنه قال لعبد ان دخلت الدار فأنت حر وشهدا آخران أنه دخل الدار وقضى القاضي بعتقه ثم رجعا ضمن شاهد اليمين دون شاهدي الدخول لان العبد تلف بقضاء القاضي والقاضي قضى بعتقه بشهادة شهود العتق لان العتق يثبت عند دخول الدار بقوله أنت حر لا بدخول الدار فكان التلف مضافا الى ما أثبتته شاهد اليمين دون شاهدي الشرط قالوا في شرح الجامع ولا يلزم (٢٥٣) على هذا اذا شهدا اثنان أنه تزوج

فلانه وشهدا آخران أنه دخل عليه بقولهم انه حر مسلم تزوج امرأة نسكا صحيحا وقد أوفى حقه ما شرعا بالدخول عليها وهذه الخصال تمنع الزنا فلا تكون موجبة له لان الزنا مذموم وهذه الخصال مجودة فهما متضادان فيكف يكون أحدهما سببا لا آخر فلما لم يوجب الزنا لا يوجب الرجم أيضا بل هو موجب الزنا عند وجود الاحصان قال رحمه الله (وشهود اليمين) أي يضمن شهود اليمين ومعنى المسئلة أن يشهدا بتعليق العتق بشرط أو بتعليق الطلاق بشرط قبل الدخول ثم رجعا عنهما فيجب عليهما قيمة العبد ونصف المهر لانهم شهدوا العلة اذا التاف يحصل بسببه وهو الاعتراف أو التطلق وهم الذين أثبتوا ذلك بشهادتهم والشرط وان كان مانعا فاذا وجد الشرط أضيف التلف الى تلك الكلمة وهي العلة دون زوال المانع قال رحمه الله (لشهود الاحصان والشرط) أي لا يضمن شهود الاحصان ولا شهود الشرط وفيهما خلاف زفر رحمه الله أما شهود الاحصان فهو يقول ان الجنابة تتعلظ عنده فصار كحقيقة العلة ولانه شرط لوجوب الرجم والشرط اذا سلم عن معارضة العلة صلح علة ألا ترى أن حافر البئر يضمن عند عدم من يلقى والحفر شرط الوقوع فيضاف اليه الحكم قلنا ان الاحصان علامة وليس بشرط حقيقة لان حقيقة الشرط أن توجد العلة بصورتها وتتوقف صيرورتها على وجود الشرط كتعليق المتيق بالشرط فان العلة قد وجدت بصورتها وهي قوله عبده حر ونحو ذلك وتوقفت صيرورتها على وجود الشرط وهذا لو زني ثم أحصن لا يرحم ولكن اذا زني وهو محصن عرفنا أن حكمه الرجم وهذا معنى العلامة فلم يتعلق به وجوب الرجم ولا وجوده اذا الحكم لا يضاف الى العلامة المظهرة وأما شهود الشرط فلا يخفى لما أن يرجعوا وحدهم أو مع شهود العلة وهي التعليق فان رجعا مع شهود اليمين لا يضمنون وعند زفر رحمه الله يضمنون لان التلف حصل بشهادة الفريقين جميعا قلنا شهود اليمين أثبتوا بشهادتهم العلة الموجبة للحكم وهو قوله أنت حر أو أنت طالق والآخرون أثبتوا الشرط والشرط لا يعارض العلة في اضافة الحكم اليه لان الحكم يضاف الى علته حقيقة لانه هو المؤثر فيه والى الشرط مجاز لانه موجود عند الشرط والمجاز لا يعارض الحقيقة وان رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند بعض مشايخنا رجمهم الله لان الشرط اذا لم تعارضه العلة صلح لاضافة الحكم اليه وصار علة لان العلة لم تجعل علة لذواتها

لا يضمنون كشهود الاحصان اذا رجعوا وحدهم وقال أكثر المشايخ يضمنون لانهم تسببوا في التلف بغير حق وله أثر في وجوب العلة عند الشرط فيكون سبب الضمان عند عدم العلة بخلاف الاحصان لانه يؤثر في منع وجود العلة وقال شمس الأئمة السرخسي في أصوله في تقسيم الشرط قلنا في شهود التعليق وشهود الشرط اذا رجعا الضمان على شهود التعليق خاصة لانهم نقلوا قول المولى أنت حر وهذا بانفراذه علة تامة لاضافة حكم العتق اليه فلم يكن الشرط هناك شبه العلة فلهذا لا يضمن شهود الشرط شأنا سوا ما رجع الفريقان أو رجع شهود الشرط خاصة وكذلك شهود التخيير وشهود الاختيار فان الضمان على شهود الاختيار خاصة لان التخيير سبب ومعارضه وهو الاختيار علة تامة للحكم مضافا اليه دون السبب فلم يضمن شهود السبب شيئا كما لا يضمن شهود الشرط الى هنا لفظ شمس الأئمة اهـ (قوله في المتن لا شهود الاحصان) صورته كما قال العيني أن يشهدا أربعة بالزنا وشهدا آخران أنه محصن ثم رجعا فالضمان على شهود الزنا لانه علة ولا ضمان على شهود الاحصان لانه علامة وليس بشرط حقيقة وقال زفر يجب عليهم أيضا اهـ (قوله والشرط) قال العيني صورته ما ذكرناه في شهود اليمين اهـ

صورته ما ذكرناه في شهود اليمين اهـ

بكره الوالو وفحها اه غايه أورد كتاب (٣٥٤) الو كالة عقيب كتاب الشهادة لان كل واحدة من الشهادة والو كالة اعانة الغير باحياء

خاز أن تخلفها الشروط والصحيح أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات واليه مال
شمس الأئمة السرخسي والى الأول مال نخرا الاسلام على المزدوى واذا شهد شاهدان بالتفويض
وشاهدان بالايقاع ثم رجعوا كان الضمان على شاعدي الايقاع لانه العلة والتفويض سبب

كتاب الوكالة

الو كالة الحفظ ومنه الوكيل في أسماء الله تعالى وله هذا قلنا فيمن قال وكلت علي علك الحفظ فقط وقيل
تركيبه يدل على معنى التفويض والاعتماد ومنه التوكيل يقال على الله توكلنا أي فوضنا أمورنا والتوكيل
تفويض التصرف الى الغير وسمى الوكيل وكيلا لان الموكل وكل اليه القيام بأمره أي فوضه اليه واعتمد
فيه عليه والوكيل القائم بما فوض اليه وهو مشروع باجماع الامة وفدوكل رسول الله صلى الله عليه
وسلم حكيم بن حزام بشراء الاضيحة وقال الله تعالى حكاية عن أصحاب الكهف فابعثوا أحدهم بورقكم
هذه الى المدينة الآية وكان البعث منهم بطريق الو كالة وثمرة من قبلنا شريعة لنا مال يظهر نسخته ولأن
الانسان قد يجهز عن مباشرة التصرفات وعن حفظ ماله فيحتاج الى الاستعانة بغيره أشد الاحتياج فيكون
مشروعا دفعا للخرج وألفاظها كل لفظ يدل على الاطلاق كقوله وكلت أو هويت أو أحييت أو رضيت
أو شئت أو أردت ولو قال لأنهم الم عن طلاق المرأة لا يكون توكيلا قال رحمه الله (صح التوكيل) لما
ينامن الادلة قال رحمه الله (وهو اقامة الغير مقام نفسه في التصرف) أي التصرف الجائر المعلوم هذا
في الشريعة حتى ان التصرف اذا لم يكن معلوما يثبت به أدنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط وهو في
اللغة ما يبين من قبل قال رحمه الله (من علك) أي من علك التصرف لان شرط الو كالة أن يكون الموكل
من علك التصرف لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه وقد قدر على التصرف من قبله فلا يتصور
أن يستفيد الولاية من لا ولاية له ولا قدر له على التصرف وقيل هذا على قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله
وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله فالشرط أن تكون حاصلة ما علك الوكيل فأما كون الموكل مالكا
للتصرف فيه فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذي يبيع الخمر والخمر يروى توكيل المحرم للحلال
بييع الصبيد وقيل المراد أن يكون مالكا للتصرف نظرا الى أصل التصرف وان امتنع في بعض الاشياء
بعارض النسي ولا بد أن يكون الموكل ممن تلتزمه الاحكام لان المطلوب من الاسباب أحكامها فاذا كان
ممن لا يثبت له الاحكام لا يصح توكيله كالصبي والعبد المحجور وعليهما قال رحمه الله (اذا كان الوكيل يعقل
العقد ولو صبي أو عبدا محجورا) يعني يصح التوكيل بشرط أن يكون الوكيل عن يعقل البيع وغيره من
العقود ولو كان الوكيل صبي أو عبدا محجورا عليهم والمراد أن يعرف أن الشراء جالب للبيع وسالب
للثمن والبيع على عكسه ويعرف الغبن الفاحش من اليسير ويقصد بذلك ثبوت الحكم والربح لا الهزل
لان الوكيل قائم مقام الموكل في العبارة فلا بد أن يكون من أهل العبارة ليكون قادرا على التصرف
وذلك بالعقل قال رحمه الله (بكل ما يعقده بنفسه) أي يجوز التوكيل بكل شيء جاز أن يعقده بنفسه
ذ كرنا من الحاجة والادلة ولا يرد على هذا الوكيل حيث لا يجوز له أن يوكل فيما وكل فيه لان المراد به أن
يعقده بنفسه لنفسه لا ما استفادته من جهة غيره من التصرفات لان ذلك يتقيد بأمره وكذا لا يرد
جواز توكيل المسلم الذي يبيع الخمر ونحوه لانه عكس والنقض لا يكون الا في الطرد ويرد عليه الاستعراض
فانه يجوز أن يباشره بنفسه لنفسه ولا يجوز له أن يوكل فيه حتى لو وكل به واستقرض له الوكيل كان له
لالموكل لان البذل في باب القرض لا يجب دين في ذمة المستقرض بالعقد وانما يجب بالقبض والامر

حقه اه انقضى (قوله وهو
الحفظ فقط) ومن فروع
هذا الاصل الفرع الذي
ذكره الشارح أول هذا
الباب وقال المكال قال
الامام المحجوبي اذا قال غيره
أنت وكيل في كل شيء كان
وكيلا بالحفظ اه (قوله
وكذا لا يرد جواز توكيل
المسلم الذي يبيع الخمر ونحوه
لانه عكس) ويرد على طرده
نقض وهو أن الذي علك
بيع الخمر بنفسه ولا يجوز
له أن يوكل مسلما يبيعها
والجواب أن الذي علك يبيع
الخمر بنفسه وعلك يملك
غيره يبيعها أيضا حتى لو وكل
ذميا بذلك جاز وانما لم يجز
توكيل المسلم هنا المعنى في
المسلم وهو أنه أمور باجتنابها
وفي التوكيل يبيعها اقترابها
والحرمة اذا جاءت من قبل
الحل لا تكون مانعة حتى
لو قال قائل كل من تزوج
امراة نكاحا صحيحا حل له
وطؤها لا رد عليه الحائض
والحرمة لا نأقول هنالك
جائز أيضا الآن المنع من
الوطء جاء من قبل المرأة
بمعنى عارض حتى اذا انعدم
هذا المعنى ظهر الحل الذي
ثبت بالنكاح الصحيح اه
وكتب مانصة قالت الشافعية
لا يجوز توكيل مسلم كافرا
يقبول نكاحه لانه لا يخلو

عن شائبة العبادة اه ذكر في التاخر ثمانية في كتاب السير في نوع آخر اذا أذن الامام للمحامي أن يؤمن أهل الحرب بالقبض
فانهم جاز ما منهم وليس ككل من لا علك الا مان بنفسه يجب أن لا علك الا مان بالنسبة عن الغير ألا ترى أن المسلم اذا وكل ذميا أن

بالقبض لا يصح لأنه ملك الغير بخلاف البسح لأن حكمه يثبت بالعقد فله أن يقيم غيره فيه مقامه
ويختلف الرسالة بالاستقراض لأن الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل لأن الرسول مجبر والعبارة ملك
المرسل فقد أمره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل
فإن العبارة لو وكيل ولهذا حقوق العقد ترجع إليه وعن أبي يوسف رحمه الله أن التوكيل بالاستقراض
جائز قال رحمه الله (وبالخصوصية في الحقوق برضا الخصم الآن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مدة السفر
أو مريداً للسفر أو مخدراً) أي يجوز التوكيل بالخصوصية في جميع الحقوق بشرط أن يرضى الخصم إلا إذا
كان معذوراً بعذر من الاعتذار التي ذكرها فحينئذ يجوز بغير رضا الخصم وهذا عند أبي حنيفة رضي الله
تعالى عنه وقال يجوز التوكيل بالخصوصية من غير رضا الخصم وإن لم يكن به عذر وهو قول الشافعي رضي
الله تعالى عنه لأنه وكل بما هو خالص حقه فيصح بدون رضا الخصم كالتوكيل بالقبض والإيلاء ولأن
الحاجة ماسة إلى تجويزهم إذا لم يندى إليها كل أحد أو لا يرضى بها عند الأحكام كل أحد وقال عبد الله بن
جعفر رضي الله تعالى عنه كان علي رضي الله تعالى عنه لا يحضر خصومة أبداً وكان يقول إن الشيطان
يحضرها وإن لها قمها وكان إذا خوصم في شيء من أمواله وكل عقبة لافلتاً كبير عقيل وكل عبد الله بن
جعفر فقال هو وكلي فما قضى عليه فهو علي وما قضى له فهو لي ولأنه عاكب مباشر بها بنفسه من غير رضا
خصمه فكذلك عاكب التوكيل به من غير رضا الخصم كسائر حقوقه ولا يبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن
التوكيل حوالة وهي لا تجوز إلا برضا المحال عليه فكذلك التوكيل وهذا لأن الخصوصية تختلف والجواب
مستحق عليه فصارت نظير الحوالة ألا ترى أنه لا يوكل إلا من هو الدؤب وأشد أنكاراً والمحققة بذلك ضرر عظيم فلا
يلزمه بدون التزامه كالتوابع بخلاف ما إذا كان به عذر من الاعتذار التي ذكرناها لأن الجواب غير مستحق
عليه في هذه الحالة فلا يكون فيه إسقاط حق مستحق عليه ولا يقبل قوله إن أريد أن أسافر لكن القاضي
ينظر في حاله وفي عدته فإنه لا تخفى هيئة من يسافر والمأخرون من أصحابنا الاختار والافتوى أن القاضي إذا
علم من الخصم التعمت في الإباء من قبول التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل من الموكل من غير
رضاه وإن علم من الموكل قصد الأضرار بخصمه لا يقبل منه التوكيل إلا برضاه وهو اختيار شمس الأئمة
السرخسي رحمه الله ومن الاعتذار الحيض من المتعجب عليها إذا كان الحكم في المسجد والحبس إذا كان من
غير القاضي الذي ترافعوا إليه قال رحمه الله (وبإفائها واستيفائها إلا في حد أو قود) (١) أي يجوز التوكيل
بإفناء جميع الحقوق والاستيفاء لها بما لا يستتبعه الحدود والقصاص فإنه لا يجوز مع غيبة الموكل عن
المجلس لأنها تستسقط بالشبهات فلا يستوفي بما يقوم مقام الغير لما فيه من نوع شبهة على ما بين وقال
الشافعي رحمه الله يستوفي القصاص في حال غيبة الموكل لأنه حق العبد وإنما أنه عقوبة فسدقة بالشبهات
وشبهة العفو ثابتة في حال غيبة الموكل لجواز أن يكون الموكل قد عفا بل هو الظاهر إذ العفو مندوب إليه
قال الله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له بخلاف ما إذا كان الموكل حاضراً لأنه لا يمكن فيه شبهة العفو
وقد يحتاج الموكل إلى ذلك لقلته هدايته في الاستيفاء أولاً لأن قلبه لا يحتمل ذلك بخلاف الاستيفاء في غيبة
الشهود لأن رجوعهم نادر فلا يتوهم ويجوز التوكيل بإثبات القصاص وحده القذف والسرقة بإقامة
الدينة فإذا قامت وثبت الحق فلا موكل استيفاءه وقال أبو يوسف لا يجوز التوكيل بإثباته أيضاً كما لا يجوز
بإستيفائها وقول محمد مضطرب ولا يظهر أنه مع أبي حنيفة رحمه الله إلا أنه يجوز من غير عذر ولا رضا
الخصم وعند أبي حنيفة لا يجوز إلا بأحدهما وقيل هذا الخلاف في حال غيبة الموكل وأما حال حضرته
فهو جائز إجماعاً لأن كل كلام يوجد من الوكيل يقتل إلى الموكل إذا لم يكن فيه عهدة على الوكيل لما
عرف في موضعه لأبي يوسف رحمه الله أن الوكيل بمنزلة البدل عن الأصل ولا مدخل للإبدال في هذا
الباب ولهذا لا تجوز فيه الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي إلى القاضي ولا شهادة النساء ولا من
الأخرس لأن إشارته بدل عن العبارة ولأن المقصود من الإثبات الاستيفاء فإذا لم يصح به لا يصح بالإثبات

بزوج له مسلمة جازوان كان
الذي لا يملك التزوج باسمه
لنفسه اه (قوله وبخلاف
الرسالة بالاستقراض) بأن
يقول أرسلني فلان إليك
بستقرض منك كذا
الوكيل من يباشر العقد
والرسول من يبلغ المباشرة
والسلعة أمانة في أيديهم اه
تم ذنب (قوله ولأن الحاجة
ماسة إلى تجويزهم) أي إلى
تجويز التوكيل بالخصوصية
اه (قوله قمها) بضم القاف
وفتح الحاء اه والقصة
الشدة والورطة ومنه
حديث علي رضي الله عنه
في الخصوصية وإن لها قمها
وفتح القاف خطأ كذا في
المغرب اه وقال ابن الأثير
ومن حديث علي رضي الله
عنه أن الخصوصية قمها هي
الأمور العظيمة الشاقة
واحدتها قممة اه وفي
المصباح والقصة بالضم
الامر الشاق لا يركبه أحد
والجمع قم مثل غرفة
وغرف اه

(١) وقع هنا في نسخ المتن
التي بأيدينا والنسخة التي
شرح عليها العيني زيادة
(ان غاب الموكل) وليست
هذه الجملة في نسخ الشرح
التي بأيدينا اه

أيضا وإلهم أن التوكيل تناول ما ليس بمجد ولا قصاص ولا يضاف وجوب الحد إلى الخصومة فيصح التوكيل فيها كما في سائر الحقوق وهذا لأن وجوب الحد مضاف إلى الجنابة وظهوره مضاف إلى الشهادة والخصومة شرط محض لا أثر لها في الوجوب ولا في الظهور وإذا الحكم لا يضاف إلى الشرط ويمكن التدارك إذا وقع فيه الغلط بخلاف الاستيفاء وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص وكلام أبي حنيفة فيه أظهر لأن التوكيل فيه وقع بدفع دعوى القصاص والحد ودفعها ثبت مع الشبهة حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة السامع الرجال غير أن إقرار الوكيل لا يقبل عليه امتحان لأن فيه شبهة عدم الأمر به والتوكيل بآتيان حد الزنا والشرب لا يصح اتفاقا لأنه لا حق لاحد فيه وانما اتفقا على وجه الحسبة فإذا كان أجنبيا عنه لا يجوز توكيله به قال رحمه الله (والحقوق فيما يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والاجارة والصلح عن إقراره تتعلق بالوكيل ان لم يكن محجورا كتسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن والرجوع عند الاستحقاق والخصومة في العيب والملك يثبت للوكيل ابتداء حتى لا يعتق قريب الوكيل بشرائه) وقال الشافعي تتعلق بالموكل لأن الحقوق تتبع للحكم وليست بأصل والوكيل ليس بأصل في حق الحكم فلا يكون أصلا في حق الحقوق التي هي من تابع الحكم فصارت كالرسول والوكيل بالنكاح واخوانه ولنا أن الوكيل أصل في العقد لأن العقد يقوم بالكلام وصحة كلامه باعتبار كونه آدميا عاقلًا ففضيخته أن يكون الخاصل بالتصرف واقعه لا غير أن الموكل لما استنبه في تحصيل الحكم جعلناه نائبًا في حق الحكم للضرورة كيلا يبطل مقصوده ورأينا الأصل في حق الحقوق أذ لا ضرورة في حقها والدليل على أنه أصل في العقد استغناؤه عن إضافته إلى الموكل ولو كان سفيرا كما زعم لما استغنى عن إضافته إليه كالرسول وكالوكيل بالنكاح واخوانه حتى إذا أضافه إلى نفسه كان له دون الموكل بخلاف ما نحن فيه فإنه لا يشترط إضافة العقد إليه وإيقاع الحكم للموكل فإذا أضافه إليه كان أصيلا فيه فيقع له فيما لا ضرورة فيه وهي الحقوق من تسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن وتسليمه والرجوع عليه بالثمن عند استحقاق ما باع أو رجوعه هو بالثمن على بائعه عند استحقاق ما اشترى والخصومة في العيب وغير ذلك من حقوق العقد ولا نسلم أن الحكم يقع له في رواية بل يقع للوكيل ثم ينتقل إليه فيكون بينهما مبادلة حكيم فلنا أن تمنع والصحيح أنه يقع للموكل ابتداء خلافة عنه بمعنى أن الوكيل أصل في حق الكل لكن في حق الحكم يخلفه الموكل فيقع له من غير أن يكون أصلا فيه كالعبد يتهب أو بصطاد ولهذا لا يعتق على الوكيل إذا اشترى قريبه بالوكالة وهو المراد بقوله والملك يثبت للموكل ابتداء الخ وكذا إذا اشترى زوجته بالوكالة لا يفسد النكاح لما ذكرنا وفي حق الحقوق لم يخلفه فإذا كان أصلا في حق الحقوق جازى كسلفه فيها ولا يجوز توكيل الموكل فيها لأنه أجنبي عنها وفي قوله تتعلق بالوكيل ان لم يكن محجورا إشارة إلى أن لعبد والصبي المأذون لهما ما يتعلق بهما الحقوق ولزمهما العهدة مطلقا وفي الأخيرة ان كان وكلا في البيع بثن حال أو مؤجل جاز بيعه ولزمته العهدة وان كان وكلا بالشراء فان كان بثن مؤجل الاتزمت العهدة قياسا واستحسانا بل تكون العهدة على الآخر حتى يطالب البائع الأمر بالثن دون المباشر لأن ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة وليس بضمنان ثن لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك للضمنان في المشتري وهذا لا يفيد فيه وإنما يلزم ما لا في ذمته واستوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة وهو لا يلزمه ذلك وإن كان بثن حال فالقياس أن لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لأن ما يلزمه ضمان ثن لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك في المشتري وهنا علك المشتري من حيث الحكم فإنه يحبس المبيع بالثن حتى يستوفيه من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باعه منه وهو من أهل التزام الثمن بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلا لأنه لا علك المشتري لاحقية ولا حقا حتى لا يملك حصة به فكان ضمان كفالة من حيث المعنى وفي الايضاح إذا أمره أن يشتري له بالنقد فاشترى كما أمره فالشراء جائز والعهدة عليه

(قوله وكلام أبي حنيفة فيه) أي في هذا الفصل الثاني اه (قوله أظهر) أي من كلامه في الفصل الاول اه (قوله فإذا أضافه إليه كان أصيلا فيه فيقع له فيما لا ضرورة) أما إذا أضاف العقد إلى الموكل فقد حكى العماد في الفصل السابع والعشرين فيه خلافا وحكى ابن فرشتا الاتفاق على أنها تتعلق بالموكل وعزاه للفصول وفيه ما فيه اه

(قوله لكن التوكيل

بالاستقراض باطل) قال
قاضيخان رحمه الله وان
وكل بالاستقراض ان أضاف
التوكيل بالاستقراض
الى الموكل فقال ان فلانا
يستقرض منك كذا أو قال
أقرض فلانا كذا كان
القرض للموكل وان لم يضاف
الاستقراض للموكل يكون
القرض للتوكيل اه وكتب
مانصه قال قاضيخان رحمه
الله ولا تصح الوكالة بالمباحات
كالاحتطاب والاحتشاش
والاستمطاء واستخراج
الجواهر من المعادن فما
أصاب الوكيل شيئا من ذلك
فهو له وكذا التوكيل
بالتكدي اه وكتب مانصه
قال في الفقيه في باب مسائل
متمفرقة من كتاب الوكالة
التوكيل بالاستقراض
لا يصح والتوكيل بقبض
القرض يصح بان يقول لرجل
أقرضني ثم يوكل رجلا
بقبضه صح اه قال قاضيخان
في فتاواه ولو وقعت المنازعة
بين الوكيل بالاستقراض
وبين موكله فقال الوكيل
قبضت المال من المقرض
ودفعت الى الموكل وأنكر
الموكل لا يقبل قول الوكيل
لان الوكيل يريد بهذا الزام
المال على الموكل فلا يقبل
قوله في إيجاب المال على
الموكل اه (قوله ونظير
التوكيل بالشحانة) قال في
المجمع في باب الذال المعجمة

وكان القياس أن لا يجوز لانه يلزمه العهدة في تسليم الثمن فيصير بمنزلة الكفالة وانما يجوز زناه استحسانا
لانه وان لحقته العهدة كان له أن يرجع على الذي أمره به ويحبس المبيع عنه فيصير الحق كالمعلق
بالبيع فيخرج من أن يكون متبرعا ولو أمره بالشراء فاشترى كما أمره كان ما اشتراه له دون الأمر
لان الثمن اذا كان نسيئة لم يملك حبس المبيع فظهر معنى التبرع بالتزام الدين فلا يصح واذا لم تصح
الوكالة صار مشتريا لنفسه وفيه إشارة أيضا الى أن المحجور عليه لا يتعلق به الحقوق لانه لا يصح منه
التزام العهدة لقصور أهلية الصبي ولحق مولى العبد فتنعلق بالموكل كافي الرسول والقاضي وأمينه
ثم العبد اذا عتق تلزمه تلك العهدة والصبي اذا بلغ لا تلزمه لان المانع من لزوم العهدة في حق العبد
حق المولى اذ هو من أهل الالتزام وقد زال حقه فيلزمه المانع في حق الصبي حق نفسه ولا يزول بالبلوغ
ولو قبضه مع هذا يصح قبضه لانه هو العاقد فكان أصيلا فيه فانتفاء اللزوم لما ذكرنا لا يدل على
انتفاء الجواز ولو كان المأمور مرتدا جاز تصرفه لانه من أهل العبارة فمعتبر بعبارة ولكن يتوقف حكم
العهدة عند أي حنيفة فان أسلم كانت عليه والأفعلى الموكل وعندهما عليه على كل حال وهي
فرع اختلافهم في قصر فاته لنفسه قال رحمه الله (وفيما يضيفه الى الموكل كالنكاح والخلع
والصلح عن دم عمد أو عن انكار تتعلق بالموكل فلا يبطأ بوكيله بالمهر ولا وكيلها بتسليمها) أي في كل عقد
يضيفه الى الموكل فحقوقه تتعلق بالموكل وذلك كالنكاح الخ لان الوكيل فيها سبب محض ولهذا
لا يستغنى عن اضافته الى الموكل حتى لو أضافه الى نفسه وقع النكاح له فصار كالرسول فلا يتصور أن
يكون السبب صادرا من شخص على سبيل الاصله والحكم واقع لغيره فغلنا سفيرا وهذا لان الحكم
هنا لا يقبل الفصل عن السبب لانها من قبيل الاسقاطات أما غير النكاح فظاهر وكذا النكاح لانها
تسقط ما لكتبتا بعقد النكاح ولان الاصل في الابضاع الحرمه فكان النكاح اسقاطا للحرمه نظر الى
الاصل وانما ثبت الملك ضرورة ليمتكن من الوطء ولهذا لا يظهر في حق الفسخ والتعليك من الغير
وفيما وراء الوطء فهو اسقاط جري على الاصل اذا الحرمه تنافى الملك والساقط متلاش فلا يجوز أن يسقط
في حق الوكيل ثم يسقط ثانيا في حق الموكل بالانتقال لان الساقط لا يعود الى سبب جديد فكان حكم
النكاح ثابتا ثانيا في حق الموكل وهو الموكل بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كافي
البيع بشرط الخيار فجاز أن يصدر السبب من شخص أصالة ويقع الحكم لغيره وهذا لان المحل فيه خلق
مباحا وقابل للتملك بطريق الاصله وذلك الحكم مما يقبل الانتقال من ملك الى ملك فجاز أن يملكه
شخص ثم ينتقل عنه الى شخص وجاز أن يصدر السبب من شخص ويقع الحكم لغيره فلا حاجة الى جعله
غير أصل ان جواز الانتقال عنه يمنع من ذلك ومن أخوات هذا النوع العتق على مال والكتابة والهبة
والتصدق والاعارة والإداع والاقراض والرهن والشركة والمضاربة لان الحكم فيها ثبت بالقبض
وانه يلاقي محلا مملوكا لغيره فلا يجعل أصيلا فيه بل سفيرا ومعبرا وكذا اذا كان التوكيل من جانب
الملتزم لما ذكرنا لكن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت فيه الملك للموكل لما ذكرنا من قبل ولان
المستقرض يلزمه بدل القرض في ذمته فيصير نظير ما لو قال بع شيئا من مالك على أن يكون عوضه لي
ونظير التوكيل بالشحانة فكان باطلا وما استقرضه فهو لنفسه وله أن يذمه من الأمر ولو هلك هلك من
ماله بخلاف غيره من هذه الصور فانه ليس له بدل يلزمه حتى يكون بيع ماله بشرط أن يكون عوض
لغيره وانما حكمه ثبت بالقبض والتوكيل أجني عن المحل فلا يمكن أن يكون أصيلا فيه فصار سفيرا عن
المالك بخلاف البيع لانه يتعلق بالعبارة حيث يتعلق حكمه وحقوقه بها وهي له فلم يكن أجنيبا بل
أصيلا فيه قال رحمه الله (وللمشتري منع الموكل عن الثمن) يعني اذا وكل رجلا ببيع شيء فباعه ثم ان
الموكل طالب المشتري بالثمن له منعه لان الموكل أجني عن العقد وحقوقه لانها تتعلق بالعاقد على ما بينا
قال رحمه الله (وان دفع اليه) أي الى الموكل (صح ولا يطالبه الوكيل ثانيا) لان المقبوض حقه فلا فائدة في

والشحاذ المخ في مسئلته وعوام العراقيين يقولون شحاذ بالثام ويخطئون فيه اه

باب الوكالة بالبيع والشراء

(قوله باب الوكالة بالبيع والشراء) كذا ترجم في الهداية وقال عقبه فصل في الشراء قال الاتقاني رحمه الله قدّم باب الوكالة بالبيع والشراء على سائر الأبواب لكثرة وقوع البيع (٣٥٨) والشراء ومساس الحاجة إلى الوكالة في ذلك ثم قدّم فصل الشراء لأن الشراء مثبت لما

هو الأصل في عقد البيع وهو المبيع والبيع من قبله والشبوت قبل الزوال فكان الشراء أولى بالتقديم اه (قوله كلاً وكلاً بشراء فرس أو حمار) قال الاتقاني نقلاً عن الأصل لمحمد وإذا قال له اشترى حماراً ولم يسم الثمن فهو جائز عليه وكذلك لو قال اشترى بغلاً فان اشترى له شيئاً لا يتغابن الناس في مثله لم يلزم الأمر ولزم المشتري وإذا أمره أن يشتري له ثوباً فان ذلك لا يلزم الأمر وان سمي الثمن فان ذلك أيضاً لا يجوز من قبل أن الثياب مختلفة فان قال اشتر ثوباً هروياً ولم يسم الثمن فهو جائز إذا اشتراه بما يشتري مثله أو زاد على ذلك بما يتغابن الناس في مثله وكذلك كل جنس سماه من الثياب فان سمي له ثمنافراد على ذلك الثمن لم يلزم الأمر وان نقص من ذلك الثمن لم يلزم الأمر فان وصف له صفة وسمى له ثمنافاشترى له تلك الصفة بأقل من ذلك الثمن جاز ذلك على الأمر اه (قوله وقال بشر لا تجوز) أي وهو القياس اه قال الاتقاني وقال بشر المريسي تمنع وان كانت يسيرة لانها تمنع الامتثال اه وبقول بشر قال الشافعي في وجه وأحد في رواية لأن التوكيل بالبيع والشراء معتبر الثمن بنفس البيع والشراء فلا يصح الا ببيان المعفو عليه اه كي (قوله وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للأخيرة) وجعل جهالة النوع عقوا ولأن التفاوت بين النوع والنوع يسير فلا يمنع الامتثال لكن تنصرف الوكالة إلى ما يليق بحال الموكّل اه اتقاني (قوله والثالثة جهالة بين النوع والجنس) قال الاتقاني نقلاً عن قاضيان في شرحه والثالثة ما يكون بين الجنس والنوع كالأوكلة بشراء عبداً وجارية إن بين

نوعه منه ثم رده عليه ورثت ذمة المشتري للوصول الثمن إلى مستحقه بخلاف ما إذا باع مال اليتيم ودفع المشتري الثمن إلى اليتيم حيث لا تبرأ ذمته بل يجب عليه أن يدفع الثمن إلى الوصي ثانياً لأن اليتيم ليس له قبض ماله أصلاً فلا يكون له الأخذ من المدين فيكون الدفع إليه تضييعاً فلا يعتد به وأما الموكّل في مسئلته انصرف في ماله ولا يتقدم أحد عليه فيه فيكون قبضه معتبراً وبخلاف الوكيل في الصرف إذا صار قبض الموكّل بدل الصرف حيث يطل الصرف ولا يعتد بقبضه لأن جواز الصرف معلق بالقبض قبل الاقتراء فكان القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول وهما يتعلقان بالعاقدين فكذا القبض في الصرف وقبض الثمن في مسئلته ليس كالإيجاب والقبول وانما جاز للوصول حقه إليه ولهذا لو كان للمشتري دين على الموكّل تقع المقاصة بمجرد العقد للوصول الحق إليه بطريق التقاض ولو كان له عليه ما دين تقع المقاصة بين الموكّل دون دين الوكيل ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكّل لأنه قضى دينه بمال الموكّل بخلاف الصرف حيث لا تقع المقاصة بالدين لأن القبض فيه كالإيجاب والقبول فلا بد من وجود حقيقة أو حكمياً بإضافة العقد إلى الدين وهذا عندنا اه وقال أبو يوسف رحمه الله لا تقع المقاصة بين الوكيل وهو مبنى على جواز إبراء الوكيل بالبيع من الثمن فعندهما يجوز إبراءه فكذا تقع المقاصة بينه وعنده لا يجوز فلا تقع ووجه البناء أن المقاصة إبراء بعوض فيعتبر بالإبراء بعوض ولهذا لو كان له عليه ما دين كانت المقاصة بين الموكّل أولى عندهما كالأوكلة برأيهما فانه يبرأ بإبراء الموكّل حتى لا يلزم الوكيل ضمانه وقول أبي يوسف استحسن ووجهه أن الثمن الذي في ذمة المشتري ملك الموكّل لأنه بدل ملكه وإبراءه تصرف فيه على خلاف ما أمر به فلا ينفذ كالأوكلة قبض الثمن فهو به للمشتري ودليل الخلاف ظاهر ولهذا يصير ضماناً ووجه قولهما أن الإبراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل ألا ترى أن الموكّل ليس له أن يمنع من ذلك ولو أراد أن يقبض بنفسه لا يمكن من ذلك فكان هو بالإبراء بمنعاً عن القبض مسقطاً حق نفسه فيصح منه إلا أنه يقبضه يتعين ملك الأمر في المقبوض وإذا انسدت عليه هذا الباب بإبرائه صار ضماناً له بمنزلة الرهن إذا عتق المرهون ينفذ عتاقه لمصادقته ملكه ويضمن للرهن لأن انسداد باب الاستيفاء عليه من مالية العبد بالاعتاق وعلى هذا الخلاف إبراء الولي والوصي فيما أباعه من مال الصغير

باب الوكالة بالبيع والشراء

الأصل أن الجهالة إذا كانت تمنع الامتثال ولا يمكن دركها تمنع صحة الوكالة والأفلا والجهالة ثلاثة أنواع جهالة فاحشة وهي الجهالة في الجنس فتمنع صحة الوكالة سواء بين الثمن أو لم يبين كالأوكلة بشراء ثوب أو دابة أو نحو ذلك والثانية جهالة يسيرة وهي ما كانت في النوع كالأوكلة بشراء فرس أو حماراً أو ثوب هروياً أو مروياً أو نحو ذلك فانه تجوز الوكالة به وإن لم يبين الثمن وقال بشر لا تجوز والحجة عليه ما روى أنه عليه الصلاة والسلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للأخيرة ولأن جهالة النوع لا تخل بالمقصود ويمكن دفعها بصرف التوكيل إلى ما يليق بحال الموكّل حتى لو أن عاتياً وكل رجلاً بشراء فرس فاشترى فرساً يصلح للموكّل لا يلزمه والثالثة جهالة بين النوع والجنس كالأوكلة بشراء عبداً وجارية إن بين

المريسي تمنع وان كانت يسيرة لانها تمنع الامتثال اه وبقول بشر قال الشافعي في وجه وأحد في رواية لأن التوكيل بالبيع والشراء معتبر الثمن بنفس البيع والشراء فلا يصح الا ببيان المعفو عليه اه كي (قوله وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للأخيرة) وجعل جهالة النوع عقوا ولأن التفاوت بين النوع والنوع يسير فلا يمنع الامتثال لكن تنصرف الوكالة إلى ما يليق بحال الموكّل اه اتقاني (قوله والثالثة جهالة بين النوع والجنس) قال الاتقاني نقلاً عن قاضيان في شرحه والثالثة ما يكون بين الجنس والنوع كالأوكلة بشراء عبداً وجارية إن بين

بين النوع والجنس) قال الاتقاني نقلاً عن قاضيان في شرحه والثالثة ما يكون بين الجنس والنوع كالأوكلة بشراء عبداً وجارية إن بين

الثنى أو الصفة بان قال تركيا أو هنديا أو روميا بصحت الوكالة وان لم يبين الثمن أو الصفة لا يصح لان اختلاف العبيد والحواري أكثر من اختلاف سائر الأنواع وعادة الناس في ذلك مختلفة فكانت بين الجنس والنوع وكذلك الدار ملحقة بالجنس من وجبه لانها تختلف بقوله المرافق وكثرها فان بين الثمن ألحقت بجهالة النوع وان لم يبين ألحقت بجهالة (٢٥٩) الجنس والمأخرون قالوا في ديارنا

لا يجوز بدون بيان المحلة لانها تختلف باختلاف المحلة وبما سمي من الثمن وكذا لو قال اشترى حنطة لا يصح ما لم يبين عدد القفزان أو الثمن لان الحنطة تتناول القليل والكثير فاما لم يبين المقدار أو الثمن (١) اه (قوله وخرجوا) خرج صدره ضاق حرجا من باب ايس اه مغرب (قوله في الثمن) وبشراء عبيد أو دار قال محمد بن الحسن في الاصل واذا وكل الرجل رجلا أن يشتري له جارية أو عبدا فان هذا لا يجوز من قبل أن العبيد والحواري مختلفون فان وكله أن يشتري له عبدا مولدا أو حبشيا أو سنديا أو سمي جنسا من الاجناس فان ذلك جائز ايضا وتسمية الثمن وتسمية الجنس سواء اه غاية ثم قال في الاصل واذا وكله أن يشتري له دارا ولم يسم الثمن فان ذلك لا يلزم الامر ولا يجوز عليه وقالوا في شروح الجامع الصغير رجل أمر آخر أن يشتري جارية أو ثوبا أو دابة أو دارا ولم يسم الثمن فهو مشتري لنفسه والوكالة باطلة وان سمي ثمن الدار وبين جنس

الثنى أو النوع بان قال عبد تركيا أو حبشيا أو نحو ذلك جازت الوكالة وان لم يبين واحدا منهم ما لم تجز لانه يبين الثمن يعلم من أي نوع يريدو بيان النوع يعلم ثمنه فتبقى الجهالة بعد ذلك يسيرة وهي لا تمنع صحة الوكالة بخلاف ما اذا كانت الجهالة في الجنس حيث تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن لانه بذلك المقدر من الثمن يوجد من كل نوع فلا يفيده المعرفة قال رحمه الله (أمره بشراء ثوب هر وى أو فرس أو بغل صح سمي ثمنأولا) لانه لم يبق الجهالة بعد اعلام الجنس الا في الصفة وهي محتملة في الوكالة لان الوكيل قادر على تحصيل مقصود الموكل بأن يتطرق في حاله اذا اختلف الصفة لا يوجب اختلاف أصل المقصود ولا يشترط في مثله تسمية الثمن لاجتماعه لانه يبين جنس الثمن يصير معلوما عادة فصار كالوكله بشراء ثوب هر وى على أي صفة كان ولا نالو شرطنا الاستقصاء في الصفة والبيان في النوع وربما لا يتمكن الوكيل من القيام بذلك وضاق الامر على الناس وخرجوا والخرج مدفوع قال رحمه الله (وبشراء عبيد أو دار جازان سمي ثمنأولا) لان هذه جهالة متوسطة بين الجنس والنوع وليست بفاحشة ولا يسيرة فاذا بين ثمنه علم من أي نوع مقصوده لان ثمن كل نوع من العبيد معلوم بين الناس والتحقيق بجهالة النوع بذلك جازت الوكالة به وان لم يبين ثمنه التحق بجهالة الجنس فلم تجز الوكالة به وهذا لانه باعتبار منفعة العمل بجنس واحد وباعتبار منفعة النظر والجمال أجناس مختلفة فان الجمال منفعة مطلوبة من بنى آدم ولهذا جعل رؤية الوجه من بنى آدم كروية الشكل لحصول العلم بالمقصود وهو الجمال لكونه يجمع المحاسن وباعتبار هذه المنفعة يختلف التركي والهندي والسندي والحشبي والتكروري وكذا اذا بين نوعه تجوز الوكالة به لحصول العلم بمقصوده لانه انما جازت الوكالة به اذا بين ثمنه لكونه معلوم النوع فعهد التصريح بنوعه أولى أن تجوز قال رحمه الله (وبشراء ثوب أو دابة أو ان سمي ثمنأ) يعنى لو وكله بشراء دابة أو ثوب لا يصح التوكيل وان بين ثمنه لان هذه جهالة في الجنس فلا يتمكن الوكيل من الاكتمال من الامتثال لتفاحش الجهالة لان ما من نوع يشتريه الوكيل من أنواع ذلك الجنس الا يمكن الموكل أن يقول انى عنيت خلافه والامر بما لا يمكن الامتثال به باطل فخلص لسان جميع ما ذكرنا أن الجهالة اذا كانت في الجنس لا تجوز الوكالة به مطلقا وان كانت في النوع تجوز مطلقا وان كانت ما بينهما بان كانت أنواعا فان ذكر الثمن أو النوع جازت والتحقيق بالثاني وان لم يبين التحق بالاول فلم تجز والجنس ما يدخل تحته أنواع متغايرة والنوع اسم لاحد ما يدخل تحت اسم فوقه وقيل الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص وقيل كل اسم منتظم أشياء نوع باعتبار ما فوقه جنس باعتبار مادونه هذا الذي ذكرناه كله اذا لم يكن فيه دلالة على العموم وان كان فيه دلالة على العموم بان قال اشترى ما رأيت جازت الوكالة لانه فوض الامر الى رأيه فأى شئ اشتراه له يكون ممثلا وكذا لو قال اشترى بألف ثوبا أو دواب أو أشياء أو ماشئت أو ما رأيت أو أدنى شئ حضرك أو ما يوجد أو ما يتفق جاز لان التعيين دلالة التفويض الى رأيه وكذا لو قال اشترى بألف أو ربع جازت الوكالة وبصير مستقرضا للآلف منه وبصير البائع قابضا للامر أو لاجلهم القرض ثم يصير قابضا لنفسه وكذا اذا قال اجعله بضاعة لى لان انظر البضاعة يدل على العموم وكذا لو قال اشترى به ولم يرد عليه فانه يصح استحسانا لانه تفويض عام فكأنه قال اشترى ما بدالك أو قال سلطتك على الشراء وكذا لو قال أذن لك أن تشتري به الدابة والثوب جاز اه غاية (قوله في الثمن جازان سمي ثمنأولا) أى وان لم يسم الثمن لا يجوز وهذا اذا اقتصر على ذكر العبد ولم يبين نوعه أما اذا بين حينئذ يجوز كما يصرح به الشارح رحمه الله تعالى اه (قوله بان قال اشترى ما رأيت جازت الوكالة) أى جازت مع الجهالة كالبضاعة والمضاربة اه اتفاقا

(قوله في المتن وبشراء طعام الخ) قال في الهداية ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشترى بها طعاما فهو على الخنطة ودقيقها اه (قوله وجه الاستحسان الخ) قال الاتقاني وجه الاستحسان أن الطعام في عرفهم يتناول الخنطة ودقيقها اذا ذكر مقر ونا بالشراء ولهذا يسمى عندهم السوق الذي يباع فيه الخنطة ودقيقها سوق الطعام واذا كان العرف هكذا ترك القياس به لان العرف أقوى من القياس لان الثابت بالعرف كالثابت بالنص اه (قوله وقيل) هذا قول الفقيه أبي جعفر الهندواني اه غايه (قوله لان حكمه الوكالة قد انتهت بالتسليم اليه) وله هذا قالوا اذا سلمه الى الموكل لم يكن للشفيع أن يطالب الوكيل لانه خرج من الوكالة وانقطع حكمه كذلك هكذا قال محمد بن الحسن في الجامع الكبير الوكيل (٣٦٠) بالشراء اذا اشترى جارية ودفعها الى الامر ثم علم بعيب فانه لا يردّها الا برضا الامر

لما بينا قال رحمه الله (وبشراء طعام يقع على البر ودقيقه) أي لو وكرهه بشراء طعام ينصرف الى الخنطة ودقيقها حتى لا يكون له أن يشتري له غيره مما من الطعام والقياس أن يتناول كل مطعوم لانه اسم له كما لو حلف لا يأكل كل طعاما وجه الاستحسان أن الطعام مقر ونا بالبيع أو الشراء يراد به البر عادة ودقيقه ولا عرف فيما اذا كان مقر ونا بالا كل فبقى على حقيقة فبحث باكل أي طعام كان حتى لو حلف لا يشتري أو لا يبيع طعاما لا يبحث الا بالبر لما ذكرنا وقيل ان كانت الدراهم كثيرة فعلى البر وان كانت قليلة فعلى الخبز وان كانت بين الامرين فعلى الدقيق والفارق في ذلك العرف ويعرف بالاجتهاد حتى اذا عرف أنه بالكثير من الدراهم يريد به الخبز بان كان عنده وليمة يتخذها هو جازله أن يشتري الخبز له لان حاله يدل على أنه ما يشتريه الا ذخاره وهو المرجح بجانب الخنطة اذا لم يقبل الا ذخار وكذا الدقيق لا يقبله طويلا فنعين لبر لا ذخاره وفي الكثير عادة وقال بعض مشايخنا وراء النهر الطعام في عرفنا ينصرف الى ما يمكن أكله يعني المهيا للاكل كاللحم المطبوخ والمشوى ونحوه وقال الصدر الشهيد رحمه الله وعليه الفتوى واذا لم يدفع اليه دراهم وقال اشترى طعاما لم يجز على الامر لانه وكاه أن يشتري له مكبلا ولم يبين له مقداره وجهه القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الامر باسمي له قال رحمه الله (ولو وكيل الرذال يعيب ما دام المبيع في يده) يعني من غير امر الموكل لان الرذال يعيب من حقوق العقد وهي كلها تملك بالوكيل دون الموكل فيستدبه قال رحمه الله (ولو سلمه الى الامر لا يردّه الا بأمره) لان حكم الوكالة قد انتهت بالتسليم اليه ولان في رده بغير اذنه ابطال ملكه وبه الحقيقة فلا يمكن منه بدون رضاه ولانه أصيل في حق الحقوق نائب في حق الحكم على أصح الأقوال فكان له جانبان بجانب النيابة تمنعه الرذال وجانب الاصل لا تمنعه فعملنا بجانب الاصل قبل الدفع الى الموكل وبجانب النيابة بعده وقد أمكن العمل بهما بهذا الطريق ولو رضى الوكيل بالعيب جاز وسقط حق الرذال ذكرنا أنه أصيل في الحقوق وهذا على قوله ما ظاهر لانه يملك البراء عن الثمن فعن العيب أولى واختلف المشايخ على قول أبي يوسف رحمه الله فعلمتهم صححوا ابراهه ورفقوا بين هذا وبين البراء عن الثمن بان البراء عن الثمن يحتمل أن يكون مضرابه لاحتمال أن يكون المشتري أملا من الوكيل فاذا برئ يبق دينه في ذمة الوكيل وهو مفسد فيتضرر به بخلاف البراء عن العيب لان الموكل فيه على خياره ان شاء رضى بالعيب وأخذته وان شاء رده على الوكيل اذ لا يلزم الموكل ببراءته ولا يسقط خياره به وهذا لأن بينهما مبادلة حكمية كان الوكيل باعه من الموكل ولهذا يجبس الوكيل المبيع حتى يستوفي الثمن من الموكل فاسقاط حقه في العقد الاول لا يلزم منه سقوط حق من اشترى منه قال رحمه الله (وجبس المبيع ثمن دفعه من ماله)

فان لم يدفعها الى الامر فله أن يردّها فان رضى بالعيب أو أبرأ البائع عن العيب وقد أمره الامر بردّها صح رضاه وبراءه في حقه دون الامر حتى كان لا امر أن يأخذ الجارية مع العيب وان شاء تركها على الأمور وضمنه الثمن فالو في شروح الجامع الكبير وهذه المسئلة حجة لابي حنيفة ومحمد رحمه الله على أبي يوسف في مسئلة الوكيل بالبيع اذا أبرأ المشتري عن الثمن فلو لم يكن البراء عن الثمن صححنا في حق الامر لم يصح البراء عن العيب ههنا أيضا اه غايه (قوله واختلف المشايخ) قال الاتقاني ومنهم أي المشايخ من قال لابل صح البراء عن العيب عند الكل قبل القبض وبعده ورفقوا لابي يوسف (١) قوله فعلمتهم صححوا ابراهه أي ابراهه عن العيب بخلاف الثمن اه (قوله

ورفقوا بين هذا) أي بين ابراه الوكيل بالشراء عن العيب اه (قوله وبين البراء) أي وبين ابراه الوكيل بالبيع أي عن الثمن اه (قوله وان شاء رده على الوكيل) فان لم يختر الا أمره شيأ حتى هلك في يده المأمور فانها تملك من مال الامر لان يده كبد المالك في حق الملك ولم يحدث معاوير رجوع الامر على المأمور بقرصان العيب لان الامر يشتري منه حكما وقد وجد به اعيابا ويجز عن ردها بموتها في يده حكما وكذا اذا تمت لكن اعوت في يد الوكيل يرجع الموكل عليه بقرصان العيب لان الاعور اريعيب حدث في يده الامر حكما اه غايه (قوله ولهذا يجبس الوكيل المبيع حتى يستوفي الثمن الخ) واذا وجد الموكل بعيبا يردّه عليه واذا اختلفا في الثمن تحالفا اه

(١) قول الحشبي ورفقوا لابي يوسف هكذا في الاصل لم يكتب بعد هذا شيأ ولعله اكتفى بما في الشارح من الفرق اه صححه

(قوله ولهذا لو وجد الموكل به عيبا رده عليه) أي وله أن يرجع بقصان العيب إذا هلك عند الموكل اه غاية (قوله ولو اختلفا في الثمن تخالفا) والتخالف من خواص المبادلة اه غاية (قوله لأنه لو لم يدفع الثمن أيضا له أن يحبس عنه) قال صاحب الذخيرة لم يذكر محمد في شيء من الكتب أن الوكيل إذا لم يتقدّم الثمن وسأحه البائع وسلم المبيع إليه هل له حق الحبس عن المبيع إلى أن يستوفي الثمن ثم قال حكى عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني أنه له ذلك لأن حق الحبس للوكيل ليس لأجل ما تقبل لأجل بيع حكى انعقد بين الوكيل والموكل وهذا المعنى لا يختلف بين النقد وقبله قلت هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة وكيف خفي عليه هذا وقد صرح محمد في الأصل في باب الوكيل في الشراء فقال وإذا وكل الرجل رجلا أن يشتري له عبدا بألف درهم بعينه فاشترى الوكيل وقبضه وطلب الأمر أخذ العبد من الوكيل وأبى الوكيل أن يدفعه فلو وكيل أن يمنعه ذلك حتى يستوفي الثمن في قول أبي حنيفة وإن كان الوكيل قد نقد الثمن أو لم يتقدّمه وسواء إلى هنا لفظه في الأصل وقال في الفتاوى الصغرى الوكيل بالشراء إذا اشتري (٣٦١) بالنسيئة خفي عليه الثمن بموته لا يحل على الأمر ونقله عن باب الوكيل

بالشراء من وكالة الكافي اه اتقاني (قوله ويكون قبضه قبض الموكل) وإذا سلمه حقيقة سقط حق الحبس فكذا إذا سلمه حكما ولأن الوكيل أمين ألا ترى أنه لا يضمن بالهلاك عنده كالمودع فليس للأمين حق الحبس بعد طلب المودع اه غاية (قوله في امتن فلو هلك في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) وذلك لأن المبيع أمانة في يد الوكيل لأنه قبضه للموكل وليس على الأمين شيء ما لم يحدث منعا فلا يضمنه كما إذا هلك الوديعة في يد المودع اه اتقاني (قوله أو تبين به أنه قبضه لنفسه) أي قبضه لنفسه لا للموكل وإذا وقع القبض للوكيل لم يوجد التسليم منه إلى

أي الوكيل بالشراء إذا اشتري ودفع الثمن من ماله للبائع له أن يحبس المبيع بالثمن الذي دفعه للبائع من ماله لما ذكرنا من أن المبادلة الحكيمة قد جرت بينهما وصار الوكيل كالبائع والموكل كالمشتري منه ولهذا لو وجد الموكل به عيبا رده عليه ولو اختلفا في الثمن تخالفا وسأله المبيع له من جهة الوكيل فيرجع عليه بثمنه ولأن توكيله بأياه مع علمه بأن الحقوق ترجع إليه أذن منه بدفع الثمن عنه من ماله فصار كالمودع صرحنا فبرجع عليه به ويحبس عنه المبيع حتى يدفع إليه منزلة منزلة البائع وقوله تبين دفعه من ماله وقع اتفاقا لأنه لو لم يدفع الثمن أيضا له أن يحبس عنه وهذا لأنه لما نزل منزلة المشتري منه أخذ حكمه والمشتري لا يمكن من أخذه حتى يوفيه ثمنه كالمودع كان بآئله حقيقة يحققه أن حبس المبيع عن الموكل ليس لأجل نقد الثمن عنه بل لأجل أنه بائع له حكما وهذا المعنى لا يختلف بين ما إذا نقد الثمن أو لم ينقد وقال زفر رحمه الله ليس للوكيل حبس المبيع عن الموكل لأنه نائب عنه فتقوم يده مقام يد الموكل ويكون قبضه قبض الموكل ولا يحبس المبيع بعد القبض وهذا لأن المبيع أمانة في يده وليس للأمين حبس الأمانة بدلين له على صاحبها قلنا الموكل ملك المبيع بعقد بآئله الوكيل يبدل استوجبه عليه وهذا معنى البيع فيحبسه به كالمودع بأياه حقيقة وقد ذكرنا أن بينهما مبادلة حكيمة ولهذا رده الموكل على الوكيل بعيب ويجرى تخالف بينهما عند الاختلاف في الثمن وهذا من خصائص البيع فكذا هذا الحكم ولا نسلم أن قبضه قبض الموكل بل قبضه يجوز أن يكون لأحياء حق نفسه ويجوز أن يكون لتتميم مقصود الموكل فيتميم في الآخرة بحبسه أن القبض كان لحقه وبعدم الحبس كان للموكل وقبل ذلك الأمر موقوف فلا يحكم عليه بشيء ولأن هذا القبض لا يمكن التجرع عنه إذا لا يقدر على القبض على وجه لا بصير الموكل به قابضاً وما لا يمكن التجرع عنه يكون عفواً فلا يسقط به حقه من غير رضاه إذ في سقوطه ضرر عليه قال رحمه الله (فلو هلك في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) لأن الوكيل في القبض عامل للموكل فيصير قابضاً قبض الوكيل حكمه فإلم يمنعه منه لا يكون مسترداً له فإذا هلك هلك من مال الأمر فكان له أن يرجع عليه بخلاف ما إذا حبسه عنه ثم هلك لأنه صار مسترداً بالحبس أو تبين به أنه قبضه لنفسه قال رحمه الله (وإن هلك بعد حبسه فهو كالمبيع) يعني يهلك بالثمن وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال زفر رحمه الله هو كالغصب فيضمن جميع قيمته لأنه ليس له أن يحبس عنه فبالحبس يكون متعدياً كالمودع

الموكل اه (قوله وهذا عند أبي حنيفة ومحمد) قال الاتفاق في قوله فإن حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند أبي يوسف وضمن المبيع عند محمد هذا اللفظ القدوري في مختصره ولم يذكر قول أبي حنيفة فيه كما يذكر في المختلف والحصر وغير ذلك وقال الشيخ أبو نصر البغدادي ذكر في الجامع الصغير قول أبي حنيفة مثل قول محمد اه (قوله لأنه ليس له أن يحبس عنه) اعلم أن المضمونات أنواع منها الرهن وهو مضمون بالاقبل من قيمته ومن الدين والمبيع في يد البائع وهو مضمون بالثمن حتى إذا هلك سقط الثمن قل الثمن أو أكثر والمعصوب وهو مضمون بالمثل إن كان مثليا وبالقيمة إن كان قيميا بالغة ما بلغت والمشتري إذا حبسه الوكيل لاستيفاء الثمن فهلك ففيه خلاف فقال أبو يوسف هو مضمون بالاقبل من قيمته ومن الثمن كالرهن مضمون بالاقبل من قيمته ومن الرهن وقال أبو حنيفة ومحمد مضمون بالثمن كالمبيع يهلك قبل القبض وقال زفر يضمن ضمان الغصب لأن من مذهبهم أن ليس له حق الحبس فصار بالحبس غاصبا ولأن الوكيل كالبائع من الموكل لأن الموكل انتقل الملك إليه من جهته ثم الوكيل قد عيّن حق الموكل في المشتري حيث اشتراه فوجب على الموكل أيضا أن يعين حق

الوكيل في الثمن بالتسليم اليه فكان حبسه لاستيفاء الثمن بحق فلم يكن غاصبا ثم قال أبو يوسف انه مضمون ضمان الرهن حتى لو كان فيه وفاء بالثمن سقط ولا يرجع بالفضل وقال محمد مضمون ضمان المبيع فاذا هلك سقط كل الثمن لان الوكيل كالبائع وجهه قول أبي يوسف انه ليس ببائع حقيقة الا أنه يحبس المشتري بدين على الموكل وهو الرهن بعينه لان الرهن هو الحبس بالدين قال ذلك كله الشيخ قوام الدين الاتقاني رحمه الله ثم قال عمدة (٢٦٢) الخلاف تظهر فيما اذا كان الثمن خمسة عشر مثلاً وقيمة المبيع عشرة فعند أبي يوسف

يرجع الوكيل على الموكل بالفضل وهو الخمسة وتظهر فائدة الغصب في عكس هذا أن تكون قيمة المبيع خمسة عشر والثمن عشرة فعند زفر يرجع الموكل على الوكيل بالخمسة وعلى قول محمد لا تفاوت الحال بين أن يكون الثمن كثيراً أو قليلاً لانه يسقط بهلاك المبيع ولا يجب شيء أصلاً اه وقال الكاكي رحمه الله وتظهر غيرة الخلاف فيما اذا كانت قيمته عشرة مثلاً والثمن خمسة عشر يرجع الوكيل على الموكل بخمسة عند أبي يوسف ولا يرجع أحدهما على الآخر عند زفر وعند أبي حنيفة ومحمد أيضاً ولو كانت القيمة خمسة عشر والثمن عشرة فعند زفر يرجع الموكل على الوكيل بخمسة ولا شيء عليه عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف اه (قوله بعد أن لم يكن مضموناً به) يعني لم يكن مضموناً في الابتداء كما قال زفر وانما صار مضموناً بالحس اه (قوله قلنا الخ) فيه نظر نقوله فيسأل ان المبادلة الحكيمة الواقعة بينهما معتبرة

منع الوديعة عن صاحبها وقال أبو يوسف رحمه الله هو كالرهن فيكون مضموناً بالافضل من قيمته ومن الدين لانه صار مضموناً بالحس للاستيناء بعد أن لم يكن مضموناً به وهذا هو معنى الرهن بخلاف المبيع فانه مضمون بنفس العقد حبسه البائع أو مضمونه بحقه ان حبسه للاستيناء بعد أن لم يكن مضموناً به وأما أصل العقد لا ينفسخ بهلاكه وهذا حكم الرهن بخلاف المبيع فان المبيع فيه يكون محبوساً ومن أن ما يوجد وينفسخ المبيع بهلاكه وله ما أن بينهما مبادلة حكيمة بدليل ما ذكرنا من الاحكام فيكون معتبراً بالمبادلة الحقيقية وهو المبيع ولا نسلم أن العقد لا ينفسخ بل ينفسخ بينهما وان لم ينفسخ في حق البائع وكذا لو رضى الوكيل بالعيب ولم يرض به الموكل ينفسخ العقد بينهما وان لم ينفسخ في حق البائع والدليل على انه ليس كالرهن انه ثبت في النصف الشائع والحبس يحكم الرهن لا يثبت فيه فان قيل لو اشتراه الوكيل بدين مؤجل ثبت الاجل في حق الموكل ولو كان بينهما مبادلة لما ثبت كمالا يثبت في حق الشفيع قلنا ان الوكيل والموكل على مكان المبيع بعقد واحد فاشترط فيه يلزمه ما بخلاف الشفيع فانه عليه بعد جدي فاشترط في العقد الاول لا يكون مشروطاً في الثاني قال رحمه الله (وتعتبر بمقارفة الوكيل في الصرف والسلم دون الموكل) لان المستحق فيه ما قبض العاقد والعاقده هو الوكيل فيشترط قبضه وان كان لا تعلق به الحقوق كالاصي والعبد المحجور عليه لان قبضه وتسليمه صحيح وان لم توجه عليه المطالبة في حكم صحة التقابض خو كوكيل تعلق به حقوق العقد فاذا قبض الوكيل تم العقد ولو جرد شرطه وان فارقه قبل القبض بطل العقد بشرطه وان فارقه الموكل قبل القبض لا يبطل لانه ليس بمعاقد بخلاف الرسول فيه لان الرسالة حصلت في العقد لا في القبض وكلام الرسول ينقل الى المرسل فيكون العاقد هو المرسل فيكون قبض الرسول قبض غير العاقد فلا يجوز وقال في النهاية هذا اذا كان الموكل غائباً عن مجلس العقد وأما اذا كان حاضراً في مجلس العقد يصير كأن الموكل صار في نفسه فلا تعتبر مقارفة الوكيل وعزاه الى خواهر زاده وهذا مشكل فان الوكيل أصيل في باب البيع حضراً الموكل العقد أو لم يحضر ثم ذكر فيه بعد بأسطر فقال المعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس وغيبية الموكل لا تنقض وعزاه الى وكالة البسوط واطلاقه واطلاق سائر الكتب دليل على أن مقارفة الموكل لا تعتبر أصلاً ولو كان حاضراً وفي قوله تعتبر مقارفة الوكيل في الصرف والسلم إشارة الى أن التوكيل فيه ما جاز وانما جاز لانه عقد عليه الموكل فجاز أن يوكل به كسائر أنواع البياعات والاجارات وهذا في الصرف محجور على اطلاقه فانه يجوز التوكيل فيه من الجانبين وأما في السلم فانه يجوز بدفع رأس المال فقط وأما بأخذه فلا يجوز لان الوكيل اذا قبض رأس المال يبقى المسلم فيه في ذمته وهو مبيع ورأس المال عنه ولا يجوز أن يبيع الانسان ماله بشرط أن يكون الثمن لغيره كما في بيع العين واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقد لنفسه فيجب المسلم فيه في ذمته ورأس المال مملو له واذا سلمه الى الآخر على وجه التملك منه كان قرضاً قال رحمه الله (ولو وكرهه بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرة أرطال بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يلزمه العشرة بدرهم وذكر في بعض نسخ مختصر القندوري قول محمد مع قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله لم يذ كر الخلاف في الاصل وجهه قول أبي

بالحقيقة فلا يستقيم اذا أن يقال انهما يملكانه بعقد واحد ويتم به الفرق اه تأمل (قوله وهذا مشكل فان الوكيل يوسف أصيل) قلت هذا ليس بمشكل فان الوكيل فائب عنه فاذا حضر الاصيل فلا يعتبر النائب اه ع (قوله ومحمد لم يذ كر الخلاف في الاصل) وهذا لان محمد قال في الاصل في آخر باب الوكالة في الثراء واذا وكرهه أن يشتري له عشرة أرطال لحم بدرهم لزم الا منعهما عشرة بنصف درهم وكان للمأور عشرة أرطال بنصف درهم الى هنا لفظ الاصل ولم يذ كر الخلاف كما ترى وجهه قول أبي يوسف أن النبي صلى الله عليه

وسلم وكل عروة البارقي ليسترى له أضحمة واشترى شاتين فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ولأنه أمر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم على ظن أن سغرا اللحم عشرة بدرهم فإذا زاد فقد فعل خيرا فلم الأمر اه اتقاني (قوله لأنه خالفه إلى شمر) لأن الوكيل أمره بشراء السمين لا المهزول وهذا مهزول اه (قوله فينقذ الزائد عليه والعشرة على الأمر) ولا يلزم علينا (٣٣٣) الزيادة القليلة كمشرة أرطال ونصف

رطل حيث يلزم الجميع الأمر لأنها تدخل بين الوزنين فلا يتحقق حصول الزيادة اه اتقاني (قوله) وبخلاف ما إذا وكله أن يشتري الخ) ذكر في التمهة وقال إذا أمره أن يشتري له ثوبا بهرويا بعشرة فاشترى له هرويا بعشرة وكل منهما يساوي عشرة قال أبو حنيفة لا يجوز البيع في واحد منهما لأن لأدري أيهما أعطيه بحصته من العشرة لأن القيمة لا تعرف إلا بالخز والظن ونقله عن المتقي اه اتقاني وكتب أيضا قوله وبخلاف جواب اشكال على أبي حنيفة اه (قوله) لأن ثمن كل واحد منهما مجهول) الفرض أن صورة المسئلة فيما إذا كان يساوي كل واحد منهما عشرة فكيف يقال بعد ذلك لجهالة الثمن اه قارئ الهداية (قوله في الثمن ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يشتريه لنفسه) وهذا إذا لم يعين الثمن أما إذا عين بخلاف فسيأتي اه (قوله معناه لا يتصور أن يشتريه لنفسه) وذلك لأنه لا يمكن أن يشتريه لنفسه فلو كان المشتري له أن يعزل نفسه بالموكل فأبى حتى لو كان الموكل حاضر وأصرح بأنه يشتريه لنفسه) كان بخلاف ما إذا وكل نفس العبد أن يشتريه له من مولا أو وكل العبد رجلا أن يشتريه له من مولا فاشترى حيث لا يكون للأمر ما لم يصرح به للوحي أنه يشتريه فيهما إلا أمر مع أنه وكيل بشراء شيء بعينه وإنما كان كذلك لاختلاف حكمهما على ما بين من قريب إن شاء الله تعالى وبخلاف ما إذا وكله أن يزوجه امرأة معينة حيث جاز له أن يتزوج بها لأن النكاح الذي أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره لأن الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل فكان مخالفا بإضافته إلى نفسه فأنعزل وفي الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالاضافة إلى أحد فكل شيء أتى به لا يكون مخالفا به إلا يعتبر في المطلقات إلا ذاته دون صفاته فيتناول الذات على أي صفة كانت فيكون موافقا بذلك حتى لو خالف مقتضى كلام الأمر في جنس الثمن أو قدره كان مثله على ما ذكر من قريب إن شاء الله تعالى ولو وكله رجل آخر أن يشتري له ذلك الشيء بعينه فاشتراه له كان للموكل الأول دون الثاني لأنه إذا لم يملك الشراء لنفسه فأولى أن لا يملك الشراء لغيره قال رحمه الله (فلو اشتراه بغير التهود أو بخلاف مسمى له من الثمن وقع للوكيل) لأنه خالف أمره فينقذ عليه فينعزل في ضمن المخالفة وكذلك لو وكل هذا الوكيل رجلا فاشتراه وكيله وهو غائب كان الملك للوكيل الأول لما قلنا وإن اشتراه بضرته فنقذ على الموكل الأول لأنه حضره رأي به وهو المقصود فلم يكن مخالفا ولأنه إذا كان حاضرا يمكن نقل كلامه إليه على ما ذكرنا في النكاح بخلاف ما إذا كان غائبا

