إِنَّ اللّٰهَ عَلٰى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ

قد طبع الجلد الثالث مع تكملة نتائج الافكار من الكتاب المستطاب الذي يزري بزهوها على الاحوال الربيعية الكاشفة

لمعضلات الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المستجمع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية المشهور

بالفتح القدير

مع متنه

البداية والهداية

نقاش

للعلامة النحرير امام العلماء سيد الفقهاء اكمل الكملاء في الحديث والتفسير شيخ الاسلام كمال الدين محمد المعروف بابن الهمام

اسكنه الله برحمته دار السلام بتصحيح الفاضل العريف العلام مولانا محمد اعظم حسين الخيرآبادي حفظه الله ذو الايادي

في المطبع الممتاز بين مطابع الدهر المغربي منشي نولكشور الواقع في مصر لكهنؤ

فهرس المجلد الثالث من فتح القدير مع تكملة نتائج الافكار

صفحہ	مطلب
۲	کتاب البیوع -
۱۰	فصل
۲۷	باب خیار الشرط
۴۶	باب خیار الرؤیۃ
۵۴	باب خیار العیب
۸۸	باب البیع الفاسد -
۱۰۵	فصل فی احکامہ -
۱۱۲	فصل فیما یکرہ -
۱۱۴	نوع منہ -
۱۱۷	باب الاقالۃ -
۱۲۰	باب المرابحۃ والتولیۃ -
۱۲۸	فصل
۱۳۴	باب الربوا -
۱۵۰	باب الحقوق -
۱۵۲	باب الاستحقاق -
۱۶۰	فصل فی بیع الفضولی
۱۶۵	باب السلم -
۱۸۸	مسائل منثورۃ -
۱۹۴	کتاب الصرف
۲۰۷	کتاب الکفالۃ -
۲۲۶	فصل فی الضمان -
۲۳۳	باب کفالۃ الرجلین -
۲۳۴	باب کفالۃ العبد وعنہ -
۲۳۶	کتاب الحوالۃ -
۲۴۳	کتاب ادب القاضی -
۲۵۸	فصل فی الحبس -
۲۶۲	باب کتاب القاضی الی القاضی -
۲۶۹	فصل آخر -
۲۸۰	باب التحکیم -
۲۸۱	مسائل شتی من کتاب القضاء
۲۹۳	فصل فی القضاء بالمواریث -
۳۰۲	فصل آخر -
۳۰۵	کتاب الشہادۃ -
۳۱۲	فصل یتعلق بکیفیۃ الاداء
۳۱۸	باب من یقبل شہادتہ ومن لا یقبل -
۳۳۳	باب الاختلاف فی الشہادۃ -
۳۴۳	فصل فی الشہادۃ علی الارث -
۳۴۵	باب الشہادۃ علی الشہادۃ -
۳۵۱	فصل فی تعزیر شاہد الزور -
۳۵۲	کتاب الرجوع عن الشہادات -
۳۶۳	کتاب الوکالۃ ایضا من تکملۃ - ۳۷۰
۳۸۸	باب الوکالۃ بالبیع والشراء
〃	فصل فی الشراء
۴۱۲	فصل فی التوکیل بشراء نفس العبد
۴۱۷	فصل فی البیع -
۴۳۰	فصل
۴۳۷	باب الوکالۃ بالخصومۃ والقبض -
۴۵۶	باب عزل الوکیل -
۴۶۶	کتاب الدعوی -
۴۷۷	باب الیمین -
۴۹۲	فصل فی کیفیۃ الیمین والاستحلاف -
۴۹۸	باب التحالف -
۵۱۷	فصل فیمن لا یکون خصما
۵۲۰	باب ما یدعیہ الرجلان
۵۴۱	فصل فی التنازع بالایدی
۵۴۸	باب دعوی النسب -
۵۶۳	کتاب الاقرار
۵۸۱	فصل
۵۸۵	باب الاستثناء وما فی معناہ -
۶۰۳	باب اقرار المریض -
۶۱۱	فصل فی بیان الاقرار بالنسب
۶۱۸	کتاب الصلح -
۶۲۲	فصل
۶۲۵	باب التبرع بالصلح والتوکیل بہ
۶۲۶	باب الصلح فی الدین -
۶۲۹	فصل فی الدین المشترک -
۶۳۲	فصل فی التخارج -
۶۳۵	کتاب المضاربۃ
۶۴۱	باب المضارب یضارب
۶۴۲	فصل
۶۴۳	فصل فی العزل والقسمۃ -
۶۴۶	فصل فیما یفعلہ المضارب -
۶۴۷	فصل آخر -
۶۴۸	فصل فی الاختلاف -
۶۵۰	کتاب الودیعۃ -
۶۵۵	کتاب العاریۃ -
۶۶۳	کتاب الہبۃ -
۶۷۳	باب الرجوع فی الہبۃ -
۶۷۸	فصل
۶۸۱	فصل فی الصدقۃ -
۶۸۲	کتاب الاجارات -
۶۸۷	باب الاجر متی یستحق -
۶۹۲	فصل
۶۹۳	باب ما یجوز من الاجارۃ وما یکون خلافا فیہا
۶۹۷	باب الاجارۃ الفاسدۃ -
۷۱۳	باب ضمان الاجیر
۷۱۶	باب الاجارۃ علی احد الشرطین -
۷۱۹	باب اجارۃ العبد -
۷۲۲	باب الاختلاف -
۷۲۳	باب فسخ الاجارۃ -
۷۲۴	مسائل منثورۃ -
۷۲۵	کتاب المکاتب -
۷۳۰	فصل فی الکتابۃ الفاسدۃ -
۷۳۴	باب ما یجوز للمکاتب ان یفعل -
۷۳۹	فصل
۷۴۰	فصل
۷۴۴	باب من یکاتب عن العبد
۷۴۵	باب کتابۃ العبد المشترک -
۷۴۷	باب موت المکاتب وعجزہ وموت المولی
۷۵۱	کتاب الولاء -
۷۵۵	فصل فی ولاء الموالاۃ -
۷۵۸	کتاب الاکراہ -
۷۶۰	فصل
۷۶۶	کتاب الحجر
۷۶۸	باب الحجر للفساد -
۷۷۲	فصل فی حد البلوغ
〃	باب الحجر بسبب الدین -
۷۷۷	کتاب المأذون -
۷۸۹	فصل
۷۹۳	کتاب الغصب -
۸۰۰	فصل فیما یتغیر بفعل الغاصب -
۸۰۶	فصل
۸۱۲	فصل فی غصب ما لا یتقوم -

تم

ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقدم الفرق هناك وقوله رضيت بكذا واعطيتك بكذا وخذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود

سواء سمي غيره اشهارا اصطلاحا اولا واذا كان الاشهار لا يعرف الا بالشرع ولم يضع له في اللغة لفظ يخصه والشرع استعمل في اثباته من اللفظ لفظا انجزاي وضعه علة لاثباته تعالى ذلك المعنى عنده فينعقد اي يثبت به واما تعليله بان لفظ الماضي اول على الوجود فانه لا يصدق الا بتحقق الوجود سابقا فاختير لذلك ربما يعطي تحصر العلية عليه وليس كذلك بل الوجه انه تعليل اولوية لفظ الماضي بان يستعمل فيه من غيره فانه لا يقتصر عليه كما ستسمع **قوله** ولا ينعقد بلفظين احدهما بلفظ المستقبل بخلاف النكاح فانه اذا قال زوجني فقال زوجتك ينعقد بخلاف ما لو قال بعني فقال بعتك لا ينعقد حتى يقول الاول اشتريت ونحوه مما قال الطحاوي انه قد ينعقد بثلاثة الفاظ قال وقدم الفرق هناك يعني قوله لان هذا توكيل يعني زوجني فاذا قال زوجتك كان متكلما بالوكيل مزوجا لوليها من زوجها والواحد يتولى طرفي عقد النكاح بخلاف البيع وقد منا من قال ان لفظة الامر في النكاح جعلت ايجابا بالان النكاح لا يصح بالخطبة فيه وطلبه الابعد مراجعات وتامل واستخارة غالبا فلا يكون لفظ طلبا اعني زوجني مساومة بل تحقيقا فاعتبر ايجابا بخلاف البيع لا يكون مسبوقا بمثل ذلك فكان الامر فيه مساومة فلا تتم العقد بجرد جوابه بالآخر وعلى هذا لا تتم فرق المصنف رح لانه مبني على كونه توكيلا واما الفرق بان رد النكاح بعد ايجابه يلحق الشين بالاولياء بخلاف رد البيع فمبني على جعل الامر ايجابا ثم فيه نظر لانه لو صح لزم امتناع رجوعه بعد قوله زوجني بتك قبل قوله زوجتك لانه ايضا شين وانكسار يلحقهم وهذه ثمانية مواضع منها البيع والاقالة لا يكتفى بالامر فيها عن الايجاب ومنها النكاح والخلع يقع فيهما ايجابا بالمعاطاة اذا قال بعبده اشتر نفسك مني بالف فقال فعلت عتق السامع في الحال هب لي هذا فقال وهبته منك تمت البتة السابعة قال لصاحب الدين ابرئ عما لك على من الدين فقال ابرأتك تمت البراءة الثامنة الكفالة قال كفل بنفس فلان لفلان فقال كفلت تمت فاذا كان فاسدا فقد مر واجاز كفالة حالة اذا علم ان مراد الانعقاد بالمستقبل هو اذا لم يتعاد قا على نية الحال الا اذا تعاد قا على اثبات البيع في الحال فينعقد به في القضاء لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال فيثبت بالنية ذكره في التحفة في صيغة الاستقبال مطلقا وفي الكافي تعد الكلام على المضارع فقال الصحيح ما ذكره الطحاوي لان المضارع في الاصل موضوع للحال وقد توضع في الاستقبال بوضع يجوز انتهى وعلى هذا ينبغي ان يقبل قوله اذا ادعاه وكذبه الآخر لانه حقيقة اللفظ بخلاف المستقبل وهو الامر فلم يوضع في قوله يعني انه اراد معنى اشتريت بكذا ينبغي ان لا يصدقه القاضي مثال ذلك ان يقول ابيع منك هذا بكذا او اعطيتكه فقال اشتريت او اخذته ونوى الايجاب للحال فالحق ان المراد بالمستقبل الذي ينعقد به بنية الحال هو المضارع وتسميته مستقبلا على احد القولين والا فالمختار انه موضوع للحال واما الامر فلا يوجد في شئ من الكتب التمثيل به لذلك مع انه هو المستقبل في الحقيقة وذلك لانه انشاء وبينه وبين الاخبار كمال الانقطاع فلا يجوز به فيه فلا يقال بعته والمراد اشتريته فلا ينعقد به الا في قوله خذه بكذا فينعقد لثبوت الايجاب اقتضاء ومثل الامر المقرون بالسين نحو سابيعك فلا يصح بيعا ولا يجوز به في معنى بعتك في الحال فان ذكر السين يناقض ارادة الحال واعلم ان كون الواحد لا يتولى طرفي العقد في البيع مخصوص منه الاب يشتري مال ابنه لنفسه ويبيع ماله منه والوصي عند ابي حنيفة اذا اشترى لليتيم من نفسه او لنفسه منه بشرط المعروف في باب الوصية وقيده في نظم الزندويسي بما اذا لم يكن نصب القاضي **قوله** قوله رضيت هذا بدرهم فقال بعتك وقال اشتريته بدرهم فقال رضيت فقال اعطيتكه بكذا فقال فعلت او اجزت او اخذت كل هذه الالفاظ من قبل البائع او المشتري يتم بها البيع لافادتها اثبات المعنى والرضا به وكذا لفظة خذه بكذا ينعقد به اذا قبل بان قال اخذته ونحوه لانه وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته اعني الامر بالاخذ يستدعي سابقة البيع فكان كالماضي الان استدعى الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذه سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما اذا قال بعتك عبدي هذا بالف فقال فهو حر عتق وثبت

فهرست کتب دینیه سنت وجماعت موجوده مطبع

نحمده ونصلی بر خواطر دریا مقاطر ارباب الباب مخفی مباد که فهرست کتب موجوده کارخانه اوده اخبار اگرچه بذریعه فهرستهای جداگانه پیوسته اشتهار می پذیرد دیگر مناسب وقت چنین می نماید که اسامی بعضی کتب دینیه سنت وجماعت از فقه واصول وتفسیر وکلام وحدیث که مناسبت تام باین کتاب داشته باشد بنابر اطلاع علما وفضلا وشائقین وماهرین این علوم که اطلاع موجود بودنش را ذریعه رفیعه باشد نقل نموده می شود وآن اینست

کتب فقه عربی واصول فقه

فتاوای عالمگیری تمام وکمال
شرح الیاس شرح مختصر الوقایه
هدایه شریف کامل مع ترجمه فارسی
هدیة المختار شرح رساله عضدیه
احیاء العلوم عربی هر چهار جلد
مختصر الوقایه
جامع الرموز
شرح وقایه محشی بحواشی مختلفه
شرح وقایه مع چلپی
فتاوای کنز الدقائق عربی
فرائض شریفی شرح سراجیه
نور الانوار مع قمر الاقمار
مجموعه تنقیح وتوضیح
وتلویح مع چلپی
شیخ الاسلام حاشیه تلویح
ملا خسرو حاشیه تلویح
کفایه حاشیه هدایه مع هدایه محشی بحواشی مختلفه
عینی شرح هدایه تمام وکامل

کتب فقه فارسی واردو

ترجمه اردو درمختار هر چهار جلد
حقیقة الصلوة
سبیل الجنان
فتاوای برهنه تمام وکامل
مالابد منه فارسی
کشف الحاجات یعنی مالابد اردو
مذاق العارفین ترجمه احیاء العلوم کامل
شرح وقایه فارسی

نور الهدایه ترجمه اردو شرح وقایه
ترجمه اردو کنز الدقائق
حج الحج مسمی بغایة الشعور
فتاوی [illegible]
رساله فرائض
مسلک المتقین
عمدة البضاعت فی مسائل الرضاعت
تذکرة الجمعه
احکام العیدین
موضح الحق
هزار مسئله
شرع محمدی
رساله کلید باب الحج
سراج السالکین
فضائل الشهور والایام
حیرت الفقه
ضمان الفردوس

کتب تفسیر ومثل آن

تفسیر کشاف
خلاصة الکشاف
بیضاوی شریف
تفسیر اتقان
تفسیر جلیل القدر سراج المنیر
هلالین حاشیه جلالین
جواهر القرآن مترجم
مجموعه زینت القاری
تفسیر سوره یوسف منظوم
تفسیر زاد الآخرت

تفسیر حسینی تمام وکامل
تفسیر سوره فاتحه
رموز القرآن
فضائل القرآن
تفسیر القلندری فی تحریر الانور
میزان الفرقان

کتب احادیث واوراد

قسطلانی شریف شرح صحیح بخاری شریف کامل
صحیح مسلم مع نووی شریف
شرح حصن حصین
مجربات دیربی
شرح سفر السعادت
تعبیر الرویا
تحفة الاخیار ترجمه مشارق الانوار
سنن ابی داؤد
اوراد نقشبندی
سید الاوراد
ترجمه مجربات دیربی
ترجمه تعبیر الرویا مسمی بتاویل المنام
مصباح الهدایت ترجمه عوارف المعارف
کیمیای سعادت
اکسیر هدایت ترجمه کیمیای سعادت
شرح مثنوی شریف تصنیف مولانا
بحر العلوم رح
انوار محمدی
تحقیق الانساب

تمت

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

قال البيع ينعقد بالايجاب والقبول

كتاب البيوع عرف ان مشروعات الشارع منقسمة الى حقوق الله تعالى خالصة وحقوق العباد خالصة وما اجتمع فيه الحقان وحقه تعالى غالب وما اجتمعا فيه وحق العباد غالب فحقوقه تعالى عبادات وعقوبات وكفارات فابتدأ المصنف بحقوق الله تعالى الخالصة حتى انتهى الى آخرها ثم شرع في حقوق العباد وهي المعاملات ثم في ترتيب خصوص بعض الابواب على بعض مناسبات خاصة ذكرت في مواضعها وقع في اخر هذا ترتيب اول اقسام حقوق العباد اعني البيع على الوقف ووجه ان الوقف اذا صح خرج المملوك عن ملك الواقف لا الى مالك وفي البيع الى مالك فنزل الوقف في ذلك منزلة البسيط من المركب البسيط مقدم على المركب في الوجود فقدم في التعليم كذا ذكروه لا يخفى شيء وعند المعاملات من زمان فان المقدم من اللقطة والضالة والمفقود والشركة من المعاملات ثم البيع مصدر فقدر به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع وقدر به المعنى وهو الاصل فجمعه باعتبار انواعه فان البيع يكون سلما وهو بيع الدين بالعين قلبه وهو البيع المطلق وصرفا وهو بيع الثمن بالثمن ومقايضة بيع العين بالعين وبجيار وبجزاء وهو جعل الثمن ومرابحة وتولية ووضيعة وغير ذلك البيع من الاضداد ويقال باعه اذا اخرج العين عن ملكه اليه وباعه اي اشتراه ويتعدى بنفسه وبالحرف باع زيدا الثوب باعه منه واما عوضه لغة وشرعا فقال في فتح الاسلام البيع لغة مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي انتهى والذي ينبغي ان التراضي لا يدخل اللغة باعه شرعية البيع بالكتاب هو قوله تعالى واحل الله البيع والسنة وهي قوله عليه السلام يا معشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة وبعث عليه الصلوة والسلام والناس يتبايعون فقررهم عليه والاجماع منعقد عليه وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل وذلك ان الانسان لو استقل بابتداء بعض حاجاته من حرث الارض ثم بذر الحب وخدمة وحراسته حصده ودراسته ثم تذريته ثم تنظيفه وطحنه وعجنه ثم نضجه على مثل ذلك في الكتان لصعوبة ذلك عليه وتباعد ما بينه وبين الجدوى عند ذلك فلا بد من ان تدفعه الحاجة الى ان يشتري شيأ ويبتدئ من اول شيء فلو لم يشرع البيع سببا للتمليك في البدلين لاحتاج

اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والآخر اشتريت لان البيع

انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد يستعمل فيه فينعقد به

الى ان يدخل على التقابض والمقايضة او السوم او المساومة او المبايعة حتى بعت وفي كل منها لا يخفى من الفساد وفي شائع من الدل استعارة الايجاب لكل احد وبيعه بصاحبه فكان في شرعية بقاء المكلفين المتجاورين دفع حاجاتهم على النظام الحسن وشرط في المباشرة التمييز والولاية الشرعية الخاصتين بالمالك او الوكالة او وجاهته او قرابته ونحو ذلك فصح بيع الصبي المميز والذين يعقلان البيع واشتراه وفي الحيط كره له الاستقراض والاستقراض والتسليم والاستلام واذا باع ملك فيه فيبطل السلم وقد تقدم اشتراط الانعقاد وهو اهلية الولاية وكون البيع تقبل الفساخ اشتراط النفاذ وهو ملك الولاية حتى اذا باع ملك غيره توقف النفاذ على الاجازة ممن له الولاية وما ركبه فالفعل المتعلق بالبدلين من المتعاطيين او من يقوم مقامهما الدال على الرضا يتناول الملك فيهما بذا المقصود لا شيء مما وقد يكون ذلك الفعل قولا وقد يكون فعلا غير قول كما في التعاطي كما سياتي وقد يكون الرضا باتا وقد لا يكون فان لفظ بعت مثلا ليس علة للثبوت رضاء بل امارة عليه فقد تحقق مع انتفائه كالقيم الرطب للطر فكذا تحقق بعت واشتريت ولا رضا كما في بيع المكره وعلى بذا ما اختاره من ان حقيقة التراضي ليس جزء مفهوم البيع الشرعي بل شرط ثبوت حكمه شرعا **قوله** البيع ينعقد بالايجاب والقبول يعني اذا سمع كل كلام آخر ولو قال البائع لم اسمع وليس بصحيح وقد سمعه من في المجلس لا يصدق ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص المعدم حكمه وانما قلنا بذا لانه قال ينعقد بالايجاب والقبول فجعلهما غيره ويثبت هو بهما مع ان البيع ليس الا الايجاب والقبول لانهما ركنا وعلى ما اقتضاه آنفا من ان ركنه الفعل الدال الى آخره نعم ولكن الظاهر ان المراد بالبيع هنا ليس الا نفس حكمه لا معنى له ذكر الحكم وما قيل البيع عبارة عن معنى شرعي يقوم في المحل عند الايجاب والقبول حتى يكون العاقد قادرا على التصرف ليس بحيد الحكم الذي هو الملك لانه هو الذي يثبت بقدرة التصرف والتحقق من الشرع ليس الا ثبوت الحكم المعلوم من تبادل الملكين عند وجود الفعلين عني الشرطين بوضعهما سببا لشرعا وليس هنا شيء آخر غير الملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف فخرج نحو الوكيل فاذا امتنع ان يراد الفعل الخاص لزم الآخر والايجاب لغة الاثبات لاي شيء كان والمراد بنا اثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع اولا سواء وقع من البائع كبعت او من المشتري كان يبتدي المشتري فيقول اشتريت منك بذا بالف فقبول الفعل الثاني والاقل منهما ايجاب اي اثبات فسمي الاثبات الثاني بالقبول تمييزا له عن الاثبات الاول ولا يقع قبولا ورضا بالفعل الاول وحيث لم يصح ارادة اللفظين بالبيع بل حكمهما وهو الملك في البدلين جاز ان يراد بقوله ينعقد يثبت اي الحكم فان الانعقاد انما هو للفظين لا للملك اي انضمام احدهما الى الآخر على وجه يثبت اثره الشرعي وقولنا في القبول انه الفعل الثاني يفيد كونه اعم من اللفظ فهو كذلك فان من الفروع ما لو قال كل بذا الطعام بدرهم فاكله تم البيع واكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بمائة والبسه بكذا رضا بالبيع وكذا اذا قال بعتكه بالف فقبضه ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطي فانه ليس فيه ايجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط وسياتي تمامه في جعل مسكة القبض بعد قول بعتكه بالف من صور التعاطي كما فعل بعضهم فتنبه وفي فتاوى قاضي خان قال اشتريت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه فقطعه قبل ان يقبض البائع قبل ان يتفرقا جاز وكذا اشتريت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لي قميصا فقطعه قبل التفريق **قوله** واذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والآخر اشتريت قال المصنف لان البيع انشاء تصرف اي اثبات تصرف يفيد حكما يثبت جبرا والانشاء على هذا الوجه لا يعرف الا بالشرع لما فيه من اثبات معنى يكون اللفظ علامة له والعبد لا يقدر على ذلك انما قدرته الاخبار عن الكائن او ما سيكون وطلبه فقولهم من الانشاء والتعني والانشاء والقسم والاستفهام اصطلاح في تسمية الالفاظ باسماء ليطابقه او لا يطابقه انشاء وهو يعم ما ذكره ونحوه مما بيانه الاتي ان لفظ فعل زيد اتى دلت على ما ليس عند المتكلم وذلك ونحوه بل دال على الاتي والتمني القائمين بالمتكلم فانه اخبر عن قيامهما به نحو ان اهل الاصطلاح لا يسمونه اخبارا فاذا علمنا بخلاف بعت طلاق فانه علق ثبوت بشرعا معان لا قدرة للمتكلم على اثباتها واحتمل الانشاء على هذا الوجه لا يعلمه الا من له الخلق والامر تبارك الله رب العالمين

ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة

اشتريت اقتضاء بخلاف ما لو قال هو حر بلا خيار لا يعتق واتباعا بهذه وتحريا لانها تؤدي معنى البيع والمعتبر هو المعنى في هذه العقود الا ترى انه لو قال وهبتك وهبت لك هذه الدار وهذا العبد يثبت به البيع بالاتفاق قالوا انما قال في هذا العقد احترازا عن الطلاق والعتاق فان اللفظ فيهما يقام مقام المعنى وانت تعلم ان اقامة اللفظ مقام المعنى اثر في ثبوت حكم بلا نية ليس غير فاذا فارقت هذه العقود ذلك اقتضاء ان لا تثبت بمجرد اللفظ بلا نية فلا تثبت بلفظ البيع حكما الا اذا اراد به البيع فلا فرق بين بعت وبيع في توقف الانعقاد به في النية ولذا لا ينعقد بلفظ بعت هبة لا فلا معنى لقوله ينعقد بلفظ الماضي ولا ينعقد بالمستقبل ثم يقيده بما اذا لم ينو به فانه ينعقد به في الماضي وغيره بالنية ولا ينعقد بما مضى وغيره بلا نية ومن الصور لفظ نعم تصح ايجابا في قول المستضيء يعني عبدك بالف فقال نعم يجعل ايجابا وكذا بعتك هذا العبد بكذا فقال نعم او هات الثمن وكذا اذا قال هذا عليك بالف فقال قبلت ولو قال هو لك بالف او قال بعتك هذا العبد بالف فقال اخذته او اشتريته او رضيت او اردت فانعقد ولو قال بعتكه بكذا بعد وجود مقدمات البيع فقال اشتريت ولم يقل منك صح وكذا على العكس وكذا اذا قال بعد معرفة الثمن ان اردت ثمنه فقد بعته منك فادى في المجلس جاز استحسانا فرع في اختلاف الايجاب والقبول قال بعتكه بالف فقال اشتريته بالفين جاز فان قبل البائع الزيادة ثم بالفين والا صح بالف اذ ليس له ولاية ادخال الزيادة في ملكه بلا رضاه ولو قال اشتريته بالفين فقال البائع بعتكه بالف جاز كما لو قبل بالفين وحط عنه الف او لو ساومه بعشرة فقال بعشرين فقبضه ثم رده ولم يمنعه لزمه بعشرة فلو كان في يد المشتري من اول الامر فرد به في الباقي بحالة فيه عندهم جميعا وقال الطحاوي يلزمه احدهما كلاما مطلقا ولو قال بعتكه بالف بعتكه بالفين فقال قبلت الاول بالف لم يجز لان البائع قد رجع عنه وليس كذلك في الطلاق والعتاق فان قال قبلت البيعين جميعا بثلاثة آلاف فهو كقوله قبلت الآخر بثلاثة آلاف يعني يكون البيع بالفين والالف زيادة ان خسارا قبلها في المجلس وان شارره او كذا بالف بمائة دينارا تلزمه الثانية وقيل يلزمه الثمنان والاول في الزيادات فلو وجد واذا قبل الزيادة في المجلس لم يشترط

قوله ولهذا ينعقد اي ولان المعتبر هو المعنى ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس قيل النفيس نصاب السرقة فما عداه والخسيس ما دونه وقوله وهو الصحيح احتراز عن قول الكرخي انه انما ينعقد بالتعاطي في الخسيس فقط واراد بالخسيس الاشياء المحقرة كالبقل والرغيف والبيض والجوز استحسانا لعادة قال ابو معاذ رأيت سفيان الثوري جاريا في صاحب الزيان فوضع عنده فلسا فاخذ ربا ولم يتكلم ومضى وجه الصحيح ان المعنى وهو الدلالة على التراضي يشمل الكل وهذا هو الصحيح فلا معنى للتفصيل وفي الايضاح هو خلاف ما ذكره محمد في الاصل في مواضع انتهى وفي شرح الجوامع الصغير لقوام الاسلام في رجل قال الرجل يعني هذا العبد لفلان فاشتره له ثم انكر ان يكون فلان امره بذلك ثم جاء فلان فقال انا امرته قال باخذه فان قال لم امره فقد كان اشتراه لنفسه لانه لما انكر ان يكون فلان امره فقد اسقط سفارته واخذه الذي اشتراه له كان بيعا للذي اخذه من المشتري وكان العهدة عليه اي للاخذ على المفتى قيل على قول المتعاطي في النفيس في المنتقى رجل آخر الف درهم فقال للذي عليه المال الذي لي المال عليك بمالك دنانير فساومه بالدنانير ولم يقع بيع ثم فارقه فجاء بها فاخذ نعالا اليه يريد الذي كان ساومه عليه ثم فارقه ولم يستانف بيعا جاز البيع ولو ساومه رجلا بشيء وليس معه دراهم ثم فارقه وجاء بالدراهم فاعطاه الثمن وكان له جاز ومن سومه ما اذا جاء البائع بالمتاع غير الموضع الذي قال هذا متاعي فوجد المتاع يعلم انه ليست له ولا حلف واخذها حمل على الموضع واللامة التكين عن ابي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتي فخلط الخياط انتهى وسعه اخذها ومنعا قول الدلال للبزاز هذا الثوب بدرهم فقال صنع في اجناس الناطفي لو قال كم تبيع قفيزا حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع وكذا لو قال للقصار اشدقوز هذا فوزنه وهو ساكت فهو بيع

قال واذا وجب احد المتعاقدين البيع فللآخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رجع وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع تحلوا عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب لكن الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وادآء الرسالة

حتى لو امتنع من دفع الثمن اخذ اللحم او امتنع القاضي من دفع اللحم اجبرهما القاضي وكذا اذا قال زن لي ما عندك من اللحم على حساب ثلاثة ارطال بدرهم فوزن بخلاف ما لو قال زن لي ثلاثة ارطال فوزنها لان الخيار لانه ليس بمعلوم بخلاف ما لو قال من هذا الجنب ومن الفخذ كذا قوله لمن جاء يوقر بطبيخ فيه الكبار والصغار بكم عشرة من هذه فقال بدرهم فعزل عشرة اختارها فذهب بها والبائع ينظر او عزل البائع عشرة فقبلها المشتري ثم البيع واختلف في ان قبض البدلين شرط في بيع التعاطي او احدهما كاف والصحيح الثاني ونص محمد رح على ان بيع التعاطي يثبت بقبض احد البدلين هذا كله الثمن والمبيع ونص في الجامع على ان تسليم المبيع كقبض الاثمان والآخر منهما لو رد بخيار العيب والبائع متيقن انها ليست خاذها وارضى فهو بيع بالتعاطي

قوله واذا وجب احد المتعاقدين البيع فللآخر بالخيار وهذا خيار القبول ان شاء قبل ان شاء رده ومعنى وجب ايهما كان بائعا او مشتريا ان يرجع قبل قبول الآخر عن الايجاب لانه لم يثبت له حق يبطله الآخر بالمعارض اقوى لان الثابت له بعد الايجاب حق التملك الموجب هو الذي اثبت له هذه الولاية فلان يبقى كما كان اولى ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الاجماع تنفي الايراث لان للاب حق التملك لمال ولده عند الحاجة وقبل تملكه بالفعل كان للولد ان يتصرف فيكون شارعا ولو صادف البائع قبول المشتري بطل واورد في الكافي الزكوة للمبيع ليس لرب ان يسترد ما اثبت من التملك للفقير حاصل جواب ان الاصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب وانما الفائت وصف وهو الغنى وبعد انعدام السبب حكما تم الامر وفيما نحن لم يوجد الاصل بل شطره فلا يكون البيع موجودا ولان يقبل ما دام المجلس قائما فان لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد فاختلافه باعتراض ما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه ما لو قام احدهما فلم يذهب فظاهر الهداية وعليه مشى جمع انه لا يصح القبول بعد ذلك وإليه ذهب قاضي خان حيث قال فان قام احدهما بطل يعني الايجاب لان القيام دليل الاعراض فان قيل الصريح اقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغي ان لا يبطل الاعراض قلنا الصريح انما كان اقوى ليعمل اذا بقي الايجاب بعد قيامه وهنا لم يبق فان الاصل ان لا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه ولا يجتمع قوله قبلت به الا ان للمجلس اثرا في جميع المتفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس وقال شيخ الاسلام في شرح الجامع اذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح وإليه اشير في جمع التفاريق وبذا شرح في قوله فيما يأتي وايهما قام الى آخره وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما اذا اتيا بعا وهما يمشيان او جالسين ولو كانا على دابة واحدة فاجاب الآخذ لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية واختار غير واحد كالطحاوي وغيره انه ان اجاب على فور كلامه متصلا جاز في الخلاصة عن النوازل اذا اجاب بعد مشي خطوة او خطوتين جاز ولو سكت منهما او اكانا يمشيان شيئا متصلا لا يقع الايجاب لان مكان آخر بلا شبهة ولو كان المخاطب في صلوة نافلة فرغ منها واجاب صح وكذا لو كان في نافلة يخشى ان لم يجب الآخر يقبل بخلاف لو اكلها يعني بيده كوز فشرب ثم اجاب جاز وكذا لو اكل لقمة لا يتبدل المجلس للاذا اشتغل بالاكل لونا ما جالسين لا يختلف ولو مضطجعين او احدهما في فرد البيت كالبيت فلو عقدا وهي تجري فاجاب لآخر لا ينقطع المجلس بجريان لانعدام الايقاف وقيل يجوز في الماشيين ايضا ما لم يتفرقا بدابتيهما اما السير للآخر فلا هذا في خيار المخيرة بخلاف سجدة التلاوة واو قال بعتك بالف ثم قال الآخر بعتك بالف فقبلا فهو للثاني لا للاول ولو قال لعبده كذا فلم تقبل حتى قام البائع في حاجته بطل

قوله والكتاب كالخطاب كذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب او ارسال رسالة صورة الكتاب ان يكتب اما بعد فقد بعت عبدي منك بكذا فلما بلغه وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس انعقد والرسالة ان يقول اذهب الى فلان وقل له ان فلانا يبيع عبده فلانا منك بكذا فجاء فاخبره واجاب في مجلسه ذلك بالقبول وكذا اذا قال بعت عبدي فلانا من فلان بكذا فاذهب يا فلان فاخبره فقد بعت فاخبره فقبل وهذا لان الرسول قائم

وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضاء الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا

فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكما فلو بلغه بغير امره لم يجز لانه ليس رسولا بل فضوليا ولو كان قال بلغه يا فلان فبلغه غيره فقبل جاز ولو كان المكتوب بعينه بكذا فكتب بعتكه لا يتم ما لم يقل الاول قبلت واما ما ذكر في المبسوط لو كتب اليه بعني بكذا فقال بعته يتم البيع وليس مراد محمد ههنا من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود لا بيان اللفظ الذي ينعقد بالبيع وقبل بالفرق بين الحاضر والغائب فبعني من الحاضر يكون استيناف عادة واما من الغائب بالكتابة فيراد به احد شطري العقد هذا ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الايجاب الذي كتبه وارسله قبل بلوغ الآخر وقبوله سواء علم الآخر او لم يعلم حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع بخلافهما لو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل فانه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه نافذ وعلى هذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة فاما الخلع والعتق على مال فانه يتوقف شطر العقد في حق المرأة والعبد بالاجماع اذا كانا غائبين على القبول في مجلس بلوغ الخبر بخلاف العكس وهو ان تقول المرأة خالعت زوجي وهو غائب او يقول العبد قبلت عتق سيدي الغائب على الف فانه لا يتوقف بالاجماع وفي النكاح مر الخلاف فعند ابي يوسف رح يتوقف وعندهما لا **قوله** وليس له ان يقبل الخ يعني الا ان يرضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض فيكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد او مكيل او موزون فاما اذا كان مما ينقسم الا بالقيمة كثوبين وعبدين لا يجوز وان قبل الآخر ولنتكلم على عبارة الكتاب هذا فانها مما وقع فيها تجاذب فنقول الظاهر من نظم الكلام ان ضمن له في قوله وليس له راجع الى احد المتعاقدين في قوله واذا اوجب احد المتعاقدين البيع او للآخر وحينئذ يكون اعم من البائع والمشتري فمعناه في البائع انه اذا اوجب المشتري البيع بان قال اشتريت هذه الاثواب وهذا الثوب بعشرة فليس للبائع ان يقبل في بعض المبيع من الاثواب والثوب لعدم رضاء الآخر بتفريق الصفقة لانه قد يتعلق غرضه بالجملة بسبب حاجته الى الكل ويعسر عليه تحصيل باقي الاثواب لعزتها وبعضها لا تقوم بحاجته فلو الزمنا البيع في البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وغير ذلك من الامور واما في المشتري فمعناه اذا اوجب البائع البيع فليس للمشتري ان يقبل في بعضه اذ يتضرر بتفريق الصفقة لان العادة ان يضم البائعون الجيد الى الردي ليروجونه فلو الزمناه البيع بقي الردي وذهب ما يروجه فيتضرر بذلك ومعلوم ان القبول في بعض المبيع يكون ببعض الثمن فحذفه المصنف رح للعلم به لكن على هذا لا حاجة لقوله ولا ان يقبض المشتري ببعض الثمن لان ذلك يستفاد من العبارة الاولى بطريق الدلالة فلزم كون الضمير للبائع ولفظ المشتري بالبناء للفاعل لتصحيح كلامه اي وليس للبائع ان يقبل في بعض المبيع الذي اوجب فيه المشتري البيع ولا ان يقبل المشتري في بعض المبيع فيما اذا كان الموجب هو البائع والحاصل ان عدم صحة القبول في البعض للزوم تفريق الصفقة يوجب ان يعرف بماذا ثبت اتحادها وتفريقها فاعلم انه تارة يكون من تعدد القائل وتارة من غيره فما من تعدد القائل امتناعه لما فيه من الزام الشركة مثاله ان يقول البائع المشتريين بعتكما هذا بالف فقال احدهما اشتريت دون الآخر تعددت فلا يلزم لانه لو تم تم في النصف لانه انما خاطبهما بالكل فكان مخاطبا كلا بالنصف فلو لزم صار شريكا للبائع فدخل عليه عيب الشركة بلا رضاه وكذا لو قال رجل لمالكي عين اشتريت منكما هذه بالف فباعه احدهما دون الآخر فان بيعه انما يتم في نصيبه فتعددت فلما تم تضرر المشتري الموجب بالشركة ايضا واما اذا كان الموجب اثنين خاطبا واحدا فقالا بعناك واشترينا منك هذا بكذا فاجاب هو في بعضه لا يلزم لكن لا لتعددها بتعدد العاقدين بل لاجابته في البعض الا ترى ان الموجب فيها لو كان واحدا والباقي بحاله كان من تعدد الصفقة ايضا فعرف ان هذا من جهة آخرى الى من تعدد العاقد واما من غيره فبصورتين احدهما ان يوجب البائع في مثلين او واحد قيمي او مثلي فيقبل في البعض او يوجب المشتري فيما ذكرنا بان يقول اشتريت منك بكذا فقبل البائع في البعض فان في كل منهما الصفقة واحدة فاذا قبل في بعضها فرقها فلا يصح فلو كان بين ثمن كل منهما فلا يخلو اما ان يكون بلا تكرار لفظ البيع او بتكراره فقيما اذا كرره فالاتفاق على انه صفقتان فاذا قبل في احدهما يصح مثل ان يقول بعتك هذين العبدين بعتك هذا بالف وبعتك هذا بالف

واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية

وقال الشافعي رح يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم

يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الغير فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه

فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها او يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال

او اشتريت منك هذين اشتريت هذا بالف وهذا بالف كذا في موضع وفي موضع ان يقول بعتك هذين بعتك هذا بالف وهذا بالفين وفيما اذا لم يكرره مثل بعتك هذين هذا بمائة وهذا بمائة فظاهر الهداية انه صفقتان وبه قال بعضهم وقال آخرون صفقة واحدة وان مراد صاحب الهداية اذا كرر لفظ البيع فاما اذا لم يكرره وقد اتحد الايجاب والقبول والعاقد ولم يتعدد الثمن فالصفقة واحدة قياسا واستحسانا فليس له ان يقبل في احدهما وقيل الاول استحسان وهو قول ابي حنيفة رح والثاني قياس وهو قولهما والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن لان الظاهر ان فائدته ليس الا قصده بان يبيع منه ايهما شاء والا فلو كان غرضه ان لا يبيعهما منه الا جملة لم تكن فائدة لتعيين ثمن كل منهما قوله واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب وعدم رؤية وهو قول مالك رح وقال الشافعي واحمد رح لهما خيار المجلس لقوله عليه الصلوة والسلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا او يكون البيع خيارا رواه البخاري من حديث ابن عمر رض قال قال النبي صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا او يقول احدهما لصاحبه اختر وروى البخاري ايضا من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه عنه عم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا السمع والقياس اما السمع فقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود وهذا عقد قبل التخيير وقوله تعالى لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وبعض الايجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير متوقف على التخيير وقوله تعالى واشهدوا اذا تبايعتم امر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع والبيع يصدق قبل الخيار بعد الايجاب والقبول فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان ابطالا لهذه النصوص ولا مخلص له من هذا الا ان يمنع تمام العقد قبل الخيار ويقول العقد اللزوم يعرف شرعا وقد اعتبر الشرع في كونه ملزوما اختيار الرضا بعد الايجاب والقبول بالاحاديث الصحيحة وكذا لا تتم التجارة عن التراضي الا به شرعا فانما اباح الاكل بعد الاختيار لاعتباره في التجارة عن تراض واما حديث حبان بن منقذ رح حيث قال له النبي صلى الله عليه وسلم اذا ابتعت فقل لا خلابة ولي الخيار فقد اثبت له اشتراط خيار آخر هو ثلاثة ايام فانما يدل على ان خيار ثلاثة ايام لا يثبت الا باشتراط في صلب العقد لا اصل الخيار ولا مخلص الا بتسليم امكان اعتبار الخيار في لزوم العقد وادعاء غير لازم من الحديث المذكور كما فعل المص بناء على ان حقيقة المتبايعين المتشاغلان بامر البيع لا من تم البيع بينهما وانقضى لانه مجازة والمتشاغلان يعني المتساومين يصدق عند ايجاب احدهما قبل قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد وهذا هو خيار القبول وهذا حمل ابراهيم النخعي لا يقال هذا ايضا مجاز لان قبل قبول الآخر الثابت تابع واحد لا متبايعان لانا نقول هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها يجزي من معنى اللفظ كالمخبر لا حقيقة له الا حال التكلم بالخبر والخبر لا يقوم به دفعة لتصدق حقيقته حال قيام المعنى بل على التعاقب في اجزاء فبالضرورة تصدق مخبر حال النطق ببعض حروف الخبر والا لا يتحقق له حقيقة ولان نفهم من قول القائل زيد وعمرو هناك متبايعان على وجه التبادر انهما متشاغلان بامر التبايع من اوضان فيه فليكن هو المعنى الحقيقي والحمل على الحقيقي متعين فيكون الحديث دليل اثبات خيار القبول لنفي توهم انهما اذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم اوجب احدهما البيع يلزم الآخر من غير ان يقبل ذلك اصلا للاتفاق والراضي السابق في الزامه بكلام احدهما بعده قال المص رح او هو يحتمل فيحمل عليه جمعا بين ما ذكرنا من الآيات حيث كان المتبادر الى الفهم فيها تمام البيع والعقد والتجارة عن تراض بمجرد الايجاب والقبول وعدم توقف الاسماء على امر آخر لا يقال انما في خيار القبول خيار احد المتبايعين وهو الثاني القائل لا خيار لهما لانه ممنوع بل الموجب ايضا له خيار ان يرجع قبل قبول الآخر وان لا يرجع وعلى هذا فالتفرق الذي هو غاية قبول الخيار تفرق الاقوال وهو ان يقول الآخر بعد الايجاب اشتري ويرجع الموجب قبل القبول واسناد التفرق الى الناس مرادا به تفرق اقوالهم كثير في الشرع والعرف قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة

قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل

وقال صلى الله عليه وسلم افترقت بنو اسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة وستفترق امتي على ثلاث وسبعين فرقة وح فيراد باحدهما في قوله او يقول احدهما لصاحبه اختر الموجب بقوله بعد ايجابه للآخر اختر اتقبل او لا والاتفاق على انه ليس بمراد ان بمجرد قوله اختر يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اختر فكذا في خيار القبول والله سبحانه اعلم واما القياس فعلى النكاح والخلع والعتق على ماله والكتابة كل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضا فكذا البيع واما ما يقال تعلق حق كل من المتعاقدين ببدل الآخر فلا يجوز ابطاله فيرد منعه بان ذلك بالشرع والشرع نفاه الى غاية الخيار بالحديث وانما يرجع الكلام فيه الى ما ذكرنا من معنى المتبايعين واما ما قيل حديث التفرق رواه مالك ولم يعمل به فلو كان المراد ذلك لعمل به فغاية في النصف اذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره بل مالك عند محجوج به **قوله** والاعواض المشار اليه سواء كانت مبيعات كالحبوب والثياب او اثمانا كالدراهم والدنانير لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع فاذا قال بعتك هذه الصبرة من الحنطة او هذه الكورجة من الارز والشاشات وهي مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدك وهي مرئية له فقبل جاز ولزم لان الباقي جهالة الوصف يعني القدر وهو لا يضر اذ لا يمنع من التسلم والتسليم التعجيل لجهالة القيمة لا تمنع الصحة في الفتاوى قال لغيره لك في يدي ارض خربة ويساوي شيئا فبعها مني بستة بدراهم فباعها وهو لا يعلم وقيمتها اكثر جاز البيع بخلاف السلم لا يشار للعوض فيه للاجل فلا يصح في المسلم فيه اتفاقا ولا في راس مال السلم اذا كان مكيلا او موزونا عند ابي حنيفة رح لما يجيء ثم المسئلة مقيدة بغير الاموال الربوية وبالربوية اذا قوبلت بغير جنسها اما الربوية اذا قوبلت بجنسها كالحنطة بالحنطة والذهب بالذهب فلا يصح مع الاشارة اليها لاحتمال الربوا واحتمال الربوا مانع لحقيقة الربوا شرعا والتقييد بمقدارها في قوله لا يحتاج الى معرفة مقدارها احتراز عن الصفقة فانه لو اراه دراهم وقال اشتريته بهذه فوجدها زيوفا او نبهرجة كان له ان يرجع بالجياد لان الاشارة الى الدراهم كالتنصيص عليها وهو ينصرف الى الجياد ولو وجدها ستوقة او رصاصا فسد البيع وعليه القيمة ان كان اتلفها ولو قال اشتريتها بهذه الصبرة من الدراهم فوجد البائع ما فيها خلاف نقد البلد جاز ولا خيار للبائع بخلاف ما لو قال اشتريت بما في هذه الخابية ثم راى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار وان كانت نقد البلد لان الصبرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها وفي الخانية لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لان خيار الرؤية لا يثبت في النقود **قوله** والاثمان المطلقة اي عن قيد الاشارة لا تصح حتى تكون معلومة القدر كخمسة وعشرة دراهم او اكرار حنطة بخلاف ما لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا فانه ليس عوضا مشارا اليه فان المشار اليه الحجر ولا يعلم قدر جزم ما يوزن به من الذهب فلهذا اذا اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا فوزن به كان له الخيار ومما لا يجوز البيع به البيع بقيمته او بما حمل به او بما يريد او بجيب او براس ماله او بما اشتراه او بمثل ما اشترى فلان فلا يجوز فان علم المشتري بالقدر في المجلس فرضيه عاد جائزا وكذا لا يجوز بالف درهم الا دينارا او بمائة دينار الا درهما وكذا لا يجوز بمثل ما يبيع الناس الا ان يكون شيئا لا يتفاوت كالخبز واللحم والصفة لعشرة دراهم بخارية او سمرقندية وكر حنطة بحرية او صعيدية وهذا لانها اذا كانت مجهول الصفة تتحقق المنازعة في وصفها فالمشتري يريد دفع الاذن والبائع يطلب الارفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعة واعلم ان الاعواض في البيع اما دراهم او دنانير فهي ثمن سواء قوبلت بغيرها او بجنسها وتكون صرفا واما اعيان ليست مكيلة ولا موزونة فهي مبيعة ابدا ولا يجوز فيها البيع الا عينا الا فيما يجوز فيه السلم كالثياب وكما تثبت الثياب مبيعا في الذمة بطريق السلم يثبت دينا موجلا في الذمة على انها ثمن وح يشترط الاجل لا لانها ثمن بل لتصير ملحقة بالسلم في كونها دينا في الذمة فلذا قلنا اذا باع عبدا بثوب موصوف في الذمة الى اجل جاز ويكون بيعا في حق العبد حتى لا يشترط

قال ويجوز السلم بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع وعنه عليه السلام من اسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم ولان الجهالة فيه مانعة عن التسليم الواجب بالعقد فيطالبه بالتسليم فيتوجه عليه ويحبس به اذا امتنع وهذا يسلم في بعضها قال ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه متعارف وفيه التحق بالمشروط دلالة فيصرف اليه فان كانت النقود مختلفة والبيع فاسد لان بيانا احدها وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء كان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب في الرواج فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها كالثاني والثلاثي والنصري اليوم يسمى قدوكا اختلاف بين العدالى بفرغانة جاز البيع واذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا ويصرف الى ما قدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية

قبضه في المجلس بخلاف ما لو اسلم الدراهم في الثوب حتى شرط فيه الاجل وامتنع بيعه قبل قبضه لاحاقه بالمسلم فيه او كيل او موزون او عددي متقارب كالبيض فان تولدت بالنقود فهي مبيعات او باشاهما من المثليات فما كان موصوفا في الذمة فهو ثمن وما كان معينا فمبيع فان كان كل منهما معينا فاصبحه حرف الباء ولفظ على ان كان ثمنا والا خر مبيعا وقال خواهر زاده رح في شهاداته اجامع المكيل والموزون اذا لم يكن معينا فهو ثمن ودخل عليه حرف الباء ولم يدخل فكذا لو قال اشتريت منك كذا بخطه بهذا العبد لا يصح الا بطريق السلم فيجب ان يضم الاجل للخطه واعلم ان التقدير المشروط قد يكون عرفا كما يكون نصا في الفتاوى لو قال اشتريت منك هذا الثوب او هذه الدار او هذه البطيخة بعشرة ولم يقل دنانير او دراهم ان كان في البلد ان يتباع الناس بالدنانير والدراهم والفلوس ينعقد البيع في الدار بعشرة دنانير وفي الثوب بعشرة دراهم وفي البطيخة بعشرة افلس وان كان في بلد لا يتباع الناس بهذه الجملة ينصرف الى ما يتباع الناس بذلك النقد انتهى وحاصل هذا انه اذا صرح بالعدد وعين المعدود من كونها دراهم او دنانير او فلوسا يثبت على ما يناسب البيع ولو وقع شك فيما يناسب وجب ان لا يتم البيع قوله ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل للاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع واثمن مؤجل بيع وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما من يهودي الى اجل ورهنه درعا من حديد وفي لفظ الصحيحين طعاما بنسيئة وتمسى هذا اليهودي في سنن البيهقي اخرجه عن جابر بإسناد صحيح ورهنه عند ابي الشحم بل ان في ظفر في شعير ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان جهالته تفضي الى المنازعة في التسليم فيدايطالبه في قريب المدة وذلك في بعيدها ولانه عليه الصلوة والسلام في موضع شرط الاجل وجب السلم او جب فيه التعيين حيث قال من اسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم وعلى كل ذلك انعقد الاجماع واما البطلان فيما اذا قال بعتك بالف حالا او بالفين الى سنة فلجهالة الثمن ومن جهالة الاجل ما اذا باعه بالف على ان يؤدي اليه الثمن في بلد آخر ولو قال الى شهر على ان يؤدي الثمن في بلد آخر جاز بالف في شهر ويبطل شرط الايفاء في بلد آخر لان تعيين مكان الايفاء مما حمل فلا يخلو لا يصح فلو كان لحمل ومؤنة صح ومن على قول محمد رح اذا باعه على ان يدفع اليه البيع قبل ان يدفع الثمن فان البيع فاسد لان محمدا رح علله بتضمنه اجلا مجهولا حتى لو سمى الوقت الذي يسلم اليه فيه البيع جاز البيع واما ابو يوسف رح فانما علله بالشرط الذي لا يقتضيه العقد قوله ومن اطلق الثمن في البيع اي اطلقه على ذكر الصفة بعد نقد البلد بان قال عشرة دراهم مثلا انصرف الى غالب نقد البلد لانه هو المتعارف فينصرف المطلق اليه فان كان اطلاق اسم الدراهم في العرف يختص بجامع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدرهم بالعرف القولي وهو من افراد تلك الحقيقة بدلالة العرف واذا كان التعامل بهما في الغالب كان من تركبا بدلالة العادة وكل منهما واجب تحريا للجواز وعدم ابداء كلام العاقل فان كانت النقود مختلفة المالية كالذهب الاشرفي والناصري بمصر لكنها في الرواج سواء فالبيع فاسد لعدم مكان الصرف الى احدهما بعينه دون الآخر فما فيه من التحكم عند التساوي في الرواج واذا لم يكن الصرف الى احدهما او اسماء متفاوتة المالية جازت الجهالة المفضية الى النزاع لان المشتري يريد دفع الانقص مالية والبائع يريد الاعلى فيفسد البيع الا ان ترتفع الجهالة ببيان احدهما في المجلس وبرضاء الآخر لارتفاع المفسد قبل تقرره وصار كما لو قال الدائن لمديونه بعني هذا الثوب ببعض العشرة التي لي عليك وبعني الآخر بباقي العشرة فقال نعم كان صحيحا لعدم افضاء جهالة الثمن الاول الى المنازعة بضم البيع الثاني اليه اذ به يصير ثمنها عشرة وهذا معمول على قول الدائن

قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه

لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم يدا بيد يكون بخلاف ما اذا باعه

بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولكن الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشابه جهالة القيمة

بعد قول المديون نعم ونحن وان كانت مختلفة المالية والرواج مسامحا فالبيع صحيح وينصرف الى الاروج الذي تقدم من وجوب العمل للعرف والعادة وكذا اذا كانت متساوية المالية والرواج ليصح البيع ويودي من ايتما شاء لانه لا فضل لاحدهما فلو طلب البائع احدهما يجبر كان للمشتري ان يعطيه من النصف الآخر لان الاستيفاء عن قبض ما اعطاه المشتري مع انه لا فضل للآخر عليه ليس فيه الا المنفعة وبهذا قلنا الدراهم والدنانير لا تتعينان حتى لو اداه درهما اشتري به فباعه ثم جبره واعطاه درهما آخر جاز يعني اذا كانا متساوي المالية والنقاوة والنقاش اسما ورواجا كانت بلادهم مختلفة المالية وكذا الركبي والخليفتي في الذهب كان الخليفتي افضل ماليته عندهم والعدالي اسم لدرهم قوله ويجوز بيع الطعام وهي الحنطة دقيقها خاصة في العرف الماضي كما يدل عليه حديث الفطرة كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام او صاعا من شعير فقوله والحبوب عطف العام على الخاص ويقدر وكذا باقي اي وباقي الحبوب فلا تناول الطعام مكايلة اي بشرط عدد من الكيل والا فمعنى اللفظة الكاملة ان تكيل له وتكيل لك ومجازفة اي بلا كيل ولا وزن بل بارآة الصبرة والحزر في الاصل الاخذ بكثرة من تحو لم يحزف له في الكيل اي لم يأخذ الكثير وعرف الى المسابلة قال المصنف وبهذا يعني البيع مجازفة مقيد بغير الاموال الربوية اذا بيعت بجنسها فلا يجوز مجازفة لاحتمال الربوا وهو مانع كحقيقة الربوا وبهذا ايضا مقيد بما يدخل تحت الكيل منها والا يدخل كحفنة بحفنتين فيجوز وفي الفتاوى الصغرى عن محمد انه كره التمرة بالتمرتين فقال ما حرم في الكثير حرم في القليل والقيد تقييدا ايضا ما اذا باع غير المكيل من الربويات بجنسها كفتة بكفتة فانه لا يخرج عن المجازفة بسبب انه لا يعرف قدره ومع ذلك لو باع الفضة كفتة بكفتة ميزان جاز لان المانع انما هو احتمال الربوا وهو باحتمال التفاضل وهو منتف فيما اذا وضع صبرة فضة في كفة ميزان ووضع مقابلتها فضة حتى وزنتها فيجوز والحديث الذي ذكره ذكره بمعناه وهو ما روى اصحاب الكتب الستة الا النجاري عنه عليه السلام انه قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كانا يدا بيد ولان هذه الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم لتقبل التسليم على ما تقدم فلا يمنع فشابه جهالة القيمة للبيع بعد رويته ومشاهدته فانه لو اشترى من انسان ما يساوي مائة درهم والبائع لا يعلم قيمته باع لزم البيع ويجوز بانا ربعينه لا يعرف مقداره ويوزن بحجر بعينه لا يعرف مقداره قد قيدا لانا ربكونه مما لا يحتمل الزيادة والنقصان كان يكون من خشب او حديدا ما اذا كان يحتمل كالزنبيل والجوالق فلا يجوز وعلى هذا بيع ملء قرية بعينها او رواية من مار النيل عن ابي حنيفة انه لا يجوز لانا لم ليس عنده ولا يعرف قدر القرية لكن اطلق في المجرد جوازه ولا بد من اعتبار القرب المتعارف في البلد مع غالب السفاين ولو للاردب اصغرها لا يقبل وكذا رواية منه يوسف رح اذا ملأها ثم تراضيا جاز كما لو قالوا باع الحطب ونحوه اجمالا لا يجوز ولو حمله على الدابة ثم باع الحمل جاز لتعين قدر المبيع في الثاني وفي الخلاصة اشتري كذا كذا قرية من مار الفرات جاز استحسانا اذا كانت القرية معينة وعن ابي يوسف رح ايضا يجوز في القرب مطلقا وفي المحيط بيع المار في الحياض والآبار لا يجوز الا اذا جعله في وعاء ووجه في المبسوط مسئلة الكتاب بان في المعين مجازفة فيجوز فكيال غير معروف اولى وفيه نظر فان في المجازفة الاشارة الى عين المبيع ثابتة لتفيد الاحاطة لمقدار حجمه واقطاره وشكل هذا التمر لا يمكن بها في كيل غير معلوم قبل ان يصب فالاولوية ممنوعة بل الاشكال والوجه يقتضي ان يثبت الخيار اذا كال به او وزن المشتري كما في الشرار بوزن هذا الحجر ذهبا نص في جميع النوازل على ان فيه الخيار اذا علم ومعلوم ان ذكر بالوزن وفي جمع التفاريق عن محمد رح جواز الشرار بوزن بدا الحجر وفيه الخيار اذا علم

قال ويجوز بإناء معين لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لانه تيعين فيه التسليم فيرتفع

الهلاك فيه بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس ببدل قبله فيحقق المنازعة وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في البيع ايضا كما لا يجوز في السلم

ان يكون هذا محمل الرواية عن ابي حنيفة رح ان لا يجوز في البيع ايضا كما لا يجوز في السلم فقوله لا يجوز اي لا يلزم قال المصنف والاول اصح اي من جهة الرواية والنظر اي من حيث الوجه المذكور في الكتاب وحاصله ان الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تفضي الى المنازعة وهي المانعة وذلك لانه تيعين فيندفع بالهلاك بخلاف السلم لان التعيين فيه متأخر فقد يهلك ذلك الكيل والوجود تيعذر تسليم المسلم ولا يخفى ان هذا الوجه لا ينفي ثبوت الخيار وأقرب الاجوبة الى ما نحن فيه قول ابي حنيفة رح في المسألة التي حل هذه وهي ما اذا باع صبرة على تخمينه رأى انه اذا كان في المجلس حتى عرف المقدار صح وثبت الخيار للمشتري كما اذا رآه ولم يكن رآه مع ان الفرض انه رأى الصبرة قبل الكيل ووقعت الاشارة اليها لكن هذه الرواية اتم وصار كما اذا رأى الدهن في قارورة زجاج فانه تثبت الخيار بعد صبه هذا وقد روي عن ابي يوسف رح اشتراط كون ما يوزن به لا يحتمل النقصان حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها لانها تنقص بالجفاف وعود بعضهم على ذلك وليس بشيء فان البيع يوزن حجر بعينه لا يصح الا بشرط تعجيل التسليم ولا جفاف يوجب نقصانا في ذلك الزمان وما قد يفرض من تأخره يوما او يومين ممنوع بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الاسلام في وزن ذلك الحجر لخشية الهلاك فيتعذر التسليم وتقع المنازعة منه والفرض ان اقل مدة السلم ثلاثة ايام ولا شك ان تأخر التسليم فيه الى مجلس آخر يفضي الى المنازعة لان الهلاك ان ندر فاختلاف في انه نادر او غير نادر بخلاف البيع فان ندر هلاك المبيع في ذلك بالتعيين كما في عبارة المبسوط حيث قال ولو اشتري بهذا الاناء بيضا فلا بأس به ثم ان في التعيين البيع مجازفة يجوز فيكيال غير معروف اولى وبالجملة ان التسليم عقيب البيع الى آخر ما ذكرته تقدم النظر في الاولوية بناء واورد على التعليل بان الجهالة لا تفضي الى المنازعة ما اذا باع عبدا من اربعة يأخذ المشتري ايتهم شاء او باع باحد ثمنين شاء فالبيع باطل مع انه لا يفضي الى المنازعة اجيب بان البطلان في المورد لعدم المبيع والثمن لا الجهالة وكان مقتضاه انه لا يجوز في عبد من ثلاثة لكن جاز على خلاف القياس كما سيأتي ولا شك ان القياس ما من ابي حنيفة رح في القرية من مار النيل فانه كبيع الطير قبل ان يصطاد وكما لو باع كرا من حنطة وليس في المكان حنطة صرح به بانه لا يجوز الا ان يكون سلما وأما الاستحسان الثابت بالتعامل المقتضاه الجواز بعد ان يسمي نوع القرية في ديارنا بمصر اذا لم تكن معينة مثل قرية كسا قيتا او سقاوية او رواسية كبيرة ثم بعد ذلك التفاوت يسير اجر في الدار ونظير ما نحن فيه ما اذا باع حنطة مجموعة في بيت او مطمورة في الارض والمشتري لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفر الحفيرة ان لا خيار اذا علم ان شاء اخذها بجميع الثمن وان شاء ترك وان كان لا يعلم منتهى المطمورة ولو لا يعلم مبلغ الحنطة جاز ولا خيار له الا ان ينظر تحتها وكان اي صفة ونحوها كذا في فتاوى القاضي وعن ابي جعفر بامر من هذه الحنطة قدر ما يملأ هذا الطشت جاز ولو باعه قدر ما يملأ هذا البيت لا يجوز وفي الفتاوى بعت منك مالي في هذه الدار من الرقيق والدواب والثياب والمشتري لا يعلم بها فيها فهو فاسد لجهالة المبيع ولو قال ما في هذا البيت جاز وان لم يعلم به لان الجهالة يسيرة واذا جاز في البيت جاز في الصندوق والجوالق ولو قال بعت منك نصيبي من هذه الدار فشرط الجواز علم المشتري بنصيبه دون علم البائع وتصديق البائع فيما يقول ولو اشتري موزونا بانا ر على ان يضرح فيزن الانا ر فيسقط قدر وزنه من الثمن جاز وكما تمنع الجهالة السابقة كذلك اللاحقة قبل التسليم فلذا اختلفوا فيما لو باع الجمد الكائن في المجمدة قيل لا يجوز حتى يسلم اولا تم بيع والاصح جوازه مطلقا وهو اختيار الفقيه ابي جعفر رح اذا سلم قبل ثلاثة ايام ولو سلم بعدها لا يجوز لاستاذوب في كل ساعة وهو وجه في منع قبل التسليم غير ان النقص قليل قبل الايام الثلاثة غير معتبر فلذا ابدر وجاز وقيل ان يختلف باختلاف الصيف والشتاء ولذا لم يجمد ورخص فيحتاط الى بعده الناس كثيرا بسبب الاوقات فيجوز اذا سلم قبل وسيأتي من هذا الباب شيء

قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح الا ان يسمي جملة قفزانها وقالا يجوز في الوجهين له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل في المجلس وصار هذا كما لو اقر وقال لفلان علي كل درهم فعليه درهم واحد بالاجماع ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس او سمى جملة قفزانها لانه علم بذلك الآن فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع

في خيار الرؤية ان شاء الله تعالى **قوله** ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح يعني ان موجب هذا اللفظ والاشارة ايجاب البيع في واحد عنده ويتوقف في الباقي الى تسمية الكل في المجلس او كيله فيه فيثبت ح على وجه يكون الخيار للمشتري فان رضي هل يلزم البيع على البائع وان لم يرض او يتوقف على قبوله ايضا روى ابو يوسف رح عن ابي حنيفة رح انه لا يجوز الا بتراضيهما وروى محمد خلافه حتى لو فسخ البائع البيع بعد الكيل ورضي المشتري باخذ الكل لا يعمل فسخه وقال ابو يوسف ومحمد صح البيع في الكل وهو قول الائمة الثلاثة ثم اذا جاز في قفيز واحد فللمشتري فيه الخيار لتفرق الصفقة عليه دون البائع لان التفريق جاء من قبله بسبب عدم تسمية جملة القفزان له انه تعذر صرف البيع الى الكل لجهالة المبيع والثمن ولا جهالة في القفيز فلزم فيه فاذا زالت بالتسمية او الكيل في المجلس يثبت الخيار كما اذا ارتفعت بعد العقد بالرؤية اذ المؤثر في الاصل ارتفاع الجهالة بعد لفظ العقد وكونه بالرؤية ملغى بخلاف ما اذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر المفسد وما في المحيط عن بعض المشائخ ان عنده يصح في الكل وان علم بعد المجلس بعيد لان ما في المجلس كالثابت في صلب العقد بخلاف ما بعده ولا يلزم اسقاط خيار اربعة ايام بعد المجلس وكذا زوال جهالة الاجل المجهول بعدها حيث يجوز العقد بزوال المفسد بعد المجلس لان المفسد فيها لم يتمكن في صلب العقد فلا يتقيد رفع المفسد بالمجلس وهذا لان الفساد فيها لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الاجل واما اورد من الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تفضي الى المنازعة لان بعد العلم بان كل قفيز بدرهم لا يتفاوت الحال بين كون القفزان كثيرا او قليلا وجوابه ان المفسد هنا جهالة الثمن كمية خاصة وقدرا لعدم الاشارة ولا معرف له شرعا غير ذلك واما الجواب يمنع كونها غير مفضية الى المنازعة لان البائع قد يطالب المشتري بتسليم الثمن وهو لا يقدر على ذلك لعدم معرفة قدره فيتنازعان فتهافت ظاهر لانه لا يتصور ان يطالبه الا بعد ان يكيله ليعرف القدر الذي يطالبه به اذ لا يمكن ان يطالبه الا بكمية خاصة مشار اليها او مضبوطة الوزن وح يعلمها المشتري فيقدر على التسليم ولو امتنع بعد هذا بالتقدير كان مطلا لا المنازعة المفسدة لهما ان هذه جهالة بيدهما ازالتها بان يكيلا في المجلس والجهالة التي هي كذلك لا تفضي الى المنازعة كبيع عبد من عبدين او ثلاثة على ان المشتري بالخيار يأخذ ايهما شاء وقد اورد عليه نقض اجمالي لو صح ما ذكر من ان الجهالة التي بيدهما ازالتها غير مانعة من الصحة لزم صحة البيع بالرقم عندهما وان يجوز بيع عبد من اربعة على ان المشتري مخير في تعيينه وان يجوز البيع باي ثمن شاء لكن البيع في الكل باطل اجيب بان البيع بالرقم تمكنت الجهالة به في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصار بمنزلة القمار للخطر الذي فيه انه سيظهر كذا وكذا وجوازه اذا علم في المجلس بعقد آخر هو التعاطي كما قاله الحلواني بخلاف ما نحن فيه لانه كما يعلم بكيل البائع يعلم بكيل المشتري ومثل هذا القول بالبيع باي ثمن شاء ومثله في احد العبيد الاربعة في جانب المبيع فان البيع لا ينعقد في غير معين فكان بيعا بلا مبيع وكان مقتضى هذا ان لا يجوز في عبد من ثلاثة الا انه يثبت بدلالة نص شرط الخيار ثلاثة ايام ولا يخفى ان كل اجوبة هذه النقوض تصلح ادلة لابي حنيفة رح فانها تضمنت لتسليم ان الجهالة وان كانت بيدهما ازالتها بعد كونها في صلب العقد وهي ان تكون في الثمن كالبيع بالرقم وباي ثمن شاء او في المبيع كبيع عبد من اربعة يمنع جواز البيع وجهالة الثمن على وجه يشبه القمار وعدم العلم به مع امكان ازالتها ثابت في محل النزاع اذا جاز ان يظهر كونه مائة او خمسين الا بكيل احدهما وكون ذلك بكيل كل منهما وفي الرقم يظهر بالبائع فقط لا اثر له من دفع منع الخطر والتمكن في صلب العقد وهو المفيد واذا فسد البيع في عبد من اربعة والجهالة في مضبوط لانحصارها في الاحتمالات اربعة

ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة رح وكذلك من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا
وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة وفي الاول تفضي اليها فوضح الفرق
قال ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها
اكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف وان اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم او ارضا على انها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن
وان شاء ترك لان الذراع وصف في الثوب الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا ياخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا ياخذه بحصته الا انه
يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وان وجدها اكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع
بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن
آخذا لكل ذراع بدرهم وان وجدها زائدة كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه ان حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه صار اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط

لا تتعدد بافلان يفسد. في صبرة لا تتعدد الاحتمالات في خصوص الثمن على كونه اربع امكانات او عشرة او لا بل ويستعمل عليها ببطلان قياسا على بيع عبد من عبدين اذ الحكم من الجواب انه معدول عن القياس ولذا امتنع في اربعة اعبد. فتح ترجيح قول ابي حنيفة رح وظهر ان كون العاقدين بيدهما ازالة الجهالة في صلب العقد من الثمن والمبيع لا يوجب صحة البيع قبل ازالتها بدلالة الاجماع على عدم الصحة في الصور المذكورة مع امكان ازالتها فيها وتمامه اذا ازيلت في المجلس وهما على رضاهما ثبت العقد بالتراضي والمعاطاة لا بعين الاول كما ذكر في الرقم بل ولهذه الفروع المذكورة امثال يطول عدها يبطل البيع فيها بجهالة في الثمن او المبيع مع امكان ازالة احد المتعاقدين اياها واخير صاحب الهداية دليلهما الظاهر في ترجيحه لما وهو ممنوع واما ما يحمل قول ابي حنيفة عليه مما ذكر في المبسوط من ان الاصل عنده انه متى اضيفت كلمة كل الى ما لا تعلم نهايته فانما يتناول ادناه لصيانته عن الالغاء كالاقرار بان عليه كل درهم انما يلزمه درهم واحد وكذا اجارة كل شهر بدرهم يلزمه في شهر واحد فلا حاجة بنا الانه لو صح هذا هذا الاصل كان اثباته بعين ما ذكر في تعليل المسئلة من ثبوت الجهالة في المجموع والتيقن في الواحد فهو نفسه اصل هذا الاصل. **فرع** اشترى طعاما بغير عينه خارج المصر وشرط ان يوفيه في منزل من المصر فالعقد فاسد لان المشتري يملكه بنفس العقد فاذا اشترط لنفسه منفعة الحمل فسد ولو كان في المصر وشرط ان يحمله الى منزله فهو فاسد ولو شرط ان يوفيه في منزله ففي القياس فاسد وهو قول محمد والحسن وابي حنيفة وابو يوسف رح جوزه بالعرف فان الانسان يشتري الحطب والشعير على الدابة في المصر لا يكتري دابة اخرى يحمله عليها بل البائع هو يحمله بخلاف خارج المصر و بعض المشائخ لم يفرقوا بين لفظ الحمل والايفاء في الاستحسان لان المراد منهما واحد واختار شمس الائمة الفرق فان الايفاء من مقتضيات العقد فشرطه ملائم بخلاف الحمل **قوله** ومن باع قطيع غنم الخ لما ذكر الصورة السابقة في المثليات ذكر نظيرها في القيميات فاذا اضاف البيع على الوجه المذكور في الحيوانات بان قال بعتك هذا القطيع كل شاة بدرهم او هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم ولا الذرعان ولا جملة الثمن فسد في الكل عند ابي حنيفة رح اما اذا سمى احدهما فيصح بالاتفاق والعلم بتمام الثمن مطابقة والتزاما فيما اذا اقتصر على بيان عدد القطيع عندهما يجوز في الكل لما قلنا من ان الجهالة بيدهما ازالتها وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا من جهالة كل الثمن والفار كون ارتفاعها بيدهما غير ان الاحاد هنا متفاوتة فلم ينقسم الثمن على الجملة بالاجزاء فتقع المنازعة في تعيين ذلك الواحد فسد في الكل ولهذا لو باع شاة او عشرا من مائة شاة او بطيخة او عشرا من وقر بطيخ كان باطلا واما الجواز فيما اذا عزلها وذهب بها والبائع ساكت فبالتعاطي على ما قدمنا قال العتابي ان ذلك في ثوب يضره التبعيض اما في الكرباس فينبغي ان يجوز عنده في ذراع واحد كما في الطعام وعلى هذا الخلاف كل معدود متقارب كحمل بطيخ كل بطيخة بفلس والرمان والسفرجل والخشب والاواني والرقيق والابل ولو باع نصيبه من هذا الطعام روى الحسن عن ابي حنيفة رح لا يجوز وان بينه بعد ذلك وكذا في الدار وهذا غير اللائق باصله المذكور في الخلافية وفي الخلاصة اشترى العنب كل وقر بكذا والوقر عندهم معروف ان كان العنب من جنس واحد يجب ان يجوز في وقر واحد عند ابي حنيفة رح كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وان كان العنب اجناسا لا يجوز البيع اصلا عند ابي حنيفة كقطيع الغنم وعندهما يجوز اذا كان جنسا واحدا في كل العنب كل وقر بما قال. وكذا اذا كان الجنس مختلفا بكذا اورده الصدر الشهيد والفقيه ابو الليث جعل الجواب بالجواز فيما اذا كان العنب من جنس واحد متفقا عليه وان كان من اجناس مختلفا فيه ثم قال الفقيه والفتوى على قولهما تيسيرا للامر على الناس انتهى وتفريع الشهيد اوجه **قوله** ومن باع صبرة طعام على انها مائة قفيز مثلا بمائة تعلق العقد على ذلك الكيل المسمى

ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وقالا هو جائز وان اشترى عشرة

اسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم وله ان

الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف

السهم ولا فرق عند ابي حنيفة رح بين ما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة

بعينه حتى لو وجدت ناقصة كان للمشتري الخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن لان الثمن ينقسم بالاجزاء على اجزاء المبيع المثلي مكيلا او موزونا وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة الواحدة عليه وكذا الخلاف في كل مكيل وموزون وان وجدها زائدة فالزيادة للبائع لان المبيع وقع على مقدار معين ليس له جهة الوصفية فما زاد عليه لم يدخل في العقد فيكون للبائع ولو كان المشتري ثوبا او ارضا على انه عشرة بعشرة او مائة ذراع بمائة فوجد المبيع اقل فان شاء اخذ الموجود بكل الثمن وان شاء ترك وان وجدها زائدة العشرة او المائة كان الكل للمشتري ولو كان قال على انها مائة ذراع مثلا بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها اقل فللمشتري الخيار ان شاء اخذ الموجود كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه وان وجدها اكثر فله الخيار ان شاء اخذ الكل كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع واصل هذا ان الذرع في المذروعات وصف لانه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة اجزاء فان لم يفرد بثمن كان تابعا محضا فلا يقابل بشيء من الثمن وذلك فيما اذا قال على انها مائة بمائة ولم يزد على ذلك واذا كان تابعا محضا في هذه الصورة والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن كاطراف الحيوان حتى ان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن او اعورت عند المشتري جاز له ان يرابح على ثمنها بلا بيان فعليه تمام الثمن في صورة النقص وانما يتخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما اذا اشتراه على انه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة وله ان الزائد في صورة الزيادة كما اذا باعه على انه معيب فوجده سليما هذا اذا لم يفرد بالثمن فان افرد بالثمن هو ما اذا قال على انها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار اصلا وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على انها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة يخير بين ان يأخذ الاثواب الموجودة بحصتها من الثمن وبين ان يفسخ لتفرق الصفقة فكذا اذا وجد الذرعان ناقصة في هذه الصورة وهذا لانه لو اخذها بكل الثمن لم يكن اخذ كل ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم يسلم له الزيادة لصيرورته اصلا كما لم يسلم له الثوب المفرد فيما اذا زاد عدد الثياب على المشروط فان كان بينهما فرق فان عدد الثياب اذا زادت فسد المبيع للزوم جهالة المبيع لان المنازعة تجري في تعيين الثوب الذي يرد الى البائع بسبب انه اصل من كل وجه اما هذا فالذراع ليس اصلا من كل وجه فيثبت له الخيار بين ان يأخذ الزائد بحصته وبين ان يفسخ لانه وان صح له اخذ الزائد لكنه بضرر يلحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعقد البيع فكان له الخيار واذا ظهر انهم اعتبروا الطول وصفا تارة واصلا اخرى ولم يعتبروا القدر في المثليات الا اصلا دائما مع ان الطول والعرض ايضا يرجع الى القدر ويمكن ان يجعل القدر وصفا احتيج الى الفرق فقيل لان المثل لا ينقص قيمته بنقصان القدر فان الصبرة الكائنة مائة قفيز لو صارت الى قفيزين في القلة لم ينقص قيمة القفيز بخلاف الثوب والارض الا ترى ان الثوب الذي عادته عشر ثمنه عشرة وهو قدر ما يفصل قباء او فرجية كان بثمن اذا قسم على اجزائه يصيب كل ذراع منه مقدار ولو افرد الذراع وبيع بمفرده لم يساو في الاسواق ذلك المقدار بل اقل منه بكثير وذلك لانه لا يفيد الغرض الذي يصنع بالثوب العامل فعلمنا ان كل جزء منه لم يعتبر كثوب كامل مفرد **قوله** ومن باع عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وقالا هو جائز وبه قال الشافعي رح وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم منها جاز في قولهم جميعا ومبنى الخلاف على ان المودى من بيع عشرة اذرع من مائة ذراع معين وشائع فعندهما شائع كانه باع عشر مائة وبيع الشائع جائز اتفاقا كما في بيع عشرة اسهم من مائة سهم وعنده مودى وقدر معين والجوانب مختلفة الجودة فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة عند البيع فلو اتفقوا على ان مودى عشرة اذرع من مائة من هذه الدار شائع

ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة رح وكذلك من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا
وعنده ينصرف إلى الواحد لما بينا غير أن بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي إلى المنازعة وفي الأول تفضي إليها فوضح الفرق

قال ومن اشترى صبرة طعام على أنها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وإن شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود وإن وجدها
أكثر فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف وإن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أرضا على أنها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أقل فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بجملة الثمن
وإن شاء ترك لأن الذراع وصف في الثوب ألا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كأطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الأول لأن المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته إلا أنه
يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وإن وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لأنه صفة فكان بمنزلة ما إذا باعه معيبا فإذا هو سليم ولو قال بعتكها على أنها مائة ذراع
بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وإن شاء ترك لأن الوصف وإن كان تابعا لكنه صار أصلا بإفراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لأنه لو أخذه بكل الثمن لم يكن
آخذا كل ذراع بدرهم وإن وجدها زائدة فهو بالخيار إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وإن شاء فسخ البيع لأنه إن حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وإنما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلا ولو أخذه بالأقل لم يكن آخذا بالمشروط

لا تتعدد إلا فلان بنفسه. في صبرة لا ينتفي الاحتمالات في خصوص الثمن على كونه أربع إمكانات أو عشرة أولى بل ويستحيل عليها ببطلان قياساً على بيع عبد من عبدين إذ الظن أن الجواب به معدول عن القياس ولذا امتنع في أربعة أعبد. فترجح قول أبي حنيفة رح وظهر أن كون العاقدين بيدهما إزالة الجهالة في صلب العقد من الثمن والمبيع لا يوجب صحة البيع قبل إزالتها بالإجماع على عدم الصحة في الصور المذكورة مع إمكان إزالتها فيها ونهايته إذا أزيلت في المجلس وهما على رضا بها ثبت بعقد التراضي والمعاطاة لا بعين الأول كما ذكر في الرقم بل ولهذه الفروع المذكورة أمثال يطول عدها يبطل البيع فيها بجهالة في الثمن أو المبيع مع إمكان إزالة أحد المتعاقدين لها وتأخير صاحب الهداية دليلهما ظاهر في ترجيحه قولهما وهو ممنوع وأما ما يحمل قول أبي حنيفة عليه ما ذكر في المبسوط من أن الأصل عنده أنه متى أضيفت كلمة كل إلى ما لا تعلم نهايته فإنما يتناول أدناه للصيانة عن الإلغاء كالإقرار بأن عليه كل درهم إنما يلزمه درهم واحد وكذا إذا آجر كل شهر بدرهم يلزمه في شهر واحد فلا حاجة بنا إلا أنه لو منع صحة هذا الأصل كان إثباته بعين ما ذكر في تعليل المسند من ثبوت الجهالة في المجموع والتعيين في الواحد فهو نفسه أصل هذا الأصل **فرع** اشترى طعاما بغير عينه خارج المصر وشرط أن يوفيه في منزل من المصر فالعقد فاسد لأن المشتري يملكه بنفس العقد فإذا اشترط النقل منفعة الحمل فسد ولو كان في المصر وشرط أن يحمله إلى منزله فهو فاسد ولو عينه بهذا التشرط أن يوفيه في منزله ففي القياس فاسد وهو قول محمد وفي الاستحسان أبو حنيفة وأبو يوسف رح جوزاه بالعرف فإن الإنسان يشتري الحطب والشعير على الدابة في المصر لا يكتري دابة أخرى يحمله عليها بل البائع هو يحمله بخلاف خارج المصر وبعض المشايخ لم يفرقوا بين لفظ الحمل والإيفاء في الاستحسان لأن المراد منهما واحد واختار شمس الأئمة الفرق فإن الإيفاء من مقتضيات العقد فشرطه ملائم بخلاف الحمل **قوله** ومن باع قطيع غنم الخ لما ذكر الصورة السابقة في المثليات ذكر نظيرها في القيميات فإذا أضاف البيع على الوجه المذكور في الحيوانات بأن قال بعتك هذا القطيع كل شاة بدرهم أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم ولا الذرعان ولا جملة الثمن فسد في الكل عند أبي حنيفة رح أما إذا سمى أحدهما فيصح بالاتفاق بالعلم بتمام الثمن مطابقة أو التزاما فيها وإذا اقتصر على بيان عدد القطيع عندهما يجوز في الكل لما قلنا من أن الجهالة بيدهما إزالتها وعنده ينصرف إلى الواحد لما بينا من جهالة كل الثمن والفارق كون ارتفاعها بيدهما غير أن الآحاد هنا متفاوتة فلم ينقسم الثمن على الجملة بالأجزاء فتقع المنازعة في تعيين ذلك الواحد ففسد في الكل ولهذا لو باع شاة أو عشرين شاة من قطيع أو عشرا من قطيع كان باطلا وأما الجواز فيما إذا عزلها وذهب بها البائع ساكت فبالتعاطي على ما قدمنا قال العتابي إن ذلك في ثوب يضره التبعيض أما في الكرباس فينبغي أن يجوز عنده في ذراع واحد كما في الطعام وعلى هذا الخلاف كل معدود متقارب كحمل البطيخ كل بطيخة بفلس والرمان والسفرجل والخشب والأواني والرقيق والإبل ولو باع نصيبه من هذا الطعام روى الحسن عن أبي حنيفة رح لا يجوز وإن بينه بعد ذلك وكذا في الدار وهذا غير اللائق بأصله المذكور في الخلافية وفي الخلاصة اشترى العنب كل وقر بكذا والوقر عندهم معروف فإن كان العنب من جنس واحد يجب أن يجوز في وقر واحد عند أبي حنيفة رح كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وإن كان العنب أجناسا لا يجوز البيع أصلا عند أبي حنيفة كقطيع الغنم وعندهما يجوز إذا كان جنسا واحدا في كل العنب كل وقر بما قال وكذا إذا كان الجنس مختلفا كذا أورد الصدر الشهيد والفقيه أبو الليث جعل الجواب بالجواز فيما إذا كان العنب من جنس واحد متفقا عليه وإن كان من أجناس مختلفا فيه ثم قال الفقيه والفتوى على قولهما تيسيرا للأمر على الناس انتهى وتفريع الشهيد أوجه **قوله** ومن باع صبرة طعام على أنها مائة قفيز مثلا بمائة تعلق العقد على ذلك الكيل المسمى

ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وقالا هو جائز وان اشترى عشرة

اسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم وله ان

الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف

السهم ولا فرق عند ابي حنيفة رح بين ما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة

بعينه حتى لو وجدت ناقصة كان للمشتري الخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن لان الثمن ينقسم بالاجزاء على اجزاء المبيع المثلي مكيلا او موزونا وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة الواحدة عليه وكذا الخلاف في كل مكيل وموزون وان وجدها زائدة فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين ليس له جهة الوصفية فما زاد عليه لم يدخل في العقد فيكون للبائع ولو كان المشتري ثوبا او ارضا على انه عشرة بعشرة او مائة ذراع بمائة فوجد المبيع اقل فان شاء اخذ الموجود بكل الثمن وان شاء ترك وان وجدها زائدة العشرة او المائة كان الكل للمشتري ولو كان قال على انها مائة ذراع مثلا بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها اقل فللمشتري الخيار ان شاء اخذ الموجود كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه وان وجدها اكثر فله الخيار ان شاء اخذ الكل كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع واصل هذا ان الذرع في المذروعات وصف لانه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة اجزاء فان لم يفرد بثمن كان تابعا محضا فلا يقابل بشيء من الثمن وذلك فيما اذا قال على انها مائة بمائة ولم يزد على ذلك واذا كان تابعا محضا في هذه الصورة والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن كاطراف الحيوان حتى ان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن او اعورت عند المشتري جاز له ان يربح على ثمنها بلا بيان فعليه تمام الثمن في صورة النقص وانما يتخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما اذا اشتراه على انه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة وله ان الزائد في صورة الزيادة كما اذا باعه على انه معيب فوجده سليما هذا اذا لم يفرد بالثمن فان افرد بالثمن هو ما اذا قال على انها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار اصلا وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على انها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة يخير بين ان يأخذ الاثواب الموجودة بحصتها من الثمن وبين ان يفسخ لتفرق الصفقة فكذا اذا وجد الذرعان ناقصة في هذه الصورة وهذا لانه لو اخذها بكل الثمن لم يكن اخذ كل ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم يسلم له الزيادة لصيرورته اصلا كما لم يسلم له الثوب المفرد فيما اذا زاد عدد الثياب على المشروط فان كان بينهما فرق فان عدد الثياب اذا زادت فسد البيع للزوم جهالة البيع لان المنازعة تجري في تعيين الثوب الذي يرد الى البائع ليصيب انه اصل من كل وجه اما هذا فالذراع ليس اصلا من كل وجه فيثبت له الخيار بين ان يأخذ الزائد بحصته وبين ان يفسخ لانه وان صح له اخذ الزائد لكنه بضرر يلحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعقد البيع فكان له الخيار واذا ظهر انهم اعتبروا الطول وصفا تارة واصلا اخرى ولم يعتبروا القدر في المثليات الا اصلا دائما مع ان الطول والعرض ايضا يرجع الى القدر ويمكن ان يجعل القدر وصفا احتيج الى الفرق فقيل لان المثل لا ينقص قيمته بنقصان القدر فان الصبرة الكائنة مائة قفيز لو صارت الى قفيزين في القلة لم ينقص قيمة القفيز بخلاف الثوب والارض الا ترى ان الثوب الذي عادته عشر ثمنه عشرة وهو قدر ما يفصل قباء او فرجية كان بثمن اذا قسم على اجزائه يصيب كل ذراع منه مقدار ولو افرد الذراع وبيع بمفرده لم يساو في الاسواق ذلك المقدار بل اقل منه بكثير وذلك لانه لا يفيد الغرض الذي يصنع بالثوب العلل فعلمنا ان كل جزء منه لم يعتبر كثوب كامل مفرد **قوله** ومن باع عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وقالا هو جائز وبه قال الشافعي رح وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم منها جاز في قولهم جميعا ومبنى الخلاف على ان المؤدى من بيع عشرة اذرع من مائة ذراع معين وشائع فعندهما شائع كانه باع عشر مائة وبيع الشائع جائز اتفاقا كما في بيع عشرة اسهم من مائة سهم وعنده مؤداه قدر معين والجوانب مختلفة الجودة فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة عند البيع فلو اتفقوا على ان مؤدى عشرة اذرع من مائة من هذه الدار شائع

ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة رح لا يجوز في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا

لم يختلفوا ولو اتفقوا على انه معين لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم في نكاح الصابئة مبني على انهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم او لهم كتاب فلو اتفقوا على الثاني اتفقوا على جوازه او على الاول اتفقوا على جوازه او على الاول اتفقوا على عدم الجواز فالشان في ترجيح المبني فابو حنيفة رح يقول الذراع اسم لما يذرع به ومعلوم انه لم يرد بالمبيع عشر من الخشبات التي يذرع بها فكان مستعارا لما يحلها وما يحله معين فكان المبيع معينا مقدارا بعشرة اذرع بخلاف عشرة اسهم لان السهم اسم الجزء الشائع فكان المبيع عشرة اجزاء شائعة من مائة سهم وقد يقال ان تعيين جملة ذرعان الدار قرينة على انه انما اراد بيع الشائع لانه به يعرف نسبة العشرة من الكل انها العشر والا فلا فائدة في تعيينه لان العشرة اذرع لا تتفاوت مقدارها بتعيين الكل وعدمه وقد يقال فائدته لا تتعين في ذلك لجواز ان يرفع به الفساد فانه بيع عشرة اذرع من ثوب لا يجوز على قول ابي حنيفة رح ولا على قولهما على تخريج طائفة من المشائخ وعلى قول آخرين يجوز لانها جهالة بيدهما ازالتها فيذرع الكل فيعرف نسبة العشرة وصحح هذا بناء على ما تقدم لها من بيع صبرة لجواز ان يكون العاقد يرى الرأي الاول ولما وضع المسئلة في الجامع في عشرة اذرع من مائة ذراع للمران ما قال الخصاف من ان الفساد عنده فيما اذا لم يعرف جملة الذرعان واما اذا عرف جملتها فالبيع عنده صحيح غير واقع من جهة الرواية وكذا من جهة الدراية فان الفساد عنده للجهالة كما قلنا وبمعرفة قدر جملة المبيع لا تنتفي الجهالة عن البعض الذي بيع منه واختلف المشائخ على قولهما فيما اذا باع ذراعا او عشرة اذرع من هذه الارض ولم يسم جملتها فقيل على قولهما لا يجوز لان صحته على قولهما باعتبار انه جزء شائع معلوم النسبة من الكل وذلك فرع معرفة جملتها والصحيح انه يجوز لانها جهالة بايديهما ازالتها بان تقاس كلها فيعرف نسبة الذراع او العشرة منها فيعلم قدر المبيع

قوله ومن باع عدلا صورتها ان يقول بعتك ما في هذا العدل على انه عشرة اثواب بمائة درهم مثلا ولم يفصل لكل ثوب ثمنا بل قابل المجموع بالمجموع فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع في صورة الزيادة لما قررناه من قريب في الفرق بين الثوب والذراع الذي صار اصلا من وجه والثمن في صورة النقصان لان الثمن لا ينقسم اجزاؤه على حسب اجزاء المبيع القيمي والثياب منه فلم يعلم للثوب الذاهب حصة معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه فكان الناقص من الثمن قدرا مجهولا فيصير الثمن مجهولا فلو كان فصل لكل ثوب ثمنا بان قال كل ثوب بعشرة جاز البيع في فصل النقصان بقدره اي بما سوى قدر الناقص لعدم الجهالة لكن مع ثبوت الخيار للمشتري لتفرق الصفقة عليه ولم يجز في الزيادة لان جهالة المبيع لا ترتفع به لوقوع المنازعة في تعيين العشرة المبيعة من الآخر عشر وقيل عند ابي حنيفة رح لا يجوز البيع في فصل النقصان ايضا قال في الذخيرة واكثر مشائخنا على ما ذكر في الكتاب مع ان البيع جائز في الثياب الموجودة قولهما اما على قول ابي حنيفة رح فالعقد فاسد في الكل لانه فسد في البعض بمفسد مقارن وهو العدم والاصل عند ابي حنيفة رح ان العقد متى فسد في البعض بفساد مقارن يفسد في الباقي وقد ذكر محمد مسئلة في الجامع تدل على هذا وهي رجل اشترى ثوبين على انهما هرويان كل ثوب بعشرة فاذا احدهما مروي بسكون الراء نسبة الى قرية من قرى الكوفة اما النسبة الى مرو المعروفة بخراسان فقد الزموا فيها زيادة الزاي فيقال مروزي وكانه للفرق بين القريتين قال فسد البيع في الثوبين جميعا عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز في الهروي والثابت في مسئلة الجامع الصفقة لا اصل الثوب وقد فسد في الكل بفوائته ففساده في الكل والفائت احدهما اولى واليه مال الحلواني وقال انه الصحيح عنده وكذا نسبه شمس الائمة السرخسي الى اكثر مشائخنا ثم قال والاصح عندي ان هذا قولهم جميعا يعني عدم الفساد في الباقي لان ابا حنيفة رح في نظائر هذه المسئلة انما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهي انه جعل قبول العقد

ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رح في الوجه
الاول يأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رحمة الله عليه في الوجه الاول يأخذه باحد
عشر ان شاء وفي الثاني يأخذه بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله في الاول يأخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف
ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمها ولابي يوسف انه لما افرد كل ذراع
ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة رحمة الله عليه ان الذراع وصف في الاصل وانما
اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت
جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

فيما يفسد فيه العقد شرطا في قبوله في الآخر وهنا لم يوجد هذا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد ايراد العقد على المعدوم بل على
الموجود فقط فغلط في العدد بخلاف تلك المسئلة فانه جعل قبول العقد في كل من الثوبين شرطا لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد واقول قوله
ما شرط قبول العقد في المعدوم ان كان صريحا فممنوع ولا يفرقان في الثوبين ايضا ما شرط قبوله في المروي صريحا وانما المقصود انه اذا اضاف العقد
الى متعدد صفقة كان قبول العقد في كل شرطا في قبوله في الآخر كما في الثوبين ولا شك ان في العشرة ايضا كذلك فكان قبوله في العاشر شرطا لقبوله
فيما سواه ولا وجود للعاشر فكان قبوله في المعدوم شرطا الخ وحاصل قوله وما قصدوا الى آخر ما اشار اليه المص وهو ان الشيئين الموجودين الموصوفين
بوصف اذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل منهما بذلك الوصف شرطا للقبول في الآخر بذلك الوصف فاذا انعدم ذلك الوصف في احدهما
كان ذلك شرطا فاسدا في القبول في الآخر بخلاف ما اذا كان معدوما بذاته ووصفه فانه ليس ح داخلا في العقد حتى يكون قبوله شرطا لصحة العقد
في الآخر لانه معدوم فيجعل ذلك غلطا فلما لم يجعل شرطا لم يفسد العقد في الآخر فقد ظهر ان محط الفرق اعتبار الغلط وعدمه ولا شك ان اعتبار
الغلط انما يتأتى من جهة البائع على معنى انه انما اوجب الا في تسعة ولكنه عبر عنها بعشرة غلطا فالمشتري لما قبل في عشرة ما كان غالطا فما تلاقى
الايجاب والقبول كما لو عزل تسعة اثواب من عشرة وقال بعتك هذه التسعة فقال قبلت في العشرة لا يتم العقد في التسعة ولا في العشرة
وان كان معنى غلطه انه قصد الايجاب في عشرة وليس في الواقع الا تسعة لم تفد الصحة لان المقصود عليه معدوم وقد جعل قبول العقد فيه شرطا
لقبوله في التسعة وهذا لانه جاد في اعتقاده قيام العشرة فان لم يكن في ملكه فاحرى ان يكون البيع باطلا كما ذكر فيمن باع كرا من حنطة وليس
في ملكه حنطة البيع باطلا ولانه باع ما ليس عنده وفي المحيط روى قاضي الحرمين ان العقد فاسد في الفصل الاول وفيه ابيعك هذه الحنطة على انها
اقل من كر فوجدها كذلك جاز الا في رواية عن ابي يوسف رح ولو اذا وجدها كرا او اكثر فالبيع فاسد و
لو قال كرا او كرين جاز كيف ما كان غير انه مخير في الاقل كما لو قال على انها كر وعلى هذا اذا اشترى
عنبا في كرم معين على انه كذا كذا منا وكذا في العدديات المتقاربة انتهى ووجه الفساد في الاكثر انه لا يعلم قدر الزائد فانه ليس للاقل من الكر
والاكثر منه مقدار معين ليعرف الزائد عليه فيرد على البائع بخلاف ما اذا قال كرا او كرين ولا وجه للرواية عن ابي يوسف رح لان غاية ما في
ذلك انه باع صبرة بشرط ان لا تبلغ المقدار الفلاني والله اعلم **قوله** ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو
عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رح في الوجه الاول اخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني اخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رح
في الاول يأخذه باحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة ان شاء وقال محمد رح في الوجه الاول يأخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة
ونصف ويخير وجه قوله ان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصف بنصفه فيجري عليه حكم المقابلة وحكمها ان يجب في مقابلة كل جزء اضافي
من الذراع مثله في الدرهم فنصف الذراع بنصف الدرهم وربعه بربعه وثمنه بثمنه وهكذا وفي بعض النسخ فيجري عليه اي يقابل كل جزء له
نسبة خاصة بجزء كذلك من الآخر وضمير يجري يصح عوده الى كل من الذراع والدرهم الا ان الدرهم اقرب مذكور وانما يخير في الزيادة لان
سلامة النصف بمقابلة ضرر به فلا يلزمه الا بالتزامه وفي النقصان لفوات وصف مرغوب فيه وهو وصف العشر ولابي يوسف رح انه لما
افرد كل ذراع بدرهم نزل كل ذراع بمنزلة ثوب مفرد بيع على انه ذراع لما عرف ان افراده الذراع بالثمن يخرجه عن الوصفية الى الاصلية وقد انتقص عن الذراع

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

فلا ينتقص شيء من الثمن وانما يثبت الخيار له لما ذكرنا من ان في الزيادة نفعا يشوبه ضرر وفي النقصان فوات الوصف المرغوب فيه ولابي حنيفة رح ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط فكان الاولى ان يقول حكم الاصل او الثوب المنفصل بالشرط لان المقدار ايضا وصف على ما تقدم واخذه حكم الاصل مقيد بكونه ذراعا فاذا لم يوجد ما اخذ حكم الاصل فيبقى على الاصل من كونه وصفا لا يقابله شيء من الثمن واذا كان هكذا فلا وجه لثبوت الخيار له في فصل الزيادة لانه لم يلحقه ضرر في مقابلة الزائد بل نفع خالص كما لو اشتراه معيبا فوجده سليما وتخير في النقصان لتفرق الصفقة ثم من الشارحين من اختار قول محمد ففي الذخيرة قول ابي حنيفة رح اصح وذكر حاصل الوجه المذكور له وفي قوله مقيد بكونه ذراعا اشارة الى الجواب عن قول محمد انه ينقسم اجزاء الدراهم على اجزاء الذراع فقال هذا اذا كان تمام الذراع موجودا والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان للبعض من حكم الوصف لانعدام المقابلة به +

فصل لما ذكر ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد ذكر ما يدخل في البيع مما لم يسم وما لم يدخل واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك **قوله** ومن باع دارا الخ في المحيط الاصل ان كل من كان في الدار من البناء او متصلا بالبناء تبع لها فيدخل في بيعها كالسلم المتصل والسرير والدرج المتصلة والحجر الاسفل من الرحى ويدخل الحجر الاعلى عندنا استحسانا والمراد بالحجر الرحا المبنية في الدار وهذا متعارف في ديارهم اما في ديار مصر لا تدخل رحى اليد لانها تحجر بها تنقل وتحول ولا تبنى فهو كالباب الموضوع والباب الموضوع لا يدخل بالاتفاق في بيع الدار نعم لو ادعاه احدهما لنفسه بان قال هذا ملكي وضعته وان كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البائع وان كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري واستدل المص على دخول البناء بان اسم الدار يتناول العرصة والبناء وبانه متصل بها اتصال قرار واستشكل الاول بمسئلة الحلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدم بناؤها يحنث فلو كان البناء من مسمى لفظ الدار لم يحنث وهذا لو ابطل التعليل الاول لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الاخرى ثم اجيب بان البناء وصف فيها وهو لغو في المعينة فكانه حلف على نفي الدخول في هذا المكان وتحقيقه انه حلف لا يدخل هذه التي يسمى الآن دارا فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونها دارا وقت الدخول وتدخل البئر الكائنة في الدار وان كان عليها بكرة تدخل ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها الا ان كان قال بمرافقها ويدخل البستان الذي في الدار صغيرا كان او كبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب في الدار قاله ابو سليمان وقال الفقيه ابو جعفر رح ان كان اصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل وان كان اكبر او مثلها لا يدخل وقيل ان صغر دخل والا لا وقيل يحكم الثمن وفي المنتقى اشترى حائطا يدخل ما تحته من الارض وكذا ذكر في التحفة من غير ذكر خلاف وفي المحيط جعله قول محمد والحسن وقول ابي يوسف رح لا يدخل واما اساسه فقيل الظاهر من مذهبه انه يدخل ولانه جزء الحائط حقيقة ويدخل في بيع الحمام القدور دون قصاعه واما قدر القصارين والصباغين واجاجين النسالين وحوابي الزبائين وجنابهم ودنانهم وجذع القصار الذي يدق عليه المثبت كل ذلك في الارض فلا يدخل وان قال بحقوقها قلت ينبغي ان تدخل كما اذا قال بمرافقها واما الطريق ونحوه فسياتي ان شاء الله تعالى في باب الحقوق **فروع** باع فرسا دخل العذار تحت البيع والزمام في بيع البعير فقط ولم يذكر في شيء من الكتب ما اذا باع فرسا وعليه سرج قيل لا يدخل الا بالتنصيص او بحكم الثمن ولو باع حمارا قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن فضل لا يدخل الاكاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بينهما اذا كان موكفا او غير موكف في فتاوى قاضي خان وهو الظاهر فالاكاف فيه كالسرج في الفرس وقال غيره يدخل الاكاف والبردعة

ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسم لانه متصل به للقرار فاشبه البناء

تحت البيع وان كان غير موكف وقت البيع واذا دخلا بلا ذكر كان الكلام فيه ما قلنا في ثوب العبد والجارية ولا يدخل المقعد في بيع الدار لانه منقاد دونه بخلاف الفرس والبعير ولتباين في هذا باع عبدا او جارية كان على البائع من الكسوة قدر ما يواري عورته فان بيعت في ثياب تساويها دخلت في البيع للبائع ان يمسك تلك الثياب ويدفع غيرها من ثياب مثلها ويستحق ذلك على البائع ولا يكون للثياب قسط من الثمن حتى لو استحق الثوب او وجد بالثوب عيبا لا يرجع على البائع بشيء ولا يرد عليه الثوب ولو هلك الثياب عند المشتري او تعيبت ثم رد الجارية بعيب رد بجميع الثمن لانه لم يهلك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر في الكافي من رجل باع ارضا وفيها نخل مغيرة فجاء صاحب الارض باذن الآخر بالف وقيمة كل منها خمسمائة فالثمن بينهما نصفان لاستوائهما فيه فلو هلك النخل قبل القبض بآفة سماوية خير المشتري بين الترك واخذ الارض بكل الثمن لان النخل دخل تبعا فلا يقابله شيء من الثمن ثم الثمن كله لرب الارض لانقباض البيع في حق النخل والثمن كله بمقابلة الاصل وهو له دون التبع ولو باع اتانا لها جحش او بقرة لها عجول وكذا فصيل الناقة وميز الركبة اختلف فيه قيل يدخلان وقيل لا يدخلان وقيل يدخل العجول دون الجحش وقيل ان ذهب مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والا فلا ولو باع عبدا وماله ان لم يذكر المال في البيع فهو له ولا يكون للمولى وكذا لو سمى المال وهو دين على الناس او بعضه فسد البيع وان كان عينا جاز البيع ان لم يكن من الاثمان فان كان منها وكان الثمن من جنسه بان كان في يديهما او في يد البائع كذلك فان كان الثمن اكثر جاز وان كان مثله او اقل لا يجوز لانه بيع للعبد بلا ثمن وان كان منها ولم يكن من جنسه بان كان دراهم ومال العبد دنانير او بالعكس جاز اذا تقابضا في المجلس وكذا لو قبض مال العبد وقد رجعت فقط من الثمن وان افترقا قبل القبض بطل العقد في مال العبد للمشتري وان وجد في بعض جدوعها الآن مال البائع هو لي ان له قيمة عليه لانها وصلت الى المشتري منه وان قال ليس لي كان كاللقطة ولو قال صاحب علو وسفل لآخر بعتك علو هذا بكذا فقبل جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشتري حق القرار عليه **قوله** ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسم لانه متصل بها اتصال قرار فاشبه البناء ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل خلافا لما قال بعض المشايخ ان غير المثمرة لا تدخل الا اذا ذكر لانها لا تغرس للقرار بل للتعلم واذا كبرت خشبتها فصارت كالزرع ولما قال بعضهم ان الصغيرة لا تدخل وفي فتاوى قاضيخان لو باع ارضا فيها اشجار صغار اختلفوا في فصل الربيع واتباع ان كانت تقلع من اصلها تدخل في البيع وان كانت تقطع من وجه الارض فهي للبائع الا بشرط لانهم الشجرة اليابسة لا تدخل لانها على شرف القلع فهي كحطب موضوع فيها ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الارض والدار الا بذكر الحقوق وكذا في الاقرار والصلح والوصية وغيرها ويدخلان في الاجارة والرهن والوقف والقسمة لانها تعقد للانتفاع والانتفاع يجوز بخلاف البيع فانه يعقد لملك الرقبة فقدر ما به الانتفاع بالتجارة فيها ولا يدخل القرار التي على رؤس الاشجار الا بالشرط وما كان من الاوراد واوراق الفرسادو التوت لانه بمنزلة الثمر ولو كان على الشجر ثمار فشرط المشتري له فاكلها البائع سقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار للمشتري في الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند ابي حنيفة رح بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة قولدت ولدا يساوي خمسة فاكله البائع قال ابو حنيفة رح تلزمه الشاة بحصتها ولا خيار له والفرق غير خاف وكما يدخل في البيع اشياء بلا تسمية وجب ان يدخل تبعا كذلك يخرج منه اشياء بلا تسمية كما اذا باع قرية يخرج منها الطرق والمساجد والمقابر لان لها حكم القرية لان الحكم يبقى على اصله الا بما عند التسمية فلا يدخل في البيع وفي الفصل الثالث فيما يجوز بيعه مما لا يجوز من الملاصق باع قرية وفيها مسجد واستثناه بل يشترط

ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فشابه المتاع الذي فيه ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رح يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما بينا فلا يدخل في بيع الشجر من غير شرط

ذكر الحدود واختلف المشائخ واستثنى الخياض وفي المقبرة لا بد من ذكر الحدود الا ان يكون ربوة **قوله** ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل اي لفصل الادمي اياها لانتفاعه بها فشابه المتاع الذي فيه اي في المبيع فاندفع ما اورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقرة الحامل فانه يدخل حملها في البيع مع انه متصل للفصل فان ذلك فضل الله تعالى وهذا المعنى متبادر فترك التقييد به وايضا الام وما في بطنها مجانس متصل فيدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع فانه ليس مجانسا للارض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الاصل فبعد ذلك ينظر ان كان اتصاله للفصل في ثاني الحال فيدخل بطريق التبعية لشدة الاتصال لا الجزئية والجزئية فان قيل ينبغي ان يدخل لان الاتصال قائم في الحال والانفصال معدوم فيه فيترجح الموجود على المعدوم والجواب بان الموجب للدخول اما شمول حقيقة المسمى في البيع له او تبعيته له والتبعية بان يكون مستقرا الاتصال به لا مجرد اتصال الحالي مع انه بعرضه الفصل وانتفاء المجانسة ظاهر فلم يتحقق موجب الدخول والله اعلم **قوله** ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لنفسه اي يشتري للشجرة مع الثمرة التي فوقها ولا فرق بين المؤبرة وغير المؤبرة في كونها للبائع الا بالشرط وتدخل في الثمرة الوردة والياسمين والخلاف ونحوها من المشمومات فالكل للبائع وعند الشافعي ومالك واحمد يشترط في ثمر النخل التابير فان لم تكن ابرت فهي للمشتري والتابير التلقيح وهو ان يشق عنا قيد الكم ويذر فيها من طلع الفحل فانه من يصلح ثمرات النخل لما روى اصحاب الكتب الستة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا ان يشترط المبتاع ومن باع نخلا مؤبرا فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع وفي لفظ البخاري من من ابتاع نخلا بعد ان تابر فثمرتها للذي باعها الا ان يشترط المبتاع وحاصله استدلال بمفهوم الصفة فمن قال به يلزمه واهل المذهب ينفون حجيته وقد روى محمد رح في شفعة الاصل عنه عم من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع من غير فصل بين المؤبر وغير المؤبر وهو الحديث الذي ذكره المص وما قيل ان في مرويهم تخصيص الشيء بالذكر فلا يدل على نفي الحكم عما عداه انما يلزمهم لو كان لقبا ليكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم كما ذكرنا ولو صح حديث محمد رح فهم يحملون المطلق على المقيد وعلى اصول المذهب ايضا يجب لانه في حادثة واحدة في حكم واحد والذي يلزمهم من الوجه القياس على الزروع وهو المذكور في الكتاب بقوله انه متصل للقطع لا للبقاء فصار كالزرع وهو قياس صحيح وهم يقدمون القياس على المفهوم اذا تعارضا وح فيجب ان يحمل الابار على الاثمار لانهم لا يؤخرونه عنه فكان الابار علامة الاثمار فعلق به الحكم بقوله نخلا مؤبرا يعني مثمرا وما نقل عن ابن ابي ليلى من ان الثمرة مطلقا للمشتري بعيد اذ يصار الاحاديث المشهورة واذا كانت الثمرة للبائع يقال له اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع يقال له اقلعه وسلم المبيع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رح يترك حتى يظهر صلاح الثمرة ويستحصد الزرع وهو قول مالك واحمد رح لان الواجب هو التسليم المعتاد ولهذا لا يجب في الدار تسليمها في الحال ان بيعت ليلا وكان له فيها متاع بل ينتظر طلوع النهار ووجود الحمالين وفي العادة لا يقطع الا بعد ما قلنا وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يترك حتى يحصد رضي الموجر او لم يرض واذا كان كذلك فلا يبالي بتضرر المشتري بالانتفاع بملكه بلا عوض لانه حين اقدم على الشراء والعادة ما ذكرنا كان ملتزما للضرر المذكور ويقال استحصد الزرع يستحصد

ولما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم تقم له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان يبلغ الحشاف والمناجل

بكسر الصاد جار وقت حصاده وآجاب المصر بان هناك اى في الاجارة ايضا يجب التسليم وكذا تجب الاجرة في التبعية لان تسليم العوض تسليم المعوض لابد في تمامه من تسليم ان المتعاد في الاجارة التبعية في الاجرة وعدم تسليم عين الارض في الحال والا لو لم يرض الموجر بالتبعية واخذ الاجرة كان له ان يكلفه ان يقلعه في الحال وليس له ذلك فظهر ان التسليم المتعاد يجب اعتباره ثم يقول هو في البيع تبرك الى ما ذكرنا مما وفي الاجارة تبرك باجر ولا خلاص من هذا الا ان يتم منع انه متعاد في البيع كذلك الا فاذا افرق بين البيع والاجارة بان اقدام البائع على البيع مع علمه بان البائع يطالبه المشتري بتفريغ ملكه وتسليمه خاليا عادة الا برضاه بقطعه فلا تجب عليه جانبه تبقية الارض الشجر على حكم ملكه بخلاف المستاجر فانه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الاجارة فعل يدل على الرضا بقطع ثمرة وزرعه فوجب عليه جانبه تبقية على حكم ملكه بالاجرة اتجه ان يقال انما يكون اقدامه على البيع رضا بالقطع في الحال لو لم يكن لتاخيره الى الصلاح معتادا واما اذا كان كذلك فلا وقد منعت العادة المستمرة بذلك بل هي مشتركة فقد يتركون يبيعون بشرط القطع والله اعلم ثم هل تدخل ارض الشجر في البيع بيعها ان اشترا بالقطع لا تدخل وبالاجماع وان اشترا بيعا مطلقا لا تدخل عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح لان الارض اصل والشجر تبع فلا ينقلب الاصل تبعا وهو قول الشافعي وعند محمد وهو رواية عن ابي حنيفة رح وقول الشافعي رح يدخل ما تحتها بقدر غلظ ساقها وفي جميع النوازل الفتاوى الصغرى هو المختار لانه اشترى الشجر وهو اسم للمستقر على الارض والاغصان جميعا وحطبه فيدخل من الارض ما يتم به حقيقة اسمه فوجب بالضرورة فيعتبر بقدر ما وقيل بقدر ساقها فيدخل بقدر ظلها عند الزوال وقيل بقدر عروقها المنتشرة ولو شرط قطعه فعلى ما شرط وقوله ولا فرق بين ان يكون رطبا او لا في الصحيح احترازا عن قول البعض انه ان لم يكن رطبا تدخل والصحيح لا تدخل في الحالتين ان كان رطبا او لم يكن وعلله بان بيعه يصح في احد الروايتين موكولا ليس للقرار وما يصح بيعه وليس للقرار لا يدخل في البيع تبعا للغير بخلاف البناء فانه يجوز بيعه منفردا ولكنه موضوع للقرار قوله واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم تنبت لم يدخل لانه مودع فيها كالمتاع بكذا اطلق شيخ الاسلام وكذا اطلقه غير واحد وقيده في الذخيرة بما اذا لم يعلم البائع ان فيها زرعا فهو للمشتري لان للبعض ما يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من اجزاء الارض فيدخل في بيع الارض واختار الفقيه ابو الليث انه لا يدخل بكل حال كما هو اطلاق المصر في فتاوى الفضلي كما في الذخيرة قال ولو بعض البذر في الارض فهو للمشتري والا فللبائع ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن بعض وقت البيع فهو للبائع والمشتري متطوع ولو باعها بعد ما نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيكون للبائع وقيل يدخل ولم يرجح المصر منها شيأ ورجح في التجنيس قال فيه قال الفقيه لا يدخل والصواب انه يدخل نص عليه القدوري في شرحه وفي شرح الاسبيجابي انتهى وقول الفقيه ابي الليث هو قول ابي القاسم وفي فتاوى قاضي خان قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل هذا اذا صار الزرع متقوما اى لا يدخل فان لم يكن متقوما يدخل الزرع من غير ذكر قال وانما تعرف قيمته بان تقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فان كانت قيمتها مبذورة اكثر من قيمتها غير مبذورة علم انه صار متقوما انتهى وبهذا ظهر ان حكاية اتفاق المشائخ على عدم الدخول مطلقا ليست واقعة بل قولان عدم الدخول مطلقا والتفصيل بين ان تعفن فيدخل والا فلا وكان المناسب ان يقول تقوم الارض بلا ذلك الزرع وبه فان زاد فالزائد قيمته وما تقوما مبذورة وغير مبذورة فما تساويا فلا يدخل وهذا اولى من قول من قال ان اذا تعفن البذر يدخل ويكون للمشتري ويعلله بانه لا يجوز بيعه وحده لانه ح ليس له قيمة قال المصر وكان هذا بتشديد النون يعني الاختلاف في دخول الزرع الذي ليست له قيمة فان ذلك وعدمه بناء على الاختلاف في جواز بيعه قيل ان تناول المشاقر والمناجل من قال لا يجوز بيعه قال يدخل ومن قال يجوز بيعه قال لا يدخل ولا يخفى ان كلا من الاختلافين مبني على سقوط التقوم وعدمه فان القول بعدم جواز بيعه وبدخوله في البيع كلاهما بناء على سقوط تقومه والقول بجواز بيعه وبعدم دخوله في البيع كلاهما مبني على عدم سقوط

ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه اما الثمر المجذوذ والزرع المحصود لا يدخل الا بالتصريح به لانه بمنزلة المتاع

تقومه والاوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الجحش كما ولد على رجاء حيوته فينتفع به في ثاني الحال **قوله** ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق الخ يعني اذا باع ارضا فيها زرع وشجر وعليه ثمر او باع شجرا فقط وعليه ثمر وقال بعتها او اشتريتها بجميع حقوقها ومرافقها لا يدخل الزرع والثمر بذلك لانهما ليسا من الحقوق والمرافق وكذا لو قال بكل قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها او من مرافقها لم يدخلا ايضا لما ذكرنا بعينه ولو كان اقتصر على قوله بكل قليل وكثير هو له فيها او منها دخلا اي الزرع والثمر فيه هذا في المتصل بالارض والشجر اما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فيها فلا يدخل ولو قال بكل قليل وكثير هو فيها ما لم ينص عليه والمجذوذ بدالين مهملتين ومعجمتين بمعنى اي المقطوع غير ان المهملتين هنا اولى ليناسب المحصود **قوله** ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها لا خلاف في عدم جوازه بيع الثمار قبل ان تظهر ولا في عدم جوازه بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط الترك ولا في جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ولا في الجواز بعد بدو الصلاح لكن بدو الصلاح عندنا ان يأمن العاهة والفساد وعند الشافعي هو ظهور النضج وبدو الحلاوة والخلاف انما هو في بيعها قبل بدو الصلاح على الخلاف في معناه لا بشرط القطع فعند الشافعي ومالك واحمد لا يجوز وعندنا ان كان بحال لا ينتفع به في الاكل ولا في علف الدواب خلاف بين المشائخ قيل لا يجوز ونسبه قاضي خان لعامة مشائخنا والصحيح انه يجوز لانه مال منتفع به في ثاني الحال ان لم يكن منتفعا به في الحال قد اشار محمد في كتاب الزكوة الى جوازه فانه قال لو باع الثمار في اول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن جائزا لم يوجب فيه العشر على المشتري وصحة البيع على هذا التقدير بناء على التعويل على اذن البائع على ما ذكرنا من قريب والا فلا انتفاع به مطلقا فلا يجوز بيعه والحيلة في جوازه باتفاق المشائخ ان يبيع الكثري اول ما تخرج مع اوراق الشجر فيجوز فيها تبعا للاوراق كانه ورق كله وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق اهل المذهب اذا باع بشرط القطع او مطلقا ويجب قطعه على المشتري في الحال فان باعه بشرط الترك فان لم يكن تناهى عظمه فالبيع فاسد عند الكل وان كان قد تناهى عظمه فهو فاسد عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو القياس ويجوز عند محمد استحسانا وهو قول الائمة الثلاثة واختاره الطحاوي لعموم البلوى وفي المنتقى ذكر ابا يوسف مع محمد وجه قولهما في الصورتين انه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير وهو صفقة في صفقة لانه ان شرط بلا اجرة فشرط اعارة في البيع او باجرة فشرط اجارة فيه ومثل هذا بيع الزرع بشرط الترك وجه قول محمد في المتناهي الاستحسان بالتعامل لانهم تعارفوا التعامل كذلك فيما تناهى العظم فهو شرط يقتضيه العقد وهذا دعوى الشافعي فيما تناهى عظمه وما لم يتناهى انه يجوز لان العادة تركهم اياه الى الجداد ومحمد يقول بمنعه فيه لما فيه من اشتراط الجزء المعدوم وهو الاجزاء التي تزيد بمعنى من الارض والشجر الى ان يتناهى العظم ولا يخفى ان الوجه لا يتم في الفرق لمحمد الا بادعاء عدم العرف فيما لم يتناهى عظمه اذ القياس عدم الصحة للشرط الذي لا يقتضيه العقد في المتناهي وغيره يخرج منه المتناهي للتعامل فكون ما لم يتناهى على اصل القياس انما يكون لعدم التعامل فيه والجزء المعدوم طرد ولو باع ما لا يتناهى عظمه مطلقا عن الشرط ثم تركه فاما باذن البائع اذنا مجردا او باذن في ضمن الاجارة بان استاجر الاشجار الى وقت الادراك او بلا اذن ففي الصورتين الاوليين يطيب له الفضل والاكل اما في الاذن المجرد فظاهر واما في الاجارة فلانها اجارة باطلة لعدم التعارف في اجارة الاشجار والحاجة فان الحاجة ليست بمتعينة في ذلك وانما يتعين لو لم يكن مخلص الا بالاستيجار وهنا يمكن ان يشتري الثمار مع اصولها فيتركها عليها ولا يخفى ما في هذا من العسر فانه يستدعي سواء ما لا حاجة له اليه او ما لا يقدر على ثمنه وقد لا يوافقه البائع على بيع الاشجار فالاول اولى واصل الاجارة يقتضي القياس

قال ومن باع عرصة لم يدر صلحها او قد بدا جاز البيع لانه ملك مقوم املكونه منتفعا به فى الحال او فى الثانى وقد قيل لا يجوز حتى ان يبدو صلحها والاول اصح وعلى المشترى قطعها فى الحال تبقية الملك الباقع وهذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها على النخيل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير وهو صفقة فى صفقة وهو اجارة او اجارة فى بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا ولان الاتاوة عظيمها عندنا الخيط وعند ابى يوسف ما قل او كثر وهى تحسن تحمل العادة بخلاف ما اذا لم يبد شىء لانه شرط فيه ما يوجب الفساد وهو العدم وهو الذى يريد بعضه من الارض واشترطها مطلقا او تركها باذن الباقع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد فى ذاته لحصوله بحجة محظورة على ما بيناه بعد ما ناله عظيم ما يتصدق بشىء لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشترطها مطلقا او تركها على النخيل وقد استاجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة انما بطلت للعذر والحاجة تبقى الاذن معتبرا بحاله ومن اذا اشترى الزرع واستاجر الارض ليدرك وكلما جبت لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة لتفاوت اجزاء المنفعة واشترطها مطلقا او تركها مطلقا او تركها على النخيل لا يوجب شيئا لانه تسليم البيع المعدد والتمييز والتفويت بعد البيض يشترى كالبيض لو خلطه والقول قول المشترى فى مقدار لانه فى يده وكذا فى البادنجان والباقلى والخلاف فى الاصل يوجب الخلاف فى الفرع

فيهما البطلان الا ان الشرع اجاز ها للحاجة نيابة تقليل الاتعاب فى اجارة الاشجار المجردة فلا يجوز وكذا لو استاجر اشجارا لتجفف عليها ثيابه ذكره الكرخى فاذا ابطلت بقى الاذن معتبرا فيطيب بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة هنا فاسدة لان الارض لا يجوز اجارتها وانما فسدت لجهالة الاجل فاورثت خبثا اما بتاك الاجارة باطلة والباطل لا وجود له فلم يوجد الا الاذن فطاب اما الفاسد فله وجود فكان الاذن ثابتا فى ضمنه باعتباره فمنع وبهذا صار الاذن مستقلا بنفسه وبذا بان على عدم عذره بالجهل فى دار الاسلام ان كان جاهلا بطلان الاجارة وفى الثالثة لا يطيب له ويتصدق بما زاد لانه حصل بجهة محظورة اما اذا باع ثنايا عظم فكسره المشترى بغير اذن البائع فانه لا يتصدق بشىء لانه لم يزد فى ذاتها شيئا وبهذا قول المصلان هذا تغير حاله لا تحقق زيادة اى تغير من وصف الى آخر بواسطة انضاج الشمس عليه ثم غصب لصفته يتعلق به لا بالعين المبيعة باثبات خبث فيها وجه قول الشافعى وباقى الائمة فى الخلافية ما فى الصحيحين عن انس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع النخل حتى تزهو قيل ما تزهو قال تحمار او تصفار وفى الصحيحين عن انس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها وفى الزكوة عن ابن عمر رضى الله عنهما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها وكان اذا سئل عن صلاحها قال حتى تذهب عاهتها واخرج ابو داود والترمذى وابن ماجة عن انس ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد قال الترمذى حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعا الا من حديث حماد بن سلمة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وقد ما تقدم من قواعدهم من اشترى نخلا قد ابرت فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع فجعله للمشترى بالشرط فدل على جواز بيعه مطلقا لانه لم يقيد دخوله فى البيع عند اشتراط المبتاع بكونه صلاحه وفى موطا مالك عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت ابتاع رجل ثمرة حائط فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام حتى تبين له النقصان فسال رب الحائط ان يضع له او يقيله فحلف لا يفعل فذهب المشترى الى النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال يا بنى ان لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فاتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال هو له ولو لا صحة البيع لم تترتب الاقالة عليه اما النهى المذكور فهم قد تركوا ظاهره فانهم اجازوا البيع قبل ان يبدو صلاحها بشرط القطع وبذره معارضة صريحة لمنطوقه فقد اتفقنا على انه متروك الظاهر وهو لا يحل ان لم يكن لموجب وهو عندهم تسليطه عليه السلام قوله عليه الصلوة والسلام ارايت ان منع الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه فانه يستلزم ان معناه انه نهى عن بيعها مدركة قبل الادراك ومزهية قبل الزهو وقد فسر انس رضى الله عنه زهوها بان يحمر او تصفر وفسرها ابن عمر رضى الله عنهما بان يامن العاهة فكان النهى عن بيعها محمرة قبل الاحمرار ومصفرة قبل الاصفرار اداسنة من العاهة قبل ان يوءمن عليها وذلك لان العادة ان الناس يبيعون الثمرة قبل ان تقطع فنهى عن هذا البيع قبل ان توجد الصفة المذكورة واما ما ذكرنا من نهيه عن بيع العنب حتى يسود وهو لا يكون عنبا قبل السواد ليفيده فانه قبله حصرم فكان معناه على القطع النهى عن بيع العنب عنبا قبل ان يصير عنبا وذلك لا يكون الا بشرط الترك الى ان يصير عنبا فصار محل النهى بيع الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط الترك الى ان يبدو الصلاح فدل عليه تعليل النبى صلى الله عليه وسلم بقوله ارايت لو منع الله الثمرة بم ياخذ احدكم مال اخيه فالمعنى اذا اشتراها على القطع قبل ان تصير عنبا قبل ان تصير عنبا فمنع الله الثمرة فلم تصر عنبا بم يستحل احدكم يعنى البائع مال اخيه المشترى والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولا للنهى فاذا صار محل النهى بيعها بشرط تركها الى ان يصلح فقد تضمنا عمدة هذا النهى فانا قد افسدنا هذا البيع والقول ببيعها مطلقا غير متناول للنهى لوجه من الوجوه فظهر ان ترك الاستدلال لهم فى هذه المخالفة بالحديث وهو حديث المذكور ينافيها اعنى بيعها

قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك رح لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا باع واستثنى نخلا معينة لان الباقي معلوم بالمشاهدة قال رح قالوا هذا رواية الحسن وهو قول الطحاوي اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه

سالم من المعارض وكذلك المعنى وهو انه مبيع منتفع به في الحال او في ثاني الحال الخ وبهذا التقرير ظهر ان ليس حديث التابير عاما عارضه خاص وهو حديث بدو الصلاح وان الترجيح هنا ينبغي ان يكون للخاص لانه مانع وحديثنا مبيح بل لا يتناول احدهما ما يتناول الآخر والحاصل ان البيع ما لم يبد وصلاحه اما بشرط القطع وهو جائز اتفاقا لانه غير متناول للنهي لما ذكرنا واما مطلقا فاذا كان حكمه لزوم القطع كان مثله بشرط القطع فلم يبق محل النهي الا بيعها بشرط الترك ونحن قائلون بانه فاسد فلو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز فاشبه هلاكه قبل التسليم ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره مع يمينه لانه في يده وكذا في بيع الباذنجان والبطيخ اذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتركا كما ذكرنا وكان الحلواني يفتي بجوازه في الكل وزعم انه مروي عن اصحابنا وكذا حكي عن الامام الفضلي وكان يقول الموجود وقت العقد اصل وما يحدث تبع نقله شمس الائمة عنه ولم يقيد عنه بكون الموجود وقت العقد يكون اكثر بل قال عنه اجعل الموجود اصلا في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا وقال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس عن عادتهم حرج وقد رايت رواية في نحو هذا عن محمد رح وهو في بيع الورد على الاشجار فان الورد مثلا حق ثم جوز البيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك رح والمخلص من هذه اللوازم الصعبة ان يشتري اصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث على ملكه وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ويستاجر الارض مدة معلومة لعلم غاية الادراك وانقضاء الغرض فيها ينافي الثمن وفي ثمار الاشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد فان خاف ان يرجع يفعل كما قال الفقيه ابو الليث في الاذن في ترك الثمر على الشجر وهو ان ياذن المشتري على انه متى رجع عن الاذن كان ماذونا في الترك باذن جديد فيحمله له على مثل هذا الشرط