يوسف رحمه الله أن هذا خلاف إلى خير لأن المأمور به صرف الدرهم في عشرة أرطال من اللحم وقد صرفه فيه مع زيادة تخير فينقذ عليه كما إذا أمره أن يبيع عبده بالف فباعه بالثمن بخلاف ما لو اشتري ما يساوي عشرة رطل أمناه درهمين درهمين حيث يصير مشتريا بنفسه بالاجماع لأنه خالفه إلى شمر لأن الأمر تناول لما يساوي عشرة أرطال منه درهمين درهمين وجه الأول أنه أمره بشراء عشرة ولم يأمره بأكثر منه فينقذ الزائد عليه والعشرة على الأمر بخلاف ما استشهد به لأن الزائد فيه بدل ملكه وبخلاف ما إذا وكله أن يشتري له ثوبا بهرويا بعشرة فاشترى له ثوبا بهرويا بعشرة يساوي كل واحد منهما عشرة درهم حيث لا يلزم الموكل واحد منهما مالان ثمن كل واحد منهما ما مجهول إذا لا يعرف إلا بالخز وكذا المشتري للموكل مجهول بخلاف مسألة اللحم فإنه موزون مقدر فينقسم الثمن على أجزائه على السواء وهو معلوم يمكن قسمته بينهما على قدر حقهما ولا يقال هذا إلا يستقيم على قول أبي حنيفة لأنه لا يكون موافقا بمثل عنده كما إذا أمر أن يطلق امرأته واحدة فقطعها فلا ناحيت لا يقع شيء عنده وكذا لو اختلف الشهود وجعل هذا الاختلاف لا تقبل شهادتهم للاختلاف لأن الاتفاق فيها شرط لا نأقول ذلك فيما إذا لم يجد نفاذا على الوكيل وأما إذا وجد فنقذ في ضمنه ينقذ على الأمر وهذا لأن الشراء لا يتوقف بل ينقذ على الوكيل إذا وجد فإذا والعشرة داخل في العشر بن فسفوذ العشر بن تنفذ العشرة بخلاف ما ذكر في مسألة الطلاق والشهادة فإنها لا تنفذ عليه لعدم الملك ولا على الموكل لعدم الموافقة والموافقة شرط فيه قال رحمه الله (ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يشتريه لنفسه) معناه لا يتصور أن يشتريه لنفسه بل لو اشتراه بنوى بالشراء لنفسه أو تلفظ بذلك يكون للموكل لأن فيه عزل نفسه وهو لا يملك عزل نفسه والموكل غائب حتى لو كان الموكل حاضر وأصرح بأنه يشتريه لنفسه) كان المشتري له لأن له أن يعزل نفسه بمحضرة الموكل وليس له أن يعزل نفسه من غير علمه لأن فيه تغير برأيه بخلاف ما إذا وكل نفس العبد أن يشتريه له من مولا أو وكل العبد رجلا أن يشتريه له من مولا فاشترى حيث لا يكون للأمر ما لم يصرح به للوحي أنه يشتريه فيهما إلا أمر مع أنه وكيل بشراء شيء بعينه وإنما كان كذلك لاختلاف حكمهما على ما بين من قريب إن شاء الله تعالى وبخلاف ما إذا وكله أن يزوجه امرأة معينة حيث جاز له أن يتزوج بها لأن النكاح الذي أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره لأن الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل فكان مخالفا بإضافته إلى نفسه فأنعزل وفي الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالاضافة إلى أحد فكل شيء أتى به لا يكون مخالفا به إلا يعتبر في المطلقات إلا ذاته دون صفاته فيتناول الذات على أي صفة كانت فيكون موافقا بذلك حتى لو خالف مقتضى كلام الأمر في جنس الثمن أو قدره كان مثله على ما ذكر من قريب إن شاء الله تعالى ولو وكله رجل آخر أن يشتري له ذلك الشيء بعينه فاشتراه له كان للموكل الأول دون الثاني لأنه إذا لم يملك الشراء لنفسه فأولى أن لا يملك الشراء لغيره قال رحمه الله (فلو اشتراه بغير التهود أو بخلاف مسمى له من الثمن وقع للوكيل) لأنه خالف أمره فينقذ عليه فينعزل في ضمن المخالفة وكذلك لو وكل هذا الوكيل رجلا فاشتراه وكيله وهو غائب كان الملك للوكيل الأول لما قلنا وإن اشتراه بضرته فنقذ على الموكل الأول لأنه حضره رأي به وهو المقصود فلم يكن مخالفا ولأنه إذا كان حاضرا يمكن نقل كلامه إليه على ما ذكرنا في النكاح بخلاف ما إذا كان غائبا

لو كان الموكل حاضر وأصرح بأنه يشتريه الخ) قال الاتقاني ولأنه لو صرح شراؤه لنفسه يلزم منه إخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل فلا يجوز لأنه فسح عقد فلا يصح من غير علم صاحبه كسائر العقود فإذا لم يصح عزله نفسه عن الوكالة بقرع شراؤه عن الموكل حيث لم يقع لنفسه اه (قوله في الثمن فلو اشتراه الخ) قال في تمهة الفتاوى الوكيل بشراء شيء بعينه إن اشتريه لنفسه لا يصح إلا إذا خالف في الثمن لا إلى خير أو إلى جنس غير الذي سمى الموكل وإذا وكل غيره بالشراء فاشتراه صح اه غايه (قوله أو بخلاف مسمى له من الثمن) كما إذا وكله

بأن يشتري بألف درهم فاشتراه بألف دينار اه ابن فرشتا (قوله وبخلاف الوكيل بالطلاق) قال في الفتاوى الصغرى في مسائل الوكيل بالطلاق والخلع والنكاح والاعتاق واذا وكل بالطلاق أو بالعتاق فطلق الاجنبي أو أعتق فأجاز الوكيل ذلك لا يجوز لان المطلوب (١) عبارة في أول وكالة العيون وفي مسائل شتى من النوازل وكذا الوكيل الوكيل رجلا فطلق الثاني لا يقع وان كان بحضرة الوكيل الاول بخلاف الوكيل بالبيع والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الاول أو فعل اجنبي ذلك فبلغ الوكيل فأجاز ذلك يجوز الى هنا لفظ كتاب الفتاوى (٣٦٤) الصغرى والفرق أن الوكالة تفويض الامر الى الغير ليعمل فيه برأيه فاذا كان

الوكيل الثاني ففعل المأمور به بحضرة الوكيل الاول وجدرأى الاول وكذا اذا فعل اجنبي فأجاز الوكيل ثم حقيقة الوكالة انما تحقق فيما يحتاج فيه الى رأى كالبيع والنكاح والخلع والكتابة والاجازة ولا تحقق فيما لا يحتاج فيه الى رأى كالطلاق والعتاق بغير مال فكان الوكيل رسولا ينقل كلام الموكل وطلاق الوكيل الثاني وعتاقه ليس بطلاق الوكيل الاول فلم يقع نقلا لكلام الموكل والموكل انما وكل ينقل كلامه فلا حصل هذا لم يقع طلاق الوكيل الثاني وعتاقه وان كان بحضرة الاول والله أعلم اه اتفاقى (قوله في المتن وان كان بغير عينة فالشراء للوكيل) قال في التهذيب ولو وكله بغير عينة انما يصير للوكيل بنية الوكيل للوكيل أو بصريح ذكره أو يشتري بماله ولو اشترى بغير ماله فهو موقوف على اجازة الموكل اه (قوله والمراد بقوله أو يشتري بماله أن يضيف

وبخلاف الوكيل بالطلاق أو العتاق اذا وكل غيره فطلق الوكيل الثاني أو أعتق بحضرة الاول حيث لا ينفذ وان حضره رأيه لان الوكيل في الطلاق والعتاق كالرسول فلا يتصرف من عنده بشئ بل يبلغ الرسالة فاذا تصرف فقد خالف فلا ينفذ والوكيل في البيع والشراء بمنزلة المالك وهو أصيل فيه فله أن يتصرف ولهذا الفعل ذلك غيره من غير توكيل منه فأجاز الوكيل جاز وفي الطلاق والعتاق لم يجز والنكاح والخلع والكتابة كالبيع والشراء فيما ذكرنا قال رحمه الله (وان كان بغير عينة فالشراء للوكيل الا أن ينوى للموكل أو يشتري بماله) أى ان وكله بشراء عبد بغير عينة فاشترى عبدا فهو للوكيل الا اذا قال نويت الشراء للموكل أو يشتري بماله والمراد بقوله أو يشتري بماله أن يضيف العقد الى ماله وهذه المسئلة على وجوب مال أن يضيف العقد الى ماله معين أو الى مطلق من الثمن فان أضافه الى معين كان المشتري لصاحب ذلك الثمن لان الظاهر أنه يضيف الشراء الى مال من يشتريه ولهذا لان الثمن وان كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعيين من حيث سلامة المبيع وتعيين قدره ووصفه ولهذا لا يطيب له البيع اذا اشترى بالدرهم المغصوبة ودينه يمنع من أن يشتريه بنفسه باضافة العقد الى مال غيره لان ذلك مستنكر شرعا وعادة فلا يرتكبه وقد جرى العرف فيما اذا اشترى لنفسه أن يضيف العقد الى ماله وهو ليس بمستنكر شرعا وعرفا فيكون المشتري لمن يملك ذلك الثمن وان نوى خلاف ذلك جريا على مقتضى العرف والشرع ثم اذا تقدم من مال الموكل فيما اشتراه لنفسه يجب عليه الضمان وان أضافه الى ماله مطلق فلا يتخلوا ما أن يكون حالا أو مؤجلا فان كان حالا فلا يتخلوا ما أن يتصادقا على وجود النية لاحدهما أو على عدمها أو يختلفا فيه فان كان حالا وانفقا على وجود النية لاحدهما كان لمن نوى له لان الثابت بانفقا هما كالثابت عيانا واتفاقهما ما حجة عليهم ما ولا يلتفت الى النقد ولا عبرة به في هذه الحالة لانه أن يشتري لنفسه ولو وكل فاذ عينة بنيت فقد تعين ويكون بالنقد من مال الموكل غاصبا فيما اذا نواه بنفسه وان اختلفا في النية يحكم بالنقد بالاجماع لان دلالة على التعيين مثل دلالة اضافة الشراء اليه لان الظاهر أن يفعل ما يجوز له شرعا أو يجزى على عوائده وان انفقا على أنه لم تحضره النية فعند محمد رحمه الله هو للعاقدة لان ما يطلقه الانسان من التصرفات يكون لنفسه فصار كالمأمور بالحج اذا أطلق ولم ينو أنه للحج جوع عنه وعند أبي يوسف يحكم بالنقد لان المطلق يحتل التقييد بقي موقفاً فمن أى المسائل نقد فقد عين المحتمل به فصار كحالة النكاح بخلاف المأمور بالحج فان الحج عبادة وهو لا يتأدى الا بالنية فكان مأمورا بأن ينوى الحج عن الحج جوع عنه فاذا لم يفعل كان مخالفاً وأما المعاملات فالنية ليست بشرط فيها فلا يصير تركها مخالفاً فيسبق الحكم موقفاً على النقد والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه حتى يحكم أو لا الاضافة فيكون المسلم فيه من أضيف عقد السلم الى ماله ثم النية فيكون لمن نوى بالعقدان تصادقا على النية وان تكاذبا فيحكم بالنقد وان تصادقا على أنه لم تحضره النية فعلى الخلاف الذى ذكرنا ومن مشايخنا من قال لا خلاف بين أبي يوسف

الوكيل الثاني ففعل المأمور به بحضرة الوكيل الاول وجدرأى الاول وكذا اذا فعل اجنبي فأجاز الوكيل ثم حقيقة الوكالة انما تحقق فيما يحتاج فيه الى رأى كالبيع والنكاح والخلع والكتابة والاجازة ولا تحقق فيما لا يحتاج فيه الى رأى كالطلاق والعتاق بغير مال فكان الوكيل رسولا ينقل كلام الموكل وطلاق الوكيل الثاني وعتاقه ليس بطلاق الوكيل الاول فلم يقع نقلا لكلام الموكل والموكل انما وكل ينقل كلامه فلا حصل هذا لم يقع طلاق الوكيل الثاني وعتاقه وان كان بحضرة الاول والله أعلم اه اتفاقى (قوله في المتن وان كان بغير عينة فالشراء للوكيل) قال في التهذيب ولو وكله بغير عينة انما يصير للوكيل بنية الوكيل للوكيل أو بصريح ذكره أو يشتري بماله ولو اشترى بغير ماله فهو موقوف على اجازة الموكل اه (قوله والمراد بقوله أو يشتري بماله أن يضيف

العقد اليه) لا يدفع من مال الموكل لانه اذا اشترى بدينارهم مطلقاً ثم نقد فان تقدم من دراهم الموكل يقع الشراء للموكل وان تقدم من دراهم الوكيل يقع الشراء للوكيل اه غايه وأعلم أنه اذا أضاف الوكيل العقد الى مال الموكل فلا فرق حينئذ بين أن ينوى الوكيل العقد لنفسه أو يطلق في أن العقد يقع للموكل كما يأتي ذلك صريحاً في كلام المشرح آخر هذه الصفحة في قوله فيكون المشتري لمن يملك ذلك الثمن وان نوى خلاف ذلك والله الموفق اه (قوله وان اختلفا في النية) فقال الموكل اشترته لى وقال الوكيل اشترته لنفسى اه

(١) قول المحشى لان المطلوب وقوله بعده عبارة هكذا في الاصل والكلام هنا منقطع فأرجع الى النسخ الصحيحة اه معصية

(قوله لان النقد فيه أثر في تنفيذ العقد) حتى اذا لم يقدّر رأس المال في المجلس بطل السلم اهـ (قوله معناه أمره بان يشتري له عبدا بألف مثلا فقال المأمور اشتريت لك عبدا) ظاهره يقتضي أن وضع كلام المصنف رحمه الله فيما اذا أمره بشراء عبد غير معين وعلى هذا فان جل كلام المصنف على أن الاختلاف بين الوكيل والموكل صدر والعبد هالك فيكون ما ذكره المصنف من المسائل التي لا خلاف فيها بين الامام وصاحبيه رضي الله تعالى عنهم وان جل كلام المصنف على ما اذا صدر الاختلاف بينهما والعبد حي فيكون قوله فالقول لا أمر أي على قول أبي حنيفة أما عندهما فالقول للمأمور وأما قول المصنف وان كان دفع اليه الثمن الخ فما لا خلاف فيه على كل حال هذا ما ظهر لكاتبه حال المطالعة قبل المراجعة والله الموفق للصواب اهـ وكتب أيضا قال في الهداية قال ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف درهم فقال قد فعلت ومات عندي وقال الأمر اشتريته لنفسك فالقول قول الأمر قال الاتقاني (٣٦٥) أي قال محمد بن يونس الجامع الصغير

ومحمد بن الشراء فيما اذا تصادقا على أن النية لم تحضره بل بالاجماع يكون للعقد وانما الخلاف في السلم لان النقد فيه أثر في تنفيذ العقد فيستدل به على وقوعه لمن تقدم من ماله بخلاف الشراء ففرق هذا القائل لابن يوسف بهذا الفرق وان كان الثمن مؤجلا فهو لا وكيل لان النقود تتعين في الوكالة فاذا اشترى بغير مؤجل لم يصف العقد الى ما تعلقت به الوكالة فيكون مخالفا قال رحمه الله (وان قال اشترى لاد امر وقال الامر لنفسك فالقول لا امر وان كان دفع اليه الثمن فلمأمور) معناه أمره بان يشتري له عبدا بألف مثلا ثم قال المأمور اشتريت لك عبدا او قال الأمر اشتريته لنفسك كان القول قول الامر ان لم يكن الثمن مدفوعا الى الوكيل وان كان مدفوعا اليه كان القول للمأمور وهذه المسئلة على ثمانية أوجه إما أن يكون مأمورا بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل وجه على وجهين إما أن يكون الثمن منقودا أو غير منقود وكل وجه على وجهين إما أن يكون العبد حيا حين أخبر الوكيل بالشراء أو ميتا فان كان مأمورا بشراء عبد بعينه فان أخبر بشراءه والعبد حي قائم فالقول للمأمور اجماعا منقودا كان الثمن أو غير منقود لانه أخبر عن أمر عيالك استثنائه والتخبر به في التحقيق والشبوت يستغنى عن الاشهاد فيصدق كقوله لمطلقة راجعتك وهي في العدة وكذبتة فان القول له وبهذا وقع التفصيص عن الولي اذا أقر على موليته بالنكاح حيث لا يثبت النكاح عند أبي حنيفة رحمه الله لانه لا يملك انشاء شرعا لعدم الشهود اذ هو لا يثبت الاشهاد بخلاف الشراء فانه يقدر على اثباته شرعا بدون الاشهاد وان كان العبد ميتا حين أخبر فقال هلك عندي بعد الشراء وانكر الموكل فان كان الثمن غير منقود فالقول لا امر لانه أخبر عيالك استثنائه لان الميت ليس يجعل لانشاء العقد فيه وغرضه الرجوع بالثمن والا امر منكرا فكان القول قوله وان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور مع عينه لان الثمن كان أمانة في يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذي أمره به فكان القول له وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المأمور اشتريته لك وقال الأمر لا بل اشتريته لنفسك فان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه مخبر عيالك استثنائه وان لم يكن منقودا فالقول لا امر عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما القول للمأمور لانه أخبر عيالك استثنائه فصيح كما في المعين وعند أبي حنيفة القول لا امر لانه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الأمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه أمين فيه فيقبل قوله في الخروج عن العهدة وفي ضمنه يكون العبد لا امر تبعا وكم من شيء يثبت ضمننا وتبعانا لم يثبت قصدا وبخلاف ما اذا كان العبد ميتا لانه لا يملك أن يشتريه لنفسه بذلك الثمن

ومحمد بن الشراء فيما اذا تصادقا على أن النية لم تحضره بل بالاجماع يكون للعقد وانما الخلاف في السلم لان النقد فيه أثر في تنفيذ العقد فيستدل به على وقوعه لمن تقدم من ماله بخلاف الشراء ففرق هذا القائل لابن يوسف بهذا الفرق وان كان الثمن مؤجلا فهو لا وكيل لان النقود تتعين في الوكالة فاذا اشترى بغير مؤجل لم يصف العقد الى ما تعلقت به الوكالة فيكون مخالفا قال رحمه الله (وان قال اشترى لاد امر وقال الامر لنفسك فالقول لا امر وان كان دفع اليه الثمن فلمأمور) معناه أمره بان يشتري له عبدا بألف مثلا ثم قال المأمور اشتريت لك عبدا او قال الأمر اشتريته لنفسك كان القول قول الامر ان لم يكن الثمن مدفوعا الى الوكيل وان كان مدفوعا اليه كان القول للمأمور وهذه المسئلة على ثمانية أوجه إما أن يكون مأمورا بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل وجه على وجهين إما أن يكون الثمن منقودا أو غير منقود وكل وجه على وجهين إما أن يكون العبد حيا حين أخبر الوكيل بالشراء أو ميتا فان كان مأمورا بشراء عبد بعينه فان أخبر بشراءه والعبد حي قائم فالقول للمأمور اجماعا منقودا كان الثمن أو غير منقود لانه أخبر عن أمر عيالك استثنائه والتخبر به في التحقيق والشبوت يستغنى عن الاشهاد فيصدق كقوله لمطلقة راجعتك وهي في العدة وكذبتة فان القول له وبهذا وقع التفصيص عن الولي اذا أقر على موليته بالنكاح حيث لا يثبت النكاح عند أبي حنيفة رحمه الله لانه لا يملك انشاء شرعا لعدم الشهود اذ هو لا يثبت الاشهاد بخلاف الشراء فانه يقدر على اثباته شرعا بدون الاشهاد وان كان العبد ميتا حين أخبر فقال هلك عندي بعد الشراء وانكر الموكل فان كان الثمن غير منقود فالقول لا امر لانه أخبر عيالك استثنائه لان الميت ليس يجعل لانشاء العقد فيه وغرضه الرجوع بالثمن والا امر منكرا فكان القول قوله وان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور مع عينه لان الثمن كان أمانة في يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذي أمره به فكان القول له وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المأمور اشتريته لك وقال الأمر لا بل اشتريته لنفسك فان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه مخبر عيالك استثنائه وان لم يكن منقودا فالقول لا امر عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما القول للمأمور لانه أخبر عيالك استثنائه فصيح كما في المعين وعند أبي حنيفة القول لا امر لانه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الأمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه أمين فيه فيقبل قوله في الخروج عن العهدة وفي ضمنه يكون العبد لا امر تبعا وكم من شيء يثبت ضمننا وتبعانا لم يثبت قصدا وبخلاف ما اذا كان العبد ميتا لانه لا يملك أن يشتريه لنفسه بذلك الثمن

(٣٦٤ - زبلي رابع) والجامع الصغير من كون العبد بغير عينه وهو هالك فتنبه اهـ (قوله وهذه المسئلة على ثمانية أوجه إما أن يكون الخ) معينا حيا أو الثمن منقود (القول للمأمور) معينا حيا أو الثمن غير منقود (القول للمأمور) معينا هالك أو الثمن منقود (القول للمأمور) معينا هالك أو الثمن غير منقود (القول للمأمور) منكرا حيا أو الثمن منقود (القول للمأمور) منكرا حيا أو الثمن غير منقود (عنده لا امر) وعندهما للمأمور) منكرا هالك أو الثمن منقود (القول للمأمور) لانه أمين ادعى الخروج عن عهدة الامانة منكرا هالك أو الثمن غير منقود (القول لا امر اتفقا) لانه أخبر عيالك استثنائه وغرضه الرجوع بالثمن والا امر منكرا اهـ (قوله حيث لا يثبت النكاح) وكذا وكيل الزوج أو الزوجة ومولى العبد اذا أقر بالنكاح لا يصح الابينة اهـ غاية (قوله وبخلاف ما اذا كان العبد معينا لانه الخ) بقي من الوجه الثمانية ما اذا كان العبد بغير عينه وهو هالك والثمن منقود أو غير منقود وانما لم يذكره الماشار ح رحمه الله لان حكمهما يعلم مما تقدم

والله أعلم اه (قوله حال حضرة الموكل) (٣٦٦) هكذا هو بخط الشارح والصواب حال غيبة الموكل فقد صرح الشارح فيما

حال حضرة الموكل على ما بينا من قبل فاصله أن الثمن إن كان منقودا فالقول للمأمور في جميع الصور وإن كان غير منقود ينظر فإن كان الوكيل لا يملك الانشاء بأن كان ميتا فالقول للأمر وإن كان يملك الانشاء فالقول للمأمور عندهما وكذا عند أبي حنيفة في غير موضع التهمة وفي موضع التهمة القول للأمر قال رحمه الله (وإن قال بغير هذا فلا نبياعه ثم أنكر الأمر أخذه فلا ن) أي رجل قال لا خير يعني هذا العبد لفلان فاني اشتريه له فباعه ثم أنكر المشتري أن يكون فلان أمره فقال فلان أنا أمرته فانه يأخذه لأن قوله يعني لفلان أقرار منه بأنه وكاه فاذا أنكر الوكيل كاله بعده صار منقادا لسمع قوله فيكون العبد للموكل قال رحمه الله (الأن يقول لم أمره به) أي الآن يقول فلان المشتري له لم أمره بالشراء فحينئذ لا يأخذه بل يكون للمشتري لأن أقرار المشتري ارتد برده والأقرار بما يرتد بالرد فينفذ على المشتري لأن الشراء إذا وجد نفذ لا يتوقف بل ينفذ على المشتري قال رحمه الله (الأن يسلمه المشتري إليه) أي إلى فلان المشتري له فيكون له بالتسليم لأن أقراره الأول قد ارتد بالرد وصار ملكا للمشتري فاذا سلمه بعد ذلك إلى فلان المشتري له وأخذه ما نعتد بينهما بيع جديد بالمعاطاة فتكون العهدة عليه لانه صار مشتريا بالتعطى مكن اشتري لغيره شيئا بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه المشتري إلى المشتري له ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع يكفي لان عقد البيع بالتعطى في التحسيس والتفيس وإن لم يوجد نقد الثمن للعرف ولو جود التراضي به وهو المعترف باب المعاوضات المالية لقوله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراض قال رحمه الله (وإن أمره بشراء عيدين معينين ولم يسم ثمنهما فاشترى له أحدهما صحيح) لأن التوكيل مطلق غير مقيد بشئ مقدور فيجوز أن يشتري كل واحد منهما بمقدرة قيمته من الثمن أو أقل أو يزيد بزيادة يتغابن الناس في مثله وليس له أن يشتري بما لا يتغابن الناس فيه لأن الوكيل بالشراء ليس له أن يشتري بغير فاحش بالاجماع بخلاف الوكيل بالبيع عند أبي حنيفة على ما يجب على الفرق بينهما وهو الفرق بينهما في هذه المسئلة ولانه قد يتعذر الجمع بينهما إلا بالاعتناء بالناس في مثله فيكون شراء أحدهما حيلة لتصليهما فوجب القول بالنفذ قال رحمه الله (وبشرائهما بألف وقيمتهم ماسوا فاشترى أحدهما بنصفه أو أقل صح وبالأكثر لا لأن يشتري الباقي بما بقي قبل الخصومة) أي لو وكاه بشراء العيدين بألف وقيمتهم ماسوا فاشترى أحدهما بنصف ألف أو أقل جاز الشراء وبأكثر من نصف ألف لم يجز يعني لم يلزم إلا أمر قلت الزيادة وكثرت لانه قابل للألف بالعيدين وقيمتهم ماسوا فيقسم عليهم ما نصفين دلالة فيكون أمر الشراء كل واحد منهما ما يحتمل ضرورة فالشراء بخمسمائة موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خير وبأكثر منها إلى شرف فلا يلزم الموكل الآن أن يشتري الباقي بما بقي من الألف قبل أن يختصما استحسنانا لأن غرضه المصريح به وهو تحصيل العيدين بألف قد حصل ومثبت الانقسام الأدلالة والصريح يفوقها فلا تعتبر معه عند تعارضهما وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله إن اشتري أحدهما بأكثر من نصف ألف بما يتغابن الناس في مثله وقد بقي من الألف ما يشتري به العبد الباقي فهو جائز لأن التوكيل حصل مطلقا بلا تقديرين كل واحد منهما بخمسمائة والمطابق يحمل على المتعارف وهو الشراء بالقيمة أو بزيادة يسيرة قدر ما يتغابن الناس فيه ولكن غرضه تحصيل العيدين بالألف فلا بد من أن يبقى من الألف قدر ما يشتري به الباقي ليحصل غرضه قال رحمه الله (وبشراء هذا بدين له عليه فاشترى صح ولو غير عين نفذ على المأمور) أي لو كان له دين على شخص فوكل الدائر المدين بأن يشتري له هذا العبد بذلك الدين فاشترى جاز ولزم الموكل ولو وكاه بشراء عبد غير معين فاشترى لا يكون للأمر بل ينفذ على المأمور وحتى لو مات عند المأمور مات من مال المأمور والألف عليه فان قبضه الأمر فهو له وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا لا يلزم

تقدم عند قوله ولو وكاه بشرائهما بعينه أن الموكل لو كان حاضرا وصرح الوكيل بشرائه لنفسه كان المشتري له وهكذا هو في الهداية وشرحها فتأمل اه (قوله فحينئذ لا يأخذه) أي وإن قال بعد ذلك أمرته لأن أقرار المقر ارتد برد المقر له فاذا عاد إلى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لانه عاد حين انتفى الأقرار فلم يصح تصديقه اه اتفاقا (قوله فتكون العهدة عليه) يعني لما انعقد بينهما بيع بالتعطى كانت العهدة للأخذ على المشتري كذا في سفرنا في الاسلام البرزوي ونظر الدين قاضيان وهو المفهوم من كلام محمد رحمه الله اه غايه (قوله فلا بد من أن يبقى من الألف الخ) قال في الهداية قال ومن له على آخر ألف فأمره أن يشتري به هذا العبد فاشترى جاز قال الاتفاقى أي قال في الجامع الصغير وصورة المسئلة فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل كان له على آخر ألف درهم فأمره الذي له المال أن يشتري له به هذا العبد فاشترى قال جائز فإن أمره أن يشتري له به عبد بغير عينة فاشترى فاذا قبضه الأمر فهو له وإن مات في يد المشتري قبل أن يقبضه الأمر مات من مال المشتري والألف على المشتري كما هي وقال يعقوب ومحمد ذلك جائز لا يلزم الأمر في الوجهين جميعا إذا قبضه المأمور للأمر إلى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير اه (قوله فان قبضه الأمر فهو له) قال الاتفاقى فان دفعه إلى الأمر فهو له لانه يقع البيع بينهما ابتداء

مال المشتري والألف على المشتري كما هي وقال يعقوب ومحمد ذلك جائز لا يلزم الأمر في الوجهين جميعا إذا قبضه المأمور للأمر إلى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير اه (قوله فان قبضه الأمر فهو له) قال الاتفاقى فان دفعه إلى الأمر فهو له لانه يقع البيع بينهما ابتداء

بسبيل التعاطي لانه دفعه على جهة التملك وبيع التعاطي جائز عندنا بما عزم من الاموال أو خمس اه (قوله وأصله أن التوكيل الخ) قال الاتقاني والحاصل أنه إذا أمر غريمه أن يشتري له بعماله شيئاً فإن عين المبيع أو البائع جاز اه (قوله لهما الخ) قال الاتقاني لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات ففسوخها عندنا خلافاً للزفر والشافعي وقد عرف ذلك في طريقنا خلافاً في كتاب الصرف فكلا يتعينان إذا كانتا عيناً لا يتعينان إذا كانتا ديناً ولهذا الخ اه (٣٦٧) (قوله على المشتري) المراد بالمشتري هنا التوكيل

وكان الاولى أن يقول على البائع كما قال الاتقاني ونصه ولهذا لو اشترى شيئاً بدين له على البائع ثم تصادق على أن لا دين له لا يبطل الشراء ووجب مثل ذلك الدين اه (قوله ثم هلك العين) هكذا بخط الشارح وهكذا كان في نسخة العلامة قارئ الهداية رحمه الله ثم كسبه وكتب مكانه استهلك وكتب تحته بخطه رحمه الله ما نصه أي الأمر أو التوكيل وانما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لأن بطلان الوكالة بالاستهلاك لا بالهلاك ذكره قاضيخان في فتاواه اه ما كتبه بخطه وقال في الهداية ما نصه ألا ترى أنه لو قيدت الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك أو أسقط الدين بطلت الوكالة اه قال الاتقاني قال بعض الشارحين انما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك وهذا الذي ذكره مخالف لما ذكره في شرح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو

للا أمر في الوجهين وعلى هذا إذا قال الدائن للمدين أسلم الدين الذي لي عليك إلى فلان جاز وان لم يعين فلان لم يجز عنده وعنده ما يجوز كيفما كان وكذا الأمر به بأن يصرف ما عليه من الدين وأصله أن التوكيل بالشراء إذا أضيف الدين لا يصح عند أبي حنيفة إذا لم يكن البائع أو المبيع متعيناً وعندهما يصح كيفما كان لهما أن التقدين لا يتعينان في المعاوضات عيناً كانا أو ديناً ولهذا لو اشترى شيئاً بدراهم على المشتري ثم تصادق أن لا دين لا يبطل الشراء ويجب عليه مثله فإذا لم يتعين صار الاطلاق والتقييد به سواء كافي غير الدين حتى إذا وكله بأن يشتري له عبداً ولم يعين ألف ولا البائع ولا المبيع جاز التوكيل فكذا هذا فصار كالموالات تصدق على الدين على المسكين فإنه يجوز وكذا لو أجرة حمام بأجرة معلومة وأمر المستأجر بالمرمة من الأجرة أو أجرة دابة وأمر المستأجر أن يشتري بالأجرة عبداً يسوق الدابة ويتفق على الدابة فصار نظيره ما لو كان البائع أو المبيع متعيناً ولا في حنيفة رحمه الله أن النقود تتعين في الوكالات ونهذ الوقيدها بالعين منها أو بالدين منها ثم هلك العين وأسقط الدين بطلت الوكالة فإذا تعينت فيها كان هذا تملك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز إلا إذا وكله بقبضه له ثم قبضه لنفسه وتوكيل المجهول لا يجوز فكان باطلاً كما إذا اشترى بدين على غير المشتري أو يكون أمراً بصرف ما لا يملكه إلا بالقبض قبله وذلك باطل كما إذا قال أعط ما لي عليك من شئ بخلاف ما إذا عين البائع لانه يصير وكيلاً عنه بالقبض وهو معلوم فيصح له من قبض البائع أو لا قبضه له ثم يملكه وتعين المبيع تعيين البائع فكان به معلوماً وبخلاف ما إذا أمره بالتصدق لانه جعل ماله لله تعالى وهو معلوم ولأن الفقير يتصحب نائباً عن الله تعالى وقبض حقه والله تعالى محيط بكل شئ علماً فيكون الفقير الذي يقبضه له معلوماً فيصح وأما مسألة الحمام ونحوها فتقبل هو وقوله لهما ولئن كان قول السكك فائماً جاز باعتبار الضرورة لأن المستأجر لا يجد الأجرة في كل وقت فأقيم الحمام مقام المؤجر في القبض وأما مسألة التصديق بأن لا دين عليه بعد الشراء به فلان النقود لا تتعين في البيع ديناً كانت أو عيناً فإذا لم تتعين لا يبطل البيع بطلان الدين إذا لم يتقيد به بخلاف الوكالة فإن النقود تتعين فيها وكلامنا فيها وذكر في النهاية أن النقود لا تتعين في الوكالة قبل القبض بالإجماع وكذا بعده عندنا عنهم لأن الوكالة وسيلة إلى الشراء فتعتبر بالشراء وعزاه إلى الزيادات والخبرة فعلى هذا لا يلزمهما ما قاله أبو حنيفة رحمه الله والتعليل الصحيح له أن يقال إن تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فكذا التوكيل به وانما جاز في المعين لكونه أمراً به بالقبض ثم بالتمليك لا توكيلاً للمدين بالتمليك وإن لم يكن معيناً لا يصح الأمر للمجهول فكان توكيلاً للمدين بالتمليك في الإسلام والشراء والصرف فلا يجوز لما ذكرنا فإذا لم يصح التوكيل عنده نفذ الشراء على الأمور حتى إذا هلك بعد القبض يملك من ماله إلا إذا قبضه الأمر منه فحينئذ ينقضي البيع بينهما بالتعاطي فيكون الأمر قال رحمه الله (وبشراء أمة) أي وكله بشراء أمة (بألف دفع إليه فاشترى فقال اشتريت بخمس مائة وقال الأمور بألف قال قول للأمور) يعني إذا كانت الأمة تساوى ألفاً لانه أمين ادعى الخروج عن عهدة الأمانة والأمر يدعى عليه حق الرجوع بخمس مائة والأمور ينكر فكان القول

هلكت الدراهم المسلمة إلى التوكيل بالشراء بطلت الوكالة فأقول كأن المصنف قيد بالاستهلاك حتى لا يتوهم متوهم أن الوكالة لا تبطل إذا استهلك التوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فيصير كأن عينه باقية فقال بالاستهلاك تبطل الوكالة كافي الهلاك لتعين تلك الدراهم كافي هلاك المبيع قبل التسليم اه (قوله كما إذا قال أعط ما لي عليك من شئ) أي وألقه في البحر بخلاف ما إذا قال أعط ما لي عندك من العين من شئ وألقه في البحر كان التوكيل صحيحاً لأن الموكل يملكه اه غايه (قوله وقبض حقه) هكذا هو بخط الشارح وعبارة البكافي وغيره في قبض حقه اه (قوله الأجرة) كذلك بخط الشارح وعبارة غيره الأجر اه

(قوله وان كانت قيمتها ألفا)

قال الاتقاني وان كانت

تساوي ألفا فالقول قول

الامر أيضا قالوا في شروح

الجامع الصغير يتخالفان

فيه وتلزم الجارية المشتري

فانه أطلق في الكتاب في هذا

الفصل وقال القول قول

الامر ولم يفصل بين ما إذا

كانت قيمتها ألفا أو أقل وكان

ينبغي أن يكون القول قول

المأمور اذا كانت تساوي

ألفا لانه اشتراها بألف فقد

وافق الامر (قوله وقيل

لا يتخالفان) أي ويلزم العبد

الامر اه (قوله وقال

قاضيجان وهو أصح) قال

الاتقاني رحمه الله ولم يذكر

الامام غير الدين قاضيجان

قول أي منصور وكأنه جعل

قول أبي جعفر أصح اه

ونظيره أن قاضيجان لم

يصرح بالتصحيح بخلاف

ما ذكره الشارح والله أعلم

اه ك (قوله وان لم يستوف

فهو أجني عن الامر فلا

مدخل له) أي لانه لم يقع

العقد بينهما فلا يصدق على

الموكل فاذ لم يشتر تصديق

البائع في الخلاف بين البائع

وهو الموكل وبين المشتري

وهو الموكل فوجب التحالف

اه غايه (قوله لان الوكيل

هو المتدعي) لانه بمنزلة البائع

من الموكل اه (قوله ويجب

على المشتري) أي في المسئلة

الثانية وهي قوله وان قال

اشترته اه (قوله أو على

المعتق) أي في المسئلة الاولى وهي قوله وبشره نفس الامر من سيده الخ اه

قوله وان كانت تساوي خمسمائة لا تلزم الامر لانه خالف أمره اذا الامر تناول أمة تساوي ألفا فينفذ
 على المأمور ولان فيه غيبا فاحش فلا يلزم الامر لان المأمور لا يملك أن يخالف الامر ولا أن يشتري بغير
 فاحش ولا فرق في ذلك بين أن يشتري بألف أو بخمسمائة لما ذكرناه من مخالف قال رحمه الله (وان لم يدفع
 فللا امر) أي ان لم يدفع الامر الألف الى المأمور والمسئلة بحالها كان القول للامر وتلزم الامة المأمور
 وهذا فيما اذا كانت قيمة الامة خمسمائة فقط اه لاذ كرنا من المخالفة والعين الفاحش وان كانت قيمتها
 ألفا فعندها أنهم ما يتخالفان لانهم ما اختلفا في مقدار ما يجب للوكيل على الموكل وقد جرى بينهم ما مبادلة
 حكيمه على ما بينا من قبل ثم اذا اختلفا فيسخ العقدين منهم ما وتلزم الجارية المأمور لا تتقاض ملك الامر
 بالفسخ قال رحمه الله (وبشره هذا) أي وكاهه بشره هذا العبد (ولم يسم ثمنه فقال المأمور اشترته بألف
 وصدقه البائع وقال الامر بنصفه) وهو خمسمائة (تحالفا) لانهم ما اختلفا في مقدار الثمن وليس لهم ماينة
 فوجب المصير الى التحالف كما في المسئلة الاولى وقيل لا يتخالفان هنا لان الخلاف يرتفع بتدقيق
 البائع اذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد في الحال وفي المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر
 الاختلاف والى هذا مال الفقيه أبو جعفر وقال قاضيجان وهو أصح ومال أبو منصور الى الاول لما
 ذكرنا وقول البائع لا يعتبر لانه ان استوفى الثمن فهو أجني عنهم وان لم يستوف فهو أجني عن الامر فلا
 مدخل له بينهم وقال في الهداية وهو أظهر وقال في الكافي هو الصحيح وقد نص محمد في الجامع
 الصغير أن القول للمأمور مع عينه قالوا ومراره التحالف لكنه اكتفى بذلك كريعين الوكيل لان الوكيل هو
 المدعي ولا عين على المدعي الا في صورة التحالف فكان المقصود بالتحالف عين المدعي دون المستكر اذ ذلك
 لا بد منه والموكل بمنزلة المشتري وهو منكر ولو لا مراده التحالف اسكان القول قول الامر لكونه منكرا
 فكان يأخذ المبيع بما ادعى من الثمن اذا حلف ولم يذكر عيين المأمور هكذا ذكره المشايخ رحمه الله
 الا أن فيه اشكالا لانه وان كان يدل على ما ذكرنا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك ولا على
 الاول فان قوله ان القول للمأمور مع عينه يدل على ان المأمور يصدق فيما قال وفي التحالف لا يصدق واحد
 منهما ولو كان مراده التحالف لما قال ذلك وهذا فيما اذا اتفقا على أنه أمره أن يشتريه بألف وان اختلفا
 فيه فقال الامر امرتك أن تشتريه بخمسمائة وقال المأمور امرتني بالشراء بألف فالقول قول الامر
 مع عينه لان الامر يستفاد من جهته فيكون القول قوله ويلزم العبد المأمور لمخالفته فان أقاما البيئة
 فالبيئة بينه الوكيل لانهم أكثرنا بنا قال رحمه الله (وبشره نفس الامر من سيده بألف ودفع فقال
 لسيده اشترته لنفسه فباعه على هذا اعتق وولاه لسيده وان قال اشترته فاعلم ان العبد للشترى والألف
 لسيده وعلى المشتري ألف مثله) أي لو وكل العبد رجلا بشراء نفسه من سيده بألف والامر هو العبد
 ودفع الألف الى الوكيل فقال الوكيل لسيده وقت الشراء أنا اشتريته لنفسه فباعه على هذا اعتق
 وولاه لسيده وان قال الوكيل اشترته ولم يبين أنه يشتريه لنفسه العبد كان العبد ملكا للوكيل وهو
 المشتري والألف الذي أخذه من العبد ودفعه الى المولى كان للمولى فيهما مجازا ويجب على المشتري أو على
 المعتق الألف وأصله أن يبيع العبد من نفسه اعتاق على مال وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببذل
 لان اعتباره ببيع حقيقة غير ممكن إما لان العبد ليس بأهل للملك أو لاستحالة أن يملك نفسه فجعل مجازا عن
 الاعتاق لوجود ازالة الملك فيه كالبيع فاذا اشتراه الوكيل للعبد صار البائع معتقا فيلزمه الولاء والوكيل
 بالقبول سفير ومعب عنه فلا ترجع الحقوق اليه واذا أطلق الوكيل ولم يبين للمولى أنه يشتريه لنفسه
 العبد يقع العقد للوكيل لان ظاهر هذا اللفظ للبيع فلا يعدل عنه الى العتق بغير علم المولى ولعله لا يرضى به
 لمافيه من لزوم ولائه وعقل جانيته فلا يكون الشراء للعبد بخلاف الوكيل من غير العبد حيث يدخل
 في ملك الموكل بالشراء من غير أن يبين للمولى أنه يشتريه لموكله لان حكم العقد فيه لا يختلف بين أن يكون

له أو لوكله إذا الكل بيع والوكيل أصيل فيه في الخالين حتى تتعلق به الحقوق في الخالين فلا يحتاج فيه إلى البيان وهذا أحداهما اعتناق معقب للولاء ولا تتعلق به الحقوق بالوكيل والآخر بيع وأحكامه خلاف العتق فلا يدل رضاه بأحداهما على الرضا بالأخر فلا بد من البيان فإذا لم يبين ثبت الملك للوكيل والالف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري أو على العبد إذا عتق ألف مثلهما غمنا أو بدل العتق لأن الاداء قد بطل لاستحقاق المولى ما إذا به بجهة أخرى وهو أنه كسب عبده فكان ملكا له قبل الشراء وقبل العتق فلا يصلح ملكه بدلا عن ملكه ثم إذا لم يبين يرجع المولى بالثمن على الوكيل لأنه العاقد والمالك للعبد فترجع الحقوق إليه وإن بين أنه يشتري العبد فقد ذكر محمد في باب الوكالة بالعتق من كتاب الوكالة أن العتق يقع والمال على العبد دون الوكيل وذكر في وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة وفي وكالة الجامع الكبير أن العبد يعتق والمال على الوكيل لأن وكيله بشراء العبد كتموكيله بشراءه لغيره فيطالب ببدله الوكيل والصحيح الأول لأن وكيل العبد في العتق سفير ومعبور ولفظ البيع يكون مجازا عن العتق لاعتباره معنى البيع حقيقة ولهذا لا يستغنى عن إضافته إلى العبد إلا أمره فلا تتعلق بالوكيل حقوقه فيطالب الأمر كما إذا كان الأمر ببيع نفس العبد من العبد هو المولى حيث يكون الطلب بالبديل إلى المولى دون الوكيل لما قلنا قال رحمه الله (وإن قال لعبد اشتري نفسك من مولك فقال للمولى به في نفسي لفلان ففعل فهو لا أمر وإن لم يقل لفلان عتق) أي إذا قال رجل لعبد اشتري نفسك من مولك فقال العبد لمولاه يعني نفسي لفلان فباعه المولى على هذا الشرط كان العبد ملكا للأمر وإن أطلق العبد بأن قال بعني ولم يقل لفلان عتق وأصله أن العبد يصلح أن يشتري نفسه لنفسه وأخبره بطريق الوكالة لأن جواز الشراء باعتبار المالية والعبد أجني عن نفسه في حكم المالية إلا أن البائع لا يملك حبس العبد حتى يستوفي البديل لأن العبد في نفسه فيكون قابضا لنفسه بمجرد العقد كالودع إذا اشتري الوديعة لا يكون للبائع حبس المبيع لوجود القبض بمجرد العقد سواء اشتراه لنفسه أو لغيره إذا ثبت هذا فنقول إذا أضاف العقد إلى الموكل كان ملكا للموكل وإذا أضاف الشراء إلى نفسه بأن قال بعني نفسي لنفسي عتق لما ذكرنا ولا يقال إن العبد وكيل بشراء شيء معين فوجب أن لا يجوز له شراء نفسه لانا نقول أي بجنس آخر من التصرف لأن بيع العبد من نفسه اعتناق على مال وشراؤه قبول العتق فيكون مخالفا فينفذ عليه لأن الوكيل بشراء شيء معين ينفذ عليه عند المخالفة على ما بينا من قبل وإن أطلق بأن قال بعني نفسي ولم يقل لي ولا لفلان عتق أيضا لأن المطلق محتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيسقط التصرف واقع لنفسه ولا يقال إن البيع حقيقة فيه والعتق مجاز فينبغي أن يحمل على الحقيقة عند التردد إذا حمل على الحقيقة هو الأصل باتفاق العلماء لانا نقول الأصل أن الإنسان يتصرف لنفسه فتعارض الأصلان فتساقط فيرجع إلى غرض المولى فإنه لما اختلف التصرفان فالظاهر أن المولى يريد الاعتناق إذ بيع العبد من نفسه مطلقا اعتناق واقصاره على إضافته إلى العبد دليل عليه ولا يرضى بخبره جمعه عن ملكه إلا إلى الحرية ليست له الولاء عليه ثم الثمن هنا يكون في ذمة العبد في الوجهين دون ذمة الأمر أما إذا وقع الشراء له فظاهر وأما إذا وقع للأمر فلا نه هو المباشر للعقد فترجع إليه الحقوق فيطالب بالثمن ويرجع هو به على الأمر ولا يقال العبد هنا محجور عليه والوكيل إذا كان محجورا عليه لا ترجع الحقوق إليه لانا نقول زال الحجر هنا بالعقد الذي باشره مقترا بآذن المولى ثم إذا كان الشراء للأمر فلا بد من قبول العبد لأنه بيع فلا ينفذ إلا بالإيجاب والقبول وإن وقع للعبد بكتفي بقول المولى بعث ولا يحتاج فيه إلى قبول العبد بعد قوله بعني نفسي لأنه اعتناق فاستبد به المولى بناء على أن الواحد يتولى طرفي العقد في العتق كالنكاح ولا يتولى طرفي العقد في البيع

فصل قال رحمه الله (الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شمادنه له) وذلك مثل قرابة الولاد

(قوله لوجود القبض بمجرد العقد) بشكل عليه قوله في الفصول العمادية ولو كانت وديعة فباعه يحتاج إلى قبض جديد لأن غير المضمون لا يثوب عن المضمون اهـ هذا الفصل تقدمه للبيع وذكره بعد فصل الشراء لأن الزالة تستدعي سابقة الاثبات اهـ (قوله وذلك مثل قرابة الولاد) كأيته وجده وأمه وولده وإن سفل اهـ

(قوله وعبيده) أي ومكاتبه ومذبره وأتم ولده اه (قوله وقال يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) وتخصيص قواهما بمثل القيمة إشارة إلى أنه لا يجوز بالغبن البسيط واللام يمكن لتخصيص بمثل القيمة فائدة لكن ذكر في الذخيرة أنه يجوز بالغبن البسيط لأن البسيط ملحق بالقيمة وسأني هنا عن النهاية مثل ذلك اه (قوله لأن الاملاك متباينة) ألا ترى أن الذين أنيطأ جارية نفسه فلو لم يكن الملك متبايناً لم يكن له ذلك لأن وطء الجارية المشتركة لا يجوز ولا يجوز له أن يطأ جارية أبيه فلما تبين الملك بين الوكيل وبين هؤلاء كان عقده معهم بيعاً وشراءً كالعقد مع الأجنبي ولهذا لم يحصل للوكيل شيء من المبيع أصلاً فكان العقد صحيحاً بخلاف ما إذا باع من عبده الذي لا دين عليه لأنه وما في يده ملك مولاه والبيع منه كالبيع من نفسه فلو باع الوكيل من نفسه لا يجوز فكذلك إذا باع من عبده وكذلك إذا باع من مكاتبه لأن الرق باقي في المكاتب فصار كالعبد القن وبخلاف ما إذا باع من عبده الصغير لأنه يبيع من نفسه والوكيل لا يملك ذلك اه اتفاقاً وكتب على قوله في هذه الحاشية ما نصه قوله بخلاف ما إذا باع من عبده الذي لا دين عليه وقيد في المبسوط من عبده الذي لا دين عليه كما هنا لأن كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه فكان فيه (٢٧٠) إشارة إلى أنه إذا كان عليه دين يجوز اه (قوله بخلاف عبده ومكاتبه لأن ملك

ملكه وله في مال مكاتبه وأحد الزوجين الآخر وعبيده وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه لأن التوكيل مطلق ولا تهمه فيه لأن الاملاك متباينة والمنافع منقطة فصار كالمضارب بخلاف عبده ومكاتبه لأن ملك ملكه وله في مال مكاتبه حتى ويتقلب حقيقة بالعجز فيكون بيعاً من نفسه أو عتقت شهنه وبخلاف الغبن الفاحش ولأبي حنيفة رحمه الله أن مواضع النهم مستتنة عن الوكالات وهذه مواضعها لأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعاً من نفسه من وجه فلا يجوز ولهذا لا تقبل شهادته لهم وتبين الاملاك لا يمنع الاتصال من وجه آخر بخلاف المضارب لأن المضارب كالتصرف لنفسه من وجه ألا ترى أن رب المال لا يملك نفيه عن التصرف بعد ما صار للمال عروضا وأنه شريك في الربح فلا يلحقه التهمة في البيع بمثل القيمة لأنه بمنزلة من يبيع مال نفسه على أنه عند بعضهم هو كالموكل يجوز واقفها ما البيع لهم بمثل القيمة فعلى هذا أن يمنع قالوا هذا إذا بطلت له الموكل وأما إذا أطلق له بأن قال له الموكل بيع من شئت فحينئذ يجوز بيعه لهم بمثل القيمة وذكر في النهاية أن الوكيل بالبيع إذا باع من لا تقبل شهادته لأن كان بأكثر من القيمة يجوز بالاخلاف وإن كان بأقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاخلاف وإن كان بغبن بسيط لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز وإن كان بمثل القيمة فعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية الوكيل وكافة والبيع لا يجوز وفي رواية المضارب يجوز وبيع المضارب وشراؤه من لا تقبل شهادته على هذا التفصيل إلا أنه إذا كان بمثل القيمة يجوز عندهما باتفاق الروايات وفي الوكيل روايتان وقد بينا الفرق على أحدهما وعلى هذا الخلاف الاجارة والصرف والسلم ونحوها قال رحمه الله (ويصح بيعه بما قل وكثر وبالعرض والنسيئة) يعني الوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقبيل والكثير الخ وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يجوز بيعه بقرصان لا يتغابن الناس في مثله ولا يجوز إلا بالدرهم حالة أو إلى أجل متعارف لأن مطلق الوكيل يتقيد بالتعارف والتصرفات لدفع الحاجات فيتعبد التوكيل

ملكه وله في مال مكاتبه حق) قال الامام الاستيعابي في شرح الطحاوي ولا يجوز شراء الوكيل لنفسه ولا بيعه منها وكذلك إذا أمره الموكل أن يبيعه من نفسه أو يشتري من نفسه لم يجوز أيضاً وكذلك إذا باعه الوكيل من ابن له صغير لم يجوز كأنه باع من نفسه ولو باع من نفسه لم يجوز وكذلك لو باعه من عبده أو مكاتبه لم يجوز بالاخلاف وإن باعه من أبويه وإن علواً أو باعه من أولاده وإن سفلاً أو باعه من زوجته أو الزوجة إذا باعته من زوجها أو باعه من لا يجوز شهادته له لا يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يجوز ولو أمر الوكيل بالبيع من هؤلاء

وأجاز له ما صنع فبيعه من هؤلاء جاز بالاخلاف إلا أن يبيعه من نفسه أو ولده الصغير أو من عبده ولا دين عليه فإنه لا يجوز وكذلك حكم الوكيل بالشراء إذا اشتري من هؤلاء إلى هنا لفظ شرح الطحاوي اه اتفاقاً **فرع** ثم الوكيل بالبيع لا يجوز أن يبيع من نفسه عندنا والشافعي وأحمد في ظاهر مذهبه وعن أحمد في رواية يجوز وبه قال مالك والأوزاعي إذا لم يحجب لعدم التهمة وقلنا لو جاز يؤدي إلى التضاد في الأحكام فإنه يكون مستزيداً ومستقصاً أيضاً ومخاصماً في العيب ومخاصماً وفيه من التضاد ما لا يخفى ولو قال له بيع من نفسك أو اشتري من نفسك لم يجوز كذا في شرح الكافي اه من خط قارئ الهداية (قوله وتبين الاملاك الخ) أي قدر ذلك التباين لما يؤثر في قبول الشهادة علمنا أن ذلك القدر وجوده كعدمه اه كي (قوله يجوز) أي يجوز بعضهم للوكيل والمضارب البيع من هؤلاء بمثل القيمة فلم يحتج إلى الفرق اه (قوله ولا يجوز إلا بالدرهم) أي أو الدنانير اه وقال في الاسرار روى الحسن رواية عن أبي حنيفة أنه لا يجوز بيعه إلا بمثل القيمة ونقصان يتغابن الناس في مثله وهو قولهما وقول الشافعي كونهما كذا في المختلف وشرح الاقطع اه اتفاقاً **فرع** لو وكل رجلاً بعتق عبده غداً أو يبيعه غداً فعتقه أو باعه بعد غداً جاز خلافاً لفرز كره الكرماني في مناسكه وقد نقات عبارة قبيل باب الهدى فارجع إليه اه (قوله لأن مطلق الوكيل يتقيد بالتعارف) قال في التهمة الوكيل بالبيع

المطلق اذا باع بثن مؤجل قيل على قول أبي حنيفة يجوز وان طالت المدة وعندهما يجوز بأجل متعارف في تلك السلعة وبالزيادة على ذلك فلا وعن أبي يوسف ان وكاه بالبيع على وجه التجارة فله أن يبيعه بالنسيئة وان وكاه بالبيع لحاجته الى النفقة وقضاء الدين أو ما أشبه ذلك فليس له أن يبيعه بالنسيئة ونقله عن باب الوكالة بالسلم للصدر الشهيد ثم قال في التهمة وذكر في الباب الثاني من شرح سبوع الكافي أن الوكيل يطلق البيع على البيع بالنسيئة عندنا خلافاً للشافعي ثم قيل يجوز البيع بالنسيئة على قول أبي حنيفة طالت المدة أو قصرت وعندهما لا يجوز إلا بأجل متعارف في تلك السلعة وهو المأخوذ اه انتقائي رحمه الله (قوله متعارف عند شقة الحاجة) واطلاق لفظ الموكل واقدام الوكيل على ذلك من غير تهمة دليل على وقوع الحاجة اه غاية وكتب أيضاً على قوله متعارف مانعه فالعرف مشترك اه كافي وكتب أيضاً فان الناس يقولون هذا بيع راجح وذلك بيع خاسر وذلك بيع عدل فلولاً أن البيع بغبن فاحش يكون بيعاً لم يصح اطلاق البيع عليه اه غاية (قوله ويستحق الكل بالشفعة) (٢٧١) قال في الكافي والبيع بغبن فاحش بيع من كل

وجه فاما من جزم من المبيع
الا وقابله جزم من الثمن
ولهذا يستحق الكل بالشفعة
اه (قوله والوكيل بالشراء
الح) قال الانتقائي وأما الوكيل
بالشراء اعلم يجوز له الشراء
بغبن فاحش على احدي
الروايتين عن أبي حنيفة
للتهمة لانه من الجائر أن
يشترى لنفسه ثم يمارى فيه
الخسران الحق به بالأمر
حتى لو انتفت التهمة بان
كان وكيلاً بشراء شيء بعينه
جاز شراؤه على الأمر عند
أبي حنيفة أيضاً لعدم التهمة
اه فقله حتى لو انتفت
التهمة الخ مخالف لقول
السراح بخلاف الوكيل
بشراء شيء بعينه اه (قوله
ولما رأى الصفقة خاسرة
نسبها اليه) نقل في التهمة
والفتاوى الصغرى عن باب

بها وواقعها والمتعارف البيع بثن المتسل وبالنقد وحالة أو مؤجلة بأجل متعارف بين الناس وبيع
ما يساوى ألفاً بشفعة الى مائة سنة غير متعارف فيتعقيد بالمعاد ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الأضحية
والفحم والجذب أيام الحاجة من تلك السنة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولهذا
لو صدر من المريض اعتبر من الثلث ولا يملكه الأب والوصي فصار كالوكيل بالشراء والبيع بالعرض
شراء من وجه ولم يملكه به ولا بالهبة فلا يدخل تحت الأمر بالبيع ولا بي حنيفة رحمه الله ان التوكيل
بالبيع مطلق فيجوز على اطلاقه في غير موضع التهمة وهذا لان البيع هو مبادلة المال بالمال مطلقاً من
غير تقيد بتقيد أو بقيمة والبيع بالغبن الفاحش أو بالعرض أو بالنسيئة اذ لم يكن في لفظه ما ينفي
ذلك كقوله بعه واقض به دين أو لانه نفقة ونحو ذلك متعارف عند شقة الحاجة الى الثمن والتضجير من
العرض فلم يخرج من أن يكون بيعاً في العرف ولا في الحقيقة ولهذا لو حلف أن لا يبيع يحنث به ويستحق
الكل بالشفعة واليمين تنصرف الى المتعارف كالوكالة ولا شفعة في الهبة وانما لا يملكه الأب ولا الوصي لان
ولا يمتها مقيدة بشرط النظر ولا تنظر في الغبن الفاحش وحق الورثة تعلق بالمالية في مرضه فلا يكون له
ابطاله فيما زاد على الثلث والوكيل بالشراء منهم لاحتمال أنه اشتراه لنفسه ولما رأى الصفقة خاسرة نسبها
اليه ولا يمكن ذلك في البيع فلا يتهم والمسائل المستشهد بها ممنوعة على قول أبي حنيفة رحمه الله والمقايضة
بيع من كل وجه شراء من كل وجه لان كل واحد منهما يبيع ماله ويشتري مال الآخر ولا تهمة فيه لعدم
احتمال الشراء لنفسه فيجوز بالقليل والكثير بخلاف الوكيل بشراء شيء بعينه حيث لا يكون له أن يشترى
للكل بالغبن الفاحش وان كان لا يملك شراءه لنفسه لانه بالخافضة فيه يكون مشترياً لنفسه فكانت
التهمة فيه باقية والوكيل بالنسكاح اذا تزوجه بأكثر من مهر مثلها جاز لعدم التهمة قال رحمه الله (ونقيد
شراؤه بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فيها وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين) أي تقيد شراء الوكيل
بمثل القيمة حتى لا يجوز شراؤه بالغبن الفاحش وهذا بالاجماع والفرق لا بي حنيفة رحمه الله قد ذكرناه
وفرق آخر أن أمره بالبيع بلا في ملك نفسه وفي الشراء ملك غيره وله في ملك نفسه ولا به مطلقة فاعتبر
اطلاقه وليس له ولاية في ملك غيره فلم يعتبر خسرانه على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد وبمثل القيمة

الوكالة بالسلم أن تقيد التوكيل بشراء الأضحية والجذب والفحم مروى عن أبي يوسف أما عند أبي حنيفة يعتبر الاطلاق يعني لا تقيد بزمان
الأضحية والصيف والشتاء وهذا معنى قوله والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة ولئن سلمنا أن التوكيل يتقيد فنقول انما يقيد بدلالة الغرض
لادلالة العادة لان الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء والغرض من شراء الجذب دفع ضرر الحر وذلك يختص بالصيف
حتى لو انعدمت هذه الدلالة بان وجد التوكيل ممن يعتاد تربص الفحم الحذا دين وغيرهم أو تربص الجذب كالقبايعين وغيرهم لا يتقيد كذا
قال الامام علام الدين العالم في طريقة الخلاف وكذلك الأضحية تقيد بأيام النحر بالغرض لا بالعادة لان غرض الموكل خروجه من عهدة
الوجوب الذي يلحقه في أيام تلك السنة اه غاية (قوله والمسائل) أرادهم مسائل شراء الفحم والجذب والأضحية اه (قوله والمقايضة بيع
من كل وجه شراء من كل وجه الخ) لان كل واحد من العوضين يصح أن يكون مبيعاً وتما وبفارق أحداً الامر من الآخر بخلاف حرف
الباء التي تصبب الائتمان فعلي أي ما دخل الباء يجعل ذلك تما وبفارق الآخر مبيعاً فاذا كان بيع المقايضة بيعاً من كل وجه تما وله مطلق التوكيل
بالبيع اه غاية (قوله حتى لا يجوز شراؤه بالغبن الفاحش) قال في شرح الاقطع وعن أبي حنيفة رواية أخرى أنه يجوز بالقليل والكثير

لعموم الامراء غاية (قوله وفي النهاية جعل هذا القدر معفو) وعليه مشى في الجمع فقال ويجوز للوكيل بالشراء العقد على القيمة وزيادة يتغابن في مثلها كنصف درهم في عشرة في العروض ودرهم في الحيوان ودرهمين في العقار قال شارحه هذا بيان للغبن اليسير اه (قوله وهو خلاف ما ذكره صاحب الهداية والكافي) قال في الهداية والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض (١) درهم وفي الحيوان درهمين وفي العقار درهمين لان التصرف يكثر وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن اقله التصرف اه (قوله وليس بشئ هذا كله الخ) أي جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها اه (قوله هذا كله نقله الاتفاق عن الامام خواهر زاده ثم قال في آخره قال في بيع التهمة وبه يفتى اه (قوله في المتن ولو وكرهه يبيع عبدا بضاع نصفه) أي أو جازا معلوما اه غاية (قوله فيجوز مطلقا مجتمعا ومتفرقا) (٢٧٢) سواء باع الباقي منه أو لم يبيع اه غاية (قوله ولانه لو باع كله

فيه تقيدهم ما اولان اعتبار الاطلاق في الشراء غير ممكن فوجب حله على ما ذكرنا لانه لو لم يحمل عليه لا اشتراه بجميع ما يملكه الموكل وبزيادة في حقه بذلك ضرر عظيم والوكيل بالبيع لا يقدر على ذلك فامكن اعتبار اطلاق الامر فيه فافترا وكذا ليس له أن يشتري بكميل أو موزون غير التقيدين دينافي الذمة لان التوكيل بالشراء يقيده بالتعارف وهو الشراء بالنقدين وقال زفر رحمه الله له ذلك حتى لو اشتراه بغيره نفذ على الموكل لانه شراء من كل وجه اذا الموصوف منه عن بخلاف ما اذا كان معيننا ثم قدر الغبن اليسير هنا بما يدخل تحت تقويم المقومين وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فاحش لان القيمة تعترف بالخزر وانظر بعد الاجتهاد في عذر فيما يشبه لانه يسير لا يمكن الاحتراز عنه ولا يعذر فيه الا يشبهه لفحشه ولا مكان الاحتراز عنه لانه لا يقع في مثله عادة الاعدا وقيل حد الفاحش في العروض نصف عشر القيمة وفي الحيوان عشر القيمة وفي العقار خمس القيمة وفي الدراهم ربع عشر القيمة لان الغبن يحصل لقله الممارسة في التصرف فكما كانت الممارسة فيه أقل كان الغبن فيها أكثر فغنى عن التفاوت بحسب الممارسة والصحيح الاول وفي النهاية جعل هذا القدر معفو وهو خلاف ما ذكره صاحب الهداية والكافي وقيل لا يتحمل الغبن اليسير أيضا وليس بشئ هذا كله اذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه الى تقويم المقومين وأما اذا كان معروفا كالخبز واللحم والموز والجن لا يعني فيه الغبن وان قل ولو كان فلسا واحدا قال رحمه الله (ولو وكرهه يبيع عبدا بضاع نصفه صح) عند أي خفيفة رحمه الله لان اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع فيجوز مطلقا مجتمعا ومتفرقا فصار كل لو وكرهه يبيع المكمل والموزون ولانه لو باع كله بهذا القدر من الثمن جاز عنده فبنصفه أولى أن يجوز وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجوز لان فيه ضررا للشركة وهو غير معتاد أو هو عيب وينتقص به القيمة فلا يدخل تحت الامر المطلق فلا يجوز الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يمتصم لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتناع بأن لا يجد من يشتريه جله فيحتاج الى التفريق فيتمين ذلك ببيع الباقي بعده بخلاف المكمل والموزون لانه لا ضرر في تبعضه ولا تنقص قيمته بذلك قلنا ضررا للشركة أهون من ضرر ببيع الكل بنصف الثمن وفولهما استحسنان والقياس ما قاله أبو خفيفة رحمه الله قال رحمه الله (وفي الشراء يتوقف ما لم يشتري الباقي) أي في الوكيل بشراء العبد اذا اشترى نصفه يتوقف شراؤه فان اشترى بأكفه قبل أن يمتصم الزم الموكل والارم الوكيل وهذا بالاجماع لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتناع بان كان العبد ينجاعة فلم يقدر على شراء كله دفعة واحدة فيحتاج الى شرائه شقفا فشقصا حتى يشتري الكل فاذا اشترى الكل قبل رد الامر الشراءتين أنه وسيلة فينفذ على الامر وان

به هذا القدر من الثمن جاز عنده) أي عند أي خفيفة لما تقدم في قوله وبصح بعه بما قل وكثر اه (قوله فلا يجوز الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يمتصم) أي فهمما جعلاه كالشراء وهو فرق بينهما اه غاية وكتب أيضا عليه ما نصه فحينئذ يجوز أيضا عندهما استحسانا اه غاية (قوله وقولهما استحسان والقياس ما قاله الامام الخ) قال الاتفاق وأصل ذلك أن أبا خفيفة يعتبر بالعموم والاطلاق في التوكيل بالبيع وأما في التوكيل بالشراء فيعتبر المتعارف الذي لا ضرر فيه ولا تهمة وعندهما كلاهما سواء اه (قوله في المتن وفي الشراء يتوقف) قال الاتفاق في معنى بالاتفاق اه (قوله وهذا بالاجماع) قال العيني قلت فيه خلاف زفر والثلاثة فان عندهم

لا ينفذ البيع الا في قول الشافعي ورواية عن أحمد اه (قوله فينفذ على الامر الخ) قال الاتفاق فان ابتاع الباقي منه قبل الخصومة لزم الامر عندنا وعند زفر يلزم الوكيل دون الامر ولو اختصم الوكيل مع الموكل الى القاضي قبل أن يشتري الوكيل الباقي وألزم القاضي الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم الوكيل بالاجماع وكذلك هذا الحكم في جميع الاشياء التي في تبعضها مضرة ويكون التشقيص فيه عيبا كالعبد والامة والدابة والثوب وما أشبه ذلك ولو وكرهه بشرأ شئ ليس في تبعضه مرة ولا يكون التبعض فيه عيبا فاشترى بعضه لزم الامر فحوا أن يوكاه بشرأ كرم من حنطة عمائة درهم فاشترى نصف الكرم بخمسين درهما لزم الامر وكذلك لو وكرهه بشرأ عبيدين فاشترى له أحدهما لزم الامر بالاجماع وكذلك لو وكرهه بشرأ جماعة من العبدى فاشترى واحدا منها لزم الامر اه (١) قوله درهمين يعني عشرة ونصف ودرهم يارده يعني أحد عشر ودرهم يارده يعني اثني عشر اه من هاهن الاصل كتبه مصححه