قوله ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك اجازه قياسا على استثناء شجرة معينة قلنا قياس مع الفارق لان الباقي بعد اخراج المستثنى غير مشار اليه ولا معلوم الكيل المخصوص فكان مجهولا بخلاف الباقي بعد اخراج الشجرة فانه معلوم مقرر بالاشارة قالوا هذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وهو قول الطحاوي والشافعي واحمد رح وعلى ما ذكرنا من التعليل لا يرد ما قيل ينبغي ان يجوز البيع على كل حال لانه ان بقي شيء بعد اخراج المستثنى فظاهر وان لم يبق شيء يكون الاستثناء باطلا لانه مستغرق فيبقى الكل مبيعا لان ورود هذا على التعليل يجوز ان لا يبقى بعد الاستثناء شيء وتعليل المص بجهالة المبيع وهو يوجب الفساد وان ظهر ارتفاعها بالآخرة واتفق ان بقي مقدار معين لان الجهالة القائمة قبل ذلك في الحال هي المفسدة قال المص رح فاما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل من الجارية الحامل او الشاة واطراف الحيوان لا يجوز كما اذا باع هذه الشاة الا اليتها او هذا العبد الا يده فيصير مشتركا متميزا بخلاف ما لو كان مشتركا على الشيوع فانه جائز وانما قال ينبغي لان جواب هذه المسئلة ليس مصرحا به في ظاهر الرواية وهو ان كل ما جاز افراده بايراد العقد عليه جاز استثناؤه ويصير الباقي مبيعا الا ان عدم الجواز اقيس بمذهب ابي حنيفة رح في مسئلة بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه افسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في استثناء ارطال معلومة مما على الاشجار وان لم يفض الى المنازعة فالحاصل ان كل جهالة مفضية الى المنازعة مبطلة فليس يلزم ان لم يفض اليها يصح معها بل لا بد مع عدم المفضية الى المنازعة في الصحة من كون البيع على حدود الشرع الا يرى ان المتبايعين

ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلي في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الباقلي الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لانه لا يدرى قدر ما في السنابل ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه

قد يتراضيان على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع باجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك مصححا واما ما قيل في توجيه المنع لئلا المبيع لا يبلغ الا بتلك الارطال فبعيد اذ المشاهدة تفيد كون تلك الارطال يستغرق الكل اولى فلا يرضى المشتري ح بذلك الاستثناء **قوله** ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره وكذلك الارز والسمسم وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع الحنطة في السنبل قولان واجاز بيع الشعير الذرة وعندنا يجوز ذلك كله له ان المقصود وهو المبيع مستور بما لا منفعة فيه فلا يجوز بيعه كتراب الصاغة اذا بيع بجنسه بجامع استتاره بلا منفعة فيه والمعول في استدلاله نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفي هذا غرر فانه لا يدرى قدر الحنطة الكائنة في السنابل والمبيع ما اريد الا الحب لا السنابل فرجع الى جهالة قدر المبيع والزم على هذه ان لا يجوز بيع اللوز ونحوه في قشره الثاني لكنه تركه لتعامل المتوارث ولنا ما روي انه عم نهى عن بيع النخل حتى تزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض رواه مسلم واصحاب السنن الاربعة ويقال زهى النخل والتمر يزهو وازهى يزهي لغة وفي الاشتقاق من الزهو لغتان وانكر الاصمعي الرباعية يزهي كما نقل الزمخشري عن العين ان كان يزهو الثلاثية لا يقال انتم لم تعملوا بصدر الحديث لانا نقول قد بينا انا عاملون فان الاتفاق على انحطاط النهي على بيعها بشرط الترك الى الزهو وقد منعناه ولانه مال متقوم معلوم فيجوز بيعه كالشعير في سنبله بخلاف بيعه بمثله في سنبلة الحنطة لاحتمال الربا اما انه مال متقوم فظاهر واما انه معلوم فمشار اليه وبالاشارة كفاية في التعريف اذ المانع من رؤية عينها لا يخل بدرك قدره في الجملة وليس معرفته على التحرير شرطا والا امتنع بيع الصبرة المشاهدة واورد المطالبة بالفرق بين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه او نوى تمر في تمرة بعينه اي باع ما في هذا القطن من الحب وما في هذا التمر من النوى فانه لا يجوز مع انه ايضا في غلافه اشار ابو يوسف رح الى الفرق بان النوى هناك معتبر عدما بالكافي العرف فانه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في تمرة ولا حب في قطنة ويقال هذه حنطة في سنبلها وهذا لوز وفستق ولا يقال هذه قشور فيها لوز ولا يذهب اليه وهم بخلاف تراب الصاغة فانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باع بخلاف جنسه جاز وما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في الضرع واللحم والشحم في الشاة والالية والاكارع والجلد فيها والدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والعصير في العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لان كل ذلك منعدم في العرف لا يقال هذا عصير وزيت في محله فكذا الباقي واعلم ان الوجه يقتضي ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله لانه لم يره **قوله** ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها المراد بالغلق ما تسميه ضبة وهذا اذا كانت مركبة لانها تركب للبقاء الا اذا كانت موضوعة في الدار ولهذا لا تدخل الاقفال في بيع الحوانيت لانها لا تركب وانما تدخل الالواح وان كانت منفصلة لانها في العرف كالابواب المركبة والمراد بهذه الالواح ما تسمى في عرفنا بمصر دراريت الدكان وقد ذكر فيها عدم الدخول ولا معول عليه وقوله لانه لا ينتفع الا به يفيد ان يدخل تبعا للغلق يعني لا ينتفع بالغلق لا بالمفتاح واذا دخل الغلق دخل المفتاح كما لو اشترى غلقا فانه يدخل مفتاحه واورد عليه انه يلزم ان يدخل الطريق في بيع الدار وهو لا يدخل مع انه لا ينتفع بها الا به اجيب بمنع ان شراء الدار مقصور على الانتفاع بذاتها بل قد يكون لغرض مجرد الملك ليأخذ بالشفعة بواسطتها او يتجر بها وكذا لما كان العقد عليها مقصورا على ذلك كما في الاجارة ادخلنا الطريق **فرع** يناسب ما نحن فيه من حيث انه يتناوله البيع بلا تنصيص من المالك عليه وان كان من معنى آخر اشترى ما يتسارع اليه الفساد ولم يقبضه المشتري ولم ينقد الثمن حتى غاب كان للبائع ان يبيعه من آخر ويحل للمشتري الثاني ان يشتريه وان كان يعلم بالحال لان المشتري الاول رضي بهذا فسخ دلالة

قال واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع اما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع وصفة هذا ابيع مكايلة وعد اجرة الوزان والذراع والعداد واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رح كان النقد يكون بعد التسليم الاترى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما يتعلق به حقه من غيره او ليعرف العيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة قال ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين وعدمه فلا حاجة الى تقدم احدهما في الدفع

فيسأل البائع بيعه وعلى المشتري ان يشتريه وانما كتبناه لانها كثيرا ما تقع في الاسواق **قوله** واجرة الكيال ووزان المبيع وذراعه وعداده ان كان المبيع بشرط الكيل او الوزن او الذراع او العد على البائع لان عليه ايفاء المبيع ولا تحقق ذلك الا بكيله ووزنه ونحوه ولان بكل من ذلك يميز ملكه عن ملك غيره ومعلوم ان الحاجة الى هذا اذا باع مكايلة او موازنة ونحوه اذ لا يحتاج الى ذلك في المجازفة واجرة وزان الثمن على المشتري باتفاق الائمة الاربعة لانه يحتاج الى تسليم الثمن وتمييزه عن غيره فكانت مؤنة عليه واما اجرة الناقد الثمن فاختلفت الرواية والمشائخ فروى ابن رستم عن محمد انه على البائع وهو المذكور في المختصر ووجه ان النقد يحتاج اليه بعد التسليم فح يكون في يد البائع وهو المحتاج اليه لاحتياجه الى تمييز حقه وهو الجياد عن غير حقه وروى ابن سماعة عنه انه على المشتري وبه كان يفتي الصدر الشهيد لانه يحتاج الى تسليم الجيد وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن فكان هو المحتاج اليه وعن محمد اجرة النقد على من عليه الدين كما في الثمن انه على المشتري الا اذا قبض الدين ثم ادعى عدم النقد فالاجرة على رب الدين وفي الخلاصة الصحيح انه على المشتري وكذا قال القدوري انه على المشتري الا اذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرد به عيبا لزيادة قال واختار في الواقعات انه على المشتري وفي باب العين لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصبها في وعاء المشتري على البائع ايضا وهو المختار وفي المنتقى اخراج الطعام من السفن على المشتري ولو اشترى حنطة في سنبلها فعلى البائع تعميلها بالدرس والتذرية ورد فعها الى المشتري وهو المختار وقطع العنب المشترى جذاذا على المشتري وكذا كل شيء يراد جزافا كالثوم والبصل والجوز اذا خلا بينه وبين المشتري وكذا قطع الثمر يعني اذا خلا البائع بينه وبين المشتري الكل من الخلاصة **قوله** ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لانه قبل القبض لم يتعين ولو عين دراهم المشتري بما لا يعرف انها لا تتعين بالتعيين في البيع فلا بد من تقدم قبضها ليتساويا ولو كان المبيع غائبا لا يلزم المشتري دفع الثمن وللبائع حبس جميع المبيع ولو بقي من ثمنه درهم واحد ولا يسقط حق حبس البائع للمبيع ولو اخذ بالثمن كفيلا او رهن المشتري به رهنا او احال البائع به عليه وقيل يسقط حق الحبس وكذا اذا احال المشتري البائع به عند ابي يوسف وعن محمد رح فيه روايتان في رواية كقول ابي يوسف رح وفي رواية اذا احال البائع رجلا به يسقط واذا احال المشتري البائع به لا يسقط والمسلم فيه المبيع هو في ضمان البائع في جميع زمان حبسه فلو هلك في يد البائع بفعله او بفعل المبيع نفسه بان كان حيوانا فقتل نفسه او بامر سماوي بطل البيع فان كان قبض الثمن اعاده الى المشتري وان كان بفعل المشتري فعليه مثله ان كان المبيع مثليا او قيمته ان كان قيميا وان هلك بفعل اجنبي فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وعاد المبيع الى ملك البائع ويضمن له الاجنبي في المثلي المثل والا فالقيمة فان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل لا يطيب له وان كان من خلاف جنسه طاب وان شاء اختار البيع واتبع الاجنبي في الضمان فان اختار ذلك وعليه الثمن للبائع فان كان في الضمان فضل فعلى ذلك التفصيل **قوله** ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في تعيين حق كل منهما قبل التسليم فايجاب تقديم دفع احدهما بعينه على الآخر تحكم فيدفعان معا ولا بد من معرفة التسليم والتسلم الموجب للبراءة في التجريد تسليم المبيع ان يخلي بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل وكذا تسليم الثمن وفي الاجناس يعتبر في صحة التسليم ثلثة معان ان يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتأتى فيه القبض من غير مانع

باب خيار الشرط

قال خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلثة ايام فما دونها

وان يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره وعن الوبري المتاع لغير البائع لا يمنع فلو اذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده وكان ابو حنيفة رح يقول القبض ان يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول المشتري وهو عند البائع قبضته فان اخذه براسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة كان او بعيرا وان كان غلاما او جارية فقال له المشتري تعال معي او امش قحطا معه فهو قبض وكذا لو ارسله في حاجته وفي الثوب ان اخذه بيده او خلا بينه وبينه وهو موضوع على الارض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض في البيع الفاسد بالتخلية ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المفتاح اليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض وان دفعه ولم يقل شيئا لا يكون قبضا ولو باع دارا غائبة فقال سلمتها اليك فقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان قبضا وهي ان تكون بحال يقدر على اغلاقها فهي بعيدة واطلق في المحيط ان بالتخلية يقع القبض وان كان المبيع يبعد عنها وقال الحلواني ذكر في النوادر اذا باع ضيعة وخلا بينها وبين المشتري ان كان يقرب منها يصير قابضا او يبعد لا يصير قابضا قال والناس عنه غافلون وانهم ليشترون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض وفي جامع شمس الائمة يصح القبض فان كان العقار غائبا عنهما عند ابي حنيفة خلافا لهما وفي جميع النوازل دفع المفتاح في بيع الدار تسليم اذا تهيأ له فتحه من غير تكلف وكذا لو اشترى بقرا في السرج فقال البائع اذهب فاقبض ان كان يرى بحيث يمكنه الاشارة اليه يكون قبضا ولو باع خلا او نحوه في دن وخلا بينه وبين المشتري في دار نفسه وختم المشتري على الدن فهو قبض ولو اشترى ثوبا فامره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى اخذه انسان ان كان حين امره بقبضه امكنه من غير قيام صح التسليم فان كان لا يمكنه الا بقيام لا يصح ولو اشترى طيرا في بيت والباب مغلق فامره البائع بالقبض فلم يقبضه حتى هبت ريح ففتحت الباب فطار لا يصح التسليم وان فتحه المشتري فطار صح التسليم لانه يمكنه التسليم بان يحتاط بالفتح ولو اشترى فرسا في حظيرة فقال البائع سلمتها اليك ففتح المشتري الباب فذهب الفرس ان امكنه اخذه من غير عون كان قبضا وهو تاويل مسئلة الطير وفي مكان آخر من غير عون ولا حيل ولو اشترى دابة والبائع راكبها فقال المشتري احملني معك فحمله فعطبت هلكت على المشتري قال القاضي الامام هذا اذا لم يكن على الدابة سرج فان كان عليها سرج وركب المشتري في السرج يكون قابضا والا فلا ولو كان راكبين فباع المالك منهما الآخر لا يصير قابضا كما اذا باع الدار والبائع والمشتري فيها *

باب خيار الشرط قد عرف ان البيع علة لحكمه من لزوم تعاكس الملكين في البدلين والاصل لا يتخلف حكم العلة عنها فقدم ما هو الاصل ثم شرع بذكر ما يتعلق بالعلة التي تخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط الخيار وظهر ان شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسما ومعنى لا حكما وللمستلزم علة اسما ومعنى وحكما وقد عرف ذلك من اصطلاحهم في الاصول والموانع خمسة اقسام مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلا ينعقد البيع في الحر لانها لا تنعقد الا في محلها ومحل البيع المال والحر ليس بمال فلا وجود للبيع اصلا فيه كانقطاع الوتر يمنع اصل الرمي بعد القصد اليه ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف الى مال الغير كاصابة السهم بعد الرمي حائطا فرده عن سننه ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استتار المرمي اليه بترس يمنع من اصابة الغرض منه ومانع يمنع من تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية للمشتري ومانع يمنع لزومه كخيار العيب واضافة الخيار الى الشرط على حقيقة الاضافة

والاصل فيه ما روى ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رض كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام

وهي اضافة الخيار الى سببه اذ سببه الشرط وحين ورد شرعية جعلناه داخلا في الحكم مانعا من ثبوته تعليلا لعمله بقدر الامكان وذلك لان عمله اثبات الحظر في ثبوت الملك وبذلك يشبه القمار فقلنا شبهه ولقائل ان يقول القمار ما حرم بمعنى الحظر بل باعتبار تعليق الملك بما لم يضعه الشرع سببا للملك فان الشارع لم يضع ظهور العدد للفلاني في ورقة مثلا سببا للملك والحظر طرد في ذلك لا اثر له نعم يتجه ان يقال اعتبرناه في الحكم تعليلا بخلاف الاصل واما كونه فيه غرر وقد نهي عن بيع الغرر في المبيع وهذا في ان الملك هل يثبت اولا **قوله** خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما ثلاثة ايام يروى بنصب ثلاثة ايام على الظرف اي في ثلاثة ايام ويرفعها على انه خبر مبتدا محذوف اي هو ثلثة ولا يخفى ما فيه والصواب ان تقدر مدته ثلاثة ايام ثم في فتاوى قاضي خان اذا شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد اصلا ويثبت الخيار في البيع الفاسد كالصحيح **قوله** والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رض كان يغبن في البياعات الحديث روى الحاكم في المستدرك من حديث محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر قال كان حبان بن منقذ رجلا ضعيفا وكان قد اصابته في راسه مامومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار الى ثلاثة ايام فيما اشتراه وكان قد ثقل لسانه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم بع وقل لا خلابة وكان يشتري الشيء فيجيء الى اهله فيقولون له هذا غال فيقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خيرني في بيعي وسكت عليه وحبان بفتح الحاء ومنقذ بالمعجمة ورواه الشافعي من طريق محمد بن اسحق قال اخبرنا سفين عن محمد بن اسحق به ثم قال الشافعي رح والاصل في بيع الخيار انه فاسد ولكن لما شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم في المصراة خيار ثلاثة ايام في البيع وروي انه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلث فيما ابتاع انتهينا الى ما قال صلى الله عليه وسلم واخرجه البيهقي في سننه عن ابن عمر سمعت رجلا من الانصار يشكو الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لا يزال يغبن في البيوع فقال له اذا بايعت فقل لا خلابة ثم انت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ايام قال ابن اسحق فحدث به محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو قد اصيب في راسه وكان يغبن في البيع فذكر نحوه ورواه ابن ماجة عن محمد بن يحيى بن حبان قال هو جدي منقذ بن عمرو وكان قد اصابت امته في راسه فكسرت لسانه وكانه لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك الحديث وهو يقتضي ان المقول له منقذ بن عمرو لا حبان ابنه ولا شك ان هذا منقطع وغلط من عزاه لابي داود وكذا رواه البخاري في تاريخه الاوسط عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو فذكره قال وعاش مائة وثلاثين سنة والحديث وان دار على ابن اسحق فالاكثر على توثيقه ورجع مالك عما قال فيه ذكر ذلك السهيلي في الروض الانف وكذا رواه ابن ابي شيبة عن محمد بن يحيى بن حبان قال قال عليه الصلوة والسلام لمنقذ بن عمرو قل لا خلابة واذا بعت بيعا فانت بالخيار فلا شك ان كون الواقعة لحبان ارجح لان هذا منقطع وذلك موصول هذا وشرط الخيار مجمع عليه واما ما روي في الموطا الصحيح عن ابن عمر ان رجلا ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم انه كان يخدع في البيوع فقال له اذا بايعت فقل لا خلابة والخلابة الخديعة فليس فيه دليل على المقصود والعجب ممن قال الاصل في جواز شرط الخيار ثم ذكر هذا الحديث وهو لا يمس المطلوب **فروع** يجوز الحاق خيار الشرط بالبيع لو قال احدهما بعد البيع ولو بايام جعلتك بالخيار ثلاثة ايام صح بالاجماع حتى لو شرط الخيار بعد البيع البات شهرا ورضيا به فسد العقد عند ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو الحقا به شرطا فاسدا بطل الشرط ولا يفسد العقد في قولهما ويفسد في قول ابي حنيفة رح ولو باع على انه بالخيار على ان له ان يستغله ويستخدمه جاز وهو على خياره ولو قال في بيع البستان على انه بالخيار على ان له ان ياكل من ثمرته لا يجوز لان الثمرة له حصة من الثمن وليس للبائع

ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والشافعي رح وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رض انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة رح ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة

ان يطالب بالثمن قبل ان يسقط المشتري خياره ولو قال له انت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس فقط ولو قال الى الظهر فعند ابي حنيفة رح يستمر الى ان يخرج وقت الظهر وعندهما لا تدخل الغاية **قوله** ولا يجوز اكثر منها اي من ثلاثة ايام عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والشافعي كما لا يجوز عند ابي حنيفة اذا زاد على ثلاثة كذلك لا يجوز اذا اطلق وقالا لا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رض انه اجاز البيع الى شهرين وهذا دليل جزء الدعوى لانهما جوزاه اكثر من ثلثة ايام طالت المدة او قصرت وحديث ابن عمر رض يفيد جواز اكثر من الثلاثة بمدة خاصة لا غير ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس حاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن شرع للحاجة الى التاخير مخالفا لمقتضى العقد ثم جاز اي مقدار تراضيا عليه وبقولهما قال احمد لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وقال مالك اذا كان المبيع مما لا يبقى اكثر من يوم كالفاكهة لا يجوز ان يشترط الخيار فيه اكثر من يوم وان كان وضيعا لا يمكن الوقوف في ثلثة ايام ويجوز ان يشترط اكثر من الثلاثة لانه شرع للحاجة ويمكن ان يقال لم يتعين اشتراط الاكثر طريقا لانه ان كان لامكان ان يذهب فيراها قبل الشراء ثم يشتري لا حاجة الى شرط الخيار اصلا لان خيار الرؤية ثابت له ولو تاخرت رؤيته سنة وان كان للتروي في امرها هل يساوي الثمن المذكور او لا او هي منتفع بها على الكمال او لا ان لم يرها فهذا لا يتوقف على اكثر من الثلاثة لا يعرف بالسؤال والمراجعة للعارفين وذلك يحصل في مدة الثلاث واما ما يتسارع اليه الفساد فحكمه مسطور في فتاوى القاضي اشترى شيئا يتسارع اليه الفساد على انه بالخيار ثلاثة ايام في القياس لا يجبر المشتري على شيء وفي الاستحسان يقال للمشتري اما ان تفسخ البيع واما ان تاخذ المبيع ولا شيء عليك من الثمن حتى يجيز البيع او يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين وهو نظير ما لو ادعى في يد رجل بشراء شيء يتسارع اليه الفساد كالسمكة الطرية وجحد المدعى عليه واقام المدعي البينة ويخاف فسادها في مدة التزكية فان القاضي يامر مدعي الشراء ان ينقد الثمن ويأخذ السمكة ثم القاضي يبيعها من آخر ويأخذ ثمنها ويضع الثمن للاول والثاني على يد عدل فان عدلت يقضي للمدعي الشراء بالثمن الثاني ويدع الثمن الاول للبائع ولو ضاع الثمنان عند العدل يضيع الثمن الثاني من مال مدعي الشراء لان بيع القاضي كبيعه ولو لم تعدل البينة فانه يضمن قيمة السمك للمدعى عليه لان البيع لم يثبت وبقي اخذا مال الغير بجهة البيع فيكون مضمونا عليه بالقيمة والوجه يقتضي ان هذا فيما اذا كان المبيع في يد البائع واما اذا كان في يد المشتري فلا يلزمه شيء لانه اذا فسد لزمه الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان الخيار للبائع والله اعلم وجه قول ابي حنيفة رح ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم ثبت نصا على خلاف القياس في المدة المذكورة للتروي فيما يدفع الغبن عنه ولا شك ان النظر لاستكشاف كونه في هذا المبيع مغبونا او غير مغبون بما يتم في ثلاثة ايام بل في اقل منها فان معرفة كونه مغبونا في هذه الصفة اولا ليس من المعلوم البالغة في الخفاء والاشكال ليحتاج في حصول الى مدة تزيد عليها فكان الزائد على الثلاث ليس في محل الحاجة اليه لحصول المعنى المذكور فلا يجوز الحاقه بالثلث دلالة كما لا يجوز بالقياس ولو فرض من الغباوة بحيث لا يستفيد كونه مغبونا لم يعذر ولا يبنى الفقه باعتباره لان مثله زائل العقل وبهذا يظهر ان قول ابن الجوزي في التحقيق في حديث حبان انه خرج مخرج الغالب غير صحيح ولانه عليه الصلوة والسلام ضرب الثلاث لمن كان غاية في ضعف المعرفة على ما ذكر من امر حبان انه كان رجلا ضعيفا وكانت بدماغه مأمومة افسدت حاله او انه منقذ وكان قد اصابته امة في راسه فكسرت لسانه وناعت عقله وبلغ من السن مائة وثلاثين كما في تاريخ البخاري الاوسط فاي حالة تزيد على هذه من الضعف الا عدم العقل بالكلية ومع ذلك لا يجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى ثلاثة ايام ولا شك

الا انه اذا اجاز في الثلث جاز عند ابي حنيفة رح خلافا لزفر هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد في الثلث جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة على اصله في الملحق به ونفى الزيادة على الثلث وكذا محمد في تجويز الزيادة وابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بينا

في منع الزائد مع انه وجد في السمع ما ينفيه صريحا وهو وان لم يبلغ درجة الحجة ولا شك انه يستانس به بعد تمام الحجة وهو ما روى عبد الرزاق من حديث ابان بن ابي عياش عن انس ان رجلا اشترى من رجل بعيرا وشرط عليه الخيار اربعة ايام فابطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع وقال الخيار ثلاثة ايام الا انه اعل بابان مع الاعتراف بانه كان رجلا صالحا وكذا اخرج الدارقطني عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الخيار ثلاثة ايام وفيه احمد بن ميسرة متروك واما ما استدلوا به من حديث ابن عمر المذكور في الكتاب فلا يعرف في شيء من كتب الحديث والآثار واما القياس على الاجل فنقول بموجبه ولا يضرنا فان الشارع لما شرع الاجل على خلاف القياس شرعه مطلقا فعملنا باطلاقه وهنا لما شرع الخيار شرعه مقيدا بثلاثة ايام او ثلاث ليال فعملنا بتقييده حتى انه لو شرع الاجل ايضا مقيدا بمدة كنا نقول لا يزاد عليها ايضا ولوجود الاقتصار على مورد النص نقل عن سفيان الثوري وابن شبرمة ان شرط الخيار للبائع لا يجوز لان لنفس الخيار ما ورد الا للمشتري قلنا ممنوع بل للاعم فانه صلى الله عليه وسلم قال له اذا بايعت وهو يصدق بكونه بائعا ومشتريا **قوله** الا انه استثناء من قوله ولا يجوز اكثر منها اي لا يجوز في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته داخل الثلاثة عند ابي حنيفة رح خلافا لزفر وبه قال الشافعي رح هو اي زفر يقول انه اي العقد انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا باع الدرهم بدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد لا يقع صحيحا او باع عبدا بالف ورطل خمر ثم اسقط وهذا لان البقاء على حسب الثبوت فان الباقي هو الذي كان قد ثبت ولابي حنيفة انه اي من له الخيار اسقط المفسد وهو اشتراط اليوم الرابع قبل تقرره او قبل ثبوته وتحققه لان ثبوته بمضي ثلاثة ايام فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم وعلمه في المجلس فرضي به وهذا لان المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصله بالرابع وهو يعرض الفضل قبل مجيئه فاذا اسقط فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحا ثم اختلف المشائخ في حكم هذا العقد في الابتداء فعند مشائخ العراق حكمه الفساد بحسب الظاهر اذ الظاهر دوامها على الشرط فاذا اسقط تبين الامر خلاف الظاهر فينقلب صحيحا وقال مشائخ خراسان والامام السرخسي وفخر الاسلام وغيرهما من مشائخ ما وراء النهر هو موقوف وبالاسقاط قبل الرابع ينعقد صحيحا واذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو الاوجه كذا في الظهيرية والذخيرة وذكر الكرخي ايضا عن ابي حنيفة رح ان البيع موقوف على اجازة المشتري واثبت للبائع حق الفسخ قبل الاجازة لان لكل من المتعاقدين حق الفسخ في البيع الموقوف ولا يخفى انه لا معنى للفساد بحسب الظاهر دون الباطن الا عدم الفساد في نفس الامر الى ان يدخل الرابع فيثبت الفساد في نفس الامر فحقيقة القولين لا فساد قبل الرابع بل موقوف ولا يتحقق الخلاف الا ان يكون الفرض ان الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعا باسقاط خيار الرابع قبل مجيئه وهذا هو ظاهر الهداية حيث قال ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وقوله وهذا على الوجه الاول يعني قوله اسقط المفسد قبل تقرره وهو كالقلب فان التعليل هو الذي يبتني على الاصل لا ان اصل القاعدة يبتني على التعليل والجواب عن المسائل المقيس عليها لزفر ان الفساد فيها في صلب العقد لانه بسبب المبيع وهو البدل فلم يمكن رفعه وهنا في شرطه وكما ينقلب العقد جائزا اذا اسقط الخيار قبل مضي الثلاثة كذلك لو اعتق العبد او مات العبد او المشتري او حدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب جائزا في قول ابي حنيفة رح ويلزمه الثمن **قوله** ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بيننا جاز والمنتفع بهذا الشرط هو البائع وكذا لو قبض الثمن وقال ان رده البائع الى ثلاثة ايام فلا بيع يجوز هذا البيع بهذا الشرط ويصير كخيار الشرط حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو اعتقه المشتري لا ينفذ عتقه

قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا تتم مع الخيار ولهذا لو اعتقه ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالصحيح المطلق

ولو اعتقه البائع نفذ والى اربعة ايام لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف فان نقد الثمن قبل مضي الثلاثة تم البيع فان لم ينقد فيها فسد البيع ولا ينفسخ نص عليه ظهير الدين وقال لا بد من لفظ هذه المسئلة حتى لو اعتقه المشتري وهو في يده عتق لا ان كان في يد البائع وقال محمد يجوز الى اربعة ايام واكثر على قياس قوله في شرط الخيار فان دفع الثمن في الثلاثة جاز في قولهم جميعا والاصل فيه اي في صحة هذا البيع الى ثلاثة ايام في الثمن ان هذا في معنى اشتراط الخيار فيلحق به دلالة لا قياسا والدلالة لا يشترط فيها سوى التساوي وفهم الملحق بمجرد فهم الاصل مع فهم اللغة وكل من علم صحة اشتراط الخيار للتروي ثلاثة ايام لكل من المتبايعين يتبادر اليه ان شرعيته للتروي لدفع ضرر الغبن في المبيع والثمن فيتبادر اليه جوازه لدفع الغبن في الثمن للمماطلة وكون هذا ينفسخ بتمام المدة قبل دفع الثمن وذاك ينبرم بتمامها بلا رد لا اثر له لان المعتبر في الدلالة الاشتراك في الجامع الذي يفهمه من فهم اللغة الا انك سمعت انه لا ينفسخ بتمامها بل يرجع فاسدا وقد مر ابو حنيفة رح على اصله في الملحق به وهو انه لا يزاد على الثلاثة وكذلك في الملحق وكذا محمد حيث جعله جائزا بلا تقييد بمدة وابي يوسف فرق فاخذ في الاصل بالاثر يعني اثر ابن عمر في جواز شرط الخيار اكثر من ثلاثة ايام واخذ في هذه المسئلة بالقياس اي من نفي الزائد على الثلاثة واما في الثلاثة فبحديث ابن البرصا على ما سنذكره له في خيار التعيين هذا على ما ذكر عن ابي يوسف هنا وقد روي عنه انه رجع الى قول محمد رواها الحسن بن ابي مالك عنه وفي شرح المجمع الاصح انه مع ابي حنيفة رح وكثير من المشائخ لم ترجحوا عنه شيئا وحكموا على قوله بالاضطراب وفي هذه المسئلة قياس آخر يقتضي ان لا يجوز هذا البيع اصلا وهو انه بيع شرطت فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم دفع الثمن في ثلاثة الايام والاقالة لا تتعلق بالشرط لان فيها معنى التمليك حتى جعلت بيعا جديدا في حق ثالث وهو لو شرط الاقالة الصحيحة وهي لم تعلق بالشرط بان قال بعتك على ان اقيلك وتقبلها او قال اشتريت منك على ان تقيلني لا يصح لانه شرط لا يقتضيه العقد فاشتراط الفاسدة اولى وبهذا القياس قال زفر ومالك والشافعي واحمد فكلهم منعوا صحة البيع والوجه عليهم ما قدمناه من الالحاق بالدلالة لا بالقياس هو المراد بقول المصنف رح وجه الاستحسان ما بينا **قوله** وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب الذي هو البيع بالمراضاة لما عرف من قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ولا تتم الرضا مع الخيار لانه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه فلم يتم السبب في حق البائع فانه لا يعمل الا مع وجود الشرط وهو الرضا ولا يوجب حكمه في حقه ولا يخرج المبيع عن ملكه فلهذا تصرفه فيه فنفذ عتقه فيه ولو كان في يد المشتري ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع لبقاء ملك البائع فيه بلا اختلال وبالتعليل المذكور يعرف ان خيار المشتري يمنع خروج الثمن من ملكه لاتحاد نسبته الى كل من له الخيار وانه اذا كان الخيار لهما لا يخرج المبيع من ملك البائع ولا الثمن من ملك المشتري ولو قبض المشتري المبيع وكان الخيار للبائع فهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا في حق المبيع ولا يملك نفاذه بالهلاك لانه لا نفاذ بلا محل فبقي في يدي المشتري مقبوضا لا على وجه الامانة المحضة كالوديعة والاعارة كما نقل عن بن ابي ليلى رح انه لم يضمنه لانه ما رضي البائع بقبضه الا على جهة العقد فاقل ما فيه ان يكون كالمقبوض على سوم الشراء وفي المقبوض على سوم الشراء القيمة اذا هلك وهو قيمي والمثل في المثلي اذا كان القبض بعد تسمية الثمن اما اذا لم يسم ثمن فلا ضمان في الصحيح وعليه فرع ما ذكره الفقيه ابو الليث في العيون في رجل اخذ ثوبا فقال اذهب به فان رضيته اشتريته فضاع في يده لم يلزمه شيء وان قال ان رضيت اشتريته بعشرة كان ضامنا للقيمة وبثبوت الضمان بالقيمة على المشتري في هذا البيع قال مالك والشافعي في المشهور وعندهم وجه في ضمانه بالثمن وهو قياس قول احمد لانه قال يخرج المبيع من ملك البائع ثبوت الخيار له لان السبب قد تم بالايجاب

قال وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار ليعود اليه عند فسخ البيع والمشتري لا يملكه عندنا وعند زفر رحمه الله يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع وعند الشافعي رحمه الله لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة وكان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر قال فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انعدم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف

والقبول وثبوت الخيار يثبت حق الفسخ وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء الملك كخيار العيب قلنا هو لك تم البيع بالايجاب والقبول ان اردت في حق حكمه معناه او تمت صورة نسلم ولا يفيد في ثبوت حكمه حتى يوجد شرطه وهو تمام الرضا على ما ذكرنا وتقييد المصر للملك يكون في مدة الخيار ليخرج ما اذا هلك بعدها وانما يضمن بالثمن لانه هلك بعد ما انتزم البيع لعدم فسخ البائع الى المدة وهو هلك المبيع في يد البائع والحال ان الخيار قائم لا اشكال في انه ينفسخ ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق عن شرط الخيار فان فيه اذا هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم انفسخ البيع والتقييد بالصحيح ليس لاخراج الفاسد لان الحال في البيع الفاسد كذلك حتى الانفساخ بهلاك المبيع في يد البائع بل لان الاحتباس بالاصالة والفاسد يأخذ حكمه منه **قوله** وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع وقوله لان البيع الى آخره تعليل لمحذوف وهو قولنا فيخرج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانبه لازم بات فقد تم السبب في حقه وانتفاء ما يمنعه من علة اذا كان خيار المشتري لا يمنعه فيخرج وبهذا ان الخيار انما يمنع خروج البدل الذي هو من جهته من لا الخيار لما ذكرنا انه يوجب عدم الرضا بخروج ملكه عنه فلا يؤثر السبب خروجه لعدم شرط عمله فيبقى على ملكه كما كان وقوله لان المشتري لا يملكه بعني لكن وجوب استدراك لامر متبادر عند قوله يخرج المبيع من ملك البائع اذا كان الخيار للمشتري وهو المقدر الذي ذكرناه فانه يتبادر بحكم العادة انه اذا خرج المبيع من ملك البائع يدخل في ملك المشتري وبهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه المشتري وبه قال مالك واحمد والشافعي في قول لانه لما خرج عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا الى لا مالك ولا عهد لنا به في الشرع في باب التجارة والمعاوضة فيكون كالسائبة فلا يرد شرارا متولي امر الكعبة اذا اشترى عبدا لسدانة الكعبة والضيعة الموقوفة ببعيدها اذا ضعف عنهم فاشترى ببدله آخر فانه لا يدخل في ملك المشتري لان ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الاوقاف حكما لاوقاف ذلك كذلك الترك والتركة المستغرقة بالدين فانها تخرج من ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء للقيد المذكور ولابي حنيفة رح انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا انه يدخل المبيع في ملكه اجتمع البدلان الثمن والمبيع في ملك احد المتعاوضين حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع وان يكون والمعاوضة تقتضي المساواة بين المتعاوضين في تبادل ملكيهما بخلاف ضمان غاصب المدبر اذا ابق من عنده سواء قلنا انه بدل اليد او الملك حيث لا يخرج المدبر عن ملك المولى فيجتمع العوضان في ملك واحد فانه ضمان جناية لا ضمان لمعاوضة شرعية وبهذا الزم في الشرع ما ذكرناه فان المشتري للسعاية والموقوف كائن في المعاوضة وهو يخرج ولا يدخل في ملك احد ولان خيار المشتري شرع نظرا له ليتروى فيقف على المصلحة في رواية ولو اثبتنا الملك له يجر البيع مع خياره الى انتقاضه وتقيضه وهو ضرر بالبائع فان البيع من يعتق عليه فيعتق من غير اختياره وفيه وشرع الخيار على موضوعه بالنقض اذا كان منعوتا للنظر وذلك لا يجوز وقد اورد على هذا لو لم يثبت الملك للمشتري لم يستحق به الشفعة لان استحقاقها بالملك ولذا لا يثبت بحق السكنى لكنه يستحقها اذا بيعت دار بجوارها بالاتفاق او الاجماع اجيب بانه انما استحقها لانه صار احق بها قصرا لانه ملكها كالعبد المأذون يستحقها اذا بيعت دار بجواره وبهذا المعنى وحاصل هذا توسع قصر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك بل هو او ما في معناه وهذا تكلف لا يحتاج اليه وسياق المسألة معللة بانتزام البيع في ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحه وما في الاجناس لو بيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة لا يبطل خيار الرؤية فله ان يردها اذا رآها ويبطل خيار الشرط فان ملك البيع في يد المشتري ولو في مدة الخيار هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب لا يرجع به في الحال في رواية كان قطعت يده ولو بغير صنعه فانه يلزمه الثمن ويمتنع الرد بخلاف ما لو كان يرجع زواله في المدة بان مرض فان المشتري على خياره لكن ليس له ان يرده مريضا بل حتى يبرأ في المدة فان مضت المدة و

قال ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لما له من الخيار وان وطيها له ان يردها لان الوطي بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطي ينقصها وهذا عند ابي حنيفة وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطيها لم يردها لان وطيها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا وكهذه المسئلة اخوات كلها تبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزى به في الاستبراء عنده وعندهما يجتزى ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض

ولم يبرأ لزم البيع فيه وعن ابي يوسف رح يبطل خيار المشتري في كل عيب باي وجه كان الا في خصلة وهي ان النقصان اذا حصل في يد المشتري بفعل البائع لا يبطل خياره بل ان شاء رده فان شاء اجاز البيع واخذ الارش من البائع وقوله بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع متصل بقوله يهلك بالثمن يعني الفرق بين ما اذا كان الخيار للبائع فهلك المبيع في يد المشتري فانه يهلك بالقيمة وبين ما اذا كان للمشتري فهلك في يد المشتري يهلك بالثمن هو ان الهلاك لا يخلو عن مقدمة عيب ودخول العيب يمنع الرد حال قيامه كائنا ما كان فاذا اتصل به الهلاك لم توجد حالة مجوزة للرد فهلك وقد انبرم العقد وانبرام العقد يوجب الثمن لا القيمة بخلاف ما تقدم من كون الخيار للبائع فان تعيب المبيع لا يمنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف فيبطل العقد فلا يجب الثمن بل القيمة **قوله** ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح عند ابي حنيفة رح لانه لا يملكها لما له من الخيار والمبيع لا يدخل في ملك المشتري بالخيار فلو رد المبيع استمرت زوجته عنده وعندهما اذا فسخه رجعت الى مولاها بلا نكاح عليها وان وطيها بعد السيد له ان يردها بالخيار لان الوطي لا يلزم هنا ان يكون اجازة لان له في النكاح ملكا قائما يحل له الوطي فلم يلزم كون وطيه اجازة الا اذا كانت بكرا لان الوطي ينقص البكر فيمتنع الرد بالعيب الذي حدث عنده ومن هذا يعرف انه لو نقصها الوطي وهي ثيب يمتنع الرد عنده ايضا للنقص الذي دخلها لا لذات الوطي فان قيل لما زوجها مولاها الذي باعها فقد رضي بالنقصان بزوال البكارة وحين اثبت له الخيار فقد رضي بالرد فيكون راضيا بردها ناقصة اجيب بمنع بقاء الرضى بذلك بعد البيع بل لما باعها فسخ ذلك الرضا ورضا بما هي احكام هذا البيع واحكام هذا البيع ما ذكرنا وقالا يفسد النكاح لانه ملكها فان وطيها لا يردها ولو كانت ثيبا لان الوطي بعد انفساخ النكاح ليس الا بملك اليمين فكان مسقطا للخيار ورضا بالبيع وهذه المسئلة من فروع الخلاف في ثبوت الملك في المبيع للمشتري بشرط الخيار وعدمه ولها اخوات ذكرها المص تفريعا على الخلاف في ذلك منها عتق العبد المشتري على المشتري بشرط الخيار في مدة الخيار اذا كان قريبه قرابة محرمة عندهما وعنده لا يعتق حتى تنقضي المدة ولم يفسخ لانه لم يملكه ومنها ان من قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه لا يعتق عند ابي حنيفة رح لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط وعندهما وجد فعتق لانه ملكه اما لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه يعتق بالاتفاق لوجود الشرط وهذا شراء فيكون كالمنشئ للعتق بعده من حيث ثبوت الحرية لا من كل وجه ولذا لا يعتق عن الكفارة اذا نوى الحالف بشرائه ان يعتق عن كفارته ومنها لو اشترى جارية على انه بالخيار فحاضت في مدة الخيار او وجد بعض الحيضة فيها ثم اختار البيع عنده لا يجتزأ بتلك الحيضة لانها قبل الملك والموجود بعد الملك بعض الحيضة فلا بد من حيضة اخرى لحل الوطي وعندهما يجتزأ بها لوجودها بعد الملك وينبغي ان يقيد بكون ذلك بعد القبض لان السبب لوجوب الاستبراء الملك والملك المؤكد يكون بالقبض ولو اختار الفسخ فردها الى البائع لا يحتاج البائع الى استبرائها عند ابي حنيفة رح سواء كان الفسخ قبل القبض او بعده وعندهما ان كان قبل القبض لا استبراء عليه استحسانا وان كان في القياس يجب وان كان الفسخ بعد القبض وجب على البائع استبراؤها قياسا واستحسانا لاستحداث الملك بعد ملك المشتري الملك المؤكد بالقبض فيثبت توهم الشغل واجمعوا ان العقد لو كان باتا ثم فسخ باقالة او غيرها ان كان قبل القبض فالقياس ان يجب على البائع الاستبراء وفي الاستحسان غير واجب وان كان بعد القبض فالاستبراء واجب قياسا واستحسانا ولو كان الخيار للبائع ففسخ في المدة فظاهر الرواية انه لا يجب عليه الاستبراء لانها لم تخرج عن ملكه وان اجازه فعلى المشتري استبراؤها بحيضة بعد الاجازة بالاجماع

ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا له فابرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والماذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار وهو مسلم

ومنها اذا ولدت منكوحته بعد ما اشتراها على انه بالخيار في المدة لا تصير ام ولد له عنده وتصير ام ولد عندهما وقد قيد الشارحون كلام المص بان تكون الولادة قبل القبض ولا بد منه لما ذكره في المبسوط لو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لانها تعيبت بالولادة وتصير ام ولده بالاجماع وصدره الطحاوي هذه الخلافية فيما اذا ولدت قبل الشراء قال اشترى جارية وقد ولدت منه ولدا بشرط الخيار فعند ابي حنيفة رح لا تصير ام ولد له وخياره على حاله الا اذا اختارها صارت ام ولد له وعندهما تصير ام ولد له بالشراء ويبطل خياره ويلزمه الثمن وكذا ذكره غيره وتقييده بكونه قبل القبض احسن وهو يصدق بصورتين ما قبل القبض والشراء وما قبل القبض بعد الشراء ومنها ما اذا قبض المشتري بشرط الخيار له المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده في المدة فهلك من مال البائع عنده لارتفاع القبض بالرد لانه لما لم يملكه ارتفع القبض بالايداع لان البائع لا يصلح ان يكون مودعا لملك نفسه فلا يكون الايداع صحيحا وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع وعندهما يهلك من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام ملكه وقد يقال عدم صحة الايداع باعتبار ان المالك لا يصلح مودعا لملك نفسه صحيح لكن الواقع ان المبيع يخرج من ملك البائع بالاتفاق فلا يكون مودعا لملك نفسه فتصح وديعة المشتري لتحقق ايداع غير المالك كالمضارب وغيره وقد يراد ملكه بحسب المال الا انه ليس بلازم لجواز ان لا يؤول الى ملكه بان يختار المشتري البيع اما لو كان الخيار للبائع فسلمه الى المشتري ثم ان المشتري اودعه في مدة الخيار للبائع فهلك في يده قبل نفاذ البيع او بعده يبطل البيع في قولهم جميعا ولو كان البيع باتا فقبضه المشتري باذن البائع او بغير اذنه وله فيه خيار رؤية او عيب فاودعه البائع فهلك في يده هلك على المشتري ولزمه الثمن اتفاقا لان هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك فصح الايداع منه ومنها لو اشترى بالخيار عبدا ماذونا فابرأه البائع من الثمن في المدة يصح ابراؤه استحسانا لا قياسا لان البائع لم يملك الثمن على المشتري بالخيار فلا يصح ابراؤه مما لا يملكه وفي الاستحسان يصح لوجود سبب ملكه للثمن وهو البيع واذا صح ابراؤه بالاتفاق بقي على خياره في السلعة ان شاء اجاز البيع فيأخذها بلا ثمن وان شاء رده فيرد السلعة للبائع عند ابي حنيفة رح لانه لم يملك المبيع فكان رده امتناعا عن تملك شيء بلا عوض والماذون يليه اي يملك ذلك كما له ان يمتنع عن قبول الهبة وعندهما لما يرى من الثمن والواقع ان المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار لو رده كان متبرعا مملكا بغير عوض والعبد الماذون ليس من اهل التبرعات فاذا امتنع الرد انبرم البيع بلا شيء واستشكل تصوير المسئلة بسبب ان الثمن لا يخرج عن ملك المشتري بشرط الخيار فكيف يتصور الابراء منه والجواب ان الابراء يعتمد شغل الذمة وليس من ضرورته زوال ملك المشغول ذمته عن مقداره الا يرى ان المديون مشغول الذمة ولم يزل ملكه عن شيء من ماله وانما اشتغلت ذمته بصحة السبب لان شرط الخيار ليس داخلا على السبب بل على حكمه كما تقدم ولوجود البيع لا بد ان تشتغل الذمة بالثمن ولا يظن انه يقارن وجوب ادائه بل الثابت اصل الوجوب وليس في اصل الوجوب طلب اصلا على ما عرف ومنها اذا اشترى ذمي خمرا من ذمي على ان المشتري بالخيار ثم اسلم المشتري في مدة الخيار بطل خياره عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده بطل البيع لانه لم يملكها باسقاط الخيار بعد الاسلام فتعين بطلان البيع وهو مسلم اما لو كان الخيار للبائع واسلم فبطلان البيع بالاجماع هذا آخر ما فرعه المص ومن الفروع ايضا على الخلاف في دخول المبيع في ملك المشتري بالخيار ما لو اشترى مسلم من مسلم عصيرا بالخيار فتخمر في المدة فسد البيع عنده لعجزه عن تملكه باسقاط خياره وتم عندهما لعجزه عن رده بفسخه ومنها اذا اشترى حمارا على انه بالخيار وهو ساكنها باجارة او اعارة فاستدام سكناها قال الامام السرخسي لا يكون اختيارا وانما الاختيار ابتداء السكنى وقال خواهرزاده

قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في مدة الخيار وله ان يجيز فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز

استدامة السكنى اختيار عندهما لانه يملك الثمن وعنده ليس باختيار لانه بالاجارة او الاعارة لم يملك شيا ومنها حلال اشترى ظبيا بالخيار فقبضه ثم احرم والظبي في يده ينتقض البيع عنده ويرد الى البائع ولا يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشتري فاحرم البائع للمشتري ان يرده ومنها ان الخيار اذا كان للمشتري وفسخ العقد فالزوائد ترد على البائع عنده لانها لم تحدث على ملك المشتري وعندهما للمشتري لانها حدثت على ملكه **قوله** ومن شرط له الخيار سواء كان بائعا او مشتريا او اجنبيا له ان يجيز في مدة الخيار باجماع الفقهاء وله ان يفسخ فان اجاز بغير حضرة صاحبه يريد بغير علمه جاز فاذا كان الخيار للبائع فنفاذ البيع باحدى معان ثلاث يمضي مدة الخيار وبموته وباغمائه وجنونه في المدة فان افاق فيها قال الاسبيجابي الاصح انه على خياره ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلاف سكره من البنج ولو ارتد فعلى خياره جماعا فلو تصرف بحكم الخيار فهو موقوف عند ابي حنيفة رح خلافا لهما والمعنى الثالث ان يجيز البيع كان يقول اجزت البيع ورضيته واسقطت خياري ونحو ذلك واذا كان الخيار للمشتري فنفاذه بما ذكرنا من الامور الثلاثة للبائع وبالفعل بان يتصرف في المبيع تصرف الملاك في مدة الخيار بان يعتق او يكاتب او يدبر او يبيع المبيع او يهبه او يسلمه او يرهنه او يؤجره وان لم يسلمه على الاصح وكذا اذا علق عتقه في المدة فوجد الشرط فيها ومن ذلك ان يباشر المبيع فعلا لا يحتاج اليه للامتحان ولا يحل في غير الملك بحال فان كان يحتاج اليه للامتحان او يحل في غير الملك فهو على خياره فالوطء اجازة وكذا التقبيل بشهوة والمباشرة بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة لا بغير شهوة لان ذلك يحل في غير الملك في الجملة فان الطبيب والقابلة يحل لهما النظر والمباشرة نعم التقبيل لا الامان النظر اليه من حيث هو مس ولو انكر الشهوة في هذه الامور كان القول قوله لانه ينكر سقوط خياره وكذا اذا فعلت الجارية ذلك يسقط خياره في قول لابي حنيفة وقال محمد لا يكون فعلها البتة اجازة للبيع لان شرط الخيار ليختار هو لا ليختار عليه ولابي حنيفة رح ان حرمة المصاهرة تثبت بهذه الاشياء وكانت ملحقة بالوطء فصارت هذه الاشياء من حيث هي ملحقة بالوطء في ايجاب الحرمة كالمضاف الى الرجل واما المباضعة مكرها كان او مطاوعا اختيار اما عند ابي حنيفة رح فظاهر واما عند محمد رح فلان الوطء تنقيص حتى لو وجدت من غير المشتري يمتنع الرد فاما المباشرة اذا ابتداتها والمشتري كاره ثم تركها وهو يقدر على الامتناع فهو اختيار وانما يلزم سقوط الخيار في غير المباضعة اذا اقر بشهوتها لان فعلها يلزم اسقاط خياره فيتوقف على اقراره بما يسقط خياره ولو دعى الجارية الى فراشه لا يسقط خياره والاستخدام ليس باجازة لانه يمتحن به والاستخدام ثانيا اجازة الا اذا كان في نوع آخر وقد اختلف كلامه في الفتاوى الصغرى فقال الاستخدام مرارا لا يكون اجازة وقال في موضع آخر قال المرة الثانية تبطل الخيار واكل المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار وفي فتاوى قاضي خان اذا لبسه مرة واستخدم الخادم مرة لا يبطل خياره ويبطل بمرتين وركوبها ليسقيها او يبردها او على البائع يعلفها اجازة وقيل ان لم يمكنه بدون الركوب لا يكون اجازة واطلق في فتاوى قاضي خان انه لا يبطل خياره فقال وركوبها ليسقيها او يبردها على البائع لا يبطل خياره استحسانا فجعله الاستحسان ولو قطع حوافر الدابة او اخذ بعض عرقها لا يبطل ولو نسخ من الكتاب لنفسه او غيره لا يسقط ولو درس فيه يسقط وقيل على العكس وبه اخذ ابو الليث وطلب الشفعة بالدار المشتراة رضا بها بخلاف خيار الرؤية والعيب ولو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره سواء حدث بفعل البائع او بغير فعله عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يلزمه العقد بفعل البائع لان البائع لا يقدر على الزام البيع ومتى قلنا انه يلزم بجنايته اثبتنا له قدرة الزامه فتفوت فائدة شرط الخيار للمشتري بخلاف ما اذا كان من اجنبي فان لزومه لا من قبله ولهما ان ما ينقص بفعل البائع في ضمان المشتري فيلزم العقد في ذلك القدر الذي تلف

وان فسخ لم يجز الا ان يكون الآخر حاضرا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف يجوز وهو قول الشافعي والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع او لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه

في ضمانه وتعذرت على البائع حصته من الثمن فمتى رد الباقي كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام في حق الرد وهو لا يجوز كفعل الاجنبي واذا عرف هذا عرف ان المشتري يرجع على البائع بالارش ولو كان الخيار للبائع وحدث به عيب فهو على خياره لان ما انتقض بغير فعله فهو غير مضمون على البائع وكذا لو سقطت اطرافه لم يسقط شيء من الثمن لكنه يتخير المشتري ولو حدث بفعل البائع انتقض البيع لان ما انتقض مضمون عليه ويسقط حصته من الثمن ولو بقينا الخيار تفرقت الصفقة على المشتري ولو بزغ الدابة فهو رضا ولو حلب لبنها فهو رضا عند ابي حنيفة رح رواه ابو يوسف عنه وقال ابو يوسف لا يكون رضا حتى يشربه او يستهلكه ولو سقى حرثا في الارض فيما اذا اشترى الارض وحصد الزرع او فضل منه شيئا فيما اذا اشترى الزرع فهو رضا ولو سقى دوابه من النهر وشرب هو فليس برضا ولو طحن في الرحا فهو رضا وقد ذكر فيها تفصيل وذلك في رحا الماء وليست في ديارنا ولو كان المبيع دارا فيها ساكن فطلب المشتري الاجرة من الساكن فهو اجازة ولو غسل العبد او الجارية او مشطها بالمشط والدهن والبسها فليس برضا قوله وان فسخ اي من له الخيار في المدة بغير حضرة الآخر اي بغير علمه لم يجز عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وهو قول مالك رح وانما كنى بالحضرة عن العلم حتى لو لم يبلغه الفسخ الا بعد المدة تم البيع لعدم اعتبار ذلك الفسخ وقال ابو يوسف رح يجوز وهو قول الشافعي رح وكذا الخلاف في خيار الرؤية والفسخ بالقول في المدة بان يقول فسخت او رددت البيع وغير ذلك مما يدل على رد البيع وهذا الفسخ بالقول وهو الذي الخلاف في جوازه بغير علم الآخر واما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقا وكان مقتضى النظر ان من قال يمنع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول ان يقول به فيما هو فعل اختياري كالقول من حيث هو اختيار يثبت به الانفساخ بخلاف الموت وفعل الامة ودخول العيب بغير صنعه والهلاك فان كان الخيار للبائع فهو ان يتصرف في المبيع تصرف الملاك كالعتق والبيع والوطي وجميع ما قدمنا انه اجازة اذا صدر من المشتري من الافعال فهو فسخ اذا صدر من البائع له اي لابي يوسف انه اي الفاسخ منهما مسلط على الفسخ من جهة صاحبه يعني الذي لا خيار له فلا يتوقف فسخه على علمه كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل ولهما انه تصرف في حق الغير وهو الذي لا خيار له بالرفع ولا يعرى عن الضرر لانه اي الغير الذي لا خيار له عساه يعتمد على تمام البيع السابق اذا انقضت المدة ولم يظهر له الفسخ فيتصرف المشتري فيه فيما اذا كان الخيار للبائع والواقع انه فسخ فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك وقد تكون القيمة اكثر من الثمن او لا يطلب لسلعته مشتريا اعتمادا على نفاذ البيع لما لم يظهر له الفسخ في المدة اعتمادا على تمامه فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر يجيء من قبل الانفراد بالفسخ فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل قصدا حال عدم علمه لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به كيلا يتضرر بلزوم الثمن من ماله اذا كان وكيلا بالشراء ويبطلان قوله وتصرفه اذا كان وكيلا بالبيع وربما يعتمد المشتري منه النفاذ فيتشعب الفساد والحاصل قياسان تعارضا قياس ابي يوسف على تصرف الوكيل وقياسهما على عزل الوكيل ثم في قياسهما امور طردية لا معنى لها وهو قوله تصرف في حق الغير بالرفع فان هذا لا اثر له في نفي الصحة بلا علم انما اثره في نفي الصحة بلا اذن فان كونه حق الغير انما يمنع التصرف بلا اذن فهو بالنسبة الى العلم طرد والاذن قد وجد في ضمن شرط الخيار له فان قيل لا نسلم ان شرط الخيار تضمن الاذن له بالفسخ مطلقا انما يكون ذلك لو لم يكن مظنة ان يلحقه ضرر اما اذا كان الفسخ بغير علمه طريق ضرر يلحقه فلا قلنا فاستقام ح ان المؤثر ليس الا كون فسخ مظنة ذلك الضرر وصح قولنا ان ما سواه لا اثر له من كونه تصرفا في حقه بلا علمه وح فيقتصر النظر على اثبات التضرر ولا يخفى ان الضرر الذي ذكر انه يلحق المشتري اذا كان الخيار للبائع في حيز التعرض لان ضرر لزوم

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

القيمة انما يكون بناء على زيادة القيمة على الثمن وهو غير لازم ولو كان قليلا فقد يكون الثمن اكثر من القيمة فما في محل التعارض بل الواجب ان البيع يكون بما هو قيمة المبيع خصوصا بما يتغابن الناس فيه ذلك الشتري وما ضرر البائع باستيفاء ما وجب له بسبب مشتر بالغ فلا يعتبر ما ذكر من تقصير حيث لم يستكشف من المشتري في المدة بل فسخت اولا وهذا هو الكثير في الفقه اعني ان الذي هو قصر الثابت من ارسال الوكيل لنفسه مع الملكية بخلاف الوكيل فان ضرره لازم بالزام ثمن ما يشتريه وليه ان كان وكيلا بالشراء ان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف فيتضرر بالزام ثمن ما اغرض له فيه ولا حاجة له فيكون باقيا بمقدار ما قوله اعني عقده ان كان وكيلا بالبيع وهذا آخر ما ظهر لي من افتراض المال لدفع الدين لما يلزمه عند الناس من تحقير شانه ووضع قدره فالوجه لابي يوسف والله اعلم وقولهما ولا نقول انه مسلط من جهته وكيف وهو لا يملك الفسخ ولا يملك تسليط مشاحة للتغليظ فان المراد من سلط انه لم في التصرف في حقه ذلك بالرفع في المدة فاذا منع تضمن شرط الخيار الاذن بلا علمه للضرر فكان الاذن ثابتا بعد محل الضرر وهو حال العلم فيخير به ما ذكرنا من انتفاء صورة التعارض وعدم تاثيره في آخر ما التقصير من يلزمه وبهذا اجاب عن المعارضة بقوله لو لم يتضرر من لا خيار له بالفسخ يتضرر هو ايضا لانه يكون انه يختفي صاحبه في المدة حتى تقضي فقالوا بدا الضرر انما لزمه من جانبه بتقصيره في اخذ الكفيل واما جواب بان الضرر بالاختفاء على صاحب الخيار لعجزه عن احضاره لا بالاختفاء فضعيف جدا تجاوزعنه وقيل الظاهر انه لا يختفي لانه امين حيث اثبت الخيار لصاحبه واعلم ان الالزام بهذا الذي ذكره في احد الروايتين في فتاوى قاضيخان جاء الى باب البائع ليرد فاختفى فيطلب من القاضي ان ينصب خصما عن البائع ليرده عليه قال بعضهم ينصب نظرا للمشتري وقال محمد بن سلمة لا يجيبه لان المشتري ترك النظر لنفسه حيث لم يأخذ منه وكيلا ومتى قال غيبته فلا ينظر له فان لم ينصب القاضي وطلب المشتري من القاضي الاعذار عن محمد روايتان في رواية يجيبه فيبعث منادي ينادي على باب البائع ان القاضي يقول ان خصمك فلانا يريد ان يرد المبيع عليك فان حضرت والا انتقضت البيع ولا ينتقض القاضي بلا اعذار في رواية لا يجيبه الى الاعذار ايضا وقيل لمحمد ينبغي على هذه الرواية كيف يصنع المشتري قال ينبغي للمشتري ان يستوثق فيأخذ منه وكيلا مدة اذا خاف الغيبة حتى اذا غاب يرده على الوكيل وطريق فصل القاضي على احدى الروايتين انه اذا قال الخصم اني اعذرت اليه فاشتد قول يقول القاضي اشتد انه زعم انه اعذر الى صاحبه في المدة كل يوم واختفى فان كان الامر كما زعم فقد بطلت عليه الخيار فان ظهر انكر فعلى المبينة باتخاذ والاعذار وهذا لانه لا يمكن من اقامة البينة على ذلك قبل ظهوره لانه لا يحكم على غائب ولا تسمع حال غيبته للحكم بها عليه واذا عرفت هذا فالمسائل الموردة فقها مسلمة لانها على وفق ما ترجح من قول ابي يوسف لكنا نرد بانا على تسليم تمام الدليل فمنها ان الامة تحيض اختيار نفسها بالعلم زوجها ويلزمه حكم ذلك وجيب بان لزوم حكم الطلاق على الزوج بايجابه نفسه وهو تخييرها وهو بعد الرضا والعلم وهو مدفوع بان اثبات خيار الفسخ بمنزلة اثبات خيار الطلاق فان كان الطلاق بايجابه فيجوز حال غيبته فكذا الفسخ بايجابه فيجوز حال غيبته بمنزلة الزوجة ينفرد بها الزوج ويلزم حكمها المرأة حتى لو تزوجت بعد ثلاث حيض فسخ اذا اثبت الزوجة قبلا اجيب بان الزوج لا يلزمها حكما جديدا لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح وانما ثبت البينونة عند فراغ العدة لشرط عدم الرجعة فكان عليها ان تستكشف شرط قصر فاعل هو موجود اولى ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص فان حكمها يلزم غيره بلا علمه واجيب بانها اسقاطات لا يلزم بها شيء من اسقط عنه فلا يتوقف على علمه ومنها خيار المتعة

قال واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي رح يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشية وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فاما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار +

يصح اختيارها الفرقة بلا علم زوجها اجيب بانه لا رواية فيها وعلى تقدير التسليم فالتخيير اثبت لها الشرع مطلقا وله الولاية عليها ولا يخفى ان هذا من فساد الوضع فان كون الشرع اثبت حكم التصرف على الآخر بغير علمه في خيار المخيرة يقتضي ان الشرع لا يوقف صحة التصرف على علم الآخر في ثبوت حكمه في حقه فان قلت فما الضرر الذي يلزمه اولا حتى يحتاج الى جوابه قلنا امتناعه عن تزوج امة بناء على قيام نكاح التي اعتقت ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين اجيب بان عقدهما لا وجود له في حق المالك اذ لا ولاية لهما عليه فاذا رد فقد بقي عدم شرط الثبوت فانعدم اصلا في حقه فانه يقع الانعقاد حكما ومنها العدة فانها تلزم على المرأة بتطليق الزوج وان كان بغير علمها اجيب بان العدة لا تجب بالطلاق حتى يتوقف نفاذ الطلاق على علم من تجب عليه العدة الا يرى انها لا تجب بالطلاق قبل الدخول بل الطلاق تصرف في حق نفسه بازالة ملكه اقدره الله تعالى عليه فانما تلزم في ضمن الطلاق والعبرة للمتضمن لا للمتضمن واما هنا فليس جواز الفسخ له بتسليط صاحبه لما ذكرنا وقد عرف ما فيه **فروع** اشتريا غلاما على انهما بالخيار فرضي احدهما لا رد للآخر عنده وقالا له رد نصيبه ولو كان الخيار للعاقدين فقال البائع بحضور المشتري اجزته ثم قال المشتري فسخته بحضور الفسخ فان هلك في يد المشتري سقط الثمن ولو بدأ المشتري بالفسخ ثم البائع بالاجازة ثم هلك فعلى المشتري قيمته ولو تفاسخا العقد ثم هلك في يد المشتري قبل الرد يبطل حكم الفسخ ذكره في المجتبى وفي الفتاوى باع ارضا على ان البائع بالخيار بثلاثة ايام وتقابضا ثم نقض البائع البيع تبقى الارض مضمونة على المشتري وللمشتري حبسها لاستيفاء الثمن الذي كان دفعه الى البائع فان اذن البائع بعد ذلك للمشتري في زراعتها فزرعها تصير امانة عند المشتري وكان للبائع ان ياخذها حتى شاء قبل ان يرد الثمن وليس للمشتري حبسها لانه لما زرعها باذن البائع صار كانه سلمها الى البائع ولو مرض العبد والخيار للمشتري فلقي البائع فقال نقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البائع ولم يقبضه فان مضت المدة والعبد مريض لزم المشتري وان صح فيها فلم يرده حتى مضت كان له ان يرده على البائع بذلك الرد الذي كان منه ومن باع على انه بالخيار فصالحه المشتري على دراهم او عرض بعينه على ان يسقط الخيار ويمضي البيع ففعل جاز وطاب له اذ حاصله زيادة في الثمن وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على ان يسقط الخيار ويحط عنه من الثمن كذا او يعطيه هذا العرض جاز لانه زيادة في المبيع او حط من الثمن ولو امره ببيع عبده على ان يشترط الخيار له ثلاثة ايام فباعه مطلقا لم يجز ولو امره مطلقا فباعه بشرط الخيار للآمر او للاجنبي صح ولو وكله بالشراء توكيلا صحيحا فهو على ما ذكرنا من التفصيل الا ان العقد متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المامور بخلاف البيع لان الشراء اذا لم يجد نفاذا نفذ على العاقد **قوله** واذا مات من له الخيار بطل خياره بائعا كان او مشتريا ولم ينتقل الى ورثته واذا بطل خياره لزم البيع فان كان الخيار للبائع دخل ثمن المبيع في ملك المشتري وان كان الخيار للمشتري دخل المبيع في ملك ورثته وللبائع الثمن في التركة ان لم يكن قبضه وقيد بمن له الخيار لانه اذا مات العاقد الذي لا خيار له فالآخر على خياره بالاجماع فان امضى البيع مضى وان فسخ انفسخ وقال الشافعي يورث عنه وبه قال مالك على ما هو في كتبهم المشهورة لانه اي الخيار حق الانسان لازم حتى ان صاحبه لا يملك ابطاله فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين فانهما يورثان بالاتفاق ولنا ان الخيار ليس الا مشية وارادة فلا يتصور انتقاله لانه وصف شخصي لا يمكن فيه ذلك والارث فيما يمكن فيه الانتقال وهو الاعيان ولفظ مشية منصوب على انه خبر ليس وما في الشروح من انه بدل عن الخبر وتقديره ان الخيار ليس شيئا الا مشية مبني على قول ضعيف في العربية من ان يقدر المعمول غير ما فرغ العامل له ويجعل ما بعد الا بدله والمختار ان المفرغ له هو المعمول ففي ما قام الا زيد زيد فاعل بخلاف ما قاسوا عليه من خيار العيب لان الارث فيه تعيين من جملة الجزء المستحق فاذا دخل في ملكه تمام الاجزاء وبعضها محتبس عند انسان كان له ان يختار

قال ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لان الخيار من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في اخرى وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني ان الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد رح والثاني قول ابي يوسف رح واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد رح يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف رح يعتبرهما

ان يترك حقه او يطلبه وهذا معنى ثبوت خيار العيب غير ان طلبه لا يمكن شرعا الا برد الكل واختيار التعيين فجعله اصلا آخر للشافعي لا يصح على اصله لانه لا يجيز خيار التعيين فكانه ذكره الزاما لنا وجوابه كذلك ان الموروث هو احد العينين المخير في تعيينه فينتقل الى الوارث ذلك ولازمه اختلاط الملكين فصار كما اذا اورث مالا مشتركا فيثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والافراز وهو معنى الخيار فجاز الخيار لازما للعين الموروثة في الموضعين ضمنا لا قصدا على وجه الاستقلال ولا يمكن ذلك فيما فيه خيار الشرط لان البيع ليس ملزوما للخيار لينتقل الى الوارث بما فيه على انه لا يتصور فيما اذا كان الخيار للمشتري فانه لم يدخل المبيع في ملكه عند ابي حنيفة رح فلا يورث ووجهه قوي على ما تقدم ويقال على اصل الدليل قولكم لا يتصور ان انتقال الوصف ان اردت حقيقة فمسلم لكن مرادنا بالانتقال ان يثبت للوارث شرعا ملك او استحقاق خلف ملك الميت او استحقاقه لا عين ذلك الملك والاستحقاق المقيد باضافته الى الميت لان ذلك غير ممكن فالوجه في الاستدلال ليس الا ان يقال ثبوت ذلك شرعا في املاك الاعيان معلوم متفق عليه واما ثبوته عن الشرع في غيرها من الحقوق فمتوقف على الدليل السمعي ولم يوجد ونفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي فان قالوا بل قد وجد وهو ما روي عنه عليه الصلوة والسلام انه قال من ترك مالا او حقا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي قلنا الثابت قوله مالا في الصحيح واما الزيادة الاخرى فلم تثبت عندنا وما لم تثبت لم يتم الدليل واما الجواب بان الملك انما ينتقل في ضمن انتقال العين فبعد انه في غاية الضعف اذ لا معنى لكون الارث انتقالا لنفس ذات العين والملك يتبعها بقليل تامل فان حقيقة انتقالها انما هو في المكان قال الى ان المراد انتقال ملكها ليس غير ثم بينا المراد بقولهم انتقل ملكها بما ينفي كل ذلك الكلام والمحاورات المكتوبة في بعض الشروح هذا ويلزمه على تقدير ثبوته ان يورث خيار المجلس عندهم والمنقول عنهم عدمه ثم نقول مقتضى النظر ان يتفرع عدم انتقال الخيار الى الورثة على ابي حنيفة رح اما على قولهما فينبغي ان يورث لانهما يثبتان الملك للمشتري بالخيار في العين فينتقل الى الورثة عن مملوكة له فيها خيار ان يفسخ كما في خيار العيب بعينه وفي خيار البائع ينتقل الثمن مملوكا لهم **قوله** ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره يعني لغيره الذي هو ليس عاقدا والا فغيره يصدق على البائع فايهما اجاز من الشارط العاقد او المشروط له الذي هو غيره جاز وايهما نقض البيع انتقض فلفظ من مبتدا والجملة الشرطية وهي ايهما اجاز جاز خبره واذا تضمن المبتدا معنى الشرط جاز دخول الفاء في خبره نحو الذي ياتيني فله درهم واصل هذا اي جواز اشتراطه لغير العاقد ان جوازه استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر وقول الشافعي رح وبقولنا قال مالك واحمد وهو الاصح من مذهب الشافعي رح الا ان في ثبوته للعاقد مع ذلك الغير وجهين في وجه يثبت لهما وفي وجه يثبت للغير وحده وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان في وجه يفسد البيع وفي وجه يصح البيع ويبطل الشرط وجه قول زفر ان الخيار من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري واشتراط ملك المبيع لغير المشتري واشتراط تسليم الثمن او المبيع على غير العاقدين ولان هذا تعليق انفساخ البيع وابرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك وقياسا على خيار الرؤية والعيب وجه الاستحسان ان الحاجة قد تمس الى اشتراطه للغير لان شرعيته لاستخلاص الراي وقد يكون الانسان يعلم من نفسه قصور الراي والتدبير غير واثق بها في ذلك بل لغيره فمن يعلم جزمه وجودة رايه ومعرفته بالقيم واحوال البياعات فيشترط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته فيجب تصحيحه واجنبيته عن العقد انما يمنع ان سلمنا صحة مانعيته لو اجزناه اصلا مستقلا لكنا لم نعتبره الا تبعا لثبوت الاشتراط للعاقد فيثبت اشتراطه لنفسه اقتضاء تصحيحا لتصرفه فيثبت لهما

[illegible] وان باع كل واحد منهما بخمس مائة على انه بالخيار [illegible]
[illegible] ان لا يفصل الثمن ولا يبين الذي فيه الخيار [illegible] والوجه
[illegible] الثمن [illegible] لان الذي فيه الخيار كالخارج من العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم
[illegible] والوجه الثاني ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا
[illegible] المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرطا
[illegible] لكونه حصة المبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل
[illegible] اما الجهالة المبيع او الجهالة الثمن

[illegible] الاقتضاء والثابت به انما هو ما يكون متعلقا للملازمة [illegible] التبعية والاصالة بالنية
[illegible] المقصود بالذات في قول اعتق عبدك عني بالف انما هو العتق فكان التملك [illegible]
[illegible] المقصود [illegible] فكذا هنا المقصود [illegible] بالذات ليس الا الاشتراط الاجنبي لانه [illegible]
[illegible] المقصود [illegible] ثبتت بطريق الاقتضاء واقعا على ما هو الاصل في الاقتضاء
[illegible] هو التحقيق [illegible] فان قيل فلم لم يجز اشتراط الثمن على الاجنبي فتثبت كفالته اقتضاء
كما ثبتت [illegible] فيما نقل الدين على الكفيل فلو ثبتت الكفالة
اقتضاء [illegible] الاجنبي [illegible] المشترط عليه على ما هو ثابت على العاقد [illegible]
صريحة بالثمن الدين [illegible] ما يكون لكل منهما خيار [illegible] اجاز [illegible] انتقض البيع انتقض فلو اجاز احدهما وفسخ الآخر
[illegible] السابق [illegible] في رواية كتاب البيوع نقض او اجاز [illegible]
هو الفسخ [illegible] ان تصرف [illegible] اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه والتصرف الصادر
عن الاصالة اقوى [illegible] الوكيل [illegible] طلاق [illegible] الموكل [illegible] ولو كان
الاصيل [illegible] بان الوكيل [illegible] من كل منهما عين الصادر من الآخر وجه الثاني ان لا ترجيح
[illegible] الوكيل [illegible] الولاية [illegible] التصرف والفسخ اقوى لانه يلحق المجاز [illegible]
[illegible] فالوا الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف [illegible]
من [illegible] فباع الموكل من رجل والوكيل من آخر [illegible] التصرف
للاصالة وابو يوسف [illegible] الشركة [illegible] في النصف
ويفسخ في النصف [illegible] الخيار [illegible] ولكن [illegible] المتفرق الصفقة عليه قوله ومن باع عبدين بالف على انه بالخيار في احدهما
[illegible] البيع فاسد [illegible] في واحد منهما [illegible] لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه
الخيار [illegible] المذكور في الجامع الصغير [illegible] بالكتاب في قوله هو الوجه الاول المذكور في الكتاب [illegible]
البداية لان [illegible] بجهالة المبيع والثمن جميعا وذلك لان الذي فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه في حق الحكم فكان كانه خارج
عن البيع والبيع انما هو في الآخر وهو مجهول بجهالة من فيه الخيار ثم ثمن البيع مجهول لان الثمن لا ينقسم في مثله على المبيع بالاجزاء [illegible]
[illegible] كل واحد من [illegible] على ان بالخيار في هذا الانتقاء المفسد بجهالة احد الامرين فان قيل ان انتفى
مفسد الجهالة فقد تحقق مفسد آخر وهو انه جعل قبول العقد في الذي فيه الخيار وهو غير داخل في الحكم شرطا لانعقاده في الذي ليس فيه الخيار وذلك
مفسد كما لو جمع بين حر وعبد حيث لا يجوز البيع في العبد اجاب عنه المصنف [illegible] الى السؤال بقوله قبول العقد في الذي فيه الخيار ان كان شرطا
لانعقاد العقد في الآخر [illegible] فيه الخيار [illegible] البيع فهو كما لو جمع بين قن ومدبر وباعهما بالف حيث ينعقد البيع في القن

قال ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلثة ايام فهو جائز وكذلك الثلثة فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رح وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والردي فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلث لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما

بحصته وان كان قبول العقد في المدبر شرطا فيه وذلك لدخول المدبر في البيع لمحليته له في الجملة ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه جاز فكان القبول شرطا صحيحا بخلاف ما شبه به من الجمع بين الحر والعبد لان الحر ليس بمال اصلا فلا يدخل في البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد في الجمع بين القن والمدبر في البيع خلاف سيأتي ان شاء الله تعالى في آخر البيع الفاسد وثالثها يفصل ولم يعين الذي فيه الخيار كان يقول البائع بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على اني بالخيار في احدهما ففساده بجهالة المبيع بسبب جهالة من فيه الخيار ورابعها ان يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل الثمن وهو ان يقول بعتك هذين بالف على اني بالخيار في هذا والفساد فيه بجهالة الثمن لان المبيع وان كان معلوما بتعيين من فيه الخيار الا ان ثمنه مجهول لما قلنا ان الثمن لا ينقسم عليهما بالسوية فان قلت ما الفرق بين هذا الذي لم يعين فيه الثمن وبين ما اذا جمع بين عبدين في المبيع بثمن واحد فاذا احدهما مدبر او مكاتب او جاريتين فاذا احدهما ام ولد حيث يصح البيع في القن بحصته من جملة الثمن مع ان ثمن كل منهما مجهول الكمية حال العقد ولا تصح في المسئلة المذكورة في الكتاب بالحصة اجيب بان من مشائخنا من لم يشتغل بالفرق وقال قياس ما ذكر هنا ان لا يجوز العقد في تلك المسائل في القن ويصير ما ذكر هنا رواية في تلك المسائل ومنهم من اشتغل بالفرق وهو الصحيح وهو ان المانع من حكم العقد هنا مقترن بالعقد لفظا ومعنى فاثر الفساد لان شرط الخيار يمنع الانعقاد في المشروط فيه فيكون كالمعدوم فلم ينعقد فيه ابتداء فينعقد في الآخر بالحصة ابتداء بخلاف تلك المسائل فان المانع مقترن فيها معنى لا لفظا فيدخل المدبر ومن معه في البيع لما ذكرنا من محليتهم في الجملة ثم يخرجون بناء على استحقاقهم انفسهم حكما شرعيا لم يتصل به حكم قاض يسقط وعلى ما ذكر هنا يتفرع ما في فتاوى قاضي خان باع عبدين على انه بالخيار فيهما وقبضهما المشتري ثم مات احدهما لا يجوز البيع في الباقي وان تراضيا على اجازته لان الاجازة ح بمنزلة ابتداء العقد في الباقي بالحصة ولو قال البائع في هذه المسئلة نفذت البيع في هذا او في احدهما كان لغوا كانه لم يتكلم وخياره فيهما باق كما كان كما لو باع عبدا واحدا وشرط الخيار لنفسه فنقض البيع في نصفه قوله ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ الخ المراد ان يشتري احد ثوبين او ثلثة غير معين على ان يأخذ ايهما شاء وهذا خيار التعيين يعني اي الثوبين او الثلاثة شاء على انه بالخيار ثلاثة ايام فيما يعينه بعد تعيينه للبيع اما اذا قال بعتك عبدا من هذين بمائة ولم يذكر قوله على انك بالخيار في ايهما شئت لا يجوز اتفاقا كقوله بعتك عبدا من عبيدي وان اشترى احد اربعة لا يجوز والقياس ان يفسد البيع في الكل في اخذ الاثنين والثلاثة كما يفسد في الاربعة وهو اي القياس قول زفر والشافعي وجه الاستحسان ان شرع الخيار في خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لان الانسان قد يحتاج الى راي غيره في اختيار المبيعات وهو ليس بحاضر وليس بحيث يحضر لعلوه او لتعجبها خصوصا اذا كانت اهله لا ينبغي ان يتركها تلج الاسواق وتمارس الرجال لشراء حاجتها فيحتاج ان يرفع اليه العدد من ذلك النوع ليختار الاوفق ولا يمكنه البائع من حمله اليه الا مبيعا فكان في معنى ما ورد به النص فيجوز غير ان الحاجة تندفع بالثلث لتحقق الجيد والردي والوسط فيها فيندفع بحمل واحد من كل نوع من الثلاثة فلا تشرع الرخصة في الزائد لان شرط الرخصة للحاجة وقول المص والجهالة لا تفضي الى المنازعة جواب عن تعليل زفر والشافعي بها واذا ظهر ان جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار ما هو الاوفق لمن يقع الشراء والارفق حاضرا او غائبا ظهر انه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشتري لان البائع لا حاجة له الى اختيار الاوفق والارفق لان المبيع كان معه قبل البيع وهو ادرى بما يلائمه منه فيرد جانب البائع الى القياس ولهذا نص في المجرد على انه

فتح القدير مع الهداية ج ٦

وقيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا للاعتبار وفاقا لا شرطا واذا اريد ذكر خيار الشرط كان بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عنده وبمدة معلومة ايتهما كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة احدهما والآخر امانة ولا يجوز استعارة ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب وكونهما جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان في خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلورثته ان يرد احدهما لان لباقي خيار التعيين للاختلاط وهذا لا يتوقف في حق الوارث واما خيار الشرط لا يورث فقد كان له قبل

لا يجوز في جانب البائع وذكر الكرخي انه يجوز استحسانا لانه بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط وانت عرفت الفرق ثم اختلف المشايخ في انه هل من شرط جواز هذا البيع ان يذكر في البيع الذي فيه خيار التعيين ان يكون فيه خيار شرط كما هو مفاد في الصورة قيل نعم كما هو المذكور في الجامع الصغير تنصيصا على ما ذكرناه ونسبه قاضي خان الى اكثر المشايخ وقال بعض الائمة في جامعه هذا صحيح وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير وغيره والمذكور في الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقا لا قيدا واصح فخر الاسلام قال الصحيح عندنا انه ليس بشرط وهو قول ابن شجاع وجه الاشتراط وهو قول الكرخي ان القياس يابى جواز هذا العقد لجهالة المبيع وقت لزوم العقد وانما جاز استحسانا بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه ولا يخفى ضعف هذا الكلام فانه يقتضي ان شرط الالحاق بالدلالة ان يكون في محل الصورة الملحقة بالصورة الثابتة بالعبادة وكان يلزم ان لا يصح البيع بخيار النقد الا في بيع فيه خيار الشرط لان صحة البيع على انه ان لم ينقد الى ثلاثة ايام فلا بيع مما اثبت بدلالة النص خيار الشرط ولا يعلم اشتراط ذلك غير انهما ان تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه وهو جواز ان يرد كلا من الثوبين الى ثلاثة ايام ولو بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع لان حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار انه عين المبيع الذي وجب لانه يسقط خياره ولو رد احدهما كان بخيار التعيين ويثبت البيع في الآخر بشرط الخيار ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتعين بطل خيار الشرط وانبرم البيع في احدهما وعليه ان يعين في لوبات المشتري قبل الثلاثة ثم بيع احدهما وعلى الوارث التعيين لان خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل الى الوارث ليميز ملكه من ملك غيره على ما ذكرناه ولهذا لا يتوقف في حق الوارث كما ذكره المصنف لانه صار بمنزلة الشريك المختلط للمال غير فلم يطلب شركته لتستعين عليه لا ليفوته فتنه وان لم تتراضيا على خيار الشرط معه لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند ابي حنيفة كما في خيار الشرط لانه اصله وعندهما اي مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة وعلى هذا يجب انه اذا كان فيه خيار الشرط فمضت المدة حتى ابرم في احدهما ولزم التعيين ان يتقيد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت وبه صرح اطلاق الطحاوي قوله خيار الشرط موقت بالثلاث في قوله غير موقت بشيء عندهما وخيار التعيين غير موقت فيه نظر وقد طولب به الفرق على قول ابي يوسف حيث قصر المدة على الثلاثة في خيار النقد اخذا بالقياس ولم يقتصر في خيار التعيين عليها اجيب بان في خيار النقد تعليقا صريحا باداة الشرط فلا يكون الوارد في خيار الشرط وارد افيه بخلاف خيار التعيين فانه ليس فيه صريح التعليق فكان في معناه وهذا يوجب ان اخذه في خيار النقد في الثلاثة باثر لابن عمر فيه ونفي الزائد بالقياس واثر ابن عمر نقله الفقيه ابو الليث في شرح الجامع عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريج عن سليمان مولى ابن البر صاقال بعت من عبد الله بن عمر جارية على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بيننا فاجاز ابن عمر هذا البيع ولم يرد عن احد من الصحابة خلافه الا انه لا يطابق قول المصرفي خيار النقد فيما تقدم فلهذا يوسف بن اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس **قوله** ولو هلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالعيب علله المصر بامتناع الرد بالعيب فيعرف منه ان هذا اذا كان بعد ان قبضها لامتناع رده بسبب العيب الذي حدث فيه عنده وتقدم ان الهلاك لا يرى من عند عيب فهلاكه كله بعده هلك بغير شيء لانه تعين امانة اما لو هلك احدهما قبل القبض او تعيب فلا يبطل البيع والمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بثمنه وان شاء ترك ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع ولو هلكا معا بعد القبض لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع المبيع والامانة فليس احدهما اولى بكونه المبيع من الآخر وكذا اذا هلكا على التعاقب ولم يدر السابق منهما واشار هذا انما يظهر اذا كان ثمنهما متفاوتا اما لو كان متفقين فلا وكذا اذا هلكا على التعاقب

ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار اخرى الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا من طلب الشفعة يدل على اختياره للملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رح خاصة

فاختلفا في الملك ولي فادعى البائع انه اكثر مما ثمنا وقال المشتري الاقل فان القول قول المشتري مع يمينه على ما استقر عليه قول ابي يوسف ومحمد رح وكان ابو يوسف يقول اولا يتحالفان فايهما نكل لزمه دعوى الآخر وان حلفا يجعل كانهما ابيا معا ثم رجع الى ما ذكرنا من قول محمد وابي حنيفة رح قبل فان اقاما ما تضمن هيئة البائع لاثباته الزيادة واو تعيبا ما يمنع احدهما الرد والمتنع عليه رده يتخير المشتري ان شاء تعين على ملكه بجميع الثمن وان شاء رد الآخر ولا يغرم من قيمة حبيب المردود شيئا استحسانا لان العيب حل لا ابتداء البيع ايضا بخلاف الملك ليس محلا لابتداء العقد فليس محلا لتعيينه ولو كان البيع فاسدا فقبضاه فاحدهما مضمون عليه بالقيمة والآخر امانة ولو اما جميعا ضمن نصف قيمة كل منهما بخلاف الصحيح فيضمن كل واحد منهما نصف الثمن فان قتل من اي العبدين شاء للمشتري ان يعين القتيل للبيع ويكون الآخر امانة واحدهما لا على التعيين مبيع كما ان احدهما لا على التعيين امانة وامتناع الزيادة امتناع البيع على ما يجيء في الحوادث وهو البيع فانه سبب لايجاب الضمان ذكره القاضي الغني في مختلفاته واما عدم الضمان على الامين فلانه تعجب بالحال فان قتل فلم يضمن الآخر اذ هلك ثابتا باعتبار انه مقبوض على سوم الشراء لجواز ان يمتنع ان كتلك بل المقبوض كل منهما على حقيقة الشراء لاحدهما وليس بشيء على سوم الشراء لان ما على سوم الشراء لا يتجزأ فيه عقد بل يتعين الثمن فقط وههنا يتجزأ تمام العقد فلزم بالضرورة ان قبض المعينين على ان احدهما غير معين هبة واحدهما غير معين امانة فاذا فرض وجود ما يعين المبيع منهما من الاسباب تعين الآخر للامانة فان قتل لاي شيء انعكس حكم هلاك احدى الزوجين وعتق احد العبدين هنا حيث يتعين للطلاق والعتاق الباقي لا الهالك للبيع وهنا يتعين الهالك للبيع اجاب على القصي بانه لا فرق في الحاصل لان الهالك يهلك على ملك في المسائل كلها غير انه اذا هلك كل من الزوجة والعبد على ملك يتعين الباقي بالضرورة للطلاق والعتاق فاذا هلك العبد هنا على ملك يتعين الباقي للامانة وانت تعلم ان حقيقة السؤال انه لاي شيء جعل الهالك ههنا هو المحل للتصرف دون الباقي وهناك جعل المحل للتصرف الباقي دون الهالك مع ان التصرف في الكل لافي الاحد الدائر بين المعينين فلا بد من الفرق وهو ان العبد هنا لما اشرف على الهلاك خرج من ان يكون محلا للرد بالوجه الذي قلناه من المختلفات فتعين العقد فيه بتعيين الباقي للضرورة وحين اشرفت الزوجة والعبد على الهلاك لم يخرجا عن كونهما محلا للرد بالوجه محلا للطلاق والعتاق وهو التصرف فتعين الباقي لهما ضرورة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على انه بالخيار ثلاثة ايام فهلك احدهما فانه يمتنع عليه رد الآخر لان العقد تناولهما جميعا حتى ملك اتمام العقد فيهما فاذا تعذر عليه رد احدهما لا يتمكن من رد الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وههنا العقد انما تناول احدهما حتى لا يملك اتمام العقد فيهما قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار ثلاثة ايام او اقل او اكثر عندهما فبيعت دار الى جانبها فاخذها بالشفعة فهو رضا بالبيع فيسقط خياره واستفدنا من هذا ان من اشترى دارا بالخيار له ان يشفع بها فيما يباع بجنبها لان له الاجازة والرضا والشفعة بها رضا بها لانها تدل على اختياره للملك فيما يشفع به لانه اي الشان ما ثبتت الشفعة الا لدفع ضرر الجوار وذلك اي ضرر الجوار يحصل باستدامة الملك فمتى ثبت شفع دل على انه مستديم للملك فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رح خاصة لانه القائل بان المشتري بالخيار للمشتري لا يدخل في ملك المشتري فلا يشفع بها وقد قال يشفع بها فيحتاج الى جعله فعلا يفيد الرضا بالبيع فيتبين ان البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شراء ما فيه الشفعة اما على قولهما فلا حاجة لانهما قائلان بان المشتري بالخيار ملكها فيجب له الشفعة بها والوجه انهما ايضا يحتاجان الى زيادة ضميمة لان الملك وان كان ثابتا عندهما فلا رفع فهو مزلزل والشفعة لدفع الضرر المستمر

قال واذا اشترى الرجلان غلاما على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للآخر ان يرده عند ابي حنيفة رح وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضاء برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه

فحين شفع دل على قصده استيفاء الملك فيسقط خياره فلا يفسخ بعد ذلك وفي المبسوط على تقدير انه لم يملكها على قول ابي حنيفة وعدم هذا التقرير قال لانه صار احق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالماذون المستغرق بالدين والمكاتب فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة الدار بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فان المشتري هنا لم يصر احق بالتصرف ولو اعتبر الماذون والمكاتب كالوكيل عن السيد في الحال كان حسنا ورجع الاخذ بالشفعة الى سبب الملك هذا ولو كان خيار رؤية كان له ان يشفع في الدار المبيعة الى جانبها ولا يسقط خيار الرؤية حتى اذا راها كان له ان يردها بعد ما شفع بها وسياتي انه لو اسقط خيار الرؤية صريحا لا يسقط لانه معلق بالرؤية فقبلها هو عدم فحقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية انه اذا راها ثبت له خيار الرؤية وكذا لا يبطل خيار العيب بالاخذ بالشفعة قوله واذا اشترى الرجلان عبدا مثلا على انهما بالخيار ورضي احدهما بالبيع بطل خيار الآخر فليس له ان يرده عند ابي حنيفة رح وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية بان اشترى الرجلان شيئا فاطلع على عيبه فرضي به احدهما دون الآخر لم يكن للآخر رده عنده وعندهما له ذلك واشتريا ولم يريا فعند الرؤية رضي احدهما دون الآخر لهما ان اثبات الخيار والاجابة لكل منهما فلا يسقط حقه باسقاط صاحبه حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد فان البائع كان بحيث ينتفع به حتى شاء كيف شاء فصار بحيث لا يقدر على ذلك الا بطريق المهايات والخيار ما شرع لدفع الضرر عن احدهما بالحاق الضرر بالآخر فان قيل هذا الضرر حصل في ملك البائع قلنا ممنوع لانه بعد خروجه عن ملكه فان مع اختيار المشتري يخرج المبيع عن ملك البائع فان قيل لما شرط الخيار لهما فقد رضي بهذا العيب اجيب بانه انما رضي به في ملكهما فان قيل بل رضي به مطلقا لان الخيار معلوم انه قد يكون عنه فسخ وقد يكون عنه ابرام فشرط رضا الكل من الامرين اجاب عنه المص بقوله وليس من ضرورة الخ يعني لا يلزم من كونه شرطا لهما ان يكون راضيا بفسخ احدهما لجواز كونه رضاه بفسخهما فاذا جاز هذا كان هو الظاهر اذ الظاهر ان التصرف من العاقل اذا احتمل كلا من امرين في احدهما ضرر دون الآخر انه انما اراد المحتمل الذي لا ضرر فيه لان الظاهر بل اللازم عدم قصد العاقل الى ما لا يضره بلا فائدة قوله ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب اي حرفته ذلك فكان بخلاف ذلك فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه ولو مات هذا المشتري انتقل الخيار الى ورثته اجماعا لانه في ضمن ملك العين وهذا الشرط حاصله شرط وصف مرغوب فيه في البيع ولو كان موجودا فيه دخل في العقد ومن كان من مقتضياته فكان شرطه اذا لم يكن فيه ضرر صحيحا فالاصل في اشتراط الاوصاف ان ما كان وصفا لا غرر فيه فهو جائز وما لا فيه غرر لا يجوز الا ان يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجوده وهو ما ليس مرغوبا فيه فعلى هذا يتفرع ما لو باع ناقة او شاة على انها حامل او تحلب كذا فالبيع فاسد عندنا خلافا للشافعي على الاصح عنده لانه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها حتى لو شرط انها حلو جاز كما اذا شرط في الفرس انها هلاج وفي الكلب انه صائد حيث يصح ومنه شرط كونه ذكرا او انثى وشرط الثمن مكفولا اما لو اشترى جارية على انها حامل فاختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز كالناقة والشاة وقيل يجوز ان الحبل في الجواري عيب بخلاف البهائم فكان ذكره ذلك للبراءة عن هذا العيب وقيل ان اشتراها ليتخذها ظئرا فشرط انها حامل يعني ذلك غرضه للبائع فالبيع فاسد لانه شرط زيادة مجهولة في وجودها غرر فكانت كالناقة وان لم يرد ذلك جاز حملا لقصد البراءة من عيب الحبل ومنه لو اشتراه على انه معيب فوجده سليما صح وكان له هذا ومذهب الحسن عن ابي حنيفة رح في شرط الحمل في البقرة والجارية انه يجوز وروى ابن سماعة عن محمد في اشتراط انها حلوبة لا يجوز لان المشروط هنا اصل من وجه وهو اللبن قال محمد في مسئلتنا فان

وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة اذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

قبضه المشتري ووجده كاتبا او خبازا على ادنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد ومعناه ان يوجد منه ادنى ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز اعني الاسم الذي يشعر بالحرفة فلو فعل من ذلك ما ليس كذلك كان له حق الرد بان يكتب شيئا يسيرا ناقصا في الوضع او يخبز قدر ما يدفع عنه الهلاك باكله واذا لم يجده كما شرط وامتنع الرد بسبب من الاسباب يرجع المشتري على البائع بحصته من الثمن بان يقوم العبد كاتبا وغير كاتب فيرجع بالتفاوت وعن ابي حنيفة رح لا يرجع بشيء لان ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البائع فكذا هذا والصحيح ما في ظاهر الرواية وبه قال الشافعي لان البائع عجز عن تسليمه وصف السلامة كما في العيب ولو اختلف المشتري والبائع بعد مدة فقال المشتري لم اجده كاتبا وقال البائع سلمته اليك كاتبا ولكنه نسي عندك والمدة تحتمل انه ينسى في مثلها فالقول للمشتري والاصل في هذا ان القول لمن تمسك بالاصل ان العدم في الصلوة العارضة اصل والوجود في الصفات الاصلية اصل وشهادة النساء بانفرادهن في ما لا يطلع عليه الرجال حجة اذا تايدت بمؤيد وان لم تتايد تعتبر في ثبوت توجه الخصومة لا في الزام الخصم اذا عرف هذا فاذا اختلفا قبل القبض او بعده فقال المشتري ليس بهذا الوصف وقال البائع هو بهذا الوصف للحال يؤمر بالخبز والكتابة فان فعل ما ينطلق عليه الاسم على ما ذكرنا لزم المشتري والا يرد ولا يعتبر قول العبد في ذلك وان قال البائع سلمته بهما ونسي عندك والمدة تحتمل ذلك والمشتري ينكر ذلك فالقول قول المشتري ويرده لان الاصل عدم هذه الصفة وان لم يكن قبضه لم يجبر على قبضه ودفع الثمن حتى تعرف هذه الصفة ولو اشترى جارية على انها بكر ثم اختلفا قبل القبض او بعده فقال البائع بكر للحال وقال المشتري ثيب فان القاضي يريها النساء فان قلنا بكر لزم المشتري بلا يمين البائع لان شهادتهن تايدت هنا بمؤيد لان الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لان الفسخ حق قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتايد بمؤيد لكن يثبت حق الخصومة ليتوجه اليمين على البائع اذ لا بد للمشتري من الدعوى والخصومة حق ضعيف لانها ليست بمقصودة لذاتها فجاز ان تثبت بشهادتهن فيحلف البائع بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبض يحلف بالله لقد بعتها وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشتري وروي عن ابي يوسف ومحمد في رواية انها ترد بشهادتهن قبل القبض بلا يمين من البائع وان لم يكن عند القاضي من النساء من يوثق بهن لا يحلف البائع لان العيب لم يثبت للحال فلا يثبت حق الخصومة فلا يتوجه اليمين على البائع فتلزم الجارية على المشتري الى ان يحضر من النساء من يوثق بهن ولو قال بعتها وسلمتها اليك وهي بكر وزالت في يدك فالقول قوله لان الاصل هو البكارة ولا يريها القاضي النساء لان البائع مقر بزوال البكارة وانما يقول زالت في يدك واعلم انه اذا شرط في المبيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسدا وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار وتارة يستمر صحيحا ولا خيار للمشتري وهو ما اذا وجده خيرا مما شرطه وضابطه ان كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والثياب اجناس اعني الهروي والاسكندري والمروي والكتان والقطن والذكر مع الانثى في بني آدم جنسان وفي سائر الحيوانات جنس واحد والضابط فحش التفاوت في الاغراض وعدمه فاذا اشترى ثوبا على انه اسكندري فوجده بلديا او هندي فوجده مرويا او كتان فوجده قطنا وابيض فوجده مصبوغا او مصبوغ بعصفر فاذا هو بزعفران او دارا على ان بناءها آجر فاذا هو لبن او على ان لا بناء ولا نخل فيها فاذا بها بناء او نخل او ارضا على ان جميع اشجارها مثمرة فوجد واحدة غير مثمرة او على انه عبد فاذا هو جارية او فص على انه ياقوت فاذا هو زجاج فهو فاسد في جميع ذلك ولو اشترى جارية على انها مولدة الكوفة فاذا هي مولدة بغداد او غلاما على انه تاجر او كاتب فاذا هو لا يحسنه او على انه فحل فاذا هو خصي او عكسه او انها بغلة فاذا هو بغل او ناقة فكان جملا او لحم مغز فكان لحم

باب خيار الرؤية

ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده وقال الشافعي رح لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه

ضان او على عكسه ونحو ذلك فله الخيار فلو اشترى على انه بغل فوجده بغلة او حمارا او بعيرا فاذا هو اتان او ناقة او جارية على انها رتقاء او حبلى او ثيب فاذا هي بخلافه جاز ولا خيار له لانه صفة افضل من المشروط وينبغي في مسئلة البعير والناقة ان يكون في العرب واهل البوادي الذين يطلبون الدر والنسل اما اهل المدن والمكارية فالبعير افضل ولو باع دارا بما فيها من الجذوع والخشب والابواب والنخيل فاذا ليس فيها شئ من ذلك لا خيار للمشتري *

باب خيار الرؤية قدمه على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم واللزوم بعد التمام والاضافة من قبيل اضافة الشئ الى شرطه لان الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية **قوله** ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده سواء رآه على الصفة التي وصفت له او على خلافها مثل ان يشتري جرابا فيه اثواب هروية او زيتا في زق او حنطة في غرارة من غير ان يرى شيئا ومنه ان يقول بعتك درة في كمي صفتها كذا او ثوبا في كمي صفته كذا او هذه الجارية وهي حاضرة منتقبة له الخيار اذا رأى شيئا من ذلك وفي المبسوط الاشارة اليه او الى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى لكن اطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع اولا وسواء اشار الى مكانه او اليه وهو حاضر مستور او لا مثل ان يقول بعت منك ما في كمي بل عامة المشائخ قالوا اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده وطائفة قالوا لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه والظاهر ان المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الائمة وغيره كصاحب الاسرار والذخيرة لبعد القول بجواز ما لم يعلم جنسه اصلا كان يقول بعتك شيئا بعشرة وقول المص وقال الشافعي لا يجوز العقد اصلا هو فيما لم يسم جنسه قولا واحدا انه لا يجوز واما فيما سمى جنسه وصفته على ما نقل في شرح الوجيز والحلية انه يجوز على قوله القديم وعلى قوله الجديد لا يجوز وعن مالك واحمد مثل قولنا واختاره كثير من اصحاب الشافعية منهم القفال وهو قول عثمان رض بن عفان وطلحة رض وذكر المص رح في وجه قوله ان المبيع مجهول مقتصرا عليه يعني وكلما كان كذلك لا يجوز بيعه لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ونهيه عن بيع ما ليس عند الانسان وما ذلك الا للجهالة قلنا لا النهي عن بيع ما ليس عندك فالمراد منه ما ليس في الملك اتفاقا لا ما ليس في حضرتك ونحن شرطنا في هذا البيع كون المبيع مملوكا للبائع فقضينا عهدته واما بيع الغرر فلفظه يفيد انه غيره وذلك ليس الا بان يظهر له ما ليس في الواقع فيتبين عليه فيكون مغرورا بذلك فيظهر له خلافه فيتضرر به وكيف كان فلا شك بعد القطع ونحن نقطع بان النهي عن ذلك لما يلزم من الضرر فيه ونقطع بان لا ضرر فيما اخبرنا من ذلك انما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار اذا رآه فاما اذا اوجبنا له الخيار اذا رآه فلا ضرر فيه اصلا بل فيه محض مصلحة وهو ادراك حاجة كل من البائع والمشتري فانه لو كان له به حاجة وهو غائب واوقفت جواز البيع على حضوره ورؤيته وربما يفوت بان يذهب فيساومه فيه آخر رآه فيشتريه منه فكان في الشرع هذا البيع على الوجه الذي ذكرنا من اثبات الخيار عند رؤيته محض مصلحة لكل من العاقدين من غير لحوق شئ من الضرر فان ما يتناوله النهي عن بيع الغرر والاحكام لم تشرع الا لمصالح العباد قطعا فكان مشروعا قطعا فوجب ان يحمل الحديث على البيع البات الذي لا خيار فيه لانه هو الذي يوجب ضرر المشتري والنهي قطعا ليس الا لذلك فظهر ان كلا من الحديثين لم ينف ما اخبرناه فكان نفيه قولا بلا دليل وكفانا في اثباته المعنى وهو انه مال مقدور التسليم لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان جائزا ويبقى الحديث الذي ذكره المص زيادة في الخير وهو ما رواه ابن ابي شيبة والبيهقي مرسلا حدثنا اسمعيل بن عياش عن ابي بكر بن عبد الله بن ابي مريم عن مكحول رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم

واذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ بحكم انه عقد غير

لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضاء بالشئ قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت

من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء تركه والمرسل حجة عند اكثر اهل العلم وتضعيف ابن ابي مريم بجهالة عدالته لا ينفي علم غير المضعفين بها وقد روى هذا الحديث ايضا الحسن البصري وسلمة بن المحبق وابن سيرين وهو رأي ابن سيرين ايضا وعمل مالك واحمد وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن ابي مريم فدل قبول العلماء على ثبوته والحق ان عمل من ضعف ابن ابي مريم على وفق حديثه يبتني على ان العمل على وفق الحديث بل هو تصحيح له وهي مسئلة مختلفة بين الاصوليين والمختار لا ما لم يعلم انه عمله من الحديث وقد روى الحديث ايضا مرفوعا رواه ابو حنيفة رح عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن ابي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه ورواه الدارقطني من طريق ابي حنيفة رح الا ان في طريقه الى ابي حنيفة عمر بن ابراهيم الكردي نسب الى وضع الحديث هذا ولا بد من كون المراد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود وفهو من عموم المجاز عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من افراد المعنى المجازي وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفى بالرؤية فيها مثل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشم كمسك اشتراه وهو يراه فانه انما يثبت الخيار له عند شمه فله الفسخ عند شمه بعد رؤيته وكذا لو رأى شيئا ثم اشتراه فوجده متغيرا لان تلك الرؤية غير معرفة للمقصود الان وكذا شراء الاعمى يثبت له الخيار عند الوصف لقيام فيه الوصف مقام الرؤية وقول المص فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه يعني فيما لو اشترى ثوبا مشارا اليه لا يعلم عدد ذرعانه يريد تشبيهه بذلك في مجرد ثبوت الجواز لا يفيد ثبوت الخيار لانه لا خيار في المشبه به اعني الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس في هذا البيع فيبقى الفائت مجرد علم الوصف وقوله وكذا قال رضيت الخ اي وكذا له الخيار اذا رآه يعني اذا قال رضيت كائنا ما كان قبل الرؤية ثم رآه لان يرده لان ثبوت الخيار معلق في النص بالرؤية حيث قال فهو بالخيار اذا رآه والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت وقوله وحق الفسخ الخ جواب عن سؤال مقدر هو طلب الفرق بين الفسخ والاجازة قبل الرؤية فانه اذا اجاز قبلها لا يلزم واذا فسخ قبلها لزم مع استواء نسبة التصرفين في تعلقهما بالشرط في الحديث ولا وجود للمعلق قبل الشرط وحاصل الجواب ان المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده اذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط فان الشئ قد يثبت باسباب كثيرة فالحديث لما علق الخيار بالرؤية ثبت به تعليق كل من الاجازة والفسخ بها لان معنى الخيار ان له ان يجيز وان يفسخ ثم لم يثبت للاجازة سبب آخر فبقي على العدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية بخلاف خيار العيب فان سببه وهو العيب قائم قبل الرؤية فاذا قال رضيت قبل الرؤية سقط خياره اذا اطلع عليه لرضاه بالعيب قبل ذلك واما الفسخ فيثبت له سبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشتري وما كان غير لازم عليه له ان يفسخه بالضرورة كالعارية والوديعة والا فهو لازم وقد فرض غير لازم هذا خلف وقد سلك المص رح مسلك الطحاوي في عدم نقل خلاف في جواز الرد قبل الرؤية ونقل في التحفة فيه اختلاف المشائخ منهم من منع وانه لا رواية فيه واما قول المص ولان الرضا بالشئ قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرد فلو لو تم لزم وان لا يصح البيع بشرط البراءة من العيوب لان حاصله الرضا بالبيع قبل رؤية العيب ثم لمن يمنع الفسخ قبل الرؤية ان يمنع وجود سبب آخر غير الرؤية وقولكم عدم اللزوم سبب آخر قبل الرؤية قلنا يمنع تحقق عدم اللزوم بل نقول قبل الرؤية البيع بات فليس له فسخه فان الشارع علق اثبات قدرة الفسخ والاجازة التي هي الخيار بالرؤية فقبله يثبت حكم السبب وهو اللزوم الى غاية الرؤية ثم يرفعه عندها فيثبت قدرة الفسخ والاجازة معا واعلم ان خيار الرؤية يثبت في اربعة مواضع ليس غير شراء الاعيان والاجارة والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة وعرف من هذا انه لا يكون في الديون فلا يكون في المسلم فيه

قال ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة رح يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضاء زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروي ان عثمان بن عفان رض باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رض فقيل لطلحة رض انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان رض انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم رض فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رض ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب وتصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضاء ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضاء

ولا في الاثمان الخالصة بخلاف ما لو كان المبيع اناء من احد النقدين فان فيه الخيار ولو تبايعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما ومحله كل ما كان في عقد ينفسخ بالفسخ لا ما لا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع ان كانت اعيانا لان لا يفيد فيها لان الرد لما لم يوجب الانفساخ بقي العقد قائما وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة فلو كان له ان يرده لكان له ان يرده ابدا وليس للبائع ان يطالب المشتري بالثمن ما لم يسقط خيار الرؤية منه ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضاء بل بمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعده لكن يشترط علم البائع عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف كما هو خلافهم في الفسخ في خيار الشرط **قوله** ومن باع ما لم يره بان ورث عينا من الاعيان في بلدة اخرى فباعها قبل ان يراها فلا خيار له وكان ابو حنيفة رح يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه يثبت للبائع حتى جاز ان يرد الثمن بالزيافة وخيار الشرط فانه يجوز لهما ولو اقتصر على خيار العيب كان اقرب لان ثبوته في العيب معقول لاحتباس ما هو بعض المبيع عند البائع فكان سبيل من ترك حقه او اخذه باخذ الثمن ورد المبيع بخلاف خيار الشرط وفي عدم الرؤية لتحصيل شرط البيع وهو العلم التام بالمبيع غير انه جوز متاخرا للمصلحة التي ذكرنا باتم تقرير المص حيث قال وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا يعني في حق البائع وثبوتا في حق المشتري ولا يتحقق ذلك اي تمام الرضا الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية بحال انه قياس يجامع عدم الرضا بالبيع على الثبات وهو تعليل بالعدم وحاصله ان ثبوت الخيار لعدم تمام الرضا باحكام العقد فكذا هنا ويرد عليه ان حكم الاصل اعني خيار الشرط متوقف شرعا على تراضيهما فقياسه ان يكون هكذا يثبت الخيار بتراضيهما لا اذا سكتا فيلزم ح فكذا هنا وليس الواقع هذا لظهور اختلاف حكم الاصل والفرع ولو لم يختلفا فالاصل معدول عن القياس فلا يقاس عليه فكذا حق له ان يرجع وذكر للمرجوع اليه وجهين احدهما انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه ولا يخفى انه نفي للحكم بمفهوم الشرط اذ حاصله انتفاء الحكم لانتفاء الشرط والثاني ما اخرجه الطحاوي ثم البيهقي عن علقمة بن ابي وقاص ان طلحة رض اشترى من عثمان بن عفان رض مالا فقيل لعثمان انك قد غبنت فقال عثمان لي الخيار لاني بعت ما لم اره وقال طلحة رض لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم رض فقضى ان الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان والظاهر ان مثل هذا يكون بمحضر من الصحابة رض لان قضية يجري فيها التحالف بين رجلين كبيرين ثم انهما حكما غيرهما فيها فالغالب على الظن شهرتها وانتشار خبرها فحين حكم جبير بذلك ولم يرو عن احد خلافه كان اجماعا سكوتيا ظاهرا **قوله** ثم خيار الرؤية غير موقت بوقت خلافا لما ذهب اليه بعض المشايخ من انه موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ فاذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم البيع فيه والمختار انه لا يتوقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله ويبطله ما يبطل خيار الشرط من تعيب يعني بعد الرؤية او تصرف يبطل خيار الرؤية بقيد تفصيل يذكره في التصرف لا مطلقا فلذا وصله بقوله ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه للتصرف كالاعتاق للعبد الذي اشتراه ولم يره وتدبيره او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري لخلوص الحق فيه للمشتري وقوله كالبيع المطلق انما يريد به المطلق عن شرط الخيار للبائع لان به لا يخرج المبيع عن ملكه وكالهبة مع التسليم والرهن والاجارة تبطل خيار الرؤية سواء وجدت بعد الرؤية او قبلها لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ واذا تعذر الفسخ شرعا بطل الخيار ووجب تقدير قيد في الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم له الخيار اذا رآه مقيدا بما اذا لم يوجب موجب شرعي عدمه اذا رآه وحاصله تقدير مخصص بالعقل وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار للبائع والمساومة بالمبيع وهبته بلا تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لو ابطل الخيار كان باعتبار دلالته على الرضا وصريح الرضا قبل الرؤية لا يبطل الخيار فبدلالته اولى

قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويا او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشياء فان كان لا يتفاوت آحادها كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت احادها كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي ره وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف ره وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود

لوجود دلالة الرضا ولما كان قوله وما يبطل خيار الشرط يبطله مقيدا بالتفصيل المذكور سقط الاعتراض بالاخذ بالشفعة وبالعرض على البيع فانهما اذا وجدا من المشتري الذي له خيار الشرط يبطل خياره ولا يبطل بهما خيار الرؤية بل له ان يأخذ بالشفعة ثم يرد الدار عند الرؤية كما ذكرنا من ان دلالة الرضا لا تعمل في اسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية ثم في التصرف الذي تعلق فيه حق الغير لو عاد الى ملكه يرد بقضاء او بفك الرهن او فسخ الاجارة قبل الرؤية ثم رآه لا خيار له لانه سقط فلا يعود الا بسبب جديد الا في رواية عن ابي يوسف وثبوت الخيار له بظاهر النص تقدم وجوب تخصيصه وكانت هذه الرؤية الكائنة بعد العود من محال التخصيص ومما يسقط خيار الرؤية ان يقبضه اذا رآه لدلالة القبض بعد الرؤية على الرضا به قوله ومن نظر الى وجه الجارية الخ والاصل في هذا ان رؤية جميع ا... المبيع غير مشروط في انتفاع وثبوت خيار الرؤية لتعذره عادة وشرعا والا يجاز ان ينظر الى عورة العبد والامة التي يريد ان يشتريهما ولزم في صحة بيع الصبرة النظر الى كل حبة حبة منها ولا قائل بذلك فيكتفى برؤية ما هو المقصود فاذا رآه جعل غير المرئي تبعا للمرئي فاذا سقط الخيار في الاصل سقط في التبع اذا عرف هذا ينبني عليه ان من نظر الى وجه الجارية او العبد ثم اشتراه فرأى الباقي فلا خيار له فليس له رده بخيار الرؤية بخلاف ما لو رأى بطنهما او ظهرهما وسائر اعضائهما الا الوجه فان له الخيار اذا رأى وجههما لان سائر الاعضاء في العبيد والاماء تبع للوجه ولذا تتفاوت القيمة اذا فرض تفاوت الوجه مع تساوي سائر الاعضاء وفي الدواب يعتبر رؤية الوجه والكفل لانهما المقصودان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما منها وقيل لا يسقط ما لم ير قوائمها وهو المروي عن ابي يوسف ونقل صاحب الاجناس عن المجرد عن ابي حنيفة رح في الدابة اذا رأى عنقها او فخذها او ساقها او جنبها او صدرها ليس له خيار الرؤية وان رأى حافرها او ناصيتها فله الخيار وعن محمد يكفي الوجه اعتبارا بالعبد وفي رواية المعلى عن ابي حنيفة يعتبر في الدواب عرف التجار وفي شاة اللحم لا بد من الجس باليد فلا يكتفى بالرؤية ما لم يجسها لان المقصود اللحم وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود فلا يسقط الخيار بدون ذلك كذا اذا رأى وجه الثوب مطويا لان البادي يعرف ما في الطي فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسر ثوبه ونقصان بهجته وبذلك ينقص ثمنه عليه اللهم الا ان يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين او يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم ثم قيل هذا في عرفهم اما في عرفنا مما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره لانه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر وفي المبسوط الجواب على ما قال زفر وفي البساط لا بد من رؤية جميعه ولو نظر الى ظهور المكاعب لا يبطل خياره ولو نظر الى وجهها دون الصرم يبطل قيل وينبغي ان ينظر الى الصرم في زماننا لتفاوته وكونه مقصودا وفي الجبة لا يبطل خياره برؤية باطنها ويبطل برؤية ظاهرها الا اذا كانت البطانة مقصودة بان كان بها فرو واما الوسادة المحشوة اذا رأى ظاهرها فان كانت محشوة مما يحشى به مثلها يبطل خياره وان كان مما لا يحشى به مثلها فله الخيار هذا اذا كان المبيع واحدا فان دخل في البيع اشياء فان كانت الآحاد لا تتفاوت كالمكيل والموزون فعلامته اي علامة ما لا يتفاوت آحاده ان يعرض بالنموذج فيكتفى برؤية واحد منها في سقوط الخيار الا اذا كان الباقي اردى مما رأى فح يكون له الخيار يعني خيار العيب لا خيار الرؤية ذكره في الينابيع وفي الكافي اذا كان اردى له الخيار لانه انما رضي بالصفة التي رآها لا بغيرها وهذا التعليل يفيد انه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المص والتحقيق انه في بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقي يوصله الى حد العيب وخيار الرؤية ان كان الاختلاف لا يوصله الى اسم المعيب بل المدون

قال وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذلك اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج وعند زفر رحمه الله لابد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلابد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل

وقد يجتمعان فيما اذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيبا ثم اراه المبيع في الحال وان كانت احاده متفاوتة كالثياب والدواب والعبيد فلابد من رؤية كل واحد لكن على الوجه الذي ذكرنا اعني رؤية ما هو المقصود من كل واحد والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكر الكرخي قال المص وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة وبه صرح في المحيط وفي المجرد وهو الاصح ثم السقوط برؤية البعض في المكيل اذا كان في وعاء واحد اما اذا كان في وعائين او اكثر اختلفوا فمشائخ العراق على ان رؤية احدهما كرؤية الكل ومشائخ بلخ لا يكفي بل لابد من رؤية كل وعاء والصحيح انه يبطل برؤية البعض لانه يعرف حال الباقي هذا اذا ظهر له ان ما في الوعاء الاخر مثله او اجود اما اذا كان اردى فهو على خياره وان كان مما يتفاوت احاده كالبطاطيخ والرمان فلا يكفي رؤية بعضها في سقوط خياره في الباقي ولو قال رضيت واسقطت خياري وفي شراء الرحا بآلاته لابد من رؤية الكل وكذا السرج بآلاته ولبده لابد من رؤية الكل قوله وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذا اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج لان النظر الى جميع اجزائها متعذر اذ لا يمكن النظر الى ما تحت الستر او الى ما بين الحيطان من الجذوع فيكتفى برؤية المقصود منها وعند زفر لابد من دخول البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفق عادتهم في الابنية الكوفة فان دورهم لم تكن متفاوتة اما في ديارنا فلابد من الدخول داخل الدار كما قال زفر لتفاوت الدور بكثرة المرافق وقلتها فلا يصير معلوما بالنظر الى صحنها وهو الصحيح وهذا لا يفيد الا ان يقال وكل من ذلك مقصود وعلى هذا ما ذكر من انه لا يشترط رؤية العلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة على خلاف بلادنا بديار مصر وشرط بعضهم رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق واما ما ذكر في الاشجار من الاكتفاء برؤية رؤس الاشجار او رؤية خارجة فقد انكر بعض المشائخ هذه الرؤية وقال المقصود من البستان باطنه فلا يكتفى برؤية ظاهره وفي جامع قاضي خان لا يكتفى برؤية الخارج ورؤس الاشجار انتهى وفي الكرم لابد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شاء وفي الرمان لابد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى دهنا في زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لا تكفي حتى يصبه في كفه عند ابي حنيفة رح لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل وعن محمد يكتفى لان الزجاج لا يخفى صورة الدهن وروى هشام ان قول محمد موافق لقول ابي حنيفة وفي التحفة لو نظر في المرآة فرأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه ما رأى عينه بل مثاله ولو اشترى سمكا في الماء يمكن اخذه من غير اصطياد فرآه في الماء قال بعضهم يسقط خياره لانه رأى عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى اكبر مما هو فهذه الرؤية لا تعرف المبيع واما اذا كان المبيع مغيبا في الارض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحوها لم يذكر في ظاهر الرؤية وروى بشر عن ابي يوسف ان كان شيئا يكال او يوزن بعد القلع كالثوم والبصل وبصل الزعفران والشلجم ان باعه بعد ما نبت نباتا يفهم به وجوده تحت الارض جاز بيعه فان قلع البصل هل يثبت له الخيار حتى اذا رضي به يلزم البيع في الكل وان قلع البائع او المشتري باذن البائع يثبت له الخيار فلو رضي به لزم البيع في الكل لما عرف ان رؤية بعض المكيل والموزون كرؤية الكل وان قلعه المشتري بغير اذنه ان كان المقلوع شيئا له ثمن بطل خياره في الكل فلم يكن له ان يرد رضي بالمقلوع او لم يرض وجد في ناحية من الارض اقل منه او لم يوجد لان بالقلع صار المقلوع معيبا لان كان حيا ينمو وبعده صار مواتا والتعيب في يد المشتري يمنع الرد بخيار الرؤية وان كان المقلوع شيئا لا ثمن له لا يبطل خياره لان وجوده كعدمه وان كان شيئا يباع عددا ان قلعه البائع او المشتري باذنه له الخيار في الباقي حتى لو رضي به لا يلزم البيع في الكل لانه عددي متفاوت فرؤية بعضه لا يكون ككله وان قلعه المشتري بغير اذن البائع بطل خياره وهو المختار

قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرد الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هما سواء وله ان يرده قال رح معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط لا اسقاط قصد وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو راه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل ومتى قبض الموكل وهو راه سقط الخيار فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقض منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف وكوسلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا الوكيل وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة وهذا لان الايملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع

وقد جعل فيه خلاف بين ابي حنيفة وبينهما فاذكر ما قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رؤيته بعضه كرؤيته كله وجعلاه كالكيل والموزون والعدد في انقطاع خيار الرؤية لان بعضها يستدل في العادة على الكل وان اختلف البائع والمشتري في القطع فقال المشتري انما قطعته لا يصلح لي ولا اقدر على الرد وقال البائع لو قطعته قطعا يتطوع انسان بالقطع فان تشاحا فسخ القاضي العقد بينهما قوله ونظر الوكيل كنظر المشتري يعني الوكيل بالقبض كما فسره المصنف وهو من يقول له الموكل وكلتك بقبضه او كن وكيلا عني بقبضه كنظر المشتري حتى لا يرده المشتري بعد قبض الوكيل رؤيته الا من عيب لا يكون نظر الرسول كنظر المرسل والرسول هو من يقول له المشتري قل لفلان يرفع اليك المبيع او انت رسولي اليه في قبضه او ارسلتك لقبضه او امرتك بقبضه وعلى هذا اذا قال اذهب واقبضه يكون رسولا لا وكيلا لانه عما صدقات امرتك وقد قيل لا فرق بين الرسول والوكيل في فصل الامر بالقبض فعلى هذا القول فيما اذا قال امرتك بمادة القبض رأى وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هما يعني الرسول والوكيل بالقبض سواء فيه والموكل الذي له الخيار ما قبضه وكيله كما يرده ما قبضه رسوله واما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل اي قبل لوكالته بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به واذا لم يملكه لا يثبت حكم فعله وصار خيار العيب والشرط بان اشترى معيبا لم يعلم عيبه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لا يسقط خيار العيب للموكل وكذا اذا وكل في قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط وصار ايضا كالاسقاط قصدا بان قبضه الوكيل بالقبض مستورا ثم راه فاسقط الخيار قصد الا يسقط ولان القبض على نوعين قبض تام وهو ان يقبضه وهو يراه وانما كان هذا قبضا تاما لان خيار الرؤية يبطل هذا القبض وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض فلما بطل بهذا القبض من المشتري كان هذا القبض تاما وناقص وهو ان يقبضه مستورا واذا كان كذلك كان القبض مع الرؤية متضمنا لسقوط خيار الرؤية لاستلزامه تمام الصفقة ولا تتم دونه ثم الموكل ملك القبض بنوعيه فكذا وكيله لاطلاق التوكيل بخلاف ما اذا اسقط الخيار قصدا بان قبضه مستورا ثم رآه فاسقط الخيار لان قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فلا يملك الوكيل بعد ذلك اسقاطه لانتقاء ولايته ونقض بمسئلتين لم يتم الوكيل بقام الموكل فيهما احدهما ان الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار والموكل لو رأى ولم يقبض يسقط خياره والثانية لو قبضه الموكل مستورا ثم راه بعد القبض فابطل الخيار بطل الوكيل لو فعل ذلك لم يبطل وجيب بان سقوط الخيار بقبض الوكيل انما ثبت ضمنا لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة وليس هذا ثابتا في مجرد رؤيته قبل القبض ونقول بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره اذا راه انما يتأتى على القول بان بمجرد مضي ما يمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحيح وسيجيء الجواب الاول يقع الفرق في المسئلة الثانية لانه لا ثبت ضمنا للقبض الصحيح بل ثبت بعد انتهاء الوكالة بالقبض الناقص وقوله وبخلاف خيار العيب لانه ثبت مع تمام الصفقة لانه لم يشرع لتتميم القبض بل لتسليم الجزء الفائت فلم يضمن القبض مع بقاء الخيار ولذا كان له ان يرد العيب وحده فيما اذا اشترى شيئين وقوله في الكتاب الا من عيب قال فخر الاسلام يحتمل الا من عيب لم يعلمه الوكيل فان كان علمه يجب ان يبطل خيار العيب كذا ذكره الفقيه ابو جعفر ولم نسلم مسئلة خيار العيب والصواب عندنا ان لا يملك الوكيل بالقبض ابطال خيار العيب فيكون سواء علم او لم يعلم وقوله وخيار الشرط على هذا الخلاف الخ يعني وخيار الشرط لا نص فيه قلنا ان نسخه فيكون على الخلاف ذكره القدوري وهو رواية النوادر لان القبض التام لا يحصل بخيار الشرط لان وجوده يمنع تمام القبض مع ذلك كخيار الرؤية بعيبه ولئن سلم انه لا يبطل بالقبض التام وهو الاصح فان الموكل لا يملك التسلم منه اذا رضي ان التام لا يكون معه خيار الفسخ فلا يملكه الوكيل بخلاف الرسول بالبيع والشراء فانه لا يملك شيئا من القبض لا التام ولا الناقص لانه لم يوسمه بالقبض بل

قال وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى مالم يره وقد قررناه من قبل ثم يسقط خياره بحسته المبيع اذا كان يعرف بالمس ويشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه وقال قد رضيت سقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الاخرس في الصلوة واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه وهذا شبيه بقول ابي حنيفة رحمه الله لان رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفا قال ومن رأى احد الثوبين فاشترى فمات قبل ان يراه الآخر جاز له ان يردهما لان رؤية احدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب ثبقى الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل

بادار الرسالة وكذا الايلاك التسليم ايضا وصور الارسال في البيع تقدمت اوائل كتاب البيوع وصورتها بالشراء ان يقول كل افلان اني اشتريت منك كذا وكذا بالمعين كذا قوله وبيع الاعمى وشراؤه جائز باتفاق الائمة الثلاثة وقال الشافعي لا يجوز لانه في السلم والشراء يدخل في لغة الحجاز وتقصر لا يخلو اما ان اشترى لانه اذا اشترى مالم يره فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق من اشترى مالم يره فله الخيار اذا راه وقد قررناه من قبل في اول الباب ولان الناس تعارفوا معاملة العميان بيعا وشراء والتعارف بالكبير اصل في الشرع بمنزلة اجماع المسلمين ثم يسقط خياره بحسته المبيع اذا كان يعرف بالجس كالشاة وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق وقوله كما في البصير ظاهر في ان البصير اذا لم ير المبيع ولكن شمه فقط وهو مما يعرف بالشم كالمسك ونحوه صرضي به ثم راى فلا خيار له ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له في جامع القاساني هو ان يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه ثم يذكر له صفته ولا يخفى ان ايقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوقف وسقوط الخيار به فلذا لم يذكره في المبسوط واكتفى بذكر الوصف لان الوصف قد اقيم مقام الرؤية كما في السلم ومن ذكر الوقف وقال وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء في انه لا يستفيد به علما وعن ابي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرأى العقار وقال رضيت سقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين مقام القراءة للاخرس واجراء الموسى على رأس من لا شعر له في الاحلال من الاحرام ولا يخفى ضعفه لان العجز لا يتحقق الا بتحقق العجز عن الوصف فان القائم مقام الشيء بمنزلته وقد ثبت شرعا اعتباره بمنزلته في السلم ووجوب اجراء الموسى تحليف فيه وكذا التحريك غير لازم للامي وعن ابي يوسف ايضا انه اذا اعتبر الوصف في غير العقار ايضا ولم يعتبر الشم والذوق والجس لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما ذكرنا وقال مشايخ العراق هو الصحيح لان الطعان والاشجار قد تتفاوت فلا يكتفى بالوصف فاذا رضيت سقط خياره لان الاعمى اذا كان ذكيا يقف على مقصوده بذلك وهو رواية بشر وابن سماعة في الدار وفي رواية هشام عن محمد انه يعتبر الوصف مع كل من الذوق واللمس والجس لان تعريف الكامل في حقه ثبت بهذا الا فيما لا يمكن جسه كالشعر على رأس الشجر فيعتبر فيه الوصف لا غير في اشهر الروايات وهو المروي عن ابي يوسف ومحمد في شرب الجامع الصغير لابي الليث وقال ابو الحسن يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه فيسقط بذلك خياره قال المصنف وهذا شبيه بقول ابي حنيفة حيث جعل رؤية الوكيل رؤية الموكل ولو وصف الاعمى ثم ابصر لا خيار له لان خياره سقط فلا يعود الا بسبب جديد ولو اشترى البصير ثم عمي انتقل الخيار الى الوصف قوله ومن راى احد الثوبين فاشترى احدهما ثم راى الآخر جاز له ان يردهما لان رؤية احدهما ليست برؤية للآخر لتفاوت في الثياب فيبقى الخيار فيما لم يره فله رده بحكم الخيار ثم لا يتمكن من رد واحد دون الآخر لانه يكون تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده كخيار الشرط بدليل ان له ان يفسخه بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفات المبيع وكذا لا يحتاج الى القضاء او الرضا فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا استحق احدهما لا يرد الباقي وهنا في الخيار الشرط يرد الآخر بعد القبض اجيب بان واحدا منهما في خيار الرؤية والشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لما علم ان الصفقة لا تتم معهما وفي الاستحقاق لو رد كان بعد التمام لان الصفقة تمت فيما كان ذلك البائع ظاهر اعلم ثبت في الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له ان يرد الباقي ايضا كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق ولو كان قبض احدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق احدهما له الخيار تفرقهما قبل التمام ولو كان المبيع كيلا او موزونا فاستحق بعضه بعد القبض لا خيار له لان الشركة

ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط ومن رأى شيئا فاشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له لان العلم بالوصف حاصل له بالرؤية السابقة وبقاؤه يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلم عادة لعدم الرضاء به وان وجد متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقم معلقة بالوصف فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث للمشتري فيكون القول قوله قال ومن اشترى عبدا لم يرطي ولم يره فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رجما بقي تفرق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم قبل القبض هذا والمعنى في منع تفريق الصفقة قبل التمام وجوازه بعده لدفع الضرر الاكثر وذلك ان في تفريقها قبله ثبوت ضررين دايما غيرانه قبل التمام يكون ضرر البائع اكثر فانه ضرر مال فانه قد لا يروج احدهما الا بالاخر لجودة احدهما ورداءة الاخر وهو فوق ضرر المشتري فان ضرره ليس الا بطلان مجرد قوله اذا الرضاه ردها وبعد القبض ضرر المشتري اكثر لانه متى رد الكل يبطل حقه عن اليد وضرر البائع معدوم او قد يجيء المردود بثمن جيد فعلمنا بدفع اعلى الضررين فيهما قوله ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث على ما ذكرناه من الوجه في خيار الشرط وتقدم ان خياري الشرط والرؤية لا يورثان وخيار العيب والتعيين يورثان بالاتفاق قوله ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان وجده على الصفة التي رآه عليها فلا خيار له لان العلم بالوصف حاصل له بالرؤية السابقة فلم يتناوله قوله عليه الصلوة والسلام من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه لانه باطلاقه يتناول الرؤية عند العقد وقبله الا اذا كان المشتري لا يعلم رؤيته اي لا يعلم ان البيع كان قد رآه فيما مضى كان رأى جارية ثم اشترى جارية متنقبة لا يعلم انها التي كان رآها ثم ظهرت ايا ما فان له الخيار لعدم ما يوجب الحكم عليه بالرضا او رأى ثوبا ملفوفا في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم انه ذلك وان وجده متغيرا عن الحالة التي كان راه عليها فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلقة بالوصف فكانت رؤيته وعدمها سواء فان اختلفا في التغير فقال البائع لم يتغير وقال المشتري تغير فالقول للبائع لان دعوى التغير بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤيته ما يدل على المقصود من البيع دعوى امر حادث بعده والاصل عدمه فاشبه الاصحية بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية فقال البائع رأيته وقال المشتري لم أره فالقول للمشتري مع يمينه لان البائع يدعي امرا عارضا هو العلم بصفته والمشتري ينكره والقول له وكذا لو اراد ان يرده فقال البائع ليس هذا الذي بعتك وقال المشتري بل هو هو فالقول للمشتري سواء كان ذلك في بيع بات او فيه خيار الشرط او الرؤية ولقائل ان يقول الغالب في البياعات كون المشتري راى المبيع فدعوى البائع رؤيته المشتري تمسك بالظاهر لان الغالب هو الظاهر والمذهب ان القول لمن يشهد له الظاهر لا لمن يتمسك بالاصل الا ان يعارضه ظاهر فالوجه ان يكون القول للبائع في الرؤية بخلاف ما اذا كان لخيار العيب فان القول للبائع في انه غير المبيع مع يمينه وهذا لان المشتري في الخيارين يفسخ العقد لفسخه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف واذا افتسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافا في المقبوض فالقول فيه قول القابض ضمينا كان او امينا كالغاصب والمودع بخلاف الفسخ بالعيب فانه لا ينفرد المشتري بفسخه ولكنه يدعي ثبوت حق الفسخ في الذي احضره والبائع ينكره وقوله الا اذا بعدت المدة استثناء من قوله القول قول البائع الا في صورة ما اذا طالت المدة على ما قالوا اي المشائخ لان الظاهر شاهد للمشتري اذ الظاهر انه لا يبقى الشيء في رد التغير وهي بالدنيا زمانا طويلا لم يطرقه تغير قال محمد رأيت لو راى جارية ثم اشتراها بعد عشرين سنة او عشرين سنة وقال تغيرت لا يصدق بل يصدق لان الظاهر شاهد له قال شمس الائمة وبه افتى الصدر الشهيد والامام المرغيناني فنقول ان كانت لا تتفاوت في تلك المدة غالبا فالقول للبائع واذا كان التفاوت غالبا فالقول للمشتري مثاله لو راى دابة او ملوكا فاشتراه بعد شهر وقال تغير فالقول للبائع لان الشهر في مثله قليل قوله ومن اشترى عبدا لم يره وقبضه فباع ثوبا منه او وهبه وسلمه ثم راى الباقي ليس له ان يرد شيئا منها الا من عيب وكذا لو اشترى العبد المذكور على ان له الخيار ثلاثة ايام

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم لا يرضى به

وهو شرط الخيار والباقي بحاله اعني فباع بعضها او وهبه سقط خياره في الباقي وليس له ان يرده بخيار الشرط بل اذا اطلع على عيب و هذا لانه تعذر الرد فيما اخرجه عن ملكه فلو رد الباقي فقط كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام لما مر من ان قيام خيار الرؤية والشرط يمنع تمامها وان كان بعد القبض بخلاف خيار العيب فان الصفقة يتم معه بعد القبض وفيه اي في المقبوض وضع المسئلة لانها لو لم تكن مقيدة به لم يصح صورتها اذ لا يصح بيع ما لم يقبض وهبة ولانه لو كان قبل القبض كانت الخيارات كلها سواء وهي انه لا يرد احدهما بل يردهما بخيار الرؤية ان شاء فلا يصح ح قوله الا من عيب لانه اذا اشترى شيئين ولم يقبضهما حتى لو وجد باحدهما عيبا لا يرد المعيب خاصة بل يردهما ان شاء لا يقال في عدم رد الباقي عنه رؤيته ترك العمل بحديث الخيار لحديث النهي عن تفريق الصفقة مع انه متروك الظاهر فان تفريقها جائز بعد تمامها وحديث الخيار اقوى قلنا لم نقل بعدم رده مطلقا بل قلنا اذا رده يرد معه الاخر فزدنا شرطا في الرد عملا بحديث الصفقة لنكون عاملين بالحديثين معا جمعا بينهما والعدل المثل والمراد به هنا الغرارة التي هي عدل غرارة اخرى عن الجمل او نحوه اي يعادلها وفيها اثواب الزط في المغرب جبل من الهند تنسب اليه الثياب الزطية وقيل جبل بسواد العراق وذكر الضمير في قوله فباع منه على لفظ العدل ثم انثه في قول لم يرد شيئا منها على معناه فكان نظير قوله تع وكم من قرية اهلكناها فجاءها باسنا بياتا او هم قائلون هذا ولو عاد الثوب الذي باعه من العدل او وهبه الى المشتري بسبب هو فسخ محض كالرد بخيار الرؤية او الشرط او العيب بالقضاء او الرجوع في الهبة فهو اي المشتري للعدل على خياره اي خيار الرؤية فله ان يرد الكل ح بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة كما ذكره شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف وهو رواية علي بن الجعد عنه انه اي خيار الرؤية لا يعود لان الساقط لا يعود كخيار الشرط الا بسبب جديد وصححه قاضي خان وعليه اعتماد القدوري وحقيقة الملحظ مختلف فشمس الائمة لحظ البيع والهبة مانعا زال فيعمل المقتضي وهو خيار الرؤية عمله ولحظه على هذه الرواية لسقطا واذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا اوجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها والله الموفق + + +

باب خيار العيب تقدم وجه ترتيب الخيارات والاضافة في خيار العيب اضافة الشيء الى سببه والعيب والعيبة والعاب بمعنى واحد يقال عاب المتاع اي صار ذا عيب وعابه زيد يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب ايضا على الاصل والعيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا قوله واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع ولم يكن شرط البراءة من كل عيب فهو بالخيار ان شاء اخذ ذلك المبيع بجميع الثمن وان شاء رده هذا اذا لم يتمكن من ازالته بلا مشقة فان تمكن فلا كاحرام الجارية فانه سبيل من تحليلها ونجاسة الثوب وينبغي حمله على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينقص وانما ثبت له هذا الخيار لان مطلق العقد وهو ما لم يشترط فيه عيب يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير بيان الاول من المنقول والمعنى اما المنقول فما علقه البخاري حيث قال ويذكر عن العداء بن خالد قال كتب الي النبي صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible] المسلم لا داء ولا خبثة ولا غائلة ثم قال البخاري وقال قتادة الغائلة الزنا والسرقة والاباق وروى بن شاهين في المعجم عن ابيه قال حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشي قال حدثنا عباد بن ليث قال حدثنا عبد الحميد بن وهب ابو وهب قال قال لي العداء بن خالد بن هوذة الا اقرؤك كتابا كتبه لي رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا او امة لا داء ولا غائلة ولا خبثة تبيع المسلم المسلم ففي هذا ان المشتري العداء وفي الاول انه النبي صلى الله عليه وسلم وصحح في المغرب ان المشتري كان العداء وتعليق البخاري انما يكون صحيحا اذا لم يكن بصيغة التمريض كيذكر بل بنحو قوله وقال معاذ

وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن عند التجرد عن العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بلا دون تضرره والمراد به عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضا به **قال** وكلما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ

لاهل اليمن ففي قوله عم بيت المسلم المسلم دليل على ان بيع المسلم المسلم كان سليما ويدل عليه قضاؤه عم بالرد فيه على ما في سنن ابي داود بسنده الى عائشة ان رجلا ابتاع غلاما فاقام عنده ما شاء الله ان يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه فقال الرجل يا رسول الله قد استغل غلامي فقال عليه السلام الخراج بالضمان وفسر الخطابي الدار بما يكون بالرقيق من الاولاد والاماء التي يرد بها كالمجنون والمجذام فخوبا والخبثة ما كان خبيث الاصل مثل ان يسبى من ارضه يقال هذا سبي خبثة اذا كان ممن يحرم سبيه وهذا سبي طيبة بوزن خيرة ضده ومعنى الخراج بالضمان حقك من حيلة وما يليق عليك في المبيع من عيب وتفسيره الدار يوافق تفسير ابي يوسف له واما ابو حنيفة فيفسره فيما رواه الحسن عنه بالرقيق في البلد والدابة وفسر ابو يوسف الغائلة بما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة وهو قول الزمخشري الغائلة الخصلة التي تقول المال اي تهلكه من اباق وغيره والخبثة هو الاستحقاق وقيل هو الجنون واما المعنى فلان السلامة لما كانت الاصل في المخلوق انصرف مطلق العقد اليها ولان العادة ان القصد الى ما هو تحقق مع كل وجه لان دفع الحاجة على التمام يكون والناقص معدوم من وجه فلا ينصرف اليه الا بذكره وتعيينه ولما كان القصد الى السالم هو الغالب صار كالمشروط فيتخير عند فقده كيلا يتضرر بالزام ما لم يرض به قوله وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان اي نقصان العيب وبه قال الشافعي خلافا لاحمد لان الخيار ثبت لدفع الضرر عن المشتري فلا يتحقق على وجه يوجب ضررا على الآخر سن غير التزام له والبائع لم يلتزم له الا تسليم المبيع باعه بالمسمى لم يرض بزواله عن ملكه الا به ان كان سليما وهنا لان الظاهر سلامته بالعيب فانزل عالما به لطول مقامه في يده لان العيب الفاحش يعلمه الاقل فاذا باعه على انه سليم فوجده سليما لا خيار له ولا يقال انه باعه بالثمن المسمى الا على اعتبار انه سليم فلا يكون راضيا به حين وجده سليما لانه انزل عالما بوصف السلامة فيه فبيثبت باعه بالمسمى كان راضيا بالثمن على اعتباره سليما فلا يرد بشيء كما لو كان عالما بالعيب فانزل غير راض به معيبا الا بذلك الثمن فلا يرد عليه بشيء بل يتخير في اخذه به او رده فان بذلك يعتدل النظر من الجانبين في دفع ضرر لم يلتزمه واحد منهما به فهذا الوجه هو الاوجه وذكر المصنف قبله قوله ولان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن مجردا عن العقد عليه ان يأخذ في مقابلة فواته شيأ وهذا لان الثمن عين فلا يقابله مثله والوصف دونه فانه عرض لا يجوز بانفراده فلا يقابل به الا تبعا لمعروضه غير منفرد عنه وقوله مجردا عن العقد احتراز عما اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كما لو ضرب البائع انسانا فقلعت فان الوصف حينئذ يفرد بالضمان وتخير المشتري وكذا اذا قطع البائع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالتناول وحكما بان امتنع الرد على البائع كان تعيبا عند المشتري بعيب احدثه البائع بان جنى جناية ولذا قلنا ان من اشترى بقرة فحلبها وشرب لبنها ثم ظهر انه عيب لا يرد بها لان ذلك لزيادة التي انفصلت حدثت بعد البيع الا انها تبع محض فوجب لوصل المشتري البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز به قال مالك والشافعي في وجه وفي وجه لا يجوز الا اتفاق على عدمه في خيار الشرط والرؤية **قوله** وكلما اوجب نقصان الثمن الذي اشترى به في عادة التجار فهو عيب وهذا اصح لان العيب الذي يرد به وهذا الان ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به والمرجع في كونه عيبا او لا اهل الخبرة بذلك وهم التجار او ارباب الصنائع ان كان المبيع من المصنوعات وبهذا قالت الائمة الثلاثة وسواء كان ينقص العين او لا ينقصها ولا ينقص بها بل بمجرد النظر اليها كالنظر الاسود الصحيح القوى على العمل وكما في جارية مركبة لا تعرف لسان التركي **قوله** والاباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير وقوله ما لم يبلغ بمعنى مدة عدم بلوغه بجري مجرى البدل من الصغير واذا كان ذلك عيبا في الصغير فظهرت عند البائع

ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدث عند المشتري في صغره فله ان يرده لانه عين ذلك وان حدث بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وبعد الكبر لخبث في الباطن فاذا اختلف سببها بعد البلوغ وقبله كان الموجود منها بعده غير الموجود منها قبله واذا كان غيره فلا يرده لانه عيب حادث عنده بخلاف ما اذا ظهرت عند البائع والمشتري في الصغر فظهرت عندهما بعد البلوغ فان له ان يرده بها واذا عرف الحكم وجب ان يقرر اللفظ المذكور في المختصر وهو قوله فاذا بلغ فليس ذلك الذي كان قبله عند البائع بعيب فاذا وجد بعده عند المشتري حتى يعاوده بعد البلوغ عند المشتري بعد ما وجد بعده عند البائع واكتفى بلفظ المعاودة لان المعاودة لا تكون حقيقة الا اذا اتحد الامر لانه لا يقال عاد زيد فيما اذا ابتدأ غير مفروض تحقق المعاودة بعد البلوغ يوجب وجوده منه قبل ذلك بعد البلوغ ايضا والا فلا معاودة وقوله ليس بعيب اي لا يرد به قوله والمراد من الصغير الخ تقيد للصغير الذي ذكرناه اذا وجد منه شيء من هذه الامور عند البائع والمشتري يرد بان يكون صغير العقل واما الصغير الذي لا يعقل فهو اذا فقد ضال لا آبق وكذا لا يكون بوله وسرقته عيبا قال في الايضاح السرقة والبول في الفراش قبل ان يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لانه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك عيب ما دام صغيرا وكذا روى ابو يوسف في الامالي عن ابي حنيفة وفي بعض المواضع وتستنجي وحدها واذا قدر بها حد وما قدر بها في الحضانة اقتضى ان يكون ابن سبع سنين اذا صمد منه ذلك لا يرد به لانهم قدروا الذي يأكل وحده الخ بذلك لكن وقع التصريح في غير موضع بتقدير ما دون خمس سنين في الفوائد الظهيرية وهنا مسئلة عجيبة هي ان من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر عند المشتري كان له ان يرجع بالنقصان فاذا رجع به ثم كبر العبد هل للبائع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ لا رواية فيها قال وكان والذي يقول ينبغي ان يسترد استدلالا بالمسئلتين احدهما اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له ردها ولو تعيبت بعيب آخر ورجع بالنقصان فاذا رجع به ثم ابانها الزوج كان للبائع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا فيما نحن فيه والثانية اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له الرد ولو تعيب بعيب اخر ورجع بالنقصان فاذا رجع ثم برئ بالمداواة لا يسترد والا استرد والبلوغ ههنا لا بالمداواة فينبغي ان يسترد انتهى وفي فتاوى قاضي خان اشترى جارية وادعى انها لا تحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت قالوا ان كان البائع اعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع ان يسترد ذلك منها ايضا اشترى عبدا وقبضه ثم رده وكان يتيم عند البائع قال الامام ابو بكر محمد بن الفضل المسئلة محفوظة عن اصحابنا انه ان حم في الوقت الذي كان يحم فيه عند البائع كان له ان يرده او في غيره فلا يقبل له فلو اشترى ارضا فغرت عند المشتري وقد كانت تغر عند البائع كان له ان يسترد لان سبب الغر واحد وهو تسفل الارض وقرب الماء الا ان يحيى ماء غالب او كان المشتري رفع من ترابها فيكون الغر غير ذلك او يشتبه فلا يدري انه عينه او غيره قال القاضي الامام يشكل ما في الزيادات اشترى جارية بيضاء احدى العينين وهو لا يعلم بذلك فلم يقبضها حتى انجلى ثم عاد عند البائع ليس للمشتري الرد وجعل الثاني عين الاول الذي رضي به اذا كان الثاني عند البائع ولم يجعله

قال والجنون في الصغر عيب ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه او في الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد العقل وليس معناه انه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قل ما يزول فلا بد من المعاودة للرد قال والبخر والذفر عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة

عينه اذا عاد البياض عند المشتري وقال لا يرد ثم قال القاضي الامام كنت اشاور شمس الائمة الحلواني وهو يشاورني فيما كان مشكلا اذا اجتمعنا فشاورته في هذه المسئلة فما استفدت منه فرقا قوله والجنون عيب ابدا هذا لفظ محمد فلو جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري في الصغر او في الكبر يرده لانه عين الاول لان السبب للجنون في حال الصغر والكبر متحد وهو فساد الباطن اي باطن الدماغ فهذا معنى لفظ ابدا المذكور في لفظ محمد وليس معناه انه لا يشترط المعاودة للجنون في يد المشتري كما ذهب اليه طائفة من المشايخ فاثبتوا حق الرد بمجرد وجود الجنون عند البائع وان لم يجن عند المشتري فان هذا غلط لان الله تعالى قادر على ازالته بازالة سببه وان كان قل ما يزول وقد تحققنا كثيرا من النساء والرجال جنوا ثم عرفوا بالمداواة فاذا لم يعاوده جاز كون البيع صدر بعد ازالة الله سبحانه وتعالى هذا الداء وزوال العيب فلا يرد بلا تحقق قيام العيب فلا بد من معاودة الجنون للرد وهذا هو الصحيح وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير واختاره الاسبيجابي قال محمد بعد قوله اذا جن مرة واحدة فهو عيب لازم ابدا باسطر وان طعن المشتري باباق او جنون لا يعلم القاضي ذلك فانه لا يستحلف البائع حتى يشهد شاهدان انه قد ابق عند المشتري او جن صرح باشتراط المعاودة في الجنون وهذا بخلاف ما اذا ولدت الجارية عند البائع لا من البائع او عند اخر فانها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وان لم تلد ثانيا عند المشتري لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول ابدا وعليه الفتوى وفي رواية كتاب البيوع لا ترد وفي المحيط تكلموا في مقدار الجنون قيل هو عيب ان كان ساعة وقيل ان كان اكثر من يوم وليلة فهو عيب يوم وليلة مملوءة ليس بعيب وقيل المطبق عيب وما ليس بمطبق ليس بعيب والسرقة وان كان اقل من عشرة عيب وقيل ما دون الدرهم نحو فلس او فلسين ونحوه ليس عيبا والعيب في السرقة لا فرق فيه بين كونه من المولى او من غيره الا في الماكولات فان سرقتها لاجل الاكل من المولى ليس عيبا ومن غيره عيب وسرقتها للبيع من المولى وغيره عيب ونقب البيت عيب وان لم يسرق منه واباق ما دون السفر عيب بلا خلاف واختلفوا في انه هل يشترط خروجه من البلد فقيل شرط فلو ابق من محلة الى محلة لا يكون عيبا ومن القرية الى مصر اباق وكذا على العكس ولو ابق من غاصبه الى المولى فليس بعيب ولو ابق منه ولم يرجع الى المولى ولا الى الغاصب فان كان يعرف منزل مولاه ويقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان لم يعرفه او لا يقدر فلا قوله والذفر هذه اربعة اشياء عيب في الجارية وليست عيبا في الغلام البخر والذفر والزنا وولد الزنا لان الجارية قد يراد منها الاستفراش وهذه المعاني تمنع منه فكانت عيبا بخلاف الغلام فانه للاستخدام خارج البيت وهذه ليست مانعة منه فلا يعد عيبا الا اذا كان البخر والذفر من داء فيكون عيبا في الغلام ايضا لان الداء عيب وفي فتاوى القاضي قال الا ان يكون فاحشا لا يكون مثله في عامة الناس فيكون عيبا وعن ابي حنيفة الذفر ليس عيبا في الجارية ايضا الا ان يفحش فيكون عيبا فيها دونه وقيل اذا كان العبد امرد يكون البخر عيبا به والصحيح انه كل لا فرق بين كونه امرد وغيره والذفر نتن ريح الابط يقال رجل اذفر وامراة ذفراء ومنه السب يقال يا ذفار معدول عن ذافرة يقال شممت ذفر الشيء وذفره بسكون الفاء وفتحها كل ذلك والدال مهملة واما باعجام الدال فبفتح الفاء لا غير وهو حده من طيب او نتن وربما خص الطيب فقيل مسك اذفر ذكره في الجمهرة وفيها وصفت امراة من العرب شيخا فقالت ذهب ذفره واقبل بخره قيل الرواية هنا والسماع بالدال غير المعجمة والبخر بالجيم عيب وهو انتفاخ تحت السرة ومنه سمي بعض الناس ابخر وفي الصحابة غالب بن ابجر او قلبه وسمي به فرس لفتره وكذا الادر وهو عظم الخصيتين والاذن عيب وهو من يسيل الماء من منخريه والبخر الذي هو عيب هو الناشي من تغير المعدة دون ما يكون بفلج في الاسنان فان ذلك يزول بتنظيفها ووجه كون الجارية ولد زنا عيب بانه يخل بالمقصود من طلب الولد لانها اذا كانت ولد زنا غير الولد بامه قوله الا ان يكون الزنا له عادة استثناء من قوله دون الغلام وقوله على ما قالوا يعني المشايخ لان اتباعهن يخل بالخدمة اذ كل ما وجه لحاجة اتبع هواه وقال قاضي خان لو كان الزنا منه مرارا كان عيبا لانه يضعفه عن بعض الاعمال

قال والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمنع صرفه في بعض الكفارات فتقل الرغبة فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زال العيب وعند الشافعي يرده لان الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب

ويزاد ابا لعبد وضعفا في نسخة التحفيل وفي عرضه ربا ما ذهب به عوض سيد وفي بعض نسخ عدم الختان في الغلام والجارية المراد بهما البالغين بخلافهما في الصغيرين وفي الحبيب بين العرب بكون عيبا بالاتفاق وفي فتاوى قاضيخان خلافه اي هذا الذي ذكرناه من عدم الختان في الجارية البالغة عيبا عند عدم الخصاص بالجواري لا يكون عيبا قوله والكفر عيب فيهما اي في الغلام والجارية لان طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر ولبعد ودادته في الغالب ولانه يمنع من الاستخدام بالمسلم ولا يمانه على خدمته في الامور الدينية كالخياطة ونحوها والمعتبر في كون الكفر عيبا ان لا يكون الرقيق من اهل تلك الناحية كفارا وقت شرائه فقط وهذه الوجوه الاول ولذا قلنا انه لو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما يرده وما ذكره من ان العيب في الكفار دون الجارية والغلام وعند الشافعي تفصيل حسن في المذهب وهو اذا كان دينا يمنع الوطء فلا يرده بعد العتق فلا فيما لا يرده به كما لو اشترى شيئا بغير اذن المولى وكان في قيمته ان حتى في يد البائع فلم يجده حتى باعه فلا رد له لان الهلاك بعد العتق قد ضمن في نقصان لانه ميراثه قوله واذا كانت الجارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان انقطاع الحيض في اوانه واستمراره علامة الولد فكان الانقطاع والاستمرار دليلا على الداء والداء عيب قد يتولد المرض من الانقطاع في اوانه بخلاف ما اذا كانت ابن اليأس فان الانقطاع ليس عيبا لان حقيقة التعيب فيما بالولد ولذا قال بعضهم اذا اراد ان يرد بعيب الانقطاع فغايته ان يدعي الانقطاع وليس ينبغي ان يدعي باحد السببين من الحبل او الداء حتى تسمع دعواه لان الانقطاع بدونهما لا يعد عيبا والمرض في الحبل لا يحول لتساوي الداء والحبل في الاطباء ولا يثبت العيب بقول الاطباء حتى تسمع الخصومة مع البائع الا ان يتفق منهم عدلان بخلاف العيب الذي لا يطلع عليه الا النساء فانه يقبل في توجيه الخصومة قول امرأة واحدة وكذا في الحبل وقولها في نفس الانقطاع في المرض لا يطلع قبول طبيب عدل ولا يشترط العدد ولا لفظة الشهادة وبكذا نص عليه الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير وهو اوجه لان المتوجه الخصومة لا الرد وفي التحفة اذا كان العيب مما لا يعرفه الا الخواص كالاطباء والنحاسين فان اجتمع عليه مسلمان او فاسق مسلم عمل قبل وثبت العيد في اثبات حق الخصومة وفي فتاوى قاضيخان ان اخبر بذلك عدل واحد ثبت العيب في حق الخصومة والدعوى ثم يقول القاضي هل حدث عندك هذا العيب فان قال نعم قضى عليه بالرد وان انكر ولا بينة عليه استحلف كما سنذكره ويعتبر في الانقطاع الموجب للعيب اقصى غاية البلوغ وهو ان يكون سنها سبع عشرة سنة عند ابي حنيفة ويعرف ذلك اي الانقطاع والاستمرار بقول الامة لانه لا طريق له الا ذلك فاذا انضم الى قولها قول البائع اذا استحلف قبل القبض بعده في الصحيح ردت واحترز بقوله في الصحيح عما روي عن ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة عامة عن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض بفسخ بقول النساء وجه الصحيح ان شهادتهن حجة ضعيفة فلا يحكم بها الا بعيد وهو نكول البائع ثم ذكر في النهاية في صفة الخصومة في ذلك ان المشتري اذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع فان ذكر مدة قصيرة لا تسمع دعواه وان ذكر مدة يسمع المدة روى حسن عن ابي يوسف تقدر بثلاثة اشهر وعن محمد باربعة اشهر وعشر وعن ابي حنيفة ذكر في موضعين ما دون المدة قصيرة فان كان القاضي مجتهدا اخذ بما ادى اليه اجتهاده والا اخذ بما اتفق عليه اصحابنا وهو ستة اشهر فاذا سمع الدعوى يسأل البائع اهي كما يدعي المشتري فان قال نعم ردها على البائع بالتماس المشتري وان قال هي كذلك للحال وما كانت كذلك عندي توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامه للحال فان طلب المشتري يمين البائع يحلف البائع فان حلف برئ ان لم تقل ردت عليه وان شهد للمشتري شهود لا تقبل شهادتهم على الانقطاع وتقبل على الاستحاضة عليها لانها مما يكثر الاطلاع ولا يكثر على الانقطاع الذي يعد عيبا وان انكر البائع الانقطاع في الحال هل يستحلف عند ابي حنيفة لا وعندهما يستحلف هذا ينبغي ان يعلم عن تقرير الكتاب وانما يوافق تقرير الهداية ما نقله صاحب النهاية بعد ما ذكر هذا عن الفقيه ابي جعفر قال القاضي ان اشترى جارية فقبضها فلم تحض

حاشية: ليس الحبل

حاشية: ينبغي

قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض اي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع

اقصى غاية البلوغ وهو تسع عشرة سنة فيما عند ابي حنيفة رح ويعرف ذلك بقول امة مقبولة تضم اليها امرأة قبل القبض بعد الصحيح

عند المشتري شهرا او اربعين يوما قال القاضي الامام ارتفاع الحيض عيب اذا مات شهرا واحدا فاذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له ان يرده فاذا ثبت انه كان عند البائع انتهى وهذا كما ترى لا يشترط ثلاثة اشهر ولا اكثر وينبغي ان يعول عليه وما يتعلق بتيقن خلاف بينهم في استبراء ممتدة الطهر عند ابي حنيفة رح هو ثلاثة اشهر عنده وعند ابي يوسف ثلاثة اشهر وهو قول ابي حنيفة اولا عنده وهو قول محمد اربعة اشهر وعشر وفي رواية عن محمد شهران وخمسة ايام وعليه الفتوى والرواية هناك ليست واردة هنا لان الحكم هناك يستدعي ذلك الاعتبار فان الوطء ممنوع شرعا في العصمة لاحتمال الحبل فيكون ماؤه زرع غيره فقدره ابو حنيفة رح بثلاثة قروء لان الكثرة مدة الحبل فاذا اعتقبها طهر انتفاؤه فجاز وطؤها وهو اقيس وقدره محمد وابو حنيفة رح في رواية باربعة اشهر وعشرا لانها اعتبرت بدة المتوفى عنها ولان فيها يظهر الحبل غالبا لو كانت حاملا وقدره ابو يوسف بثلاثة لانها جعلت عدة التي لا تحيض والحكم هنا ليس الا كون الاشهاد صبيا فلا يتجه انا طلبنا بستين او غيرها من المدد لان كونه صبيا باعتبار كونه يؤدي الى الداء وطريقا اليه وذلك لا يتوقف على مضي مدة معينة حاذقا ظهر انه لا يحتاج الى دعوى الانقطاع لدوبه الى تعيين انه عن حبل وداء في الدعوى على ان كونه صبيا باعتبار كونه مفضيا الى الداء فلا يكون الا عن داء يتقدم عليه فلذا لم يشترط الفقيه النفس قاضي خان لما ذكرنا من تعيين كون الانقطاع عن احدهما بل اذا ادعى الانقطاع عن داء وانه فقد ادعى العيب بكون شهرا واحدا فان يتحقق الانقطاع في اوانه وهو العيب لانه ان كان في الواقع مسببا عن داء فهو عيب وحرز اليه فكذلك فيكفي في الخصومة ادعاء انقطاعه فقط وهو الذي يجب ان يعول عليه لان العلم للطبيب وامتداد الطهر وكثيرا ما يكون في المدة طهرا شهرين وثلاثة صحيحة لا فيضها وارد وهذا هو ظاهر الهداية الآتي الى قوله ويعرف ذلك بقول امة وكذا قال الامام التمرتاشي وغيره انما يعرف ذلك عند المنازعة بقول امة انه لا يقف على ذلك غيرها فلو كان يثبت انقطاعه لزوم الحبل او الداء والحبل في دعوى عيب الانقطاع لم يتصور ان يثبت بقولها فتوجه اليمين على البائع بل لا يرجع الا الى قول الاطباء او النساء فظهر انا ذكرنا في النهاية من ان قولها في دعوى الداء والحبل في دعوى انقطاع الحيض ثم انه يحتاج في توجه الخصومة الى قول الاطباء او النساء ليس تقريرا في الكتاب بل ما ذكره مشايخ اخرون فغلب على الظن خطاؤهم وكذا ما ذكر غيره من جعل هذه وزان المشتراة بكرا على قول ابي حنيفة وابي يوسف رح اذا قال المشتري ليست بكرا وقال البائع بكرا في الحال فان القاضي يريها النساء فان قلن هي بكر لزم المشتري من غير يمين البائع لان شهادتهن تامت بموته وان الاصل البكارة وان قلن هي ثيب لا يثبت حق الفسخ بشهادتهن فيحلف البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر ان كان يعلم القبض وان كان قبله حلف انها بكر على الوفاق لان العيب لا يوجب حق الخصومة بمجرد قولها حتى توجه عليه اليمين ويقضي بالنكول على ما في الكتاب التمرتاشي وغيرها وفي البكارة لا يمين وكيف لا طريق الى استعلام الانقطاع الا قولها بخلاف البكارة لها طريق تستعلم به فلا يرجع فيها الى قولها وقد عرف بهذا انقدال المعه هو الصحيح ان كان اذا حتى اذا حتى ال ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وما ذكرنا عن محمد فغير مناسب فان ما عن ابي يوسف ومحمد في ذلك انما هو في دعوى البكارة والفرق والقول دقياس هذه عليها غير صحيح اذ لا يعرف ذلك الا من النساء وقول النساء هنا انها منقطعة الحيض غير معتبر وقد ذكروا ان الشهادة على الانقطاع الكائن عيبا لا يقبل اذ لا يطلع عليه وترتيب الخصومة على ما في الهداية وقاضي خان والتمرتاشي وهو ما صححنا ان يدعي الانقطاع في الحال ووجوده عند البائع فان اعترف البائع بهما ردت عليه وان انكر وجوده عنده واعترف بالانقطاع في الحال استخبرت الجارية فان ذكرت انها منقطعة اثبتت الخصومة فيحلفه بالله ما وجد عنده وان نكل ردت عليه لهذا قول الصدر واذا انضم اليه نكول البائع ولو اعترف بوجوده عنده وانكر الانقطاع في الحال فاستخبرت فانكرت الانقطاع والغرض ان لا يقبل عليه بينة والمشتري يدعيه فتصح

قال واذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان ياخذه بعيبه لانه رضي بالضرر

في النهاية بما قدمناه من انه اذا انكر الانقطاع في الحال لا يستحلف عند ابي حنيفة ويستحلف عندهما ويجب كون الاستحلاف على العلم بالله وما يعلم انها منقطعة عند المشتري فان نكل اتجهت الخصومة وان حلف تعذرت ولعمري قلما يحلف كذلك الا وهو بار ومن اين له العلم بانها عند المشتري لم تحض وكان المذكور في النهاية مبني على ما ذكره هو في صورة الخصومة واما على ما في الهداية فان القول قولها في الانقطاع ويمكن ان يجري فيه ايضا وهذا تعداد المعيوب عدة الجارية عن طلاق رجعي عيب لا عن بائن والنكاح عيب فيهما وكثرت الخيلان وحمرة الشعر اذا فحشت بحيث تضرب الى البياض وكذا الشمط لانه في غير اوانه دليل الداء وفي اوانه دليل الكبر والعشى ان لا يبصر ليلا والسن الساقطة ضرسا او غيره وسواده وسواد الظفر والعسر وهو ان يعمل بيساره ولا يستطيع العمل بيمينه بخلاف اعسر يسر وهو ان يعمل بهما فانه زيادة حسن والقشم وهو يبوسة الجلد والتشنج في الاعضاء والغرب وهو ورم في المائي وربما يسيل منه شيء فيصير صاحبه كصاحب الجرح السائل والحول والحوس نوع منه والشتر وهو انقلاب الجفن وبه سمي الاشتر والظفر وهو بياض يبدو في انسان العين وجوب العين وغيرها والشعر والقبل في العين ومنه قول الشاعر يصف خيلا تراهن يوم الروع كالحدأ القبل والماء في العين والسبل والسعال القديم اذا كان عن داء فاما القدر المعتاد منه فلا والعزل وهو ان يعزل ذنبه الى احد الجانبين والمشش وهو ورم في الدابة له صلابة والفدع وهو اعوجاج في مفاصل الرجل والفحج وهو تباعد ما بين القدمين والصكك وهو صك احدى ركبتيه بالاخرى والرتق والقرن والعقل وهو امتلاء لحم الفرج والسلعة والقروح وآثارها والدخس وهو ورم يكون باطراف حافر الفرس والحمار والحنف وهو ميل كل من ابهامي الرجل الى الآخر وقال محمد ابن الاعرابي الاحنف الذي يمشي على ظهر قدميه وتناثر شعر الراس والصدق التوافي اصل العنق وقيل ميل في البدن والشدق بيعة مفرطة في الفم والتخنث قيل اذا فحش او كان يأتي بافعال ردية والحمق وكونها مغنية وشرب الغلام وترك الصلوة وغيره من الذنوب وقلة الاكل في البقرة ونحوها وكثرته في الانسان وقيل في الجارية عيب لا الغلام ولا شك انه لا فرق اذا افرط وعدم المسيل في الدار والشرب للارض وكذا ارتفاعها بحيث لا تسقى الا بالسكر وكون الجارية محترقة الوجه لا يدري حسنها من قبحها بخلاف ما اذا كانت ذميمة او سوداء والعثار في الدواب ان كان كثيرا فاحشا وكذا اكل العذارى والجموح والامتناع عن اللجام وكذا الحرن عند العطف والسير والسيلان اللعاب على وجه يبل المخلاة اذا علق عليه فيها وكثرة التراب في الحنطة تردبه بخلاف ما اذا كان معتادا وليس له ان يميز التراب ويرجع بحصته وكذا لو اشترى خفا او مكعبا للبس فلم يدخل رجله فيه فهو عيب ولو باع سويقا ملتوتا على ان فيه كذا من السمن او قميصا على ان فيه عشرة اذرع والمشتري ينظر اليه وظهر خلافه فلا خيار له قوله واذا حدث عند المشتري عيب بآفة سماوية او غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بنقصان العيب وليس له ان يرد المبيع لان الرد اضرار بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما فلو الزمناه به معيبا تضرر ولا بد من دفع الضرر عن المشتري فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان ياخذه بعيبه الحادث عند المشتري فله ذلك لانه رضي بالضرر وما كان عدم الزامه المبيع الا لدفع الضرر عنه فاذا رضي فقد اسقط حقه اللهم الا ان يمتنع اخذه اياه بحق الشرع بان كان المبيع عصيرا فتخمر عند المشتري ثم اطلع على عيب فانه لو اراد البائع ان ياخذه بعيبه لا يمكن من ذلك لما فيه من تمليك الخمر وتملكها ومنعها من ذلك حق الشرع فلا يسقط بتراضيهما على اهداره كما لو تراضيا على بيع الخمر وشرائها فان قيل ينبغي ان يرجح جانب المشتري فيرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان البائع دلس عليه فكان مغرورا من جهته اجيب بان المعصية الصادرة عنه لا تمنع

قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث فان قال البائع انا اقبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه المشتري لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضاء البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاول بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا وليس للبائع ان ياخذه لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه فان باعه المشتري بعد ما راى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعده بالتسليم اليه

عصمة ماله كالغاصب اذا عمل فالثوب المغصوب الخياطة او الصبغ او الحمرة لان الظالم لا يظلم والضرر عن المشتري يندفع باثبات حق الرجوع بحصة العيب فان قيل فقد تقدم ان الاوصاف لا حصة لها من الثمن بانفرادها اجيب بانها اعتبرت اصولا ضرورة جبر حق المشتري والا يهدر كما صيرت اصولا بالقصد من اتلافها وكلما رجع بالنقصان فمعناه ان يقوم العبد بلا عيب ثم يقوم مع العيب وينظر في التفاوت وان كان مقدار عشر القيمة رجع بعشر الثمن وان كان اقل او اكثر فعلى هذا الطريق ثم الرجوع بالنقصان اذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري اما اذا كان بفعل من جهته كذلك كان قتل المبيع او باعه او وهبه وسلمه او اعتقه على مال او مكاتبه ثم اطلع على عيب فليس له الرجوع بالنقصان وكذا اذا قتل عند المشتري خطا لانه لما وصل البدل اليه صار كان ملكه من القاتل فكان كما لو باعه ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع قوله لا يرجع بالنقصان اذا ابق العبد ما دام حيا عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي لان الرد موهوم فلا يصار الى خلفه وهو الرجوع بالنقصان الا عند الياس من الاصل وعن ابي يوسف يرجع لتحقق العجز في الحال والرد موهوم وهو لا يعارض الموجود قوله ومن اشترى ثوبا فقطعه يعني ولم يخطه ثم وجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع لانه عيب حادث فان قال البائع انا اقبله كذلك اي مقطوعا كان له ذلك لان الامتناع اي امتناع رده لحقه وقد رضي به اي برده معيبا فزال المانع فان باعه المشتري اي بعد القطع بعد علمه بالعيب او قبله لم يرجع بشيء لان الرد لم يمتنع بالقطع برضى البائع فحين باعه مع عدم امتناع رده مقطوعا صار حابسا للمبيع بالبيع فان كان المشتري قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او كان المبيع سويقا فلته بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لانه امتنع الرد بسبب الزيادة المتصلة وانما امتنع لانه لا وجه للفسخ في الاصل اعني الثوب بدونها كالصبغ مثلا والخياطة والسمن لانه لا ينفك عنه ولا الى الفسخ معها لان الزيادة ليست مبيعة والفسخ لا يرد على غير المبيع لانه رفع الى ما كان من المبيع فيبقى ما كان من المبيع والثمن على ما كان فلو ورد على الزيادة لزم الربا فان الزيادة ح تكون فضلا مستحقا في عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا او شبهته ولشبهة الربا حكم الربا فلا يجوز فامتنع اصلا وليس للبائع ان ياخذه وان رضي المشتري بترك الزيادة لان الامتناع لم يتمحض لحقه بل لحقه وحق الشرع بسبب ما ذكرنا من لزوم الربا ورضاه باسقاط حقه لا يتعدى الى حق الشرع بالاسقاط واذا امتنع الرد بالفسخ فلو باعه المشتري رجع بالنقصان لان الرد لما امتنع لم يكن المشتري ببيعه حابسا له عن البائع وعلى هذا الاصل وهو ان الرد اذا كان ممكنا فاخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان لان حابس وان كان مع عدم امكانه يرجع لانه غير حابس قلنا ان من المشتري ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان التمليك من الابن الصغير حصل بمجرد القطع للغرض المذكور قبل الخياطة مسلما اليه وهو ثابت في التسليم فصار به حابسا للمبيع مع امكان الرد والخياطة بعد ذلك وجودها وعدمها سواء فلا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا والباقي بحاله رجع بالنقصان لانه لا يصير مسلما اليه الا بعد الخياطة فكانت الخياطة على ملكه وكان امتناع الرجوع بسبب الزيادة التي هي الخياطة قبل اخراجه عن ملكه فبعد ذلك لا يتفاوت الحال بين ان يخرجه عن ملكه بالبيع او الهبة او لا في جواز الرجوع بالنقصان وهو معنى ما في الفوائد الظهيرية من ان الاصل في جنس هذه المسائل ان كل موضع يكون المبيع قائما على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فاخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وكل موضع يكون المبيع قائما على ملكه ولا يمكنه الرد وان رضي البائع فاخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان انتهى وهذا اصل آخر في الزيادة اللاحقة بالبيع الزيادة متصلة ومنفصلة وكل منهما ضربان فالمتصلة غير متولدة من المبيع كالصبغ

قال ومن اشترى عبدا فمات عنده أو مات عنده أو أعتقه على عيب بقضاء أما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله وأما الاعتاق فالقياس أن لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق أعلاه الملك لان الأدمي ملحق في الأصل بالاملاك وانما ثبت الملك فيه موقتا الى أن يكمل فصار كالموت وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فيصير كان الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لان تعذر النقل مع بقاء أصل الملك كتعذره مع زواله وجه القياس ان العتق مال يرجع بشيء لا ترجع بشيء عليه فصار كالقتل وجه الاستحسان ان العتق أعلاه الملك وان كان بعوض فان قبل المشتري العبد وان كان طعاما فأكله لم يرجع بشيء عند الحنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع لان قبول المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي فصار كالقتل عند الحنيفة فيكون أعلاه ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فصار كالمستهلك به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا ضمان فيه أصلا كما لو أعتق عبد مشترك واما الاكل فعلى الخلاف عند أبي حنيفة رحمه الله يرجع وعند أبي يوسف لا يرجع بشيء وعلى هذا الخلاف الثوب الذي يحرق لما ان صبغ في المصبغ مشتريا وبعد ما فعله فيه فاسد الاعتاق لانه لا تعذر الرد بفعل مضمون لانه في البيع فاسد البيع والقبض لا يعتبر بكونه مقصودا الا ترى ان البيع لو انفسخ بخيار رؤية أو خيار شرط وقد فعله فيه فاسد كان له أن يرجع

والفرق بالالات بالسمن والقرس والبناء وهي تمنع الرد بالعيب بالاتفاق خلافا للشافعي واحمد وقال الصابغ انا اقبله كذلك ورضى بشيء يجب لما ذكرنا من حق الشرع للزوائد المتصلة غير المتولدة اذا كان خلقة تظهر بها كالسمن والكبر فشواه او دقيقا فخبزه فلو باعه بعد ذلك يرجع بالنقصان لانه ليس بجزء مبيع بل امتنع قبل البيع بحق الشرع وفي كون الطحن والشي من الزيادة المتصلة تأمل والمتولدة من الاصل كالسمن والجمال والخلاء بياض العين هي لامتناع الرد بالعيب في ظاهر الرواية لان الزيادة تحدث تبعا للاصل تتولد منه مع عدم انفصالها لانه كان الفسخ لم يرد على زيادة اصلا فالمتصلة المتولدة منه كالولد والدر والثمر في بيع الشجر والارض والعقر وهي تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها لان العقد لم يرد عليها ولا يمكن القيمة للانفصال فيكون المشتري قابضا لها قبل القبض شائعا رد جميعا وان شاء رضي بها بجميع الثمن واما بعد القبض فيرد البيع خاصة لكن بحصته من الثمن بان يقسم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمته وقت القبض فاذا كانت قيمته الفا وقيمة الزيادة مائة والثمن الف سقط عشر الثمن بان هلك عشر وانعدم تسعة اعشاره وغير متولدة منه كالكسب هي لا تمنع بحال بل فسخ العقد في الاصل دون الزيادة ويسلم له الكسب الذي هو الزيادة وهو قول احمد والشافعي واحمد في الحديث الذي ذكرناه في الباب الذي فيه قول الصابغ انه استعمل غلاما فقال صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان جعل الشافعي واحمد حكم المتصلة المتولدة في حكم الكسب لامكان الفسخ على الاصل بدونها والزيادة للمشتري وفي حق الكسب الذي لولد من المنافع وهي غير الاعيان اذا كانت منافع الحر الا ان الحر ليس بمال والعبد المكسوب للمكاتب يدين بمكاتبا فالولد تعلق من نفس المبيع فيكون له حكمه فلا يجوز ان يسلم له مجانا وفيه من شبهة الربا ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية ثبت الرد لانها لم تكن وبه قال الشافعي قبل الحكم بالاثر وانما قيد المصنف بقوله احمد ليكون زيادة بالاتفاق فان السواد عنده نقص مستعلم فهو كالقطع وانتقاص المبيع في يد المشتري يمنع الرد بالعيب بالاتفاق قوله ومن اشترى عبدا فاعتقه المشتري او مات عنده ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان لان الموت فلان الملك قائم والرد متعذر وقد اطلع على عيب وذلك موجب للرجوع اذ امتناع الرد انما يكون مانعا اذا كان عن فعل المشتري اما اذا ثبت حكما لشيء فلا وهنا ثبت حكما للموت فلا يمنع الرجوع بالنقصان واشكل عليه اذا اصبغ الثوب احمر واخواته فانه يرجع بالنقصان مع الامتناع بفعله واجيب بان امتناع الرد في ذلك انما هو بسبب الزيادة التي حصلت في المبيع حقا للشرع للزوم شبهة الربا فيما لو كان يمتنع للنقصان يزيد فيقول لا بفعله الذي لا يوجب زيادة واما العتق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله قصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع وهو قول الشافعي واحمد لان العتق انما ثبت للملك لان الآدمي ما خلق في الاصل للملك انما ثبت الملك فيه عن سببه موقتا الى الاعتاق فثبت انه انما ثبت قصارا كالموت وهذا هو الرجوع بالموت وما في معناه بسبب انه انما ثبت لان الشيء بانتهائه يتقرر الى آخر ما قررناه وقوله والتدبير والاستيلاد بمنزلته اي بمنزلة الاعتاق وان لم يزيلا الملك كما يزيله الاعتاق لانه تتعذر معهما النقل من ملك الى ملك بذلك تتعذر الرد وقوله لبقاء المحل احتراز عن الموت والاعتاق وقوله بالاولى اي حكم الشرع لانقل المشتري كالنقل قوله فان اعتقه على مال ثم اطلع على عيب لم يرجع بشيء وكذا لو كاتبه لان المشتري صين ماله وحبس المبدل كحبس البدل وعن ابي حنيفة انه اذا اعتق على مال له يرجع بالنقصان وهو قول ابي يوسف وبه قال الشافعي واحمد لان العتق سواء كان بمال او بلا مال انما هو للملك اعني الرق ولهذا ثبت به الولاء في الوجهين واذا كان انما كان كالموت وكونه بمال او بغيره طرد والوجه ما تقدم من كونه حابسا له لحبس بدله قوله فان فعل المشتري العبد اي لم يمت عنده حتف انفه او كان المبيع طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله اما القتل فالمذكور من عدم الرجوع فيه ظاهر الرواية عن اصحابنا وعن ابي يوسف انه يرجع وذكر صاحب الينابيع ان محمدا معه وهو قول الشافعي واحمد لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي من قصاص او دية فكان كالموت حتف انفه وانما يتعلق به حكم الآخرة من استحقاق العقاب فكان

فان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة رح لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعنهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض **قال** ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب وان كان مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي رح يرده لان الكسر بتسليطه فلما التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر وعبده

بغير حق ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا قال صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج اي مهدر وانما سقط الضمان عن المولى بسبب الملك لانه لو باشره في غير ملكه كان مضمونا ولما سقط الضمان عن المولى صار كالمستفيد بالعبد عوضا هو سلامة نفسه ان كان عمدا وسلامة الدية للمولى ان كان خطأ فكان كانه باعه بخلاف الاعتاق لانه ليس بفعل مضمون لا محالة لانه في ملك الغير لا ينفذ وعتق احد الشريكين ان نفذ لا يتعلق به ضمان اذا كان معسرا بل اذا كان موسرا على تقدير فلم يوجبه بذاته فلم يستفد اي لم يلزم استفادته بالاعتاق عن ملكه شيئا حقيقة ولا حكما واما الاكل فعندهما يرجع به وبه قال الشافعي واحمد رح وفي الخلاصة عليه الفتوى وبه اخذ الطحاوي وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق ثم اطلع على عيب عنده لا يرجع وعندهما يرجع لهما انه صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه من الاكل واللبس حتى انتهى الملك به فكان كالاعتاق بخلاف القتل والاحراق ونحوه من الاستهلاك ليس معتادا غرضا عن الشراء مقصودا به وله انه اتلفه بفعل مضمون منه لو وجد في غير ملكه غير انه سقط اي انتفاء الضمان لملكه فكان كالمستفيد به عوضا كالقتل فلا يرجع ولا معتبر بكونه مقصودا بالشراء لانه وصف طردي لا اثر له في اثبات الرجوع الا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وجعل المص قول ابي حنيفة رح استحسانا مع تاخيره وجوابه عن دليلهما يفيد مخالفته في كون الفتوى على قولهما واورد عليه القطع والخياطة فانهما موجبان للضمان في ملك الغير مع انه يرجع بالنقصان فيهما اجيب بان امتناع الرد فيهما لحق الشرع لا لفعله ولا كذلك هنا فانه امتنع لفعله لا لحق الشرع وهذا يتم في الخياطة للزيادة اما في مجرد القطع فلا يتم ولذا لو قبله البائع مقطوعا كان له ذلك بخلافه مخيطا او مصبوغا بغير السواد **قوله** ولو اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عنده يعني لا يرد ما بقي ولا يرجع بالنقصان فيما اكل لان الطعام كشيء واحد حتى كان رؤية بعضه كرؤية كله يسقط الخيار فصار كما لو باع بعضه ثم اطلع على عيب فانه يبطل حقه في الرجوع في غير قول زفر فانه قال يرجع بنقصان العيب في الباقي الا ان يرضى البائع ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن وعنهما روايتان رواية انه يرجع بنقصان العيب في الكل فلا يرد الباقي ورواية يرد ما بقي لان الطعام لا يضره التبعيض فكان قادرا على الرد كما اخذه ويرجع بالنقصان فيما اكل هكذا ذكره المص وهو نقل القدوري في كتاب التقريب وفي شرح الطحاوي ان الاول قول ابي يوسف رح قال يرجع بالنقصان في الكل الى ان يرضى البائع ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن والثاني قول محمد قال وكان الفقيه ابو جعفر يفتي بقول محمد رح وهو اختيار الفقيه ابي الليث وفي شرح المجمع قال ابو يوسف يرد ما بقي ان رضي البائع لان استحقاق الرد في الكل دون البعض يتوقف على رضاه وقال محمد يرد ما بقي وان لم يرض لما ذكرنا ان التبعيض لا يضره وفيما لو باع البعض عنهما روايتان في رواية لا يرجع بشيء كما هو قول ابي حنيفة رح لان الطعام كشيء واحد فبيع البعض كبيع الكل وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ولكن لا يرجع بالنقصان فيما باع وفي المجتبى عن جمع البخاري اكل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي وبه يفتى ولو اطعمه ابنه الصغير او الكبير او امرأته او مكاتبه او ضيفه لا يرجع بشيء ولو اطعمه عبده او مدبره او ام ولده يرجع لان ملكه باق ولو اشترى دقيقا فخبز بعضه ظهر انه مورد ما بقي ورجع بنقصان ما خبز هو المختار ولو كان سمنا ذائبا فاكله ثم اقر البائع انه كان وقعت فيه فارة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتى وفي الكفاية كل تصرف يسقط خيار الشرط يسقط خيار العيب اذا وجده في ملكه بعد العلم بالعيب ولا رد ولا ارش لانه كالرضا به **قوله** ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا او قرا او فاكهة فكسره غير عالم بالعيب فوجده فاسدا فان لم ينتفع به كالقرع المر والبيض المدر رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا بخلاف ما لو كسره عالما بالعيب لا يرده ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره بان كان في موضع يغري الحطب وهو مما يشترى للوقود على ما قيل من انه اذا كان كذلك يرجع بحصة اللب ويصح العقد في قشره بحصته من الثمن لان العقد فيه صادف محله لان مالية الجوز قبل الكسر ليس الا باعتبار اللب واذا كان اللب لا يصلح له

قال ومن باع عبدا فاباعه المشتري فرد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقراره او ببينة او بامر يعاين له ان يرده على بائعه لان فسخ الاصل فسخ البيع كان لو يكن بحادثة الا ترى انه لو هلك قبل العيب لكن هلاكه بالثمن وهذا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الا ان اقر او اثبت بالبينة

لم يكن محل البيع موجودا فيظهر ان العقد وقع باطلا و اختاره المصنف واشار اليه الامام السرخسي وان كان ينتفع به مع فساده بان باكله الفقراء او يصلح للعلف يرجع بجميع الثمن لان الكسر عيب حادث عند المشتري فيمتنع الرد فيرجع بالنقصان الا ان يتناول شيأ منه بعد العلم فلا يرجع بشيء لهذا قال الحلواني هذا اذا اكله فوجده كذلك فقرضه فان تناول شيأ منه بعد ما ذاقه لا يرجع بشيء واما اذا اشترى بيضة فكسرها فوجد بها مدرة وذكر بعض المشايخ في شرح الجامع انه يرجع بنقصان العيب هذا يجب ان يكون بالاتفاق لان ما يلاقيه بعض البيضة قبل الكسر بانتباه القشر وما فيه جميعا وقول المصنف وقال الشافعي يرد ولعله اذا وجد الكسر بحيث ينتفع به مطلقا وفي شرح الاقطع قيده بما اذا كان الكسر مقدارا لا يعلم العيب الا به فله الرد في الصحيح من قوليه انتهى وليس هذا التفصيل عندنا ولا في قول اخر للشافعي على ما في الكتاب ان هذا الكسر تسليط البائع فكانه كسره بنفسه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملك نفسه كما اذا كان المبيع ثوبا فقطعه المشتري ثم اطلع على عيب فانه لا يرده مع انه سلطه على قطعه بالبيع صرف بالاجماع على انه لا يرده وفي مسئلة القطع ان تسليطه هذا هو وان التسليط المعتبر هو ما لو سلطه ان يكسره وهو في ملكه اي ملك البائع بان امره بكسره فذاك هو التسليط التام من الضمان على الكاسر واما البيع فتسليط للمشتري على ان يكسره في ملك نفسه ولا اثر لهذا في نفي و لا اثبات ولو وجد البعض فاسدا فان كان قليلا جاز البيع استحسانا لان كثيرا من المجوز وان البيض لا يخلو عن قليل فاسد فكان قليل التراب في الحنطة والشعير فلا يرجع بشيء اصلا وفي القياس يفسد وبه نأخذ وان كان كثيرا لا يجوز البيع ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد في صفقة واحدة ولا نص في المسئلة ولكن فيه ضرورة ظاهرة وتعليل بعضهم في القليل انه كالواحد والمثنى وفي النهاية اراد بالكثير ما زاد على النصف وجعل نصف ابو الليث الخمسة والستة في المائة من الجوز سقوفا قال لان مثل ذلك قد يوجد في الجوز فصار كالمشاهد يعني عند البيض واثنتي عشرة جوزة فوجد خمسة خاوية اختلفوا فيه قيل يجوز العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن بالاجماع وقيل يفسد في الكل لا جماع لان الثمن لم يفصل وقيل العقد فاسد في الكل عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يصير كالجمع بين الحر والعبد في البيع وعندهما يصح في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن وهو الاصح لان هذا يعني الثمن لم يفصل عندهما فان الثمن يقسم على الاجزاء لا على القيمة قوله ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبله بقضاء القاضي بسبب اقر به المشتري الاول او بينة اقام عليه او بامر يعاين له ان يرده على بائعه لان فسخ الاصل فسخ البيع كان لو يكن بحادثة الا ترى انه لو هلك قبل العيب لكن هلاكه بالثمن وهذا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الا ان اقر او اثبت بالبينة

وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد والموجود هنا
بيعان فنسخ الثاني لا ينفسخ الاول وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما

تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لا يرفع مناقضته وكونه مواخذا في حق نفسه بزعمه وهي الدافعة لخصومته للبائع الاول وقوله وهذا بخلاف الوكيل
متصل بقوله له ان يرده لان المعنى له ان يخاصم فيرده بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد ما باعه بطريق الوكالة عليه بعيب بالقضاء ببينة او باباء اليمين او باقرار من
المامور بالعيب بالبيع كذا لفظ الجامع حيث يكون ردا على الموكل من غير حاجة الى خصومة والرد عليه بالخصومة لان ذلك عند تعذر البيع حتى يكون البيع
الاول قائما بعد انفساخ البيع الثاني فيحتاج الى الخصومة في الرد وهنا البيع واحد فاذا ارتفع رجع الى الموكل من غير تكلف زيادة وقيده فخر الاسلام
بعيب لا يحدث مثله فقال له الرد بالبينة وباباء اليمين وبالاقرار في عيب لا يحدث مثله اما في عيب يحدث مثله يرده بالبينة وباباء اليمين ولا يرده المامور
مع الاقرار لان اقرار المامور لا يسمع على الامر ومعنى اشتراطه البينة او النكول او الاقرار والفرض انه لا يحدث مثله انه اذا اشتبه على القاضي
ان هذا عيب قديم او لا او علم انه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا ولم يثبت عنده تاريخ البيع فاحتاج المشتري الى اقامة البينة او غيرها من الحجج
ان تاريخ البيع منذ شهر فيعلم القاضي ح ان العيب كان في يد البائع فيرده عليه اما اذا عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر فلا يحتاج الى
شيء من ذلك فيكون الرد على الوكيل ردا على الموكل بلا زيادة خصومة وقد اعترض قول محمد انه بنكول الوكيل يلزم الموكل فان النكول بدل عنده
اقرار عندهما وبدل الانسان لا يثبت في حق غيره واقرار الوكيل بالعيب لم يلزم الامر في عيب يحدث مثله اجيب بانه ليس حقيقته بل جار مجراه الا يرى
انه لو ادعى بمال على عبد ماذون له بالتجارة فانكر ونكل عن اليمين يحكم عليه به مع ان بذله المال لا يجوز الا في حق نحو الضيافة اليسيرة وكذا عندهما لو نكل
عن اليمين في كل حكم كان له ان يعود فيحلف ويسقط المال عن نفسه ولو كان اقرارا لم يملك الرجوع عنه والشيء اذا اجري مجرى الشيء لا يلزم كونه
مجرا مجراه من كل الوجوه وهل حكمه حكم صريح الاقرار عند ابي يوسف لا وعند محمد نعم وتظهر ثمرته فيما قال في الدعوى من رواية بشر بن الوليد عن ابي يوسف
لو ادعى دارا في يد رجل فانكر فنكل فقضى القاضي للمدعي بها ثم اقام المدعى عليه عليه البينة انه اشتراها من المدعي قال يسمع القاضي بينته ويرد الدار
عليه ولو اقام انه اشتراها من رجل آخر لا تقبل وقال محمد في رواية ابن سماعة لا تقبل في الوجهين والنكول بمنزلة الاقرار وابو يوسف يقول ليس بصريح
الاقرار فتقبل وفي الايضاح ان رد على الوكيل بغير قضاء يلزم خاصة سواء كان في عيب يحدث مثله او لا يحدث مثله لان هذا الفسخ عقد جديد في
حق ثالث والموكل ثالثهما انتهى يعني الفسخ الذي بلا قضاء وقوله وان قبله يعني المشتري الاول بغير قضاء القاضي بل برضاه لا يرده على بائعه
هذا هو الشق الثاني من ترديد المسئلة وحاصلها ان من اشترى عبدا او غيره فباعه فرد عليه بعيب بقضاء باحد الوجوه الثلاثة كان له ان يرده على
البائع الاول خلافا لزفر وان قبله بالتراضي ليس له ان يرده عليه لان الرد بالتراضي بيع جديد في حق الثالث والبائع الاول ثالثهما كان المشتري
الاول اشتراه من المشتري الثاني ولو اشتراه المشتري الاول من المشتري الثاني لم يكن له ان يرده على الاول فلا خصومة فكذا هذا وبهذا لو كان
على المشتري الاول في الدار شفعة فاسقط الشفيع حقه فيما باعه ثم رد بعيب في التراضي تجدد للشفيع حق الشفعة فان المشتري الاول اشترى ثانيا
ما باع فلا يكون له حق الخصومة في الرد ولا في الرجوع بالنقصان وقال الشافعي يرده اذا قبله بلا قضاء لان الرد بالعيب عنده يرفع العقد من اصله
نص عليه الشافعي فلم يتفاوت الرد بالرضا والقضاء ونحن بينا الفرق بانه بالقضاء فسخ وبالرضا بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما فان
قيل لما باشر بسبب الفسخ وهو النكول او الاقرار بالعيب يكون راضيا بحكم السبب فلا فرق بين القضاء والرضا في وجوب كونه بيعا في حق ثالث
اجيب بان المسئلة فيما اقر بالعيب وابى القبول فرد عليه القاضي جبرا فلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم الرضا وقد قدمنا ان معنى الاقرار الشهادة

الجامع الصغير ان رد عليه باقراره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا يتبين ان الجواب فيما يحدث
له وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول

عليه به ولانه اذا قبله بغير قضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه واستشكل على هذا الاصل وهو انه فسخ من الاصل مسائل احدها المبيع لو
كان عقارا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة ولو كان الرد بالعيب بالبينة فسخا من الاصل بطل حق الشفيع لبطلان البيع من الاصل والثانية
ما اذا باع امته الحبلى وسلمها فردت بعيب بقضاء ثم ولدت ولدا فادعاه ابو البائع لا تصح دعوته ولو كان الرد بقضاء فسخا من الاصل صحت
كما لو لم يبعها الابن فادعاه الاب والثالثة ما لو احال غريمه بالثمن على المشتري ثم رد المشتري بعيب بقضاء لا تبطل الحوالة ولو كان فسخا من
الاصل بطلت اجيب ببيان المراد وهو ان محمدا ذكر في مواضع ان بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما يستقبل
لا فيما مضى الا ترى ان من وهب مال الزكوة لرجل قبل الحول وسلمه اليه ثم رجع في هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكوة باعتبار ما مضى ولا يجعل
الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب في حق زكوة ما مضى من الحول وكذا الرجل اذا وهب دار الآخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها
لم يكن للواهب ان ياخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب وجعل كان الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له الاخذ بالشفعة واذا عرف هذا
الاصل خرجت المسائل المذكورة عليه اما الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذا المسئلة الثانية لان الا انما تصح دعوته
باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها بل يبقى ما كان من عدم ولاية هذه الدعوة وكذا المسئلة الثالثة لان
الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد في ابطالها ولان صحتها لا تستدعي عندنا دينا على المحال عليه ولهذا قال شيخ الاسلام قول القائل الرد بقضاء
فسخ وجعل العقد كان لم يكن متناقض لان العقد اذا جعل كان لم يكن جعل الفسخ كان لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم
العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل واذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه ولكن يقال العقد كان لم يكن على التفسير الذي
قلنا وفي بعض المواضع قيده بعضهم بما اذا كان المبيع من غير النقود اما منها فلا وذلك لمسئلة نقلها من المحيط في المنتقى ان من اشترى دينارا بدراهم
ثم باع الدينار من آخر ثم وجد المشتري الآخر بالدينار عيبا ورده على المشتري بغير قضاء فانه يرده على بائعه وذلك لمعنى وهو ان المبيعين ح يكون
معدومين لان المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المعيب ملك البائع فاذا رد على المشتري يرده بخلاف المبيعين في غير النقود كمسئلة الهداية فانهما
موجودان في ذلك فاذا قبله بدون القضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه واذن ما فيها من اطلاق المذكور بالنسبة الى موضع المسئلة غير
محتاج الى هذا القيد وقوله وفي الجامع الصغير الخ انما ذكره لان ظاهره بخلاف القدوري فانه لم يقيد المسئلة فيه بكون العيب لا يحدث مثله وقيدها في
الجامع حيث قال وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم فقال انما قيد به ليعلم انه كذلك فيما يحدث مثله بطريق اولى لانه
لما لم يكن من الرد فيما لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة والناقصة والسن الشاهية فامتناعه فيما يحدث مثله كالمرض والسعال والقروح مع احتمال
انه حدث عند المشتري اولى قال المص وفي بعض روايات البيوع اي بيوع الاصل ان كان فيما يحدث مثله يرجع يعني على البائع الاول اذا رده
بالتراضي للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول وقد فعلا بغير قضاء ما لو رفع الى قاض فعله لان الرد متعين في هذا فكان فعلهما كفعل القاضي
والمراد لا يحدث مثله مطلقا او في مدة كونه في ملك المشتري الاول الى رد المشتري الثاني قيل ووجه عامة الروايات ان هذا رد ثبت بالتراضي
فكان كالبيع الجديد ولا نسلم انهما فعلا عين ما يفعله القاضي لان الحكم الاصلي في هذا هو المطالبة بالسلامة وانما يصار الى رد العجز فاذا نقلاه الى
الرد لم يصح في حق غيرهما الا ترى ان الرد اذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره

قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشترى البينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب فدفع الثمن اولا لتعين حقه بأداء تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلعل يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به صونا لقضائه فان قال المشترى شهودى بالشام استحلف البائع ودفع الثمن يعنى اذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لان فى الانتظار ضررا بالبائع وليس فى الدفع كثير ضرر به لانه على حجته امّا اذا نكل لزم العيب لانه حجة فيه

فافترقا فافهم اكله فيما اذا كان الرد بالعيب من المشترى الثانى بعد قبضه اما اذا كان قبل قبضه فللمشترى الاول ان يرده على البائع الاول سواء كان بقضاء او بغير قضاء كما لو باع المشترى الاول للمشترى الثانى بشرط الخيار له او بيعا فيه خيار رؤية فانه اذا فسخ المشترى الثانى بحكم الخيار كان للمشترى الاول ان يرده مطلقا وعلمت ان الفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء قال فى الايضاح الفقه فيه ان قبل القبض له الامتناع من القبض عند الاطلاع على العيب فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض وولاية الدفع عامة فظهر اثره فى حق الكل ولهذا لا يتوقف على القضاء فما بعد القبض فموجب العقد قد تناهى الا ان حقه فى صفة السلامة قائم فاذا لم يسلم له ثبت له حق الفسخ فجاز من هذا ان حق الفسخ بالعيب ما ثبت اصلا لان الصفقة تمت بالقبض بل لغيره وهو استدراك حقه فى صفة السلامة وانما ظهر اثره فى حق الكل لانه ثبت بولاية عامة ولو كان بالتراضى ظهر اثره فى حقهما خاصة بخلاف الرد بخيار الرؤية والشرط لانه فسخ فى حق الكل لان حقه فى الفسخ ثبت اصلا لانهما يسلبان اللزوم فى اصل العقد فكان بالفسخ مستوفيا حقه وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولذا لا يتوقف على القضاء قوله ومن اشترى عبدا وقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشترى بينة على البائع ان العيب كان عنده وعند وقضى هذا التركيب انه اذا اقام هذا البينة يجبر على دفع الثمن وهو فاسد فقد ظهر الدين للثانى جبرا بهذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم البينة فيستلزم عدم الجبر انتهى ولا بد من تقدير اخر مع يحلف لان سماعه ليس معنى يحلف البائع بل سماعه يقتضى الحلف وليس يلزم من الطلب الحلف سماع الجبر على دفع الثمن بل اذا حلف وهو غير لازم بجواز ان ينكل فيستلزم عدم الجبر فعدم الجبر يثبت مع احدى صورتى التحليف كما يثبت مع اقامة البينة وقيل يقدر فعل عام يدخل تحته الغايتان اعنى الحلف واقامة البينة كهذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم به او بعده بان يحلف فيحلف او يقيم البينة ومنهم من اول لا يجبر ينتظر بدفع الثمن وانما قلنا انه لا يجبر على دفع الثمن اذا طلب البائع به فادعى هو عيبا لانه انكر وجوب الثمن بدعوى العيب فانه به انكر تعين حقه لان حقه فى السليم فلم يقبضه فما قبضه ليس معجبا دفع الثمن عليه ووجوب دفع الثمن انما لا يتعين حق البائع بازاء تعين حق المشترى فى المبيع ولم يتعين لانه السليم وقد انكره واورد عليه ان الموجب بالجر قائم والمانع هو قيام العيب وهو موهوم فلا يعارض المتحقق والجواب بمنع قيام الموجب لانه البيع للسليم او هو مع قبضه وهو نكره فهو محل النزاع وايضا فقد ثبت ما ادعاه فيودى الى نقض القضاء بدفع الثمن وصيانة القضاء عن النقض ينبغى ما امكن فلو ان المشترى قال شهودى بالشام شلا فامهلنى حتى احضرهم اكاتبك بكتاب حكمى من قاضى الشام لا يسمع ذلك بل يستحلف البائع ويقضى بدفع الثمن ان حلف وان نكل رد المبيع وانما قلنا هذا لان فى الانتظار بالبائع كثير ضرر لان التاخير الى غاية غير معلومة تجرى مجرى الابطال خصوصا بعد قبض مال البائع على وجه المعاوضة وليس فى الدفع كثير ضرر بالمشترى لانه على حجته اذ لان يقيم البينة بعد حلفه على البائع ورد المبيع ويسترد الثمن بخلاف ما لو قال شهودى حضور فان الامهال هنا الى المجلس الثانى ولا ضرر فى هذا القدر على البائع فيمهل ولو قال احضر حتى الى ثلاثة ايام امهلوا وليس لها ما ينفذ فيه القضاء ظاهرا فيما عند ابى حنيفة لان ذلك فى العقود والفسوخ ولم يتناكر العقد بل حقيقة الدعوى هنا على تقدير فالقضاء هنا بدفع الثمن الى غاية حضور الشهود بالمسقط وهذا صحيح فى قبول البينة بعد الحلف ولا خلاف فيه فى مسئلة اعنى اذا قال لى بينة غائبة او قال ليس لى بينة حاضرة ثم اتى ببينة تقبل

قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلف بالله تعالى لقد باعه وسلمه اليه وما ابق عنده قط كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتاوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع

واما اذا قال لا بينة لي فحلف خصمه ثم اتى ببينة في ادب القاضي تقبل في قول ابي حنيفة وعند محمد لا تقبل ولا يحفظ في هذا رواية عن ابي يوسف وفي الخلاصة من رواية الحسن عن ابي حنيفة تقبل وفي جمع النسفي في قبول البينة عن اصحابنا روايتان نعم تحليف البائع في مسئلة الكتاب يخالف ما في روضة القضاة اذا قال بينتي غائبة لم يحلف عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يحلف وكذا لو قال لي بينة حاضرة في المصر فاحلفه ثم اتى بها لا يحلف في قوله خلافا لابي يوسف وقوله اما اذا نكل لزم العيب لانه يعني النكول حجة فيه اي في ثبوت العيب وقيد به لان النكول ليس حجة في كل شيء اذ ليس حجة في الحدود والقصاص بالاجماع ولا في الاشياء الستة عند ابي حنيفة رح قوله ومن اشترى عبدا فادعى المشتري اباقا عنده وعند البائع فاراد تحليف البائع على عدم الاباق عنده لا يحلف حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده اي عند المشتري لانه ح يثبت العيب فتصح الخصومة فيه وانما لزم ذلك لان القول وان كان قوله اي قول البائع لكن لا يعتبر انكاره ولا يتوجه اليمين عليه الا بعد ثبوت قيام المدعي سببا للرد ومعرفته اي معرفة قيام العيب بالحجة عند انكاره وهذا في دعوى نحو الاباق مما يتوقف الرد فيه على وجود العيب عندهما اما في عيب لا يتوقف رد على عوده عند المشتري كولادة الجارية وكذا الجنون على خلاف المختار فلا وعرف ان معنى المسئلة ان يدعي اباقا فينكر قيامه في الحال فيحتاج الى اثباته اما لو اعترف البائع به فانه يسال عن وجوده عنده فان اعترف رده عليه بالتماس المشتري وان انكر طولب المشتري بالبينة على ان الاباق وجد عند البائع فان اقامها رده والا حلف بالله عز وجل لقد باعه وسلمه وما ابق عنده قط قال المص كذا قاله في الكتاب اي الجامع فان عبارته هكذا فاذا اقام على ذلك البينة استحلف البائع بالله لقد باعه وقبضه وما ابق قط قالوا وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي به او بالله ما ابق عندك قط كل من هذه العبارات حسنة بقيت عبارتان محتملتان وهما ان يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب او لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب قالوا لا يحلف كذلك لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد فاذا افرض حدوث العيب كذلك فحلف لقد بعته وما به هذا العيب كان بارا في يمينه واما بعته وسلمته وما به هذا العيب فكذلك لان هذه العبارة صادقة اذا كان حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فقد يكون حدوث العيب كذلك فيتاوله البائع في يمينه اي يقصد تعلق عدم العيب بالشرطين جميعا وهما البيع والتسليم على ظن ان صدقه لغة على تقدير قصده اليه يوجب بره شرعا وليس كذلك فان تاوله كذلك لا يخلصه عند الله تع من ذلك اليمين بل هي يمين غموس والاخصر مع الوفاء بالمقصود ان يحلف بالله ما ابق عندي قط ولو لم يجد المشتري بينة على وجود العيب عنده واراد تحليف البائع ما يعلم انه ابق عند المشتري يحلف على قولهما واختلف المشايخ في قول ابي حنيفة هل يحلف او يتحقق الخصومة او يتحقق العجز عن الخصومة فعن القاضي ابي الهيثم ان الخلاف مذكور في النوادر عنده لا يحلف وعندهما نعم وفي شرح الجامع الكبير للشيخ ابي المعين النسفي قال بعض مشائخنا منهم شيخ الامام ابو بكر محمد بن حامد لا خلاف في هذه المسئلة وتخصيص قولهما بالذكر لا يدل على ان قول ابي حنيفة بخلاف قولهما وانما يحلف على العلم لانه حلف على فعل الغير بخلاف حلفه على انه ما كان عنده فقيل لانه وان كان على فعل الغير لكن الحلف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا لم يكن الحالف مدعيا العلم به اما اذا كان مدعيا فلا الا ترى ان المودع اذا ادعى قبض المودع لها يكون القول له ويحلف على البتات مع انه فعل الغير وقيل ليس حاصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليمه سليما وهو قول الامام السرخسي والاول اوجه فان معنى تسليمه سليما ليس المراد منه السلامة في حال التسليم بل بمعنى سلمته والحال انه لم يفعل السرقة عندي فيرجع الى الحلف على قول الغير واورد على الاول مسئلتان احدهما لو باع رجلان عبدا من اخر صفقة واحدة ثم مات احدهما فورثه البائع الاخر ثم ادعى المشتري عيبا فانه يحلف في نصيبه بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم

وان لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليفه بالله ما علم انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف المشائخ على قول ابي حنيفة رح لهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض ان التحليف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب وانما تكلموا من اليمين عنه هاهنا تحليفا ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه قال رضي الله عنه اذا كان الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ

عند محمد رح انه يدعي العلم بانتفاء العيب الثاني اذ ارباع التفاوت فصار عبدا وغاب احدهما فادعى المشتري عيبا يحلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه وعلى العلم في نصيب الغائب مع ادعائه علمه بذلك كما قدمنا انتهى والوجه عندي ان ههنا اشكالا مانحن فيه على ما بين المسئلتين لا عكسه لان التحليف في نصفه على العلم وفي نصفه الاخر على البتات وهو واحد اعني العيب في ذات واحدة هو المشكل فالوجه ما ذكرناه والمسئلتان مشكلتان لانه ان علم بالعيب كان علمه بالنسبة الى النصفين وجهله كان ايضا كذلك الا ان يكون معنى المسئلة ان العبد كان عند كل من الشريكين مدة فيحلف هذا الوارث على البتات ما ابق عندي وعلى العلم ما علم انه ابق عند شريكي فليكن تحليفا ذلك وعلى هذا فلو لم تكن اقامة العبد الا عند هذا الشريك لا يحلف الا على البتات ويكتفي بذلك لان هذا غير معلوم فيحلف كما ذكروا ولو لم تكن اقامة الا عند الذي مات لا يحلف الا على البتات لان العقد اقتضى وصف السلامة واعلم انا ما قطعنا انه صار ابق عند البائع وابق عند المشتري ثم كان آبق عند آخر قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري ذلك واثبته يرد به لانه سبب للعقد وجب على هذا البائع التسليم ولو لم يقدر على اثباته لان يحلفه على العلم وكذا في كل عيب يرد بكره وجه قوله على تقدير الخلاف وهو ما قاله البعض ان التحليف انما يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب اذ الكل البائع عن اليمين علم وجود العيب عند المشتري يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه لانه بنكوله انزل مقام ابوجود العيب عند المشتري فتوجه الخصومة فيه فيحلف على انه ما وجد عنده الى اخر ما ذكرنا وقوله التحليف يترتب على دعوى صحيحة قيل لقيد ان البينة لا يلزم ترتبها عليها بل تكون الدعوى اصلا في المحدود وكذا على انه وكيل او وارث ولا الدعوى اصلا في غير هذه اولى وفي الكافي الاصح انه لا يحلف لان التحليف شرع امينا فيه الخصومة لا اثباتها وبهذا لو حلف البائع يحدث بينهما خصومة اخرى لا يكفي صنعف هذا الكلام فان توجه اليمين هو من الخصومة فيها فمتى خصومة لا تنتهي وكثيرا ما يترتب خصومات بعضها على بعض يكون منتهى بعضها مبدأ اخرى واما قوله في الوجه الخامس انما يترتب على دعوى صحيحة فنقول ان كان المراد بالصحيحة ما يستحق بها الجواب فهذه كذلك لانه اذا ادعى انه وجد عنده عيب في المبيع وقد وجد عند البائع فلا شك ان القاضي يطلب جوابه عن ذلك الا ترى الى قولهم فان اعترف ان الامر كذلك عليه ان انكر وجوده عنده وقد رفع وجوده عند المشتري فعلى المشتري البينة فان عجز عنها حلف الى اخره او اعترف بوجوده عنده وانكر وجوده عند المشتري وكل ذلك فرع الزامه بالجواب بعد هذه غيرهم لا يوجبون عليه اليمين على عدمه عنده حتى يثبت العقد الاولى وهو وجوده لان تحليفه على ذلك لا يفيد مقصود المشتري من الرد ان لم يثبت عوده عنده فلا يترتب عليه فائدة الا بعده فوجب تقديمه وكذا لو كان العيب حاكيا للرد وجوده عند البائع فقط كولادة الجارية وكونها ولدت عنده حلف عليه ابتداء غير متوقف على غير ذلك وبهذا ظهر ان لا فرق بين دعوى العيب ودعوى الدين في ان كلا منهما يستدعي جوابا بما يليق بالحال وان تكلف الفرق مع ضعفه بناء على ان الخصومة هناك تتجه قبل اثبات الدين وههنا لا تتجه الا بعد اثبات العيب غلط وانما هذه خصومة الغرض منها رد المبيع وتلك خصومة الغرض منها رد الدين وكل منهما يستدعي الجواب فكما ان له ان يجيب هنا بانكار العيب عند هما راسا كذلك له ان يجيب بانكار الدين راسا بمعنى انه لم يثبت قط ثم كما ان عليه ان يثبت دخول العيب في الوجود بالبينة او النكول كذلك عليه ان يثبت دخول الدين في الوجود كذلك واذا ثبت دخوله في الوجود طالبه برده اليه فكذلك في العيب بطالبه برد الثمن ورده اي المبيع فاذا تأملت لا فرق والله اعلم فالوجه ما قالا من الزام اليمين على العلم ونفي الخلاف كما ذكر البعض لانا دعى عليه معنى لو اقر به لزمه المال فعليه

قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا

اليمين لرجاء النكول وكونه بمجرد اليمين لا يثبت المال الا بعد يمين اخرى على وجوده عند البائع لا يضر لانه اذا توقف ثبوت الحق على امرين لم يكن بد من اثبات كل منهما ثم قال المصنف رح قال العبد الضعيف يعني نفسه اذا كانت الدعوى في اباق العبد الكبير يحلف البائع ما ابق عندي منذ بلغ مبلغ الرجال لانه عساه ابق عنده في الصغر فقط ثم بلغ عند المشتري بعد البلوغ وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم فلو الزمناه الحلف ما ابق عنده قط اضررنا به والزمناه ما لا يلزمه ولو لم يحلف اصلا اضررنا بالمشتري فيحلف كما ذكرنا وكذا في كل عيب يدعى ويختلف فيه الحال فيما بعد البلوغ وقبله بخلاف ما لا يختلف كالجنون وقد ظهر مما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في عيب الاباق ونحوه وهو كل عيب لا يعرف الا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا وبقي اصناف اخرى كذا ذكرها قاضي خان هي مع ما ذكرنا تتمة اربعة انواع الاول ان يكون عيبا ظاهرا لا يحدث مثله اصلا او من وقت البيع الى وقت الخصومة كالاصبع الزائدة والعمى والناقصة والسن الشاغية اي الزائدة فالقاضي فيها يقضي بالرد اذا طلب المشتري من غير تحليف للتيقن به في يد البائع والمشتري الا ان يدعي البائع رضاه به او العلم به عند الشراء او الابراء منه فاذا ادعاه سأل المشتري فان اعترف امتنع الرد وان انكر اقام البينة عليه فان عجز يستحلف ما علم به وقت البيع او ما رضي به ونحوه فان حلف رده وان نكل امتنع الرد والثاني ان يدعي عيبا باطنا لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال فان اعترف به عندهما رده وكذا اذا انكره فاقام المشتري البينة او حلف البائع فنكل الا ان ادعى الرضا فيعمل ما ذكرنا وان انكره عند المشتري يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يكفي والاثنان احوط فاذا قال ذلك يخاصمه في انه كان عنده الثالث ان يكون عيبا لا يطلع عليه الا النساء كدعوى الرتق والقرن والعفل والثيابة وقد اشترى بشرط البكارة فعلى هذا الا انه اذا انكر قيامه في الحال ارايت النساء والمرأة العدل كافية فاذا قالت ثيبا او قرنا ردت عليه بقولها عندهما كما تقدم واذا انضم اليه نكوله عند تحليفه غير ان القرن ونحوه ان كان مما لا يحدث يرد عند قول المرأتين هي قرنا بلا خصومة في ان ذلك كان عند البائع للتيقن بذلك كما في الاصبع الزائدة الا ان يدعي رضا فعلى ما ذكرنا وفي شرح قاضي خان العيب اذا كان مشاهدا وهو مما لا يحدث يؤمر بالرد وان كان مما يحدث واختلف في حدوثه فالبينة للمشتري لانه يثبت الخيار والقول للبائع لانه ينكر الخيار وهذا يعرف مما قدمناه ولو اشترى جارية وادعى انها خنثى يحلف البائع لانه لا ينظر اليه الرجال ولا النساء ولو وجد به عيبا فقال له البائع تبيعه قال نعم يلزمه لانه عرض على البيع ولو قال بعه فان لم يشتر رده علي فعرضه فلم يشتر سقط الرد ولو وجد البائع الثمن زيوفا فقال المشتري للبائع انفقه فان لم يرج رده علي فانفق فلم يرج رده استحسانا ولو كان ثوبا فقال هو قصير فقال البائع اره الخياط فانه قطعه والا رده ففعل فاذا هو قصير فله الرد اشترى لبيت كفنا ثم وجد به عيبا لا يرده ولا يرجع بالارش حتى يحدث به عيب مانع من الرد وفي القنية لو وجده معيبا فخاصم بائعه فيه ثم ترك الخصومة اياما ثم عاد اليها فقال له بائعه لم يسكت عن الخصومة مدة فقال لا نظر انه يزول او لا فله رده كذا في المجتبى قوله ومن اشترى جارية او غيرها من الاعيان وتقابضا فقبض البائع الثمن والمشتري الجارية فوجد بها المشتري عيبا فجاء لردها فاعترف البائع بما يوجب الرد الا انه قال بعتك هذه واخرى معها وانما يستحق على رد حصة هذه فقط لا كل الثمن وقال المشتري بعتنيها وحدها فاردد جميع الثمن ولا بينة لاحد فالقول قول المشتري لان هذا اختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض امينا كان او ضمينا لانه ينكر زيادة يدعيها عليه البائع ولان البيع الفسخ في المردود بالرد وذلك مسقط للثمن عن المشتري والبائع يدعي لنفسه بعض الثمن عليه بعد ما ظهر سبب السقوط والمشتري ينكر فالقول قوله وصار كالغصب اذا ادعى المغصوب منه انه غصبه هذا مع اخر او حدث

قال ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا فانه يأخذهما او يردهما لان الصفقة تكثر بقبضهما فيكون تفريقا قبل التمام وقد ذكرنا وجهه لان القبض لا شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد وكذا وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن ابي يوسف رحمه الله انه يرده خاصة والاصح انه يأخذهما او يردهما لان تمام الصفقة متعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه وكذا قبض احدهما ثم وجد بالآخر عيبا يرده خاصة فالتفريق هو الذي بينا ان الصفقة لا يرد بعضها بعد قبض جميعها الى الرد بالشبه قبل القبض في خيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب كما في خياري الرؤية والشرط لا بالتسليط على ما مر وبعد الواجب لا يعود جائزا بل يبقى لازما كما كان وقوله ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا فله رده كله او اخذه كله مراده بعد القبض لان الكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد لا يتبعض حكما حتى لو كان في احد طرفي الوعاء جيد وفي الآخر رديء فقبض احدهما ثم وجد بما قبضه عيبا كان له رد الجيد دون الآخر

فيه زيادة فائدة الصاحب فالقول قوله ولهذا اذا ادعيا على مقدار المبيع بان ادعى احدهما على ان المبيع جاريتان ثم قال البائع قبضتهما وانما استحق حصة هذه وقال المشتري لم اقبض من المبيع سوى هذه يكون القول قول المشتري لما بينا من ان القول قول القابض قوله ومن اشترى عبدين وثوبين ونحوها صفقة واحدة وقبض احدهما ووجد بالآخر الذي لم يقبض عيبا فانه بالخيار ان شاء اخذهما بجميع الثمن وان شاء ردهما وليس له ان يأخذ السليم ويرد المبيب بحصته من الثمن في هذه الصورة لان الصفقة انما تتم بقبضهما لانها انما تتم بقبض كل المبيع ولم يوجد فيكون رد احدهما وحده تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا اي كون رد احدهما بعد قبض احدهما فقط تفريقا للصفقة قبل تمامها بناء على ان تفريقها قبل القبض كتفريقها في نفس العقد فيما اذا قال بتكهما بالف فقال قبلت في هذا بخمسمائة وانما كان كذلك لان القبض لا شبه بالعقد لانه يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة ولانا اعني القبض هو كما اثبته العقد حتى ان الشهود بالاتلاف قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون المهر لانه كان على شرف الزوال بتمكينها ابن الزوج مثلا ونحوه فالشهود بشهادتهم اكدوا لزومه وحققوه وقيل في تمامه وحكم الشبه بحكم الشبه به قال الصلوة النار وعلى النجاسة حرام ولو صلى وبين يديه نار او بقربه نجاسة كان مكروها ليس تقبيلا بحيث قال ان ثبات الكراهة وانما يكون حكمه حكمه ولثبوت الحرمة بهذا اذا كان العيب في غير المقبوض فلو وجد العيب في المقبوض اختلفوا فيه يروى عن ابي يوسف انه يرده خاصة لان الصفقة تامة في المقبوض والصحيح انه يأخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فالم يقبض الكل لا تتم فيكون تفريقا قبل التمام وصار تمام الصفقة كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول الحبس دون قبض جميعه حتى لو بقي من الثمن درهم كان له ان يمنع جميع المبيع عليه ولو قال المشتري انا امسك العيب واخذ النقصان ليس له ذلك فاما لو كان قبضهما اعني العبدين ثم وجد باحدهما عيبا فان له ان يرده خاصة خلافا لزفر هو يقول فيما اذا في رد وحده تفريق الصفقة ولا يدري عن ضرر لان العادة ضم الجيد الى الردي لترويج الردي وفي الزامه العيب وحده الزام هذا الضرر فاستوى ما قبل قبضها وما بعده في تحقق المانع من رد وحده واشبه خيار الشرط والرؤية في ان الصفقة لا تتم اذا كان فيها احد الخيارين بهذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وقال القدوري في التقريب قال اصحابنا اذا اشترى عبدين صفقة واحدة فوجد باحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة وان كان قبل القبض رد هما وقال زفر يرد المعيب في الوجهين لان العقد صح فيهما والعيب وجد باحدهما فصار كما بعد القبض وذكر صاحب المختلف والمنظومة مثل ما ذكر القدوري على خلاف ما ذكر المصنف وشمس الائمة وهو محمول على اختلاف الرواية عن زفر ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض تتم في خيار العيب بخلاف خيار الرؤية والشرط والتفريق بعد التمام جائز شرعا بدليل انه لو استحق احدهما بعد القبض ليس له ان يرد الآخر بل يرجع بحصته المستحق على البائع مع انه تفرقة الصفقة على المشتري والضرر الذي لزم البائع جائز كذا تدليسه لما قدمنا من ان ظاهر ان البائع عالم بحال المبيع وصار كما لو سمى لكل واحد ثمنا او شرط الخيار في احدهما بنفسه ثم هذا فيما يمكن افراز احدهما دون الآخر في الانتفاع كالعبدين اما اذا لم يكن في العادة كنعلين او خفين او مصراعي باب فوجد باحدهما عيبا فانه يرده ما او يمسكهما لان الجمع لا نهاية في المعنى والصفقة كشيء واحد والمعتبر هو المعنى وفي الايضاح والفوائد الظهيرية ولهذا قال مشائخنا لو اشترى زوجي خف وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا وقد تلف احدهما الآخر بحيث لا يمكن رد بدونه لا يملك رد المعيب خاصة قوله ومن اشترى شيئا مما يكال كالحنطة والتمر او يوزن كالسمن والزعفران وغير ذلك فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله مراده اذا كان الاطلاع على العيب بعد القبض اما لو كان قبله فلا فرق

واستحق بعضه فله الخيار لانه في رد ما بقي لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك وهذا اذا كان بعد القبض فان كان قبل القبض يرد الجارية وتفرق الصفقة قبل التمام وان كان قد باعها الجارية التي استحقت في وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون

بين المكيل والموزون وغيرهما كالثياب والعبيد في انه يرد الكل او يحبس الكل بخلاف ما بعد القبض فانه يجوز رد العيب خاصة في غير المكيل والموزون دونهما وانما قلنا بعد القبض يرد الكل لان المكيل اذا كان من جنس واحد كالحنطة والشعير وهو كشيء واحد فان الانتفاع والتصرف لا يتحقق باحاد جبات الصبرة منفردة بل مجتمعة فكانت الاحاد المتعددة منها كالشيء الواحد ثوب او بساط ونحوه الا ترى انه يسمى المتعدد منه المجتمع باسم واحد كالكر والوسق والصبرة فلا يتمكن من رد البعض خاصة كما لا يتمكن من رد بعض الثوب بخلاف الثوبين والعبدين فانه بعد قبضهما يرد العيب خاصة لانهما شيآن حقيقة وتصرفا وانتفاعا لا يوجب افراد احدهما عن الآخر عيبا احترازا فيه قيل هذا يعني كونه يرد الكل اذا كان في عاء واحد اما اذا كان في وعاءين كما اذا اشترى عدلي حنطة صفقة فوجد باحدهما عيبا فانه يرد ذلك العدل خاصة كذا ذكره فخر الاسلام قال لان تمييز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب في المبيع فانه اذا كان مختلطا بالجيد يكون اخف عيبا مما اذا انفرد فلو رد كان مع عيب حادث عند المشتري بخلاف ما اذا كان في وعاءين فرد احدهما بعيبه فانه لا يوجب زيادة عيب قال الفقيه ابو الليث بهذا التأويل يصح على قول محمد خاصة واحدى الروايتين عن ابي يوسف لا على قول ابي حنيفة فانه روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة في المجردات رجلا لو اشترى عدلا من حنطة فوجد بعدل منها عيبا فاكل من الكل من جنس واحد ليس له ان يرد المعيب خاصة لان التمر اذا كان من جنس فهو بمنزلة شيء واحد وليس له ان يرد بعضه دون بعض وذكر الناطفي رواية بشر بن الوليد عن ابي يوسف رجلين من بلخ وسلتين من عفران وعلين من قطن والشعير وقبض الجميع له رد المعيب خاصة الا ان يكون احدهما اكثر من الآخر سواء فاما ان يرد الكل او يترك الكل فقد روايته كيف جعل التمر اجناسا مع ان الكل جنس التمر فعلى هذا يقيد الاطلاق ايضا في نحو الحنطة فانها لكون سعيدة بجيدة وهما جنسان تفاوتا ان في الثمن والتعيين يقيد اطلاق فخر الاسلام ان في الاعدال يرد المعيب خاصة بذلك اذا كان باقي الاعدال من غير ذلك الجنس اما هو منهم تحت جنسه بان يكون بعض الاعدال برنيا وبعضها بلديا فيرد ذلك خاصة اما اذا كان الاعدال من جنس واحد بان يكون كلها برنيا او بلديا او قراحيا او عراقية فيرد الكل او العبرة كالعدل الواحد وان كثرت بيان ذكرنا من وجه منع رد المعيب وحده فيما قوله ولو استحق بعضه اي بعض المكيل او الموزون فله الخيار للمشتري في رد ما بقي بل يلزمه ان يرد فانه لا يضره التبعيض وروي عن ابي حنيفة ان له رده وهو الصحيح وجه الظاهر انه لا يضره التبعيض لا في القيمة ولا في المنفعة اما في القيمة فان المدى القمح يباع على وزان ما يباع به الاردب والغرارة وما في المنفعة ظاهر فلا تضرر به بخلاف غيره فانه ان كان مما ينفصل يصير معيبا بتبعيضه فان الفصل من الثوب كالذراع اذا قوبل عليه في السوق لا تبلغ قيمته متصلا ما بقي الثوب وان كان مما لا ينفصل كالعبد يصير معيبا بعيب الشركة بخلاف المكيل لا تعيب بالشركة فانها ان شاركته في الحال فانتفع كل بنصيبه كما يجب ومؤنة القسمة خفيفة وقد تقوم بجيل عبدها وغلامها وقوله حالا الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة جواب عن سؤال هو انه ينبغي ان يكون له رد ما بقي في صورة الاستحقاق كيلا يلزمه تفريق الصفقة على المشتري المستحق عليه فاجاب بان تفريق الصفقة انما يمنع قبل التمام لا بعده وقد تحقق تمام هذه الصفقة حيث تحقق القبض ولم يظهر بعد ذلك الا الاستحقاق والاستحقاق لا يمنع تمامها لان تمامها برضا العاقد وقد تحقق لا برضا المالك يعني المستحق ولذا قلنا اذا اجاز المستحق لبدل الصرف ورأس مال السلم بعد افتراق العاقدين بقي العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضى العاقد لا المالك وقوله وهذا اي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض فلان رد الباقي تفرق الصفقة قبل التمام لان تمامها بعد الرضا بالقبض ولو كان المستحق ثوبا ونحوه كعبد وكتاب فله الخيار ولان التشقيص في الثوب عيب والشركة في العبد عيب فله الخيار بين رد الكل واتباع

ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا وان ركبها ليردها على بائعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف في عدل واحد واما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرنا ويكون رضا

وبقائه شريكا لا يقال ينبغي ان يثبت له خيار رد الكل لانه حدث عنده عيب بالاستحقاق اجاب بقوله وقد كان الخ اي هذا العيب اعني عيب الشركة كان ثابتا وقت البيع وانما تاخر ظهوره والظهور فرع سابقة الثبوت فلم يحدث العيب عند المشتري بل ظهر عنده فلم يمنع الرد بخلاف تمييز الجيد من الردي في المكيل اذا كان في وعاء واحد او كان صبرة فانه عيب حدث عنده فلا يمكنه الا رد الكل **قوله** ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا ونحوه من مرض او غير مرض فداواها او كانت دابة فركبها في حاجته اي حاجة نفسه وفي بعض نسخ حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصد الاستبقاء بخلاف خيار الشرط اذا ركب فيه مرة لحاجة نفسه او لبس الثوب مرة لا يكون سقطا للخيار لان ذلك الخيار للاختبار وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه لحاجته مرة والاستخدام مرة مسقطا له فصار جنس هذه المسائل ان كل تصرف من المشتري يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والارش فمن ذلك العرض على البيع والاجارة واللبس والركوب لحاجته والمداواة والرهن والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب بخلاف خيار الشرط فانه لا يسقط الا بالمرة الثانية لان الاولى للاختبار الذي لاجله شرع الخيار فلم تكن الاولى دليل الرضا اما خيار العيب فشرعيته للرد ليصل المشتري الى راس ماله اذا عجز عن وصف الجزء الفائت اليه فبالمرة الاولى فيه لا يصرفها عن كونها دليل الرضا صارف هذا بالاتفاق انما الخلاف فيما اذا اخر الرد مع القدرة عليه بالتراضي او بالخصومة بان كان هناك حاكم فلم يفعل ولم يفعل ما يدل على الرضا فعندنا لا يبطل خيار الرد منه وعند الشافعي يبطل والتقييد بحاجته لانه لو ركبها ليسقيها او يردها على بائعها او يشتري لها علفا فليس برضا وله الرد بعد ذلك اما الركوب للرد فانه سبب الرد فانه لو لم يركبها احتاج الى سوقها فربما لا تنقاد او تتلف مالا في الطريق للناس ولا يحفظها عن ذلك الا الركوب والجواب في السقي وشراء العلف محمول على حاجته الى ذلك فيهما لانها قد تكون صعبة ففي قودها ليسقيها او يحمل عليها علفها ما ذكرناه مع كونه قد يكون عاجزا من المشي او يكون العلف في عدل واحد فلا يتمكن من حمله عليها الا اذا كان راكبا فتقييده بعدل واحد لانه لو كان في عدلين فركبها يكون الركوب رضا ذكره قاضي خان وغيره ولا يخفى ان الاحتمالات التي ذكرنا في ركوبها للسقي انها لا تمنع الرد معها تجري فيما اذا كان العلف في عدلين ثم ركبها فلا ينبغي ان يطلق امتناع الرد اذا كان العلف في عدلين ولو اختلفا فقال البائع ركبتها لحاجة نفسك وقال المشتري لاردها عليك فالقول قول المشتري فاما لو قال البائع ركبتها للسقي بلا حاجة لانها تنقاد وهي ذلول ينبغي ان يسمع قول المشتري لان الظاهر ان المصوغ للركوب بلا ابطال حق الرد خوف المشتري من شيء مما ذكرنا لا حقيقة الجموح والصعوبة والناس يختلفون في تخيل اسباب الخوف فرب رجل لا يخطر بخاطره شيء من ذلك الاسباب وآخر بخلافه نعم لو حمل عليها علفا لغيرها كان رضا ركبها او لم يركبها **قوله** وجد بالدابة عيبا في السفر وهو يخاف على حمله حمله عليها ويرد بعد انقضاء سفره وهو معذور **قوله** ومن اشترى عبدا قد سرق عند البائع وعلى ما ذكرنا مما وقع في المطارحة لا فرق بين ان يسرق عند البائع او غيره ولم يعلم المشتري به اي بفعله السرقة لا وقت البيع ولا وقت القبض وسياتي فائدة هذا القيد فقطع عند المشتري فله ان يرده على بائعه ويأخذ الثمن كله منه عند ابي حنيفة رح هكذا في عامة شروح الجامع الصغير وبعض روايات المبسوط وفي جامع التمرتاشي وفي بعض روايات المبسوط يرجع بنصف الثمن ووفق بما ذكر في المبسوط حيث قال وعند ابي حنيفة رح يرجع بنصف الثمن لان القطع كان مستحقا بسبب كان عند البائع واليد من الادمي نصفه فينتقض قبض المشتري في النصف فيثبت للمشتري الخيار ان شاء رجع بنصف الثمن وان شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن كما لو قطعت يده عند البائع ولما ثبت الخيار بين رده وامساكه كان قول من قال يأخذ الثمن كله منصرفا الى اختياره رد العبد المقطوع وقول من قال يرجع بنصف الثمن

قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده ويأخذ الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد الجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة

متصرفا الى اختياره وامساكه وفي شرح الطحاوي للاسبيجابي لو قطعت يده بيد القبض الى آخر الصورة ان شاء رضي بالعبد الاقطع ورجع بنصف الثمن ومن شاء ترك وفي قول ابي يوسف ومحمد لا يرده ولكنه يرجع بنقصان العيب يقوم عبدا وجب عليه القطع وعبدا لم يجب عليه القطع ويرجع بازاء النقصان من الثمن الا اذا رضي البائع ان يرده فيرده ويرجع بجميع الثمن وح فلا يخفى ما في نقل المقتصر في جواب المسئلة كالمص ان له ان يرده يرجع بالكل وما في ما نقل في الحصر والمختلف فيما اذا قطعت يده عند المشتري لسرقة عند البائع ان يرجع بنصف الثمن من الايقاع في الالباس واقرب ما يظن انهما روايتان عنه لولا ما ظهر من الجواب المفصل ابتداء كما ذكرنا وعبارة الهداية اخف فانه قال فله ان يرده ويأخذ الثمن فانها لا تمنع ان له شيئا آخر لكن لا يجوز الاقتصار على هذا الا اذا كان ماله من الآخر المسكوت عنه متفقا عليه فاقتصر على محل الخلاف لكن الفرض ان الخلاف ثابت في الآخر وهو اذا امسكه فانه يأخذ النصف عنده وعندهما لا يرجع بالنقصان ويمسكه وقوله وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد عند البائع من قتل عمدا ورده ونحو ذلك يعني قتل عند المشتري ترجع بكل الثمن حتما وعندهما يقوم حلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن قال المص فالحاصل انه اي القتل والقطع اي ثبوته في العبد بمنزلة الاستحقاق ولو استحق كله رجع بالكل او نصفه كان بالخيار بين ان يرده الباقي ويرجع بالكل وبين ان يرجع بنصف الثمن ويمسك النصف فكذا هنا وعندهما ذلك بمنزلة العيب يعني في الحكم والا فهو عيب عندهما لا بمنزلة العيب وفي المبسوط فان مات العبد من ذلك القطع قبل ان يرده لم يرجع الا بنصف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة في يد البائع لينتقض قبض المشتري في النصف لهما ان الموجود عند البائع سبب القتل والقطع وثبوت سبب ذلك لا ينافي مالية العبد ولذا صح بيعه وعتقه ولو مات كان الثمن مقررا على المشتري وليس لولي القصاص حق في ماليته وكذا لو كان ولي القصاص يأبى شراء المشتري اياه صح شراؤه ولو كان له حق في ماليته لم يصح كما لو ابى المرتهن بيع عبد الرهن لم يصح لتعلق حق المرتهن بالمالية فعرف ان استحقاق العقوبة متعلق بآدميته لا بماليته والاستحقاق باعتبار المالية فلا يجري استحقاق استيفاء العقوبة مجرى الاستحقاق في الكل والبعض انما يذهب المالية بالقتل وهو فعل انشاه المستوفي باختياره في النفس بعدما دخل في ضمان المشتري وبه لا ينتقض قبض المشتري لانه يتعلق بالمال المبيع وينتقض باخذ المستحق له لان فيه من حيث هو مال فكان استيفاء العقوبة عيبا حادثا في يده فمنع الرد فيرجع بالنقصان وصار كما اذا اشترى حاملا لا يعلم بحملها وقت الشراء ولا وقت القبض فماتت عنده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وغير حامل ولفظة الى في قوله الى غير حامل ليس لها موقع وله ان سبب وجوب القطع والقتل وجد في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى سبب القطع والقتل وهو سرقته الكائنة في يد البائع وقطعه وصار موته مضافا اليه وقطعه وصار كان قطع او قتل عند البائع الذي عنده السبب وصار كالعبد المغصوب اذا رده الغاصب على مالكه بعدما جنى عند الغاصب فقتل عند المالك بها او قطع فانه يرجع على الغاصب بتمام قيمته او نصفها كما لو قتل عند الغاصب بجامع استناد الوجود الى سبب الوجوب الكائن عند الاول واذا كان كذلك فينتقض قبضه كما في الاستحقاق وصار سبب السبب بمنزلة علة العلة لفوات المالية فكان المستحق به كانه المالية الا انه لا يظهر اثر ذلك الا بحقيقة فعل الاستيفاء وقبله لا يتم في حق ذلك فتبقى المالية فيصح البيع ونحوه واما اذا قتل فقد تم ح الاستحقاق وبطلت المالية وظهر اثره في نقض القبض فيرجع كما ذكرنا وما ذكر من مسئلة موت الحامل ممنوعة على قول ابي حنيفة رح بل يرجع على قوله بكل الثمن قاله القاضيان ابو زيد وفخر الدين قاضي خان رح وان لم يذكر الخلاف في الكتاب البيوع من الاصل استدلالا بما ذكر من مسئلة في الجامع الصغير في الامة المغصوبة اذا حبلت عند الغاصب ثم ردت فولدت في يد المالك وماتت له

ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري قطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرد بدون رضاء البائع لعيب الحادث ويرجع بربع الثمن ان قبله فيما ثلثه ثلثا بأن لم يرض الا بهما ولو كان قد نصفه وقد تلفت بالخيانتين وفي يده الرجيع فينتصف وكذا لو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير يرجع البائع بنصفهما على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه وعلى البائع الاول بنصف العيب وقوله في الكتاب ولو يعلم المشتري يعتد على بعدهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يعتد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع

ان يضمن الغاصب جميع قيمتها فكذلك هنا عنده واختصر المصنف عليه وان سلمنا فمقول الموجود في يد البائع العلوق وانما يوجب انفصال الولد لا الهلاك ولا يفضي اليه غالبا بل الغالب السلامة فليس هنا وجوب يفضي الى الوجود فهو نظير موت الزاني من الجلد بخلاف المسئلة المتقدمة لان شرط صحته ان يرد وقد اخذها ولم يوجد فصار كما لو هلكت في يد الغاصب وهنا المحل لا يمنع من التسليم الى المشتري ثم ان تلف بعد ذلك بسبب كان الهلاك مستندا عند البائع فينتقض قبض المشتري فيه وان لم يكن مستندا لا ينتقض ونوقض بمسائل الاولى اذا اشترى جارية محمومة فلم يرد حتى ماتت عنده بالحمى لا يضاف الى السبب السابق حتى لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان مع ان موتها بسبب الحمى التي كانت عند البائع وثانيها اذا قطع البائع او غيره يد العبد ثم باعه ولم يعلم به المشتري فمات العبد منه عند المشتري يرجع بالنقصان لا بالثمن وثالثها ما اذا زوج امته البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم بالنكاح ثم وطيها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وان كان زوال البكارة بسبب كان عند البائع ورابعها لو زنى العبد عند البائع فجلد في يد المشتري فمات منه لا يرجع على البائع بالثمن وان كان موته بسبب كان عند البائع وخامسها لو سرق في يد البائع فقطعت عند المشتري فسرى القطع فمات يرجع بنصف الثمن لا بكله وان كان موته بسبب كان عند البائع وجب بان الجارية لا تموت بمجرد الحمى بل بزيادة الالم وذلك بسبب آخر عند المشتري لا في يد البائع فليس ما نحن فيه واما الثانية فلان البيع لما ورد على قطع البائع اولا اجنبي قطع سراية القطع لان السراية حق البائع فينقطع بيع من له السراية وفيما نحن فيه السراية لغير من كان البيع منه فيمتنع انقطاع السراية بالبيع واما الثالثة فان البكارة لا تستحق بالبيع حتى لو وجدها ثيبا لا يتمكن من الرد اذا لم يكن بشرط البكارة فهذا من باب عدم وصف مرغوب فيه لا من باب وجود العيب وعن الرابعة بان المستحق هو الضرب المؤلم واستيفاء ذلك لا ينافي المالية في المحل وموته بذلك الضرب انما هو لعارض عرض في يد المشتري وهو حرف الجلاد او ضعف المجلود فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حدا استحقادا ما الخامسة فقد تقدم جوابها من المبسوط قوله ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري قطع بهما اي بالسرقتين جميعا عندهما يرجع بالنقصان اي نقصان عيب السرقة الموجودة عند البائع وعند ابي حنيفة ليس له ان يرده بلا رضا البائع للعيب الحادث وهو السرقة عند المشتري والقطع بها كقولهما ولكن ان رضي البائع به كذلك رده ويرجع بثلاثة ارباع الثمن وان لم يرض به امسكه ويرجع بربع الثمن لان اليد من الآدمي نصفه في حق الاطلاق وقد تلفت بالسرقتين الكائنتين عندهما فيتوزع نصف الثمن بينهما نصفين فيسقط ما اصاب المشتري فيرجع بالباقي ان رده بان رضيه البائع وذلك ثلاثة ارباع الثمن وبربعه ان امسكه بان رضي البائع لان نصف النصف لزم المشتري فيسقط عن البائع وهذا لان البائع انما قبل ان قطع معيبا لما مر ان تحمل ما لزم المشتري من النقصان بالسبب لكائن عنده بل يتوزع النقصان عليهما كما في الغاصب للعبد اذا رد عنده ثم رده فسرق عند المالك فقطع بالسرقتين فانما يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة قوله ولو تداولته الايدي بعد ان سرق عند البائع ثم تداولته الايدي بعده ثم قطع عند الاخير بتلك السرقة رجع الباعة بعضهم على بعض بالثمن كما في الاستحقاق عند ابي حنيفة لان اجراءه مجرى الاستحقاق ولا يخفى ان هذا اذا اختار الرد لما مر ان حكم المسئلة عنده انه بالخيار بين ان يرده ويرجع بالكل او يمسكه ويرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن وعندهما يرجع الاخير الذي قطع في يده على بائعه بالنقصان ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب الذي رجع به الاخير فلا يرجع به على بائعه فانما لا يرجع على بائعه لانه بالبيع صار حابسا للمبيع مع كون الرد بالعيب علة ان يبيع المشتري

قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب سماه له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعد هذا وقال الشافعي لا يصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد و تمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفضية

المعيب حبس المبيع سواء علم بالعيب او لم يعلم فلا يمكنه الرد بعد ذلك وقوله في الكتاب اي الجامع الصغير ولم يعلم به يعني وقت البيع والا وقت القبض يفيد على قولهما لانه عيب والعلم بالعيب عند البيع او القبض مسقط للرد والارش وما عنده فيه روايتان في رواية كقولهما فلا يرجع اذا علم باستحقاق يده او نفسه قال الله تعالى الشمس الائمة الصحيح انه يرجع وان علم بسبب قبضه اذا باعه ورد عليه وقت البيع او القبض لان هذا بمنزلة الاستحقاق من وجه والعيب من وجه فلشبهه بالاستحقاق قلنا يرجع بكل الثمن اذا لم يعلم به ولشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم بشيء علا بالشبهين ونظر فيه بعضهم لان هذا عيب لانه سوجب لنقصان الثمن وكونه اجرى مجرى الاستحقاق لا يخرجه عن كونه قوله ومن باع عبدا الخ ليس العبد يقيد فان البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره ويبرأ البائع به من كل عيب قائم وقت البيع معلوم له او غير معلوم ومن كل عيب يحدث الى وقت القبض ايضا خلافا محمد في الحادث واجمعوا ان البيع لو كان يشرط البراءة من كل عيب به لا يدخل الحادث بعد القبض في البراءة والشافعي قول كقولنا وقول انه لا يبرأ من عيب اصلا وقالها وهو الاصح ويروى عن مالك يبرأ البائع في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه لما روى ان ابن عمر رضي الله عنه باع عبدا من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجد زيد به عيبا فاراده فلم يقبله ابن عمر فترافعا الى عثمان رضي الله عنه فقال عثمان لابن عمر رضي الله عنه تحلف انك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده عليه والفرق ان كتمان المعلوم يمين بخلاف غير المعلوم واما في غير الحيوان فلا يبرأ من عيب ما فذكر المصنف خلافه مطلقا وهو احد قوليه قال وهو بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا تصح فغلب الخلاف في المبنى فقال هو يقول في الابراء معنى التمليك لهذا يرتد بالرد حتى لو ابرأ من له الدين مديونه فرده المديون لم يبرأ وكذا لا يصح تعليق الابراء لما فيه من معنى التمليك وتمليك المجهول لا يصح ولانه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر لانه لا يدري ان البيع على اي صفته هو ولانه شرط على خلاف مقتضى العقد لان مقتضاه سلامة المبيع فهو كشرط عدم الملك ولنا ان الابراء اسقاط محض تم بلا قبول كالطلاق والعتاق بان طلق نسوته او عتق عبيده ولا يدري كم هم ولا اعيانهم كان ورث عبدا في غير بلده او زوجه وليه صغيرا فبلغ وهي في غير بلده ولان الابراء يصح تعليقه الاجماع بلفظ الابراء ويصح الابراء بلفظ الاسقاط كان يقول اسقطت عنك ديني عليك والاسقاط لا يطله جهالة الساقط لان جهالته لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك فاظهرنا اثره في صحة رده وعدم تعليقه بالشرط فانتفى المانع ووجد المقتضي وهو تصرف المعاقل البالغ باسقاط حقوقه بخلاف تمليك فان جهالة الملك فيه تمنع من التسليم فلا يترتب فائدة التصرف عليه اما الاسقاط فان الساقط يتملاشى فلا يحتاج الى تسليم نظيره ان المبطل تمليك المجهول ليس لجهالة بل لعدم القدرة على التسليم ولذا جاز بيع قفيز من صبرة وانما امتنع بيع شاة من قطيع لمنازعة في تعيين التسليم للتفاوت واما عدم الصحة في قول ابرأت احدكما فلجهالة من له الحق كما لا يصح قوله لرجل على الف وصح لفلان على شيء ويلزم بالتعيين على ان من المشايخ من اجاز هذا والزمه بالتعيين كطلاق احدى زوجتيه وجه المختار ان الطلاق بعد وقوعه لا جهالة فيه وكذا العتاق لمن له الحق لانه اسقاط وكذا القصاص على ابطاله لم يطل ويدل على ما قلنا حديث علي بن ابي طالب حين بعثه صلى الله عليه وسلم ليصالح بين بني خزيمة وذلك انه صلى الله عليه وسلم بعث اليهم خالد بن الوليد فقتل منهم قتلا بعد ما اعتصموا بالسجود فدفع صلى الله عليه وسلم الى علي رضي الله عنه الاموال فاخذها حتى سبلغته الكلب وبقي في يده مال فقال هذا لكم عما اتلفتم ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فشربه وهو دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة وروي ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواريث درست فقال صلى الله عليه وسلم استهما وتوخيا الحق وليحلل كل واحد منكما صاحبه وفيه اجماع على الصلح لان من حضره الموت في كافة الاعصار استحل من معامليه من غير نكير والمنسي الفقهي ما ذكرناه والمرجوع اليه علما ليهام خلاف الثابت

ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف رح وقال محمد رح لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رح لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف رح ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

الثابت ومنه ولد الغرة لانه زيادة تابعة تتبع وجها ولبست حرة وحين شرط البراءة من العيوب فقد نبهه على ابهام العيوب وبقائه في يده بها ظلم لغره وقوله شرطا ينافي مقتضى العقد وهو السلامة قلنا يوافق مقتضاه وهو اللزوم وكيف والسلامة مقتضاه ان اراد العقد المطلق سلمناه والمقيد بشرط البراءة من العيوب ان كانت مقتضاه والا لزم ان لا يصح شرط البراءة من العيوب المسماة ان ظهرت وجوازه اتفاق وقوله ويدخل في هذه البراءة يعني البراءة المذكورة في الكتاب فان الاشارة اليها وهي البراءة من كل عيب واحترز بالاشارة المذكورة عن البراءة من كل عيب به وقد ذكرنا انه لا يبرأ عن العيب الحادث بالاجماع والمراد بقوله في قول ابي يوسف ظاهر الرواية عنه وهو قول ابي حنيفة وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر والحسن بن زياد والشافعي ومالك ورواية عن ابي يوسف لان البراءة تتناول الثابت فتنصرف الى الموجود عند العقد فقط ولابي يوسف ان الملاحظ هو المعنى والغرض وسلم ان الغرض من هذا الشرط الزام العقد باسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة ليلزم على كل حال ولا يطالب البائع بحال وذلك بالبراءة عن كل عيب يوجب المشتري الرد والحادث بعد العقد كذلك فاقتضى الغرض المعلوم وخوله وادوردانه ذكر في شرح الطحاوي انه لو صح بالبراءة من العيب الحادث لم يصح بالاجماع فكيف يصح عن ابي يوسف او خال الحادث بالتخصيص وهو مع التنصيص عليه باطله اجيب بمنع انه اجماع بان في الذخيرة اذا باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند ابي يوسف خلافا لمحمد وذكر في المبسوط في موضع آخر لا رواية عن ابي يوسف بنائه الغرض على البراءة من كل عيب حادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عنه باعتبار انه يقسم بالسبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد ولئن سلمنا فالفرق ان الحادث يدخل تبعا لتقرير عرضها وكم من شئ لا يثبت مقصودا ويثبت تبعا ولو اختلفا في عيب انه حادث بعد العقد او كان عنده لا اثر لهذا عند ابي يوسف وعند محمد القول قول البائع مع يمينه على العلم انه حادث لان بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة وثبوت حق الفسخ بعيب حدث باطل فاذا ادعى ابطالا يزيل به ظاهرا لا يصدق الا بحجة وعند زفر القول للمشتري لانه هو المسقط لحقه فالقول في بيان ما اسقط قوله فروع مبهما في الدراية شرط البراءة من كل عيب به او حض ضريا من العيوب لم تتصرف الى الحادث بالاجماع ويصح تخصيصه ولو شرطها من عيب واحد كشجة فحدث عنده اشد منه عيب او مات فاطلع على عيب آخر كشجة اخرى فاراد ان يرجع بالنقصان لامتناع الرد بالعيب الحادث اعتبر ابو يوسف نفع حصول البراءة للبائع فجعل الخيار في تعيين العيب الذي يرد به اليه وجعله محمد للمشتري فيرد بايهما شاء والاشبه ان هذا اذا لم يعين الشجة المبرأ منها عند البيع بل ابرأه من شجة به او عيب ولو ابراه من كل خائنة وهي السرقة والاباق والفجور وكذا روي عن ابي يوسف ولو ابراه عن كل داء فمن ابي حنيفة الدارمائي الباطن في العادة وما سواه يسمى مرضا وقال ابو يوسف يتناول الكل وتقدم اول الباب ذلك في جميع التفاريق قطع الاصبع عيب ولا صبعين صيان الا صبعا مع نصف الكف عيب واحد فلو قيل في الثوب بيوب بيسير من الخرق وتدخل الرقعة والرقوب بيسير من كل سن سود اتدخل الحمرة والخضراء ومن كل نوع تدخل دلالة العرف العامية وفي المحيط ابرأتك من كل عيب بعينه فاذا هو اعور لا يبرأ لانه عدمها لا عيب بها ولو قال انا بريء من كل عيب الا باقه بري من من اباقه ولو قال الا باق فله الرد بالاباق ولو قال انت بري من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك ولو قال المشتري ليس به عيب لم يكن اقرارا بانتفاء العيب حتى لو وجد به عيبا رده ولو عين فقال ليس بابق صح اقراره ولو وجد به عيبا فاصطلحا على ان يمسكه او يحط دينارا جاز ولو وضعه المشتري ليرد لم يجز لانه ربا وزوال العيب يبطل الصلح فيرد على البائع ما يعدل او حط اذا زال ولو زال بعد خروجه عن ملكه لا يرد ولو صالحه بعد الشراء من كل عيب بدرهم جاز وان لم يجد به عيبا ولو قال اشتريت ملك العيوب لم يجز وحذف الحروف او نقصها او النقط او الاعراب في الصحف

باب البيع الفاسد

واذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير وكذا اذا كان غير مملوك كالحر قال العبد الضعيف هذه فصول جمعها فيها تفصيل نبينها ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشائخ لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع.

عيب ولو وجد به عيبا فاصطلحا على ان يحط على عشرة وياخذ الاجنبي بمقدار المحطوط ورضي الاجنبي بذلك جاز وجاز حط المشتري دون البائع ولو قصر المشتري الثوب فاذا هو متخرق وقال المشتري لا ادري تخرق عند القصار او عند البائع فاصطلحوا على ان يقبله المشتري ويرد عليه القصار درهما والبائع درهما جاز وكذا لو اصطلحا على ان يقبله البائع ويدفع له القصار درهما ويترك المشتري درهما قيل انه غلط وتاويله ان يضمن القصار للمشتري ثم يدفع المشتري ذلك الى البائع وفي المجتبى ادخل المشتري القدوم في النار احد المنشار او حلب الشاة او البقرة لم يرد سواء كان في المصراة او غيرها وفي المصراة يرد وقلة اللبن عيب عند الشافعي ومالك واحمد وزفر ورواية عن ابي يوسف والمصراة شاة ونحوها شد ضرعها ليجتمع لبنها ليظن المشتري انها كثيرة اللبن فاذا حلبها ليس له ردها عندنا وهل يرجع بالنقصان في رواية الكرخي لا وفي رواية شرح الطحاوي يرجع لفوات وصف مرغوب فيه بعد حدوث زيادة منفصلة وقيل لو اختيرت هذه للفتوى لكان حسنا لغرور المشتري بالتصرية ولو اشتراها بقول البائع هي حلوب فهي جيدة ثم ظهر انها ليست بحلوب ولو وجد بها عيبا ثم اطلع على عيب يمتنع الرد والرجوع بالارش عند محمد وعند ابي يوسف يرجع بالارش ولو اشترى ضيعة مع غلاتها فوجدها معيبة ردها في الحال لانه ان جمع غلاتها فهو رضا وان تركها يزداد العيب فيمتنع الرد.