لا يشتري حتى رد الشراء نفذ على المأمور بخلاف الوكيل يبيع العبد عند أبي حنيفة رحمه الله على ما يناسب
والفرق له بينهما أن الشراء يتحقق فيه التهمة دون البيع على ما مر بيانه ولأن الأمر بالبيع يصادف ملكه
فيصح فيعتبر فيه إطلاقه والأمر بالشراء يصادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه الإطلاق والتقييد
فيتوقف على شراء الباقي ولا يقال إن الشراء لا يتوقف بل ينفذ على المشتري فكيف يمكن القول
بالتوقف لا نأقول إنما لا يتوقف إذا وجد نفاذ على العاقد وأما إذا لم يجد فمتوقف كشرائه العبد وأنصبي
المحجور عليهم ما لغيرهما بغير أمره فإنه يتوقف على إجازة من اشترى له لأنه لم يجد نفاذ على المشتري فكذلك هنا
شراء النصف لا ينفذ على الوكيل لعدم النفاذ عليه لأنه إنما ينفذ عليه إذا كان مخالفًا من كل وجه ولا على
الأمر لأنه لم يوافق أمره من كل وجه فقلنا بالتوقف فإن اشترى ببقية لزم الأمر والأمر المأمور ولا فرق
فيه بين التوكيل بشراء عبد بغيره أو بغير عينة فلو أعتقه الأمر في زمن التوقف نفذ عتقه عند أبي يوسف
رحمه الله ولا ينفذ عتق المأمور وعند محمد رحمه الله بالعكس لأنه قد خالف فيما أمر به وانما يتوقف عليه
من حيث إن الخلاف بنوعهم رفعه بأن يشتري الباقي فيرفع الخلاف فقبل أن يشتري بقي مخالفًا إذا
أعتقه الأمر لم ينفذ وأبو يوسف يقول إن العقد موقوف على إجازة الموكل ألا ترى أنه لو أجاز صريحًا نفذ
عليه والاعتناق إجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ اعتناق الوكيل لأن الوكيل كالتأويل محلا لعينه فلم يملك
الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على إجازته فلا ينفذ اعتناقه فكذلك كره في النهاية معزى إلى الإيضاح
قال رحمه الله (ولو رد المشتري المبيع على الوكيل بالعيب بينة أو نكول رده على الأمر وكذا باقرار فيما لا
يحدث مثله) لأن البينة حجة مطلقة والوكيل مضطرب النكول لعدم ممارسته المبيع فليزم الأمر واقراره
ليس بحجة على الموكل وانما يرد عليه إذا رد عليه باقراره بعيب لا يحدث مثله لأن القاضي يعلم أن العيب
كان في يد البائع فلم يكن قضاءه مستندًا إلى الأقرار ولا إلى البينة والنكول فخاصه أن العيب لا يتحول لما
أن لا يكون حادثًا كالسن الزائدة والاصبع الزائدة أو يكون حادثًا لكنه لا يحدث مثله في مثل تلك المدة أو
يحدث في مثلها فإن كان غير حادث رده القاضي بغير حجة من بينة أو نكول أو أقرار وكذا إذا كان حادثًا
لكنه لا يحدث في مثل هذه المدة رده القاضي بغير بينة ولا نكول ولا أقرار لعلمه بكونه عند البائع وتأويل
اشتراط البينة أو النكول أو الأقرار في الكتاب أن الحال قد يشبه على القاضي بأن لا يعرف تاريخ البيع
فاحتاج إلى هذه الحجة ليظهر التاريخ أو كان عيبًا لا يعرفه إلا الأطباء أو النساء وقولهم حجة في نوجه
الخصوصية لأن الرديفة تقر إليها الرديفة حتى لو كان القاضي عاين البيع وكان العيب ظاهرًا لا يحتاج إلى شيء
منها وإن كان عيبًا يحدث مثله فكذلك الحكم إن كان بينة أو نكول لأن البينة حجة مطلقة وكذا
النكول حجة في حقه فيرده عليه ثم في هذه المواضع كلها رد القاضي على الوكيل بكون ردًا على الموكل وإن
رده عليه في هذا النوع باقراره بقضاء القاضي لا يكون ردًا على الموكل لأن الأقرار حجة قاصرة فلا يعتد
بخلاف ما إذا كان مما لا يحدث مثله ولكن له أن يخاصم الموكل فيرده عليه بينة أو نكوله وإن رده عليه
باقراره برضاه من غير قضاء فليس له أن يرده على الموكل لأنه إقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والموكل
ثالثهم بخلاف ما إذا رده عليه باقراره بقضاء قاض لأن الرديفة حصلت بالقضاء فكان مكرها فأنعدم التراضي
وهو شرط في المعاوضة المالية فعمل فسخ في حق الكل ولكن الفسخ استند إلى دليل قاصر وهو الأقرار
فعملناهم ما فن حيث إن الرديفة كان للوكيل أن يخاصم الموكل ومن حيث أنه استند إلى دليل قاصر لزم
الوكيل الآن أن يقيم حجة على الموكل وإن كان العيب غير حادث أو كان حادثًا إلا أنه لا يحدث مثله في تلك
المدة فرده على الوكيل باقراره بغير قضاء لزم الوكيل وليس له أن يخاصم الموكل في عامة روايات المبسوط
وذكر في البيوع أنه يكون ردًا على الموكل لأنهم ما فعلوا عين ما فعله القاضي لو رفع إليه إذا بكلفه القاضي
إلى إقامة البينة ولا إلى الخلف في هذه الصورة بل يرده عليه بلا حجة فكان الحق متعينًا في الرد قلنا الرد
بالتراضي يبيع جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما ولأنه لم ينسأ الحق متعين في الرد بل ثبت حقه أولاً

(قوله فلو أعتقه الأمر
في زمن التوقف نفذ عتقه)
قال القدوري في كتابه
المسمى بالتقريب قال أبو
يوسف إذا وكل رجل رجلاً
أن يشتري له عبداً فاشترى
نصفه جاز عتق الأمر فيه
ولم يجز عتق الوكيل وقال
محمد يجوز عتق الوكيل دون
الموكل اه اتفاقاً (قوله
وتأويل اشتراط البينة أو
النكول أو الأقرار) قال
الاتقاني وانما شرط محمد في
الجامع الصغير البينة أو الأقرار
أو الأقرار لا شبهة الأمر
على القاضي بأن العيب قديم
أم لا أو يعلم القاضي يقينا
أن مثل هذا العيب لا يحدث
في مدة شهر مثلاً ولكنه
لا يعلم تاريخ البيع متى كان
فيحتاج المشتري إلى واحدة
من هذه الحجج على أن تاريخ
البيع من شهر حتى يظهر
عند القاضي أن هذا العيب
كان في يد البائع فيرد المبيع
عليه اه

(قوله كان القول قول الموكل) لان الاذن يستفاد من جهته فكان القول قوله في كيفية تحقيقه أن الامر قد يقع مطلقا وقد يقع مقيدا ولم يوجد دليل على أحد الوجهين فكان القول قول الموكل لانه يدعى الخصوص والاصل في الوكالة الخصوص اه غاية (قوله وقال المضارب أطلقت كان القول للمضارب) وفي قول زفر القول قول رب المال وهو القياس لان الامر يستفاد من جهة رب المال فصار كما في الوكالة قال أبو الليث في شرح الجامع الصغير وعلمنا أن الاستحسان في المضاربة لان المضاربة بناؤها على العموم وقد تصادف على المضاربة ثم رب المال ادعى زيادة شرط والمضارب منكر فالقول قوله اه غاية (قوله فأشبهت الوكالة التي ليست فيها شائبة الشراكة) يحترز بذلك من المضاربة لانها وكالة ولكن تصير شركة في الآخرة اذ ارجح اه (قوله في المتن ولو أخذ الوكيل بالثمن رهننا الخ) قال في الهداية قال ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ (٢٧٤) بالثمن رهننا ووضاع في يده وأخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه قال

في وصف السلامة ثم اذا عجز ينتقل الى الرذم اذا امتنع الرذم حدوث العيب أو زيادة حدوث فيه ينتقل الى الرجوع بالنقصان فلم يكن الرذم معينا وهكذا ذكر الروايتين في شرح الجامع الصغير وغيره وبين الروايتين تفاوت كثير لان فيه نزول من الزوم الى أن لا يخص بالكلية وكان الاقرب أن يقال لا يلزمه ولكن له أن يخص قال رحمه الله (وان باع نسيئة فقال أمرتك بنقد وقال المأمور أطلقت فالقول للآخر) أي الوكيل بالبيع باع نسيئة فقال له الموكل أمرتك أن تبعه بنقد وقال الوكيل أمرتني ببيعه مطلقا ولم تقل شيئا كان القول قول الموكل لان مبنى الوكالة على التقييد حتى لا تصح بدون بيان النوع بعد الجنس أو الثمن ألا ترى أنه لو قال وكنتك أن تشتري لي دابة لا يصح ولو قال وكنتك في مالي ليس له الا الحفظ فاذا كانت مبناها على التقييد وهو يستفاد من جهة الآخر كان القول له كما اذا أنكر الآخر أصلا قال رحمه الله (وفي المضاربة للمضارب) أي باع المضارب نسيئة فقال رب المال أمرتك أن تبعه بنقد وقال المضارب أطلقت كان القول للمضارب لان الاصل في المضاربة الاطلاق والعموم ألا ترى أنه يملك التصرف المعتمد من شراء وبيع وابطاع ووكيل واستئجار وايداع بد كرافضة المضاربة فقامت الدلالة على الاطلاق فمن ادعاه فيها كان مدعي المأهوال الاصل فيها فكان القول له لان الظاهر يشهد له بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لسقوط الاطلاق باتفاقهم فأشبهت الوكالة التي ليست فيها شائبة الشراكة ثم مطلق الامر بالبيع بقتضيه نقدا ونسيئة الى أجل متعارف عندهما والى أي أجل كان عنده بخلاف المضاربة حيث يتقيد بأجل متعارف بين التجار على ما يجي في موضعهم ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (ولو أخذ الوكيل بالثمن رهننا فوضاع أو كفيلا فتوى عليه لا يضمن) أي الوكيل بالبيع فعل ذلك لا يضمن لانه أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والارتهان والكفالة وثيقة لحساب الاستيفاء فيمالكه ما ولا ان قبض الرهن كقبض الثمن من حيث انه قائم مقامه ثم الثمن كان أمانة في يده بعد القبض فكذلك الرهن بخلاف الوكيل بقبض الدين حيث لا يملك أخذ الرهن ولا الكفيل لانه يرضى نيابة عن الآخر وله هذا الاعلان البراء وملك الآخر منه ولا كذلك الوكيل بالبيع ولو لا أنه أصيل فيه لكان مثله وفي النهاية المراد بالكفالة هنا الخوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة وقيل الكفالة على حقيقة فان التوى يتحقق فيها بان مات الكفيل والملكفول عنه مناسين وهذا كله ليس بشئ لان المراد هنا فتوى مضاف الى أخذه الكفيل بحيث أنه لو لم يأخذ كفيلا لم يتودينه كما في الرهن والتوى الذي ذكره هنا غير مضاف الى أخذه الكفيل بدليل أنه لو لم يأخذ كفيلا أيضا التوى يموت من

الاتفاق أي قال في الجامع الصغير وصورة المسئلة فيه قال يعقوب ومحمد أمر رجل رجلا أن يبيع له عبدا فباعه ثم أخذ بالثمن رهننا فوضاع في يده وأخذ به كفيلا فهو جائز ولا ضمان عليه الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وليس في المسئلة اختلاف إلا أنه روى عن أبي يوسف ومحمد ولم يرو عن أبي حنيفة رضي الله عنه وذلك لان استيفاء الثمن من حقوق العقد وهي راجعة الى الوكيل اه وكتب أيضا مانعه قال شيخ الاسلام علاء الدين أبو الحسن على ابن محمد السبكي في شرحه مختصر السبكي للحاكم الشهيد في أول باب الكفالة في الرهن واذا دفع الرجل الى الرجل متاعا فقال بعه وارتهن لي به رهننا ففعل فهو

جائز لانه أنى بما أمر به ولو فعله بنفسه جاز فكذلك اذا فعله نائبه فان كان الراهن أقل من الثمن بما لا يتغابن الناس فيه فهو عليه جائز في قول أبي حنيفة ولم يذكر قوله ما ويحتمل أن لا يجوز على قوله ما بناء على أن أخذ الرهن بشبهه البيع لان قبض الرهن قبض ضمان ويصير مستبدا لاستيفائي العاقبة والوكيل بالبيع عندهما لا يملك البيع بالغبن الفاحش وعند أبي حنيفة يملك ولو باعه ولم يرهن لم يحز البيع بثن مؤ كد بالرهن فاذا باعه بثن غير مؤ كد يصير مخالفا ولو قال بعه بثن ثقة فارتهن رهننا أقل منه بما يتغابن الناس فيه فهو جائز لانه يحصل التوثيق به لانه مماثل للدين أو مقارب له فصالح وثيقة له لان الوثيقة ما يفضى الى الحقيقة وان كان أقل منه بما لا يتغابن الناس فيه لم يحز لان توثيق الكثير بحس القليل مما لا يعقل لانه تعلق به حق الآخر لان فائدة التوثيق مرجعه اليه فيكون الوكيل بالرهن مبطلا له فيضمن اه غاية (قوله فتوى عليه) أي على الكفيل اه غاية قال في الوافي وأخذ بثنه كفيلا فتوى المال على الكفيل اه

(قوله المراد بالتوى الخ) أخذ الشارح رحمه الله هذا من الكافي فقد قال فيه بعد قوله فتوى المال على الكفيل بان يرفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم براءة الاصيل فتوى المال على الكفيل فلا ضمان عليه اه (قوله وكان توكيله ما بلفظ واحد) قال في الهداية فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكل فيه قال الاتقاني قالوا هذا اذا وكلهما بكلام واحد دفعة واحدة بان قال وكان كما يبيع عبدي وخلع امرأتى اذا وكلهما بكلامين كان لكل منهما أن يتصرف لان كل واحد منهما ماسط على البيع والخلع بانفراده اه وكتب ايضا مانصه قال الاتقاني رحمه الله قال الامام الاسيحاى في شرح الطحاوى الاصل في هذا أن الوكيلين بالمبادلة اذا فعل أحدهما بالمبادلة دون صاحبه لم يجوز ولا ينفذ حتى يجزه الوكيل الآخر والموكل ولا يجوز فعل أحدهما ان المبادلة تتعلق بالرأى والمشورة وقد رضى رأيهم ما مشورتهم ما لم يرض رأي أحدهما مساو كان الثمن مسمى أو لم يكن مسمى والوكيل الآخر حاضر أو غائب الآن في الشراء ينفذ عليه ولا يتوقف لان الشراء اذا وجد نفاذا على العاقد لا يتوقف بخلاف البيع فانه يتوقف على اجازة الموكل أو الوكيل وكذا الوكيلان بالتزويج والخلع والكتابة على مال اذا فعله (٢٧٥) أحدهما لا يجوز حتى يجزه الموكل أو الوكيل الآخر وأما

عليه الدين وجهه على الخوالة فاسدلان الدين لا يتوى فيها موت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على المحيل وانما يتوى بموتهم مفلسين فصار كالكفالة والاوجه أن يقال المراد بالتوى توى مضاف الى أخذ الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا مثل أن يكون القاضى مالكا ويحكم به بموت الكفيل مفلسا قال رحمه الله (ولا يتصرف أحد الوكيلين وحده) لان الموكل رضى رأيهم لا يرى أحدهما ولو كان البذل مقدر الان تقديره لا يمنع استعمال الرأى في الزيادة والنقصان وفي اختيار النبايع والمشتري ونحو ذلك وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأى وأمكن اجتماعهما فيه وكان توكيلهما بلفظ واحد وأما ما لا يحتاج فيه الى الرأى كالطلاق والعناق بغير عوض أو لا يمكن الاجتماع فيه كالخصومة جاز لاحدهما أن يتصرف فيه دون صاحبه وكذا اذا كان توكيلهما على التعاقب جاز لاحدهما أن يتصرف بالتصرف لانه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله فلا يتغير ذلك بخلاف الوصيين اذا وصى الى كل واحد منهما بكلام على حدة حيث لا يجوز لاحدهما أن يتصرف بالتصرف في الاصح لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صار وصيين جاز واحد والوكالة حكمها ثبت بنفس التوكيل فاذا أفرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد منهما بالتصرف واذا وكلهما بكلام واحد لا ينفرد به أحدهما وان كان أحدهما حرا بالغا عقلا والآخر عبدا أو صبيًا محجورا عليه لما ذكرنا ولو باع أحدهما محضرة صاحبه فان أجاز صاحبه جاز والا فلا ولو كان غائبا فإجازة لم يجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله وان مات أحدهما أو ذهب عقله لم يجوز للآخر أن يتصرف وحده لعدم رضاه برأيه وحده قال رحمه الله (الا في خصومة وطلاق وعناق بلا بدل وردود بعة وقضاء دين) لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأى والخصومة وان كان يحتاج فيها الى الرأى لكن اجتماعهما في التكلم في مجلس القاضى متعذر لانه يؤدي الى التلبيس على القاضى وإلى الشغب والرأى يحتاج اليه ساقا على الخصومة ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة عند عاينتهم لانه لا يتعلق

الوكيلان بالعنق على غير مال والوكيلان بالطلاق على غير مال فلا أحدهما أن يتصرف ويطلق وكذا الوكيلان بالخصومة لاحدهما أن يتخصص لانه اذا انتهى الى قبض المال لا يجوز قبض أحدهما حتى يجتمعا لان الخصومة مما لا تأتي فيها اثنان بالاجتماع والقبض مما لا تأتي فيه الاجتماع وكذا الوكيلان بتسليم ما وهب الى الموهوب له فسلم أحدهما صححت الهبة وكذا الوكيلان بقضاء الدين وسلم المال اليهما فقضاء أحدهما جاز وأما الوصيان فليس لاحدهما التصرف الا باذن صاحبه عند أي حنيفة ومحمد

كالوكيلين بالبيع الا في أشياء معروفة فذكرها في الوصايا وعند أبي يوسف لكل واحد منهما ولاية التصرف على حدة ولو دفع ماله الى اثنين مضاربة فليس لاحدهما التصرف الا باذن صاحبه بالاتفاق كذا في شرح الطحاوى اه (قوله في المتن الا في خصومة وطلاق الخ) قال فاضحان في شرح الجامع الصغير لا ينفرد أحد الوكيلين الا في أربعة أشياء الأول اذا وكلهما بالطلاق والثاني اذا وكلهما بالعناق والثالث اذا وكلهما برؤوس بعة أو عارية أو غصب أو دين عليه لرجل والرابع اذا وكلهما بالخصومة لان الثلاثة لا يحتاج الى الرأى وأما في الخصومة فقد ذكرنا فيها المعنى اه اتقاني رحمه الله (قوله ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة) ولكنكم ما لا يقبضان الامعا وقال زفر لا يصح الانفراد في الخصومة أيضا لانه يحتاج فيها الى الرأى ورأى الاثنين لا يكون كراى الواحد فراضا برأيهم لا يكون رضا برأى أحدهما كافي البيع والشراء ولنا أن المعهودين الناس هو الانفراد بالتكلم صيانة لمجلس القضاء عن الشغب وتحجريا للصواب اذا الانسان يتلى بالغلط عند كثرة اللغط وفي الاجتماع اخلال بالاستماع ولما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيا بخصومة أحدهما ولكن على وجه لا يفوت فائدة توكيلهما واذ بان يناوبا الأهم رأيهم وانما ينفرد أحدهما بالتكلم اه كافي

(قوله وطلاق الزوجة والعق الخ) قال الاتقاني وذكر في الجامع لو قال لرجلين طلقا امرأتين ان شئتما وأردتما فطلقهما أحدهما لم يقع لانه علق الطلاق بشئتم ما فلا ينزل عند شئته أحدهما وكذلك لو قال أمر امرأتين بأبديكما فطلق أحدهما لا يقع لانه جعل الرأى اليهما الا الى أحدهما اه (قوله وعلى هذا لو قال طلقاها جميعا ليس لاحدهما أن يطلقها وحده) حتى لو انفرد أحدهما بالرأى الآخر لا يجوز اتفاقا اه ابن فرشتا (قوله لانه رضى برأيه) والناس متفاوتون في الرأى اه غاية (قوله وعليكهما فيما نحن فيه) أى علق الموكل التوكيل فيما وكل فيه وعليك نهى الوكيل عنه اه (قوله فاذا فوض اليه وكل كان الثاني وكيل) قال قاضيان في فصل التوكيل بالخصوصة رجل وكل رجلا بالخصوصة وقال له ما صنعت من شئ فهو جائز فوكل الوكيل غيره بذلك جازئو كيله ويكون الوكيل الثاني وكيلا للموكل الاول لا وكيل الوكيل حتى لو مات الوكيل الاول أو عزل أو جنى أو ارتد ولو لحق بدار الحرب لا ينزل الوكيل الثاني ولو مات الموكل الاول أو جنى أو ارتد ولو لحق بدار الحرب لا ينزل الوكيل الثاني جازئو كيله لان الموكل رضى بصنع الاول وعزل الاول الثاني من صنع الاول اه (قوله في المتن ١٧٦) فان وكل بلا اذن الموكل فعقد بحضرته أو باع أجنبي فأجاز صح قال الاتقاني قال محمد في

بسماعه بالخصوصة وهو سكت فائدة وطلاق الزوجة والعق بلا بدل لا يحتاج فيه الى الرأى الا اذا قال طلقاها ان شئتما أو جعل أمرها بأيديهم ما حينئذ يكون تقويضا فيقتصر على المجلس لكونه تعليقاً أو يكون تعليقاً فيشترط فعله ما وقع الطلاق لان المعلق بشئتين لا ينزل عند وجود أحدهما وعلى هذا لو قال طلقاها جميعا ليس لاحدهما ما أن يطلقها وحده ولا يقع عليه اطلاق أحدهما ولو قال طلقاها جميعا ثلاثا فطلقها أحدهما ماطقة والاخر طمقة لا يقع وردا للوديعة لا يحتاج فيه الى الرأى فردا أحدهما كرهه ما بخلاف ما اذا وكلها ما استرداها حيث لا يكون لاحدهما أن يقبض بدون صاحبه لان اجتماعهما فيه ممكن ولو وكل فيه غرض صحيح لان حفظ اثنين خير من حفظ واحد فاذا قبض أحدهما ضمن كله لانه قبض بغير اذن المالك اذا أمره بتأويلهما مجتمعين لامتفرقين فلم يكن مأمورا في حالة الانفرد بقبض شئ منه وقضاء الدين بمثل رد الوديعة واقضاء مثل استرداد الوديعة قال رحمه الله (ولا يوكل الا باذن أو باعل برأيك) أى لا يوكل الوكيل فيما وكل فيه الا أن يأذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك لانه رضى برأيه ولم يرض برأى غيره ولان المفوض اليه التصرف دون التوكيل به فلا يملكه بدون التفويض اليه بخلاف التوكيل في الحقوق حيث يملكه بغير اذن الموكل لانه أصيل فيه ولهذا لا يملكه الموكل ولانه عنه وعليكهما فيما نحن فيه فلا يملك التوكيل بدون رضاه فاذا فوض اليه وكل كان الثاني وكيلاً عن الموكل حتى لا يكون الاول أن يعزله ولا ينزل بعونه وينزل بجوت الموكل وهو نظير اختلاف القاضى حيث لا يملكه الا باذن الخليفة ثم لا ينزل بعزل القاضى الاول ولا بجوته وينزل بعزل الخليفة لهما لكن لا ينزل بجوته والفرق أن الخليفة عامل للسامين فلا ينزل بعزل القاضى الذى ولاه هو وأولاه القاضى باذنه والموكل عامل لنفسه فيعزل وكيلا بعونه له لطلان حقه قال رحمه الله (فان وكل بلا اذن الموكل فعقد بحضرته أو باع أجنبي فأجاز صح) أى ان وكل الوكيل بغير اذن الموكل فعقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول أو عقد أجنبي فأجازه الوكيل الاول جازئهم لان مقصود الموكل حضور رأيه وقد حصل به وكذا الوعد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول جازئ من غير اجازة منه لان المقصود وهو

الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة رضى الله عنه في رجل وكل رجلا ببيع عبد فأمر الوكيل رجلا ببيعه قال ان باعه والوكيل الاول حاضر جاز ذلك وان باعه وهو غائب عنه لم يجز وقال محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل وكل رجلا ببيع عبد فباعه رجل غير الوكيل فبلغ الوكيل فسلم البيع قال جائز الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقال في شرح الطحاوى و ليس للوكيل أن يوكل غيره بما وكل به الا أن يطلق له الذى وكله أو يجيز أمره فيما وكل به فيكون له ذلك لان بناء الوكالة على الخصوص فليس له أن يفوض الى غيره إلا بان يأذن له الموكل بذلك

أو يقول له وقت التوكيل ما صنعت من شئ فهو جائز حينئذ يجوز ولو وكل رجلا ببيع عبد ولم يجزه ما صنع ولا أذن له حضور في ذلك فوكل الوكيل غيره ببيع ذلك فباعه الوكيل الثاني فانه ينظر ان باعه بحضرة الوكيل الاول جاز البيع وصار كأن الوكيل الاول هو الذى باعه ولو باعه بغير حضرة الوكيل الاول لم يجز بيعه حتى يجيزه الوكيل الاول أو الموكل وقال زفر لا يجوز بيع الوكيل الثاني سواء كان بحضرة الوكيل الاول أو بغير حضرته وقال ابن ابي ليلى يجوز بيع الوكيل الثاني بحضرة الاول وبغير حضرته وأما الوكيل بالشراء اذا وكل غيره فاشتري الثاني فهو على الخلاف الى هنا لفظ شرح الطحاوى (قوله وكذا الوعد الوكيل الثاني الى قوله جازئ من غير اجازة الخ) مقتضاه أن قوله في المتن فأجاز صح راجع الى مسئلتى الوكيل الثاني والاجنبى والا لو كان قوله جاز راجعا لمسئلة الاجنبى فقط لم يكن لقول الشارح وكذا الوعد الوكيل الخ فائدة لانه حينئذ يكون مستفاد من المتن قال الاتقاني رحمه الله ونقل في الفتاوى الصغرى عن وكالة شيخ الاسلام خواهر زاده أن الوكيل بالبيع أو الاجارة اذا وكل غيره فباع الثاني أو أجره والا قول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل الاول ذلك جاز فقد شرط الاجازة من الوكيل الاول للجواز وان حصل البيع أو الاجارة من الثاني بحضرة الاول وذكر بعده أنه اذا باع الثاني بحضرة

الاول يجوز ولم يشترط الاجازة وهو المذكور في الجامع الصغير ذكره ايتين الروايتين في باب الوكالة بالقيام على الدار من المبسوط للشيخ الاسلام خواجه زاده ثم قال شيخ الاسلام خواجه زاده حكى عن الكرخي أنه كان يقول ليس في المسئلة اختلاف الروايتين لكن ماذا كر مطلة في بعض المواضع محمول على ما اذا أجاز الوكيل الاول ذلك والى هذا ذهب عامة مشايخنا ووجه ذلك أن الوكيل المأمور بالبيع التحق بالعدم فيكون الثاني فضولاً وعقد الغضولي لا يتم بمجرد حضرة المجيز ما لم يجز ومنهم من جعل في المسئلة روايتين في رواية يشترط فيه الاجازة كذا كرنا في رواية يكنى حضور الاول كذا كر في الجامع الصغير قال شيخ الاسلام (٣٧٧) خواجه زاده وعلى هذا أحد وكيلي

حضوراً به قد حصل بنفس العقد باذنه ولو قدر الاول الثمن للثاني جاز عقده في غيبته حصول المقصود باستعمال رأيه في تقدير الثمن بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقد رلهما البديل حيث لا يجوز لاحدهما أن يتصرف بدون صاحبه لان تقديره لا يمنع استعمال الرأي في نقصائه في الشراء وفي الزيادة في البيع وفي اختيار من يعامله بل هو مقصوده ظاهر لان تفويضه اليهما مع تقدير البديل دليل عليه بخلاف ما اذا كان المأمور واحد لان غرضه استعمال رأيه في معظم الامر وهو تقدير البديل وقد حصل وهذا لان المقصود في الوكالات الاسترباح عادة وهو زيادة البديل وقد حصل بتقدير البديل وما عده كالفضلة فلا يكون مقصوداً بالتوكيل واختلفوا في العهدة فيما اذا عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول فذكر البقالي في فتاويه أن الحقوق تتعلق بالاول وكذا ذكر المحمدي أيضاً لان الموكل رضي بلزوم العهدة للاول دون الثاني وذكر في حيل الاصل والعيمون أن الحقوق ترجع الى الثاني وهو الصحيح لانه هو العاقد والعهدة هو السبب للزوم وقد صدر من المباشرون غيره وينبغي أن يكون على هذا الخلاف فيما اذا عقده والاول غائب فأجازه أو عقده أجنبي فأجاز الاول ولا معنى لاشتراط حضرته والوكيل بالطلاق أو العتاق اذا وكل غيره فطلق الثاني بحضرة الوكيل الاول لانه قد كان الامر علقه بالفظ الاول دون الثاني وهو يتعلق بالشروط بخلاف البيع ونحوه قال رحمه الله (وان زوج عبد أو مكاتب أو كافر صغيرته الحرة أسلمة أو باعها أو اشترى لم يجز) لانه لا ولاية لهؤلاء ألا ترى أن العبد لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم ولا شهادة للعبد أصلاً والمكاتب عبد ماني عليه درهم ولان هذه الولاية نظرية فلا بد من تقوى يضاهي القادر ليهقق معنى النظر والرق بزل القدرة والكفر بقطع الشقة على المسلم فلا مصلحة في التفويض اليهما ولا فرق في ذلك بين أن يكون الكافر ذمياً أو حريباً وأما المرتدان ولايته على أولاده وأموالهم موقوفة بالاجماع لانها تنبئ على النظر والنظر يحصل باتفاق الملة لان اتحادها داع الى النظر وهو متردد في الحال فوجب التوقف فيه فاذا أسلم جعل كأنه لم يزل مسلماً فينفذ تصرفه واذا مات أو قتل على ردة تقررت جهة انقطاع الولاية فيبطل تصرفه بخلاف تزوجه بنفسه حيث لم يجز وان أسلم بعد ذلك لان جواز انكاح بعمدة الملة ولا ملة للار فلا يتوقف اذ لا يجزئ في الحال لان شرط التوقف أن يكون له مجزئ في الحال فصارت نظرية اعتاق الصبي وطلاقه وهبته حيث لا تتوقف على البلوغ اذ لا يجزئها في الحال ونكاح أولاده الصغار له مجزئ في الحال وهو الولي أو القاضى فيتوقف فاذا أسلم نفذت فصح النكاح والابطال وبخلاف تصرفاته في ماله عندهما لانها تنبئ على الملك وملكه قائم ثابت في أمواله مادام حياً فينفذ بلا توقف والله تعالى أعلم

باب الوكالة بالخصومة والقبض

الخلاف فيما اذا عقده الخ قال الاتقاني ولو باعه الوكيل الثاني حال غيبة الاول فبلغه فأجاز أو باعه أجنبي فبلغه فأجاز لانه حصل رأيه اه

باب الوكالة بالخصومة والقبض

لما كانت الخصومة مهجورة شرعاً لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفسحوا حتى تركت حقيقة تعالى مطلق الجواب مجازاً لاطلاق الاسم السبب على المسبب أخذ كرا الوكيل بالخصومة عماليس بمجور بل هو مطلق مجرى على حقيقة اه اتقاني رحمه الله في الفتاوى الصغرى لوقال الرجل لا تخروك كنتك بالخصومة في كل حق قبل أهل بلدة كذا فهو وكيل بالخصومة في كل حق له قبل أهل تلك البلدة يوم التوكيل وما يحدث استحساناً ولو قال وكنتك بالخصومة قبل فلان يكون وكيل بالخصومة في كل حق يكون موجوداً يوم التوكيل اه خلاصة الفتاوى

(قوله في المتن الوكيل بالخصومة الخ) قال في الهداية والوكيل بالخصومة وكيل بالقبض قال الاتقاني هذه اللفظ القدوري في مختصره قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير هذا ظاهر الرواية وقال في اشارات الاسرار الوكيل بالخصومة يملك قبض الدين عنه نأخلاف الزفر وقال شمس الأئمة البيهقي في كفايته الوكيل بتقاضى الدين له القبض اتفاقاً اه قال الاتقاني قال في الواقعات في باب الوكيلة بعلامة النون الوكيل بالتقاضى أو بالخصومة ليس له أن يقبض الدين في زماننا لان الحياة ظهرت فيما بين الناس وهو اختيار مشايخ بلخ خصوصاً في الوكلاء على باب القاضى اه (قوله والعرف أملك) لان وضع الالفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية اه (قوله ولزفر أن الخصومة الخ) قال الاتقاني وجه قول زفر أنه رضى بهادته في الخصومة لا بامانته في القبض اذ يؤتى على الخصومة من لا يؤتى على القبض فلا يملك القبض اه (قوله في المتن ويقبض الدين يملك الخصومة) قال في خلاصة الفتاوى في الاصل الوكيل يقبض الدين ليس له (٣٧٨) أن يوكل غيره ولو وکل رجلاً يقبض كل دين له ثم حدث له دين فله قبضه استحسننا ولو

وكله يقبض غله الداريتناول الحادث وفي سرقة الجامع الوكيل يقبض الدين اذا وکل من في عياله صبح حتى ولو وکل فقبض فهل في يده لا يضمن اه (قوله حتى لو أقيمت عليه البينة الخ) قال الاتقاني قال القدوري في كتابه المسمى بالتقريب قال أبو حنيفة الوكيل يقبض الدين وکیل بالخصومة فان أقام المطلوب البينة أنه قضى الموكل قبلت بینه عليه وقال لا تقبل بینه على القضاء الا أن الخصومة تسقط اه قال الاتقاني وانما قيد بالوكيل يقبض الدين لان الوكيل يقبض العين لا يكون خصماً أجمعاً ونقل في الفتاوى الصغرى عن شيخ الاسلام خواهر زاده أن الوكيل يقبض الدين لائلا الخصومة أجمعاً ان

قال رحمه الله (الوكيل بالخصومة والتقاضى لا يملك القبض) وهذا قول زفر رحمه الله وقال علماءنا الثلاثة رحمه الله يملك القبض عينا كان أو ديناً لان الوكيل بالشيء وكيل بأتمامه واتمامه ما يكون بالقبض وما لم يقبض فالخصومة قائمة لانه يتوهم انكاره به بذلك والمطل ورعا يحتاج الى المرافعة ثانياً فيكون له القبض قطعاً لادتها ولان المقصود من الخصومة الاستيفاء اذ هي غير مقصودة لذاتها والوكيل بالشيء يملك ما هو المقصود منه ومعنى التقاضى الطلب في العرف قصار بمعنى الخصومة وهو في أصل اللغة القبض لانه تفاعل من قضى يقال قضى دينه واقتضيت منه ديني أى أخذت والعرف أملك فكان أولى اذ الحقيقة هي مجورة قصار بمعنى الخصومة مجازاً فيكون التوكيل به انوكيلاً بأتمامها اذ المطالبة لا تنتهى الا بالقبض ولزفر رحمه الله ان الخصومة غير القبض حقيقة وهي لاظهار الحق ويختار في التوكيل به امن هو الناس أمانة أو أكثرهم وعراقن يصلح للخصومة عادة لم يرض بقبضه فانوكيل بخصومته لا يدلنا على الرضا بقبضه بل يدل على عكسه فلا يكون له القبض وكذا المطالبة غير القبض قالو كیل بها لا يملك القبض لما ذكرنا الفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله وله هذا الاختاره الشيخ رحمه الله لتغير أحوال الناس وكثرة الخيانات في الوكلاء ولا فرق في ذلك بين الدين والعين لان المعنى لا يختلف فيهما قال رحمه الله (وبقبض الدين يملك الخصومة) أى الوكيل يقبض الدين يملك الخصومة حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو لبراءته تقبل وكذا اذا جحد الغريم فأقام الوكيل البينة عليه تقبل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يكون خصماً وهو رواية الحسن عنه لان القبض غير الخصومة فلم يكن الرضا به رضاً بالخصومة كل من يؤتى على المال يمتدى اليها قال رحمه الله (وبقبض العين لا يبرهن ذواليد على الوكيل بالقبض أن الموكل باعه وقف الامر حتى يحضر الغائب وكذا الطلاق والعناق) أى الوكيل يقبض العين لا يملك الخصومة حتى لو أقام ذواليد البينة على الوكيل يقبض العين أن الموكل باعه العين لم تقبل بینه الا في حق قصر يد الوكيل عن العين فيسوق حتى يحضر الغائب وكذا لو أقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها أن الزوج طلقها فلا أو أقام العبد البينة على الوكيل بنقله ان المولى قد أعتقه لا تقبل

كان التوكيل من القاضي كالأوكل وكذا لا يقبض ديون الغائب وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل له في يده رجل عبد فوكل رجلاً يقبضه من الذي العبد في يده ثم غاب الموكل فأقام الذي في يده العبد البينة أن الغائب قد باعه اياه فقال أقفه حتى يحضر الغائب وكذلك الطلاق والعناق وكل شيء الا الدين فإنه اذا كان لرجل على رجل دين فوكل رجلاً يقبضه فأقام الذي عليه الدين البينة انه قد أوفاه قبلت بینه وقال أبو يوسف ومحمد هذا الاول سواء الى هذه اللفظ محمد في أصل الجامع الصغير اه (قوله وكذا لو أقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها الخ) قال الاتقاني بخلاف الوكيل بنقل المرأة والعبد والامة اذا أقامت المرأة البينة على الطلاق الثلاث أو أقام العبد أو الامة البينة على الاعناق حيث لا يكون الوكيل خصماً ولا تسمع البينة على الطلاق والعناق الا لقصر اليد استحسننا ووقف الامر الى أن يحضر الغائب والقياس أن لا يوقف الامر بل كان ينبغي أن يدفع الى الوكيل لان البينة بطلت لقيامها على غير خصم وجه الاستحسان في قبول البينة في قصر اليد خاصة أن الوكيل في نفس القبض قائم مقام الموكل فجعل خصماً في ابطال حق القبض احتياطاً فاذا حضر الغائب تعاد عليه البينة قال نضر الاسلام ذكر الاستحسان والقياس في كتاب الوكلاء وأورد القدوري سؤالا

وجوابا في كتاب التقریب فقال فان قيل لو كان الوكيل بالقبض وكيلا بالتملك لم يجوز وكيل المسلم في قبض الخمر كالأيوكل في تملكها فالجواب أن هذا تملك من طريق الحكم والمسلم يصح أن يملك الخمر حكما والالم يجوز عقده عليها اه (قوله لان الدينون تقضى بأثمانها لا بأعيانها) قال الاتقاني لان الدين لا يمكن قبضه لانه وصف ثابت في الذمة لكن لما أخذ المقبوض كان على القابض مثل ما على المطلوب فالتقاني الدينان فصا (قوله وهذا لان المقبوض الخ) اشارة الى مطلع نمكة أبي حنيفة رضى الله عنه يعنى كانه وكله بملك مثل الدين وذلك مبادلة والمأمور بالمعاوضة يكون أصليا في حقوق المعاوضة اه قارى الهداية (قوله لان الشريعة جعل ذلك طريقا للاستيفاء) يعنى أن الدينون وان كانت تقضى بأثمانها لا بأعيانها ما ينالنا أن لا أن المقبوض جعل له حكم عين الدين بدليل ان رب الدين يجبر على القبض فلو كان تملك كالمحذ اليس فيه معنى استيفاء عين الحق لم يجبر على القبض وكذا اذا فخر بجنس حقه حل له التناول اه غاية (قوله كالوكيل بالشراء والقسمة) يعنى أن أحد الشريكين اذا وكل رجلا بان يقاسم شريكه فادان الوكيل المقاسمة فأقام الشريك الآخر البيعة أن الموكل أخذ نصيبه تقبل بينته لان الوكيل خصم لان في القسمة معنى التملك اه غاية (قوله والرد بالعيب) يعنى (٢٧٩) أن المشتري اذا وكل وكيلان بريد المشتري بسبب العيب فأقام البائع البيعة أن المشتري رضى بذلك تقبل بينته اه غاية (قوله والرجوع في الهبة) يعنى اذا وكل وصكلا بالرجوع في الهبة كان خصما حتى اذا أراد الرجوع فأقام الموهوب له البيعة أن الواهب أخذ العوض تقبل بينته اه غاية (قوله والوكيل بأخذ الشفعة) اذا قامت عليه البيعة أن الموكل سلم الشفعة صححت وفضى بذلك اه غاية (قوله ومسلطنا أشبه بأخذ الشفعة) أى من الوكيل بالشراء اه غاية (قوله حتى لا يجب التوقف فيه) بل كان ينبغي أن يدفع الى الوكيل اه غاية (قوله لان البيعة قامت) أى بيعة صاحب اليد اه (قوله في

في حق وقوع الطلاق والعناق وتقبل في حق قصر يد الوكيل عنه ما حتى يوقف الامر الى أن يحضر الغائب وهذا بالاجماع استحسانا والاصل في جنس هذه المسائل أن التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حقه لم يكن وكيلا بالخصومة لان التوكيل وقع بالقبض لا غير ويمكن حصوله بالخصومة بأن لا يصحذ ذوا اليد ملكه فلا حاجة الى جعله وكيلا في غير ما وكل به لان الأمر بالشئ انما يدخل فيه اذا كان لا يتوصل اليه الا بالضرورة وان وقع التوكيل بالملك كان وكيلا بالخصومة لان التملك انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعائد لانه لا يمكنه التحصيل الا به والخصومة من جملة ما كان وكيلا بها فاذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمه الله الوكيل بقبض الدين وكيل باستيفاء عين حقه حكما ولهذا الوقبض أحد الشريكين شيئا من الدين كان لالاخر أن يشاركه فيه ومعنى التملك ساقط حكما حتى كان له أن يأخذ بلا قضاء ولا رضا كما في الوديعة والغصب فلا ينتص خصما كما في الوكيل بقبض العين وقال أبو حنيفة رحمه الله الوكيل بقبض الدين وكيل بالملك لان الدينون تقضى بأثمانها لا بأعيانها وهذا لان المقبوض ليس تملك للموكل بل هو بدل حقه الا أن الشريعة جعل ذلك طريقا للاستيفاء فانتصب خصما كالوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب والرجوع في الهبة والوكيل بأخذ الشفعة ومسلطنا أشبه بأخذ الشفعة فانه خصم قبل القبض عنده كما أن الوكيل يطلب الشفعة خصم قبل الاخذ فأما الوكيل بالشراء فاما يصير خصما بعد مباشرة الشراء وأما الوكيل بقبض العين فليس بوكيل بالمبادلة فصار رسولا أميناً محضاً فلم يتعلق الحقوق بالقابض ولا ينتصب خصما ولا تقبل البيعة عليه قياسا حتى لا يجب التوقف فيه لانها قامت على غير خصم وفي الاستحسان يتوقف حتى يحضر الموكل فاذا حضر أمر الخصم بأعادة البيعة على ما ذكرنا لان البيعة قامت على نفس الحق وعلى قصر اليد والوكيل خصم في حق اليد فوجب تقبل في حقه فتم قصر يده عنه كما اذا أقام الخصم البيعة أن الموكل عزله عن الوكالة فانها تقبل في حق قصر اليد قال رحمه الله (ولو أقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح والالا) أى اذا أقر عند غير القاضي لا يصح وعنده يصح وهو استحسان ولكنه يخرج به عن الوكالة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف

المتن ولو أقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح والالا) وصورة المسئلة ما اذا كان الوكيل وكيل المدعى فأقر بطلان الحق أو كان وكيل المدعى عليه فأقر بلزوم الحق عليه اه (قوله ولكنه يخرج به عن الوكالة) استدرك من قوله اذا أقر عند غير القاضي لا يصح قال في الهداية واذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جازاقراره عليه وان أقر في غير مجلس القضاء لم يجوز عند أبي حنيفة ومحمد استحسانا الا أنه يخرج من الوكالة وقال أبو يوسف يجوز اقراره وان أقر في غير مجلس القضاء قال الاتقاني وهذه من مسائل القدرى ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل له على رجل مال فوكل رجلا بالخصومة فيه والمدعى عليه يجحد فأقر الوكيل عند القاضي أن الذي وكله قد استوفاه قال يقضى على الذي له المال باقرار الوكيل وان أقر عند غير قاض فشهد عليه بذلك شاهدان لم يقض على الذي له المال بذلك الا أن الوكيل لا يقضى له بدفع المال اذا شهدت الشهود باقراره وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف اقراره يلزم الموكل عند القاضي وعند غير القاضي وهو لازم الى هذا لفظ أصل الجامع الصغير وقال في الاصل واذا وكل الرجل بالخصومة في شئ فهو جائز وهو خصم بمنزلة الذي وكله غير أنه لا يجوز اقرار الوكيل على الذي وكله الا عند القاضي فأما عند غير القاضي فلا يجوز وهذا في قول أبي حنيفة ومحمد

وقال أبو يوسف يجوز إقراره عند القاضي وعند غيره وتقبل البينة عليه بذلك إلى هذا اللفظ الأصل وقال القدوري في كتاب التقريب قال أبو حنيفة ومحمد يجوز إقرار الوكيل على موكله بحضور الحاكم ولا يجوز بغير حضرته قوله وإذا أقر الوكيل بالخصومة الخ قال الكاكي أطلق الإقرار والموكل ليتناول اسم الموكل والمدعى عليه لأن جواب الإقرار على الموكل لا يتفاوت بين أن يكون موكله مدعيا أو مدعى عليه سوى أن معنى الإقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل فأقر الوكيل المدعى هو أن يقر بمض الموكل وأقر الوكيل المدعى عليه هو أن يقر بوجوب المال على موكله اهـ (قوله وقال زفر والشافعي لا يصح إقراره عند القاضي أيضا) قال الاتقاني وجه قول زفر أنه وكفه بالخصومة والمنازعة (٣٨٠) والإقرار مسالمة ومساعدة فكان بين الإقرار والخصومة تضاد فلا يدخل تحت

ما يضاده فلا يجوز إقرار الوكيل على موكله كما لا يجوز صلحه وإبرأه مع أن الصلح أقرب إلى الخصومة من الإقرار وكما لو وكفه بالخصومة واستثنى الإقرار بأن قال وكنت بالخصومة بشرط أن لا تقصر على فأقر الوكيل لم يصح إقراره لأن لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الإقرار فلو تناوله بطل الاستثناء وصح الإقرار لأن الخصومة شيء واحد والاستثناء من شيء واحد لا يجوز اهـ (قوله وهو قول أبي يوسف) وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى اهـ (قوله ولهذا الإيلاك) أي التوكيل بالخصومة اهـ (قوله وبصح إذا استثنى الخ) قال العلامة قارئ الهداية رحمه الله ومن خطه نقلت الظاهر أنه دليل على أن التوكيل بالخصومة لا يتناول الإقرار واللام يصح استثناءه كالم يصح استثناء الانكار اهـ (قوله وكذا لو وكفه بالجواب

رحمه الله يصح إقراره عند غير القاضي أيضا وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يصح إقراره عند القاضي أيضا وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا وهو أقبح لأنه مأثور بالخصومة وهي منازعة والإقرار بضادها لأنه مسالمة والامر بالشئ لا يتناول ضده ولهذا الإيلاك الإبراء والصلح ويصح إذا استثنى الإقرار ولو كانت حقيقة الخصومة مهيوجة لما صح استثناءه وكذا لو وكفه بالجواب مطلقا تنقيد بجواب هو خصومة عنده ما لقصده الانكار ولهذا لا يختار فيها الأمدى فالأمدى في الخصومة وهذا هو المعروف والوكالة تنقيد به كما تنقيد بالقبيل صريح يحاول أن فيه اضطرارا بالموكل فلا يملك له وهذا الإيلاك الأب والوصى في مال الصغير مع أن ولا يتم أو فقلنا التوكيل صحيح فيدخل تحته ما علكه الموكل وهو الجواب مطلقا دون أحدهما عينا اذ لا يجوز له أن يسكر إذا كان خصمه محقا والخصومة برادها مطلق الجواب عرفا مجازا لأنها سببه فذكر السبب وإرادة المسبب شائع وأخرج وجهه بمقتضى أولان الجواب يكون في موضع تكون فيه الخصومة وهو مجلس الحكم والجواب يتناول الإقرار والانكار عملا بعموم المجاز كما لو قال عبده من يوم يقدم فلان فإنه برادها مطلق الوقت مجازا فيتناول الدليل والنهار عملا بعموم المجاز والدليل أنه برادها الجواب مطلقا أن القاضي يأمره بالجواب فيقول له أجب خصمك ولا يأمره بالخصومة فوجب جله على الجواب ليصح توكيله قطعاً ولو حصل على الانكار لا يصح الأعلى أحد التقديرين وهو أن يكون محققا بالانكار وإن كان مبطلا لا يصح وهذا لأن الوكيل قائم مقام الموكل والموكل لا يملك الانكار عينا وإنما يملك مطلق الجواب وهو نعم إن كان خصمه محققا وبلا أن كان مبطلا فكذلك الإيلاك التوكيل بالانكار عينا فلا يحمل عليه لأن في جله عليه فساد من وجه وفي جله على مطلق الجواب صحته من كل وجه فكان أولى صحته بيقين قطعاً باحتمال الفساد ولو استثنى الإقرار فعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصح لأنه يكون توكيلاً بالانكار فقط وهو لا يملك ذلك عينا فكذلك لا يصح التوكيل به فلا يلزمنا وعن محمد أنه يصح لأنه يحتمل أن يكون محققا بالانكار فيملكه وتنصيصه عليه يرجع تلك الجهة فيجوز توكيله به عند النصيحة وعند الإطلاق يحمل على مطلق الجواب وعن محمد أنه يفرق بين الطالب والمطلوب فعلمه من الطالب دون المطلوب لأن الطالب لا يجبر على الخصومة فإنه أن يوكّل بشئ دون شيء على ما يختار والمطلوب يجبر عليها فلا يملك التوكيل بما فيه لاضطرار الطالب ولأن الطالب يثبت حقه بالبينة أو بشكول الموكل لأن الوكيل لا يحلف فلا يفيد استثناء الانكار في حقه وفي ظاهر الرواية يصح استثناء الانكار منهم ما لا ذكرنا ولأن الانكار حقيقة في الخصومة فلا يعارضه المجاز عند النصيحة بالحقيقة ثم أبو يوسف رحمه الله يقول الوكيل قائم مقام الموكل بأقامته فأقراره لا يختص بمجلس القاضي فكذلك أقراره من قام مقامه وهذا لأن الشئ إنما يختص بمجلس القضاء إذا لم يكن موجبا إلا بانضمام القضاء إليه كالبيعة والنكول فأما الإقرار فوجب

ما يضاده فلا يجوز إقرار الوكيل على موكله كما لا يجوز صلحه وإبرأه مع أن الصلح أقرب إلى الخصومة من الإقرار وكما لو وكفه بالخصومة واستثنى الإقرار بأن قال وكنت بالخصومة بشرط أن لا تقصر على فأقر الوكيل لم يصح إقراره لأن لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الإقرار فلو تناوله بطل الاستثناء وصح الإقرار لأن الخصومة شيء واحد والاستثناء من شيء واحد لا يجوز اهـ (قوله وهو قول أبي يوسف) وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى اهـ (قوله ولهذا الإيلاك) أي التوكيل بالخصومة اهـ (قوله وبصح إذا استثنى الخ) قال العلامة قارئ الهداية رحمه الله ومن خطه نقلت الظاهر أنه دليل على أن التوكيل بالخصومة لا يتناول الإقرار واللام يصح استثناءه كالم يصح استثناء الانكار اهـ (قوله وكذا لو وكفه بالجواب

بنفسه

بعض الشارحين اهـ (قوله ولأن فيه) أي في الإقرار اهـ (قوله دون أحدهما عينا) أي أحد الجوابين اهـ (قوله وأخرج وجهه بمقتضى بلانها) كما سمى جزء البيضة سيئة في قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها الخ وجزء البيضة في مقابلة السيئة اهـ (قوله ولو استثنى الإقرار) جواب عن قوله ويصح إذا استثنى الإقرار اهـ غايه (قوله فلا يفيد استثناء الانكار) صوابه الإقرار قال في تمة الفتاوى إذا وُكِّل بالخصومة واستثنى الإقرار حجت الوكالة والاستثناء في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه لا يصح وعن محمد أنه يصح استثناء الإقرار من الطالب لأنه مخير ولا يصح من المطلوب لأنه مجبور عليه اهـ غايه (قوله يصح استثناء الانكار) صوابه الإقرار (قوله ولأن الانكار) صوابه الإقرار

(قوله فانه يخرج عن الولاية في ذلك المال) ولا يدفع اليه المال ولا يتهم باعتبار النظر وهو في حفظ المال والاقرار لا يكون حفظا بل هو اضعافه فاذا أخذ المال من الغريم لا يدفع اليه التناقص كالأداء على ما لا يصغر على رجل فأكثر فصدقه الاب أو الوصي ثم جاء يدعى المال لا يدفع الماز اليه لان ما خرج من الولاية والوصاية فكذلك الوكيل أه كأي (قوله فان قيل الدائن اذا وكل المدين الخ) قال في الخيرة في الفصل الرابع من الوكالة ما نصه ذكر في الجامع الكبير صاحب الدين اذا وكل المدين أن يبرئ نفسه عن الدين صح واذا برأ نفسه برئ وذكر شيخ الاسلام في شرح كتاب المأذون أنه لا يصح واذا برأ نفسه لا يبرأ وفي حواله الاصل المحتال له اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يصح وكذلك رب الدين اذا وكل المدين بقبض الدين من نفسه لا يصح وفي نوادر بشر عن أبي يوسف اذا كان بالمال كقبيل فوكاله الطالب بقبضه من المطلوب فقبض لم يجز قبضه وان هلك في يده عنده فلا ضمان (٣٨١) عليه لانه رسول ولم يقبضه لنفسه اه

ونكتب ما نصه قال في شرح التكملة ومن وكل رجلا بقبض عبده في يد آخر وغاب فأقام من في يده البينة أن الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب لان الخصم ليس بخصم عن الغائب لانه وكيل بالقبض لا بالخصومة وكان القياس أن لا يوقف الامر كالا يقضى بالبيع لبطان البينة إلا أنه استحسنت ذلك لقصر يده عن القبض لانه وكيل بصورة القبض ولهذا لو حضر الغائب تقام عليه البينة وكذلك لو وكله بتقل عبده أو أمته أو امرأته فأقاما البينة على العتق والمرأة على الطلاق الثلاث بخلاف ما لو وكله بقبض دين على رجل وغاب فأقام من عليه البينة أنه قضاه حيث تقبل بيته وبرأ الغريم لان الوكيل بقبض الدين وكيل بالتملك

بنفسه فلا يختص بمجلس القضاء بخلاف الاب والوصي لان تصرفه مأمقيد بشرط النظر لقوله تعالى ولا تقر بوا مال اليتيم الاباتي هي أحسن وقال تعالى قل اصلاح لهم خير وليس في اقراره خير لهم وهما يقولان ان المراد بالخصومة الجواب مجازا على ما بينا فملك الاقرار من حيث انه جواب لامن حيث انه اقرار والجواب يستحق في مجلس الحكم فيكون التوكيل مختصا به فيقوم مقام الموكل في مجلس الحكم لا غير ولم يكن وكلا في غيرهما فاذا أقر فيه لا يعتبر اقراره لكونه أجنبيا فلا ينفذ على الموكل لكن يخرج به عن الوكالة لان اقراره على الموكل يتضمن الاقرار على نفسه بأنه ليس له ولاية بالخصومة فيقبل في حق نفسه لا في حق الموكل كلاب والوصي اذا أقر افعال الصغير لغيره فانه يخرج عن الولاية في ذلك المال ولو استثنى الانكار صح اقراره وكذا انكاره ولا يصير الموكل مقرا بالتوكيل بالاقرار ولو أقر الوكيل بالخصومة في حد القذف والقصاص لا يصح اقراره لان التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا بالايجاب فمكنت فيه شبهة العدم في اقرار الوكيل فيموت شبهة في درع ما يدبر بالشبهات قال رحمه الله (وبطل توكيله التكفيل بعمال) معناه اذا كان لرجل دين على رجل وكفل به رجل فوكل الطالب التكفيل بقبض ذلك الدين من الذي عليه الاصل لم يصح التوكيل لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره ولو صححنا هذه الوكالة صار عاملا لنفسه ساعيا في براءة ذمته فانه عدم الركن فبطل ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أمينا ولو صححنا ما وجب أن لا يقبل قوله لكونه متهما فيه ببراءة نفسه فصار نظيره من أعتق عبده المدين حتى لزمه ضمان قيمته للغرماء ولزم العبد جميع الدين ثم ان المولى ضمن الدين للغرماء فانه لا يصح ما ذكرنا فكذلك اذا فان قيل الدائن اذا وكل المدين ببراءة نفسه عن الدين يصح وان كان عاملا لنفسه ساعيا في براءة ذمته قلنا ذلك تملك وليس توكيل كافي قوله لا امرأته طلق نفسك فاذا بطلت الوكالة فلو قبضه من المدين وهلك في يده لم يملك على الطالب ولو برأه عن التكفاله لا تغلب صحيحة لو وقعها باطلا ابتداء كالموكل عن غائب فانه يقع باطلا ثم اذا بلغه فأجاز لم يجز ما ذكرنا ولا يقال ينبغي أن تبطل الكفاله وتصح الوكالة كعكسه فانه لو وكله بقبض الدين ثم ضمن الوكيل الدين صح الضمان وبطلت الوكالة لانا نقول الكفالة أقوى من الوكالة لكونها لازمة فتصلح ناصحة لها بخلاف العكس ويجوز أن يوكل التكفيل بالنفس بالخصومة لان الواحد يقوم بهما قال رحمه الله (ومن ادعى أنه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم أمر بدفعه اليه) لانه اقرار على نفسه لان ما يقبضه خالص حقه اذا الديون تقضى بأثمانها فيكون مقر او جواب دفع

(٣٦ - زيلعي رابع) والتملك لما عرف أن قضاء الديون انما يكون بأثمانها لا بأعيانها فصارت خصما كالوكيل بأخذ الشفعة والقسمه فانه لما كان وكيلا بالتملك ينتصب خصما عنه اه وكتب أيضا ما نصه قال قاضيان ولو وكل المدين ببراءة نفسه عن الدين صح توكيله ولا يتنصر على المجلس اه (قوله في المتن فصدقه الغريم الخ) أمالوا أنكر الغريم الوكالة وأقر بالدين فسيأتي الكلام عليه عند قوله في المتن أولم يصدقه اه (قوله في المتن أمر بدفعه اليه) قال الكاكي وبه قال المزني وقال الشافعي وأحمد ومالك لا يؤمر بالتسليم إلا أن يقيم الوكيل بيته على وكالته فيئذي يؤمر بالتسليم في الدين والوديعة واحتج الشافعي بأن هذا تسليم لا يبرئه عن الدين فلا يؤمر به كالموكل الحق عينا وكالموكل في هذا وصي الصغير بخلاف ما لو أقر أنه وارثه حيث يؤمر بالتسليم لانه يتضمن اقراره أنه أقر أنه لاحق لسواه وقلنا أقر على نفسه بأن له حق الاستيفاء لان ما يقبضه خالص ماله اه وكتب ما نصه قال الاتقاني والأمر بتسليم الدين الى الوكيل مذهبنا وقال الشافعي لا يجبر على التسليم كذا في شرح الاقطع اه قال الاتقاني فان قلت يدعى هذا الوكيل بقبض الوديعة فان الموعد

اذا صدقه ثم أبى أن يدفع اليه لا يجبر على التسليم اليه قلت انما لم يجبر المودع على التسليم لانه أقر بثبوت الحق في القبض في ملك الغير لان الوديعة ملك الغير فلا يصح اقراره في ملك الغير فلاجل هذا لم يجبره القاضي على التسليم بخلاف الدين فان اقراره بحق القبض وقع في ملك نفسه لاني ملك الغير لان الدين تقتضي بأمثالها (قوله في المتن فان حضر الغائب فصدقه) أي صدق الغائب وهو رب الدين الوكيل اه (قوله في الادفع الغريم اليه الدين ثانيا) (٣٨٣) لان الغائب لما لم يصدق في دعوى براءة ذمته عن الحق لم يصح الاداء فأمر بالدفع ثانيا

الى الموكل قال في شرح أدب القاضي في باب اثبات الوكالة كان للغريم أن يحلفه بانه ما قبض فلان بن فلان الفلاني هذا المال بأمرك ووكلتك لان الغريم يدعي عليه ما لو أقر به لزمه فاذا أنكروا يستحلف فاذا حلف كان له أن يرجع على الغريم والغريم يرجع على الوكيل اه غايه (قوله ولا يكون قوله سماحة) أي الغريم والوكيل اه (قوله لا يرجع به عليه) لانه لما صدقه في الوكالة اعتقده أنه أمين في القبض ولكن الموكل ينظره فيما يطالبه ثانيا فلما كان أمينا كان محقا في القبض ثم لما أخذ الغريم من الوكيل كان ذلك ظلما فلا يجوز لاحد أن ينظر غيره وان كان هو مظلوما وهذا معنى قوله والمظلوم لا ينظر وان نكل الطالب عن المين كان ذلك بمنزلة الاقرار فلا يكون له بعد ذلك سبيل لاعلى المطالب ولا على أحد غيره ثم الغائب اذا لم يصدق الوكيل ليس له أن يطالب الوكيل وقال بعض أصحاب

ماله اليه حتى لو ادعى انه أوفى الدين الى الطالب لا يصدق لانه لزمه الدفع الى الوكيل باقراره وثبتت الوكالة به ولم يثبت الا بقاء بغير رد دعواه فلا يؤخر حقه كمالو كان الموكل حاضرا وادعى ذلك وله أن يطالب رب المال ويستحلفه ولا يستحلف الوكيل بانه تعالى ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لان النيابة لا تجري في الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف على العلم لان الحق يثبت للوارث فكان الحلف بطريق الاصل دون النيابة وفي المسئلة نوع اشكال وهو أن التوكيل بقبض الدين يوكيل بالاستقراض معنى لان الدين يقتضي بأمثالها فاقبضه رب الدين من المدينين يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثل ذلك فالتقيا قصاصا والتوكيل بالاستقراض لا يصح والجواب أن التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بأن يقول ان فلانا وكاني بقبض ماله عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل بأن يقول أرسلني اليك وقال لك أقرضني فصح ما ادعينا ان هذا رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة هكذا ذكره في النهاية وعزاه الى الذخيرة وهذا سؤال حسن والجواب غير مختص على قول أبي حنيفة رحمه الله فانه لو كان رسولا لما كان له أن يخاصم قال رحمه الله (فان حضر الغائب فصدقه والادفع اليه الغريم الدين ثانيا) لانه اذا صدقه ظهر انه كان وكيلا له وقبض الوكيل قبض الموكل فثبت اذ ذمته به وان كذبه لم يصير مستوفيا بالقبض لانه لم يثبت وكالته والقول قوله في ذلك مع عينه لانه منكر ولا يكون قولها سماحة عليه فيأخذ منه الدين ثانيا ان لم يجز استيفاءه قال رحمه الله (ورجع به على الوكيل لو باقيا) أي رجوع الغريم بما قبضه الوكيل ان كان باقيا في يده لانه ماله وانقطع حق الطالب عنه ولم يبق الاحتمال فيه حيث قبض دينه منه ثانيا قال رحمه الله (وان ضاع لا) أي ان ضاع المقبوض في يد الوكيل لا يرجع به عليه لان الغريم باقراره صار محقا في قبضه الدين وانما ظلمه الطالب بالاخذ منه ثانيا والمظلوم لا ينظر غيره ويرد على هذا ما لو كان لرجل ألف درهم مثلا وله ألف آخريدين على رجل فباتوا بنين واقسمت الالف العين نصفين فادعى الذي عليه الدين أن الميث استوفى منه الالف حال حياته فصدقه أحدهما وكذبه الآخر فالمكذب يرجع عليه بمخمس مائة ويرجع بها الغريم على المصدق وهو في زعمه ان المكذب ظلمه في الرجوع عليه وظلم هو المصدق بالرجوع عما أخذه المكذب وذكر في الامالي انه لا يرجع لان الغريم زعم أنه برى عن جميع الالف الا أن الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له أن ينظر غيره وما أخذه الجاحدين على الجاحد ودين الوارث لا يقضي من التركة وجه الظاهر أن المصدق أقر على أبيه بالدين لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين لان الدين تقتضي بأمثالها فاذا كذبه الآخر وأخذ منه خمسمائة لم تسلم له البراءة الا عن خمسمائة فبقيت خمسمائة دين على الميت فيرجع بها على المصدق فيما أخذ ما أصابه بالارث حتى يستوفى لان الدين مقدم على الارث قال رحمه الله (الا اذا ضمنه عند الدفع) أي الا أن يضمن الغريم الوكيل خيفة نذر جمع الغريم على الوكيل لان الضمان موجب ويجوز في قوله ضمنه التشديد والتخفيف فمعنى التشديد أن يضمن الغريم الوكيل ومعنى التخفيف أن يضمن الوكيل المال الذي أخذه منه

الشافعي ان شاء ضمن الوكيل قال الشيخ أبو نصر وهذا لا يصح لان حقه في ذمة الغير لم يتعين بالدفع فكان له اتباع وصورة الذمة فاما الوكيل فاما قبض مال الدافع فلا سبيل لصاحب الدين عليه اه انقضى (قوله ومعنى التخفيف أن يضمن الوكيل المال الذي أخذه منه) معناه أن يضمن التكفل نظير المال الذي يأخذه رب الدين من المدينين على تقدير أخذه منه وليس المراد كما هو ظاهر العبارة أن الوكيل يضمن للدين المال الذي يأخذه الوكيل من المدينين لانه سيأتي قريبا في كلام الشارح أن الكفالة بهذا المال غير صحيحة لانه أمانة وقد منحه باكر في شرحه هكذا (الا اذا ضمنه عند الدفع) بأن قال الوكيل ان حضر الغائب وأنكر التوكيل فاني ضامن لهذا المال

(أول يصدق) الغريم (على الوكالة ودفعه إليه) بناء (على ادعائه) ففي هاتين الصورتين أن أنكر الغائب فالغريم يضمن الوكيل أن ضاع المال أما في الأول فلأن المأخوذ نأيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض فتصبح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان وأما في الثانية فلأنه لم يصدق في الوكالة وإنما أذاع رجاء اجازة الغائب فإذا لم يجزه رجع عليه اه ما قبله با كبير وظاهر قوله فاني ضامن لهذا المال أن عقد الضمان وقع على المال الذي قبضه الوكيل وهو غير صحيح لما تقدم أنه أمانة على أنه لا يلتزم مع قوله أما في الأول الخ فوجب أن يكون المراد نظير المال الذي يأخذه الغريم من المدبون كما قدمنا فتنبيه (قوله وصورة هذا الضمان الخ) ظاهره أن هذه الصورة على معنى التخفيف وليس بظاهر فوجب أن يكون هذا على معنى التشديد كما لا يخفى اه (قوله وزعمه) مبتدأ وخبره قوله أنه قبضه بغير حق اه (قوله وليس له أن يسترد المدفوع في الوجوه كلها) قال فاضحان (٢٨٣) رجل ادعى على رجل أن فلانا وكله

بقبض دينه عليه فأنكر ودفع المال إليه على الإنكار ثم أراد أن يسترده ليس له ذلك وفي المتنق له أن يسترده اه وكتب على قوله في الوجوه كلها أمانته وهي أربعة حالة التصديق مع التضمين ومع عدمه وحالة التكذيب وحالة السكوت اه (قوله ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس منه) قال الاتقاني وذلك لأنه لا يجوز أن يسعى الإنسان في نقض ما تم من جهته لأنه عيب وهو حرام ولهذا لم تكن الشفعة لو كمل المشتري حتى لا يلزم نقض ما تم من جهته اه (قوله إلا في صورة واحدة وهو ما إذا صدقه في الوكالة) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الوكالة في الدين فان ضاع المال في يده رجع به عليه الغريم لأنه قبضه بغير

وصورة هذا الضمان أن يقول الغريم لو وكيل نعم أنت وكيله لكن لا آمن أن يجحد الوكيل وأخذه مني ثانيا وبصير ذلك ديناً عليه لأنه أخذه مني ظمناً فهل أنت كفيل عنه بما أخذه مني ثانياً فيضمن ذلك المأخوذ فيكون صحيحاً على هذا الوجه لأنه مضاف إلى سبب الوجوب وهو كونه ما غصبك فلان فعلى أوما ذاب لك عليه فعلى لأن ما أخذه الطالب ثانياً غصب وأما ما أخذه الوكيل فلا يجوز أن يضمنه لأنه أمانة في يده لتصادقه ما على أنه وكيل والأمانات لا تجوز بها الكفالة على ما بيناه في موضعه قال رحمه الله (أول يصدق على الوكالة ودفعه إليه على ادعائه) أي يضمن الغريم الوكيل في هذه الصورة أيضاً لأنه دفعه إليه على احتمال أن يكون وكيلاً ولم يرض بقبضه الا لفضاء دينه تحصيلاً لبراءة ذمته فإذا لم يحصل وانقطع الرجاء رجع به عليه ولا فرق في ذلك بين أن يكذبه صريحاً أو يسكت لأن عدم التصديق يشمل الصورتين وزعمه فيما إذا كذبه أنه قبض بغير حق وأن قبضه يوجب الضمان وكذا إذا لم يصدق ولم يكذبه لأن الأصل عدم التصديق وليس له أن يسترد المدفوع في الوجوه كلها قبل أن يحضر الطالب لأن المؤدى صار حقاً للطالب أما إذا صدقه فظاهر لأنهم لا يتصادقون بظاهر الا على حق وأما إذا لم يصدق فلا احتمال أنه وكله وان لم يوكله يحتمل الاجازة منه فلا يكون له أن يأخذه مع بقاء هذا الاحتمال ولأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس منه ألا ترى أنه إذا دفعه إلى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك استرداده لاحتمال أن يجيز وكذا لو أقام الغريم البينة أنه ليس بوكيل أو على إقراره بذلك لا تقبل بينته ولا يكون له حق الاسترداد ولو أراد استخلافه على ذلك لا يستخلف لأن كل ذلك يبنى على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعياً في نقض ما أوجبه للغائب ولو أقام الغريم البينة أن الطالب جحد الوكيل وأخذ مني المال تقبل لأنه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على إثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه منه فانتصب الحاضر خصماً عن الغائب في إثبات السبب فيثبت قبض الموكل فتنتقض يد الوكيل ضرورة وجاز أن يثبت الشيء ضمناً وان لم يثبت مقصوداً ولو ادعى الغريم على الطالب حين رجع عليه أنه وكل القابض وأقام على ذلك بينة تقبل بينته وتبرأ ذمته ولو أراد أن يحلفه كان له ذلك فان نكل برئت ذمته ولو طلب الغريم أن يسترد من الوكيل ما دفعه إليه بعدما أدى إلى الطالب بنفسه فادعى الوكيل هلاكه أو دفعه إلى الموكل حلفه على ذلك وان مات الموكل وورثه غريمه أو وحيه له وهو قائم في يد الوكيل أخذه منه في الوجوه كلها لأنه ملكه وان كان هالكاً ضمنه إلا في صورة واحدة وهو ما إذا صدقه في الوكالة وان أنكر الغريم الوكالة وأقر بالدين فلا وكيل أن يحلفه بالله ما عيـلم أن الطالب وكله بقبض

حق فكان مضموناً عليه ان كان كذبه أو لم يصدق ولم يكذبه أو صدقه وضمنه لأنه دفع إليه على ظن أنه وكيل فإذا أخلف ذلك الظن ظهر أنه لم يكن راضياً بقبضه وان صدقه ولم يضمنه لم يرجع به عليه لأنه يزعم أن قبضه وقع حقاً فلا يستحق الرجوع عليه إلى هنا لفظ شيخ الاسلام الاسييجاني اه اتقاني أقول وقد تلخص من هذا أن الأحوال فيما إذا ضاع المقبوض من يد الوكيل أربعة في ثلاثة منها يضمن وهي ما إذا صدقه على الوكالة وضمنه أو كذبه أو لم يصدق ولم يكذبه والحالة الرابعة لا ضمان بها وهي ما إذا صدقه ولم يضمنه والكل مفهوم من عبارة صاحب الكتز رحمه الله أما الأولى من أحوال الضمان فهي المراد بقوله الا إذا ضمنه أي مع كونه صدقه على الوكالة وأما الثانية والثالثة منها فاندخلت في قوله أو لم يصدق الخ قال الشارح لأن عدم التصديق يشمل الصورتين وأما الرابعة وهي حالة عدم الضمان فهي المراد بقوله وان ضاع لا فتنبيه

(قوله في المتن لم يؤمر بالدفع اليه) وروى (٢٨٤) الحسن عن أبي يوسف أنه يجبر على الدفع اه غايه (قوله ولو سلم الوديعة

دينه فاذا حلف لم يدفع اليه وان نكل قضى عليه بالمال للوكيل وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يحلف لان حق التحليف بناء على انه خصم ولم يثبت بلا حجة وجه ظاهر الرواية انه لو اقر به لم ينفذ فاذ انكر يحلف قال رحمه الله (ولو قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه) لانه اقر له بقبض مال الغير فلا يصح المساقية من ابطال حقه في العين بخلاف ما اذا ادعى انه وكيل بقبض الدين فصدقه حيث يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بحال نفسه اذا الدين تنقضى بالمسألة الاباء عيانا على ما بينا ولو هلكت الوديعة عنده بعدم مانع قبل لا يضمن وقيل ينبغي أن يضمن لان المانع من وكيل المودع في زعمه عزله المنع من المودع وهو وجوب الضمان فكذا هذا ولو سلم الوديعة اليه فهلكت في يده وانكر المودع الوكالة يضمن المودع لانه متعبد بالتسليم اليه وله أن يحلف المودع انه ما وكله فاذا نكل برئت ذمته واذا حلف ضمن وليس له أن يرجع على الوكيل لان في زعمه أن المودع ظالم في تضييمه اليه وهو مظلوم والمظالم ليس له أن يظلم غيره الا اذا ضمنه وقت الدفع له على الصفة التي ذكرنا في الدين فحينئذ يرجع عليه ولو دفع اليه من غير تصديق له على الوكالة يرجع عليه مطلقا ولو كانت العين باقية أخذها في الصور كلها لانه ملكها بأداء الضمان ولو أراد أن يسترد هاهنا بعد ما دفعها اليه لا يملك ذلك لانه ساع في نقض ما تم من جهته قال رحمه الله (وكذا لو ادعى الشراء وصدقه) يعني لو ادعى رجل شراء الوديعة وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لان اقراره على الغير غير مقبول قال رحمه الله (ولو ادعى أن المودع مات وتركها ميراثا له وصدقه دفع اليه) لان ملكه قد زال بموته وانفق مال الوارث في دفعه اليه ولو ادعى رجل أن صاحب المال مات ولم يدع وارثا وأنه أوصى له بما في يد رجل من عين أو دين وصدقه الذي في يده المال لم يؤمر بالتسليم اليه بعد التلوم لانه لم ادعى انه لم يترك وارثا ينزل منزله الوارث في دفع اليه بعد التلوم كما يدفع الى الوارث بعد التلوم لاحتمال أن يكون له وارث آخر ولم يقرر من في يده المال بل أنكر مونه أو قال لا أدري لا يؤمر بالتسليم اليه ما لم يقم بالبينة ولو لم يقرر لم يترك وارثا لم يكن صاحب اليد خصما وتعام في التحرير ولو ادعى أنه صاحب المال مات وأوصى اليه وصدقه ذواليد لا يلتفت الى تصديقه ولا يؤمر بالتسليم اليه اذا كان المال عينا في يد المقر لانه أقر انه وكيل صاحب المال بقبض الوديعة أو الغصب بعد مونه فلا يصح كالأقرانه وكما حال حياته بقبض العين وان كان المال دينيا على المقر فعلى قول محمد الاول بصدق ويؤمر بالدفع اليه لانه اقراره على نفسه اذ القضاء في حاليه كالمودع انه وكيله في حال حياته بقبض الدين وصدقه المدين يجبر على التسليم بخلاف ما لو صدقه أنه وكيل بقبض الوديعة وعلى قول محمد رحمه الله الاخير وهو قول أبي يوسف رحمه الله لا يصدق ولا يؤمر بالتسليم اليه وان كان اقراره على نفسه من الوجه الذي ذكره اقراره على الغائب من وجه ودعوى لبرائة نفسه بدفع المال اليه لانه لو دفع الدين اليه وتحقق موت صاحب المال برى بالدفع اليه لصحة أمر القاضي بذلك حتى لو حضر الوارث وانكر وصايته لا يلتفت اليه ولا له ولاية اتباع الغريم فيؤدي الى أن يبرأ من الدين بقوله من غير حجة بخلاف ما لو أقر بوكالته حال حياته لانه لو حضر رب الدين وانكر كان له أن يتبعه دينه لان أمر القاضي بالدفع لم يصح في حياته ذكره في التيسير قال رحمه الله (ولو وكله بقبض ماله فادعى الغريم أن رب المال أخذه دفع المال) أي رجل وكل رجلا بقبض دين له على غريمه فقال الغريم للوكيل ان رب المال أخذه متى يجبر على دفع المال الى الوكيل لان وكالته تثبت بقرانه وهذا لا يملكه هو ومحققا عنده في طلب الدين لما اشتغل بذلك وفي ضمن دعواه اقرار بالدين وبالموكله وهذا لا يملكه لو كان هو محققا عنده في طلب الدين لما اشتغل بذلك فصار كما اذا طلب منه الدين فقال أوفيتك فانه يكون اقرارا بالدين فاذا كان اقرارا ثبتت الوكالة في زعمه ولم يثبت الايفاء بجبر دعواه فمؤمر بالدفع اليه كما لو أقر بالوكالة صريحا على ما بينا ولو طلب الغريم تحليف الوكيل انه لم يعلم ان الموكل اسـتوفى منه لم يجز لان انمين لا تجرى فيها النيابة على ما بينا من قبل

اليه فهلكت في يده وانكر المودع الخ قال الاتقاني رحمه الله فان كانت ضاعت في يده أي بدل الوكيل فهل للمودع أن يرجع عليه فهو على وجوه أحدها أن يدفعها اليه المودع مع التصديق بلا تضمين فلا رجوع فيه لان في زعمه أن الوكيل صحق في الأخذ ولكن الموكل ظلم في الأخذ فانما بالتضمن والمرء واخذ بزعمه والثاني أن يدفع بالتصديق وشرط الضمان احتياطا من تكذيب الغائب يرجع على الوكيل لأجل ضمانه والثالث أن يدفع مع التكذيب فاذا ضمنه الغائب كان له الرجوع على الوكيل لان في زعمه أنه أخذه بغير حق والرابع أن يدفع بلا تصديق ولا تكذيب فاذا ضمنه الغائب كان له الرجوع أيضا لان الدفع كان على رجاء الاجارة من الغائب فاذا انقطع الرجاء يرجع على الوكيل اه وهذه الاوجه تؤخذ من كلام الشارح لكنني بادرت بكتابتها قبل التأمل في كلام الشارح اه (قوله) وليس له أن يرجع على الوكيل) أي فيما اذا دفعها اليه المودع مع التصديق بلا تضمين اه (قوله) ولو دفع اليه من غير تصديق صادق بما اذا دفعها اليه مع التكذيب وما اذا دفعها اليه بلا تصديق ولا تكذيب اه (قوله مطلقا) أي سواء ضمنه أو لم يضمنه اه

وفي

دفعها اليه بلا تصديق ولا تكذيب اه (قوله مطلقا) أي سواء ضمنه أو لم يضمنه اه

(قوله وفيه خلاف زفر) قال القدوري في كتاب التقريب وقال زفر أحلفه على علمه فان أبي أن يحلف خرج من الوكالة ولنا أن الوكيل قام مقام الموكل في الخصومة ومن قام مقام غيره لا يستحلف فيما يدعي قبله من الاستيفاء كالوصي ولان الغريم يدعي الايفاء على الموكل واليمين عليه فلم تصح النيابة فيها وجه قول زفر أن البيعة لما جاز أن تسع على الوكيل لما فيه من اسقاط حقه في الخصومة جاز أن يستحلف لينكل فيثبت هذا المعنى وكألو أفرسقطت خصومته اه غايه (قوله في المتن واتبع رب المال واستحلفه) فان حلف مضى الأداء وان نكل يتبع القابض فيسترد ما قبض اه غايه (قوله في المتن لم يرد عليه حتى يحلف المشتري) قال الكاكي رحمه الله وبه قال ابن أبي ليلى وقال الشافعي وأجد لا يلتفت الى قول البائع فيرد كافي الدين ولا عين على الوكيل اذ لم يدع البائع علمه أو ما لو ادعى علمه يحلف على العلم وبه قال زفر وعندنا لا يحلف أيضا اه (قوله بخلاف مسألة الدين) قال الاتقاني حيث يدفع المال الى الوكيل بلا تأخير الى حضور رب الدين وحلفه وفي هذه المسئلة لا يرد المبيع على البائع بل يؤخر الامر الى أن يحضر المشتري فيحلف أنه مارضى بالعيب اه (قوله لان القضاء بالفسخ نافذ) وان ظهر الخطأ اه هداية (قوله ظاهره او باطنا عند أبي حنيفة) فاذا سقط البيع ظاهره او باطنا لا يمكن اعادته بعد ذلك فلاجل هذا يؤخر الرد الى أن يحضر المشتري فيحلف اه غايه (قوله وقيل الاصح عند أبي يوسف (٢٨٥) أن يؤخر في الفصلين) نظر للغريم

والبائع اه غايه قوله للغريم أي في مسألة الدين اه قوله والبايع أي في مسألة الرد بالعيب اه (قوله في المتن فالعشرة بالعشرة) ومعنى قوله فالعشرة بالعشرة أي تكون العشرة التي حبسها عنده بالعشرة التي أنفقها من خالص ماله ولا يكون متبرعا بالعشرة التي أنفقها ولا ترد العشرة المحبوسة على الموكل ولم يذ كر محمد في الاصل مسألة الانفاق بل ذ كر مسألة قضاء الدين فقال في كتاب الوكالة واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم فقال ادفعها الى فلان قضاء على فدفع الوكيل غيرها

وفيه خلاف زفر رحمه الله قال رحمه الله (واتبع رب المال واستحلفه) أي الغريم يتبع رب المال فيستحلفه لان قبضه يوجب براءة ذمته والطالب لو أقر به لزمه فيستحلف عنه العجز عن اقامة البيعة وقد ينهيه من قبل قال رحمه الله (وان وكله بعيب في أمة وادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري) أي وكله برد جارية بسبب عيب فيها فقال البائع المشتري رضي بالعيب لا يرد على البائع حتى يحلف المشتري بخلاف مسألة الدين لان التدارك يمكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله ولا يمكن ذلك في العيب لان القضاء بالفسخ نافذ ظاهره او باطنا عند أبي حنيفة رحمه الله فيصح القضاء ويلزم ولا يستحلف المشتري بعد ذلك لانه لا يقيده اذ لا يجوز فسخ القضاء وفي مسألة الدين ليس فيه قضاء وانما فيه الامر بالتسليم فاذا ظهر الخطأ فيه أمكن نزع منه ودفعه الى الغريم من غير نقض القضاء ولان حق الطالب في الدين ثابت بيقين لتحقق الموجب فلا يتعسف على الوكيل استيفاء ما يثبت الغريم ما يسقطه ولا كذلك العيب لانه لم يتيقن ثبوت حق المشتري في الرد لاحتمال أنه رأى العيب ورضى به وقت التسليم فيمنع ثبوت حقه في الرد أصلا وقالوا عند أبي يوسف ومحمد رحمه الله يجب أن لا يفرق بين المسائلتين بل يرد فيهما الحال لان القضاء بالخطأ لا يتفاد الاظهار عندهما فاما ممكن التدارك فيهما وقيل الاصح عند أبي يوسف رحمه الله أن يؤخر في الفصلين لان من مذهبه أن القاضي لا يرد بالعيب على البائع ما لم يستحلف المشتري بالله تعالى ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع البائع الرضا فلا بد من حضور المشتري وحلفه قال رحمه الله (ومن دفع الى رجل عشرة ينفقها على أهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة) وهذا استحسان والقياس أن يكون متبرعا لانه خالف أمره فترد العشرة على الموكل وجه الاستحسان أن الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء لان الانفاق لا يكون بدون الشراء فيكون التوكيل به توكيلا بالشراء والوكيل

واحتبس الالف عنده كان القياس أن يدفع التي حبسها الى الموكل ويكون متطوعا في دفع ولكن ادع القياس واستحسن أن أجيزه الى هنا لفظ الاصل ولم يذ كر محمد القياس والاستحسان في الجامع الصغير وقالوا في شروحه هذا الذي ذ كره استحسان والقياس أن يرد بها على الموكل ان كانت قائمة ويضمن ان كان استهلكها وهو قول زفر وجه القياس أن الدراهم والدنانير ميعنان في الوكالة وان كانتا لا ميعنان في عقود المعاوضات وعندنا حتى لو هلك الدراهم قبل الانفاق أو قبل الشراء لم يفي التوكيل بالشراء بطلت الوكالة فاذا أنفق عشرة من عنده كان متبرعا فلا يكون له أن يرجع على الموكل ولانه خالف الامر فيرد مال الموكل لان الموكل أمره بأن ينفق من مال المدافع لامن مال نفسه فلما أنفق من مال نفسه خالف وكان متطوعا اه اتقاني وكتب أيضا ما نصه قال قاضيخان في فتاواه رجل دفع الى رجل عشرة دراهم وأمره أن يتصدق بهم فانفق الوكيل ثم تصدق عن الأمر بعشرة من ماله لا يجوز ويكون ضامنا للعشرة ولو كانت الدراهم قائمة فأمسكها الوكيل وتصدق من عنده بعشرة جاز استحسانا وتكون العشرة بعشرته ولو دفع رجل دينار الى رجل وأمره أن يبيعه فباع المأمور دينار من عند نفسه وأمسك دينار الأمر لنفسه قال أبو يوسف لا يجوز ولو دفع الى رجل دينار يشتري به ثوبا فاشتري به دينار من عند نفسه جاز شراءه الأمر ويكون الدينار له وكذا لو دفع الى رجل دينار يقضي غريمه فقتضاه من مال نفسه وأمسك الدينار لنفسه جاز اه (قوله في رد العشرة على الموكل) أي ان كانت قائمة ويضمن ان كان استهلكها وهو قول زفر اه غايه

(قوله ثم يرجع به على الأمر) وإذا فخر بجنس حقه من مال الأمر كان له أن يأخذه اه غايه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد وإذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم فقال ادفعها الى فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيرها واحتبسها عنده كان القياس أن يدفع الألف التي احتبس الى الموكل ويكون متطوعا فيما دفعه لانه لم يأمره بالدفع من مال نفسه فيمكنه متطوعا وقد بطلت جهة قضاء الدين فيلزمه الرد الى المالك ولكي أتستحسن أن أحيزه لأن الأمور بقضاء الدين مأمور بشراء ما في ذمة الأمر بالدرهم والوكيل بالشراء إذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له اه اتقاني (قوله ويحتاج الى التقدم من مال نفسه الخ) فكان من طريق الدلالة كأن الموكل أمره بأن ينفق من مال نفسه فإذا كان كذلك كان له حق الرجوع على الموكل ولم يكن متطوعا فيما فعل كالوصي إذا قضى دين الميت امان نفسه أو الوارث قضى دين الميت بغير إذن الورثة من مال نفسه لا يكون متطوعا فكذلك ههنا قالوا في شروح الجامع من المشايخ من قال مسألة كتاب الوكالة في قضاء الدين وليس في قضاء الدين معنى الشراء فورديه القياس والاستحسان اللذان ذكرهما محمد في كتاب الوكالة اه (٢٨٦) اتقاني (قوله لانه ليس في معنى الشراء) أما الاتفاق شراء فلم يختلف فيه وجهها

القياس والاستحسان بل صرح ذلك قياسا واستحسانا حتى يرجع الوكيل على الموكل بما أنفق قياسا واستحسانا اه غايه

باب عزل الوكيل

آخر العزل عن الوكالة لما أنه يقتضى سبق ثبوتها فناسب ذكره آخر اه غايه (قوله الا اذا تعلق بها حق الغير بان وكاله بالخصومة) أى وكل المدعى عليه وكيلا بالخصومة مع المدعى بالتماس المدعى اه (قوله فان الموكل لا يملك عزله) أى بلارضا الخصم لئلا يلزم إبطال حق الغير قال شيخ الاسلام على بن محمد علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد وإذا وكله بالخصومة فله أن يعزله متى

بالشراء يملك التقدم من مال نفسه ثم يرجع به على الأمر وهذا لانه لا يستحب دراهم الأمر في كل مكان وينفق له ما أمر به من غير قصد فيشترى به له ويحتاج الى التقدم من مال نفسه فلم يجعل متبرعا تحقيقا لغرض الأمر ونفيا للعرج عن المأمور وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس في معنى الشراء في القياس يكون متبرعا لأن أمره كان مقيدا بالمال المدفوع اليه ففي دفع مال آخر هو كالاجني فيكون متبرعا في القضاء من مال نفسه ويرد على المطلوب ما أخذه منه لانه ملوكه وقد كان عينه بجهة وقد استغنى عنه وجه الاستحسان أن مقصود الأمر تحصيل البراءة وقد حصلت ولا فرق في ذلك بين المالكين فلم يكن التقييد مفيدا فلا يعتبر ولأن الوكيل قد يتولى بوجود الطالب في موضع ليس معه مال الموكل فيحتاج الى أن يدفع مثله من مال نفسه ليأخذ به من مال الأمر فكان هذا وكلا بالمبادلة من وجه وهذا القدر من المبادلة يكفي لجهة الرجوع عليه والله تعالى أعلم

باب عزل الوكيل

اعلم أن الموكل عزل الوكيل عن الوكالة متى شاء لانها حقه فيملك إبطالها الا اذا تعلق بها حق الغير بأن وكله بالخصومة بالتماس من الطالب عنه غيبة المطلوب فان الموكل لا يملك عزله في هذه الحالة لانه انما خلى سبيله اعتمادا على أنه يتمكن من اثبات حقه متى شاء فلو جاز عزله لتضرر به الطالب عند اختفاء المطلوب لمساقيه من إبطال حقه فصار كالوكالة المشروطة ببيع الرهن بخلاف ما اذا كان المطلوب حاضرا أو كانت الوكالة من غير التماس الطالب أو كانت من جهته لم تكن من الخصومة مع المطلوب في الوجه الاول ولعدم تعلق حقه بالوكالة في الوجه الثاني اذ هو لم يطلب وفي الوجه الثالث العزل الى الطالب وهو صاحب الحق فله أن يعزله ويباشر الخصومة بنفسه وله أن يترك الخصومة بالكلية وعلى هذا قال بعض المشايخ اذا وكل الزوج وكيله بالطلاق وزوجه بالتامسها ثم غاب لا يملك عزله وليس بشئ بل له عزله في الصحيح لان المرأة لاحق لها في الطلاق وعلى هذا قالوا وقال الموكل للوكيل كلما عزلتك فأنت وكيلي

شاه لأن التوكيل استنباطا فإذا عزله فقد تبين أنه استغنى عنه فيملك ذلك الا في خصلة واحدة وهو أن يكون الخصم قد أخذ حقه حتى جعل له وكيله في الخصومة فلا يكون له أن يخرج به الإجماع من الخصم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وصورته أن يقول اني أخاف أن تغيب فول وكيله لان غيبته أخاصمه فيقضى لي عليه فقد تعلق بها حق الطالب فلا يمكن إبطالها الا بعلمه الى هنا لفظ شيخ الاسلام رحمه الله وقال الإمام محمد بن أحمد الاسييجاني في شرح الطحاوي والموكل أن يعزل وكيله متى شاء ويكون بعزله اياه خارجا عن وكالته وهذا انما يتعلق بوكالته حق الغير فأما اذا تعلق بوكالته حق الغير فلا يملك الموكل عزله بغير رضامن له الحق كما لو رهن ماله عند رجل بدين له عليه أو وضعه عند رجل عدل وجعل المرتهن أو العبد مسلطا على بيعه عند محل الاجل ثم عزل الرهن المسلط على البيع فإنه لا يصح عزل المدعى وكذلك لو وكل المدعى عليه وكيلا بالخصومة مع المدعى بالتماس المدعى ثم عزل المدعى عليه بغير حضرة المدعى فلا يعزل لانه تعلق بهذه الوكالة حق الغير اه اتقاني (قوله أو كانت من جهته) أى بان وكل الطالب رجلا بالخصومة فله عزله عند غيبة المطلوب اه (قوله وعلى هذا قالوا وقال الموكل للوكيل الخ) قال قاضيان رحمه الله في فصل الوقف على القرابات مانصه وقد اختلف نصير بن يحيى

ومحمد بن سلمة في الرجل اذا وكل وكيله على أنه متى أخرجه عن الوكالة فهو وكيله قال نصير نجوز هذه الوكالة بهذا الشرط وقال محمد بن سلمة لا تجوز وإنما اختلفوا في تفسير هذا الشرط فجمع بين سلمة فجمع من هذا الكلام أنه متى أخرجه عن هذه الوكالة فهو وكيله بهذه الوكالة وهذا بخلاف الشرع لان حكم الوكالة في الشرع أن لا تكون لازمة ويدل على ذلك العزل ونصير فجمع من هذا الكلام أنه متى أخرجه عن هذه الوكالة فهو وكيله وكالة مستقبلة ولو صرح بذلك كان جائزا قال الفقيه أبو جعفر لو صرح بذلك انما تجوز الوكالة في غير الوقف أما في الوقف وان صرح بذلك فأناب بطله صيانة للوقف عن البطلان ثم في غير الوقف اذا جازت الوكالة بهذا الشرط فان أراد أن يخرج عنه عن الوكالة ينبغي أن يقول رجعت عن قولي متى أخرجتك عن الوكالة فأنت وكيل (٢٨٧) فيصح رجوعه عن الوكالة المعلقة ثم يقول أخرجتك عن الوكالة

أه (قوله في المتن وتبطل الوكالة بالعزل اذا علم به الوكيل) قال في المتن في آخر مسائل شتى قبيل كتاب الشهادة ومن أعلم بالوكالة صح قصره ولا يثبت عزله الا بعدل أو مستورين أه (قوله لانه قد يتصرف بعد العزل قبل أن يبلغه) أي بيعا أو شراء تقتصر حقوق العقد اليه من نقد الثمن من مال الموكل اذا كان وكيل بالشرء ومن تسليم المبيع اذا كان وكيل بالبيع ثم اذا عقد أو سلم بضئ ما تصرف لانه فعلة بعد العزل أه اتقاني (قوله بخلاف الطلاق والعتاق والعزل الحكمي) قال الاتقاني بخلاف العزل الحكمي فإنه كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا أه غاية (قوله ويستوى في ذلك الوكيل بالنكاح وغيره) يعني العزل قبل العلم لا يصح أصلا والوكيل بالنكاح

لا يملك عزله لانه كلما عزل تجددت الوكالة وقيل ينعزل بقوله كلما وكلتك فأنت معزول وقال صاحب النهاية عندى أنه يملك عزله بأن يقول عزلتك عن جميع الوكالات فيتنصرف ذلك الى المعلق والمنفذ لان الموكل نجوز ذلك الذي يملك الى تغيير حكم الشرع بجعل الوكالة من العقود اللازمة وكلاهما ليس بشيء لان في الاول عزله وتوكيله من غير فصل بينهما مادام انما الى نهاية وليس فيه وكالة تنفع ولا عزل يمنع وليس في الثاني ما يبطل الوكالة المعلقة لان عزله لا يتناول الا الموجودة اذ لا يتصور عزل الوكيل قبيل الوصية كما لا يتصور عزل القاضى أو السلطان قبيل التولية ولكن الصحيح اذا أراد عزله وأراد أن لا تنعقد الوكالة بعد العزل أن يقول رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة لان ما لا يكون لازما يصح الرجوع عنه والوكالة منه قال رحمه الله (وتبطل الوكالة بالعزل اذا علم به الوكيل) وقال الشافعي رحمه الله ينعزل بعزله وان لم يبلغه العزل لانه بالعزل يسقط حق نفسه وجواز الوكالة لحقه والمرء يتفرد باسقاط حق نفسه كالطلاق والعتاق وكالعزل الحكمي مثل الموت والجنون ولنا أن العزل خطاب ملزم مقصود وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يبلغه كخطاب الشرع حتى اذا بدل بالنسخ لا يثبت حكم النسخ حتى يبلغ المكلف ولان في انعزاله اضرار به لانه قد يتصرف بعد العزل قبل أن يبلغه فيلزمه الضمان بذلك والضرر مدفوع شرعا بخلاف الاعتاق والطلاق والعزل الحكمي لان العزل فيه حكمي لضرورة عدم الحمل فلا يتوقف على العلم ويستوى في ذلك الوكيل بالنكاح وغيره والرسول ينعزل قبل العلم به حتى اذا أرسله في البيع أو غيره فعزله قبل التبليغ انعزل لانه مبلغ عبارة المرسل وناقل لها فيكون عزله رجوعا عن الايجاب وله ذلك قبل القبول كما اذا كان المشتري أو جبه بنفسه بخلاف الوكيل فإنه يعقد بعبارة من عنده وان كانت الحقوق لا ترجع اليه بان كان سفيرا ومعبرا كافي النكاح وأمثاله وليس بناقل عبارة المرسل فلا يعتبر التوكيل فيه ايجابا وانما الايجاب من الوكيل فلا ينعزل حتى يبلغه لانه صار أصيلا في حق العبارة وان لم يكن أصيلا في حق الحقوق والرسول ليس بأصيل في شيء ما فاقترقا وقد كرنا اشتراط العدد والعدالة في المبلغ غير مرة فلا نعيده وكذا الوكيل نفسه عن الوكالة لا يصح من غير علم الموكل ولا يخرج به عن الوكالة ولو جحد الموكل الوكالة فقال لم أوكله لم يكن ذلك عزلا قال رحمه الله (وموت أحدهما وجنونه مطبقا وحقوقه مرتدا) يعني تبطل بهذه الاشياء أيضا لان الوكالة عقد جائز غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء فيشترط لقيام الامر في كل ساعة ما يشترط للابتداء وشرط في الجنون أن يكون مطبقا أي مستوعبا من قولهم أطبق الغيم السماء أي استوعبها لان كثرة كالموت وقبيله كالانغماء وحده المطبق شرع عند أبي يوسف رحمه الله لانه يسقط به الصوم وعنه أكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات

وغيره في ذلك سواء أه (قوله وكذا الوكيل الحكمي نفسه الخ) قال في الخلاصة في الوكالة في الجنس الذي عقده للعزل وفي النوازل لو قال الموكل للوكيل رد على الوكالة فقال ردت الوكالة ينعزل وكذا لو لم يقل الموكل رد على الوكالة ولكن الوكيل قال ردت الوكالة وعلم الموكل ينعزل أه قلت واستدنا من هذا أن الوكيل اذا عزل نفسه في غيبة الموكل فهو على وكالة حتى يعلم الموكل فاذا علم انعزل وهو حينئذ نظير ما اذا عزله الموكل فإنه يبقى على الوكالة حتى يبلغه خبر العزل أه قال في الذخيرة في النصل الثاني في رد الوكالة مانصه وكذلك الوكيل اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة أه (قوله في المتن وموت أحدهما وجنونه مطبقا) بسكون الطاء وكسر الباء أي دائر ومنه تسمية الاطباء الحى الدموية اللازمة بالمطبقة أه اتقاني قال النووي رحمه الله في تحرير التفسير المجنوب المطبق بفتح الباء أي الذي أطبق جنونه ودائم متصلا ومنه قول العرب الحى المطبقة بفتح الباء وهي الدائمة أه

(قوله وان كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض) أي الموت والجنون واللعاق بدار الحرب مرتدا اه قال في التمهة والفتاوى الصغرى وهذا كله في موضع تلك الموكل عزله أما في موضع لا يملك الموكل عزله كالعدل في باب الرهن والامر باليد للمرأة فانه لا يعزل الوكيل بعون الموكل وجنونه والوكيل بالخصومة بالتامس الخصم يعزل بعون الموكل وجنونه والوكيل بالطلاق يعزل بجنون الموكل استحسانا ولا يعزل قياسا وقال شيخ الاسلام علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد في الاسيبياني في أوائل كتاب الوكالة من شرح الكافي وإذا وكل الرجل وكيلة في خصومة أو بيع أو شراء شيء كان له أن يخرجها من الوكالة لأن التوكيل صحيح لحق الموكل فكان له إبطاله فان لم يخرجها حتى ذهب عقل الموكل زمانا دائما فقد خرج الوكيل من الوكالة لأن بقاء النيابة يستدعي بقاء أهلية المنوب عنه فقد بطلت وهذا في شيء يقبل العزل فأما في شيء لا يمكن عزله فلا يبطل مثل الامر (٢٨٨) باليد وما أشبهه لأن هذا تصرف لازم لا يحتاج إلى التجديد فلا يشترط بقاء

والأهلية بخلاف التصرف وعند محمد رجه الله حول كامل وهو الصحيح لأنه يسقط به جميع العبادات حتى الزكاة لأن استمراره حولامع اختلاف فصوله آية استحكامه أما ما دون الحول فلا يمنع وجوب الزكاة فلا يكون في معنى الموت والمراد باللعاق بدار الحرب مرتدا أن يحكم الحاكم بما دفعه لأن لعاقه لا يثبت إلا بحكم الحاكم كما إذا حكم به بطلت الوكالة بالإجماع وأما قبل ذلك فموقوفه عند أي حقيقة رجه الله لأن نصر فاته موقوفة عنده فكذا وكالته هذا إذا كانت الوكالة غير لازمة وان قتل أو لحق بدار الحرب بطلت وأما عندهما فتصرفه نافذة فلا تبطل وكالته هذا إذا كانت الوكالة غير لازمة وان كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض كما إذا كانت الوكالة مشروطة في عقد الرهن وكذا إذا جعل أمر أمر أنه بيدها ثم جن الزوج لا يبطل أمرها لأنه قد ملكها التصرف فصار كملك العين وان كانت الوكالة بالنسكاح تبطل بالردة لأنه بالردة خرج من أن يكون مالكا للنسكاح بنفسه فتبطل الوكالة به أيضا ثم لا تعود بالاسلام ذكره في النهاية وعزاه إلى المبسوط ولا تبطل وكالة المرأة بارتدادها ما لم تلحق بدار الحرب ويحكم الحاكم بلعاقها وكذا يجوز توكيلها بعد ارتدادها أيضا لأنها تبقى بعد الردة مالكة للتصرف بنفسها وورثتها لا تؤثر في عقودها إلا إذا وكلته بالتزويج ثم ارتدت والعياذ بالله فان ذلك باطل لأنها لا تملك أن تتزوج بنفسها فكذلك لا تزوجها ولو وكلت وكيلة في حال ردتها فزوجهها بعد ما أسلمت صح كالعتدة إذا وكلت وكيلة لابن يزوجهها فزوجهها بعد انقضاء عتدها بخلاف ما إذا وكلته قبل ارتدادها ثم ارتدت وأسلمت حيث لا يجوز أن يزوجهها إلا بارتدادها إخراج له عن الوكالة فصار معزولا من جهتها ولا تعود الوكالة بعد العزل وان عاد المرتد مسلما بعد اللعاق بدار الحرب فإن كان وكيلها فهو على وكالته عند محمد رجه الله ولا يعود وكيله عند أبي يوسف رجه الله لأن قضاء النقاضي بلعاقه بمنزلة موته ولهذا لا يعود ملكه في مديونية وأمهات أولاده ويعتقن به كما يعتقن بالموت وهذا لأن التوكيل اثبات ولاية التنفيذ لأن أصل التصرف بملكه بأهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللعاق لحق بالاموات فلا ملك ولا أهلية له وجه قول محمد رجه الله أن الوكيل يتصرف بمكان قائمه به والعجز يعارض اللعاق لتباين الدارين والتوكيل اطلاقا فإذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيله لبقاء تلك المعاني وهو العقل والقصد في ذلك التصرف والذمة الصالحة وهذا لأن صحة الوكالة لحق الموكل وحقه باق بعد لعاقه بدار الحرب وانما عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال فلا يعزل به عن الوكالة فإذا زال صار كأن لم يكن فبقى الوكيل على وكالته بمنزلة ما لو أغمى عليه زمانا ثم أفاق وان كان العائد مسلما هو الموكل لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد أنها تعود كما قال في الوكيل لأنه إذا عاد عاد ملكه عليه مثل ما كان وقد

الأهلية بخلاف التصرف الجائز لأنه يتلشى في كل ساعة فاعتبر بقاؤه أهلا اه اتقاني قال قاضيان في فتاواه رجل وكل رجلا بالخصومة فطلب خصمه ثم جن الموكل أو مات بطلت الوكالة والراهن إذا سلط العدل على البيع ثم جن ذكر شمس الأئمة السرخسي أنه لا يعزل العدل اه (قوله) وورثتها لا تؤثر في عقودها) لأن المرتدة لا تقتل عندنا لأن عملة القتل الحراب ولم يوجد لأنه ليس لها بنية صالحة للحراب اه غاية (قوله) ولا يعود وكيله عند أبي يوسف قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيبياني في شرح الكافي في أول الباب من كتاب الوكالة ثم قد رمد اللعاق بأقل من سنة قال ان بقي أقل من سنة ثم عاد تعود الوكالة لابقيناها على

احتمال أن يعود فاما إذا بقي أكثر من سنة ثم عاد لا تعود الوكالة لأن احتمال العود قد بطل بالحول ظاهر وأغلبا تعلقت

فصار كجنون إذا كان أقل من سنة لا تبطل الوكالة وإذا استوعب السنة تبطل إلى هنا لفظه رجه الله في شرح الكافي اه غاية (قوله) وباللعاق لحق بالاموات الخ) والوكالة لا تبقى بعد الموت فبطل والباطل لا يعود بخلاف أملا كما قام قائمته بعد الموت فجاز أن تعود ولأن اللعاق يمنع ابتداء الوكالة فإذا طرأ عليها أبطلها كجنون اه غاية (قوله) وجه قول محمد أن عدم نفاذ تصرف الوكيل في دار الحرب لا باعتبار أنه اعزل بل باعتبار أن الامر لم يتناول تلك البقعة كمن قال لغيره بيع ثوبي يبعدها فخرجه منها لم يجز يبعدها فإذا عاد جاز يبعدها فكذلك ههنا اه غاية (قوله) وان كان العائد مسلما هو الموكل لا تعود الوكالة) بالاتفاق وهذا هو المشهور اه غاية

تعلفت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته والفرق له على الظاهر أن الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه بردنه وخالفه فبطلت الوكالة على البتة بخلاف ردة الوكيل فان ملك الموكل باق على حاله وقد تعلقت الوكالة به وانما انقطع نصرفه لعجزه وقد زال فنعود الوكالة كما كانت قال رحمه الله (وافترق الشريكين) أي تبطل الوكالة بافتراق الشريكين وان لم يعلم الوكيل به لانه عزل حكيم والعزل الحكيم لا يشترط فيه العلم ثم هذا الكلام يحتمل وجهين أحدهما أن يعزل كل واحد منهما عن الوكالة التي تضمنها عقد الشركة لأن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه بالتصرف فيعزل بالافتراق عن هذه الوكالة التي تضمنها عقد الشركة لأنها كانت ثابتة في ضمن الشركة فتبطل ببطلانها اذا لم يكن مصرحاً بها وفيه اشكال من حيث إنه لا يصح أن يفرد أحدهما بفسخ الشركة بدون علم صاحبه بل يتوقف على علمه لانه عزل قصدي فكيف يتصور أن يعزل بدون علمه ويمكن أن يحمل على ما اذا هلك المالان أو أحدهما قبل الشراء فان الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التي كانت في ضمنها على ما إذا هلك المالان أو أحدهما لم تكن الوكالة مصرحاً بها عند عقد الشركة على ما ينفي كتاب الوكالة والثاني ان أحد الشريكين أو كليهما لو وكل من يتصرف في المال جاز على ما عرف فلو افترقا انعزل هذا الوكيل في حق غير الموكل منهما اذا لم يصرحا بالاذن في التوكيل قال رحمه الله (وعجز موكله لومكانا ويجزى لومأذونا) معناه لو كان الموكل مكاتباً أو عبداً ما أذناه في التجارة يعزل الوكيل بعجز المكاتب ويجزى العبد علم بذلك أو لم يعلم لان بقاء الوكالة معتبر بابتدائها لكونها غير لازمة لان العقود التي لا تلزم لبقائها حكمها ابتداءً فيشترط في حالة البقاء قيام الامر كما في الابتداء وقد بطل بالعجز والجرح فتبطل الوكالة ويستوى فيه علم الوكيل وجهله لان البطلان حكيم كما اذا تصرف الموكل في الشيء الذي وكل فيه هذا اذا كان وكيلاً في العقود والخصومات وأما الوكيل في قضاء الدين واقتضائه فلا يعزل بعجز المكاتب ولا بعجز المأذون له لان العجز والجرح يوجب الحجر عليه من انشاء التصرف فيخرج وكيله عن الوكالة ولا يوجب الحجر عليه من قضاء الدين واقتضائه فكذلك لا يوجب عزل وكيله عن ذلك فان كوتب بعد ذلك أو أذن للمجبر عليه لم تعد الوكالة التي بطلت لان صحتها كانت باعتبار ملك الموكل التصرف عند التوكيل وقد زال ذلك بالعجز والجرح بعد الوكيل فلم يعد بالكتابة الثانية والاذن الثاني ولو عزل المولى وكيل العبد المأذون له لا يعزل لان ذلك جرح خاص والاذن في التجارة لا يكون الاعاها فكان باطلاً لا ترى أن المولى لا يملك نفسه عن ذلك مع بقاء الاذن فكذلك لا ينفذ فعله الحكيم فيه قال رحمه الله (وتصرفه بنفسه) أي تبطل الوكالة بتصرف الموكل بنفسه فيما وكاه به لقوات المحل والمراد بتصرفه ما يجزى الوكيل عن الامتثال به مثل أن يوكاه ببيع عبده ثم يبيعه الموكل بنفسه أو يديره أو يكاتبه وان لم يجزه عن الامتثال فالوكالة باقية على حالها وهذا أصله حتى لو وكاه بطلاق امرأته فطلقها هو فلا تأووا واحدة فانقضت عدتها بطلت الوكالة لعجزه عن الامتثال ولو تزوجها بعد ذلك ليس للوكيل أن يطلقها التحق بعجز الموكل عن الايقاع بانقضاء العدة فكذلك الوكيل وانما تمكن من الايقاع بعده بسبب جديد لم يحصل ذلك للوكيل ولو طلقها واحدة ولم تنقض عدتها فالوكيل أن يطلقها أخرى لبقاء المحل ولو وكاه بتزويج امرأة فتزوجه بنفسه ثم طلقها ليس للوكيل أن يزوجه اياها لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجه اياها الوكيل بنفسه ثم أبانها حيث يجوز له أن يزوجه اياها من الموكل لبقاء الحاجة ولو وكاه بطلاق امرأته ثم ارتد الزوج فطلاق الوكيل يقع عليها ما دامت في العدة لبقاء تمكن الزوج من الايقاع وان لحق بدار الحرب فذلك بمنزلة موته ولو وكاه بالخلع ثم خلعها الزوج بنفسه خرج الوكيل من الوكالة لان الخلع بعد الخلع لا يصح فتعد التصرف على الوكيل بخلاف ما اذا وكاه أن يطلقها ثم خالعها الزوج حيث يقع عليها طلاق الوكيل ما دامت في العدة لان طلاق الزوج يقع عليها في هذه الحالة فيبقى الوكيل على وكالته والاصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادراً على الايقاع كان وكيله أيضاً قادراً

(قوله والفرق الخ) كما قالوا
فمن وكل رجلاً ببيع عبده
ثم باعه الموكل انعزل الوكيل
فاذا رد على الموكل ببيع
بقضاء عادت الوكالة
لان الملك الاول عاد فعاد
حقوقه اه غايه (قوله تبطل
الوكالة بافتراق الشريكين)
يعني أحد شريكي العنان
أو المفاوضة (قوله فالوكيل
أن يطلقها أخرى لبقاء
المحل) بخلاف ما اذا طلقها
بنفسه فلا حيث لا يكون
الوكيل أن يطلقها بعد ذلك
لا في العدة ولا بعده اه
اتقاني (قوله حيث يجوز
له أن يزوجه اياها من الموكل
لبقاء الحاجة) ولو ارتدت
ولحق بدار الحرب ثم سبغت
وأسلت فسزوجه اياها
الوكيل جاز في قياس قول
أبي حنيفة ولم يجز في قول
أبي يوسف ومحمد لانها صارت
أمة ونكاح الأمة ليس
بمعهود وغير المعهود خارج
عن مراد المتكلم عندهما
اه غايه

(قوله ولو وكله ببيع شيء فباعه الموكل (٢٩٠) ثم رد عليه بما يكون فسخا كخيار رؤية الخ) قال في القنية في مسائل متفرقة من كتاب

على الإيعاق فتبقى الوكالة على حالها وما لا فلا ولو وكله ببيع شيء فباعه الموكل ثم رد عليه بما يكون فسخا كخيار رؤية أو خيار شرط أو عيب بقضاء أو لفساد ببيع فالوكيل باق على وكالته لأن ملكه القديم قد عاد إليه بالفسخ فتعود الوكالة وأن رد عليه بما لا يكون فسخا كالرد بعيب بغير قضاء أو أقالة لا تعود الوكالة لأنه ببيع في حق ثالث والوكيل ثالث ما والوكالة تعلقت بالملك الأول وهذا ملك جديد بخلاف ما إذا رد عليه بما يكون فسخا ولو باعه الوكيل ثم رد عليه بما يكون فسخا فله أن يبيعه ثانيا كما إذا كان البائع هو الموكل فردّه عليه بذلك ولو وكله ببيع شيء فوهبه المالك ثم رجع بالهبة فليس للوكيل أن يهبه لأن الواهب مختار في الرجوع فكان ذلك دليل على عدم حاجة الواهب إلى الهبة ولو وهبه الوكيل فرجع الموكل في هبته لم يكن للوكيل أن يهبه ثانيا لما ذكرنا قال محمد رحمه الله لا تشبه الهبة البيع لأن الوكالة بالبيع لا تنقضي بمباشرة المبيع لأن الوكيل بالبيع بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة فإذا فسخ البيع والوكالة فاقعة جازله أن يبيع ثانيا بحكمها أما الوكالة بالهبة تنقضي بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فإذا رجع في هبته فقد عاد إليه العبد ولا هبة ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا ولو وكله ببيع عبده فأسره العبد وأدخله في دارهم ثم رجع إلى الموكل يملك عبداً أن اشتراه منهم لم تعد الوكالة ولو أخذ من المشتري منهم بالثمن أو بالقيمة من وقع في سهمه من الغائب فهو على وكالته لأنه لا يأخذ بهذا الطريق عادلياً قديماً ملكه وقد كانت الوكالة متعلقة به فإذا عاد عادت الوكالة ولو وكله باعتاق أمته فأعتقها الموكل ثم ارتدت والعباد بالله ولحققت بدار الحرب ثم سببت وملكها لا تعود الوكالة لأنه ملك جديد غير الأول بسبب جديد ولو وكله بأن يزوجه امرأة معينة وهي ذات زوج فبات زوجها أو طلقها وانقضت عتقها جازل للوكيل أن يزوجه من الموكل لأن هذه وكالة مضافة لانعدام المحل وقت التوكيل وهي جائزة ولو وكله أن يزوجه امرأة معينة فارتدت والعباد بالله ثم أسرت وأسلمت جازل للوكيل أن يزوجه إياها عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لما بناء على أن تسمية المرأة مطلقاً تنصرف إلى الحرّة عندهما ولا تنصرف عنده بل له أن يزوجه الأمة ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل أو أجره فسلمه فالوكيل على وكالته في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يخرج عن الوكالة والله أعلم

كتاب الدعوى

قال رحمه الله (هي إضافة الشيء إلى نفسه حالة المنازعة) أي الدعوى أن يدعى الشيء إلى نفسه في حالة الخصومة وهذا في الشريعة ولهذا قال عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعي واليمين على من أنكر لأن كل واحد من البيعة واليمين يحتاج إليه عند إضافة الشيء إلى نفسه إذا كان ثم منازعة وهي في اللغة عبارة عن إضافة الشيء إلى نفسه مطلقاً من غير تشديد بمنزلة أو مسالة مأخوذ من قولهم ادعى فلان شيئاً إذا أضافه إلى نفسه إذا قال لي ومنه دعوة بالنسب بالكسر والدعوة بالفتح في المأذبة وقيل الدعوى في اللغة قول بقصد به الإنسان إيجاب الشيء على الغير إلا أن اسم المدعي يتناول من لا حجة له في العرف ولا يتناول من له حجة فإن القاضي يسميه مدعياً قبل إقامة البيعة وبعد ما يسميه محقلاً لا مدعياً ويقال لسميعة الكذاب لعنه الله مدعى النبوة لأنه عجز عن إثباتها ولا يقال للرسول صلى الله عليه وسلم مدعى النبوة لأنه قد أثبتها بالمجزة والدعوى اسم وليس مصدر والفعل ادعى افتعل والمصدر ادعاء افتعال وألف دعوى للتأنيث فلا يتوّن وجهها دعوى بفتح الواو لا غير كفتوى وقتاوى واسم الفاعل مدع والمفعول مدعى عليه والمال مدعى والمدعى به خطأ ثم شرط جواز الدعوى أن تكون في مجلس القاضي ولا نص

الوكالة وكله بأن يؤجر داره ثم أجرها الموكل بنفسه ثم انقضت الاجارة يعود على وكالته اه (قوله ولو وكله بأن يزوجه امرأة معينة الخ) قال في القنية في باب الوكالة في الطلاق والنكاح بعد أن رقم لشرح السرخصى لهازوج فوكلت رجلاً بأن يزوجه من نفسه فلما طلقها وانقضت عتقها زوجها الوكيل من نفسه جازلت فقد صح توكيلها به مع عجزها عنه وقت التوكيل اه (قوله جازل للوكيل أن يزوجه من الموكل) لأنه أمره بالنكاحها إياه وهو متصور بواسطة الموت وانقضاء العدة فانصرف التوكيل إليه وصار كونه نص على إضافة التوكيل إلى تلك الحالة والوكالات مما تقبل التعليق والإضافة إلى زمان في المستقبل اه غاية

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة من أنواع الوكالات وهي سبب لداع إلى الدعوى والخصومة ناسب ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة لأن المسبب يفتضى سابقه السبب اه اتقاني (قوله في المتن هي إضافة الشيء الخ) هذا ذكرها لأن ركن الشيء ما يقوم به الشيء والدعوى إنما تقوم بإضافة المدعى إلى

نفسه فكان ركنها اه (قوله ولهذا) أي ولاجل أن الدعوى لا تكون إلا حال المنازعة لا حال المسألة اه (قوله بقصد به الإنسان إيجاب الخ) لأنه يضيفه إلى نفسه فيقول اتى اه غاية (قوله بفتح الواو لا غير) هكذا قال في الكافي اه

(قوله أو نعم) أي فإذا أجاب بنعم يجب ما ادعاه المدعي بأقرار المدعي عليه وإن قال لا يقول القاضي للمدعي أنك مئة فإن قال لا يقول لك عينه فإن طالب المدعي عينه استخلفه فإن حلف برئ عن الدعوى وإن نكل لزمه الدعوى اه غايه (قوله في المتن والمدعي من اذترك الخ) قال الانقائي وقال بعضهم صورة ذلك هو أنه اذا ترك لدعواه ترك والمنكر هو الذي اذا ترك لدعواه لا يترك اه (قوله كالمودع الخ) سيما في قبيل قوله ولو افتدى المنكر عينه أن المودع اذا قال ان الوديعة قبضها صاحبها يخلف على البينات اه (قوله وهو منكر للوجوب) أي لوجوب الضمان لانه يتمسك بالاصل اذا اصر في الذم البراءة اه (قوله وسبب (٢٩١) وجوب الخ) لان أحكام الديون تختلف باختلاف أسبابها فانه اذا

كان بسبب السلم يحتاج الى بيان مكان الايفاء ليتقن التعرض عن الاختلاف ولا يجوز الاستبدال به قبل القبض وإن كان من مبيع يجوز الاستبدال به قبل القبض ولا يشترط بيان مكان الايفاء اه كاكى (قوله لفسادها) ولا نعلم فيه خلافا الا في الوصية فان الأئمة الثلاثة يجوزون دعوى المجهول في الوصية فان ادعى حقاً من وصية أو اقراراً فانه ما يصح بالجهول ويصح دعوى الاقرار بالجهول بلا خلاف ولا يشترط لسماع الدعوى المخالطة والمعاملة ولا فرق فيه بين طبقات الناس وعن مالك لا تسمع دعوى الله على الشريف اذا لم يعرف بينهما سبب اه كاكى (قوله في المتن فان كان عينا) قال الاستروشي في فصوله في الفصل التاسع ان الدعوى لا تخلو إما أن تقع في الدين أو في العين فان وقعت في العين فلا تخلو إما أن كان

في غير مجلسه حتى لا يستحق على المدعي عليه جوازه وأن يكون الخصم حاضراً حتى لو ادعى على غائب لا يجاب وأن يكون المدعي شيئاً معلوماً يمكن اثباته بالبينة ويتمكن القاضي من الحكم به حتى لا يجاب الجواب على المدعي عليه اذا كان المدعي مجهولاً وحكمها وجوب الجواب على الخصم اذا صححت وترتب على صحتها وجوب احضار الخصم والمطالبة بالجواب بلا أنوفهم واقامة البينة واليمين اذا أنكر قال رحمه الله (والمدعي من اذترك ترك والمدعي عليه بخلافه) أي لا يترك اذا ترك بل يجبر هذه المعرفة الفرق بينهما وهي من أهم ما ينبغي على مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ في حقه فتماماً ذكرناه وهو حد صحيح لكونه جامعاً للحدود ما نعلم من دخول غيره فيه وقيل المدعي من لا يستحق الاجابة كالمخرج والمدعي عليه من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد وقيل المدعي من يلتزم غير الظاهر والمدعي عليه من يتمسك بالظاهر وقيل المدعي من يشتمل كلامه على الاثبات فلا يصير خصماً بالتمسك في النفي فان اخرج لو قال لذي اليد هذا الشيء ليس لك لا يكون خصماً ومدة عياله لم يقل هو والمدعي عليه من يشتمل كلامه على النفي فيكتفي به منه فان ذا اليد لو قال ليس هذا لك كان خصماً بهذا القدر وقوله هو لي فضله في الكلام غير محتاج اليه وقيل كل من يشهد بما في يد غيره لنفسه فهو مدع وكل من يشهد بما في يده لنفسه فهو منكر ومدعي عليه وكل من يشهد بما في يد غيره لغيره فهو شاهد وكل من يشهد بما في يده لنفسه لغيره فهو مقرر وقال محمد رحمه الله في الاصل المدعي عليه هو المنكر والاخر هو المدعي وهذا صحيح غير أن التمييز بينهما يحتاج الى فقه وحكمة كذا اذا عبرة للمعنى دون الصورة فانه قد وجد الكلام من شخص في صورة المدعى وهو انكار في المعنى كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فانه مدع للرصد وهو منكر للوجوب معنى فيصافه انه لا يلزمه رد ولا ضمانه ولا يخلفه على انه ردّها لان اليقين تكون على النفي ليتحقق الانكار لانه ينكر الوجوب عليه والاصل براءة الذمة فكان القول له ولا يرد على هذا المدين اذا ادعى قضاء الدين أو إبراء الطالب فان القول للطالب مع انه يدعى شغل ذمته والمدين البراءة لا نقول لما اتفقنا على وجوب الدين صار الشغل هو الاصل والمدين بدعواه الايفاء أو الابراء صار مدعياً بخلاف الاصل والطالب ينكر فكان القول له أو نقول ان المودع أمين فيكون القول قوله في وضع الامانة موضعها كما في القاضي وأمينه وكالمطلقة اذا ادعت انقضاء العدة أو بقاءها قال رحمه الله (ولا تصح الدعوى حتى يذكري شيئاً علم جنسه وقدره) لان فائدتها الا لزام بواسطة الاشهاد ولا يتحقق الاشهاد ولا الا لزام في المجهول فلا يصح ولا يجب الجواب على الخصم فاذا بين جنسها ونوعها وقدرها وصفتها وسبب وجوبها صححت الدعوى فيترتب عليها أحكامها من وجوب الاحضار والحضور والمطالبة بالجواب ووجوب الجواب واليمين واقامة البينة ولزوم احضار الشيء المدعى ان لم يكن ديناً ولا يتعلق بالدعوى المجهولة شيء من ذلك لفسادها وانما وجب اذا صححت لقوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فرق بينهم معززون الحق الوعيد بمن امتنع عن الحضور بعد ما طوبى به فدل ذلك على أن الحضور مستحق عليه قال رحمه الله (فان كان عينا في يد

عقاراً أو منقولاً فان كان منقولاً فلا تخلو إما أن كان قائماً أو هالكا فان ادعى منقولاً قائماً فان أمكن احضاره مجلس الحكم فالحكم بالقاضي لا يسمع دعوى المدعي ولا شهادة شهوده الا بعد احضار ما وقع فيه يشير اليه المدعي والشهود تنقطع الشركة بين المدعي وغيره قال شمس الأئمة السرخسي ومن المنقولات ما لا يمكن احضاره عند القاضي كالصبرة من الطعام والقطيع من الغنم فالحكم بالقاضي بالخيار ان شاء حضر ذلك الموضع لو تيسر له ذلك وان كان لا يتيه إليه الحضور وكان مأذوناً بالاستخلاف يبعث خليفته الى ذلك الموضع وهو نظير ما اذا كان القاضي في داره ووقع الدعوى في جبل ولا يسع باب داره فانه يخرج الى باب داره أو يأمر نائبه حتى يخرج ليشير اليه الشهود بحضوره وفي القدروري

إذا كان المدعى شيئاً يعتذر عنه كالحج فالحاكم بالخيار إن شاء حضر وإن شاء بعث أميناً كذا ذكره في الذخيرة وذكره القاضي الإمام فظهر الدين وهذا الغايست تقيم إذا كان العين المدعى في المصر أما إذا كان خارج المصر كيف يقضى القاضي به والمصر شرط لجواز القضاء في ظاهر الرواية لكن الطريق فيه أن يبعث واحد من أعرانه حتى يسمع الدعوى والبيئة ويقضى ثم يعتذر ذلك بمضى قضاءه اهـ (قوله وكذا في الشهادة والاستخلاف) يعني إذا شهد الشهود على العين المدعاة أو استخلف المدعى عليه على العين المدعاة كلف احضارها اهـ غاية وكتب مأنصه قال الاتفاقى ويتعلق بالدعوى أيضاً وجوب احضار العين المدعاة بمجلس القاضي على المدعى عليه إذا كانت متقولة قائمة في يده حتى يشير المدعى أو الشهود إليها أو يشير إليها المدعى عليه عند الاستخلاف اهـ (قوله ذكر قيمتها) أى ذكر المدعى قيمتها حتى تصح الدعوى بوقوعها على معلوم لأن عين المدعاة تعتذر من مشاهدتها ولا يمكن معرفتها بالوصف فاشتراط بيان القيمة لأنها شئ تعرف العين الهالكة به اهـ (قوله لأن غير المتدبر) أى المقدّر بالكيل أو الوزن اهـ (قوله يشترط مع ذلك) أى مع بيان قيمتها اهـ (قوله ذكر كذا كورة) وبعضهم لم يشترط ذلك اهـ (قوله فلو كاف ببيان القيمة لتضرر به) قال الكاكي وفي المجتبى قال الاستيعابى في مسئلة سرقة البقرة واختلافى في قولها تقبل الشهادة عندهم بخلافهما وهذه المسئلة تدل على أن احضار المنقول ليس بشرط للشهادة والدعوى اذ لو شرط لاحتضرت ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة ثم قال والناس عنهم اغفلون اهـ (قوله في المتن وان ادعى عقاراً الخ) ذكر هنا فصولاً ثلاثة الاول تحديد العقار وهو بيان حدوده والثاني ذكر المدعى أن المدعى في يد المدعى عليه والثالث ذكر المدعى أنه يطالب المدعى عليه بالمدعى أما الفصل الاول فنقول انما شرط التحديد لأن الدعوى لا تصح في المجهول والعقار لا يعلم الا بالتحديد فاشتراط التحديد حتى تقع الشهادة على معلوم قال في شرح الاقطع لو وقعت الدعوى في غير (٢٩٢) محدود لم تصح حتى يحضر الحاكم عند الارض فيسمع الدعوى على عينها ويشير

المدعى عليه كلف احضارها يشير إليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستخلاف) لأن الاعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك بالإشارة بعد الاحضار فيما يمكن احضاره من المنقول وان لم يمكن كالرعى حضره الحاكم أو بعث أمينه قال رحمه (وان تعتذر ذكر قيمتها) أى ان تعتذر احضار المنقول بأن كانت هالكة أو غائبة ذكر قيمتها لأن غير المقدّر لا يمكن ضبطه بالوصف ويمكن بالقيمة فوجب المصير إليها لانها هي المدعاة في هذه الحالة لصيرورتها في الذمة وقال أبو الليث يشترط مع ذلك في الحيوان ذكر كذا كورة والافقة وان لم يبين القيمة فقال غضب مني عينا كذا ولا أدري أنه هالك أو قائم ولا أدري كم كانت قيمته قال في الكافي ذكر في عامة الكتب انه يسمع دعواه لأن الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به وعزاه الى القاضي فخر الدين والى صاحب الذخيرة واذ سقط بيان القيمة عن المدعى سقطت عن الشهود أيضاً بل أولى لانهم أبعد عن ممارسته قال رحمه الله (وان ادعى عقاراً ذكر حدوده) لأنه تعتذر عن نفسه بالإشارة لتعذر نقله الى مجلس الحكم فتعين التحديد اذا العقار يعرف به

الشهود إليها بالشهادة قال في شرح أدب القاضي يجب على المدعى وعلى الشهود الاعلام بأقصى ما يمكن وأقصى ما يمكن في الدار البلدة ثم المحلة التي فيها الدار في تلك البلدة ثم يبين حدود الدار لأن التعريف بأقصى ما يمكن وأقصى ما يمكن هذا وهو أن يبين أولاً الاسم العام وهو البلدة ثم يبين ماهو

الاخص منه وهو المحلة ثم يعرف بما هو أخص من المحلة وهو الحدود الاربع ليحصل التعريف والاعلام بأقصى ما يمكن قال فاذ فعل ذلك وشهد الشهود على ذلك كله قبل القاضي وقضى به وقال الاستروشني في الفصل الثامن من فصوله ذكر الشيخ الامام الفقيه الحاكم أبو نصر أحمد بن محمد السمرقندي في شروطه اذا وقعت الدعوى في العقار لا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ثم من ذكر المحلة ثم من ذكر السكة فيبدأ الكاتب بذكر الكورة ثم يذكر المحلة اختياراً القول بمحمد بن الحسن فان المذهب عنده أن يبدأ بالاعم ثم ينزل من الاعم الى الاخص وقال أبو يزيد البغدادي يبدأ بالاحص ثم بالاعم فيقول دار في سكة كذا في محلة كذا في كورة كذا وقاسه على النسب حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذكر الحد فيبدأ بما هو أقرب ثم يترقى الى ماهو الأبعد لكن ما قاله محمد بن الحسن أحسن لأن العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه لأن الاعم اسمه فان جعفر في الدنيا كثير فان عرف والاترقى الى الاخص فيقول ابن محمد وهذا أخص فان عرف والاترقى الى الحد الى هنا لفظ الفصول وقال في هذا الفصل أيضاً في موضع آخر وذكر في الذخيرة اذا ادعى محدوداً في موضع كذا وبين الحدود ولم يبين أن المحدود ماهو كرم أو أرض أو دار وشهد الشهود كذلك هل تسمع وهل تصح الدعوى والشهادة حكى فتوى شمس الأئمة السرخسي أنه لا تصح الدعوى والشهادة وحكى فتوى شمس الاسلام الازجندي أن المدعى اذا بين المصر والمحلة والموضع والحدد وتصح الدعوى ولا يوجب ترك بيان الحدود وجهالة في المدعى وكان ظهير الدين المرغيناني يكتب في جواب الفتوى لو سعى قاض هذه الدعوى بحجوز وقيل ذكر المصر والقريه والمحلة ليس بلامزم ذكر رشيد الدين أنه لا بد أن يكتب بأى قرية وبأى موضع لترتفع الجهالة الى هنا لفظ الفصول اهـ اتفاقى وكتب على قوله عقاراً مأنصه قال الاتفاقى العقار بالفتح الارض والضياع والغل

ومنه قولهم ماله دار ولا عقار كذا في الصحاح وقيل العقار اسم للعروة المبنية والضبعة اسم للعروة لاغير اه (قوله وان كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره) كأي حنيفة ومحمد بن الحسن وابن أبي ليلى وأبي حفص الكبير البخاري اه (قوله في المتن وأنه يظالبه به) يعني اذا كان المدعي ديناً لا عيناً لا يشترط فيه الاحضار الى مجلس القاضى كما يشترط في العين القائمة لان الاحضار انما يشترط ثمة ليمتاز المدعي من غيره بالاشارة التي عند الدعوى والشهادة وعند استخلاف المدعي عليه لان العين قد تشترط مع عين أخرى في الوصف والحلية فلا ينقطع الشك ما لم تكن الاشارة اليها في الحضور والدين لا يمكن لعلامة بالاشارة اليه فلا يلزم احضاره بل اكتفى ببيان الجنس والقدر والوصف بخلاف ما اذا كانت العين مستهلكة حيث تقبل الشهادة عليه من غير اشارة لان الدعوى في قيمتها ان لم تكن من ذوات الامثال وفي مثلها ان كانت من ذوات الامثال والمثل والقيمة دين في الذمة والشهادة على الديون تقبل بلا اشارة اليها بل لابد من بيان الجنس والقدر والوصف بخلاف القدرى عند قوله ولا تقبل الدعوى حتى يذكّر شيئا معلوماً في جنسه وقدره لان ذلك يشمل العين والدين جميعاً ولكن ان كان نقلياً قائماً بعينه يشترط الاحضار وان كان عقاراً يجب التحديد بخلاف الدين فافهم اه اتقاني (٢٩٣) (فروع) في التبعة لو ادعى ديناً في

التركة وقال كل التركة في يد هذا يخلف وحده بالله ما وصل اليه شيء من التركة ولا يعلم أن له ديناً على أبيه وقبل يخلف عيني على الوصول على البنات وعلى الذين على العلم وبه قال عامة المشايخ وأجمع وأما المدعي بعد اقامة البينة يخلف أنه ما استوفاه ولا أبرأه وان لم يدع الخصم ولا يعلم فيه خلاف اه قال الوالد الجلي في أواخر الفصل الخامس من كتاب الدعوى رجل ادعى ديناً في التركة وأقام البينة فان القاضى يخلفه بالله ما استوفيته ولا شيئاً منه وهذا ليس في هذا الموضع خاصة بل في كل موضع يدعى حقاً في التركة وأثبتته بالبينة فانه يخلف

قال رحمه الله (وكفت ثلاثة) أي كفي ذكر ثلاثة من الحدود وقال زفر رحمه الله لا يكتفى ولا بد من ذكر الحدود الاربع لان التعريف لم يتم بذكر الثلاثة كما لا يتم بذكر الاثنين ولنا ان للاد كثر حكم الكل بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعي ولا كذلك تركها ونظيره اذا ادعى شراعي شيء من موقوف فان الشهادة تقبل وان سكتوا عن بيان جنس الثمن ولو ذكر واحد واختلفوا فيه لم تقبل وكما يشترط ذكر الحد في الدعوى يشترط في الشهادة أيضاً لانه يصير معلوماً للقاضى قال رحمه الله (وأسماء أصحابها) أي ذكر أسماء أصحاب الحدود لان التعريف يحصل بذلك وذكر أناسهم ليميزوا عن غيرهم قال رحمه الله (ولا بد من ذكر الحدان لم يكن مشهوراً) أي لابد من ذكر حد كل واحد من أصحاب الحدود ان لم يكن الرجل مشهوراً بين الناس وهذا عند أي حنيفة رحمه الله لان تمام التعريف يحصل به في الصحيح من مذهبه وقد ذكرناه غير مرة وان كان الرجل مشهوراً يكتفى بذكره لحصول المقصود به قال رحمه الله (وأنه في يده) أي وذكر أن العقار في يده لان المدعي عليه لا يكون خصماً الا اذا كان العقار في يده فلا بد من اثباته قال رحمه الله (ولا ثبت اليدي في العقار بتصادقهما بل بينة أو علم القاضى بخلاف المنقول) أي لا ثبت اليدي فيه بتصادق المدعي والمدعي عليه أن العقار في يدي المدعي عليه لان اليدي فيه غير مشهودة ولعله في يد غيره مما تواضعافه ليكون له ما ذريعة الى أخذه بحكم الحاكم فلا بد من اقامة البينة فيه أو علم القاضى لتنتفي تهمته المواجهة بخلاف المنقول لان اليدي فيه معانية فلا حاجة الى اشتراط الزيادة قال رحمه الله (وأنه يظالبه به) أي ذكر للقاضى انه يظالبه بالشيء المدعى لان القاضى لا يعلم ما اذا ذكره عنده فبذكره أنه طالب يتبين له فلا بد من التنبية عليه لانه لو لم ينص على الطلب لحسب القاضى انه انما ذكره على سبيل الحكاية فيزيل ذلك الوهم بالنص على الطلب ولان القاضى لا يجب عليه أن يجيبه لاحتمال ما ذكرنا الا اذا طلب لانه نصب لقطع الخصومات لا لانشاء ما اذا بين طلبه أجابه والا فلا لاحتمال أن يكون عنده برهن أو ودعية أو اجارة ونحو ذلك فلا يزول الاحتمال بدون طلبه ولهذا قالوا يجب في المنقول أن يقول هو في يده بغير حق قال رحمه الله (وان كان ديناً كروصقه وأنه يظالبه به) ما ذكرنا ولا بد من بيانه على وجه لا يبيح