باب البيع الفاسد البيع جائز وغير جائز والجائز ثلاثة انواع بيع الدين بالعين وهو السلم وبيع العين بالعين وهو المقايضة وبيع العين بالدين وهو البيع المطلق وغير الجائز ثلاثة باطل وهو بيع ما ليس بمال كالخمر والمدبر والمعدوم كالسمن في اللبن وغير مقدور التسليم كالآبق والموقوف حصره في الخلاصة في خمسة عشر بيع العبد والصبي المحجورين وبيع غير الرشيد وتوقف على اجازة القاضي وبيع المرهون والمستاجر وما في مزارعة الغير يتوقف على اجازة المرتهن والمستاجر والمزارع فلو تفاسخا الاجارة او رد الرهن لو قال او ابرا لزمه ان يسلم للمشتري وكذا بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري يتوقف على اجازة المشتري وقبل القبض في المنقول لا ينعقد اصلا حتى لو تفاسخا لا ينعقد وفي العقار على الخلاف المعروف وبيع المرتد عند ابي حنيفة والبيع برقمه وبما باع فلان والمشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس ويثبت فيه خيار المجلس ومثل بايع الناس بيع المالك المغصوب ذكره محمد ان اقر الغاصب او جحد وللمغصوب منه بينة تم البيع وبيع مال الغير ولنتمم ما يتعلق بالمرهون والمستاجر والمغصوب ذكر انه اذا بيع المرهون والمستاجر الى الراهن والموجر فسخا او غيره تم البيع وكذا ان اجاز المستاجر والمرتهن فان لم يجز فطلب المشتري من الحاكم فسخ العقد ففسخه وللمشتري الخيار اذا لم يعلم بالرهن والاجارة وقت البيع وكذا ان علم عند محمد وعند ابي يوسف ان علم ليس له حق الفسخ قيل ظاهر الرواية قول محمد وقيل في قول ابي يوسف وليس للمستاجر حق فسخ البيع بلا خلاف وفي المرتهن خلاف المشائخ وليس للراهن والموجر حق الفسخ ولو هلك المغصوب قبل التسليم انتقض البيع وهو الاصح وقيل لا لانه اخلف بدلا وروى بشر عن محمد وابن سماعة عن ابي يوسف انه يجوز ويقوم المشتري مقام المالك في الدعوى وعن ابي حنيفة روايتان وتقدم ان المزارعة والاجارة سواء كان البذر منه او لا فان اجاز فلا اجر لهما وفي النوازل فلو اجازه المزارع فكلا النصيبين للمشتري وكذا في الكرم وان كانت الارض فارغة في المزارعة ولم تظهر الثمار في الكرم جاز البيع وبه اخذ المرغيناني ذكره في المجتبى ثم وجه تقديم الصحيح على الفاسد انه للتوصل الى تمام المقصود سلامة الدين التي لها شرعت العقود ويندفع التغالب والوصول الى دفع الحاجة الدنيوية وكل منها بالصحة واما الفاسد فعقد مخالف للدين ثم ان نفع الملك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد تمامه اذ لم ينقطع به حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن اذ لكل منهما الفسخ بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد في قوله باب البيع الفاسد وفي قوله اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد مستعمل في الاعم من الفاسد فالباطل فالشارحون على ان ذلك الفاسد اعم من الباطل لان الفاسد غير المشروع بوصفه

(١) قوله يجوز ان يكون المراد ... الموقوف على اجازة الغير

وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قبل بالدين كالدراهم وأبى فالبيع باطل وإن كان قبل بعين والبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وإن كان يملك ثمن المضمون والخنزير وجه الفرق أن الخمر مال ولكن الخنزير ليس بمال لأنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانته وترك إعزازه في تملكه بالعقد فصار الإعزاز لله هكذا ذكر في شرح الطحاوي ثم بالإسلام غير مضمون ولكن فيها وسيلة لما أنها بحق الذمة وأما المضمون الخمر فسقط التقوم أصلا بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر معتبرا لأن مشتري الثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه إعزاز الثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا أن تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا إذا باع الخمر بالثوب لأنه يعتبر شراء الثوب بالخمر كونه مقابضا

بل باصله والباطل غير المشروع بواحد منهما ولاشك ان يصدق على غير المشروع بواحد منهما انه غير مشروع بوصفه وهذا يقتضي انه يقال تحقيقة على الباطل لكنه الذي يقتضيه كلام الفقه والاصول انه بيانيه فانهم قالوا ان حكم الفاسد افادة الملك بطريقه والباطل لا يفيده اصلا تعاملوه به واعطوه حكما بينا حكمه وهو دليل تباينهما وايضا فانه ماخوذ في مفهومه اولازم انه مشروع باصله لا وصفه وفي الباطل غير مشروع باصله وبينهما تباين فان المشروع باصله وغير المشروع باصله تباينا فكيف يتصادقان اللهم الا ان يكون لفظ الفاسد مشتركا بين الاعم والاخص المشروع باصله لا بوصفه في العرف لكن يجعله مجازا عرفيا في الاعم لانه جزء من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوي ولذا وجه بعضهم الاعمية بانه يقال للحم اذا صار بحيث لا ينتفع به للاكل والسوس لبطل اللحم واذا انتن وهو بحيث لا ينتفع به فسد اللحم فاعتبر في اللغة ولذا ادخل بعضهم ايضا في البيع الفاسد لشمول المكروه لانه فات وصف الكمال بسبب وصف مجاور ثم الفساد بالمعنى الذي هم الباطل ثبت باسباب منها الجهالة المفضية الى المنازعة في المبيع او الثمن فخرج نحو جهالة كيلة قفزان الصبرة وعدد الدراهم فيما اذا بيع حبة طعام بصبرة دراهم وبعدم ملك البيع للبائع والفساد بمعنى البطلان الا في التسليم او مع الملك لكن قبل قبضه ومنها العجز عن التسليم او التسليم الا بضرر كجذع من سقف والغرور كضربة القابض والشرط الفاسد بخلاف الصحيح قد دخل فيه صفقتان في صفقة ليبيعه كذا على ان يبعني لان او الاتباع مقصود كحمل الجملة تدخل في عدم الملك واما الاوصاف كاليه شاة حيث يرجع الى ما في تسليمه ضرر اذ لا يكون شرعا الا مدبحها او في قطعها حيث عجز عن التسليم لانها تصير ميتة يبطل بيعها وكون المبيع من البائع بما هو من جنس ثمن المتاع به وهو ما قل منه قبل نقد الثمن وعدم التعيين في بيع كبيع ذا القفيز حنطة او شعير مشترك بدخول في جهالة الثمن **قوله** اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان احدهما غير مملوك كالحر هذا لفظ القدوري وقد ذكرنا ان لفظ فاسد لا يراد به ما هو اعم من الباطل لان احد العوضين يصدق على كل من المبيع والثمن اما حقيقة او تغليبا كما قيل بناء على ان العوض خاص بالمبيع لانه يراد به العوض ولاشك ان المبيع اذا كان محرما فان كان مالا فالبيع باطل كالخمر وكذا الثمن اذا كان محرما كالميتة فهو باطل فلذا قال المصنف رحمه هذه فصول جمعها اي في حكم واحد وهو الفساد والواقع ان فيها تفصيلا يعني ليس كلها فاسدا فان منها ما هو باطل وهذا ما يبين لك ان المعروف في عرف فقهائنا التباين بين الفاسد والباطل فان الاعم لا ينفي عن الاخص قال فقول البيع بالميتة والدم باطل لا فاسد مجمع على الاصطلاح وكذا بالحر بان يحمل الميتة او الحر ثمنا للثوب مثلا وذلك لانعدام ركن البيع الذي هو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد يعني من المسلمين سماوي فلذا كان البيع بالحر باطلا وان كان مالا عند بعض الناس واما البيع بالخمر والخنزير فلعدم وجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه اي كل من الخمر والخنزير مال عند البعض وهم اهل الذمة كما سيصرح به في وجه الفرق حيث قال مال عند اهل الذمة لهما عندهم وهذا من المصنف لتقارب المالية عندنا بالكلية في شرعنا وهو كذلك غاية الامر ان الاصطلاح على تسمية البيع ثمن هو مال في بعض الاديان فاسدا وبالميس مالا في دين سماوي باطل وهذا اسهل واما الاشكال في جعل حكمة الملك تلتا فيه فنظر ذكره الشيخ احمد تعالى ثم قال اما بيع الخمر والخنزير يعني اذا جعلا بيعا فان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قبل التعيين كبيع الكف الحنطة فالفساد والفرق ان الخمر مال في الجملة في شرع ثم امر بانهائها في شرع نسخ الاول وفي تملكه بالعقد مقصودا اعراض

قال وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عم اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي وقد ذكرناه في العتق

حيث اعتبر المقصود من تصرف العقلاء بخلاف جعله ثمنا واذا بطل لكون الخمر مبيعا فلان يبطل اذا جعل الميتة والحر مبيعا اولى ومقتضى هذا ان يبطل في المقايضة بطريق اولى لان كلا منهما مبيع لكن لما كان كلا منهما ثمنا ايضا كما ان كلا منهما مبيع ثبت صحة اعتبار الثمنية والمبيعية في كل منهما فاعتبر الخمر ثمنا والثوب مبيعا والعكس وان كان ممكنا لكن لا يرجع في هذا الى الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصحيح تصرف العقلاء المكلفين باعتبار الاعزاز للثوب مثلا فيبقى ذكر الخمر معتبر الاعزاز الثوب لا الثوب للخمر ووجبت قيمة الثوب لا الخمر ولا فرق بين ان يدخل الباء على الثوب او الخمر في جعل الثوب المبيع وجه البطلان في بيع هذه الاشياء النص لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله تعالى ثلثة انا خصمهم يوم القيمة رجل اعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فاكل ثمنه ورجل استاجر اجيرا فاستوفى منه ولم يعطه اجره معنى اعطى بي اعطى ذمة من الذمات ذكره في صحيح البخاري وقوله صلى الله عليه وسلم في الصحيح لعن الله الخمر الى ان قال وبائعها وفي الصحيحين لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها فاكلوا ثمنها وحديث ان الله تعالى اذا حرم شيئا حرم ثمنه واما الاجماع فظاهر ثم المراد بالميتة التي يبطل العقد بها وعليها التي ماتت حتف انفها اما المنخنقة والموقوذة فهي وان كانت في حكم الميتة شرعا فانا نحكم بجوازها اذا وقعت بينهم لانها مال عندهم كالخمر كذا ذكره المص في التجنيس مطلقا عن الخلاف وفي جامع الكرخي يجوز بينهم عند ابي يوسف خلافا لمحمد وجه قول محمد رح ان احكامهم كاحكامنا شرعا الا بعد ما استثني بعد الامان والذي استثنى الخمر والخنزير فيبقى ما سوى ذلك على الاصل واتفق الرواة عن ابي حنيفة ان بيع الاشربة المحرمة يجوز الا الخمر ومنعا جواز كل ما حرم شربه وثبوت الضمان على القولين فرع الاختلاف في جواز البيع وقوله في الذخيرة في المنخنقة ونحوها البيع فاسد لا باطل صحيح لانها وان كانت ميتة عندنا فهي مال عند اهل الذمة فيجب ان البيع فاسد فكانت كالخمر ثم الباطل لا يفيد ملك التصرف لو هلك المبيع في يد المشتري فيه اي في البيع الباطل يكون امانة عند بعض المشائخ وهو ابو نصر احمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة ان العقد غير معتبر فبقي مجرد القبض باذن المالك وذلك لا يوجب الضمان وعند البعض كشمس الائمة السرخسي وغيره يكون مضمونا بالمثل او القيمة وهو قول الائمة الثلاثة لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كالخلاف الكائن بينهم في ام الولد والمدبر اذا بيعا فماتا عند المشتري لا يضمنهما عند ابي حنيفة وعندهما يضمنهما والمقبوض على سوم الشراء هو الماخوذ يشترى مع تسمية الثمن بلا ابرام بيع كان يقول اذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة فاذا هلك ضمن قيمته فاذا ضمن هذا مع انه لم يوجد فيه صورة العلة فلان يضمن فيما نحن فيه مع انه وجد ذلك اولى ولمن يفسر المروي عنه من عدم الضمان ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء ان قلت انه عند صحة كون المسمى ثمنا كالدراهم على ما ذكرنا من قوله ان رضيته اشتريته بعشرة سلمناه وهو منتف في تسمية المحرم كالخمر وان قلت عند التسمية مطلقا منعناه فيجب تفصيل وهو انه ان كان البطلان لعدم مالية الثمن اصلا لا يضمن وان كان لعدم المبيع كما لو باعه على انه ياقوت فاذا هو زجاج بثمن صحيح دراهم مثلا فقبضه يصير مضمونا والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اذا كان القبض باذن المالك باتفاق الروايات فيملكه ويصير مضمونا عليه بالمثل ان كان مثليا او القيمة وكذا اذا قبضه في مجلس العقد بغير اذنه على الصحيح وفي غير مجلس العقد هل يملكه سياتي تمام هذه المسائل في احكام البيع الفاسد وكذا الخلاف في ان المملوك التصرف او العين ووجه لزوم القيمة وما عليه من الاشكال وقوله وما فيه اي في ثبوت الملك بالقبض في البيع الفاسد خلاف الشافعي وكذا مالك واحمد باعتبار ان الفاسد هو عندهم الباطل وسيبينه المص في فصل احكام البيع الفاسد اي يبين الوجه من الجانبين قوله وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب

قال وان ماتت ام الولد او المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحه وقالا عليه قيمتها وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المدبر وام الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع وهو الكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب لتعذر الجمع بينهما في البيع حتى انفسخ البيع فيما اذا ابطل تحكيم البيع فيما فصار كحال المشتري لا يدخل تحت حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول تبعا لمن ضم اليه كذا هذا

فاسد وهذا لفظ القدوري قال الصدر سناه باطل لان استحقاق الحرية بالعتق ثابت لكل منهم بجهة لازمة على المولى بقوله صلى الله عليه وسلم في ام الولد احتقها ولدها واقل ما يقتضيه هذا اللفظ ثبوت استحقاقها العتق على وجه اللزوم وتصحيح التدبير شرعا والصحيح يوجب انتقال التدبير بسبب العتق في الحال لانتفاء اهلية الاعتاق عن السيد بعد موته والاجماع على عتقه بعده بذلك اللفظ فكان ذلك اللفظ سببا للعتق في الحال والمكاتب يتحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى حتى لا يملك فسخ الكتابة فلو ثبت الملك للمشتري بالبيع بطل ذلك كله فلا يجوز البيع وما لا يفيد الملك من البيع فهو باطل وذكر في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال مرسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد من غير الثلاث وقال الله تعالى في دين وحديث اعتقها ولد اقدم في حديث الاستيلاد واذا كان اقل ما يوجبه هذا اللفظ ثبوت استحقاق الحرية على وجه لازم فالمجاز مراد فيه بالاجماع ولو رضي المكاتب فهذا بيان والاظهر جواز بيعه وتفسخ الكتابة في ضمنه لان اللزوم كان لحقه وقد رضي باسقاطه والمراد بالمدبر المدبر المطلق وتقدم خلاف الشافعي رحه في جواز بيعه في كتاب العتاق اما المقيد فجواز بيعه اتفاق واستشكل حكم المصنف بان بيع المدبر دا خويه باطل فانه يوجب كونهم كالحر ولو كانوا كالحر لبطل بيع القن اذا جمع مع مدبر او ام ولد او مكاتب كما اذا ضم الى حر وهو منتف بل يصح بيع القن ويلزم مشتريه حصته من الثمن المسمى واجيب بان المراد من قوله باطل انه لا يملك بالقبض كما لا يملك الحر فكان مثله فلو قال فاسد ظن انهم يملكون وانما يملك القن المضموم اليهم فلذا جوزهم في البيع لصلاحيتهم لذلك لدليل جواز بيع المدبر عن نفسه ولذا لو قضى قاض بجواز بيعه نفذ وكذا ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحه في اصح الروايتين وهذا الجواب ربما يوهم انه بيع فاسد ولكنه خص حكم الفاسد بعدم الملك بالقبض والحق انه لا حاجة الى الحكم بتخصيص فهو باطل وحكم حكمه وجاز ان يختلف افراد نوع شرعي في الحكم الشرعي لخصوصيته فان دليل التخصيص لازم على كل حال فانه اذا كان فاسدا فلا يملك بالقبض فهو تخصيص وان كان باطلا فهو يدخل في البيع حتى يملك القن المضموم اليه وهذا تخصيص للباطل فليكن فاسد الخصوصا من حكم الفاسد فلا حاجة الى تاويله بالباطل قلنا نحن لم نقل حكم الباطل لانه لا يدخل في العقد بوجه ليلزم تخصيصه ونجد اللازم على تقدير تاويل الفاسد بالباطل وعدمه انما قلنا حكمه ان لا يملك بالقبض غاية الامر انه اتفق ان بعض ما هو مبيع مبيع باطل يدخل في العقد كالمدبر وبعضه لا يدخل كالحر وهذا السوال فاسد لانه مغالطة لان قوله في الكبرى لو كان كالحر لم يملك القن المضموم اليه ممنوع وانما يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو منتف فصار حاصل الصورة لو كان باطلا كان كالحر في بعض الوجوه ولو كان مثله في بعض الوجوه لم يملك القن المضموم وهو خلاف الاستلزام ظاهر قوله وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحه وقالا عليه قيمتها للبائع وقولهما هذا رواية عنه وفي النهاية ان الروايتين عنه في المدبر اما ام الولد فباتفاق الروايات عنه لا يضمن المشتري لانها تصير حرة اذا لا تقوم لام الولد عنده وانما تضمن بما يضمن الصبي الحر اذا غصب عند اه وانا اقول ان غصبه انه اذا نقلها الى ارض مسبعة او كثيرة الحيات فماتت بنهش حية او افتراس سبع منها الدية على عاقلة الغاصب كما هو في غصب الصبي بشرط ان المدبر يضمن في البيع والغصب على روايتهما هذه لهما في ضمان المدبر وام الولد انهما مقبوضان بجهة البيع فيكونان مضمونين عليه بالقبض كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشراء وهذا اي كونهما مقبوضين بجهة البيع بسبب انهما يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما مما يصح تملكه وتملكه فاذا قبض بعد وقوع العقد عليه وهو فيما يصح ان يباع في الجملة على ما ذكرناه من قريب فهو مقبوض بجهة البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه لانه جزء فلا يضمن بقبضه على احدى الروايتين اعني التي يبطل بيعه ان دخل تحت البيع اذا ضم اليه القن فلا يتحقق في حقه القبض وبهذا الضمان بالقبض وقد يحمل المشار اليه بقوله وهذا كونهما مضمونين بالقبض وما ضرا لانه

قال ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه ولانه غرر خطير اذا كان لا يؤخذ الا بصيد كذا غير واحد من علمائنا رحمهم الله ثم القاء فيها اولى كان يؤخذ من غير حيلة جاز لانه اجتمعت فيها انفسها اولم يتزيد عليها المدخل لعدم الملك

ن ان شاء الله تعالى لان المذكور بعده تعليل للشار اليه وكونها مضمونين بالقبض يصح تعليله بما قبله من كونها مقبوضين بجهة البيع فيناسب كون التعليل لما لم يعلل اذا صلح له وهو صالح بل انصبابه ليس الا عليه فانه دعوى انه مقبوض بجهة البيع ببيان انه يدخل تحت البيع واما كونه مقبوضا ففرض وقوعه حسادا ما تفسير المقبوض بجهة البيع بانه المقبوض للمشترى بعد القبض ان وافقه فلو صح لزم ان يضمنا الانهما لم يقبضا ليشتريا بعد القبض ان وافقا بل قبضا بعد الموافقة واتمام البيع بزعمهما فالمذكور تفسير المقبوض على سوم الشراء فلا يكونان مقبوضين بجهة البيع فلا يضمنان فالحق ان المقبوض اعم من ذلك وهو ما صدقات المقبوض بجهة البيع فالمقبوض بجهة البيع يصدق على المقبوض في البيع الصحيح والفاسد والباطل وعلى سوم الشراء وذلك التفسير يخص المقبوض على سوم الشراء وما نحن فيه ليس مقبوضا على سوم الشراء والانصار الاصل عين الفرع فالمقبوض على سوم الشراء هو الاصل فيما نحن فيه والمقبوض بالعقد الباطل هو الفرع الملحق وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقة البيع فيما يقبل حقيقته اى حقيقة حكمه وهو الملك لان ضمان القيمة في البيع انما هو تقابل بملك البيع فلا بد من اعتبار جهة البيع ولا ملك يتصور هنا مع اعتبار جهته فبقى مجرد قبض باذن المالك فلو اوجبنا كان عدوانا محضا بخلاف ضمان النصب في المدبر عنده فانه لا يستدعى ذلك الاعتبار فكان بمجرد القبض بغير اذن المالك وهنا الاذن موجود ونحوه لهما في البيع ليس الا ليثبت حكمه فيما ضمنا فيها فقط مع انتفاء المانع وهو عدم الصلاحية لما ذكرنا من ثبوتها من قريب فصار كمال المشترى لا يدخل في حكم عقده بانفراده ويدخل اذا ضم اليه مال نفسه وباعهما له صفقة واحدة حيث يجوز البيع في المضموم بالحصة من الثمن المسمى على الاصح وان كان قد قيل انه لا يصح اصلا في شئ واذا قسم الثمن على قيمتى المضموم وام الولد والمدبر فاعلم ان قيمة ام الولد ثلث قيمتها قنة وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا وقيل نصفها وبقى ما تقدم كل ذلك في العتاق قوله ولا يجوز بيع السمك في الماء بيع السمك في البحر او النهر لا يجوز فان كانت له خليرة فدخلها السمك فاما ان يكون اعدها لذلك اولا فان كان اعدها لذلك فما دخلها ملكه وليس لاحد ان يأخذه ثم ان كان يؤخذ بغير حيلة اصطيادا وجاز بيعه لانه ملوك يقدر على التسليم مثل السمكة في حب دان لم يؤخذ الا بحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع وان لم يكن اعدها لذلك لا يملك بما دخل فيها فلا يجوز بيعه لعدم الملك لا ان تسد الخليرة اذا دخل فيها ثم ينظر ان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه والا لا يجوز ولو لم يعد لذلك ولكنه اخذه ثم ارسله في الخليرة ملكه فان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه لانه ملوك يقدر على التسليم او بحيلة لم يجز لانه وان كان مملوكا فليس يقدر على التسليم وقال ابو يوسف في كتاب الخراج رخص في بيع السمك في الاجام اقوام فكان الصواب عندى في قول من كرهه ما رواه الحسن بن زياد عن السيب بن رافع عن الحارث العكلى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال لا تبيعوا السمك في الماء فانه غرر اخرج مثله عن ابن مسعود ومعلوم ان الاجمة قد يؤخذ منها السمك باليد والغرر انظر وغير المملوك على نظر ثبوت ملك وعدمه فلذا قبل من بيع النظر فروع من مسائل التهيئة حفر حفيرة فوقع فيها صيد فان كان اتخذها للصيد ملكه وليس لاحد اخذه وان لم يتخذها له فهو لمن اخذه نصب الشبكة للصيد فتعلق بها صيد ملكه فلو كان نصبها ليحفظها من بلد تعلق بها لا يملكه وهو لمن يأخذه الا ان يأتى فيجوزه وشله اذا هبا ريحا فوقع الشراع فيه فلك يأخذه ولو وقع في حجره ولم يكن هبا به لذلك فلو احد ان يسبق فيأخذه ما لم يكف حجره عليه وكذا من هبا ريحا فالسفينتين فلاطرح فيه عند البعض وفي فتاوى الفضلى خلاف بما قال اهل سكة يرمون في ساحة رجل الرماد والتراب والسرقين هو لمن يسبق سواء هبا ذلك او لا واما النحل اذا حصل في ارض انسان فهو له بكل حال لانه ليس صيد ابل قائم بارضه كالشجر والزرع والبيض كالصيد وكذا الفرخ لا يملك الا

قال ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو ارسله من يده لانه غير مقدور التسليم ولا بيع الحبل ولا النتاج لنهي النبي عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا قال ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه يتنازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلى وبخلاف الفصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح انه عم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رح في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه

باعداد المكان لذلك قوله ولا بيع الطير في الهواء لانه قبل اخذه غير مملوك وبعد اخذه وارساله غير مقدور التسليم عقيب العقد ثم لو قدر على التسليم بعد ذلك لا يعود الى الجواز عند مشايخ بلخ وعلى قول الكرخي يعود وكذا عن الطحاوي وكذا الحكم فيما اذا جعل الطير ثمنا لان العين المجعولة ثمنا مبيع في حق صاحبه وذكر التمرتاشي لو باع طيرا يذهب ويجيء كالحمام فالظاهر انه لا يجوز وفي فتاوى قاضي خان ان باع طيرا له يطير ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على اخذه بلا تكلف جاز بيعه والا فلا وقول المص فيما ياتي والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مقدور التسليم يوافقه قوله ولا بيع الحمل بسكون الميم ما في البطن من الجنين ولا النتاج لما في الصحيحين والسنن عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبلة وكان بيعا يتبايعه اهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور الى ان تنتج الناقة ثم ينتج الذي في بطنها وفي الموطا ان ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال لا ربو في الحيوان وانما نهى عن الحيوان عن ثلاث عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة وانما بطل هذا البيع للغرر فعسى ان لا تلد تلك الناقة او تموت قبل ذلك واما باللفظ الذي ذكره المص عن بيع الحبل وحبل الحبلة فغير معروف والملاقيح ما في الارحام جمع ملقوح والمضامين في الاصلاب وقيل بالعكس جمع مضمون من نفخت الناقة وولدها ملقوح به الا انهم استعملوه بلا باء يقال ضمن الشيء اي تضمنه قوله ولا اللبن يجوز بالجر عطفا على المضاف اليه وتقدير المضاف والرفع على اقامته مقام المضاف للغرر فلعله انتفاخ وبه قال الشافعي واحمد واجازه مالك رح اياما معلومة اذا عرف قدر حلابها وتكون تسليمه بالتخلية كبيع التمر على رؤس النخل وهو مردود بالنهي عن بيع الغرر ولانه يتنازع في كيفية الحلب في الاستقصاء وعدمه وهو نزاع في التسليم والتسلم وما وضعت الاسباب الا لقطعه فبطل قول مالك لذلك ولجواز ان يحدث لبن قبل الحلب فيختلط مال للبائع بمال المشتري على وجه يعجز عن التخليص قوله ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان لانه يقوم به او لانه غير المقصود من الشاة فكان كالوصف من الذات وهو لا ينفرد بالبيع ولانه ينبت من اسفل ساعة فساعة فيختلط المبيع بغيره بحيث يتعذر التمييز بخلاف القوائم اي قوائم الخلاف لانها تزيد من اعلاها وتعرف ذلك بان توضع في مكان من القائمة علامة فانها بعد ذلك تصير اسفل ويرتفع عنها راس القائمة ويرتفع غيرها مما يزيد من اسفل فالزائد يكون على ملك المشتري وقال الامام الفضلي الصحيح عندي ان بيع قوائم الخلاف لا يجوز لانه وان كان ينمو من اعلاه فموضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة على ان يقطعها المشتري لا يجوز لجهالة موضع القطع وما ذكره من بيع الشجر ليس متفقا عليه بل هي خلافية منهم من منعها اذ لا بد في القطع من حفر الارض ومنهم من اجازها للتعامل بخلاف فصيل لانه يقلع فلا تنازع فجاز بيعه قائما في الارض قال المص وقد صح انه صلى الله عليه وسلم نهى الخ وذلك ان الطبراني قال ثنا عثمان بن عمر الضبي قال ثنا حفص بن عمر الحوضي حدثنا عمرو بن فروخ ثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس رض قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تباع ثمرة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع واخرجه الدارقطني والبيهقي عن عمرو بن فروخ قال الدارقطني وارسله وكيع عن عمرو بن فروخ ولم يذكر عن ابن عباس رض وهذا السند حجة وقول البيهقي تفرد برفعه عمرو بن فروخ وليس بالقوي لا يضره فانه ان كان كما قال مرسل فالمرسل حجة كالمرفوع لكن الحق خلاف ما قال في تضعيف ابن فروخ فقد نقل الذهبي توثيق عمرو بن فروخ عن ائمة الشان كابي داود وابن معين وابن حاتم والرفع زيادة وهي من الثقة مقبولة ورواه ابو داود في مراسيله عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه بسنده عن عكرمة عنه عليه الصلوة والسلام انه نهى ان يباع لبن في ضرع او سمن في لبن ورواه الدارقطني في سننه عن وكيع عن عمرو بن فروخ عن حبيب بن الزبير عن عكرمة ان النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ ابن ابي شيبة وروي مرة موقوفا على ابن عباس رض في مراسيل ابي داود وكذا رواه الشافعي رح قال اخبرنا سعيد بن سالم عن موسى بن عبيدة بن سليمان بن يسار عن ابن عباس رض انه كان ينهى عن بيع اللبن في ضروع الغنم والصوف

قال وجذع في السقف وذراع من ثوب ذكرا القطع اولم يذكرا لانه لا يمكن تسليمها لا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن صحيحا لا يجوز لما ذكرنا وقيد بالمالية اذ لو قطع البالع الذراع او قلع الجذع قبل ان يسلم للمشتري يجوز صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان نقاهما واخرج النبيع لان في وجوده احتمالا اما الجذع فعين موجودة قال رضي الله عنه وهو احتراز عما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لانه مجهول لان فيه غررا قال وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه عليه السلام نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما اذا كانا موضوعين على الارض قال الشافعي رحمه الله وقال مالك رحمه الله وسق بوسق لانه عليه السلام نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق هذا البيوع الحطيئة لغة ودليلنا ان بالبيع المعجل لم يعلم على السواء بالمؤجل لانه يحتمل ان يزيد المعجل في يده او ينقص ومع هذا الاحتمال لا يعلم تساويهما

على ظهورها فعرف بذلك ان كل بيع في غلاف لا يجوز كالبيض في الضرع واللحم في الشاة الحية وشحمها والبيتها او اكارعها او جلودها او دقيق في نخالته او سمن في لبنه ونحو ذلك من الاشياء التي في غلافها لا يمكن اخذها وتسليمها الا بافساد الغلاف والمبيع في خبرها مستثنى من ذلك بما سلفناه والذهب والفضة في ترابهما بخلاف جنسهما والله الموفق قوله وجذع من سقف بالجر اي لا يجوز بيع جذع من سقف ذراع من ثوب لما في ذلك من تضرر البائع بالقطع كالساسة والقميص ما لا يضره القطع كالكرباس فيجوز وقال الطحاوي في اجر من حائط وذراع من كرباس او ديباج لا يجوز ممنوع في الكرباس اذ المحمول على كرباس تعيب اما ما لا تعيب فيه فيجوز كما يجوز بيع قفيز من صبرة وكذا لا يجوز بيع حلية من سيف او نعف فرع لم يدرك لانه لا يمكن تسليمه الا بقطع جميعه وكذا بيع فص خاتم مركب فيه وشلة نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للزوم الضرر في التسليم في كل ذلك وارد عليه ان ضرر لزم البائع بالتسليم اجيب بانه التزم العقد والضرر فيه ولا يخفى ما فيه وقول نجم الاسلام ان رضي فلذان يرجع فيبطل البيع الا ان يقطعه او يقلعه فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب صحيحا كذلك فان الرجوع لا يكفيه بيع للملزوم وهو التزام العقد بما فيه من الضرر وانما يراد المحاباة فدفع بانه ليس فيها استهلاك مال فلم يرد بيع الجناب التي لا تخرج الا بقلع الابواب على قول من اجاز والبعض قد منعه واجيب بان التعيب بعد ان دون الجناب وبهذا يفيد ان المنظور اليه في المنع تعيب المبيع والكلام السابق يفيد ان تعيب غير المبيع وهو الظاهر والحق انه لا بد من منع حاكم بيع هذا وما يلحق بهذا ومجموع هذا هو المعول عليه وذلك هو الحديث السابق من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللبن في الضرع والسمن في اللبن افاد ان المنع اذا كان لا يسلم المبيع الا بعيب فيه ضرر غير المبيع فالملزوم يدخله ضرر تسليم الثمن وانظر من هذا ثبوت الاجماع على عدم جواز بيع اطراف الحيوان كيف شاة واليتها ورجلها وهو معلل بما يلزم في التسليم من الضرر على البائع في المبيع من ذبح الشاة فخرج بيع الجناب التي يحتاج في تسليمها الى هدم اكثر الابواب على من صحح بيعها قوله ولو لم يكن معينا يعني الجذع والذراع لا يجوز لما ذكرنا من لزوم الضرر وللجهالة ومعلوم ان هذا فيما تعيب بالتبعيض تخلف بخلاف درهم من عشرة نقرة ودوقل البائع الجذع وقطع الذراع بعد العقد صحيحا لزوال المفسد قبل تقرر بيع ولو فعل بعد الفسخ لا يجوز وقوله بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البذر في البطيخ وكسرها وسلم البذر والنوى قبل الفسخ لا يعود صحيحا لان الفساد للغرر اذ في وجودها احتمال وكان كبيع بلا بيع فوقع باطلا بخلاف الجذع فانه عين محسوسة قائمة وانما يفسد لازوم الضرر فاذا تحمله البائع وسلمه قبل الفسخ وقع التسليم في بيع صحيح لان الفرض ان البيع قائم لكن بوصف الفساد فاذا زال المفسد قبل زوال البيع صار البيع بالضرر وقبولها بلا فساد وهو معنى الصحيح فهذا معنى قولهم انقلب صحيحا بخلاف الاول وقع باطلا وهو معنى المعلوم شرعا فليس هناك بيع قائم لم يزل المبطل فيبقى بيعا بلا بطلان بل اذا زال المبطل بقي ملك المبيع بلا مانع من ايراد العقد الصحيح عليه وعدم المانع عن ايراد العقد الصحيح ايجابا وقبولا وليس وجود البيع الصحيح ونقض بعدم جواز البيع فيما اذا باع جلد شاة معينة او كرشها وسواد بطنها فذبحها واعطاه ذلك حيث لا ينقلب جائزا مع انه تحمل الضرر بالفسخ اجيب بان المنع هناك لعلة اخرى غير لزوم الضرر في التسليم وهو كونه متصلا متضمنا لزيادة والنص بنفيه وهو النهي عن الصوف على الظهر واللبن في الضرع والسمن في اللبن وقد يقال لا اثر لذلك فيما فيه الكلام وهو انه اذا زال المانع بالذبح والفصل فان قبل شيئا وله بعد الفصل النهي عنه قبل الفصل وحين وقع وقع فيما قلنا وكذا الجذع في السقف سواء قوله وضربة القانص بالرفع والجر على قياس ما تقدمه وهو الصائد يقول ببتكلة نخرج من القاموس السكة مرة بكذا وقيل للنين والياء القانص قال في تهذيب الازهري سمعت من ضربة القانص وهو الغواص يقول اغوص غوصة فاخرجت من اللآلي فهو لك بكذا وهو بيع باطل لعدم ملك البائع في المبيع فيما يتلقى قبل القبض فكان غررا فلا يخرج قوله وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه صلى الله عليه وسلم

قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة وهو بيوع كانت في الجاهلية وهو ان يتراوض الرجلان على سلعة أو يتساومانها فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البائع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني بيع المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر

عن بيع المزابنة في الصحيحين من حديث جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمحاقلة وزاد مسلم في لفظ وزعم جابر ان المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا والمحاقلة في الزرع ونحو ذلك بيع الزرع القائم بالحب كيلا واخرج البخاري عن انس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخابرة والملامسة والمنابذة والمزابنة وقول المصنف يشمل ما يخرج منها الخرص الحرز وكذا الغصب والنهب لا يجوز ومعنى النهي انه مال الربا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل بتساويهما كما ذكرنا موضحين على الارض وقال الشافعي رحمه الله يجوز المزابنة بالتفسير الذي ذكرنا فيما دون خمسة اوسق لما في الصحيحين من حديث ابي هريرة رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا وفي الصحيحين ايضا عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رخص عرم في بيع العرايا ان تباع بخرصها فيما دون خمسة اوسق او في خمسة اوسق وافق الشافعي رحمه الله احمد في ذلك الا انه لم يسمها الا العشرة قال الطحاوي جاءت هذه الآثار وتواترت في الرخصة في بيع العرايا فقبلها اهل العلم جميعا ولم يختلفوا في صحتها ولكنهم تنازعوا في تاويلها فقالت طائفة انما كان ذلك لان تكون له النخلة او النخلتان في وسط النخل الكثير لرجل اخر فيحتاج ان يدخل ويخرج فيشق عليه ذلك واذا كان وقت الثمار خرجوا اليهم الى حوائطهم فيجيء صاحب النخلة او النخلتين فيضر ذلك بصاحب النخل الكثير فرخص صلى الله عليه وسلم لصاحب الكثير ان يعطيه خرصها تمرا يأكلها رطبا وافق الشافعي واحمد في ذلك الا انه لم يسمها الا العشرة قال الطحاوي وكان ابو حنيفة يقول فيها سمعت احمد بن ابي عمران يذكر انه سمع من محمد بن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة قال سمعنا ذلك عندنا ان يعري الرجل الرجل نخلة من نخلة فلا يسلم ذلك اليه حتى يبدو له فرخص له ان يشتري ذلك ويعطيه مكانه بخرصه تمرا قال الطحاوي وهذا التاويل اشبه واولى مما قال مالك لان العرية انما هي العطية الاترى الى الذي يرخص الانصار كيف هم اذا يقول ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح اي انهم كانوا يعرون في السنين الجوائح اي يهبون ولو كانت كما قال كانوا ممدوحين بها اذا كانوا يعطون كما يعطون في الحق الاول قول مالك قول ابي حنيفة هكذا حكاه محققوا مذهبه واستدل عليه بان العرية مشهورة بين اهل المدينة متداولة بينهم كذلك ثم على قولهم تكون العرية سنها بالنخلة ولا يعرف ذلك في اللغة وتخصيص ما دون خمسة اوسق لانهم كانوا يعرون هذا المقدار وما قرب منه ومعنى الرخصة هو رخصة ان يخرج من اخلاف الوعد الذي هو ثلث النفاق باعطاء هذا التمر خرصا وهو غير الموعود فعا للضرر عنه وكون اخلاف الوعد الذي ثلث النفاق نقل عن عبد الله بن عمرو بن العاص انه حين حضرته الوفاة قال زوجوا ابنتي من فلان فانه كان سبق اليه مني شبه الوعد فلا القاه الله بثلث النفاق وجعله ثلثا لحديث عنه صلى الله عليه وسلم علامة المنافق ثلث آن حدث كذب وآن وعد اخلف وآن اؤتمن خان واما ما ذكر من تاويل العرية الامام موفق الدين روى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عرايا كم هذه فسمى رجالا معاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الرطب ياتي ولا نقد بايديهم يبتاعون به رطبا ياكلون وعندهم فضول من التمر فرخص لهم ان يبتاعوا العرية بخرصها من التمر يأكلونه رطبا وقال متفق عليه فقد وهم في ذلك فان هذا ليس في الصحيحين بل ولا في السنن ولا في شيء من الكتب المشهورة قال الامام الزيلعي يخرج الحديث ولم اجد له سندا بعد الفحص البالغ ولكن الشافعي ذكره في كتابه في باب العرايا من غير اسناد قوله ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة الى قوله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم الخ في الصحيحين من حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة زاد مسلم اما الملامسة فانه ليس كل منهما ثوب صاحبه بغير تامل فيلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية وهذا بان تكون مثلا في ظلمة او يكون مطويا تريا ينتفعان على انه اذا لمسه فقد باعه منه وفساده لتعليق التمليك على انه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس والمنابذة ان ينبذ

قال ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان يأخذ ايهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه
قال ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلأ اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة
فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز لهذا اولى

كل واحد منهما ثوبه الى الآخر ولم ينظر كل واحد منهما الى ثوب صاحبه على جعل النبذ بيعا وهذه كانت بيوعا يتعارفونها في الجاهلية وكذا القاء الحجر ان يلقي حصاة وثمة اثواب فاي ثوب وقع عليه كان هو المبيع بلا تامل ورؤية ولا خيار بعد ذلك ولا بد ان يسبق تراوضهما على الثمن ولا فرق بين المبيع معيبا فاذا تراوضا فالقاه اليه البائع لزم المشتري فليس له ان يقبل او غير معين كما ذكرناه ومعنى النهي كل من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر فانه في معنى اذا وقع مجرى على ثوب فقد بعته منك او بعتنيه بكذا واذا نبذته او لمسته والتساوم تفاعل من السوم سام البائع السلعة عرضها للبيع وذكر ثمنها وسامها المشتري بمعنى استامها سوما ومنه لا يسوم الرجل على سوم اخيه اي لا يطلب البيع ويراوض فيه حال من مراوضة اخيه فيه لا انه بمعنى لا يشتري كما قيل بل نهيه عن السوم يثبت الزاما فانه اذا نهي عن التكلم في الشراء فكيف بحقيقة الشراء **قوله** ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا ان يكون على هذا الوجه وهو ان يقول بعتك واحدا منهما على انك بالخيار تأخذ ايهما شئت فانه يجوز استحسانا وتقدم ذكرها بفروعها في خيار الشرط **قوله** ولا يجوز بيع المراعي ثم فسرها بالكلأ دفعا لوهم ان يراد مكان الراعي فانه جائز ولا اجارتها اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه اشتراك اباحة لا ملك ولانه لا يحصل به للمشتري فائدة فان المقصود من الملك يحصل بلا بيع اذ يتملكه بدونه بالحديث الذي رواه ابو داود في سننه في البيوع عن جرير بن عثمان عن ابي فراس بن حبان بن زيد عن رجل من الصحابة رض قال غزوت مع النبي صلى الله عليه وسلم ثلثا اسمعه يقول المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار ورواه احمد في مسنده وابن ابي شيبة واسند ابن عدي في الكامل عن احمد وابن معين انهما قالا في جرير ثقة وجهالة الصحابي لا تضر ومعنى الشركة في النار الاصطلاء بها وتجفيف الثياب يعني اذا اوقد رجل نارا فلكل ان يصطلي بها اما اذا اراد ان يأخذ الجمر فليس له ذلك الا باذن صاحبه كذا ذكره القدوري ومعناه في الماء الشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة وفي الكلأ ان له احتشاشه وان كان في ارض مملوكة غير ان لصاحب الارض ان يمنع من الدخول في ارضه واذا منع فلغيره ان يقول ان لي في ارضك حقا فاما ان توصلني اليه او تحشه او تستقي وتدفعه لي وصار كثوب رجل وقع في دار رجل اما ان يأذن للمالك في دخوله ليأخذه واما ان يخرجه اليه اما اذا احرز الماء بالاستقاء في آنية والكلأ بقطعه جاز بيعه لانه بذلك ملكه وظاهر ان هذا اذا ثبت بنفسه فاما لو كان سقي الارض واعدها للانبات فنبت ففي الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لانه ملكه وهو مختار الصدر الشهيد وكذا ذكر في اختلاف ابي حنيفة وزفر نبت الكلأ بانباته جاز بيعه وكذا لو حدق حول ارضه وهيأها للانبات حتى نبت القصب صار ملكا له ولا يجوز بيع كماة في ارضه قبل ان يقلعها ولا ماء وقال القدوري لا يجوز بيع الكلأ في ارضه وان ساق الماء الى ارضه ولحقته مؤنة لان الشركة فيه ثابتة وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة والاكثر على الاول الا ان على هذا القائل ان يقول ينبغي ان حافر البئر يملك بناءها ويكون بتكلفه الحفر والطي لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلأ بتكلفه سوق الماء الى الارض لينبت فله بيع المستقى فان لم يكن في ارض مملوكة له ثم الكلأ ذكر الحلواني عن محمد انه ما ليس له ساق وما له ساق ليس كلأ وكان الفضلي يقول هو ايضا كلأ وفي المغرب هو كل ما رعته الدواب من رطب ويابس وهو واحد الاكلاء واما الاجارة فلانها لو صحت ملك بها الاعيان وحكمها ليس الا ملك المنافع نعم اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق كالصبغ واللبن في استيجار الظئر فيملك بعد اقامة العمل تبعا اما الابتداء فلا وكذا لو استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز مع انها عقدت على استهلاك عين مملوكة فهذا اولى لانها على استهلاك عين غير مملوكة وهل الاجارة فاسدة او باطلة ذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الآجر الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيه وقيل لبن الآدمية انه في حكم المنفعة شرعا بدليل ان عينه لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه والحيلة في ذلك ان يستأجر الارض

قال ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي رح لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالفيل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا يعتبر فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز بتعالله كذا ذكر الكرخي رح ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة رح لانه من الهوام وعند ابي يوسف رح يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد رح لا يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز لكن الضرورة تدخل ابو يوسف رح مع ابي حنيفة رح كما في دود القز والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه حلال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الابق لنهي النبي عليه السلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه الا ان يبيعه من جعل له ان عنده لان النهي ببيع ابق مطلق وهو ان يكون الاباق في حق المتعاقدين وهذا غير الاباق في حق المشتري كما اذا كان عند المشتري فانه اذا كان عند المشتري انقطع الحجر عن التسليم وهو اما ان لم يصر قابضا بعد فيصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان اشهد عند الخذ لانه امانة عنده او متضمنا لانه لا يتوصل الى قبض المبيع الا بقبض الثمن ليصير قابضا لانه قبض بضمان وقال هو عند فلان فقبضه بمنى فاعلا عنه لان الابق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه لو باع الا بقي ثم عاد من الاباق لا يتم ملك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كالبيع الطير في الهواء وعن ابي حنيفة رح انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد بقيام المالية لما تم قد لا تفوت بالجزء عن التسليم كما اذا باع البيع هكذا ابو دي عن محمد

ليضرب فيها قسطاطه وليجعله خيطرة لغنمه ثم يتسيح المرعى فيحصل مقصودها قوله ولا يجوز بيع النحل عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي لانه منتفع به حقيقة وشرعا عند رح والتسليم اذا كان محرزا يجوز بيعه واذا كان لا يؤكل كالبغل والحمار يجوز بيعهما وان لم يؤكل للانتفاع بهما والقدرة على تسليمها ولابي حنيفة وابي يوسف رح انه من الهوام فلا يجوز بيعه كما لا يجوز بيع الوزغ والعقرب والزنبور والحية وهذا لانه هو في نفسه من الهوام لانه غير منتفع به وانما الانتفاع بما يتولد منه لا بعينه بخلاف الجحش لانه منتفع به في الحال فقبل الحدوث ما يتولد منه لا منتفع به بل هو في نفسه هامة من الهوام ولذا قال في الجامع الصغير ان وجد بها عيبا كلم يرد بها اشارة الى ان النحل لا قيمة لها حتى لو باعه كوارة فيها عسل وهو فيها جاز ذكر الكرخي كالشرب والطريق وقال القدوري انه حكى عن ابي الحسن الكرخي انه كان يكره هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع تبعا ما هو من حقوق البيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل لانه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن ابي يوسف رح والتبعية لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل في الوجود والنحل تابع له في المقصود بالبيع والكوارة بضم الكاف وتشديد الواو وعسل النحل اذا سوى من طين وفي المغرب الكسر من غير تشديد وقيد الزمخشري بفتح الكاف وفي الغريبين بالضم قوله ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة رح لانه من الهوام وعند ابي يوسف رح يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له واجاز بيع بذر القز الذي يكون منه الدود وعند محمد رح يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به واجاز السلم فيه كيلا اذا كان وقته وجعل منتهى الاجل في وقته وجوابه ما تقدم في المسئلة قبلها وهو ان المنتفع به ما يخرج منه فقبله يكون غير منتفع به والكلام في بيعه ح والوجه قول محمد رح للعادة والضرورة وقد ضمن محمد رح تسلف كل من النحل ودود القز وفي الخلاصة في بيعهما قال الفقيه على قول محمد رح ينبغي ان محمدا رح اصله في مسئلة بيع النحل في القول بجوازه وابو حنيفة رح كذلك في قوله بعدمه واما ابو يوسف رح فيجب ان يقول مثله في النحل وما قدمه رح في النحل عن الكرخي من جوازه اذا بيع تبعا للكوارة ظاهره انه يجوز باتفاق ح وعلى هذا يجب ان لا تختلف ابو حنيفة رح مع ابي يوسف رح في دود القز بل يقولان معا ان كان وحده لا يجوز لانه من الهوام وان كان تبعا للقز فيقولان بالجواز فيهما فلا معنى لافراد ابي حنيفة رح بهذه وقوان ابي يوسف رح معه في ذلك والاتفاق على عدم جواز بيع ما سواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والعضاية والقنافد والجعل والضب فلا يجوز بيع شئ من البحر الا السمك كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك وقال محمد رح اذا كان الدود وورق التوت من واحد والعمل من آخر على ان يكون القز بينهما نصفين اذا حل او اكثر لا يجوز وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان وفي فتاوى الوالوالجي امرأة اعطت امرأة بزر القز وهو بزر الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى ادرك فالفيلق لصاحب البذر لانه حدث من بذرها ولها على صاحبة البذر قيمة الاوراق واجر مثلها وشله اذا دفع بقرة الى آخر ليعلفها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف واجرة شله وعلى هذا اذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف قوله والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها اما اذا كانت في برجها ومخارجها مسدودة فلا اشكال في جواز بيعها واما اذا كانت في حال طيرانها ومعلوم بالعادة انها تجئ فكذلك لان المعلوم عادة كالواقع فكان مملوكا مقدورا التسليم وتجويزكونها لا يعود وعوض عدم عوده لا يمنع جواز البيع كتجويز هلاك المبيع قبل القبض فانه لا يمنع جواز البيع ثم اذا عرض الهلاك انفسخ كذا هنا اذا عرض ما يوجب عدم العود وما قبل القبض انفسخ وصار كالنطيحي المرسل في برجانه يجوز وان جاز ان لا يعود قوله ولا يجوز بيع الابق الابق اذا لم يكن عند المشتري لا يجوز بيعه باتفاق الائمة الاربعة حتى يجوز عتقه غير انه اذا اعتقه عن كفارته اشترط العلم بحياته ويجوز هبته لابنه الصغير او اليتيم في حجره بخلاف البيع لانه الصغير حيث لا يجوز لان شرطه

قال ولا بيع لبن امرأة في قدح وقال الشافعي رح يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف رح انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حيوة في اللبن

القدرة على التسليم عقيب البيع وهو منتف وما بقي له من اليد يصلح لقبض الهبة ولا يصلح لقبض البيع لانه قبض بازاء مال مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بازاء مال يخرج من مال الولد فكيف تلك اليد له نظرا للصغير فانه لو عاد عاد على ملك الصغير ولهذا اجزنا بيعه ممن ذكر انه في يده لثبوت التسليم والمقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسليم فاذا كان ثابتا حصل المقصود بخلاف ما لو جاء المشتري برجل معه وقال عبدك الآبق عند هذا فبعنيه وانا اقبضه منه واعترف ذلك الرجل لا يجوز بيعه لان تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز واذا جاز بيعه هل يصير قابضا في الحال حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع تم القبض والبيع ان كان حين قبضه اشهد انه قبض هذا ليرده على مالكه لا يصير قابضا لان قبضه هذا قبض امانة حتى لو هلك قبل ان يصل الى سيده لا يضمنه وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع فان هلك قبل ان يرجع اليه انفسخ البيع ورجع بالثمن وان لم يشهد يصير قابضا لان قبضه اذا لم يشهد قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع ولو عاد من اباقه وقد باعه ممن ليس عنده هل يعود البيع جائزا اذا سلمه فعلى ظاهر الرواية لا يعود صحيحا وهو مروي عن محمد كما اذا باع خمرا فتخلل قبل التسليم او باع طيرا في الهواء ثم اخذه لا يعود صحيحا وهذا يفيد ان البيع باطل وهو مختار مشايخ بلخ والبلخي لان وجود الشرط يجب كونه عند العقد وفي رواية اخرى عن محمد وهو رواية عن ابي حنيفة يجوز لقيام المالية والملك في الآبق واذا صح عتقه فكان كبيع المرهون اذا افتكه قبل الخصومة وفسخ القاضي البيع وبه اخذ الكرخي وجماعة من المشايخ حتى اذا امتنع البائع من تسليمه او المشتري من قبوله اجبر على ذلك لان صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد ان فسخ القاضي البيع وتخاصما فانه لا يعود صحيحا اتفاقا وهذا يقتضي ان البيع فاسد فالحق ان اختلاف الرواية والمشايخ فيه بناء على الاختلاف في انه باطل او فاسد فانك علمت ان ارتفاع المفسد في الفاسد يرده صحيحا لان البيع قائم مع الفساد وارتفاع المبطل لا يرجع لان البيع لم يكن قائما بصفة البطلان بل معدوما فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم ووجه الفساد قيام المالية والملك والوجه عندي كون عدم القدرة على التسليم مفسدا لا مبطلا وهذا مما يخرج فيه الخلاف فانهم اختلفوا في بيع الطير في الهواء وان كان اخذه ثم ارسله فانه لا يخرج عن ملكه وقد اختلفوا فيما لو اخذه بعد بيعه وسلمه فطائفة مع الكرخي يعود جائزا والبلخيون لا يعود جائزا فبالضرورة ان من قال بالجواز قائل بانه فاسد مع عدم القدرة على التسليم وقول من قال المحلية كونه مالا مملوكا مقدور التسليم ان عنى محلية البيع الصحيح فنعم والا فلا بل محل البيع المال المملوك للبائع او غيره فان كان له فنافذ او لغيره فموقوف والنافذ اما صحيح ان كان مبيعه مقدور التسليم وليس فيه شرط فاسد والا ففاسد واما حديث النهي عن بيع الآبق فروى اسحق بن راهويه اخبرنا سويد بن عبد العزيز الدمشقي قال ثنا جعفر بن الحارث او الاشهب الواسطي قال حدثني من سمع محمد بن ابراهيم التيمي عن ابي سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها وعن بيع العبد وهو آبق ورواه ابن ماجه بسند فيه جهضم بن عبد الله عن محمد بن ابراهيم عن محمد بن زيد العبدي عن شهر بن حوشب عن ابي سعيد الخدري يرفعه الا انه قال وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة القابض وشهر مختلف فيه وقال ابو حاتم ان ابن محمد وابراهيم مجهول وقيل فيه انقطاع ايضا وعلى كل حال فالاجماع على ثبوت حكمه دليل على ان هذا المضعف بحسب الظاهر صحيح في نفس الامر قوله ولا بيع لبن امرأة في قدح هذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله فانه لا يكون في قدح الا بعد انفصاله اما عين القدحية فليس قيدا بل سائر الاواني سواء وانما هو قيد باعتبار لازمه وهو انفصاله عن مقره كيلا يظن ان امتناع بيعه ما دام في الضرع كغيره على سائر احواله لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه وهو مذهب مالك واحمد وعند الشافعي يجوز لانه مشروب طاهر فيجوز بيعه ونحن نمنع انه مشروب مطلقا بل للضرورة حتى اذا استغنى عن الرضاع لا يجوز شربه والانتفاع به يحرم حتى منع بعضهم صبه

قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه وهو حد صلاحه الاصل لا ضرورة الى البيع لو وقع في الماء القليل فسده عند ابي يوسف رح وعند محمد رح لا يفسده لان طلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف ان الاطلاق مقيد بحالة فلا تطهر ولا في حالة الاستعمال مسألة الوقوع تعاينها ولا يجوز بيع شعور الانسان لا الانتفاع به لان الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وان رخص فيه بعض اهل العلم للنساء ذوات الزوج

في العين الرمدة وبعضهم اجازه اذا عرف دواء عند البر وتقول هو جزء الادمي وهو مكرم معصوم عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن المرأة ولبن الامة وعن ابي يوسف انه يجوز في لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على كلها فيجوز على جزئيها قلنا الجواز يقبع لمالية ولا مالية لانسان اذ الكان محلا للرق وهو الحي ولا حياة في اللبن ولان الرق قوة شرعية حاصلها قدرة ثبتت له شرعا على تصرفات شرعية ترد على الرق فترفعه فلا بد من اتحاد محلهما وليس اللبن محل تلك القدرة فان قيل اجزاء الادمي مضمونة فيجب كون اللبن كذلك يضمن بالاتلاف اجيب بمنع ضمان اجزائه مطلقا بل المضمون ما انتقص من الاصل حتى لو نبت من قلعت اضراسه او سنه لا ضمان الا تسوى بالوطء فانه مضمون وان لم ينقص شيئا تغليظا لامر البضع فجعل مستوفى بالوطء في حكم النفس بخلاف من جز صوف شاة فانه يضمن وان نبت غيره وباتلاف اللبن لا ينقص شيء من الاصل ولان حرمة المصاهرة تثبت بشبهة نفي اشاعته ببيعه فتح لباب فساد الانكحة فانه لا يقدر على ضبط المشترين والبائعين فيشيع فساد الانكحة بين المسلمين وهذا وان كان يندفع اذا كانت حرمة شرية شائعة بالدار فيعلم ان شراءه ليس لانتفعة اخرى كشراء الامة المجوسية بعد استبراء حرمتها وعليها شرعا لكنهم يجيزون شربه لكثير وقد اسند الفقيه ابو الليث الى محمد بسند متصل قال سمعت الفقيه ابا جعفر يقول سمعت الفقيه ابا القاسم احمد بن نجم قال قال نصير بن يحيى سمعت الحسن بن سيبوب يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها لانه لما جازت الاجارة مع ثبوت ان سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم يجز اجارة الظئر الا ترى ان رجلا لو استاجر بقرة على ان يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جاز اجارة الظئر ثبت ان لبنها ليس بالمال بل هو اولى المعاني فانما علل المنع بان الادمي مكرم فلا يجوز اجزاءه فلا يستبذل بالبيع وسياتي باقيه قوله ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له واورد عليه انه جعل البيع مبنيا على لبن المرأة اهانة مانعة من جواز البيع للزوم الاكرام والبيع نفيه وجعله في مسئلة بيع الخمر والخنزير اجازا فبطل للزوم الاهانة شرعا والبيع اجازا وهذا تناقض الجواب ان الفعل الواحد قد يكون بالنسبة الى محل اهانة وبالنسبة الى آخر اكراما مثل الوالي امر السلطان بعض حرس الدواب ان يلازم الوقوف بالحضرة مع الواقفين كان غاية الاكرام له ولو امر الفراش بذلك كان غاية الاهانة له فالخمر والخنزير في غاية الاهانة شرعا فلو جعل سبيا متقابلا بدل معزز كالدراهم والثياب كان غاية اكرامه والادمي مكرم شرعا وان كان كافرا فايراد العقد عليه وابتذاله به والحاقه بالجمادات اذلال له هذا وتعليل المصنف بالنجاسة لمنع البيع يرد عليه بيع السرقين فالمعول على التعليل بالانتفاع والحاجة اليه مع امكان وجود مباح الاصل خلانا فيجوز الانتفاع به للغير فان الخرازين لا يتأتى لهم ذلك العمل بدونه وهو يوجد مباح الاصل فلا حاجة الى بيعه فلم يكن بيعه في محل الضرورة حتى يجوز وعلى هذا قال الفقيه ابو الليث فلو لم يوجد الا بالشراء جاز شراؤه لشمول الحاجة اليه وقد قيل ايضا ان الضرورة ليست ثابتة في الخرز به بل يمكن ان يقام غيره وقد كان ابن سيرين لا يلبس نعلا خرز بشعر الخنزير فعلى هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به وروى ابو يوسف كراهة الانتفاع به لان ذلك العمل يتأتى بدونه كما ذكرنا الا ان يقال ذلك فرد محل شذ فلا يعتبر في جنسه فلا يجوز ان يتيمم بهوم حرجا مثله ثم قال ابو يوسف انه لو وقع في ماء قليل افسده وعند محمد لا ينجس به لان حل الانتفاع به دليل طهارته والصحيح قول ابي يوسف لان حكم الضرورة لا يتعدا ها وهي في الخرز فتكون بالنسبة اليه فقط كذلك وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلوة الخرازين مع شعر الخنزير وان كان اكثر من قدر الدرهم فينبغي ان تخرج على القول بطهارته في حقهم اما على قول ابي يوسف فلا وهو الوجه فان الضرورة لم تدعهم الى ان يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع عنه ويجمع في ثيابهم هذا المقدار قوله ولا يجوز بيع شعور الانسان مع قولنا بطهارته ولا الانتفاع به لان الادمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا ومبتذلا في بيعه اهانة له وكذا في استهانته بالانتفاع وقد قال صلى الله عليه وسلم

قال وبيع جلود الميتة قبل ان يدبغ وعظمها وعصبها وحوافرها وانفحتها باطل لانه نجس منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب ولانه عين نجس فاشبه الدم والخمر ولانه لا منفعة فيها بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ وقد ذكرنا ذلك في كتاب الصلوة ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وشعرها وشعرها وريشها لان هذه منافع بعد الدباغ لانها طاهرة لا تحلها الموت لقدم الجزء وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير لنجس العين عندنا وعندهم بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال اذا كان السفل لرجل والعلو لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو على ان النقض بينهما فالبيع جائز لان النقض احراز والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض بالاتفاق في الروايات وتفرد ابو يوسف برواية وهو اختيار مشايخ بخارى لانه يتوسع من الماء ليهذا يضمن بالاتلاف وله فسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب

ثبتت عنه في الصحيحين لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والواصلة هي التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة المعمول بها وهذا ما ورد فيها وهذا اللعن للانتفاع بما لا يحل الانتفاع به الا ترى الى انه رخص في اتخاذ القراميل وهو ما يتخذ من الوبر يفرد في قرون النساء للتكثير فعلمنا ان اللعن ليس للتكثير بعدم الكثرة ولا لمنع القراميل ولا شك ان الزينة حلال قال تعالى من حرم زينة الله التي اخرج لعباده فلولا لزوم الاهانة بالاستعمال لحل وصلها بشعور النساء ايضا وفي الحديث لعن الله النامصة والمتنمصة ايضا والنامصة هي التي تنتف الحاجب لترقه والمتنمصة التي تفعل بها ذلك **قوله** ولا بيع جلود الميتة قبل ان يدبغ لانها غير منتفع بها قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب وتقدم في الصلوة تخريجه وتقريره والخلاف في هذا فان قيل نجاستها ليست الا لما جاورها من الرطوبات النجسة فهي نجسة فكان ينبغي ان يجوز بيعها كالثوب النجس قلت بان النجس فيها باعتبار اصل خلقتها فانها بزالمة نهي كعين الجلد فعلى هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف الثوب والدهن النجس فان النجاسة فيه عارضة فلا يتغير به حكم الثوب بها فيه وهذا السؤال ليس في تقرير المصنف ما يرد عليه او لا يحتاج الى الجواب عنه فانه ما علل المنع الا بعدم الانتفاع به فان قيل من علل بالنجاسة ينبغي ان يعلل بها بطلان بيع الخمر فلعل فان بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهو عدم الماليه فان قيل النجاسة جاز ان تكون جهة لعدم الانتفاع به كما ذكرنا واما جواز بيعها بعد الدباغة فلعل لانتفاع ح شرعا والحكم بطهارتها ثابت شرعا على خلاف القياس فلما ثبت جلد الميتة بالدباغة تقدم في الصلوة ويجوز بيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وشعرها وريشها وشعارها وخلفها وحافرها فان هذه اشياء طاهرة لا تحلها الحيوة ولا تحلها الموت وتقدم في الصلوة **قوله** والفيل كالخنزير نجس العين عندنا وعند محمد فيكون في حكم عندابي حنيفة وابي يوسف هو على ان سائر السباع نجس السور والعظم لا العين فيجوز بيع عظمه والانتفاع به في الحمل والمقاتلة والركوب فكان كالكلب يجوز الانتفاع به قيل وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى لفاطمة سوارين من عاج وظهر استعمال الناس له من غير نكير منهم من سلف اجماع العلماء على جواز بيعه وفي البخاري قال الزهري في عظام الميتة نحو الفيل وغيره ادركت ناسا من سلف العلماء يمتشطون بها ويدهنون فيها لا يرون بها باسا وقال ابن سيرين وابراهيم لا باس بتجارة العاج وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة نسخ بيع القرد وروى الحسن عنه انه يجوز بيعه وهو المختار لانه مما ينتفع به في بعض الاشياء **قوله** واذا كان السفل لرجل والعلو لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان البيع ح ليس الا حق التعلي وحق التعلي ليس بمال لان المال عين يمكن احرازها وامساكها ولا هو حق متعلق بالمال بل حق متعلق بالهوى والهوى ما لا يباح والبيع لا بد ان يكون احدهما وقول المعلم والمال هو المحل للبيع تساهل او تنزيل للمتعلق بالمال منزلة المال بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض بالاتفاق في الروايات فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض اما اذا باع ارضا مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يجوز والماء يباع منفردا كبيع الشرب يوما او يومين حتى تزداد ثمنه جوزه مشايخ بلخ كابي بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة لان اهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم اليه والقياس يترك بالتعامل كما جوز السلم بالضرورة والاستصناع للتعامل ولانه خطر من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف ولا قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب فانه قال فيه او عمى رجل شرار ارض بشر بها بالف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادته فيما قابل قيمة الارض لان الذي زاد الشرب نقص من ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب فصار كما لو اختلفا في مقدار الثمن وقيل لو باع ارضا بشربها فاستحق شربها يحط من الثمن نصيب الشرب وما ضمانه بالاتلاف وهو ان يسقي ارضه بشرب غيره فهو وجه

قال ربع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء باطل المسئلة مختلفة جعلهما بيع رقبة الطريق والمسيل بيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ظاهر لان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق بخلاف التسييل فانه لا يدري قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني فوجه الفرق بينهما ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء وحق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان

حق التعلي حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان

حق التعلي حق المرور يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء

البدوي وعلى رواية شيخ الاسلام الا يضمن وقيل يضمن اذا بيع الماء لانه يمكن من اجمع ومن قال الزام بين والتحاف فيه الى المحاكمات فيه فلا يلزم المخالف وعن الشيخ جلال الدين ابن الشيخ فخر الدين رحمهما الله انه يضمن بالاتلاف على ما اذا كان استهدمه لا خرثم رجع بعد القضاء وقال لا وجه لهذا الضمان بالاتلاف الا بهذه الصورة لانه لم يضمن بغير ما بالمستقى اذ منع حق الشرب لا وجه الى الاول لان الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا الى الثاني لان منع حق الغير ليس سببا للضمان بل بسبب منع ملك الغير ولم يوجد واما انه حظ من الماء معين او شيء تعلق بالعين فغير وعليه انه لو كان عينا ينبغي ان لا يجوز بيعه اذا لم يكن فيه ماء وليس كذلك فانه يجوز للضرورة وهو لعرضيته وجوده كالسلم والاستصناع ثم تقدير انه حظ من الماء فهو مجهول المقدار فلا يجوز بيعه وبهذا وجه مشائخ بخارى بيعه مفردا قالوا وتعامل اهل بلدة واحدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس بل ذلك تعامل اهل البلاد ليصير اجماعا فلا استصناع السلم لا يقاس عليه والضرورة في بيع الشرب مفردا على العموم ستنقيه بل ان تحقق فمحاجة لبعض الناس في بعض الاوقات وبهذا القدر لا يخالف القياس فرع باع العلو قبل سقوطه جاز فان سقط قبل القبض بطل البيع وكذا ان بنى قبل القبض قوله وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل قال المصنف تحتمل وجهين ان يكون المراد بيع رقبة الطريق والمسيل او ان يكون المراد بيع حق المرور والذي هو التطريق والتسييل فان كان الاول وهو بيع رقبة الطريق والمسيل اي مع اعتبار حق التسييل فوجه الفرق بينهما ان الطريق معلوم لان الطول والعرض معلوما فان بينه فلا اشكال في حق نفسه وان لم يبين جاز ايضا وهو المراد بالمسيل ههنا فانه يجعل مقدار باب الدار العظمى وطوله بقدر سكة النافذة اما المسيل فمجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله الماء ومن ههنا عرف ان المراد بالمسيل ما اذا لم يبين مقدار الطريق والتسييل اما لو بين حدا لمسيل فيه الماء او باع الارض المسيل من نحو او غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد ان تبين حدوده وان كان المراد الثاني وهو مجرد حق المرور والتسييل فحق بيع حق المرور مجردا وايضا على رواية الزيادات لا يجوز وبه اخذ الكرخي رحمهما الله وعلى رواية كتاب القسمة يجوز فانه قال داران بين رجلين فيهما طريق لرجل اخر ليس له منعهما من القسمة وتبرك الطريق مقدار باب الدار العظمى فانه لا حق له في غير الطريق فاذا بيعت الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلثي الثمن للطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع انتهى فقد جعل لحق المرور قسطا من الثمن فدل على جواز بيعه وهو قول عامة المشائخ واتفقت الروايات على ان بيع حق التسييل لا يجوز فوجه الفرق على احدهما اي وجه الفرق بين حق المرور وحق التسييل على الرواية المجوزة للبيع حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما التسييل فان كان على السطح فهو نظير حق التعلي وبيع حق التعلي لا يجوز باتفاق الروايات ومن وجه فساده وهو انه ليس حقا متعلقا بما هو مال بل بالهواء وفي هذا نظر فان ذلك اذا باع حق التعلي بعد سقوط العلو فانما يكون نظيرا اذا باع حق التسييل على السطح والسطح وان كان على الارض وهو ان يسيل الماء عن ارضه كيلا يفسدها فيمره على ارض غيره فاعطى حكما فهو مجهول بجهالة محله الذي يأخذه الماء بقيت حاجة الى الفرق بين حق التعلي حيث لا يجوز وبين حق المرور حيث يجوز على رواية وانما احتيج الى الفرق بانه علل المنع في حق التعلي بانه ليس بمال فيرد عليه ان حق المرور كذلك وقد جاز بيعه في رواية وفي كل منهما بيع الحق لا بيع العين هو ان حق المرور حق تعلق برقبة الارض وهي مال هو عين فما تعلق به يكون له حكم العين اما حق التعلي فحق تعلق بالهواء وهو ليس بعين مال واما فرق المصنف بان حق التعلي تعلق بالبناء وهو عين لا تبقى

قال ومن باع جارية فاذا هو عدم فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نجفة حيث ينعقد البيع ويتخير وانما افترق لان الجنس يتعلق بالمسمى والوصف يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا اعمى خبازا فاذا هو كاتب في مسئلتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض في الحيوانات جنس واحد للتقارب بينهما وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالحل والدبس جنسان والوذاري والزنديجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما

فاشبه المنافع بخلاف الارض فليس بذلك لان المبيع كما يرد على ما يبقى من الاعيان كذلك يرد على ما لا يبقى وان اشبه المنافع ولهذا صحح الفقيه ابو الليث رواية الزيادات للمنافعة من جواز بيعه لان بيع الحقوق المجردة لا يجوز كالتسييل وحق المرور **قوله** ومن اشترى الخ اذا اشترى هذه الجارية بالف فظهرت غلاما فالبيع باطل لعدم القبض وبدونه واشارتها يبتنى على الاصل الذي قدمه في المعاوضة اذا اجتمع تسميته واشارته الى شئ كما ذكرنا من هذه الجارية حيث اشار الى ذات وسماها جارية فان كان المسمى مع المشار اليه جنسين مختلفين كانت العبرة للتسمية لان التسمية ابلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة تعرف الذات الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها مالك الذات وغيرها من ذوات الجنس المعروفة عند العقل اشباهها لتلك الذات وغيرها فيتعلق بالموصوف وهو يبطل العقد لعدم القبض المسمى كذا ذكره الحاكم وهو الظاهر من قول محمد فانه غير مبنى بقوله البيع بينهما وقيل بل هو فاسد وان كانا من جنس واحد لان اختلافهما بالصفة فاشبه كان ايضا كاختلاف الجنس فيكون البيع باطلا وان كان قليلا اعتبرت الاشارة فينعقد البيع لوروده على مبيع قائم لانه ذكر فيه وصفا غير مغيا فيه فلا يجد المشتري فيثبت له الخيار وقول المصنف والفرق يبتنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد يريد ان الاصل مختلف فيه على ما تقدم وانما ذكر محمد في خلافياته في المهر مستدلا به على قوله فيما اذا تزوج على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فمن الجنسين كل ذكر من بني آدم وان كانا مستويين في الجنس المنطقي وهو الذاتي المقول على كثيرين مختلفين بمميز داخل فقد التقيا مختلفين بما يخالف الذكر والانثى من سائر البهائم غير الادمي فان البيع ينعقد ويثبت الخيار وتقل القدوري من زفر انه جعل الذكر والانثى من بني آدم كالذكر والانثى من غيرهما فحكم بجواز البيع واجيب بالفرق بتفاوت الاغراض منهما فالتحقا بالجنسين فالغلام يراد لخدمة الخارج كالزراعة والتجارة والجارية والانثى لخدمة الداخل كالطبخ والفراش بخلاف الغلام فكان اختلافهما كاختلاف الجنس بل ليس الجنس في الفقه الا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منهما فاحشا فالجنسان ما يتفاوت منهما فاحشا بالنظر الى الذاتي وهذا قول المصنف وهو المعتبر في هذا دون الاصل يعني المعتبر في انهما جنسان او جنس واحد تفاوت الاغراض تفاوتا بعيدا فيكون من اختلاف الجنس او قريبا فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف الاصل يعني الذاتي فلذا قالوا الخل مع الدبس جنسان مع اتحاد اصلهما لفحش تفاوت الغرض بينهما والوذاري والزنديجي كذلك كذا الوذاري بفتح الواو وكسرها وانجام الذال ثم راء مهملة نسبة الى وذار قرية من قرى سمرقند والزنديجي بزاي ثم نون ثم دال مهملة ثم نون ثم ياء ثم جيم نسبة الى زندنة بفتح الزاي والنون الاخيرة والجيم زيدت على خلاف القياس مع اتحاد اصلهما هكذا ذكر المصنف عن المشائخ وذكر لابي حنيفة في باب المهر يقتضي انه اعتبر الخل مع الخمر جنسا واحدا ومقتضاه ان يعتبر الخل مع الدبس كذلك ومن المتأخرين جنسا ما اذا باع فصارعلى انه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل ولو باعه ليلا على انه ياقوت احمر فظهر اصفر صح وخير كما اذا باع عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب كذا ذكره المصنف وان كانت صناعة الكتابة اشرف عند الناس من الخبز كان المختار لا يفرق من المشائخ بين كون الصفة خيرا من الصفة التي عينت ولا في ثبوت الخيار كما اطلق في المحيط ثبوت الخيار وذهب اخرون منهم صدر الاسلام ظهير الدين الى انه انما يثبت اذا كان الموجود انقص وصح الاول لفوات غرض المشتري فان الظاهر ان غرضه من يقوم بحاجته التي عينها لا بما ليس غرضا له الان وكان مستند الفصلين ما تقدم فيمن اشترى عبدا على انه كافر فاذا هو مسلم لا خيار له لانه خير ما عين وقد يفرق بان الغرض وهو استخدام العبد بما يليق به لا يتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة وامورها او التجارة وامورها او بخلاف تعيين الخبز او الكتابة ونحوه وانه يفيد

قال ومن اشترى جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان ينقد الثمن لم يجز البيع الثاني وقال الشافعي رحمه الله يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض لان اول عائشة رضي الله عنها لما اشترت بريرة وقد باعت بنسيئة بما اشترت بثمان مائة بئس ما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان لم يتب لان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه البيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة

ان جاءته التي لاجلها اشتري هي بهذا الوصف قوله ومن باع جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع قبل نقد الثمن بمثل الثمن او اكثر جاز وان باعها من البائع باقل لا يجوز عندنا وكذا لو اشتراه عبده او مكاتبه ولو اشترى ولده او والده او زوجته فذلك عنده وعندهما يجوز لتباين الاملاك وكان كما لو اشتراه اجنبي وبقبول كل منهما ينفرد الآخر والذا لا تقبل شهادة احدهما للآخر ولو اشترى وكيل البائع باقل من الثمن الاول جاز عنده خلافا لهما لان تصرف الوكيل عنده وقع لنفسه فلذا يجوز للمسلم ان يوكل ذميا اشترى خمرا وعندهما عن الموكل ولكن ينتقل الملك الى الموكل حكما فكان كما لو اشتراه لنفسه فمات فورثه البائع وعندهما عقد الوكيل كعقده ولو اشتراه وارثه يجوز في ظاهر الرواية خلافا لابي يوسف وعن ابي يوسف لا يجوز ولو باعه المشتري من رجل ووهبه ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل يجوز لاختلاف الاسباب شبهة وبه نحتاط في المسببات قلنا قال لك واحد وعيد لقبول نقد الثمن لان ما بعده يجوز بالاجماع باقل وكذا لو باعه بعرض قيمته اقل من الثمن وقال الشافعي لا يجوز كيف ما كان كما لو اجنبي غير البائع باقل من ثمن او مثل الثمن الاول واكثر او بعرض قيمته اقل من الثمن بجامع قيام الملك فيه لانه هو المطلق في الاصول التي عينها وتقييده بالعرض دون ان يقول كما لو باعه بخلاف جنسه وقيمته اقل لانه لو باعه بذهب قيمته اقل من الدراهم الثمن لا يجوز عندنا استحسانا خلافا لزفر وقياسا على العرض بجامع انه خلاف جنسه فان الذهب جنس اخر بالنسبة الى الدراهم وجه الاستحسان انهما جنس واحد من حيث كونهما ثمنا ومن حيث وجب ضم احدهما الى الاخرى الزكوة فيبطل البيع احتياطا والزم ان اعتبارهما جنسا واحدا يوجب التفاضل بينهما احتياطا والجواب ان يقتضي الوجه لكن ولكن في التفاضل عند اتحاد الجنس لا في النسيئة اجماع ولنا قول عائشة تفالح ما قلته المصنف عن عائشة يفيد ان المراة هي التي باعت زيدا بعد ان اشترت منه وحصل البيع لان شريت معناه بعت قال تم وشروه ثمن بخس اي باعوه وهو رواية ابي حنيفة فانه روى في مسنده عن ابي اسحق السبيعي عن امراة ابي السفر ان امراة قالت لعائشة ان زيد بن ارقم باعني جارية بثمانمائة درهم ثم اشتريتها منه بستمائة فقالت البئسما شريت بئسما اشتريت ابلغي زيدا انه قد ابطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان يتوب وبئس ما شريت وبهذا ظهر ان الذي حصل له البيع هي المراة قال ابن عبد البر وهو في الصحيح بهذا اسناد جيد وان كان الشافعي قال لا اثبت شيئا عن عائشة فقول الدارقطني في العالية هي مجهولة لا يحتج بها يخالف قول غيره احد ولو لا ان عند ام المؤمنين علما من رسول الله صلى الله عليه وسلم ان هذا محرم لم تستجز ان تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد وقال غيره هذا مما يدرك بالراي والمراة هي العالية امراة ابي اسحق السبيعي التي ذكر انها دخلت مع ام الولد على عائشة قال ابن الجوزي قالوا العالية امراة مجهولة لا يحتج بنقلها قلنا بل هي امراة معينة القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات فقال العالية بنت ايفع بن سراجيل امراة ابي اسحق السبيعي سمعت من عائشة وقولها ابلغي زيدا انه قد ابطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان يتوب وزاد فقالت قال تم وشروه ثمن بخس اي باعوه وانما فاتت العقد الاول لانه وسيلة وفات الثاني لانه مقصود بالفساد وروى هذا الحديث على هذا النحو عبد الرزاق قال اخبرنا معمر والثوري عن ابي اسحق عن امراته انها دخلت على عائشة فذكر نحوه فسالتها امراة فقالت كانت لي جارية فبعتها من زيد بن ارقم بثمانمائة الى العطاء ثم ابتعتها منه بستمائة فقلت له السمائة وكتب لي عليه ثمانمائة فقالت عائشة رضي الله عنها الى قولها الا ان يتوب وزاد فقالت

قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار شبهة الربوا او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها

المرأة لعائشة رضي الله عنها ارأيت ان اخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل فقالت فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف لا يقال ان قول عائشة رضي الله عنها وردها بجهالة الاجل وهو البيع الى العطاء فان عائشة رضي الله عنها كانت ترى جواز الاجل الى العطاء ذكره في الاسرار وغيره والذي عقل من معنى النهي انه استربح ما ليس في ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وهذا لان الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض فاذا عاد اليه الملك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن فهو ربح حصل لا على ضمانه من جهة من باع وهذا لا يوجد فيما اذا اشتراه بمثل الثمن او اكثر فبطل الحاق الشافعي رحمه الله ذلك بخلاف ما لو باعه المشتري من غير البائع فاشتراه البائع منه لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان حكما وكذا لو دخل في المبيع عيب فاشتراه البائع باقل لان الملك لم يعد اليه بالصفة التي خرجت فلا يتحقق ربح ما لم يضمن بل يجعل النقصان بمقابلة الجزء الذي احتبس عند المشتري سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب او دونه حتى لو كان النقصان نقصان سعر فهو غير معتبر في العقود لانه فتور في رغبات الناس فيه وليس من فوات جزء من العين وكذلك اذا اشتراه بجنس آخر غير الثمن جاز لان الربح لا يتحقق عنده مع اختلاف الجنس لان الفضل انما يظهر بالتقويم والمبيع لا يتعين ذلك بخلافه بجنس الثمن الاول لظهوره بلا تقويم وقد ورد عليه تجويز كون انكار عائشة رضي الله عنها لوقوع البيع الثاني قبل قبض المبيع اذ القبض لم يذكر في الحديث قلنا لا يصح هذا لانها ذمته باهل الربا بقرينة تلاوة آية الربوا وليس في بيع المبيع قبل القبض ربا ولا شبهته ضعف هذا الجواب لان تلاوة الآية ظاهرة في كونها لاشتمالها على قبول التوبة جوابا لقول المرأة ارأيت ان اخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل كان لي من التوبة فقلت الآية ظاهرة في قبول التوبة وان كان سوقها في القرآن من الربوا وقد طلب الفرق بين النهي عن بيع الولد الكائن مع امه مفردا في عدم الفساد وفلم اوجب هذا النهي واجيب بان النهي اذا كان لامر يرجع الى نفس البيع اوجبه فان كان لامر خارج لا والنهي فيما ذكر للتفريق لا لنفس البيع حتى لو فرق بينهما بغير البيع اثم فيكره البيع في نفسه كالبيع وقت النداء وهنا هو شبهة الربا وهو مخصوص بالبيع وشبهة الربا حكم حقيقته **قوله** ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى هذه فرع المسئلة التي قبلها وهي ان شراء ما باع من المشتري باقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز ووجهه انه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى وهي التي باعها باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها وهي التي ضمت اليها واورد عليه ان علة الفساد في التي باعها ثم اشتراها لو كان لانه حصتها ايا ما اقل من خمسمائة استلزم الشراء بها باقل مما باعها به لزم ان لا يفسد البيع في التي اشتراها بخمسمائة لو باعها واخرى معها بالف وخمسمائة لان عند تقسيم الثمن عليهما يصيب كلا منهما اكثر من خمسمائة فليس فيه شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن لكن ذكر انه ايضا فاسد اجيب بان الفساد في هذه المسئلة آخر وهو كثرة جهات الجواز وليس البعض في الحمل عليه باولى من البعض فامتنع الجواز بخلاف ما ذكر وهنا حيث تحرى الجواز فيها بتعيين جهة الجواز على ما يجيء في كتاب الصرف وهذا الوجه لزم ان يمتنع ثبوت حكم لموجبات شتى تمتنع تعدد العلل لانه يقع فيما شئنا وذلك ثم لا شيء للفساد وفي تحريرنا الشيء تواطأ في اكثر جهات محل بلا معارض محرم واحق الجواز فان هناك الموجبات متحققة وهنا المجوز موقوف على الاعتبار فاذا اعتبر واحد امكن اعتبار غيره لكنه لا يزيد النظر الا دكادة فان الآخر قبل الاعتبار لا وجود له ومع ذلك لا يعمل المجوز الذي جهة وتحقق تحقق الاعتبار فليتامل وحين فهم بعض الشارحين ضعف هذا الوجه عدل الى وجه ذكره انه الوجه وهو ان من الممكنات ان يعتبر في مقابلة الجارية الاولى من الالف وخمسمائة اقل من خمسمائة واجتمع فيها محرم ومبيح فيفسد وليس هذا من المذهب في شيء بل اذا اجتمعا فيه اعتبر وجه الصحة تصحيحا كما سياتي في بيع قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيزي حنطة وشعير حيث يصح ويتحرى للجواز اعتبارا لتصحيح تصرف المسلم ولا اشكال فيه على قولهما بل على قوله لان

قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة

مذهب ابي حنيفة ان البيع اذا فسد بعضه فسد كله اذا كان الفساد مقارنا فدفعه المص بوجوه اولها ان الفساد فيما بيعت اولا ضعيف لاختلاف العلماء فيه كما ذكرناه من مذهب الشافعي فلم يسر الى الاخرى كما اذا اشترى عبدين فاذا احدهما مدبر لا يفسد في الاخر كذلك بخلاف الجمع بين حر وعبد واستشكل بما لو اسلم قوهيا في قوهي ومروي فانه باطل في الكل عنده وعندهما يصح في المروي كما لو اسلم حنطة في شعير وزيت عنده يبطل في الكل وعندهما يصح في حصة الزيت مع ان افساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فان اسلام هروي في هروي جائز عند الشافعي ولا مخلص منه الا بتعيين تعليل تعدي الفساد بقوة الفساد بالاجماع عليه الى تعليله لانه يجعل الشرط الفاسد في احدهما وهو شرط قبول العقد في الهروي شرطا لقبوله في المروي ويفسد في المروي بالشرط الفاسد وفي الهروي باتحاد الجنس كذا اعترف به شمس الائمة بعد ان علل هو به في شرح الجامع ثانيها ان الفساد في الاولى لشبهة الربوا وسلامة الفضل للبائع الاول بلا عوض ولا ضمان يقابله وهو منتف في المضمومة فلو اعتبرنا تلك الشبهة في التي ضمت الى المشتراة اولا كان اعتبار الشبهة الشبهة وهذا احسن من تقرير قاضي خان اعتبار الشبهة بان الالف وهو الثمن الاول على شرف السقوط لاحتمال ان يجد المشتري بها عيبا فيرده فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع الامن عنه فيكون البائع بالعقد الثاني مشتريا الف بخمسمائة وثالثها ان الفساد في الاول طار غير مقارن وله وجهان احدهما انهما لم يذكرا في العقد ما يوجب فساده فانه قابل الثمن بالجاريتين وهذه المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن على قيمتهما فيصير البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع فح يفسد البيع فيما باعه وهذا فساد طراء الان لان الانقسام بعد وجوب الثمن فلا يتعدى الى الاخر والاخر بسبب المقاصة فان المقاصة تقع بين الثمن الاول والثمن الثاني فيبقى من الثمن الاول فضلا بلا عوض وذلك لان البائع الاول لما باعها بالف ثم اشتراها بخمسمائة قبل النقد فيقاص خمسمائة بخمسمائة مثلها فيبقى للبائع من الثمن الاول فضل خمسمائة اخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندها فهو طار فلا يظهر في الاخرى كمن باع عبدين صفقة وبين ثمن كل ثم الحقا في ثمن احدهما اجلا هو وقت الحصاد فسد البيع فيه فلا يتعدى الى الاخر فكذا ما نحن فيه واورد ينبغي ان يفسد العقد في الاخر لمعنى اخر وهو انه جعل قبول العقد فيما لا يصح وهو ما باعه اولا شرطا لقبوله في الاخر قلنا قبول العقد فيه ليس شرطا فاسدا الا ترى انه لو كان ثمنه مثل الثمن الاول او خلاف جنسه كان صحيحا وانما الفساد لاجل الربح الحاصل لا على ضمانه وهذا يقتصر على العبد الذي باعه اولا ولا يتعدى الى العقد الثاني وفي المبسوط لو اشتراه البائع مع رجل اخر جاز من الاجنبي في نصفه ولو ولدت الجارية عند المشتري ثم اشتراها منه باقل ان كانت الولادة نقصها جاز كما لو دخلها عيب عند المشتري ثم اشتراها منه بالاقل وان لم تنقصها لا يجوز لانه يحصل به ربح لا على ضمانه قوله ومن اشترى زيتا في ظرف صورتها في الجامع محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو الف رطل على ان يزنه بظرفه فيطرح مكان كل ظرف خمسين رطلا قال هذا فاسد وان كان قال على ان تطرح عني وزن الظرف فهو جائز لانه شرط يقتضيه العقد وهو شرط ان يتعرف قدر المبيع من غيره ليخص بالثمن بخلاف قوله على ان تزنه وتطرح عنه لكل ظرف عشرة ارطال او خمسين فان البيع ح فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين فان زنة الظرف قد تكون اقل من خمسين فيكون البيع بشرط ترك الثمن عن بعض المبيع وهو نفع للمشتري وقد يكون اكثر منها فيكون البيع بشرط اعطاء ثمن لا في مقابلة مبيع وفيه نفع للبائع والمسئلة بعدها فرع عليها وهو ما في الجامع رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الزق كل رطل بدرهم فوزنه له بزقه فبلغ مائة وقبضه المشتري فقال وجدت الثمن تسعين رطلا والزق هذا وزنه عشرة ارطال وقال البائع كان الثمن خمسة وتسعين رطلا والزق غير هذا ووزنه خمسة ارطال فالقول قول المشتري مع يمينه الا ان يقيم البائع البينة لان هذا الاختلاف ان اعتبر خلافا راجعا الى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض

قال وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر أو بشرائها ففعل ذلك جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما أن الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز ولأبي حنيفة رحمه الله أن العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته وانتقال الملك إلى الآمر أمر حكمي فلا يمتنع بسبب الإسلام كما إذا ورثهما ثم إن كان خمرا يخللها وإن كان خنزيرا يسيبه **قال** ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط

ضمينا كان للتعيب أو ميتا كالمودع ولو مات البائع يدعي عليه زيادة فأخذ المشتري ينكر وإن اعتبر اختلافا في قدر الثمن المقبوض فرجعه خلاف في قدر الثمن فالقول قول المشتري لأنه ينكر الزيادة واستشكل المسألتين أحدهما إذا باع عبدين وقبضهما المشتري ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر يرده بعيب فاختلفا في قيمة الميت فالقول للبائع كما سيأتي في باب التحالف والثانية أن الاختلاف في الثمن يوجب التحالف وهنا جعل القول للمشتري على تقدير اعتباره اختلافا في الثمن أجيب عن الأولى بأنها مع هذه على وفاق كون القول للمشتري لإنكاره الزيادة وهناك إنما كان للبائع لإنكاره الزيادة وعن الثانية بأن التحالف على خلاف القياس فيما عند [illegible] والاختلاف في الثمن قصدا وهنا الاختلاف فيه تبع الاختلاف في القدر المقبوض [illegible] فلا يوجب التحالف **قوله** وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر أو خنزير أو شرائهما ففعل جاز عند أبي حنيفة حتى يدخل الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل فيجب أن يخلل الخمر أو يريقها ويسيب الخنزير هذا في الشراء وفيما إذا كان التوكيل بالبيع بأن كان في ملك المسلم خمر وخنزير وصورته أن يكون ذميا فيسلم عليهما ويموت قبل أن يزيلهما ولو ورثه مسلم فيثبتهما فلو باعهما فعليه أن يتصدق بثمنهما لتمكن الخبث فيه قال صلى الله عليه وسلم إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها وقال أبو يوسف ومحمد [illegible] لا يصح هذا التوكيل [illegible] مع ما فيه يقتضي الجواز على الأصح [illegible] لا يملك توكيل غيره به [illegible] ولأن ما يثبت للوكيل من الملك ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشر الشراء والبيع بنفسه فلا يجوز ولأبي حنيفة أن الوكيل في البيع يتصرف بأهلية نفسه حتى لا يلزمه أن يضيف العقد إلى موكله وترجع حقوق العقد إليه حتى يطالب بالثمن ويرد بالعيب وأهل البيع الخمر وشرائهما شرعا فلا مانع شرعا [illegible] والمسلم الموكل أهل لأن يثبت له ما يثبت للوكيل من ثبوت الملك كما ذكرنا من صحة ثبوت الملك الجبري له فيهما فانتفى المانع الشرعي والملازمة الشرعية امتناع التوكيل لامتناع المباشرة ممنوعة بمسائل منها أن الوكيل بشراء عبد بعينه لا يملك شراءه لنفسه ويملك التوكيل بشرائه لنفسه ومنها أن القاضي لا يملك البيع لخمر أو خنزير خلفه ذمي ورجع أمره إلى القاضي ويملك توكيله به وكذا الوصي المسلم للذمي لا يملك بيع خمره ويملك التوكيل به والمريض مرض الموت لا يملك البيع بالتغابن في شيء إذا كان عليه ديون مستغرقة ويجوز من وصيه بعد موته وكذا الأب [illegible] فإن قيل إن تمام أن يملك المسلم لها ثبت [illegible] في وضع التوكيل سبب الملك [illegible] عن أبي حنيفة [illegible] في صحة **قوله** ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط قال الطبراني في معجمه الأوسط ثنا عبد الله بن أيوب المقرئ حدثنا محمد بن سليمان الذهلي حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعا وشرط شرطا فقال البيع باطل والشرط باطل ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت ابن شبرمة فسألته فقال البيع جائز والشرط جائز فقلت يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال ما أدري ما قالا حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده

To: www.al-mostafa.com

ثم جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا او لانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده الا ان يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا نقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي رح وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه

عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع وشرط البيع باطل والشرط باطل ثم اتيت ابن ابي ليلى فاخبرته فقال ما ادري ما قالا قال حدثني هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة رض قالت امرني النبي صلى الله عليه وسلم ان اشتري بريرة فاعتقها البيع جائز والشرط باطل ثم اتيت ابن شبرمة فاخبرته فقال ما ادري ما قالا قال حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر رض قال بعت من النبي صلى الله عليه وسلم ناقة وشرط لي حملانها الى المدينة البيع جائز والشرط جائز وكذا رواه الحاكم في كتاب علوم الحديث ومن جهة الحاكم ذكره عبد الحق في احكامه وسكت عليه وقد ظهر من هذا ان في المسئلة ثلاث مذاهب مستدل عليها فلا بد من النظر فيها فاما حديث عمرو بن شعيب فلا يحتمل الا التخصيص فحمله الشافعي واستثنى من منع البيع مع الشرط البيع بشرط العتق بحديث بريرة فان النبي صلى الله عليه وسلم ما رد في حديثها الا الولاء وذكر الاقطع عنه انها رواية عن ابي حنيفة وحديثها في الصحيحين عن عائشة رض قالت جاءتني بريرة فقالت كاتبت اهلي على تسع اواق في كل عام اوقية فاعينيني فقالت ان احب اهلك ان اعدها لهم ويكون ولاؤك لي فقلت فذهبت بريرة الى اهلها فقالت لهم فابوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وآله وسلم جالس فقالت اني عرضت عليهم ذلك فابوا الا ان يكون لهم الولاء فاخبرت عائشة رض رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال خذيها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن اعتق ففعلت عائشة الحديث فيه دليل على جواز بيع المكاتب اذا رضي بالبيع وفيه ابطال قول من منع بيعه وقال انما اشترطت عائشة رض الولاء بسبب ما وقع في بعض الروايات وهو وان احبوا ان اقضي عنك كتابتك وذلك لانه صلى الله عليه وسلم قال انما الولاء لمن اعتق ورد اشتراطهم الولاء لانفسهم والعتق من عائشة رض وهذا لا خلاف فيه ولو قال قائل ان الشرط اذا كان امرا لا يحل شرعا مثل ان يشترط ان لا يقع عتقك اذا اعتقه يبطل هو دون البيع فانه لغو لا يمكن المشروط عليه ان يفعله فيتم البيع كانه لم يذكر اذا كان خارجا عن طاقة من شرط عليه امكن ويكون اصل هذا حديث بريرة واما الحقيقة فانما لم يخصوه به لان العام عندهم يعارض الخاص فيطلب معه اسباب الترجيح والمرجح هنا للعام وهو نهيه عن بيع وشرط هو كونه مانعا وحديث بريرة مبيح فيحمل على ما قبل النهي لان القاعدة الاصولية انما فيه الاباحة منسوخ بما فيه النهي واما حديث جابر الذي استدل به ابن شبرمة فالشرط وهو استثناء حملانه لم يقع في طلب العقد كذا قاله الشافعي ونحن كذا نقول مع الوجه الذي ذكرناه من تقديم العام فان قلت كيف قال الشافعي بافساد البيع بالشرط مع ان حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده من قبيل المرسل عند كثير من اهل الحديث قلت ذلك اذا لم يصرح فيه بجد ابيه عبد الله بن عمرو بن العاص وقد ورد عنه التصريح به فيه فيما اخرجه ابو داود والترمذي والنسائي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال 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 ولهذا قال الترمذي حديث حسن صحيح وروي هذا ايضا من حديث حكيم بن حزام في موطا مالك بلاغا واخرجه الطبراني من حديث محمد بن سيرين عن حكيم قال نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اربع خصال في البيع عن سلف وبيع وشرطين في بيع وبيع ما ليس عندك وربح ما لم يضمن ومعنى السلف في البيع البيع بشرط ان يقرضه دراهم وهو فرد من البيع الذي شرط فيه منفعة لاحد المتعاقدين وغير ذلك مما سياتي قوله ثم جملة الامر فيه اي في الشرط انه اما يقتضيه العقد كشرط ان يحبس المبيع الى قبض الثمن ونحوه فيجوز لانه مؤكد لموجب العقد او لا يقتضيه لكن ثبت تصحيحه شرعا بما لا يؤكد له كشرط الاجل في الثمن والثمن في السلم وشرط الخيار فكذلك هو الصحيح للاجماع على ثبوته شرعا رخصة او لا يقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كشراء نعل على ان يحذوها البائع او يشركها فهو جائز ايضا لما سياتي وكذا اذا لم يكن كذلك ولكن يتضمن التوثق بالثمن كالبيع

فراعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا لا يتم فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة ان شرط العتق من حيث انه لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منع للملك والشيء بانتهائه يتقرر وينتهي لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف من وجه آخر لم يتحقق الملائمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملائمة فترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا

بشرط كفيل بالثمن حاضر وقبل الكفالة وبان برهنا به برهنا معلوما بالاشارة او التسمية فهو جائز ايضا على الصحيح خلافا لزفر فان حاصله التوثق بالثمن فيكون كاشتراط الجودة فيه فهو مقرر لمقتضى العقد ولم يكن الكفيل حاضرا وقبل او غائبا فحضر قبل ان يتفرقا وكفل وشرط الحوالة كالكفالة والرهن سمي ولا اشارة اليه لا يجوز بالاتفاق ولان وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف الى البيع فيصير الكفيل كالمشتري فلا بد من حضوره المجلس بخلاف الرهن لا نشترط حضرته لكن عالم يسلمه للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وان انعقد عقد الرهن بذلك الكلام فان سلم مضى العقد على ما عقد وان امتنع عن تسليمه لا يجبر عند ابي يوسف يوما ويوما ثم يدفع الثمن فان لم يدفع الرهن ولا الثمن خير البائع في فسخ وشرط الحوالة كالكفالة واذا كان الشرط ما ذكرنا فانه يفسد البيع لما ذكرنا فيما مضى منفعة لاحد المتعاقدين او المعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق كان اشترى حنطة على ان يطحنها البائع او تبيعها في دار شهر او ثوبا على ان يخيطه فالبيع فاسد وكذا شرط ان لا يبيع المشتري العبد لانه يجب ان لا تتداوله الايدي وكذا على ان لا يخرجه من مكة مثلا وفي الخلاصة اشترى عبدا على ان يبيعه من فلان لا يجوز لان له طالبا وكذا اذا كانت المنفعة لغير المتعاقدين والمعقود عليه منه اذا باع على ان يبني بها مسجدا او وطئها على ان تتصدق به فهو فاسد اما لو كان للبيع ثوبا او حيوانا غير آدمي فقد خرج الجواب عما ذكر في المزارعة من ان احد المزارعين اذا شرط في المزارعة ان لا يبيع الآخر نصيبه او نصيبه مع ان المزارعة جائزة والشرط لا يليق لاحد العاقدين فيه منفعة وكذا ذكر الحسن في المجرد قال المصنف وهو الظاهر من المذهب لانه اذا لم يكن من اهل الاستحقاق انعدمت المطالبة والمنازعة فلا يودي الى الربا وانما البطل الشرط الذي فيه المنفعة للبيع لانه يودي اليه لانه يكون عارية عن العوض في عقد البيع وهو نفي معنى الربا ومن مثل الباطل بيع العبد على ان يعتقه المشتري او يكاتبه او يدبره والشافعي يخالفنا في شرط العتق في احد قوليه فيصححه ثم ان اعتقه المشتري فذاك والا خير البائع في فسخ العقد ولا يجبر عليه في قول بعض اصحابه وفي قول آخرين يجبر قال المصنف ويقيسه الشافعي على بيع العبد نفسه ثم فسره بان يبيعه ممن يعلم انه يعتقه الا ان تشترط فيه ذلك وعلى تفسير المصنف هذا يتحقق صورة القياس ولنا على تفسيره بان يباع بشرط عتقه فلا يصح لانه نفس المقيس عليه الا انه قوله الا ان يشترط فيه يفهم من قوله ان تفسيره بما ذكر مخالف لتفسير الشافعي بذلك فقاده وح يقوى الاعتراض عليه بانه ترك القياس قال فالحجة عليه ما ذكرناه يعني من الحديث والمعنى وانت علمت ان ترجيح الى تخصيص العام بالخاص كيف ما وجد وهو مذهبه ولهذا خصصه بحديث بريرة وجوابه ان ليس في حديث بريرة اصلا ان البيع كان بشرط العتق بل كان على وعد العتق منها وح فليس من التخصيص منع بيع بشرط في شيء ولا يصلح البيع ممن يظل عتقه اصلا لقياس البيع بشرط عتقه لعدم الجامع ونسمته منصوب على الحال بمعنى موضوعا للعتق وعبر بالنسمة عنه لكثرة ذكرها فيما اذا اعتقت في مثل قوله صلى الله عليه وآله وسلم فك الرقبة واعتق النسمة فصيرت كالاسم لما وضع للعتق فصولت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الفعل قوله فلو اعتقه المشتري الخ هذا فرع على قولنا بفساد البيع بشرط العتق وهو ان المشتري بهذا الشرط لو اعتقه بعد ما قبضه عتق ثم عند ابي حنيفة رح البيع صحيحا حتى يجب الثمن عنده وعندهما لا يجوز صحيحا فتلزمه قيمته ولو اعتقه قبل القبض فلا يتفق بالاجماع لانه لا يملكه قبل القبض لفساد البيع وجه قولهما انه تلف بعد ان ملكه بالقبض في بيع فاسد فلا ينقلب جائزا كما لو تلف بوجه آخر من موت او قتل او بيع او هبة وقاسا على تدبيره واستيلاده فان هناك الضمان بالقيمة اتفاقا فهو آت في الشرط اعتبارا للحقيقة الحرية تحقق الحرية ولابي حنيفة ان شرط العتق وان كان لا يلائم العقد على ما ذكرناه يعني قوله لان تخصيصه العقد الاطلاق في التصرف والتخيير الخ ولكنه من حيث حكمه وهو ثبوت الحرية يلائمه لانه اي العتق منه

قال كذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا أو دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشترى درهما او على ان يهدي له هدية لان شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه عليه السلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع فدخل البيع تحت صفقتين في صفقة

الملك الذي هو اثر البيع والشيء بانتهائه يتقرر وجوده والفاسد لا تقرر له فيكون صحيحا ولذا لا يمنع الحق الرجوع بفساد العيب اذا اطلع عليه بعد ان اعتقه بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر لانه لا يصير به بهذا الشرط ملايا فيبقى على مجرد جهة المفسد وكذا لو مات لانقلب صحيحا لان بموته لا يصير شرط العتق ملائما وهو المنظور اليه في افساد العقد وتصحيحه وكون شيء آخر كالموت ونحوه ملائما لا يصير به هذا الشرط الذي وقع مفسدا ملائما واما شرط التدبير والاستيلاد فكذلك لا يصير العقد صحيحا اذا دبره المشتري او استولدها لانه لا يصير به شرط التدبير والاستيلاد ملائما لانه يتعين امتناع ورود الملك عليه ولم يوجد بجواز ان يحكم قاض بصحته بهما فيتقرر الفساد وادور ولما كان فعل هذا الشرط مصححا ينبغي ان يكون العقد صحيحا في الابتداء عند اشتراطه اجيب بانه من حيث هو مخالف لا يقتضي العقد وانما يلائمه باعتبار حكمه فعلى في الابتداء قبل تحققه بمقتضى ذاته وعند تحقق حكمه بمقتضى حكمه ولو اشترى امته بشرط ان يطأها البائع او لا يطأها فالبيع فاسد عند ابي حنيفة هو وعند ابي يوسف ومحمد يجوز في الاول لانه ملائم للعقد حتى الملائم له اطلاق الوطء لا الزامه وعند محمد يصح فيهما الاول للاولى ليوسف والثاني لان لم يقتضه العقد ولا يرجع نفعه لاحد فهو شرط لا طالب له قوله وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري دراهم او على ان يهدي له هدية او ثوبا على ان يقطعه المشتري قميصا او قبا فهو فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وقد درون في عين بعضها نهي خاص وهو نهيه صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع وسلف اي قرض ثم خص شرط الاستخدام والسكنى بوجه سنوي فقال ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن بان يعتبر المسمى ثمنا بازاء المبيع وبازاء اجرة الخدمة والسكنى يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن صفقتين في صفقة فيتناول كلا من الاعتبارين المذكورين رواه احمد عن اسود بن عامر عن شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن ابيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن صفقتين في صفقة اما ثبوته فقد رواه البزار في مسنده عن اسود بن عامر بإسناد حسن رجاله رجال الصحيح وقفه وبالوقف رواه ابو نعيم الحافظ وابو عبيد القاسم بن سلام واما معناه ففسره الصحابي بما سمعت وفسره ابو عبيد القاسم بن سلام بان يقول الرجل لرجل ابيعك هذا نقدا بكذا ونسيئة بكذا وفارقه على احدهما فلا بأس اذا تقرا عليه انتهى ورواية ابن حبان للحديث موجودة فالصفقتين في الصفقتين ربا يؤيد تفسير المصنف مع انه اقرب تبادرا من تفسير ابي عبيد واكثر فائدة فان كون الثمن على تقدير النقد الفا وعلى تقدير النسيئة الفان ليس فيه معنى الربا بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة واعلم انه روي عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم انه نهى عن بيعتين في بيعة ويظهر من كلام بعض من يتكلم في الحديث ظن انه معنى اول وليس كذلك بل هذا اخص منه فانه في خصوص من الصفقات وهو البيع وفسره الشافعي بان يقول ابيعك داري هذه بكذا على ان تبيعني غلامك بكذا واذا وجب لي غلامك وجبت لك داري وهذا حديث صحيح رواه الترمذي والنسائي قال الترمذي حسن صحيح ورواه مالك بلاغا وفي فتاوى الولوالجي لو قال بشرط ان يقرضني فلان الاجنبي عشرة دراهم تقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد البيع لانه لا يلزم الاجنبي لانه لو لزمه لزمه بالطريق الضمان عن المشتري او بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى الاول لانه ليس في ذمة المشتري فكيف يتحملها الكفيل حتى الى الثاني لانه لم يقبل على الى ضامن فاذا لم يلزم الاجنبي لا يفسد البيع ولا خيار للبائع لانه لو ثبت ما ثبت الا لم يسلم له ما يشترط في البيع على المشتري او بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى الاول لانه ليس في ذمة المشتري فكيف يحكم عن ابي الحسن الكرخي انه يجوز وهو خلاف ظاهر الرواية استبعده ابو بكر الخصاف فرع باع امته بشرط ان يطأها المشتري

ان

عند ابي حنيفة في الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا جهة لاحد المتعاقدين فيه ولا يتعامل الناس به فسد البيع

قال ومن باع عينا على ان لا يسلمه الى اشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفها فيما يتدين بالذمة دون الاعيان قال ومن اشترى جارية الا حملها فالبيع فاسد لان الاصل ان ما لا يجوز افراده بالعقد لا يجوز استثناؤه من العقد والحمل هنا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فيصير شرطا فاسدا او البيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف المضاربة في الكتابة ما يمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشرط الفاسد ولكن الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى حنطتها لان الميراث لا يجري فيها

او ان لا يطأها فسد البيع عند ابي حنيفة فيهما ذكر من ان مقتضى العقد الاطلاق وهذا تعيين احد الجائزين وعند ابي يوسف يفسد في الثاني لما قلنا فيصح في الاول لان العقد يقتضيه وعند محمد يصح فيهما ولو كان في الشرط خير كان شرطا ان يتبعض اجنبيا لا يفسد العقد وذكر الله ورحى انه يفسد ولو لم يكن فيه منفعة ولا مضرة وكان اشترى طعاما وشرط ان يأكله او ثوبا بشرط ان يلبسه جاز وذكر الامام قاضي خان العقود التي تتعلق تمامها بالقبول اقسام ثلاثة قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهي مبادلة المال بالمال كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا بجهالة البدل وهو معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد وقسم يشبه البيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل ولا يبطلها الشرط الفاسد وفي الخامسة التي تبطل بالشروط الفاسدة ولا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة عشر البيع والقسمة والاجارة والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوي وتعليق ايجاب الاعتاق بالشرط والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوقف في رواية وما لا يبطل بالشروط الفاسدة ستة وعشرون الطلاق والخلع ولو بغير مال والعتق بمال وبلا مال والرهن والقرض والهبة والصدقة والوصاية والشركة والمضاربة والامانة والتحكيم في اثنين عند محمد خلافا لابي يوسف والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والمأذون والكتابة واذن العبد ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة التي فيها القصاص بالاولى وجناية الغصب والوديعة والعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة او كفالة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب وتعليق الرد بخيار الشرط بشرط حوالة الاصل والكفالة لا يصح تعليقه ولا اضافته لكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط وكذا الحجر على المأذون لا يبطل الحجر ويبطل الشرط وكذا الهبة والصدقة والكفالة بالشرط المتعارف تصح هي والشرط لغيه المتعارف يبطل وتصح الكفالة انتهى تأمل حاصل ان كل ما كان من قبيل التمليكات والتقييدات لا يصح تعليقه من الاول الا وارد الاجارة ومن الثاني عزل الوكيل والحجر على العبد والرجعة والتحكيم عند ابي يوسف من قبيل التمليكات فلا تعلق وعند محمد تعلق لانه من اطلاق الولاية كما تقتضيه والاذن والايصاء والوكالة وان جعل الوكالة في شرح الطحاوي من قبيل التمليكات بل هي بالولايات اشبه قوله ومن باع عينا على ان لا يسلمه

يا هالي راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع المعين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفها فيما يتدين بالذمة لان الاعيان متعينة في المبيع فيختص بالاجل الترفيه بخلاف المبيع المعين فانه معين حاضر فلا فائدة في الزامه تأخير تسليمه فائدة الاستحصال به وهو حاصل فتكون ضررا بالبائع من غير نفع للمشتري قوله ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع والاصل المعتمد في تعريف ما يصح استثناؤه وما لا يصح استثناؤه وهو ان ما لا يصح افراده بالعقد ابتداء لا يصح استثناؤه من العقد والبيع صحيح والحمل بما لا يصح افراده بالعقد فلا يصح استثناؤه وهذا وهو كون الحمل لا يصح افراده بالعقد لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة كرجل الشاة واليتها حتى انه يوضع عليها بالمقراض وطراف الحيوان لا تفرد بالعقد اجماعا من ثم وعلله بقوله لانه الصحيح منها كذا يجوز لان افراد قفيز منها بالبيع يجوز ولو قال بتلك على التعيين من الغنم الا شاة منها بغير عينها لا يجوز لانه لا يجوز شاة من هذا القطيع بغير عينها بخلاف ما لو استثنى هذه الشاة فانه يجوز لانتفاء الجهالة حيث يجوز بيعا وافرادها بالعقد وكذا الحمل في كل عدد متفاوت ذكره ولو باع حيوانا واستثنى ما في بطنه لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وما ان لا يفرد بالعقد لا يجوز استثناؤه فلان الاستثناء انما يخرج بعض ما تناوله الصدر عن حكمه وما يدخل تبعا لا يتناول له لفظا كالمفاتيح لا يتناولها اسم الدار فلا يستثنى واما قول المصنف بيع الاصل يتناولها اي الاصل والتبع فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلا يفيد لان الاستثناء ليس لاخراج بعض من الحكم الصدر حكمه هو موجبه فلا يصح بل يبطل الاستثناء ومراده ان يريد بالتناول فيهما الحكم بطريق التبعية والاستثناء يكون على خلاف الموجب اي طريق

قال ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط

الاستثناء وصيغته لا حقيقة موجبة وذلك لا يجوز واذا لم يصح الاستثناء بقي شرطا فاسدا وفيه نفع للبائع والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة والاحسن ان يقال تبطل بالشروط الفاسدة لانها عقود معاوضة فيبطل بطلانا بشروط الفاسدة لهذا الشابهة بالبيع لانها عقود معاوضات الا ان المفسد في الكتابة شرط فاسد يمكن في صلب العقد وهو ما يقوم به العقد مثل ان يكاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة لتمكن الشرط المفسد في صلب العقد بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط الكائن في صلب العقد وغيره وانما اختص فسادا والكتابة بالشرط بذلك لشبهة الاعتاق والنكاح من حيث ان احد البدلين ليس بمال في حق نفسه وكونه معاوضة انما هو بالنسبة الى السيد في الانتهاء وكان له شبهان شبه بالبيع وشبه بما ليس بمعاوضة فيفسد بالمفسد القوي وهو ما يتحقق في صلب العقد باعتبار شبهه للبيع ولم يفسد بما ليس كذلك لشبهه بالعتق والنكاح وهما لا يفسدان بطلقا بالشرط الكائن في صلب العقد ولا في غيره واما الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فلا تبطل بالشروط الفاسدة وتبطل بالشرط الذي لا يبطل باستثناء الحمل فلو قال وهبتك وتصدقت عليك بهذه الجارية الا حملها او تزوجت على هذه الجارية او خالعتك عليها الا حملها او جعلها بدل الصلح الا حملها صحت هذه التصرفات وبطل الاستثناء ويدخل الحمل والهبة فان كانت ممن يقبل التمليكات لكن عرف بالنص انها لا تبطل بالشرط الفاسد لانه صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى بشرط العمر فيصير العمرى لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر واما الوصية فلا تبطل باستثناء الحمل بل تصح بالاستثناء حتى كان الحمل يرث اذا ولد الجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري في الحمل بخلاف ما اذا استثنى خدمتها بان اوصى بجارية الا خدمتها او الا غلتها حيث لا يصح الاستثناء لان الميراث لا يجري في الخدمة والغلة بانفرادها حتى لو اوصى بخدمة الجارية وغلتها لفلان فمات فلان بعد صحة الوصية لا ترث ورثته خدمتها ولا غلتها بل تعود الى ورثة الموصي بخلاف ما لو اوصى بحمل جارية لآخر حيث يصح ويكون حملها له وورد على الاصل ان الخدمة تصح افرادها بالوصية فيجب ان يصح الاستثناء ويجاب بدليل قولهم كلما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة في الاجارة ولم يلزم كلما لا يصح اجرة لان الوصية ليس بعقد حتى صح قبول الموصى له بعد موت الموصي والعقد بعد الموت لا يصح فلا يرد نقضا فرع قال بع صبرة كل قفيز بدرهم الا قفيزا بدرهم فله تسعة اعشارها بجميع الثمن ولو قال على ان عشرها لي فله تسعة اعشارها بسبعة اعشار الثمن خلافا لما روي عن محمد انه بجميع الثمن فيهما وعن ابي يوسف لو قال ابيعك هذه المائة شاة بمائة على ان هذه لي او الى فلان فسد ولو قال الا هذه كان ما بقي بمائة ولو قال ولي نصفها كان النصف بخمسين ولو قال تبتاع هذا العبد بالف الا نصفه بخمسمائة عن محمد جاز في كله بالف وخمسمائة لان المعنى باع نصفه بالف لان البائع بعد الاستثناء فالنصف المستثنى عن حصته بخمسمائة ولو قال على ان لي نصفه بثلثمائة او مائة وعشرين فسد لانه حال صفقة في صفقة ولو قال تبتاع لي هذه الدار الخارجة على ان يحمل لي طريقا الى داري هذه الداخلة فسد البيع ولو قال لا طريق الى داري الداخلة جاز فطريقه عرض في الدار الخارجة ولو باع بيتا على ان لا طريق للمشتري في الدار وعلى ان بابه في الدار لم يجز ولو زعم ان له طريقا فظهر ان لا طريق له يرد ولو باع عبدا بالف ودينار الا درهما او الا ثوبا او الا كر حنطة او هذه الاشياء الا واحدة لا يجوز ولو كانت بعينها جاز ولو باع دارا على ان لا بناء فيها فاذا فيها بناء البيع فاسد لانه يحتاج الى نقض البناء ولو باعها على ان بناءها من آجر فاذا هو لبن فهو فاسد بناء على انهما جنسان كما لو باعه ثوبا على انه هروي فظهر قطنيا ولو باع الارض على ان فيها بناء فاذا لا بناء فيها وكذا اذا اشترى بشرط وليس فيها شجر جاز وله الخيار وكذا الباع بعلوها وسفلها فظهر ان لا علو لها وسفل لو اشترى باحد هما فلو

ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد باجماع الائمة الا الشرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقتين في صفقة على ما مر من امتناع الصفقتين في صفقة الا ان هذا على تقدير واحد وهو كون الخياطة يقابلها شيء من الثمن فهو شرط اجارة

قال ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه فالبيع فاسد **قال** ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بيناه وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع **قال** والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة فيه **قال** ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتاخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة فيها ولانه معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى

في نحو ما تقدم كان كذلك على ذلك التقدير وعلى تقدير عدم المقابلة يكون اعارة في بيع **قوله** ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع اي اشترى اديما على ان يجعله البائع نعلا له فاطلق عليه اسم النعل اعتبارا لما يؤول اليه ويمكن ان يراد حقيقته بان يكون نعل رجل واحدة على ان يحذوه اي يجعل معه مثالا آخر ليتم نعلا الرجلين من حذوت النعل بالنعل اي قدرته بمثال قطعته ويدل عليه قوله او يشركه اي يجعل له شراكا الا ان قوله نعلا والمراد انه اشترى اديما على ان يجعل له شراكا فلا يراد به حقيقة النعل فالبيع فاسد قال المصنف ما ذكره يعني القدوري جواب القياس ووجهه ما بيناه انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز البيع ويلزم الشرط للتعامل كذلك ومثله في ديارنا شراء القبقاب على هذا الوجه اي على ان يسمر له سيرا فصار كصبغ الثوب فان القياس يمنعه لانه اجارة عقدت على استهلاك عين من مال المستاجر مع المنفعة وهو عين الصبغ ولكن جوز للتعامل ومثله اجارة الظئر لا يجوز قياسا لانه استهلاك عين بالاجارة لكن في الفوائد المستحق بالاجارة فعل الصبغ والصباغة في استئجار الصباغ والظئر والصبغ … واللبن … للتعامل جوزنا الاستصناع مع انه بيع المعدوم ومن انواعه شراء الصوف المنسوج على ان يجعله البائع قلنسوة او قلنسوة بشرط ان … وما يباع … الشرط ومنها بيع بشرط … كان الشرط … بشرط … في … محمد اشترى شاة على انها حامل فسد البيع وعن الشافعي قولان واصحهما يصح وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال بعض اصحابنا في … في الجواري يصح … محمد اشترى جارية على انها حامل يجوز البيع الا ان يظهر ان المشتري يريدها للظئورة فيفسد فلا يخفى … ان المشتري … شرط … المشتري خلاف … لا يوجب فسادا … شرط الحبل من البائع لا يفسد لان البائع يذكره على بيان العيب عادة ولو وجد من المشتري يفسد لانه ذكره على وجه اشتراط الزيادة ولو اشترى سمسما على ان فيه كذا دهنا او حنطة على ان فيها كذا … او يخرج كذا دقيقا فالبيع فاسد وبه قال الشافعي ولو شرط في الشاة انها حلوب ولبون لم يذكره محمد واختلف فيه فالكرخي يفسده والطحاوي لا يفسده وهو قول الشافعي لانه مرغوب فيه والوجه ان لا يجوز لوقوع المنازعة في انها حلوب او يكون فيها هذا المقدار واكثر من هذا الى غاية كذا او لو كان منفعة الشرط لغير العاقدين كالبيع على ان يقرض فلانا كذا ففيه اختلاف المشايخ وقال محمد كل شيء يشترط على البائع يفسد به البيع اذا شرط على اجنبي فهو باطل وكل شيء يشترط عليه لا يفسد به اذا شرط على اجنبي فهو جائز ويخير المشتري كالبيع بمائة على ان يحط فلان الاجنبي عشرة جاز البيع ويخير المشتري ان شاء اخذه بمائة وان شاء ترك عن ابي يوسف لو اشترى على ان يهب البائع للمشتري او لفلان الاجنبي دينارا من الثمن فالبيع فاسد وفي المنتقى خلافه فيما اذا كانت الهبة من المشتري قال لو اشترى على ان يهب له دينارا من الثمن جاز وهو حسن لان حاصله حطيطة مشروطة ومالها الى الشراء بالثمن الا النقص ولو باع رقبة الطريق على ان له حق المرور او السفل على ان له قرار العلو جاز ولو باع عبدين على انه شريك المشتري في نصف هذا فسد ولو قال في نصفهما جاز كما لو باع هذا الثوب وقال انا شريكك في نصفه ومقتضى النظر ان يجوز الاول ايضا لانه في الحاصل بيع احدهما بعينه ونصف الآخر شائعا صفقة ولا مانع من ذلك ولو باع هذا بالف الا نصفه بستمائة فقد باع نصفه باربعمائة **قوله** والبيع الى النيروز وهو يوم في طرف الربيع واصله نوروز عرب وقد تكلم به عمر رضي الله عنه فقال كل يوم لنا نوروز حين كانت الكفار يتبجحون به والمهرجان يوم في طرف الخريف معرب مهركان وقيل هما عيدان للمجوس وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل عرف بهذا التعليل ان المؤجل هنا هو الثمن لا المبيع لان مجرد تاجيل المبيع مفسد ولو كان الاجل معلوما فلا يناسب تعليل فساد تاجيل المبيع بجهالة الاجل وقوله اذا لم يعرف … الى ان التاجيل الى هذه بناء على عدم معرفة

بخلاف البيع فانه لا يجعلها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تاجيل في الدين وهذه الجهالة فيه محتملة بمنزلة الكفالة ولكن لك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد

خصوص اوقاتها عند المسلمين فلو كانا يعلمان ذلك صح قيل وتخصيصه اليهود بالنظر ظاهر في ان ابتداء صومهم غير معلوم والحاصل ان الفساد بجهالة فاذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الاوقات جاز ولذا قال او كان التاجيل الى نظير النصارى بعد عاشر عوفي صومهم لان مدة صومهم الايام معلومة هو خمسة وخمسون يوما واعلم ان كون التاجيل في الثمن يصح اذا كان الاجل معلوما هو في الثمن الدين اما لو كان ثمنا عينا فيفسد البيع بالاجل فيه للغرض الذي ذكرناه وفسد التاجيل المبيع عنه تحوله ومن باع عينا على ان لا يسلمه الى رأس الشهر وقوله لانتفاعها على المكاتبة المكاتبة استقاص الثمن والمكاتب في سعاية وهو موجود في البيع عادة وهو يوجب المنازعة فكانت المنازعة ثابتة في البيع لوجود موجبها في الجملة وعند جهالة وقت القبض يحتمل التعرض على وجه يضر بالدين والنفس فلا يشرع العقد مع ذلك وحقيقة هذا يصح تعليلا لقولنا لا يحل البيع بهذه الجهالة اليسيرة بخلاف الكفالة ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والنحر بفتح الحاء وكسرها وهما للغطاف وهو اللعب والمياسر وهو دوس الحب بالقدم لينقشر واصله الدوس بالقدم ولا يجوز الى دوس تلعات الدواب بكسر الكاف وفتحها والباء زائدة اي جزء صوف الغنم لانها تقدم وتتاخر وذكر شمس الائمة ان المراد به جز الصوف لان الكفالة الى هذه الاوقات جائزة لان الجهالة اليسيرة تحتملها في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة بما ذكرناه من قريب مما ذكرناه واذا علمت جهالتها وتعليل الدليل بكذا هذه جهالة يسيرة وكل جهالة يسيرة تحتملها الكفالة لانها عقد تبرع مبني على المسامحة فهذه تحتملها وعلى هذا فاسوال المورد من قبل شمس الائمة وهو كون الجهالة اليسيرة تحتملها في موضع لا يدل على ان يكون التاجيل الى هذه الاوقات المعهودة تحتملها الا ترى ان الصداق تحل الجهالة حيث يحتمل جهالته وصفة ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الاجال سوال اجنبي عن هذا المحل ثم اجاب بان الاصح صحة هذه الاجال في الصداق خلافا لقول البعض انها لا يصح تاجيل الصداق اليها وانما يريد هذا اذا قيل الجهالة اليسيرة تحتملها في الصداق كجهالة الوصف فيورد عليه النقض بعدم تحمل جهالة هذه الاجال ويجاب بما ذكره وقوله لاختلاف الصحابة اخرجه مخرج الاستدلال على انها جهالة يسيرة فان من الصحابة من اجاز ها كعائشة رضي الله عنها اجازت البيع الى انطفاء النار وابن عباس منع وبه اخذنا ولو كانت جهالة قوية لم يختلفوا في عدم الصحة معها وقد قالوا ان الانطفاء كان لا يتقدم ولا يتاخر فجاز كونها اجلا اذا فاك لصدق الخلفاء الراشدين في بيعاتهم في صرفه واما الآن فيتاخر عن مواعيدهم كثيرا فلا يصح التاجيل اليه الان فان صح هذا فكيف يتصور من ابن عباس خلافه والظاهر انه كان يتقدم ويتاخر قليلا نحو يوم او يومين فاهدرته عائشة رضي الله عنها واعتبره ابن عباس ثم قيل اليسيرة ما يكون الموجب للجهالة التردد في التقدم والتاخر والفاحشة هي ما يكون التردد في نفس الوجود كهبوب الريح وقوله ولانه معلوم الاصل اي ولان الدين معلوم فاعاد الضمير عليه لانه لازم للكفالة ان التزم دينا يعني الاصل وهو الدين معلوم والجهالة في وصفه وهو كونه موجلا الى كذا الذي قد يتقدم ويتاخر وقوله الا يرى الخ ابتداء لا تعليل لقوله لانه معلوم الاصل وحاصله انه اثبت كون الجهالة يسيرة باختلاف الصحابة في شأنها وبان الدين المكفول به معلوم الاصل فلم تبق جهالة الا في الوصف وجهالة الوصف يسيرة ثم ارتفع الى اولوية صحة هذه الاجال في الكفالة بان بعض الكفالة يحتمل جهالة الاصل كالكفالة بما ذاب لك على فلان المذوب غير معلوم الوجود فلان تحتمل جهالة الوصف فيه اولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه فاعترضه عليه ان يقال لا يلزم من عدم تحمل الاصل الثمن لجهالة عدم تحمل وصفه وهو اخف لان الاصل اقوى اجيب بان الاشتراك في العلة يوجب في الحكم وعلة عدم تحملها في الاصل الافضاء الى المنازعة وهو موجود في جهالة الوصف ثم افاد ان ما ذكره من عدم تحمل البيع جهالة

ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراضيا بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضاً وقال زفر لا يجوز لأنه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً وصار كإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه بخلاف ما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لأن الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح إلى أجل لأنه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقاً لأن من له الأجل يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه **قال** ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن سمى لكل واحد منهما ثمناً جاز في العبد والشاة الذكية وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلاثة وقال زفر فسد فيهما ومتروك التسمية عامداً كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الأول إذ محلية البيع منتفية بالإضافة إلى الكل ولهما أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى القن كمن جمع بين الأجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد لأنه مجهول ولأبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً لأنه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة وأما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخل تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير بإجازته وفي المكاتب برضاه في الأصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا إشارة إلى البقاء كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرطاً للقبول في غير المبيع ولا بيعاً بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

بهذه الآجال هو ما إذا ذكرت في أصل العقد أما إذا عقد بلا أجل وهو قوله بخلاف ما إذا باع مطلقاً أي عن ذكر الأجل حتى انعقد صحيحاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات فإنه يجوز التأجيل بعد الصحة كالكفالة تتحمل الجهالة اليسيرة لأنه تأجيل دين من الديون بخلافه في صلب العقد لأنه يبطل بالشرط الفاسد وقبول هذه الآجال شرط فاسد **قوله** ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراضيا على إسقاط الأجل قبل أن يجيء بأن أسقطاه قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضاً كما جاز إذا عقد بلا أجل ثم ألحق هذه الآجال وقال زفر لا يجوز وتقييده بهذه الآجال لإخراج نحو التأجيل إلى هبوب الريح ونزول المطر فإنه لو أجل بها ثم أسقطه لا يعود صحيحاً اتفاقاً وجه قول زفر أن العقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً كإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل كالإشهاد عليه بعد عقده بلا شهود لا ينقلب جائزاً وبيع الدرهم بالدرهمين إذا أسقط الدرهم لا يعود صحيحاً ولنا أن الجهالة المانعة من لزوم العقد ليس في صلب العقد بل في أمر خارج هو الأجل وصلب العقد البدلان مع وجود المقتضي للصحة وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي فإذا زال المانع قبل وجود ما يقتضي ما يوقعه سبب الفساد وهو المنازعة عند المطالبة الكائنة عند مجيء الوقت ظهر عمل المقتضي وهو معنى انقلابه صحيحاً بخلاف ما قاس عليه من الإشهاد والمتأخر فإن عدم الإشهاد عدم الشرط وبعد تحقق المشروط فاسداً لعدم الشرط لا ينقلب بعينه صحيحاً كما إذا صلى بلا وضوء ثم توضأ لا تصير تلك الصلاة صحيحة وإنما نظير ما نحن فيه أن يتوضأ قبل عمل المفسد وهو عدم الشرط وذلك قبل الصلاة وأما النكاح إلى أجل فليس هو عقد النكاح بل عقد آخر لا وجود له في الشرع بعد نسخ المتعة وعقد من العقود لا ينقلب عقداً آخر فلا يصح إسقاط الدرهم لأن الفساد في صلب العقد الذي يحتاج بعد إلى الجواب ما إذا أسقط الشرط على الخمر فيما إذا باع بألف رطل خمر نص محمد على جواز البيع وانقلابه صحيحاً ذكره في آخر الصرف اللهم إلا أن يقال هو بيع بالألف والثمن في بيع المسلم بخلاف ما إذا باع بالخمر فإنه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن فيفسد إذ لا تستبيع هناك هذا وألحق زفر بالنكاح إلى أجل بطريق الالتزام فإنه يجيز النكاح المؤقت وقوله في الكتاب تراضيا اتفاق القصري **قوله** ومن جمع بين عبد وحر أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما سواء فصل ثمن كل واحد أو لم يفصل وهذا عند أبي حنيفة ره وقال أبو يوسف ومحمد ره إن سمى لكل واحد منهما ثمناً جاز في العبد بما سمى له وكذا في الذكية وإذا لم يسم بطل بلا نزاع وبقول أبي حنيفة ره قال مالك ره وعن الشافعي وأحمد مثل القولين على الخلاف إذا باع وفيه خلافاً ثم ولو جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره ولم يفصل الثمن صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة وقال زفر فسد فيهما ومتروك التسمية عامداً كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر وأجمعوا أنه لو باع عبدين فاستحق أحدهما لا يبطل البيع في الآخر لزفر الاعتبار بالفصل الأول وهو ما إذا جمع بين عبد وحر وفصل ثمن كل بجامع أنه باع ما لا يصح بيعه مع ما يصح مجموعاً صفقة وهو يوجب انتفاء محلية البيع بالإضافة إلى المجموع إذ يصدق أن الكل من حيث هو كل ليس بمال ولهما في الأول أن الفساد لا يتعدى محل المفسد وبعد تفصيل الثمن يقتصر المفسد وهو عدم المحلية على الحر ونحوه فلا يتعدى إلى غيره لأنه بلا موجب لأن كلا منهما قد انفصل عن الآخر بتفصيل الثمن ألا ترى أنه لو هلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الآخر لو كان كل منهما عبداً وصار كما لو جمع بين أخته وأجنبية في عقد النكاح بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل منهما لأن الفساد في القن لجهالة الثمن ولأبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أعني الجمع بين الحر والعبد والجمع بين الأجنبية وأخته والمدبر والعبد أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً والبيع صفقة واحدة بدليل أنه ليس للعاقد أن يقبل في أحدهما بعد ما قبل العقد في كل شيء فيها في بيعه الآخر فقد شرط في قبول العقد قبوله في الحر وهو شرط فاسد فيبطل بيع العبد بخلاف النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة و بيع هؤلاء فموقوف على القضاء في المدبر ورضاء المكاتب في الأصح خلافاً لما روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف وإجازة ذلك الغير فقد دخلوا في العقد

فصل في احكامه

واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي لا يملكه وان قبضه لانه مضمون بمثله لانه مال يد نعمة الملك ولكن الخ لنا مشروعية للتضاد ولهذا لا يفيد قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم لنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام وانتهى بقرر المشروعية عند نا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وانما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فالامتناع عن المطالبة اولى ولان السبب ضعف لمكان احتمال انفساخ بالتقايل فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة المقبوضة بخلاف المبيع قبل القبض لان ثمة تمام السبب وهو التسليم وهو غير مقدور عليه وهنا السبب تام لانه مقدور عليه وهو التخلية وهي تتحقق هنا لا ثمة ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع وهذا الفظ الهداية يدل عليه كما اذا قبضه بحضرة المشتري فان سكت لا يكون قبضا وهذا ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يكون قبضا لان السكوت في موضع الحاجة الى الكلام بمنزلة النطق كما في الاستئذان بالدخول وجه الظاهر ان القبض اثر العقد فلا بد من اضافته اليه ولم توجد وسكوت المشتري لا يدل على اضافته الى العقد لجواز ان يكون لغرض آخر كالاستحياء من البائع ونحوه ولان القبض تصرف في المبيع فلا بد من اذن البائع صريحا او دلالة كما سيأتي وفي العقد عوضان كل منهما مال لان البائع يملك الثمن والمشتري يملك المبيع وقال الشافعي لا يملك لانه مضمون بمثله لان المبيع لا يضمن الا بمثله والثمن لا يضمن الا بمثله فلا يكون مالا متقوما والجواب ان المبيع مضمون بالقيمة ايضا لانه يضمن بها عند الهلاك وعند تعذر المثل وبالثمن يتحقق التراضي الذي هو مناط التجارة وهو ظاهر والجواب عن الاول ان المبيع مضمون بالقيمة ايضا عند الهلاك وعند تعذر المثل وبالثمن يتحقق التراضي الذي هو مناط التجارة وهو ظاهر والجواب عن الاول ان المبيع مضمون بالقيمة ايضا عند الهلاك وعند تعذر المثل