من غير خصم أنه ما استوفى حقه وهو مثل حقه والله تعالى من غير دعوى اه قال الامام الناصح رحمه الله في أدب القضاء ما ملخصه رجل ادعى على ميت شيئاً وأقام البينة على وارث واحد وعلى الوصى فذلك جائز على جميع الورثة لان أحد الورثة خصم فيما يجب للميت وعليه دليل انه لو أقام البينة على رجل لميت قبله دين فانه يقبل ويقضى بجميع الدين وبذلك دليل أن له أن يرد بالعيب بعد الموت فاذا كان خصماً في الجميع قبلت بنبته في ذلك وكذلك الوصى لان الوصى خصم عن الميت بدليل أنه يخاصم عنه ويرد بالعيب فهذه بينة أقامها خصم فوجب أن تقبل وان أقام البينة على غريم أو موصى له لم يقض بها ولا يكون الخصم عن الميت الا وارثاً أو وصياً لان الغريم ليس بخصم عن الميت بدليل أنه لا يرد بالعيب فاذا لم يكن خصماً فهذه بينة أقيمت من غير خصم فلا تقبل واذا كان الورثة صغاراً نصب لهم وصياً ويجوز ان يثبت الحق المدعى على الميت عليه لان القاضى يلى عليهم فصار كالأب والأب أن نصب عليهم وصياً كذلك هذا ولان ولاية القاضى أبسط من ولاية الوصى والوصى أن يقيم غيره مقامه كذلك للقاضى أن ينصب لهم وصياً ثم اذا دفع المال الى الغريم استخلفه القاضى بالله ما قبض هذا المال الذي ثبت له ولا شيئاً منه من فلان بن فلان ولا من أحد اداء اليه ولا قبض له قابض بأمره ولا أبرأه منه ولا عن شيء منه ولا حط

عنه من ذلك شيئاً ولا احتمال به ولا بشئ منه على أحد ولا حال بذلك ولا بشئ منه على فلان الميت ولا بشئ منه على فلان الميت فاذا حلف دفع اليه المال لان الحلف يجب لتسليم المال فوجب أن يستحلفهم وكذلك السبيل فيما يدعى في يد الميت من ضيعة أو عقار اه قال قاضيان آخر كتاب (٢٩٤) الوصية قال أصحابنا ان الرجل اذا ادعى ديناً على الميت وأبنته بالبينه فان القاضي

يحلفه بالله ما استوفيت منه شيئاً ولا أبرأته يحلفه على هذا الوجه نظر للميت والوارث الصغير وكل من عجز عن النظر بنفسه لنفسه اه فقله نظراً للميت الخ يفيد أن التحليف واجب والله الموفق اه (قوله والا يحصل للحالف الثواب) سيأتي عند قوله في المتن ولا يستحلف في نكاح الخ أن اليمين الصادقة فيها الثواب اه (قوله وقال أيضاً اذا أقام المدعي الخ) قال الاتقاني وعند الشافعي يقضى بين المدعي في موضعين وهو مذهب مالك وأجدواهل الجواز جميعاً أحدهما اذا أبى المدعي عليه عن الحلف يحلف المدعي فان حلف يقضى عليه بما ادعى وان أبى عن المنازعة والثاني اذا أقام المدعي شاهداً واحداً ولم يكن له شاهد آخر وحلف قضى له وعندنا لا يقضى بين المدعي أصلاً في الفصل الاول يقضى بشكول المدعي عليه وفي الفصل الثاني يحلف المدعي عليه فان شك يقضى به اه (قوله في المتن ولا يئنه لدى اليد في الملك المطلق) أراد بالملك المطلق

فيه خفاء وكذا في الشهادة وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (فان صححت الدعوى سأل المدعي عليه عنها) أي عن الدعوى ليستكشف له وجه القضاء ان ثبت حقه لان القضاء بالبينه يخالف القضاء بالاقرار وهذا لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضاء واطلاق اسم القضاء فيه مجاز وانما هو أمر بالخروج عما رزقه بالاقرار بخلاف البينة فانها ليست بحجة الا اذا اتصل بها القضاء فيسقط احتمال الكذب بالقضاء في حق العمل فيصير حجة يجب العمل به كسائر الحجج الشرعية قال رحمه الله (فان أقر أو أنكر فبرهن المدعي قضى عليه) لوجود الحجة الملزمة للقضاء قال رحمه الله (والاحلف بطلبه) أي وان لم يكن للمدعي بينة حلف المدعي عليه اذا طلب المدعي عينه لانه عليه الصلاة والسلام قال للمدعي ألك بينة قال لا فقال عليه الصلاة والسلام لا يمينه فقال يحلف ولا يميني فقال عليه الصلاة والسلام ليس لك الا هذا شاهد أو عينه فصار اليمين حقاله لضافته اليه بلام التملك وانما صار حقاله لان المنكر قصد انواء حقه على زعمه بالانكار فكأنه الشارح من انواء نفسه باليمين الكاذبة وهي الغوس ان كان كاذباً كما يزعم وهو أعظم من انواء المال والايحصل للعالف الثواب بذكر اسم الله تعالى وهو صادق على وجهه التظيم قال رحمه الله (ولا تردعين على مدع) لقوله عليه الصلاة والسلام لو أعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأمواهم لكن اليمين على المدعي عليه رواه مسلم وأحمد جعل جنس اليمين على المنكر لان الالف واللام للاستغراق وليس وراءه شيء آخر حتى يكون على المدعي ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام لا تئنه من قريش ولقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر قسم بينهما والقسم تنافي الشركة وفيه الالف واللام أيضاً تدل على ما تقدم فيفيد استغراق البينة واليمين ولهذا لا تقبل بينة غدي اليد ولا يقال انما يصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ذكرتم أن لو كان المنكر هو المدعي عليه والخارج هو المدعي وليس كذلك بل كل واحد منهما ممتنع ومنكر لانه يقول هو ولي ويقول لصاحبه هو ليس لك لاننا نقول المعتبر فيه المقصود ومقصود الخارج اثبات الملك لنفسه والتفي يدخل ضمناً وتعماً ومقصود ذي اليد فيه وهذا يقول الخارج أول ما ينطق هو ولي ويقول ذو اليد ليس لك فالاول هو المعتبر فسمي كل واحد منهما بأول ما يصدر منه ما اعتبار المقصود دون الضمني وقال الشافعي رحمه الله اذا لم يكن للمدعي بينة يحلف المدعي عليه فاذا انكسر رد اليمين على المدعي فان حلف قضى له وان شك لا يقضى له لان الظاهر صار شاهداً للمدعي بشكوله فتعتبر عينه كالمدعي عليه لما كان الظاهر شاهداً له اعتبر عينه وقال أيضاً اذا أقام المدعي شاهداً واحداً وعجز عن الآخر يحلف المدعي ويقضى له الماروي أنه عليه الصلاة والسلام قضى للماروي أنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد وعين ويروي أنه عليه الصلاة والسلام قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما رويناه وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما رويناه ولا نهى رويه ربيعة عن سهيل بن أبي صالح وأتكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوي فضلاً أن يكون معارضاً للشاهدين ولا نهى يحتمل أن يكون معناه قضى نأرة بشاهد يعني بحجته وتارة يبين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغل والمراد على التعاقب ولئن سلم انه يقضى الجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعي بل يجوز أن يكون المراد به عين المدعي عليه ونحن نقول به لان الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع الى عين المنكر عملاً بالشاهدين قال رحمه الله (ولا يئنه لدى اليد في الملك المطلق وبينه الخارج أحق) أي لا تقبل بينة ذي اليد في الملك

أن يدعي الملك من غير أن يدعي السبب بان يقول هذا ملكي ولم يقل هذا ملكي بسبب الشراء أو الارث أو نحوه ذلك وهذا المطلق لان المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات وجه قول الشافعي أن الخارج وذا اليد تساوي في البينة وانفرد ذو اليد باليد فكان أولى اه اتقاني وكتب ما نصه قال الاتقاني ثم يستوي الجواب بين أن يكون الخارج مسلماً أو ذمياً أو مستأثراً أو عبداً أو امرأة أو رجلاً والمدعي قبله كذلك والمدعي به أي مال كان لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر اه

(قوله وان اقام ينة فيينة الخارج أولى) قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وقال زفر والشافعي بأن ينة ذي اليد أولى وقول مالك كقول الشافعي كذا في التفریع وقول أحدین محمد بن حنبل كقولنا كذا في (٣٩٥) الخرق اه اتقانی (قوله لان اليد

لا تدل على هذه الاشياء)

أى كالاتل البدل على النتاج

فكانت ينة ذي اليد أولى

لانها قامت على غير ما دلت

عليه البدل فترجحت بالبدل

اه اتقانی (قوله في المتن

وقضى ان نكل) قال الامام

علاء الدين العالم في طريقة

الخلاف قال علماؤنا رضى

الله عنهم النكول حجة

يقضى بها في باب الاموال

اه (قوله ويجوز أن تكون

اللام في قوله وقضى لمعنى

على) وعلى هذا فيكون

الضمير البارز في قوله له

والضمير المستتر في قوله نكل

راجعين للمدعى عليه وعلى

الاول فضميره راجع للمدعى

وضمير نكل راجع للمدعى

عليه اه (قوله أولا لاجل

التورع عن اليمين) قال

الاتقانی ولان النكول عن

اليمين يحتمل التورع عن اليمين

الصادقة والتورع عن اليمين

الفاجرة والتورع لاشتباه

الامر والمحمل لا يصلح حجة

اه (قوله كما فعل عثمان

رضي الله عنه) أى حين

ادعى عليه المقداد ما لا عند

عمر رضي الله عنهم أجمعين

اه (قوله ولنا إجماع الصحابة

رضي الله عنهم) قال الاتقانی

ولنا إجماع الصحابة على

القضاء بالنكول فان شيخ

الاسلام أبا بكر المدعو

المطلق وان اقام ينة فيينة الخارج أولى وقال الشافعي رحمه الله ينة ذي اليد أولى من ينة الخارج
لأن كدها بالبدل فصار كذا اقاما البينة على النتاج أو على نكاح امرأة والمرأة في يد أحدهم اقامته يكون
أولى ولو ادعى أمة وادعى كل واحد منهم ما أنها أمته وبرها وأعنتها وأواسست ولدها وأقاما ينة كان ينة
صاحب اليد أولى ولنا أن البينات شرعت للاثبات لأنها وان كانت في الحقيقة معينة مظهرة لتكتم أخذت
حكم الاثبات لما أتى بالأعلام لثبته اذ الأحكام تثبت بأسمائها فصارت كالعلل الشرعية فانها أمارات في حق
الشارع وفي حقنا لحكم الاثبات ولهذا وجب الضمان على الشهود وعند الرجوع لان الحكم بحال
الى شهادتهم ايجابا واذا كان كذلك كان ينة أكثر اثباتا لانه ينة يستحق على ذي اليد الملك
الثابت بظاهر يده وذو اليد لا يستحق على الخارج ينة شيئا لانه لا ملك للخارج قبل القضاء بوجه ما
وقدر ما أثبتته ينة صاحب اليد كان ثابتا بظاهر يده الا ترى أن من رأى شيئا في يد انسان جازله أن يشهد
بأنه له واذا نازعه أحد في الملك بغير ينة دفع القاضي عنه ولم تثبت ينة شيئا لم يكن وأما ينة الخارج فانها
أثبتت شيئا لم يكن ثابتا له فكانت أولى اذ البينات للاثبات بخلاف مسئلة النتاج فان ينة صاحب البدل
متضمنة لدفع ينة الخارج لانهم اتفقوا على أولية الملك وأولية الملك لا تثبت الا لأحدهم ما فاذا قدرنا ثبوتها
لصاحب اليد كانت ينة متضمنة لدفع ينة الخارج فوجدنا التعارض بين البينتين فترجحت ينة صاحب
اليد بالبدل وفي الملك المطلق لم يوجد التعارض لان ينة الخارج لم تثبت الملك قبل القضاء حتى تعارضها ينة
ذو اليد بالدفع والترجيح انما يكون عند التعارض ويتصور فيه أيضا أن يثبت الملك بهما على التعاقب
فلم يكن في ينة ما يدفع ينة الخارج فلا تقبل وبخلاف التدبير والاتفاق والاستيلاء لان اليد لا تدل
على هذه الاشياء فكان كل واحد من البينتين مثبتا فتعارضتا فترجح ينة صاحب اليد بالبدل وبخلاف
دعوى النكاح لانهم ادعوى سبب الملك أيضا فصارت كالنتاج في جميع ما ذكرنا وكلا من ادعى الملك
المطلق لافي الملك بسبب لان فيه ذا اليد أولى بالاتفاق اذا كان سببا لا يتكرر في الملك على ما يحكي بيانه
في موضعه ولا يقال انه لم يذ كر اسبب الملك بان ادعى كل واحد منهم ما أنها امرأة ولم يذ كر السبب
كان الحكم كذلك فبطل ما ذكرتم لاننا نقول السبب فيه متعين اذ لا طريق لهذا الملك الا به فيكون
دعوى الملك فيه دعوى للسبب الا ترى أنهم مالوا ختلفا في ولا شخص وأقاما البينة كانت ينة ذي اليد
أولى لتعين سببه وهو العتق في ملكه ولا كذلك ما نحن فيه ولان الخارج هو المدعى والبينة ينة
المدعى بالنص على ما بينا وجهه من الاستغراق فلا تقبل ينة ذي اليد ما لم يكن مدعى بدعوى السبب
قال رحمه الله (وقضى له ان نكل مرة بلا حلف أو سكت) أى قضى للمدعى ان نكل المدعى عليه مرة
صريحاً بقوله لاأحلف أو دالة بسكوته ويجوز أن تكون اللام في قوله وقضى له بمعنى على أى قضى على
المدعى عليه واللام تأني بمعنى على قال الله تعالى ان أحسنتم أحسنتم لانفسكم وان أسأتم فلها أى فعلها
وقال الشافعي رحمه الله لا يقضى بنكوله بل ترد اليمين على المدعى اذا نكل المدعى عليه فان حلف
يقضى له بالمال وان نكل انقطعت المنازعة بينهما لما روى عن علي رضي الله تعالى عنه انه حلف
المدعى بعد نكول المدعى عليه ولان اليمين انما وجبت في الابتداع على المنكر لكون الظاهر بشهادة
فاذا نكل هو كان الظاهر شاهدا للمدعى فيحلف ولان النكول محتمل يحتمل أن يكون لاجل اشتباه الحال
أولا لاجل التورع عن اليمين الكاذبة أولا لاجل الترفع عن الصادقة كما فعل عثمان رضي الله تعالى عنه فانه
نكل عن اليمين وقال أحاف أن يوافقه قضاء فيقال ان عثمان حلف كذا فلا يكون حجة مع الاحتمال
فلا يقضى به ولنا إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعين وروى عن علي أيضا أنه وافق إجماعهم

بخواهر زاده قال في مبسوطه روى عن عمرو عثمان وعلي وعبد الله بن عمرو وابن عباس وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهم أنهم قضوا
بالنكول روى ذلك عنهم بالفاظ مختلفة ولم يرو عن أقرانهم خلاف ذلك فحل محل الإجماع اه

(قوله ولان النكول الخ) قال الاتقاني ولان النكول وهو الامتناع عن اليمين جعل بذلا على مذهب أبي حنيفة أو اقرارا على مذهب صاحبيه فلو لا ذلك حلف المدعي عليه عملا بالواجب عليه، وحيث لم يقدم على اليمين دل أنه بذل الحق أو اقرارا بذل أو اقرارا واجب على القاضي الحكم بذلك فكذلك اذ النكول لا يقال كيف يعتبر النكول اقرارا وتكرار النكول شرط دون الاقرار لانه قول لا يعتبر التكرار شرطا في النكول على ما ذكر محمد في الاصل ولان سئل أن التكرار شرط على ما ذكره الخصاف فنقول لا يمنع أن يعتبر التكرار في النكول دون الاقرار مع تساويهما في الاستحقاق كالبينة مع الاقرار ولا يقال يقبل الرجوع عن النكول دون الاقرار لانه قول يقبل الرجوع عن الاقرار أيضا في الحدود والواجبة لله تعالى فانه اذا أقر ثم (٢٩٦) رجع يقبل بخلاف الاقرار بحذف القذف والقصاص فان الرجوع عنه لا يصح

فانه روى عن شريح أن المنكر طلب منه رد اليمين على المدعي فقال ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي على رضى الله عنه فقال له على رضى الله تعالى عنه قالون ومعناها بالرومية أصبت وروى عن عمر رضى الله تعالى عنه أن امرأته ادعت عنده على زوجها أنه قال لها جئت على غاربك خلف عمر الزوج بالله ما أردت طلاقا فنكل فقضى عليه بالفرقة وكذا روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه ما وهو مذهب أبي موسى الأشعري ولان النكول دل على كونه باذلا أو مقرا اذ لو لا ذلك لأقدم على اليمين أداء الواجب ودفع الضرر عن نفسه فترجعت هذه الجهة على غيرها من الترفع والتورع والاستباه لان الظاهر أنه يأتي بالواجب فلا يرفع عن الصادقة والظاهر من حال المسلم أنه لا يكذب فلا يكون نكوله تورعا عن الكاذبة ظاهرا باعتبار حاله ولو كان لاستباه الحال لاستعمل حتى يكتشف له الحال فتعين أن يكون لأجل البذل ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما روي أن اليمين على المنكر قال رحمه الله (وعرض اليمين ثلاثا) أي عرض القاضي اليمين على المدعي عليه ثلاث مرات وهو مستحب يقول له في كل مرة اني أعرض عليك اليمين فان حلفت والاقضية عليك بما ادعاه اعلاما للحكم لانه موضع خفاء لا اختلاف العلماء فيه لان الشافعي رحمه الله لا يراه فاذا كرر عليه الانذار والعرض ولم يحلف حكم عليه اذا علم أنه لا آفة به من طرش وخرس وعن أبي يوسف ومحمد رحمه الله تعالى أن التكرار حتم حتى لو قضى القاضي بالنكول مرة لا ينفذ والصحيح أنه ينفذ والعرض ثلاثا مستحب وهو نظير ايهام المردد ثلاثة أيام فانه مستحب فكذلك هذا مبلغه في الانذار ولا بد أن يكون النكول في مجلس القاضي لان الاعتبارين قاطع للخصومة ولا معتبر باليمين عند غيره في حق الخصومة فلا يعتبر وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعي عليه فالمدعي على دعواه ولا يطل حقه بيمينه الا أنه ليس له أن يخاصمه ما لم يقيم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة أقامها عليه وقضى له به وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون يترج جانب صدقه باليمين فلا تقبل بيته المدعي بعد ذلك كما يترج جانب صدق المدعي بالبينة حتى لا يعتبر عين المنكر معها وهذا القول مهجور وغير مأخوذ به وليس بشيء أصلا لان عمر رضى الله تعالى عنه قبل البينة من المدعي بعد عين المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة وهل يظهر كذب المنكر بأقامة البينة والصواب أنه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يثبت في يمينه ان كان لفلان على فلان ألف فادعى عليه فأنكر فحلف ثم أقام المدعي البينة ان له عليه ألفا وقيل عند أبي يوسف يظهر كذبه وعنده محمد لا يظهر وفي النهاية لو اطلعت على أن المدعي لو حلف فالمدعي عليه ضامن للمال وحلف فالصالح باطل ولا شيء على المدعي عليه قال رحمه الله (ولا يستحلف في نكاح ورجعة وفي واستبدال دورق ونسب

لنعملى حق العبد اه) قوله باذلا) أي حق المدعي عند أبي حنيفة اه) (قوله أو مقرا) أي بحق المدعي عندهما اه) (قوله لما روي بنان أن اليمين على المنكر) بيانه أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل اليمين على المنكر أقدم العهد فن قال بردها على المدعي كان ذلك منه ردا لحكم الحديث وهو فاسد اه) انتقاني (قوله حكم عليه اذا علم الخ) اعلم أن الروايات اختلفت فيما اذا سكنت المدعي عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل أحلف فقال بعض أصحابنا اذا سكنت سأل القاضي عنه هل به خرس أو طرش فان قالوا الاجعله نا كلا وقضى عليه ومنهم من قال يجبس حتى يجيب والاول هو الصحيح كذا في شرح الاقطع والخرس آفة باللسان تمنع الكلام أصلا ويقال طرش بطرش طرشا من باب علم أي صار أطروشا وهو الاصم اه) انتقاني

وكتب ما نصه قال في خلاصة الفتاوى في الفصل السابع من كتاب القضاء ما نصه وفي الاضية رجل ادعى على آخر وولاه ما لا فزيمه السكوت فلم يجب أصلا بدو خدمته كقيل ثم يسأل جيرانه عسى به آفة في لسانه أو سمعه فان أخبروا أنه لا آفة به يحضر مجلس الحكم فان سكنت ولم يجب ينزل منزلة منكر قال الامام السرخسي هذا قولهما ما عند أبي يوسف فيجبس حتى يجيب اه) (قوله وعنده محمد رحمه الله لا يظهر) قال في الدراية والفتوى في دعوى الدين ان ادعاه من غير سبب فحلف ثم أقام بيته يظهر كذبه وان ادعى الدين بسبب وحلف ثم أقام المدعي بيته على السبب لا يظهر كذبه بل هو اقراره بوجده الفرض ثم وجده الاقرار والايفاء كذا في الفصول اه) (قوله في المتن ولا يستحلف الى قوله وولاه) قال صدر الشريعة اعلم ان في هذه الصور لا يستحلف عند أبي حنيفة وعندهما يستحلف وصورتهما

ادعى الرجل النكاح وأنكرت المرأة أو بالعكس أو ادعى الرجل بغير الطلاق وانقضاء العدة الرجعة في العدة وأنكرت المرأة أو بالعكس أو ادعى الرجل بعد انقضاء مدة الإيلاء التي في المدة وأنكرت المرأة (٢٩٧) أو بالعكس أو ادعى الرجل على مجهول

النسب أنه عبده أو ولده

وأنكر المجهول أو بالعكس

أو اختصما في ولاء العتاقة

أو ولاء المولاة على هذا

الوجه أو ادعت الأمانة على

مولاها أم أو ولدته منه ولدا

أو ادعاهما وقد مات الولد

ولا يجري في هذه المسئلة

العكس لأن المولى إذا ادعى

ذلك نصير أم ولد باقراره ولا

اعتبار بانكار الأمه اه

(قوله في المتن وحدوا لعان)

كما إذا ادعى على آخر أنك

قد فتني بالزنا وعليك الحد

لا يستخلف بالاجماع وكذا

إذا ادعت المرأة على الزوج

أنك قد فتني بالزنا وعليك

العان اه صدر الشريعة

سيأتي عند قوله في المتن

ويستخلف السارق الخ

حاشية نافعة هنا فراجعها

وأنه الموفق (قوله قال

القاضي الامام فخر الدين)

المراد به قاضيان كذا في

شرح الجمع وغيرهما اه

(قوله يستخلف المنكر في

الاشياء الستة) النسب

والاستيلاء شئ واحد فلذا

قال في الاشياء الستة اه

لكن الشارح بعد قوله في

الشرح ومعنى البذل الخ

قال بخلاف الاشياء السبعة

(قوله ولا يجوز بذله) إذا البذل

انما يكون في الاعيان اه

وولاء وحدوا لعان وقال القاضي الامام فخر الدين (رحمه الله تعالى) (الفتوى على أنه يستخلف المنكر في الاشياء الستة) يعني في هذه الاشياء التي عدّها سوى الحد والعان وهو قولهما والاول قول أبي حنيفة رحمه الله لهما أن هذه حقوق ثبتت مع الشبهات فيجري فيها الاستخلاف كالاموال بخلاف الحدود والعان وهذا لأن فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول اقرار لان اليمين واجب فتركه دليل على أنه باذل أو مقر ولا يمكن أن يجعل باذلا لأنه يجوز من لا يجوز البذل منه كالمكاتب والعبد المأذون له في التجارة وكذا يجوز في الدين ولا يجوز بذله ويجب على القاضي أن يقضي بالنكول ويصح إيجابه في الذمة ابتداء ولو كان بذلا لم يصح ولا وجب وكذا يجب القصاص به فيمادون النفس ويصح في الشائع فيما يقسم ولو كان بذلا لم يصح ولا وجب فتعين أن يكون مقرا والافرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة البذل فلا يثبت به ما يسقط بالشبهات كالحدود والعان ألا ترى أن ما لا يثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي إلى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال ما فيها من الشبهات وهذا لأن نكوله يدل على أنه كاذب في الانكار ولو لا ذلك لما نكل لان اليمين الصادقة فيها الثواب بذكر الله تعالى على وجه التعظيم وصيانة ماله وعرضه بدفع تهمة الكذب عن نفسه والعاقيل يعمل الى مثل هذه واليمين الكاذبة فيها هلاك النفس فالظاهر أنه أعرض عنها مخافة الهلاك ومخافة لهواه وشحن نفسه وإثارة الرجوع الى الحق اذ هو اول من التماس على الباطل قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون فيكون اقرارا ضروري ولا يخيّف رحمه الله أنه بذل وإباحة وهذا الحقوق لا يجري فيها البذل والإباحة فلا يقضى بها بالنكول كالقصاص في النفس والحدود والعان وفي حله على البذل صيانة تعرضه عن الكذب فكان أولى ولهذا لا يجوز الا في مجلس القاضي وقضائه ولو كان اقرارا الجازم لم يبدون القضاء وكذا لو كفل رجل لرجل بما يقره به فلان فادعى المكفول له على فلان ديناً فاستخلفه فنكل لا يجب على الكفيل شئ ولو كان اقرارا لوجب عليه وكذا لو اشترى نصف عبد ثم اشترى نصفه الباقي فوجده عيبا فخاضه في النصف الاول فاستخلفه فنكل فقتل عليه بالرّد ثم أراد أن يرّد النصف الآخر محتاج الى خصومة واستخلف جديداً أنكر ولو كان اقرارا لما استخلف ثانياً بل كان يلزمه كله بالنكول الاول ولا نسلم أن اليمين واجبة مع البذل فلا يكون تاركها واجب به وهذا لان اليمين تجب عليه إذا طلب تخليفه لنتهي به الخصومة ومع البذل لا خصومة ولا طلب فلا تجب وانما جاز من المكاتب والعبد والصبي المأذون لهما لان فيه ضرورة فيدخل تحت الاذن في التجارة كما تدخل الضيافة البسيطة والهدية البسيطة للضرورة اذ لا بد للتجار من ذلك وانما جاز في الدين بناء على دعوى المدعى ومعنى البذل ترك المنع وترك المنع جائز في المال لان أمر المال بين بخلاف الاشياء السبعة وانما وجب على القاضي أن يقضي بالنكول بحكم الشرع لما أن المدعى كان له الشئ المدعى ظاهراً وأبطل المنكر بالتزاع والشرع أبطل نزاعه الى اليمين فاذا امتنع اليمين عاد الاصل بحكم الشرع وانما صح إيجابه في الذمة ابتداء بناء على زعم المدعى أنه محق وأن معنى البذل ترك المنع وإن كان بذلا حقيقة فالمال يجب فيه في الذمة ابتداء كالسكك في الحوالة وانما وجب القصاص به فيمادون النفس لان مادون النفس بملك به ممتلك الاموال فيجوز بذله اذا كان مفيداً ألا ترى أنه يجوز له قطع يده المتأكلة للفائدة فكذا يجوز بذله لدفع اليمين عن نفسه وأي فائدة أعظم منه ولهذا نكل عثمان رضي الله عنه عن الصادقة على ما يتأفها هو الجواب عن قولهم في اليمين صيانة ماله وعرضه الى آخره وانما يجوز في مشاع يحتمل القسمة لأنه ليس ببذل صريح وانما صار

(٣٨ - زيلعي رابع) (قوله ولا يخيّف رحمه الله) أي النكول اه (قوله ولا يقضى فيها) الذي بخط الشارح فلا يقضى بها بالنكول

اه (قوله وانما جاز) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره لو كان بذلا لما ملكه المكاتب وأخوه لان فيه معنى التبرع وهم لا يملكونه

فأجاب بما ذكر من أنه من ضرورة التجارة اه (قوله عن قولهم) كذا بخط الشارح وصوابه عن قولهما اه

(قوله والمولى) لان المولى اذ ادعى الاستبلاذ ثبت باقراره ولا يلتفت الى انكارها اه (قوله واختار نحر الاسلام على البرزوى قولهما للفتوى) قال السكاكي وفي جامع قاضيان والوانعات والفصول الفتوى على قولهما اه (قوله على ما ذكره في المختصر) لم يذكر فيه البرزوى وانما ذكر القاضى الامام نحر الدين ومراده قاضيان فانه ذكر ذلك في شرح الجامع اه وكتب على قوله المختصر هو من السكت اه (قوله فادعى العبد انه قد زنى الخ) ينبغي ان يقول العبد في دعواه انه قد اتى ما علق عليه عتقى ولا يقول انه قد زنى كي لا يصير فادعاه مولا اه (قوله ثم اذالم يحلف المنكر في النسب الخ) قال في الهداية وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان ثبت باقراره قال الاتقاني يعنى ثبت الاستحلاف عند أبي يوسف ومحمد في النسب المجرد بدون دعوى حق آخر ولكن يشترط أن ثبت النسب باقرار المقر أما اذا كان بحيث لا يثبت النسب باقرار المقر فلا يجزى الاستحلاف في النسب المجرد عندهما أيضا بيانه أن اقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقرار بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ولا يصح اقراره بما سواهم ويصح اقرار المرأة بأربعة بالوالدين والزوج والمولى ولا يصح بالولد ومن سوى هؤلاء لان فيه تحميل النسب على الغير الا اذا صدقها الزوج في اقرارها بالولد أو تشهد بولادة الولد (٢٩٨) فانه قال شيخ الاسلام المعروف بنحو اهرزاده في مبسوطه في باب الاستحلاف

في الادعاء الاصل في هذا الباب أن المدعى قبله النسب اذا أنكره هل يستحلف ان كان بحيث لو أقرب به لايصح اقراره عليه فانه لا يستحلف عندهم جميعا لان اليمين لا يفيد فان فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بذلا أو اقرارا في قضى عليه فاذا كان لا يقضى عليه لو أقرب فانه لا يستحلف عندهم جميعا وان كان المدعى قبله بحيث لو أقرب به لزمه ما أقرب به فاذا أنكره هل يستحلف على ذلك فالمسئلة على الاختلاف عند أبي حنيفة لا يستحلف وعند أبي يوسف ومحمد يستحلف

بذلا في المعنى على معنى أنه ترك منع وان المدعى يأخذه محققا فلا يمنع بالشروع ثم الدعوى في هذه المسائل تتصور من أحد الخصمين أيهما كان الا الحد واللعان والاستبلاذ فانه لا يتصور أن يكون المدعى فيها الا المفسد والمولى واختار نحر الاسلام على البرزوى قولهما للفتوى على ما ذكره في المختصر واختيار المتأخرين من مشايخنا على أن القاضي ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا بحلفه أخذ بما يقوله ما وان رآه مظلوما لا يحلفه أخذ بما يقول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه وهو نظير ما اختاره شمس الأئمة في التوكيد بالخصومة بغير رضا الخصم ان رأى من الخصم التعنت وقصد الاضرار بالآخر قبل بغير رضاهم والا فلا وذكر الصدر الشهد بدرجة الله أن الحدود لا يستحلف فيها بالاجماع الا اذا تضمن حقا بأن علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنت فانت حر فادعى العبد انه قد زنى ولا ينفذه عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا ثم اذالم يحلف المنكر في النسب عندهم هل تقبل بينة المدعى يتظر فان كان نسبيا ثبت بالاقرار تقبل بينته وذلك مثل الولد والنوال وان لم يثبت باقراره لا تقبل بينته مثل الجد وولد الولد والاعمام والاخوة وأولادهم لان فيه حمل النسب على الغير بخلاف دعوى المولى الاعلى أو الاسفل حيث تقبل وان ادعى أنه معتق حدهم ونحو ذلك والفرق بينهم أن النسب لا يثبت فيهم الا بواسطة فيكون فيه تحميل على الواسطة أما الولاء فلا يثبت بواسطة بل يجعل في الحكم كأنه هو المعتق ولهذا لا يرث النساء الولاء ولو كان بواسطة ثبت لهن وكذا يكون الولاء للكبير ولو كان بطريق الارث لما كان له كافي المال وكذا لو أعتق عبدا ثم مات المولى عن اثنين ثم مات الابن أحدهما عن ابن واحد والاخر عن عشرة ثم مات المعتق فان ماله يقسم بينهم على أحد عشر سهما يجعل كأنهم أعتقوه ولو كان بطريق الارث لكان لابن الواحد النصف وللعشرة النصف نصيب أبيهم وعندهما يثبت بالنكول اذا

فان حلف برئ عن الدعوى وان نكل عن اليمين لزمه الدعوى فعلى هذا الاصل يخرج مسائل الباب الى هنا لفظ خواهر زاده وقال أيضا ثم جمع ما ذكرناه أنه لا عين في النسب اذا وقع الدعوى في مجرد النسب فاما اذا وقع في النسب والميراث والنفقة وأنكر المدعى قبله فانه يستحلف عند أبي حنيفة للمال لا للنسب يستحلف بالله ماله في ذلك المال الذي يدعى حق وعندهما يستحلف للنسب والمال جميعا وهذا لان الدعوى وقع في النسب والمال جميعا والمال مما يجزى فيه الاستحلاف عندهم جميعا فيستحلف للمال وان كان لا يستحلف للنسب عند أبي حنيفة وكان الجواب فيه عند أبي حنيفة كالجواب في السرقة عند الكل اذا أنكر السارق فانه يستحلف للمال بالله ماله قبل ذلك ضمان هذا المال وان كان لا يستحلف للقطع لان الدعوى وقع في الحد والمال جميعا فيستحلف للمال وان كان لا يستحلف للقطع فكذلك هذا اه (قوله وكذا يكون الولاء للكبير) قال في المصباح والولد للكبير بالضم أي لمن هو أقرب بالنسب وأقرب اه وفي المغرب وقولهم الولاء للكبير أي لا كبير أولاد المعتق والمراد أقربهم نسبا لا أكبرهم سنا يقال هو كبير القوم أي أقدمهم في النسب وأقربهم الى الجد الا كبير وفي الحديث وهو أن يموت الرجل ويترك ابنا وابن ابن فالولاء لابن دون ابن الابن اه

(قوله في المتن ويستخلف السارق الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير في كتاب القضاء وصورته انه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه قال لا عين في حد الا (١) لو ادعى على رجل سرقة استخلفه فان أئى أن يحلف ضمنه السرقة قال القدوري في شرح كتاب الاستخلاف قال أبو حنيفة رضي الله عنه لا يستخلف في شيء من الحدود ولا في الزنا ولا في السرقة ولا القذف ولا شرب الخمر ولا السكر الا ان طالب المسروق منه بضمان المال استخلفه فان نكل عن اليمين ضمنه المال ولم يقطعه وذلك لان الدعوى تتضمن أمرين الضمان والقطع والضمان يستوفى بالنكول أو اقرار فيه شبهة وكل ذلك لا يصلح حجة في الحدود ولا ان الاستخلاف لا يستخرج الحقوق على وجه المبالغة والحدود يحتمل لدفعها فلا تكاف لاستخراجها فلا يشترع اليمين فيها الا في السرقة لان المقصود هو المال فيستخلف فيها ويقضى بالمال عند النكول كما يقضى بها بشهادة رجل وامرأتين في المال دون القطع اه اتقاني (قوله في المتن والزواج اذا ادعت المرأة طلاقا قبل الوطء) قال صدر الشريعة لانه يحلف في الطلاق اجماعا اه (قوله في المتن فان نكل ضمن نصف المهر) أى في قولهم جميعا وهذه من مسائل الجامع الصغير كرها فيه في كتاب القضاء وذلك لان المقصود من (٢٩٩) هذه الدعوى هو المال وهو نصف المهر لا الزواج والاستخلاف

يجرى في المال اه غاية (قوله وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق) يعنى اذا كان مع النكاح دعوى المال يجرى الاستخلاف بالاتفاق لان المقصود هو المال ثم بالنكول يثبت المال ولا يثبت النكاح لان البذل يجرى في الاول دون الثاني اه اتقاني (قوله وكذا يستخلف في النسب الخ) يعنى اذا ادعى في النسب حقا آخر سوى النسب كالمسائل المذكورة يستخلف بالاتفاق وان كان لا يستخلف عند أبي حنيفة في دعوى النسب المجرد اه

كان نسباً يثبت بأقراره والا فلا قال رحمه الله (ويستخلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع) لان موجب فعله شبهة الضمان وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول فصار نظيره اذا ثبتت سرقة بشهادة رجل وامرأتين أو بالشهادة على الشهادة أو بكتاب القاضي الى القاضي فان ضمان المال يجب به ادون القطع ويقول في الاستخلاف بالله ماله عليه هذا المال وعن محمد رحمه الله ان القاضي يقول للمدعى ماذا تريد فان قال أريد ان يقطع قال له ان الحدود لا يستخلف فيها فليس للمدعى ان يدين المال قال له دع دعوى السرقة وادع المال قال رحمه الله (والزواج اذا ادعت المرأة طلاقا قبل الوطء فان نكل ضمن نصف المهر) أى يستخلف الزوج اذا ادعت المرأة ذلك وهذا بالاجماع لان الاستخلاف يجرى في المال بالاتفاق لاسيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق أو النفقة لانه دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا يستخلف في النسب اذا ادعى حقا كالارث والخبر والنفقة والعتيق بسبب الملك وامتناع الرجوع في الهبة فان نكل ثبت الحق ولا يثبت النسب ان كان نسباً لا يصح الاقرار به وان كان بصح الاقرار به فعلى الخلاف الذي ذكرنا قال رحمه الله (وجاحد القود فان نكل في النفس حبس حتى يقر أو يحلف وفيما دونه يقتص) أى يستخلف جاحد القصاص فان نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر ولا يقتص منه وفيما دون النفس يقتص منه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجب عليه الارش قيمه لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما لان في امتناعه عن اليمين احتمال لا يحتمل لاجل الترفع على ما بينا فلا تجب به العقوبة كالحدود فاذا امتنع وجوب القصاص يجب عليه الارش بخلاف ما اذا أقام على ذلك رجلا وامرأتين حيث لا يقضى فيه بشيء وكذا بالشهادة على الشهادة لا يقضى بشيء لان

اتقاني (قوله كالارث) بان ادعى على شخص أنه أخوه لا بيه وان أباه مات وترك مالا في يد المدعى عليه فانه يستخلف على النسب بالاتفاق فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال دون النسب اه (قوله والخبر) بان القطر رجل صبي لا يعبر عن نفسه فادعت امرأته أنه أخوها تريد قصر يد الملتقط وأخذته بالحضانة وأنكر الملتقط ذلك فان نكل ثبت لها حق نقل الصبي الى حجرها ولا يثبت النسب اه (قوله والنفقة) أى اذا قال المدعى وهو زمن أنه أخو المدعى عليه فافرض في النفقة وأنكر المدعى عليه أن يكون هذا أخاه فانه يستخلف على النسب فان حلف برئ وان نكل يقضى بالنفقة دون النسب اه (قوله وامتناع الرجوع في الهبة) صورته ما اذا أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له أنا أخوك فانكر الواهب فانه يستخلف فان نكل ثبت الامتناع ولم يثبت الاخوة اه اتقاني (قوله في المتن وجاحد القود) قال الاتقاني وهذا في دعوى القتل على واحد من غير أهل المحلة وفيه يبرأ باليمين الواحدة ولا يجب شيء آخر بعد ذلك فاما اذا كان دعوى القتل على أهل المحلة أو على بعضهم ففيه القسامة والدية جميعا وسيجيء في باب القسامة من كتاب الدييات علم البيان ثم اعلم أنه اذا ادعى القصاص في النفس أو في الطرف يستخلف بالاتفاق فان حلف برئ وان نكل يقتص في الطرف ولا يقضى بشيء في النفس ولكن يحبس حتى يقر أو يحلف أو يموت جوعا وعندهما يقضى بالمال في النفس والطرف جميعا اه (قوله يستخلف جاحد القصاص) أى بالاجماع اه

(قوله ولا يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بامرهم) أى لأنه لا يباح لعدم الفائدة بغنى اذا قطع يدين قال اقطع يدى لا يجب الضمان ولكن لا يباح القطع لعدم الفائدة كما اذا قال لغيره اخرق ثوبى أو تلف ما لى لا يباح له لعدم الفائدة اه اتقانى (قوله فى المتن وقيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) (٣٠٠) أى اذا كان المطلوب من أهل المصر وهذا هو مراد المصنف رحمه الله يدل عليه

قوله بعد ولو كان غريبا الخ
 اه (قوله وفيه) أى فى
 اعطاء التكفيل نظر للمدعى
 وهذا هو وجه الاستحسان
 اه (قوله ولا فرق فى الظاهر)
 أى فى ظاهر الرواية اه
 (قوله والخطير) لان اعطاء
 التكفيل لما كان مستحقا
 عليه لا يقع الفرق بينهما
 اذا كان معروفا أو لم يكن
 أو كان المال خطيرا أو حقيرا
 كاليمين اه اتقانى (قوله
 فى المتن فان أبى لازمه) قال
 فى الفتاوى الصغرى فى
 مسائل العدوى المدعى اذا
 طلب من القاضى أن يأخذ
 من المدعى عليه كفيلا
 وأبى المدعى عليه اعطاء
 التكفيل فالقاضى يأمر
 المدعى بلامزمته ثم قال
 وتفسير الملازمة (١)
 (قوله فى المتن ولو كان غريبا
 الخ) قال الاتقانى وأما اذا
 كان المطلوب غريبا لا يجب
 على اعطاء التكفيل ولكن
 ان أعطى كفيلا بنفسه
 مختارا يقبل ذلك منه وان
 لم يعط لا يجبر على ذلك وذلك
 لان التكفيل ينعى من
 السفر والذهاب ^م فرع
 ذكر فى الوقعات الحسامية
 فى كتاب أدب القاضى فى
 الباب المعلى بعلامة الواو

القصاص سقط فيه لمعنى من جهة من له فلا يجب شئ وفى النكول لمعنى من جهة من عليه فيصار الى
 الارش ونظيره اذا أقر بالقتل خطأ والى يدى العمد يجب الدية وبالعكس لا يجب شئ بخلاف الضمان
 فى السرقة حيث يجب شهادة رجل وامرأتين وأمثاله كما يجب بالنكول لان المال فيه أصل ثم يعتدى
 الى الحد فاذا قصر يبقى الأصل على حاله وهنا الأصل القصاص ثم يعتدى الى المال اذا وجد شرطه ولا ي
 حنيفة رضى الله تعالى عنه أن الاطراف يسلك بهم مسلك الاموال حتى أبيع قطعها للحاجة ولا يجب على
 القاطع الضمان اذا قطعها بامرهم بخلاف النفس فانه لو قتله بامرهم يجب عليه القصاص فى رواية والدية فى
 أخرى فاذا سلك بهم مسلك الاموال يجزى فيها البذل كالاموال لأنه لا يجوز قطعها بالفائدة وهذا البذل
 مفيد لقطع الخصومة فصارت كقطع البذل لا كالة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص فى النفس
 واليمين حق مستحق عليه بحبس فيه كفى القسامة قال رحمه الله (ولو قال المدعى لى بيته حاضرة وطلب
 اليمين لم يستخلف) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يستخلف ويجمع أى حنيفة
 فى رواية ومع أبى يوسف فى أخرى وهذا الخلاف فيما اذا كانت حاضرة فى المصر وان كانت خارج المصر
 يخلف بالاجماع وان كانت فى مجلس الحكم لا يخلف بالاجماع لا بى يوسف رحمه الله أن اليمين حقه
 بالحديث الذى روي تأوله غرض صحيح فى الاستخلاف وهو أن يدفع به مؤنة المسافة ويتوصل الى حقه فى
 الحال بأقراره أو نكوله وفى البيعة احتمال فلعلها لا تقبل فيجيبه اذا طلبه كما اذا كانت خارج المصر ولا بى
 حنيفة رحمه الله أن ثبوت الحق فى اليمين مرتب على الجزع عن إقامة البيعة على ما روي ما فلا يكون حقه
 دونه كما اذا كانت البيعة حاضرة فى المجلس بخلاف ما اذا كانت خارج المصر لانه قد يعتذر عليه بالجمع بين
 خصمه وشهوده فيكون عاجزا ولان فى استخلافه مع حضور الشهود هتك المسلم اذا أقام البيعة بعد
 ما حلف فيجب أن يتوقاه قال رحمه الله (وقيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) كيلا يضيع حقه
 بتغيبه نفسه وفيه نظر للمدعى وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لان الحضور واجب عليه اذا طلبه لما
 توفى حتى يعتدى عليه ويشخص الى القاضى ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل بحضوره بمجرد
 الدعوى كاستخلافه بمجرد الدعوى ويجب أن يكون التكفيل ثقة معروفا بين الناس لا يتوهم اختفاؤه
 حتى يحصل به فائدة التكفيل وهذا الاستحسان والقياس أن لا يلزم التكفيل لان الحق لم يجب عليه بعد
 بخلاف ما بعد إقامة البيعة والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبى حنيفة رحمه الله وهو الصحيح وعن أبى
 يوسف رحمه الله أنه مقدر بما بين مجلسى القاضى حتى اذا كان يجلس فى كل يوم يكفل الى اليوم الثانى وان
 كان يجلس فى كل عشرة أيام يوما يكفل الى عشرة أيام ولا فرق فى الظاهر بين الوجبة والخامل وبين الحفيرة
 من المال والخطير وعن محمد رحمه الله أنه ان كان معروفا والظاهر من حاله أنه لا يخفى نفسه بذلك القدر
 من المال لا يجبر على اعطاء التكفيل وكذا لو كان المدعى حقيقا لا يخفى الانسان نفسه لاجله لا يجبر على
 التكفيل لكن اذا أعطى هو باختياره يؤخذ منه وهذا اذا قال لى بيته حاضرة وان قال لى لى بيته أو
 شهودى غيب لا يؤخذ منه كقيل لعدم الفائدة فى التكفيل لان الغائب كالهالك من وجه وليس كل
 غائب آتيا ويمكنه الاستخلاف فى الحال فلا معنى للاشتغال بالتكفيل قال رحمه الله (فان أبى لازمه) أى
 دارمه (حيث سار) أى ان أبى أن يكفل لا يجبره القاضى على التكفيل بل بأمره بلامزمته مدارمة
 التكفيل على القولين حتى لا يغيب قال رحمه الله (ولو) كان (غريبا لازمه مقدار مجلس القاضى) أى الى

اذا شك الرجل فيما يدعى عليه ينبغي أن يرضى خصمه شئ وبصلحه ولا يجبل باليمين احترازا عن الوقوع فى الحرام أن
 وهو اليمين الكاذبة وان أبى الخصم الآن يحلته فان كان أكبر رأيه أنه ليس على الحق وسعه ذلك ونذكر هنا بهذا من مسائل ذكرها

(١) هكذا فى الأصل وكتب فيه الناسخ هنام يكتب

الخصاف في أو آخر كتاب الحيل ان قال كل امرأ على طالق ونوى كل امرأة أتزوجها باليمن أو بالهتد أو بالسند أو في بلد من البلدان له نيته في ذلك ولا يحث وقال ان ابتداء اليمين بالله محتمل ويقول هو الله ويدغم ذلك حتى لا يفهم المستحلف فان قال المستحلف انما أحلفك بما أريد وقل أنت نعم كلفاً وقعت أنا كيف محتمل في ذلك وقد كتب اليمين في كتاب ويريد أن يستحلفه بالله والطلاق والعناق والمشي وصدة ما علك قال نعم وينوي بنعم من النعم أي من الانعام فإذا أجابه بنعم ينوي نعماً من الانعام لم يكن عليه شيء وكذلك ان قال نسألك طوالق ونوى نسأله العور أو العيمان أو العرجان أو الماليك أو الموديات أو النصرانيات ويقصد إلى صفة من تلك الصفات التي ذكرناها وكذلك الماليك وجميع ما علك من نوع من تلك الأنواع التي ذكرناها يقصد بنية إلى ما شرت لك فيكون له نيته ولا يحث وقال ان كان يستحلف على فعل مضى وأراد أن يحلف له أنه لم يفعل كذا وكذا أو أحضر المملوك قال يضع رأسه على رأس المملوك ويظهره ويقول هذا راعي ظهره حر ان كان فعل كذا وكذا ولا يعتق المملوك وان حلف بعق المملوك أنه لم يفعل كذا يعني لم أفعل ذلك الشيء بمكة أو في المسجد الحرام أو في مسجد الرسول صلى الله عليه وسلم أو في بلد من البلدان وينوي ذلك (١٠٣) فلا يحث ان كان مرفعل ذلك الشيء

في غير ذلك الموضع الذي نوى وقصد وان حلف بطلاق امرأته قال يقول امرأتي طالق ثلاثاً وينوي عملاً من الاعمال مثل الخبز والغسل أو طالق من وثاق وينوي بقوله ثلاثاً ثلاث أيام أو ثلاثة أشهر أو ثلاث جمع فلا يكون عليه في ذلك حث قال قلت رأيت سلطاناً بلغه عن رجل كلام فأراد أن يحلف الرجل على ذلك الكلام الذي بلغه فما الوجه فيه قال الوجه فيه أن يقول الرجل الذي استحلف ما الذي بلغك عني فإذا قال بلغني عنك انك قلت كذا وكذا وحكي الكلام فان شاء حلفه بالعتاق والطلاق أنه ما قال هذا الكلام الذي حكاها هذا

أن يقوم من مجلسه لانه يلحقه الضرر بالزيادة على ذلك فلا يراذ عليه ولا ضرر في هذا التقدير طامراً وكذا اذا أخذ منه كفيلاً لا يؤخذ منه الامقدار مجلس الحساكم نأذ كرنا وله أن يطلب التوكيل بخصوصيته حتى لو غاب الاصيل بقيم البيعة على الوكيل فيقضى عليه وان أعطاه وكيلاً فله أن يطالب بالكفيل بنفس الوكيل وان أعطاه كفيلاً بنفس الوكيل فله أن يطالبه بالكفيل بنفس الاصيل ان كان المدعي ديناً لان الدين يستوفي من ذمة الاصيل دون الوكيل ولو أخذ كفيلاً بالمال فله أن يطالب كفيلاً بنفس الاصيل لان المقصود الاستيفاء وقد يكون من الاصيل أيسر وان كان المدعي منقولاً فله أن يطالبه مع ذلك كفيلاً بالعين ليحضرها ولا يغيبها المدعي عليه وان كان المدعي عقاراً لا يحتاج الى ذلك لانه لا يقبل التغيب قال رحمه الله (واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعناق الا اذا ألح الخصم) لمساروي ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام سمع عمرو بن محلف بأبيه فقال ان الله تعالى فيها كم أن تحلفوا بأبائكم فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت رواء البخاري ومسلم وأحمد وفي لفظ قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان حالفاً فليحلف الابانة أو ليصمت وكانت قریش تحلف بأبائهم فقال لا تحلفوا بأبائكم رواء أحمد ومسلم والنسائي وعن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا بالابانة ولا تحلفوا الا وأنتم صادقون رواء النسائي وهذا الحديث باطلاً فعنع الحلف بالطلاق والعناق وقال بعضهم يسوغ للقاضي أن يحلف بهما اذا ألح الخصم لقلة مبالاة الناس باليمين بالله تعالى في زماننا لكن اذا نكل لا يقضى عليه بالنكول لانه امتنع عما هو منه شرعاً ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ ولو طلب المدعي عليه تحليف الشاهد والمدعي أنه لا يعلم أن الشاهد كاذب لا يجيبه القاضي لانا أمرنا بأكرام الشهود والمدعي لا يجيب عليه اليمين لاسيما اذا أقام بيعة قال رحمه الله (وتغلظ بكراً وصفاه) أي تؤكده اليمين بكراً وصفاه الله تعالى وذلك مثل قوله والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه لان أحوال الناس شتى فمنهم من يتنعم عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه اعلمه مجتمع بذلك وله أن يزيد على هذا ان شاء وله أن

ولا يسمع به الا الساعة يعني ما تكلم بهذا الكلام الذي حكاها ولا يسمع به هذا الكلام بعينه قبل الساعة فلا يكون عليه اسم وان شاء نوى في الطلاق والعناق ما شرعناه وان شاء حلف أنه لم يتكلم بهذا الكلام بالنكوة أو بالبصرة أو في اليمن أو في بلد من البلدان غير البلد الذي كان تكلم به ذاقه ونوى بالليل ان كان تكلم بالنهار وان تكلم بالليل نوى أنه لم يتكلم بالنهار أو نوى في دار فلان أو في المسجد الجامع أو في شهر رمضان وما أشبه ذلك والباقي يعلم في كتاب الحيل اه اتفاني رحمه الله (فرع آخر) قال الاتفاني رحمه الله ورأيت في محيط شمس الاثمة الحلواني واستحلف الآخر أن يقول القاضي عليك عهد الله ان كان لهذا عليك هذا الحق ويشير الآخر برأسه أي نعم ولا يستحلف بالله ما لهذا عليك حق فيشير الآخر برأسه أي نعم لان الإشارة من الآخر اذا كانت معروفة من النبي والاثبات بمنزلة العبارة من النطق في سائر الاحكام فكذلك في حق الحلف والقاضي لو استحلف الناطق بالله ما لهذا عليك ألف درهم فقال نعم لا يكون عينا لانه يصير كأنه قال احلف وذلك لا يكون عينا فكذلك الآخر ولو قال عليك عهد الله فقال نعم يكون عينا لانه يصير كأنه قال علي عهد الله ان كان لهذا اعلى كذا اه (قوله في المبن وعناق) أي وج اه غايه (قوله ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ) كذا في الخلاصة اه

(قوله ويحتز عن عطف بعض الاسماء) أي فانه متى حلفه بالله تعالى الرحمن الرحيم يكون عينا واحدة فاذا حلفه بالله والرحمن والرحيم يكون ثلاثة أيمان والمستحق عليه عين واحدة فيراعي القاضي هذا اه اتقاني (قوله في المتن ويستخلف اليهودي بالله الخ) قال أبو حنيفة أهل الذمة وأهل الاسلام والعبد الناجر والمكاتب والصبي الناجر والمرأة فيما ادعوا أو ادعى عليهم سواء أماً الذي فانه لا يفارق المسلم في أحكام المعاملات لانهم محمولون على أحكامنا إلا ما استثنى بعقد الامان وأما العبد فلا نه عن يصح اقراره بخلاف أن يستخلف وكذلك الصبي الناجر على أصلنا اذا اذن في التجارة له جائز فيه صير كالعبد المأذون والمكاتب في يده نفسه فهو في باب المعاملات كالحر والمرأة لا تفارق الرجال في باب التصرف بغير ما يجري واحدا الى هنا لفظ القدوري وقال في شرح الطحاوي ويستخلف النصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى ويستخلف (٣٠٣) اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى ولا يستخلف المجوسي بالله الذي خلق النار وعند محمد بن عيسى الذي

ينقص عنه إلا أنه يحتمل ويحتز عن عطف بعض الاسماء على البعض كيلا يشكر وعليه اليمين ولو أصر بالعطف فأني بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضى عليه بالنكول لان المستحق عليه عين واحدة وقد أتى بها ولولم يغلف جاز وقيل لا يغلف على المعروف بالصلاح ويغلف على غيره وقيل يغلف في الخطيئة من المال دون الحقة ولو غلف عليه خلف من غير تغليف ونكل عن التغليف لا يقضى عليه بالنكول لان المقصود الخلف بالله تعالى وقد حصل قال رحمه الله (لا بزمان ومكان) أي لا يؤكده عليه اليمين زمان ولا مكان وقال الشافعي رحمه الله ان كانت اليمين في قسامة أو لعان أو في مال عظيم يبلغ مائتي منقال تغلف بالمكان فيخلف بين الركن والمقام ان كان عكة وعند قبر النبي صلى الله عليه وسلم ان كان في المدينة وعند الصخرة ان كان في بيت المقدس وفي الجوامع في غيرها فان لم يكن ففي المساجد ويكون ذلك في يوم الجمعة بعد العصر ولنا اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم اليمين على من أنكر والتخصيص بالمكان والزمان زيادة على النص وهو نسخ ولان المقصود تعظيم القسم به وهو يحصل بدون ذلك ولان فيه حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع ولان فيه تأخير حق المدعي في اليمين فلا يشرع ولانه أحد ما قطع به الخصومة فلا يختص بهم ما كاليمنه قال رحمه الله (ويستخلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى) عليه الصلاة والسلام (والنصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى) عليه الصلاة والسلام (والمجوسي بالله الذي خلق النار والثوبي بالله) لقوله عليه الصلاة والسلام لان صور بالاعور اليهودي أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه الصلاة والسلام أن حاكمكم الزنا في كتابكم هذا ولان أهل الكتاب يعترفون بنبوتهم فيؤكده عليهم بذلك المنزل على نبيهم والمجوسي يعترف بتعظيم النار فيؤكده عليه بذلك خالقها والثوبي وهو الذي يعبد غير الله تعالى يعترف بأن الله خالقه وانما يشرك مع الله تعالى غيره قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يخلف أحدا لا بالله تعالى خالصا احتراز عن اشراك غيره في التعظيم مع الله تعالى وذ كر الخصاص أنه لا يخلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله تعالى وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار في اليمين تعظيما لها لان اليمين نشعر بذلك ولا ينبغي أن يعظم النار بخلاف التوراة والانجيل لان كتب الله تعالى واجب التعظيم وما ذكره هناك والمذكور في الاصل فكأنه وقع عند محمد رحمه الله أنهم يعظمونها تعظيم المسلم الشعائر ولا يعبدونها حقيقة قال رحمه الله (ولا يخلفون في بيوت عباداتهم) لان فيه تعظيمها والقاضي ممنوع من حضورها مع ما عليه من الحرج وهو مدفوع عنه أيضا قال رحمه الله (ويخلف على الحاصل أي

النار وعند محمد بن عيسى الذي خلق النار الى هنا لفظ الامام الاسيحاوي في شرح الطحاوي وقال في الاجناس قال في المجرد قال أبو حنيفة ان لم يتمه القاضي اقتصر على قوله بالله الذي لا اله الا هو وإن اتهمه حلفه بالله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية الذي يعلم خائنة الاعين وما تخفي الصدور في حق المسلمين وأما في حق اليهودي يخلف بالله الذي أنزل التوراة على موسى وفي حق النصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى بن مريم وان كان مجوسيا بالله الذي خلق النار ويخلف غيرهم من أهل الشرك بالله تعالى ولا يخلف في كنيسة اليهود ولا بيعة النصارى ولا بيت نارا لمجوس وانما يستخلفه عند القاضي ونقله عن أدب

القاضي والاصل أن فائدة اليمين النكول الذي هو اقرار أو بذل والكافر يصح منه الاقرار والبذل فيتموجه عليه بالله اليمين كافي المسلم اه اتقاني (قوله في المتن على موسى) أي لا يقر بنبوته موسى ويعتقد الحرمته اه اتقاني (قوله على عيسى) أي لان النصراني يقر بنبوته عيسى ويعتقد الحرمته وان اختلفوا فيما بينهم أنهم ابن الله والمسيح هو الله وثالث ثلاثة فيمتنع من الاقدام على اليمين الكاذبة اه اتقاني (قوله صوريا) بالقصر اسم أجمع اه غاية (قوله أنشدك) أي أسألك اه (قوله بذ كر خلقها) كذا بخط الشارح وفي بعض الشروح بذ كر خلقها اه (قوله في شرح الاقطع وأما الصائبة فان كانوا يؤمنون بأدريس عليه السلام استخلفوا بالذي أنزل الصحف على ادريس عليه السلام وان كانوا يعبدون الكواكب استخلفوا بالذي خلق الكواكب اه اتقاني

(قوله بالله ما يشككنا كحاق قائم) قال الانقاني وهذا على مذهبه ما لان الاستحلاف (٣٠٣) لا يجري في النكاح عند أبي حنيفة اه

(قوله الآن) قيد في جميع ما تقدم وليس مختصا بالمسئلة الاخيرة اه (قوله فان أنكر السبب) أي بان قال ما استقرضت ما غصبت اه (قوله وان أنكر الحكم) أي بان قال ليس له على هذا المال ولا شيء منه اه (قول ثم الاتحاق بدار الحرب) أي والسبب بعد ذلك اه (قوله في المتن وان ادعى شفعة الخ) قال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف روي أن رجلا ادعى على رجل عند اسمعيل ابن جاد بن أبي حنيفة أنه اشترى دارا في جواره وأنه يطالب بالشفعة فيها وأنكر المدعى عليه الشراء فأراد اسمعيل أن يستحلفه بالله ما اشتريت فقال قد يشترى الانسان ويسقط الشفعة شفعته فأراد استحلافه بالله ماله عليك شفعة في هذه الدار في الحال فقال المدعى ان هذا يعتقد ان شفعة الجوار غير واجبة فان استحلته تأول ذلك فقال اسمعيل للمدعى عليه ان كان الامر على ما يدعى من الشراء فقد حكمت عليك بالشفعة ثم استحلفه بالله ما يستحق عليك شفعة في هذه الدار في الحال فامتنع من اليمين اه انقاني (قوله في المتن والمشتري أو الزوج لا يراهما)

بالله ما يشككنا كحاق قائم ويسع قائم وما يجب عليه رده وما هي بائن منك الآن في دعوى النكاح والبيع والغصب والطلاق) ولا يقال بالله ما نكحت ولا بالله ما بيعت ولا بالله ما غصبت ولا بالله ما طلق لان هذه الاشياء قد تقع ثم ترتفع برفع كالحاق والافالة والهبة والنكاح الجديد فلا يمكن تحليفه على السبب فيحلفه على الحاصل كيلا يتضرر المدعى عليه لانه لو أقر بالسبب ثم ادعى طرورا لرفع لا يقبل منه فيحتمل بهذا الطريق اذ لا ضرر فيه على المدعى لان المقصود من الاسباب احكامها فيحلف على نفسه الا على نفى السبب وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يحلف على السبب لان اليمين حق المدعى فيحلف على وفق دعواه والمدعى هو السبب الا اذا عرض المدعى عليه بأن قال قد وقع البيع ثم تقابلنا وشو ذلك فانه حينئذ يحلفه على الحاصل نظرا له كي لا يفوت حقه وعنه أنه ينظر الى انكار المدعى عليه فان أنكر السبب يحلف عليه وان أنكر الحكم يحلف على الحاصل وقال نضر الاسلام يفرض الى رأي القاضي وهذا الخلاف فيما اذا كان السبب يرتفع برفع و ليس في تحليفه على الحاصل ضرر بالمدعى فان كان سببا لا يرتفع برفع فانه يحلف على السبب بالإجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامه والعبد الكافر لان الرقي يتكرر عليهم ما بالارتداد ونقض العهد ثم الاتحاق بدار الحرب ولا يتكرر على العبد المسلم اذ لا يقبل منه الا الاسلام أو السيف عند ارتداده وكذا اذا كان في التحليف على الحاصل ضرر بالمدعى مثل أن يدعى شفعة بالجوار والمدعى عليه لا يراه او مثل أن تدعى المبتوتة النفقة والزوج لا يراه فانه يحلف حينئذ على السبب بالإجماع لان في تحليفه على الحاصل ترك النظر في جانب المدعى اذ هو يحلف بناء على اعتقاده فيبطل حق المدعى قال رحمه الله (وان ادعى شفعة بالجوار أو نفقة المبتوتة والمشتري أو الزوج لا يراه ما يحلف على السبب) لما ذكرنا في فصوله أن التحليف على الحاصل هو الاصل عندهم الا اذا أدى الى الاضرار بالمدعى أو كان سببا لا يتكرر حينئذ يحلف على السبب وعند أبي يوسف التحليف على السبب هو الاصل الا اذا عرض حينئذ يحلف على الحاصل لما بينا قال رحمه الله (وعلى العلم لو ورث عبد افادعاه آخر) أي يحلف على العلم اذا ورث عبدا وادعى آخر أنه لا يحلف على البتات لان الوارث لا يعلم بما فعل المورث فيمتنع عن اليمين فيحلفه بذلك ضرر وهو محقق ظاهر فلا يصار اليه دفعا للضرر عنه قال رحمه الله (وعلى البتات لو وهب له أو اشتراه) يعني يحلف على البتات ان كان ملكه بالهبة له أو بشرائه اياه لان الهبة والشراء سبب موضوع للملك باختيار المالك ومباشرة ولو لم يعلم أنه ملك للمالك لما باشر السبب ظاهر فيحلف على العلم وهذا لان الملك باختياره لا يكون الا بعد التفحص ظاهر اذ يطلق له الحلف على البتات فاذا امتنع عما أطلق له يكون باذلا ما لو ارث فانه لا اختيار له في الملك ولا يدري ما فعل المورث فلم يوجد ما يطلق له اليمين على البتات ولان الوارث خلف عن الميت واليمين لا تجري فيما النيابة فلا يحلف على البتات والمشتري والموهوب له أصل بنفسه فيحلف عليه والاصل فيه أن اليمين متى وقعت على فعل الغير فاليمين على العلم ومتى وقعت على فعل نفسه تكون على البتات ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام حلف اليهودي بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا خلفهم على البتات في الاول لانه فعلهم وفي الثاني على العلم لانه فعل غيرهم قال الخوافي هذا الاصل مستقيم في المسائل كلها الا في الرد بالعيب فانه اذا ادعى المشتري أن العبد أبق وفخو ذلك فأراد المشتري تحليف البائع فانه يحلفه على البتات مع أنه فعل غيره وانما كان كذلك لان البائع ضمن تسليم المبيع سالما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيحلف على البتات ولانه انما يكون الخاف على فعل الغير على العلم اذا قال المتهكم لا علم لي بذلك وأما اذا ادعى العلم فيحلف على البتات ألا ترى أن المدعى اذا قال إن الوديعة قبضها صاحبها يحلف على البتات وكذا لو كيل بالبيع اذا ادعى قبض الموكل الثمن فانه يحلف

أي كما اذا كان الزوج أو المشتري شافعي المذهب اه (قوله ومباشرة) خرج بهذا الارث فانه سبب موضوع للملك لكن ليس باختيار المالك ومباشرة اه (قوله اذا ادعى قبض الموكل الثمن) أي وأنكر الموكل يحلف الوكيل بالله لقد قبض الموكل اه

(قوله في المتن ولو افتدى المنكر الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير ذكرها في كتاب القضاء قال الاتقاني وصورته فيه شجرة عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يدعي عليه المال فيفتدي بيمينه بعشرة دراهم قال جاز وليس للدعي أن يستخلفه على ذلك اليمين بعد ذلك وكذلك إن صالحه من يمينه على عشرة دراهم أما جواز الافتداء فلما الخ (١) وكتب ما نصه فالافتداء قد يكون بمثل المدعي أو أقل من المدعي والصالح إنما يكون على أقل من المدعي في الغالب لأن الصلح يبنى عن الخطيئة وكلاهما مشروع وهي مسألة الصلح على الإنكار فيجوز (٣٠٤) عندنا ومالك وأحمد ولا يجوز عند الشافعي رحمه الله اه (قوله وقيل كان

على البينات لادعائه العلم بذلك ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البينات خلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنسكول ولا يسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب اليمين فيه على العلم خلف على البينات يعتبر اليمين حتى يسقط اليمين عنه ويقضى عليه إذا نكل لأن الخلف على البينات أكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس قال رحمه الله (ولو افتدى المنكر بيمينه أو صالحه منها على شيء صحيح ولم يخلف بعده) لما روى أن عثمان رضي الله تعالى عنه ادعى عليه أربعون درهما فأعطى شيئا وافتدى بيمينه ولم يخلف فقبل ألا تخلف وأنت صادق فقال أخاف أن توافق قدر يميني فيقال هذا بسبب عيبه الكاذبة وقيل كان له على مقداد بن الأسود سبعة آلاف درهم أقرضها إياه فقضاها منها أربعة آلاف فترافعا إلى عمر رضي الله تعالى عنه فلم يخلف ولأن الافتداء صيانة عرضه وهو مستحسن عقلا وشرعا وقد قال عليه الصلاة والسلام ذبوا عن أعراضكم بأموالكم وقال على كرم الله وجهه إياك وما يقع عند الناس إنكاره وإن كان عندك اعتذاره ولأن المنكر يدفع به الخصومة وتهمة الكذب عن نفسه والمدعي يأخذ على أنه حقه أو عوض عنه فيجوز وإن لم يكن الحق مالا كالقصاص وجاز أن يكون لعقد واحد جهتان كمن أقر بجزية عبد ثم اشتراها يعطى من الثمن بدل ملك الرقبة في زعم البائع وهو فداء في حق المشتري حتى يعتق العبد وكذا في الصلح عن الإنكار فانه بدل حقه في حق المدعي ولا فداء اليمين وقطع الخصومة في حق المنكر ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظ الصلح والفداء لا يكون له أن يستخلفه بعد ذلك أبدا بخلاف ما إذا اشترى عينة بمال حيث لا يجوز لأن الشراء عقد تغليك المال بالمال واليمين ليست بمال فبطل وبقي حقه في اليمين على حاله والله أعلم

باب الخالف

قال رحمه الله (اختلف في قدر الثمن أو المبيع قضى لمن برهن) أي لمن أقام البينة لانه تورد عواها بالبينة إذ البينة مبينة كسماها بقي في الجانب الآخر مجزئ الدعوى والبينة أقوى منها إذ هي متعبدية حتى لو جب القضاء على القاضي فلا يعارضها مجزئ الدعوى قال رحمه الله (وان برهننا فثبت الزيادة) أي إذا أقام كل واحد منهما مبينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لأن البينات شرعت للاثبات ولا معارضة في قدرها اتفاقا عليه ولا في الزيادة فيجب كاه ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع لما ذكرنا وفي النهاية إذا قال البائع بعثك هذه الجارية بعد ذلك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة فبينة البائع أولى لأنها ثبتت الحق له فيه والآخرى تنفيه والبينة للاثبات دون النفي قال رحمه الله (وان عجزا ولم يرضي ادعى أحدهما الخالف) أي أن عجزا عن إقامة البينة ولم يرض واحد منهما بما قاله صاحبه بعدم ما قيل لكل واحد منهما ما أتانا أن ترضي بما قاله صاحبه

على مقداد) كان لعثمان على المقداد سبعة آلاف درهم فادعى أنه أوفأها لعثمان رضي الله عنهما اه (قوله وان كان عندك اعتذاره) تمامه فليس كل سامع نكرا تستطيع أن توسعه عذرا اه (قوله واليمين ليست بمال) ذكره قاضي خان والمرغيناني والمحجوب اه معراج

باب الخالف

(قوله في المتن اختلفا في قدر الثمن أو المبيع) أي فادعى أحدهما ثمننا وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه اه هداية (قوله في المتن وان برهننا فثبت الزيادة) يعني ادعى المشتري أنه اشترى هذه العينة بعشرة وادعى البائع أنه باعها بمائة دينار وأقام كل واحد بينة على دعواه أو ادعى المشتري أنه اشترى الكرين بعشرة وادعى البائع أنه باع الكرين بعشرة وأقام كل واحد منهما مبينة على

ما ادعى فالبينة المثبتة للزيادة أولى اه غاية (قوله ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا) أي في قدرهما اه (قوله والا وينة المشتري أولى في المبيع) صورته ما قال في الشامل في قسم المسوط قال البائع بعثك هذه الجارية وحدها بمائة دينار وقال المشتري لا بل مع هذا العبد بخمسين وأقاما البينة يقضى بهما جميعا للمشتري بمائة دينار لأن كل واحد منهما ما أثبت بيمينته زيادة فتقبل في حق تلك الزيادة اه غاية (قوله وفي النهاية الخ) هذا الفرع وقع الاختلاف فيه في جنس الثمن اه (قوله والآخرى تنفيه) أي أن عجزا عن إقامة البينة باتفاقهما فلم تثبت بيمينته شيئا وإنما الاختلاف في حق البائع فبينة أولى بالقبول اه

(١) هكذا في أصل الحاشية وسبق مثل ذلك مرارا ولعله هنا كتفي بما في الشارح من الحديث اه كتبه مصححه

(قوله والافسخنا البيع عليك) فيقال في الاختلاف في الثمن للمشتري اما أن ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع والافسخنا في صورة الاختلاف في المبيع يقال للبائع اما أن تسلم ما ادعاه المشتري والافسخنا في صورة ما اذا اختلفا في المبيع بدين البائع بدل عليه ما سبذ كره اه (قوله في المتن وبدى بيمين المشتري) هذا اذا اختلفا في الثمن اما اذا اختلفا في المبيع بدى بيمين البائع بدل عليه ما سبذ كره في الاختلاف في الاجارة اه (قوله وهو قول محمد وزفر) قال الاتقاني وعند زفر يبدأ بيمين البائع كقول أبي يوسف أولا كذا في التقريب اه (قوله وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يبدأ بيمين البائع) قال الاتقاني وجه قول زفر هو قول أبي يوسف أولا قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع ولان المبيع مستحق على البائع وهلاكه يوجب فساد العقد وله أن يجبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكان تقديم من في حبه المبيع أولى اه غايه وكتب مانصه قال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف وقد ذكر في هذا الكتاب رواية أخرى عن أبي يوسف في كتاب الاستحلاف وهي أن المشتري ان كان ابتداء بالخصومة وادعى على البائع ابتداء بيمين البائع وان كان البائع ابتداء بالدعوى ابتداء بيمين المشتري اه غايه (قوله لاستواءهم في فائدة النكول) أي لان كل واحد منهما اذا انكل لا يلزم تسليم شيء في الحال اه غايه (قوله في المتن وفسخ القاضي الخ) قال شمس الأئمة في شرح أدب القاضي في باب اليمين وان حلفا جميعا انتفى الثمنان فبقي يعابلا ثمن فيفسد فينقض العقد فيما بينهما وانما (٣٥٥) ينقض القاضي فيما بينهما اذا طلبا وأطلب أحدهما من القاضي

أحدهما من القاضي
النفذ فاما بدون الطلب
لا ينقض وفرق بين هذا
وبين الاعان وهو أن
الزوجين اذا فرغا من
الاعان فإن القاضي يفرق
بينهما سواء طلبا من
القاضي أو لم يطلبا لان
حرمة المحل قد ثبتت شرعا
على ما قال عليه الصلاة
والسلام المتساعان
لا يجتمعان أبدا وهذه الحرمة
حق الشرع فلا يحتاج فيه
الى طلب العبد وأما العقد
وفسخ العقد حقهما
فشرط طلب العبد لهذا
وقال الامام الناصبي في

والافسخنا البيع عليك تحالفا وانما يقول له ذلك لان المقصود قطع المنازعة وهذا طريق فيه فلهما
يرغبان في البيع دون الفسخ فيرضيان به اذا علم ذلك قال رحمه الله (وبدئ بيمين المشتري) وهو قول محمد
وزفر رحمه الله وأبي يوسف آخره ورواية عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لان المشتري أشدهما
انكار اذهو المطالب بالثمن أولا فينكر عند المطالبة فيكون بادئا بالانكار وعند تنكوله يطالب بالثمن كما نكل
من غير تأخر فيتمجمل به فائدة اليمين وهو الاقرار أو البذل عند النكول وبشكل البائع تتأخر الفائدة لان
تسليم المبيع متأخر الى زمان تسليم الثمن لانه عسك المبيع حتى يستوفي الثمن فكان ما تمجمل به فائدة أولى
وعن أبي يوسف أنه يبدأ بيمين البائع لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان فاقول ما قاله
البائع خصه بالذكرك فان ينبغي أن يكتب بيمينه فان تقاصر عن فادته فلا يتقاصر عن فادته التقديم وقيل
يقصر بينهما في البداهة هذا اذا باع سلعة بثمن وان باع ثمن بثمن أو سلعة بسلعة بدأ القاضي بايهم ما شاء
لاستوائهما في فائدة النكول قال رحمه الله (وفسخ القاضي بطلب أحدهما) لقوله عليه الصلاة والسلام
اذا اختلف المتبايعان تحالفا وراذوا لانهم لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فبقي بيع بيمين مجهول
أو بلا بدل فيفسخ لان البيع بلا ثمن أو بيمين مجهول فاسد ولا بد من الفسخ فيه وقيل يفسخ بنفس التحالف
والصحيح الاول بدليل ما ذكره في الميسر أن وطء الجارية بالمبيعة يحل بعد التحالف قبل فسخ القاضي المبيع
بينهما ولو كان يفسخ لما حل وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه عا داه المشتري ويحلف المشتري
بالله ما اشتراه عا داه البائع وذكر في الزيادات أنه يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف
المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف بضم الالف الى النبي تأ كيدا والاصح الاقتصار على النبي

(٣٩ - زيلعي رابع) تهذيب أدب القاضي وان حلفا لم ينقض القاضي البيع بينهما حتى يطلب ذلك أو يطلب أحدهما لان
الفسخ حق لهما بدليل ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال تحالفا وراذوا اه (قوله في المتن بطلب أحدهما) يعني اذا اختلف الحاك
كل واحد منهما تحالفا ففسخ البيع بينهما اه وكتب على قوله بطلب أحدهما مانصه حتى لو رضيا بترك الدعوى لا يفسخ اه (قوله أو بيمين
مجهول فاسد) أي والعقد الفاسد لا بد له من الفسخ اه غايه (قوله وقيل يفسخ بنفس التحالف) لم يتعرض الشارح رحمه الله لتعليل
اشتراط طلب أحدهما الفسخ مع أن رفع الفساد واجب عليه وان لم يطلبه أحد ووجه اشتراطه أن الفساد هنا وقع بعد صحة البيع بخلاف
اليسوع الفاسدة لانها وقعت فاسدة ابتداء اه (قوله وصفة اليمين الخ) قال الاتقاني وأما صفة التحالف فقد ذكر في الاصل أن كل
واحد منهما يحلف على دعوى الآخر وهذا يقتضي أن يحلف البائع بالله ما باعه بمائة ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بمائتين اه
(قوله والاصح الاقتصار الخ) قال الاتقاني وما ذكر في الاصل موضوع اليمين لانها لا تقع عندنا الا بالنفي فلو جعنا بين الامرين لتضمنت
الاثبات والنفي وهذا لا يصح ووجه ما ذكر في الزيادات أن الجمع بين الامرين تأ كيدا للنفي وليس عمنع أن يكون اليمين موضوعا للنفي
ويضم اليها الاثبات على طريق التأكيد فيقول الشاهد أشهد أن فلانا مات وهذا ورثه ولا وارث له غيره وقال في شرح الاقطع جوابا
عن الحديث الذي رواه زفر وانما خص البائع بالذكرك لان عين المشتري معلومة لا يشك لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر

فُسكت ضللى الله عليه وسلم عما تقدم بيانه وبين ما يشكك ولم يتقدم بيانه اه (قوله لان الايمان على ذلك وضعت) أى وضعت لاعتبار
 الاثبات اه (قوله فى المتن ومن نكل لزمه دعوى الآخر) قال فى شرح أدب القاضى اذا اختلفا فى الثمن والسلعة قائمة مقبوضة كانت
 أو لم تكن فانهم ما يتحالفان يحلف البائع على دعوى المشتري فان نكل لزمه البيع بألف درهم ويحلف المشتري على دعوى البائع فان نكل
 لزمه دعواه وهو البيع بألف درهم وان حلفا جميعا فقد مر بيانه آنفا وأصل ذلك أن النكول فى معنى البذل وبذل الاعراض صحيح فاذا
 كان النكول باذلال لم يبق دعواه معارضة لدعوى صاحبه فيثبت دعوى صاحبه لسلامته عن المعارض اه اتقانى (قوله لانه) أى النكول
 اه (قوله فلو أن يشتري الرجل من آخر مئنتا فى الخ) هذا الفرع مذكور فى متن الكنز فى البيع الفاسد وراجع الحاشية التى فى خيار
 الرؤية تعلقا عن الكمال عند قوله وللشترى لو فى (٣٠٦) الرؤية اه (قوله فكذا فى مقدار المقبوض) يعنى القول فيه القابض

لان الايمان على ذلك وضعت ألا ترى أنه اقتصر عليه فى القسامة بقولهم ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا
 والمعنى فيه أن اليمين تجب على المنكر وهو النافى فيحلف على هيئة النفي اشعارا بأن الحلف وجب عليه
 لانكاره وانما وجب على البائع والمشتري لان كلامهم ما منكر لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشتري
 ينكر ويدعى زيادة المبيع والبائع ينكر ان كان الاختلاف فيهما وان كان الاختلاف فى أحدهما
 فأحدهما يدعى زيادة البذل والاخر ينكره والمنكر منهما يدعى وجوب تسليم المبدل على صاحبه
 عند تسليمه البذل والاخر ينكره فصار متعينين ومنكرين فقبل بينة كل واحد منهما لكونه مدعىا
 ويحلف كل واحد منهما لكونه منكرًا وهذا اذا كان قبل قبض أحد البذلين فظاهر وهو قياس وان
 كان بعده فخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعى شيئا على صاحبه وانما ينكر ما ادعاه الآخر
 ولكن عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والساعة قائمة بينهما
 تحالفا وترادا قال رحمه الله (ومن نكل لزمه دعوى الآخر) لانه صار مقرا به أو باذلا فلازمه اذا اتصل به
 القضا وهو المراد بقوله لزمه دعوى الآخر لانه بدون اتصال القضا به لا يوجب شيئا أما على اعتبار البذل
 فظاهر وأما على اعتبار أنه اقرار لانه اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانقراده وهذا الذى ذكرناه
 فى التحالف اذا كان اختلافهما فى البذل مقصودا وأما اذا كان فى ضمن شئ آخر نحو أن يشتري الرجل
 من آخر مئنتا فى زق ووزنه مائة رطل ثم جاء بالزق ليرده على صاحبه ووزنه عشرون فقال البائع ليس هذا
 زقى وقال المشتري هو زقى فالقول قول المشتري سواء سمى لكل رطل مئنتا أو لم يسم فجعل هذا اختلاف فى
 المقبوض وفيه القول قول القابض فى نفس القبض والمقبوض فكذا فى مقدار المقبوض وان كان فى
 ضمنه اختلاف فى الثمن لان الثمن يزاد بنقصان الرق وينقص بزيادة فالبايع يدعى زيادة الثمن والمشتري
 ينكر ولم يعتبر هذا الاختلاف فى ايجاب التحالف لان الاختلاف فيه وقع مقتضى اختلافهما فى الرق قال
 رحمه الله (وان اختلفا فى الاجل أو شرط الخيار أو فى قبض بعض الثمن أو بعد هلاك المبيع أو بعضه أو فى
 بدل الكتابة أو فى رأس المال بعد اقالة السلم لم يتحالفا) والقول للمسكر مع عينه أما الاختلاف فى الاجل
 أو فى شرط الخيار أو فى قبض بعض الثمن فلا يوجب اختلاف فى غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف
 فى الخط والابراء ولهذا لا يحتل العقد بانعدامه بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن وجنسه حيث يكون
 بمنزلة الاختلاف فى القدر حتى يجري فيه التحالف لانه يرجع الى نفس الثمن لانه يعرف بالوصف لا غير
 لكونه دينيا فى الذمة ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف له ألا ترى أن الثمن وجودا وبدونه وكذا

هذا الفرع ذكره فى المتن
 فى خيار العيب حيث قال
 والقول فى مقدار المقبوض
 للقابض فليراجع ما قاله
 الشارح اه (قوله فى المتن
 أو فى قبض بعض الثمن) ذكر
 البعض ليس بقيد اذا حكم
 فيما اذا اختلفا فى قبض كل
 الثمن كذلك يكون العين
 على البائع لا غير اه (قوله
 والابراء) يعنى اذا اختلفا فى
 حظ بعض الثمن أو ابراء كل
 الثمن لم يتحالفا كذلك اذا اختلفا
 فى الاجل وشرط الخيار اه
 (قوله ولهذا لا يحتل العقد
 بانعدامه) أى بانعدام
 الاجل وشرط الخيار اه
 (قوله بخلاف الاختلاف
 فى وصف الثمن) أعنى فى
 جودته أو رداءته اه غايه
 (قوله وجنسه) أى بأن قال
 أحدهما دراهم والآخر
 دنانير اه غايه (قوله لكونه
 دينيا فى الذمة الخ) والتحقيق
 هنا أن يقال ان التحالف
 شرع بالنص اذا وقع الاختلاف

فى الثمن أو المئنتا اذا أمكن الفسخ بعد التحالف ليتوصل كل منهما الى رأس ماله اذا لم يصل له ما ادعى قبل صاحبه وهذا ممكن مستحقهما
 عند الاختلاف فى الثمن أو المئنتا لانهم اذا تحالفا لم يثبت واحد من الثمنين أو المئنتين فيبقى البيع بغير ثمن أو مئنت وهو فاسد فيجب الرد والمشاركة
 بسبب الفساد وفيما نحن فيه اختلفا فى شرط زائد وهو الاجل والخيار فاذا تحالفا لم يثبت الشرط والبيع يبقى صحيحا وبدونه كالعقد
 البيع بدونه فى الابتداء فلا يمكن أن يفسخ مع بقاءه على الصحة وقرة التحالف الفسخ فلا يتحالف فى موضع لا يؤدى الى الفسخ ويعمل أيضا
 لخيار الشرط فنقول نوع خيار الاختلاف فيه لا يوجب التحالف كخيار العيب وقال الامام الاسييجانى فى بيع شرط الطحاوى والاصل
 فى هذا أن العاقدين متى اختلفا فى المملوك بالعقد يتحالفان ومتى اختلفا فى المملوك بالشرط لم يتحالفا أو نقول متى اختلفا فى كلمة العقد
 تحالفا ومتى لم يختلفا فى كلمة العقد لم يتحالفا والاصل بالشرط وليس فى كلمة العقد والتمن والمئنت مملوك بالعقد وهو من كلمة العقد

اه اتقاني وكتب مانصه قال الاتقاني ثم الاختلاف في أجل الثمن لا يخلو أما أن يختلف في أصله أو في قدره أو في مضيه فإن اختلفا في أصله فالقول قول البائع لأنه يستفاد من جهته وان اختلفا في قدره فالقول قوله أيضا والبينة في المسئلتين جميعا بينة المشتري لأنه يثبت الزيادة وان اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على القدر فالقول قول المشتري أنه لم يعض والبينة بينته أيضا لأنه يثبت الزيادة وان اختلفا في المضى والقدر فالقول قول المشتري في المضى وفي القدر قول البائع فيجعل شهر المعض والبينة بينة المشتري وهذا إذا كان المبيع عينا فأما إذا كان دينيا يعني السلم فلا اختلاف فيه لا يوجب التحالف والترادف عند علماء المالكة لأنه لا يثبت ما اختلفا في المأول بالشرط وعند زفر بتحالفان ويترادفان لأن السلم لا يصح إلا به فالاختلاف كالاختلاف في صفة السلم (٣٠٧) اه (قوله وافرقت بين الاجل في السلم الخ)

ثم الاختلاف في أجل السلم لا يخلو أما أن اختلفا في أصله أو في قدره أو في مضيه أو فيهما جميعا أما إذا اختلفا في أصله فإنه ينظر أن كان مدعى الاجل هو رب السلم فالقول قوله قياسا واستحسانا ويجوز السلم وان كان مدعى الاجل هو المسلم اليه فالقول قوله أيضا استحسانا ويجوز السلم وهو قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد القول قول رب السلم ويفسد المسلم وهو القياس ولو اختلفا في قدره فالقول قول رب السلم ولو اختلفا في مضيه فالقول قول المسلم اليه والبينة أيضا بينته ولو اختلفا في قدره ومضيه فالقول في القدر قول رب السلم والقول في المضى قول المسلم اليه ولو أقاما البينة فالبينة بينة المسلم اليه على إثبات الزيادة وأنه لم يعض اه غاية قال في الجمع والمسلم اليه في دعوى التأجيل مصدق

مستحقهما مختلف فإن الثمن حق البائع والاجل حق المشتري ولو كان وصف الثمن لكان حق البائع وقال زفر والشافعي بتحالفان في الاجل إذا اختلفا في أصله أو قدره لأن هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن فإن الموحل أنقص من الحال في المالية ولأن النص أوجب التحالف عند اختلاف المتبايعين ولم يفصل قلنا وجوب التحالف معلق باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلم وجوبه باختلافهما فيما يثبت به البيع وهو يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل فصار كأنه قال إذا اختلف المتبايعان في المبيع أو الثمن تحالفا وقد بينا أن الاجل ليس بوصف للثمن انذلو كان وصفه لذهب عند ذهابه إذا الشيء لا يبيع بدون وصفه وافرقت بين الاجل في السلم وبين ما نحن فيه عند أبي حنيفة رحمه الله فإنه جعل هناك القول قول من يدعى الاجل وجعل القول هنا المنكره والفرق أنه شرط في السلم وتركه فيه مفسد للعقد واقدما مهماع عليه يدل على الصحة فكان القول لمن يدعيه لأن الظاهر يشهد له بخلاف ما نحن فيه لأنه لا تعلق له في الصحة والفساد فيه فكان القول لنا فيه لأن الاجل أجني عن العقد ولهذا لو شهد أحد الشاهدين بأنه باعه بألف إلى شهر وشهد الآخر بأنه باعه بألف ولم يذكر الاجل تقبل شهادتهما كما لو شهد أحدهما بأنه باعه بشرط الخيار إلى ثلاث ولم يذكر الآخر الخيار ولو كان وصفا للثمن لما قبل وكذا إذا اختلفا في أصل البيع أو في مكان إيفاء المسلم فيه لا يتحالفان لأن أحدهما انفرق في انكار أصل البيع والاختلاف في مكان الإيفاء وقدمت بيانه في البيوع وأما اختلافهما بعد هلاك المبيع فالمد كورهما قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي رحمهما الله بتحالفان وينسخ البيع على قيمة الهالك وعلى هذا الخلاف إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يمكن رده لهما قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادفا مطلقا من غير اشتراط قيام السلعة والمراد باشتراطه في الحديث الآخر التنبيه على عدم سقوطه في حالة أدنى منها كأنه يقول والله أعلم تحالفا وان كانت السلعة قائمة لأنه يمكن تمييز الصادق من الكاذب إذا كانت السلعة قائمة بتحكيم قيمتها في الحال ولا يمكن ذلك بعد الهلاك فإذا كان يجري التحالف بينهما مع إمكان المعرفة فالقول أن يجري عند عدم الإمكان ولأن كل واحد منهما يدعي عقدا غير العقد الذي يدعيه صاحبه إذا البيع بألف غير البيع بألفين ألا ترى أن الشاهدين في البيع إذا اختلفا في قدر الثمن لا تقبل شهادتهما لعدم كمال النصاب في كل واحد من البيعين فصار كما لو ادعى أحدهما البيع والآخر الهبة أو كان البيع مقايضة فهلك أحد البدين أو اختلفا في جنس الثمن وفي التحالف قائمة وهو تسليم ما يدعيه البائع له على تقدير تكمول المشتري أو سقوط الثمن كله عن المشتري على تقدير عدم تكموله ولأبي حنيفة وأبي يوسف قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادفا بشرط أن تكون السلعة قائمة وما روياه من المطلق محمول

كرب السلم اه (قوله تقبل شهادتهما) أي ويقضى بالبيع بألف حالة اه غاية (قوله وأما اختلافهما بعد هلاك المبيع) أي بعد قبض المشتري إذ قبل قبضه ينسخ العقد به لانه اه كما كي وكتب مانصه قال في الجمع أو في الثمن بعد هلاك المبيع أمر بالتحالف والفسخ على قيمته وجعل القول للمشتري اه قال الاتقاني وأجمعوا على أن السلعة إذا كانت قائمة بتحالفان سواء كان قبل القبض أو بعد القبض وحاصل الخلاف في تحليف البائع عندنا لا يحلف البائع وعندهما يحلف اه قوله أو في الثمن أي لو اختلفا في قدر الثمن اه شرحه (قوله وعلى هذا الخلاف إذا خرج المبيع عن ملكه) أي يبيع أو هبة لأن خروج المبيع عن ملك المشتري هلاك حكمي والهالك لا يمنع التحالف عند محمد خلافا لهما اه (قوله بشرط أن تكون السلعة قائمة) أي لأن الواو الحال والاحوال شروط اه

عليه ولفظ التراضي يدل عليه لان التراضي يكون في القائم دون الهالك ولانه يحمل المطلق على المقيد اذا كان الراوي له ما عن النبي صلى الله عليه وسلم واحدا بالاجماع وبما حال تركه الراوي عن النبي صلى الله عليه وسلم القيد الى غفلته وقلة ضبطه بخلاف ما اذا اختلف الراويان عن النبي صلى الله عليه وسلم حيث يترك كل واحد منهما على حاله فيعمل به ما لم يكن الاطلاق والتقييد في حكم واحد ومحل واحد وهذا ان الحد يثبت هنا برويه ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم فيؤخذ بما قيد لما ذكرنا والتخالف بعد القبض على خلاف القياس على ما بينا فلا يلحق به غيره فلا تعدى الى حال هلاك السلعة لانه ليس في معناه اذ لا يعود كل واحد منهما الى رأس ماله ولا يدعى المشتري فيه شيئا بخلاف ما قبل القبض على ما بينا ولانه بالتخالف يفسخ العقد والفسخ يرد على عين ما ورد عليه العقد فيشترط قيامه كالعقد ولهذا لا تجوز الاقالة ولا الرد بالعيب بعد هلاكه ولا معنى لقولهما ان كل واحد منهما يدعى عقدا غير ما يدعى الآخر فان العقد لا يمتد الى اختلاف قدر الثمن من جنس واحد الا ترى ان الوكيل بالبيع بألف يبيعه بألفين وان البيع بألف يصير بألفين بالزيادة في الثمن وبخمس مائة بالخط وانما لا تقبل شهادتهما ما اذا اختلفا في القدر مع اتحاد الجنس لان المذمى أحدهما لا يثبت العقد بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البائع يدعى عليه الدنانير والمشتري ينكر والمشتري يدعى الشراء بالدرهم والبائع ينكر وانكاره صحيح وكذا دعواه لان المبيع لا يسلم له الا بقرن فكان دعواه الثمن دعوى المبيع ولم تنفقا على ثمن وهذا اتفاق على ألف وهو يكفي للصحة ولهذا لو كان المبيع جارية جاز وطؤها قبل الفسخ به بالتخالف ولو كان مختلفا لم يصح كالأدعي أحدهما مبهمة والآخر بعيلا لاختلافهما حقيقة وبخلاف بيع المقايضة لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائما ببقاء العقد وعليه ولهذا لا تجوز الاقالة فيه ويرد بالعيب فاذا كان باقيا رد ورد الاخر مثل الهالك ان كان من ذوات الامثال والافقمة ولا نسلم ان في التخالف هنا فائدة لان المقصود في الفسخ ان لا يسلم لكل واحد منهما العوض ويرجع اليه عن ماله الذي ورد عليه العقد وهنا يسلم المبيع للمشتري بقيمة كما يسلم له بالثمن اذ لم يفسخ فلا يعتد باختلاف سبب السلامة بعد حصول المقصود كمن أقر بألف من ثمن متاع فقال المقر له هي غصب فانه يؤمر بالدفع اليه لاتحاد الحكم بخلاف ما اذا قال بعثني هذه الجارية فانكر وقال ما بيعتكمها وانما زوجهتمها فانه لا يجوز له أن يطأها لاختلاف الحكم فان حكم مالك المين خلاف حكم الزوجة وكذا لا يرجع الى البائع بالفسخ عين ماله الذي ورد عليه العقد فلا يكون في الفسخ فائدة لان ما يبيع من الفائدة هو عود ما ورد عليه العقد الى صاحبه لا أي فائدة كانت واما اختلافهما بعد هلاك بعض المبيع فالمدعى كور هنا قول أبي حنيفة رحمه الله وصورته انه باع عبدين صفقة واحدة ثم هلك أحدهما عند المشتري ثم اختلفا في الثمن قال القدوري فيها لا يتخالفان الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك وجعل هذا في النهاية لفظ الميسر وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة رحمه الله الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحلي ولا يثنى له وقال قاضي خنقا وذكري الاصل الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحلي ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا وقال أبو يوسف رحمه الله يتخالفان في الحلي ويفسخ العقد فيه ولا يتخالفان في الهالك ويكون القول في ثمنه قول المشتري وقال محمد رحمه الله يتخالفان عليه ما يفسخ العقد فيهما ويرد الحلي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التخالف عند هلاك البعض أولى أن لا يمنع ولا يبيح رحمه الله ان امتناع التخالف للهلاك قيمة قدر قدره ولا يبيح حقيقته رحمه الله أن التخالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس ورد الشرع به في حال قيام السلعة والسلعة اسم لجمعها فلا تنطبق السلعة بعد قوت جزء منها ولانه لا يمكن التخالف في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة على قيمتهما والقيمة تعرف بالحزروا الظن فيؤدى الى التحليف مع الجهل وذلك لا يجوز الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك فيثبت ويكون الثمن كله بمقابلة الحلي ويخرج الهالك عن العقد فيكون كان العقد وقع على هذا

(قوله ثم هلك أحدهما عند المشتري) أي قبل نقد الثمن اهـ

فيحالفان فان حلفا فسخ العقد فيه وأخذه ولا يأخذ من ثمن الهالك ولا من قيمته شيئا وأيهما نكل
 لزمه دعوى الآخر ولو غلط المدسوط يدل على هذا لان المستثنى منه عدم التحالف لان المذكور فيه قبل
 الاستثناء قوله لم يحالفوا لفظ الجامع الصغير يدل على أنهم لا يحالفان وان لا يحلف المشتري وحده لان
 المستثنى منه عين المشتري لانه المذكور قوله وقال في النهاية وتكلموا أن هذا الاستثناء الى ماذا ينصرف
 قال مشايخ بلجرحهم الله ينصرف الى عين المشتري ومعناه ان البائع يأخذ الحلي منهما ما صلحهما بما يتبعه
 قبل المشتري من الزيادة ويجعل صلحهما على هذا العبد كصلحهما على عبد آخر وصارفة دبر ما قال في
 الكتاب على قول هؤلاء لا يحالفان عند أبي حنيفة رحمه الله ويكفون القول قول المشتري مع
 عينه الآن يأخذ البائع الحلي ولا يأخذ شيئا آخر فحينئذ لا يحلف المشتري قال شيخ الاسلام المعروف
 بخوارزاده هذا لا يقوى لان الاخذ ملق بمشئة البائع ولو كان أخذ الحلي بطريق الصلح لكان معلنا
 بمشئتهما قال الراعي عفوره ليس في هذا الاخذ فائدة له أيضا ولا يحتملها فلا يصار اليه لان ترك حصة
 الهالك من الثمن من غير بدل ينافي ما ليس من الحكمة ثم قال وعامة المشايخ على أن الاستثناء منصرف الى
 التحالف وصارفة دبر ما قال في الكتاب على قول هؤلاء لا يحالفان عند أبي حنيفة رحمه الله الآن يشاء
 البائع أن يأخذ الحلي ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا فحينئذ يحالفان لان المذكور قبل الاستثناء التحالف
 دون عين المشتري فكان صرف الاستثناء الى المذكور أولى وبعضهم قالوا لا بل ينصرف الى عين
 المشتري على معنى أن البائع اذا رضى أن يأخذ الحلي ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا فحينئذ لا يحلف المشتري
 لان البائع اذا عرض عن دعواه لا معنى لتحليف المشتري وهذا مثل الأول في عدم الفائدة ثم قال وقال
 الامام الكيساني رحمه الله يأخذ البائع في حق الهالك من المشتري ما يقربه المشتري فحينئذ لا يحلف لان
 الاختلاف انما شرع في حق المشتري اذا كان ينكر ما يدعيه البائع من الزيادة فاذا ترك البائع دعوى
 الزيادة وأخذ الحلي ورضى به المشتري فلا حاجة الى استخلاف المشتري والصحيح هو ترك دعوى الزيادة
 في الثمن لا ترك ثمن الهالك لان البائع لا ينكر ثمن الهالك كله وانما ينكر الزائد على ما يقربه المشتري
 ومعنى قوله لا يأخذ شيئا أي لا يأخذ من الزيادة التي يدعيها شيئا وعلى هذا التقدير يكون الاستثناء
 منصرفا الى عين المشتري ومن أصحابنا من قال ينصرف الاستثناء الى التحالف وهو الاظهر لان المانع من
 التحالف وهو الهالك قد زال بخروجه من أن يكون مبيعا فصار كأن المبيع هو الحلي وحده أو برضاهما
 أقربه المشتري من ثمن الهالك فلم يبق الاختلاف بينهما الا في ثمن الحلي فيتحالفان فايهما نكل لزمه
 دعوى الآخر ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله ظاهر لان الهالك عنده لا يؤثر فصار كأنهما حيان
 واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف رحمه الله فقال بعضهم يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون
 الهالك لان التحالف لا يفسخ ولا يفسخ لا يرد على الهالك وهذا لا يقوى لان المشتري لو حلف بالله ما اشتري
 القائم بألف يكون صادقا لان من اشتري شيئين بألف درهم ثم حلف أنه ما اشتري أحدهما بألف كان
 صادقا فلم يتنع عن الحلف فلم يقد التحالف فائدة به والصحيح أن يحلف المشتري بالله ما اشتراهما بألفين فان
 نكل لزمه دعوى الآخر وان حلف يحلف البائع بالله ما باعهما بألف فان نكل لزمه دعوى المشتري وان
 حلف فسخ العقد بينهما في القائم وسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي يقربه
 المشتري فإنه يقسم على قيمتهما يوم القبض فما أصاب الحلي سقط وما أصاب الهالك لزم المشتري وان اختلفا
 في قيمة الهالك فان أقام أحدهما بينة تقبل بينته وان أقام البينة فبينة البائع أولى لانها تثبت الزيادة وان
 لم يكن لهما بينة كان القول قول البائع لانه هو المنكر لان الثمن كله كان واجبا على المشتري ثم المشتري
 يدعي زيادة السقوط بدعوى قلة قيمة الهالك والبائع ينكر ذلك فكان القول قوله وهو قياس ما ذكر في
 الأصل في رجل اشترى عبيدين وقبضهما ثم رد أحدهما بغير وجهك الاخر عند المشتري سقط عنه ثمن ما
 رد ويجب عليه ثمن ما هلك عنده وينقسم الثمن على قدر قيمتهما وان اختلفا في قيمة الهالك وأقام أحدهما

(قوله لان المستثنى منه
 عدم التحالف) أي لان
 قوله الآن يرضى البائع
 مستثنى من عدم التحالف
 اه (قوله وأن لا يحلف)
 كذا هو بخط الشارح اه
 (قوله وتكلموا أن هذا
 الاستثناء) أي وهو قوله
 الآن يشاء البائع اه (قوله
 وصارفة دبر ما قال في
 الكتاب) أي الجامع الصغير
 اه (قوله ولا يأخذ شيئا آخر)
 أي لامن قيمة الهالك ولا من
 ثمنه اه (قوله كان صادقا)
 أي وكذا لو حلف البائع
 بالله ما بعث القائم بحصته
 من الثمن الذي يدعيه
 المشتري كان صادقا اه

بينه تقبل بينته وإن أقام البينة فيبينة البائع أولى لأنها أكثر إثباتاً وإن لم يكن لهما بينة كان القول قول البائع مع عبثه لأنهما اتفقا على وجوب كل الثمن ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بدعواه أن قيمة الهالك أقل والبائع ينكر فكان القول له أيضاً وهذا الفقه وهو أن الإيمان يعتبر فيها الحقيقة لأنها تتوجه على أحد الخصمين وهما يعرفان حقيقة الحال فينبني الأمر عليها والبائع منكر حقيقة فكان القول له وفي البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الأمر فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهراً فلهذا تقبل بينته أيضاً وترجح بالزيادة الظاهرة وعند أبي حنيفة رحمه الله أن البائع إذا رضى أن يترك حصة الهالك من الثمن يتخالفان عند بعضهم على الوجه الذي ذكرنا لا يبي يوسف رحمه الله هذا إذا هلك بعضه بعد القبض وإن هلك قبله يتخالفان بالاتفاق وكذا لو رد أحدهما بعيب لأن الكل يعود إلى ملكه فلا يؤدي إلى تفريق الصفقة على البائع فعلم بهذا أن التعليل بأن السلعة اسم لجمعيها غير سديد وأما اختلافهما في بدل الكتابة فالمد كبرهنا قول أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يتخالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رضي الله عنه لأن الكتابة عقد معاوضة تقبل الفسخ وكل واحد منهما مدع على الآخر لأن المولى يدعي بدلاً زائداً والعبد ينكره والعبد يدعي استحقاق العتق على المولى عند أداء ما يقر به والمولى ينكره فيتخالفان كما إذا اختلفا في الثمن وهو قبل القبض موافق للقياس فيتعدي اليسه ولا يبي حنيفة رحمه الله أن البديل في الكتابة مقابل بفك الحجر وهو ملك التصرف والبديل الحال وقد سلم ذلك للعبد ولا يدعي على مولا شيئاً وقد بينا أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس فلا يتخالفان فيكون القول قول العبد لكونه منكر أو انما يصير مقابلاً بالعتق عند الأداء وقبله لا يقابله أصلاً حتى يقال فيه أنه اختلاف قبل القبض وهذا نظير الجرة فإنها مقابلة بالعين المستأجرة عند العقد ثم ينتقل إلى المنفعة عند الاستيفاء وكذا الكتابة ليست في معنى البيع صورة ومعنى لأن صورة البيع للاسترباح وهو مبني على التضييق والكتابة بخلافه والبيع يقبل الفسخ بعد تمامه والكتابة لا تقبل الفسخ بعد التمام فلا تكون في معناه فلا يتخالفان بوضوح أن البيع لازم من الجانبين فالصير إلى التحالف فيه مفيد حتى إذا انكسر أحدهما لزمه دعوى الآخر ولا يتحقق ذلك في الكتابة لأن المكاتب إذا انكسر لا يلزمه شيء لأنه من الفسخ بالتعجز والدين فيه غير لازم حتى لا تجوز الكفالة به ولا نسلم أنه معاوضة مطلقاً لأن الكل مال المولى من وجه فلا يكون في معنى البيع فإذا انعدم التحالف وجب اعتبار الدعوى والانكار فيكون القول للمتكسر وهو العبد وإن أقام أحدهما بينة تقبل بينته لأنه نوردها بدعواه وإن أقام البينة كانت بينة المولى أولى لأنها تثبت الزيادة لأنه إذا أدى قدر ما أقام البينة عليه يعتق لأنه أثبت الحرية لنفسه عند أداء هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار نظير ما لو كاتبه على ألف درهم على أنه إن أدى خمسمائة يعتق ولا يتبع أن يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرنا وكما لو استحق بدل الكتابة فإن الحرية لا ترتفع بعد النزول ويجب عليه البديل وأما إذا اختلف في رأس المال بعد إقالة السلم فلان الإقالة في باب السلم ليس ببيع بل هو إبطال من كل وجه فإن رب السلم لا يملك المسلم فيه بالإقالة بل يسقط فلم يكن فيها معنى البيع حتى يتخالفا فاعتبر فيه حقيقة الدعوى والمسلم إليه هو المنكر حقيقة فكان القول له ولا يعود السلم ولأن المقصود من التحالف فسخ العقد حتى يعود كل واحد منهما إلى رأس ماله وإلى الإشارة النبوية بقوله عليه الصلاة والسلام تحالفوا تراذوا والتحالف في الإقالة في السلم لا يفيد هذا المقصود وهو فسخ الإقالة لأن الإقالة في السلم بعد نفاذها لا تحتمل الفسخ بسائر أسباب الفسخ ألا ترى أنهم لو قالوا لا نقضنا الإقالة لا تنقض وكذا لو كان رأس المال عرضاً قبضه المسلم إليه ثم رده عليه بعيب بقضاء قاض ثم هلك قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم فكذلك التحالف لا تنقض الإقالة ولا يعود السلم بخلاف الإقالة في البيع حيث تنقض هذه النواقض والفقه فيه أن المسلم فيه سقط بالإقالة فلما انقضت الإقالة لكان حكمه انفساخها عوداً للمسلم فيه والساقط لا يحتمل العود بخلاف الإقالة في البيع لأنه عين فأمكن عوده إلى ملك

(قوله فينبني الأمر عليها)
أي ثلاً يلزم الأقدام على
القسم بجهالة امر (قوله لأن
الشاهدين لا يعلمان
حقيقة الأمر) أي فجاز أن
يكون الحال في الواقع على
خلاف ما ظهر عندهما
بهزل أو لجهة أو غير ذلك
اه

المشتري قال رجه الله (وان اختلفا في مقدار الثمن بعد الاقالة تحالفا) معناه اذا اختلفا بعد ما تقابلا قبل قبض المبيع بحكم الاقالة فانهم ايتحالفان اذا لم يكن لهما بينة ويعود المبيع الاول لان التحالف قبل القبض موافق للقياس لما أن كل واحد منهما امتنع ومنكر فيستعدي الى الاقالة كما يستعدي الى الاجارة والى الوارث والى قيمة المبيع فيما اذا استهلك المبيع غير المشتري ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله وعند محمد رجه الله يتحالفان لانه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا قال رجه الله (وان اختلفا في المهر قضى لمن برهن) أي لمن أقام البينة لانه نورد عواهبها وهي كسبها مبينة قال رجه الله (وان برهنها للمرأة) أي اذا أقام البينة كانت بينة المرأة أولى لانها ثبتت الزيادة والبيانات للآثبات فكانت أولى هذا اذا كان مهر المثل يشهد للزوج بأن كان مثل ما يدعى الزوج أو أقل لان الظاهر يشهد للزوج وبينه المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت أولى وان كان مهر المثل يشهد لها بأن كان مثل ما تدعيه أو أكثر كانت بينة الزوج أولى لانها تثبت الخط وهو خلاف الظاهر والبيانات للآثبات على ما بينا وان كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بان كان أقل مما ادعت به المرأة أو أكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح أنهم ما يتأثران لانهم استويا في الآثبات لان بينهما ثبتت الزيادة وبينته ثبت الخط فلا تكون احدهما أولى من الاخرى قال رجه الله (وان عجزا) أي عن إقامة البينة (تحالفا ولم يفسخ النكاح) لان عين كل واحد منهما ينتفي به ما يدعيه صاحبه من التسمية فيبقى العقد بلا تسمية وذلك غير مفسد للنكاح فلا حاجة الى الفسخ بخلاف المبيع قال رجه الله (بل يحكم مهر المثل فيقضى بقوله لو كان كما قال أو أقل ويقولها لو كان كما قالت أو أكثر به لو بينهما) أي بين ما قالت هي وبين ما قاله هو لانه لما انتفى بيمينها التسمية احتج الى تحكيم مهر المثل فيقضى بقول من يشهد له مهر المثل وان لم يشهد لواحد منهما بان كان أقل مما ادعت أو أكثر مما أقر به فوضي بذلك وهذا يخرج الكرخي رجه الله ونخرج الرارزي خلاف ذلك فانه يبدأ باليمين أو لا فيجعل القول لمن يشهد له الظاهر وهو مهر المثل مع عينه وان لم يشهد لواحد منهما بان كان بينهما تحالفا ويبدأ بعين الزوج لتجمل الفائدة وقد بيناه مفصلا في النكاح وعند أبي يوسف رجه الله لا يتحالفان ويكون القول قول الزوج مع عينه إلا أن يأتي بشئ مستسكر وقد بيناه في النكاح قال رجه الله (ولو اختلفا في الاجارة قبل الاستيفاء تحالفا) يعني قبل استيفاء المنافع لان الاجارة قبل قبض المنفعة نظير المبيع قبل قبض المبيع من حيث ان كل واحد منهما امتنع على صاحبه ومنكر لما يدعيه صاحبه ومن حيث انهم ما يحتملان الفسخ وهما مقدم معاوضة فان قيل قيام العقود عليه شرط للتحالف والمنفعة معدومة فوجب أن لا يجري فيها التحالف قلنا في المدوم يجري التحالف كما في السلم ولأن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها فصار كأنها قائمة ثم ان كان الاختلاف في الاجرة يدئ بيمين المستأجر وان وقع في المنفعة يدئ بيمين المؤجر وأيهما نكل لزمه دعوى الآخر وأيهما أقام البينة تقبل بينته وان أقامها فبينة المؤجر أولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان الاختلاف في المنفعة فبينة المستأجر أولى وان كان الاختلاف فيهما فبينة المؤجر أولى في الاجرة وبينة المستأجر أولى في المنفعة لان البينة للآثبات فما كان أكثر آثباتا كان أولى قال رجه الله (وبعده لا والقول قول المستأجر) أي ان اختلفا بعد استيفاء المنافع لا يتحالفان وكان القول قول المستأجر مع عينه لان فائدة التحالف الفسخ والمنافع المستوفاة لا يمكن عقد الفسخ فيها فامتنع التحالف وهذا عندهما ظاهر لان هلاك العقود عليه منع التحالف عندهما وكذا عند محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد وبالفسخ يرتفع العقد فيتبين أنه لا عقد فاذا امتنع التحالف كان القول قول المستأجر لانه هو المنكر قال رجه الله (والبعض معتبر بالكل) معناه اذا استوفى بعض المنافع وبقي البعض يعتبر بكل واحد منهما بالكل حتى يمنع التحالف في المستوفى ويكون القول فيه قول المستأجر كالأستوفى في الكل

(قوله فيما اذا استهلك المبيع غير المشتري) أي واختار المشتري بقاء العقد وأخذه القيمة ثم اختلفا في الثمن اه (قوله ثم ان كان الاختلاف في الاجرة) أي بأن قال المؤجر أجرتك بعشرة وقال المستأجر بل بخمسة اه (قوله لا يمنع عنده) أي التحالف اه

ويجوز التحالف في الباقي ويفسخ العقد فيه كما إذا لم يستوف شيئا وهذا بالاجماع فأبو يوسف رحمه الله من
 على أصله في هلاله بعض المبيع فإن التحالف فيه عنده يتقدر بقدر الباقي فكذلك هنا وهما خالفاً لأصلهما
 في المبيع والفرق لحد رهنه الله ما بينهما في استيفاء الكل من أن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد فلو تحالفا
 لا يبقى العقد فلم يمكن إيجاب شيء والفرق لا يحنيفة رحمه الله أن العقد في الإجارة ينقصد ساعة فساعة
 على حسب حدوث المنافع فمصدر كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقد امتدأ على حدة فلا يلزم من تعذر
 التحالف في الماضي التعذر فيما بقي إذ هما في حكم عقدين مختلفين فيتحالفاً فيه بخلاف ما إذا هلك
 بعض المبيع حيث يمنع التحالف فيه عنده في الكل لأنه عقد واحد فإذا امتنع في البعض امتنع في الكل
 ضرورة كذا لا يؤدي إلى تفرق الصفقة على البائع على ما بينا قال رحمه الله (وان اختلف الزوجان في متاع
 البيت فالقول لكل واحد منهما فيما يصلح له) لأن الظاهر يشهد له ولا فرق في ذلك بين أن يكون النكاح
 قائماً بينهما أو لم يكن قائماً وما يصلح للرجل العامة والقباء والغلسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة
 والكتب والقوس والدرع الخدي فيكون القول فيه أقوله مع عيینه لما بينا وما يصلح للمرأة الحمار والدرع
 والاساور وخواتم النساء والحلي والخنخال وأمثال ذلك فإن القول فيها قولها مع عيّنهما ما ذكرنا إلا إذا كان
 الزوج يبيع هذه الأشياء فلا يكون القول قولها لتعارض الظاهرين وكذا إذا كانت المرأة تبيع ما يصلح
 للرجال لا يكون القول قوله في ذلك قال رحمه الله (وله فيما يصلح لهما) أي إذا اختلفا فيما يصلح لهما كان
 القول قوله لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب البيت في الدواوير بخلاف ما يختص بالمرأة
 لأن ظاهره يقابله ظاهراً آخر من جهة تافيت عارضان فترجح بالاستعمال من جهة ما والذي يصلح لهما الفرس
 والامتنعة والأواني والرقيق والعقار والمواشي والنقود قال رحمه الله (فإن مات أحدهما للحى) أي إذا
 مات أحد الزوجين واختلف الحى منهما مع ورثة الآخر كان المتاع للحى ومراده من المتاع ما يصلح لهما وهو
 المشكل وما لا إشكال فيه وهو ما يصلح لأحدهما ولا يصلح للآخر فهو على ما كان قبل الموت وتقوم ورثته
 مقامه فيه وهذا عند أي حنيفة رحمه الله وخالفه أبو يوسف في المشكل فقال يدفع إلى المرأة من المشكل
 ما يجزئ به مثلها والباقي للزوج مع عيّنه ولو ورثته بعد موته وقال محمد مثل ما قال أبو حنيفة أن ما يصلح
 لأحدهما فهو له وما يصلح لهما فهو للزوج إلا أن قوله هذا لا يختلف بين أن يكون في حياتهما أو بعد موت
 أحدهما بخلافه أنهم اتفقوا أن ما يصلح لأحدهما فهو لمن يصلح له في الحياة والموت حتى تقوم ورثته مقامه
 واختلفوا فيما يصلح لهما فأبو حنيفة رحمه الله جعل للزوج في حال حياتهما والباقي منهما بعد موت أحدهما
 ومحمد رحمه الله جعل للزوج في الحالتين وأبو يوسف رحمه الله جعل منه للمرأة قدر ما يجزئ به مثلها في الحالتين
 لأنها تأتي بالجهاز عادة فكان الظاهر شاهد لها وهو أقوى من ظاهر يد الزوج فيبطل به ظاهره ولا معارض
 في الباقي فيعتبر ولهما في الاستواء بين الحالتين أن الورثة يقومون مقام الميت لأنهم خلفاؤه فلا تغير
 الحكم في المشكل بالموت كما لا يتغير في غير المشكل ولا يحنيفة رحمه الله أن يد الباقي منهما أسبق إلى
 المتاع لأن الوارث ثبتت يده بعد موت المورث فيقع به الترجيح كما يقع بالصلاحيّة للاستعمال على ما بينا بل
 أولى لأن اليد رجحاناً مطلقاً حتى يرجح به في غيره هذا الباب بخلاف الصلاحيّة ولأن يد الباقي منهما يد
 نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث فلا يعارض الأصل وقال زفر رحمه الله المشكل بينهما نصفان
 والباقي مثل ما قال أبو حنيفة رحمه الله وعنه أن المتاع كله بينهما نصفان وبه قال مالك والشافعي لأنهما
 استويا في سبب الاستحقاق إذ هما ساكنان في بيت واحد والبيت مع ما فيه في أيديهما ولا معتبر بالشبهة في
 الخصومات ألا ترى أن أسكافاً وعطاراً واختلفا في آلة الأساكفة أو آلة العطارين وهي في أيديهما قاضى
 بينهما نصفان ولا ينظر إلى ما يصلح لأحدهما لأنه قد يتخذ لنفسه أو للبيع فلا يصلح مرجحاً وقال الحسن
 البصري المتاع كله للمرأة وليس الرجل إلا ما عليه من ثياب بدنه لأن المرأة هي الساكنة فيه ولهذا تسمى
 قعيدها ويد صاحب البيت على ما في البيت أقوى وأظهر من يد غيره وفي الدواوير يقدم صاحب اليد وقال

(قوله إلا إذا كان الزوج
 يبيع هذه الأشياء) أي أو
 كان صانعاً لها اهـ

(قوله ونخر الاسلام) ليس كذلك بل الذي ذكره نخر الاسلام أنه لنخره كذا نقله لم يكتب المحقق

فصل أي فيمن لا يكون خصما في لما ذكر أحكام من يكون خصما (٣١٣) شرع فيمن لا يكون خصما وقدّم الأول

لأن الكتاب كتاب الدعوى وهي عبارة عن الخصومة بخبر الكلام إلى ذكر من لا يكون خصما فذكر بعده اه اتقاني (قوله في المتن وبرهن عليه) فإن لم يكن له بينة على ذلك لم تندفع عنه الخصومة الأعلى قول ابن أبي ليلى لأنه متهم في ذلك لدفع الخصومة عن نفسه فلا يسمع من غير حجة (قوله في المتن) دفع خصومة المدعى قال الاتقاني هذه مسألة القدوري ثم قال هذا الذي ذكره القدوري إذا كان العين قائما أما إذا هلك فلا تندفع الخصومة بدعوى هذه الأشياء ألا ترى إلى ما ذكر في الجاهل مع في باب الرجل يكون خصما فيما لو هلك في يده عبد فادعى إنسان عليه ضمان العبد وأقام ذو البيئته أنه كان ودبعة فلان ونحوه لا تندفع الخصومة عنه لأنه يدعى الدين في ذمته ويجوز أن يكون هو مودع الغاصب فيكون ضامنا له وقد نص الشارح على حكم هلاك العين قربا من هذه القولة في الشرح بقوله فصارت نظير ما لو ادعاه بعد هلاكها يعني فإنه لا تندفع الخصومة فيه بالاتفاق فقد قاس ابن شبرمة المختلف فيه على

ابن أبي ليلى المتاع كله للزوج كيفما كان لأن المرأة في يد الزوج فبقي البيت أيضا يكون في يده وإن كان البيت لها. ألا ترى أنه صاحب البيت وأن البيت يضاف إليه فصار بمنزلة المؤجر مع المستأجر إذا اختلفا في متاع المنزل فإن القول للمستأجر لكونه مضافا إليه بالسكنى وليس للمؤجر سوى ما عليه من ثياب يده فكذا هذا وهذه هي السبعة وقد ذكرنا الأقاويل السبعة بحمد الله تعالى قال رحمه الله (ولو أحدهما مملوك كالفحل في الحياة والحي في الموت) أي لو كان أحد الزوجين مملوكا واختلفا في متاع البيت كان المتاع للحرة في حال حياتهما وللحي منهما بعد موت أحدهما أيهما كان لأن يد الحرة أقوى لأنهم يملك ولا كذلك يد المملوك وأما إذا مات أحدهما فلا بد للميت فخلت يد الحي عن المعارض فكان للحي منهما هكذا ذكر المحكم في الهداية والجامع الصغير لصدر الشهيد وصدر الاسلام وشمس الأئمة الحلواني ونخر الاسلام وقاضيخان. وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرح الجامع الصغير وكذلك ان مات أحدهما كان المتاع للحرة منهما ثم قال وفي بعض النسخ للحي منهما وهو سهو وهذا على إطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله وقال العبد المأذون له في التجارة والمكاتب كالحرة لأن لهما ما يدعى في الخصومات ولهذا لو اختصم الحرة والمكاتب في شيء وهو في أيديهم ما يقضى به بينهما الاستواء ما في اليد ولو كان في يد ثالث وأقاما البيئتين استويا فيه حتى يقضى به بينهما فكذا في متاع البيت وأبو حنيفة رحمه الله يقول إن يد المملوك لا تكون مساوية ليد الحرة فإن يده يدين نفسه من كل وجه ويد المملوك يد الغير وهو المولى من وجه ولأن يد الحرة يملك حقيقة ويد المملوك ليست به يملك فكانت يد الحرة أقوى فترجحت به في حق متاع البيت ألا ترى أنها ترجح بالصلاحيية فهذا أولى أن يترجح به بخلاف سائر الخصومات فإنها لا ترجح بالصلاحيية فكذا لا ترجح بالحرية لأن الظاهر هنا يشهد بالاستعمال فكانت الصلاحيية والملك فيه أقوى دلالة عليه فترجحت وبهذا يجاب عن قول زفر ومن قال بقوله في استدلالهم على التصفيف باختلاف العطار والاسكاف في آله أحدهما فيما تقدم والله أعلم

(فصل) قال رحمه الله (قال المدعى عليه هذا الشيء أو دعيه أو أجره أو أجزائه فلان الغائب أو رهنه أو غصبه منه وبرهن عليه دفع خصومة المدعى) لأنه أثبت بيئته أن العين وصلت إليه من جهة الغائب وأن يده ليست بيد خصومة فصارت كما إذا أقر المدعى بذلك أو أثبت ذوال اليد اقراره والشرط اثبات هذه الأشياء دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الأشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تسدفع وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة ولو أقام البيئته لأنه بظاهر يده صار خصما ولا يخرج عنه بأقامة البيئته لأن الملك لا يثبت بها للغائب لعدم الخصم عنه ولا ولاية لأحد في ادخال الشيء في ملك غيره بغير رضاه وخروجه من أن يكون خصما في ضمن ثبوت الملك لغيره فلا يثبت المتضمن بغير أصله كالوصية الثابتة في ضمن البيع بالمحاباة تبطل بطلان البيع فصارت نظير ما لو ادعاه بعد هلاكها وأدعى عليه الفعل كالغصب ونحوه وقال ابن أبي ليلى لا تندفع الخصومة باقراره للغائب من غير إقامة البيئته لأن كلامه اقرار منه بالملك للغائب والاقرار موجب للحق بنفسه تلوه عن التهمة فالحق بالبيئته فيثبت ما أقر به بمجرد الاقرار ألا ترى أن من أقر بعين لغائب ثم أقر به الحاضر فرجع الغائب وصدقه يؤمر بالتسليم إليه وكذا الصحيح لو أقر لغيره بشيء فرفض فصدقه المقر له في مرضه كان اقراره اقرارا صحيحا وكذا لو أقر بشيء للشخص ثم غاب يقضى عليه به ويؤخذ من ماله ولو لم يكن اقراره موجبا بنفسه لما كان كذلك ولأنه لا يخفى لو أن يكون صادقا أو كاذبا فإن كان صادقا فلا خصومة بينهما وإن كان كاذبا فإقراره على نفسه صحيح فيثبت به أن يده يحفظ لا بد خصومة قلنا إن بيئته أثبت أمرين الملك للغائب وهو ليس بخصم فيه فلا يثبت

(٤٠ - زيلعي رابع) المتفق اه (قوله دون هذه الأشياء) أي الأبداع والأجارة والاعارة اه (قوله وكذا لو أقر بشيء للشخص) أي عند القاضي كما سيأتي في صفحة هذه القولة في الشرح اه (قوله قلنا) هذا جواب عن قول ابن شبرمة اه

(قوله وقال أبو يوسف آخر الخ) وقول أبي يوسف أولاً كقول أبي حنيفة ومحمد إذا أقام البيعة أن فلاناً أو دعه يعرفه باسمه ووجهه حيث تقبل الشهادة أو تندفع الخصومة أه اتقاني (قوله وان كان معروفاً بالجيل) أي بالتزوير اه غاية (قوله رجع الى هذا القول) أي أبو يوسف اه (قوله لان الخصومة توجهت) (٣١٤) الذي بخط الشارح لانها توجهت اه (قوله وعند أبي حنيفة تندفع

ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه فيثبت في حقه كولو كيل بنقل المرأة أو الامسة اذا أقامت بيعة على الطلاق أو العتاق تقبل في حق قصير يد الوكيل دون ثبوت الطلاق أو العتاق على ما بينا من قبل فصار كأن المدي أقر بذلك أو أثبت اقراره به وهذا لان مقصود ذي اليد اثبات يد حافظة لنفسه لا اثبات الملك للغائب وهو خصم في اثبات يده فيثبت دون الملك للغائب ولا يمكن دفعها بمجرد اقراره لان الخصومة توجهت عليه بظاهر يده ولهذا لا يجبر بالحضور ويؤخذ منه الكفيل فلا يقدر على دفعها الا بحجة كما اذا ادعى احواله غريمه على غيره ولا بد دفعها بالبيعة يؤدي الى اواء الحقوق لان أحدا لا يجزئ عنه وقوله وخروجه من أن يكون خصماً في ضمن ثبوت الملك لغيره الخ فلما ثبت ثبوت الملك يتوقف على قبوله فيتوقف بموجبه واندفاع الخصومة منها فيتوقف عليه حتى اذا صدقه تبين أن ملكه كان ثابتاً من وقت الاقرار وان يده كانت حافظة لا يندفع الخصومة ولهذا يؤمر بالتسليم الى المقر له اذا حضر وبعتبر حاله من الصحة والمرض في تلك الحالة ويسلم القاضي المقر به الى المقر له اذا غاب المقر بعد اقراره عنده بخلاف ما اذا ادعى العين بعد هلاكها عنده حيث لا تندفع الخصومة عنه وان أقام بيعة على انها كانت وديعة عنده بالاتفاق لان المدي بعد هلاك العين يدعى عليه القيمة وهي في ذمته ألا ترى أن القاضي يقضي بها على مودع الغاصب فلا يبين أن ذمته كانت لغيره وفي العين يتبين وبخلاف ما اذا ادعى الفعل عليه كالغصب وغيره لان ذا اليد صار خصماً للمدي باعتبار دعوى الفعل عليه فلا تندفع الخصومة باقامة البيعة أن العين لغيره ألا ترى أن دعوى الفعل تجوز على غير ذي اليد فلا تندفع بالتحويل ودعوى الملك لا تجوز فتندفع بالتحويل لانه صار خصماً له باعتباره يده فاذا أثبت بالبيعة أن يده حافظة وليست يندفع الخصومة اندفعت الخصومة عنه وقال أبو يوسف رحمه الله آخر ان كان المدي عليه صالحاً فالجواب كما ذكرنا وان كان معروفاً بالجيل والافتعال لا تندفع عنه الخصومة وان أقام بيعة أن العين للغائب لان المحتال من الناس يأخذ مال غيره غصباً ويدفعه سرا الى غريب يريد أن يغيب من البلد ويواعد أن يرده اليه على رؤس الاشهاد لم يكن له الا الشهادة على أن هذا الشيء أو دعه غيره عند ما يدعيه صاحبه فيضيع بذلك ماله فيجب على القاضي أن يتطرق في أحوال الناس ويعمل بمقتضى حالهم رجع الى هذا القول بعد ما ولي القضاء وابتلى بامور الناس وليس الخبر كالعيان وهذا كله فيما اذا قال الشهود تعرف صاحب المال وهو المودع أو المغير باسمه ونسبه ووجهه لان المدي يمكنه أن يتبعه وان قالوا لا نعرفه بشيء من ذلك لا يقبل القاضي شهادتهم ولا تندفع الخصومة عن ذي اليد بالاجماع لانهم ما أطالوا المدي على رجل معروف يمكن مخاضته ولعل المدي هو ذلك الرجل ولو اندفعت لبطل حقه ولانه لو كان المدي هو المودع لا يبطل وان كان غيره يبطل فلا يبطل بالشك والاحتمال دفعاً للضرر عنه ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه لا تندفع الخصومة عند محمد لانها توجهت عليه باليد فلا تندفع عنه الا اذا أحواله على معروف يمكن الوصول اليه كما لا يتضرر المدي والمعرفة بوجهه فقط لا تكون معرفة ألا ترى قوله عليه الصلاة والسلام لرجل أتعرف فلاناً فقال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه وكذا لو حلف لا يعرف فلاناً وهو لا يعرفه الا بوجهه لا يثبت فاذ لم يكن معروفاً الا بوجهه عند الشهود لا يمكن المدي من اتباعه فيتضرر بالادعاء عنه وعند أبي حنيفة رجه الله تندفع الخصومة عنه لان ذا اليد أثبت بيئته أن العين

الخصومة الخ قال الاتقاني فان قال الشهود نعرف فلاناً للغائب بوجهه ولكن لا نعرف اسمه ونسبه فكذلك تندفع الخصومة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه ثبت وصول العين الى ذي اليد من جهة غير المدي فثبت أن يده بغيره وأنه ليس بخصم وهذا يكفي لدفع الخصومة كما لو أقر المدي بذلك تندفع الخصومة فكذلك هذا وعند محمد لا تسمع هذه البيعة ما لم يذكر اسم الغائب ونسبه لان ذا اليد خصم باعتبار اليد وهو ملك نقل الخصومة الى غيره أما لا يمكن ابطال الخصومة لانه حق المدي ومتى صار الغائب معروفاً بالاسم والنسب كان نقلاً واذا لم يصير معروفاً لا يمكن المدي من الخصومة معه فيكون ابطال الحق المدي وان قال الشهود أو دعهما رجل لا نعرف اسمه ولا نعرفه بوجهه وقال ذواليد أعرفه بوجهه لا تندفع الخصومة لان هذه شهادة للجهول ولعل المودع هو المدي فعلى اعتبار كون المدي هو المودع

لا تندفع الخصومة واليد دليل الخصومة فلا تندفع الخصومة بالشك وان قال الشهود نعرفه بوجهه وقال ذواليد أخذها لأعرفه بوجهه لا تقبل لانهم شهدوا بزيادة على ما يدعيه ذواليد فصار مكذباً بالهف في بعض شهادتهم فان قال ذواليد أعرفه بوجهه وشهوده شهدوا أنه أو دعهما رجل فالقاضي يسأل الشهود هل تعرفونه بوجهه فان قالوا نعم قبلت شهادتهم والا فلا تقبل وان شهدوا على المدي أنه أقر أن رجلاً دفع اليه تقبل وتندفع الخصومة لان الثابت بالبيعة كالثابت بمعينة ولو أقر المدي عند القاضي أن رجلاً دفعه اليه لأعرفه

أخذها من غير المدعي وان يده يحفظ اذا شهد بغير فون المودع بوجهه ويقولون انه غير هذا المدعي ومقصود ذي اليد اثبات بدخاظة وان العين ليست لهذا الحاضر وهذه البيعة كافية لهذا المقصود وحصول الضرر للمدعي بعدم التمكن من اتباعه مضاف الى نفسه حيث نسي خصمه أو الى شهوده حيث لم يعينوا له خصمه فأضر رايه ونحن لا نسلم انه عثله لا يثبت التعريف ولكن ليس تعريف خصمه على ذي اليد وإنما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وأن يده يحفظ وذلك يحصل عثله ولا يحتاج فيه الى معرفته من كل وجه وينبغي أن يكون قول أبي يوسف على هذا التفصيل الذي ذكرنا وتسمى هذه المسئلة الخمسة كتاب الدعوى لان فيها خمس صور من دعوى الوديعة والعمارية وغيرهما وفيها اختلاف خمسة من الأئمة وقد بيناهم بحمد الله تعالى قال رحمه الله (وان قال ابتعته من الغائب أو قال المدعي غصبته أو سرق مني وقال ذواليد أو دعنيه فلان وبرهن عليه لا) أي لا تندفع الخصومة في هذه الصور وان أقام المدعي عليه بيعة أنه أودعه فلا تالان ذا اليد في المسئلة الأولى بدعواه الشراء من الغائب صار معترفا بان يده يملك فيكون معترفا بأنه خصم وفي المسئلة الثانية أن المدعي لما قال لصاحب اليد غصبته مني صار ذواليد خصما باعتبار دعوى الفعل عليه وفيه لا يمكنه الخروج عن ابالاحالة على غيره لان اليد في الخصومة فيها ليس بشرط حتى تصح دعواه على غير ذي اليد ولا تندفع الخصومة بانتفاء يده حقيقة بخلاف دعوى المالك المطلق وقد ذكرنا من قبل ولو أقام الخارج البيعة ف قضى له به ثم جاء المقر له الغائب وأقام بيعة على ذلك تقبل بيعة لان الغائب لم يصرمقضا عليه وانما قضى على ذي اليد خاصة وفي المسئلة الثالثة قول المدعي سرق مني يكون دعوى الفعل عليه في المعنى استحسانا وانما جهر له بالبناء للفعول لاجل الستر عليه كيلا يقطع قصار كانه قال له سرقه مني وقال محمد تندفع الخصومة عنه وهو القياس لانه لم يدع عليه الفعل فصار كالموقوف على البناء للفعول ووجه الاستحسان ما بيناه وهذا بخلاف مسئلة الغصب لانه لم يدع عليه الفعل وليس فيه ما يوجب العدول عنه اذا الحد لا يجب على فاعله فلا يحترز عن كشفه ولو ادعى انه اشتراها من ذي اليد وقبضها ونقد الثمن وأقام ذواليد البيعة أن فلانا أودعها اياه اندفعت الخصومة وان ادعى على ذي اليد فعلا لان المدعي عقد استوفى أحكامه فصار كالدعوى فكان كدعوى ملك مطلق حتى لو لم يشهدوا على قبضه لم تندفع قال رحمه الله (وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال ذواليد أو دعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة) لاتفاقهما على أن أصل الملك لغير المدعي فيكون وصوله الى يده من جهة غير المدعي ضرورة فلم يكن ذواليد خصما ولا للمدعي أخذه من يده إلا أن يقيم البيعة ان فلانا وكله بقبضه فإخذه لكونه أحق بالحفظ ولو صدقه ذواليد في شرائه منه لا يأمره القاضي بالتسليم اليه حتى لا يكون قضاء على الغائب باقراره وهي عجيبة ولو قال ذواليد أو دعنيه وكيل فلان ذلك لا تندفع الخصومة الا بيعة لان وصول الدار الى يده يدعي اليه لم يثبت من جهة من اشترى هو منه لانكار ذي اليد ولا من جهة وكيله لانكار المدعي وكذا لو أثبت بالبيعة انه دفعها الى الوكيل ولم يشهدوا أن الوكيل دفعها الى ذي اليد بخلاف المسئلة الأولى وهي مسئلة الكتاب لان وصول العين اليه من جهة الغائب ثبت بتصادقهما باقرار ذي اليد نصا وبقرار المدعي ضرورة لان الشراء منه لا يصح ما لم يكن المبيع في يده وانما ظاهر أنه وصل اليه من جهة ولو قال ذواليد ان فلانا أودعني العين فقال المدعي كان أودعك اياها ثم وهبها منك أو باعك اياها وانكر ذواليد استخلف بالله ما وهبها له ولا باعها منه فان نكل عن اليمين جع له خصما لان نكوله كإقراره بذلك وقد بينا ان إقراره بالشراء اعتراف منه بأنه خصم وان حلف لم يكن خصما ولا يحتاج لإقامة البيعة بالوديعة لإقرار المدعي بها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب ما يدعيه الرجلان