فيعتبر المالية على قول بعض المجتهدين في ام الولد ايضا فدخلوا ايضا على قول ابي حنيفة وابي يوسف الا ان الملك اي ملك الرقبة للمولى عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف للعبد المضموم الى عبد البائع باستحقاقه البيع وهو لا باستحقاقهم نفسهم رد والبيع بعد وجوده فيما يقبله وهذا في ام الولد بناء على صحة التقاضي بينهما عندهما خلافا لمحمد وهو بناء على ان اجماع التابعين لاحق هل يرفع خلاف الصحابة السابق عندهما لا يقوى لرفع خلاف الصحابة وعند محمد نعم ولذا صح التقاضي بينهما عندهما نظرا الى الخلاف وعنده لا نظر الى الاجماع وارتفاع الخلاف مع ان قول المجتهد لعلي لما قال عمر لي رأي ان لست بعين رأيك في الجماعة احب الينا من رأيك وحدك ظاهر في ان اكثر الصحابة كانوا على منع بيعها وكلهم الاعلى صاروا قد ذكر الكرخي رجوع ابي يوسف في مسئلة الطوق والجارية اذا باعهما بثمن موجل كما يجيء في الصرف فاستدلوا به على رجوعه في جميع هذه المسائل واذا الفرق بينها لا يتضح كذا في المبسوط قيل ينبغي ان يكون الجمع بين ترك التسمية عامدا وبين الاذية كالجمع بين القن والمدبر على قول ابي حنيفة لضعف الفساد في تركها لاجتهاد اجيب بالفرق بانه لا يحال بالفساد ويصح بيع المدبر والاجتهاد فيه غير معتبر بل لنفس الاجتهاد خطأ لفساد ستة ظاهر النص او قد يجعل الخلاف بينهم بناء على الخلاف في تعدد الصفقة واتحادها فقد تقدم اول كتاب البيع ان تعددها عندهما بتعدد الثمن وتفصيله وعنده لا يحصل بذلك التعدد بل لابد مع ذلك من تكرار لفظ البيع وفي الذخيرة ان البائع اذا فصل الثمن وسمى لكل شيء ثمنا على حدة واتحد الباقي كانت الصفقة متحدة وهو قول ابي حنيفة وارد من قبلهما ان قبول العقد فيما لا يصح شرطه ليس فيه منفعة فلا يكون مفسدا اجيب بمنع اشتراط النفع في افساد الشرط اولا وليس بشيء ثم لو سلم فيه نفع لان في قبوله قبول بدله وهو لا يقوم والحر ليس بمال فيكون بدله خاليا عن العوض فيكون ربا وقوله فكان هذا يعني رد البيع اشارة الى البقاء يعني دخولهم تحت البيع لان حق البيع مدة انتقاده لا بيع واذا خرجوا بعد دخولهم لا يكون فيه بيع بالحصة ابتداء بل تبقا كما اذا باع عبدين فهلك احدهما قبل القبض ينفسخ البيع فيه وحده ويجب حصة الآخر من الثمن واذا كان المدبر وما معه محللا للبيع لم يكن جهة سم القن تتضمن اشتراط قبول العقد في غير البيع قوله في الكافي يجمع بين قن هلك وطلق سمح في الملك في الاصح وقال الحلواني يفسد فيهما ثم رجع وقال جاز في الملك كما في العبد والمدبر ولو باع مسكنا فيه مسجد قديم ان كان حاجزا يفسد البيع والا لا وكذا في المقبرة ولو اشترى دارا فيه طريق العامة لا يفسد البيع والطريق عيب لو اشترى دارا بطريقها ثم استحق الطريق ان شاء امسكها بحصتها وان شاء ردها ان كان الطريق محيطا بها وان كان تتميز الزمة الدار بحصتها ومعنى احاطته كونه لم يذكر له الحدود في المنتقى اذا لم يكن للطريق حدود افسد البيع والمسجد الخاص كالطريق المعلوم ولو كان مسجد جماعة فسد البيع في الكل وفي بعض النسخ ولو كان مسجد الجامع فسد في الكل وكذا لو كان ممرها او ارضا ساحة لابنائها فيها بعد ان يكون اصله مسجد جامع كذا في المجتبى والظاهر ان هذا متفرع على قول ابي يوسف في المسجد الا ان كان من ريعه معلوم يعاد به ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد جاز ❊

فصل في احكامه

قال واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع صريحا او دلالة كما سيأتي وفي العقد عوضان كل منهما مال فملك البائع الثمن وملك المشتري المبيع وعليه قيمته ومعلوم انه اذا لم يكن فيه خيار شرط لان فيه من المصحح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد ولا يخفى ان لزوم القيمة عينا انما هو بعد هلاك المبيع في يده اما قيامه في يده فالواجب رده بعينه وقال الشافعي لا يملكه وان قبض لانه اي البيع الفاسد محظور فلا ينال به نعمة الملك لان النهي في المشروعية لاقتضاء التصور وهو ثابت هنا والنهي في المجاورة لانتفاء المشروعية وهذا اي كونه غير مشروع لا يفيد الملك قبل القبض ولو كان مشروعا لثبت قبله كما في البيع الصحيح وصار كما اذا باع الخمر بالميتة او باع الخمر بالدراهم فان الاتفاق على انه لا يفيد الملك في الوجهين وما ذلك الا لانتفاء مشروعية السبب ولنا ان ركن العقد صدر من اهله في محله ولا خفاء في الاهلية ولا في المحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام

ويشترطان يبقيان في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق كون البيع هو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه الهبة بالشيوع والاجارة بالمنفعة ومعنى التراضي قد مر في البيوع الفاسدة فعند الفقيه فاني ذوات الامثال يلزم مثلها لانه مضمون بالقبض شبيه بالغصب فيضمن بالمثل صورة ومعنى اعدل من المثل

اي الكلام في شرائط ركنه فاذا كان في العقد عوضان هما مالان فقوله نعمة الملك لا ينال بالخطر فانا نمنع بل ما وضعه الشرع سببا لحكم اذا نهى عنه على وجه يتصل به ذلك الوضع رأينا من الشرع انه اثبت حكمه واثمه اصله الاطلاق وصفته الاخلال بالعصمة ونهى عنه بوصف خاص وهو ما اذا كان [illegible] حائضا ثم رأينا شرع ثبت حكم طلاق الحائض فازال به العصمة حتى امر ابن عمر بالمراجعة رفعا للمعصية بالقدر الممكن واثم الطلق فصار هذا اصلا في كل سبب شرعي نهي عنه بالشرعية على الوجه الخلافي اذا بوشر معه ثبت حكمه ويعصى به وقوله النهي نسخ الشروعية يعني يفيد انتفاءها مع الوصف فمقول ما نريد بانتفاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف او كونه لا يفيد حكمه ان اردت الاول سلمناه ولكنا منعنا ان مجرد ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضي للنهي كما هو رأيناك من الشرع وان اردت الثاني فهو محل النزاع فعدم مصادرته على المطلوب محل النزاع حيث جعلت محل الدليل لا يقال فلا فائدة للنهي حينئذ لان فائدة التحريم والتأثيم وهو موضع النهي فانه للتحريم او لكراهة التحريم فاذا كان على ثبوت هذا انخلاف [illegible] لم يكن اثبات ركن العقد بان لم يكن مالا بان عقد على الحر او الميتة لعدم الركن فلم يوجد السبب اصلا فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد والباطل باعتبار اختلاف حكمهما تمييزا فسميناه لا يفيد حكمه باطلا وما يفيده فاسدا اخذا من مناسبة لغوية فقلنا اول باب البيع الفاسد ولا خفاء في حسن هذا التقدير ان شاء الله تعالى وكفاية واما قول الصدر وغيره من المشائخ النهي لغير المشروعية لاقتضائه التصور يريدون ان النهي عن الامر الشرعي يقرر شروعيته لان النهي عن الشيء يقتضي تصور المنهي عنه وهو لا يكون للنهي فائدة فليس بذلك لان كونه يقتضي تصور المنهي عنه بمعنى امكان فعله مع الوصف المشير للنهي لا يفيد لانه اذا فعل هذا المتصور يقع غير مشروع وان اراد بالتصور وقوعه شرعا اي ما [illegible] شرعا فممنوع فان قالوا نريد تصوره مشروعا باصله لا مع هذا الوصف الذي هو شر النهي قلنا سلمناه ولكن الثابت في صورة النهي [illegible] بالوصف فهو غير مشروع وهو اصله بمعنى البيع مطلقا عن ذلك الوصف غير الثابت هنا فلا فائدة في هذا التقدير اصلا اذ نسلم انه مشروع باصله اعني ما لم يقترن بالوصف وهو مفقود فلا يجدي شيأ ورجع قوله فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك يقال عليه ما نريد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق النهي او ما فيه ان قلت الذي ليس فيه سلمناه وبه تنال نعمة الملك [illegible] باثبات البيع الذي ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المشير للنهي فلا تنال به نعمة الملك فيحتاج الى ما قررناه من ان السبب اذا كان مشروعا [illegible] لا يفيد الملك الا خرما ذكرنا حتى قوله انما المنظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء فلا ادان يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع وقت النداء في ثبوت الملك عند عدم كون النهي لعين المنهي عنه كما اذا كان مع عدم ثبوت الركن والا فالنهي للمجاور يفيد الكراهة لا الحظر والنهي للوصف اللازم كما نحن فيه يفيد الحظر فلا الا في قول وبالله التوفيق مع ذلك ان الخمر والخنزير ليسا بمال في شريعتنا فان الشارع امرنا بهما جملة وجه حتى لمن حاملها ومتمولا مع انها مفقودة حال الاقتضاء بل الموجود حينئذ ان يصير خمرا وبانعها واكل ثمنها حرام كما في شرح اهل الكتاب على رغمهم وحيث امرنا ان نتركهم وما يدينون تقديرا باعتبار تمويههم لها وبيعهم بها فاذا كان احد العوضين خمرا او خنزيرا في بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك في البدل ولا خروان كان ثمنا وان كان في بيعهم فصحيح والله اعلم وبقي ما لو اثبت الملك قبل القبض الى آخره جواب عن مقدر هو انه اذا كان هذا البيع يفيد حكمه فما وجه تراخيه عنه الى وقت القبض فاجاب وحاصل الوجه فيه انا قد رأيناك انه لسبب محظور وان ما هو سبب محظور طلب الشرع رفعه بالقدر الممكن وذلك حكمه كما هو امر بمراجعة المطلقة في الحيض فوجب ذلك في البيع وحيث امرنا بازالته بعد فعله صار فيه ضعف وما ثبت حكمه السبب

قال وكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد هذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امنا
وكذا بعده اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته واذا كان الفساد بشرط زائد الى آخر الشروط لانه يتم من جهة قوة العقد لا انه يتحقق الملزم في حق من الشرط

فيتأخر عنه في الشرح لسبب من الاسباب فانزلناه الى القبض فانه به يتأكد العقد فيوجب ح حكمه كالهبة لما ضعف السبب لم تثبت الملك فيها الا بالقبض وقوله كيلا يؤدي الى تقرير الفساد الى زيادة تقريره فان المبادرة اليه تزيد وجوبا انه واجب الرفع فليفعل ذلك وقوله وان كان الخمر شمنا فقد خرجناه بما قدمه من ابطلان البيع اذا كانت مبيعا لان في جعلها المقصود بالعقد اعزازا لها وقوله وشيء اخر اي وجه آخر لبطلان العقد اذا كانت مبيعة وهو ان الواجب ح تسليم قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليمها وتسلمها والقيمة لا يكون الا دراهم او دنانير فتصير القيمة مبيعة لقيامها مقام المبيع وهو خلاف وضع الشرع في سائر البياعات من ان المقابل للسلع من النقود ثمن لا يقال لا فرق من ذلك بان الدراهم والدنانير اذا تقومت بمثلها صار كل منهما مبيعا وثمنا والخمر قد تقومت بالدراهم فاذا زالت القيمة بكونها صارت دراهم بمقابلة بدراهم لانا نقول الثابت هنا كون كل مبيعا وثمنا وهنا يلزم مبيعا ليس غير وقد يقال لما كان الواجب بقبض البيع في الفاسد القيمة لا الثمن والمدفوع في بيع الخمر قيمتها لا بلفظ الصرف فتكون القيمة مبيعة وثمنا كالقيمة التي بيد فيها المشتري ثم شرط في الملك ان يكون القبض باذن البائع وهو اظهار من المذهب الا انه يكتفي بالاذن دلالة كما اذا اجتمعا فقبضه في مجلس العقد ولم ينهه البائع استحسانا هو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاقتضى صحته قبل الافتراق ولم ينهه ولم يوجد كان بحكم التسليط السابق الا اذا كان امره بالقبض فانه يملكه ولو كان القبض مع غيبة البائع ولو قيل لا نسلم ان هذا البيع تسليط لما تقدم من ضعفه عن افادة حكمه بنفسه وهذا هو وجه الرواية المقابلة للصحيح وتسمى الرواية المشهورة والجواب ان ضعفه انما يؤثر في ثبوت حكمه بمجرده لا مع قبضه مطلقا وصار كالهبة في ضعف السبب مع ان القبض فيها في مجلس العقد يصح استحسانا واثر الضعف يكفي فيه كون التسليط الذي يتضمنه مبنيا بالمجلس حتى لو قبضه في غير ذلك المجلس بحضرته ولم ينهه لا يصح قبضه قياسا واستحسانا وعن الشافعي انه قال يجب ان يكون القبض بعد الافتراق عن المجلس لغير اذنه اذا كان ادى الثمن مما يملكه البائع اخذا من اطلاق سياتي وانما ذكرنا في الماذون من اشتراط ان البائع في سعة القبض بعد الافتراق تأويلا اذا لم ينقد الثمن او كان الثمن خمرا مثلا حتى لا يملك بالقبض فانما اذا ملك به فلا يحتاج الى الاذن فيكون قبض الثمن منه اذنا منه بالقبض وفي التحفة اختلفت الروايات والاصل انها ليست بقبض وفي الخلاصة التخلية كالقبض في البيع الفاسد في بيع الكبير وفي المحيط باع جدا من ابنه الصغير فاسدا واشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستغله وفي بيع الفارق لو كان وديعة عنده وهي حاضرة ملكها وقوله فيخرج عليه اي على اشتراط المال في البيع الفاسد عدم البيع وبطلانه بالتبعية كالدم والخمر والبيع بالبيع والبيع مع نفي الثمن كلها بعلة عدم المال في الحوض والبيع بالبيع بسبب ما يقال من الملهيات الكلامية وقيد بنفي الثمن لانها لو سكتا عن الثمن فلم يذكراه ونفي ولا اثبات انعقد فاسدا وثبت الملك بالقبض موجبا للقيمة لان مطلق البيع يقتضي المعاوضة فاذا سكت عن جوضه كان جعله قيمته وكانه باعه بقيمته فيفسد البيع وقوله لزمته قيمته يعني يوم القبض ولو زادت قيمته في يده فتلفه لانه انما دخل في ضمانه بالقبض فلا يعتبر كالغصب وقال محمد عليه قيمته يوم تلفه لانه بالاستهلاك تقرر عليه الضمان فتعتبر قيمته حينئذ كما في الكافي وهنا في ذوات القيم واما في ذوات الامثال فيلزمه المثل ومنها العدديات المتقاربة لانه مضمون بنفسه اي لان القيمة فاحترز بعن البيع الصحيح هذا والقول في القيمة والمثل قول المشتري لانه الضامن فالقول له في القدر والقيمة فيما يتقيم به الناس وقوله وكل واحد من المتبايعين فسخه وهنا للفساد وهي للصحيحة فرفعه حق الله تعالى فان نفس العقد مكروه والجري على موجبه بالتصرف في المبيع بتمليك او انتفاع به حرام وليس هذا وكل كذلك اي يكره لما فيه من تقرير المعصية وهي كراهة التحريم والوجه ان يكون حراما لان الاجماع على فسخه

قال فان باعه المشتري فقد بيعه لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني لانقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه بمجرد الوصف ويحصل بتسليط من جهته البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد وليتويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع

شرعا تطلب بوجب الحرمة وخوف من تعليل المصنف بوقع المعصية ان الواجب ان يقال وعلى كل واحد فسخه غير انه انما ذكر بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليلا اخص من دعواه وحاصل المنقول في المسئلة انه اذا كان الفساد في صلب العقد وهو ما يرجع الى الثمن او المثمن كبيع درهم بدرهمين او ثوب بخمر فيملك كل فسخه بغير قضاء الاخر عندهما لانه وان كان حق الشرع فيه الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا بعلمه وعند ابي يوسف لغير حرمته ايضا ولم يملك الصلح هذا الخلاف وان كان الفساد بشرط زائد كالبيع على ان يقرضه ونحوه او الى اجل مجهول فكل واحد يملك فسخه قبل القبض واما بعده فيستقل منه لان منفعة الشرط والاجل بالفسخ كالبائع في صورة الاقراض والمشتري في الاجل بخلاف الاخرون لم عليه عند محمد رحمه الله لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة عليه صح فسخه لانه يقدر ان يسقط الاجل فيصح العقد فاذا فسخه فقد ابطل حقه لقدرته على صحيح العقد وعندهما كل منهما يملك الفسخ لانه مستحق عليه الشرع فامتنع لزوم عن العقد فاذا كان غير لازم تمكن كل من فسخه كذا في الذخيرة والايضاح والكافي وعلى هذا المذكور هنا قول محمد وحده وهذا اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص لو زاد المشتري في يده زيادة متصلة متولدة من الاصل او منفصلة كذلك او انقص بآفة سماوية او فعل الغير بائعا او مشتريا او اجنبيا فسنذكره وقوله لانه الخ جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد وهو انه لو كان كذلك ينبغي ان يكون للاخذ ولاية الفسخ وان كان لمنفعة الشرط فاجاب بان القياس ذلك لانه لما تحقق الرضاء في حقه كان له الفسخ قوله فان باعه اي باع المشتري المشتري شراء فاسدا صحيحا نفذ بيعه لانه ملكه فكذا التصرف وسقط حق البائع الاول في الاسترداد تعلق حق العبد بالعقد الثاني فنقض الاول لما كان الاول لحق الشرع وحق العبد عند معارضة حق الله تعالى يقدم باذن الله تعالى لغناه سبحانه وتعالى عفوه وجوده وفقر العبد وخسيقه ولا ينقض بالعبد اذا احرم مالكه وهو في يده حيث يلزم اطلاقه فقدم حق الشرع على العبد لانا نقول الواجب عليه اطلاقه لا اخراجه من ملكه فيطلقه بحيث لا يضيع عليه وهذا جمع بين الحقين ولا ينقض باسترداد وارث البائع اذا مات البائع من المشتري مسألة تعلق به حق العبد وهو الوارث لان الحق المتعلق للوارث هو نفس الحق الذي كان للمشتري وكان مشغولا بحق البائع في الرد فينتقل اليه كذلك الا ترى ان له بالمبيع فكالمشتري الثاني فليس لوارث البائع استرداده منه لان له ملكا متجددا بسبب اختياري لا ينصرف من المشتري ولو حيل المشتري الثاني يفيد انتقل اليه المبيع مشغولا بذلك الحق لان ذلك كان فيه للبائع الاول وليس في قدرته ان يبطل حقه فلا يصل باعه الى المشتري الا مشغولا بذلك احتاج الى الجواب وايضا الاول مشروع باصله لا وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه لزيادة قوته ولانه اذا باع الثاني حصل تسليط من جهة البائع اي البائع الاول لان الملك منع الاذن في التصرف فلا يكون من الاسترداد من المشتري الثاني والا كان ساعيا في نقض ما تم به ويؤدي الى التناقض فيما يعلم ضمنه من الاسترداد في بيع نفسه اول والجواب انه قبل بيع المشتري وتصرفه لم يكن باسترداده ساعيا في نقض ما تم به لان الكائن من جهته تسليط على البيع وتمامه بالقبض المسلط وهذا التسليط نفسه معصية فيصل به تمامه عليه ان يتدارك بالتوبة وذلك يكون قبل الفوات بقبض المسلط فاذا تداركه حتى حل وتعلق به حق عبد فقد فوت على نفسه الملكة بتقصيره وحقيقة الحال ان حق كل من البائع والمشتري ليس له الا ان يتملك برفع معصيته بالتوبة وحتى ما خرج تعلق حق عبد من المشتري فالموهوب له والموصى له تقدم توبته الوارث فانه ساعي بخلاص بيته من المعصية بالكن فشرع له ذلك الحق لذلك وهذا بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة بالبيع والهبة فللشفيع حق الفسخ وان يتبع بهذه التصرفات وراثة بالشفعة وان تعلق به حق الغير لان حق الشفيع

قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه وباعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته بالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا قال وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه في حيوته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا

وحق البائع حق العبد فيعارضه ويترجح الشفيع لانه اسبق ولانه لم يوجد من الشفيع تسليط على الشراء كما في البيع ما ورد فينبغي ان يكون حق المشتري احق من حق الشفيع لانه ثان فيكون ناسخا اجيب بانه انما يفسخ اذا كان مثله في القوة والسبق من اسباب الترجيح فترجح الشفعة قوله ومن اشترى عبدا بخمر المراد اشترى عبدا شراء فاسدا بخمر او غيره فاعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا من انه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته فيه وانما وجبت القيمة لانه بالاعتاق قد هلك فوقع الاياس عن الاسترداد فتعينت القيمة وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على ما مر في المسئلة قبلها من انه تعلق به حق العبد اعني المشتري الثاني والاسترداد لحق الشرع وحق العبد مقدم فقد فوت المكنة بتاخير التوبة والكتابة والرهن بعد قبضه نظير البيع يعني اذا كاتب العبد المبيع بيعا فاسدا او رهنه فهو نظير البيع لانهما لازمان لحق العبد فينقطع حق الاسترداد فتلزمه القيمة الا انه يعود بعجز المكاتب وفك الرهن ولا فائدة في تخصيصها بذلك بل يعود حق الاسترداد في البيع والهبة اذا انتقضت هذه التصرفات بالرد بالعيب والرجوع في الهبة ولو بلا قضاء لانه عاد الى قديم ملكه ثم حق الاسترداد انما يعود اذا لم يقض بالقيمة على المشتري فان قضى بها عليه ثم عاد الى ملكه ليس للبائع ان يسترده لتحول حقه عن العين الى القيمة كالعبد المغصوب اذا ابق فقضى على الغاصب بقيمته ثم رجع ليس للمالك اخذه لما قلنا وقوله وهذا بخلاف الاجارة فانه اذا اجر المشتري شراء فاسدا لا ينقطع به حق الاسترداد لان الاجارة تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر والنكاح كالاجارة لانه عقد على منفعة فاذا زوج المشتري الجارية المشتراة شراء فاسدا كان للبائع ان يستردها لان حق الزوج في المنفعة لا يمنع حق البائع في الرقبة ولانه لا يفوته ملك تلك المنفعة فان مع الاسترداد النكاح قائم كما لو زوجها البائع نعم تصير بحيث له منعها وعدم ثبوتها معه بيتا غير انه اذا ظفر بها له وطيها ولان الاجارة تنعقد شيئا فشيئا فيكون الاسترداد بالاضافة الى المنافع التي لم تحدث امتناعا عن العقد عليها ولو قطعت يد العبد المشتري شراء فاسدا واخذ المشتري الارش او ولدت الجارية واخذ موجب ذلك للبائع الفسخ ويرد الزيادة عليه ولو قطع الثوب وخاطه او بطنه وحشاه انقطع الاسترداد كما في الغصب ولو صبغه فعن محمد رح يخير البائع بين اخذه واعطاء ما زاد الصبغ فيه وتركه وتضمين قيمته كالغصب والحاصل ان كل تصرف لو فعله الغاصب انقطع به حق المالك اذا فعله المشتري انقطع به حق الاسترداد للبائع وذكر الكرخي ان الصبغ بالعصفر يمنع الاسترداد وعن محمد انه كالغصب ولا يمنع الاسترداد بموت المشتري فيسترد البائع من الوارث ولا بموت البائع فيسترده وارثه من المشتري وزيادة المشتري شراء فاسدا لا يمنع الاسترداد الا اذا كانت بفعل المشتري كالخياطة والصبغ ونقصانه بفعل المشتري او بفعله في نفسه او بآفة سماوية لا يمنع فيسترده البائع مع ارش النقصان وليس له ان يتركه عليه ويضمنه تمام القيمة وان كان بفعل اجنبي فله ان ياخذ الارش من المشتري وان شاء اخذه من الجاني وفي قتل الاجنبي ليس له تضمين الجاني ولو وطئ المشتري الجارية لا يمتنع الرد منه ولا الاسترداد من البائع فلو رد او استرد لزمه العقر للبائع اما ان اتلفها ضمن قيمتها قوله وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن قيل يعني القيمة التي اخذها من المشتري وليس بلازم بل قد يكون ذلك او الثمن الذي تراضيا عليه كيف كان ليس له اخذه حتى يرد ما اخذه لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وعلى هذا الاجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتبارا بالعقد الجائز اذا تفاسخا فللمستاجر ان يحبس ما استاجره حتى ياخذ الاجرة التي دفعها للموجر وكذا المرتهن حتى يقبض الدين لان هذه عقود معاوضة فتجب التسوية بين

قال وكذا اذا ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شئ وقد زعم المدعي في الدراهم انها زيوف لان الجنث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيه ما يعمل في الزيوف

فصل فيما يكره

قال ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره قال عليه السلام الناجش آكل ربا خائن

قال ونهى عن السوم على سوم غيره قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولا بأس في ذلك ايجابا وعرضا وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة اما اذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما ذكرناه محمل النهي في الكتاب ايضا قال عن تلقي الجلب هذا اذا كان يضر باهل البلد فاما ان لا يضر فلا بأس الا اذا علم السعر وان يخبر بالمنافية من الغبن

كذلك وهذا التفصيل قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يطيب له الربح مطلقا لان عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد وعند زفر والشافعي لا يطيب في الكل لان الدراهم والدنانير تتعين حتى لو اشترى بهذه الدراهم فهلكت بطل البيع عندهما كما في المبيع المعين عندنا لا يطل وليس له ان يحبسها ويعطي مثلها قوله وكذلك الخ قال في الجامع الصغير وكذلك لو ادعى على آخر مالا فقضاه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شئ وقد زعم المدعي في الدراهم التي قبضها على انها زيوف انه يطيب له الربح لان الجنث لفساد الملك هنا لان الدين وجب بالتسمية اي بالاقرار عند دعواه المال ثم استحق بالتصادق فكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين وبدل المستحق مملوك اي ملكا فاسدا سواء كان عينا او دينا اما عينا فدليل ان من اشترى عبدا بجارية او ثوب ثم اعتق العبد واستحقت الجارية يصح عتق العبد فلو لم يكن بدل المستحق مملوكا لم يصح العتق اذ لا عتق في غير الملك والعبد بدل الجارية المستحقة واذا ملكه فاسدا فيما لا يتعين لا يعيل فيه خبثا فطاب له الربح وفي الجامع الكبير تقاضى خان بدل المستحق مملوك بدليل ما لو حلف لا يفارقه حتى يستوفي حقه فباعه المديون عند الغير فذلك الدين قبضه ثم استحق العبد لا يحنث لان المديون ملك في ذمته بهذا البيع فيكون استيفاء حقه فلم يحنث وبيان فساد الملك في بدل المستحق انه اذا استحق البدل يجب رده لا يطل البيع فيمكن فيه شبهة الخبث فاذا حصل الربح في دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا يتيقن بالحل فعلم ان ملكه باعتبار زعمه انه قبض الدراهم بدلا عما يزعم انه ملكه لما كان في اصل دعواه الدين تم ملكه فدفع اليه لا يملك اصلا لا يتيقن انه لا ملك له فيطيب

فصل فيما يكره لما كان دون الفاسد اخره عنه وليس المراد كونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم فساد العقد والا فهذه الكراهات كلها تحريمية لا نعلم خلافا في الاثم ومقتضى النظر عندي ان يكون على اصولنا الاشرار على سوم الآخر شرطه والحاضر للبادي في القحط والاضرار فاسدا وتلقي الجلب والبيع بالاطلاق ثبت سعة الخيار وهذا لان النهي مطلقا للتحريم الا لصارف وهذه المعاني المذكورة سببا للنهي توكد المنع لا تصرفه عنه فان في احتراش الرجل عن سوم الآخر وبعد الركون وتلقيح البائع بالمسي آثارة للعداوة والبغضاء كالخمر والميسر فحرم ذلك وشراء ما جئ به في زمن المجاعة ليغالي على الناس ضرر عام بالمسلمين واهل الذمة فحرم وكذا البيع من متعاديين مع حاجة المقيمين فانه لم يرض بالثمن المذكور الا على تقدير كونه سعر البلد فيجب ان يكون غير منعقد لعدم الرضى به وثبت له خيار الفسخ كقول الشافعي وكقول مالك ان كون الوصف مجاورا او لازما لا اثر له في ذكرنا ان الاصطلاحات لا تنفي المعاني الحقيقية المقتضية للبطلان والفساد على ان معنى الفساد ليس الا كون العقد مطلوب التفاسخ للمعصية لمباشرة المنهي عنه ويملك البدل منه بالقبض وتأخر الملك الى القبض ليس الا لوجوب رفع المعصية برفعه ويجب في هذه البياعات ذلك كله غير انه لما كان المنع باخبار الآحاد والظنية سموه مكروها على اصطلاحنا ولما كان الركن هو مبادلة المال بالمال التراضي ثابتا جعلته فاسدا

قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره بعدما بلغت قيمتها فانه تغرير للمسلم ظاهرا فاذا لم تبلغ قيمتها فزاد الى القيمة لا يريد الشراء فجائز لانه نفع مسلم من غير اضرار بغيره واذا كان شراء الغبن بالقيمة قال صلى الله عليه وسلم لا تناجشوا في الصحيحين من حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تتلقوا الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد والنجش بفتحتين ويروى بسكون الجيم قوله وعن السوم اي ونهى عن السوم في حديث ابن عمر في الصحيحين في لفظ لا يبع الرجل على بيع اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه الا ان يأذن له وفي الصحيحين من حديث ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الركبان الى ان قال وان يستام الرجل على سوم اخيه وعرفت مسيره وهو ما فيه من الايحاش والاضرار وشرطه وهو ان تيسر لشيء ثمن ويقع الركون به

قال وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عم لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلدة في قحط وعوز وهو يبيع من اهل البلد وطمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك لا بأس به لانعدام الضرر **قال** البيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة **قال** كل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة **قال** ولا بأس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبي عم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد لانه بيع الفقراء والحاجة

فيجيء آخر فيدفع للمالك اكثر او مثله غير انه رجل وجيه فيبيعه منه بوجاهته واما صورة البيع على بيع اخيه بان يتراضيا على ثمن سلعة فيجيء آخر فيقول انا ابيعك مثل هذه السلعة بانقص من هذا الثمن فيضر بصاحب السلعة فظهر تصوير البيع على بيع اخيه والسوم على سوم اخيه والوارد فيهما حديثان فلا حاجة الى جعل لفظ البيع في قوله صلى الله عليه وسلم لا يبيع احدكم على بيع اخيه جامعا للبيع والشراء مجازا انما يحتاج الى ذلك لو لم يرد حديث الاستيام وكذا محله في الخطبة فان لم يتراضيا فهو بيع من يزيد ولا بأس به كما سنذكر **قوله** وعن تلقي الجلب في الصحيحين عن عبد الله بن عباس نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يتلقى الركبان وان يبيع حاضر لباد قال فقلت لابن عباس ما قوله حاضر لباد قال بان لا يكون له سمسارا وللتلقي صورتان احدهما ان يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة ليبيعوه من اهل البلد بزيادة وثانيهما ان يشتري منهم بارخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر ولا خلاف عند الشافعية انه اذا خرج اليهم لذلك ان يعصي اما لو لم يقصد ذلك بل اتفق ان خرج فراهم فاشترى ففي معصيته قولان والوجه لا يعصي اذا لم يلبس وعندنا محل النهي اذا كان يضر باهل البلد او لبس اما اذا لم يضر او لم يلبس فلا بأس **قوله** وعن بيع الحاضر للبادي تقدم النهي عنه ومحل النهي اذا كان اهل البلد في عوز اي حاجة او قحط وهو يبيع من غير اهل البلد طمعا في الثمن الغالي للاضرار بهم وهم جيرانه اما اذا لم يكن كذلك فلا بأس لانعدام الضرر وقال الحلواني هو ان يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع ويقول له لا تبع انت انا اعلم بذلك فيتوكل له ويبيع ويغالي ولو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس وفي بعض الطرق زاد قوله صلى الله عليه وسلم دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وفي المجتبى هذا التفسير اصح ذكره في زاد الفقهاء لموافقته الحديث وعلى هذا فتفسير ابن عباس بان لا يكون له سمسار ليس هو تفسير البيع الحاضر للبادي وهو صورة النهي بل تفسير بضدها وهي الجائزة فالمعنى انه نهى عن بيع السمسار وتعرضه فانه لما سئل عن كيفية نهي بيع الحاضر للبادي قال المقصود ان لا يكون له سمسار فنهى عنه بالسمسار **قوله** والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى اذا نودي للصلوة من يوم الجمعة الى قوله وذروا البيع كانه يجعل الوقت من حين الاذان مشغولا بصلاة الجمعة تعظيما لها كما قالوا في النهي عن الصلوة بعد صلوة العصر قبل التغير وفيه زيادة انه قد يفضي الى الاخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر في منع البيع في كتاب الصلوة وهو ما يكون بعد دخول الوقت وقوله كل ذلك يكره اي كلما ذكرناه من اول الفصل الى هنا يكره اي لا يحل على ما قدمناه ولا يفسد به البيع باتفاق علمائنا حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض وهو قول الشافعي لكنه يثبت الخيار في تلقي الركبان على ما قدمناه عنه وقدمنا قول مالك بالبطلان فيه وفي النجش وكذا بيع الحاضر للبادي وبه قال احمد وعلل الصحة بان الفساد فيه في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرط لفظ الصحة واستشكله في الكافي لان البيع يفسد بالشرط وهو خارج عن العقد ليس في صلبه قال الا ان يؤول الخارج بالمجاور وانت علمت ما عندنا في ذلك **قوله** ولا بأس ببيع من يزيد وهو صفة البيع الذي في اسواق مصر المسمى بالبيع في الدلالة لانه صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد روى اصحاب السنن الاربعة من حديث انس بن مالك ان رجلا من الانصار اتى النبي صلى الله عليه وسلم يسأله فقال له اما في بيتك شيء قال بلى حلس يلبس بعضه وينبسط بعضه وقاب تشرب فيه الماء قال ائتني بهما فاتاه بهما فاخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من يشتري هذين فقال رجل انا اخذهما بدرهم قال من يزيد على درهم مرتين او ثلثا فقال رجل انا بدرهمين فاعطاهما اياه واخذ الدرهمين فاعطاهما الانصاري وقال اشتر باحدهما طعاما فانبذه لاهلك واشتر بالآخر فاسا فاتني به فاتاه به فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال اذهب فاحتطب وبع ولا اراينك خمسة عشر يوما فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد اصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوبا وببعضها طعاما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من ان تجيء المسئلة

نوع منه قال ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما ولذلك إن كان أحدهما كبيرا والأصل فيه قوله عليه السلام من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيمة ووهب النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعلي رضي الله عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال أحدهما قال عم ادرك آخاك وروى أردد أخاك ولأنهما الصغير يستأنس بالصغير والكبير بالكبير ويتعاهدونه فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس الممنوع من التعاهد وفيه ترك الرحمة على الصغار وقد أوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب كابن العم فلا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا ولو كان أحد الصغيرين لرجل والآخر لغيره لا بأس ببيع أحدهما ولو كان التفريق حق مستحق لا بأس كذا جعلا بالكتابة بعبد الذي وديعة بالعيب المنظور إليه فلم ينظر عن عيب إلا الأخر إليه

أمته في وجهك يوم القيمة لأن المسئلة لا تخلو الأشياء الذي فقد رحمه أو الذي عدم قطع أمي الذي رحم رواه الترمذي مختصرا أنه صلى الله عليه وسلم باع حلسا وقدحا فيمن يزيد قال الترمذي حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث الأخضر بن عجلان عن عبد الله المخفي وقد رواه غير واحد عن الأخضر بن عجلان وقال في علله الكبير سألت محمد بن إسمعيل عن هذا الحديث فقال الأخضر بن عجلان ثقة قوله نوع منه أي من بيع المكروه أي الذي لا يحل على عرفنا ان الكراهة تحريم وإنما فصلنا ان الكراهة فيه لمعنى يرجع في غير المعقود عليه وفيما تقدم لا يرجع إليه أو لأنها سامحوا فيه في حالة التفريق بخلاف الأول من ملك مملوكين بأي سبب ملكهما من سبب ملك شراء أو هبة أو وصية صغيرين أو أحدهما وبينهما رحم محرم لم يفرق بينهما سواء كان في بيع أو هبة أو وصية وذكر الوصية زيادة النفي مبالغة في المنع ولا يشكل في الوصية ان جواز ان يأخذ الموصى له بالقيمة ان لم يكن وهو خلاف قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الترمذي عن أبي أيوب الأنصاري قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيمة هذا حديث حسن غريب وقد صحح الحاكم على شرط مسلم وأظنه غلط فإن يحيى بن عبد الله الذي تفرد به لم يخرج له مسلم شيئا وإنما اختلف فيه لم يخرج له البخاري رواه ... وصححه الحاكم وأقره الذهبي مستدرك عن عمر ان بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من فرق بين الوالدة وولدها وقال سنادة صحيح وفي طليق بن محمد مقال رواه عن عمران بن حصين قتادة عنه عن أبي بردة وقتادة عن طليق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال الدارقطني وهو المحفوظ وقول ابن القطان لا يصح لان طليقا لا يعرف حاله يريد خصوصا في ذلك الا أن الحديث له طرق كثيرة وشهرة والفاظ توجب صحة المعنى المشترك منه وهو منع التفريق الآن في سوقها نطول علينا وأما حديث علي فأخرجه الترمذي وابن ماجه من حديث الحجاج بن أرطاة عن الحكم بن جبينة عن ميمون بن أبي شبيب عن علي قال وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعت أحدهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا علي ما فعل غلامك فأخبرته فقال ردده ردده قال الترمذي حديث حسن غريب وتعقبه أبو داود بان ميمون لم يدرك عليا وهو على طريقتهم من ان المرسل من أقسام الضعيف وعندنا ليس كذلك أخرجه الحاكم والدارقطني من طريق آخر عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي قال قدم علي النبي صلى الله عليه وسلم سبي فأخذ مني صبيا أخوين فبعتهما وقبضت ثمنهما ثم أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته فقال أدركهما فارتجعهما فلا تفرق بينهما وصححه الحاكم على شرط الشيخين ونفى ابن القطان العيب عنه وقال هو على ما اعتمد عليه في هذا الباب من طريق آخر رواه أحمد والبزار وفيه انقطاع ولا يقصر على أحسنا على ما عرف قال لما ولان الصغير يستأنس بالكبير والكبير يتعاهده أي يصلح من شأنه فكانه في التفريق قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك الرحمة على الصغار وقد أوعد عليه فقال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا رواه ابن أبي شيبة عن عمرو بن العاص كذا رواه البخاري في كتاب المفرد في الأدب وروى الطحاوي في مشكل الآثار نا يونس بن عبد الأعلى نا ابن وهب أخبرنا مالك ابن الخير الزيادي عن أبي قبيل عن عبادة بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم قال ليس منا من لم يجل كبيرنا ويرحم صغيرنا وعلى نحو الأول رواه البخاري في كتاب المفرد في الأدب من حديث أبي هريرة وقد روي من حديث عدة من الصحابة فهو معنى مشهور لا شك فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الخ ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل محرم غير قريب كمحرم الرضاع وامرأة الأب لأن قريبا غير محرم كابن العم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأنه على خلاف القياس فيقتصر على مورده ومورده كان في المحرمة كما في الوالدة وولدها والأخوين فان قيل لو كان كذلك وجب أن لا يمنع التفريق بين الخال وابن أخته والخالة وبنت أختها لان النص ما ورد الا في الوالدة والأخوين فالجواب بان القرابة المحرمة ثبت بمعنى دلاليا وهو المفهوم الموافق في عرف الشافعية للقطع لان حصول الوالدة غير معتبر لان الولد أيضا شملها فهم منه قرابة الولاد ثم جاز ان لا تفهم الأخوة فعلم ان لا حصر في الولاد بل القرابة المحرمة ثبت في الخال والخالة بالدلالة ومعلوم ان المحققين على عدم اشتراط الأولوية في الدلالة والمفهوم بقي ايراد النقض على

قال فان فرق كره له ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف رحمه الله لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالاد راك والارتجاع لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان كون البيع صحيحا من اصله في محله مجاورا لما هو مكروه لا يوجب فساده ولا يوجب الا كراهة

ثمانية مسائل يجوز التفريق فيها مع وجود القرابة المحرمة منها الثلث التي ذكرها المصنف وهي ما اذا كان التفريق بحق مستحق كدفع احدهما بجناية واستيلاد دين لزم الصغير كاستهلاك مال الغير مع انه في وسعه غير مجبور او ان لم يدفع عنه الفداء والدين ويستبقيه ورده وحده وبعيب يخصه فيرده وحده كاستهلاك بعيب يخصه فيرده وحده وان كان من ابي يوسف رحمه الله انه يرد هما جميعا او يمسكهما كما في مصراعي الباب اذا وجد باحدهما عيبا والرابعة ان يدبر احدهما ويستولد الامة وهي جارية الاب او ان تكون مستولدة الاب كما لو باع مستامن فباع احدهما فللمستامن ان يشتريهما ان لم يمنع كما هو الظاهر كذلك للمشتري والسادسة لو كانوا ثلاثة في ملك احدهم صغير حل بيع احد الكبيرين مع انه يصدق التفريق بين الكبير والصغير والسابعة انه يجوز بين توأمين احدهما مجنون وبلا مال ويكاتب مع انه حصول الفرقة بالاخراج عن ملكه والثامنة ان يكون الولد مرتدا وحق بالبيع واشتراه ورضيته امه جاز بيعه فالجواب عن الثلاثة الاول اشار اليه المصنف بقوله ان المنظور اليه في منع التفريق دفع الضرر عن غيره وهو الصغير لا الحاق الضرر به اي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين فيما تقدم فلو منعنا التفريق كان الزاما الضرر بالمالك والعلة التي ذكرناها من الرحم المحرمية غير المستلزم ضررا بالمالك فقد استلزامه يكون علة المنع منتفية عندنا ومنع تخصيص العلة او مخصصة باستلزام [illegible] صحيحا وهذا جواب عن الرابع او لزم المالك الحجر عليه بمنعه من التصرف في ماله رأسا بخلاف ما قبل التدبير فانه يبيعهما والانتفاع بهما وعن الخامس بان التفريق عارضهما هنا بتدبير مفسدة اعظم فانه ان لم يشتره احدهما ذهب به الى دار الحرب ومفسدة كونه هناك ثابتة ويحتمل ان يكون اعظم من ضرر التفريق على الصغير لانه ضرر الدين والدنيا فالدين ظاهر والدنيا لتعريضه على القتل والسبي الهلاك ويجيء ما ذكرنا على المذهبين في تخصيص العلة وعدمه وعن السادس بان العلة ما هو مظنة الضياع والاستيحاش وتخلف الحكم عن بعض مقام الثالث على ان في روايته عن ابي يوسف يمتنع بيع الثالث في الكفاية اجتمع في الصغير عدد من اقاربه لا يفرق بينه وبين واحد اختلفت جهة القرابة كالعم والخال او اتحدت كخالين عند ابي يوسف لانه يتوحش بفراق الكل وعن السابع بان الحق هو الكتابة غير الحكم لان التفريق فان المعتق والمكاتب يزول الحجر عنه فيتمكن من الكون مع اخيه حيث ما كان وعن الثامن بان تعارض الضرر عنهما للاختيار ذلك تعذر عقلنا خلو الوصف الظاهر المنضبط عن الحكمة فلا يشرع معه الحكم قال الكل الى عدم العلة في الحقيقة ومن صور جواز التفريق ما في المبسوط ان كان للذمي عبد له واماة امته ولدت منه فاسلم العبد وولده وصغيره فانه يجبر الذمي على بيع العبد وابنه وان كان تفريقا بينه وبين امه لانه تصير مسلما باسلام ابيه فهذا تفريق بحق قوله فان فرق كره ذلك جاز العقد اذا كان الاب مسلما او كتابيا وهو ذو رحم اما اذا كان كافرا فلانهم غير مخاطبين بالشرائع والوجه انه ان كان التفريق في ملتهم حلالا لا يتعرض لهم الا ان كان بعضهم من مسلم فيمتنع على المسلم وان كان ممتنعا في ملتهم لا يجوز وعن ابي يوسف لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما في قرابة الولاد وغيرها وهو قول احمد لما روينا من حديث علي رضي الله عنه وقول النبي صلى الله عليه وسلم او كما وارحمهما فان الامر بالاد راك والارتجاع لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان كون البيع صحيحا من اصله في محله مجاورا لما هو مكروه لا يوجب فساده بخلافه لوصف لازم فشابه كراهة الاستيام على سوم اخيه ويحتمل ان يكون الامر بالاد راك والارتجاع على طلب الاحتياط وهو ظاهر لانه يقبله رغبة في ثواب الاخرة اولان منع الاخ الاخر منه واعلم ان مدة منع التفريق انما تمتد الى بلوغ الصغير بالاحتلام او بالسن على ما ذكر في المبسوط عنه صلى الله عليه وسلم لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام والجارية وعن عبادة بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم قال لا تفرقوا بين الام وولدها قيل الى متى قال الى ان يبلغ الغلام وتحيض الجارية رفعه في المبسوط وهو قول الشافعي وفي اظهر قوليه

وان كانا كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح انه عم فرق بين مارية وسيرين وكانتا اختين

الى زمان التمييز سبع او ثمان بالتقريب والى زمان سقوط الاسنان والحديث المذكور ذكره الحاكم وصححه وخطاه صاحب التنقيح وقال الاشبه انه موضوع وسببه ان في سنده عبد الله بن عمرو بن حسان قال الذهبي كذاب وقيل رماه ابن المديني بالكذب غير ان الحكم المذكور وهو التفريق بعد البلوغ حكم ثابت شرعا وقال بعض مشائخنا اذا راهق او رضيا بالتفريق فلا باس به لانهما من اهل النظر لانفسهما وربما يريان المصلحة في ذلك قوله وان كانا كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص ليثبت فيه المنع الحاقا بالدلالة اذ كان على اصله على خلاف القياس وقد صح انه صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر في الاستيعاب قال البزار بعد ان غلط للحديث طريق ذكرها لكن روى هذا الحديث عن بشر بن المهاجر حاتم بن اسمعيل ودلهم ابن دهثم انتهى وبشير عن عبد الله بن بريدة عن ابيه قال اهدى المقوقس القبطي لرسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة كان يركبها فاما احدى الجاريتين فشراها فولدت له ابراهيم عليه السلام وهي مارية ام ابراهيم واما الاخرى فوهبها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحسان بن ثابت رض وهي ام عبد الرحمن بن حسان وذكر ان هذا الحديث في صحيح ابن خزيمة واخرجه البيهقي بسند اخر في دلائل النبوة مرسلا انه صلى الله عليه وسلم بعث حاطب بن ابي بلتعة الى المقوقس الى ان قال واهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسروجة وجاريتين احداهما ام ابراهيم واما الاخرى فوهبها عليه الصلوة والسلام لجهيم بن قيس العبدي وهي ام زكريا ابن جهيم الذي كان خليفة عمرو بن العاص على مصر وهذا مخالف لما تقدم وجمع بينهما بحديث آخر رواه البيهقي بسنده الى حاطب قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المقوقس ملك الاسكندرية فجئت بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فانزلني في منزله فاقمت عنده ثم بعث الي وجمع بطارقته الى ان قال وهذه هدايا ابعث بها معك الى محمد فاهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلث جوار منهن ام ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم وواحدة وهبها لابي جهيم بن الحنفية العدوي وواحدة وهبها لحسان بن ثابت فهذا يعلم من الفاظ هذا الحديث وطرقه وليس في شيء منها ان الجاريتين كانتا اختين وهو موضع الاستدلال لا جرم ذكر ابو الربيع سليمان الكلاعي في كتاب الاكتفاء عن الواقدي باسناد له ان المقوقس ارسل الى حاطب ليلة الى ان قال فارجع الى صاحبك فقد امرت له بهدايا وجاريتين اختين فارهتين وبغلة من مراكبي والف مثقال ذهبا وعشرين ثوبا من لبن وغير ذلك وامرت لك بمائة دينار وخمسة اثواب فارحل من عندي ولا يسمع القبط منك حرفا واحدا فهذا مع توثيق الواقدي دليل على المطلوب وقد اسلفنا توثيقه وكرر ذلك ابن عبد البر في الاستيعاب ونقله احمد بن عبد الله الطبري عن ابي عبيدة في خاتمة مناقب امهات المؤمنين لابي ايوب ابو داود للتفريق بين المدركات للحديث الذي في مسلم عن سلمة بن الاكوع قال خرجنا مع ابي بكر فغزونا فزارة الى ان قال فجئت بهم الى ابي بكر وفيهم امراة معها ابنة لها من احسن العرب فنفلني ابو بكر ابنتها فقدمت المدينة فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي المراة قلت هي لك ففدى بها اسارى ثلثة انتهى مختصرا فهذا التفريق وان كان من فعل ابي بكر لكن لا شك في ان النبي صلى الله عليه وسلم علمه واتهب الجارية ولم يردها الى امها بلا بعد دارها حين فدى بها فهذا والله اعلم هو الدليل على التفريق بين الكبيرين فروع اذا كان مع الصغير ابواه لا يبيع واحد منهم ولو كان معه ام واخ او ام وعمة او خالة او اخ جاز بيع من سوى الام وروى هشام عن محمد انهم لا يباعون الا معا اعتبارا لاختلاف الجهة والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لان شفعة الام تغني عمن سواها ولذا كانت احق بالحضانة من غيرها فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة والجدة كالام فلو كان معه جدة وامة وخالة جاز بيع العمة والخالة ولو كان معه عمة وخالة لا يباعون الا معا لاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة ولو كان معه اخوان او اخوة كبار في رواية الامالي لا يباع واحد منهم والصحيح انه يجوز بيع ما سوى واحد منهم وهو الاستحسان لان الشفعة امر باطن لا يوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر الا بعد مع الاقرب

دهثم

الحذافية

المذكورات

باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيمة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فان شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا فتبطل هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فتبطل وعند محمد رحمه الله هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فتبطل لمحمد رحمه الله ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عثراتي فيوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الا ترى انه بيع في حق الثالث ولابي يوسف رحمه الله انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه احكام البيع ولابي حنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما

وعند الاتحاد في الدرجة يجتمع احدهما فيبقى وكذا لو كان له ستة اخوة ثلاثة كبار وثلاثة صغار فبلغ مع كل صغير كبير اجاز استحسانا فلو كان معه اخت شقيقة واخت لاب واخت لام باع غير الشقيقة ولو ادعاه رجلان فصار ابوين له ثم ملكوا جملة القياس ان يباع احدهما لاتحاد جهتهما وفي الاستحسان لا يباع لان الاب في الحقيقة واحد فاشتمل كونه الذي يجب فيمتنع احتياطا فصار الاصل انه اذا كان معه عدد احدهم ابعد جاز بيعه وان كان في درجة فان كانوا من جنسين مختلفين كالاب والام والخالة والعمة لا يفرق ولكن يباع الكل او يمسك الكل وان كانوا من جنس واحد كالاخوين والعمين والخالين جاز ان يمسك مع الصغير احدهما ويبيع ما سواه ومثل الخال والعم اخ لاب واخ لام والله الموفق للصواب

باب الاقالة مناسبة الخاصة بالبيع الفاسد والمكروه انه اذا وقع البيع فاسدا او مكروها وجب على كل من المتعاقدين الرجوع الى ما كان له من راس المال صونا لهما عن المحظور ولا يكون ذلك الا بالاقالة الى آخر ما ذكر في النهاية وتبعه غيره وهو مصرح به في باب التفاسخ في العقود المكروهة السابقة وهو حق لان رفع المعصية واجب بقدر الامكان وايضا الاقالة بيان كيف ترفع العقد وهو يستدعي سابقة ثبوته وابواب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد والمكروه بيان كيف ثبت فاعقب لرفع معظم ابواب الاثبات ثم قيل الاقالة من القول والهمزة للسلب فاقال بمعنى ازال القول اي القول الاول وهو البيع كاشكاه ازال شكايته ورفع بانهم قالوا قلته بالكسر فهو يدل على ان عينه ياء لا واو فليس من القول لانه ذكر الاقالة في الصحاح من القاف مع الياء لا مع الواو وايضا ذكر في مجموع اللغة قال البيع قيلا واقالة فسخه قوله الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول عليه اجماع المسلمين ولقوله صلى الله عليه وسلم

من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيمة اخرجه ابو داود وابن ماجة عن الاعمش عن ابي صالح عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اقال مسلما بيعته اقال الله عثرته زاد ابن ماجة يوم القيمة ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وقال على شرط الشيخين وبلفظ نادما عند البيهقي قال المصنف ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما التي لها شرع البيع وغيره ولا يخفى ان النص المذكور والمعنى انما يفيد مجرد جواز الاقالة واما لزوم كونه على الثمن الاول بعينه فلوجه يفيده المعنى الذي مهده بقوله والاصل اي الاصل في لزوم الثمن الاول حتى بطل اشتراط الاقل والاكثر ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين وحقيقة الفسخ ليس الا رفع الاول كان لم يكن فيثبت الحال الاول وثبوت الحال هو برجوع عين الثمن الى مالكه كان لم يدخل في الوجود غيره وهذا يستلزم تعيين الاول ونفي غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس والاجل نعم لما لم يمكن جعلها فسخا على غيرهما جعل بالنسبة الى غيرهما بيعا فيعطي بالنسبة اليهما حكم البيع كما سنذكره فان لم يمكن جعله فسخا كان ولدت المبيعة بعد القبض وكما اذا كان المبيع عرضا بالدراهم فهلك بطلت في قول ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله كونها بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا بان وقعت الاقالة قبل القبض في بيع منقول فتجعل فسخا وان تعذر كونه بيعا وفسخا كان ولدت الجارية المبيعة والاقالة بعد القبض كما لو كان المبيع عرضا بالدراهم فتقايلا بعد هلاك العرض فهي باطلة عند محمد وقيل ابي يوسف فهي فسخ الا ان تعذر فبيع الا ان تعذر فيبطل العجب فان قول ابي يوسف كقول ابي حنيفة في الاقالة تصح بلفظين احدهما مستقبل كما لو قال اقلني فقال اقلتك مع انها بيع عنده والبيع لا ينعقد بذلك على ما سلف ومحمد يقول بانها فسخ وقيل لا ينعقد الا بالماضي قيل لانها كانت فسخا بسبب الشبهة حكم البيع وابو يوسف مع حقيقة البيع لم يعط حكمه لان المساومة لا تجري في الاقالة فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع كذا في شرح الطحاوي وذكر في الدراية والذي في فتاوى قاضي خان ان قول ابي حنيفة كقول محمد وفي الخلاصة اختلاف في قول محمد ولا تتعين مادة ق ا ف ل ا م بل لو قال تركت البيع وقال الآخر رضيت او اجزت تمت ويجوز قبول الاقالة دلالة بالفعل كما اذا قطعه قميصا في فور قول المشتري اقلتك وينعقد بلفظ فاسختك وتاركت وجه قول محمد ان اللفظ اي لفظ الاقالة وضع للفسخ والرفع بدليل الاستعمال فانه يقال اقلني عثرتي بمعنى اسقطها

اذا ثبت هذا نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربوا اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بيناه الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رح وعند محمد رح جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا البيع وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف رح لانه هو الاصل عنده وعند محمد رح هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل واقال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيناه ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رح ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا

اثرها باعتبارها عدما بعد وجودها وهو المراد بالفسخ اذ حقيقة رفع الواقع عن ان يكون واقعا غير ممكن بعد الدخول في الوجود فيوفر عليه قضية واذا تعذر الفسخ يحمل على محتمله وهو البيع ولابي يوسف انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع وخصوص اللفظ لا عبرة به غاية الامر انه لم يسم فيه الثمن لانه معلوم كما في التولية واخذ الدار الشفعة ولهذا تبطل الاقالة بهلاك المبيع بعد الاقالة قبل الرد ووجب للذي كان بائعا الرد بالعيب الحادث عند المشتري وهذه احكام البيع فاذا ترتبت على شيء كان بيعا غير انه اذا تعذر جعله بيعا كما اذا وقعت في منقول نقيضه صرنا الى مجازه جعله فسخا تصحيحا لكلام العاقل ما امكن وكونه لا يتبدى عقد البيع بانشائه ممنوع على قول بعض المشائخ فانه قال يجوز ان يعقد البيع ابتداء بلفظ الاقالة وانتفاؤه في الصحيح لعدم تقدم البيع وهذا بيع هو فرع بيع سابق فلا يتصور بدون سبقه ولابي حنيفة رح ان اللفظ ينبئ عن الرفع على ما قلنا لمحمد رح والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية وكونه يثبت به لوازم البيع من الرد بالعيب والهلاك بالنسبة الى ثالث لا يستلزم كونه من حقيقته اذ اللوازم قد تكون عامة تترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الاقالة بيعا لذلك فان قيل فيكون بيعا لثبوت حقيقة معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لا لثبوت اللوازم الخارجية قلنا انما يريد بالبيع ما كان مفيدا لهذه المبادلة ابتداء لا تراجعا بطريق الرفع حكما على الشرع بذلك اي بانه وضع بهذا الاعتبار والارجع الى مجرد الاصطلاح على ان مسمى لفظ البيع هو المبادلة مطلقا شرطا او بقيد ان لا يكون تراجعا والاحكام الشرعية لا تختلف باختلاف الاصطلاح في الالفاظ بقي امر اخر وهو انها لم تستعمل في البيع مجازا عند تعذر الفسخ كما قال محمد اجاب عنه بقوله ولا يحتمل ابتداء البيع ليحمل عليه عند تعذر الفسخ لانه اي الرفع الذي هو المعنى الحقيقي ضده اي ضد العقد او نقيضه فلا يصح استعماله فيه وهذا طريق الفقهاء لان الاستعمال في الضد انما يكون لتهكم او تمليح وليس ذلك في الفقه او يكون لمشاكلته للفظ وقع في صحبته كجزاء سيئة وليس هنا ذلك فتعين البطلان وكونه بيعا في حق ثالث ليس باعتبار جعلنا اياه مجازا عنه ولكن لامر ضروري وهو انه لما ثبت به مثل حكم البيع وهو الملك ببدل ظهر في حق غيرهما اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليصرفا موجب البيع عنه فيقتصر عليهما ويظهر بيعا في حق غيرهما ولئلا يفوت مقصود الشارع في بعض الصور كالشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار او الخليطة فاذا فرض ثبوت ذلك في عودها الى البائع ولم يثبت حق الشفعة تخلف مقصوده قوله اذا ثبت هذا اي هذا الخلاف في هذا الاصل فنقول تفريعا عليه اذا شرطا في الاقالة الاكثر كان تقايلا على مائة والبيع بخمسين فالاقالة على الثمن الاول عند ابي حنيفة ويبطل شرط الزيادة لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة وانما بطلت لان الاقالة رفع ما كان لا رفع ما لم يكن لان رفع ما لم يكن ثابتا محال ولم يكن الثابت العقد بذلك القدر فلا يتصور رفعه على مائة توضيحه ان رفعه على مائة يرجع الى المشتري والحال ان لم يكن في الوجود العقد بمائة رفع ما لم يكن له وجود فلا رفع اصلا لان اصل العقد له وجود واياه عينا بالاقالة غير انهما زادا شرطا فاسدا فيثبت الرفع برفعهما ويبطل الشرط الفاسد الذي زاداه بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها فيه ويتحقق به الربا ويصير بيعا فاسدا اذ لا يتصور اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل عنده يصح بقدر الثمن الاول لما بينا انه شرط فاسد فيبطل هو ويثبت قدر الاول الا ان يكون حدث بالمبيع عيب فيصح بالنقصان جعلا للحط بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد تعذر الفسخ على الزيادة فجعل بيعا وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف يصح به لانه بيع وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول باعتباره مريدا للاول لكنه سكت عن بعضه ولو سكت عن الكل بان قال اقلتك يكون فسخا عليه فاذا سكت عن بعضه اولى بخلاف ما اذا زاد ولو دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا من جعل الحط بازاء ما نقص منه بالعيب فرع ولو باع صابونا رطبا ثم تقايلا بعد ما جف فنقص وزنه لا يجب على المشتري شيء لان كل المبيع باق قوله ولو اقال بغير جنس الثمن الاول بان كان دراهم فاقال على دنانير تبلغ قيمتها قدرها فهو فسخ

ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وكذا عند ابي يوسف رح في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع عنها لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن افان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا والله اعلم بالصواب

بالثمن الاول عند ابي حنيفة وتجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا انه عند ابي يوسف بيع وعند محمد اذا تعذر جعله فسخا جعل بيعا قوله ولو ولدت المبيعة ولدا يعني بعد القبض ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد زيادة منفصلة والزيادة المنفصلة اذا كانت بعد القبض يتعذر معها بالفسخ حقا للشرع بخلاف ما قبل القبض والحاصل ان الزيادة متصلة كانت كالسمن او منفصلة كالولد والارش والعقر اذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ والرفع وان كانت بعد القبض فان كانت متصلة فكذلك عنده وان كانت منفصلة بطلت الاقالة لتعذر الفسخ معها والاقالة لا تصح على قوله الا فسخا وعندهما تكون بيعا ومن ثمرات الخلاف انهما لو تقايلا في منقول فقبل ان يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري ثانيا جاز المبيع خلافا لابي يوسف رح لان الممتنع البيع قبل القبض في البيع لا الفسخ ولو باعه من غير المشتري لا يجوز اتفاقا ولانه بيع في حق الغير ولو كان غير منقول جاز بيعه من غير المشتري في قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وثمرة كونها بيعا في حق غيرهما في مواضع ايضا منها ان المبيع لو كان عقارا له شفيع فسلم الشفعة في اصل البيع ثم تقايلا وعاد الى ملك البائع للشفيع ان يطلب الشفعة في الاقالة اتفاقا ومنها ان البيع لو كان صرفا كان التقابض من الجانبين شرطا في صحة الاقالة لانه مستحق الشرع فكانت بيعا جديدا في حق الشرع ومنها انه لو اشترى شيئا فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري ثم ان البائع اشتراه من المشتري باقل من الثمن قبل النقد جاز ويجعل في حق البائع كانه ملكه بسبب جديد ومنها ان السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقايلا فليس للواهب الرجوع على البائع لان البائع في حق الواهب كانه اشتراه قوله وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها ووجه الفرق ان المبيع مال حقيقة وحكما لانه عين متعين بخلاف الثمن لانه اما ليس بمال بل دين حقيقة وحكما فيما اذا لم يشره الى نقد واما مال حكما لا حقيقة فيما اذا اشار اليه لعدم تعلق العقد بما اشار اليه بل بمثله في ذمته والدين مال حكما لا حقيقة ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول لعدم المالية الحقيقية غير انها تزيد بالرد للمالية الحكمية وهبة العين لا تصح بلا قبول تجال ولا تتادى زكوة العين بالدين لان الدين انقص من العين في المالية ولا يتادى الكامل بالناقص وكذا من يحنث من حلف لا مال له وله ديون عظام واذا كان للمبيع هذه المزية وجب اظهارها وقد تعذر ذلك في ابتداء البيع لان حاجته الى المبيع والثمن سواء فاظهرناها في البقاء فجعلنا بقاء البيع حكما مضافا الى قيام المبيع فاذا هلك ارتفع البيع وان كان الثمن الدراهم باقية فامتنعت الاقالة اذا رفع مالا وجود له لا يتصور وانما جازت الاقالة فيما لو كان راس مال السلم عرضا معينا وقبضه المسلم اليه ثم هلك باعتبار ان السلم في هذا كبيع المقايضة لان المسلم فيه مبيع شرعا معقود عليه فقد اعتبر العين ثمنا والدين عينا مبيعا ولذا لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه فجازت الاقالة ويضمن قيمة الهالك ومثله في الاقالة كما في حقيقة المقايضة كما سنذكر اما لو تقايلا والبدلان قائمان ثم هلك احدهما ايا كان فالاقالة صحيحة وعليه قيمة الهالك او مثله ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه قوله ولو تقايضا بالياء المثناة من تحت اي تبايعا بيع المقايضة فهلك احد العوضين جازت الاقالة لان كلا منهما مبيع من وجه فكان البيع باقيا ببقاء العين القائمة منهما فامكن الرفع فيه فعليه يفرع ما اذا اشترى عبدا بامة وتقايضا ثم ان المشتري العبد باع نصفه من رجل ثم اقال البيع في الامة جازت الاقالة وعليه لبائع العبد قيمة العبد وكذا لو لم يبع ولكن قطعت يد العبد فاخذ الارش ثم اقال البائع في الامة ولو هلك البدلان قبل الاقالة ارتفع البيع فامتنعت الاقالة اما لو تقايلا بعد هلاك احدهما وصحة الاقالة ثم هلك الآخر قبل الرد بطلت الاقالة ايضا والفرق بين المقايضة والصرف فان هلاك البدلين في الصرف غير مانع من الاقالة وفي المقايضة مانع ان في الصرف لا يلزمه رد المقبوض بعد الاقالة بل ردها او مثله فلا تتعلق الاقالة بعينهما فلا يبطل بهلاكهما بخلاف غيره من البياعات فانه يتعلق بعين المبيع ولو تقايلا السلم وراس المال مما لا يتعين قائم في يد المسلم اليه فانما عليه رد مثله ولو تقايلاه بعد قبض المسلم فيه وهو قائم في يد رب السلم صحت وعلى رب السلم رد عين ما قبضه لان المقبوض بعقد السلم وان كان

باب المرابحة والتولية

قال المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح

عقدا على دين بمثل دين وعليه الفتوى. وهذا يجوز بيعه مرابحة على رأس المال ذكره الاسبيجابي فرع يمنع الرد بالعيب بيع الاقالة اذا هلكت لزيادة المتصلة او المنفصلة واستهلكها اجنبي توقف الاقالة على القبول في المجلس وتجوز الاقالة من الوكيل بالبيع عاسلم في قول ابي حنيفة ومحمد كالابراء خلافا لابي يوسف واقالة الوكيل بالشراء لا يجوز بالاجماع وفسخ الموكل مع المشتري جائز وفي جميع التفاريق اقالة الوارث جائزة ومطلق في الجامع جواز اقالة الوصي وهو سديد ابا فلم يبع باكثر من القيمة فان باع باكثر منها لا يصح اقالته وكذا المتولي ايضا واشتري باقل من القيمة ليس له الاقالة ولو كان الثمن عشرة ودنانير ودفع اليه الدراهم عوضا عن الدنانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم رجع بالدنانير التي وقع العقد عليها لا بما وقع وكذا في الوديعة والعارية ولو فسخت ولو عقد بدراهم ثم كسدت ثم تقايلا فانه يرد تلك الدراهم الكاسدة ولو عقد بثمن مؤجل ثم جددا بحال وعلى قلب الفسخ الاول وكذا لو عقد بدراهم ثم جددا بدنانير او على القلب الوجيد اجددا بدراهم اكثر او اقل فلا خوف حط من الثمن او زيادة فيه وقالوا لو باع باثني عشر وحط عنه درهمين ثم عقد بعشرة لا ينفسخ الاول لانه شكله اذا لحط يلتحق باصل العقد الا في اليمين فيحنث لو كان حلف لا يشتريه باثني عشر ولو قال المشتري بعد العقد قبل القبض للبائع بعه لنفسك فان باعه جاز وانفسخ الاول ولو قال بعه لي او لم يزد على قوله بعه او زاد قوله من شئت لا يصح في الوجوه لانه توكيل ولو باع البيع من البائع قبل القبض لا ينفسخ البيع ولو وهبه قبل القبض انفسخ يعني اذا قبل ولو قال البائع قبل القبض اعتقه فاعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف العتق باطل وفي الفتاوى الصغرى جحود ما عدا النكاح فسخ فعليه ما فرع في فتاوى قاضي خان وغيرها باع امته فاقر المشتري انه ولدها لا يحل للبائع وطؤها الا ان عزم على ترك الخصومة فيحل له وطؤها الان بجحود المشتري فسخ في حقه واذا عزم البائع على ترك الخصومة فقدم الفسخ بينهما وكذا لو اقر البائع البيع والمشتري يدعي لا يحل للبائع وطؤها فان ترك المشتري الخصومة وسع البائع بذلك له وطؤها وشمل لو اشتري جارية بشرط الخيار ثلاثة ايام وقبضها ثم رد على البائع جارية اخرى في ايام الخيار وقال هي التي اشتريتها وقبضتها كان القول له لانه منكر قبض غيرها فان رضي البائع بها حل وطؤها لان المشتري لما رد اخرى فقد رضي تمليك البائع الثانية بالاولى فاذا رضي البائع بذلك تم البيع فيها بالتعاطي وكذا التقايل والاسقاط وكذا لو اشتري شيئا مما يسارع اليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وذهب المشتري الى بيته ليجئ بالثمن فطال كثيرا وخاف البائع فساده كان له ان يبيعه من غيره استحسانا وللمشتري منه ان يمضي البيع به وان كان يعلم بذلك لان البائع رضي بانفساخ البيع الاول والمشتري كذلك ظاهرا ثم ينظر ان كان الثمن الثاني اكثر من الاول فعليه ان يتصدق بالزيادة وان كان النقص فالنقصان على البائع لا على المشتري الاول ولو اختلف البائع والمشتري فقال المشتري بعته من البائع باقل من الثمن الاول قبل نقده وفسد البيع بذلك وقال البائع بل اقلنا به فالقول للمشتري مع يمينه في الكل الا في قدر الاقالة فالقول للبائع هو الذي يدعي انه اشتراه من المشتري باقل مما باعه والمشتري يدعي الاقالة يحلف كل على دعوى صاحبه

باب المرابحة والتولية قوله المرابحة نقل ما ملك بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة او ربح عليه بالوضع فدنانير اشتراها بدراهم مرابحة لا يجوز مع صدق التعريف عليه واجيب في بعض النسخ بابدل بيع مرابحة وكذا لا يجوز شيء آخر واعلم ان معنى السؤال المرابحة جائز بلا استثناء شيء وهو صادق فيجب ان يجوز لكنه لا يجوز والجواب عنه بان المراد نقل ما ملكه مما هو بيع متعين بدلالة قوله بالثمن الاول فان كون مقابلة ثمنا مطلقا فيه انما ملكه بالضرورة بيع مطلقا ثم انما لم تجز المرابحة في ذلك لان بدل الصرف لا يتعينان فلم تكن بين يديه الدنانير متعينة ليلزم عينا والذي ادى الى التقييد بالذي سمعناه بالايراد واذا اشتراه نسيئة بثمن مؤجل يجوز ان يرابح عليه مع انه يصدق انه نقل

والتبعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان المنع الذى لا يجتنى فى العقار ربما يؤدى الى ان يتعمد فعل الزكى المتدين ويطيب نفسه بمثل ما اشترى بزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناها على الاثمة والاحتراز عن الخيانة ولهن شبهتها وقد صح ان النبى صلى الله عليه وسلم لما اراد هجرة ابتاع ابو بكر رضى الله عنه بعيرين فقال النبى صلى الله عليه وآله وسلم ولتى احدهما فقال هو لك بغير ثمن فقال عليه السلام اما بغير ثمن فلا قال ولانه تتم المرابحة والتولية حتى يكون العوض مالا مثليا لانه اذا لم يكن له مثل لو سلمه كان ملكه بالقيمة وهى مجهولة ولو كان المشترى باعه مرابحة على ثمنه ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشىء من المكيل موصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه برقم درهم او دينار لا يجوز لانه باعه برأس المال وبعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال

بالثمن الاول الا ان يقال اذا كان فيه اجل فالثمن الاول بمقابلة شيئين فلم يصدق فى احدهما انه بمثل الثمن الاول والحق انه وارد على الطرد وكون المرابحة غير صحيحة هو معنى عدم وجود ما شرعا فيه السؤال وعلى عكسه مسائل الاولى اذا باع العبد المغصوب فكذا القيمة على الغاصب ثم عاد للغاصب ان بيعه مرابحة على القيمة التى اوتيها فهذا بيع مرابحة ولا يصدق عليه فى نقل الملك بالثمن الاول وكذا اذا باعه مرابحة بما قام عليه وكذا لو ملكه بهبة او ارث او وصية وقومه قيمة ثم باعه مرابحة على تلك القيمة انه يجوز صورة هذه المسئلة ان يقول قيمته كذا او قومه كذا فاذا رابحك على القيمة او قومه كذا اعنى ارقم ان يكتب على الثوب المشترى مقدار اسوار كان قدر الثمن او ازيد ثم مرابحة عليه وهو ما اذا قال رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائنا فان غبن المشترى فيه فمن قبل جهله وتعجب بما حاصله ان النصب ملحق بالمعاوضات ولذا صح اقرار المأذون به كما كان اقراره بالمعاوضات جائزا فالقيمة بالتقاضى بها بمنزلة الثمن الذى اشترى به وصرح فى الفتاوى الكبرى فى مسئلة الغاصب انه يقول قام على بكذا وجواب ثانية يأتى فى هذا الكتاب الثالثة ما ذكرنا من ان مبنى المرابحة على عدم الخيانة وهو اذا قال قيمته كذا او رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائنا والحق انه لا يدفع على ما على عكس الحد وهو ان المرابحة نقل بالثمن الاول مع زيادة ربح ولا ثمن سابق هنا والله اعلم وما يرد ايضا اذا كان رأس المال عبدا مثلا فباع المبيع مرابحة على العبد بمن اصاب اليه العبد بربح سبعين فانه يجوز مرابحة ولا يصدق عليه انه بمثل الثمن الاول فانه بعينه لا بمثله ويجاب بان هذا العبد فى حكم عبدين لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان قوله والبيعان بالخيار ان استدل على جوازهما بالمعنى وهو التولية بالنص فقال ان النبى صلى الله عليه وسلم الى آخره فى التولية احاديث لا شبهة فيها منها ما اخرج عبد الرزاق انا معمر عن ربيعة بن ابى عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبى صلى الله عليه وسلم قال التولية والاقالة والشركة سواء لا بأس به ولا خلاف فى مرسل سعيد انا ابن جريج عن ربيعة عن النبى صلى الله عليه وسلم حديثا مستفاضا بالمدينة قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه وليستوفيه الا ان يشرك فيه او يوليه او يقيله وحديث ابى بكر الذى ذكره المصنف فى البخارى عن عائشة وفيه ان ابا بكر قال للنبى صلى الله عليه وسلم خذ بابى انت وامى احدى راحلتى هاتين فقال صلى الله عليه وسلم بالثمن اخرجه فى بدء الخلق وفى مسند احمد قال صلى الله عليه وسلم قد اخذتها بالثمن وفى الطبقات لابن سعد وكان ابو بكر قد اشتراها بثمانمائة درهم من نعم بنى قشير فاخذ احدهما وهو القصوى فمارواه المصنف صحيح بالمعنى وتفصيله قريب مما ذكر ابن اسحق فى السيرة قال فيها فلما قرب ابو بكر الراحلتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم افضلهما ثم قال له اركب فداك ابى وامى فقال صلى الله عليه وسلم لا اركب بعيرا ليس لى فقال فهى لك يا رسول الله قال لا ولكن بالثمن الذى ابتعتها به قال كذا وكذا قال قد اخذتها بذلك قال هى لك يا رسول الله فرحلها وانطلقا ذكر السهيلى عن بعض اهل العلم انه لم يقبلها الا بالثمن وقد انفق عليه ابو بكر اضعافا عن ذلك وقد دفع اليه حين بنى بعائشة ثنتى عشرة اوقية عين قال له ابو بكر الا ابنى يا هلك يا رسول الله فقال لولا الصداق فدفع اليه ثنتى عشرة اوقية ونشا وانشا نهاعشرون درهما فقال نحا فضل فلك لتكون البحبوحة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله رغبته منه صلى الله عليه وسلم فى استكمال فضل الهجرة الى الله تعالى وان تكون على اتم احوالها وهو جواب حسن والمعنى هو قوله لاستجماع شرائط الجواز ولما لم يكف ثبوت الشرائط فى الشرعيات افاد علتها بقوله والحاجة ماسة الى هذا النوع من التصرف لان المعنى الذى لا يهتدى فى التجارة يحتاج الى ان يعتمد على فعل المتدين ويطيب نفسه بمثل ما اشترى بزيادة ربح فوجب القول بجوازها ولا يخفى انه لا يحتاج الى دليل خاص بجوازها بعد الدليل المثبت بجواز البيع مطلقا بالتراضى عليه بعد ان لا يخل بما علم شرطا للصحة

ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والطراز والصبغ والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا ما هو الاصل وما عددنا لا بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف اجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته

بل دليل شرعية البيع مطلقا بشروطه المعلومة هو دليل جوازهما اذ لا زيادة فيهما الا اقترانهما باخبار خاص اذ حاصله انه يبيعه بثمن كذا مخبرا بان ذلك الثمن الذي اشتريت به او مع زيادة لا ارضى بدونها ومن معرفة شروط صحة البيع يعلم المذكور بقوله ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض يعني الثمن مما له مثل كالنقد والحنطة والشعير وما يكال ويوزن والعددي المتقارب بخلاف غير المتقاربة كالبطيخ والرمان ونحوها لانه لو لم يكن له مثل بان اشترى ثوبا بعبد مقايضة مثلا لو رابحه او ولاه اياه كان بيعا بقيمة عبد صفقة كذا او بقيمة عبد ابتداء وهي مجهولة وذلك معلوم انه لا يجوز اما لو كان ما اشتراه به وصل الى من يبيعه منه من مرابحة عليه بربح معين كان يقول ابيعك مرابحة على الثوب الذي بيدك وربح درهم او كر شعير او ربح هذا الثوب جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزمه بالثمن بخلاف ما لو باعه والحالة هذه بربح ده يازده فانه لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته فان معنى ده يازده كل عشرة احد عشر وهذا فرع معرفة عدد العشرات وهو بتقويم العبد وهذا بناء على ان لفظ ده يازده ومعناه العشرة احد عشر اي كل عشرة ربحها واحد يقتضي ان يكون الحادي عشر من جنس العشرة ولا شك انه غير لازم من مفهوم ذلك ولكن لزوم ذلك رفعا للجهالة والا يثبت وح فالمرابحة على العبد بده يازده يقتضي انه باعه بالعبد وبنقضه او بمثل بعضه وهو كل عشرة اجزاء من العبد ربحها جزء آخر منه وحين عرف ان المراد كل عشرة دراهم احد عشر لزم ما ذكر وهو انه باعه بالعبد وببعض قيمته ومن فروع ذلك اشترى عبدا بعشرة خلاف نقد البلد وباعه بربح درهم فالعشرة مثل ما نقد البلد والربح من نقد البلد اذا اطلقه لان الثمن الاول تعين في العقد الثاني والربح مطلق فينصرف الى نقد البلد فان بسبب الربح الى راس المال فقال بعتك بربح العشرة احد عشر او بربح ده يازده فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بنسبته اليه وفي المحيط اشترى بنقد نيسابور وقال ببلخ قام علي بكذا او باعه بربح مائة او بربح ده يازده فالربح وراس المال على نقد بلخ الا ان يصدقه المشتري انه نقد نيسابور او تقوم بينة واذا كان نقد نيسابور دون نقد بلخ في الوزن والجودة ولم يبين فراس المال والربح على نقد نيسابور وان كان على عكسه واشتراه ببلخ بنقد نيسابور لم يعلم انه اوزن واجود فهو بالخيار ان شاء اخذ وان شاء ترك اعلم ان المعتبر في المرابحة ما وقع العقد اول عليه دون ما وقع عوضا عنه حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها دينارا او ثوبا قيمته عشرة او اقل او اكثر فان راس المال هو العشرة لان الدينار والثوب لان وجوب هذا بعقد آخر وهو الاستبدال قوله ويجوز ان يضيف الى راس المال اجرة القصار والصباغ امور كان الصبغ او غيره والطراز والفتل واجرة حمل الطعام برا او بحرا لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء براس المال في عادة التجار والاصل ان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به اي براس المال وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته من الطراز والفتل يزيد في العين والحمل من مكان الى مكان يزيد في القيمة لاختلاف القيمة باختلاف الاماكن قال في الايضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتمشى في بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها فاذا ضم ما ذكر يقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب وسوق الغنم والبقر كالحمل يضمه بخلاف اجرة الراعي والبيت للحفظ لانه لا يزيد في العين ولا القيمة فلا يضم وكذا سائق الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام والمتاع بخلاف سائق الغنم وكذا اجرة تعليم العبد صناعة او قرآنا او علما او شعرا لان ثبوت الزيادة بمعنى فيه اي في المتعلم وهو حذاقته فلم يكن ما انفقه على العلم موجبا للزيادة في المالية ولا يخفى ما فيه اذ لا شك في حصول الزيادة بالتعليم ولا شك انه مسبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمنع نسبته الى التعليم كما لا تمنع نسبته الى الصبغ فانما هو شرط والتعليم علة عادة والقابلية مشروط فكيف لا يضم وفي المبسوط اضاف نفي منهم المتفق في التعليم الى انه ليس فيه عرف قال وكذا في تعليم القنا والعربية قال حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحقه

فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة كان له الخيار عند ابي حنيفة رحمه الله انشاء اخذه بجميع الثمن وانشاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من كل الثمن وقالا يحط قدرها قال ابو يوسف يحط في الوجهين جميعا لان الخيانة في التولية توجب الحط كما في المرابحة وله ان الاعتبار للتسمية لكونه معدولا به الى التولية والمرابحة فترتفع بالخيانة فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير لفوات الوصف ولابي يوسف ان الخيانة لما كانت في المرابحة كانت في التولية ايضا لما بينهما من الاتحاد في الاول وهذا لان العقد لما انتقض في قدر الخيانة في المرابحة انتقض في التولية ايضا لان الثمن الاول واحد فيهما فكان ذلك موجبا للحط في التولية ايضا وله ان المرابحة بناء على الامانة لان البائع يخبر عن الثمن الاول فيتوقف الخبر على الامانة بخلاف التولية لانها ليست بناء على الامانة لان الثمن الاول فيها ليس بمخبر عنه بل هو معلوم بالمشاهدة فلا يتوقف على الامانة فلا يثبت الحط في التولية لان الخيانة لا تزيد على الثمن الاول فيتخير المشتري فتعين الحط في المرابحة وتعيد تنقص مرابحة وان كان تفاوت الربح فوت بتغير التصرف لما مر من قول ابي يوسف قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ على ما بينا في الروايات الظاهرة كالهلاك والاستهلاك وحدوث الزوائد المتصلة والمنفصلة وتعلق حق الغير بالمبيع مطلقا لان خيار الخيانة ثبت لدفع الضرر عن المشتري بالحط وهذا يقتضي الفسخ من الاصل لان الحط يلتحق بأصل العقد فيكون الثمن الاول هو الثمن الا ان الفسخ في هذه الاشياء متعذر فيسقط ويرجع بقدر الخيانة من الثمن الاول لان الفسخ يرد على كل الثمن الاول فيتخير المشتري في الروايات الظاهرة كما لو هلك بعضه وهو خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بالتسليم اذ الفسخ بالعيب بعد هلاك بعضه قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه ثانيا فان باعه مرابحة حط عنه كل ربح كان في ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة وقالا يبيعه مرابحة على الاخير صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة وقولهما قول زفر وقد مر وجه قوله فيما تقدم وله ان الشراء الثاني ورد على عين باعها بربح فيحط عنه الربح كما لو اشتراه بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة لانه يبيعه مرابحة على خمسة عشر وكذا هذا بخلاف ما لو اشترى ثوبا بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرة حيث لا يبيعه مرابحة على عشرة لان الشراء الثاني ورد على غير ما باع فلم يتعلق به حط الربح الا ترى ان الحط لو تعلق بالعقد الثاني لتعلق بالعقد الاول ايضا لان العقد الثاني عقد مفسوخ منقوض بالاجماع من الاول لكونه زيادة في المبيع والزيادة في المبيع تتبع المبيع في الفسخ كما في الاقالة فيحط الربح عن الاول ايضا وهذا لا يجوز لما بينا ان الحط يلتحق بأصل العقد فيكون الثمن الاول هو الثمن الا ان الفسخ في هذه الاشياء متعذر فيسقط ويرجع بقدر الخيانة من الثمن الاول لان الفسخ يرد على كل الثمن الاول فيتخير المشتري في الروايات الظاهرة كما لو هلك بعضه وهو خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بالتسليم اذ الفسخ بالعيب بعد هلاك بعضه قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه ثانيا فان باعه مرابحة حط عنه كل ربح كان في ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة وقالا يبيعه مرابحة على الاخير صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة وقولهما قول زفر وقد مر وجه قوله فيما تقدم وله ان الشراء الثاني ورد على عين باعها بربح فيحط عنه الربح كما لو اشتراه بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة لانه يبيعه مرابحة على خمسة عشر وكذا هذا بخلاف ما لو اشترى ثوبا بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرة حيث لا يبيعه مرابحة على عشرة لان الشراء الثاني ورد على غير ما باع فلم يتعلق به حط الربح الا ترى ان الحط لو تعلق بالعقد الثاني لتعلق بالعقد الاول ايضا لان العقد الثاني عقد مفسوخ منقوض بالاجماع من الاول لكونه زيادة في المبيع والزيادة في المبيع تتبع المبيع في الفسخ كما في الاقالة فيحط الربح عن الاول ايضا وهذا لا يجوز لما بينا ان الحط يلتحق بأصل العقد فيكون الثمن الاول هو الثمن الا ان الفسخ في هذه الاشياء متعذر فيسقط ويرجع بقدر الخيانة من الثمن الاول لان الفسخ يرد على كل الثمن الاول فيتخير المشتري في الروايات الظاهرة كما لو هلك بعضه وهو خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بالتسليم اذ الفسخ بالعيب بعد هلاك بعضه

برأس المال كذا لا تحتسب اجرة الطبيب والراعي والبيطار وجعل الابق لانه نادر لا يلحق بالسابق لانه لا عرف في النادر والجامة والختان لعدم العرف ويضم اجرة السمسار في ظاهر الرواية وفي جامع البركة لا يضم لان الاجارة على الشراء لا يصح الا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل ان كانت مشروطة في العقد تضم وقيل اجرة الدلال لا تضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار ولا يضم ثمن الجلال ونحوها في الدواب وتضم الشباب في الرقيق وطعامهم الا ما كان سرفا وزيادة ويضم علف الدواب لان له بدا عليه شيء متولد منها كالبانها وصوفها وسمنها فيسقط قدر فال ويضم ما زاد بخلاف ما اذا اجر الدابة او العبد او الدار فاخذ اجرته فانه يربح مع ضم ما انفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين كذا في جامع اصحاب من بعضها يحتسب بجامله وبما انفق وبضم الباقي ويضم اجرة التجصيص والتطيين وحفر البير في الدار والقناة في الارض ما بقيت هذه فان زالت لا تضم وكذا اسقى الزرع والكرم وكسحه ولو قطر الثوب بنفسه او طين او عمل هذه الاعمال لا يضم شيا منها وكذا لو تطوع متطوع بهذا العمل او باجارة قوله فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة اما بقول البائع او البينة او نكول عن اليمين فقد دعاه المشتري هذا على المختار وقيل لا يثبت الا باقراره لانه في دعوى الخيانة متناقض فلا يصدق بينة ولا نكول والحق سماعها لدعوى العيب دعوى الحط فانها تسمع فهو الخيار عند ابي حنيفة ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع عليها في التولية يحط قدرها وقال ابو يوسف يحط فيهما اي في المرابحة والتولية وهو قول الشافعي قال يخير فيهما وهو قول الشافعي لحدث الاعتبار فيهما ليس الا التسمية لان الثمن به يصير معلوما وبه ينعقد البيع والاخبار بانه الثمن الاول فيما لا يتعلق الانعقاد به انما هو ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف الصناعة والسلامة فيفوات بظهور ان الثمن ليس ذلك تخير ولابي يوسف ان الاصل فيه اي في عقد المرابحة والتولية كونه تولية ومرابحة وذلك بالبناء على الثمن الاول فيتعلق به العقد باعتبار انه تولية ومرابحة عليه وذلك بالحط غير انه يحط في التولية مقدار الخيانة من رأس المال وفي المرابحة يحط عنه ومن الربح على نسبة حتى لو ربح في ثوب على عشرة بخمسة فظهر ان الثوب ثمانية يحط ثلاثة دراهم من الثمن ومن رأس المال هو الربح خمسة وهو درهم ولابي حنيفة في الفرق بينهما كما قال ابو يوسف في التولية وسواء لو لم يحط فيها لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول والعقد انما تعلق باعتبارها فيتغير التصرف الى بيع انشئ بثمن آخر ولم يوجد ذلك البيع الآخر وما في المرابحة لو لم يحط لا يخرج عن كونها مرابحة لتغير التصرف وان كان تفاوت الربح فانه يظهر ان الربح اكثر فاطمئنان المشتري فاكمن القول ببقاء العقد ولكن تخير لما ذكر محمد من فوات الوصف المرغوب فيه فله هلاك المبيع قبل ان يرده او استهلاكه او حدث فيه ما يمنع الفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط ويتأكد لزوم تمام الثمن قبل الفسخ كذا ههنا وهو المشهور من قول محمد بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه جزء فائت يطالب به فيسقط ما يقابله اذا عجز عن تسليمه وما على قول ابي يوسف فله هلاك المبيع او انتقاص يحط وقوله في الروايات الظاهرة احتراز عما عن محمد من غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشتري بناء على اصله في مسئلة التحالف بعد هلاك السلعة انه يفسخ بعد التحالف دفعا للضرر عن المشتري يرد القيمة ويسترد الثمن قوله ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه من الذي باعه منه قبل ما باعه فان باعه مرابحة حط عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان الربح استغرق الثمن لم يبعه مرابحة لان بين هذا عند ابي حنيفة وهو مذهب احمد وقال ابو يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وهو قول الشافعي وهو كما لو اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرة حيث يبيعه مرابحة على خمسة عشر وله ان الشراء الثاني ورد على عين باعها بربح فيحط عنه الربح كما لو اشتراه بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرة حيث لا يبيعه مرابحة على عشرة لان الشراء الثاني ورد على غير ما باع فلم يتعلق به حط الربح الا ترى ان الحط لو تعلق بالعقد الثاني لتعلق بالعقد الاول ايضا لان العقد الثاني عقد مفسوخ منقوض بالاجماع من الاول لكونه زيادة في المبيع والزيادة في المبيع تتبع المبيع في الفسخ كما في الاقالة فيحط الربح عن الاول ايضا وهذا لا يجوز لما بينا ان الحط يلتحق بأصل العقد فيكون الثمن الاول هو الثمن الا ان الفسخ في هذه الاشياء متعذر فيسقط ويرجع بقدر الخيانة من الثمن الاول لان الفسخ يرد على كل الثمن الاول فيتخير المشتري في الروايات الظاهرة كما لو هلك بعضه وهو خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بالتسليم اذ الفسخ بالعيب بعد هلاك بعضه

برأس المال كذا لا تحتسب اجرة الطبيب والراعي والبيطار وجعل الابق لانه نادر لا يلحق بالسابق لانه لا عرف في النادر والجامة والختان لعدم العرف ويضم اجرة السمسار في ظاهر الرواية وفي جامع البركة لا يضم لان الاجارة على الشراء لا يصح الا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل ان كانت مشروطة في العقد تضم وقيل اجرة الدلال لا تضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار ولا يضم ثمن الجلال ونحوها في الدواب وتضم الشباب في الرقيق وطعامهم الا ما كان سرفا وزيادة ويضم علف الدواب لان له بدا عليه شيء متولد منها كالبانها وصوفها وسمنها فيسقط قدر فال ويضم ما زاد بخلاف ما اذا اجر الدابة او العبد او الدار فاخذ اجرته فانه يربح مع ضم ما انفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين كذا في جامع اصحاب من بعضها يحتسب بجامله وبما انفق وبضم الباقي ويضم اجرة التجصيص والتطيين وحفر البير في الدار والقناة في الارض ما بقيت هذه فان زالت لا تضم وكذا اسقى الزرع والكرم وكسحه ولو قطر الثوب بنفسه او طين او عمل هذه الاعمال لا يضم شيا منها وكذا لو تطوع متطوع بهذا العمل او باجارة قوله فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة اما بقول البائع او البينة او نكول عن اليمين فقد دعاه المشتري هذا على المختار وقيل لا يثبت الا باقراره لانه في دعوى الخيانة متناقض فلا يصدق بينة ولا نكول والحق سماعها لدعوى العيب دعوى الحط فانها تسمع فهو الخيار عند ابي حنيفة ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع عليها في التولية يحط قدرها وقال ابو يوسف يحط فيهما اي في المرابحة والتولية وهو قول الشافعي قال يخير فيهما وهو قول الشافعي لحدث الاعتبار فيهما ليس الا التسمية لان الثمن به يصير معلوما وبه ينعقد البيع والاخبار بانه الثمن الاول فيما لا يتعلق الانعقاد به انما هو ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف الصناعة والسلامة فيفوات بظهور ان الثمن ليس ذلك تخير ولابي يوسف ان الاصل فيه اي في عقد المرابحة والتولية كونه تولية ومرابحة وذلك بالبناء على الثمن الاول فيتعلق به العقد باعتبار انه تولية ومرابحة عليه وذلك بالحط غير انه يحط في التولية مقدار الخيانة من رأس المال وفي المرابحة يحط عنه ومن الربح على نسبة حتى لو ربح في ثوب على عشرة بخمسة فظهر ان الثوب ثمانية يحط ثلاثة دراهم من الثمن ومن رأس المال هو الربح خمسة وهو درهم ولابي حنيفة في الفرق بينهما كما قال ابو يوسف في التولية وسواء لو لم يحط فيها لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول والعقد انما تعلق باعتبارها فيتغير التصرف الى بيع انشئ بثمن آخر ولم يوجد ذلك البيع الآخر وما في المرابحة لو لم يحط لا يخرج عن كونها مرابحة لتغير التصرف وان كان تفاوت الربح فانه يظهر ان الربح اكثر فاطمئنان المشتري فاكمن القول ببقاء العقد ولكن تخير لما ذكر محمد من فوات الوصف المرغوب فيه فله هلاك المبيع قبل ان يرده او استهلاكه او حدث فيه ما يمنع الفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط ويتأكد لزوم تمام الثمن قبل الفسخ كذا ههنا وهو المشهور من قول محمد بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه جزء فائت يطالب به فيسقط ما يقابله اذا عجز عن تسليمه وما على قول ابي يوسف فله هلاك المبيع او انتقاص يحط وقوله في الروايات الظاهرة احتراز عما عن محمد من غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشتري بناء على اصله في مسئلة التحالف بعد هلاك السلعة انه يفسخ بعد التحالف دفعا للضرر عن المشتري يرد القيمة ويسترد الثمن قوله ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه من الذي باعه منه قبل ما باعه فان باعه مرابحة حط عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان الربح استغرق الثمن لم يبعه مرابحة لان بين هذا عند ابي حنيفة وهو مذهب احمد وقال ابو يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وهو قول الشافعي وهو كما لو اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرة حيث يبيعه مرابحة على خمسة عشر وله ان الشراء الثاني ورد على عين باعها بربح فيحط عنه الربح كما لو اشتراه بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرة حيث لا يبيعه مرابحة على عشرة لان الشراء الثاني ورد على غير ما باع فلم يتعلق به حط الربح الا ترى ان الحط لو تعلق بالعقد الثاني لتعلق بالعقد الاول ايضا لان العقد الثاني عقد مفسوخ منقوض بالاجماع من الاول لكونه زيادة في المبيع والزيادة في المبيع تتبع المبيع في الفسخ كما في الاقالة فيحط الربح عن الاول ايضا وهذا لا يجوز لما بينا ان الحط يلتحق بأصل العقد فيكون الثمن الاول هو الثمن الا ان الفسخ في هذه الاشياء متعذر فيسقط ويرجع بقدر الخيانة من الثمن الاول لان الفسخ يرد على كل الثمن الاول فيتخير المشتري في الروايات الظاهرة كما لو هلك بعضه وهو خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بالتسليم اذ الفسخ بالعيب بعد هلاك بعضه

قال واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكان يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول قال واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح

وانا ابيعه بربح كذا على هذه العشرة وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وهو عشرة في الفصلين من غير بيان لهما ان العقد الثاني وان كان ممن باعه منه فهو عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول ولذا لو كان في الاول خيار لا يكون في الثاني وعلى العكس فلا يدخل فيه ما قبله مرابحة او وضيعة ولذا لو كان اصله هبة او ميراثا فباعه ثم اشتراه كان له ان يبيعه مرابحة على الثمن الاخير ولا يعتبر ما لو كان قبله والا لم تجز المرابحة اصلا وهذا لان بالشراء الثاني يتجدد له ملك غير الاول لان اختلاف الاسباب كاختلاف العين على ما عرف وصار كما لو تخلل ثالث بان اشترى بعشرة ممن اشترى من المشتري منه بعشرين ولابي حنيفة ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به اي بالعقد الثاني بعد ما كان على شرف السقوط من ذلك الربح بان يظهر المشتري على عيب فيرده فيزول الربح عنه فاذا اشتراه منه تأكد اي تقرر ملكه لذلك الربح وللتأكيد في بعض المواضع حكم الايجاب كما في شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر للتأكيد هم ما كان على شرف السقوط بتقبيل ابن الزوج او بالارتداد وعلى اعتبار التأكيد يصير البائع في مسئلتنا مشتريا بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة دراهم فيكون الخمسة بازاء الخمسة ويبقى الثوب بخمسة وهذا الاعتبار واجب لان الشبهة في المرابحة كالحقيقة فلذا لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة لان الغالب في الصلح ذلك فيجب ان يبيعه مرابحة على خمسة فان قيل لو كان كذلك ينبغي ان لا يجوز الشراء بعشرة فيما لو باع بعشرين على انه هذا التفسير يصير في الشراء الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهي حصول الثوب بلا عوض اجيب بان التأكيد انما جعل له شبهة الايجاب احترازا عن الخيانة وذلك يتحقق بالنسبة الى العباد لا بالنسبة الى الشرع وشرعية المرابحة لمعنى راجع الى العباد لا الشرع وكذا اذا رضي المشتري به وقد علم يجوز ولو كان بحق الشرع لم يجز تراضيهما كما في بيع الربا لو رضيا به واورد على هذا ما لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بعشرة واجيب بان ممنوع في رواية وبتقدير التسليم فالبيع الثاني وان كان يتأكد به انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال ولا يثبت هذه الوكالة الا في عقد يجري فيه الربا وايضا ليس فيه معنى يزداد في الثمن وبخلاف ما اذا باعه بثمن حال مرابحة بعد ما اشتراه بذلك الثمن مؤجلا لان معنى يزداد في الثمن وبخلاف ما اذا باعه بوصيف او دابة او عرض آخر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة على عشرة لانه عاد اليه بما ليس من جنس الثمن الاول ولا يمكن طرحه الا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المرابحة وكذا قلنا لو اشترى اشياء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له ان يبيع بعضها مرابحة على حصتها من الثمن لان ذلك لا يكون الا باعتبار القيمة وتعيينها لا يخلو عن شبهة الغلط خلافا للشافعي في ذلك وبخلاف ما لو تخلل ثالث لتأكد الربح بالبيع من الثالث ووقوع الامن من البطلان به فلا يستفيد المشتري الاول بالشراء الثاني تأكيد الربح وهناك بخلافه قوله واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه اي المولى يبيعه مرابحة على عشرة وكذا اذا كان المولى اشتراه بعشرة فباعه من العبد بخمسة عشر يجب ان يبيعه العبد المرابحة على عشرة لان هذا العقد اعني الذي جرى بين العبد والمولى وان كان صحيحا لافادته ما لم يكن من كسب العبد في كسبه وتسليمه المولى من كسبه ما لم يكن سالما فله شبهة العدم لان الحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى ولهذا كان للمولى ان يستبقي ما في يده لنفسه ويقضي دينه من عنده وكذا في كسب المكاتب ويصير ذلك الحق حقيقة اذا عجز فرد في الرق فصار كانه باع ملكه لنفسه من نفسه واشترى ملك نفسه لنفسه ولكن للفائدة التي ذكرناها صححناه فظهر انه جائز مع المنافي وهو كونه عبده المستلزم لكون المال له لولا الدين فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للعقد الاول وهو الكائن بعشرة فيصير كان العبد اشتراه بعشرة لاجل المولى في الفصل الاول وهو ما اذا اشتراه العبد وباعه من المولى وكانه يبيعه لاجل المولى في الفصل الثاني فهو ما اذا باعه المولى من عبده فكان المعتبر الثمن الاول وهذه المسئلة بالاتفاق وكذا الجواب اذا كان مكان

قال ومن اشترى جارية فاعورت وقبضها وقيمتها مائة ولا بينة له عليه حتى يقايله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن كمن اوفات قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطء

المأذون يكاتب السيد بالاتفاق وقوله فاعتبر عدما في حكم الرابحة يفيد انه انما اعتبر عدما للرابحة لا لكونه معدوما من وجه وسببه ان المرابحة بيع امانة تنفي عنه كل تهمة وخيانة والمساومة جارية بين السيد وعبده ومكاتبه فيتهم بانه اشتراه منه بزيادة او ابعه منه كذلك ولهذا قال ابو حنيفة رح واشترى شيأ من ابيه او ابنه وطء او باعه اشتراه بحيث لا رابحة الا على الثمن الذي قام على البائع الا انهما خالفاني هذه تعالا بيعه مرابحة على ما اشتراه من هؤلاء لتجانس الاملاك والحقوق متكاملا لاخوين فان ابو حنيفة يقول ما يحصل لكل من هؤلاء كالاجنبي فيجعل لهذا الا تقبل شهادة احدهم لصاحبه وتجري المساومة بينهم فكان الاحتياط فيما ذكرناهم رح وقوله بالقيد المذكور يعود الى كل واحد منهم لا الى الاخير فقط وقوله بما يحط برقبته متعلق به في الجامع عن محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رح والشيخ في تقويم المساومة بينهم من لم يقيد بالحط كالصدر الشهيد فقال عبد ماذون عليه دين محيط برقبته او غير محيط وبينهم من لم يكفر الدين اصلا كشمس الائمة في المبسوط فقال اذا اشترى سلعة بيعا او ساوم مكاتبه او عبده وان كان في قيمته فضل عن دينه فالحكم المذكور سواء وان كان لا يربح الا على الثمن الاول فيما اذا كان عليه دين محيط مع انه اجنبي من كسبه فلان لا يربح الا عليه فيما اذا لم يكن عليه دين اولى لانه لا ينعقد العقد الثاني اصلا انما يبيع ماله من نفسه او يشتريه وانما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه والحكم المذكور على التقديرين لا يختلف ولو اشترى من شركة سلعة ان كانت ليست من شركتهما يربح على ما اشتراه والا يبين وان كانت من شركتهما فان بيع نصيب شريكه على ضمانه في الشراء الثاني ونصيب نفسه على ضمانه في الشراء الاول بخوان يكون السلعة اشتريت بالف من شركتهما فاشتراها احدهما من صاحبه بالف وماتين فانه يبيعها مرابحة على الف ومائتان نصيب شريكه من الثمن بتمامه ونصيب نفسه من الثمن الاول خمسمائة فيبيعها على ذلك ومنه مسئلة الكتاب التي ذكرنا بقوله واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه باثني عشر ونصف لان هذا هو ان قصدي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر فانه اشترى ماله بماله وهو وجه المنع لزفر لكنا انجزناه لما فيه من فائدة استفادة ولاية التصرف وهو المقصود بعد ما كانت منتفية لانقطاع ولاية التصرف عنه بالتسليم الى المضارب والانتفاء قد يتبع الفائدة فيثبت لعدم الاثر في انه اذا اشترى المضارب وكيل عنه اي عن رب المال في البيع الاول من وجه وذلك يمنع صحة بيعه منه كما لا يصح بيع الوكيل من موكله او وكالة بشرائه لانه ماله وتصرف فيه بالشراء ومن وجه آخر هو مال المضارب حتى اذا اشترى لا يكون لرب المال عليه في البيع ولا اشترى المضارب جارية لا يجوز لرب المال وطيها وان لم يكن في المال ربح فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح الذي هو حصة رب المال كما ذكرنا في التي قبلها فيبيعه على اقل الثمنين لاحتياط في حصة المضارب من الربح لان المضارب في ذلك المقدار بمنزلة الاجنبي فلا تهمة فيه فلو اشتراه بسلعة فاقتسما فاز احدهما ان بيع نصيبه مرابحة على ثمن السلعة ان كانت السلعة استيفاء محضا كالكيلي والوزني والعددي المتقارب جاز بيعه مرابحة وان كان مبادلة كالاشياء المتفاوتة لم يجز بيعه مرابحة الا بعد التقويم وهو ممنوع في الرابحة كما ذكرنا قوله ومن اشترى جارية فاعورت اي من غير صنع احد بل بآفة سماوية او بصنعها نفسها بيعها مرابحة ولا يلتفت الى انه اشتراها بذلك الثمن وليس بها ذلك العور وكذا لو وطيها وهي ثيب ولم ينقصها الوطء وهذا لان الاوصاف لا يقابلها جزء من الثمن لانها تابعة ولم تكن مقصودة بالاتلاف ولهذا لو فاتت قبل التسليم الى المشتري بعد العقد لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها جزء من الثمن وعن ابي يوسف في الفصل الاول وهو ما اذا اعورت الجارية انه لا يبيع مرابحة من غير بيان كما اذا حبس بغصبه وهو قول الشافعي وزفر والاقياس ما ذكره بقوله واما اذا فقئ عينها بنفسها او فقأها اجنبي بأمر المشتري او بغير امره فاختار شراءها يبيعها مرابحة حتى يبين والتقييد بفقء المشتري وفقأ

وعن ابي يوسف رحمه الله في الفصل الاول انه لا يتبين من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وقول الشافعي رحمه الله فاما اذا تفاحشا بنفسهما وخافا ما اجتبى فاختارتهما لم يتبين مراجحة حتى يبين لانهما مقصودان بالاتلاف فقابلهما الثمن من الثمر وكذا اذا وطيها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسهما ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يلبسه مراجحة من غير بيان ولو تكسر بلبسه وطيه لا يلبسه مراجحة حتى يبين لما بينا

اعتبارا بالاتلاف حقيقة بخلاف ما اذا تعيبت عينها بنفسها فانه كما بالآفة السماوية لانه هدر فلا يكون المشتري حابسا شيأ واخذ الارش ليس بمقابل فاشبه الاجنبي فلا يسقط شيء بخلاف ما اذا تعيبت بفعله لان التعيب بالتصدية فوجب اعتباره فيقابل ببعض الثمن وكذا اذا وطيها ثيبا بكرا لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ومن هذا اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار او وطيها فتغير بعيبه مراجحة من غير بيان وقوله بالقاف وذكره ابو اليسر بالفاء ولو تكسر الثوب بلبسه وطيه لم يذكر البيان لانه بفعله قال الفقيه ابو الليث وقول زفر وبه ناخذ واختياره هذا حسن لان سبق الاراقة على عدم الجناية وصم ذكره انما استقصت ايهام المشتري ان الثمن المذكور كان لها ناقصة والظاهر انه لو علم ان ذلك ثمنها صحيحة لم يرض باخذها مع تلك الصفة وقد ذكر اول الباب ان سبب شرعية المراجحة اعتماد الغبن ان الثمن قيمتها حيث اشترى من لم يخبره بغيب قلبه فيشبه ان يزيد في الثمن زيادة يعلم انه قيمتها وهذا يبين انه لا يروم شراءها الا بقيمتها كما لا يخفى ولانه لو علمه لم يرض فكان بكتمه تغريرا له وقريب من هذا ما روى هشام عن محمد ان ذلك اذا نقصه العيب شيأ يسيرا فان نقصه قدرا لا يتغابن فيه لا يبيعه مراجحة يعني بلا بيان لكن قولهم هو كما لو تغير الشعر يا مراد الله تعالى فانه لا يجب عليه ان يبين انه اذا شاء او في حال غلائه به وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه او توسخ الزائم وتشكل على قوله انعالت وصف لا يقابله شيء من الثمن باشتراطه في الاجل وصف ومع ذلك لا يجب بيعه مراجحة بلا بيان اجيب بان الاجل يسلط لاجله جزء من الثمن عادة فيكون كالجزء فيلزمه البيان على قوله لمنافع البضع لا يقابلها شيء من الثمن فاذا اشترى جارية فوطيها ثم وجد بها عيبا لم يكن له ان يردها وان كانت ثيبا وقت الشراء وذلك لاعتبار المشتري بالوطي حابسا جزأ من المبيع عنده واجيب بان عدم الرد في هذا ليس لما ذكرت بل لانه لو رد ها فاما مع التعذر احترازا عن الوطي مجانا او من غير عقر لا وجه الى الاول لعدم الجارية مع زيادة والزيادة تمنع الفسخ لانه لا يرد على الزيادة ولا الى الثاني لانها تعود الى قديم ملكه ويسلم للمشتري الوطي بلا عوض باعتبار البيع وذلك لا يجوز بخلاف الواهب اذا رجع بعد وطي الموهوبة حيث يصح ولا يلزم الموهوب له شيء لانه يسلم كلها للموهوب بلا عوض فيجوز ان يسلم له الوطي بلا عوض ولا يجوز في صورة البيع ان يفسخ البيع ويسلم للمشتري او للبائع زيادة متولدة من العين او شيء وجب باتلاف العين كالولد والارش والعقر وكذا الوطي فرجوع لاصحاب من غلة الدار والدراهم شيأ رابح بالاتفاق لان الغلة ليست متولدة وانما هو استيفاء منفعة فاستيفاء المنفعة لا يمنع بيع المراجحة بخلاف الواصاب من لبن الغنم وصوفها انه اذا رجع يسقط من رأس المال قدر ما اصابه من ذلك وقيل قام على بكذا وقد علم انه اذا انفق في طعام الرقيق والدواب ما يضن في غير السوف ولو ولدت الجارية او الغنم او ثمر النخيل جميع الاصل مع الزيادة مراجحة لانه لم يحبس شيأ من المتولد وعليه ولان نقصان الولادة بغير فعل ثم الزيادة بجزء ولو استهلك المشتري الزيادة لم يرجع الاصل مراجحة حتى يبين ما اصاب منها لانها متولدة من العين والمتولد بجزء المبيع وكذا اذا استهلك للابان فاسمن فانه لا يرجع الا ببيان وفي المبسوط اشترى نصف جدجات واشترى آخر نصفه بمائتين ثم باعهما مراجحة او تولية او وضيعة فالثمن بينهما اثلاثا ولو باعهما مساواة يكون بينهما نصفين لان المسمى فيه بمقابلة الملك ولهذا استوى فيه المشتري والموهوب وبينهما في البيع سواء بخلاف تلك العقود فان الثمن فيها مبني على الاول ولو حط البائع الاول عن الثمن بعد ما باعه المشتري مراجحة فانه يحط ذلك عن المشتري الآخر بحصته من الربح ولو كان ولاء حط ذلك عندنا وعند زفر والشافعي لا يحط عن الثاني بهذا السبب شيء واصله ان الحط يلتحق باصل العقد عندنا وعنده لا بل هو هبة مبتدأة لا تتم الا بالتسليم وكذا الزيادة عندنا حتى يصير كان العقد عقدا لما بقي وثبت ذلك في حق الشفيع والموكل وهذا

قال: ومن اشترى غلاماً بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فإن شاء رده وإن شاء قبل، لأن للأجل شبهاً بالمبيع، ألا يرى أنه يزاد في الثمن لأجل الأجل، والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما بثمنهما، والإقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة، فإذا ظهرت يخير كما في العيب. وإن استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن. قال: فإن كان ولاه إياه ولم يبين رده إن شاء، لأن الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لأنه بناء على الثمن الأول. وإن كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرنا، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن، وهو نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الإنفاق، وسيأتيك من بعد إن شاء الله تعالى. وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما. ولو لم يكن الأجل مشروطاً في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط، وقيل يبيعه ولا يبينه لأن الثمن حال. قال: ومن ولى رجلاً شيئاً بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن، فإن أعلمه البائع يعني في المجلس فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه، لأن الفساد لم يتقرر، فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس، وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الإصلاح. ونظيره بيع الشيء برقمه إذا علم في المجلس، وإنما يتخير لأن الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية.

بخلاف ما لو حط الكل في المرابحة والتولية فإن له أن يرابح على كل الثمن ويوليه. **قوله** ومن اشترى غلاماً أو غيره بألف نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين أنه اشتراه نسيئة بألف فعلم المشتري بذلك فله الخيار إن شاء رده وإن شاء قبل بألف والمائة حالة وإنما يثبت له الخيار لأن للأجل شبهاً بالمبيع ألا ترى أنه يزاد في الثمن لأجله والشبهة ملحقة بالحقيقة فكان كأنه اشترى شيئين بالألف وباع أحدهما بها على وجه المرابحة وهذا خيانة فيما إذا كان مبيعاً حقيقة فإذا كان أحد الشيئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة وشبهة الخيانة ملحقة بالحقيقة في المرابحة فإذا ظهرت يخير على ما عرف من مذهب أبي حنيفة ومحمد ولو فرع على قول أبي يوسف ينبغي أن يحط من الثمن ما يعرف أن مثله في هذا يزاد لأجل الأجل هذا إذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع فلو علم بعد هلاكه واستهلاكه لزمه بألف ومائة حالة لأن الأجل لا يقابله شيء حقيقة والذي كان ثابتاً له مجرد رأي فقد تعذر بعد هلاكه وكذا لو كان ولاه إياه ولم يبين أنه اشتراه إلى أجل المشتري قبل الهلاك يعني ثبت له خيار الرد وقبوله بالألف الحالة ولو فرع على قول أبي يوسف ينبغي أن يفصل ما ذكرنا وإن كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرنا من أن الأجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة وعن أبي يوسف أن بعد الهلاك يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير قوله فيما إذا استوفى صاحب الدين من مديونه مكان الدين الجياد زيوفاً وهو لا يعلم بها فيها حتى أنفقها فإنه عند أبي يوسف يرد مثل الزيوف ويسترد الجياد وسيأتيك إن شاء الله تعالى في مسائل منثورة وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما على البائع قال الفقيه أبو جعفر الهندواني ولو لم يكن الأجل مشروطاً في العقد ولكنه منجماً والتنجيم قيل لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لأن الثمن ما كان إلا حالاً في العقد أما لو فرضنا أنه باعه بلا شرط أجل ثم تم بعده إلى شهر مثلاً فلا شك أنه يبيعه مرابحة بالألف. **قوله** ومن ولى رجلاً شيئاً بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فإن أعلمه البائع يعني في المجلس بما قام به عليه فهو بالخيار إن شاء ترك البيع وإن شاء قبل لأن الفساد وإن كان في صلب العقد لكنه لم يتقرر وإنما يتقرر بمضي المجلس وهذا يبين أن هذا العقد ونحوه من البيع برقمه قبل معرفة الرقم ينعقد فاسداً له عرضية الصحة وهو الصحيح بخلاف ما روي عن محمد أنه صحيح له عرضية الفساد ولما كان المجلس جامعاً للمتفرقات يعتبر الواقع في طرفيه كالواقع معاً فكان تأخير البيان أي بيان قدر الثمن كتأخير القبول إلى آخر المجلس فإنه يجوز ويتصل بالإيجاب السابق أول المجلس كذا هذا يكون سكوته عن تبيين الثمن في تحقق الفساد موقوفاً فإن تبين فيه اتصل بالإيجاب الذي سكت فيه عنه وإن انقضى قبله تقرر الفساد فلا ينقلب بعده صحيحاً وإنما تخير بعد العلم في المجلس لأن الرضى لم يتم قبله فلم يتم البيع كما في خيار الرؤية لم يتم الرضى قبل الرؤية فعند وجودها تخير.