قال رحمه الله (برهننا على ما في يد آخر قضى لهما) يعني اذا ادعى اثنان عينا في يد غيرهما وزعم كل واحد

باب ما يدعيه الرجلان

لماذا كرفيما تقدم دعوى الواحد شرع في دعوى الاثنان لان المثني بعد الواحد اه غايه (قوله وعن الشافعي انهما تهازرا) أي ويجب القسمة بينهما على قوله اه غايه

(قوله وعنه أنه يقرع بينهما) قال الاتقاني بعد حكاية هذين القولين عن الشافعي ويتوقف على الصلح على قول كذا في وجيزهم اه (قوله فتعين التامر) أي لان القاضي يتقن بكذب (٣١٦) احدي البيئتين فلم يمكنه تعيين الصادقة من الكاذبة اه غايه (قوله كما في دعوى

منهما انهما ملكه ولم يذكر اسباب الملك ولا تاريخه فضى بالعين بينهما لعدم الاولوية وعن الشافعي انهما يتهاثران وعنه أنه يقرع بينهما لان احدي الطائفتين كاذبة يتقن لاستحالة أن يملك شخصان عينا واحدا كل واحد منهما كاهما فتعين التامر لعدم الاولوية كما في دعوى النكاح أو المصير الى القرعة لما روى أنه عليه الصلاة والسلام أقرع بين رجائين تنازعا في أمة وأقام كل واحد منهما ما بينة أنه قال اللهم أنت تقضى بين عبادك بالحق ثم قضى بهما المخرجت فرعته ولان القرعة لتعيين المستحق أصل في الشرع كما في القسمة وقال مالك رحمه الله يقضى لأحد لهما بينة لان الشهادة تصير حجة بالعدالة فالأعدل أقوى في الحجة فلا يراجعه الضعيف وقال الاوزاعي يقضى لمن كان شهودا أكثر عددا لان طمأنينة القلب الحاصلة به أرجح ولنا ما روى عن أبي موسى أن رجلاين ادعى باعيرا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث كل واحد منهما شاهدين فقسمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين رواه أبو داود وعن أبي موسى أن رجلاين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في دابة ليس لواحد منهما بينة ففعلها بينهما نصفين رواه أبو داود والنسائي وأحمد وغيرهم ولانهم استوبا في سبب الاستحقاق وهو قائل للاشتراك فيستويان في الاستحقاق كالموصى لهما بأن أوصى لكل واحد منهما بالثلث فانه يقسم الثلث بينهما نصفين وكذا الغريماني في التركة بخلاف النكاح لانه لا يقبل الاشتراك فتعين التامر ولان البيئتين من حجج الشرع فيجب العمل بهما ما أمكن وقد أمكن هنا لان الايدي قد تتوالى في عين واحدة في أوقات مختلفة فيعتمد كل فريق ما شاهد من السبب المطلق للشهادة وهو اليد فيحكم بالنصف بينهما ولا يجوز الترجيح بكون الشهود أعدل لحصول المقصود بالكل وهو الامتناع عن الكذب وكذا لا يجوز الترجيح بكثرة العدد لان الترجيح يكون بقوة في الدليل لا بكثرته وما روى أنه عليه الصلاة والسلام أقرع بينهما أن صح فهو محمول على أنه كان في وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ بانتسخ القمار ألا ترى أن القرعة لتعيين الاستحقاق بها لا يجوز لكونها اقاراف كذا التعيين المستحق وانما يقرع في القسمة لتطبيب القلب ونفي التهمة لا للاستحقاق ألا ترى أن للإمام أن يقسم بلا قرعة فلا يكون ذلك من باب القمار قال رحمه الله (وعلى نكاح امرأ أمسقاطا وهي لمن صدقت أو سبقت بينته) يعني لو أقام اثنا بينة على ان هذه المرأة زوجته تهاثرت البيئتان لتعذر القضاء بهما اذا النكاح لا يقبل الاشتراك وهي زوجة لمن صدقته منهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع الى تصديقهما فيجب اعتبار قولها ان أحدهما أزوجهما أو أسبقهما نكاحا اذا كانت في بيت أحدهما أو دخل بها أحدهما فيكون هو أولى ولا يعتبر قولها لان تمكنه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عقده الآن بغير الاخر البينة أنه تزوجهما قبله فيكون هو أولى لان الصريح يفوق الدلالة فلا يعتبر معه فصارت نظير ما لو ادعى رجل نكاح امرأه فأقام بينة فحكم له به حتى لا يقبل دعوى أحد النكاح فيما بعد لم يكن أقوى لاتصال القضاء بهما وهو المراد بقوله أو سبقت بينة أحدهما لانها لما سبقت وحكم بها تأكدت فلا تنقض بغير المؤكدة الا اذا أثبتت الثانية أن نكاحه أسبق فيثبت تكون أولى لان الثابت بالبينه كالثابت عينا بالخاصة له أنه ما اذا تنازعا في امرأه فأقاما البينة فأن أتما وكان تاريخ أحدهما أقدم كان هو أولى وان لم يثبت تاريخا أو استوى تاريخهما فان كان مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها الى منزله كان هو أولى وان لم يوجد شيء من ذلك يرجع الى تصديق المرأة قال رحمه الله (وعلى الشراء منه لكل واحد منهما نصفه بنصف الثمن ان شاء وان شاء ترك لانهما استوبا في من ذى اليد بالتاريخ كان لكل واحد منهما نصفه بنصف الثمن ان شاء وان شاء ترك لانهما استوبا في السبب وجب على القاضي أن يقضى بينهما التعذر القضاء بكله لكل واحد منهما على ما بينا فيخير كل

الشكاح) يعني لو شهد لكل واحد منهما شاهدان على نكاح امرأه اه (قوله ولانهم استوبا الخ) قال شيخ الاسلام خواجه زاده في مبسوطه وكذلك على هذا الخلاف خارجا ادعى نتاج دابة وأقاما البينة جميعا وكذلك اذا ادعى الشراء من واحد وأقاما جميعا البينة والدار في يد ثالث ولم يعرف سبق أحدهما اه اتقاني (قوله في المستن أو سبقت بينته) لو قال كالأ سبقت بينته لكان أولى اه تأمل (قوله وهي زوجة لمن صدقته منهما) قال شيخ الاسلام علام الدين الاسيحي في آخر باب اختلاف الاوقات في الدعوى من شرح الكافي ولو ادعى رجلان عبدا في أيديهما ولا بينة لهما فقال العبد أنا لأحدهما هذا بعينه لم يصدق وهو لهما لان أيديهم ما دليلا للمالك على العبد لانه ليس له بدافعة فلا يقبل قوله بخلاف ما لو ادعى امرأه في أيديهما فأقرت لأحدهما حيث يقضى به لان المرأة ليست في يد أحد لانها في نفسها فيعتبر اقرارها بالزوجية اه اتقاني (قوله لتعذر القضاء بكله لكل واحد منهما) أي فان اختارا لاخذ

رجع كل منهما على البائع بنصف الثمن ان كان نقده الثمن وان لم ينقده أدى كل واحد منهما نصف الثمن وان اختار واحد الرسم الدار كاهما للبائع ورجع كل واحد منهما على البائع بجميع الثمن ان كان نقده وان لم يكن نقده فلا شيء لواحد منهما على البائع اه غايه

(قوله لتغير شرط عقده عليه) فلعلم رغبته في تلك الكل اه هـ داية (٣١٧) (قوله فلا يكون له أخذه بعد الانقاسخ)

أى الابتديد ولم يوجد اه
(قوله في المتن وأن أرخا
فلسابق) أى لانا لما حكنا
للسبع الاول ملكه الاول
فيكون البائع بعد ذلك
بأنعامك غيره فلا يصح اه
اتقاني (قوله كان صاحب
التاريخ أولى) في الهداية
لثبوت ملكه في ذلك الوقت
واحتل الآخر أن يكون
قبله أو بعده فلا يقضى له
بالشك اه (قوله في المتن
والا فلا لذى القبض) قال
شيخ الاسلام علاء الدين
الاسيحي في شرح الكافي
للعاكم الشهيد وان لم
يوقت واحد منهما وقتا
وكانت الدار في يد أحد
المتعين قد قبضها قضيت
بالمذنى في يديه لان القبض
دلالة السبق في حقه لان
القبض انما يكون صحيحا
اذا تقدم عقد فكان أولى
ورداً للبائع الثمن على الآخر
(قوله ولا تاريخ معهما) أى
لانهم اذا لم يؤرخا صار
كانهما وقعاما والشراء
أقوى من الهبة اه (قوله
ومثنا الملك بنفسه) أى
والملك في الهبة يتوقف
على القبض اه (قوله
حيث لا يكون الشراء فيه
أولى) أى بل يكون بينهما
نصفين لقول الشارح رحمه
الله قبياً بأن وهما في ذلك
سواء اه قوله بل يكون بينهما

واحد منهما لتغير شرط عقده عليه فصار نظير الفضولين اذا باع كل واحد منهما عبداً واحداً من رجل
وأجاز المولى البيعين وهذا لانه لما جهل التاريخ جعل كأنه باع كله من كل واحد منهما في وقت واحد حكماً
وان لم يمكن ذلك حقيقة أو يحتمل على أن البيع لكل واحد منهما صادر من وكيله وذلك ممكن في وقت
واحد قال رحمه الله (وباباً أحدهما بعد القضاء لم يأخذ الآخر كله) أى لو قضى القاضى بينهما وأبى
أحدهما أن يأخذ المبيع بل اختار الفسخ فليس للآخر أن يأخذ كله لانه صار في النصف مقضياً عليه
فانفسخ البيع فيه وانما قلنا ذلك لانه يبينه استحقاق جميعه وكان يسلم له لولا بينة صاحبه ولما قضى
القاضى به بينهما صار مستحقاً عليه وانفسخ البيع في النصف فلا يكون له أخذه بعد الانقاسخ بخلاف
ما لو ترك أحدهما قبل القضاء به بينهما حيث يكون للآخر أن يأخذ جميعه لانه أثبت بينته انه اشترى
الكل وانما يرجع الى النصف بالزاجة ضرورة القضاء به بينهما ولم يوجد فصار نظير تسليم أحد
الشفعين فانه ان كان قبل القضاء فلا يأخذ كل المبيع وان كان بعده فليس له أن يأخذ الا
النصف لانه يستحق بالسبب كله والانقسام للزاجة ضرورة القضاء به بينهما على ما بينا قال رحمه الله (وان
أرخا فلسابق) لانهم لما ادعيا الشراء من ذى اليد اتفقا على أنه مالك للمبيع ثم أثبت أحدهما الشراء منه
في وقت لا ينافيه فيه أحد فاندفع به الآخر بخلاف ما اذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر
غير الذى يدعى الشراء منه الآخر حيث لا يترجح فيه صاحب التاريخ السابق لان كل واحد منهما فيه
خصم عن بائعه في اثبات الملك له وملك بائعهما التاريخ في نفسه فصار كأن البائعين حضرا أو ثبتا الملك
لانفسهما مطلقاً من غير تاريخ وكذا لو أرخت أحدهما ولم تؤرخ الأخرى كان صاحب التاريخ
أولى لانهم ما اتفقا على أن الملك للبائع ولم يثبت الملك لهما الا بالتلقى منه وان شراهما ما حدث والحادث
يضاف الى أقرب الاوقات الا اذا أثبت التاريخ فثبت تقدمه به فلهذا كان المؤرخ أولى بخلاف ما اذا
اختلف بائعهما على ما بينا وبخلاف ما اذا ادعيا الملك ولم يدعيا الشراء من ذى اليد حيث لا يكون
صاحب التاريخ أولى عنده أى حنفية ومحمد ورجه الله على مانبين فرقه من قريب ان شاء الله قال
رحمه الله (والا فلا لذى القبض) أى ان لم يكن لهما تاريخ ومع أحدهما قبض كان صاحب القبض أولى لان
تمكنه من قبضه دليل على سبق شرائه ولانهم استويا في اثبات الشراء من ذى اليد وترجح أحدهما
بالقبض فلا ينقض قبضه المعين المتحقق بالاحتمال والشك حتى لا ينقض بتاريخ الآخر أيضاً بقاء
الاحتمال فيه الا اذا أثبت شراءه قبل شراء ذى اليد فحينئذ يكون هو أولى لانقطاع الاحتمال وهذا
بخلاف ما اذا اختلف بائعهما ولا أحدهما قبض حيث يكون فيه غير القابض أولى لانهم ما يحتاجان الى
اثبات الملك اباءً معهما أو لا فاذاجتمع فيه في حق البائعين بينة الخارج وبينة ذى اليد فكانت بينة الخارج
أولى وفيما نحن فيه لا يحتاجان الى اثبات الملك للبائع لثبوته بتصادقهما فكان المنظور اليه سبب
الاستحقاق لهما فقط والسبب في حق القابض أقوى لنا كده بالقبض قال رحمه الله (والشراء أحق من
الهبة) معناه اذا ادعى أحدهما شراؤه من شخص وادعى الآخر هبة وقبضاً من ذلك الشخص بعينه وأقاما
البينة ولا تاريخ معهما كان الشراء أولى لانه أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ومثبات الملك بنفسه
بخلاف ما اذا اختلف المملك لهما أو كان معهما تاريخ حيث لا يكون الشراء فيه أولى لانهم ما عند
اختلاف المملك يصير كل واحد منهما خصماً عن ملكه حاجته الى اثبات الملك وهما في ذلك سواء وفيما
اذا اتحد المملك لا يحتاجان الى اثبات الملك لثبوته باتفاقهما وانما حاجتهم الى اثبات سبب الملك
لانفسهما وفيه يقدم الأقوى وفيما اذا كان معهما تاريخ والمملك لهما واحد كان لأقدمهما تاريخاً
لثبوت ملكه في وقت لا ينافيه فيه أحد بخلاف ما اذا كان المملك لهما مختلفاً حيث لا يعتبر فيه سبق

نصفين كذا قال الاتقاني اه (قوله لثبوت ملكه في وقت لا ينافيه فيه أحد) وان أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى أيهما كان
فان كان المؤرخ هو المشتري فلا اشكال لان الشراء من غير تاريخ أولى بفتح التاريخ أولى وان كان أرخ الهبة فالهبة أولى لان الشراء متأخر

معنى فيعتبر بما لو كان متأخرا حقيقة بأن أرخ صاحب الشراء منذ ستة أشهر وصاحب الهبة منذ سنة وانما قلنا ذلك لان الشراء حادث والاصل في الحوادث اذا لم يعرف حال حدوثها أنه يحكم بحدوثها (قوله ولا ترجع للصدقة بالزوم) جواب عن سؤال مقدّر بان يقال ان الهبة مع القبض والصدقة مع القبض (٣١٨) سواء حتى يكون العين بين المتعدين نصفين وكان ينبغي أن تكون الصدقة أولى لانها

التاريخ على ما عينه من قريب ان شاء الله تعالى وكذا الشراء مع الصدقة في جميع ما ذكرنا من الاحكام ما بيننا من المعنى ودعوى الهبة والصدقة مع القبض فيهما مستويان لاستواءهما في وجه التبرع ولا ترجع للصدقة بالزوم لان أثر الزوم يظهر في ثاني الحال وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل والترجع يكون بمعنى قائم في الحال ولان الرجوع انما يمنع حصول المقصود فيها وهو الاجر للقوة في السبب ولو حصل المقصود بالهبة لا يرجع أيضا كما اذا كانت لذى الرحم المحرم أو عوضه الموهوب له عنها والصدقة قد لا تكون لازمة بان كانت لغني وهذا فيما لا يحتمل القسمة من غير خلاف لان الشروع لا يضره واختلّفوا فيما لا يحتمل القسمة والاصح أنه لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع فصارت قائمة بين اثنين على الارتهاق وقيل هذا قول أبي حنيفة وعندهما يجوز بناء على أن هبة الواحد من اثنين جائز عندهما خلافا له وهذا لان الملك يستفاد بقضاء القاضي وقضائه كهبة الواحد من اثنين وقيل يجوز بالاجماع لان الشروع طارئ اذ كل واحد منهما ما أثبت قبض الكل ثم حصل الشيوع بعد ذلك وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة والاصح أنه لا يجوز بالاجماع لاننا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف يقضى له بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا يجوز الهبة من رجلين بالاجماع وهذا فيما اذا لم تؤت البيعتان ولم يكن مع واحد منهما قبض وأما اذا وقتنا فصاحب الوقت الاقدم أولى وان لم يوقتا ومع أحدهما قبض كان هو أولى وكذا ان وقت صاحبه على ما بيننا في الشراء من ذي اليد قال رحمه الله (والشراء والمهر سواء) يعني اذا ادعى أحدهما شراء عين من رجل وادعت امرأته أن ذلك الرجل تزوجها على ذلك العين فهما سواء لاستواء البيعتين في القوة لان كل واحد منهما مقدم معاوضة ومثبت الملك بنفسه بخلاف الهبة والبيع على ما بينا ثم للزوجة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق نصف المسمى وللشري نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الشراء أولى وله على الزوج قيمة العين لان العمل بالبيعتين ممكن فيصا الى الهبة من جميع الشرع والعمل بهما معا ممكن واجب وقد أمكن العمل بهما بتقديم الشراء اذ النكاح على عين مملوكة للغير جائز ونجيب قيمته عند تعذر تسليمها بخلاف العكس لان تقديم النكاح مبطل للبيع اذ لا يجوز بيع ملك الغير من غير اجازة المالك قلنا المقصود من السبب حكمه وحكم النكاح ملك المسمى فيه ومتى قدر متأخر لم يوجب حكمه فلا يصار اليه كالا يصار الى تأخر الشراء فيجعل كأنهما وقعا معا وهما سواء في افادتهما ملك العين فلا يقدم أحدهما على الآخر كدعوى الشراء منهما بل القياس أن يكون النكاح أولى من الشراء لانه أقوى ألا ترى أنه يفيد ملك العين والتصرف بنفس العقد ولا يبطل بالهلاك قبل التسليم الا ناسوتين بينهما الماذكرنا ولان فيما قاله محمد رحمه الله اثبات تاريخ لم يشهد به أحد وهو لا يمكن اثباته الابحجة قال رحمه الله (والرهن أحق من الهبة) يعني لو ادعى أحدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا من صاحب اليد وأما الهبة ولم يكن مع واحد منهما تاريخ ولا قبض كان الرهن أولى وهذا استحسان والقياس أن تكون الهبة أولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبت فكانت الهبة الموثقة الزيادة أولى وهذا رواية كتاب الشهادات وجه الاستحسان أن الرهن مضمون والهبة أمانة والمضنون أقوى فكان أولى بخلاف الهبة بشرط العوض لانها باع انتهاء البيع أولى لكونه عقد ضمان يثبت الملك

تثبت الملك الا لازم من الهبة لانها تثبت ملكا غير لازم فأجاب عنه بما قال وهو أن لزوم الصدقة باعتبار المسأل حيث لا يجوز الرجوع فيها لا باعتبار الحال والترجع انما يكون بالامر الثابت في الحال فلا ترجع الصدقة اه اتقاني (قوله وهذا فيما لا يحتمل) أي كون الهبة والصدقة سواء فيما لا يحتمل القسمة كالعبد والذابة صحيح هذا بالاتفاق اه اتقاني (قوله واختلّفوا فيما لا يحتمل القسمة) قال الاتقاني قوله وكذا فيما لا يحتمل القسمة عند البعض أي الهبة والصدقة سواء أيضا عند البعض فيما لا يحتمل القسمة كالدار ونحوها ويقضى بينهما نصفين وهو قولهما لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح ولا يقضى لهما بشيء وهو قول أبي حنيفة لانه تنفيذ الهبة في الشائع اه وكتب مانصه قال الامام الاسدي في شرح الطحاوي وان كان مما يحتمل القسمة كالدار ونحوها فلا يقضى لهما بشيء عند أبي حنيفة وعندهما يقضى بينهما

نصفين ولو كان في يد أحدهما قضى له بالاجماع اه اتقاني (قوله فهما سواء) هذا اذا لم يورثا وأرخا وتاريخهما للعل على سواء أما اذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى كافي دعوى الهبة مع الشراء اه غايه (قوله والعمل بهما معا ممكن واجب) حسنا للظن بالشهود اه اتقاني (قوله لم يشهد به أحد) أي لانه يجعل الشراء مقدما على النكاح ولم يشهد بتقديمه أحد كما هو فرض المسئلة اه كافي (قوله والرهن لا يثبت) أي بل يثبت اليد والملك أقوى من اليد اه (قوله بخلاف الهبة بشرط العوض) أي فانما أولى من الرهن اه اتقاني

للحال صورة ومعنى والرهن لا يثبت الا عند الهلاك معنى لاصورة قال رحمه الله (ولو برهن الخارجان على الملك والتاريخ أو على الشراء من واحد فالأسبق أحق) أي لو أقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ أو على الشراء من واحد غير ذي اليد وعلى التاريخ كان أسبقهما تاريخاً أولى فيهما أما الأولى فالمراد ما ذكره في أول الباب وإنما أعاده هنا لأجل ذكر التاريخ وإنما كان أسبقهما تاريخاً فيهما أولى لأنه أثبت ملكه في وقت لا ينازعه فيه أحد وجعل الكرني هذا القول متفقاً عليه لأن دعوى ملك مطلق دعوى التملك من جهة المدعى عليه لأن ما يستحقه على ذي اليد من الملك الثابت بظاهر يده يعتبر استحقاقاً للملك على ذي اليد فيكون تملكاً من جهته والتاريخ معتبر في دعوى التملك فصار كل واحد ادعى التملك بالشراء من جهة المدعى عليه وجعل صاحب الامالي أن هذا قول أبي حنيفة وقول محمد رحمه الله أو لا وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخر وفي قول محمد آخر وهو قول أبي يوسف أو لا وهو بينهما لأنه لا عبرة بالتاريخ في دعوى الملك المطلق لأنه دعوى أولية الملك معنى حتى يستحق بزوائه المنفصلة كالنتائج والمقصود من اثبات التاريخ إثبات زيادة الاستحقاق على خصمه لتخرج بينته على بينة الخصم فأثبت زيادة الاستحقاق لا تنصور في دعوى أولية الملك فكان التقدم والتأخر فيه سواء ولو أرخت احدهما دون الأخرى فهم سواء عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف المؤرخ أولى وقال محمد المذهب أولى لأن البينة على الملك المطلق تدل على الملك من الأصل على ما ينشأ ألا ترى أنه يستحق به الأولاد والاكساب وملك الأصل أولى من التاريخ ولا يبي يوسف رحمه الله أن المؤرخ ملكه متيقن في ذلك الوقت ولم يتيقن ملك الآخر فكان المتيقن أولى من المحتمل فصار تطير ما لو ادعى الشراء من واحد ولا يبي حنيفة رحمه الله أن المذهب محتمل أن يكون أقدم فلا يترجح المؤرخ مع الاحتمال بخلاف ما إذا ادعى الشراء من واحد لأنهما اتفقا على الحدوث فيضاف إلى أقرب أو قاته ما لم يؤرخ فاذا أرخ دل على سبق ملكه فترجح به على الآخر وإن لم يؤرخ واحد منهما فهما سواء على ما ذكرناه في أول الباب وكذا إذا أرخت تاريخاً واحداً لعدم المرح وأما الثانية فلا نعلم ما ادعى الشراء من شخص واحد فقد اتفقا على أن الملك له فن أثبت منهما التلقي من جهته في زمان لا يراجه فيه أحد كان أولى لاتفاقهما على أن الملك لا يثبت الا بالتلقي منه بخلاف ما إذا كان كل واحد منهما يدعى الشراء من شخص آخر غير الذي يدعى منه صاحبه الشراء على ما يجبي من قسرب ان شاء الله تعالى ولو لم يؤرخا فهما سواء وإن أرخت احدهما دون الأخرى فالمؤرخ أولى لما ينشأ وإن كان مع أحدهما قبض كان هو أولى ولو أرخ الآخر ما لم يثبت أنه أقدم تاريخاً فحاصله أن هذه المسئلة مثل المسئلة المتقدمة وهي إذا ادعى الشراء من ذي اليد في جميع ما ذكرنا من الأحكام حتى لو ادعى أحدهما الشراء والآخر الهبة والقبض أو ادعى أحدهما الشراء والآخر الهبة أو أحدهما الرهن والآخر الهبة كان الجواب فيها في جميع صورها كالجواب في تلك على ما بينا والجواب بينهما أن المدعين في المسئلة اتفقا بدعواهما الشراء من شخص واحد على أن الملك كان له وإن الملك لغيره لا يثبت الا بالتلقي منه فكان حكمهما واحداً قال رحمه الله (وعلى الشراء من آخر أو ذكر تاريخاً استعوي) يعني لو أقام كل واحد منهما بينة على الشراء من رجل غير الذي يدعى الشراء منه صاحبه كانا سواء حتى يكون بينهما نصفين سواء كان تاريخ أحدهما أقدم أو لم يكن لأن كل واحد منهما يثبت الملك لباتعه وملك باتعه مطلق ولا تاريخ فيه فيثبت لكل واحد من الباتعين ملك مطلق فيكون بينهما فصار كما إذا حضر الباتعان وادعى الملك من غير تاريخ وكذا لو ذكر أحدهما تاريخاً دون الآخر فهما سواء لأنه لا يترجح بالتقدم حقيقة فكيف يترجح بالاحتمال بخلاف ما إذا كان الملك لهما واحد حيث يكون أقدمهما تاريخاً أولى لأن ملك باتعهما يثبت باقرارهما فلا يتصور التملك الا من جهته فاذا ملكه لاحدهما خرج عن ملكه فكان البيع الثاني من غير مالك فلا يجوز وكذا لو أرخ أحدهما كان المؤرخ أولى به لما ذكرنا من قبل ولو ادعى شخص هبة وقبض من رجل وادعى آخر شراء من غيره وادعى

(قوله لمملكهم) هو بالافراد في خط الشارح (٣٢٠) اه (قوله ثم رجع عنه) قال القدوري في التبريد كرا من سماعة عن محمد انه

ثالث مبرأ من غيرهما وادعى رابع صدقة وقبض من غيرهم وأقاموا البيعة قضى بينهم أرباعا سواء كان معهم تاريخ أو مع بعضهم أو لم يكن لما ذكرنا أنهم يثبتون الملك لمملكهم وذلك لا تاريخ فيه ولا يقدم الاقوى هنا لما ذكرنا من قبل قال رحمه الله (ولو برهن الخارج على ملك مؤرخ وتاريخ ذي اليد أسبق أو برهننا على النتائج وسبب ملك لا يتكرر أو الخارج على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد أحق) يعني في المسائل الثلاث أما في الاولى فالمدعى كقول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله ورواية عن محمد رحمه الله ثم رجع عنه فقال لا تقبل بيعة ذي اليد في الملك المطلق أصلا لان البيعة في الملك المطلق تثبت أولية الملك فيستوى فيه التقديم والتأخر فصارا كأنهما قامتا على الملك المطلق بخلاف ما اذا ذكر السبب كالشراء ونحوه لانهم يثبتان الحدوث وفيه الاقدم أولى ما لم يدع التأخر التلق من جهة المتقدم وجه قوله ما أن البيعة مع التاريخ تدفع ملك غيره في وقت التاريخ وبيعة ذي اليد على الدفع مقبولة فلا يثبت الملك لغيره بعده الا بالتلق من جهته وهو لم يدع ذلك ولو استوى تاريخيهما أو لم يكن معهما تاريخ أو كان مع أحدهما دون الآخر كان الخارج أولى لان بيئته ثبتت غير الظاهر وبيعة ذي اليد لا تثبت غير ما ظهر باليد والبيانات الاثبات فكانت بيعة الخارج أولى ما لم يثبت ذو اليد التقدم عليه صريحا بل احتمال وفيما اذا أرخت بيعة ذي اليد وحدها خلاف أبي يوسف فإنه يقول بيعة ذي اليد أولى فيها وهو رواية عن أبي حنيفة لان ملكه ثبت في وقت متقدم بيقين وملك الآخر محتمل فلا يراحم المتيقن فصار كما اذا أرخت احدهما في دعوى الشراء من واحد قلنا بيعة ذي اليد لا تقبل الا اذا تضمنت الدفع ولم تضمن هنا الاحتمال أن يكون ملك الخارج أقدم بخلاف ما اذا ادعى الشراء من واحد حيث يكون صاحب اليد أولى في الصور كلها الا اذا أرخا وكان تاريخ الخارج أقدم لان تمكنه من القبض يدل على سبقه على ما بينا ولو كان المدعى في أيديهما وأرخا كان أقدمهما تاريخا أولى عندهما لما بينا أن بيعة ذي اليد مقبولة عندهما للدفع وعند محمد هو بينهما لانه لا يعتبر الوقت في الملك المطلق ولو أرخت احدهما دون الاخرى والمسئلة بمجالها كان بينهما عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد لان أبا حنيفة لا يعتبر التاريخ من أحد الجانبين في الملك المطلق للاحتمال على ما بينا ومحمد رحمه الله لا يعتبره بالكمية فيكون بينهما وعند أبي يوسف رحمه الله هو للورخ منهما لان تاريخ الواحد معتبر عنده لتيقن ملكه في ذلك الوقت واحتمال الآخر على ما بينا فرجح بالتيقن وأما الثانية وهي ما اذا أقام البيعة على النتائج أو على سبب آخر لا يتكرر فلأن بينهما قامتا على ما لا تدل عليه اليد فاستويا في الاثبات وترجت بيعة صاحب اليد باليد فيقضى له به ولا عبرة بالتاريخ لان أولية الملك تستوعب كل تاريخ فلا يفيد ذكره من أحدهما أو منهما في المحل التاريخي أو اختلافهما لم يذكرا تاريخا مستحيلا بأن لم يوافق سن المدعى والقياس أن يكون الخارج أولى لانهما استويا في اثبات أولية الملك وترجح الخارج بآثبات ما لا تدل عليه اليد وهو الملك لنفسه فكان أولى وبه قال ابن أبي ليلى وقال عيسى بن أبان تهافتت البيعتان ويترك في يد ذي اليد لا على وجه القضاء لان أحدهما كاذب ييقن لاستحالة نتائج دابة من دابة من نظير الشهادة بالقتل في مكانين وجه الاستحسان ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى الذي اليد بناقبة بعدما أقام الخارج بيعة أنها ناقبة فجها وأقام ذو اليد البيعة أنها ناقبة فجها ولان اليد لا تدل على أولية الملك فكان مساويا للخارج فيها فبآثباتها يندفع الخارج وبيعة صاحب اليد مقبولة للدفع ألا ترى أنهم ما لو أرخا في دعوى الشراء وبيعة ذي اليد أقدم تقبل بالاجماع وكذا في الملك المطلق عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله لما فيها من معنى الدفع فكذلك هنا ولا يلزم ما اذا ادعى الخارج الفعل على ذي اليد كالغصب والجارة والعارية حيث تكون بيعة الخارج أولى وان ادعى ذو اليد النتائج لان بيعة الخارج في هذه الصور أكثر اثباتا لانها تثبت الفعل

رجع عن هذا بعد عوده من الرقة سنة ثلاث وثمانين ومائة وقال الخارج أولى اه اتقاني (قوله وفيه الاقدم) أي سواء كان البيع واحدا أو اثنين اه (قوله ولو كان المدعى الخ) الحاصل أن الخلاف متحد فيما اذا كان المدعى في أيديهما ووقتا وتاريخ أحدهما أسبق وفيما اذا كان في يد أحدهما ووقتا وتاريخ أحدهما أسبق اه (قوله والمسئلة بمجالها) يعني به قوله ولو كان المدعى في أيديهما اه كأي (قوله وهي ما اذا أقام) أي الخارج وذو اليد اه وكتب ما نصه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي واذا كانت الدابة في يدي رجل فادعى رجل أنها دابته نتجها عنده وأقام البيعة على ذلك وأقام الذي في يديه البيعة أنها دابته نتجها عنده فإنه يقضى به للذي هي في يديه أخذ هذا بالسنة والقياس أن لا يقضى باحدهما منهما لانهم متعارضان في الاثبات ونيس أحدهما بأولى من الآخر لكننا نرد القياس بالسنة وهو ما روى محمد عن أبي حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر أن رجلا ادعى ناقه في يدي رجل وأقام البيعة أنها ناقته

تجها عنده وأقام الذي هي في يديه أنها ناقته نتجها فقضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هي في يديه (قوله لا على وجه القضاء) يعني بخلاف ذو اليد للخارج على ما سيجي مقربا اه (قوله فيكون مساويا للخارج فيها) أي في دعوى النتائج اه

(قوله وما قاله عيسى الخ) هذا الذي ذكره الشارح من الرداعيا وشوحيه على (٣٢١) عيسى لو كان عيسى شارحا لكلام محمد أما إذا

كان ما قاله عيسى مذهبا له
لا لمحمد كيف برده عليه
بذهب محمد أه قارئ
الهداية (قوله يصار إلى
التخليف) أي تخليف ذي
اليد للخارج عند عيسى
وعندنا لا يخلف لأنه يقضى
بهم الذي اليد قضاء استحقاق
اه (قوله وسبب ملك
لا يتكرر) يعني إذا أقام
البيضة على نسج ثوب فيما
لا يتكرر نسجه كغزل
القطن كان ذو اليد أولى
لأن ما لا يتكرر في معنى
النسج وهو لا يتكرر وكذلك
حلب اللبن فإذا أقام كل
واحد منهما البيضة أن هذا
للبن حلب في ملكه وكذلك
اتخاذ الحبوب فإن أقام كل
واحد منهما البيضة أن الحبوب
له صنعه في ملكه وكذا
اتخاذ البسود والمرعى أنه
صنعه في ملكه وكذا
الصوف إذا أقام رجل
البيضة أنه صوفه جزء من
غنمه وأقام ذو اليد البيضة على
مثل ذلك كان ذو اليد أولى
اه اتقاني (قوله وذلك
مثل حلب اللبن) أي كما إذا
قال حلب هذا اللبن في
ملكي أه فرستنا (قوله
واتخاذ الحبوب والبسود الخ)
قال الاتقاني وكذلك
الغرس وزراعة الحبوب
فتكره فانه يغرس في موضع
ثم يقطع ويغرس ثانيا وكذلك
الحبوب تزرع ثم تغربل

على ذي اليد وهو الغصب وأشباهه انه غير ثابت أصلا وأولية الملك ان لم يكن ثابتا باليد فأصل الملك ثابت بها ظاهرا فيكون ثابتا باليد من وجه دون وجه فكان اثبات غير الثابت من كل وجه أولى إذا البيضة للاثبات وما قاله عيسى غير صحيح لأن محمد إذا ذكر في خارجين أقام كل واحد منهما البيضة على النتائج أنه يقضى به بينهما ولو كان الطريق ما قاله هولتهما ترنا وكذا لو كانت الشاة المذبوحة في يد أحدهما والسواقط في يد الآخر وأقام كل منهما البيضة على النتائج يقضى بهما بالسواقط لمن في يده أصل الشاة ولو كان الطريق ما ذكره لترن في يد كل واحد منهما ما في يده وغرة ما قاله تظهر في التخليف لانهما إذا تها ترا يصار إلى التخليف ولو أقام الخارج البيضة أنه اشترا من فلان وأنه ولد عنده وأقام ذو اليد البيضة أنه اشترا من فلان آخر وأنه ولد عنده كان ذو اليد أولى لأن كل واحد منهما خصم في اثبات نتاج بائعه كانه خصم في اثبات الملك ولو حضر البائعان وأقاما البيضة على النتائج كان صاحب اليد أولى فكذا من قام مقامهما ولو أقام أحدهما على الملك والآخر على النتائج كان صاحب النتائج أولى أيهما كان لأنه ثبتت أولية الملك وبعده لا يملكه غيره إلا بالتلقي من جهته وكذلك لو كان الدعوى بين الخارجين لما ذكرنا ولو قضى بالنتائج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البيضة على النتائج يقضى له الآن بعيد هذا وذو اليد لأن الثالث لم يصرم مقضيا عليه فجاز له أن يدعيه وكذا المقضى عليه بالملك المطلق لو أقام البيضة على النتائج تقبيل بيته ويتقض القضاء لأن الخارج لم يستحق على ذي اليد شيئا لأن ملك ذي اليد ثبت بالنتائج صريحا وبعد ما ثبت الملك له به لا يتصور أن يكون للخارج بذلك السبب لأن النتائج لا يتكرر فلا يمكن أن يجعل ما استحققه الخارج من الملك الثابت لذو اليد بظواهر اليد مستحقا على ذي اليد بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه كما يحتمل أن يكون له من الأصل بل يحتمل أن يكون له من جهة صاحب اليد فأمكن أن يجعل ما استحققه الخارج من الملك الثابت لذو اليد بظواهر اليد مستحقا على ذي اليد فجعل كذلك في حق ترجيح بيضة الخارج على بيضة ذي اليد فإذا لم يصرم مقضيا عليه في حق النتائج تقبيل بيته كما تقبل بيضة الاجنبي لأنه بمنزلة نص تركه بخلاف ما إذا ادعى ذو اليد الملك المطلق حيث لا يحكم له به للاحتمال الذي ذكرنا آنفا فصار الأصل أن من صار مقضيا عليه في حادثة لا يقضى له فيها ولا اقضى له فيها وقوله وسبب ملك لا يتكرر معناه كل سبب لا يتكرر في الملك إذا ادعاه صاحب اليد كان حكمه حكم النتائج في جميع ما ذكرنا من الاحكام وذلك مثل حلب اللبن واتخاذ الحبوب والبسود والمرعى وغزل القطن والكتان ونسج الثوب من غزلهما وان كان يتكرر قضى به للخارج وهو مثل الخبز والبسود والغرس وزراعة الحنطة والحبوب لأن ثوب الخبز والصوف والشعر إذا بلاينة قضى ويغزل مرة أخرى ثم ينسج فيحتمل أن ذا اليد نسجه ثم غصبه الخارج ونقضه ثم نسجه فيكون ملكا له بهذا الطريق فلم يكن في معنى النتائج بل بمنزلة الملك المطلق وكذا غيره لأن البناء والغرس والزراعة تأتي في التكرار وان أشكل عليهم يسئل عدول أهل الخبرة بذلك لقوله تعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لاتعلمون والواحد منهم يكفي والاحوط الاثنان وان أشكل عليهم قضى به للخارج لأنه الأصل والعدول عنه بخبر النتائج فلا يلحق به إلا ما هو في معناه من كل وجه بشرط أن يبين في الدعوى نصا أن ذلك السبب وجده في ملكه حتى إذا قال كل واحد منهما أو ذو اليد وحده نسجت هذا الثوب أو نسجت هذه الدابة عندي كان الخارج أولى لأن الانسان ينسج لغيره وتلد دابة الغير عنده فلم يكن فيه دلالة على أن الثوب نسجه في ملكه وأن الدابة ولدت في ملكه فبقى دعوى مطلق اليد وفيه الخارج أولى ولا تقبل بيضة ذي اليد فيه حتى ينص عليه ويقول نسجته في ملكي أو نسج في ملكي أو ولدت الدابة في ملكي وعلى هذا لو قال هذا جيني اتخذته أنا أو قال اللبن الذي اتخذته هذا اللبن ملكي أو الشاة التي حلب منها لبسه ملكي كان الخارج أولى لما ذكرنا ولو قال اتخذته في ملكي أو حلب لبسه في ملكي كان ذو اليد

(٤١ - زيلعي رابع) فتزرع مرة أخرى اه (قوله اذابلا) كذا بخط الشارح وصوابه اذابلي قال في المصباح بل الثوب يبلى من باب تعب بلى بالكسر اه قال الكاكي والخز اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبر مخزاقيل هو ينسج فإذا بلى يغزل مرة أخرى ثم ينسج اه

أولى وعلى هذا لو أقام الخارج البيعة أن فلانا القاضي قضى له بها بالبيعة وأقام ذو اليد أنها انتجت في ملكه كان ذو اليد أولى عند محمد رحمه الله لما ذكرنا وعندهما الخارج أولى لأن القضاء قد صرح بظاهره ويحتمل أنه اشتراه من ذي اليد فلا يتقضى قضاؤه ما لم يظهر خطؤه بيقين وأما الثالثة وهي ما إذا أقام الخارج البيعة على الملك وأقام ذو اليد البيعة على الشراء منه فلان الخارج أثبت الملك لنفسه ببيعته وأثبت ذو اليد التلقى منه فكان له بحكم التلقى منه وإقراره بأنه في ضمن دعوى الشراء منه لا يمنع صحة دعواه وقبول بيئته كما إذا قرره بالملك صريحا ثم ادعى بعد ذلك أنه اشتراه منه في زمان يمكن الشراء منه لأنه لا تنافي إذا التوفيق يمكن قال رحمه الله (ولو برهن كل على الشراء من الآخر ولا تارخ سقاطا وترك الدار في يدي اليد) أي لو أقام كل واحد من الخارج وذو اليد والخارجين أو ذوي الأيدي البيعة على الشراء من صاحبه ولا تارخ لهما تهاوت البيعتان وتترك المدعى في يدي اليد على وجه القضاء وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله أن كانت في يد أحدهما يقضى بالبيعتين وتكون للخارج لا مكان العمل بما يجعّل ذي اليد مشتريا من الخارج وقبضه ثم باعه منه ولم يقبضه فيؤمر بالدفع إليه لأن تمكنه من القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس لأن البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده ولهما أن الإقرار بالشراء من صاحبه إقرار منه بالملك له فصارت بيعة كل واحد منهما كأنها قامت على إقرار الآخر وفيه التهاوت بالإجماع لتعذر الجمع فكذا هذا ولأنه يلزم من القضاء بما القضاء لذو اليد بمجرد السبب من غير أن يترتب عليه حكم وهو الملك وذلك باطل لأنه يؤدي إلى بطلان السبب إذا السبب لم يشرع إلا لحكمه فإذا لم يفد حكمه لم يكن مشروعا كطلاق الصبي وعتاقه فإذا لم يكن مشروعا يخرج من أن يكون سببا لان سببيته بالشرع وانما قلنا ذلك لأنه لا يمكن الحكم لذو اليد إلا بملك مستحق فيلزم منه القضاء بمجرد السبب وأنه لا يجوز ثم لو شهدت البيعتان بقبض الثمن تقاصا إن كان الثمنان من جنس واحد وتساويا وإن كان أحدهما أكثر رجوع بالزيادة وإن اختلفا جنسا رد كل واحد منهما ما قبض لأنه مضمون عليه وإن لم يشهدوا بقبض الثمن لا يتأتى القضاء عندهما لعدم الوجوب وعند محمد رحمه الله يتأتى لوجوبه عنده ولو شهدا الفر يقان بالبيع وقبض المبيع تهاوت البيعتان بالاتفاق لتعذر التوفيق أماعندهما فظاهر على ما بينا وأما عند محمد رحمه الله فلأن البيعتين وإن كانا جائزين لوجودهما بعد القبض لكن ليس فيهما ذكر التارخ ولا دلالة حتى يجعل أحدهما سابقا والآخر لاحقا بخلاف ما إذا لم يذكر قبض المبيع لأنه أمكن هناك أن يجعل شراء ذي اليد متقدما لدلالة اليد على ما بينا وهكذا ذكر صاحب الهداية قول محمد في هذه الصورة وذكر في المحيط أنه يقضى لهما عنده فيجعل القبض المعين آخر القبضين ويجعل ذو اليد آخر المشتريين كأن الخارج اشترى وقبض ثم باعهما من ذي اليد وقبض فيقضى بالدار له ومثله في الجامع وشرح الكرخي والمبسوط والمختلف وإن وقت البيعتان في العقار ولم تثبتا قبضا فإن كان وقت الخارج أسبق يقضى بها لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد رحمه الله يقضى للخارج لأنه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وكان ينبغي أن يقضى به الذي اليد عنده أيضا فيجعل الخارج كأنه قبضها ثم باعها من بائعه وهو ذو اليد تصحها للعقد وإن أثبتا قبضا يقضى بها لصاحب اليد بالإجماع لأن البيعتين جائزان على القولين لأن الخارج باعها من بائعه بعد ما قبضها وذلك صحيح وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى به للخارج سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا وإن صاحب اليد قابض وقد أثبت شراءه سابقا فيجعل كأنه اشترى أولا كما شهد به شهوده ثم باعها من بائعه وهو الخارج فيحمل على أنه لم يسلم إليه أن لم يشهدوا بالقبض أو سلم إليه ثم عاد إليه بسبب آخران شهدوا بالقبض قال رحمه الله (ولا يرجح زيادة عدد الشهود) معناه أن أحد الخصمين إذا أقام شاهدين والآخر أكثر لا يرجح بكثرة شهوده لأن الترجيح يكون بقوة في العلة لا بكملة العلة

(قوله وإقراره) أي وإقرار
ذو اليد بالملك للخارج اه
(قوله وذكر في المحيط) أي
وفي الكافي هذا بخلاف
ما ذكر في المبسوط والجامع
الكبير وغيرهما اه قوله
هذا أي ما في الهداية اه
(قوله وإن وقت البيعتان
في العقار) قيد بالعقار
ليظهر غرة الخلاف كما ذكر
والله أعلم اه

(قوله في المتن ادعى رجل) لفظ رجل ليس في خط الشارح وهو ثابت في المتن اه (قوله وهذا بطريق المنازعة) قال شيخ الاسلام نحو اهرزاده في مبسوطه اذا كانت الدار في يد رجل ثالث ان لم يقيم لها مائة فانه يحلف ذواليد فاذا حلف ترك الدار في يده لانه لما حلف انقطع دعواهما فكانهما لم يدعيوا وان اقاما البيعة فيبيعة كل منهما مسموعة على ما ادعى لان كل واحد منهما فيما ادعى لنفسه خارج وبينه الخارج مسموعة على ذي اليد واذا سمعت بيعة كل واحد منهما قسمت الدار بينهما عند أبي حنيفة على طريق المنازعة ارباعا اصله من سهمين الحاجة ان الى النصف فدعى الجميع يدعى الجميع ومدعى النصف لا يدعى الاسهم فقد تفر دمدعى الجميع بدعوى سهم واحد فيكون له بلامنازعة فبقى سهم واحد استوت منازعتهم ما فيه فيكون بينهما فينكسر فيه ضعف فيصير اربعة وان شئت قلت اننا نحتاج الى حساب له نصف والنصفه نصف صحيح وأقل ذلك اربعة أسهم اه (قوله ولها نظائر) أي من نظائر هارجل أو صى لرجل بكل ماله ولاخر بنصف ماله وأجازت الورثة أو لم يكن له ورثة يكون المال بينهما بطريق المنازعة ارباعا عند أبي حنيفة رضى (٣٣٣) الله عنه وعندهما أثلاثا بطريق العول اه

(قوله وأضداد) يعني به الخلاف على العكس كدبر قتل رجلا خطأ وآخر عدا وله وليان فعفا أحد وليي العمد ودفع المولى القيمة كانت القيمة بين وليي الخطا والذي لم يعف من وليي العمد عنده أثلاثا على طريق العول وعندهما ارباعا على طريق المنازعة اه وكتب مانصه قال في شرح الاقطع وصورة المنازعة أن كل جزء فرع من دعوى قوم سلم للآخر بلامنازعة فلهنا صاحب النصف يدعى النصف فالنصف خلا من دعواه وسلم لصاحب الجميع والنصف الآخر استوعب منازعتهم ما فيه فيقتضى بينهما نصفين لصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب النصف

لان ما يصلح دليلا مستقلا لا يصلح للترجيح وانما يرجح بالوصف ولهذا لا ترجح الآية بآية أخرى ولا الخبر بالخبر وانما يرجح بقوة فيما بان كان أحدهما متواترا والاخر من الأحاد أو كان أحدهما مفسرا والاخر مجالا فيرجح المفسر على المجمل والمتواتر على الأحاد لقوة وصف فيه وكذا لا يرجح أحد القياسين بالقياس لما ذكرنا قال رحمه الله (دار في يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كها وبرهنا فلا دل ولا بر بها والباقي للآخر) لان مدعى الكل لا ينازعه أحد في النصف فسلم له من غير منازعة ثم استوت منازعتهم في النصف الاخر فيكون بينهما فسلم مدعى الكل ثلاثة ارباع ومدعى النصف سلم له الربع وهذا بطريق المنازعة وهو قول أبي حنيفة رحمه الله وقال تقسم الدار بينهما أثلاثا فالثلثان لمدعى الكل والثلث لمدعى النصف لان مدعى الكل يدعى النصفين والآخر النصف الواحد وليس لشيء واحد ثلاثة أنصاف فيقسم بينهما أثلاثا على قدر حقهما وهذا بطريق العول ولها نظائر واضدادا بينهما مختصرا فنقول ان جنس القسمة على أربعة أنواع نوع منها يقسم بطريق العول اجماعا وهي ثمان مسائل الميراث والديون والوصية ببلادون الثلث اذا اجتمعت وزادت على الثلث والمحاباة والدرهم المرسلة والسعاية والعبد اذا قلع عين رجل وقتل آخر خطأ فدفع بهما والمدبر اذا جنى على هذا الوجه فدفعت قيمته بهما ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة اجماعا وهي مسألة واحدة فصولى باع عبد الغريم من رجل وفصولى آخر باع نصفه من آخر فأجاز المولى البيعين فاختر المشرى ان الاخذ يكون لمشرى الكل ثلاثة ارباعه ولمن اشترى النصف الربع بطريق المنازعة ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما بطريق العول وهي ثلاث مسائل احدها اذا ادعى أحدهما نصف الدار والآخر كها وهي مسألة الكتاب والثانية اذا أوصى لرجل بجميع ماله ولاخر بنصف ماله وأجازت الورثة والثالثة اذا أوصى لرجل بعبد بعينه ولاخر بنصف ذلك العبد وليس له مال غيره ومنها ما يقسم بطريق العول عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما بطريق المنازعة وهي خمس مسائل احدها عبد مأذون له في التجارة بين رجلين أدانه أحدهما مائة وأدانه الآخر مائة فدين المولى سقط نصفه لاستحالة وجوب الدين على عبده وثبت نصفه الذي في نصيب شريكه فاذا بيع بالدين يقسمان الثمن على الخلاف الذي ذكرنا

الربع وصورة العول أن يضرب كل واحد منهم يسهمه فتجمع السهام كلها وتقسم العين على مبلغ السهام فهنا صاحب الجميع يدعى الجميع وصاحب النصف يدعى النصف فيحتاج الى حساب له نصف وأقل ذلك سهمان فصاحب الجميع يدعى سهمين وصاحب النصف يدعى سهم ما فيقسم بينهما على ذلك اه اتقاني (قوله الميراث) كافي امرأته ماتت وترك زوجا وأختا لاب وأم وأختا لاب للزوج والنصف والاخت لاب وأم والنصف والاخت لاب السدس تكبلة للثلثين فتعول الفريضة الى سبعة وكانت في الاصل من ستة اه اتقاني (قوله والديون) اذا اجتمعت وضائق التركة عنها اه كرجل مات وترك ألفا ورجل عليه ألف درهم ولاخر عليه خمسة آلاف فالالف بينهم أثلاثا على طريق العول لان حقهم كان في الذمة ثم انتقل الى العين اه اتقاني (قوله اذا اجتمعت وزادت على الثلث) أي بان أوصى لرجل بثلث ماله ولاخر برابع ماله ولاخر سدس ماله ولم تجز الورثة حتى عادت الى الثلث اه (قوله والعبد) أي اذا أوصى بان يعتق من هذا العبد ومن الآخر نصفه ولا يخرج ذلك من الثلث اه (قوله فأجاز المولى البيعين) يخير المشتريان فان اختار الرتبة فلا كلام اه (قوله وليس له مال غيره) أي وأجازت الورثة أو كان يخرج من الثلث ولم تجز الورثة اه (قوله على الخلاف الذي ذكرنا) أي في أخذ المولى ثلث الثمن والاخبي ثلثيه اه

(قوله كان بينهما على الخلاف) أي عنده أثنان وعندهما أربعان فدام المولى بقديه بخمسة عشر ألفاً لشريك العاقى وعشرة آلاف لولى الخطأ اهـ (قوله في المتن ولو كانت في أيديهما) سلم لأصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها الأعلى وجه القضاء وهذا لفظ القدرورى وذلك لأن الدار في أيديهما واليد من أسباب الاستحقاق والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق فصار في يد كل واحد منهما النصف (٣٣٤) ثم دعوى مدعى النصف تنصرف إلى النصف الذى في يده دون النصف الآخر

والثانية إذا أدانه أجنبيان أحدهما مائة والآخر مائتين يقسمان ثمنه على هذا والثالثة عبد قتل رجلاً خطأ وآخر عدواً وللقول عدوليان فعفا أحدهما فدفعت قيمته كانت بينهما كذلك والخامسة أم ولد قتلت مولاهما وأجنبيهما عدواً وكل واحد منهما أوليان فعفا أحدولي كل واحد منهما على التعاقب فاتفق تسع في ثلاثة أرباع قيمتها قسم بين السائكتين فيعطى الربع لشريك العاقى وآخر النصف الآخر بينهما وبين شريك العاقى أولاً ثلثاً لثالثه لشريك العاقى أولاً وثلث لشريك العاقى آخر اعنده وعندهما أربعان أصل الأصل عنده أن القسمة متى وجبت لحق ثابت في الذمة وألحق ثابت في العين على وجه الشروع في البعض دون الكل كانت القسمة عولية ومتى وجبت القسمة لحق ثابت على وجه التمييز أو كان حق أحدهما في البعض السائع وحق الآخر في الكل كانت القسمة على المنازعة والأصل عندهما أن الحقيق متى تبا على الشروع في وقت واحد كانت القسمة على العول وان تبا على التمييز أو في وقتين كانت القسمة على المنازعة وبیان طرق هذه المسائل وتخرجها على هذه الأصول وعام تفريعها مذكور في شرح الزيارات لقاضيخان قال رحمه الله (ولو كانت في أيديهما فمضى للثاني) أي لو كانت الدار في أيدي المدعين والمسئول بمجالها كانت كلها مدعى الكل لأن مدعى النصف تنصرف دعواه إلى ما في يده لتكون يده مباحة لانه لا حمل أمور المسلمين على العجزة واجب ولولا ذلك لكان ظالمًا بالامسالة فاقنصرت دعواه على ما في يده ولا يدعى شيئاً مما في يد صاحبه ومدعى الكل يدعى ما في يده نفسه وما في يد الآخر ولا ينازعه أحد فيما في يده فيترك في يده الأعلى وجه القضاء واستوت منازعتهم ما في يده صاحبه فكانت ينشأ أولى لانه خارج فيه فيقضى له في ذلك النصف فسلم له الكل نصفها بالترك الأعلى وجه القضاء والنصف الآخر بالقضاء قال رحمه الله (ولو برهن على نتائج دابة وأثرها قضى لمن وافق سنّها تاريخه) لأن علامة الصدق ظهرت فيمن وافق تاريخه سنّها فترجى بيشته بذلك وفي الأخرى ظهرت علامة الكذب فيجب ردها ولا فرق في ذلك بين أن تكون الدابة في أيديهما أو في يد أحدهما أو في يد ثالث لأن المعنى لا يختلف بخلاف ما إذا كانت الدعوى في النتائج من غير تباريح حيث يحكمهم الذى البدان كانت في يد أحدهما أو لهما ان كانت في أيديهما أو في يد ثالث قال رحمه الله (وان أشكل ذلك فلهما) أي ان أشكل سن الدابة في موافقة أحد التاريخين يقضى لهما بالان أحدهما ليس بأولى بهما من الآخر وهذا اذا كانا خارجين بأن كانت الدابة في يد ثالث وكذا اذا كانت في أيديهما وان كانت في يد أحدهما قضى بها لأصاحب اليد لانه لما أشكل الأمر سقط التاريخان فصار كأنهم لم يورخا وان خالف سن الدابة التاريخين بطلت البيئتان لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يده من كانت في يده والأصح أنهم لا يبط لأن بل يقضى بها بينهما ان كانا خارجين أو كانت في أيديهما وان كانت في يد أحدهما يقضى بها الذى البدان اعتباراً ذكر الوقت لحقهما وحقهما هنا في اسقاط اعتباره لانه في اعتبارهما اسقاط حقهما فلا يعتبر فصار كأنهم ما ذكرنا النتائج من غير تباريح وفيه صاحب اليد أولى ان كانت في يد أحدهما والافهى بينهما كما اذا أشكل في موافقة سنّها أحد التاريخين وهكذا ذكره محمد والأول ذكره الحاکم وهو قول بعض المشايخ

لانه لو لم يكن كذلك يلزم أن يكون غاصباً في امسالك النصف الذى في يده وأمر المسلمين بحجب حملها على الصلاح ما أمكن وقد أقام الخارج وذو اليد البينة على ذلك النصف فكان الخارج أولى وهو مدعى الكل والنصف الذى في يده مدعى الجميع سلم له الأعلى طريق القضاء لانه لا منازع له فيه فان لم تقم لهما بينة فانه يحلف مدعى النصف لمدعى الجميع ولا يحلف مدعى الجميع لمدعى النصف لأن مدعى النصف لا يدعى لنفسه شيئاً مما في يد صاحب الجميع وصاحب الجميع يدعى النصف الذى في يد صاحب النصف وهو ينكر فيحلف فان حلف انقطع دعوى صاحبه وصار الحال بعد الحلف كالحال قبله وقبل الحلف كانت الدار في أيديهما نصفين فبعد الحلف كذلك اهـ اتفاقاً (قوله في المتن وان أشكل) أي ان لم يظهر سن الدابة اهـ فرستنا (قوله وان خالف سن الدابة التاريخين) أي في دعوى الخارجين اهـ (قوله

والأول ذكره الحاکم) أي وهو المراد بقوله سابقاً بطلت البيئتان اهـ قال في شرح الاقطع فان خالف سن الدابة الوقتين وليس قضى بها لأصاحب اليد ثم قال الحاکم الصحيح أن تبطل البيئتان وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي للحاکم الشهيد وان كانت على غير الوقتين أو كانت مشككة قضيت بينهما نصفين لانه لم يثبت الوقت فصار كأنهم لم يورخا وفي رواية أبي الليث الخوارزمي اذا كان سن الدابة على غير الوقتين فالبيئتان باطلة لانه ظهر كذبهما إلى هنا لفظ شيخ الاسلام المذكور وقدم مرة وقال شيخ الاسلام أبو بكر

المعروف بخواهر زاده في مبسوطه فان كان على غير الوقتين أو كانت مشكلة فاقضى بينهما نصفين ثم قال هكذا ذكر محمد ثم قال
قالوا ما ذكر من الجواب يستقيم بجوابي الاحدى المستثنتين وهي قوله أو كانت مشكلة لانها متى كانت مشكلة فيحصل أن يكون سن الدابة
موافقا للوقت كل واحد ونحو الفا لم يبقن يكذب أحد الفريقين وقد استويا في الدعوى والخجة فيقضى بينهما نصفين فأما متى كان على
غير الوقتين فإنه لا يقضى لهما بشئ لأن القاضي يثق بكذب شهادة كل فريق وهذا مانع من قبول الشهادة حالة الانفراد فيمتنع حالة الاجتماع
أيضا ثم قال خواهر زاده والدليل على صحة هذا ما روي أبو الليث الجواب عن محمد على هذا التفصيل قال اذا كان سن الدابة مشكلة يقضى
بينما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشئ ويترك في يد ذي اليد قضاء مترك فكأنهم لم يقيموا البيعة ومنهم من يقول بأن الالف
في قوله أو كانت مشكلة زيادة وقعت غلطاً من الكاتب فكانه قال وان كان على غير الوقتين على سبيل الشك لا على سبيل اليقين يعني
يجوز أن يكون موافقا للوقتين ويجوز أن يكون مخالفاً فاقضى بينهما (٣٢٥) بيقين فإنه لا يقضى لهما بشئ ويترك

في يد ذي اليد كما في حالة
الانفراد اذا خالف سن
الدابة الوقت بيقين فيحصل
ما ذكر محمد على أحد هذين
التأويلين كذا قال شيخ
الاسلام خواهر زاده في
مبسوطه اه اتقاني (قوله)
لان الوديعة تصير غصبا
بالخود أي فصار دعوى
الوديعة والغصب سواء اه
(قوله فإنه يختص بالملك)
أي فصار كالوئازع في الدار
أحدهما ساكنها والآخر
أخذ بحلقة الباب أن
السكن أولى وكذلك اذا
تنازعا في بيع وعليه حل
لأحدهما كان صاحب
الحل أولى لان له ميا ظاهرة
وتصرفا اه اتقاني (قوله)
حتى جازت الشهادة اه أي
أصاحب البعد اه (قوله)
وكذا لو كان أحدهما الخ
قال الامام الاسيحا في

وليس بشئ قال رحمه الله (ولو برهن أحد الخارجين على الغصب والاخر على الوديعة استويا) معناه اذا
كان عين في يد رجل فأقام رجلان عليه البيعة أحدهما بالغصب والاخر بالوديعة استوت دعواهما
حتى يقضى بينهما نصفان لان الوديعة تصير غصبا بالخود حتى يجب عليه الضمان ولا يسقط بالرجوع
الى الوفاق بخلاف ما اذا خالف بالفعل من غير وجود على ما بينه في موضعه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله
(والا كبا واللابس أحق من أخذ اللجام والكم) معناه اذا تنازعا في دابة أحدهما ركبها والاخر متعلق
بلجامها أو تنازعا في قبض أحدهما باللابس والاخر متعلق بكبه كان الركب واللابس أولى من المتعلق
باللجام والكم لان تصرفهما أظهر فانه يختص بالملك فكانا صاحب يد والمتعلق خارج فكانا أولى بخلاف
ما اذا أقاما البيعة حيث تكون بيعة الخارج أولى لانها حجة مطلقة وبيعة الخارج أكثر ثباتا على ما بينا وأما
التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمسك من التصرف على أنه كان في يده واليد دليل
الملك حتى جازت الشهادة بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجج والتراجع وكذا لو كان أحدهما ركبها على
السرج والاخر يدفاله كان الركب أولى لان تمكنه من ذلك الموضع دليل على تقدم يده بخلاف ما اذا
كانا ركبين على السرج حيث يكون بينهما استواء في التصرف ولو كان أحدهما متعلقا بذنبها
والاخر متمسكاً باللجام قالوا ينبغي أن يقضى بينهما ان يمسك اللجاما لانه لا يتعلق باللجام غالباً الا المالك
بخلاف التعلق بالذنب ولو تنازعا في بساط أحدهما قاعد عليه والاخر متعلق به فهو بينهما نصفان بحكم
الاستواء بينهما لا بطريق القضاء لان الجلوس ليس بيد عليه بخلاف الركوب واللبس ألا ترى أنه يصير
بهما غاصصاً بالثبوت يده عليه ولا يصير غاصصاً بالعود على البساط وكذا اذا كانا جالسين عليه فهو بينهما
بخلاف ما اذا كانا جالسين في دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها الاحتمال أنها في يد غيره وما هنا علم أنه
ليس في يد غيره هما قال رحمه الله (وصاحب الحمل والجدوع والاتصال أحق من الغير) يعني الأول أن
يتنازعا في دابة وعليها حمل لأحدهما كان صاحب الحمل أولى لانه هو المتصرف فيها المتصرف المعتاد فكانت
في يده كما اذا ادعى جماعة سفينة وكان واحد منهم ركبها والاخر متمسكاً بسكانها واخر يجذف فيها واخر
يمدها فهي بينهم الا من يدها فإنه لا شيء له فيها فإنه لا يملك فيها لان الباقي هم المتصرفون فيها المتصرف
المعتاد ولو كان الحمل لهما كانت بينهما استواء ولما لا يرجح بكثرة ما في الحمل لأحدهما لان الترجيح يقع

شرح الطحاوي ولو كانا جميعا ركبين أحدهما في السرج والاخر خارج السرج قضى بالدابة بينهما بالاجماع وروي عن أبي يوسف أنه
قال يقضى بالدابة للراكب في السرج الى هنا لفظه في كتاب الصلح من شرح الطحاوي ونقل الناطقي في الاجناس عن نوادر المعلى
رجلان على دابة أحدهما ركب في السرج والاخر رديف فادعى الدابة فهي لراكب السرج فان كانا في السرج فهي بينهما نصفان
فعلم بما ذكر في شرح الطحاوي والاجناس أن الدابة في ظاهر الرواية بينهما نصفين وما ذكره صاحب الهداية بقوله وكذا اذا كان أحدهما
راكبا في السرج والاخر رديفه قالوا ركب أولى من الرديف فذلك على رواية النوادر اه اتقاني (قوله دليل على تقدم يده) أي ولان
العادة جرت بأن الملاك يركبون في السرج وغيرهم يكون رديفا اه من خط قارئ الهداية (قوله بخلاف التعلق بالذنب) أي فانه قد
يتعلق به غير المالك اه (قوله لان الجلوس ليس بيد عليه) وكذا النوم على البساط ليس بدليل على اليد اه اتقاني (قوله والاخر متمسك
بسكانها) قال في المغرب والسكان ذنب السفينة لانها به تقوم وتسكن اه مغرب

(قوله الهراذى) الهراذى جمع الهردية قصبات تضم ملوكة بطاقات من الكرم فترسل عليها قضبان الكرم كذا في ديوان الادب لكن صريح في الديوان الهاء والخاء جميعا وقال في الصمغ الحردى القصب بنطى معرب ولا يقال الهردى ورايت في نسخة عتيقة من نسخ مختصر الكرخى الحردى بالخاء وقال صاحب الجهرة في باب الخاء والدال والراء ما الذى يسميه البصريون الحردى من القصب فهو بنطى معرب وكذا قال صاحب الديوان أيضا الحردى واحد حردى القصب فعلى هذا يجوز أن يقال بالهاء والخاء جميعا الرواية في الاصل والكافى للحاكم الشهيد بالخاء وفي الجامع الصغير وشرح الكافى وقعت بالهاء لا غير قال الامام شيخ الاسلام علاء الدين الاسيبجى في شرح الكافى واذا كان الحائط بين دارين فادعاه صاحب كل واحد من الدارين فان ابا حنيفة قال اذا كان لاحدهما عليه جذوع وليس للآخر عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع لانه في يد (٣٣٦) صاحب الجذوع يعنى به اليد المستعملة واليد المستعملة لصاحب الجذوع لان

الحائط ما بينى الاله وصار كائنين تنازعا في دابة أحدهما راكبها والاخر أخذ بلجامها يقضى بها للراكب لانها في يده وللاخر بها فوقع تعلق كذا هنا فان كان له عليه هراذى أو بوارى لم يستحق بها شيئا وكان الحائط لصاحب الجذوع لانه هو المستعمل للحائط استعماله لانه بنى لوضع الجذوع عليه والتسقيف دون الهراذى لكنه لا يؤمر برفع الهراذى والبوارى لان القضاء وقع له بالحائط بناء على الظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع دون ابطال الاستحقاق الثابت للغير نظائر وان كان الحائط متصلا ببناء أحدهما وللاخر عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع لانه مستعمل للحائط فكان في يده وثبوت اليد على ما جاوره وقرب لا يكون ثبوت عليه الا ان يكون اتصالا بتربيع وهو ان يكون أحد طرفي الأجر في هذا الحائط والطرف الاخر في الحائط لاحدهما الاخر حتى يصير في معنى حائط واحد وبناء واحد فيكون ثبوت اليد على البعض ثبوت على الكل فيكون الحائط لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع موضع جذوعه وكذا ان كان الحائط متخذا من الخشب فتكون الخشبة التي في هذا الحائط مركبة بالخشبة التي في ذلك الحائط ولان اتصال التبريع أعل على سبق البدن وضع الخشب على الجدار لانه إنما يوضع عليه بعد تمامه وصيرورته حائطا ففى عرفنا سبق يد أحدهما قضينا له به لانه لا يؤمر صاحب الجذوع برفع جذوعه لاقضينا لصاحب الاتصال والتبريع بالجدار بناء على الظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع دون ابطال الثابت فيكون لصاحب الجذوع حق وضع الجذوع لانه لم ينتقن بكونه مبطلا في الوضع لانه قد يستحق الوضع مع كون الحائط ملوكا كالغير فلم يكن هذا من ضروراته اه اتقاني

ثبوت عليه الا ان يكون اتصالا بتربيع وهو ان يكون أحد طرفي الأجر في هذا الحائط والطرف الاخر في الحائط لاحدهما الاخر حتى يصير في معنى حائط واحد وبناء واحد فيكون ثبوت اليد على البعض ثبوت على الكل فيكون الحائط لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع موضع جذوعه وكذا ان كان الحائط متخذا من الخشب فتكون الخشبة التي في هذا الحائط مركبة بالخشبة التي في ذلك الحائط ولان اتصال التبريع أعل على سبق البدن وضع الخشب على الجدار لانه إنما يوضع عليه بعد تمامه وصيرورته حائطا ففى عرفنا سبق يد أحدهما قضينا له به لانه لا يؤمر صاحب الجذوع برفع جذوعه لاقضينا لصاحب الاتصال والتبريع بالجدار بناء على الظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع دون ابطال الثابت فيكون لصاحب الجذوع حق وضع الجذوع لانه لم ينتقن بكونه مبطلا في الوضع لانه قد يستحق الوضع مع كون الحائط ملوكا كالغير فلم يكن هذا من ضروراته اه اتقاني

(قوله لوجود سبب الاستحقاق فيه) قال الاتفاق رحمه الله ثم اختلف أصحابنا (٣٢٧) المتأخرون على الزاوية التي لكل واحد منهما ما

تحت خشبته في حكم ما بين
الخشب قال بعضهم هو
بينهم انصافاً لانه لا يد
لا حدهما فيه فلم يكن
أحدهما بأولى من الآخر
كرجلين تنازعا في دار وفي
يد أحدهما بيت منها وفي يد
الآخر بيتان أن الباقي
بينهم انصافين كذلك ما بين
الخشب ومنهم من يقول
ذلك بينهما على قدر خشب
كل واحد منهما لأن صاحب
الخشب الكثير مستعمل
للخشب أكثر من استعمال
الآخر فاعتبر مستعملا لما
بلى الجذوع وهو المراد بقوله
وقيل على قدر خشبها حتى
يكون لصاحب الجذوع
خمساً ولصاحب الجذوع
الثلاثة ثلاثة الأجزاء
(قوله ثم من أصحابنا) أي
القائلين بهذا القول
اختلفوا بعد ذلك أه قوله
القائلين بهذا القول الخ
أعني القول بأن لكل واحد
منهما ما تحت خشبته أه
(قوله والتصرف أقوى
في الدلالة على الملك) أي
كما لو تنازع الدابة راكب
عليها ومتعلق بلجامها أه
(قوله وذكر الطحاوي أن
صاحب الاتصال الخ)
وكون صاحب الاتصال
أولى من صاحب الجذوع
هو الذي جزم به الاتفاق
ولم يحل قولاً آخر غيره وقد

لا حدهما ثلاثة ولا آخر أقل فهو لصاحب الثلاثة استحساناً وهو قول أبي حنيفة رحمه الله والقياس
وهو مروي عن أبي حنيفة أن يكون بينهما نصفين لأن الترجيح لا يكون بالكثرة بل بالقوة فيستويان
فيه كما إذا كان لهما جمل على دابة لا حدهما مائة من ولا آخر من أو منوان فإنها بينهما نصفان ووجه
الاستحسان أن مادون الثلاث حجة ناقصة إذ لا يبنى الحائط لأجل الواحد أو الاثنين عادة والحجة الناقصة
لا تظهر بمقابله الكاملة ثم لصاحب الجذوع الواحد والأثنين حق الوضع باتفاق الروايات لا نأخذنا بالحائط
أصاحب الجذوع بالظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق فلا يؤمر بالقلع بخلاف ما إذا ثبت الحائط له
باليد حيث يؤمر بالقلع لأن اليد حجة مطلقة تصلح للدفع والاستحقاق وهو نظير الشفعة حتى لا يستحق
بما ثبت ملكه باليد وبخلاف ما إذا تنازعا في دابة ولا حدهما عليها جمل ولا آخر كوزمعلق أو نحوه حيث
يؤمر بالقلع وإن كان استحقاقه باليد ووجه الفرق أن وضع الكوز لا يمكن استحقاقه على ملك الغير
ابتداءً ثم يدوانما يمكن مؤقتاً من جهة المالك فإذا أظهر الاستحقاق أمر بالازالة وأما وضع الخشب
فيمكن استحقاقه بأن وقعت القسمة بذلك الشرط ثم اختلفت الروايات بعد ذلك في أنه عاك ذلك الموضع
أم لا فذكر في كتاب الإقرار أن الحائط كله لصاحب الجذوع وأصاحب القليل ما تحت جذعه يرد به
حق الوضع لأن الحائط لا يبنى لأجل جذع واحد أو جذعين عادة وانما ينصب له اسطوانة فلا يحكم له
بالمالك كمسألة الدابة إذا كان لأحدهما عليها جمل ولا آخر كوزمعلق على ما بيننا وذكر في كتاب الدعوى
أن الحائط بينهما على قدر الجذوع لأن موضع جذعه مشغول بجذعه فيكون في يده حقيقة باعتبار
الاستعمال فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبه لوجود سبب الاستحقاق فيه ثم من أصحابنا
من قال يحكم بحكم عياني الخشب بينهما على قدر الخشب وأكثروا على أنه لا يملك صاحب الخشبة
أو الخشبين إلا موضع خشبته ومنهم من قال يكون ما بين الخشب بينهما نصفين ومنهم من قال يقسم جميع
الحائط بينهما على قدر خشبهما باعتبار القدر الاستعمال وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الإقرار أصح
وقال قاضي بخاري أن ذلك الموضع يكون ملكاً لصاحب الخشبة كما ذكر في الدعوى وإن كان
لأحدهما عليه جذوع ولا آخر اتصالاً تربيع فصاحب الجذوع أولى لأن له تصرفاً في الحائط ولصاحب
الاتصال اليد والتصرف أقوى في الدلالة على الملك ورجح السرخسي هذه الرواية وذكر الطحاوي أن
صاحب الاتصال أولى لأن الحائطين بهذا الاتصال يصيران كبناء واحد فالقضاء ببعضه يصير قضاء بأكمله ثم
يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما بيننا وصح الجرحاني هذه الرواية ورجحها بالسبق لأن التربيعة يكون
حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع فكان يده باتفاقه قبل وضع الآخر الجذوع فصارت نظيره سبق
الترجيح لأنه لا يرفع جذوع الآخر على ما بيننا ولا فرق في هذا بين أن يكون الاتصال من جانب أو من
الجانبين على ما ذكره الطحاوي رحمه الله وفي المحيط الأيدي في الحائط على ثلاث مراتب اتصالاً تربيع
واتصال ملازقة ومجاورة ووضع جذوع ومحاذاة بناء ولا علامة لليد في الحائط سوى هذا فأولاهم
صاحب التربيعة فإن لم يوجد فصاحب الجذوع فإن لم يوجد فصاحب المحاذاة وإن كان لأحدهما جذع
واحد ولا شيء للآخر اختلف المشايخ فيه قيل هما فيه سواء لأن الواحد لا يعتد به وقيل صاحب الجذوع
أولى لأن الحائط قديني بمجذوع واحد وإن كان ذلك غير غالب ولو كان لأحدهما عليه هراي أو واري
ولا شيء للآخر فهو بينهما والهراي لا يعتبر ولا البواري وفي فتاوى قاضي بخاري أن كان لأحدهما عليه
جذوع واحد ولا شيء عليه هراي أو واري أو لم يكن له عليه شيء فهو لصاحب الجذوع قال رحمه الله (توب
في يده وطرفه في يده آخر نصف) يعني لو تنازع الشخصان في توب في يدها أحدهما وطرفه في يده الآخر كان
بينهما نصفين لأن يد كل واحد منهما ثابت في التوب لأن أحدهما ثابتة في الآخر وذلك لا يوجب

نقلت عبارته أول المقالة عند قوله لوجود سبب الاستحقاق فيه فراجعها أه (قوله ولا فرق في هذا إلى قوله على ما ذكره الطحاوي) ألحته
المصنف على هامش نسخته ولم يكتب آخرها لفظه صح أه

(قوله لانه اذا كان يعبر عن نفسه) أي يتكلم ويعقل ما يقول اه اتقاني (قوله فلا يعتبر من الصبي) أي كقراره بالدين كالطلاق والعتاق اه (قوله بخلاف الاقرار بالدين) أي لانه مما لا يمكن تداركه وكذا الطلاق والعتاق اه (قوله فكانت غير ثابتة حكماً) أي فلم تصح الدعوى منه بخلاف غيره لان يده ليست يد غيره فتكون اليد ثابتة عليه حقيقة وحكما فتصح الدعوى منه اه (قوله وان كان لا تثبت) الذي بخط الشارح وان كان لا يثبت عليه (٣٣٨) يد غيره اه (قوله في المتن فالساحة نصفان) بالخاء وهي عرصه في الدار أو بين

يديها اه قارئ الهداية من خطه وكتب على قوله فالساحة نصفان مانصه وذلك لانهما استويا في استعمال الساحة في المرور ووضع الامتعة وكسر الحطب ونحو ذلك لانهم لم تكن في يدا أحدهما دون الآخر فكانت بينهما نصفين كالطريق يستوي فيه صاحب الدار وصاحب المنزل وصاحب البيت اه اتقاني وكتب أيضاً مانصه قال في شرح الطحاوي ولو كان العلوي يدا أحدهما والسفل في يدا الآخر والساحة في أيديهم ما ولم يكن لهما مينة وحلفا وكل منهما يدعي الجميع بترك السفل في يد صاحب السفل والعلو في يد صاحب العلو والساحة لصاحب السفل وصاحب العلو حق المرور في روايه وفي رواية أخرى الساحة بينهما نصفان وان أقاما البينة يقضى بالسفل لصاحب العلو وبالعلو لصاحب السفل والساحة للذي قضى له بالسفل على الرواية التي

الترجيح لما ذكرنا أن الرجحان بالقوة لا بالكثرة فصار كل منازعة في دابة ونههما عليها حل على التفاوت كانت بينهما نصفين ولا يعتبر تفاوت الحل حتى اذا كان لأحدهما من والأخر مائة من كنت بينهما بخلاف ما اذا كان في يدا أحدهما الهداية وبالساق في يدا الآخر لان الهداية ليست بثوب أدهى غير متسوجة فلم يكن في يده شيء من الثوب فلا يراحم الآخر قال رحمه الله (صبي يعبر فقال أنا حر فقال لولاه) لانه اذا كان يعبر عن نفسه فهو في يده فلا يقبل دعوى أحد عليه أنه عبده عند انكاره الابينة كالبالغ قال رحمه الله (ولو قال أنا عبد فلان أو لا يعبر عن نفسه فهو عبد لمن في يده) أما الاول فلا لأنه أقر أنه لا يده حيث أقر على نفسه بالرق فكان ملكا لمن في يده كالقماش ولا يقال الاقرار بالرق من المضار فلا يعتبر من الصبي فكيف يصح اقراره به غنا لاننا نقول الرق لم يثبت بقول الصبي بل بدعوى ذي اليد لعدم المعارض بدعوى الحرية لانه لما صار في يد المدعي بقي كالقماش في يده فيقبل اقراره عليه ولا نسلم أن الاقرار بالرق من المضار لانه يمكنه التدارك بعده بدعوى الحرية اذا تناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى بخلاف الاقرار بالدين ولا يقال الاصل في الآدمي الحرية لانه ولد آدم وحواء عليهم ما السلام وهما حران فوجب أن لا يقبل دعوى الرق الابينة وكونه في يده لا يوجب قبول قوله عليه كالقبط حيث لا يقبل قول المملوك أنه عبده وان كان في يده لا نأقول الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه بيطر وثبوت اليد دليل على خلاف ذلك الاصل لانه دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل ولا نسلم أن القبط اذا أقر بالرق بعد أن كان معبرا عن نفسه يخالفه في الحكم فلا يلزمنا وان لم يعبر عن نفسه فليس في يده المملوك من كل وجه لانه أمين فيه والأمين يده فائمة مقام يد غيره فكانت غير ثابتة حكماً وأما الثاني وهو ما اذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يثبت بقرينة المتناع فيكون ملكا لمن هو في يده ان ادعاه لعدم المعارض من يدعي نفسه حقيقة أو حكماً وهذا لان الاصل في الآدمي وان كان لا يثبت عليه يد غيره اكرامه حتى لا يكون مهانا كالقماش واليهاء لكن ذلك عند القدرة بان يكون معبرا عن نفسه لا عند العجز والعجز بأحد أمرين اما بالصغر حقيقة أو بالرق حكماً فيقبل قول المدعي ولو كبر وادعى الحرية لا يقبل قوله لانه ظهر عليه الرق فلا ينقض ذلك الا بالبينة قال رحمه الله (عشرة آيات في دار في يده ويثبت في يدا آخر فالساحة نصفان) لان الساحة يحتاج اليها الملاك لاستعمالها في أنواع المرافق من المرور فيها والتوضي وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك من أنواع المنافع وهما في ذلك سواء فتعصف بينهما فصار نظير الطريق ولان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا غير مرة بخلاف ما اذا تنازع في الشرب حيث يقسم بينهما على قدر أراضيهما لان الشرب يحتاج اليه لأجل سقى الارض فعند كثرة الاراضي تكثرت الحاجة اليه فيقدر الاراضي بخلاف الانفعال بالساحة فانه لا يختلف باختلاف الاملاك كالمرور في الطريق قال رحمه الله (ادعى كل أرضاً أنها في يده ولبن أحدهما فيها أو بنى أو حفر فهي في يده كالمو برهن أنها في يده) لان اليد في الارض غير مشاهدة وهي مقصودة فلا يثبت عند القاضي بمجرد دعواه ما أنها في يده فلا بد من إقامة البينة أنها في يده أو من التصرف فيها كالبناء أو الحفر لان التمكن من هذه الاشياء دليل على أنها في يده ثم ان ادعيا أنها في أيديهم ما لم

قال الساحة لصاحب السفل وعلى الرواية التي قال يكون بينهما يقضى بما في يدا الآخر وبما في يدا الآخر اه اتقاني يقض (قوله في المتن ادعى كل أرضاً أنها في يده ولبن الخ) قال في الهداية وان كان أحدهما قاذل في الارض أو بنى أو حفر فهي في يده وصورة المسئلة في أصل الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في أرض صحراء ادعاه رجلان كل واحد منهما يدعي أنها في يده وأحدهما لبن فيها وهو فيها أو حفر فيها أو بنى فيها بناء قال هي في يدا الذي أحدث فيها اللبن أو الحفر أو البناء وذلك لان هذا الفعل استعمال منه للارض ومن ضرورة الاستعمال اثبات اليد كالمو برهن على الدواب والبس في الثياب كذا ذكر في الاسلام اه اتقاني

(قوله فنكل أحدهما) يقضى عليه بكلها لمخالفة بعضه الذي كان في يده وبعضه الذي كان في يده صاحبه لتكوله ولو كانت الدار في يده ثالث لم تنزع من يده لأن تكوله ليس بحجة في حق الثالث اهـ كي (قوله ويرى كل منهم ما عن دعوى صاحبه) أي ويقف الدار إلى أن تظهر حقيقة الحال اهـ قارئ الهداية (قوله ما لم يقيم البينة على الملك) فكل شيء في أيديهم ما سوى العقار إذا طلبا القسمة فإن القاضي يقسمه من المشايخ من قال ماذا كرههنا قول أي حنيفة أما على قولهما في العقار أيضا يقسم وإن لم يقيم البينة على الملك وجعل هذه المسئلة فرعاً للمسئلة ذكرها في القسمة إذا طلب الورثة من القاضي قسمة العقار بينهم (٣٢٩) فإنه لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة

يقض به بلا بينة لاحتمال أنهما في يد غيرهما وإن ادعيا أنها في يد أحدهما فكذلك لأنه يمكن أنهما تواضعا على ذلك لكن ليس للمقر أن ينازعه في البينة لاقراءه أنها في يد صاحبه واقراءه في حق نفسه مقبول وكذا لو حلفا أنها ليست في يد صاحبه فنكل أحدهما ولو نكلا جعل في يد كل منهما ما فيها الذي في يد صاحبه لصحة اقراره في حق نفسه وإن حلفا جميعا لم يقض باليد لهما فيها ويرى كل منهما عن دعوى صاحبه وإن أقام أحدهما البينة أنها في يده قضى له باليد فيها ويكون الآخر خارجا وكذا إن لبن أحدهما أو بنى أو عرس أو فعل شيئا آخر مما يدل على أنها في يده وإن أقام البينة على اليد قضى به لهما فإن طلبا القسمة لا يقسم بينهما ما لم يقيم البينة على الملك قبل هذا قول أبي حنيفة وعندهما تقسم بناء على أن الورثة إذا كانت دار في أيديهم قسمها بقولهم إنهما ميراث عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يقسمها حتى يقيموا البينة أنه مات وتركها ميراثا بينهم والله أعلم بالصواب

باب دعوى النسب

قال رحمه الله (ولدت مبيعة لأقل من ستة أشهر منذ بيعت فأدعاه البائع فهو ابنه وهي أم ولده ويفسخ البيع ويرد الثمن وإن ادعاه المشتري معه أو بعده) وقال زفر والشافعي لا تصح دعوته الآن بصدقه المشتري وهو القياس لأن ادعاه على البيع دليل على أن الحمل ليس منه إذ هو اعتراف منه بجواز ولأن المسلم لا يأسر الباطل ظاهر أقصاف دعواه منافضا وساعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع فلا يقبل إذا تناقض بطل الدعوى فصار كالأودع أو البائع أو ادعى هو اعترافها أو تدبيرها قبل البيع وجه الاستحسان أن مبنى النسب على الخفاء فيعني فيه التناقض فتقبل دعوته إذا اتقن بالعاق في ملكه بالولادة لأقل من ستة أشهر لأنه بمنزلة إقامة البينة بل فوقها وهذا لأن الإنسان قد لا يعلم العلوق بالكلية ثم يظهر له أو قد ينظن أن العلوق من غيره ثم يعلم أنه منه فبذلك في التناقض كالزوج إذا كذب نفسه بعد قضاء القاضي بشي النسب كاللعان وكالمختلعة تقيم البينة أن الزوج طلقها ثلاثا قبل الخلع وكل كاتب يقيم البينة أن مولاه أعتقه قبل الكتابة فأن يفتن ما تقبل مع التناقض في الدعوى الخفاء عليهما لأن الزوج والمولى ينفرد كل واحد منهما بالطلاق والاعتناق فيعذران فيه بخلاف دعوى الاعتناق والتدبير بعد البيع لأنه فعل نفسه فلا يفتن عليه فلا يعذر ولا يفتن بيقين بكذبه في الكلام الأول لاحتمال كذبه في الثاني فلا ينتقض البيع بالاحتمال حتى لو أقام البينة بالاعتناق أو التدبير تقبل بينته لتيقننا بكذبه بنبوت الحرية أو التدبير قبل البيع وبخلاف دعوى البائع لأن شرط صحة دعواه نبوت ولاية الدعوة من وقت العلوق إلى وقت الولادة على ما بيناه من قبل ولم يوجد وإذا صححت الدعوى من البائع استندت إلى وقت العلوق لتكونها دعوة استيلاء تظهر أنه باع أم ولده فيكون باطلا ويرد الثمن لبطان البيع ولأن المشتري

هذا أي قال بعض المشايخ كذا في الفوائد الظهيرية

(٤٣ - زيلجي رابع)

باب دعوى النسب

قال الاتقاني لما فرغ عن بيان دعوى المال شرع في بيان دعوى النسب وقدم الأول لكونه أهم لكثرة وتوعه اهـ ثم قال الاتقاني والدعوة إلى الطعام بفتح الدال والدعوة في النسب بالكسر وهذا أكثر كلام العرب فأنا عدى الباب فيفتحون في النسب ويكسرون في الطعام كذا رأيت في أمالي ثعلب وكذا ذكر الجوهري أيضا اهـ (قوله طلقها ثلاثا قبل الخلع) أي أن تسترد بدل الخلع وإن كانت متناقضة لاستقلال الزوج بإيقاع الطلاق عليهم من غير علم اهـ عمادي

(قوله أو بعده) وانما ذكر الضمير بتأويل الادعاء ومجذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه اه من خط الشارح (قوله حيث لا تصح دعوته في الام) قال الاتفاقى ثم اذا مات (٣٣٠) الولد تعذر اثبات النسب فيه لان الحقوق لا تثبت ابتداء لليت ولا عليه واذا لم يثبت

النسب لم يثبت الاستيلاد لانه فرع النسب وكانت الام بجهاها قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي اعتنى الولد أو دبره أو قتل عبده فأخذ قيمته ثم ادعاه البائع لم يصدق على ذلك لانه بطلت محلبة الدعوى باللهلاك إذ النسب ليس بأمر مقصود بعد الولادة وكذلك العتق والتدبير تصرف لازم لا يمحتمل القسح فتعذر تصحيح الدعوى في الولد واذا لم يصح في حق الولد لم يصح في حق الام لانها تابعة الا اذا صدقه المشتري على ذلك فيقبل ويصير كالامر الظاهر ولو لم يقتل الولد ولكنه قطعت يده فأخذ المشتري نصف قيمته ثم ادعاه البائع فانه يصدق على الدعوى ويرد البائع ما قبض من الثمن الا حصة اليد لانها صارت مقصودة بالقطع فانتفى حكم التبعية عنها فلا يظهر الاستحقاق في حقها وكذلك لو كان القطع في الام وكذلك لو كان رجلا ففأعني الولد فدفعه المشتري وأخذ قيمته ثم ادعاه البائع فدعوته جائزة ويرد الثمن على المشتري ويرجع الجاني

على المشتري بالقيمة التي أعطاه ولا يكون للعيسين أرش على الجاني وقال أبو يوسف ومحمد على الجاني ما قصه بناء على أصل وهو أن الضمان يجب في مقابلة الجثة عند أبي حنيفة فيسقط سلامتها للجاني وقد تعذر وعندهما في مقابلة النقصان والنقصان متحقق عندهما فيجب بالضمان وكذلك لو فاق عين الام اه (قوله ثم ان قام هذا المانع) أي وهو الاعتاق والتدبير اه

لم يدفع الثمن اليه الا لئلا يسله المبيع فاذا لم يسله لم يرجع به ولا تعتبر دعوة المشتري مع دعوة البائع أو بعده وهو المراد بقوله وان ادعاه المشتري معه أو بعده لان دعوة البائع أسبق لانها تستند الى حالة العلق لكونها دعوة استيلاد لوجود العلق في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير اذا العلق لم يكن في ملكه فيقتصر فكانت الاولى أقوى فلا تعتبر الثانية معها ولانه لما ثبت النسب من البائع تبين أن البيع كان باطلا فلم يدخل في ملك المشتري فصار المشتري كغيره من الاجانب فلا تصح دعواه ولان الولد استغنى عن النسب بثبوته من البائع فلا حاجة الى اثباته من غيره واحتراز بقوله وان ادعاه المشتري معه أو بعده عما اذا ادعاه المشتري قبله لانه اذا ادعاه المشتري أو لا ثبت نسبه منه لوجود المجوز للدعوى وهو الملك ألا ترى أنه يجوز اعتاقه واعتاق أمه فكذا تصح دعوته أيضا لحاجته الى النسب والى الحرية وثبت لها أمومية الولد باقراره ثم لا تصح دعوة البائع بعده لانه قد استغنى عن النسب بثبوته من المشتري ولان النسب لا يمحتمل الا بطلان فيبطل به حق استحقاق النسب البائع ضرورة قال رحمه الله (وكذا ان مات الام بخلاف موت الولد) يعني اذا مات الام فادعى البائع الولد وقد جاءت به لافل من ستة أشهر ثبت نسبه منه مثل الاول بخلاف ما اذا مات الولد ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت نسبه منه والفرق أن الولد هو الاصل في الباب والام تبع له فيه ألا ترى أنها تضاف اليه فيثبت نسبه أو لا فيعتق فتتبعه أمه فيثبت لها حق الحرية بسببه لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها وقال عليه الصلاة والسلام من وطئ أمته فولدت له فهي معتقة عن دبره رواهما ابن ماجه ولان المقصود من الدعوى الولد دون الام وهي تدخل تبعاً فكان الثابت أقوى والادنى يتبع الاقوى فاذا كان الولد هو الاصل كان المعتبر بقاءه لحاجته الى ثبوت النسب ولا يضره فوات التبع بخلاف العكس وهو ما اذا مات الولد دون الام حيث لا تصح دعوته في الام لان الحكم لا يثبت في التبع ابتداء بدون متبوعه والولد قد استغنى عن النسب بالموت فتعذر اثباته بعد موته ولم يتعذر بعد موته فيثبت نسبه ويرد الثمن كله عند أبي حنيفة رحمه الله لانه تبين أنه باع أمه وولدها ويبيعها باطل ولا يضمنها المشتري لان ما ليتها غير متقومة عنده كالحرة ولهذا لا تضمن بالغصب عنده وعندهما يرخصه الولد ولا يرخصه الام لان ما ليتها متقومة عندهما فضمن بالعقد والغصب فتكون مضمونة على المشتري فاذا رد الولد ونها يجب على البائع رد حصة ما سلم له وهو الولد اثلاً ليجتمع البدل والمبدل في ملكه ولا يجب عليه رد حصة ما لم يسل له وهي الام هكذا ذكروا الحكم على قولهما وكان ينبغي أن يرذ البائع جميع الثمن عندهما أيضاً ثم يرجع بقيمة الام لانه لما ثبت نسب الولد منه تبين أنه باع أمه وولدها ويبيع أم الولد غير صحيح بالاجماع فلا يجب فيه الثمن فلا يكون لاجزاء المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه ان كان باقياً والا فبدله قال رحمه الله (وعتقهما كوتهما) أي اعتاق المشتري الام والولد كوتهم ما حتى لو أعتق المشتري الام دون الولد فادعى البائع أنه ابنه سمحت دعوته وثبت نسبه منه ولو أعتق الولد دون الام لا تصح دعوته لما ذكرنا أن الولد هو الاصل فيعتبر قيام المانع به حتى تنتفع الدعوى دون الام كما قلنا في الموت وانما كان الاعتاق ما دام لانه لا يمحتمل النقص بعد ثبوته كالنسب فصار اعتاقه كدعوته أنه ابنه ولان الاعتاق يثبت الولد وهو كالنسب فلا يمكن ابطاله كما لا يمكن ابطال نسبه بعد ما ادعاه المشتري ولان البائع حقاؤه وحق دعوة الغصب والاستيلاد وما ثبت للمشتري حقيقة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير كالاعتاق لانه لا يمحتمل النقص لما ظهر فيه بعض آثار الحرية وهو امتناع التملك فصار كاستيلاد ثم ان قام هذا المانع بالولد امتنعت دعوة البائع لما بينا وان قام بالام لا يمتنع

فثبتت الجاني ما قصه بناء على أصل وهو أن الضمان يجب في مقابلة الجثة عند أبي حنيفة فيسقط سلامتها للجاني وقد تعذر وعندهما في مقابلة النقصان والنقصان متحقق عندهما فيجب بالضمان وكذلك لو فاق عين الام اه (قوله ثم ان قام هذا المانع) أي وهو الاعتاق والتدبير اه

(قوله فكذا العتق) قال في شرح الكافي ولو كان المأمور ببيعها أو وهبها أو رهنها أو أجزأها أو زوجها أبطلت جميع ذلك ووردتها إلى البائع لأن هذه التصرفات مما يحمل النقص بعد صحتها فلا ينقص عند ظهور عدم الصحة أصلاً أو في اهتقاني (قوله ألا ترى أن النسب الخ) قال الاتقاني أي لا يلزم من عدم صحة الاستيلاء عدم ثبات النسب لجواز الانفصال كافي ولذا المغرور فاته حر باقمة ثابت النسب من المستولد وأمه أمة تباع في الأسواق اه (قوله وصححه) قال الاتقاني وقد ذهب (٣٣١) صاحب الهداية في هذا إلى ما ذهب إليه

شمس الأئمة السرخسي
وسماه الصحيح ولكن هذا
على خلاف ما نص عليه
محمد في الجامع الصغير وغيره
وقدمه أنفاً اه (قوله)
ولا تصير الأمة أم ولد له أي
لأن تصادفهما أن الولد
من البائع لا يثبت كون
العلق في ملكه لأن البائع
لا يدعي ذلك وكيف يدعي
والولد لا يبق في البطن أكثر
من سنتين فكان حادثاً بعد
زوال ملك البائع وإذا لم يثبت
العلق في ملك البائع
تكون دعواه هنا دعوة
تحرير وغير المالك ليس
بأهله اه (قوله فلا ينفذ
الافي المالك) أي فلم يعتق
الولد اه (قوله ثم اعلم أن
الدعوة هنا الخ) قال الاتقاني
رجه الله ثم اعلم أن الدعوة
على ثلاثة أوجه دعوة
استيلاء ودعوة ملك ودعوة
شبهة أمدعوة الاستيلاء
فإنها دعوة فوبه تفضي
المالك وغير المالك بشرط أن
يكون أصل العلق في
ملكه لأن الحرمة تستند
إلى وقت العلق وتوجب
هذه الدعوة فسخ ما جرى

فثبت نسبه من البائع ولا تضير أمه أم ولد له لأن العتق فيها لا يمكن نقضه ولا يقال ينبغي أن يبطل
اعتاق المشتري لأن نسب الولد ثبت مستنداً إلى وقت العلق فثبت أنه باع أم ولد فلم يملكها المشتري فيبطل
الاعتاق كالأول ولد المبيعة ولدين في بطن واحد فاعتق المشتري أحدهما ثم ادعى البائع الآخر أنه ابنه
ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشتري لأنه لم يملكه ضرورة أنهم ما خلقا من ماء واحد ولهذا انبطل سائر
تصرفاته مثل البيع والهبة فكذا العتق وتوابعه لا نأقول ثبوت أمومية الولد ليس من أحكام ثبوت
النسب ولا من ضروراته ألا ترى أن النسب يثبت في ولد المغرور وفي ولد الأمة المستكوبة ولا تصير أم ولد
له بخلاف التوأمين لأنهم ما خلقا من ماء واحد فثبت لأحدهما من الأحكام ثبت للآخر ضرورة ثم إذا لم
يبطل عتق المشتري في الأم قبل البيع برء من الثمن ما يخص الولد خاصة ولا برء ما يخص الجارية بالاجتماع
هناؤد كرافق لابي حنيفة رجه الله في المبسوط بين هذا وبين ما إذا ماتت الأم فإن البائع فيها يرتجع
الثمن عنده وهذا يرتد ما يخص الولد فقط والفرق أن في الاعتاق القاضي كذب البائع فيما يزعم أنها أم
ولده حيث جعلها معتقة المشتري ولم يفسخ البيع بينهما فبقى البيع صحيحاً فيجب عليه ثمنها بخلاف فصل
الموت فإن زعم البائع فيه لم يبطل بشئ فبقى معتبراً في حقه إذ لم يكن مكذباً شرعاً فيرتجع الثمن وفي
الاعتاق يرتد حصّة الولد ثم جعل هنا للولد بعد القبض حصّة من الثمن كالمولود قبل البائع بسبيل
من فسخ هذا البيع بالدعوة فصار كالحادث قبل القبض في المعنى وفي الحادث قبل القبض له حصّة من
الثمن إذا استملكه البائع وقد استملكه هنا بالدعوة ولو كونه مستخر جازم العقد ومن المشايخ من قال يرتد
البائع جميع الثمن هنا عند أبي حنيفة رجه الله كافي فصل الموت لأن أم الولد لا قيمة لها عنده ولا يضمن
بالعقد فيؤخذ بزعمه وإليه مال صاحب الهداية وصححه وهو مخالف الرواية وكيف يقال يسترد جميع
الثمن والبيع لم يبطل في الجارية حيث لم يبطل اعتاقه بل يرتد حصّة الولد فقط بأن يقسم الثمن على قيمته ما
بأن يعتبر قيمة الأم يوم القبض لأنها دخلت في ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لأنه صار له القيمة بالولادة
فتعتبر قيمته عند ذلك قال رحمه الله (وان ولدت لأكثر من ستة أشهر ردت دعوة البائع إلا أن تصدقه
المشتري) وهذا الكلام يشمل وجهين أحدهما أن تلدا لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع فحكم أنه
لا تصح دعواه لعدم العلق في ملكه بيقين وهو الصحيح إلا إذا صدقه المشتري فثبت النسب ويحمل على
الاستيلاء بالنكاح ليقيننا أن العلق لم يكن في ملكه ولا يبطل البيع ولا يعتق الولد ولا تصير الأمة أم ولد له
لأن العلق حادث بعد البيع ولا يستند إلى ما قبل البيع حتى يبطل فكانت هذه الدعوة دعوة تحرير
فلا ينفذ الأفي المالك إلا بقدر غير المالك على التحرير والثاني أن تلدا لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع
ولأقل من سنتين منه فحكمه أن دعوة البائع لا تقبل فيه أيضاً لاحتمال العلق بعد البيع فلم يوجد الصحيح
فيه بيقين فلم يصح إلا أن يصدقه المشتري حينئذ يثبت نسبه تصادقه ما فيه وتصير الأمة أم ولد له تبعاً للولد
ويبطل البيع لاستناد العلق إلى ما قبل البيع لا مكانه فيثبت أنه باع أم ولد وهذا لأن هذه الدعوة دعوة
استيلاء فثبتت ثم اعلم أن الدعوة هنا ثلاثة أوجه دعوة استيلاء ودعوة تحرير ودعوة شبهة كالأب يدعي

من العقود إذا كان محلاً للفسخ وينتظم الاعتراف بالوطء ودعوة المالك أن لا يكون أصل العلق في الملك وتنفذ في الملك ولا تنفذ في غير
الملك لأن الحرمة تقتصر على وقت الدعوة ولا توجب هذه الدعوة فسخ ما جرى في العقود ولا ينتظم الاعتراف بالوطء ودعوة شبهة المالك
كدعوة الأب والجارية ابنه وإنما تصح بشرط أن يكون ملك الابن قائماً في الجارية والولد من وقت العلق إلى وقت الدعوة لأن حق التملك
ثبت له بحكم ولاية التصرف في ماله لأنه لا ملك للأب حقيقة ولا حق ملك بل له حق التملك عند الحاجة فصح دعوته لحق ثبت له في مال
الابن مقتضى الدعوة سابقاً عليه ثم يستند إلى وقت العلق كافي حقيقة الاستيلاء يثبت له المالك في مال ابنه سابقاً على الاستيلاء في صحيحه

فلا بد من قيام ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة لينتبه له الحق في ماله لتحكيح الدعوة ثم اعلم أن البائع أو المشتري اذا ادعى ولد الجارية المبعة فلا يخفى اما ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لستة أشهر فصاعدا ما بينهما وبين سنتين من وقت البيع أو جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع وقد علم ذلك أو لم يعلم وكل وجه من الواجهة الثلاثة على أربعة أوجه اما ان ادعى البائع وحده أو المشتري أوهما جميعا معا أو على التعاقب فان جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر وقد علم ذلك فادعاه البائع وكذبه المشتري صححت دعوته استحسانا وهو قول ابراهيم النخعي حتى يثبت نسب الولد منه ويفسخ البيع ويرد الثمن على المشتري ان كان نقدا وقال زفر لا تصح دعوة البائع اذا كذبه المشتري وهو القياس وهو قول الشافعي كذا ذكره خواجه زاده في مبسوطه وذلك لان دعوة البائع الولد دعوى منه ابطال ملك المشتري فلا يصدق عليه من غير تصديقه ولا ان اقدامه على البيع اعتراف بان الولد عبده نصارمة ناقضا في دعونه ودعوى المناقض مردودة ألا ترى أنه لو أقر أنه كان أعتقها لا يصح وكذا لو ادعاه بعدما ادعاه المشتري أو أعتقه المشتري أو جاءت به لستة أشهر فصاعدا وجه الاستحسان أن علوق الولد في ملك المدعي يبين بمنزلة البيئنة العادلة حكما في حق ثبات النسب وحرمة الولد من الاصل وصيرورة الجارية أم ولده استدل لا بالاب ادعى جارية ولد ابنه صح دعوته وان كذبه الابن اذا علم العلوق في ملك الابن فهذا أولى لان الاب له شبهة ملك في مال الابن والبائع حقيقة ملك والتناقض معقول وكان الخفاء في النسب وانما صح دعوة الاستيلاء برذ البيع لانها تستعمل الى وقت العلوق فيظهر أنه باع أم الولد وأنه لا يجوز وملك المشتري يحتمل الفسخ فيفسخ بخلاف ما اذا أعتق المشتري أو ادعاه حيث لا تصح دعوة البائع بعد ذلك لان الاعناق والنسب حق لا يزعم الفسخ ولا يلزم ما اذا ادعى البائع أنه كان أعتقها أو غيرها لأنه لم يكن له على هذه الدعوى بينة لاحقيقة ولا حكا وفيما نحن فيه العلوق في ملكه يبين صار كالبيئنة حكما وان لم توجد البيئنة حقيقة ولا يلزم ما اذا جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدا لعدم البيئنة لاحقيقة ولا حكا فاعتبر ذلك اقرارا محض على الغير فلم يعتبر هذا اذا ادعى البائع لا غير فان ادعى المشتري وحده صححت دعونه لان دعوة المشتري دعوة تحرير حتى كان للمشتري ولا على الولد كالأعتقه والمشتري يصح منه التحرير فيصح منه دعوة التحرير فان ادعى جميعا ان خرج الكلامان معا فدعوة البائع أولى لأنه سابق معنى فيعتبر كالأعتقه ولو كان سابقا حقيقة ولو كان سابقا حقيقة بأن ادعى أولا ثم ادعى المشتري صح دعوة البائع (٣٣٣) ولم يصح دعوة المشتري فكذا هذا وانما قلنا أنه سابق لأنه من وقت العلوق

ودعوة التحرير بريقة تصر على جارية ابنه وحكم كل قسم بشرطه مذ كور في موضعه وصوره كل قسم من هذه الاقسام ينقسم الى ثلاثة احوال وان سبق أحدهما صاحبه فالسابق أولى فان

كان السابق هو البائع فلماذا كرنا وان كان هو المشتري فلأن النسب لا يحتمل الفسخ هذا كله اذا جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر وقد علم ذلك فان جاءت به لستة أشهر فصاعدا ما بينهما وبين سنتين من وقت البيع وقد علم ذلك فالمسئلة على وجوه أربعة فان ادعاه البائع لا غير فانه لا تصح دعوته الا بتصديق المشتري لان علوق الولد لما يتيقن في ملكه صارت دعوته ودعوة اجنبي آخر سواء الا أن الفرق بين البائع والاجنبي أن المشتري اذا صدق الاجنبي يثبت نسب الولد ولكن يبقى الولد عبدا ولا تصير الجارية أم ولده لأنه لم يثبت علوق الولد في ملكه بتصادقهما وفيما اذا صدق البائع يثبت النسب وتصير الجارية أم ولده وينتقض البيع لحصول العلوق في ملكه وان ادعاه المشتري صح دعوته لأن دعوته صحيحة حال الانفرد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمل العلوق أولى ويجب أن يكون دعوة استيلاء حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولا على الولد لان العلوق في ملكه يمكن وان ادعى معا أو سبق دعوة أحدهما صح دعوة المشتري لان البائع في هذه الحالة كالاجنبي فاما اذا جاءت بالولد لاكثر من سنتين وقد علم ذلك فالمسئلة على أربعة أوجه أيضا فان ادعاه البائع لا يصح الا بتصديق المشتري لأنه لو ادعى فيما اذا جاءت به لستة أشهر لا يصح بدون تصديقه مع احتمال العلوق في ملكه وهذا أولى أن لا يصح بدون تصديقه لأنه لا يحتمل العلوق في ملكه أصلا وان صدقه المشتري صححت الدعوة وثبت النسب كما في الاجنبي الا أنه لا ينتقض البيع ولا تصير الجارية أم ولده ويبقى الولد عبدا للمشتري وهو ثابت النسب من البائع وان ادعى معا أو سبق أحدهما صاحبه صح دعوة المشتري لان البائع كالاجنبي وهذا كله اذا علم مدة الولادة بعد البيع فاذا لم يعلم أنهما جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر أو لاكثر من ستة أشهر فصاعدا ما بينهما وبين سنتين أو لاكثر من سنتين فالمسئلة على أربعة أوجه أيضا فان ادعاه البائع لا تصح دعونه الا أن يصدق المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه وان ادعاه المشتري صح لان أكثر ما في الباب أن علوق الولد في ملك البائع بأن جاءت به لاقل من ستة أشهر ولكن هذا لا يمنع دعوة المشتري وان سبق أحدهما صاحبه في الدعوى ان سبق المشتري صححت دعوته وان سبق البائع ثم ادعى المشتري لا تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبات النسب من كل واحد منهما وان ادعى معا فانه لا تصح دعوة واحد منهما ويكون الولد عبدا للمشتري لأنه وقع الشك في ثبات النسب من كل واحد منهما ما لأنه ان كان لاقل من ستة أشهر لم يثبت النسب من المشتري ويثبت من البائع وان كان لستة أشهر أو لاكثر من سنتين ثبت من المشتري ولم يثبت من البائع فلا يثبت مع الشك وهذا عندنا وعند ابراهيم النخعي ثبت منه ما لأنه

لما وقع الشك كان الاثبات أولى لمصافيه من الاختصاص هذا حاصل ما ذكره خواهر زاده في مسوطه اه (قوله في المتن ومن ادعى نسب أحد التوأمن) قال في المغرب التوأم اسم للولاد إذا كان معه آخر في بطن واحد ويقال هما توأمان كما يقال هما أزويجان وقولهم هو توأم وهما زوج خطأ اه اتقاني (قوله بخلاف ما إذا كان الولد الخ) من هنا إلى قوله والمسال محله عند قول المصنف في المتن على وقبل اقرار بدين محرم ومن نسخة الشارح اه (قوله هذا إذا كان أصل العلوق الخ) قال شيخ الاسلام علاه (٣٣٣) الدين الاسيحي في شرح الكافي للحاكم

الشهيد واذا ولدت أمة
الرجل ولدين في بطن
واحد ولم يكن أصل الحمل
عنده فباع أحدهما وأعتقه
المشتري ثم ادعى البائع فهما
ابناء ولا ينتقض البيع
ولا عتق المشتري أما ثبات
النسب فلأنه لما ثبت نسب
أحدهما ثبت نسب الثاني
ضرورة أن أحدهما لا يقبل
الفصل عن الآخر وأما
عدم انتقاض البيع فلأنه
حدث في الحمل مانع
الانتقاض وهو الحرية لأنه
تعدا ثبات الحرية بطريق
التبعية فلا ينتقض البيع
فه اه اتقاني (قوله لانهما
لا يفترقان) فكان قوله هذا
ابن مجاز عن قوله هذا
حر واعتاق أحد التوأمن
ينفصل عن عتق الآخر
فيمتصرون هذا العتق على
محله ولا يشترط وصار كأن
البائع أعتقه ما فاعتق من
في ملكه فحسب وهذا
بخلاف ما لو اشترى أحد
التوأمن واشترى أبو المشتري
الآخر ثم ادعى أحدهما
نسبه حيث يعتق كلاهما
وهذه دعوة محرم فربما يفتي

تعالى فاحفظه قال رحمه الله (ومن ادعى نسب أحد التوأمن ثبت نسبهما منه) لما بينا وانما يعرف أنهما
توأمان إذا كان بين ولادتهما أقل من ستة شهور وان كان بينهما ستة أشهر فصاعدا فليس بتوأمين لان أقل
مدة الحمل ستة أشهر فإذا أنت ولدت ثم جاءت بولد آخر لاق من ستة أشهر يعلم بالضرورة أنهم من ماء واحد
اذ لا يمكن علوق الثاني بعد الولادة لما ذكرنا ولا يمكن علوقه وهي حبل بالاول لان فم الرحم مسدود
لا ينفخ وهي حبل في الخروج الولد قال رحمه الله (وان باع أحدهما فاعتقه المشتري بطل عتق المشتري)
معناه اذا باع أحد التوأمن فاعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي لم يبعه أنه ابنه ثبت نسبهما منه وبطل
عتق المشتري فيه لان دعوة البائع صحيحة في الذي لم يبعه لمصادفته العلوق والدعوى ملكه فيه فثبت نسبه
ومن ضرورته ثبوت نسب الآخر منه لانهم من ماء واحد فيلزم منه بطلان عتق المشتري لكونهم محتررا
الاصل اذ يستحيل أن يكون أحدهما محررا والاصل والآخر رقبة او هما من ماء واحد فيكون نقض العتق با
هو فوقه وهي الحرية الثابتة بأصل الخلقة بخلاف ما إذا كان الولد واحد حيث لا يطل فيه اعتاق المشتري
بدعوى البائع نسبه لان العتق فيه لو بطل لبطل مقصود الاجل حق الدعوة للبائع وأنه لا يجوز على ما بينا
وجهه وهنا ثبت الحرية في الذي لم يبعه ثم تعدى الى الآخر ضمنا وتبعيا وكم من شيء ثبت ضمنا وان لم
يثبت مقصودا هذا اذا كان أصل العلوق في ملكه وأما اذا لم يكن العلوق في ملكه بأن اشتراه بعد الولادة
أو اشترى أمهما وهي حبل بهما أو باعها فجاءت بهما الاكثر من سنتين فثبت نسبهما أيضا لانهم لا يفترقان
فيه لما ذكرنا لكن لا يعتق الذي ليس في ملكه وان كان المشتري قد أعتقه لا يبطل عتقه لان هذه الدعوة
دعوة محرم بل عدم العلوق في الملك فلا يملك الامن ملكا لانشاء فلها شرط لنزول العتق عليه أن يكون في
ملكه بخلاف المسئلة الأولى وهو ما اذا كان العلوق في ملكه حيث يعتقان جميعا لانهم ادعوا استنيلاد
فقتلوا ومن ضرورته عتقهما بطريق أنهم محتررا اصل فثبت أنه باع محررا قال رحمه الله (صبي عند
رجل فقال هو ابن فلان ثم قال هو ابني لم يكن ابنه وان جحد أن يكون ابنه) معناه اذا كان صبي عند رجل
فقال الرجل الذي عنده الصبي هذا الصبي ابن فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه أبدا وان جحد فلان
الغائب أن يكون الصبي ابنه ولا يشترط لهذا الحكم أن يكون الصبي في يده واشترطه في الكتاب وقع
اتفاقا وانما لا تصح دعواه بعد ذلك لأنه أقر بثبوت نسبه من الغير وذلك يمنع ثبوت نسبه منه بدعواه لان
اقراره حجة في حق نفسه وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقال لا تصح دعواه المقر بعد جحد المقر له أن يكون
ابنه لان اقراره بطل بجحد المقر له فصار كأن لم يقتر ولهذا يعتق عليه بدعواه لو كان عبدا له وهذا لان
الاقرار بالنسب مما لا يرد اذا اقرار بما لا يحتمل النقض ملحق بالاقرار بما يحتمل النقض ولهذا يؤثر
فيه الهزل والاكرام حتى لا يصح معهما وان كانا لا يؤثران فيما لا يحتمل النقض فصار كما اذا أقر المشتري على
البائع باعتاق العبد المبيع قبل البيع وكذب البائع ثم قال المشتري أنا أعتقته فان الولد يتحول اليه فكذا
هذا ولان اقراره بالنسب نفي للنسب عن نفسه أو انكار لوجوب الحقوق عليه وذلك لا يمنع الاقرار به
بعده بأن قال ليس هو ابني ثم قال هو ابني فكذا هذا ولهذا يصح كذاب الملا عن نفسه بعد نفي النسب عنه

أن يقتصر على محله ولا يشترط أن أحدهما ثمان كان أباه المشتري أو ابن المشتري فان كان أباه المشتري فالابن ملك أحاه فاعتق عليه وان كان
المدعى هو الابن فالابن ملك حافده فاعتق عليه كذا ذكره القرائني نقله الشيخ السلي من خط قارئ الهداية اه (قوله في المتن وان جحد)
أي الغائب اه (قوله ان يكون الصبي ابنه) وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الصبي يكون في يد
الرجل قال هو ابن عبيد الغائب ثم يقول هو ابني قال لا يكون ابنه أبدا وقال يعقوب ومحمد اذا جحد العبد أن يكون ابنه كان ابن المولى الى
هنا لفظ أصل الجامع (قوله واشترطه في الكتاب) أي بقوله عند رجل اه (قوله لان اقراره) أي بأن هذا ابن فلان اه

(قوله ولا يحنيفه أن النسب الخ) قال الاتقاني وجهه قول أبي حنيفة أن الاقرار بالنسب من الغير اقرار بما لا يحتمل النقص فلا يصح دعوة المقر بعد ذلك وانما قلنا انه لا يحتمل النقص لان في زعم المقر انه ثابت النسب من الغير والنسب اذا ثبت لا ينتقص بالجور والتكذيب ولهذا الوعد المقر له الى تصديقه جاز وثبت (٣٣٤) النسب منه وصار كذا لم يصدقه ولم يكذبه اه (قوله وادعيه معا) وبه صرح

بجلاف ما اذا صدقه لانه يدعي نسباً ثابتاً من غيره وبجلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه كولد الملا عنه لا يثبت نسبه من غير الملا عن تعلق حقه به بتكذيب نفسه ولا يحنيفه رحمه الله أن النسب بما لا يحتمل النقص بعد ثبوته والاقرار به لا يرتد بالرد فيبقى في حق نفسه لان اقراره حجة في حق نفسه كمن أقر بحرية عبد الغير فكذبه المولى فانه يبقى في حق المقر حراً ولا يرتد باقراره حتى لو ملكه يوم ما عتق عليه لا قراره بذلك ولكن شهد على رجل بنسب صغير فرددت شهادته لتبعية ثم ادعاه الشاهد لنفسه فان دعواه لا تقبل لاقراره به للغير وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب ثبت نسبه منه وكذا لو تعلق به حق الولد فلا يرتد بردد المقر له فصار كدعواه قبل الرد ولان موجب اقراره مشيئة ثبوت النسب من الغير وباطال حق نفسه في الدعوة واذا ارتد الاول لعدم ولائته عليه فلا يرتد الثاني لان اقراره حجة عليه ولا يلزم مسئلة الولاء لانها على خلاف ذكره في كتاب الولاء ولان سلم فالنسب ألزم من الولاء فانه يقبل التحول من جانب الام الى جانب الاب عند اعتاق الاب وكذا اذا ارتدت معتقة والعياذ بالله ولحققت بدار الحرب وسبيت وأعتقها المولى الثاني كان الولاء له والنسب لا يقبله كما مر في ولد الملا عنه فلا يصح القياس عليه وانما يعتق عليه اذا ادعاه لاقراره به كما اذا قال لعبد له الثابت نسبه من غيره هو ابني وهذا يصلح حيلة فحين يبيع عبد أصل علوقه عنده ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك من البائع فيبطل دعواه بنسبه لغيره مطلقاً عنده وعندهما بشرط أن لا يرتد المقر له النسب بان يسكت أو يقره بما يت أو اغائب لا يعرف قال رحمه الله (ولو كان في يد مسلم ونصراني فقال النصراني ابني وقال المسلم عبدى فهو حر ابن النصراني) أى لو كان الصبي في أيديهم ما فدعوا النصراني أنه ابنه والمسلم أنه عبده وادعيه معا كان حر ابن النصراني لانه ينال بذلك شرف الحرية في الحال والاسلام في المال اندلائل الوحدة اية ظاهرة فكان فيه الجمع بين المصلحتين وفي عكسه فوات شرف الحرية اذا لا قدرته على اكتسابها فكان الجمع بينهما أولى ولا يقال ينبغي أن يكون عبداً للمسلم لان الاسلام مرجح لانا نقول الترجيح يكون عند التعارض وهو الاستواء ولا تعارض هنال ان النظر له فيما قلنا وأفرقاته في الاستواء بخلاف ما اذا ادعى كل واحد منهما انه ابنه حيث يكون المسلم فيه أولى لاستوائهما في دعوى البتة فيرجح المسلم بالاسلام وهو أوفر للصبي لحصول الاسلام له في الحال تبعاً لابيه قال رحمه الله (وان كان صبي في يد زوجين فزعم أنه ابنه من غيرهما وزعت أنه ابنهما من غيره فهو ابنهما) لان كل واحد منهما أقر الولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه فصح اقرارهما له ولا يبطل حق صاحبه بمجرد قوله ولا يرجح أحدهما على الآخر لاستواء أيديهما فيه وقيام أيديهما عليه وقيام الفرائض بينهما دليل ظاهر على أنه منهما كمن في يد رجلين يقول كل واحد منهما لصاحبه هذا الثوب لى ولفلان آخر غيرك وليس لك أنت فيه شيء كان الثوب بينهما ولا يصدق كل واحد منهما في ابطال حق صاحبه فيه الا أن المقر له يشارك المقر في نصيبه لان المحل يحتمل الشركة وفي النسب لا يشارك لانه لا يحتملها هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر فالقول له أيهما صدق ثبت نسبه منه قال رحمه الله (ولدت مشتراته فاستحققت غرم الاب قيمة الولد وهو حر) يعني لو اشترى أمة فولدت منه ثم استحقها مستحق ضمن المشتري قيمة الولد والولد حر وكذا اذا ملكها بسبب آخر غير الشراء أى سبب كان وكذا اذا تزوجها على أنها حرة فولدت له ثم استحققت روى ذلك عن عمر رضي الله عنه في النكاح وعن علي رضي الله

في القوائد الظهريه وفيه اشارة الى أن دعوة المسلم لو سبقت يكون عبد للمسلم اه من خط قارئ الهداية (قوله لان الاسلام مرجح) بكسر الجيم اه (قوله) حيث يكون المسلم فيه أولى وهذا عندنا وقال زفر يستويان وقال الشافعي يحكم القائف كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه اه اتقاني (قوله في المتن وان كان صبي في يد زوجين الخ) قال التمر تاشي التناقض لا يمنع صحة دعوى النسب حتى لو قال رجل هو ابني منك من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح يثبت النسب منه فلو قالت ابني منك من نكاح وقال من زنا لم يثبت النسب منهما لعدم اتفاقهما في النكاح فلو قالت بعد ذلك ابني منك من نكاح ثبت لما قلنا اه من خط قارئ الهداية رحمه الله (قوله وان كان يعبر) أى وليس هنالك رق ظاهر اه اتقاني (قوله في المتن ولدت مشتراته الخ) قال في الهداية ومن اشترى جارية فولدت ولدا

عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يتخاصم قال الاتقاني أى قال في الجامع الصغير في كتاب القضاء وصورتهما عنه فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية فوطئها فولدت له ولدا ثم استحقها رجل قال يغرم الاب للمولى قيمة الولد يوم يتخاصم ان جاء والولد حى وان جاء والولد قدامت فلا شيء على المشتري فان جاء وقدمت الولد وتركه عشرة آلاف درهم فلا شيء على الاب وان قتل الولد فأخذ الوالد يتيه فعلى الاب قيمته الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير (قوله وكذا اذا تزوجها على أنها حرة الخ) قال الاتقاني

والمغرور من يستولد امرأه معتمدا على ملك يمين أو نكاح على أنها حرة ثم يستحقها رجل بالبيعة على أنها أمة وولدها حرة باجتماع الصحابة ثم قال الاتقاني ثم اعلم أن ولد المغرور وانما يكون حرا بالقيمة اذا كان المغرور حرا أما اذا كان مكاتباً أو مأذوناً له في التزويج يكون ولده عبداً للمستحق خلافاً للجمد وسيجي ذلك في كتاب المكاتب اهـ (قوله ولاولاء المستحق عليه) أي على الولد اهـ (قوله في المتن فان مات الولد لم يضمن الاب) أي وهو المشتري اهـ (قوله لومات الولد قبل الخصومة الخ) قال الاتقاني ثم (٣٣٥) ان جاء المستحق بعد مامات الولد وترك

عنه في الشراء بمحض من الصحابة رضى الله عنهم من غير تكليف كان اجاعا ولا ان ينظر من الجانبين واجب اذا المغرور معذورا لانه في الامر على سبب صحيح شرعا والامة ملك المستحق والولد جزؤها فاستوجب الآخر النظر فوجب الجمع بينهما مما أمكن مراعاة لهما وذلك بأن يجعل الولد حرا الاصل في حق الاب ورقه في حق المستحق لان استحقاق الاصل سبب لاستحقاق الجزء فيضمن الاب قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع والتحول من العين الى القيمة لانه لما علق رقيقا في حق المولى كان حقه في عين الولد وانما يتحول الى القيمة بالقضاء فتعتبر قيمته وقت التحول وتجب هذه القيمة على الاب دون الولد حتى اذا كان الاب ميتا يؤخذ من تركه لان المانع من الدفع ثبوت النسب وهو من الاب دون الولد والمستحق عليه لانه علق حرا الاصل وانما قدرنا الزجر ضرورة القضاء بالقيمة فلا تعد موضوعها ثم هذا الغرور ان كان في ملك اليمين فظاهر وان كان في النكاح فان القاضي يقضى بها بولدها للمستحق عند اقامة المستحق البيعة انها لانه ظهروا انها للمستحق وقرعها يتبعها الا اذا أثبت الزوج أنه مغرور بان يقيم البيعة أنه تزوجها على أنها حرة فثبتت به حرية الاصل للاولاد قال رحمه الله (فان مات الولد لم يضمن الاب قيمته) يعني لومات الولد قبل الخصومة لا يجب على الاب شيء لان الولد لو كان مملوكا للمستحق حقيقة لم يكن مضمونا عليه فان الولد المغصوب أمانة عندنا على ما عرف في موضعه فالاولى أن لا يكون مضمونا عليه مع عدم المالك حقيقة وكذا لو ترك ما لا لان الارث ليس ببدل عنه فلا يقوم مقامه فلم يجعل سلامة الارث كسلامة نفسه بخلاف ما اذا قتله فأنزل وقبض الاب من دينه قدر قيمته حيث يجب عليه ضمان قيمته لان سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه وان لم يقبض شيئا لا يجب عليه لان المنع لا يتحقق فيما لم يصل اليه وان قبض أقل من قيمته وجب عليه بقدره اعتبارا لبعض الكل وبخلاف ما اذا قتله الاب لان المنع تحقق بقتله كافي بولد المغصوب اذا أنفقه الغاصب قال رحمه الله (ويرجع بالثمن وقيمته على بائعه لا بالعقر) أي يرجع المشتري بثمان الجارية وبقية الولد على بائعه ولا يرجع بعقره من العقر بوطئها لان البائع صار كقيد بما شرط عليه من البدل لان البائع مبيع على مساواة البديلين في حكم الضمان فلما كان الثمن من جانب المشتري سائلا للبائع وجب أن يكون المبيع سائلا للمشتري وذلك بأن يجعل البائع كقيد بسبب تلك البديل فصار كأنه قال للمشتري ان الحكم قد ثبت لك فان ضمنك أحد بدعي باطل فانما ضامن لك بما ضمنك ولان البائع التزم سلامتها عن العيب اذا المعاوضة تقتضي ذلك ولا عيب فوق الاستحقاق فيرجع عليه وكذا ان هلكت عند المشتري فضمنه المستحق قيمتها وقيمة الاولاد يرجع المشتري على البائع بالثمن وبما ضمن من قيمة الاولاد لما بينا ولا يرجع عليه بقيمة الجارية لان أخذ قيمتها كخذه عنها وفيه لا يرجع الا بالثمن فكذا هبدا وكذا اذا تزوجه رجل على أنها حرة ثم استحق رجوع الاب على المزوج بقيمة الولد اذا استيلا دعبي على التزوج وشرط الحرية صار بمنزلة الوصف الملازم لهذا التزوج فيكون الاستيلا بناء على التزوج وشرط الحرية فكان الشارط صاحب علة فنزل كالقائل أنا كفيل بعالمقك بسبب هذا العقد أو يقال مالزمت من الضمان انما لزمه بالاستيلا والاستيلا حكم التزوج لانه موضوع له فكان المزوج صاحب علة فيضاف الحكم اليه بخلاف ما اذا أخبره رجل أنها حرة أو أخبرته هي وتزوجها من غير شرط الحرية حيث يكون

عنه في الشراء بمحض من الصحابة رضى الله عنهم من غير تكليف كان اجاعا ولا ان ينظر من الجانبين واجب اذا المغرور معذورا لانه في الامر على سبب صحيح شرعا والامة ملك المستحق والولد جزؤها فاستوجب الآخر النظر فوجب الجمع بينهما مما أمكن مراعاة لهما وذلك بأن يجعل الولد حرا الاصل في حق الاب ورقه في حق المستحق لان استحقاق الاصل سبب لاستحقاق الجزء فيضمن الاب قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع والتحول من العين الى القيمة لانه لما علق رقيقا في حق المولى كان حقه في عين الولد وانما يتحول الى القيمة بالقضاء فتعتبر قيمته وقت التحول وتجب هذه القيمة على الاب دون الولد حتى اذا كان الاب ميتا يؤخذ من تركه لان المانع من الدفع ثبوت النسب وهو من الاب دون الولد والمستحق عليه لانه علق حرا الاصل وانما قدرنا الزجر ضرورة القضاء بالقيمة فلا تعد موضوعها ثم هذا الغرور ان كان في ملك اليمين فظاهر وان كان في النكاح فان القاضي يقضى بها بولدها للمستحق عند اقامة المستحق البيعة انها لانه ظهروا انها للمستحق وقرعها يتبعها الا اذا أثبت الزوج أنه مغرور بان يقيم البيعة أنه تزوجها على أنها حرة فثبتت به حرية الاصل للاولاد قال رحمه الله (فان مات الولد لم يضمن الاب قيمته) يعني لومات الولد قبل الخصومة لا يجب على الاب شيء لان الولد لو كان مملوكا للمستحق حقيقة لم يكن مضمونا عليه فان الولد المغصوب أمانة عندنا على ما عرف في موضعه فالاولى أن لا يكون مضمونا عليه مع عدم المالك حقيقة وكذا لو ترك ما لا لان الارث ليس ببدل عنه فلا يقوم مقامه فلم يجعل سلامة الارث كسلامة نفسه بخلاف ما اذا قتله فأنزل وقبض الاب من دينه قدر قيمته حيث يجب عليه ضمان قيمته لان سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه وان لم يقبض شيئا لا يجب عليه لان المنع لا يتحقق فيما لم يصل اليه وان قبض أقل من قيمته وجب عليه بقدره اعتبارا لبعض الكل وبخلاف ما اذا قتله الاب لان المنع تحقق بقتله كافي بولد المغصوب اذا أنفقه الغاصب قال رحمه الله (ويرجع بالثمن وقيمته على بائعه لا بالعقر) أي يرجع المشتري بثمان الجارية وبقية الولد على بائعه ولا يرجع بعقره من العقر بوطئها لان البائع صار كقيد بما شرط عليه من البدل لان البائع مبيع على مساواة البديلين في حكم الضمان فلما كان الثمن من جانب المشتري سائلا للبائع وجب أن يكون المبيع سائلا للمشتري وذلك بأن يجعل البائع كقيد بسبب تلك البديل فصار كأنه قال للمشتري ان الحكم قد ثبت لك فان ضمنك أحد بدعي باطل فانما ضامن لك بما ضمنك ولان البائع التزم سلامتها عن العيب اذا المعاوضة تقتضي ذلك ولا عيب فوق الاستحقاق فيرجع عليه وكذا ان هلكت عند المشتري فضمنه المستحق قيمتها وقيمة الاولاد يرجع المشتري على البائع بالثمن وبما ضمن من قيمة الاولاد لما بينا ولا يرجع عليه بقيمة الجارية لان أخذ قيمتها كخذه عنها وفيه لا يرجع الا بالثمن فكذا هبدا وكذا اذا تزوجه رجل على أنها حرة ثم استحق رجوع الاب على المزوج بقيمة الولد اذا استيلا دعبي على التزوج وشرط الحرية صار بمنزلة الوصف الملازم لهذا التزوج فيكون الاستيلا بناء على التزوج وشرط الحرية فكان الشارط صاحب علة فنزل كالقائل أنا كفيل بعالمقك بسبب هذا العقد أو يقال مالزمت من الضمان انما لزمه بالاستيلا والاستيلا حكم التزوج لانه موضوع له فكان المزوج صاحب علة فيضاف الحكم اليه بخلاف ما اذا أخبره رجل أنها حرة أو أخبرته هي وتزوجها من غير شرط الحرية حيث يكون

صحيح في الظاهر أو فاسد فولدت ولدا ثم أقام مولاها البيعة أنها أمة فقضى به له فانه يقضى بالولد أيضا للمولى الجارية الآن يقيم الزوج البيعة أنه تزوجها على أنها حرة فان أقام البيعة على ذلك جعلت الولد حرا ولا سبيل عليه ثم قال وضع المسئلة فيما اذا لم يتزوجها على هذا الشرط فيكون هذا اغتراراً منه حيث بنى أمره على مطلق خبرها فاما اذا شرط ذلك عند العقد بصير الزوج مغروراً فيكون ولده حرا ولا سبيل عليه وجعلت على أبيه قيمته يوم قضى به له ديناً في ماله دون مال الولد اهـ

الولد رقيقا ولا يرجع على الخبر بشئ لأن الاخبار سبب محض لأن العقد حصل باختيار الرجل والمرأة وانما يأخذ حكم العلة بالغرور وذلك بأحد أمرين بالشروط أو بالمعاوضة ولا يرجع بما رزقه من العقر على البائع وعند الشافعي رحمه الله يرجع لأنه ضمان لزمه بفوت السلامة قلنا العقر عوض عما استوفى من منافع البضع فلورجع به سلم له المستوفى مجانا والوطء في ملك الغير لا يجوز أن يسلم له مجانا ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصى بشئ من قيمة الاولاد وعند الشافعي رحمه الله يرجع لأن الغرور قد تحقق له منه بما يجابه الملك له فيها واخباره أنهم لم يملوكته قلنا مجرد الغرور لا يكفي للرجوع فان من أخبرنا ان هذا الطريق آمن فسلكتها فأخذ المصوص ماله لم يرجع على الخبر بشئ بخلاف البيع فإنه عقد معاوضة يوجب السلامة أو الضمان على ما بينا وهذا تبرع وهو محسن وليس على المحسن من سبيل وبخلاف التزوج لأنه موضوع للاستيلاء وطلب النسل قال عليه الصلاة والسلام تنكحوا نساءكم وانكثروا الحديث فإذا لم يسلم له ما هو المقصود به رجع بذلك على من غرمه والمقصود بوضع الهبة اظهار الجود والسماحة وثبوت الملك وهذا المقصود يتحقق بدون الاستيلاء ولو باعها المشتري من آخر فاستولدها الثاني ثم استحققت رجع المشتري الثاني على البائع الثاني بالثمن وبقية الولد ويرجع المشتري الاول على البائع الاول بالثمن ولا يرجع عليه بقية الولد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقال يرجع عليه بقية الولد أيضا لأن البائع الاول ضمن للثاني سلامة الولد في ضمن البيع ولم يسلم له حيث أخذ منه قيمة الولد فيرجع به عليه كافي الثمن والرد بالعيب ولا يبي حنيفة رحمه الله أن البائع الاول ضمن للمشتري سلامة أولاده دون سلامة أولاد المشتري منه لأن ضمان

السلامة انما يثبت بالبيع والبيع الثاني لا يضاف اليه وانما يضاف الى البائع الثاني

لمباشرة باختياره فينتفع به بسبب الاول بخلاف الثمن لأن البائع الاول

ضمن للبائع الثاني سلامة المبيع فلم يسلم له فلا يسلم لباعه

الثمن وبخلاف الرد بالعيب لأن المشتري

الاول استحققه سليما ولم يوجد

والله أعلم

بالصواب



تم الجزء الرابع وبليه الجزء الخامس وأوله كتاب الاقرار

(قوله لأنه ضمان لزمه بفوت السلامة) أي المستحقة في العقد كما يرجع بقيمة الولد اهـ (فرع) قال الاتقاني وقد دخن كتاب الدعوى في الجامع الصغير بقوله وإذا قالت المرأة أنا أم ولدهذا الرجل وأرادت استخلاف الرجل ليس له ذلك في قول أبي حنيفة خاصة لأن أمومية الولد تابعة للنسب ولا يرى اليه نسب في النسب اهـ