فروع اشترى ثوباً ليس له أن يرابح على ذراع منه لأن الثمن لا ينقسم على ذرعانه ولو رابح على ما له قيمة معلومة منه كنصفه أو ثلثه جاز ولو اشترى نصف عبد بمائة ثم اشترى النصف الآخر بمائتين فله أن يبيع أي النصفين شاء مرابحة على ما اشتراه به وإن شاء باع كله مرابحة على ثلثمائة ويقول قام علي بكذا ولو وهب له البائع الثمن كله فله أن يرابح على الثمن كله ولو وهب له أو حط عنه بعضه ليس له أن يرابح إلا على الباقي ولو باعه بالثمن عرضاً أو أعطى به رهناً فهلك كان له أن يرابح على الثمن لأنه صار قابضاً له بهذا الطريق ولو اشترى بعشرة جياد ونقده زيوفاً فتجوز بها البائع فله أن يرابح على عشرة جياد ولو وهب ما اشتراه بعشرة ثم رجع فيه له أن يبيعه مرابحة على العشرة وكذا لو باعه ثم رد عليه بعيب أو فساد بيع أو خيار أو إقالة له أن يرابح على الثمن الذي كان اشتراه به ولو اشترى ثوباً فباعه ثم رجع إليه بميراث أو هبة لم يكن له أن يبيعه مرابحة لأنه ما عاد إليه الملك المستفاد بالشراء الأول ولو وجد بالمبيع عيباً فرضي به له أن يبيعه مرابحة من الثمن الذي اشتراه به لأن الثابت له خيار فإسقاطه لا يمنع من البيع مرابحة

فصل ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه عم نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار

كما لو كان فيه خيار الشرط او رؤية وكذا لو اشتراه مرابحة فاطلع على خيانة فرضي به كان له ان يبيعه مرابحة على ما اخذه به لما ذكرنا ان الثابت له مجرد خيار ولو اشترى شيئا بغبن فاحش او بدين له على انسان وهو لا يشتري بذلك القدر بالعين فليس له ان يبيعه مرابحة من غير بيان ولو اشترى بالدين بما يباع بمثله جاز ان يرابح عليه سواء اخذه بلفظ الشراء او بلفظ الصلح في رواية وفي ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشراء لما تقدم لكن الوجه انه اذا علم انه ثمنه وجب ان يرابح عليه لان منع المرابحة ما كان الا لتهمة الحطيطة فاذا تيقن انتفاؤها ارتفع المانع بينه وبين الله تعالى ولو اشترى رزمة ثياب فاقتسماها ليس لاحدهما ان يبيع ما خصه مرابحة بخلاف ما لو اشتريا مكيلا او جنسا واحدا فاقتسماه حيث يجوز ذلك ولو اشترى الرزمة واحد فقومها ثوبا ثوبا ليس له ان يبيع ثوبا منها مرابحة على ما قوم الا بما قدمنا من انه يقول قيمة هذا الف وقوم هذا بكذا وانا ابيعك مرابحة على هذه القيمة كما مر في الرقم بازيد من ثمنه اما لو اسلم في ثوبين ووصفهما بصفة واحدة فليس له ان يبيع احدهما مرابحة على نصف راس مال السلم عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز ولو باع نصف ما اشتراه مرابحة على نصف ثمنه ان كان ثوبا واحدا ليس له ذلك وان كان مثليا وهو جنس واحد كطعام اكل نصفه كان له ذلك لانقسام الثمن عليه بالاجزاء بخلاف الاول لان انقسامه عليه بالقيمة باعتبار الاوصاف اعني الذرعان ولا ينقسم الثمن باعتبارها وعلى هذا ينبغي ان يرابح في نصف العبد على نصف الثمن ولو اشترى ثيابا صفقة واحدة كل ثوب بكذا فله ان يبيع كل واحد مرابحة عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد لا يرابح حتى يبين انه اشتراه مع غيره ولو باعه بوضيعة ده يازده فطريقه ان يجعل كل درهم من راس المال احد عشر جزءا فاذا كان الثمن عشرة فتكون الجملة مائة وعشرة فسقط عشرة فسقط عشرة فيصير جملة الثمن تسعة وجزءا من احد عشر جزءا من درهم

فصل ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه الثمن اقتصر على البيع ولم يقل ان يتصرف فيه ليكون اتفاقية فان محمدا يجيز الهبة بصدقة به قبل القبض وقال مالك يجوز جميع التصرفات من بيع وغيره قبل القبض الا في الطعام لانه صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالنهي في حديث رواه مالك عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه اخرجه الشيخان وفي لفظ حتى يقبضه قلنا قد رواه ابن عباس ايضا قال واحسب كل شيء مثل الطعام اخرجه عنه ائمة الكتب الستة وعضد قوله ما روى ابو داود عن ابي اسحق عن ابن عمر قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبته لقيني رجل فاعطاني فيه ربحا حسنا فاردت ان اضرب على يده فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وصححه وقال في التنقيح سنده جيد وقال ابن اسحق صرح فيه بالحديث واخرج النسائي ايضا في سننه الكبرى عن يعلى بن حكيم عن يوسف بن ماهك عن عبد الله بن عصمة عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله اني رجل ابتاع هذه البيوع وابيعها فما يحل لي منها وما يحرم قال لا تبيعن شيئا حتى تقبضه ورواه احمد في مسنده وابن حبان وقال هذا الحديث مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام ليس بينهما ابن عصمة والحاصل ان المخرجين منهم من يدخل ابن عصمة بين ابن ماهك وحكيم ومنهم من لا وابن عصمة ضعيف جدا في قول بعضهم قال صاحب التنقيح قال ابن حزم عبد الله بن عصمة مجهول وصحح الحديث من رواية يوسف بن ماهك نفسه عن حكيم لانه صرح في رواية قاسم بن اصبغ بسماعه منه والصحيح ان بينهما عبد الله بن عصمة الجشمي الحجازي ذكره ابن حبان في الثقات وقال عبد الحق انه ضعيف وتبعه ابن قطان وكلاهما مخطئ وقد اشتبه عليهما عبد الله بن عصمة هذا بالنصيبي او غيره ممن يسمى عبد الله بن عصمة انتهى كلامه فالحق ان الحديث حجة والذي قبله كذلك والحاجة بعد ذلك الى دليل التخصيص

ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا عز فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والعز المبني عند عز انفساخ العقد الحق بالعدم بدليل ان الاقالة والاجارة قبل القبض لا تبطل هذا الخلاف لو سلم فالمقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير

بغير العقار لابي حنيفة يذكر هناك والاحاديث كثيرة في هذا المعنى ثم علل الحديث بان فيه عز انفساخ العقد الاول على اعتبار هلاك المبيع قبل القبض فيتبين ح انه باع ملك الغير بغير اذنه وذلك مفسد للعقد وفي الصحاح انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العز والعز ما طوى عنك علمه والدليل على اعتبار هذا المعنى انا رأينا التصرف في ابدال العقود التي لا تنفسخ بالهلاك جائز فلا يضر ما عز الانفساخ كالتصرف في المهر لما وبدل الخلع للزوج والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد قبل القبض جائزا وان كانت لا تنفسخ بالهلاك فظهر ان السبب ما قلنا هذا وقد الحقوا بالمبيع غيره فلا تجوز الاجارة اذا كانت الاجرة عينا ولا الهبة ولا التصدق به خلافا لمحمد في الهبة والصدقة وكذا اذا اقر اصدر رهنه من غير بائعه فلا يجوز شيء من ذلك واذا اجاز محمد هذه التصرفات في المبيع قبل القبض ففي الاجرة اذا كانت عينا قبل فيضمها على قياس اصل ان كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والاجرة اذا كانت عينا في الاجارة وبدل الصلح عن الدين اذا كان عينا لا يجوز بيع شيء من ذلك بدلان يشترك فيه غيره الى آخر ما ذكرنا وما لا ينفسخ بهلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر اذا كان عينا وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد كل ذلك اذا كان عينا يجوز بيعه وهبته واجارته قبل قبضه وسائر التصرفات في قول ابي يوسف ولو اوصى قبل القبض ثم مات قبل القبض صحت الوصية بالاجماع لان الوصية اخت الميراث ولو مات قبل القبض ورث عنه فكذا اذا اوصى به ثم قال محمد كل تصرف لا يتم الا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والقرض هو جائز كالبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه ووجهه ان تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه وقاسه بهبة الدين لغير من عليه الدين فانها تجوز اذا سلطه على قبضه اذ لا مانع فانه يكون نائبا عنه ثم يصير قابضا لنفسه كما لو قال اطعم عن كفارتي جاز ويكون الفقير نائبا عنه في القبض ثم قابضا لنفسه بخلاف البيع وابو يوسف يقول البيع اسرع انفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ايضا وهذه التصرفات تبتنى على الملك وعز الانفساخ يمنع تمامه وكان قاصرا في حق اطلاق التصرف واما عتق عن كفارتي فانه طلب التمليك لا تصرف مبني على الملك القائم فان قيل لو اعتبر العز امتنع بعد القبض ايضا لاحتمال ظهور الاستحقاق قلنا الجواب انه اضعف لان ما يتحقق به بعد القبض تحقق به قبله ويزيد باعتبار الهلاك ايضا فكان اكثر وطئا قبل القبض ولان اعتباره بعده يسد باب البيع ولو باعه المشتري من بائعه قبل قبضه لا يجوز ولو وهبه يجوز على اعتبار انه مجاز عن الاقالة فان قيل هذا النهي باعتبار امر مجاور فينبغي ان لا يوجب الفساد كالبيع وقت النداء اجيب بان الغرر في البيع لا مجاور له فانه باعتبار انه مملوك او غير مملوك للمشتري على تقدير الهلاك وارد على التأثير ان بعد تسليم ان البيع ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض اي امتناع فيه فليكن كذلك وغاية الامر انه ظهر ان البيع الثاني لم يصح فيتراد ان وشأنه واقع في الشفعة والبيع بعد ظهور الاستحقاق قوله ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو قوله الآخر وقال محمد لا يجوز وهو قول ابي يوسف الاول وقول الشافعي اعتبارا بالمنقول رجوعا الى اطلاق الحديث يعني عمومه وهو ما في حديث حكيم من حزام صلى الله عليه وسلم لا تبيعن شيئا حتى تقبضه بخلاف ما قبله من حديث ابن عمر فانه خاص بالمنقول اعني قوله نهى عن بيع الصبر حتى يحرزها التجار الى رحالهم والنهي عن بيع ما لم يضمن ولو باع العقار بيعا فيلزمه بيع ما لم يضمن وصار بيع العقار كاجارته واجارته قبل قبضه لا يجوز فكذا بيعه ولان السبب وهو البيع انما تم بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد والملك انما يتأكد بتأكد السبب وفي هذا العقد المنقول سار ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان ركن البيع صدر من اهله في محله والمانع المشبر للنهي وهو عز الانفساخ بالهلاك

قال ومن اشترى مكيلا كمائة او موزونا كذلك او ثوبا بعينه كذلك او اثمرة بعينها كذلك او موازنة او عددا فلا يجوز فلمشترى منه ان يبيعه حتى يكيله او يزنه او يعده لان النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري لانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب ذراعا لان الزيادة له اذا الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر

منتف فان هلاك العقار نادر والنادر لا عبرة به ولا مبنى الفقه باعتباره فلا يمنع الجواز وهذا لانه لا يتصور هلاكه الا اذا اصاره بحرا ونحوه حتى قال بعض المشايخ ان جواب ابي حنيفة في موضع لا تخشى عليه ان يصير بحرا او يغلب عليه الرمال فاما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز كما في المنقول ذكره الجصاص وفي الاختيار حتى لو كان على شط البحر او كان المبيع علوا لا يجوز بيعه قبل القبض والحديث الذي استدل به معلول بما ذكرنا من العلة والدليل عليه ان التصرف الذي لا يتمنع بالغرر نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزوج عليه وبه ظهر فساد قولهم ان تأكد الملك بتأكد السبب وذلك بالقبض بدليل العتق في استدعاء الملك التام فوق البيع ويجوز في المبيع قبل القبض العتق وانما كان التزوج لا يجوز للغرر لانه لو لم يلزم المهر المسمى لزم الجهالة قيمته ولم يمنع النكاح واورد انه تعليل في مقابلة النص فانه تخصيص محوج فيودي الى تقديم القياس والمعنى على النص وهو منهج الجواب انه حض منه اشياء منها جواز التصرف في الثمن قبل قبضه وكذا المبيع يجوز لها بيعه وهبته وكذا الزوج في بدل الخلع وكذا رب الدين في الدين اذا كان غير نقد وعلى قول بعضهم جاز وكذا اخذ الشفيع قبل قبض المشتري ولا شك ان تملك شراء قبل القبض فلو كان العقار قبل القبض لاحتمال التملك بهلاك لم يثبت للشفيع حق الاخذ قبل القبض وهذا يخرج الى الاستدلال بدلالة الاجماع على جواز بيع العقار قبل القبض والالحاق بالاجارة ففي منع الاجارة قبل القبض منع فانه قيل انه على هذا الخلاف والصحيح كما قال في الفوائد الظهيرية ان الاجارة قبل القبض لا تجوز بلا خلاف لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها قبل القبض وفي الكافي وعليه الفتوى واذا عرف من الجواب ان التصرف في الثمن قبل القبض يجوز ففي المبيع لا يجوز كان تتميمه بان ذكر ما يمنع البيع عن الثمن وان كان قد سلف فالدراهم والدنانير اثمان ابدا وذوات القيم مبيعة ابدا والمثليات من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة اذا تولت بالنقد مبيعة او بالاعيان وهي معينة ثمن وغير معينة فمبيعة لكن قال اشريت كر من الحنطة بهذا العبد فلا يصح الا بشرائط السلم وقيد المثليات اذا لم تكن معينة وتولت بغير الثمن مطلقا ولو داخل عليها البائع اذا عرف هذا فالاثمان يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدالا في غير المجلس والسلم واختلف في القرض والاصح جوازه والمبيعات تقدم حالها عند ذكرنا الالحاق ولو باع عبدا وسلمه ثم اقال فمبيعه من المشتري قبل القبض يجوز ومن الاجنبي لا يجوز وللشافعي قولان الاصل ان البيع متى انفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه في حق كافة الناس فمبيعه قبل القبض جائز من كل احد وما هو فسخ في حق العاقدين بيع في حق ثالث يجوز من المشتري لا الاجنبي قوله ومن اشترى كيلا كمائة او موزونا موازنة اي اشتراه على كذا كيلا او وزنا فاكتاله او وزنه فتسلمه باعه مكايلة او موازنة لان في الكيل او الموازنة في الموزون لم يجز للمشتري منه بيعه حتى يقبضه الكيل والوزن لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وروي من حديث جابر بلفظ الصاعان عرفا اسنده عنه ابن جبة واسحق بن ابي شيبة فاصل محمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى ولفظه من حديث ابي هريرة زاد فيه فيكون لصاحب الزيادة وعليه النقصان رواه البزار ثنا محمد بن عبد الرحمن ثنا سلم الجرمي ثنا مخلد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن ابي هريرة وقال لا نعلمه يروى عن ابي هريرة الا من هذا الوجه ولهذا طريقان آخران عن انس وابن عباس ضعيفان وقال عبد الرزاق انبا معمر عن يحيى بن ابي كثير ان عثمان بن عفان وحكيم بن حزام كانا يبيعان التمر ويحملانه في غرائرهم فجاءهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ربيعا حتى يكيلا لمن ابتاعه فهذا الحديث حجة لكثرة تعدد طرقه وقبول الائمة اياه فانه قد قال بقولنا هذا مالك والشافعي واحمد وحين علله العقار بجعله من تمام القبض اذ الكيل تمييز حقه عن حق البائع كما يكون انقصا وازيد فيضيع ماله عند البائع او مال البائع عنده فالحق بمنع البيع منع الاكل قبل الكيل والوزن وكل تصرف يبنى على الملك كالهبة والوصية وما شبههما والحقوا بالكيل والموزون وينبغي الحاق العدد

(ق)

ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه لتعيين صاع البائع والمشتري في هو الشرط ولا بكيل بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما والتسليم لا عبرة به وكيل البائع بعد البيع بحضرة المشتري قد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد ويتحقق معنى التسليم ويحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما بينا في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عددا فهو كالمكيل وقيل فيما يروى عنهما لانه ليس عمل الوزن ويروى عن ابي حنيفة رح لانه لا تحمل له الزيادة على الشرط قال التصرف في الثمن قبل القبض جائز كالتصرف في المثمن وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع

الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض اذا اشترى معاودة وبه قال ابو حنيفة في اظهر الروايتين حتى فاسد البيع قبل العد ثانيا لاتحاد الجامع وهو وجوب تعرف المقدار وزوال احتمال اختلاط المالين فان الزيادة فيه للبائع خلافا لما روي عنهما من جواز البيع الثاني قبل العد ولما كان في المذروعات الزيادة عند الحنفية للمشتري لم يلحقوها فلو اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع جاز ان بيعه قبل الذرع لانه لو زاد او كان المشتري هو النقص كان له الخيار فاذا باعه بلا ذرع كان مستطا خياره على تقدير النقص وذلك ولما كان النهي عن بيع الطعام مقصورا على ما اذا كان المكيل او الموزون مبيعا فلو كان ثمنا بان اشترى بهذا البر على انه كر فقبضه جاز تصرفه فيه قبل الكيل والوزن لانه تصرف في الثمن قبل قبضه جائز فلو ان يجوز التصرف فيه قبل ما هو من تمام قبضه ثم لا يخفى ان ظاهر النص منع بيع الطعام الا مكايلة ويقتضي منع بيعه مجازفة ولا نعلم خلافا في ان ظاهره متروك وانه محمول على اذا وقع البيع مكايلة اما اذا اشتراه مجازفة في بيع صبرة فله ان يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لان كل المشار اليه له فلا تصور اختلاط الملكين وقول المصنف فيه لان الزيادة له قيل سماه الزيادة على ما كان ينبغي فان اتباع صبرة على ظن انها عشرة فظهرت خمسة عشر وتكلف غيره وكذا ما يفيد ظاهره من التزام جريان الصاعين محمول على ما اذا اشترط البائع مكايلة وباعه كذلك اما اذا اشتراه مجازفة فانما يحتاج اذا باعه مكايلة الى كيل واحد للمشتري وقول الراوي حتى يجري فيه صاعان صاع البائع سماه لنفسه فهو محمول على ما اذا كان البائع اشتراه مكايلة اما لو كان ملكه بالارث او الزراعة او اشتراه مجازفة او استقرض حنطة على انها كر فباعها صاعا صاعا فالحاجة الى صاع واحد وهو صاع هذا المشتري وان كان الاستقراض تمليكا بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية حكما لان ما يرده عين المقبوض حكما ولهذا لم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان تمليكا بلا عوض حكما ولو اشتراه مكايلة ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه وفي نوادر ابن سماعة يجوز واذا عرف ان سبب النهي امر يرجع الى المبيع كان البيع فاسدا ونص على الفساد في الجامع الصغير ونص على انه لو اكله قد قبضه بالكيل لا يقال انه اكل حراما لانه اكل ملك نفسه الا انهم تركه ما امر به من الكيل وكان هذا الكلام اصلا في سائر البيعات بيعا فاسدا اذا قبضها فملكها ثم اكلها وتقدم انه لا يحل اكل ما اشتراه شراء فاسدا وهذا يبين ليس كل ما لا يحل اكله اذا اكله ان يقال فيه اكل حراما قوله ولا متبر كيل البائع قبل البيع من المشتري الثاني وان كان كاله بحضرة المشتري عن شرائه هو لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط بالنص ولا كيله بعد البيع الثاني بغيبة المشتري وفيه وكيلا في القبض لان التسليم الى النائب لا يتحقق وهذا الكيل الما مور بتسليم المقدار الواجب وان كان الوزن بعد القبض بحضرة المشتري مرة فيه اختلاف المشايخ قال عامتهم كفاه ذلك حتى يحل للمشتري التصرف فيه قبل كيله ووزنه اذا قبضه وعند البعض لا بد من الكيل والوزن مرتين اتباعا لظاهر الحديث والصحيح قول العامة لان الغرض من الكيل والوزن صيرورة المبيع معلوما وقد حصل بذلك الكيل والتصل به القبض ومحمل ظاهر الحديث اذا وجد عقدان شرط الكيل ان يشتري المسلم اليه من رجل كرا الى اجل ثم اسلم وامر رب السلم القابض اقتضاء عن سلمه فان في ذلك يشترط صاعان صاع المسلم اليه وصاع لرب السلم فيكيله المسلم اليه ثم يكيله لنفسه بخلاف كيله بغيبته لانتفاء التسليم من غائب فيثبت احتمال الاختلاط فلا يجوز ويصح بغيبته ما في الجامع في بيع قفيز من صبرة اذا كال البائع قفيزا منها بغير حضرة المشتري فهلك ان البيع قائم في قفيز هالك وفي الباقي بالحصة وفي الاحرازمن هنا نشأ زفر وهو الوكيل طعاما بحضرة رجل ثم اشتراه الرجل من المجلس ثم باعه مكايلة قبل ان يكتاله بعد شرائه لا يجوز بالبيع سواء اكتاله للمشتري منه اولا لانه لما لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضا فيه بعد فلا يجوز قوله والتصرف في الثمن قبل القبض جائز بالبيع والاجارة والهبة سواء كان مما يتعين او لا يتعين عندنا سوى بدل الصرف والسلم لان الملك مطلق وكان القياس ذلك ايضا في البيع الا انه ترك بالنص فبقي الانفساخ

قال ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع ويجوز أن يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي رح لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار الابتداء والصلة لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لأنه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق بأصل العقد وكذلك الحط لأن كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن إخراجه فصار برا مبتدأ ولنا أنهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه رابحا أو خاسرا أو عدلا ولهما ولاية الرفع فأولى أن تكون لهما ولاية التغيير وصار كما إذا أسقطا الخيار أو شرطاه بعد العقد ثم إذا صح يلتحق بأصل العقد لأن وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لأنه تبديل لأصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط وإنما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من إبطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استنادا

وليس في الثمن ذلك لأنه إذا هلك الثمن المعين لا ينفسخ البيع فلزمه قيمته وسائر الديون كالثمن لعدم الغرر بعد الانفساخ بالهلاك كالمهر والأجرة وضمان المتلفات وغيرها واستثنى رأس مال السلم لأن للمقبوض حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز وكذا في الصرف وأيده السمع وهو ما في السنن الأربعة عن سماك عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير فآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو يريد أن يدخل حجرته فأخذت بثوبه فسألته فقال إذا أخذت واحدا منهما بالآخر فلا يفارقك وبينك وبينه بيع فإن هذا بيع الثمن الذي في الذمة قبل قبضه بالنقد المخالف له وقد صححه الحاكم والدارقطني وقول الترمذي لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث سماك لا يضره وإن كان شعبة قال حدثني قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني داود بن أبي هند عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني فلان أراه أيوب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه ورفعه سماك وأنا أهابه لأن المختار في تعارض الرفع والوقف تقديم الرفع لأنه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة ولأن الظاهر من حال ابن عمر وشدة اتباعه للآثار أنه لم يقبض أحد النقدين عن الآخر مستمرا من غير أن يكون عرفه عن النبي صلى الله عليه وسلم وأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يفارقه وبينهما بيع معناه دين من ذلك البيع لأنه صرف فيمتنع النسيئة فيه وأما الميراث فالتصرف فيه جائز قبل القبض لأن الوارث يخلف المورث في الملك وكان للميت ذلك التصرف فكذا الوارث وكذا الموصى له لأن الوصية أخت الميراث **قوله** ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع ويجوز أن يحط عن الثمن وسنذكر شرط كل منهما ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك من المزيد عليه والزيادة حتى كان للبائع حبس المبيع إلى أن يستوفي الزيادة إذا كان الثمن حالا وليس للمشتري أن يمنع الزيادة ولا مطالبة البائع بتسليم المبيع قبل إعطائها ولو سلمها ثم استحق المبيع رجع بها مع أصل الثمن وفي صورة الحط للمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع إذا سلم الباقي بعد الحط وعند زفر والشافعي رح لا يصحان أي الزيادة والحط على اعتبار الالتحاق بل تصح الزيادة برا مبتدأ من البائع والمشتري والحط إبراء من بعض الثمن حتى لو رده يرتد وجه قولهما أن المبيع دخل في ملك المشتري بالعقد الأول فلو التحق بالعقد صار ملكه وهو ما زاده بدلا عن ملكه وهو المبيع وكذا الثمن دخل في ملك البائع فلو جازت الزيادة في المبيع كان المزيد عوضا عن ملكه أعني الثمن قلنا إنما يلزم ما ذكرتم لو التحقا بالعقد مع عدم تغييره ولكنا إنما قلنا إنهما بالزيادة والحط غيرا العقد عن جهة الأول وهو كونه بذلك المقدار إلى كونه بهذا المقدار وابتداء الشرع أثبت لهما ولاية تحويل العقد من صفة إلى صفة ومن وجوده بعد تحققه في الوجود إلى إعدامه بلا سبب سوى اختيارهما أما الأول فتحويله من عدم اللزوم إلى اللزوم بإسقاط الخيار وعكسه بإلحاق الخيار وكذا من كونه حالا إلى مؤجل بإلحاق الأجل كما سنذكر في تأجيل الثمن الحال عندنا وأما الثاني فبالإقالة وهي تعيده إلى قديم الملك فأولى أن يثبت لهما تغييره من وصف كونه رابحا إلى خاسر أو خاسرا إلى رابح أو إلى كونه عدلا وثبت صحة الحط شرعا في المهر بقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة فتبين أنهما إذا تراضيا بعد تقرر المهر على حط بعضه أو زيادته جاز وإذا ثبت تصحيح ذلك لزم الالتحاق بأصل العقد ضرورة إذ تغييره يوجب كونه عقدا بهذا القدر فبالضرورة يلتحق ذلك به إذ وصف الشيء يقوم به بخلاف ما إذا حط الكل لأنه تبديل لأصله إذ يصير البدل الآخر هبة فيخرج عن كونه عقد معاوضة إلى عقد تبرع فلا يلتحق به وإذا ثبت الالتحاق انتفى قولهم الزيادة عوض عن ملكه إلى آخر ما ذكرنا ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة فتجوز المرابحة على الكل من الأصل والزائد ويجب أن يرابح على المبيع الأول وما زاده البائع جميعا لا الأول فقط وكذا التولية ويباشر العقد في المرابحة والتولية على الباقي بعد الحط وكذا في الشفعة حتى يأخذها الشفيع بالباقي فقط وإن قيل لو التحقا لزم أن يأخذها الشفيع في صورة الزيادة بالمجموع من الأصل والزائد وهو منتف بل لا يأخذ إلا بدون الزيادة أو يقال فلم فرقتم بين الحط والزيادة بالنسبة إلى الشفيع أجاب بقوله وإنما كان للشفيع أن يأخذها في صورة الزيادة بدون الزيادة لما في الزيادة

قال ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلا معلوما صار مؤجلا لأن الأجل حقه فلان يؤخره تيسيرا على من عليه لأنه استعلاء إبراء مطلقا فلذا لو أجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة تفاحش كنحو البيع لا يجوز لأنه منازعة كالحصاد والدياس وإن كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لأنه بمنزلة الكيالة وقد ذكرنا ومن قبل قال لآخر بعني هذا العبد بألف درهم إلى سنة فباعه كذلك صار مؤجلا ذكرنا الأصل في القرض فإن تأجيله لا يصح لأنه إعارة وصلة في الابتداء وصح حتى يتقيد بالمدة الإعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوكيل والعبد وصار واجبا في الانتهاء فصح اعتبارا بالابتداء لأنه يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة إذ لا جبر فيها ويجب اعتبار الانتهاء بالابتداء احترازا عن الهبة بشرط العوض وهو ربوا وهذا بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلانا إلى سنة حيث يلزم الورثة من تلك الغلة أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل الأجل لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصى

من إبطال حقه الثابت قبلها فإن بمجرد العقد الأول تعلق حقه بأخذها بما وقع عليه التراضي الأول وعقد به والزيادة بعد ذلك في الثمن تصرف حادث منها يبطل حقه ولا ينفذ تصرفها ذلك عليه ثم شرع يذكر شرط الزيادة والحط فقال ثم الزيادة الخ يعني ان شرطها قيام المبيع في ظاهر الرواية فلو هلك حقيقة بأن مات العبد والدابة أو حكما بأن اعتقد أو دبره أو كاتبه أو استولدها أو باع أو وهب وسلم أو أجر أو رهن ثم باعه من المشتري والرهن أو طبخ اللحم أو خبز الخطا أو نسج الغزل أو تخمر العصير أو اسلم مشتري الخمر ذميا لا تصح الزيادة لفوات محل العقد إذ العقد لم يرد على المطعوم والمنسوج ولهذا يصير الغاصب أحق بها إذا فعل في المغصوب ذلك وكذا الزيادة في المهر شرط بقاء الزوجية فلو زاد بعد موتها لا يصح بخلاف الزوج الشاة المبيعة ثم زاد حيث تثبت الزيادة وكذا إذا أجر أو رهن أو خاط الثوب أو اتخذ الحديد سيفا أو قطع يد المبيع فأخذ المشتري أرشه تثبت الزيادة في كل هذا وإنما لم تثبت فيما ذكرنا من صور الهلاك لأنه لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والالتحاق وإن كان يقع مستندا فالمستند لا يدان يثبت أولا في الحال ثم يستند وثبوته يتنافى لانتفاء المحل فتعذر استناده فلا يثبت كالبيع الموقوف لا يفيد بالإجازة إذا كان المبيع هلك وقولنا وقوله على ظاهر الرواية احتراز عما روي الحسن في غير رواية الأصول عن أبي حنيفة ان الزيادة تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعد هلاكه وفي الحط وكذا إذا كانت الزيادة من الأجنبي وضمنها لا لتزامها عوضا وهذا الالتزام صحيح منه وان لم يملك شيأ بمقابلته كما لو خالع امرأته مع أجنبي أو صالح مع الأجنبي من الدين على مال وضمنه صح وان لم يملك الأجنبي شيأ بمقابلته هذا في زيادة الثمن فأما الزيادة في المبيع ففي جميع التفاريق تجوز الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع وكذا ذكر في المنتقى ويكون لها حصتها من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقطت حصتها من الثمن بخلاف الحط فانه يصح بعد هلاك المبيع للان المبيع بعد الهلاك بحيث يمكن حط البدل أي الثمن عما يقابله وحاصلها انزاح القدر المحطوط عن ان يكون ثمنا فانما يشترط فيه قيام الثمن دون المبيع والثمن باق فيثبت الحط مستندا بأصل العقد الا ترى انه يصح الحط بسبب العيب بعد الهلاك فانه يرجع بالنقصان وبه يكون الثمن ما سوى ما رجع به فاسقط عوض المعدوم يصح والاعتياض عنه لا يصح قوله ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلا معلوما صار مؤجلا وهو قول مالك خلافا للشافعي وكذا قوله في كل دين حال لا يصير مؤجلا بالتأجيل هو قول زفر لأنه بعد ان كان حالا ليس لأحد بالتأخير قلنا الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه وهذا لا يستلزم الدعوى وهو لزوم الأجل بالتأجيل فانه يقول لا شك ان له ان يؤخر لكن الكلام في انه يلزم التأخير شرعا إذا أخر وقوله الآتي إلى آخره يستدل به مستقلا في المطلوب وهو ان الشرع أثبت عند اسقاط السقوط والتأجيل لتزام الاسقاط الى وقت معين فيثبت شرعا السقوط الى ذلك الوقت كما ثبت شرعا سقوط مطلقا باسقاطه مطلقا ولو أجله الى أجل مجهول ان كانت الجهالة تفاحش كنحو البيع ومجيء المطر لا يجوز ولا يجوز التأجيل به ابتداء وان كانت يسيرة كالحصاد والدياس يجوز ويلزم كما إذا أكفل اليها وقد ذكرناه من قبل يعني في أبواب البيع الفاسد لان الأجل المجهول لم يشترط في عقد البيع ليفسده بل فيما هو دين وكل دين إذا أجله صاحبه صار مؤجلا ما ذكرنا إلا القرض فان تأجيله لا يصح ولو شرط الأجل في ابتداء القرض بطل الأجل وعند مالك يصح أيضا لان القرض صار في ذمته كسائر الديون ولو مات المقترض حل وورثته صح قاضي خان بأنه لا يصح كما لو أجل المقرض قوله صاحب المبسوط ينبغي ان يصح على قول البعض لا يعارض ولا يفيد ما يعتمد عليه ولا فرق بين ان يؤجل بعد استهلاك القرض أو قبله هو الصحيح وليس بتأجيل القرض تأجيل بدل الدراهم والدنانير المستهلكة إذ بعد استهلاكها لا يصير قرضا والحيلة في لزوم تأجيل القرض ان يحيل المستقرض المقرض على رجل بمثل القرض ذلك الرجل الحال عليه فيلزم ح وجه المسئلتان القرض صلة وإعارة في الابتداء حتى صح القرض بلفظ

باب الربوا

قال الربوا حرم في كل مكيل أو موزون اذا بيع بجنسه متفاضلا لما العلة عندنا الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال وقال الشافعي رحمه الله القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بواو بين الرقم مثلا بمثل والذهب بالذهب مثلا بمثل الا ان يختلفا فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد

الوقف بهذه الاعذار بدل وتمسكنى نحوه ولهذا لا يملك سن لا يملك الصلوة والتبرعات كالوصى والعبد المكاتب وسماوضته فى الانتهاء لانه اعطاه ليأخذ بدله بعد ذلك فاخذ شبه فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل كما لا يلزم تأجيل الاعارة فانه لو اعارت المتاع الى شهر كان له ان يسترده فى الحال واذا تأجيل له فى التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح ايضا لانه تصير هذه المعاوضة بيع دراهم بمثلها نسيئة وهو ربا ولانه لو لزم كان التبرع لازما على المتبرع شيئا كالكفالة عن المطالبة فيما نحن فيه وهو بناء على موضع التبرعات قال تع ما على المحسنين من سبيل نفى السبيل عنهم على وجه نصوصية الاستيفاء فلو لزم تحقق سبيل عليه ثم للشئ المردود حكم العين كانه رد العين ولهذا الاعتبار كان تمليك دراهم بدراهم بلا قبض فى المجلس ملزما اعتبارا شرعا كالعين واذا جعلت كالعين فى التأجيل فى الاعيان لا يصح بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الفا لفلان الى سنة حيث يلزم ذلك من ثلثه لانه وصية بالتبرع فيلزم كما يلزم الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنة مع انه لو اعاره عبده ودواره سنة كان له ان يسترده فى الحال وهذا لان باب الوصية اوسع من سائر التصرفات الا ترى انه لو اوصى بثمرة بستانه جاز وان كانت الثمرة معدومة فى الحال رعاية لحق الموصى ونظرا له فضلا من الله ورحمة وللرحمة عليه اجازها الشرع وكان القياس ان لا يصح لانها تمليك مضاف الى حال زوال ملكيته والله اعلم

باب الربوا هو من البيوع المنهية قطعا بقوله تع يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا الربوا الاية وفيه مناسبة بالمرابحة ان فى كل منهما زيادة الا ان تلك حلال وهذه منهية والحل هو الاصل فى الاشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه والربوا بكسر الراء وفتحها خطأ قوله الربوا فى كل مكيل او موزون بيع بجنسه فى عدة من النسخ الربوا محرم فى كل مكيل الى آخره وفى كثير منها زيادة تفاضلا للربوا يقال لنفسه الزائد ومنه ظاهر قوله تع لا تأكلوا الربوا اى الزائد فى العوض والسلف على المدفوع والزيادة فى بيع الاموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه وسنذكر تفصيلها ويقال لنفس الزيادة اعنى بالمعنى المصدرى ومنه واحل الله البيع وحرم الربوا اى حرم ان يزاد فى العوض والسلف على القدر المدفوع وان يزاد فى بيع تلك الاموال بجنسها قدر اليس بشئ فى الآخرة بيع فصل والحكم يتعلق به ولا شك ان فى قوله الربوا فى كل مكيل الخ بغير لفظ محرم لا يزاد كل منهما لانه كذب على اسقاط لفظ متفاضلا ولا فائدة فيه بتقدير اثباتها فكان المراد حكم الربوا وهو الحرمة واما استعمال الربوا فى الحرمة فيكون لفظ الربوا مجازا او على حذف واراد ته فيكون من مجاز الحذف والمراد به الزيادة مبتدأ والمجرور خبره اى حرمة الزيادة ثابتة فى كل مكيل ثم قوله فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس مرتب بالفاء كما عرف ان الحكم المرتب على مشتق يوجب كون مبدأ الاشتقاق علته والمرتب الحكم على المكيل والموزون مع الجنس تفرع عليه ان العلة الكيل مع الجنس وقد يقال بدل الكيل والوزن القدر وهو اشمل واخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح اذ يشمل الذرع والعدد وليس من اموال الربوا اى علة تحريم الزيادة كونه مكيلا او موزونا مع اتحاد البدلين فى الجنس فهى علة مركبة والاصل فيه الحديث المشهور واخرج الستة الا البخارى عن عبادة بن الصامت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلف هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد واخرج مسلم من حديث ابى سعيد الخدرى قال قال عليه الصلوة والسلام مثلا سواء ونادا بعد قوله يدا بيد فمن زاد او استزاد فقد اربى واخرج مسلم ايضا عن ابى سعيد مثلا ونادا بعد قوله فقد اربى فلما اختلفت الوانه وليس فيه ذكر الذهب والفضة والتقدير فى هذه الروايات كلها بيعوا مثلا بمثل ونادا بغير مثل بالرفع فى رواية محمد بن الحسن نا ابو حنيفة عن حلية العوفى عن ابى سعيد الخدرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

والحكم معلول باجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرنا وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عندنا لانه نص على شرطين التفاضل في المائلة وكل ذلك لشبهة الحرمة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب ظهار الخطر والحرمة وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا انه اوجب الماثلة شرطا في البيع وهو المقصود لتحقيق معنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس عن التوى او تتميما للفائدة باتصال التسليم ببدله يلزم عند فوته حرمة الربا

انه قال الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد والفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا وهكذا قال الى آخر الستة وكذا روى محمد في كتاب الصرف باسناده الى عبادة بن الصامت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد هكذا الى آخر الاشياء الستة وذكر التمر بعد الملح آخرا وفي رواية ابي داود عن عبادة بن الصامت الذهب بالذهب تبرها وعينها والفضة بالفضة تبرها وعينها الى ان قال فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يدا بيد وما نسيئة فلا ولا باس ببيع البر بالشعير والشعير اكثرهما يدا بيد واما النسيئة فلا انتهى ومعلوم ان الكلام في بيع الذهب بالفضة والبر بالشعير لا يقتصر على زيادة الفضة والشعير بل لو كان الزائد الذهب والبر جاز ولكن ذلك محمول على ما هو المتعارف تفضيل الذهب على الفضة والبر على الشعير قوله والحكم يعني حرمة الربوا وجوب التسوية معلول باجماع القائسين اي القائلين بوجوب القياس عند شرطه بخلاف الظاهرية وكذا عثمان البتي فان عندهم حكم الربوا مقتصر على الاشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها اما الظاهرية فلانهم ينفون القياس والاستحسان واما البتي فلانه يشترط في القياس ان يكون الاصل معلولا ولم نظهر له بها ولانه يبطل العدد ولا يجوز كما في قوله خمس من الفواسق فلنا تعليق الحكم بالمشتق كالطعام في قوله لا تبيعوا الصاع بالصاعين كما سياتي عند الشافعي دليل وسنقيم عليه الدليل واما ابطال العدد فهو بناء على اعتبار مفهوم المخالفة وهو ممنوع ولو سلم فالقياس مقدم عليه باتفاق القائلين به والابطال الممنوع هو الابطال بالنقض لا بالزيادة بالعلة فلا وتخصيص هذه الستة بالذكر لان عامة المعاملات الكائنة بين المسلمين كان فيها ومن نقل عنه قصر حكم الربوا على الستة ابن عقيل من الحنابلة وهو ايضا ماثور عن قتادة وطاؤس قيل فالخرم قوله باجماع القائسين قوله لكن العلة عندنا ما ذكرناه يعني القدر والجنس عندنا خلافا لهم لان النساء وابن عباس رضي الله عنهما انما حرما النساء لكونه بيعا كما سياتي وعند الشافعية الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص من الحرمة وهي اعني الحرمة الاصل وعند مالك العلة الاقتيات والادخار وكل ما يقتات او يدخر فهو ربوي وما لا فلا لانه عم خص البر وما ذكر معه بقيد لكل معنى ظاهر فيه فخص البر على مقتات تعم الحاجة اليه وتقوم الابدان به والشعير بشاركه فيه مع كونه علفا وقوتا لبعض الناس عند الاضطرار يلحق به الذرة ونحوها ونبه بالتمر على كل حلاوة تدخر غالبا كالسكر والزبيب بالملح على كل ما اصلح المقتات من المأكولات فهو في حكمها يلحق الابازير وما في سنامها والذهب والفضة علتان لعلة قاصرة عندهم وهي كونها قيما الاشياء واصول الاثمان وقال الشافعي رحمه الله في القديم العلة الطعم مع الكيل او الوزن وفي الجديد هي الطعم فقط في الاربعة والثمنية في النقدين وسنتكلم على هذا كله ان شاء الله تعالى والفلوس الرائجة وجه الصحيح انها لا ربوا فيه لانتفاء الثمنية الغالبة وهو قول احمد في رواية والجنسية شرط على العلة وعن هذا يحصل بجعلها عينها والتعادل الفلوس الرائجة وجه الصحيح انها لا ربوا فيه لانتفاء الثمنية الغالبة وهو قول احمد في رواية والجنسية شرط على العلة وعن هذا يحصل الجنس بانفراده يحرم شيأ وعلى الجديد يحرم الربوا في الدار وجه قوله صلى الله عليه وسلم الطعام بالطعام مثلا بمثل رواه مسلم والطعام مشتق من الطعم وكان مبدأ الاشتقاق علته وروى لا تبيعوا الطعام الخ فافاد ان الحرمة اصل والمساواة مخلص منها اذ لو اقتصر على لا تبيعوا الم يجز بيع احدهما بالآخر مطلقا فالم تثبت المساوات كانت الحرمة ثابتة لانها هي الاصل فاستفيد بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين والبيضة بالبيضتين والتعليل بالقدر يقتضي تخصيص هذا النص او تجويز الحفنة بالحفنتين وهذا الطريق يفيد انها علة منصوصة فلو اخذنا في استنباط علته او انا الى هذه العلة ايضا ووجهه ان نص على شرعي التقابض والتماثل وهذا الاشتراط يشعر بالغرر والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فوجب تعليله بعلة توجب الغرر والخطر في الطعم ذلك لتعلق بقاء النفوس به والثمنية التي بها يتوصل الى تحصيل الاعواض التي بها حصول المقاصد الاصلية من بقاء النفس وغيرها من حصول الشهوات والاثر للجنسية والقدر في ذلك اي

والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان في اعتباره سد باب البياعات او لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي رحمه الله العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية

في اظهار العزة والخطر فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط كالرجم مع الاحصان ولنا انه اي النص المشهور اوجب التماثل شرطا للبيع وايجاب المماثلة هو المقصود لسوق الحديث اذ لابد فيه من اضمار لفظ بيعوا حيث انتصب مثلا اي بيعوا هذه الاشياء مثلا بمثل وبهذا تبين ان الاباحة في بيع الاموال الربوية بعضها ببعض هي الاصل وقوله لا تبيعوا الطعام الحديث انما ينصرف النهي الى ما بعد الا نحو ما جاء زيد الا راكبا وحاصله الامر بالتسوية عند بيعها ولا شك ان في ايجاب المماثلة تحقيقا لمعنى البيع المبني عن التقابل اذ كان عقد معاوضة فاستدعى شيئين كما ان المماثلة تستدعي شيئين وكذا التحقيق معناه بالتماثل فان كلا منهما مساو للآخر في كونه مستدعي العقد فسوى بينهما في المماثلة عند اتحاد الجنس في القدر لتتميم معنى البيع له واوجب المماثلة صيانة لاموال الناس عن التوى فانه اذا قوبل بجنسه قابل كل جزء منه ما يماثله فكان الفضل في احدهما صار ذلك الفضل ربا على مالكه فلقصد صيانة اموال الناس عن التوى اوجب المماثلة بخلاف ما اذا قوبل المال بغير جنسه فانه لا يتحقق فيه جزء لم يقابل بجزء من الآخر فلا يتحقق التسوي الا عند المقابلة بالجنس مع تحقق الفضل في احد البدلين ثم من تتميم التماثل المساواة في التقابض فان للحال مزية على المؤخر فايجاب التقابض اليه لذلك وبه ظهر قصد المبالغة في الصيانة عن التفاوت حفظا عليهم اموالهم والمماثلة بين الشيئين تمامها باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات اي الصورة والجنسية يسوي المعنى فيظهر بذلك الفضل فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه اي في العقد وعلمت ان الخلو في المعاوضة لا يتحقق الا عند المقابلة بالجنس فلزم ما قلنا من الكيل او الوزن مع الجنس ولم يعتبر في اثبات المماثلة عدم تفاوت الوصف اما لانه لا يعد تفاوتا عرفا وفيه نظر او لان في اعتباره سد باب البياعات وهو الوجه لانه قل ما يخلو عوضان من جنس عن تفاوت ما فلم يعتبر وقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء ان صح بعينه والا فهو مفاد من حديث بيع التمر بالجنيب والاجماع عليه وعلى اهداره ما ذكرنا وعند تامل هذا الكلام يتبادر ان المتناظرين لم يتواردا على محل واحد فان الشافعي وكذا مالكا يعنيان بالعلة المعنى الباعث على شرع الحكم وهؤلاء يعنون العلة بمعنى المعرف للحكم فان الكيل يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعدمها فيعرف الحرمة فالوجه ان يتحد المحل وذلك بجعلها الطعم والاقتيات الى آخر ما ذكره وعندهم وعندنا هي قصد صيانة اموال الناس وحفظها عليهم وظهور هذا القصد من ايجاب المماثلة في المقدار والتقابض اظهر من ان يخفى على من له ادنى لب فضلا عن فقيه اما الطعم فربما يكون التعليل به قريبا من الوضع لان الطعم مما تشتد الحاجة اليه اشتدادا والسبيل في مثل ذلك الاطلاق بابلغ الوجوه دون التضييق فان سنة الله جرت في حق جنس الانسان انه كلما كانت الحاجة اليه اكثر كان اطلاق الشرع فيه اوسع كالماء والكلأ والدواب فان قال تعليق الحكم على المشتق يدل على علية ذلك بشرط كونه صالحا مناسبا للحكم على ما نمنع ان الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الاعيان الخاصة وهو البر والشعير لا يعرف المخاطبون بهذا الخطاب غيره بل التمر وهو غالب ما كولهم لا يسمونه طعاما ولا يفهمونه من لفظ الطعام ألا ترى ان مالكا فيما قدمنا اجاز التصرف في كل مبيع قبل القبض سوى الطعام قال لانه صلى الله عليه وسلم خصه بالذكر ولم يرد كل ما يوكل او يشرب من البقل والماء والطين الارمني وهو صحيح لولا دليل آخر عممه والحاق الطعم بالبضع فيه نظر لان البضع مصون شرعا عادة وعرفا عن الاستبذال والاباحة وكان الاشتراط من تحقيق غرض الصيانة بخلاف باقي الاموال فان اصلها الاباحة ويوجد كثير منها مباحا حتى الذهب والفضة وانما لزم فيها العقد بعد تعلق حق انسان به ودفعا للمفسدة فوضعها على ضد وضع البضع من الابتذال والامتهان ودفعا للحوائج الاصلية فالحاجة به

قوله

قال واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما وقال الشافعي رح الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربا من وجه نظرا الى القدر او الجنس النقدي اوجبت فضلا في المالية فتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين

غير صحيح الا اسم لما حصروا المعرف في الكيل والوزن اجازوا بيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة فاجازوا بيع التفاحة بالتفاحتين والحفنة من البر بحفنتين لعدم وجود المعيار المعرف للمساواة ولم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف لا بالمثل وهذا في غير الجوز من العددي المتقارب اما فيه فكلام فخر الاسلام ان الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان وكذا التمرة بالتمرة لا في حكم الربا لان الجوزة ليس مثلا للجوزة لعدم دليل المماثلة ولوجود التفاوت الا ان الناس اهدروا التفاوت فقيل في حقهم وهو ضمان العدوان فاما في حق الشرع وهو وجوب التسوية فلا ومن فروع ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة انه لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها فان ابى الا ان ياخذ عينها اخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها وعند الشافعي لما كانت الطعم حرم الحفنة والتفاحة بمثنيتين وقالوا ما دون نصف صاع في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه فعرف انه لو وضعت مكاييل اصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها وهذا اذا لم يبلغ احد البدلين نصف صاع فان بلغ احدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع بحفنة فصاعدا بحفنة وفي جميع التفاريق قيل لا رواية في حفنة بقفيز واللب بالجوز والصحيح ثبوت الربا ولا يسكن الخاطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة اموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين اما اذا كانت مكاييل اصغر منها كما في ديارنا من وضع ربع القدح وثمن القدح المصري فلا شك وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارة وصدقة الفطر باقل منه لا يستلزم اهدار المتفاوت المتيقن بل يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم اهداره ولقد اعجب غاية العجب من كلامهم هذا وروى المعلى عن محمد انه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شيء حرم في الكثير والقليل منه حرام ويتفرع على الخلاف ما لو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس مع التفاضل على ما قررناه للصيانة وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية هذا ولكن يلزم على التعليل بالصيانة ان لا يجوز بيع عبد بعبدين وبعير ببعيرين وجوازه مجمع عليه اذا كان حالا فان قيل الصيانة حكمة فيناط بالمعرف لها وهو الكيل والوزن قلنا انما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها وصون المال ظاهر منضبط فان المماثلة وعدمها محسوس بذلك تعلم الصيانة وعدمها غير ان المذهب يضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن تفاديا عن نقضه بالعبد بعبدين وثوب هروي بهرويين وفي الاسرار ما دون الحبة من الذهب والفضة لا قيمة له قوله واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه وهو القدر حل التفاضل والتساوي كبيع الحنطة بالدراهم او الثياب والهروي بهرويين الى اجل والجوز بالبيض الى اجل لعدم العلة المحرمة وعدم العلة وان كان لا يوجب عدم الحكم لكن اذا اتحدت العلة لزم من عدمها العدم لا بمعنى انها تؤثر العدم بل لا يثبت الوجود لعدم العلة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو الحرمة فيما نحن فيه على عدم الاصلي واذا عدم السبب الحرمة والاصل في البيع مطلقا الاباحة الا ما اخرجه دليل من اصنافه كان الثابت الحل واذا وجدا اي الجنس والمعنى المضموم اليه وهو القدر حرم التفاضل والنساء كالشعير بالشعير لا يجوز الا مع التساوي والتقابض لوجود العلة المعرفة للحكم على ما بينا واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم ثوبا هرويا في ثوب هروي في صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم اليه من الكيل والوزن لا يجوز وكذا اذا باع عبدا بعبد الى اجل لوجود الجنسية ولو باع العبد بعبدين او الهروي بهرويين حاضرا جاز او حنطة في شعير في صورة اختلاف الجنس مع اتحاد المضموم وهو المستوي وكذا حديد في رصاص ومقتضاه ان لا يجوز فلو مر في حين ونحوه في زماننا لانها وزنية فحرمة ربا الفضل

وبباع بالنقود موازنة وقبضها هو القبض فيما قبل الوزن وفي الزعفران ونحوه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى لم يجمعهما العقد من كل وجه فتزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة

بالوصفين جميعا وحرمة النساء واحدهما والنساء بالمدليس غير وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم شيأ لانه لا دليل عليه والاصل الدليل على نفيه وهو ما عن ابن عمر رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فامر في ان اشترى بعيرا ببعيرين الى اجل فاكون سلما وعن ابن عمر انه باع بعيرا بربذة الى اهل وعن علي رضي الله عنه باع بعيرا يقال له عصفور ببعيرين يعيرا الى اجل والمعنى ان التفاوت في احد البدلين يظهر التفاوت فيه حكما والتفاوت حقيقة اكثر تاثيرا منه حكما فاذا كان التفاوت حقيقة في هذه الاموال بان باع الواحد بالاثنين لا يوثر في منع الجواز بالاتفاق حتى جاز هذا البيع اذا كان حالا واتفاقا فالتفاوت حكما اولى وهذا معنى قول المصنف بالنقدية الى آخره ولنا انه مال الربوا نظرا الى القدر او الجنس وعرف الى النقدية اوجبت فضلا في المالية حتى تعود البيع بالحال بالنقص عنه بالمؤجل فيتحقق بوجوده شبهة علة الربوا فتثبت شبهة الربوا وشبهة الربوا مانعة كحقيقة الربوا بالاجماع على منع بيع الاموال الربوية مجازفة وان ظن التساوي وتماثلت الصبرتان في الربوية وليس فيه الا شبهة ثبوت الفضل بل قالوا الوتبايعا مجازفة ثم كيل بعد ذلك فظهر تساويهما لم يجز عندنا ايضا خلافا لزفر لان العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الربوا والربوية وكذا الاتفاق على ان لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة يفيد ما ذكرنا والتحقيق ان المعول في ذلك ما تقدم من حديث عبادة بن الصامت ما اخرجه الستة الا البخاري من قوله في آخر الحديث فاذا اختلفت هذه الاوصاف فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فالزم التقابض عند الاختلاف وهو تحريم النسيئة وكذا ما تقدم من رواية ابي داود من قوله صلى الله عليه وسلم ولا باس ببيع البر بالشعير والشعير اكثرهما يدا بيد واما النسيئة فلا واخرج ابو داود ايضا قال حدثنا موسى بن اسماعيل ثنا حماد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة فتمام دليلنا على ان وجود احد جزئي علة الربوا علة لتحريم النساء ثم علمنا بان فيه شبهة الربوا اعني الفضل وانما قلنا هذا لان مقتضى ما ذكرنا من ان للشبهة حكم الحقيقة ان يحرم باحد الوصفين التفاضل ايضا لان الشبهة اذا ثبتت بشبهة العلة حكم العلة وحكم العلة هو حرمة التفاضل والنساء فثبت فيهما ثم تعدم هذا الحديث على حديث البيعين لانه محرم وذلك بيع ويجمع بينهما بان ذلك كان قبل تحريم الربوا ولما كان مقتضى ما ذكرنا ان لا يجوز اسلام النقود من الدراهم والدنانير في الزعفران وفي سائر الموزونات كالقطن والحديد والنحاس وهو جائز بالاجماع اجاب بالفرق بان الوزن في النقود وتلك الاموال مختلف فانه في النقود بالثاقيل والدراهم بالصنجات وفي الزعفران بالاستاء والميزان وهذا اختلاف في الصورة بينهما واختلاف آخر معنوي وهو ان النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران وغيره يتعين وآخر حكمي وهو انه لو باع النقود بموازنة وقبضها كان له ان يبيعها قبل الوزن وتفسيره لو اشترى دراهم او دنانير بموازنة فوزنها البائع بغيبة المشتري وسلمها فقبضها جاز له ان يتصرف فيها قبل وزنها ثانيا وفي الزعفران ونحوه يشترط اعادة الوزن في مثله فاذا اختلفا اي النقود والزعفران ونحوه فيما يتعلق بالوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما العقد من كل وجه فتزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة وقوله صورة ومعنى وحكما نشر مرتب بعد اللف ولا يخفى ان التعيين بالتعيين وعدمه لا يتعلق بالوزن وليس الاختلاف باعتباره اختلافا في معنى الوزن وكذا الاول بان الزعفران والمسك والزبادي يوزن في الصنجات ايضا وكذا الاخير بل لا فرق بين النقود وغيره في ذلك وقوله وفي الزعفران واشباهه لا يجوز ان اراد انه بعد ما اشتراه بعد ما قبضه ليس له ان يبيعه حتى يعيد الوزن ممنوع بل له ان يبيعه موازنة من آخر ثم يلزم بعد هذا البيع ان يزنه الآخر تسليمه اليه ليصح تصرف الآخر فيه وكذا القول في الدراهم اذا قبضها واما ان يقال ذا باع البعد الوزن حتى كانت تسليما لم يجز له التصرف فيها

قال كل شيء نص رسول الله عليه السلام على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دالة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم

قبل قبضها بخلاف الزعفران لانه مبيع وذلك ثمن ويجوز التصرف في الثمن قبل قبضه بخلاف المبيع وعلى تقدير هذا الاختلاف الحكمي وحده لا يوجب اعتباره غير مشارك له في اصل الوزن واذا ضعف هذا فالوجه في هذا ان يضاف تحريم الجنس بانفراده الى السمع كما ذكرنا ويلحق تاثير الكيل والوزن بانفراده ثم يستثنى اسلام النقود في الموزونات بالاجماع كيلا يسد اكثر ابواب السلم وسائر الموزونات بخلاف النقد لا يجوز ان يسلم في الموزونات وان اختلفت اجناسها كاسلام حديد في قطن او زيت في جبن وغير ذلك الا اذا خرج من ان يكون وزنيا بالصنعة الا في الذهب والفضة ولو اسلم سيفا فيما يوزن جاز الا في الحديد لان السيف خرج من ان يكون موزونا ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس وكذا يجوز بيع اناء من غير النقدين بمثله من جنسه يدا بيد نحاسا كان او حديدا وان كان احدهما اثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فانه يجري فيه ربا الفضل وان كانت لا تباع وزنا لان صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا يتغير بالصنعة فلا يخرج عن الوزن بالعادة واورد انه ينبغي ان يجوز اسلام الحنطة والشعير في الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن اجيب بان امتناعه لامتناع كون النقد مسلما فيه لان المسلم فيه مبيع وهما يتعينان للثمنية وهل يجوز بيعا قيل ان كان بلفظ البيع يجوز بيعا بثمن مؤجل وان كان بلفظ اسلم فقد قيل لا يجوز قال الطحاوي رحمه الله ينبغي ان ينعقد بيعا بثمن مؤجل هذا فاختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص باختلاف المقصود والحنطة والشعير جنسان عندنا وعند الشافعي وقال مالك جنس واحد حتى لا يجوز بيع احدهما بالآخر متفاضلا لان اسم الطعام يقع عليهما قلنا بل جنسان لانهما مختلفان اسما ومعنى وافراد كل من الآخر في قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير يدل على انهما جنسان والا قال الطعام بالطعام وكون اسم الاعم يصح اطلاقه على الاخص لا يوجب ان جميع ما يصدق عليه يكون متماثلا كالحيوان يطلق على امور متباينة بلا شك كالانسان والفرس ولم يلزم من ذلك ان يكون جنسا واحدا بالمعنى الفقهي والثوب الهروي والمروي وهو بسكون الراء جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بها وكذا المروي المنسوج ببغداد وخراسان واللبد الارمني والطالقاني جنسان والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص وما اشبهه جناس وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضان والمعز والالية واللحم وشحم البطن اجناس ودهن البنفسج والخيري جنسان والادهان المختلفة اصولها اجناس ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لان الطيب زيادة قوله وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه حتى لا يجوز بيعه وزنا وان تماثلا في الوزن الا ان علم انهما متماثلان في الكيل ايضا وكل نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف لان العرف جاز ان يكون على باطل كتعارف اهل زماننا في اخراج الشموع والسبوح الى المقابر ليالي العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل ان يكون على باطل ولان حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل فهو اقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفي المجتبى ثبت بهذا ان ما يعتاده اهل خوارزم من بيع الحنطة الربيعية بالخريفية موزونا متساويا لا يجوز وما لم ينص عليه عليه السلام فهو محمول على عادات الناس في الاسواق لانها اي العادة دلالة على الجواز فيما وقعت عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا الحديث ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء لان العرف بمنزلة الاجماع عند عدم النص وزاد الشافعي ان ما كان مستخرجا من اصل فهو ملتحق به لانه تبع له كالدقيق وعن ابي يوسف انه يعتبر العرف وعلى خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك الكيل في الشيء او الوزن فيه

قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة

ما كان في ذلك الوقت الا لان العادة اذ ذاك بذلك وقد تبدلت فتبدل الحكم واجيب بان تقريره صلى الله عليه وسلم اياهم على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لان العرف ما يعارض النص كما ذكرناه آنفا كذا وجه ولا يخفى ان هذا لا يلزم ابا يوسف لان قصاراه انه كنصه على ذلك وهو يقول يصار الى العرف الطارئ بعد النص بناء على ان تغير العادة يستلزم تغير النص حتى لو كان صلى الله عليه وسلم حيا نص عليه على وزان ما ذكرنا في سنية التراويح مع انه صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليه بل فعله مرة ثم ترك لكن لما بين عذر خشية الافتراض على معنى لولاه لواظب حكم بالسنية مع عدم المواظبة لانا امنا من بعده النسخ فحكمنا بالسنية وكذا هذا لو تغيرت تلك العادة التي كان النص باعتبارها الى عادة اخرى تغير النص والله اعلم فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا والذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد ان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل لو كان بالمعيار المنصوص عليه كما لو باع مجازفة فانه لا يجوز لتوهم الفضل في احدهما وقوله الا انه الى آخره استثناء على قولهما من قوله فهو مكيل ابدا اي يلزم ان يتصرف فيه بالكيل ابدا فهو بعمومه يمنع السلم في الحنطة ونحوها وزنا فاستثناه وقال يجوز ذلك لان المصحح فيه كونه المسلم فيه معلوما على وجه لا يكون بينهما فيه نزاع وذلك يتحقق باتفاقهما على الوزن بخلاف بيعها بجنسها فان المصحح هناك التماثل بالمسوى الشرعي المعين فما لم يكن ذلك المسوى التحق بالجزاف فلا يجوز وهذا مختار الطحاوي وروى الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز لانها مكيل بالنص والحاصل ان فيه روايتين والفتوى على الاول وقد عرفت الفرق وقوله في الكافي الفتوى على عادة الناس يقتضي انهم لو اعتادوا ان يسلموا فيها كيلا فاسلم وزنا لا يجوز ولا ينبغي ذلك بل اذا اتفقا على معرف كيل او وزن ينبغي ان يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع وفي جمع التفاريق روي عنهما جواز السلم وزنا في المكيلات وكذا عن ابي يوسف في الموزونات كيلا انه يجوز وكذا اطلقه الطحاوي فقال لا باس بالسلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا هذا المعنى الذي ذكره فرق بين الكيلي نصا والوزني عادة وقلبه فاما الوزني ربوا نصا وعادة كما في انائين من جنس واحد حديدا او ذهب او فضة احدهما اكثر وزنا من الآخر ففي الانائين من غير النقدين يجوز بيع احدهما بالآخر اذا كانت العادة ان لا يباعا وزنا لانه عددي متقارب وفي اوان الذهب والفضة لا يجوز فانه يجري فيهما ربوا الفضل وان كانت لا تباع وزنا في العادة فان الوزن في الذهب والفضة منصوص عليه فلا يتغير للصنعة بالعادة واما في الحديد ونحوه فالوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصنعة ايضا من ان يكون موزونا بالعرف قوله وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني هذا في التحقيق تفسير لبعض الفاظ ربما ينسب اليها المبيع بلفظ يقدر ولم يشتهر فيها انها اسم يرجع الى الوزن كما اشتهر في المن والقنطار او الى المكيل كما في الصاع والمد فلا يدرى هذه الاسماء من قبيل الوزن فيجري حكم الوزن على المبيع او المكيل فيجري عليه حكم الكيلي وذلك كاسم الرطل وهو بفتح الراء وكسرها والاوقية فافاد ان المنسوب اليها من المبيعات وزني فيجري عليه ذلك فلو بيع ما ينسب الى الرطل والاوقية كيلا بكيل متساويين يعرف قدرهما كيلا ولا يعرف وزن ما يحلهما لا يجوز لاحتمال عدم تساويهما في الوزن فيكون بيع الجزاف ولو تبايعا كيلا متفاضلا وهما متساويا الوزن صح وليس قولنا لاحتمال عدم تساويهما وزنا لافادة انه لو ظهر تساويهما وزنا يجوز فانا قدمنا ان اموال الربوا لو بيعت مجازفة ثم ظهر تساويهما لا يجوز خلافا لزفر وقول الشافعي كقولنا بل لافادة انه لو علم تساويهما فيما يجب نسبتهما اليه من الكيل والوزن كان جائزا ثم الرطل والاوقية مختلف فيهما عرف الامصار ويختلف في المصر الواحد من المبيعات فالرطل الآن بالاسكندرية وزن ثلثمائة درهم واثنى عشرة درهما فوزن كل عشرة سبعة مثاقيل وفي مصر مائة واربعة واربعون درهما وفي الشام اكثر من ذلك فهو اربعة امثاله وفي حلب اكثر من ذلك

قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يد بيد بنص الفقه في العرف ان شاء الله **قال** وما سواه مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين لا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي في بيع الطعام بالطعام له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فيتحقق شبهة الربا ولنا انه بيع عين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه لتعيينهما ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين كذا رواه عبادة بن الصامت وتعاقب القبض لا يعتبر تفاديا عن الحال عرفا بخلاف النقد الموجل

وفي تفسير المثلي بيد الرطل بانه مائة وثمانية وعشرون تفسير للرطل العراقي الذي قدر به النصاب كخمس صدقة الفطر وغيرها من الكفارات ثم في الاكيد الرطل المذكور لغير الكتان مائتا درهم بوزن سبعة وكل مثلي في عرف يابس سوى الشحم واطعار مائتي عشر اوقية وبالكاني خير باعشرون اوقية لا اشكال اختلاف كمية الاوقية باختلاف الرطل وفي زمنه صلى الله عليه وسلم كانت اربعين درهما ثم الاوقية مثلثا اثنا عشر كما ذكرنا وفي نحو المسك والزعفران عشر والحاصل ان هذه الاسامي اسماء آخر توقيفية من جهة الاصطلاح تعرف بالاستكشاف والسؤال فيعرف الحال وقوله بكيال لا يعرف وزنه الخ عرف تقريرا

قوله وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان ذهبا وفضة بجنسه او بغير جنسه فان كان بجنسه اشترط فيه التساوي والتقابض قبل التفرق الابدان وان اختلف المجلس حتى لو عقدا عقد الصرف دشيا فرحا ثم تقابضا وافترقا صح وان لا يكون به خيار وكذا السلم والاجل كذا ذكر وهو مستدرك لان اشتراط التقابض يفيده ولو اسقط الخيار والاجل في المجلس عاد صحيحا خلافا لزفر فان كان بخلاف جنسه كالذهب بالفضة اشترط ما سوى التساوي واستدل على اشتراط التقابض بقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة ربا الا هاء وهاء روى ابن ابي شيبة من حديث ابن عمر رضي الله عنه عوم الذهب بالذهب ربوا الا هاء وهاء والورق بالورق ربوا الا هاء وهاء والبر بالبر ربوا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربوا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربوا الا هاء وهاء رواه اصحاب الكتب الستة الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء والبر بالبر الخ وهاء ممدودة من هاء والف وهمزة يوزن باع مبني على الفتح وتثنيته خطا هيني هو ربا الا فيما يقول كل شيء خذ لصاحبه ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه وفسره بانه يعني يدا بيد في الحديث المتقدم ثم قال وما سواه اي ما سوى عقد الصرف مما فيه الربا من بيع الاموال الربوية بجنسها او بخلاف الجنس يشترط فيه التقابض يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض فلو افترقا بعد تعيين البدلين عن غير قبض جاز عندنا خلافا للشافعي في بيع الطعام اي كل مطعوم خطة او شعيرا وحمراء وفاكهة فانه يشترط فيه التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد ولانه يقع التعاقب في القبض وللنقد مزية فيكون كالموجل اذ يحصل التفاوت في البدلين ولنا انه بيع عين فلا يشترط في صحته بيعه القبض كالثوب بالثوب والعبد بالعبد ونحو ذلك وبيانه ان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة الى اشتراط شرط آخر وهو القبض بخلاف الصرف لان التعيين لا يحصل فيه الا بالقبض فان الدراهم والدنانير لا تتعين مملوكة بالعقد الا بالقبض قال ومعنى قوله يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت تقدم رواية عبادة بن الصامت يدا بيد وله رواية اخرى عند مسلم عينا بعين ولفظه في مسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين فمن زاد او ازداد فقد اربى وفيه قصته وقوله يقع التعاقب فيحصل التفاوت ممنوع بل هذا القدر مهدر لا يعد زيادة ما لم يذكر الاجل وقد استدل بانه استدل الخ لم يدا بيد على اشتراط التقابض قبل الافتراق في الصرف ثم استدل به هنا على ان الشرط التعيين لا التقابض فيكون تعيينا للمشترك او للحقيقة في المجاز والجواب انه فسر ربا وها يدا بيد وفسر يدا بيد بالتعيين لرواية عينا بعين واستدلاله به على التقابض في الصرف لا بنفيه لان الاستدلال به هناك انما هو على التعيين ايضا لكن لما كان التعيين هناك بالتقابض في الصرف لم ينفه لان الاستدلال لا يكون الا بغير ولما علمنا انه لا تعيين الا بالقبض كان الاستدلال به عليه استدلالا عليه لكن ينبغي ان يقال حمل يدا بيد على معنى عينا بعين ليس اولى من عكسه واجيب عنه بان رواية عينا بعين تفسير للمجمل لان يدا بيد يحتمل معنيين فهي تفسير له ولو كان المراد منه القبض لم يبق لقوله عينا بعين فائدة لانه يحصل بالقبض ضرورة فلزم ان عينا بعين تفسير ليدا بيد ولقائل ان يدعيه بل الاجمال بل هو

قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المساواة عند التحقق الربا والشافعي رحمه الله يخالفنا فيهما لوجود الطعم عنده

قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله وقال محمد لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فتبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين حبة كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين فانهما ان الثمنية فيهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يبقى ذريعة الى الربا لانعدام الاصطلاح على العدد اذ في نفسه هي حق العاقد فساد العقد كالجوزة بالجوزتين بخلاف النوط لانها الثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالئ بالكالئ قد نهي عنه بخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الحق بالفرد يحرم النساء

ظاهر في التقابض فيجب ان يحمل عينا بعين عليه لان القبض اخص من التعيين وكل قبض تضمن تعيينا وليس كل تعيين قبضا وباب الربا باب احتياط فيجب ان تحمل العينية على القبض ويؤيده فهم عمر رضي الله عنه كذلك في الصحيحين ان مالك بن اوس اصطرف من طلحة بن عبيد الله صرفا جاءه ذهبا فاخذ طلحة الذهب يقلبها في يده ثم قال حتى يأتي خازني من الغابة وعمر يسمع ذلك فقال والله لا تفارقه حتى تأخذ منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء وبهذا استدل ابن الجوزي على اشتراط التقابض على ابي حنيفة وكيف يمنى هارخذ وهو من اسماء الافعال ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه وقال قائل تنوج لي من بعضها الشعار ثم تقول من بعيدها واما ما نقل من قياس الشافعي على الصرف في اشتراط التقابض فدفع بان الاسم يبنى هناك عن صرف كل الى الآخر ما في يده والمعاني الفقهية تعطف على الاسماء الشرعية وليس في الفرع ذلك الا انه لا حاجة له اليه فان الدليل السمعي على الوجه الذي قررناه يستقل بطلوبه قوله ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمر بالتمرتين الخ وبنى ذلك سبق وهو ظاهر غير ان ذلك كله شروط بكونه يدا بيد وهي من مسائل الجامع الصغير صورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في بيع بيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وفلس بفلسين وتمرة بتمرتين يدا بيد جاز اذا كان بعينه وليس كلاهما ولا احدهما دينا وصورة اربع ان بيع فلسا بغير عينه بفلسين بغير عينهما لا يجوز لان الفلوس الرائجة اموال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على سقوط قيمته الجودة منها فيكون احدهما فضلا خاليا مشروطا في العقد وهو الربا وان بيع فلسا بعينه بفلسين بغير عينهما لا يجوز والامسك البائع الفلس المعين وطالبه بفلس آخر او سلم الفلس المعين وقبضه بعينه مع فلس آخر لاستحقاقه فلسين في ذمته ويرجع اليه بعين ماله ويبقى الفلس الآخر خاليا عن العوض وكذا لو باع فلسين باعيانهما بفلس بغير عينه لانه لو جاز لقبض المشتري الفلسين ودفع اليه احدهما مكان ما استوجب عليه فيبقى الآخر فضلا بلا عوض استحق بعقد البيع وهذا على تقدير ان رضي بتسليم المبيع قبل قبض الثمن والرابع ان بيع فلسا بعينه بفلسين بعينهما فيجوز خلافا لمحمد وصله ان الفلس لا تتعين بالتعيين ما دام رائجا عند محمد وعندهما تتعين حتى لو هلك احدهما قبل القبض بطل العقد وجه قول محمد ان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما لو كانا بغير عينهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان ثمنيتهما في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تثبت بالتعيين بصيرورته عروضا اعترض عليه بان الفلوس اذا كسدت باصطلاح الكل لا يكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا تصير عروضا باصطلاح المتعاقدين مع اتفاق من سواهما على ثمنيتها اجيب بان الفلوس في الاصل عروض فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد كان على خلاف الاصل فلا يجوز ان يصير ثمنا باصطلاحهما لوقوع اصطلاحهما على خلاف الاصل وخلاف الناس واما اذا اصطلحوا على كونها عروضا فهو على الاصل فيجوز وان كان من سواهما على الثمنية وقوله ولا يعود ذريعا وان صار عروضا جواب عما يقال يلزم ان لا يجوز بيع فلس بفلسين لانه بيع قطعتين بغير وزن فاجاب بان الاصطلاح كان على امرين الثمنية والعددية واصطلاحهما على اهدار ثمنيتهما لا يستلزم اهدار العددية فانه لا تلازم بين عدم الثمنية وعدم العددية بعد ثبوت الثمنية مع عدم العددية كالتقدين والعددية مع عدم الثمنية كالجوز والبيض بخلاف الدرهم بالدرهمين لان النقود للثمنية خلقة بخلاف ما اذا كانا بغير عينهما لانه بيع الكالئ بالكالئ وقد نهي عنه ولا يخفى ضعف قوله لان الجنس انفرد بحرم النساء وانما يتم لو كان كون المبيع او الثمن بغير عينه يستلزم النسيئة وليس كذلك الا ترى ان البيع بالنقود بيع بالعين ويكون مع ذلك حالا فكونه بغير عينه ليس معناه نسيئة وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء والكالئ بالكالئ قال ابو عبيدة هو النسيئة بالنسيئة و

قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لأن المجانسة باقية من وجه لأنهما من أجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسوٍّ بينهما وبين الحنطة لاكتنازها فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وإن كان كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله متفاضلا ولا متساويا لأنه لا يجوز بيع الدقيق بالحنطة ولا بيع السويق بالحنطة فكان بيعهما لقيام المجانسة من وجه عند ما يجوز لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود وقالا يجوز لأن المقصود والقدر يشملهما وكأبي أن بعض الحنطة غير مقابل بالحكم بالقدر

وفي الفائق كلا الدين بالرفع كلا فهو كالي إذا أخر قال الشاعر وعينه كالكالي الضمان يجور جلاء يريد يعينه عطية الحاضر كالكالئ الذي لا يرجى ومنه كلأ الله كلأ العمري أكثر تأخيرا وتكلأت كلا راعي استنسأت نسيئة وحديث النهي عن الكالئ بالكالئ رواه ابن أبي شيبة وإسحق بن راهويه والبزار في مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة عن محمد الله بن دينار عن ابن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يباع كالئ بكالئ وضعف أحمد بن موسى بن عبيدة فقيل له إن شعبة يروي عنه فقال نور أبى شعبة ما رأينا منه بأسا ورواه عبد الرزاق عن إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي عن محمد الله بن دينار وضعف بالأسلمي ورواه الحاكم والدارقطني عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر وصححه الحاكم على شرط مسلم وغلطها البيهقي وقال إنما هو موسى بن عبيدة الزبيدي رواه الطبراني من حديث رافع بن خديج في حديث طويل وعن كالئ بكالئ والحديث الثاني يغني عن الحسن بالشك قوله ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق أي حقيقتها بوجه من الوجوه ولا بالسويق أي سويق الحنطة لما سويق الشعير فيجوز لأن غايته ما يستلزم شبهة التفاضل وحقيقته جائزة لاختلاف الجنس فضلا عن شبهته وإنما امتنع لأن المجانسة بين الحنطة ودقيقها وإن انمحت اسما وصورة وهي موجودة فإن المقصود من الحنطة من نحو الهريسة والمغلوة وإخراج النشا تنعدم في الدقيق فهي باقية من وجه لأنها من أجزاء الحنطة وإنما لم تعتبر أجزاؤها المتخالة أيضا فالحنطة كسرت على أجزاء صغار وذلك لا ينفي المجانسة والمعيار في كل من الحنطة والدقيق والسويق الكيل والكيل لا يوجب التسوية بينهما لأن يعارض ذلك التكسير صارت أجزاؤها بالتكسرة فيه أي في الكيل أي منفعة أيضا ما شديدا والصحيح بالكيل ليس كذلك فلا تتحقق المساواة بينهما كيلا بل يوجب فضل أحدهما بالآخر كيلا كبيع الجزاف لذلك الاحتمال أو حرمة الربوا إنما كانت منتهية بالعلم بالمساواة لا فيما لا اعتبار به مثل أن تبقى كمية في كيل هذه الحنطة لم تبق قدره سوار في الأخرى فإذا لم تتحقق العلم بها سارت منتفية بالضرورة فلا يجوز وإن كان كيلا بكيل متساويا وقولنا قول الشافعي في الأظهر عنه وسفيان الثوري وأحمد في رواية خلافا لمالك وأحمد في أظهر قوليه لأن الدقيق نفس الحنطة فرقت أجزاؤها فأشبه بيع حنطة صغيرة حبا بالكبيرة حبا وما ذكرناه من عروض الجهل بالمساواة بعروض الظن يدفعه وبيع النخالة بالدقيق على هذا الخلاف إلا أن الشافعي أجازه لأن النخالة ليست من أموال الربا لأنها لا تطعم وقولنا المعيار في الحنطة والدقيق في الكيل لا يرد به الفيا إذا بيع بجنسه أما بالدراهم فيجوز بيع الحنطة وزنا بالدراهم وكذا الدقيق وغير ذلك قوله ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا وهو قول أحمد وكذا استقرضه كيلا والمسلم فيه كيلا ومنع الشافعي بيع الدقيق بالدقيق لأنه لا يعتدل في الكيل لأنه ينكبس بالكبس فلا يتحقق التساوي في الكيل ونحن نمنع كونه لا يعلم بل يعلم وما يتوهم من انتفاوته بالكبس توهم شامل في كيل القمح وقد سقط اعتباره وفي الذخيرة وعن الإمام الفضلي أنه يجوز إذا تساويا كيلا إذا كان مكبوسين وهو حسن ولفظ متساويا نصب على الحال ونصب كيلا على التمييز وهو تمييز منسبة مثل تصبب عرقا والأصل متساويا كيله وفي بيع الدقيق بالدقيق وزنا روايتان وفي الخلاصة لم يذكر غير رواية المنع قال في جنس آخر في الزرع والثمار وفيها أيضا سوار كان أحد الدقيقين أخشن وأدق وكذا بيع النخالة بالنخالة وفي شرح أبي نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كانا على صفة واحدة من النعومة والذي في الخلاصة أحسن لارتفاع ذلك القدر من زيادة النعومة وبيع الدقيق المنخول بغير المنخول لا يجوز لا متماثلا ولا متفاضلا وبيع النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند أبي يوسف بأن كانت النخالة أكثر من النخالة التي في الدقيق ثم قال المعدوم بيع الدقيق بالسويق لا يجوز أي لا يجوز بيع الدقيق نوع من الحنطة والشعير بسويق ذلك النوع عند أبي حنيفة متفاضلا ولا متساويا أما دقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا شك في جوازه وعندهما يجوز بيع الدقيق بالسويق متساويا ومتفاضلا لأنهما أي دقيق الحنطة وسويقها مثلا جنسان وإن رجعا إلى أصل واحد لاختلاف المقصود واختلافا كثيرا البعد المعنى والطحن

قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم فصار كالحل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخلف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير

فلان المقاصد من الدقيق مثل ان يصنع خبزا او عصيدا او اطرية وهو شبه الرشتا لا يتاتى من السويق كما ان ما يقصد بالسويق وهو ان يذاب مع عسل ويشرب او يلت بسمن وعسل ويوكل لا يتاتى من الدقيق واذا كانا جنسين جاز بيع احدهما بالآخر متساويا ومتفاضلا وابو حنيفة يمنع انهما جنسان وله طريقان احدهما ان بيع الحنطة المقلية بالحنطة الغير المقلية لا يجوز اتفاقا وذلك ليس الا لاعتبار اتحاد الجنسية وعدم العلم بالتساوي مع مساواة الكيل لاكتناز احدهما فيه دون الآخر والدقيق اجزاء غير المقلية والسويق اجزاء المقلية ولم يزد الدقيق على الحنطة الا بتكسيره بالطحن وكذا الآخر وذلك لا يوجب اختلاف الجنس بعد اتحاده والثاني وعليه اقتصر المص ان بيع الحنطة الغير المقلية بالسويق لا يجوز وكذا بيع الحنطة المقلية بالدقيق وليس ذلك الا لاستلزامه ربوا الفضل وربوا الفضل لا يثبت الا مع المجانسة فكانت المجانسة ثابتة بين السويق والحنطة والدقيق اجزاء الحنطة فتثبت المجانسة بين الدقيق والسويق ثم تمتنع العلم بالمساواة فيمتنع البيع مطلقا قولهم اختلف المقاصد وذلك اختلاف الجنس قلنا اعظم المقاصد هي متحدة فيه وهو التغذي فلا يبالي بفوات بعضها الذي هو دون المقصد الاعظم بدليل الحكم باتحاد الجنس في الحنطة المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع احدهما بالآخر كما ذكرنا وبسبب اتحادهما في ذلك المقصود الاعظم مع فوات ما دونه من المقاصد فان المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطحن فيتخذ منها خبز وكذا العلكة اي الجيدة السالمة من السوس مع المسوسة ومع ذلك جعلا جنسا واحدا غير ان المسوسة يجوز بيعها بالعلكة كيلا متساويا والمقلية مع غير المقلية لا يجوز لما ذكرنا من ان الكيل لا يسوي بينهما واما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاختلفوا فيه قيل يجوز اذا تساويا كيلا ذكره في الذخيرة وقيل لا وعليه عول في المبسوط ووجهه ان النار قد تاخذ من احدهما اكثر من الآخر والاول اولى ومسوسة بكسر الواو كانها هي سوست اي دخلت السوس فيها **قوله** ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان او لا مساويا لما في الحيوان او لا بشرط التعيين اما بالنسيئة فلا لامتناع المسلم في الحيوان واللحم وفصل محمد فقال ان باعه بلحم غير جنسه كلحم البقر بالشاة الحية ولحم الجزور بالبقرة الحية يجوز كيف ما كان من جنسه كلحم شاة بشاة حية فشرطه ان يكون اللحم المفرز اكثر من اللحم الذي في الشاة ليكون لحم الشاة بمقابلة مثله من اللحم وباقي اللحم بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا اما الزيادة السقط ان كان اللحم المفرز مثل ما في الحيوان من اللحم او لزيادة اللحم ان كان اللحم اقل مما في الشاة فصار كبيع الحل بالمهلة وهو دهن السمسم بالسمسم لا يجوز الا على ذلك الاعتبار والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد والاكارع ولو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز اذا تساويا وزنا بالاجماع والمراد بالمسلوخة المعضولة من السقط وان كانت بسقطها لا يجوز الا على الاعتبار ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل اما عندهما فظاهر لانه لو اشتراها باللحم جاز كيف ما كان فكذلك اذا اشتراها بشاة مذبوحة واما على قول محمد فانما يجوز لانه لحم بلحم وزيادة اللحم في احدهما مع سقطها بازاء السقط وعلى هذا شاتان مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم تسلخ يجوز لان اللحم بمثله وزيادة لحم الشاة بازاء الجلد ونحوه فالمراد هنا من المسلوخة وغيرها باعتبار الجلد وعدمه وقال مالك والشافعي واحمد رح لا يجوز بيع اللحم بالحيوان اصلا لا بطريق الاعتبار ولا بغيره خلافا للمزني من اصحاب الشافعي فانه قال كقول ابي حنيفة وابي يوسف ولو باعه بلحم غير جنسه كلحم البقر بشاة فقال مالك واحمد يجوز وللشافعي قولان والاصح لا يصح لعموم نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف رح في الاطلاق انه باع موزونا بما ليس بموزون فغايته اتحاد الجنس كما قال محمد باعتبار ما في الضمن كالعصير مع العنب واللبن مع السمن لكن اتحاده مع اختلاف المقدوية انما يمتنع النساء قلنا بشرط التعيين و

قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه او ينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه السلام حين اهدى اليه رطبا اوكل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فبآخره وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما روياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة

ولا يجوز النساء فيه وانما قلنا ان الحيوان ليس بموزون لانه لا يوزن عادة فليس فيها احد القدرين الشرعيين الوزن او الكيل لان الحيوان لا يعرف قدر ثقله بالوزن لانه يثقل نفسه ويخففها فلا يهتدي بخلاف الدهن والسمسم لان الوزن يعرف قدر الدهن اذا ميز من الشحير ثم يوزن الشحير هذا على التنزل ورد قولهما على ما قال غير المصنف يعتبر ان لحم الشاة مع الشاة الحية جنسين اخذا من قوله تعالى فكسونا العظام لحما ثم انشأناه خلقا آخر اي بعد نفخ الروح فعلم ان الحي مع الجماد جنسان فيجوز بيع احدهما بالآخر من غير اعتبار وانما امتنع النساء لانه سلم وهو لا يجوز كما قدمناه واعلم ان السمع ظاهر في منع بيع اللحم بالحيوان ومعه ضعيف وقوي ومن القوي ما رواه مالك في الموطأ وابو داؤد في المراسيل عن زيد بن اسلم عن سعيد بن المسيب نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وفي لفظ نهى عن بيع الحي بالميت ومرسل سعيد حجة بالاتفاق قال ابن خزيمة ثنا احمد بن حفص السلمي حدثني ابراهيم بن طهمان عن الحجاج بن حجاج عن قتادة عن الحسن عن سمرة نحوه قال البيهقي اسناده صحيح ومن اثبت سماع الحسن من سمرة عده موصولا ومن لم يثبته فهو مرسل جيد وانت تعلم ان المرسل عندنا حجة مطلقا واسند الشافعي الى رجل مجهول من اهل المدينة انه صلى الله عليه وسلم نهى ان يباع حي بميت واسند ايضا عن ابي بكر الصديق رض انه نهى عن بيع اللحم بالحيوان واسنده الى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وابي بكر بن عبد الرحمن انهم كرهوا ذلك وهؤلاء تابعون وحديث ابي بكر رض لعله بالمعنى فان مشائخنا ذكروه عن ابن عباس رض ان جزورا نحر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء اعرابي بعناق فقال اعطوني بهذه العناق لحما فقال ابو بكر رض لا يصلح هذا وتاولوه على انه كان من ابل الصدقة نحر ليتصدق به **قوله** ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ومالك رح والشافعي رح واحمد رح لا يجوز فقد تفرد ابو حنيفة بالقول بالجواز واما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلا متماثلا للجماعة قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى مالك في الموطأ عن عبد الله بن يزيد مولى الاسود بن سفيان عن زيد بن عياش عن سعد بن ابي وقاص انه سئل عن البيضاء بالسلت فقال سعد ايهما افضل قال البيضاء فنهاه عن ذلك وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ينقص الرطب اذا جف فقال نعم فنهاه عن ذلك فهذا حكم مبني فيه على علته وهو كونه ينقص في احد البدلين في ثاني الحال عن المساواة من طريق مالك رواه اصحاب السنن الاربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح ولابي حنيفة رح ان الرطب تمر لقوله صلى الله عليه وسلم حين اهدي له رطب اوكل تمر خيبر هكذا فسماه اي سمى الرطب تمرا وهذا انما يتم اذا كان المهدى رطبا وليس كذلك بل كان تمرا اخرج الشيخان في الصحيحين عن ابي سعيد الخدري وابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث اخا بني عدي الانصاري فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اكل تمر خيبر هكذا فقال لا والله يا رسول الله انا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين من الجمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ولكن مثلا بمثل او بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا وكذلك الميزان وفي لفظ آخر انا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا والجمع اصناف مجموعة من التمر وما ادعاه بعض الخلافيين فيمن حلف لا ياكل تمرا فاكل رطبا انه يحنث فليس كذلك بل المذهب انه لا يحنث لان مبناها على العرف وسنذكر تمامه ثم قال المصنف ولانه ان كان تمرا هذا اللفظ يحكى عن ابي حنيفة انه دخل بغداد وكانوا اشداء عليه لمخالفة الخبر فسألوه فقال الرطب اما ان يكون تمرا او 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 فاوردوا عليه الحديث فقال هذا الحديث دائر على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه واليه المصنف بقوله ضعيف عند النقلة

قال ولا يجوز بيع الرطب بالتمر الا مثلا بمثل يعني على ما بيناه وقيل هذا على الاتفاق اعتبارا بالخطة المقلية بينهما فان الرطب ينقص عادة فلا يتحقق التماثل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز متفاضلا اعتبارا بالحالة الراهنة وكذا بيع العنب بالزبيب لما بينا وكذا بيع اللبن بالمخيض والسمسم بالشيرج عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز لان المجانسة باعتبار المآل وكذا ابو يوسف رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله في بيع الرطب بالتمر لما بينا وجه الفرق لمحمد بين هذا وبين الرطب بالرطب لان التفاوت فيما يظهر عند التلف بقاء البدل بين الاسم الذي وقع عليه العقد في الرطب بالتمر يرجح بقاء اصل هذا على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه في الرطب بالرطب تفاوت بسبب ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يمنع ولو باع التمر متفاضلا لا يجوز لان التمر لا يخلف الكفري حيث يجوز بيعه بعضه ببعض متفاضلا لانه ليس بقي فكان هذا الاسم لدين اول ما ينعقد صورة لا فعلا والكفري عدي متفاوت حتى لو باع التمر بمثله وزنا لا يجوز للجهالة

وغلط بعض الشارحين المعنى في قوله زيد بن عياش بان المذكور في كتب الحديث زيد ابو عياش وتبع في ذلك الشيخ علاء الدين حيث قال اللام الذي المخرج لهذين ذلك بصحيح قال صاحب التنقيح زيد بن عياش ابو عياش الدرقي ويقال المخزومي ويقال مولى بني زهرة المدني ليس به باس وغير شائعا وذكر ان ابا حنيفة انما قال هو مجهول وقد رد تردده بين كونه تمرا ولبانا بان هذا قسما ثالثا وهو كونه من الجنس لا يجوز بيعه بالآخر كالخطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما وكذا الرطب بالتمر لا يسويهما الكيل وانما يسوى في حال اعتدال البدلين وهو ان يجف الآخر وابو حنيفة يمنعه ويعتبر التساوي حال التقدير وعرض النقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال اذا كان موجبه اتلافيا وهو زيادة الرطوبة بخلاف المقلية بغير ما فانه في الحال يحكم بعدم التساوي لاكتنار احدهما في الكيل بخلاف الآخر تخلخل كثير وقد طعنه في ابي عياش ايضا بانه ثقة كما علمت فلا تغفل من قول صاحب التنقيح وايضا روى عنه مالك في الموطا وهو لا يروي عن رجل مجهول وقال المنذري كيف يكون مجهول وقد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله بن زيد مولى الاسود بن سفيان وعمران بن ابي انس وهما من اخرج لهما مسلم في صحيحه وقد عرفه ايته بهذا الشان وقد اخرج حديثه مالك في الموطا مع شدة تحريه في الرجال وقال ابن الجوزي في التحقيق قال الامام ابو حنيفة زيد بن عياش مجهول وان كان هو لم يعرفه فقد عرفه ايته العقل ثم ذكر ما ذكرنا وقد اجيب ايضا انه بتقدير صحة السند فالمراد النسي عنه نسيئة فانه ثبت في حديث ابي عياش هذا زيادة نسيئة اخرجها ابو داود في سننه عن يحيى بن ابي كثير عن عبد الله بن يزيد ان ابا عياش اخبره انه سمع سعد بن ابي وقاص يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه وكذا رواه الطحاوي في الآثار ورواه الدارقطني وقال اجتماع هؤلاء الاربعة على خلاف ما رواه ابن ابي كثير يدل على ضبطهم للحديث يريد بالاربعة مالكا واسمعيل بن امية والضحاك بن عثمان وآخر وانت تعلم ان بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها لان المذهب المختار عندنا حين تقبل زيادة وان كان الاكثر لم يروها الا في زيادة نقود بها مجلس الرواة الحاضرين في مجلس واحد وسلمه لا يقضي عن سلمها فانما مردودة على ما كتبناه في تحرير الاصول وما نحن فيه لم يثبت انه زيادة لما في مجلس واحد اجتمعوا فيه فسمع هذا لم يسمع المشاركون له في ذلك المجلس بالسماع فالم نظهر ان الحال كذلك فالاصل انه قال في مجالس كرر في بعضها ما تركه في آخر والله الموفق فكم يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة انه ينقص الرطب اذا جف عريا عن الفائدة اذا كان انهى عنه نسيئة وما ذكروا ان فائدته ان الرطب ينقص في ان يحل الاجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة للبيع باعتبار النقصان عند الجفاف فمنعه على طريق الاشتقاق مبني على ان السبب كان تاما وليس كذلك على ما دللنا عليه قوله وكذلك العنب بالزبيب يعني على الخلاف عند ابي حنيفة يجوز مع التساوي كيلا وعندهما لا يجوز وقوله والوجه ما بيناه لهما يعني في منع بيع الرطب بالتمر وهو قوله صلى الله عليه وسلم ينقص اذا جف باعتبار اشتماله على العلة المقلية عليهما ولابي حنيفة ان الزبيب اما من جنس العنب فيجوز متساويا ولا فيجوز مطلقا وقال القدوري في التقريب عن ابي حنيفة ان جواز بيع الزبيب بالعنب لم يعلم سماعا وذكر ابو الحسن ان عندهما لا يجوز الا على الاعتبار وقال المصنف وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالخطة المقلية بغير المقلية فانه لا يجوز البيع لان القلي الكائن بصنع العباد وعدم الطاقة التي كانت الخطة بمثلية بخلاف التفاوت الحاصل باصل الخلقة كالرطب مع التمر والعنب مع الزبيب ليتيسر فهذا هو الاصل فصار في بيع العنب بالزبيب اربع روايات لا يجوز اتفاقا وهذا اتفاقا وهذا رواية ابي حفص على خلاف بين رواية الكتاب يجوز عنده وعندهما لا يجوز الا على اعتبار ان الزبيب يجف وفي العنب فصار كالزيت بالزيتون والفرق لابي حنيفة على رواية الجنبين المنع بين العنب بالزبيب جواز الرطب بالتمر ان الاستعمال ورد باطلاق اسم التمر على الرطب لم يرد مثل هذا في الزبيب فتمرا فاما الرطب بالرطب فيجوز متماثلا كيلا وكذا العنب بالعنب يجوز عندنا وبه قال مالك واحمد والمزني خلافا للشافعي وكذا الخلاف في كل ثمرة لها حال جفاف كالتين والمشمش والجوز والكمثرى والرمان والاجاص لا يجوز بيع

قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير لان عند ذلك يعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالاجماع

طبه برطبه كما لا يجوز بيع رطبه بيابسه لانه لا يعرف قدر النقصان اذ قد يكون نقصان احدهما اكثر من الآخر وكذا الخلاف في الباقلا الاخضر بمثله لان بين الباقلا من قصار يتفاوت فيمنع تعديل الكيل فكان كبيع الحنطة المقلية بغير المقلية وبيع الحنطة المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة والمبلولة باليابسة يجوز وكذا بيع التمر المنقع في الماء والزبيب المنقع بالمنقع واليابس منهما يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد في الفصول كلها من بيع الحنطة المبلولة الى هنا والمنقع اسم مفعول من انقع الزبيب في الخابية فهو مقنع واصله ان محمدا يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المال عند الجفاف كما اشار اليه حديث سعد وذلك ينتف في المبلولة والرطبة مع مثلها او اليابسة اما بيع اليابسة فظاهر واما المبلولة مع المبلولة فالتفاوت يقع في قدر البلل قال الحلواني الرواية محفوظة عن محمد ان بيع الحنطة المبلولة باليابسة انما لا يجوز اذا انتفخت اما اذا ملت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة اذا تساويا كيلا وابو حنيفة وابو يوسف يعتبران المساواة بتاويل التساوي في الحال عملا باطلاق الحديث اي حديث عبادة بن الصامت وغيره الا ان ابا يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا من حديث سعد بن ابي وقاص وهو مخصوص من القياس فلا يلحق به الا ما كان في معناه واحنطة الرطبة ليست في معنى الرطب من كل وجه فالرطوبة في الرطب مقصود وفي الحنطة عيب وفي المبسوط ذكر في بعض النسخ قول ابي يوسف رض مع ابي حنيفة رض وهو قول الآخر وقوله رد لقول محمد وقد نقض ما تقدم من الاصل وهو ان التفاوت لصنع العباد معتبر في المنع وما اصل الخلقة لا باحنطة المبلولة فان الرطوبة الحاصلة فيها بصنع العباد بها يحصل التفاوت مع انه جاز العقد اجيب بان الحنطة في اصل الخلقة رطبة وهي مال الربوا اذ ذاك والبلل بالماء يعيدها الى ما هو اصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف المقلي ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول من بيع الحنطة الحنطة الى هنا حيث منعه وبين الرطب بالرطب حيث اجازه وكذلك العنب بالعنب فانه يجيزه وحاصله ان التفاوت ان ظهر مع بقاء الاسم عن البدلين او احدهما فسد العقد وان ظهر بعد زوال الاسم عنهما لا يفسد ففي الرطب بالرطب والعنب بالعنب يظهر التفاوت بعد خروج البدلين عن الاسم الذي عند عليه العقد فان الاسم ح التمر والزبيب فلا يكون تفاوتا في المعقود عليه وفي الحنطة المبلولة وما في معناه لا يتغير فظهر في نفس المعقود عليه فيمتنع ولو باعه اليسير بالتمر متساويا يجوز ومتفاضلا لا يجوز لان البر تمر بخلاف الكفرى وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصورا كم النخل وهو اول ما ينشق حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اي كيلان من التمر بكيل من الكفرى وقبله لانه ليس بتمر لان الكفرى لم ينعقد بعد فيه صورة التمر وهذا الاسم اعني التمر له من اول ما يقابل في صورته ما ينعقد صورته لا قبله وبهذا استدل بعضهم لابي حنيفة رح في بيع الرطب بالتمر فورد عليه انه لو حلف لا ياكل تمرا فاكل رطبا لا يحنث فكان غيره فاجاب بالمنع بل يحنث وليس بصحيح بل المسئلة مسطورة في الكتب المذهبية المشهورة بانه لا يحنث وكذا ادعى انه يحنث فيما اذا حلف لا ياكل تمرا فاكل بسرا ولم يكن به حاجة الى هذا اذ يكفيه ان الايمان مبنية على العرف وكلامنا فيه انتهى وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح ان اسم التمر يلزم الخارج من عين ينعقد الى ان يطيب ثم يجف من اللغة ولا ينكر صحة الاطلاق باعتبار مجاز الاول وقوله والكفرى عددي متفاوت الخ جواب سوال هو انه اذا لم يكن الكفرى تمرا ينبغي ان يجوز اسلام التمر فيه وشراء التمر به نسيئة فقال الكفرى عددي متفاوت بالكبر والصغر تفاوتا غير مهدر فلا يجوز اسلامه فيه ولا ان يشتري به نسيئة بالجهالة فتقع المنازعة **قوله** ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج معلوم انه اكثر مما في الزيتون والسمسم فلو جهل او علم انه اقل او مساو لا يجوز فالاحتمالات اربع والجواز في احدها بانه اذا كان اكثر كان الخارج منه بمثله من الدهن المفرد والزائد منه بمقابلة الثجير وفي فتاوى قاضي خان انما يشترط ان يكون الخالص اكثر اذا كان الثقل في البدل الآخر شيئا له قيمة اما اذا كان لا قيمة له كما في الزبد بعد اخراج السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرد ويروى ذلك عن ابي حنيفة وقال زفر يجوز مع عدم العلم لانه متردد بين الفساد والصحة

قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم فاما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضان وكذا العراب مع النجاتي قال وكذلك البان البقر والغنم وعن الشافعي لا يجوز لانها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل قصاد احدهما بالآخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة قال وكذا خل الدقل وخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين مائيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد قال وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا

فلا يثبت الفساد بالشك والاصل الصحة وقلنا الفساد غالب لانه على تقدير النقصان والمساواة الصحة على تقدير الاكثرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به وعند الشافعي لا يجوز هذا البيع اصلا لعدم العلم بالتفاضل وقت العقد واعلم ان المجانسة تكون باعتبار ما في الضمن فيمتنع النسيئة كما في المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم ويكتفى باعتبار ما اضيف اليه فيختلف الجنس مع اتحاد الاصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد اصلهما واحد وهو الزيت او الشيرج فصارا جنسين باختلاف ما اضيف اليه من الورد والبنفسج نظرا الى اختلاف المقصود والغرض ولم يبال باتحاد الاصل وعلى هذا دهن الزهر في ديارنا ودهن البان اصلهما اللوز يطبق بالزهر وبالبان مدة ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع احد الدهنين بالآخر متفاضلا وعلى هذا قالوا لو ضم الى الاصل ما يطيبه دون الآخر جاز متفاضلا حتى اجازوا بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين غير مربى وعلى هذا يجوز بيع رطل لوز مطبق برطلي لوز غير مطبق وكذا يجوز بيع رطل دهن لوز مطبق بزهر النارنج برطلي دهن اللوز الخالص وكذا رطل زيت مطيب برطلين من زيت لم يطيب فجعلوا الرائحة التي فيها بازاء الزيادة على الرطل خلافا للشافعي فانه لا يجوز الدهن المطيب وغيره الا مثلا بمثل داود وانه ينبغي ان يجوز بيع السمسم بدهنه باي وجه كان لان الدهن وزني والسمسم كيلي اجيب بانه لما كان المقصود من السمسم ما في ضمنه من الدهن فكان بيع الجنس بالجنس فان قيل فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل من دهنه وتخييره الى خلاف جنسه اجيب بان الصرف يكون عند الانفصال صورة كمسئلة الاكرار ولا صورة هنا منفصلة وقوله والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار يعني ان كان الدهن المفرد والسمن والدبس اكثر مما يخرج من الجوز واللبن والتمر جاز وقد علمت تقييده بما اذا كان الثقل القيمة واظن ان لا قيمة لثقل الجوز الا ان يكون بيع بقشره فيؤخذ وكذا العنب لا قيمة لثقله فلا تشترط زيادة العصير على ما يخرج والله اعلم واختلفوا في القطن بغزله فبعضهم لا يجوز متساويا لان القطن ينقص بالغزل فهو كالحنطة مع الدقيق وقال بعضهم يجوز وفي فتاوى قاضي خان لا يجوز الا متساويا لان اصلهما واحد وكلاهما موزون وان خرجا او احدهما على الوزن جاز متفاضلا وبيع الغزل بالثوب او القطن بالثوب جائز على كل حال وقال المص بالاجماع وعن محمد ان بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنه انه لا يجوز مطلقا وهكذا عن ابي حنيفة ايضا ثم ذكر انه لا باس ببيع المحلوج بالقطن والغزل بالقطن اذا كان يعلم ان الخالص اكثر مما في الآخر وهذا في المحلوج مع القطن ظاهر لان الفاضل حب القطن وهو مما ينتفع به وقد يعلف لبعض الدواب واما في الغزل فكانه لا يكون الفاضل من القطن المفرد بازاء صنعة الغزل فنقل الاجماع انما هو باعتبار الاقوال المعول عليها دون الروايات قوله ويجوز بيع اللحمان جمع لحم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم لانها اجناس مختلفة لاختلاف اصولها ولم يحدث في الجنس الواحد منها زيادة تصيره جنسين اما البقر والجواميس فجنس واحد لا يجوز بيع لحم البقر بلحم الجاموس متفاضلا وكذا المعز والضان والعراب والنجاتي لا يجوز بيع شيء مع الآخر متفاضلا لاتحاد الجنس وانما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان مثلا والعصافير متفاضلا لانه ليس مال الربوا اذ لا يوزن لحم الطير ولا يكال وينبغي ان يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز لانه يوزن في عادة ديار مصر بعظمه وقوله ومراده الخ يحترز به عن قول مالك فان عنده اللحوم كلها ثلاثة اجناس الطيور جنس والدواب اهليها ووحشيها جنس واحد والبحريات وكذا البان البقر والغنم يجوز متفاضلا لما ذكرنا من اختلاف الجنس باختلاف الاصلين وعن الشافعي ان اللحوم والالبان جنس واحد لاتحاد المقصود من الاكل وهو التغذي وهذا قول الشافعي غير المختار والصحيح من قوله انه مثل قولنا ثم دفع هذا القول بان اصولها مختلفة الاجناس وكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة فاتهام

قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن ابي حنيفة رح انه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة لا يجوز عند ابي يوسف رح وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا او وزنا عند ابي حنيفة رح لانه يتفاوت بالخبز والخبث والتنور والتقدم والتاخر وعندهما يجوز بما يتعامل وعند ابي يوسف رح يجوز وزنا فلا يجوز عددا والتفاوت يتبع المعدود

تعدد ابتداء وبقاء فلهذا جاز بيع الخبز الدقيق والسويق متفاضلا ويجوز بيع خل دقل بخل لب متفاضلا وكذا حصيرا بالاختلاف اصلها جنسا وتخصيص حسن الدقل وهو ردي التمر باعتبار العادة لان الدقل هو الذي كان في العادة يتخذ خلا وما شعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد بخلاف لحمها ولبنها جعل جنسا واحدا كما ذكرنا لاتحاد الجنس مع عدم الاختلاف فانما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالصوف فصار كما يوجب اختلاف الامور المتنوعة ثلاثة اشياء اختلاف الاصول واختلاف المقاصد وزيادة الصفة فان قيل بالنظر الى اتحاد الاصل في الصوف والشعر لا يجوز بيعهما متفاضلا وبالنظر الى المقاصد اختلف فيجوز متفاضلا فينبغي ان لا يجوز متفاضلا تغليبا للحرمة فالجواب ان ذلك عند تعارض دليلهما وتساويهما فيرجح الحرم وهنا ليس كذلك فانه لا تقاوم الصورة المعنى والزم على تغليب جانب المعنى كون لبان البقر والغنم والابل جنسا واحدا لاتحاد المقصود واجيب بمنع اتحاده فان لبن البقر يقصد للسمن ولبن الابل لا يتاتى منه ذلك وكذا اعراض الاكل متفاوت فان بعض الناس لا يطيب له البقر ويتضرر به ودون الضان الصفة وكذا في الابل من الاختلاف بالصفة ما قدمنا من جواز بيع انا صغارا وصحيحا احدهما اثقل من الآخر وكذا تمرة بقبضتين وابرة بابرتين وجوز بعضهم بيضة بيضتين وسفينة بسفينتين وجوزة بجوزتين ان لم يكن شيء من ذلك من حد النقدين فيمتنع التفاضل وان اصطلحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العد والصورة ويجوز بيع شحم البطن بالالية او باللحم واللحم بالالية متفاضلا لانها اجناس لاختلاف الصور والمقاصد والمنافع اختلافا فاحشا واما شحم الجنب فنوع من اللحم وهو مع شحم البطن والالية جنسان وكل ذلك لا يجوز نسيئة لان الوزن يجمعها واما الرؤس والاكارع والجلود فيجوز بيد ابيد كيف ما كان لا نسيئة لانه لم يضبط بالوصف حتى ان السلم فيه لا يجوز قوله ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضل يدا بيد قيل وهو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة لان الخبز صار ايا عدديا في عرف او وزنا في عرف آخر فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة فيفرض كون الجنسية جمعتهما اختلف المقدار فجاز التفاضل والدقيق اما مكيل فكذلك او موزون على ما عليه عرف بلادنا ومن جعله موزونا ثبت الجنسية بينه وبين الخبز فيجوز التفاضل ايضا وروي عن ابي حنيفة رح انه لا خير فيه وهذه العبارة نفي الجواز بطريق التاكيد والكثرة في النفي وبهذا القول قال الشافعي واحمد لشبهة المجانسة او في الخبز اجزاء الدقيق وان الدقيق بعرض ان يصير خبزا فتشترط المساواة ولا يدري ذلك والفتوى على الاول وهو الجواز وهو اختيار المتاخرين لتعذر ما اصطلحوا عليه وهذا اذا كانا نقدين فاما بيعهما نسيئة فان كانت الحنطة نسيئة او الدقيق بان اسلم الخبز فيهما فدفعه نقدا جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة بان اسلم حنطة او دقيقا في خبز لم يجز عند ابي حنيفة رح لانه لا يوقف على حده فانه يتفاوت في الصنعة عجنا وخبزا وكرهوا عند محمد لانه عددي عنده ويكون من الثقيل والخفيف ويجوز عند ابي يوسف لانه وزني ويجوز بشرط الوزن لكان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن وصفات مضبوط وهما وخصوص فلك القدر بعينه من العجن والنار مهدر واختاره المشايخ للفتوى اذا اتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى حتى لا يصير استبدالا بالمسلم فيه قيل قبضه اذا قبض بجزء ما هو دون ما سمى صنعة واذا كان كذلك فالاحتياط في ضمه لانه قلما يقع الاخذ من النوع المسمى خصوصا في من يقبض المسلم فيه في ايام متعددة كل يوم كذا كذا رغيفا فقيل ان لا يصير مستبدلا ولا خير في استقراض الخبز عند ابي حنيفة رح عددا او وزنا لانه يتفاوت بالخبز والنضج والنقصان باعتبار كونه جديدا او عتيقا والتقديم في التنور والتاخير عنه فتقع المنازعة جوزه بذلك واذا منع ابو حنيفة رح السلم فيه وباب السلم حتى جاز في الثياب ولا يجوز استقراضها فهو استقراضها منع وعند محمد رح جوزه بما اي عددا او وزنا للتعامل بين الحيران بذلك والحاجة قد تدعو الى ذلك بين الحيران وعند ابي يوسف يجوز وزنا لا عددا لتفاوت في احاده

قال ولا ربا بين المولى وعبده لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا وهذا إذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين فإن كان عليه دين لا يجوز لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالأجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه **قال** ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لأبي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولأن مالهم مباح في دارهم فبأي طريق أخذه المسلم أخذ مالا مباحا إذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لأن ماله صار محظورا بعقد الأمان

باب الحقوق

ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الأعلى إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الأعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لأنه اسم لما أدير عليه الحدود والعلو من توابع الأصل وأجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه إلا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور إذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لأن كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لأنه من توابعه ولا يدخل الظلة إلا بذكر ما ذكرنا عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما إن كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لأنه من توابعه فشابه الكنيف

ومحمد يقول قد أهدر الجيد إن تفاوته وبينهم كون أغراضه غالبا والقياس يترك بالتعامل وحمل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف وأنا أرى أن قول محمد أحسن **قوله** ولا ربا بين المولى وعبده أي المأذون غير المديون لأنه وما في يده لمولاه ولا يتحقق الربا لعدم تحقق البيع وكذا المدبر وأم الولد فإن كان عليه دين لا يجوز أي البيع بطريق الربا أما عند أبي حنيفة فلعدم ملكه لما في يد عبده المأذون المديون فهو أجنبي عنه فيتحقق الربا بينهما وعندهما إن لم يزل ملكه عما في يده لكن تعلق بما في يده حق الغرماء فصار المولى كالأجنبي عنه فيتحقق الربا بينهما كما يتحقق بينه وبين مكاتبه وفي المبسوط ذكر أنه لا يتحقق الربا بينهما مطلقا ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لأن كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو أخذه لا بجهة البيع سواء كان اشترى منه درهما بدرهمين أو لا بخلاف المكاتب لأنه صار كالحر يدا وتصرفا في كسبه فيجري الربا بينهما **قوله** ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لأبي يوسف والشافعي ومالك وأحمد وعلى هذا الخلاف الربا بين المسلم الأصلي والمسلم الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فلو باع مسلم دخل إليهم مستأمنا درهما بدرهمين حل وكذا إذا باع منهم ميتة أو خنزيرا أو قامرهم وأخذ المال يحل كل ذلك عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف ومن ذكرنا لهم إطلاق النصوص فإنها لم تقيد المنع بمكان دون مكان والقياس على المستأمن منهم في دارنا فإن الربا يجري بين المسلمين وبينه وكذا الداخل منا إليهم بأمان ولأبي حنيفة ومحمد ما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب وهذا الحديث غريب نعم روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ذلك قال الشافعي قال أبو يوسف إنما قال أبو حنيفة هذا لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ربا بين أهل الحرب أظنه قال وأهل الإسلام قال الشافعي وهذا الحديث ليس بثابت ولا حجة فيه أسنده عنه البيهقي قال في المبسوط هذا مرسل ومكحول ثقة والمرسل من مثله مقبول وبأن أبا بكر قبل الهجرة حين أنزل الله الم غلبت الروم الآية قال له قريش ترون أن الروم تغلب قال نعم قال فهل لك أن تخاطرنا فخاطرهم فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب إليهم وزد في الخطر ففعل وغلبت الروم فارسا فأخذ أبو بكر خطره فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم وهو القمار بعينه بين أبي بكر ومشركي مكة وكانت مكة دار شرك ولأن مالهم مباح وإطلاق النصوص في مال محظور وإنما يحرم على المسلم إذا كان بطريق الغدر فإذا لم يأخذ غدرا فبأي طريق يأخذه حل بعد كونه برضى بخلاف المستأمن منهم عندنا لأنه صار محظورا بالأمان فإذا أخذه بغير الطريق المشروع يكون غدرا وبخلاف الزنا إن قيس عليه الربا لأن البضع لا يستباح بالإباحة بل بالطريق الخاص والمال يباح بطيب النفس وإباحته وهذا لا يفيد لمعارضته إطلاق النصوص إلا بعد ثبوت حجية حديث مكحول وقد يقال لو سلم حجيته إلا أنه خبر الواحد لا يجوز إثبات قيد زائد على المطلق من نحو لا تأكلوا الربا ونحوه وهو الزيادة إذ لا يجوز ويدفع بالقطع بأن المطلقات مراد بها المال المحظور بحق مالكه ومال الحربي ليس بمحظور إلا لتوقي الغدر فجاز فهذا التقرير في التحقيق يقتضي أنه لو لم يرد خبر مكحول جاز بالنظر المذكور أعني كون ماله مباحا إلا لعارض لزوم الغدر إلا أنه لا يخفى أنه إنما يقتضي حل مباشرة العقد إذا كانت الزيادة ينالها المسلم والربا أعم من ذلك إذ يشمل ما إذا كان الدرهمان من جهة المسلم ومن جهة الكافر وجواب المسألة بالحل عام في الوجهين وكذا القمار قد يفضي إلى أن يكون مال الخطر للكافر بأن يكون الغلب له فالظاهر أن الإباحة بقيد نيل المسلم الزيادة وقد التزم الأصحاب في الدرس أن مرادهم من حل الربا والقمار ما إذا حصلت الزيادة للمسلم نظرا إلى العلة وإن كان إطلاق الجواب خلافه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب الحقوق محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار **قوله** ومن اشترى منزلا فوقه منزل حاصل ما هنا أن الأسماء ثلاثة البيت والمنزل والدار فالبيت أصغرها وهو اسم لمسقف واحد جعل ليبات فيه فمنهم من يقتصر على هذا ومنهم من يزيد له دهليزا أو الجواب

قال ومن اشترى بيتا في دار ومنزلا ولم يسم له الطريق كان له أن يشرب به بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير وكذا الطريق والمسيل لأنه خارج الحد ولأنه من التوابع فيدخل بذكر المرافق مجازا لا حقيقة لأن الانتفاع لا يتحقق إلا به ولأن المشترى يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه لأن الانتفاع بالمبيع ممكن بدونهم لأن المشترى عادة يشتريه وقد يتخرب فيبيعه من غيره فتحصل الفائدة

ان علوه لا يدخل في بيعه يعني اذا باع البيت لا يدخل العلو وان قال بكل حق هو له او كل قليل وكثير مما لم يذكر اسم العلو سيجيء ان علوه شامل في انه سقف بيوت فيه والشيء لا يشتمل شامله بل ما هو في منه وادور المستعير له ان تغيرا لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب لان المكاتب عبد فاجيب بان ذلك ليس على طريق الاستتباع بل لما ملك المستعير المنفعة بغير بدل كان له ان يملك ما ملك كذلك والمكاتب يتعذر اكتسابه ما حسارا حق المكاتبة كان له ذلك لان كتابة عبده من اكتسابه والمنزل فوق البيت دون الدار وهو اسم لمكان يشتمل على بيتين او ثلاثة ينزل فيها ليلا ونهارا وله مطبخ وموضع قضاء الحاجة فيتأتى فيه السكنى بالعيال مع ضرب تصور اذ ليس له صحن غير مسقف ولا اصطبل له دواب فلكون البيت دونه يصلح ان يتبعه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع غير متوقف على التنصيص عليه باسم الخاص وهو ان يشتريه بكل قليل وكثير هو له فيه او منه او بكل حق له او بمرافقه ولشبهه بالبيت لا يدخل بلا ذكر زيادة والدار اسم لساحة ادير عليها الحدود ويشتمل على بيوت واصطبل وصحن غير مسقف وعلو فجمع فيها بين الصحراء للاستروح ومنافع الابنية للاسكان ولا فرق بين كون الابنية بالتراب والمدر او بالخيام والقباب والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه بلا ذكر زيادة على شراء الدار وكذا يدخل الكنيف الشارع والكنيف هو المستراح اما الظلة وهي الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار الاخرى او طوبات في السكة وسفلها من الدار المبيعة فغير داخل في بيع الدار ما لم يقل ما ذكرنا من قوله بكل حق هو لها او مرافقها او بكل قليل وكثير هو فيها او منها لانه اي الظلة بتأويل الساباط ليس على هواء الطريق فاشبه حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل بلا ذكر زيادة وان مفتحها اذا كان في الدار كانت تبعا للدار كما كنيف الشارع قالوا هذا في عرفهم اي عرف اهل الكوفة اما في عرفنا يدخل العلو من غير ذكر في البيع صورا كلما سوار كان البيع بيتا فوقه علو او منزلا كذلك لانه كل مسكن يسمى خانة في بلاد العجم ودكانا في بلاد العرب وان كان صغيرا كالبيت وغيره وان عظم السلطان تسمى سراي قوله ومن اشترى بيتا في دار ومنزلا فيها او مسكنا فيها فله في الطريق في هذه الدار الى ذلك المشترى الا ان يشترط بكل حق او مرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحد وهو الا انه من التوابع فيدخل بذكرها وفي المحيط المراد الطريق الذي هو في ملك انسان خاصا طريقها الى سكة غير نافذة الى طريق العام فيدخل وكذا ما كان له في حق تسييل الماء والقناة الثلج في ملك انسان خاصة قال رحمه الله واذا كان طريق الدار المبيعة او مسيل مائها في دار اخرى لا يدخل في غير ذكر الحقوق لانه ليس من هذه الدار فلا يدخل الا بذكر الحقوق الا ان جعله بقوله لانه ليس في هذه الدار يقتضي ان الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب فالحق ان كلا منهما لا يدخل لانه وان كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار انما اشترى بيتا منها فلا يدخل ملك البائع او فلكه الا حين لا يذكره ثم قال فان قال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار اخرى فالمشتري لا يستحق الطريق لغير حجة ولكن له ان يردها بالعيب كذلك لو كانت له حقوق دار اخرى على الدار المبيعة فانكانت تلك الدار للبائع يدور فيها والا كانت بمنزلة العيب كذا ظهر في الدار التي طريق الدار اخرى سيل او مسيل ماء فان كانت تلك الدار البائع فلا طريق له في الدار المبيعة لانه باعها من غير استثناء ولو كانت لغير البائع كان بمنزلة العيب قوله بخلاف الاجارة يعني لو استأجر دارا ولم يسم له طريقا فله ان يدخل من اي موضع شاء لان المعقود عليه ثمة المنفعة وهي تستوفى بدون الطريق المسمى والشرب والمسيل لان المقصود منها الانتفاع فلا انتفاع بغير حقوقها والاشياء والبيع ليس كذلك فان المقصود في الاصل منه ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها حتى لو ملك الذنب ويستحق فيها او باخذ منها غلة تبين فاسدا فلهذا لزم البيع فلا يلزم ولهذا جاز بيع الجحش كما ولدت ان لم ينتفع به في الحال لكن الانتفاع به يؤل اليه فلا يصلح جاريا ذكر في الكافي ولهذا لو استأجر طاحونا او اشترى على ان الطريق له فاستحق الطريق ولو استحق الطاحونة ثم اجر البيع صح لان انتفاعه بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيع الا في الظاهر الرواية ولا يصاب ساحة العلو الثمن لانه بمقابلة البيت والبيت لا يستطيع ان يفتح بابه فيها اصابه من الساحة ولا يقدر ان يدخل من ذلك فالقسمة فاسدة فيخير المشتري على ظاهر الصفقة فان شاء اخذ الصفة احدها قطعة من الساحة ولم يذكر طريقا ولا مسيلا وصار البيت لا يستطيع ان يفتح بابه فيها اصابه من الساحة ولا يقدر ان يدخل من ذلك فالقسمة فاسدة فيخير

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذ الجارية وولدها ولو ادعى الولد لم يستحقها لدعواه وجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كما سمعت بينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون ولدا من الاماء بحجة قاصرة ثبتت الملك في الجارية دون الولد وهذه صورة صحة الاخبار وقد اذعت باتصاله بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قبل يدخل الولد في القضاء بلا قضاء قيل بشرط القضاء بالولد وبه تتغير المسائل فان القاضي اذا قضى بالولد قال محمد رحمه الله لا يدخل الولد في الخصومة كذا الولد اذا كان في بطن غير الام لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا

ما ذكرتم في الاجارة ينبغي ان يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق كما يجوز ان تقسم كما اذا تقاسموا جاز ولا اجاب بان الفرق بينهما ان موضع الشرب ليس مما تناوله الاجارة وانما يتوسل به للانتفاع والاجر انما يستوجب الاجر اذا تمكن المستاجر من الانتفاع ففي اوضاع الشرب تعذر المنفعة عليها بهذا بالاجرة وهذا بالانتفاع اما هنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة لانهما كانا داخلين في الملك المشترك فوجب القسمة اختصاص كل منهما بما نصيبه فلو تبقنا لاحدهما حقا في نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز الا باذنه ورضاه وانما دخيل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق واعلم انه اذا ذكر الحقوق في البيع وهو بحيث يمكنه احداث طريق فيما اشتراه وتسييل مائه فيه لم يلزمه ذلك له الطريق والمسيل وفي القسمة اذا ذكر الحقوق ولم يكن له الطريق والتسييل فيما اصابه ليس له ذلك بل يطرق ويسيل فيما اصابه فطولب بالفرق والفرق ان البيع ايجاب الملك من العدم لقصد الانتفاع به وان لم يلزم فيه ذلك فاشتراط تتميم مطلقا والمقصود بالقسمة تمييز الملك الثابت لهما لكل منهما ينتفع به على الخصوص بحيث لا يشترك فيه احد اذ لو لم يرد ذلك الخصوص لم يكن حاجة الى القسمة وانما تتم هذا اذا لم يدخل الطريق والمسيل فلا يدخلان الا برضى صريح ولا يكفي فيه ذكر الحقوق والمرافق فاعلم

باب الاستحقاق حق هذا الباب ان يذكر بعد تمام ابواب البيع لانه ظهور عدم الصحة بعد اتمام ظاهرا ولكن لما ناسب الحقوق لفظا ومعنى ذكر عقيبه **قوله** ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل فان كان ببينة استحق ولدها وارشها ان كان وان اقر المشتري له بها لا يستحق الولد وذلك ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة اي ثابتة في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضي عليه فانها كما سمعتها ببينة لما كان ثابتا في نفس الامر قبل الشهادة به لان الشهود لا يكذبون من اثبات ملك في الحال لم يكن ثابتا في الاصل ولا القاضي وانما تظهر البينة ما كان ثابتا قبله فلا تقف عند حد معين ولهذا ترجح الباعثة بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر آخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق مقضيا بالبينة لانه يثبت القضاء على الكل ولا تسمع دعوى احدهم انه ملكه لان الكل صاروا مقضيا عليهم بالقضاء على المشتري الاخير كما لو ادعت في غيبة انها امرأة الاصل حيث يرجعون فالولد كان متصلا بها في الزمان الذي يتجب عليه اظهار البينة الملك فيكون له لما الاقرار حجة قاصرة على المقر حتى لا يتعدى الى غيره حقه لا ولاية له على غيره ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك بتحصيل اثباته في حال ما الولد في الحال منفصل عليها والاقرار انما هو بها فقط فلا تتعدى اليه وهذا التوجيه يقتضي انه لو ادعاه المقر له لا يكون له وذكر الشمس الائمة في عالم لكن لا يعلم اذا لم يدعه فلو ادعاه كان له لان الظاهر انه هو الولد واذا ظهر ان الولد للمستحق بالبينة يقتضي القاضي لام بل تدخل في القضاء فيصير ايضا مقتضيا به قبل تم تبعا كما ان ثبوت استحقاق تبعا وقيل لا بل يشترط القضاء بالولد ايضا لانه اصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله ولا بد من الحكم به وهو الاصح من المذهب قال الامام وعليه تخريج المسائل التي ذكرها محمد فان محمدا قال اذا قضى بالقاضي بالاصل ولم يسلم الزوائد لا يدخل الزوائد تحت الحكم وكذا اذا كانت الزوائد في يد غائب لم تدخل حيث لم تدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو امر جائز عرفا انه يشترط القضاء بالولد بخصوصه ثم ذكر في النهاية ان القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي بينه وبين البائع ولكن يوجب توقفه على اجازة المستحق وتبعه الجماعة فاقتضيه شارح بان غاية ما في الباب ان يكون بيع فضولي ممن بايع المشتري الذي قضى عليه بالاستحقاق وفيه اذا وجد عدم الرضا ينفسخ العقد واثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا يعني الموقوف المنسخ لاجله الاجازة فاستوضح بان الفتاوى الصغرى اشترى شيئا ثم استحق من يده ثم وصل الى المشتري ولم يعلم بالتسليم الى

قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد له فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع لا يدرى اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال العبد ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره اني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل اذا كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة **قال** ومن ادعى

البائع لانه وان جعل مقرا بالملك للبائع لكن بمقتضى الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الاقرار ثم قال لا جرم لو اشترى عبدا اقدا قرايضا انه ملك البائع ثم استحق في يد المشتري ورجع بالثمن على البائع ثم وصل اليه يوما يؤمر بالتسليم الى البائع لان اقراره بالملك له لم يبطل انتقل عن شرح قسمة خواهرزاده انتهى وما ذكره صاحب النهاية هو المنصور وقوله اثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا ان اراد دليل عدم الرضى بالبيع فليس بلازم لم لا يجوز ان يكون دليل عدم الرضا بان يذهب من يده مجانا وذلك لانه لو لم يدع الاستحقاق مع بينة استمر في يد المشتري من غير ان يحصل له عينه ولا بدله فباثباته يحصل احد الامرين العين او البدل بان يجيز ذلك البيع ويحصل الثمن اليه فظهر ان اثبات الاستحقاق ليس بملزوم لعدم الرضا بالبيع بل المتحقق انه ملزوم لعدم الرضا بذهابه وذهاب بدله عنه واما ما استوضح به من الفتاوى الصغرى فليس بمفيد له لان المذكور فيها استحق من يده ثم وصل اليه ومعنى هذا انه اخذ عينه من يد المشتري ثم وصل اليه لا يكون انه اذا اتصل باثبات الاستحقاق اخذ المستحق للعبد بعينه فلا بد ان يرجع المشتري بالثمن ممن هو في يده فقد ظهر منه عدم الرضى بالبيع والالم يأخذ جازه فاين هذا من مجرد اثبات الاستحقاق والقضاء به حتى ظهر ملكه فيه والله سبحانه هو الفتاح الجواد ولا اله غيره ولا نرجو الا خيره وفي الذخيرة ما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق ان استحقاق المبيع يوجب توقف العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى واعلم ان المنقول في ان البيع متى ينفسخ اقوال قيل اذا قبض المستحق وقيل ينفسخ بالقضاء والصحيح انه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن حتى لو اجاز المستحق بعد ما قضى له او بعد ما قبضه قبل ان يرجع المشتري على بائعه يصح وقال شمس الائمة الحلواني الصحيح من مذهب اصحابنا ان القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفي الزيادات روي عن ابي حنيفة انه لا ينتقض ما لم يأخذ العين بحكم القاضي وفي ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم ينفسخ وهو الاصح انتهى وهذا ان تراضيا على الفسخ لانه ذكر فيها ايضا اذا استحق المشتري وارادا لمشتري نقض البيع من غير قضاء ولا رضى البائع ليس له ذلك لان احتمال اقامة البينة على النتاج من البائع او على تلقي الملك من المستحق ثابت الا اذا قضى القاضي فيلزم العجز فينفسخ انتهى يعني يلزم العجز عن اثبات ذلك او المراد ان يفسخ المستحق فانه هو المالك نعم لا شك في انه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشتري بعد ان قضى للمستحق واخذ المبيع واستمر غير مجيز انه ينفسخ فان سكوته بعد الاخذ عن الاجازة قدر ما يتمكن فيه من الاجازة ولم يجز دليل ظاهر في عدم رضاه بالبيع **قوله** ومن اشترى عبدا اي اشترى انسانا قال له اشترني فاني عبد فاذا هو حر اي فظهر انه حر بينة اقامها وان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة اي يدري مكانه لا يرجع على العبد بشيء من الثمن الذي قبضه بائعه للتمكن من الرجوع على القابض وان كان البائع لا يدري اين هو رجع المشتري على العبد بما دفع الى البائع من الثمن ورجع العبد على بائعه بما رجع المشتري به عليه ان قدر وانما رجع العبد على البائع مع انه لم يأمره بالضمان عنه لانه ادى دينه وهو مضطر في ادائه بخلاف من ادى عن آخر دينا او حقا عليه بغير امره فليس بمضطر فيه فانه لا يرجع به والتقييد بالقيدين لانه لو قال انا عبد وقت البيع ولم يأمر بشرائه او قال اشترني ولم يقل فاني عبد لا يرجع عليه بشيء ولو ارتهن عبدا مقرا بالرق فظهر حرا وقد كان قال ارتهني فاني عبد فالراهن لم يرجع عليه اي على العبد على كل حال اي سواء كان الراهن حاضرا او غائبا يعرف مكانه او لا يعرف وهذا ظاهر الرواية عنهم وعن ابي يوسف انه لا يرجع فيهما اي في البيع والرهن لان الرجوع بالمعاوضة وهي المبايعة هنا او بالكفالة وليس واحد منهما ثابتا هنا بل الثابت ليس الا مجرد الاخبار كاذبا فصار كما لو قال اجنبي لشخص ذلك وكقول العبد ارتهني فاني عبد وهي المسئلة المذكورة ثانيا ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره وكان مغرورا من جهته والتغرير في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يجعل سببا للضمان دفعا للغرر بقدر الامكان وكان تعذر رجوعه ضامنا لذلك الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه كما لو

حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان طلب المدعي يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه

اذا قال لاهل السوق بايعوا عبدي فاني قد اذنت له ففعلوا ثم ظهر استحقاق العبد فانهم يرجعون على المولى بقيمة العبد فيجعل المولى لذلك ضامنا لدرك ما ذاب عليه دفعا للغرور عن الناس بخلاف الرهن فانه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه فلو هلك يقع استيفاء للدين ولو كان معاوضة كان استبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام واذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الامر به ضمانا لانه ليس تغريرا في عقد معاوضة ولهذا قالوا لو قال رجل لآخر وقد سأله عن امن هذا الطريق فقال له اسلكه فانه امن فسلكه فنهب ماله لم يضمن وكذا لو قال كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فاكله فمات غير انه استحق عند الله عذابا لا يطاق وبخلاف الاجنبي فانه لا يعبأ بقوله فالرجل هو الذي اغتر قال المص ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة لان الدعوى اي دعوى الحرية شرط في القضاء بنيتها والدعوى لا تصح من هذا العبد للتناقض فان دعوى الحرية تناقض تصريحه برقه فاجيب من جهة بعض المشائخ لان هذه الدعوى ان كانت بحرية الاصل فالدعوى ليست بشرط عنده كقولهما في دعوى الحرية مطلقا لتضمنه تحريم فرج امه على السيد وتحريم اخواتها وبناتها وحرمة الفرج حقه تعالى والدعوى ليست شرطا في حق الله تعالى كما في عتق الامة حتى ان الشهود يحتاجون في شهادتهم الى تعيين الام والحرمات لا تحتاج في القضاء بها الى الدعوى واذا لم يحتج الى الدعوى لا يضر التناقض فيها وقيل هو اي الدعوى شرط مطلقا في حرية الاصل ودعوى الاعتاق في الكافي والصحيح ان دعوى العبد شرط عند ابي حنيفة في حرية الاصل والعتق العارض لكن التناقض في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى بها اما في حرية الاصل فلخفاء حال العلوق فانه يسبى مع امه او بدونها فلا يعلم بحريتها ورقها حال العلوق به فيقر بالرق ثم تظهر له حرية امه فيدعي الحرية وفي الاعتاق العارض فلان المولى ينفرد به ولا يعلم العبد فيقر بالرق ثم يعلمه فيدعيه والتناقض في دعوى ما فيه خفاء يعذر فيه وصار كالمختلعة تقيم البينة على تطليق الزوج اياها ثلاثا قبل اختلاعها تقبل وكذا المكاتب بقيمتها على الاعتاق قبل الكتابة تقبل مع ان اتفاقهما على سؤال الخلع والكتابة اقرار بقيام العصمة والرق ولم يضر التناقض للخفاء فترجع المرأة والمكاتب ببدل الخلع وما للكتابة وذكر هنا مسئلة الجامع الكبير وهي اصل في الاستحقاق وهي رجل اشترى من آخر ثوبا فقطعه قميصا وخاطه ثم جاء مستحق قال هذا القميص لي واثبته بالبينة فالمشتري لا يرجع بالثمن على البائع لان الاستحقاق ما ورد على ملك البائع لانه لو كان ملكه في الاصل فانقطع بالقطع والخياطة كمن غصب ثوبا فقطعه فخاطه ينتقل ملك المغصوب منه من الثوب الى الضمان فالاصل ان الاستحقاق اذا ورد على ملك البائع الكائن من الاصل يرجع عليه وان ورد على ملك المشتري بعدما صار الى حال لو كان غاصبا ملكه به لا يرجع على البائع لانه متيقن الكذب ولهذا لو اشتراها منذ شهرين فاقام رجل بينة انها له منذ شهرين يقضى بها له ولا يرجع على بائعه وعرف ان المعنى ان يستحقه باسم القميص ولو كان اقام البينة انه كان له قبل هذه الصفة رجع المشتري بالثمن وعلى هذا الجواب اذا اشترى حنطة وطحنها ثم استحق الدقيق ولو قال كانت قبل الطحن لي يرجع وكذا اذا اشترى لحما فسواه ولو اشترى شاة فذبحها وسلخها فاقام البينة آخر ان الراس والاطراف والجلد واللحم له قضي بها رجع المشتري على بائعه لان هذا استحقاق عين الشاة

قوله حقا في دار اي مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا لم يرجع على الذي صالحه بشيء لتمكنه من ان يقول مرادي من الحق الذي ادعيته او الحق الذي ادعيه هذا الباقي ولو كان ادعاها كلها فصالحه واستحق منها شيء رجع بحسابه لان التوفيق

لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة

هنا غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامته ودلت المسئلة على امرين احدهما ان الصلح عن مجهول على معلوم جائز لان الابراء عن المجهول جائز عندنا لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة والآخر ان صحة الدعوى ليست شرطا في صحة الصلح لان دعوى الحق غير صحيحة لجهالة المدعى به ولذا اذا اقام به بينة لا تقبل اما اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق قبلت البينة فروع اشترى شيئا ثم قال هو ملك فلان وصدقه او ادعاه فلان وصدقه هو او انكر فحلف فنكل ليس له في شيء من ذلك الرجوع على البائع بخلاف وكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب فحلف فنكل يلزم الموكل لان النكول من المضطر كالبينة وهو مضطر في النكول اذا لم يعلم عيبه ولا سلامته ولو اقام المشتري بينة على انه ملك فلان لا تقبل لتناقضه فان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع واذا ادعاه لغيره تناقض بخلاف ما لو برهن على اقرار البائع انه ملك فلان يقبل لعدم تناقضه وبخلاف لو تدعي برهن على انها حرة الاصل وهي تدعي ذلك او انها ملك فلان وهو اعتقها او دبرها او استولدها قبل شرائها حيث تقبل ويرجع بالثمن على البائع لان التناقض في دعوى الحرية فروعها لا تمنع صحة الدعوى باع عقارا ثم برهن ان ما باعه وقف لا يقبل لان مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الاعتاق ولو برهن انه وقف محكوم بلزومه قبل ولو برهنت امة في يد المشتري الاخير انها معتقة فلان او مدبرته او ام ولده يرجع الكل الا من كان قبل فلان اشترى شيئا ولم يقبضه حتى ادعاه آخر انه لا يسمع دعواه حتى يحضر المشتري والبائع لان الملك للمشتري واليد للبائع والمدعي يدعيهما فشرط القضاء عليهما حضورهما ولو قضى له بها بحضرتهما ثم برهن البائع او المشتري على ان المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشتري قبل ولزم البيع لانه يقرر القضاء الاول ولا ينقضه ولو فسخه القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البائع ان المستحق باعها منه يأخذها وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض ولو قضى للمستحق بعد اثباته بالمستحق ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقى الامة للبائع عند ابي حنيفة وليس له ان يلزمها المشتري لنفوذ القضاء بالفسخ باطنا وظاهرا عنده ولو استحقت من يد مشتري فبرهن الذي قبله على بيع المستحق من بائع بائعه قبل لانه خصم ولو برهن البائع الاول ان المستحق امره ببيعها وهلك الثمن في يده تقبل ولو استهلكه او رده لا تقبل ولو اقر عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك اقام المستحق البينة واثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له ان يرجع على بائعه لان القضاء وقع بالبينة لا بالاقرار لانه محتاج الى ان يثبت بها ليمكنه الرجوع على بائعه هكذا ذكر رشيد الدين في باب الدعوى بالدين بسبب وبغير سبب من فتاواه وذكر في باب ما يكون اقرارا من المدعى عليه من فتاواه المدعي لو اقام بينة على دعواه ثم اقر المدعى عليه بالملك له فالقاضي يقضي بالاقرار لا بالبينة لان البينة انما تقبل على المنكر لا المقر وذكر في آخر كتاب الدعوى ادعى عينا في يد رجل وانكر المدعى عليه فاقام بينة على ما ادعاه فقبل ان يقضي القاضي للمدعي ببينة اقر المدعى عليه بالعين للمدعي يقضي بالبينة او بالاقرار اختلف فيه المشائخ بعضهم قالوا بالاقرار وبعضهم قالوا بالبينة لان المدعي حين اقام البينة كان المدعى عليه منكرا واستحق المدعي القضاء بالبينة فلا يبطل هذا الاستحقاق باقراره قال والاول اظهر واقرب الى الصواب وهو يناقض ما ذكره في باب دعوى الدين الا ان تخص تلك لتعارض الحاجة الى الرجوع وقصد القاضي الى القضاء باحدى الحجتين بعينها فيتحصل انه اذا ثبت الحق بالبينة والاقرار ينبغي على ما جعله الاظهر ان يقضي بالاقرار وان سبقته اقامة البينة غير ان القاضي يتمكن من اعتباره قضاء بالبينة عند تحقق حاجة الخصم الى ذلك فينبغي ان يعتبر قضاؤها ليندفع الضرر عنه بالرجوع ولو قضى بالاستحقاق

فصل في بيع الفضولي قال ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبتت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع

فطلب المشتري بالثمن من البائع فرده اليه ثم ظهر فساد القضاء فليس للمشتري ان يسترد المستحق من البائع لثبوت التقابل ولو لم يترادا ولكن القاضي قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ ولو احب البائع ان يامن غائلة الرد بالاستحقاق فابراه المشتري من ضمان الاستحقاق قائلا لا ارجع بالثمن ان ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ما قاله لان الابراء لا يصح تعليقه بالشرط قالوا والحيلة فيه ان يقر المشتري ان بايعي قبل ان يبيعه مني اشتراه مني فاذا اقر على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لانه لو رجع على بائعه فهو ايضا يرجع عليه باقراره انه بائعه منه والله اعلم

فصل في بيع الفضولي مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لان دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولي على احسن الوجوه لانه يتضمن اما دعواه ان بائعك باع ملكي بغير امري لغصبه او فضوله واحسن المخارج لمتمسك فيه فضوله والفضول جمع فضل غلب في الاستعمال بما لا يعنيه وما لا ولاية له فيه فقول بعض الجهلة لمن يامن بالمعروف انت فضولي يخشى عليه الكفر قوله ومن باع ملكه غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو قول مالك واحمد وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك فقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية فصار كبيع الابق والطير في الهواء في عدم القدرة على التسليم وطلاق الصبي العاقل في عدم الولاية وقال عم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك قلنا المراد بالبيع الذي تجري فيه المطالبة من الطرفين وهو النافذ والمراد ان يبيعه لم يشتريه فيسلم بحكم ذلك العقد وذلك غير ممكن لان الحادث يثبت مقصورا على الحال وحكم ذلك السبب ليس هذا بل ان يثبت بالاجازة من حين ذلك العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة وسبب ذلك النهي يفيد هذا وهو قول حكيم يا رسول الله ان الرجل ياتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاشتريها فاسلمها فقال عم لا تبع ما ليس عندك وقال الكرخي حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا الحسن بن العرار قال ثنا سفيان عن شبيب بن عرقدة سمعه من قومه عن عروة البارقي وحدثنا ابراهيم قال ثنا ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن عرقدة اخبرنا الحسن عن عروة البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا يشتري به اضحية فاشترى بشاتين فباع احدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا له النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا ربح فيه وروي انه صلى الله عليه وسلم دفع دينارا الى حكيم بن حزام ليشتري اضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبره بذلك فقال صلى الله عليه وسلم بارك الله لك في صفقتك فاما الشاة فضحى بها واما الدينار فتصدق به وقولك لا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ان اردت لا انعقاد على وجه النفاذ سلمنا ولا يضر وان اراد لا انعقاد على وجه التوقف الا ان يرى المالك مصلحته في الاجازة فيجيز فعله او عدمها فيبطله ممنوع ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر ولا مانع شرعي فيدخل ثبوته في العمومات الا تحقق ما ذكرنا فان المالك يكفي مؤنة طلب المشتري ووفور الثمن وقراره ونفاق سلعته وراحته منها ووصوله الى البدل المطلوب له المحبوب والمشتري وصوله الى حاجة نفسه ودفعها بالمبيع وارتفاع الم نقدها اذا كان مهما له والعاقد يصون كلامه عن الالغاء والاهدار بل وحصول الثواب له اذا نوى الخير لله تعالى من الاعانة على حصول الرفق لاخيه المسلم ولما كان هذا التصرف خيرا لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الاذن في هذا القدر ثابت دلالة اذ كل عاقل ياذن في التصرف النافع بلا ضرر بسببه اصلا وبالعمومات فوجب اعتباره وصار كالوصية من المسلمين

قال وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يد الفضولي لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للعقد في حق نفسه فتجلو ف الفضولي في الثمن معتبر بمحض هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا فانه لا اجازة اذا كان العرض باقيا ايضا تم الاجازة اجازة للعقد لا اجازة عتق حتى يكون العرض والثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان هالكا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة

المستغرق وباكثر من الثلث اذ كان الدين محيطا بالتركة حيث يتوقف على اجازة المستحق بالاجماع فهذا اصل القياس صحيح لا يقال فاذا ثبت الافتقار ولا نسلم ان ينفذ العقد لانا نقول الثابت دلالة ما لا خيرة فيه وذلك هو الانعقاد موقوفا على راي المالك فثبت هذا القدر فاما نفاذه بلا رايه فيه اضرار به اذ قد لا يرضى به فيثبت بخلاف بيع الطير في الهواء والسمك في الماء لا يجوز لعدم المحل فان الطير ليس مملوكا اصلا قبله وما ليس بمملوك لاحد لا يكون محلا للبيع وبيع الابق منعقد فاسدا وهو عندنا يفيد ذلك اذ المتصل به القبض وعدم توقف طلاق الصبي ولو بمال بحق الشرع فانه انزله كالمجنون فيما نحن فيه وان كان عاقلا اذ صح توكيله بذلك بغيره وطلاق المرأة خير ظاهر فان عقد النكاح شرع للتزوج والتعاون لانتظام المصالح فلذا لم يتوقف ذلك منه لا على اجازة وليه ولا على اجازته بعد البلوغ بخلاف ما لو اشترى او تزوجت امته فان هذه التصرفات تتوقف منه على اجازة وليه او اجازته بعد البلوغ فان قيل يجب ان يتوقف العتق المقصود منه وهو الملك قلنا لا يلزم من عدم ترتبه في الحال عدمه مطلقا بل هو مرجو فلا يلزم عدمه وكون متعلق القدر مرجوا كان في صحة التصرف عن هذا صح تعليق الطلاق والعتاق بالشرط والاخطار وقوع في الحال ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغي ان يلغو لكن لما كان بحيث يرجى صح وانعقد سببا في الحال حتى [illegible] الشرط كقولنا هذا وقول المصنف تمليك من اضافة العام الى الخاص كحركة الاعراب لاضافة في شكله بيانية اي تصرف هو تمليك [illegible] هذا القيد هنا لان تصرفات الفضولي تتوقف عندنا اذا صدرت والمتصرف مختار ممن يقدر على الاجازة سواء كان تمليكا كالبيع وان [illegible] والتزويج والتزوج [illegible] حق لزوجها غيره فاعتق عبده فاجاز طلقت واعتق ولد اسائر الاسقاطات كالرهون وغيره فكان الاحسن ان يقول [illegible] وانما قيد بالشراء في شراء الفضولي تفصيل ذكره في شرح الطحاوي وطريقة الخلاف هو انه لو قال الفضولي بع هذا العبد من فلان فقال المالك بعت فقال الفضولي قبلت لا جله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس واذا قال الفضولي اشتريت هذا لا جل فلان فقال بعت او قال المالك ابتداء بعت منك هذا العبد لا جل فلان فقال اشتريت فالعقد للفضولي غير متوقف على اجازة فلان لانه وجد فنفاذا على المشتري فلا يتوقف لانه اضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى ابقائه الى رضى الغير فقوله لا جل فلان يجعل لا جل شفاعته او رضاه بخلاف البيع المطلق فانه تمليك للحال اي فلا يتوقف على الاجازة [illegible] والذي خاطبه فلا بد من بقاء اربعة للثلاثة المذكورة والمالك حتى لو مات لا يصح اجازة الورثة كما سنذكره فيما اذا كان الثمن دينا اي مما لا يتعين وبهذا ان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيام العقد الذي هو مورد هذا التصرف وقيام العاقدين او المعقود عليه وانما لم يذكر المالك لانه ذكر ان الاجازة منه وهو فرع وجوده وفي الايضاح حتى الفضولي في حق وصف الجواز موقوف على الاجازة فاخذ الاجازة حكم الانشاء ولا بد في الانشاء من قيام الاربعة وفي التفصيل شرط بقاء المعقود عليه لان الملك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الاجازة ولا يمكن ان ينتقل بعد الهلاك والمشتري ليلزمه الثمن وبعد الموت لا يلزم الميت ولم يكن لزمه حال الحياة والبائع لانه لا يزيد حقوق العقد بالاجازة ولا لزمه الا حيا والمالك لان الاجازة تكون منه لا من وارثه واذا اجاز المالك صار المبيع ملكا للمشتري والثمن ملكا للمالك في يده وفي يد الفضولي فلو هلك لا يضمنه كالوكيل فلا اجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة من حيث انها صار بها متصرفا فاذا وان لم يكن لزمه من كل وجه فان المشتري من المشتري من الفضولي اذا اجاز المالك لا ينفذ بل يبطل بخلاف الوكيل وهذا بسبب ان الملك البات اذا طرأ عليه الموقوف وهو ملك المشتري من الفضولي يبطل به الموقوف ولهذا لو تزوجت امته وطيها مولاها بغير اذنه فات قبل الاجازة توقف الملك الى اجازة الوارث لانه لم يطرأ ملك بات للعارث في البضع ليبطل وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الولاد بخلاف ابن العم والفضولي اي

ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حيوته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف رح اولا وهو قول محمد رح لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف رح وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك

في البيع ان يفسخ قبل اجازة المالك حتى لو اجازه لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وانما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه فانه بعد الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد اليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه من نفسه قبل ثبوته عليه بخلاف الفضولي في النكاح ليس له ان يفسخ بالقول ولا بالفعل لانه معبر محض اي كناقل عبارة فبالاجازة تنتقل العبارة الى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي فلا يلزمه بالاجازة ضرر تعلق الحقوق وقد ثبت للمالك والولي حق ان يجيز وكذا بالفعل كان زوج امراة برضاها من غائب فقبل ان يجيز زوجه اختها توقف العقد الثاني ايضا بخلاف ما لو وكله قبل عقده فضوليا ان يزوجه امراة فزوجه اختها فان العقد الاول يبطل لطرو البات على الموقوف هذا الذي ذكرناه فيما اذا كان الثمن دينا فان كان عينا بان باع الفضولي ملك غيره بعوض معين ببيع مقايضة اشترط قيام الاربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض واذا اجاز مالك المبيع والثمن عرض فالفضولي يكون مبيع مال الغير مشتريا للعرض من وجه والشراء لا يتوقف اذا وجد نفاذا فينفذ على الفضولي فيصير مالكا للعرض والذي يفيده والاجازة انه اجاز للفضولي ان ينفذ ثمن ما اشتراه من ذلك العرض ماله كانه قال اشتر هذا العرض لنفسك وانفذ ثمنه من مالي هذا قرضا عليك فان كان مثليا فعليه مثله وان كان قيميا كثوب او جارية فقيمته فيصير مستقرضا للجارية او الثوب والقرض وان لم يجز في القيميات لكن ذلك اذا كان قصدا وهنا انما ثبت ضمنا مقتضى لصحة الشراء فيراعى فيه شرائط صحة المقتضى وهو الشراء لا غير كالكفيل بالمسلم فيه اذا اداه من مال نفسه يصير معرضا حتى يرجع بقيمته ان كان ثوبا لان الثوب مثلي في باب السلم فكذا فيما جعل تبعا له فكذا ههنا اذ لا صحة لشراء العبد الا بقرض الجارية والشراء مشروع فيما في ضمنه يكون مشروعا هذا وانما ينفذ الشراء على المشتري اذا لم يضفه الى آخر وجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشتري من آخر فاما ان كان كذلك فالشراء يتوقف وفي الوكالة ينفذ على الموكل فانه ذكر في شرح الطحاوي ولو اشترى رجل لرجل شيئا بغير امره كان ما اشتراه لنفسه اجاز الذي اشتراه له او لم يجزه اما اذا اضافه الى آخر بان قال للبائع بع عبدك من فلان بكذا فقال بعت وقال المشتري هذا البيع لفلان فانه يتوقف وقوله ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث قدمنا الكلام فيه وهو بخلاف القسمة عند ابي حنيفة وابي يوسف فان القسمة الموقوفة على اجازة الغائب الكبير جازت باجازة ورثته بعد موته استحسانا لانه لا فائدة في نقض القسمة ثم الاعادة وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع فلا يجوز باجازة ورثته هو القياس والاستحسان مقدم ولو هلك المبيع قبل الاجازة قبل التسليم فلا ضمان على احد وان هلك بعده فالمالك ان يضمن ايهما شاء البائع او المشتري وايهما اختار برئ الآخر من الضمان لتضمن التضمين تمليكا فاذا ملكه من احدهما لا يتصور تمليكه من الآخر فان اختار تضمين المشتري بطل البيع الموقوف لان اخذ القيمة كاخذ العين ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي لا بما ضمن وان اختار تضمين البائع نظر ان كان قبض البائع مضمونا عليه نفذ بيعه لانه سبب ملكه وهو غصبه وتقدم عقده وان كان قبض امانة وانما صار مضمونا عليه بالتسليم لا ينفذ بيعه في الضمان لان سبب ملكه تاخر عن عقده وذكر محمد في ظاهر الرواية انه يجوز البيع بتضمين البائع وهو محمول على انه سلمه اولا حتى صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كالمغصوب هذا اذا باعه بثمن دين فان كان يعين مما يتعين بالتعيين فهلك في يد البائع بطل بيعه فلا يلحقه اجازة ويرد المبيع على صاحبه ويضمن البائع للمشتري مثل العرض او قيمته ان كان قيميا لانه قبضه بعقد فاسد ولو اجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد رح لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك

قال ومن غصب عبدا فباعه وسلمه فاعتقه المشتري ثم اجاز مولى العبد البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله لا عتق بدون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولنا قوله في الاخرى ثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والعتق للاعتاق الكامل ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولان عتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك فكان لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى لغذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكان لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولان الملك ثبت موقوفا فيتبين مطلق موضوع لافادة الملك والاصل فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق وتبنى عليه وينفذ بنفاذه وتضاد كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالدين يصح وينفذ اذا قضى الدين بخلاف ذلك تقرر في اعتاق الغاصب نفسه لان الغصب خبر موضوع لافادة الملك بخلاف ما نحن فيه فيتم البائع لانه ليس بمطلق وقرائن الشراء بينت انعقاده على حق المحكوم له والمشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرء على ملك موقوف لغيره ابطله وأما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه لان اعتاقه هذا وان وقع

قوله ومن غصب عبدا فباعه وسلمه فاعتقه المشتري ثم اجاز مولى العبد البيع فالعتق جائز كذا ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكر خلافا لكنهم اثبتوا خلافه مع زفر في طلاقه العتق وهذه من المسائل التي جرت المجاورة بين ابي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال ابو يوسف ما رويت لك عن ابي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت لك ان العتق باطل وقال محمد بل رويت لي ان العتق جائز واثبات مذهب ابي حنيفة في صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الاصل الفرع صريحا واقل احواله ان يكون في المسئلة روايتان عن ابي حنيفة قال الحاكم الشهيد قال ابو سليمان هذه رواية محمد عن ابي يوسف ونحن سمعنا من ابي يوسف انه لا يجوز عتقه وسمعنا ان شاء الله تعالى قالوا وقول محمد قياس وقول ابي حنيفة استحسان وجه قول محمد انه لا عتق الا في ملك لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك وقت العقد ولو ثبت في الاخرى اي عند الاجازة ثبت مستندا وهو ثابت وقت العتق من وجه دون وجه والصحيح لا عتاق الملك الكامل لما روينا من هذا الحديث وقد سلف تخريجه ولهذا اي لاجل ان الشرط الملك الكامل لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا المشتري بشرط الخيار للبائع ثم يخير البائع البيع وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان بعد ان باع وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولا الاطلاق في النكاح الموقوف حتى اذا جن لا يقع للمرأة وكل من الطلاق والعتق في الحاجة الى الملك على الفور وكذا اذا جعل فضولي امر رجل بيدها فطلقت نفسها ثم اجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض فان طلقت نفسها الآن طلقت رجعيا والا لا ولهما ان الملك ثبت موقوفا فتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيثبت الاعتاق موقوفا عليه فينفذ بنفاذه ومطلق بفتح اللام واحترز به عن البيع بشرط الخيار فتح وجه قوله الاصح والخيار للبائع لان ذلك ليس بتصرف مطلق اذ الخيار يمنع ثبوته في حق الحكم لا باتا ولا موقوفا وقد يقرر بكسر اللام والفتح اصح وبموضوع لافادة الملك عن الغصب فخرج الجواب عن قوله لا ينفذ من الغاصب اذا اعتق ثم ادى الضمان على ان الغصب ليس سببا موضوعا لافادة الملك وانما ثبت الملك ضرورة اداء الضمان فهو بعرضية ان يتسبب سببا لانه وضع سببا فيقتصر على ذلك ولذا لا يتعدى الى الزوائد المنفصلة بخلاف البيع اذا اجيز ثبت الملك في المتصلة والمنفصلة واما بيع المشتري من الغاصب فانما لا يصح منه لبطلان عقده بالاجازة فان بها يثبت الملك للمشتري باتا والملك البات اذا ورد على الموقوف ابطله وكذا لو وهبه مولاه للغاصب او تصدق به عليه او مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات والا فقد كان فيه ملك بات وعرض سعه الملك الموقوف وصار كاعتاق المشتري من الراهن فانه يتوقف بالاتفاق على اجازة المرتهن او فك الرهن والجامع انه اعتاق في بيع موقوف وكاعتاق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ اذا قضى الدين واما اعتاق المشتري من الغاصب الضمان فمقبول ينفذ كذا ذكره هلال الرأي البصري في وقفه وهو من اصحاب ابي يوسف ذكر فيمن غصب ارضا فباعها فوقفها المشتري ثم ادى الغاصب ضمانها حتى ملك قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق اولى واما عدم وقوع الطلاق في النكاح الموقوف وفي التفويض الموقوف فالاصل فيه ان كل تصرف جعل شرعا سببا للحكم اذا وجد من غير ولاية شرعية فلم يستعقب حكمه وتوقف ان كان مما يصح تعليقه جعل معلقا والا اجعل الى ان يجعل سببا في الحال متاخرا حكمه ان امكن فما يصح ليس بما يعلق يجعل سببا في الحال فاذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الاجازة ظهر اثره من وقت وجوده فلذلك الزوائد واما التفويض فيحتمل التعليق فجعل معلقا بالاجازة فاذا ثبت التفويض في الحال لا مستندا فلا ثبت حكمه

قال فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز البيع فالارش للمشتري لان الملك ثم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة عدم الملك **قال** فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر **قال** فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فيتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه

الا من وقت الاجازة واما النكاح فلا يعلق ولا يمكن ان يعتبر في حال التوقف سببا لملك الطلاق بل لملك المتعة المستعقب له اذا ثبت وهذا لانه لا يثبت لاجل صحة الطلاق مقصودا لان شرعيته لضد ذلك من انتظام المصالح بينهما لا لوقوع الشتات بالفرقة فلا يثبت ذلك الا بناء على ثبوت المقصود اولا وهو منتف هنا فلو ثبت لكان ليس الا لصحة وقوع الطلاق بخلاف ملك القن فانه يجوز ان ينعقد مقصودا لصحة العتاق والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم لا عتق الحديث النافذ في الحال وغاية ما يفيد لزوم الملك للعتق وهو ثابت هنا فانا لم نوقفه قبل الملك فحاصل الخلاف كما قال الامام القاضي يرجع الى ان بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية فكان الاعتاق لا في ملك فيبطل كما لو باعه المشتري من الغاصب وعندهما يوجبه موقوفا لان الاصل اتصال الحكم بالسبب والتاخير لدفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لا في توقفه وبعد فالمقدمة القائلة في كلام محمد المصحح لاعتاق الملك الكامل لم يصرح فيها بدفع ويمكن ان يستخرج من الدليل المذكور منع انه يحتاج الى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك **قوله** فان قطعت يد العبد اي عند المشتري من غاصبه وحاصل وجوه هذه المسئلة المذكورة ان من غصب عبدا فباعه فاما ان يعتقه المشتري من الغاصب ثم يجيز المالك بيع الغاصب واما ان لا يعتقه ولكن قطعت يده ونحوه من الجراحات الموجبة للارش فاخذ ارشها ثم اجاز المالك بيع الغاصب واما ان لا يكون اخذ هذين ولكن باعه المشتري من الغاصب ثم اجاز المالك بيع الغاصب وهو الذي يلي هذا الفرع واما ان لا يكون شيء من ذلك ولكن مات في يده او قتل ثم اجاز وهي اربعة فروع تتفرع على اجازة الغاصب اولها ما اذا اجاز بيع الغاصب بعد عتق المشتري منه وهي التي فرغنا منها والثاني ما اذا اجاز بيع الغاصب بعد ان جنى على العبد جناية فاخذ ارشها فان الارش يستحقه المشتري من الغاصب لان قطع يده لا يمنع صحة الاجازة اذ لم يفت المقصود عليه بقطعها بخلاف موته فاذا لحقته الاجازة ظهر انه قطع في ملكه فيستحقه ارش يده لما ذكرنا من ان البيع موضوع سببا للملك بخلاف ما لو قطعت في يد الغاصب ثم ادى الضمان فملك العبد فانه لا يكون له الزوائد لان الغصب لا يوضع سببا للملك وانما يثبت الملك مستندا لوقت الغصب بطريق الضرورة فيظهر في المتصل لا المنفصل ثم يتصدق هذا المشتري بما زاد من ارش اليد على نصف الثمن لانه اي ما زاد على نصف الثمن لم يدخل في ضمانه لما ذكرنا ان اليد من الادمي نصفه فالذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمنه وهذا لان ارش يد العبد نصف قيمته والحر نصف ديته وعسى ان يكون نصف القيمة اكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الفضل فانه انما دخل في ضمانه بالثمن لا القيمة وذكر المصنف وجها آخر وهو انه فيه شبهة عدم الملك لان الملك في الارش يثبت يوم القطع مستندا الى يوم البيع وهو ثابت من وجه دون وجه وهو شبهة عدم الملك واورد عليه لو وجب التصدق لشبهة عدم الملك في الزائد ينبغي ان يتصدق بالكل لان في الكل شبهة عدم الملك بعين المذكور في الزوائد ولو قيل شبهة عدم الملك انما يؤثر المنع مع كونه لم يضمن لا بانفراده دفع بان كونه لم يضمن يشتغل بالمنع اتفاقا فلا حاجة الى زيادة شبهة عدم الملك اذ لا يفيد شيئا ووزع في الكافي الوجهين فقال ان لم يكن العبد مقبوضا واخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان اخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود اي الملك حقيقة وقت القطع وانما يثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه ولو كان المشتري من الغاصب اعتق العبد ثم قطعت يده ثم اجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد قال المصنف وهذه اي هذه المسئلة وفي بعض النسخ وهو حجة على محمد يعني كون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجويزه اعتاق المشتري من الغاصب اذا اجاز المالك بيع الغاصب فانه اعتاق في ملك موقوف وهذا استحقاق ارش

قال ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واذا ورد البيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال رح

بملك موقوف قال والعذر له اي جوابه بالفرق بان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده فاخذ ارشها ثم عجز فرد في الرق فان الارش للمولى مع ان ملكه فيه حال الكتابة من وجه لا من كل وجه وكذا اذا قطعت يد العبد في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجاز البائع البيع يكون الارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر حيث لا يكفي فيه الا الملك من كل وجه والثالث من الفروع ما ذكره بقوله فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول اي بيع الغاصب لم يجز البيع اي بيع المشتري من الغاصب من الآخر لما ذكرنا يعني قوله لان الاجازة تثبت للبائع ملكا باتا الى آخره وان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول اي بيع الغاصب بخلاف الاعتاق عندهما اي عند ابي حنيفة وابي يوسف فانه اي الاعتاق لا يؤثر فيه غرر الانفساخ بدليل ان المشتري لو اعتق العبد قبل قبض يجوز ولو باعه لا يجوز وقد روي عن ابي حنيفة انه يتوقف بيع كما يتوقف الاعتاق واستشكل هذا التعليل بانه شامل لبيع الفضولي مطلقا غاصبا او غير غاصب اذ فيه غرر الانفساخ على تقدير عدم الاجازة ومع ذلك ينعقد موقوفا وتلحقه الاجازة اجيب بان هناك معارضا لغرر الانفساخ مرجحا عليه وهو ما تقدم من تحقق المصالح المتعدية والقاصرة من غير شائبة ضرر وليس مثله ثابتا في البيع الثاني لانه لم يملكه مشتري الاول حتى يطلب مشتريا آخر فيتجرد البيع الثاني عرصة الانفساخ فلم ينعقد اصلا وانما وجب تقديم ذلك المعارض لانه لو اعتبر مجرد غرر الانفساخ بلا اعتبار النفع لم يصح بيع اصلا لان كل بيع فيه غرر الانفساخ خصوصا في المنقولات بجواز هلاك المبيع قبل القبض فينفسخ فالمعتبر مانع غرر الانفساخ الذي لم يشبه نفع وفرق العتابي بغير هذا بين اعتاق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بالاجازة وبين بيع المشتري من الغاصب حيث لا ينفذ بالاجازة لان العتق منه للملك فهو مقرر للملك حكما والمقرر للشيء من حقوقه فجاز ان يتوقف بتوقفه والبيع ازالة له بلا انهاء فكان ضررا محضا بحكمه فلا يتوقف بتوقفه ولا ينفذ بنفاذه والدليل على الفرق بينهما ان المشتري اذا اعتق ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان ولو باع ثم اطلع على عيب لا يرجع والرابع ما ذكره بقوله فان لم يبعه المشتري ولكن مات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات وهذا في الموت ظاهر واما في القتل فلم يعتبر ايجاب البدل للمشتري بالقتل فيكون المعقود عليه باقيا ببقاء بدله فتصح الاجازة كما في البيع الصحيح اذا قتل فيه العبد قبل القبض فان البيع لا ينفسخ كما ينفسخ بالموت بل يجعل قيام بدله كقيامه فيتخير المشتري بين ان يختار البيع فيدفع الثمن ويرجع ببدل العبد على قاتله وان يفسخه فيصير الى البائع فدار الفرق بانه لا ملك للمشتري من الغاصب حال القتل ملكا يقابل بالبدل لانه ملك موقوف والملك الموقوف لا يقابل بالبدل بخلافه في البيع الصحيح

قوله ومن باع عبد غيره بغير امره قوله بغير امره وان وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسئلة بل صورتها باع عبد غيره من رجل فاقام ذلك المشتري بينة على اقرار البائع انه لم يامره مالكه ببيعه او اقام على قول رب العبد ذلك واراد بذلك رد العبد فان هذه البينة لا تقبل للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء دليل صحة دعواه وانما يملك بيعه ودعواه اقراره بعدم الامر يناقضه اذ هو دليل انه لم يصح ولم يملك البائع البيع وقبول البينة مبني على صحة الدعوى فحيث لم تصح لم تقبل ولو لم تكن بينة بل ادعى البائع بعد البيع ان صاحبه لم يامره ببيعه وقال المشتري امرك او ادعى المشتري عدم الامر فادعى البائع الامر فالقول لمن يدعي الامر لان الآخر مناقض اذ اقدامه على البيع او الشراء دليل اعترافه بالصحة وقد ناقض بدعواه عدم الامر بخلاف الآخر وكذا ليس له ان يستحلفه لان الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة فذكره في شرح الزيادات بخلافه

وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرق ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري

مالو اقر البائع عند القاضي بذلك حيث حكم بالبطلان والرد ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فكذا صح اقراره بالشيء بعد انكاره اياه الا ان الاقرار حجة قاصرة يعني انما ينفذ في حق المقر خاصة واذا وافقه المشتري نفذ عليهما فلذا شرط طلب المشتري حتى يكون نقضا باتفاقهما لا بمجرد اقرار البائع والمراد من فسخ القاضي انه يمضي اقرارهما ان الفسخ يتوقف على القضاء وفروعها ان صاحب العبد لو حضر وصدقهما نفذ الفسخ في حقه وتقرر وان كذبهما وقال كنت امرته كان القول قوله لما ذكرنا ان اقدامهما اقرار منهما بالامر فلا يعمل رجوعهما في حقه ويغرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لا له ويبطل عن المشتري الثمن للامر في قول ابي حنيفة ومحمد رح وعند ابي يوسف يبقى في ذمة المشتري للامر ويرجع المشتري على البائع بمثل الثمن بناء على ان الوكيل بالبيع يملك ابراء المشتري عن الثمن عند ابي حنيفة ومحمد رح ويملك الاقالة بغير رضا الآمر وعلى قول ابي يوسف لا يملك قوله وذكر في الزيادات الخ صورة مسئلة الزيادات اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاها مستحق كان المشتري خصما لانه يدعيها لنفسه فان اقر بها للمدعي امر بتسليمها فلا يرجع بالثمن على بائعه لان اقراره بها لا له يكون حجة على البائع وكذا لو جحد دعواه فحلف فنكل فقضي عليه بالنكول لان نكوله ليس حجة على غيره لانه كاقراره فرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب يحدث مثله باقراره لا يلزم الموكل وان رد عليه بنكوله يلزمه كرده بالبينة لان المشتري مختار كالنكول لانه امتنع عن اليمين مع وجود ما يطلق له الحلف وهو البيع الذي هو الظاهر في الملك ولو كان مضطرا فالاضطرار انما لحقه بعمل باشره بنفسه فلا يظهر حكم نكوله في حق الغير اما الوكيل فمضطر في النكول اذ لم يوجد ما يطلق له الحلف فان غير المالك يخفى عليه عيب ملك المالك ولو قال المشتري انا اقيم البينة انها للمستحق لا يرجع على البائع لا يلتفت اليه لانه مناقض في دعواه بان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع وبصحة البيع وبهذه البينة ناقض فرق بين هذا وبين ما ذكر في المأذون رجل اشترى عبدا وقبضه ونقد الثمن ثم اقام البينة ان البائع باع العبد قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت بينته مع انه مناقض ساع في نقض ما تم به والثانية ما روى ابن سماعة عن محمد رح اذا وهب لرجل جارية فاستولدها الموهوب له ثم اقام الواهب بينة انه كان دبرها او استولدها قبلت بينته فيرجع على الموهوب له بالجارية والعقر وقيمة الولد مع انه مناقض ساع في نقض ما تم به وفرق اما في مسئلة الواهب فالفرق ان تناقضه فيما هو من حقوق الحرية كالتدبير والاستيلاد والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى وعندي ان هذا غير صحيح لان التناقض انما قيل في دعوى الحرية لانها مما قد يخفى على المتناقض المدعي لها بعد اقراره بالرق والفاعل بنفسه للتدبير مثلا والاستيلاد لا يخفى عليه فعل نفسه من استيلاده ووطيه فيجب ان لا يقبل تناقضه ولا يحكم ببينته واما في مسئلة المأذون فبانه لما اقام البينة على البيع من الغائب قبل البيع منه فقد اقامها على اقرار البائع انه ملك الغائب لان البيع اقرار من البائع بانتقال الملك الى المشتري ثم في مسئلة الاستحقاق لو اقامها على اقرار البائع انها للمستحق قبلت لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على البائع باقراره وهو خصم في ذلك ويثبت ما ليس بثابت وهو اقرار البائع ولو كان مناقضا فالتناقض يرتفع بتصديق الخصم وهو يثبت بهذه تصديق الخصم ويجوز ان تقبل البينة على اقرار الخصم ولا تقبل على نفس الحق كما قال علماؤنا فيمن في يده عبد فادعاه رجل فاقام صاحب اليد البينة انه لفلان الغائب لا تقبل بينته ما لم يدع الوصول اليه من جهة الغائب ولو اقامها على اقرار المدعي انه لفلان الغائب تقبل وان لم يدع الوصول اليه من جهته وفرق في شرح الزيادات بين هذا وبين مسئلة الجامع المذكور في الهداية وهو انه لا تقبل بينة

المشتري

وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري

المشتري على اقرار البائع انه لم يامره كما لا تقبل على دعواه انه لم يامره بانه وضع المسئلة في الجامع فيما اذا كان المبيع في يد المشتري فهو سالم له من حيث الظاهر وسلامة المبيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن فلا يكون مدعيا لنفسه حق الرجوع وفي الزيادات وضع فيما اذا اخذت الجارية من يد المشتري فكان مدعيا لنفسه حق الرجوع قال ولا يقال في مسئلة الماذون المبيع في يد المشتري ومع هذا قبلت بينته لانا نقول ذلك محمول على ما اذا اخذ العبد من يده وهذا هو فرق المص وهو منظور فيه لان وضع مسئلة الزيادات ايضا في ان الجارية في يد المشتري كما اسمعتك فالاولى ما ذكر في الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ ان مسئلة الجامع محمولة على ان المشتري اقام البينة على اقرار البائع قبل البيع اما اذا اقامها على اقراره بعد البيع ان رب العبد لم يامره بالبيع فتقبل لان اقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه اقرار البائع بعدم الامر قبل البيع ولا يناقض دعواه اقراره بعدم الامر بعد البيع قال ومسئلة الزيادات محمولة على هذا ايضا فيقع الغنية من التفرقة بين المسئلتين انتهى وقيل مسئلة الجامع محمولة على اقرار البائع او رب العبد قبل البيع فلم تقبل للتناقض والزيادات على اقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت ومما يناسب المسئلة باع عبد غيره بلا امره ثم اشتراه من مولاه ثم اقام البائع البينة انه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه او ورثه بعد البيع قال محمد تقبل بينته ويبطل البيع الاول ومن فروع مسئلة الاستحقاق على ما في شرح الزيادات ما لو قال المشتري للقاضي سل البائع ان الامة للمستحق وليس له اجابة القاضي الى ذلك لانه يدعي انه مظلوم وله حق الرجوع عليه بالثمن باقراره فيساله القاضي فان اقر بذلك الزمه الثمن وان انكر وطلب المشتري تحليفه اجابه القاضي الى ذلك فمنهم من قال انما يحلفه لانه ادعى عليه معنى لو اقر به يلزمه واذا جحد يستحلف كما في سائر الدعاوى فان قيل نعم هو كذلك لكنه مناقض لان شراءه اقرار منه بصحته ودعواه انه ملك المستحق انكار ذلك ولهذا لا تقبل بينته وكما لا تقبل البينة الا بعد دعوى صحيحة لا يستحلف الا بعد دعوى صحيحة دل عليه ما في الماذون اشترى عبد شيئا ثم قال انا محجور قال البائع ماذون فاراد العبد ان يقيم البينة على ما ادعى لا تقبل ولا يستحلف خصمه وان اقر به البائع يلزمه وذكر في الجامع ان المشتري لو اراد استحلاف البائع انك بايعته من فلان قبل ان تبيعه مني لم يكن له ذلك وان اقر به البائع يلزمه والجواب ان في مسئلتنا المشتري غير مناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد اصلا ولا الثمن فان بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو اللزوم بعد الاقرار من حيث الظاهر فكان مناقضا من وجه دون وجه فجعلناه مناقضا في حق البينة ولم نجعل له مناقضا في حق اليمين ليكون عملا بهما والعمل على هذا الوجه اولى لان البينة حجة متعدية فلو لم نجعله مناقضا في حق البينة يلزمنا ان لا نجعله مناقضا في حق اليمين بطريق الاولى بخلاف مسئلة الماذون لان العبد منكر لحكم العقد اصلا لان شراء المحجور لا يوجب ملك الثمن فكان مناقضا من كل وجه وبخلاف مسئلة الجامع لان ثمة المبيع في يد المشتري فلا يكون بها حق الخصومة وعلى هذا طريقة الموافقة للمص في الفرق قال ولو لم يستحق الجارية ولكن ادعت انها حرة الاصل فان اقر المشتري بذلك او استحلف فنكل وقضى القاضي بحريتها لم يرجع المشتري على البائع اما حرية الجارية فلانها كانت له من حيث الظاهر فصح اقراره ولا يرجع على البائع لان نكوله واقراره حجة عليه دون غيره منهم من قال قوله او استحلف فنكل غلط من الكاتب لان الاستحلاف لا يجري في دعوى الرق في قول ابي حنيفة وعندهما يجري الا ان اليمين تكون على الامة فلا معنى لقوله فابى المشتري اليمين ومنهم من قال

قال ومن باع دار الرجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح الحر وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد رح وهي مسئلة غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله تعالى والله اعلم بالصواب

بل هو صحيح لان موضوع المسئلة فيما اذا بيعت الامة وسلمت فانقادت لذلك فانقيادها كاقرارها بالرد فدعواها الحرية كدعوى العتق العارض فيكون الثمن على المشتري لان الظاهر شاهد له فلو ان المشتري اقام البينة على البائع انها حرة قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن فرق بين هذا وبين الاستحقاق من وجهين احدهما انه ليس بمناقض في فصل الحرية لانها فيها تظهر ببينته انه اخذ الثمن بغير حق وذلك دين عليه لان الحرية تنفي انعقاد العقد وملك الثمن للبائع فكانت البينة مظهرة ان اقدامه على الشراء اقرار لم يكن اقرارا بانعقاد العقد فلا يتحقق التناقض اما الاستحقاق فلا يمنع انعقاد العقد ولا ملك الثمن للبائع فلو قبلنا بينة المشتري انها للمستحق لا تظهر بينته انها للمستحق لان اقدامه على الشراء اقرار بملك الثمن للبائع ومع بقاء ذلك الاقرار يتحقق التناقض ويصير مكذبا شهوده ساعيا في نقض ما تم به فالوجه الثاني انه مناقض في الفصلين الا ان هذا تناقض لا يحتمل النقض فلا يمنع صحة الدعوى كما لو تزوج امرأة ثم اقامت البينة انها اخته من الرضاع او اقامت البينة انه طلقها ثلاثا ثم تزوجها قبل ان تنكح زوجا غيره كذا لو اعتق عبده على مال ثم اقام العبد البينة انه اعتقه قبل ذلك قبلت واختلف اصحابنا فيمن باع ارضا ثم اقام العبد بينة انه باع ما هو وقف منهم من قال لا تقبل لانه يحتمل الفسخ فصار كالبيع فمنهم من قال تقبل لانه لا يحتمل الفسخ فصار كالبيع بعد القضاء فصار بمنزلة التدبير ونحوه وذكر ابو بكر الرازي رح انما تقبل بينة المشتري انها حرة لانها شهادة قامت على حرمة الفرج فتقبل من غير دعوى حتى لو كان مكان الامة عبد على قول ابي حنيفة لا تقبل وعلى قولهما تقبل لانها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير دعوى والتناقض يمنع الدعوى ولو ادعى المستحق انها امته اعتقها او دبرها او ولدت منه فاقر المشتري بذلك او ابى اليمين وقضى عليه لا يرجع على البائع بالثمن لما قلنا فان اقام المشتري البينة على البائع بذلك ان شهد الشهود على ان ذلك كان قبل الشراء قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن لانه يثبت ببينته لا انها لم تدخل في العقد فكان مدعيا للدين فلا يكون مناقضا فان شهدوا على ان ذلك كان بعد الشراء بينهما لا تقبل بينته لانها وقت العقد كانت مملوكة محلا للعقد والاعتاق المتأخر لا يبطل الشراء السابق قوله ومن باع دار الرجل اي غرسه غيره بغير امره وفي جامع فخر الاسلام معنى المسئلة اذا باعها ثم اعترف بالغصب بعدها ادخلها المشتري في بنائه فكذبه المشتري لم يضمن البائع عند ابي حنيفة لمن اقر بالغصب منه وهو قول ابي يوسف آخرا وكان يقول اولا يضمن وهو قول محمد وهي مسئلة غصب العقار هل يتحقق اولا عند ابي حنيفة لا فلا يضمن وعند محمد نعم فيضمن فروع تتعلق بهذا الفصل باع الامة فضولي من رجل وزوجها منه فضولي آخر فاجيزا معا ثبت الاقوى فتصير مملوكة لا زوجة ولو زوجاها كل من رجل فاجيزا بطلا ولو باعاها كل من رجل فاجيزا تنصف بينهما ويخير كل منهما بين اخذ النصف او الترك ولو باعه فضولي واجره آخر او رهنه او زوجه فاجيزا معا ثبت الاقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لان البيع اقوى وكذا تثبت الهبة اذا وهبه فضولي واجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير احق من غيرها لانها لازمة بخلاف غيرها والاجارة احق من الرهن لافادتها ملك المنفعة بخلاف الرهن والبيع احق من الهبة لان الهبة تبطل بالشيوع ففيها لا يبطل بالشيوع كهبة فضولي عبدا وبيع آخر اياه يستويان لان الهبة مع القبض تساوي البيع في افادة الملك وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيأخذ كل النصف ولو تبايع غاصبا عرض رجل واحد له فاجاز لم يجز لان فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف فيهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد فلا يلحقه الاجازة لو غصبا من رجلين وتبايعا واجاز المالك جاز ولو غصب النقدين من واحد وعقد الصرف وتقابضا ثم اجاز جاز لان النقود لا تتعين في المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب وتقدم ان المختار في بيع المرهون والمستأجر انه موقوف على اجازة المستأجر والمرتهن لو

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رض اشهد ان الله تعالى احل السلف المضمون وانزل فيها اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه الاية وبالسنة وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه

وصل الى المالك لوفاء الدين والابراء وفسخ الاجارة او تمام المدة ثم البيع ولو لم يجز فللمشتري خيار الفسخ اذا لم يعلم وقت البيع بها وان علم فكذلك عند محمد قيل وهو ظاهر الرواية وعند ابي يوسف ليس له الفسخ اذا علم وقيل هو ظاهر الرواية وليس للمستاجر فسخ البيع بلا خلاف ولا للراهن والموجر وفي المرتهن اختلاف المشائخ وفي مجموع النوازل بيع المغصوب موقوف ان اقر به الغاصب او كان للمغصوب منه بينة عادلة فلو اجازتم البيع والا فلا ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع وقيل لا لانه خلف بدلا والاول اصح وروى ابن سماعة عن ابي يوسف وبشر عن محمد ان شراء المغصوب من غاصب جاحد يجوز ويقوم المشتري مقام البائع في الدعوى وعن ابي حنيفة روايتان رجل غصب عبدا وباعه ودفعه الى المشتري ثم ان الغاصب صالح المولى من العبد على شيء قال محمد ان صالحه على الدراهم والدنانير كان كاخذ القيمة من الغاصب فينفذ بيع الغاصب وان صالحه على عرض كان كالبيع من الغاصب فيبطل بيع الغاصب ومن البيع الموقوف بيع الصبي المحجور الذي يعقل البيع ويقصده وكذا شراؤه على اجازة وليه والده او وصيه او جده او القاضي وكذا الذي بلغ سفيها والمعتوه وكذا بيع المولى عبده الماذون المديون يتوقف على اجازة الغرماء في الصحيح خلافا لمن قال فاسدا فلو قبض المولى الثمن فهلك عنده ثم اجاز الغرماء بيعه صحت اجازتهم ويهلك الثمن على الغرماء وان اجاز بعضهم البيع ونقض بحضرة العبد والمشتري لا تصح الاجازة ويبطل البيع ومنه بيع المريض عينا من وارث يتوقف على اجازة الورثة او صحة المريض فان صح من مرضه نفذ وان مات منه ولم تجز الورثة بطل والله اعلم

باب السلم تقدم ان البيع ينقسم على بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم لانه اما بيع عين بثمن وهو المطلق او قلبه وهو السلم او ثمن بثمن فالصرف او عين بعين فالمقايضة ولم يشترط في المطلق والمقايضة قبض فقدما وشرط في الاخيرين ففي الصرف قبضهما وفي السلم قبض احدهما فقدم انتقالا بتدريج وخص لتحقق ايجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه اعني تسليم راس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم اليق لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له فيعرف مما ذكر ان معناه الشرعي بيع اجل بعاجل وما قيل اخذ عاجل باجل غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل وعرف ايضا انه يصدق على عقده بلفظ البيع بان قال المسلم اليه بعتك كذا حنطة بكذا الى كذا فيذكر باقي الشروط او يقول المسلم اشتريت منك الخ وفيه خلاف زفر وعيسى ابن ابان وصحة المذهب عنه عسير الوجه لان العبرة للمعنى ومعنى اسلمت اليك الى كذا وبعتك الى كذا في البيع مع باقي الشروط واحد وان كان على خلاف القياس فذاك باعتبار امر آخر لا بامرين يرجع الى مجرد اللفظ وعرف ان ركنه ركن البيع وسبب شرعيته شدة الحاجة اليه ويذكر المص شرائطه واما حكمه فثبوت الملك للمسلم اليه في الثمن ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة واما في العين فلا يثبت الا بقبضه على انعقاد مبادلة اخرى على ما سيعرف والموجل المطالبة بما في الذمة ومعناه لغة السلف فاعتبر في الشرعي كان الثمن يسلفه المشتري للبائع ليقضيه اياه وجعل اعطاء العوض للمسلم اليه فيه قضاء كانه هو اذ لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وجعل الهمزة في اسلمت اليك للسلب بمعنى ازلت سلامة راس المال حيث سلمته الى مفلس ونحو ذلك بعيد ولا وجه له الا باعتبار المدفوع هالكا وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة قوامه عليه وليس الواقع ان السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء **قوله** وهو يعني السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة اخرج الحاكم في المستدرك بسنده وصححه على شرطهما عن قتادة عن ابي حسان الاعرج عن ابن عباس رض قال اشهد ان السلف المضمون الى اجل مسمى قد احله الله في الكتاب واذن فيه قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه الآية وعنه رواه الشافعي في مسنده والطبراني وابن ابي شيبة وعزاه بعض متاخري المصنفين الى البخاري وهو غلط فانه لم يخرج في صحيحه لابي حسان الاعرج واسمه مسلم والمص قد ذكر لفظ الحديث احل السلف المضمون قال المشائخ المراد بالمضمون المؤجل بدليل انه في بعض

قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات عليه الاجماع والمراد بالاجل ما يكون معينا اقامة وانما يكون مقدرا فيه لابد ان يكون مقدرا فلا بد من بيانه ثم قيل يكون باطلاقه وقيل ينعقد بينا فيمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح فيما يجب فيه اجل ادى فيما العقد فيه ولا يمكن ذلك

برواية السلف الموجل على هذا في صفة مقدرة لا موسسة ويكون ما روى الخوجون الذين ذكرناهم من قوله المضمون الى اجل جاءين مقدرين وقول مسمى اى معين وكذا بالسنة الاتى لفظ الحديث كما ذكره المصنف فيه غرابة وهو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وان كان في شرح السلم للقدوري ما يدل على انه عسر عليه بهذا اللفظ قيل والذي يظهر ان حديث مركب من حديث النهي عن بيع ما ليس عند الانسان رواه اصحاب السنن الاربعة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده رضي الله عنه صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع الى ان قال ولا تبع ما ليس عندك قال الترمذي حسن صحيح وتقدم والرخصة في السلف رواه الستة عن ابي المنهال عن ابن عباس قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون في الثمر السنة والسنتين فقال من اسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم وفي البخاري عن عبد الله بن ابي اوفى قال ان كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر في الحنطة والشعير والتمر والزبيب ولا يخفى ان جوازه على خلاف القياس اذ هو بيع المعدوم وجب المصير اليه بالنص والاجماع للحاجة من كل من البائع والمشتري فان المشتري يحتاج الى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم اسهل اذ لا بد من كون المبيع نازلا عن القيمة فيربح المشتري والبائع قد يكون له حاجة في الحال الى الثمن وقدرته في المال على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية الى قدرته المالية فهذا هو المصالح شرع وسع بعض من نقد الهداية قولهم السلم على خلاف القياس لان بيع المعدوم قال بل هو على وفقه فانه كالاستياع بثمن موجل واى فرق بين كون احد العوضين موجلا في الذمة وبين الآخر بل هو على وفق القياس وصححه الناس قال وهذا المعنى فهمه ترجمان القرآن ابن عباس وتلا الآية ثم قال بعد كلام اندفع فيه فالحاصل ان قياس السلم على الاستياع بثمن موجل اصح من قياسه على بيع المعدوم الذي لا يقدر على تسليمه عادة مع الحلول كسائر الديون المؤجلة والحال كلاما وحاصله بناء على اعتقاد ان القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس وان قياسه على الثمن المؤجل اولى به وليس كلامهم بذلك انه هو نفسه بيع المعدوم فهو على خلاف القياس اصلي لزوم المعدوم ما يقدر على تحصيله عادة والمبيع هو المقبوض في مجلس السلم عند ابي حنيفة رحمه الله بزيادة عنده وقولهما وقد اتى القياس ولكنا تركناه بقي الاعتراف بكون بيع المعدوم على خلاف القياس ثم فرق ظاهر وهو ان المبيع هو المقصود من البيع والمعقود عليه وروده على المعدوم يوجب انعدام البيع بتخلف الثمن فانه وصف ثبت في الذمة تبعا لصحة البيع فتحقق البيع شرعا عند عدم وجود الثمن لان الموجود في الذمة وصف لا يطابقه الثمن لا عين الثمن وليس في كلام ابن عباس ما يفهم انه رآه على خلاف القياس وكونه فيه مصلحة الناس لا ينفي انعقاده على خلاف القياس بل لاجل هذه المصلحة شرع وان كان على خلاف القياس قال المصنف والمراد بالموزونات التي يجوز السلم فيها غير الدراهم والدنانير اما الدراهم والدنانير فان اسلم فيها دراهم او دنانير فانه يتفاسخ انه باجل وان اسلم غيرها من العروض كخمسة اثواب في عشرة دراهم او دنانير فلا يصح سلما بالاتفاق لان سلفا فيه لا بد ان يكون ثمنا والنقود اثمان فلا يكون سلما فيها واذا لم تصح فهل ينعقد بيعا في الكر والثوب بثمن موجل وبطل لاستلزامه ربا النساء خلافا قيل يبطل وهو قول عيسى بن ابان وقيل ينعقد بيعا بثمن موجل وهو قول ابي بكر الاعمش وجبل الحق وغيره قول عيسى بن ابان اصح لان تصحيح العقد انما يكون في المحل الذي وجب لمتعاقدان المبيع فيه فالله في غيره وهاهنا يوجباه في الدراهم ولا يمكن تصحيح العقد باعتبار الثوب ولم يوجباه فيه فكان في غير محله الا ان الاول عندي اوجه في الفقه لان حاصل المعنى الصادر منهما اعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه الى الآخر بدراهم موجلة وهذا من افراد البيع بلا تاويل اذ هو مبادلة المال بالمال بالتراضي وكونه ادخل الباء على الثوب لا يقدح في ان الواقع منهما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما واحتمال الباء على الثوب كما دخلت على الثوب المقابل بالخمر فيما اذا اشترى خمرا بثوب فانه لا يبطل بل يفسد وان كان يقتضي ان يكون البيع هو الخمر ويبطل اعتبارا لتصحيح

ق

قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولابد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير سواء باصطلاحهم الناس على اهدار التفاوت فيما لا يتعظم والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الاحاد في المالية يعرف العددي للتفاوت وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر رحمه الله لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما هما معدودا باصطلاحهم فيصير مكيلا باصطلاحهم

عوضها ما امكن قوله وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع اي عدد الذرع والصفة والصنعة ولابد منها لما ذكر من هذه الثلاثة للضبط الذي هو شرط الصحة وحرف من تعليله هذا ان شرط صحة السلم كون المسلم فيه مضبوطا على وجه يكون تسليمه من غير افضاء الى المنازعة علله اجمع الفقهاء على جواز السلم في المذروعات من الثياب والبسط والحصر والبواري اذا بين الطول والعرض وفي الايضاح يحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج لبقاء التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لانها تختلف باختلاف الوزن فان الديباج كلما ثقل ازدادت قيمته والحرير كلما خف زادت انتهى وبذا في عرفنا ثياب الحرير ايضا وهي المسماة بالمكن اكلما ثقل ازدادت القيمة فالحاصل انه لابد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل او بالخفة فان قيل سيجيء ان لا يصح السلم في غير المكيل والموزون لانه مشروع على خلاف القياس ولم يذكر في النص الا شرعيته الا في المكيل والوزن فلا يقاس عليهما غيرهما لان القياس المخصوص من عموم لا يتبع ما ليس عندك ودليل التخصيص لا يقاس جاز ان يلحق بالخبر غيره لانا نقول ذلك مقيد بما اذا لم يخالف حكم دليل التخصيص القياس لاتفاق كلمتهم على ان ما خالف القياس لا يقاس عليه فالجواب ان شرعية السلم ليس من تخصيص العام بل من تقييد المطلق فالعام فيه لفظ ما ليس عندك الواقع في سياق النفي هو البيع مطلق بالنسبة الى ذكر الاجل فما ليس عندك وعدمه وشرعية السلم تقييد له بما اذا لم يذكر الاجل في البيع اما اذا ذكر الاجل فيجوز بيع كل ما ليس عندك لا لعدمه ليكون تخصيصا لما ليس عنده بل كل ما ليس عنده بلا ذكر اجل على عمومه في منع البيع وكله بيع خرج من ذلك الحكم لكن بشرط ضبطه وشرعية السلم ان ما عنده ايضا يجوز بيعه فيه سلما مع عدمه وعدم ضبطه فالحاصل ان كل شرط من الضبط يجوز بيعه بأجل ولا يجوز بلا اجل فيكون المذكور في الحديث الكيل والوزن ليس تحديدا لهما بل هو خصوص صلى الله عليه وسلم على تقدير تسليم ان صلته متعينة الاجل والكيل او التقدير بالمسلم فيه تسليم بيانا لشرط الصحة فقط عدمه انما له دليل عليه ما روي انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين والثلاث فقال صلى الله عليه وسلم من اسلف في شيء من هذه الثمار فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم ثم انه صلى الله عليه وسلم زاد الوزن ليفيد عدم الاقتصار على الكيل فان شبه حديث ما ليس عنده الى الاستدانة والتوسعة على المحتاج فانما يفيد بمنطقه ذلك من الاقدام على اخذ المال بالاجل اعطائه وشرط الضبط لدفع المنازعة والقدرة على التسليم ولذا اتفقوا على عدم الاقتصار على الكيل والموزون للتعليم بل سبب شرعيته لا يختلف وهو الحاجة الماسة الى اخذ المال بالاجل وهي ثابتة عن البرازين اي الجاكن في المذروعات كالقاني في المكيلات والموزونات ليفهم من ذلك كل من سمع سبب الشرعية المنقول في اثار الاحاديث سواء كان له رتبة الاجتهاد او لم يكن فلذا كان ثبوت السلم في المذروعات بالدلالة اعني دلالات النصوص المتضمنة للسبب لمن سمعها فان قيل في المذروعات مانع هو ان الضبط بالذرع دونه بالكيل والوزن فلا يلحق بهما فالجواب ح ان قلت الذرع لا يضبط القدر كما يضبط الكيل والوزن فليس بصحيح بل الذرع المعين يضبط كمية المبيع بلا شبهة فيه والاختلاف فيه ليس الا في الصفة ونحن ما قلنا ان مجرد ذكر عدد الذرعان مصحح للسلم بل لابد من ذكر الاوصاف حتى ينضبط كما ان المكيل ايضا لا يكفي في صحة السلم فيه مجرد ذكر عدد المكيل بل لابد ان تذكر الاوصاف سنعه فتامل بهذا التقرير فان في غيره خبطا واعلم قوله وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض اي يجوز السلم فيها عددا لان العددي المتقارب شيء مضبوط بالعدد ومقدور التسليم فيجوز السلم فيه عددا والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت بعد ان يكون من جنس واحد لان التفاوت ح يسير اجرة ودنانيره ايضا مضبوط في العدد والمتقارب وهو مروي عن ابي يوسف وعليه قال المصنف

وقال الفلوس عدد كذا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد رح لا يجوز لانها اثمان لما ان القيمة في حقهما باصطلاحهما فيبطل باصطلاحهما ولانه رح
وقد يقع عن اول ما يقبل ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي رح يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب

ان التفاوت مالية متفاوت كالطبخ والقرع والبان والرؤس والاكارع والسفرجل ولا يجوز السلم في شئ منها عددا والتفاوت في المالية الا ان كون ضابطا غير منضبط والعدد كالطول والغلظ ونحو ذلك ومن امثلة المتفاوت التفاح والجوز فاما البطيخ فيجوز الا بذكر مقدرات واجازوه في بلخ وبخارى والكاغد عددا واهدارا لتفاوت فيه نظرا ظاهرا ويحمل على كاغد بقالب خاص والا لا يجوز وكون البان وبخان معدد التفاوت لعلة في بلخ وبخارى ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك بخلاف بعض الغنم وجوز الهند لا يستحق شيء منه في الاسلام في بعض الدجاج والجوز الشامي والفرخ لعدم اهدار التفاوت من حيث الكثرة التفاوت ويشترط مع العدد بيان الصفة ايضا ولو اسلم في بعض الغنم او جوز الهند جاز كما جاز في الآخرين وعن ابي حنيفة انه سمعه عددا في بيع بعض الغنم واهدار التفاوت آحاده في المالية وهو خلاف ظاهر الرواية والوجه ان ينظر الى التفاوت في عرف الناس فان كان التفاوت في عرف من بعض الغنم الاكل ليس غير كعرف اهل البوادي يجب ان يحمل بظاهر الرواية لا يجوز وان كان التفاوت في ذلك العرف حصول القشر يتخذ في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرها من الامصار يجب ان يحمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد والاشارة تعيين المقدار واللون من فقار البياض او اهداره قال الصدر وكما يجوز عددا في العدديات المتقاربة يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز لانه ليس بكيل بل بعدد ودونه لا يجوز عددا ايضا فتفاوت بين آحاده قلنا اما التفاوت فقد اهدر فلا تفاوت اذ لا تفاوت في ماليته ولا كونه معدودا فسلم لكن لم لا يجوز كيلا مع ان اعتبار المقدار ليس الا للضبط والضبط لم يحصل في العدد بن تعرف بطريق آخر فان قيل الكيل فيه سعدل فيه لما يبقى بين كل جوزتين وبيضتين من التخلخل قلنا قد علما به ورضي رب السلم فان اوقع السلم على مقدار ما يملأ هذا الكيل مع تخلخله وانما يمنع ذلك في اموال الربوا اذا قوبلت بجنسها والمعدود ليس بمنها وكيلا انما كان باصطلاحهما فلا يعتبر ذلك كيلا مطلقا ليكون ربويا واذا اخذناه كيلا فوزنا اوفى قوله وكذا في الفلوس عددا اي يجوز السلم في الفلوس عددا هكذا ذكره محمد في الجامع من غير ذكر خلاف فكان هذا ظاهر الرواية عنه وقيل بل هذا قول ابي حنيفة واما على قول ابي يوسف رح فلا يجوز بدليل منعه بيع الفلس بالفلسين في باب الربوا هذا الربوا لصقوله وقد ذكرناه من قبل واذا كان اثمانا لم يجز السلم فيها على ما ذكرنا وروى عنه ابو الليث الخوارزمي ان السلم في الفلوس لا يجوز على وفق هذا التخريج لكن ظاهر الرواية عنه الجواز والفرق له بين البيع والسلم ان من ضرورة السلم كون المسلم فيه ثمنا فاذا عقدا على السلم فقد تضمن من الطالبا اصطلاحهما على الثمنية وهو السلم فيها على الوجه الذي يتعامل فيها به وهو العدد بخلاف البيع فانه يجوز ورود البيع على الثمن فلا موجب لخروجها فيه عن الثمنية فلا يجوز التفاضل والتسليم في بيع الفلس بالفلسين وقد تضمن الفرق المذكور جواب المعالذكور على تقدير تخريج الرواية عنه فتوفيا يسلم فيها على الوجه الذي الخ هو تقدير قول المعالا يعود وزنا يعني اذا بطلت ثمنيتها لا يلزم خروجها عن العددية الى الوزنية اذ ليس من ضرورة عدم الثمنية عدم العددية كما يجوز والبيض بل يبقى على الوجه الذي تعورف تعاملهما به وهو العدد والان يبدره اهل العرف كما هو في زماننا فان الفلوس اثمان في زماننا ولا تقبل الا وزنا فلا يجوز السلم فيها الا وزنا في ديارنا في زماننا وقد كانت قبل هذه الاعصار عددية في ديارنا ايضا قوله ولا يجوز السلم في الحيوان وابة كان او بقرا او شاة وقال الشافعي رح يجوز لقوله والبض اما المعنى فلانه يصير معلوما اذا منضبطا ببيان الجنس كفرس او ابل او عبد والسن كابن مخاض او مخاضة والنوع كعربي ونجدي وحبشي والصفة كالهمر والاسر والطويل او اريبة والتفاوت بعد ذلك يسير

ولنا ان بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع للعباد

وهو مفتقر بالاجماع والا لم يصح سلم اصلا فان الغائب لو بلغ في تعريفه النهاية لا بد من تفاوت بينه وبين المرئي فان بين جيد وجيد من الحنطة تفاوت لا يخفى فان صدق اسم الجودة على كل منهما وكذا بين الثوب ديباج احمر وثوب ديباج احمر فعلم ان التفاوت اليسير مفتقر شرعا فصار الحيوان كالثياب والمكيل واما النص فما روى ابو داود عن محمد بن اسحق عن يزيد بن ابي حبيب عن مسلم بن جبير عن ابي سفيان عن عمرو بن جريش عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان رسول صلى الله عليه وسلم امره ان يجهز جيشا فنفدت الابل فامره ان ياخذ على قلائص الصدقة وكان ياخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم واخرج الطحاوي بسنده الى ابي رافع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه ابل من ابل الصدقة فامر ابا رافع ان يقضي للرجل بكره فرجع اليه ابو رافع فقال لم اجد فيها الا جملا خيارا رباعيا فقال اعطه اياه ان خيار الناس احسنهم قضاء فدل على ثبوت الحيوان في الذمة وعن ابن عمر انه اشترى راحلة باربعة ابعرة يوفيها صاحبها بالربذة في رواية باربعة ابعرة مضمونة واستوصف بني اسرائيل البقرة فوصفها الله تعالى لهم فعلموها فعرفوها بالوصف قال صلى الله عليه وسلم الا لا يصف الرجل الرجل بين يدي امرأته حتى كانها تنظر اليه ولا تصف المرأة المرأة بين يدي زوجها حتى كانه ينظر اليها فقد جعل صلى الله عليه وسلم الموصوف كالمرئي وقد اثبت الشرع الغرة وما تة من الابل دية في الذمة واثبت مهرا في الذمة وصحة الدعوى في الحيوان الموصوف والشهادة به مع ان شرط الدعوى والشهادة كون المدعى والمشهود به معلوما قلنا اما المعنى فيمنع ان بعد الوصف في الحيوان يصير التفاوت يسيرا بل هو بعد ذلك مما يصير معه تفاوت فاحش فان العبد دين المتساويين سنا ولونا وجنسا يكون بينهما من التفاوت في حسن الشيمة والاخلاق والآداب وفهم المقاصد ما يصيره باضعاف قيمة الآخر وكذا بين الفرسين والجملين بخلاف الثياب فانها مصنوعة العبد بآلة خاصة واذا اتحدت لم تتفاوت الا يسيرا وكذا بين الجيدين من الحنطة مثلا باتفاق خلق الله تعالى في غير الحيوان ذلك ولم يخلق الحيوان كذلك وقول المص فلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد يريد بتفاوتان قليلا لا عدم التفاوت اصلا كما هو استعمال قلما فان هذا الفعل اعني قل اذا كف بما استعمل للنفي كقوله صددت فاطولت الصدود وقلما وصال على طول الصدود يدوم وحين علمنا انه اراد قلة التفاوت وجب ان تجعل ما مصدرية والمعنى قل التفاوت ولا يخفى ما في قوله غير واحد من الشارحين اذا اتحد الصانع والآلة اتحد المصنوع عن التساهل واما النص المذكور فقال ابن القطان هذا حديث ضعيف مضطرب الاسناد فرواه حماد بن سلمة هكذا ورواه حريز بن حازم عن ابن اسحق فاسقط يزيد بن ابي حبيب وقدم ابا سفيان على مسلم بن جبير ذكر هذه الرواية الدارقطني ورواه عفان عن حماد بن سلمة فقال فيه عن ابن اسحاق عن يزيد بن ابي حبيب عن ابي حبيب عن مسلم عن ابن ابي سفيان عن عمرو بن جريش ورواه عبد الاعلى عن ابن اسحق عن ابي سفيان عن مسلم بن كثير عن عمرو بن جريش ورواه عن عبد الاعلى ابو بكر بن ابي شيبة فاسقط يزيد بن ابي حبيب وقدم ابا سفيان كما فعل حريز بن حازم الا انه قال في مسلم بن جبير مسلم بن كثير ومع هذا الاضطراب فعمرو بن جريش مجهول الحال ومسلم بن جبير لم اجد له ذكرا ولا اعلمه في غير هذا الاسناد وابو سفيان فيه نظر انتهى كلامه فلا حجة فيه مع انه معارض بما هو اقوى منه وهو ما اخرجه ابن حبان في صحيحه عن سفيان عن معمر بن يحيى بن ابي كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ورواه عبد الرزاق ثنا معمر به وكذا رواه الدارقطني والبزار قال البزار ليس في الباب اجل اسنادا من هذا وقول البيهقي انه عن عكرمة مرسل بسبب ان منهم من رواه عن معمر كذلك كانه هو مبني قول الشافعي حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت لكن هذا غير مقبول بعد تصريح الثقات بابن عباس كما ذكرنا وكذا رواه الطبراني في معجمه عن داود

فهلما يتفاوت الثوبان اذا سلما على سنوال واحد وقد صحت النهي عليه السلام عن السلم في الحيوان وبن خزيمة حديث ابن عباس

بن عبد الرحمن العطار عن سمرة مسندا وغاية ما فيه تعارض الوصل والارسال من الثقات والحكم فيه للوصل كما عرف وقد تايد بعد تصحيحه باحاديث سن طرق منها ما اخرجه اصحاب السنن الاربعة عن الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وقول البيهقي وكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة معارض بتصحيح الترمذي له فانه فرع القول بسماعه منهم ان الاحوال عندنا وعند اكثر السلف لا يقدح مع انه قد يكون شاهدا متقويا فلا يضره الارسال ايضا اعترض بالموصول السابق والمرسل الذي يرويه ابن سيرين يروى عن رجال لا آخر وحديث آخر اخرج الترمذي عن الحجاج بن ارطاة عن ابن الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم بيع الحيوان اثنين بواحد لا يصح نساء ولا باس به اذا كان يدا بيد قال الترمذي حديث حسن صحيح كانه للخلاف في الحجاج بن ارطاة وحديث آخر اخرجه الطبراني عن ابن عمر نحوه سمرة وقول البخاري مرسل وجوابه على نحو ما ذكرناه آنفا وتضعيف ابن معين لمحمد بن دينار لا يضر لذلك ايضا بل ليس كذلك اخرج الامام احمد شنا حسين بن محمد شنا خالد عن خليفة عن ابي جناب عن ابيه عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين فقال رجل يا رسول الله ارايت الرجل يبيع الفرس بالفرس والبعيرة بالابل قال لا باس اذا كان يدا بيد وعلى هذه الاحاديث على كون النهي فيها اذا كان النساء من الجانبين حتى يكون بيع الكالي بالكالي تقييد للاعم فانه عام من ذلك فلا يجوز المصير اليه بلا موجب فقال المصنف وصح ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان هو ما اخرجه الحاكم والدارقطني عن اسحق بن ابراهيم بن هشيم بن بشير بن عبد الملك الدمشقي نا سليمان الشوري عن سمرة عن يحيى بن ابي كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف في الحيوان وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وتضعيف ابن معين بن جوني فيه نظر بعد تعدد ما ذكر من الطرق الصحيحة والحسان مما هو ينادي برفعه الى الحجة بمعاونة ما عرف في فن الحديث وكذا يجبان يرجح على حديث ابي رافع ان صح لانه اقوى سندا الخ حديث ابن عباس والمانع يرجح على المبيح وفي الباب اثر ابي حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي قال دفع عبد الله بن مسعود الى زيد بن خويلة البكري مالا مضاربة فاسلم زيد الى عتبة بن عروب الشيباني في قلائص فلما حلت اخذ بعضا وبقي بعض فاعسر بها وبلغه ان المال لعبد الله فاتاه يبشره فقال عبد الله نعم زيد فقال نعم فارسل اليه بسيابة فقال عبد الله ردها اخذت وخذ راس مالك ولا تسلفن بالنا في شيء من الحيوان قال صاحب التنقيح فيه انقطاع يزيد بن ابراهيم وعبد الله فانه انما يروي عنه بواسطة علقمة او الاسود والا ان هذا غير قادح عندنا خصوصا في ارسال ابراهيم النخعي فانه تعاضدت الاحاديث والطرق عن ابن عباس وسمرة وجابر وغيرهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في المطلوب وما ذكر فيما من معرفة البقرة بالوصف فانما ذكر الله عنهم اوصافا ظاهرة ليطيقوها على تعيين موجود ولا شك في ان هذا مما يحصل به المعرفة وكلامنا في انه يتفق معه التفاوت الفاحش بين الوصف والشخص خلقا منشاه والله سبحانه وتعالى اعلم وصف الرجل الحديث فالطريق الفقه على تسامح وهي لا تتوقف على انتفاء التفاوت الفاحش بين الوصف والشخص خلقا منشاه والله سبحانه وتعالى اعلم وصف الرجل الحديث فالطريق الفقه على تسامح وهي لا تتوقف على انتفاء التفاوت الفاحش بين الوصف والشخص خلقا منشاه والله سبحانه وتعالى اعلم في الذمة في المهر والدية ونحوها فان الحيوان فيه ليس مقابلا بالمال وهو ظاهر فيجري فيه المالية بخلاف ما قبوا [illegible] فلا تجوز فيها المشاهدة فيكون بخلاف غيره فيكون محمولا على وجب ذلك وقلنا ما وقع من الحيوان بدل مال كالمبيع منه فانه لا يجوز ان يثبت في الذمة للجهل فيه من المشاهدة عادة بخلاف غيره كالمهر وما معه فانه ليس عوضا عن مال خرج من يده الآخر فيجوز فعلنا بالآثار فيهما ولقائل ان يقول كون التفاوت بعد الاوصاف يبقى فاحشا لا يضر لان ذلك باعتبار الباطن ولا يلزم المسلم اليه سوى ما تضمن من الاوصاف الظاهرة فاذا انطبق المذكور فيهما على ما يوجد في المدفوع عليه يقوله

فإن كان في طرفيه حمار كرأس ولاكسارع للتفاوت فيها اذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها قال ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جزرا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان يبين له طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون السلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل

سوا كان التفاوت قليلا بحسب الباطن او كثيرا لان المقصود عليه ليس الا الموصوف فقط نعم لو عين من الصفات النكارة وجودة الغنم والاخلاق الحسنة ينبغي ان لا يجوز لان ذلك لا يعرف الا بعد زمان الاختبار وبعده تجري المنازعة في ان اخلاقه ما هي وفي تحريرها فالفرع في ابطال السلم في الحيوان ليس الا السنة وكذا قال محمد بن الحسن لما سأله عمر وبن ابي عمر قال قلت له انما لا يجوز في الحيوان لانه غير مضبوط بالوصف قال لا فانا نجوز السلم في الذبائح ولا تجوز في العصافير فلعل ضبط العصافير بالوصف هون من ضبط الذبائح ولكنه بالسنة وفي مبسوط شيخ الاسلام والعصافير وان كانت من العدديات المتقاربة لكنه في معنى المنقطع لانها مما لا يقتنى ولا تحبس للتوالد ولا تيسر اخذ ولا رجان اخذ طيقام مقام الوجود بخلاف السمك الطري للرجان امكان اخذه وهذا يقتضي جواز السلم فيما يقتضي منها كالحمام والقمري وهو خلاف المنصوص عن محمد وقد روى عن ابي يوسف ان ما لا تتفاوت آحاده كالعصافير يجوز السلم فيها وفي لحومها وهو مشكل على الدليل لانا ان علمناه بعدم الضبط فالعبرة لعين النص لا لمعنى النص او اعتبرنا عمومه وجب ان لا يجوز فان قيل فالسمك الطري مخصوص من عموم الحيوان فجاز في العصافير قياسا على الشياب بعلة التفاوت قلنا انما تم لو شرطنا حياة السمك الطري في السلم فيه ليس كذلك بل كيف ما كان حتى لو نشر ذلك كان لنا ان نمنع صحة السلم فيه قوله ولا في اطرافه اي لا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالرؤس والاكارع وهو جمع كراع وهما دون الركبة في الدواب قيل لما منع بمبنى على منع السلم في الحيوان وهذا بعامته وليس بشيء لانها لا يصدق عليها الحيوان ان كان المنهي تعبدا ولا المبني ان كان حلولا لما التفاوت الفاحش لان ذلك انما يكون في حالة الحيوة وكان يلزم ان لا يجوز في الجلود لكنه جائز بذكر الطول والعرض والنوع والجودة وكذا يجوز السلم في الجلد وفي الغنم والمعز لكن في منعها عددية تفاوتا لا تقدر لها فامتنع السلم عددا وغير عدد لانتفاء المقدر وعندي لا بأس بالسلم في الرؤس والاكارع وفيما بعد ذكر النوع ويلقى التشبرط فان الاكارع والرؤس من جنس واحد يتفاوت تفاوتا فاحشا وقول مالك بجواز عددا بعد ذكر النوع نحمله التفاوت جيد لكن يزاد انها رؤس عجاجيل او بقر كما ونحوه في الغنم فان التفاوت بعد ذلك يسير ولا في الجلود عددا وكذا الاخشاب والجوالقات والغرارات والثياب المخيطة والخفاف والقلانس الا ان يذكر العدد والقصد التعدد في المسلم فيه ضبطا كما بينه ثم يذكر ما يقع به الضبط كان يذكر في الجلود مقدارا من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم وكذا في الادم يقول طبائي او بزغالي وفي الخشب طوله وغلظه ونوعه كقطا او جوز ونحوه وقول بعضهم يجوز في الكاغذ عددا محمول على ما بعد تسميته طوله وعرضه وثخنه ورقته ونوعه الا ان يغني ذكر نسبته عن قدره كورق سمرقندي وفي الجرابق طوله ووسعه وكذا كل ما كان مميزا عن غيره قاطعا للاشتراك وكذا لا يجوز في الحطب حزما ولا في الرطبة جزرا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشد به الحزمة شبرا او ذراعا فيجوز اذا كان لا يتفاوت وليس المعنى انه لا يجوز السلم فيها اصلا بل لا يجوز بهذا العدد ولو قدر بالوزن في الكل جاز وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الحطب الوزن فيجوز الاسلام فيه فانه وهو اضبط واطيب وكون العرف في شيء من بعض المقدرات لا يمنع ان يتعامل فيه بمقدار آخر يصطلحان عليه الا ان يمنع منه مانع شرعي كما قلنا في البيض كيلا وهذا كان ظاهر المذهب جواز السلم في الحنطة وزنا بخلاف ما اذا تحمل بخوا الحنطة بحيثها وزنا وهو كيلي لما عرف في باب الربا انا السلم فليس يلزم فيه ذلك لان راس مال السلم في الحنطة لا يكون حنطة وقد رضيا بضبط وزنا كيلا يصير تفاوت الحنطتين المتحدتي الوزن كيلا وبهذا اتضعف رواية الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز في الحنطة وزنا وذكر قاضيخان ان الفتوى على الجواز لتعامل الناس ويجوز السلم في الفت وزنا وارطبة القتب الجزر بضم الجيم وفتح الزاء المعجمة جمع جزرة وهي الحزمة من الارطبة كحزمة الريحان ونحوه واما الجزر بكسر الجيم وزايين او بهاء بعدها جيم جمع جزرة وسيجيء الصوف الجزوز قوله ولا يجوز السلم حتى يكون السلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل بكسر الحاء مصدر سمي

حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض

من الحلول حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك وهو موجود عند العقد والمحل لا يجوز وهو قول الاوزاعي وقال الشافعي ومالك واحمد واسحق اذا كان موجودا عند المحل جاز وان كان منقطعا وقت العقد او بينهما لان اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت المحل فاشتراطه في غير ذلك بلا موجب بل دليل نفيه عدم دليل وجوده لان نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي ولهم ايضا اطلاق الحديث المتقدم اعني انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة فوجدهم يسلفون في الثمر السنة والسنتين والثلاث فافاض في بيان الشرط الشرعي فلم يزد على قوله من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فلو كان عدم الانقطاع شرطا لبينه وحين لم يبينه لم يثبت بل يلزم انه ليس شرطا لسكوته عنه بعد شروعه في بيان ما هو شرط على ما عرف في مثله قلنا بل فيه مدرك شرعي وهو ما رواه ابو داود وابن ماجة واللفظ له عن ابن اسحق عن رجل بحراني قلت لعبد الله بن عمر اسلم في نخل قبل ان تطلع قال لا قلت لم قال لان رجلا اسلم في حديقة نخل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل ان تطلع النخل فلم تطلع النخل شيئا ذلك العام فقال المشتري اخرك حتى تطلع فقال البائع انما النخل هذه السنة فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للبائع اخذ من نخلك شيئا قال لا قال بم تستحل ماله اردد عليه ما اخذت منه ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه وجه الدلالة انه اولا يصدق على السلم اذا وقع قبل الصلاح انه بيع ثمرة قبل بدو صلاحها وفيه مجهول كما رايت والحديث المعروف وهو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها فيكون متناولا للنهي ويدل عليه ما اخرج البخاري عن ابي البختري سالت ابن عمر عن السلم في النخل قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح وعن بيع الورق نسا بناجز وسالت ابن عباس عن السلم في النخل قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يوكل منه فقد ثبت عن هذين الصحابيين الكبيرين في العلم والتتبع انهما فهما من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح بيع السلم فقد دل الحديث على اشتراط وجوده عند العقد والاتفاق على اشتراطه عند المحل فلزم اشتراط وجوده عندهما على خلاف قولهم واما لزوم وجوده بينهما فاما لعدم القائل بالفصل لان الثابت قائلان قائل باشتراطه عند المحل فقط وقائل عندهما وفيما بينهما فالقول باشتراطه عندهما لا غير احداث قول ثالث او نقول ذلك بتعليل النص على اشتراطه عند العقد مع ان الاداء يتاخر عنه فلا يضطر اليه عنده بان اشتراطه للقدرة على التسليم ظاهر في مدة الاجل لان الظاهر استمرار الموجود وبالاستمرار يتمكن من التحصيل فان اخذ السلم مظنة العدم وبالاخذ بذلك مظنة التحصيل شيئا فشيئا في مدة الاجل وباعتبار المظنة مناط الاحكام فلا يلتفت الى كون بعض من السلم اليه قد يحصله دفعة عند حلول الاجل كالزراع واهل النخل فان ما يسلم فيه لا يحصى واكثرهم يحصل المسلم فيه بدفعات ارايت المسلم اليه في الجلود ايذبح عند حلول الاجل الف راس ليعطي جلودها لرب السلم وكذا الاسماك المالحة والثياب والاخشاب والعطاء والاعسال والمشاهد في بعض من له نخل او زيتون ان ياخذ اكثر ما يحصل له ليعطي ما يخرج له ويشتري الباقي وكثير ياخذون ليستربحوا في راس المال وينفقوا من فضل الكسب على عيالهم ويحصلون المسلم فيه قليلا قليلا لان وضع السلم شرعا لاعتبار ظن ما ذكرنا فيكون هو السبب في اشتراط الشرع وجوده عند العقد ثم الانقطاع الذي يفسد العقد ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت ذكره ابو بكر البلخي وتواردوا عليه وفي مبسوط ابي اليسر لو انقطع في اقليم دون اقليم لا يصح السلم في الاقليم الذي لا يوجد لانه لا يحصل الا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو اسلم في الرطب ببخارا لا يجوز وان كان يوجد بسجستان ولو انقطع بعد المحل اي حلول الاجل قبل التسليم لا يبطل العقد لكن رب السلم بالخيار ان شاء فسخ وان شاء انتظر وجوده وقال زفر يبطل العقد وهو قول الشافعي ورواية عن الكرخي للعجز عن التسليم

قال ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت **قال** لا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا واما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعضاؤها بالسلم في اللحم عنده **قال** ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف وبهذا تضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربا الفضل بخلاف لحم الطير لانه لا يمكن وصف موضع منه وذلك لتفاوت في قلة العظم وكثرته وفي سمنه هزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة في مخدوم التعظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل حال من الفقه وكان القبض يتعين فيعرف مثل المقبوض به في وقته اما الوصف فلا يمكن ضبطه

قبل القبض في البيع العين فان الشيء كما لا يثبت في غير محله لا بقي عند خواصه كما لو اشترى الفلوس ثم كسدت قبل القبض بطل العقد فكذا هنا ولنا ان السلم قد صح ثم تعذر التسليم بعارض على شرف الزوال فيتخير المشتري كما لو ابق المبيع قبل القبض وهذا لان المعقود عليه هنا دين وهو الدين الذمة وهي باقية فيبقى الدين بقدر محله واما تاخر التسليم اذا كان وجوده مرجوا بخلاف المبيع العين فان هلاكه يفوت محل العقد وكذا الفلوس اذا كسدت فانها باقية في الذمة لكن الثمن الكائن فيها فلوس هي اثمان ولا وجود لها بعد الكساد فيفوت المحل ثم هو ليس على شرف الزوال بل الظاهر استمراره في الوجود فيتحقق المانع فيه لان ادراك الذرع والثمار واما معلوم وكذا الغير بها او ان يكثر وجودها فيه من التسعير رخص **قوله** ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما بالتحري ورأى وراى سمك الاسكندرية التنفس والدوفس وغيرها لانه معلوم القدر مضبوط الصفة مقدور التسليم ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت واما الصغار فيجوز فيها وزنا وكيلا وسواء فيها الطري والمالح في الاصح وفي المغرب سمك مليح وملوح وهو المقدد الذي فيه الملح ولا يقال مالح الا في لغة رديئة قال بعض الشارحين لكن قال الشاعر بصرية تزوجت بصريا يطعمها المالح والطريا ثم نقل عن بعض المشايخ وكفى بذلك حجة للفقهاء وظاهر هذا الاستدراك انه ليس برديء ولم يجد سوى هذا البيت وهو لا يأتي في قول المغرب الا في لغة رديئة وليس لهذا الاستدراك فائدة بل قال ابن دريد ملح وملح وهو يلتفت الى قول الزاجر يطعمها المالح والطريا فاذا ك مولد لا يؤخذ بلغته واما الطري فيجوز بيعه حين وجوده وزنا ايضا فان كان يقطع في بعض السنة كما قيل انه ينقطع في الشتاء في بعض البلاد فلا ينعقد في الشتاء ولو اسلم في الصيف وجب ان يكون منتهى الاجل لا يبلغ الشتاء وبهذا سقط قول محمد لا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه يعني ان يكون السلم مع شروطه في حينه كيلا ينقطع بين العقد والحلول وان كان في بلد لا ينقطع جاز مطلقا وزنا لا عددا لما ذكرنا من التفاوت في احاده وعن ابي حنيفة في الكبار التي تقطع كما ينقطع الحم لا يجوز السلم في لحمها اعتبارا بالسلم في اللحم فانه يمنع السلم في اللحم وعن ابي يوسف منع السلم في الكبار وزنا مع اجازته في اللحم فان هناك يكثر اعلام موضع القطع الجنب والظهر او الفخذ وهنا يقطع في السمك وذلك وطعن بعضهم على محمد في قوله في حينه لان الاصطياد يتحقق في كل حين ممنوع فان الانقطاع عدم الوجود في بعض البلاد وفي بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطياد ليرد ما ذكره **قوله** ولا خير في السلم في اللحم وهذه العبارة تاكيد في نفي الجواز كقوله لا خير في استقراض الخبز وقول من قال ان المجتهد يقول فيما يستخرج من الحكم بالرأي تجوز احد القطع في حكم الله بالرأي بعيد فكل الاحكام القياسية الثابتة بهذا الطريق لا يجوز كذا وكلها من هذا القبيل لانه قد اشتهر عند اهل العلم انها مظنونات لا مقطوعات وايضا المجتهد قاطع بان حكم الله في حقه ذلك وقال اذا وصف من اللحم موضعا معلوما لكونه ذكر او سمينا ابدان يختلف من نحو الضان وسنه عن ثني وجذع من الفخذ او الكتف او الجنب مائة رطل وفي الحقاق والعيون الفتوى على قولهما وهذا على الاصح من ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لا خلاف فمنع ابو حنيفة فيما اذا اطلق السلم في اللحم وقولهما اذا بينا ما ذكرنا وبينا انه موزون في عادة الناس مضبوطا بما ذكرنا من الوصف وقوله ولهذا يضمن بالمثل الاستدلال على كونه موزونا وكذا كونه مضمونا بالمثل جاز الاستقراض وما ذكرنا من العادة المستمرة فيه في سائر الاقطار قاطع فيه وما فيه من العظم غير مانع لانه اذا سمى موضعا ومعلوم ان فيه عظما كان تراضيا على قطعه لما تضمنه من العظم ولانه ثابت باصل الخلقة كالنوى في التمر ولهذا جاز السلم في الالية مع انها لا تخلو من العظم ولا السلم في الشحم بالاجماع بخلاف لحم الطير لانه لا يمكن وصف موضع منه لان حضور الطير صغيرا وهذا ظاهر في منع مطلقا وحاصل الكلام فيه ان الاصيد من الطير لا يجوز السلم في لحمه وما صيد قيل هو على الخلاف الذي مر ولا يجوز عنده لا يجوز عندهما وقيل يجوز عند الكل لان

قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما روينا ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي **قال** ولا يجوز الا باجل معلوم لما روينا ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع

ما فيه من العظم لا يعتبره الناس وهو الصحيح فيجب ان يكون محل ما في الكتاب من المنع مطلقا في مخلوع العظم فان القلة حينئذ ثابتة ثم يجيز انه اذا اسلم في مائة رطل من لحم الدجاج مثلا ان يعين الموضع بعد كونه بعظم فان من الناس من لا يجب الصدر منها فيقول اوراكا او غير الصدر او ينص على صدورها واوراكها فان اطلق فقال من لحم الدجاج السمين يجب ان لا يجوز للمنازعة بسبب ما ذكرنا لاختلاف اعراض الناس ولابي حنيفة رح وجهان احدهما انه يقع سلما في المجهول لتفاوت اللحم بقلة العظم وكثرته بخلاف لحم السمك فان مضمونه من العظم قليل معلوم اهداره بين الناس ولذا هو فرق بين لحم السمك وغيره وقولهما اذا سمى موضعا كان تراضيا على قطع ما تضمنه العظم قلت المشاهد في بيع اللحم حالا بعظمه وجريان المماكسة بين البائع والمشتري حتى ان المشتري يستكثره فيامره بنزع بعضه والجزار يدبسه عليه فكيف في الاجل المستاخر التسليم وعلى هذا الوجه يجوز السلم في مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه ثانيهما انه يختلف بحسب الفصول سمنا وهزالا فاذا سمى السمين قد يكون انتهاء الاجل في فصل الهزال وحاصل هذا الوجه انه سلم في المنقطع وعلى هذا لا يجوز في مخلوع العظم وهو رواية ابي شجاع عنه قال المص وهو الاصح لان الحكم المعلل بعلتين مستقلتين يثبت مع احدهما كما يثبت معهما وقولهما يضمن بالمثل ممنوع مما ذكر في باب الاستحقاق في الجامع الكبير فيمن غصب لحما فشواه ثم استحقه رجل لا يسقط ضمان الغصب وللمغصوب منه ان يضمنه قيمة اللحم قيل ولا توجد رواية بانه من ذوات القيم الا هنا من الجامع الكبير لكن ذكر صاحب الفتاوى الصغرى انه راى وسط غصب المنتقى ان ابا يوسف رح روى عن ابي حنيفة رح اذا استهلك لحما قال عليه قيمته وحل عبارة المص ان القبض اي قبض اللحم القرض يعاين فيعرف مثله به اي بالمقبوض اما السلم فليس فيه مقبوض معاين بل مجرد وصف فلا يكتفى به الى آخر ما ذكرنا وكذا الاستقراض وزنا ايضا ممنوع بل ذاك مذهبهما وبعد التسليم اي تسليم ان ضمان اللحم بالمثل كما اختاره الاسبيجابي انه يضمن بالمثل الا ان ينقطع عن ايدي الناس وهو الوجه لان جريان ربا الفضل فيه قاطع فانه مثلي فيفرق بين الضمان والسلم بان المعادلة في الضمان منصوص عليهما وتمام المعادلة بالمثل انه مثل صورة ومعنى اما القيمة مثل معنى فقط لان الموجب الاصلي رد العين والمثل اقرب الى العين بخلاف القيمة وكذا بتقدير تسليم استقراضه فالفرق بين السلم والقرض ان القبض في القرض معاين محسوس فامكن اعتبار المقبوض ثانيا بالاول اما السلم فانه يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا تعرف مطابقته للوجود عند القبض كمعرفة مطابقته بعد رؤية المقبوض الموجب المثل وهذا معنى قوله اما الوصف فلا يكتفى به اي لا يكتفى بالوصف في معرفة الموافقة بين الموصوف والمقبوض كما هو بين المقبوض اولا والمقبوض ثانيا ولما اهدر الشارع في باب الربا كون الجودة فارقا ثبت الربا بين لحمي نوع متفاضلا وان اختلف موضعها كلحم فخذ مع لحم ضلع **قوله** ولا يجوز السلم الا مؤجلا وهو مذهب مالك واحمد وقال الشافعي يجوز السلم الحال بان يقول مثلا اسلمت هذه العشرة في كر حنطة صفتها كذا وكذا الى آخر الشروط وبه قال عطاء وابو ثور وابن المنذر لاطلاق النص وهو قوله ورخص في السلم والظاهر انهم لا يستدلون به لانهم اهل حديث وهذا لا يثبت الا من كلام الفقهاء وانما الوجه عندهم انه لا دليل في اشتراط الاجل فوجب نفيه وربما استدلوا على نفيه بانه لو شرط الاجل لكان لتحصيل القدرة على التسليم التي هي شرط جواز العقد وهي ثابتة والظاهر من حال العاقد انه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر عليه والغرض وجود المسلم فيه فيقدر عليه ولو لم يكن قادرا حقيقة فقد ثبتت قدرته بما دخل في يده من راس المال ولهذا اوجبنا تسليم راس المال بخلاف الكتابة الحالة فان العبد يخرج بالكتابة من يد مولاه من غير ان يدخل في ملكه شيء فلا يصير قادرا على تسليم بدل الكتابة واما استدلالكم بقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فليس معناه الامر بالتاجيل

والاجل ادناه شهر وقيل ثلثة ايام وقيل الكل من نصف اليوم والاول اصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه لا يعرف مقداره لانه يتأخر فيه التسليم فربما يموت الى المنازعة وقد مر من قبل ولابد ان يكون المكيال مما لا ينضبط ولا ينبسط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكيس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روى عن ابي يوسف **قال** ولا في طعام قرية بعينها او ثمر نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم وآله اشار عليه السلام حيث قال رايت لو اذهب الله تعالى الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كما نحتفر اني بجرا واليماني بقرعانة

في السلم فيمتنع الحال بل معناه من اسلم في كيل معلوم او في موزون فليسلم في وزن معلوم او الى اجل معلوم فليكن الى اجل معلوم لانه لو لم يكن كذلك لكان ايضا امرا بان يكون السلم في كيل او موزون فلم يجز في المعدود والمذروع لان النص في الاصول الثلاثة واحد ونحن نقول لاشك ان اهل الاجماع قاطبة في اخراجه من ذلك الحكم العام للتخفيف للمفاليس المحتاجين الى نفقة عاجلة قادرين على ابدال بقدرة اجله فلا تحقق محل الرخصة الا مع ذكر الاجل فلا يجوز في غيره وكونه قادرا حال العقد لم تحقق المبيع في حقه ولما كان جوازه للحاجة وهي بالنقد انيط بامر ظاهر كما هو الشأن في قواعد الشرع كالسفر للمشقة ونحوه وهو ذكر الاجل فلم يلتفت بعد ذلك الى كون المبيع معدوما من عند المسلم اليه حقيقة او موجودا قادرا هو عليه فقول المص ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص سماه لو لم يذكر الاجل والله تعالى اعلم وقولهم الغرر في السلم الحال قليل منه في الموجل بعد ما ذكر لا يفيد شيأ اصلي بعد ما بينا ان شرعيته لدفع حاجة المحتاج الى المال العاجز عن العوض في الحال فان الغرر قد يحمل فيه لتلك الحاجة وهي المنتفية في السلم الحال **قوله** والاجل ادناه شهر الخ في النهاية لا رواية عن اصحابنا رضوان الله عليهم وفي المبسوط في مقدار الاجل اختلفت الروايات عنهم والاصح ما روي عن محمد انه مقدر بالشهر لانه ادنى الاجل واقصى العاجل وقال الصدر الشهيد الصحيح ما روي عن الكرخي انه مقدار ما يكون تحصيل المسلم فيه وهو جيد ان لا يصح لانه لا ضابط محقق فيه وكذا ما عن الكرخي من رواية اخرى انه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في تاجيل مثله كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان وفي الايضاح فان قدر بيوم جاز وبعض اصحابنا قدروا بثلاثة ايام استدلالا بمدة خيار الشرط وليس بصحيح لان التقدير بثلاثة بيان اقصى المدة فما دونه غير مقدار انتهى والتقدير بالثلاث مروي عن الشيخ ابي جعفر احمد بن ابي عمران استاذ الطحاوي صح المص الاول لانه مروي عن محمد ولانه ماخوذ من مسئلة اليمين وهي ما اذا حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فكان ما دون الشهر في حكم العاجل فالشهر وما فوقه اجل قالوا وعليه الفتوى **قوله** ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه قال المص معناه اذا كان لا يعرف مقداره اما اذا عرف فيجوز لضبط المقدار لو تلف ذلك المكيال والذراع وانما لا يجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ما قدر به فيتعذر الايفاء قال وقدر من قبل يريد اول كتاب البيوع وهو قوله ويجوز البيع بالذراع بعينه لا يعرف مقداره ويوزن حجر بعينه الى ان قال بخلاف السلم الخ وقد روي عن ابي حنيفة انه لا يجوز ايضا في بيع العين بالعين لانه بيع ليس بمكايلة ولا مجازفة وبيع الحفنة انما يجوز على احدهما والصحيح الاول والحصر ممنوع وبتقدير التسليم هذا بيع مجازفة ثم لابد ان يكون المكيال مما لا ينضبط كالقصاع والحديد والخزف مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والغرارة لا يجوز للمنازعة عند التسليم الا في قرب الماء فيجوز لما روي عن ابي يوسف للتعامل فيه فانه اجازه وهو ان يشتري من سقاء كذا كل قربة من ماء النيل او غير ذلك مثلا بهذه القربة وعينها جاز البيع وتقتضي القاعدة المذكورة ان لا يجوز اذا عين هذه القربة ولكن يقدر بها والله اعلم والزنبيل بالفتح بالتشديد بالكسر شدة البا على ما قال زنبيل **قوله** ولا في طعام قرية بعينها لحفظ بلدة المفيين او النخلة بلا مصر او ثمرة نخلة بعينها او بستان بعينه لانه قد تعتريه آفة فتمتنع قدرة التسليم قال المص واليه اشار صلى الله عليه وسلم ارايت لو ذهب ثمرة هذا البستان ثم يستحل احدكم مال اخيه فان سمى هذا لانه لا يستحق هذا البيع ثمنا ان لم يخرج ذلك البستان شيأ فكان في بيع ثمر هذا البستان غرر الانفساخ فلا يصح بخلاف ما اذا اسلم في حنطة صعيدية او شامية فان احتمال ان لا تثبت في الاقليم برمته شيء ضعيف فلا يلحق الغرر المانع من الصحة فيجوز فهذا الحديث يفيد عدم صحة البيع سواء

قال ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد او ردي ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف او كذا وزنا واجل معلوم والاصل فيه ما روينا والفقه فيه ما بينا ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان ولهما في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب وله انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال

كان وروده في السلم او في البيع مطلقا والواقع ان معناه ورد في السلم وفي البيع مطلقا اما في السلم فما قدمناه من حديث ابي داود وابن ماجة في الذي اسلم في تلك الحديقة النخل فلم يطلع شيء فاراد المسلم اليه ان يمنعه الثمن الذي كان اخذه وقال انما النخل هذه السنة حيث قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذ من نخلك شيئا قال لا قال بم تستحل ماله او رد عليه ما اخذت منه الحديث واما ما في مسلم عن جابر رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو بعت من اخيك تمرا فاصابته جائحة فلا يحل لك ان تاخذ منه شيئا بم تاخذ مال اخيك بغير حق فيصدق على كل من السلم والبيع ويمكن ان يكون دليلا على ان هلاك المبيع يبطل البيع ويوجب رد الثمن فهو دليل هذه المسئلة ايضا وفي الصحيحين عن انس رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان لم يثمرها الله فبم يستحل احدكم مال اخيه هذا فلو كانت نسبة الثمرة الى قرية بعينه لبيان الصفة لا لتعيين الخارج من ارضها بعينه كالخشمراني ببخارا والبساخي وهي قرية حنطتها جيدة بفرغانة لا باس به ولانه لا يراد خصوص النابت هناك بل الاقليم ولا يتوهم انقطاع الحنطة هناك لانه اقليم وكذا اذا قال من حنطة هراة يريد هراة خراسان ولا يتوهم انقطاع طعام اقليم بكماله فالسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء وكذا في ديار مصر في فتح الصعيد والذي في الخلاصة ذكر معناه في المجتبى وفي غيره لو اسلم في حنطة بخارا او حنطة سمرقند او اسبيجاب لا يجوز لتوهم انقطاعه ولو اسلم في حنطة هراة لا يجوز او في ثوب هراة وذكر شروط السلم يجوز لان حنطتها يتوهم انقطاعها اذ الاضافة لتخصيص البقعة فيحصل السلم في مفهوم الانقطاع بخلاف اضافة الثوب لانها لبيان الجنس والنوع لا لتخصيص المكان وكذا لو اتى المسلم اليه في ثوب هروي بثوب نسيج في غير ولاية هراة من جنس الهروي يعني من صفته ومؤنته يجبر رب السلم على قبوله فظهر ان المانع والمقتضي العرف فان تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز والا فلا وبينه ما في الخلاصة قال لو كان ذكر النسبة للبيان لا لتعيين المكان كالخشمراني فانه يذكر لبيان الجودة لا يفسد السلم وان كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب جاز السلم والا لا اما السلم في الحنطة الصعيدية والعراقية والشامية فلا شك في جوازه وفي شرح الطحاوي لو اسلم في حنطة حديثة قبل حدوثها فالسلم باطل لانها منقطعة في الحال وكونها موجودة في وقت العقد الى وقت المحل شرط لصحة السلم **قوله** ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط مذكر في العقد واما عندهما فهي الخمس الاولى ولا شك ان للسلم شروطا غيرها ولكن لا يشترط لصحة السلم ذكرها في العقد بل وجودها وشرائط جمع شريطة فقول بعضهم في بعض النسخ سبع وهو الاصح ليس كذلك بل سبعة على تقدير كون المعدود شرط وسبع على تقدير كونه شريطة وكل وارد على اعتبار خاص والمعروف من النسخ ليس الا المشهور سبع شرائطه جنس معلوم كحنطة او شعير ونوع معلوم كسقية وهو ما يسقى سيحا او بخسية وهي ما تسقى بالمطر ونسبته الى البخس لانها منحوسة الحظ من الماء بالنسبة الى السيح غالبا وصفة معلومة كجيد وردي وسط ومشعر سالم من الشعير ومقدار معلوم كذا كيلا بمكيال معلوم فهذه اربعة يشترط في كل من رأس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل فان ما يجوز كونه مسلما فيه يجوز كونه رأس مال السلم ولا ينعكس فان ينقود يكون رأس مال ولا سلم فيه والخامس اجل معلوم والاصل اي في اشتراط هذه الخمسة ما روينا يعني قوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم الحديث نص على شرط القدر المعلوم والاجل المعلوم وثبت باقي الخمسة بالدلالة لظهور ارادة الضبط المنافي للمنازعة وقوله والفقه ما بينا يعني قوله ولان الجهالة مفضية الى المنازعة والسادس ذكر مقدار رأس المال اذا كان رأس المال بحيث يتعلق العقد على قدره يعني ينقسم اجزاء المسلم فيه على اجزائه وهو ان يكون الثمن من المكيلات او الموزونات او المعدودات المتقاربة وهذا شرط في المسلم فيه اتفاقا فصارت احد عشر شرطا والثاني عشر تسمية مكان الايفاء وهو يخص المسلم فيه والثالث عشر ان لا يشمل البدلين احدى علتي الربا لان الفرد احدهما محرم

والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة رح ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة

النساء وان لا يكون فيه خيار شرط والرابع عشر ان يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في الدراهم والدنانير وتقدم في البر روايتان والخامس عشر انتقاد الثمن على قول ابي حنيفة كذا ذكرنا والسادس عشر اشتراطه لاجله اعلام قدره والسابع عشر تسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان للمسلم فيه حمل ومؤنة اي اذا كان نقله يحتاج الى اجرة ونحوه لنقله وقالا لا يحتاج الى تسمية راس المال اذا كان معينا يقبضه دفعة ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان خلافيتان بينه وبينهما لهما في الاولى ولقولهما قال مالك واحمد والشافعي في قول ان المقصود في اعلام قدر راس المال وهو التسليم بلا منازعة يحصل بالاشارة الى العين والثمن العجل فاغنى عن اعلام قدره وصار كثمن المبيع المعجل والاجرة المؤجلة في الاجارة والمضاربة اذا دفع الى آخر دراهم معينة غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف فانه جائز وكراس المال الذي لا ينقسم المسلم فيه عليه كالثوب والعبد فانه لا يشترط فيه اعلام كمية ذرعانه بالاتفاق وله ما روي عن ابن عمر رض انه قال به وقول الفقيه من الصحابة رض مقدم على القياس والقياس على المسلم فيه بجامع انه عوض تناوله عقد السلم ولان جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقا وجهالة راس المال مؤدية اليه ولا يؤدي الى الممتنع شرعا ممتنع شرعا بيان تاديته اليه انه ربما ينفق راس المال كما ينفقه المحتاجون فربما يظهر فيه زيوف فيختار الاستبدال به ورده وقيل يكون اكثر راس المال زيفا فانه اذا رده واستبدل بها في المجلس يفسد السلم عند ابي حنيفة لانه لا يجوز الاستبدال في اكثر من النصف خلافا لهما وقد لا ينفق الاستبدال بها في مجلس الرد فينفسخ العقد في مقدار ذلك فاذا لم يكن قدر الكيل معلوما لم يدر في كم انقض وفي كم بقي فيصير المسلم فيه مجهول المقدار وكذا لو استحق بعضه يلزم هذا ايضا وهذا وان كان موهوما فالموهوم في هذا العقد له حكم المعلوم لشرعه مع المنافي وهو كون المبيع معدوما فان ما يشرع لذلك يكون ضعيفا في الشرعية فيؤثر فيه توهم العذر المذكور وهو في الحقيقة تعليل قوله صلى الله عليه وسلم ارايت ان اذهب الله ثمرة هذا الحائط بما يستحل احدكم مال اخيه بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه وكذا لو اشتراه على انه عشرة فاذا هو خمسة عشر كان كله له والمبيع لا يقابل الاوصاف فلا يتعلق العقد على قدره ولهذا لو ظهر للثوب او الحيوان المجعول راس مال مخرقا او سمى عددا من الذرعان فيه فوجده المسلم اليه انقص او بعض اعضاء الحيوان تالفا لا ينتقص من المسلم فيه شيء بل المسلم فيه بالخيار ان شاء رضي به بكل المسلم فيه وان شاء فسخ لفوات الوصف المرغوب فيه واستشكل بان هذا اعتبار بشبهة الشبهة او انزل منها فان في وجود الزيف احتمالا ثم اختيار الرد لذلك ثم عدم الاستبدال به في مجلس الرد فيه ايضا ذلك والمعتبر الشبهة لا النازل كما افاده الحديث فان المعتبر فيه الشبهة لا غير وهو احتمال ان لا يخرج الثمرة اجيب تارة انها بشبهة واحدة فان الكل مبني على وجود الزيف وتارة بان السؤال فاسد لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت كالنقد مع النسيئة وليس هذا كذلك وانما اعتبر الموهوم بالنص المذكور على ان طريق ما انحصر في وجود الزيف بل ظهور استحقاق راس المال كما ذكرنا انه طريق ومما يدل على صحة اعتبار الموهوم في هذا العقد اجماعنا على انه لا يصح السلم لبطلان العقد في حصة ما لم يعلم قدره فيبطل في الآخر ايضا لاتحاد الصفقة او لجهالة صحة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولا ولهما في المسئلة الثانية وهي اشتراط مكان التسليم فيما له مؤنة ان مكان العقد يتعين للايفاء لوجود العقد لما صح اشتراط غيره فان تعيين مقتضى العقد مردود او هو مفسد على ما هو رواية عن احمد رح وصار كانصرافه الى غالب نقد البلد ما لم يسميا نقدا غيره فينصرف اليه ويلحق بالثمن فان العقد يقتضيهما معا فلما اقتضى وجوب تسليم الثمن في مكان العقد وجب في الآخر ذلك وصار المكان كالزمان الذي هو اول اوقات الامكان حيث يتعين للوجوب لعدم المزاحم او للاداء على قول الكرخي في الامر

وعن هذا قال من قال من المشائخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعيين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة ويقسم بينهما اذا اقتسماه دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا او حمل ومؤنة وقيل لا بشرط خلاف في الثمن والعجل انه بشرط اذا كان مؤجلا وهو تغيير ثمن الائمة السرخسي رح وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للركوب فلو

المطلق وتقريره ان التسليم يحتاج الى مكان وبذا المكان لا يزاحم فيه غيره فيتعين كاول اوقات الامكان والحاقا ايضا بالقرض والغصب للاستهلاك حتى يجب تسليم في مكان الغصب والقرض للاستهلاك يريد ان يكون تعيين غير مكان العقد غير مفسد بقضية اذا اشترى كر او شرط على البائع حمله الى منزله فيفسد سواء اشتراه في المصر او في رجاء يجب بالطريق بان المشتري يمنعه مؤنة الحمل فاذا شرط حملها فقد شرط على المكره مع الشرع ثم سمى الثمن في مقابلة ذلك كله فصار بعضا اجرا ومشتركا استاجرا معا فهو صفقة في صفقة فيفسدها عقد السلم فلا يملك المشتري به العين لان المعقود عليه دين لا عين فانما يملك العين بالقبض بالنقل من مكان الى آخر على من البائع سقى ملك نفسه فلا يكون بائعا واجرا وورد ايضا في الفوائد الظهيرية عن محمد ما يدل على عدم تعيينه فانه قال في جمل باع طعاما والطعام في السواد ان كان المشتري يعلم مكانه فلا خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين زمان البيع مكانا للتسليم لم يكن له خيار ثم قيل انما يجوز البيع اذا كانت حوائج الحنطة في بيت واحد فان كانت في مصر وسواد فالبيع فاسد لافضائه الى المنازعة لان المشتري يطالبه بالتسليم في اقرب الاماكن والبائع يسلمه اليه في الابعد وهذا كله دليل ان مكان البيع لا يتعين اجاب بانه انما يتعين اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضر لانه في ذمة البائع وهو حاضر في مكان العقد فالمبيع حاضر بحضوره وفي بيع العين اذا كان وراء حائط ان التسليم في السلم غير واجب في الحال فلا يتعين مكانا للعقد بخلاف القرض والغصب فان التسليم فيهما واجب في الحال فيتعين مكان سبب الوجوب في الحال وكذا اندفع قياسه على راس مال السلم فانه يجب تسليمه في الحال ويتضمن منع ما قالا من ان وجود العقد الموجب للتسليم يتعين مكانه بل العقد يوجب التسليم فقط الا ان اقتضى امر آخر تعين مكانه فاذا لم يتعين فالجهالة تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فلا بد من البيان دفعا للمنازعة لان المسلم اليه يطالبه بالتسليم في مكان يسقط عنه فيه مؤنة الحمل وترفع قيمته والمسلم اليه على عكسه وبخلاف راس المال لان تسليمه واجب حالا فترفع والحاقه بالامر في تعيين اول الاوقات بالاجماع لكن لا يخفى ان قوله التسليم غير واجب للحال فلا تعيين مكان العقد مما يرد عليه المنع اذ لا ملازمة تظهر وما المانع من تعيينه مع تاخر التسليم حتى اذا حل الاجل وجب تسليمه في ذلك المكان فالاولى ان يقتصر على منع تعيين العقد المكان والحاقهما بالاستهلاك والقرض لظهر الفارق بينهما وبين السلم وبالثمن في العين محل النزاع لان ابا حنيفة في الصحيح عنه يرى انه لا يتعين ايضا اذا كان موجلا وانه يجب تعيينه ايضا كما سيذكر المصنف وبراس مال السلم منع فيه حكم الاصل فانا لا نعين مكان العقد لتسليم راس مال السلم بل ان يقبضه قبل الافتراق لنفي بيع الكالي بالكالي فلو عقد السلم وشيا فوسخا ثم سلمه اليه قبل ان يفارقه جاز وقولهم الموجب للتسليم وجد فيه قلنا لم لا يستلزم وجود الموجب في مكان ان يوجب مقتضاه في ذلك المكان فانه لا ملازمة عقلية في ذلك او يجوز ان يوجد في مكان آخر كراهته الايجاب مطلقا فلا يثبت هذا الملازمة الا سمعا

قوله وعن هذا اي وعن كون المكان يوجب اختلاف القيمة قال من قال من المشائخ ان الاختلاف فيه يوجب التحالف عنده كما لو اختلفا في صفة الثمن او الثمن فان اختلاف الصفة يوجب اختلاف القيمة فهو كما اذا اختلفا في جودته ورداءته وقيل على عكسه اي لا يوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم اليه لان تعيين المكان ليس بقضية العقد عنده وعندهما يتحالفان بان تعيين المكان لما ثبت بمجرد وجود العقد فيكون من مقتضيات العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف بالاجماع هكذا ههنا قال وعلى هذا الاختلاف الثمن في البيع الناجز اذا كان له مؤنة حمل وهو موجل في بيع العين والاجرة بان استاجر دارا شهرا بحمل مؤنة حمل وهو موجل عنده يشترط بيان مكان تسليمها وعندهما لا لان للمقبض

قال وما لا يكال ولا يوزن ولا يجتاج فيه الى بيان مكان الايفاء لاجماع لانه لا يختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والمبسوط وذكر في الاجارات انه يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء وكالوجوب في الحال ولو عينا مكانا لا تعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عينت المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفي به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا **قال** لا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عليه السلام عن الكالئ بالكالئ وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل بآجل والاسلام يبتنى على التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على تحصيل المسلم فيه فلهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يتم تماما لقبض لكونه ناقلا من انعقاد في حق الحكم ولكن لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد تجلوه في خيار العيب لانه لا يتم تمام القبض

اذا اقتسماه دارا او حمل بعير نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن بالاجماع والصحيح انه يشترط عنده اذا كان موجلا وهو قياس شمس الائمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار في القسمة ومكان تسليم الدابة في الاجارة للايفاء **قوله** وما لم يكن له حمل ومؤنة كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ يعني القليل منه والا فقد يسلم في انسان من الزعفران كثيرة تبلغ احمالا وكذا المسك وصغار اللؤلؤ ولا يشترط فيه بيان مكان الايفاء عندهم وهو الاصح من قول الشافعي ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه وكما قلنا يتعين مكان العقد سفنا واذا كان حاملا يتأتى التسليم فيه وما لا بأن اسلم اليه وهما في مركب في البحر او في جبل فانه يجب في اقرب الاماكن التي يمكن فيها منه قال المصنف وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع يعني من اصل المبسوط وذكر في الاجارات من اصل المبسوط يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح والاصح من قول الشافعي ايضا لان الاماكن كلها سواء واذا ما لا يتأتى لا يختلف باختلاف الاماكن فيما لا حمل له ولا مؤنة بل بعزة الوجود وقلته وكثرة رغبات الناس وقلتها بخلاف ما له مؤنة فان اعظمه الحطب يوجد في المصر والسواد ثم يشترى في المصر اكثر ما يشترى في السواد ولو عينا مكانا قيل لا تعيين لانه لا يفيده والشرط الذي لا يفيد لا يجوز وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق وهو الاصح وبه قال الشافعي واحمد وذكره في التحفة ثم لو عينا المصر في ما له حمل ومؤنة يكتفي به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا يعني التعيين لا يختلف باختلاف المصر الواحد عادة قيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لا يجوز الا ان يبين لانه مفض الى المنازعة ذكره في المحيط ولو شرط ان يوفيه في مكان ثم يحمله الى منزله لا خير فيه ولو شرط الحمل الى منزله ابتداء قيل يجوز استحسانا وروى البلخي عن اصحابنا انه لا يجوز السلم وقيل انما لا يجوز قياسا اذا شرط الايفاء في موضع ثم يحمل الى منزله اما لو شرط الايفاء في منزله فيجوز قياسا واستحسانا وفي بيع العين لو شرط على البائع في المصر ان يوفيه الى منزله والعقد في مصر جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا وعند محمد لا يجوز بهذا اذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة فان كان لا يجوز البيع ولو اشترى طعاما بطعام من جنسه وشرطا احدهما التوفية الى منزله لم يجز بالاجماع كيف ما كان ولو شرط ان يوفيه الى مكان كذا فسلم في غيره وذكر الكرار الى الموضع المشروط صار قابضا ولا يجوز اخذ الكرار وان شاء رده اليه ليسلم في المكان المشروط لانه صفة **قوله** ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل ان يفارقه بنا على تحقيقه ان قبض رأس المال قبل الافتراق شرط فساد العقد على الصحة اما اذا كان رأس المال من النقود فلانه لو لم يقبض افترقا عن دين بدين لانهما لا يتعينان فلا يتحقق التقابض في المجلس وهو الاصل في الذهب والفضة بنص الحديث المشهور وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ اي النسيئة بالنسيئة والان الكالئ بالتأخير ويقول ان لم يشترط الاجل لا يخرج الى الدين عن دين فلا يقول ما قال الشافعي واحمد وان كان عينا فعلى القياس لا يشترط قبضه لان عدم تسليمه لا يؤدي الى بيع دين بدين بل بيع عين بدين وفي الاستحسان يشترط اعمالا لمقتضى الاسم الشرعي لان الاسلام والاسلاف في كذا ينبئ عن تعجيل المسلم دون التأخير لان وضعها في الاصل لاخذ عاجل بآجل فالشارع قرره كذلك فيجب ان يثبت على اعتبار المعنى الذي اعتبر فيها ولو فرضنا فرضا انها صارت اعلاما فاصل الوضع كان باعتبارها اعتبر في معناها من الاحكام فلزم التعجيل ولانه لا بد من تسليم ليتقلب فيه المسلم اليه اذ الغرض افلاسه وحاجته فيتغلب فيه ليقدر على تحصيل المسلم فيه الى الاجل ولهذا اي لا يشترط التسليم قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من انعقاد في حق الحكم الذي هو الملك وهذا على قول ابي حنيفة ظاهر فانه وان خرج البدل من ملك من لم يكن له حق خيار لم يدخل في ملك الآخر وعلى قولهما هو ملك متزلزل فانه بمنزلة ان يفسخ من له الخيار فلا تم القبض لان تمامه مبني على تمام الملك في العوض بهذا بخلاف الاستحقاق فان بالاستحقاق ظهر استقرار منع استحقاقه من تمام قبضه بجواز اجازة المالك حتى لو اجاز قبضه صح العقد وان كان الاستحقاق يمنع الملك لان منعه الملك ليس لقبضه السبب بل لاستحقاق

ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر رح وقد مر نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طار اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا ترى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا

وجد مطلقا لا مانع فيه سوى تعلق حق الغير وجاز ان يجيز ذلك الغير فاذا اجاز التحقت الاجازة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط فان عدم الملك قضية السبب نفسه ويجعله في حق الحكم كالمتعلق بشرط سقوط الخيار وكان تأثيره اكثر من تأثير عدم القبض فكان اولى بالابطال من عدم القبض وهذا لان المعلق بالشرط معدوم قبله فلا حكم اصلا وهو الملك فلا قبض ولذا قلنا ان اعتاق المشتري لا يصح ولا يتوقف اذا كان في البيع خيار للبائع واعتاق المشتري من الفضولي يتوقف ولذا لا يثبت فيه اي في السلم خيار رؤية بالاجماع لانه غير مفيد اذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض عاد دينا كما كان لانه لم يرد عين ما تناوله العقد فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله ولان اعلام الدين ليس الا بذكر الصفة مقام ذكر العين فلا يتصور خيار رؤية ذكره في الكافي ولا يشكل بالاستصناع فانه دين في ذمة الصانع ويجري فيه خيار الرؤية عيني اذا رد ما يأتي به ينفسخ لانا لا نسلم ان المبيع فيه الدين في ذمة الصانع بل العين كما سيأتي واما خيار الرؤية في رأس المال فصحيح لانه لا يمنع ثبوت الملك ذكره في التحفة وهذا اذا كان عينا مثليا او قيميا بخلاف خيار العيب في المسلم فيه فانه يصح لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضى وهو تمام وقت العقد قوله ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس مال السلم قائم جاز السلم خلافا لزفر وانما قيد بقيام رأس المال لانهما لو اسقطاه بعد اتفاقه او استهلاكه لا يعود صحيحا اتفاقا لانه باهلاك صار دينا في ذمة المسلم اليه ولو صح كان برأس مال هو دين وذلك لا يجوز كما لا يجوز في ابتداء العقد ولانه الان في معنى الابتداء اذ قبل الاسقاط لم يكن للعقد وجود اشرعا وقول الشافعي ومالك كقول زفر وقد مر نظيره في باب البيع الفاسد وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل قبل حلوله ينقلب جائزا عندنا خلافا لهم قال المص رح وجملة الشروط جمعوها الى آخره فاعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتعجيله تتم خمسة ومن صفته ان يذكر من النقد الفلاني اذا كان في البلد نقود مختلفة المالية متساوية في الرواج كقولنا عدلية او غطريفية فان لم يختلف وتساوت رواجا يعطيه من ايهما شاء ولو تفاوتت رواجا انصرف الى غالب نقد البلد كما في البيع وينبغي في ديارنا اذا سمى مؤدية يعطيه الاشرفية والجقمقية ليتعارف تسمية الكل مؤدية والاستواء في المالية والرواج واعلام المسلم فيه يشتمل على مثلها خلا التعجيل وتأجيله وبيان مكان الايفاء يتم احد عشر واما القدرة على تحصيله فالظاهر ان المراد فيه عدم الانقطاع فان القدرة بالفعل في الحال ليس هو شرطا عندنا ومعلوم انه لو اتفق عجزه عند الحلول وافلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمناه من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وان لا يكون حيوانا وانتقاد رأس المال اذا كان نقدا عند ابي حنيفة رح خلافا لهما فان لا يشمل البدلين احدى علتي ربوا وعدم الخيار فظهر ان قوله وجملة الشروط لم يتم ثم فرع على اشتراط القبض في السلم انه لو اسلم مائتين في كر حنطة منها مائة دين على المسلم اليه ونقده مائة ان السلم في حصة الدين باطل لفوات قبضه ولا يشيع الفساد في الكل خلافا لزفر وجه قوله انه فساد قوي لتمكنه في صلب العقد وايضا قد جعل قبول العقد في حصة الدين شرطا لقبوله في حصة النقد فهذا شرط فاسد ولنا ان الفساد طار فلا يشيع في غير محل المفسد اما ان اضاف العقد الى مائتين مطلقة بان قال اسلمت اليك مائتين في كذا ثم جعل احدهما الدين فظاهر واما ان اضاف الى الدين والعين جميعا بان قال اسلمت مائة الدين وهذه المائة في كذا فكذلك وان قيل يفسد في الكل عند ابي حنيفة لما ذكرنا من اشتراط القبول في حصة الدين والصحيح ان الجواب فيهما عدم الفساد عنده لان العقد لا ينعقد بالدين ولو قيد به بدليل ان من اشترى عبدا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد الا اذا كان يعلمان عدم الدين فينفسد لامر آخر وهو انهما حينئذ هازلان بالبيع حيث عقد بيعا بلا ثمن بخلاف ما لو

قال ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم فيه قبل القبض اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه لانه تصرف فيه فان تقايلا السلم لم يكن له ان يأخذ من المسلم اليه رأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك ولانه اخذ شبهاً بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً لسقوطه فجعل رأس المال مبيعاً لانه دين مثله الا انه يجب رده في المجلس لانه في حكم الابتداء ولهذا لو كان في جنسه ربح حرم وقال

كانت المائة على ثالث فانه شيوع بالفساد ولذا قيد المصنف كون المائة دينا على المسلم اليه لان المائة على الاجنبي ليست مالا في حقهما وحين لم تقيد بالدين لم تتحقق الفساد بمجرد ذكر ذلك بل بالافتراق بلا قبض تلك المائة ولهذا لو تقابلا المائة قبل الافتراق صح السلم بن لم يلزم قوله جعل القبول في الفاسد شرطا الى آخره اذ لم يلزم الفساد بالاضافة نفعا الى الدين وكان الفساد طاريا بلا شبهة وقال في المنظومة ان كان راس المال نوعين نقد هذا او دين ذاك فالكل فسد ان لم يبين قسطا وقسطا اذ كان البعض الشيوع والريب كذا افاد المستملي على مسئلة الكتاب فقيل انما قيد بالنوعين لانه اذا كان من جنس واحد لا يتعدى الفساد كما ذكر في الهداية واستشكله صاحب الحواشي على قول ابي حنيفة لان عنده اذا ورد العقد على شيئين وفسد في احدهما يفسد في الآخر لانه يصير قبول الفاسد شرطا الخ وقال الا ان هذا في الفساد المقارن الذي يمكن في صلب العقد لا في الطاري وهنا طار لان قبض راس المال شرط لبقاء العقد على الصحة انما المعتبر في نفسه صحيح واستشكله الشيخ حافظ الدين في المنتقى بان هذا يقتضي ان لا يفسد في حصة النقد اذا كان راس المال نوعين ايضا ثم قال يحتمل ان الفساد باعتبار ان معرفة راس المال شرط عنده ولم يبين حصة كل منهما من المسلم فيه فهي المسئلة التي قدمناها المضم تفريع على اشتراطه معرفة مقدار راس المال اذا كان مما يتعلق العقد على قدره فاذا قوبله شيئين كان الانقسام بطريق القسمة وذلك يعرف بالخرز والظن وهو مجهول انتهى وهو مبني على اشتراطه معرفة مقدار راس المال الا ان على هذا الاحاجة الى تقييد المنظومة بكون احدهما دينا فانه لو كان عينين فقد فيهما كذلك ايضا **قوله** لا يجوز التصرف في راس المال لا المسلم فيه قبل القبض اما الاول وهو راس المال فان ما لا يجوز للمسلم اليه التصرف قبل قبضه لما ذكنا من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعا قبل الافتراق واما الثاني وهو المسلم فيه فانه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز لما تقدم من الدليل فلا تجوز به ولا الاستبدال به اما لو دفع المسلم اليه ما هو راس المال وهو الشرط فقبله رب السلم او اجره فانه يجوز ولا يكون لحكم الاستبدال فانه جنس حقه فهو كما لو كان بعض حقه واسقاطه في حق رب السلم ومن احسن القضاء في حق المسلم اليه وقول القدوري بعد ذلك ولا تجوز الشركة والتولية يخرج ما في عموم التصرف في المسلم فيه تقرب وقوعها في المسلم فيه بخلاف المرابحة والتضحية فانه غير مسمى ولانه دين وفي الوضيعة انما يرجع رب السلم فيبعد وجودها بخلاف اخذه مثل ما اشتراه به فانه قريب والشركة هي اخذ بعضه بمثل ما اشتراه به وقيل هو احتراز عن قول ابي يوسف ان التولية يجوز عنده في بيع العين والسلم **قوله** فان تقابلا السلم لم يكن لرب السلم ان يشترط من المسلم اليه راس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اخرجه ابو داود وابن ماجة معنا وعن عطية العوفي عن ابي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره وبهذا يقتضي ان لا يأخذ الا هو ورواه الترمذي وحسنه وقال لا نعرفه مرفوعا الا من هذا الوجه واخرجه الدارقطني عن سعيد الجوهري وعلي بن الحسين الدرهمي بالنحو المذكور وقال اللفظ للدرهمي وقال ابراهيم بن سعيد فلا يأخذ الا ما اسلم فيه او راس ماله وهذا هو حديث المصنف وعطية العوفي ضعفه احمد وغيره والترمذي عن حديثه فهو مختلف فيه حديث حسن ورواه عبد الرزاق موقوفا على ابن عمر رضه اخبرنا معمر عن قتادة عن ابن عمر قال اذا اسلمت في شيء فلا تاخذ الا راس مالك او الذي سلفته فيه واسنده عن ابي الشعثاء نحوه ومن قوله فقوله لا تاخذ الا سلمك يعني حال قيام العقد او راس مالك عند الفسخ فاستفيد منه انه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه وانه لا فرق بين كونه اخذ شبيها بالمبيع بسبب ان الاقالة بيع جديد في حق ثالث غير المتعاقدين والشرع

قال ومن اسلم في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء ولم يكن قضاء وان لم يقل اقبضه ليتم بقبضه لنفسه لما قدمنا ولو تقابضا كيلا واحدا وقعت المقاصة بالكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان

وهذا هو محل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص هو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشرى وان لم يكن بتاتا وكان قرضا فامره بقبض الكر جائز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا يجتمع الصفقتان

ثالث وعرف ان صحتها يتوقف على قيام البيع الى القبض الآتي انه لو هلك المبيع بعد اقالة البيع قبل القبض تبطل الاقالة وذلك يمكن ههنا لان بالاقالة يسقط البيع لانه دين لا عين فتبطلا حتى فلا يعود ولكنا قد صححنا فيستلزم انه ان اعتبر رأس المال بمنزلة المبيع ضرورة لانه دين مثل السلم فيه وجعل الدين مبيعا ليس محالا وارد عليه لو كانت بيعا جديدا لكانت بيع سلم لانها اقالة بيع سلم فكان يلزم قبض رأس المال عند الاقالة في المجلس ولم يلزم بالاجماع فاجاب عنه المصنف بانه يعني عقد الاقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه واجاب غيره بان لزوم قبضه قبل الافتراق لئلا يفترق عن دين مدين وذلك انما يكون اذا كان المسلم فيه مما يجب تسليمه ولم يجب ذلك بعد الفسخ بالاقالة يمكن حمل جواب المتن بتكليف يسير وحاصل جواب صاحب الايضاح ان رأس المال جعل كالمسلم فيه والقبض ليس شرطا فيه فليس شرطا وفيه خلاف زفر اي في منع الاستبدال برأس مال السلم من المسلم اليه بعد اقالة المسلم فيه فعنده يجوز اي لشتري به ما شاء وهو القياس لانه بالاقالة بطل السلم وصار رأس المال دينا عند المسلم اليه فيستبدل به كسائر الديون قال واجبنا عليه ما ذكرنا من الاثر والمعنى فهو استحسان بالاثر مقدم على القياس قوله ومن اسلم في كر هو ستون تعتبرا او اربعون على خلاف فيه والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف فلا حاجة الى قوله اشترى المسلم اليه من رجل كرا او رب السلم ان يقبضه قضاء عن السلم فيه فاقتضاه رب السلم بحقه بان اكتال من حوبجازه اليه لم يكن مقتضيا حقه حتى لو هلك بعد ذلك يهلك في مال المسلم اليه ويطالبه رب السلم بحقه لان امره ان يقبضه لنفسه ثم يقبضه لنفسه فاكتال وفي رب السلم ثم اكتال مرة اخرى لنفسه صار مقتضيا حقه وهذا لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وهذا محل الحديث على ما مر في الفصل الذي يلي باب الربا حيث قال الا مثلا بمثل ومحل الحديث اجتماع الصفقتين والصفقة فيما ان المستحق بالعقد يا سمى فيه وهو ما ذكر وهو انما يتحقق بالكيل فكان الكيل مستحقا بالعقد وهذان عقدان اشتريان فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه الا ترى ان الثاني لو كان قرضا لطلب لا الزيادة وجب ردها حتى لو كان المشتري كاله لنفسه بحجة الشرى الثاني فقبضه الثاني لا بد من ان يكيله اقامة لحق العقد الثاني واصفقتان شراء المسلم اليه من بائعه الكر والصفقة التقديرية التي اعتبرت بين المسلم اليه ورب السلم عند قبضه لان المسلم اليه يصير بائعا من رب السلم ما اشتراه لان المأخوذ ليس عين حقه فانه دين وهذا عين قاصه به وقد اخذ وانما حمل الامر ان يقبضه لنفسه ثم يقبضه لنفسه عندي هذا ليس بشرط بل الشرط ان يكيله مرتين حتى لو قال له اقبض الكر الذي اشتريته من فلان عن حقك فذهب فاكتاله ثم اعاد كيله صار قابضا لان الغرض انه لا يصير قابضا لنفسه بالكيل الاول بل الثاني فلما قال له اقبضه عن حقك والمخاطب يعلم ان طريق صيرورته قابضا لنفسه ان يكيله مرة اخرى للقبض عن الامر وثانيا ليصير هو قابضا لنفسه ففعل ذلك صار قابضا حقه كانه قال له اذهب فافعل ما تصير به قابضا واحترز بقيد ما قلنا فانه لم يزد فيه على قوله فاكتاله لنفسه جاز وقوله والسلم وان كان سابقا الخ جواب سؤال مقدر وهو ان يقال بيع رب السلم من المسلم اليه كان سابقا على شرى المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا عند الشراء والاشتراء فلم يجتمع الصفقتان فلا يدخل تحت المتن فاجاب بقوله والسلم وان كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه لكن قبض رب السلم المسلم فيه لاحق لشرائه من بائعه وانه اي قبض المسلم فيه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة واعتبارا عينية في حق حكم خاص وهو حرمة تبعه من السلم فيه كما يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره اياه مطلقا فاخذ العين عنه في حكم عقد جديد فيتحقق بيع المسلم اليه بعد شرائه من بائعه والدليل على هذا الاعتبار ما قال في الزيادات واسلم ما له في كر ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم حنطة بما شاء ورسم الى ستة يقبضه فلما حل السلم اعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن بيد ان رب السلم اشترى ما باعه وهو الكر قبل نقد الثمن بأقل مما باعه وانما يلزم ذلك اذا جعلا عند القبض كانهما عقدا عقدا مستقلا فاما اذا اسلم في موزونين واشترى المسلم اليه موزونا كذلك جاز

قال ومن أسلم إلى رجل في كر حنطة وقبض بعض رأس المال ثم غاب المسلم إليه فجاء المسلم فقال أنا أعطيك بقية رأس مالي حنطة وقال المسلم إليه أنا أعطيك بقية رأس مالك دراهم فالمسلم إليه بالخيار إن شاء أعطاه الحنطة وإن شاء أعطاه الدراهم لأن الحنطة هي الأصل في السلم والدراهم بدل عنها فكان المسلم إليه بالخيار إن شاء أعطى الأصل وإن شاء أعطى البدل وهذا لأن الحنطة هي المعقود عليها والدراهم بدل رأس المال فكان المسلم إليه بالخيار إن شاء أعطى المعقود عليها وإن شاء أعطى بدل رأس المال وإن أعطاه الدراهم فقبضها المسلم ثم افترقا ثم وجد المسلم إليه بالدراهم زيوفا فرضي بها المسلم فهو جائز لأن الزيوف من جنس الجياد وإن لم يرض بها المسلم فله أن يردها ويطالبه بالجياد لأن الزيوف ليست من جنس الجياد فكان له أن يردها ويطالبه بالجياد وإن أعطاه الدراهم فقبضها المسلم ثم افترقا ثم وجد المسلم إليه بالدراهم زيوفا فرضي بها المسلم فهو جائز لأن الزيوف من جنس الجياد وإن لم يرض بها المسلم فله أن يردها ويطالبه بالجياد لأن الزيوف ليست من جنس الجياد فكان له أن يردها ويطالبه بالجياد

لا يجوز قبض رب السلم بخلاف ما لو اشترى المسلم إليه حنطة مجازفة وأكلها بمشاهدته أو وصيته وأداه رب السلم فكالمرة وتجوز به بكيل واحد لأنه لم يوجد الاعتداد بشرط الكيل وهو السلم ولو اشترى المعدود وعده السلم في معدود فعلى الروايتين في وجوب إعادة العد في بيع المعدود بعد شرائه عدا خذا فلو لم يكن سلما ولكن اقترضه فأمره بقبض الكر ولم يقل اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك فقبضه بأن اكتاله مرة جاز لأن القرض إعارة ولهذا انعقد بلفظ الإعارة وكان المردود عين الماخوذ مطلقا فلم تجتمع الصفقتان فلم يجب الكيلان لأن هذا الاستبدال في القرض لم يكن ثابتا لتملك الشيء بجنسه نسيئة الفرق بالقبض فيه وهو ربا ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لأنه بيع بجنسه نسيئة وكذا لو كان الدين الأول سلما فأسلم المسلم إليه من رجل كرا أو أمر رب السلم بقبضه من المقرض فقبضه جاز لما ذكرنا وهذا لأن عقد القرض عقد مسايلة فلا يوجب الكيل بخلاف البيع بالكيل أو الموازنة ولهذا لو استقرض من آخر حنطة على أنها عشرة أقفزة جاز له أن يتصرف فيها قبل الكيل **قوله** ومن أسلم في كر فأمر رب السلم المسلم إليه أن يكيله في غرائر رب السلم والموضع موضع الإضمار فيها لكنه أظهر والدفع الالتباس نفعل وهو أي رب السلم غائب لم يكن قضاء حتى لو هلك هلك من مال المسلم إليه والتعيين بتعيينه لأنه لو كان فيها رب السلم حاضرا يصير قابضا بالاتفاق سواء كانت الغرائر له أو للبائع لأن الأمر بالكيل لم يصح لأنه لم يضف ملك الآمر لأن حنطة الدائن لا تصير للمديون فيصير رب السلم المسلم إليه مستعيرا الغرائر منه جاعلا ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم فدفع الدائن إليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا بهذا إذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام بلا تراد وإن كان قليلا لا يصير قابضا لما قررنا أن أمره غير معتبر في ملك الغير قال في المبسوط والأصح عندي أنه يصير قابضا لأن أمره بخلط طعام السلم بطعام على وجه لا تمييز معتبر فيصير به قابضا وهو نظير ما سيذكر في كتاب الصرف فيمن دفع نصف درهم إلى صائغ وقال زد من عندك نصف درهم وضع لي بهما خاتما فعمل جاز وصار بالخلط قابضا ولو كانت مشتراة غير مسلم فيها والمسألة بحالها أي دفع المشتري غرائره للبائع وأمره أن يكيل فيها فعمل فغيبته صار قابضا لأن الأمر صح ههنا لأنه ملك عين الحنطة بجزء البيع فصادف أمره ملكه ونظيره ما لو أمر بطحن الحنطة المسلم فيها فطحنها المسلم إليه كان الدقيق للمسلم إليه فلو أخذ رب السلم الدقيق كان حراما لأنه استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه ولو كانت مشتراة فأمر المشتري البائع أن يطحنها فطحنها كانت للمشتري فلو هلك الدقيق في الأول هلك من مال المسلم إليه يعود دين رب السلم عليه كما كان ولو هلك الدقيق في الثاني هلك من ملك المشتري وتقرر الثمن عليه وعلى هذا إذا أمر رب السلم المسلم إليه أن يصبه في البحر فعمل كان من مال المسلم إليه ولو أمر المشتري البائع به كان قابضا فهلك من مال المشتري لما قلنا وعلى هذا يكفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لأنه نائب عنه في الكيل والوقع في غرائر المشتري وقوله في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفي الا بكيلين على ما مر قبيل باب الربوا ولو كان في البيع أمر المشتري البائع أن يكيله في غرائر البائع فعمل فغيبته تمام القبض لأنه استعار غرائره ولم يقبضه فلم تتم الإعارة لأنها لما كانت عقد تبرع لم تتم الا بالقبض فلم تصر الغرائر في يده فكذا ما يتبع فيه على تأويل الظرف ونحوه وصار كما لو أمر المشتري البائع أن يكيله وغيره في مكان في بيت البائع فعمل فغيبته لم يصر قابضا ولو اجتمع العينان والدين بأن اشترى رب السلم من المسلم إليه كرا بعينه جعلوا السلم فأمر أن يكيل في غرائر المشتري ففعل فغيبته إذا بدأ بالكر العين ثم بالسلم فيه صار المشتري قابضا لهما أما العين فظاهر لأنه لا في ملكه وأما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة ولم يقبضها ثم أمر المقرض أن يزرعها في أرض المستقرض وكمن دفع إلى صائغ خاتما وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار ففعل فغيبته لزمته الزيادة وتقرر بها عليه لاتصال ملكه فيهما وإن بدأ بالدين فكذلك لأن الكر لم يصر قابضا له في الدين فعدم صحة الأمر لما قلنا وأما في العين فلأنه يخلط مال المشتري بجنسه من مال نفسه فيصير مستهلكا له

غير

في

عند ابي حنيفة يمتنع البيع لملك البيع قبل القبض لانتفاء تمام الخطر لبقاء احتمال الانفساخ بهلاك المبيع قبل القبض فيتمكن المشتري من التصرف فيه بالاستهلاك فلا يتم خطر البيع وعندهما لما لم يكن استهلاكه قبضا للمشتري بخياران شاء فسخ البيع بسبب استهلاكه وان شاء شاركه في المخلوط وان صبغ الصباغ فيصل بالثوب ولا يصير مالكه قابضا اجيب بان المعقود عليه ثمة الفعل لا العين والفعل لا يجاب الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال قوله ومن اسلم جارية في كر حنطة حاصل هذه والتي بعدها الفرق بين الاقالة في السلم والبيع بالثمن وبيع المقايضة ففي السلم يجوز الاقالة قبل هلاك الجارية وبعده لان صحة الاقالة تعتمد قيام العقد وهو بقيام رأس المال الى التقابض في السلم المبيع تعتمد هو السلم فيه فهلاك الجارية وعدمه لا يعدم احد العوضين السلم فيه فجازت الاقالة اذا هلكت قبل الاقالة او بعدها قبل القبض لقيام المعقود عليه وهو السلم فيه واذا جازت الفسخ في الجارية بهلاكها وقد عجز فيرد قيمتها يوم القبض لان سبب الرد الضمان كان قيمة كالغصب فيما لو اشترى جارية بالف درهم شملا لا تجوز الاقالة بعد موتها وتبطل لو ماتت بعد الاقالة قبل القبض لان الجارية تسلم للمقاوض في البيع فلا تصح الاقالة بعد موتها ولا تبقى على الصحة اذا هلكت بعدها ولو كان البيع مقايضة بان باع الجارية في ثوب تبقى الاقالة بعد هلاكهما اذا كان العرض قائما قياسا لان كلا منهما مبيع من وجه قوله ومن اسلم الى رجل الخ الاصل في هذه المسائل انها اذا اختلفا في الصحة فان خرج كلام احدهما مخرج المنتفي وهو ان ينكر ما ينفعه كان باطلا اتفاقا والقول قول من يدعي الصحة وان خرج مخرج المثبت وهو ان ينكر ما ينفيه وقال ابو حنيفة القول قول من يدعي الصحة ايضا اذا اتفقا على عقد واحد وان كان كل منهما يدعي عقدا على حدة فالقول قول المنكر وقال القول قول المنكر ايضا اذا عرف ذلك بالاستقراء فقد جاء في المسائل اسلم الي رجل في كر فقال المسلم اليه شرطت لك ردية وقال رب السلم شرطت جيدا فالقول قول المسلم اليه باتفاق وهو قول الشافعي لان رب السلم ينكر صحة ما ينفعه وهو السلم فيه لانه على كل حال يريد على رأس المال منفعة او السلم فيه لنفسه لان الاستقراء دلالة على العقد وهذا العقد على هذا اكل الاجل ولو لا انه يريد به جيدا وان كان اجلا لم يطبق ارائهم عليه وكلام المنتقى مردود بنقل قول الآخر عليه معارض واما التوجيه بان لفظ الصحة الخ ليخص ابا حنيفة بشيء في غير هذا الفصل والمراد هنا توجيه لاتفاقهم على ان القول للآخذ وهما لا يقولان ان القول لمدعي الصحة وانما يعللان بما ذكرنا في سائر الفصول وفي ملكه بان ادعى رب السلم شرط الرد وانكر المسلم اليه شرطا لم يذكره محمد في الكتاب وقال بعض المشايخ ما يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة رح وهو قول الشافعي لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وكلامه خصومة عنده هو قول المسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسيقرر المصنف وجه ذلك في المسئلة التي تلي هذه ولو قال المسلم اليه لم يكن فيه اجل وقال رب السلم فيه اجل فالقول قول رب السلم اي بالاتفاق وكذا في معداره وهو قول الشافعي لان كلام المسلم اليه انتفت لانه ينكر ما ينفعه وما هو حقه وهو الاجل لان الاجل لرب السلم اليه وهذا استحسان وفي القياس وعليه ينبغي ان يكون القول لمن يدعي الفساد لان السلم فيه لما كان فيما دون رأس المال كان انكار المسلم اليه الصحة خصومة فلا يكون شهادة وهذا الاداء وهو وجه القياس واجاب عنه المصنف بقوله والفساد ههنا لاجل الاجل ليس بمتيقن حتى يكون انكاره انكارا للصحة بل انما ادعاه المسلم فيه لان السلم الحال جائز عند بعض المجتهدين فلا يتيسر النفع في رد رأس المال لانه ليس بلازم قطعا بخلاف عدم الجودة كالرداءة ونحوها على ما تقدم فانه ملزوم قطعا للفساد وفي عكسه وهو ان يدعي المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه وهو زيادة الربح الكائن في قيمة السلم فيه على ما دخل فيه من رأس المال فصار كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي النصف الا عشرة فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق العشرة وان انكر الصحة

وعند ابي حنيفة رح القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسئلة المضاربة ولانه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم فلازم فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر الصحة

زيادة الربح وان تضمن ذلك انكار الصحة ووقع في بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة وهي غلط لان على هذا التقدير القول للمضارب ولان انكاره الزيادة على ذلك التقدير لا على هذا وعند ابي حنيفة القول للمسلم اليه وهو قول الشافعي لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا اذ الظاهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد ولانه هو المفيد لتمام الغرض المقصود من مباشرته وهو ثبوت الملك على وجه لا يجب نقضه ورفعه شرعا ولان شرط الشيء تبع له فالاتفاق على صدور هذا العقد اتفاق على صدور شرائطه فانكار الاجل انكار بعد الاقرار ظاهرا فلا يقبل وصار كما لو اختلف الزوجان في التزويج بشهود او بلا شهود فالقول لمن يدعيه بشهود بخلاف المضاربة لانه اي عقد المضاربة ليس بلازم ولهذا يمكن برب المال من عزله قبل شرائه براس المال وكذا المضارب له فسخه واذا كان غير لازم ارتفع باختلافهما واذا ارتفع بقي دعوى المضارب في استحقاق الربح ورب المال ينكر فالقول له واما السلم فعقد لازم فلا يرتفع بالاختلاف وكان مدعي الفساد متناقضا ظاهرا كما ذكرنا ولان عقد المضاربة اذا صح كان شركة واذا افسد صار اجارة فلم يتفقا على عقد واحد فانه مدعي الفساد يدعي اجارة ومدعي الصحة يدعي الشركة فكان اختلافهما في نوع العقد بخلاف السلم الحال وهو ما يدعيه منكر الاجل سلم فاسد لا عقد آخر ولهذا يحنث به في يمينه لا يسلم في شيء فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته وفساده فالقول لمدعي الصحة واستشكل بما لو قال في المضاربة رب المال شرطت نصف الربح وزيادة عشر فان القول للمضارب ولم يقل اختلفا في نوع العقد اجيب بان المضارب ادعى الصحة والشركة ورب المال اقر له بذلك بقوله شرطت لك نصف الربح ثم بقوله وزيادة عشرة عطفا عليه يدعي الفساد لان اول الكلام لا يتوقف على آخره بخلاف قوله الا عشرة بالاستثناء فانه يتوقف اذ صدر الكلام مع الاستثناء كلام واحد قيل فيه نظر لان في الاصول فيما اذا زوجه الفضولي اختيره في عقدين فقال اجزت نكاح هذه وهذه ليفسدان لانه توقف اوله على آخره بوجود المغير في آخره وان كان بحرف العطف واورد ايضا ما اذا قال تزوجتك وانا صغير وقالت بل بعد بلوغك فالقول للزوج مع انه يدعي فساد العقد اجيب بانه ما اقر باصل العقد بل انكره حيث اسنده الى حال عدم الاهلية اعلم ان انكار الاجل على ثلاثة اوجه احدها في اصل الاجل وهي مسئلة الكتاب والثاني في مقدار الاجل والقول قول من يدعي الاقل مع يمينه فان قامت بينة لمدعي الاكثر قضا بها وان قامت لكل منهما فالبينة بينة مثبت الزيادة والثالث في مضي الاجل اذا قال رب السلم مضى الاجل المسمى وقال المسلم اليه لا فالقول قول المسلم اليه مع يمينه لانه ينكر توجه المطالبة عليه ومن اقام بينة يقضى له فان كان اقاما فالبينة بينة المطلوب لانها تثبت زيادة الاجل هذا والاختلاف في مقدار الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافا لزفر لانه ليس في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصحة يعني انه ما هو فانهما يتحالفان لان الوصف جار مجرى الاجل وفي الخلاصة اذا شرط في السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى انه جيد وانكر الطالب فالقاضي يرى اثنين من اهل تلك الصفة وهذا احوط والواحد يكفي فان قالا جيد اجبر على القبول واذا اختلفا في السلم يتحالفان استحسانا ويبدأ بيمين المطلوب عند ابي يوسف ثم رجع وقال بيمين الطالب وهو قول محمد وان قامت لاحدهما بينة قضي بها وان قامت لهما بينة قضي ببينة رب السلم بسلم واحد عند ابي يوسف والمسئلة على ثلثة اوجه لانه راس المال اما عين او دين وكل وجه على ثلثة اوجه اتفقا على راس المال واختلفا في المسلم فيه او على القلب او اختلفا فيهما فان كان راس المال عينا واختلفا في المسلم فيه لا غير فقال الطالب هذا الثوب في كر حنطة وقال الآخر في نصف كر او في شعير او في الحنطة الردية واقاما قضي ببينة رب السلم بالاجماع وان اختلفا في راس المال فقال احدهما هذا الثوب وقال الآخر هذا العبد واتفقا في المسلم فيه انه الحنطة واختلفا فقال احدهما هذا الثوب في كر حنطة

قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لان احادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمى الملبن قال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا بأس بالسلم في طست او قمقمة او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول

وقال الآخر هذا الثوب في كر شعير واقاما البينة قضي بالمسلمين فمحمد مر على اصله وابو يوسف يقول كل يدعي عقدا غير ما يدعيه الآخر وان كان رأس المال دراهم او دنانير ان اتفقا في رأس المال واختلفا في المسلم فيه واقاما البينة فالبينة لرب السلم ويقضى بسلم واحد عند ابي يوسف خلافا لمحمد وان كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الخلاف ولو اختلفا فيهما فقال احدهما عشرة دراهم في كر حنطة وقال الآخر خمسة عشر في كر وقاما فعند ابي يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرين ولا يقضى بسلمين وعند محمد يقضى بسلمين عقد بخمسة عشر في كر وعقد بعشرة في كرين فلو ادعى احدهما ان رأس المال دراهم والآخر دنانير لم يذكر هذا وينبغي ان يقضى بسلمين كما في الثوبين وفيهما اسلم في ثوب وشرط الوسط فجاء بجيد وقال خذ هذا وزدني درهما فعلى وجوه اما ان كان كيليا او وزنيا او ذرعيا ففي الكيل فان اسلم في عشرة اقفزة فجاء باحد عشر فقال زدني درهما جاز لانه باع قفيزا بثمن معلوم ولو جاء بتسعة وقال خذ وارد عليك درهما فقيل جاز ايضا فانه اقالة في البعض فيجوز كما يجوز في الكيل ولو جاء بحنطة اجود او ارداء فاعطى درهما لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز وقدمنا انه في الارداء والاجود انه يجوز بالاجماع اذا لم يكن معه شيء آخر وفي الثوب ان جاء بازيد بذراع وقال زدني درهما جاز وهو بيع ذراع بدرهم يمكن تسليمه بخلاف بيعه مفردا وكذا اذا اتى بالزيادة من حيث الوصف فانه يجوز عندهم وان جاء بالنقص فرد معه درهما لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد لانه اقالة فيما لا يعلم حصته لان الذرع وصف وحصته مجهولة هذا اذا لم يبين لكل ذراع حصته فان بين جاز بلا خلاف وكذا لو جاء بانقص وصفا لا يجوز ولو بازيد وصف جاز الكل في الاصل **قوله** ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم والرقعة يراد بها قدر ولا خلاف في هذا بل في اشتراط وزنه اذا كان حريرا فان عند باقي الائمة الثلاثة لا يشترطونه والوجه بها ظاهر وكذا يجوز في البسط والاكسية والسوح والجوالق والبواري اذا بين الطول والعرض والصنعة وكل ما اختلفت قيمته بالثقل والخفة من الثياب عرفا كالوادي اشترط بيان وزنه ولو كان البيع ناجزا في المنتقى اذا باع ثوبي حرير يدا بيد لا يجوز الا وزنا بوزن وهذا هو الصحيح في السلم بخلاف البيع لان الاشارة يكتفى بتعريفها غاية الامر عدم معرفة ثقله وهو كعدم معرفة عدد قفيزان الصبرة وهو غير مانع في الطول يذكر عدد الذرعان ويجب ان يتوسط عند الذرع بين ارخاء الثوب ومده ان كانت الذراع مختلف الطول فلا بد من تعيينه الا ان يكون احدهما هو المتعارف واذا دخل ثياب الحرير الوزن لزم ان لا يجوز بيعها بجنسها جزافا فكذا ذكر القدوري ان بيع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز الا وزنا كما في الصغير **قوله** ولا يجوز السلم في الجواهر بلا خلاف الا لمالك وفي الخرز لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا في المالية فان جوهرتين قد تتحدان وزنا تختلفان في قيمته باعتبار حسن الهيئة اللهم الا في الصغار التي تدق للكحل والتداوي فيجوز وزنا ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما لانه عددي متقارب اذا سمى الملبن وقوله لا سيما اذا سمى الخ يعطي انه متقارب فلا تشترط تسمية الملبن بل اذا سمى يكون احسن وليس كذلك بل يتفاوت تفاوتا فاحشا وذكر بعضهم انه لا يجوز بيع مائة آجرة من اتون وفي عرف بلادنا يسمونه قمينا او قميرا وهو الذي يبنى ليشوى فيه الآجر والحجارة يعمل جسرا لانه يتفاوت في النضج تفاوتا فاحشا فلا يجوز بيعه والحقناه في السلم لتفاوت المتقارب **قوله** وكل ما امكن ضبط صفته الخ لا خلاف فيه كالقطن والكتان والابريسم والنحاس والتبر والحديد والرصاص والصفر والحناء والوسمة والرياحين اليابسة والجزوع اذا بين طولا وعرضا وغلظا والقصب والصوف الاخشاب ويجوز السلم في التبن كيلا بالغرائر وقيل هو موزون وقيل يعتبر التعارف وفي عرفنا كيله في شباك الليف يسمونه اهل العرف شنيفا **قوله** ولا بأس بالسلم في طست او قمقمة وخفين او نحو ذلك كالكوز والآنية من النحاس والزجاج والحديد والقلنسوة والطواحن اذا ضبط واستقصى في صفة من الغلظ

قال ان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز مطلقا لاعتياد الناس ذلك بتقدير موجود احقا والمعقود عليه دون ما لم يعمل حتى لو جاء به مصنوعا ومن صنعه قبل العقد جاز ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو هلك الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال وهو بالخيار اذا رآه وان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع اذا ذكره في المبسوط وهو الاصح لانه باع ما لم يره وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا خيار لها لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصبغ وعنه وعن ابي يوسف رحمه الله لا خيار لهما اما الصانع فظاهر اذ كر ناه واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تتفاوت فيه الناس كالثياب لعدم الغرر وفيما فيه تفاوت يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم واما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل فهو سلم عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما استصناع وهو الصحيح لان اللفظ حقيقة للاستصناع فيما فيه تعامل فيصير سلما عند ابي حنيفة رحمه الله لانعدام التعامل فيه فيصير سلما بالاتفاق فلا يشترط فيه ما يشترط في السلم من تعجيل رأس المال في المجلس وبيان مكان الايفاء وغيرهما وهو الصحيح لان التعامل فيه كالتعامل فيما لا اجل له فيكون استصناعا فاسد فيجعل على السلم الصحيح قياسا على ما ذكرنا من مسألة الخف والله اعلم

مسائل منثورة

قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم وذلك سواء وعن ابي يوسف انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به

والسعة والضيق بحيث يخصه فلا يتفاوت الا يسيرا **قوله** وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا الاستصناع طلب الصنعة وهو ان يقول لصانع خف او كعب او اواني الصفر اصنع لي خفا طوله كذا او سعته كذا او وسطا اي بين سعتين كذا وزنها كذا على صفة كذا بكذا درهما فما يعطي الثمن المسمى او لا يعطي شيئا فيعقد الآخر معه جاز استحسانا بيانا للعين والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي اذ لا يمكن اجارة لانه استيجار على العمل في ملك الآخر وذلك لا يجوز كما لو قال اعمل طعامك من هذا المكان الى مكان كذا بكذا واصبغ ثوبك احمر بكذا والاصح انه بيع لانه بيع معدوم ولو كان موجودا ملكا لغير العاقد لم يجز فاذا كان معدوما فهو اولى بعدم الجواز ولكنا جوزناه استحسانا لتعامل الراجح الى الاجماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليوم بلا نكير والتعامل بهذه الصفة اصل مندرج في قوله صلى الله عليه وسلم لا تجتمع امتي على ضلالة وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما واحتجم صلى الله عليه وسلم واعطى الحجام مع ان مقدار عمل الحجامة وعد وكرات وضع المحاجم ومصها غير لازم عند احد ومثله شرب الماء من السبع صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام فاجازه بعض ائمة بخارى وتعامل الناس فيه بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه الى الآن وهو ان لا يذكر عددا يصبه من الى الطاسة ونحوها فقصرنا وعلى ما فيه تعامل الناس وفيما لا تعامل فيه رجعنا فيه الى القياس كان يستصنع حائكا او خياطا ثوبا له او يخيط له قميصا بغزل نفسه ثم اختلف انه واعد او واعقده فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب النشور يقولون انما ينعقد عند الفراغ بالتعاطي ولهذا كان للصانع ان لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم وللمستصنع ان لا يقبل ما ياتي به ويرجع عنه ولا تلزم المعاملة وكذا المزارعة على قول ابي حنيفة رحمه الله فسادها مع التعامل لثبوت الخلاف فيها في الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق والصحيح من المذهب جوازه بيعا لان محمدا ذكر فيه القياس والاستحسان وبهما لا يجبر بان في المواعدة ولانه جوزه فيما فيه تعامل ودون ما ليس فيه ولو كان مواعدة جاز في الكل وسماه شراء فقال اذا راه المستصنع فهو بالخيار لانه اشترى ما لم يره ولان الصانع يملك الدراهم بقبضها ولو كانت مواعدة لم يملكها واثبات ابي اليسر الخيار لكل منهما لا يدل على انه غير بيع الا ترى ان في بيع المقايضة لو لم يكن لكل منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار وحين جزم جوازه علمنا ان الشارع اعتبر فيما المعدوم موجود وهو في الشرع كثير كذلك طهارة المستحاضة وتسمية الذابح واذ انسباط الرسن بالدين الموعود وقراءة المأموم وقوله واعقد عليه العين دون العمل نفى لقول ابي سعيد البردعي المعقود عليه العمل لان الاستصناع نهي عنه كما قلنا والاديم والصرم بمنزلة الصبغ والدليل عليه ما ذكرناه من قول محمد لانه اشترى ما لم يره وكذا لو جاء به بغير وغلا من صنعته او من صنعة قبل العقد فاخذه جاز وانما يبطله بموت الصانع شبهه بالاجارة وفي الذخيرة هو اجارة ابتداء بيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل انهم قالوا اذا مات الصانع يبطل ولا يتوفى المصنوع من تركته ذكره محمد في كتاب البيوع فان قيل لو انعقد اجارة اجبر الصانع على العمل والمستصنع على اعطاء المسمى اجيب بانه انما لم يجبر الصانع لانه لا يمكن الا باتلاف عين له من قطع الاديم ونحوه والاجارة تفسخ بهذا القدر الا ترى ان المزارع لا ان لا يعمل اذا كان البذر من جهته وكذا رب الارض لانه لا يمكنه المضي بنفسه الا اجارة الا بذلك والمستصنع لو شرط التعجيل لان هذه الاجارة في الآخرة شراء ما لم يره ولان جواز الاستصناع للحاجة وهي في الجواز لا تلزم ولهذا قلنا للصانع ان يبيع المصنوع قبل ان يراه المستصنع لان العقد غير لازم ما لم يره فالاصح انه لا خيار للصانع بل اذا قبله المستصنع اجبر على دفعه لانه بالاجارة تملك مسائل منثورة فيما يجوز بيعه من السباع وما لا يجوز المسائل التي تشد من الابواب المتقدمة لم نذكر فيها اذا استدركت هيهنا مسائل منثورة اي عن ابوابها

قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء هكذا اطلق في الاصل فشمل بعضهم على اطلاقه كالقدوري وفي نوادر هشام عن محمد نص على

وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية

بيع الكلب العقور وتضمين من قتله قيمته وروى الفضل بن غانم عن ابي يوسف نصه على منع بيع العقور وعلى هذا مشى في المبسوط فقال يجوز بيع الكلب اذا كان بحال يقبل التعليم ونقل من النوادر انه يجوز بيع الجرو لانه يقبل التعليم وانما لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم وقال هذا هو الصحيح من المذهب قال هكذا نقول في الاسد اذا كان يقبل التعليم ويصطاد به يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز قال والفهد والبازي يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى فعلى هذا ينبغي ان لا يجوز بيع التمر بحال لانه لشره لا يقبل تعليما وفي بيع القرد روايتان عن ابي حنيفة ورواية الحسن الجواز ورواية ابي يوسف بالمنع وقال ابو يوسف اكره بيعه لانه لا منفعة له انما هو للهو وهذه جهة محرمة ووجه رواية الجواز انه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية الجواز انه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية اطلاق بيع الكلب والسباع فانه مبني على ان كلما يمكن الانتفاع بجلده او عظمه يجوز بيعه ويجوز بيع الهرة لانها تصطاد والفار والهوام المؤذية فهي منتفع بها ولا يجوز بيع هوام الارض كالخنافس والعقارب والفارة والوزغ والقنافذ والضب ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان وذكر ابو الليث انه يجوز بيع الحيات اذا كان ينتفع بها وان لم ينتفع فلا يجوز ويجوز بيع الدهن النجس لانه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين اما العذرة فلا ينتفع بها وان لم ينتفع بها الا اذا خلطت بالتراب فلا يجوز بيعها الا تبعا بالتراب المخلوط بخلاف الدم المسفوح فان بيعه ممتنع مطلقا وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب مطلقا سواء كان للصيد او لم يكن واما اقتناء للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالاجماع لكن لا ينبغي ان يتخذه في داره الا ان خاف لصوصا او اعداء للحديث الصحيح من اقتنى كلبا الا كلب صيد او ماشية نقص من اجره كل يوم قيراطان وجه قوله ما روى ابن حبان في صحيحه عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء بن ابي رباح عن ابي هريرة رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت واخرجه الدارقطني بسندين فيهما ضعف وفي الصحيحين عن ابن مسعود الانصاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وفي صحيح مسلم عن جابر رض ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب لانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل والبيع برفعته فلا يجتمعان وعارضه المص بوجهين احدهما انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وهو غريب بهذا اللفظ نعم اخرج الترمذي عن ابي هريرة رض قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب الا كلب صيد وضعفه الترمذي قال وقد روي ايضا عن جابر رض مرفوعا ولا يصح اسناده والاحاديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء لكن روى ابو حنيفة رح في مسنده عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رض قال رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمن كلب الصيد وهذا سند جيد فان الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات من اثبات التابعين فهذا الحديث على رأيهم يصلح مخصصا والمخصص بيان للمراد للعام فيجوز وان كان دونه في القوة عندهم حتى اجازوا التخصيص العام القاطع بخبر الواحد ابتداء فبطل مدعاهم من عموم منع البيع ثم دليل التخصيص مما يعلل فيخرج من العام مرة اخرى وتعليل اخراج كلب الصيد ساطع لكونه منتفعا به وخصوص الاصطياد ملغى اذ لا يظهر موجب لذلك فصار فعل الكلب المنتفع به خارجا سواء انتفع به في صيد او حراسة ماشية وخرج العقور ومن مشى من اهل المذهب ليس دليلا على المذهب بل ذكره لنفي مذهب الخصم اعني شمول المنع فيحتاج بعده الى دليل المذهب على التعميم في جواز بيع الكلب يقول كل كلب تتاتى منه الحراسة فيجوز بيع الكل ويرد عليه انه ح نسخ لموجب العام بالتعليل ولا نسخ القياس فالوجه ان يعلل دليل التخصيص بنفع لا تربو عليه مفسدة ويدعي في العقور ان مفسدته تربو على منفعة حراسة لان منفعة خاصة يقترن بها ضرر عام للناس فيخرج ما سواه وقصر بعض الشارحين نظره على الحديث فحكم بانه ليس الا الوجه الثاني وعلى تقريرنا يتم الاول ايضا وقد استدل في الاسرار وغيره من الشروح على عموم بيع الكلب بان عبد الله بن عمرو بن العاص رض روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى في

ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلنا عم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين وسلم فيحرم التناول دون البيع **قال** ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام فيه ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه

في كلب باربعين درهما ولم يخصص نوعا من انواع الكلاب وهذا الحديث اولا لا يعرف الا موقوفا حدث به الطحاوي عن يونس وهو ابن عبد الاعلى عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو انه قضى في كلب صيد قتله رجل باربعين درهما وقضى في كل كلب ماشية بكبش وثانيا هو واقعة حال لا توجب العموم في انواع الكلاب فجعلها دليلا على العموم خطأ ظاهر ثانيهما هو قول فانه ينتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا يعني مالا مملوكا متقوما اما كونه مالا فلان المال اسم لغير الآدمي خلق لمنفعة المطلقة شرعا وهو كذلك فكان مالا واما انه مملوك متقوم فلانه محرز مأذون شرعا في الانتفاع به والملك يثبت بالاحراز بدار الاسلام والتقوم بالتمول وكلاهما مأذون فيه شرعا اذ قد اذن الشارع في اقتناء كلب الماشية والصيد واذا كان كذلك جاز بيعه ولا يخفى ان هذا المعنى لا يترجح على النص الصريح الصحيح غاية ما في الباب ان يسلم انه مال محرز متقوم لكن ثبت منع الشرع من بيع هذا النوع من المال فاجاب المص بادعاء نسخ المنع من ذلك وذلك لما قلنا اول الكتاب من ان الامر بقتل الكلاب كان امرا محققا في الاول من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم علم نسخ ذلك برواية ترك قتلها على ما حدث الطحاوي عن ابي بكرة قال حدثنا سعيد بن عامر قال ثنا شعبة عن ابي التياح عن مطرف بن عبد الله بن المغفل قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب ثم قال ما لي وللكلاب ثم رخص في كلب الصيد وفي كلب آخر نسيه سعيد وبهذا المعنى طرق كثيرة وجب حمل ما روي من التشديد في سورها والنهي عن ثمنها وبيعها ثم الترخيص في بيع النوع الذي اذن في اقتنائه الاول على الحالة الاولى والثانية على الثانية فكان منع البيع على العموم منسوخا باطلاق بيع البعض بالضرورة فاجاب ان قوله نجس العين بالمنع بدليل اطلاق الانتفاع به وقال ولو سلم فنجاسة عينية توجب حرمة اكلا منع بيعه بل منع البيع يمنع الانتفاع شرعا ولهذا اجزنا بيع السرقين والبعر مع نجاسة عينهما لاطلاق الانتفاع بهما عندنا بخلاف العذرة لم يطلق الانتفاع بها فمنع بيعها وان ثبت شرعا اطلاق الانتفاع بمخلوطه بالتراب ولو بالاستهلاك كالاستصباح بالزيت النجس كما قيل جاز بيع ذلك التراب الذي في ضمنه وبه قال مشائخنا وانما امتنع بيع الخمر لنص خاص في منع بيعها وهو قوله صلى الله عليه وسلم فيما اخرج مسلم عن عبد الله بن وعلة قال سألت ابن عباس رض عما يعصر من العنب فقال ابن عباس رض ان رجلا اهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل علمت ان الله حرم شربها قال لا فقال فصار انسانا فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بم صاورته قال امرته ببيعها فقال ان الذي حرم شربها حرم بيعها قال ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها واخرج البخاري عن جابر رض انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح انه يقول وهو بمكة ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يا رسول الله ارأيت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس قال لا هو حرام ثم قال قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها واكلوا ثمنها وهذا يتم به شرح المسئلة المذكورة بعد هذه المسئلة وقوله وقد ذكرناه يعني في باب البيع الفاسد ويقوم اشكاله على جواز بيع السرقين اللهم الا ان يقال ان لا شك انه لا بد من تقدير في نحو حرمة الخمر فانا بينا في الاصول ان التحريم المضاف الى الاعيان تقدر اضافته الى ما هو المقصود من ذلك العين كالشرب من الخمر والاكل من الميتة واللبس من الحرير فقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ان الله اذا حرم شيئا يعني اذا حرم ما هو المقصود من الشيء حرم بيعه واكل ثمنه كالمقصود من الخمر والمقصود من الميتة والخنزير وهو الاكل والشرب وليس هذا الحديث في السرقين فلم يثبت فيه تحريم البيع فان قال النجاسة سبب قلنا ممنوع فيحتاج الى دليل آخر اما هذا الحديث فانما يفيد ان تحريم ما هو المقصود من الشيء موجب لتحريم بيعه

قال واهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال لان الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون ودل عليه قول عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها قال ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم علي اني ضامن لك خمسمائة من الثمن يسوى الف ففعل فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف درهم ولا شيء على الضمين وهذا ان الزيادة على الثمن الذي تغابن الناس في مثله لا تلحق بأصل العقد خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لانه تغيير للعقد من صفة مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عن لا او خاسرا وربما تشق قد لا يستقيم المشتري بها شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونه فيعم اشتراطها على الاجنبي كما لو لم يكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطها فيعم واذا لم يقل لم يوجد فلم يعم

قوله واهل الذمة في البياعات كالمسلمين يجوز لهم شبه ما يجوز للمسلمين ويمتنع عليهم ما يمتنع عليهم لانهم مكلفون بموجب البياعات والتصرفات محتاجون الى مباشرتها وقد التزموا احكامنا بالاقامة في دارنا واعطاء الجزية فلا يجوز بيع الخمر بدرهمين فيما بينهم ولا سلم في حيوان ولا شفعة في صرف وكذا كل ما يكال ويوزن هم في البيوع كالمسلمين الا الخمر والخنزير فانه يجوز بيع بعضهم بعضا لخصومة فيه بين قول عمر اخرجه ابو يوسف في كتاب الخراج عن اسمعيل عن ابراهيم عن عبد الاعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر بن الخطاب واجتمع اليه عماله فقال ما هو لانه بلغني انكم تأخذون في الجزية الميتة والدم والخنزير والخمر فقال بلال انهم ليفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ولكن ولوا يا بياعها ثم خذوا الثمن منهم ولا يجوز فيما بينهم بيع الميتة والدم والحديث الذي ذكره المصنف في ذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم اعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين مالم يتصرف

قوله ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم علي اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فقال بعت فهو جائز وهو جواب للكل سواء كان قول الضامن بل ذلك بعد مساومة بين فلان وسيد العبد بالف وابا او بعد ما قال في بعض الشروح ويكون البيع بعده ولا على القبول لانه امتثال لذلك كقول الرجل لامرأته طلقي نفسك ان شئت فقالت طلقت يجعل قبولا استحسانا فكذا هذا وفي بعضها ما يفيد انه ايجاب فانه قال ولو لم يكن ابا ولا ساومه وجعل ايجاب البعد عقيب ضمان الرجل كان كذلك وهذا هو الصواب لان قوله بع عبدك امر وغلظة الامر لا يكون في البيع ايجابا على ما مر من انه لو قال بعني هذا بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقبل الآخر بعده بخلاف طلقي نفسك في التفويض وفي الخلع فلانه ان اشتري يقول بعد بعت من البائع اشتريت او سمناه على ما سلف هناك ولو لم يقل عن الثمن فباع جاز البيع بالف فقط لانه اذا قال من الثمن فقد اضاف التزامه زيادة خمسمائة في الثمن الى بيعه والزيادة في الثمن جائزة عندنا خلافا لزفر والشافعي والضمان جائز الاضافة فقد وجد المقتضي للزوم بلا مانع واذا لم يقل من الثمن لم يلتزم الخمسمائة من الثمن بل التزم ما لا يطيقه اياه ان باعه بالف وهذه رشوة اذا لم يقابل بالمبيع حيث لم يقبل من الثمن فينعقد بالف فقط ثم في الاول ان كان بامر المشتري كان له ان يحبس المبيع حتى يأخذ الخمسمائة من الضامن لان المبيع على المشتري صار بالف وخمسمائة وللمشتري ان يربح على الف خمسمائة ولو كان دابة يشتغل عليها بالف وخمسمائة ولو بيعا تقابلا فالبائع يرد الالف على المشتري والخمسمائة على الضامن ولو كان بغير امره لم تثبت الزيادة في حق المشتري فكان للبائع حبس المبيع على الخمسمائة ويربح على الف ويأخذها الشفيع بالف ولو تقابلا او ردة بعيب او تقايلا البيع فللاجنبي ان يسترد الخمسمائة فان قيل ينبغي ان لا يصح هذا لان الشراء على ان الثمن على الاجنبي لا يجوز فكذا على ان يكون بعضه عليه أجاب الكرخي بمنع كون الشراء على ان الثمن على الاجنبي لا يجوز اذ لا رواية فيه عن اصحابنا وتعقبه الرازي بان محمد بن الحسن على انه اذا اشتري بدين له على غير البائع لا يجوز لانه شرط في البيع كون تسليم الثمن على المشتري قال لان لا يجوز اذا كان اصله الثمن على الغير ثم اختار ان القياس ان لا يجوز ولكنا تركناه بحديث ابي قتادة وفي الذي امتنع النبي صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه لدين الذي عليه فاذا التزم ذلك بقضاء فصل عليه فقد التزم دينا لا في مقابلة شيء يحصل للملتزم وهذه الزيادة من الاجنبي كذلك او نحصل للبائع في مقابلة شيء من ماله لكان ذلك من الصدقات ثم جواز اشتراط كل الثمن على الاجنبي ولا يجوز عن ذلك فالجواب هو ما ذكره المصنف ان هذه الزيادة لما بدل الخلع حيث لم يكن في مقابلة شيء يسلم للملتزم بدل الخلع يجوز اشتراطه على الاجنبي وهذا يقال هذا التعليل قاصر فان الزيادة كما تكون لا في مقابلة شيء توجد ايضا في مقابلة شيء في اكثر احوال العقد فان احوال الناس مبنية على المكايسة والمعادلة وكونها لا في مقابلة شيء

قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر وهذا قبض لان وطي الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا **قال** ومن اشترى عبدا فغاب والعبد في يد البائع واقام البائع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفى الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن

في وجه من الثلاثة وهو كونه رابحا فلا يجوز اعتبار الاقل بل الواجب اعتبار الحال الاغلب في المشابهة خصوصا اذا كان يبنى عليها حكم شرعي فالاولى ما قيل ان الزيادة تثبت تبعا فجاز ان تثبت على الغير بخلاف اصل الثمن الثابت مقصودا فان قيل لو ثبت الزيادة ثمنا والاجنبي ضامن بها لزم جواز مطالبة المشتري بها كالكفيل قلنا لا يلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الاصيل الا ترى ان من قال لزيد على فلان الف درهم وانا كفيل بها فانكر فلان طولب الكفيل بها دون فلان فجاز هنا كذلك وذلك لان المشتري لم يلتزمها انما التزم هذا القدر من الثمن الاجنبي والحكم لا يثبت بلا سبب **قوله** ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز ووطي الزوج قبض من المشتري خلافا للائمة الثلاثة اما الاول فلوجود سبب ولاية الانكاح على الامة وهو ملك الرقبة على الكمال بخلاف ما لو ملكها لا على الكمال كما في ملك نصفها لا يملك التزويج به وانما جاز انكاحها قبل القبض ولم يجز بيعها قبله لان البيع يفسد بالغرر دون النكاح وفي البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه اعني المرأة قبل القبض ولان القدرة على التسليم شرط في البيع وذلك انما يكون بعد القبض وليس بشرط لصحة النكاح الا ترى ان بيع الآبق لا يصح وتزويج الآبقة يجوز وحاصل هذا انه تعليل النهي عن البيع قبل القبض واذا كان كذلك لم يكن الوارد في منع البيع قبل القبض واردا في النكاح قبل القبض ليثبت بدلالته واما الثاني فلان وطي الزوج حصل بتسليط من المشتري فصار فعله كفعل المشتري ولو وطئها المشتري كان قابضا فكذا الزوج ولو لم يطأها الزوج لا يكون المشتري قابضا استحسانا حتى لو هلكت بعد التزويج قبل الوطي هلكت من مال البائع والقياس ان يصير قابضا بمجرد التزويج وهو رواية عن ابي يوسف حتى اذا هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لان التزويج تعييب للمبيع ولذا يثبت خيار الرد اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج والمشتري اذا عيب المبيع يصير قابضا له وجه الاستحسان انه لم يتصل بها فعل حسي من المشتري والتزويج تعييب حكمي بمعنى تقليل الرغبات فيها فكان كنقصان الشعر وكان الاقرار منه عليها بدين والمشتري اذا اقر بدين على العبد المبيع لا يصير بذلك قابضا فكذا مجرد التزويج بخلاف الفعل الحسي كان قفا عينها مثلا لو قطع يدها فانه انما يصير به قابضا لما فيه من الاستيلاء على المحل واستشكل على هذا الاعتاق والتدبير فانه يصير بهما قابضا وليس باستيلاء على المحل بفعل حسي والجواب انما قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل قبضا والمعنى ان الفعل الذي يكون قبضا الفعل الحسي الذي يحصل به الاستيلاء والقبض الحاصل بالعتق ضروري ليس مما نحن فيه وذلك انه انهاء للملك ومن ضرورة انهاء الملك كونه قابضا والتدبير من واديه لانه به يثبت حق الحرية للمدبر ويثبت الولاء هذا واذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول ابي يوسف خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد والمختار قول ابي يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كان لم يكن فكان النكاح باطلا وقيد القاضي الامام ابو بكر بطلان النكاح ومن اشترى ببطلان البيع قبل القبض بما اذا لم يكن بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح فان بطل البيع **قوله** ومن اشترى عبدا فغاب قبل القبض وفقد الثمن فاقام البائع البينة انه باعه اياه ولم يقبض الثمن فان كانت غيبة المشتري غيبة معروفة لم يبعه القاضي في دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع فيكون ابطالا لحق المشتري في العين المبيعة من غير ضرورة وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفى الثمن بنصب الثمن مفعولا ثانيا لبيع وقوله وان لم يدر اين هو يبين ان الغيبة المعروفة ان يعلم اين هو وقول المص في تعليل بيع القاضي لان ملك المشتري ظهر باقراره يعني باقرار البائع فيظهر على الوجه الذي اقر به وهو كونه مشغولا بحقه يبين ان البيع من القاضي ليس بهذه البينة لانها لا تقام لاثبات الدين على الغائب فما هي الا لكشف الحال ليجيبه القاضي

وهو قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح اذا دفع الحاضر الثمن كلم يقبض الا نصيبه وكان منظورا عما ادى عن صاحبه لانه
قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه وهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه
الا باداء حصة الثمن كالراهن صفقة واحدة ولهذا حق الحبس ما بقي شئ منه والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان
له ان يحتبس عنه الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه **قال** ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما
نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية ويعتبر لو اشترى جارية
بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزنت سبعة لانها تقابلها الف اليهما فينصرف الى وزن المصروف في كل واحد منهما

الى البيع نظر الغائب لا يثبت الدين عليه فانه لو لم يقبلها لم يجبه الى ذلك فاذا تعذر استيفاؤه والغرض انه احق بما في يده العبد لان كلا من
اصله استيفاء الثمن حتى لو مات المشتري مفلسا كان البائع احق بما في يده من سائر الغرماء كالمرتهن اذا مات الراهن فانه احق من سائر الغرماء فيما رهنه
القاضي على هيئة بخلاف ما بعد قبض المبيع لان حقه اي حق البائع لم يبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري والبينة حينئذ لاثبات هذا الدين
ولا اثبت دين على غائب فلا يمكن القاضي من البيع وقضاء الدين وهذا طريق الامام السرخسي وقرر شيخ الاسلام شيخ بخارا وجها حيث قال القياس ان
لا تقبل هذه البينة لانها على اثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لانه لا حكم لها على غائب لا يعرف مكانه لا تقبل وانما كان
للبيع الى حقه وفي الاستحسان تقبل لان البائع عجز عن الوصول الى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج الى ان يتعلق عليه الى ان يحضر المشتري
وربما تبلى النفقة عن الثمن والقاضي ناظر لاحياء حقوق الناس فكان للقاضي ان يقبلها بدفع البلية بخلاف ما لو اقامها ليثبت حقا على الغائب ليترع
شيئا من يده لا يقبلها والاجماع في مثله لدفع البلية عن البائع وليس فيه ايذاء يد الغاصب عما في يده لان البائع يستوفي حقه مما في يده واورد عليه انه
يستلزم بيع المنقول قبل القبض اجيب بان من المشايخ من قال نصيب القاضي من يقبضه ثم يبيعه وقال اخرون لا يحتاج الى ذلك لان هذا البيع
يثبت ضمنا لانه غير مقصود بل المقصود النظر للبائع باحياء حقه والبيع ضمن له هذا اذا كان المشتري واحدا فغاب فلو كان المشتري اثنين فغاب
احدهما قبل اعطاء الثمن فالحاضر لا يملك قبض نصيبه الا بنقد جميع الثمن بالاتفاق فلو نقد واختلفوا في موضع الاول هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب
عند ابي يوسف لا وعند ابي حنيفة ومحمد رح يجبر والثاني انه لو قيل لا يجبر على التسليم نصيب الغائب للحاضر عند ابي يوسف لا بل لا يقبض الا نصيبه
على وجه المياومة وعندهما يجبر والثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما نقده عند ابي يوسف لا وعندهما يرجع وللحاضر حبس نصيب الغائب اذا حضر
حتى يعطيه ما تقدم عند وجه ابي يوسف ان الحاضر قضى دين الغائب بغير امره فكان متبرعا فلا يرجع واذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لانه اجنبي
عنها وهما انه مضطر فيه اي في دفع حصة الغائب لانه لا يمكنه الانتفاع بملكه الا باداء الجميع لان البيع الصادر اليهما من البائع صفقة واحدة والمضطر
يرجع ولهذا حبس وصار كمعير الراهن انما فلس الراهن وهو المستعير او غاب فان المعير اذا افتكه بدفع الدين يرجع على الراهن لانه مضطر فيه فكان
كصاحب العلو اذا سقط السفل كان له ان يبني السفل اذا لم يبنه مالك بغير امره ليتوصل به الى بناء علوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله لانه مضطر
بامر غيره اشار في مسئلة السفل للفرق الحال بين كون صاحبه غائبا او حاضرا وفي مسئلتنا لا يثبت له حق الرجوع الا اذا كان غائبا لانه اذا كان
حاضرا لا يكون مضطرا في ايفاء الكل اذ يمكنه ان يخاصمه الى القاضي في ان ينقد حصته ليقبض نصيبه بخلاف مسئلة السفل فان صاحب العلو لو خاصم
في ان يبني السفل لا يقضي عليه ببنائه فكان مضطرا حال حضوره كغيبته وله اي للحاضر وهي صورة حضور جماعي عدم الاضطرار ما لو استأجر رجلان دارا
فغاب احدهما قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر نصيبها يكون متبرعا لانه غير مضطر في نقد حصة الغائب اذ ليس للاجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة ذكره الشارحون
واذا ثبت حق الحبس في مسئلتنا للحاضر فله حبسه الى ان يستوفي الكل ولو بقي درهم كوكيل بشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه له ان يحبس المبيع على الموكل
الى ان يعطيه جميع الثمن **قوله** ومن اشترى جارية الخ صورتها ان تقول اشتريت هذه الجارية بالف مثقال ذهب ونقدا ويقول البائع بعتك
هذا الخ والضمير في يقول للرجل يعني ان الرجل يعتبر هذه الجارية بالف مثقال ذهب جيد ونقد قال بها نصفان خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة نقد
ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها بخلاف ما لو قال بالف من الدراهم والدنانير لا يحتاج الى بيان الصفة وتصرف الى الجياد وعرف

قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فعليه قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله عليه مثل زيوفه وهي رد لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل لانه يمكن المطالبة بالجياد بعد الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلناه ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما مر وانما يمكن ايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب ما هو عليه ولا نظير له **قال** واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تلفت فيها لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض لانه اصل الصيد وتجب الجزاء على المحرم بكسره اه شيخ زاده صاحب الارض لم يضمن ولم يملكه لذلك قصار كنصب شبكة للجفاف كما اذا دخل الصيد داره او دهليزه من الكسر دالدراهم في شيء لم يكن له علم بها

من هذه العبارة ان البيع ينعقد بلفظ المضارع وهو اصل العدة اذا اريد به الحال وقيل بل هذه العبارة مساومة والمعنى انه اذا قال له ذلك ثم باعه على الوجه ثبت الانقسام وفيه ان اضافة المثقال الى الذهب ثم عطف الفضة عليه مرسلا يوجب كون الفضة الضا مضافا اليها المثقال ونفي وهم ان يقيد بحالة الفضة لان المثقال غلب في الذهب فتصير الفضة مرسلة عن قيد الوزن بل ينصرف اليها وكذا الصفة الجودة لان العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين فالمثقال المتقدم صفة الذهب والفضة الاترى انه لو قال عبدي وغلماني احرار طالق وقفا عليها عند افرادهما مضافان ذكره في كشف الغوامض وفي المبسوط لو قال الف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم بوزن سبعة لانه المتعارف في الدراهم فينصرف اليه وكذا لو قال الف من الذهب والفضة وجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لان المتعارف في وزن الذهب والفضة ذلك وليس احدهما بأولى من الآخر فيصرف الى المتعارف فيه فينصرف الى الوزن المعهود هذا اذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم الدراهم ما يوزن بسبعة والمتعارف في بعض البلاد لان كالشام الجازين ذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم وما في عرف الناس فلفظ الدراهم ينصرف الى وزن اربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الا ان يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان ما دونه تفاوت لا يخل لتيسير فضة وكذا هذا الانقسام في كل ما يقدر به من المكيل والموزون والثياب وغيرها قرضا او سلما او غصبا او وديعة او بيعا او شراء او مهرا او وصية او كفالة او جعلا في خلع ومنه لو قال على كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس **قوله** ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه عشرة زيوفا وهو لا يعلم رب الدين لا يعلم انها زيوف فهو قضاء حتى لو اتلفها الدائن او هلكت ثم علم لم يكن له ان يرجع عليه بشيء وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف له ان يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد وذكر قول الاسلام وغيره ان قولهما قياس قول ابي يوسف وهو الاستحسان لهما ان حقه في الجودة مرعي كحقه في المقدار وقد تعذر ضمان الوصف بانفراده لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا من ضمان الاصل ليصل الى الوصف ولهما انه اسى الزيوف من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف ورأس مال السلم جاز فجاز ان لا يعتبر استبدالا بل نفس الحق يقع به الاستيفاء وانما يبقى حقه في الجودة ولا يمكن تداركه بايجاب ضمانها بعد هلاك الدراهم لما ذكرنا من انه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها لا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب ما عليه يعني هو ايجاب للقابض على نفسه ولا نظير له في الشرع الا ان ابا يوسف يفصل بمنع انه لا يمكن تداركها بل تداركها بما ذكرنا من ايجاب المثل ممكن وهو اكمل اذا وجدها مستوفاة او بعضه فهلكت اليس يرد مثلها فان قال الاستيفاء ليست من جنس الجياد حتى لا يصير مستوفيا حقه بها قلنا وكذلك لا يصير مستوفيا حقه بالزيوف الا ان علم فرضي باعتبار ترك بعض حقه وهو صفة الجودة قولهم فيه مانع وهو كونه واجبا عليه لانه قبض جنس حقه فاوجب ضمن مثله كان الواجب للنفس على نفسه اذ الديون لا تتعين شيئا قلنا يجوز ذلك اذا اداه كالمولى اذا اتلف بعض اكساب عبده المأذون وقد اخذ وهنا تداركت بعض فساد كشراء الانسان مال نفسه الا اذا اخذ يجوز ان يشتري مال نفسه بعين مال المأذون ان المديون وبما ذكرنا يبطل قولهم لا نظير له في الشرع ويجاب بمنع الامتناع في المتشابهين بل الضمان في المأذون للغرماء وفي المغصوب من كل ملكه ومن له الحق ومن عليه واحد وهو رب الدين ولا نظير له في المنوازل اشترى بالجياد ونقد الزيوف اخذها الشيخ ابو حفص لانه انما يأخذ بما اشترى ولو باع عاما ربح فان رأس المال الجياد وفي الاجناس يشتري بالجياد وينقد الزيوف ثم حلف انه اشترى اياها بالجياد قال ابو حنيفة لا يحنث وقال ابو يوسف يحنث والله الموفق **قوله** واذا افرخ طير في ارض رجل فهو

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي بذلك لحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والزيادة لغة اولا لانه لا يطلب منه الا الزيادة او لانه لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا

لمن اخذه وكذا اذا باض فيه وكذا اذا تهكس فيها طبي اتى وفل كرات والكناس بيت الظبي وفي بعض النسخ تكسر او وقع فيها فتكسر وكيتزر بها لو كسر رجل فيها فانه لذلك الرجل لا للاخذ ولا تختص لصاحب الارض لانه اي لان كلا من الطيء والفرخ والبيض قد يهلع في نفقة فلا مباح بقيت يده اي يد الاخذ اليه ولا صيد وان كان يوخذ بلا حيلة والصيد لمن اخذه وبيض اهل الصيد فيلتحق به ولهذا يحسب عنه الجزاء على المحرم كسره او شيه لان المقصود بقوله تعالى حرم لكم صيد البر ما دمتم حرما ما حكم كذا ذكره هو قوله وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك جملة حالية هو قيد لقوله فهو لمن اخذه اي انما يكون للاخذ اذا لم يكن صاحب الارض اعد ملكه بان حصل فيها تبر او سقط فيها او اعدها كنا للفراخ لباخذها فان كان اعدها لذلك لا يملكها الاخذ بل رب الارض لصيرورة ذلك فائضا عن كفايته بسبب شبكته فتقل بها الصيد فمن اخذه لا صاحب الشبكة لانه لم يعدها الا لان للاخذ وكما اذا دخل الصيد داره فغلق عليه فاغلق بابه فهو لمن اخذه فان جاء رب الدار وقد اخذه اخذ منه وان اخذه بعد ما مكنه تمكنا كان لصاحب الدار وكذا اذا وقع ثوبه في النهار من السكر او الدراهم فهو لمن اخذه مالم يكيف ثوبه على السكة فيه وما هذه مصدرية تقديره مالم يكن تكييف ثوبه على السكة وان اخذ في زمان عدم كف الثوب قوله او كان مستعدا الخ اي للنشار بان يتعقبه بان كان يقف على السكة مقدرة تقديرا فاذا كفه او كان مستعدا فهو له اما اذا اهمل ثوبه فهو لصاحب الارض لانه من اجزاء الارض فمن زيادات الارض اي ما ثبت فيها فيملك تبعا للارض كالشجر الثابت فيها كالتراب والطين المجتمع فيها بجريان الماء عليها والا زال فيع نزل هو الزيادة وذكر ضميرا لانه وهو عائد الى الارض وهي مؤنثة على تاويل المكان ومثله وقع في شعر العرب قال فلما فرت وقتها * والارض اقبل اقبالها * ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ في ارضه حفيرة للسمك فدخل الماء فيها سمك ملكه ولو اتخذت لغيره فمن اخذ سمكا فهو له وكذا في حفر الحفيرة اذا حفرها للصيد فهو له او لغرض آخر فهو للاخذ وكذا لو رمى على سطح بيت فاقبل بالمطر فصار في رجل فان كان وضعها ليصل الماء فهو لصاحبه والا فالماء للاخذ ولو باض صيد في ارض رجل او تكسر فيها فجاء رجل ليا خذه فلصاحب الارض فان كان في موضع يقدر صاحب الارض على اخذه قريبا منه بان كان بحضرته كان الصيد لرب الارض كانه اخذه بيده وان لم يكن بحضرته لا يملك

كتاب الصرف

لما كان قيوده اكثر كان وجوده اقل فقدم ما هو اكثر وجودا ولانه لما كان متعلقا على الاثمان والثمن في الجملة تبع لما هو المقصود من البيع اخر عن البيع المتضمنة للمقاصد الاصلية اعني المبيعات ومعلومية لغة وشرعا يذكر وانما يشترط التقابض للبدلين قبل الافتراق وان اختلف المجلس ولذا لم يشترط في البيع فيه اجل ولا خيار اشترط لان خيار الشرط يمنع ثبوت الملك او تمامه على ما مر وذلك مخل بالقبض المشروط وهو القبض الذي يحصل به التعيين بخلاف خيار الرؤية وخيار العيب لان المنع الملك في البيع فلا يمنع تمام القبض فلو افترقا وفي الصرف خيار عيب او رؤية جاز لان لا يتصور في النقد وسائر الديون خيار رؤية لان العقد ينعقد على شكلها لا عينها حتى لو باعه هذا الدينار بهذه الدراهم لصاحب الدينار ان يدفع غيره وكذا لصاحب الدراهم بخلاف الاواني والحلي ولو افترقا في المجلس خيار الشرط والاجل عاد العقد صحيحا خلافا لزفر ورد عليه كيف جاز ان يقول التقابض شرط الجواز وهو متاخر عن العقد فاجاب هو حكمه والجواب ان المحاذاة ليس الا شرط لبقاء ما على الصحة فالاشكال على قول بعض القائلين انه شرط الجواز واجابوا بان تاخره ضرورة نفي ايجاب قبض ملك الغير فهو معتبر مقارنا ومتعقبا ما شرعا وان كان متاخرا صورة ولا يخفى انه ينبغي ان يستغنى عن هذا التكلف بان يكتفا بالقول الآخر واما مضمومة شرعا فبيع ما من جنس الاثمان ببعضها بعض هذا قول القدوري الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان وانما قال من جنس الاثمان

قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفت في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث وقال عليه السلام جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع

ولم يتيسر على قوله بيع ثمن بثمن ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ او بالنقد فان المصوغ بسبب ما اتصل من الصنعة به لم يبق ثمنا صريحا ولهذا تتعين في العقد وسمي ذلك بيعه صرف وانما سمي اصطلاحا به لان مصوغه اللغوي هو النقل ومنه في دعاء الاستخارة فاصرفني عنه ونقل كل من البدلين عن مالكه الى الآخر بالعقل شرط جوازه فكان في اسمي معنى اللغة فسمي باسم ذلك المسمى الشرعي فيه او هو اسمي معناه اللغوي للزيادة وهذا العقد لا يقبل الا الزيادة دون الانتفاع بعين البدل الآخر في الحال لانه لا ينتفع بعينه بخلاف سائر الطعام والثوب والحمار والمراد ان قصد اكل من المتعاقدين التجارة والربح فيه بالنقل والاخلاء العقد عن الفائدة والزيادة تسمى صرفا وبه سميت العبادة النافلة صرفا في قوله صلى الله عليه وسلم ومن انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فذكر المصنف ان المراد بالصرف النافلة التي هي الزيادة والعدل الفرض الذي هو مستحق عليه ولا شك في مناسبة تسمية الفرض عدلا لقبول صاحبه قد فسر الزمخشري بغيره وقال في الفايق في قوله صلى الله عليه وسلم لا مرالمدينة من احدث فيها حدثا او اوى محدثا فعليه لعنة الله الى يوم القيمة لا يقبل منه صرفا ولا عدلا الصرف التوبة لانه يصرف النفس عن الفجور الى البر والعدل الفدية من اعمال البر والقربة وبها يعادل نفسه والمراد من احدث الحدث الذي يوجب الحد وابواب ان اهل اللغة اختلفوا في ذلك بعد ذكر الجمهور عن بعض اهل اللغة الصرف الفريضة والعدل النافلة وفي الغريبين عن بعضهم بالعكس النافلة والعدل الفريضة كما ذكر المصنف ولا اعتراض مع انه الانسب واعلم ان الاموال تنقسم الى ثمن على كل حال وهي الدراهم والدنانير سميتا حرف الباء اولا وسواء كان ما يقابلها من جنسها او من غيره والى ما هو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات الامثال من العروض كالثياب والحيوان والى ما هو ثمن من وجه مبيع من وجه وهو المكيل والموزون فانها ان عينت في العقد كانت مبيعة وان لم تعين فان صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهي ثمن وان لم يصحبها حرف الباء ولم تقابلها ثمن فهي مبيعة وهذا لان الثمن ما يثبت في الذمة دينا عند المقابلة قال الفراء في قوله تعالى وشروه بثمن بخس الثمن ما يثبت في الذمة دينا والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا خلافا للائمة الثلاثة فعندهم تتعين الذهب والفضة اذا عينت حتى لو هلكت الدراهم المعينة في البيع قبل القبض بطل البيع لا يجوز استبدالها وتقسيم المال باعتباره في نفسه وتقسيم باعتبار الاصطلاح على الثمنية وهي في الاصل سلعة فما كانت رائجة فهي ثمن لا تتعين بالتعيين وان كانت كاسدة فهي سلعة كالفلوس قوله فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل يعني في العلم لا بحسب نفس الامر فقط وان اختلفا في الجودة والصياغة فيدخل الاناء بالاناء فلو باعها مجازفة ولم يعلما كيلها كان في نفس الامر متساويين لم يجز ولو وزنا في مجلس فظهرا متساويين يجوز وعن ابي حنيفة رح لا يجوز وان كانا متساويين فلا خلاف فيه وهو القياس لاشتراط التساوي وقد ثبت واشتراط العلم بزيادة بلا دليل قلنا هو مشروط بدليل وهو ان الموهوم في هذا العقد جعل كالمعلوم شرعا وما لم يعلم المساواة توهم الزيادة وما جعل فيكون كثبوت حقيقة الزيادة وتقتضي ان لا يجوز اذا وزن في المجلس فظهر متساويا ايضا لكن جاز في الاستحسان عند اتحاد المجلس كان العقد انشاء الآن لان ساعة كساعة واحدة واما عدم جواز بيع الحنطة بالحنطة وزنا معلوما لعدم العلم بالمساواة كيلا اذ المساواة وزنا لا تستلزمه بالنسبة الى الكيل والمتبر فيما كان مكيلا في عهد النبي صلى الله عليه وسلم التقدير بالكيل على ما سلف ومن هذا اذا اقتسما مكيلا موازنة لا يجوز لان القسمة كالبيع ويستدل المصنف في وجوب المساواة بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث وقد تقدم وجه الاستصاب اذ العامل المقدر اي بيعوا والاولى حيث كان الذهب مرفوعا في الحديث ان يجعل ما يتعلق الجار وهو اي الذهب يباع بالذهب مثلا بمثل نعم حديث الخدري في البخاري عنه صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ظاهر في ان مفرغ للحال وبقية الحديث ولا تشفوا بعضها على بعض ولا بعض الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض لا تبيعوا منها غائبا

قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا **قوله** ولان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالئ بالكالئ ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا تتحقق الربا ولان احدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا متعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب وبتعيين احدهما لا يتعين الآخر لاطلاق ما روينا ولانه لو كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبض الكل عتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ردهما من المجلس بحيث سمعا كلام المجلس معا في جهة واحدة او اوما في الهداية عليهما لا يبطل العرف القول لابن عمر رضي الله عنه وان ذهب صرفا فذهب معه وذكر الطحاوي في قبض احد البدلين في مثل السلم بخلاف خيار الجمعة لانه يبطل بالاعراض

بناجوه وانشف بالكسر من الاضداد للنقصان والزيادة والمراد هنا الاول يزيد وانشفها على بعض ولا يخفى في معنى النقص والانتقال ولا انشفوا بعضها على بعض وقوله وزنا بوزن بعد ذلك ولا انشفوا في حديث البخاري المذكور تفسير لمثلا بمثل فان الشيء اعم فسرها بانها من حيث المقدار وتقدم حيث جيدها ورديها سواء ايضا وتخريجه وهو دليل سقوط اعتبار الجودة وسقوط زيادة الصياغة بما روى محمد عن ابي حنيفة عن الوليد بن سريع عن انس بن مالك قال اتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بانا كسروا في قد احكمت صياغته فبعثني به لابيعه فاعطيت وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال اما الزيادة فلا تأخذ وهذا يدخل في اطلاق المساواة المصوغ بالمصوغ والمتبر بالاتبر حتى لو باع انا فضة او ذهب بانا فضة او ذهب واحدهما اثقل من الآخر لا يجوز بخلاف انائين من غير هما لخاص او شبهه حيث يجوز بيع احدهما بالآخر وان تفاضلا وزنا سواء ان الخاص وغيره مما يوزن من الاموال الربوية ايضا وذلك لان صفة الوزن في النقدين منصوص عليها فلا يتغير بالصفة ولا يخرج عن كونه موزونا بتعارف جميع الدنيا لو تعورف ذلك بخلاف غيرهما فان الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزونا بتعارف عدد يته اذا صيغ وضع **قوله** ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق باجماع الفقهاء وفي فوائد الاسدوسي المراد بالقبض ههنا القبض بالبراجم لا بالتحلية يريد باليد وذكرنا آنفا ان المختار ان هذا القبض شرط البقاء على الصحة لا شرط ابتداء الصحة لظاهر قوله صلى الله عليه وآله وسلم واذا افترقا بطل العقد وانما يبطل بعد وجوده وهو الاصح ومن الخلاف فيما اذا ظهر الفساد فيما هو صرف كبيع دينار ليس صرفا عند ابي حنيفة رح ولا يبطل على القول الاصح وقول المارديني يعني قوله يدا بيد وكذا مار دينا من حديث البخاري قوله صلى الله عليه وسلم ولا تبيعوا منها غائبا بناجز وقول عمر وان استنظرك الى آخره رواه مالك في الموطأ عنه قالوا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تبيعوا الورق بالذهب احدهما غائب والآخر حاضر وان استنظرك ان يلج بيته فلا تنظره والايدي جمع يد وفي رواية قال الربا بالميم وهو الربا ورواه عبد الرزاق وقال ان يدخل بيته وما ثبت نفي الشيء بانزام التقابض عليه فيما ذكره المصنف وحاصله ان التقدم مزية على الاسنية فيتحقق الفضل في احد العوضين وهو الربا ولما كان من لغته ان يقال ذه اخيرا لازم في قبض العوضين بجواز ان يجعل اضافته قال لا يدرشه عامن قبض احد العوضين كيلا يلزم ترجيح الكالئ بالكالئ اي الدين بالدين فلم يقبض لا خر لزم الربا لما قلنا وايضا يلزم الترجيح بلا مرجح لانهما مستويان في الشيئية فاذا وجب قبض احدهما كذا الآخر لعدم الاولوية فان قيل تعليل الكتاب يخص اثمنين الخصين اللذين لا يتعينان والحكم وهو لزوم التقابض ثابت وان كان احدهما يتعين بالتعيين كالمصوغ فاجاب بان ذلك لاطلاق ما روينا من قوله صلى الله عليه وآله وسلم الذهب بالذهب اذ هو اضافة بلا لام والاطلاق المذكور بان المتعين ايضا كالمصوغ فيه شبهة عدم التعيين اذ فيه شبهة الثمنية اذ قد خلق ثمنا والشبهة في باب الربا كالحقيقة على ما مر غير مرة ولما كان المعول عليه تناول النص باطلاقه لم يدفعه ان الثابت بشبهة النص يجب بالنص الحاق شبهة شبهة الربا بالحقيقة في هذا الحكم وقوله في جهة واحدة لانهما لو شيا كل في جهة كان افتراقا بطلا وقول ابن عمر رضي الله عنه وان ذهب من سطح فثبت لفيه عدم بطلان العقد بمجرد اختلاف المكان بل اذا لم يوافقه الآخر فيه وهو الا ذهب بمجرد وثوب احدهما اختلف مكانهما ولم تقيد بانفسا الا اذا لم يثبت معه وحديث ابن عمر هذا غريب جدا من كتب الحديث وذكره في المبسوط وعن ابي جميلة قال سألت عبد الله بن عمر فقلت اني اتقدم ارض الشام وسنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة فتبتاع وفهم العشرة تسعة بانصف فقال لا تفعل ولكن بنانير وتنكا ذهب الشرط رقم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي وان ذهب على سطح فثبت معه فيه دليل رجوعه عن جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس رضي الله عنه وفيه دليل ان المفتي اذا اجاب لا باس ان يبين للسائل

وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تفرده وفيه خلاف زفر رحمه الله **قال** ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر رحمه الله لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه

طريق تحصيل مطلوبه كما فعله صلى الله عليه وسلم حيث قال لبلال بع التمر ببيع آخر ثم اشتره انما المحظور تعليم الحيل الكاذبة لاسقاط الوجوبات قال وكذا المعتبر في قبض رأس المال مال السلم يعني ان يقبضه قبل الافتراق دون اتحاد المجلس بخلاف خيار المخيرة فانها لو قامت قبل الاختيار بطل وكذا اذا مشت مع زوجها في جهة واحدة فان ذلك دليل اعراضهما عما كان فيه لان المعتبر في الابطال هناك دليل الاعراض والقيام ونحوه دليله فلزم فيه المجلس ولتعلق الصحة بعدم الافتراق لا يبطل لو ناما في المجلس قبل الافتراق او اغمي عليهما او طال قعودهما وعن محمد رح جعل الصرف كخيار المخيرة يبطل بدليل الاعراض كالقيام من المجلس حتى لو ناما او احدهما فهو فرقة ولو ناما جالسين فلا وعنه القعود الطويل فرقة دون القصير ولو كان لرجل على آخر الف وللآخر عليه مائة فارسل رسولا يقول اتقبل الدراهم التي لي عليك بالدنانير التي لك علي فقال قبلت كان باطلا وكذا لو نادى احدهما صاحبه من وراء جدار او من بعيد لانهما متفرقان وعن محمد رح لو قال الاب اشهدوا اني اشتريت هذا الدينار من ابن الصغير بعشرة وقام قبل نقدها بطل هذا ويجوز الرهن ببدل الصرف والحوالة به كما في رأس مال السلم **قوله** وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة واشترط القبض لما روى السنة من حديث عمر بن الخطاب عن النبي صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء قيل ومعنى قوله ربا اي حرام باطلاق اسم الملزوم على اللازم ولا مانع من جعله في حقيقته شرعا وان اسم الربا يتضمن الزيادة من الاموال الخاصة في احد العوضين في قرض او بيع ووجه الاستدلال انه استثنى حالة التقابض من الحرام بحصر الحل فيها فينتفي الحل في كل حالة غيرها فيدخل في عموم المستثنى حالة التفاضل والتساوي والمجازفة فيحل كل ذلك وقوله الا اذا اسقط الخيار في المجلس استثناء من لازم قوله لا يصح شرط الخيار وهو فوات الشرط المستلزم للبطلان اي شرط الخيار يفوت الشرط الا اذا اسقطه فلا يفوت فيعود الى الجواز وقد منا نقل خلاف زفر فيه هذا وبين الفساد بترك القبض والنساء بالاجل فرق على قول ابي حنيفة في مسئلة وهي ما اذا باع جارية في عنقها طوق فضة زنته مائة بالف حتى انصرف للطواف مائة من الالف فيصير صرفا فيه وتسعمائة للجارية بيعا فانه لو فسد بترك القبض بطل في الطوق وبيع الجارية بتسعمائة صحيح ولو فسد بالاجل يفسد فيهما عنده خلافا لهما وفرق بان في الاول انعقد صحيحا ثم طرأ المفسد فيحضر محله وهو الصرف وفي الثاني انعقد اولا على النساء فشاع وهذا على الصحيح من ان القبض شرط البقاء على الصحة وفي الكامل لو اسقط الاجل من له الاجل دون الآخر صح في المشهور وليس في الدراهم والدنانير خيار رؤية لان العقد لا ينفسخ برده لانه انما وقع على مثلها بخلاف التبر والحلي والاواني من الذهب والفضة لانه ينتقض العقد برده لتعينه فيه ولو وجد احدهما او كلاهما دون الافتراق زيفا او ستوقا فحكمه في جميع الاستبدال والبطلان كرأس مال السلم **قوله** ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه وكل منهما ثمن الصرف فالحاصل انه لا يجوز التصرف فواحد بدلي الصرف قبل قبضه بهبة ولا صدقة ولا بيع فان فعل بعض ذلك مع العاقد بان وهبه البدل او تصدق به عليه او ابراه منه فان قيل بطل الصرف لتعذر وجوب القبض واذا تعذر الشرط ينتفي المشروط وان لم يقبل لا ينتقض لان البراءة وما معها سبب الفسخ فلا ينفرد به احدهما بعد صحة العقد وفرع عليه ما لو باع دينارا بعشرة مثلا ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض في العشرة مستحق حقا لله تعالى فلا يسقط باسقاط المتعاقدين فلو جاز البيع في الثوب سقط فلا يجوز بيع الثوب والصرف على حاله لقبض بدله من عاقده معه واورد عليه ان فساد الصرف حق الله تعالى وصحة بيع الثوب بحق العبد فتعارضا فيقدم حق العبد لتفضل الله سبحانه بذلك اجيب بان ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حق العبد

وتجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا تجاوزه في بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا **قال** ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالبيع فاسد لان نقد ثمن الفضة لان نقد ثمن الطوق واجب في المجلس بالنهي بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف بستة والف بنقد فالنقد ثمن الطوق لان الاجر باطل في الصرف جائز في بيع المجاورة والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر صحيحا وكذلك لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع فكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال حد هذه الخمسين من ثمنها لان الاشياء قد يراد بذكرها الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما فيحمل عليه بظاهر حاله فان لم تتفاوت حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثلها او اقل منه او كان ذلك لا يجوز البيع للربوا لاحتماله وجهة الحصة من وجه وجهة الفساد من وجهين صحت

لانه ثبوت حق الله بعد تحققه فيمتنع لا انه يرتفع والتحقيق ما ذكرنا فيرتفع احدهما فضلا وقد نقل عن زفر صحة بيع الثوب لان الثمن في بيعه لم تعين كونه بدل الصرف لان تعيينه لاتعيين فاضافة العقد الى بدل الصرف لعدم اضافته فيجوز كما يجوز شراء ثوب بدراهم لم يسمها وهذا على احدى الروايتين عنه ان النقود لا تتعين في البياعات فاما على الرواية الاخرى عنه فيجب ان لا يصح بيع الثوب قلنا قبض بدل الصرف واجب وهو لا يستبدل بغيره فكان شرطا ايضا وثمن الثوب من بدل الصرف شرطا فاسدا فيمنع الجواز لاسقاط الثمن به كذا ذكر غير واحد ولا يخفى كثرة ما ذكر وفي عدم تعيين النقد في البيع مع انه لو اشار الى دراهم وعينها كان له ان يحبسها ويدفع غيرها وحاصل شراء الثوب ببدل الصرف ليس الا تعيين الثمن الدراهم فلو كان ذلك شرطا فاسدا يمنع الجواز لبطل ما ذكر وفي عدم تعيين الدراهم في البيع وكان كلما تعينت الدراهم فسد البيع لانه لا تعيين لا جرم ان المصنف انما اجاب بان الثمن في باب الصرف مبيع لاستحقاق البيع مبيعا ولا مبيع فيه سوى الثمن فكان كل ثمن منهما مبيعا وثمنا وجعل بدل الثوب وثمنه بيع لدى المبيع قبل القبض لا يجوز بيعي واذا لم يجز لم يدخل في ملك بائع الثوب وانت تعلم ان زفر انما قال بجواز بيع الثوب بناء على عدم تعين بدل الصرف ثمنا فجاز ان يعطى من غيره ولا شك انه يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض فاذا قال بصحة بيع هذا الثوب لعدم تعين بدل الصرف في ثمنه كان بالضرورة قائلا بان المبيع انعقد موجبا دفع مثله ويكون تسمية بدل الصرف تقديرا لثمن الثوب سواء سميته مبيعا او ثمنا لانه انما يلزم بيع المبيع قبل القبض اذا لزم تسليمه بعينه وليس هناك كذا فان كان هذا واقعا لم يقتض ما دفع به المصنع من ذلك بل يجب صحة بيع الثوب واعطاء ثمن مثله للبائع ولما لم يكن تمليك بائع الثوب بدل الصرف لزم بالضرورة اعطاء غيره وبهذا انقل القدوري عنه اعني ان البيع الثاني جائز ويكون ثمن المبيع مثل الذي في ذمة المشتري قال وهذا على احدى الروايتين عن زفر ان الدراهم لا تتعين فاذا لم تتعين يقع البيع بمثل بدل الصرف وعلى هذا فبطل ان بيع الثوب مطلقا كما هو جواب المذهب بشكل تخريجه على احدى الروايتين عنه فيما اذا اشترى دراهم واشار اليها ودفع منها بحيث يحرم الانتفاع بذلك المبيع غير مطابق لان اجازة بيع الثوب على ما قدرنا بان يدفع مثل بدل الصرف لا عينه **قوله** ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة وكذا سائر الاموال الربوية بخلاف جنسها كالحنطة بالشعير لان المانع من المجازفة اشتراط العلم بالمساواة والمساواة غير مشروطة فيه اي في بيع الذهب بالفضة وكل جنسين يتكلفان كذلك لكن يشترط فيه القبض في المجلس لما ذكرنا ومنه قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء لكن العادة في بلدان يقول لمن يريد ان يشتري منه بكم تبيعني الفا ويريد بالمجلس ما قيل الافتراق عن مجلس **قوله** ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة فيه الف مثقال فضة بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا صح العقد في النقود والطوق وان لم يعين المدفوع وكذا لو قال خذه منها صح ايضا الى الطوق وصح البيع فيهما تحريا للجواز بتكثير ظاهر حالهما اذ الظاهر قصدهما الى الوجه الصحيح لان العقد لا يفيد تمام مقصودهما الا بالصحة فكان هذا الاعتبار عملا بالظاهر بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذا الالف من ثمن الجارية فان الظاهر عارضه التصريح بخلافه واذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما اذا لم يقبضه فان قبضه فلا تفي قوله خذه منها عارضه ايضا قلنا لا نسلم لان المثنى قد يستعمل في الواحد ايضا قال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد من احدهما وهو البحر الملح وبامعشر الجن والانس الم يأتكم رسل منكم وانما الرسل من الانس في مذهب اهل الحق وقال تعالى فيهما وانما تخرج من احدهما وقال في موسى وقال صلى الله عليه وسلم في فضة مالك بن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما فاذنا واقيما وانما اراد ان يؤذن احدهما وقال تعالى قد اجيبت دعوتكما

قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه مرئي فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه تبعض ثم يبطل بالافتراق فلزم شيوع ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الشركة عيب في الاناء ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصته ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض قال ومن باع درهما بدرهمين ودينارا بدينارين جاز البيع وجعل كل جنس منهما مجلوبا فيه وقال زفر والشافعي رح لا يجوز على هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري حنطة وكري شعير وهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قفيزا بعشرة ثم باعه مرابحة لا يجوز وان امكن تصحيح الربح في الثوب كذا اذا اشترى عبدا بالف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مرابحة بالف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه

والمراد دعوة موسى الا انه قد قيل ان هارون كان يؤمن على دعائه فاذ صح الاستعمال وكثر وجب العمل عليه لما قلنا وذكر ناسن قريب انه لو كان الفساد بسبب الاجل في العقد شاع الفساد في الجارية ايضا على قول ابي حنيفة لان الفساد في ابتداء العقد بخلافه عن الافتراق بذا والعقد قائم في تصوير المسئلة حيث جعل طوقا الف مثقال فضة فانه عاشرة ارطال بالمصري وضع بذا المقدار في الحق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب وعرف من هذا الوجه ان كون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الاصل اذا ذرب فقصد مع غير فيعتبر من جنسه لما به ان يزيد الثمن على النقد المضموم اليه ومثل هذا فيما اذا باع سيفا محلى بمائتي وحليته خمسون بمائة وخمسين او بمائة وعشرة فقد فرض من الثمن خمسين فانه يجب فيه هذا الا بطلا ولو لم تبق الا في الصورتين حتى افترقا بطل في حصة الطوق والحلية لانه صرف فيهما وصح في الجارية واما السيف فان كانت الحلية لا تخلص منه الا بضرر فيه فسد في السيف ايضا لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كما مر في جذع من سقف فان كانت تخلص بلا ضرر جاز فيه كالجارية لانه امكن افراده بالبيع وبطل في الحلية خاصة ثم الجواب في المسئلتين بعيد بما اذا كانت الفضة المفردة يبقى الثمن اكثر من الطوق والحلية فان كانت مثله او اقل او لا يدري واختلف المقومون في ذلك لا يجوز البيع للربا بحقيقة فيما اذا كانت اقل او مساوية بسبب زيادة البدل الآخر وهو البيع الفضة زيادة من جنسه او من غيره وهو نفس الجارية والسيف او احتمال الربا فيما اذا لم يدر الحال وتقدم انه لا بد من العلم بالمساواة فان قيل في صورة الاحتمال لم يقطع بالفساد اجاب بان جهة الفساد فيه متعددة فانها من وجه من جوز الاقالة والمساواة بخلاف الصحة فانها على تقدير واحد وهو الزيادة فترجحت جهة الفساد على ان مجرد احتمال الربا كاف في الفساد فلا حاجة الى الترجيح مع انه يرد عليه انه الترجيح بما يصلح ان يكون علة للفساد ويحتاج الى الجواب بان المعنى ان احتمال احدهما فقط عند التكيف اذا اجتمعا على هذا الكل اشترى بالفضة فضة مع غيرها او بالذهب ذهبا مع غيره. قوله ومن باع اناء فضة بفضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يقبض ولا شيوع الفساد في الكل لانه طارئ بعد صحة العقد في الكل بناء على ما هو المختار من ان القبض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة فيصح ثم يبطل بالافتراق فلا شيوع ولا تخيير واحد من المتعاقدين لان عيب الشركة جاء بفعلهما وهو الافتراق بلا قبض بخلاف ما لو استحق بعض الاناء فان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الشركة عيب ولم يحدث بصنعه بخلاف ما لو باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها حيث يأخذ الباقي بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض فلم يلزم العيب وهو الشركة لامكان ان يقطع حصته منها. قوله ومن باع درهمين ودينارا بدينارين ودرهم جاز البيع وجعل كل واحد من الجنسين بخلافه فيقابل الدرهمان بدينارين والدرهم بالدينار وقال زفر والشافعي لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكري حنطة بكري شعير وكر حنطة او باع السيف المحلى بفضة ولا يدري مقدار الحليتين وكذا درهم ودينار بدرهمين ودينارين لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه اي تصرف العاقد لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين وهو ان يكون كل جزء على الشيوع مقابل الكل جزء وعلى الشيوع فيندرج فيه عين ذلك الجزء وخلاف جنسه كما اذا جاز درهم ودينارين اكثر من اجزاء دينار بالضرورة وليس المعنى ان كل جزء من مقابل لكل جزء على المعلوم والا كانت الذرة من الدينار مقابلة بجميع الدينارين والدرهم فلم يبق للذرة الاخرى ما يقابلها او يقابل الكل نفسه اشياء كثيرة وهو محال بل ممكن لكنه مستنكر وهو ان يقابل الذرة بالف ذرة ثم تكون هذه الالف بعضها مقابلة لذرة اخرى

وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف ما عد من المسائل اما مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء

واخرى لا يخ ينتفي الانقسام بادنى تامل والدليل على ان الانقسام كما ذكرنا ما لو اشترى عبدا وجارية بثوب وفرس ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد في الثوب والفرس جميعا ولولا ان انقسام على الشيوع لما رجع في الثوب والفرس جميعا ويعتبر تصرفهما لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف بدليل الاجماع على ان من اشترى قلبا وزنه عشرة بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة صفقة واحدة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وحده ليخلو القلب عن التفاضل وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز ويفسد في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا فهذه احكام اجماعية كلها دالة على ان تغيير التصرف لا يجوز وان يتوصل به الى تصحيحه قال امام الحرمين والمعتمد عندي في التعليل انا تعبدنا بالمماثلة تحقيقا وهنا لم يتحقق فيفسد العقد قال صاحب الذخيرة وللخصم ان يقول تعبدنا بتحقيق المماثلة فيما اذا تمحضت مقابلة الجنس بالجنس ام على الاطلاق فان قلت الثاني فممنوع وان قلت الاول فسلم وليس صورة الخلافية انتهى ببعض تغير وحاصله انه على تقدير مقابلة الجملة بالجملة والجزء الشائع بالشائع لا يقتضي الربا والفساد وانما يقتضيه لو كان التفاضل لازما حقيقيا وذلك لا يكون الا اذا قوبل معين بمعين وتفاضلا وح لا حاجة في التصحيح الى التوزيع وصرف كل الى خلاف جنسه عينا لكن الاصحاب اقتحموه بناء على اصل اجماعي وهو انه مهما امكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة ولهذا يحمل كلامه على المجاز ويترك حقيقته اذا كان لا يصح على تقديره ويدرج في كلامه زيادة لم يتلفظ بها اذا كان لا يصح الا بذلك كانهم نظروا الى ان المقابلة على وجه الشيوع ان لم ينتقض حقيقة الربا استلزم شبهة وشبهة الربا معتبرة كحقيقته فقالوا العقد كذلك وانما يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه او من خلاف جنسه لان اللفظ مطلق غير متعرض لواحد منهما لكن مع عدم الاقتضاء يحتمل مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس المعين هذا الجنس معين بدليل انه يصح تفسيره به فانه لو قال بعت هذين الدرهمين والدينار بدينارين ودرهم على معنى ان الدرهمين بالدينارين والدينار بالدرهم صح وهو طريق متعين للتصحيح فوجب حمله عليه وعلى هذا التقدير لا حاجة الى قول المص وفيه تغيير وصف العقد كانه نظر الى الظاهر منه هو مقابلة الجملة بالجملة على الشيوع عينا فكان مقابلة المعين بالمعين ليس محتملا فقال وفيه تغيير وصف العقد وهو مقابلة الجملة بالجملة شائعا لا اصله لانه يبقى موجبه وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار كما اتفقنا عليه فيما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف المسائل المذكورة فان عدم الصرف فيها لعدم الامكان والتعيين اما مسئلة المرابحة فعدم الصرف لانه يتغير اصل العقد اذ يصير تولية في القلب واعترض بان مقتضى ما تقدم من وجوب حمل المثنى على الواحد في مسئلة الطوق والجارية ان يحمل قوله بعتهما بعشرين مرابحة فيهما بعشرة ان يحمل فيهما على احدهما يعني الثوب كما حمل قوله خذ هذه الالف من ثمنها على ثمن احدهما وهو الطوق وكون الطوق لم يصر مرابحة لم يضر ان يصدق ان العقد مرابحة بثبوت الربح في بعض مبيعات الصفقة الواحدة وفي المسئلة الثانية وهي ما اذا باع عبدا اشتراه بالف ممن اشتراه منه مع عبد آخر بالف وخمسمائة طريق تصحيحه غير متعين ان يكون بصرف الخمسمائة الى العبد الآخر فيكون بايعا ما اشتراه ممن اشتراه بمثل ما اشتراه لانه كما يكون بذلك يكون بصرف اكثر من الخمسمائة درهم او درهمين او غير ذلك الى العبد الآخر فيصير بايعا للمشتري ممن اشتراه منه باقل مما اشتراه منه ونقض بان الطريق الصحة ايضا ليس متعينا فيما قلتم بل له وجه آخر وهو ان يعتبر مقابلة درهم من الدرهمين بمقابلة الدرهم ودينار من الدينارين بمقابلة الدرهم

قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في دراهم التماثل عددا ووزنا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي فيهما ولو باع فضة بفضة او ذهبا بذهب احدهما اقل معه قلبا شيء آخر يبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية وان لم تبلغ قيمته فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربوا

اجيب بان التغيير ما امكن تقليله متعين وتصحيح التصرف مع قلة التغيير لا يكون الا بما قلنا فكان ما قلناه متعينا بخلاف ما فرض فان فيه ثلاث تغييرات والبيع فان الذي ذهب اليه طريقا متعينا هو صرف الجنس الى خلاف الجنس كيف كان لا الخصوص ذلك الطريق وما ذكرتم من ذلك ومن ان الصرف نصف درهم الى نصف درهم والنصف الآخر بقابلة الدينار في فرض كثيرة لا يخرج عن صرف الجنس الى خلاف الجنس والى هذا رجع قولهما في الكتاب في وجوب التقابض واتمامه جوازا فاذا لم يكن الا هذا الوجه صحيح بل متساوت لا يخرج يلزم الترجيح بلا مرجح فتمتنع اما اذا كان فلا وجه اعتباره وذلك لان التقابض والدرهمين مسلما عنه ونحن اشتغلنا في اصل هذه الاصل نظرا استند الى جواز ثبوت الشيء بعلل مستقلة اجتمعت وقته واما في المسألة الثانية وهي ما اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما فالبيع فاسد الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع بحاله ولان المبيع ضده فلا يكمل احدهما على ضده وليس بشيء لان المعرفة مما صدقات المنكر فان زيدا الصدق عليه بحل ولا شك انه يحتمل فيجب حمله عليه وقد قال ابو حنيفة في قوله عبدي او حماري حر او مسلم انه يصح لاستعارة المنكر للمعرفة وكذا ما قيل ان فيصح العقد ويجب في محل العقد وهو الضعيف الى المعين واعلم ان ما اورد على دفع النقوض المذكورة ان يخص لجواب فذاك والا فلا يفيد في النقض في اثبات المطلوب اذ غايته انه خطأ في محل آخر اذا الخطأ في محل النقض وذلك لا يوجب خطأه في محل النزاع واما في المسألة الاخيرة وهي ما اذا باع درهما او ثوبا بدرهم وثوب وقبضه قابلا فقبض فيما نحن فيه فان العقد انعقد صحيحا وانما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لمنع الفساد وهو قد انعقد بلا فساد وكلامنا ليس في الفساد الطارئ فان قيل فليصرف الجنس الى خلاف جنسه ليبقى صحيحا كما يصرف لينعقد صحيحا والمقتضي واحد فيهما وهو الاحتياط للصحة قلنا الفساد هناك ليس بمكروه تحقيقا ولا نظنونا يجب اعتبار الصرف من اول الامر بل يتوهم لان الظاهر ان المتقابضان بعد ما عقدا عقدا قبل الافتراق فلا يحتاج الى ذلك الاعتبار واما المسألة المستشهد بها اولا وهي الرجوع في ثمن الثوب والفرس فانما تشهد على ان المقابلة للجملة بالجملة على الشيوع ونحن نقول هو الاصل وانما قلنا اذا كان تصحيح العقد تحصيل باعتبار التوزيع وجب المصير اليه وهو ثابت في المسألة المفروضة الا ترى الى ما في الايضاح قال الاصل في هذا الباب ان حقيقة البيع اذا اشتملت على ابدال وجب قسمة احد البدلين على الآخر وتظهر الفائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما يجب فيه الشفعة فاذا كان العقد مما لا يتفاوت فالقسمة على الاجزاء واذا كان مما يتفاوت فالقسمة على القيمة واما فيما فيه الربوا فانما تجب القسمة على الوجه الذي يصح اسد مثل باع عشرة دراهم خمسة دراهم ودينار يصح العقد فان الخمسة بالخمسة والخمسة الاخرى بازاء الدينار وكذا لو تقابل خمسين بخمسين كما في مسألة الكتاب انتهى ونظير المسألة المذكورة التي تلي هذه هي قوله ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل وهو بذلك فيبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي بينهما ثم فرع المصنف على بيان ان بعض هذه البياعات وان كانت جائزة في الحكم فهي مكروهة فقال ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب واحدهما اقل ومعها شيء آخر يبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية وان لم تبلغ قيمته فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربوا

ومن كان له عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينار بعشرة دراهم ونقد الدينار جاز استحسانا وهو قول زفر وهو القياس للمسئلة اذا باعه بعشرة مطلقة وجه الاستحسان ان هذا العقد عقد تعجيل لما ذكرنا والدين ليس بمحل والصفة لا يقابلها شيء لانها لا يقتضي المقابضة بنفس العقد لعدم المجانسة فاذا لم يقتض ذلك صح الاول الاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون بيعا بشرط لا يقتضيه العقد وهو منهي عنه وجه القياس ان الصفة لا يقابلها شيء كما بينا فيثبت بطريق الاقتضاء كما اذا باعه بالف ثم بخمسمائة وزفر يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في احد الروايتين لتضمنه الفساد لان الاضافة الى دين قائم وقت حلول الاجل يلغو ذلك عند البزاز قال يجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلتين بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والعلة مائرة لبيت المال يأخذ بالجودة ويعطي بالقمارة وجه قول زفر ان المساواة في الوزن وما عرف من شرط اعتبار الجودة واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب فيعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا مثلا بمثل في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض عن بعضها الا وزنا لان النقود لا تعتبر عن قليل عشر عادة لا بها لا تتطبع الا مع العشر وقد يكون الغش خلقيا كما في الرديء منه فيخفى القليل بالرداءة ويحتمل الردي سواء كان الغالب عليها الغش فليس في حكم الذهب او لا يعتبر الغالب لانه استثنى بها فضة خالصة منهونا على الرجوع الى ذكر بعد ذكر حلية السيف فان بيع بجنسها متفاضلا جاز عند الكل لان الجنس لا يختلف بالجنس فهي في حكم شيئين فضة وصفر لكنه صرف جيد فيشترط القبض في المجلس وجودة الفضة عرفا بشرط القبض فيشترط قبض الصحيح لانه لا يتميز عنه الا بضرر

والدينار بدرهم ودينارين وهي المسئلة الخلافية تكرر ذكرها ولم يذكره واجيب بانه انما لم يذكره هناك لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الزائد دينارا بمقابلة الدرهم وقيمته الدينار تبلغ الدرهم وتزيد وح لا كراهة ولا يخفى ان العقد واحد وكما ان قيمة الدينار تبلغ وتزيد على قيمة الدرهم فالدرهم لا يبلغ قيمته قيمة الدينار ولا تنقص بقدر يتغابن فيه فالعقد مكروه بالنظر الى الطرف الآخر والذي يقتضيه النظر ان يكون مكروها اذ لا فرق بينه وبين المسئلة المذكورة في جنة الكراهة وغاية الامر انه لم ينص هناك على الكراهة فيه ثم ذكر اصلا كليا يفيده ونفي ان يكون قول ابي حنيفة الفضل على الكراهة كما هو ظاهر اطلاق المصنف من غير ذكر خلاف واما اذا ضم ما لا قيمة له لكثرة من تراب لا يبيع لانه لم يقابل الزيادة مال **فرع** اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لانه ان لم يظهر في التراب شيء فظاهر بان لم يظهر فهو بيع الفضة بالفضة فجازفيه ولهذا لو اشترى تراب فضة لا يجوز لان احد البدلين هما الفضة لا التراب ولو اشترى تراب ذهب او ذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس ولو ظهر ان لا شيء في التراب لا يجوز وكلما جاز فشتري التراب بالخيار اذا رآى لانه اشترى ما لم يره **قوله** ومن له على آخر عشرة فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة وقبض الدينار فان كان اضاف الى العشرة الدين جاز اتفاقا ويجب بهذا العقد عشرة ثم لا يجب تعيينه بالقبض لان تعيين احد البدلين للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر لدفع الربا بالتساوي وقد اندفع الدين بالدين في هذه الصورة ويقبض مع العوضين وهو الدينار والقبض الذي يتحقق به التعيين في البدل الآخر قد تحقق سابقا عند الاضافة الى ذلك القبض يحصل به المقصود من المماثلة بين البدلين وهو كون كل منهما مقبوضا قبضا يحصل به التعيين بخلاف ما اذا لم يضف اليه لان موجب العقد عشرة مطلقة لا يلزم ان يكون هذه العشرة الدين ولهذا قال زفر فيما اذا باعه المديون بالعشرة دينار العشرة وهي مسئلة الكتاب ثم تقاصا لا يجوز لان موجب ذلك العقد عشرة مطلقة فلا تصير تلك العشرة المستحقة بنا نحن نقول موجب العقد عشرة مطلقة تصير معينة بالقبض وبالاضافة بعد العقد الى العشرة الدين صارت كذلك غير انه بقبض سابق كما ذكرنا وهو لا يبالي بحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة وعلى هذا التقدير لا حاجة الى اعتبار فسخ العقد الاول بالاضافة الى العشرة الدين بعد العقد على الاطلاق بخلاف ما لو باع بالف ثم بالف وخمسمائة فان الفسخ لازم لان احد ما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة مطلقا مع هذه العشرة للصدق لان الاطلاق ليس قيدا في العقد بها والا لم يكن قضاؤها اصلا اذ لا وجه للمطلق بعد الاطلاق وعلى ذلك مشوا وتقديره انهما لما غيرا موجب العقد فقد فسخا العقد الى عقد آخر قضاء لما لم يقبل زفر بالاقتضاء ولنا لم نقل في العتق بعد الكتابة بالف انه يقع عن الالف اذا اداها لما لك لم يقتض فلا يتحول حكمه وهذا اذا كان الدين سابقا على بيع الدينار فان كان لاحقا قبل الافتراق والمسئلة بحالها بان عقد على الدينار بعشرة ثم باع صاحب الدين منه بالدينار بعشرة ثم قاصه بثمن الدينار عنها روايتان والاصح انه يصح لما ذكرنا من حصول المقصود وعلى ما ذكر المصنف من حصول الانفساخ والاضافة الى الدين بعد تحققه وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقرض من بائع الدينار عشرة من المشتري او غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج الى التراضي لانه قد وجد منه القبض **قوله** ويجوز بيع درهمين سميكين ودرهم غلة بدرهمين غلة ودرهم صحيح والغلة ما يرده بيت المال للاستبانة قبل الاشهاد راهم غلة بكسر وتكون في الغلة ربع دانق واقل وبيت المال لا يأخذ الا الخالص وانما جاز للمساواة في الوزن والجودة فالصحة ساقطة الاعتبار لان الجودة في الاموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة **قوله** واذا كان الغالب آه الدراهم والدنانير اما ان يكون الغالب عليها الذهب والفضة والغش اقل او الغالب الغش والذهب والفضة اقل او متساويين فان كان الغالب الذهب

قال رضي الله عنه مشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك في ديارنا لغلبة الحرام في أموالهم ديارنا فوائد التفاضل فيه فتح باب الربوا لأنهم إن كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وإن كانت تروج بالعد فالحق وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لأن المعتبر هو المعنى فيهما إذا لم يكن فيها نص فتعتبر بما دامت تروج ولكون أثمانا لا تتعين بالتعيين وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين إذا كانت يقبلها البعض في بعض كالفلوس لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها وزنا إن كان البائع يعلم بحالها ليتحقق الرضاء منه وبجنسها من بحيادان كان لا يعلم ليتحقق الرضاء منه وإذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رحمه الله عليه قيمتها آخر ما تعامل الناس بها لهما أن العقد قد صح لأنه تعذر التسليم بالكساد وإنه لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالفلوس فانقطعت وإذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند أبي يوسف رحمه الله وقت البيع لأنه مضمون به وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لأنه إنما تجب القيمة عند الانقطاع لا قبله وله أبو حنيفة رحمه الله أن الثمن يهلك بالكساد لأن الثمنية بالاصطلاح وما بقي فليبق بيعا لا ثمنا فينفسخ وإذا بطل البيع يجب رد المبيع إن كان قائما وقيمته إن كان هالكا كما في البيع الفاسد

في الدنانير والفضة في الدراهم فهما كالذهب بالذهب والفضة بالفضة احترازا عن الفلوس لأنها على ما قيل لا تنفق إلا بقليل غش وقد يكون الغش غلبة كما في الدراهم التي يقال لها ناقصة عيار في عرفنا والزيادة مهدرة شرعا عند المقابلة بجنسها فكذا الغش المغلوب احترازا عن الخالصين فلا يجوز بيعها بالخالص من الذهب والفضة الا متساويين في الوزن وكذا يجوز بيع بعضها ببعض وكذا لا يجوز استقراض شيء منها لأنه كاستقراض الذهب والفضة الخالصين وإن كان الغالب فيها الغش فليست في حكم الدراهم والدنانير الخالصة اعتبارا للغالب فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجه الذي ذكرنا في حلية السيف وهي أنه إن كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التي في الدراهم أو أقل فإنه يجوز لأنه لا يصير في الفضة فلا في النحاس أيضا إذا كان لا تخلص الفضة إلا بضرر وإن كانت الخالصة أكثر مما في الدراهم جاز ليكون ما في الدراهم من الفضة بمثلها من الخالصة والزائد من الخالصة بمقابلة الغش وكذا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا صرفا لخلاف الجنس أي يعتبر في كل من الدراهم والى غش الدراهم الأخرى لأنها في حكم شيئين فضة وغش صفرا وغيره ولكنه مع هذا صرف حتى يشترط القبض قبل الافتراق ويجوز الصلح بالجلس عنه لوجود الفضة من الجانبين وإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر ولا يخفى أن هذا إنما يأتي في كل درهم غالبة الغش بل إذا كان الفضة المغلوبة بحيث تتخلص من النحاس إذا أريد ذلك فأما إن كانت بحيث لا تتخلص تلفتها بل تحترق لا عبرة بها أصلا بل تكون كالموهبة لا تعتبر ولا يراعى شرائط الصرف وإنما كان كاللون وقد كان في أول قرن تسع مائة في فضة دمشق قريب من ذلك قال المسبحي وسبع مائة أنشأ تخنا يعني مشايخ ما وراء النهر من بخارا وسمرقند لم يفتوا بجواز ذلك أي بيعها بجنسها متفاضلا في العدالي والعطارقة مع أن الغش فيها أكثر من فضة لأنها أغلب الأموال في ديارنا ولو بيع التفاضل فيها يفتح باب الربوا الصريح فإن الناس يتعاملون في الأموال النفيسة فيجدون إلى ذلك في النقود الخالصة فتح جدا لمادة الفساد والعطارقة دراهم منسوبة إلى عطارف بن عطا الكندي أمير خراسان أيام الرشيد وقيل بوخارى الرشيد ثم إن كانت هذه الدراهم التي غلب غشها تروج بالوزن فالبيع بها والاستقراض بالوزن وإن كانت تروج بالعد فالبيع والاستقراض بها بالعدد ليس غير وإن كانت تروج بهما كل واحد منهما لأن المعتبر هنا المعنى فيهما إذا لم يكن نص على ما عرف في الربوا وما دامت تروج في الثمنية لا تتعين بالتعيين ولو هلكت قبل القبض لا تبطل العقد وإن كانت غير رائجة فهي سلعة فتتعين بالتعيين ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم هذا إذا كانا يعلمان بحالها ويعلم كل من المتعاقدين أن الآخر يعلم فإن كانا لا يعلمان أو لا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد لا بما أشار إليه من هذه الدراهم التي لا تروج وإن كانت يقبلها البعض ويردها البعض فهي في حكم الزيوف والرديئة فيتعلق البيع بجنسها كما هو في الرائجة لكن يشترط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمر المشتري لأنه رضي بذلك وإن روج نفسه في البعض الذي يقبلها وإن كان البائع لا يعلم تعلق العقد على الأروج وإن استوت في الرواج جرى التفصيل الذي أسلفناه في أول كتاب البيع وتعيين المعجبا وتساهل وحكم هذه الدراهم التي غلب غشها إنها لو اشترى سلعة بها فكسدت أي قبل قبضها بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله فإن كان البيع قائما سقط ديناره وإن كان مستهلكا أو هالكا رجع البائع عليه بقيمته إن كان قيميا مثله إن كان مثليا وإن لم يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي والأئمة بل ثم اختلفوا فقال أبو يوسف عليه قيمتها يوم البيع قال في الهداية وعليه الفتوى لأنه مضمون بالبيع وهو نظير قولهم في المغصوب إذا هلك إن عليه قيمته يوم الغصب لأنه يوم تحقق السبب وقال محمد عليه آخر

قال ويجوز البيع بالفلوس لانه مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع بها وان لم تعين لانها اثمان باصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه

ما تعامل الناس بها وهو يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة وفي المحيط والتتمة والحقائق به يفتى رفقا بالناس لهما ان البيع قد صح بالاجماع الا انه تعذر التسليم اي تسليم الثمن لانعدام الثمنية بالكساد والضمير ضمير الشان وانه اي الكساد لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب شيئا فانقطع في اوانه بان لا يوجد في الاسواق لا يبطل اتفاقا وتجب القيمة او ينتظر الى زمان الرطب بان يوجد في السنة الثانية وكذا هنا ولابي حنيفة رح ان الثمن يهلك بالكساد لان مالية الفلوس والدراهم الغالبة الغش بالاصطلاح لا بالخلقة وما بقي الاصطلاح بل انتفى فانتفى الثمنية فبقي بيعا بلا ثمن بخلاف النقدين فان ماليتهما بالخلقة ولا بالاصطلاح كمالية العبد لما كانت بالحيوة فذهبت بذهاب الحيوة لا يقال فلتصير مبيعة اذا انتفت ثمنيتها لانا نقول تصير مبيعة في الذمة والبيع في الذمة لا يجوز الا في السلم واعترض في بعض الحواشي بان انتفاء ثمنيتها يوجب انه يصير بيع مقايضة فلا يستلزم كونه دينا ولا يبطل بعدم القبض قبل الافتراق على ما قدمنا من ثبوت التعيين في البدلين بمجرد العقد فلا يلزم الافتراق عن دين بدين الا ان المجيب نظر الى ان صورة المسئلة انه باع بدراهم كذا وكذا غلب غشها وهذا لا يوجب وليس في صورة المسئلة احضر الدراهم واشار اليها بعينها بل باع بها على نمط ما يباع بالاثمان وهذا لان الفرض ان البيع وقع حال رواجها اثمانا وانما كسدت بعدها بعد القبض فلم يتبينه هذا المعترض لصورة المسئلة فلم يثبت لزوم كونه بيعا بلا ثمن وشرط في العيون ان يكون الكساد في سائر البلاد ولو كسدت في بعض البلاد دون البعض لا يبطل عند ابي حنيفة رح لانها لم تهلك ليصير البيع بلا ثمن ولكن تعيبت فيكون البائع بالخيار ان شاء اخذ مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء اخذ قيمته دنانير قالوا وما ذكر في العيون على قول محمد واما على قولهما فلا وينبغي ان ينتفي البيع بالكساد في تلك البلدة التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبارا لاصطلاح الكل فالكساد يجب ان يكون على هذا القياس ايضا وما ذكرناه في الكساد مثله في الانقطاع والفلوس النافقة اذا كسدت كذلك هذا اذا كسدت او انقطعت فلو لم تكسد ولم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع وعكسه لو غلت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ولا يتخير المشتري ويطالب بالف بذلك المعيار الذي كان وقت البيع والجواب عن البيع بالرطب ان الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالبا فكان له مظنة تغلب ظن وجوده عندهما بخلاف الكساد فانه ليس له مظنة محققة الوجود في زمن خاص يرجى فيها بل الظاهر عدم العود لان الاصل في غالبية الغش الكساد وعدم الثمنية والشيء اذا رجع الى اصله فلما ينتقل عنه وفي الخلاصة عن المحيط ولان باع متاع الغير بغير اذنه بدراهم مغلوبة فاستهلكها فكسدت قبل ان يدفعها الى صاحب المتاع لا يفسد البيع لان حق القبض له **قوله** ويجوز البيع بالفلوس لانها نوع من انواع المال فان كانت نافقة جاز البيع وان لم يعين بل لو عينت لا تتعين وللعاقد ان يدفع غير ما عين لانها اثمان كالدراهم حتى لو هلكت قبل القبض لا ينفسخ العقد ويجوز ولو استبدل بها جاز ولو باع فلسا بفلسين باعيانهما يجوز على ما سلف في باب الربوا ولو باع فلسا بغير عينه بفلسين باعيانهما لا يجوز لان الفلوس الرائجة امثال متساوية وصفا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة فيكون ربوا وان كانت كاسدة فهي مبيعة لا يصح العقد عليها ما لم تتعين فاذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت قبل القبض بطل البيع عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه اي في الدراهم الغالبة الغش يبطل البيع عنده لا عندهما ثم تجب قيمتها يوم البيع عند ابي يوسف وعند محمد يوم الانقطاع هكذا ذكر القدوري الخلاف الذي في الاصل وشرح الطحاوي والاسرار البطلان من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر استدل بما تقدم من انقطاع رطب المشتري به واباق العبد المبيع قبل التسليم وتخمر العصير المشتري قبل التسليم لا يبطل العقد فيها واجيب بما تقدم في الرطب واما العبد فماليته لم تبطل بالاباق

ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند ابي حنيفة لزمه مثلها ولو هلكت لزمه قيمتها يوم القبض وهو قولهما وجه قولهما ان الفلوس معدودة والعين معدود فيضمن بالمثل كالجوز والبيض وله ان الفلوس ليست بثمن اصلا فيجب قيمتها لا مثلها وصفة الثمنية تعتريها كما تعتري العروض اذا استقرضت مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد يعتبر الطرفين وقول ابي يوسف يعتبر اليسر

قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه مثلها بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها ثمن رابحا ثمن بنصف الدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم ومن الناس من يقول هذا على ما اذا كان الكلام فيه فاما من بيان العدد في قولهم فلوس بدرهم فلوس بدرهمين فلوس فكذلك عند ابي يوسف لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا ان الدرهم من الفلوس وعن محمد انه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لان في الاجازة فيما دونه بالفلوس فيما دون الدرهم فصارا معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم فانه لو قال ابي يوسف رحمه الله ويجوز فيما دون الدرهم

بل هو مال باق حيث هو وانما عرض العجز عن التسليم وكذا بالكسر لم يزل عن ملك المالك بل عجز عن تسليم شرعا بخلاف الكساد والهلاك المتن به الا ان الذي يقتضيه النظر ثبوت الخلاف كما ذكر القدوري اذ لا فرق بين كساد النقود وكساد الفلوس اذ كل منهما سلعة بسبب الاصل ثمن بالاصطلاح فان غالبة النش الحكم فيها للغالب وهو النحاس مثلا فلو لم نقض على الخلاف بالفلوس وجب الحكم به في شرح الطحاوي ولو اشترى بمائة فلس بدرهم وقبض الفلوس والدراهم ثم افترقا جاز البيع لانهما افترقا عن عين بدين وقد قدمناه فان كسدت الفلوس بعد ذلك فانه ينظر ان كان الفلس هو المقبوض لا يبطل البيع لان كسادها كهلاكها وبالهلاك المقبوض بعد القبض لا يبطل البيع وان كان الفلس غير مقبوض يبطل البيع استحسانا لان كساد الفلوس كهلاكها وبالهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد والقياس ان لا يبطل لانه قادر على ادائها وقع العقد عليه وقال بعضهم انما يبطل العقد اذا اختار المشتري ابطاله فسخا لان كسادها كعيب فيها والمعقود عليه اذا حدث به عيب قبل القبض ثبت للمشتري فيه الخيار والاول اظهر ولو نقد الدراهم وقبض نصف الفلوس ثم كسدت الفلوس ثم قبض ان قبض النصف الآخر بطل البيع في نصفها ولزمه ثلاثة ونصف ثمن الدراهم وعلى هذا لو اشترى فاكهة او شيئا بمائة فلوس ثم كسدت وقد قبض المبيع عليه ان يرد المبيع ان كان قائما او القيمة او مثله ان كان هالكا وهذا معلوم مما ذكرنا الا ان ابا يوسف قال في هذا ان عليه قيمة الفلوس لا المبيع والفرق بين هذا وبين المسئلة الاولى وهو انه اذا باع الفلوس بدراهم لان هناك لو اوجبنا رد قيمة الفلوس يتمكن فيه الربا وههنا لا يتمكن وفي المسئلتين جميعا اذا لم تحد الفلوس غير ان قيمته غلت او رخصت لا يبطل البيع وعليه ان يرفع العدد الذي عينه منها **قوله** ولو استقرض فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة رحمه الله وشبهها عددا اتفقت الروايات عنه واما اذا استقرض دراهم غالبة النش فقال ابو يوسف في قياس قول ابي حنيفة عليه مثلها وبه نأخذ وروي ذلك عنه ولكن الرواية في الفلوس اذا قرضها ثم كسدت وقال ابو يوسف عليه قيمتها من الذهب يوم القرض في الفلوس والدراهم وقال محمد عليه قيمتها في آخر وقت انقطاعها وجه قوله انا لما قدرنا القرض اعارة وجب اي موجب عقد الاعارة رد العين اذ لو كان استهلاكا لما كانت موجبة رد المثل استلزم الربا بالنسبة فكان موجبا رد العين الا ان ما تضمنه هذا العقد لما كان تمليك المنفعة بالاستهلاك لما بقاء العين لزم تضمنه لتمليك العين وبالقرض اكتفى برد العين معنى وذلك برد المثل ولذا تجب المنصوب منه على قبول المثل اذا اتى به الغاصب في غصب المثلي بلا انقطاع ثم ان موجب الغصب رد العين وذلك حاصل بالكساد والثمنية فضل في القرض غير لازم فيه وكذا يجوز استقراضها بعد الكساد ولذا يجوز استقراض كل مثلي وعددي متقارب ولا ثمنية ولما انا لما بطل وصف الثمنية تعذر رد ما قبضناه فيجب رد قيمتها وهذا لان القرض وان لم تقبض صفة الثمنية لا يقتضي سقوط اعتبارها اذا كان القبض قرضا موصوفا بها لان الاوصاف معتبرة في الديون لانها تعرف بها بخلاف الاعيان اشار اليها وصفا لغو لانها تعرف بذواتها وتاخير دليلها بحسب عادة المعطاهر في اختياره قولها ثم اصل الاختلاف في وقت الضمان اختلفا فيما لو غصب مثليا فانقطع وجبت القيمة عند ابي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم القضاء وقوله ما انظر للمقرض من قول ابي حنيفة رح لان في رد المثل اضرارا به ثم قول ابي يوسف انظر له ايضا من قول محمد لان قيمته يوم القبض اكثر من قيمته يوم الانقطاع فكان قول محمد انظر للمقرض وقول ابي يوسف ايسر لان قيمته يوم القبض معلومة ظاهرة لا تختلف فيها بخلاف ما ضبط وقت الانقطاع فانه عسير فكان قول ابي يوسف ايسر في ذلك **قوله** ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس فكاسدة او غيرها بان قال مثلا لبائع سلعة اشتريتها منك بنصف درهم فلوس

قال ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا ونصفا فنصفا الاجنة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عند هما لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الاجنة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي يوسف له وبطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه بكل ما هو المعلوم لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الاجنة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الاجنة فيكون نصف درهم الاجنة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي اكثر نسخ المختصر ذكر العدد الذي

فتقال بتلك النقد سوجا لدفع ما يباع من الفلوس لنصف درهم فضة وكذا اذا قال بدانق من الفلوس وبهذه درهما وتبراط وهو نصف السدس وقال زفر رح لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وهي تقد ربا لعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها والا فالثمن مجهول لان العقد وقع على الدانق والدرهم ثم شرط ايفاءه من الفلوس وهو صفقة في صفقة فان المعنى انه شرط ان يعطي بنصف الدرهم الذي هو الثمن فلوسا وهو ان يبيعه بالدانق فلوسا ونحن نقول ان ما يباع بالدانق وما ذكر من الفلوس معلوم وهو المراد بقوله بنصف درهم فلوس لانه لما ذكر نصف الدرهم ثم وصفه بانه فلوس وهو لا يمكن عرف ان المراد بما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس فاغنى عن ذكر العدد بخصوصه واذا صار كأنه قيل بما يباع بنصف وربع درهم لم يلزم جهالة الثمن ولا صفقة في صفقة لان الثمن ح من الابتداء ما يباع من الفلوس بنصف درهم ولو قال بدرهم فلوس او درهمين فكذا عند ابي حنيفة رح وعند محمد لا يجوز الا فيما دون الدرهم لان المبايعة في العادة في الفلوس فيما دون الدرهم بصير معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف رح لا سيما في ديارنا اي المدن التي وراء النهر فانهم يشترون الفلوس بالدراهم ولان المدار هو العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس ح وجوب العمل عليه تصريحا للعلم بانه المراد ولا فرق في ذلك بين ما دون الدرهم والدراهم فصلا عن الدرهم ولم يذكر في المبسوط خلاف محمد والمذكور في جامعه خلافه ظاهرا ورواية عنه وفي بعض النسخ سيما بغير لا وهو استعمال لم يثبت في كلام من يحتج بكلامه في اللغة وفي بعضها على الصواب قوله ومن اعطى صيرفيا درهما فقال اعطني بنصفه اربعا وتبراطة فلوسا وبنصفه نصفا الاجنة وعلى رواية ان يقول وثلاثة ارباعه ثلاثة ارباع درهم الاجنة وقس الباقي جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي من النصف الآخر وهو ثلاثة الارباع وباقي الصور لان بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز وبيع نصف ودرهم بنصف درهم الاجنة ربا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رح بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي متقارن للعقد فيشيع وقد مر نظيره وبيناه في باب البيع الفاسد في مسئلة الجمع بين العبد والحر اذا لم يفصل الثمن يشيع الفساد اتفاقا واذا فصل لا يشيع عندهما وعند ابي يوسف رح ولو كرر لفظ الاعطاء بان قال اعطني بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الاجنة كان جوابه كما بينا في ان الفساد يخص بالنصف الآخر لانهما بيعان لتعدد الصفقة وهذا هو المختار خلافا لما حكي عن الشيخ ابي جعفر وشيخ الاسلام والظهيرانه لا يجوز ان كرر لفظ الاعطاء لان تعدد الصفقة عنده يتعدد البيع وهم الايجاب ولفظ اعطني سادته واذا كان قوله يعني يكفي ليس ايجابا حتى لو قال بعت لا ينعقد ما لم يقل الاول قبلت فاعطني وليس من سادة البيع اصلا رح لم يتعدد البيع فيشيع الفساد على قوله كالصورة الاولى وجه المختار ان ذلك صار معلوم المراد انه ايجاب وعلى هذا فلو تصرف في مسئلة الجمع فيما لا ينهم لم تذكره وما وان الكلام فيما اذا وقع اليه المخاطب قبل الافتراق فانه يجعل بيانا في المصنفين بالمعاطاة فيما بعد اعلم ولو قال حسين دفع اليه الدرهم الكبير اعطني نصف درهم فلوس ونصفا الاجنة جاز فيما لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم الاجنة فيحتمل ان يكون نصف درهم الاجنة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس نعم قد يقال لما كان قوله نصف درهم فلوس سماء ما يباع كان الحاصل اعطني بهذا الدرهم ما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاجنة وما يباع بنصف درهم الاجنة معلوم انه بخمس نصف الدرهم فصار كالاول كانه قال اعطني بنصفه نصف درهم فلوس وجوابه ان موجب التحري للتصحيح ان المعنى على ذلك التقدير اعطني بهذا الدرهم نصف درهم الاجنة وما يباع بنصف درهم فلوس وهذا القيد انما اشترى ما يباع من الفلوس بنصف درهم وجيه وما يباع من الفلوس بنصف الاجنة بمثله قال المصنف وفي اكثر نسخ المختصر يعني القدوري ذكر المسئلة الثانية ولم يذكر الاولى ولذا قال شارحه وبه غلط من الناسخ فرع تقدم بعضها

كتاب الكفالة

قال الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا

في ضمن التسليم فربما ينفسخ عنها مصارفا بجنسين تساويا فزاد احدهما او حط شيئا وقيل الآخر الحق باصل العقد وبطل العقد وقال ابو يوسف لا يلتحق فيصار لا يبطل وقال محمد يصح الحط ويصير بمنزلة ما لو تصارفا بغير الجنس فزاد او حط جاز لعدم اشتراط المماثلة غير ان الزيادة يجب قبضها في مجلس الزيادة لان حكم الصرف وعند من لا يلتحق الزيادة باصل العقد كالشافعي رح واحد لا يشترط لانها بيعة ابتداء وبيعة ولو افترقا لا عن قبضها بطل حصة البدل الآخر كما لو باع الكل ثم فسد في البعض لعدم القبض والحط جائز سواء كان قبل التفرق او بعده وبيد الذي حط سلما ان كان الحط فراط ذهب فهو شريك في الدينار مثلا لان في قبضه ضرارا كل مال ربوي لم يجز بيعه مراجحة ولا مواضعة اذا اشتراه بجنسه ويجوز بخلاف جنسه ولو اشترى مصوغا من فضة بفضة او من ذهب بذهب وتقابضا فوجد المشتري بعيبا ان يرد ويأخذ الثمن ان لم يفترقا بطل البائع في مجلس الرد لانه فسخ وبغير قضاء ويشترط القبض في مجلس الرد فان قبض صح الرد والا بطل وعاد البيع الاول لان بيع في حق الشرع فان تعذر الرد بهلاك في يده او حدث عيب آخر يرجع بارش العيب ان كان الثمن ذهبا لتعذر الفسخ وان كان فضة لا يرجع لانه يؤدي الى الربوا لان قبله البائع بعيبه لزوال ملكه والخيار للمشتري بعد ما اشترى دينارا بدراهم ولا دينار لهذا الا ولا درهم للآخر ثم اقترضا وتقابضا قبل التفرق جاز وفي المكيل لا يجوز عند ابي حنيفة رح اشترى فلوسا بدراهم ولا فلوس ولا دراهم لهما ثم نقص احدهما وتفرقا جاز ولو كان مكان الفلوس دينارا لم يجز لتقرر معنى النسيئة في تقسيم الطحاوي اشترى سيفا محلية مائة درهم فضة بمائتي درهم ثم علم ان محلية مائتا درهم قبل التفرق فان شاء زاد في الثمن مائة اخرى وان شاء فسخ والمائة ليست بشرط بل يزيد شيئا يتحقق المائتان للمحلية ولو علم بعد التقابض والتفرق بطل العقد في الكل ولو كان في الدرج فضة بطل العقد في نصف الدرج على

كتاب الكفالة

اورد الكفالة عقيب البيوع لانها غالبا يكون تحققها في الوجوه عقيب البيع فانه قد لا يطمئن البائع الى المشتري فيحتاج الى من يكفل بالثمن او لا يطمئن المشتري الى البائع فيحتاج الى من يكفل في البيع وذلك في السلم فلما كان تحققها في الوجوه غالبا بعدها اورد ها في التعليم بعدها لما ما سبة خاصة بالتصرف وهي انها تصير بالآخرة معاوضة حادثة في الذمة من الاثمان وذلك عند الرجوع الى المكفول عنه ثم لزم تقديم الصرف لانه من ابواب البيع السابق على الكفالة فلو قدمت الكفالة بعده ومحاسن الكفالة جليلة وبها تفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفي بها مؤنة سعيهما وفرج بها عنهما وذلك نعمة كبيرة عليهما وكذا كانت الكفالة من الافعال العالية حتى امن الله تعالى بها حيث قال كفلها زكريا في قراءة التشديد تعظيما لامتنان على مريم فجعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بان ابا لها وذلك يسمى نبيا فذي الكفل لما كفل جماعة من الانبياء للملك اراد قتلهم بسبب وجود ما كفيل الطالب على المطلوب مع قصد الخارج دفعه عنا تقربا الى الله تعالى او ازالة الاذى عن نفسه اذا كان المطلوب ممن يهمه امره بسبب شرعيتها وقع ذكرها في القرآن دليل وقوع شرعيتها قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن والاجماع وشرطها في الكفيل كونه من اهل التبرع فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور لانها كالبيع من المريض الا من الثلث وفي الدين ليكون صحيحا فالكفالة في حال الكتابة لانه ليس دينا صحيحا اذ لا يلزم دين المولى على عبده ولزوم دين الكتابة بخلاف القياس ليصل العبد الى الحق فان يكون متعذرا والتسليم واما عفو مهانة فقال الضم الضم سواء كان خلقة عينا او معنى قال في المغرب تركيبه دال على الضم والتضمن ومنه كفل البعير كساه ويدا حول سنامه كالحرجة يركب عليه وكفل الشيطان بركبته وما في الشرع عبارة عما ذكرنا من قوله ثم قيل هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين اول الاول اصح لقوله

ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح

في ذمة الكفيل خلافا للشافعي ومالك واحمد في رواية فيثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسقط من الاصيل ولم يرجح في المبسوط احد القولين على الآخر وما يخال
من لزوم صيرورة الالف الواحد الفين كما ذكره بعض الشارحين قال في المبسوط وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الاصيل
ما يوجب زيادة حق الطالب لان الدين وان ثبت في ذمة الكفيل فالاستيفاء لا يكون الا من احدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فان كلا ضامن
للقيمة وليس حق المالك الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفي الا من احدهما واختياره تضمين احدهما يوجب براءة الآخر فكذا هناك يزيد باختياره التضمين بالقبض
منه لا بمجرد حقيقة اختياره لانه يتحقق بمرافعة احدهما وبمجرد ذلك لا يبرأ الآخر ومما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل انه لو وهب الدين للكفيل صح
ويرجع الكفيل على الاصيل مع ان هبة الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وكذا لو اشترى من الكفيل بالدين شيئا يصح مع المشتري بالدين من غير
من عليه الدين لا يجوز والحاصل ان ثبوت الدين في الذمة اعتبارا من الاعتبارات الشرعية فجاز ان يعتبر الشيء الواحد في ذمتين انما يمتنع في عين
ثبت في زمن واحد في طرفين حقيقيين ولكن المختار ما ذكرنا انه في مجرد المطالبة لا الدين لان اعتباره في الذمتين وان امكن شرعا لا يجب الحكم بوقوع
كل ممكن الا بموجب ولا موجب لان التوثق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم ولا بد من ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب
بالثمن وهو في ذمة الموكل واما الجواب عن تسليم الهبة والدين فانما جعلناه في حكم الدينين تصحيحا لتصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه بالفعل وقبله
لا ضرورة فلا داعي الى ذلك ولا يخفى ان ما نقل من قول ابي حنيفة ان الدين فعل يقتضي ان الدين يكون في ذمة الكفيل ايضا كما هو في ذمة الاصيل اذ فعل الاداء اذا وجب
عليه ثم الوجه ان يطلق المطالبة من غير تقييد بالدين فان الكفالة كما تكون بالديون تكون بالاعيان المضمونة بنفسها وهو ما يجب تسليمه بعينه فان هلك ضمن مثله
ان كان له مثل وبقيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء تصح الكفالة بها ويجب تسليمها واذا هلك يجب
تسليم قيمته اذا ثبت بالبينة او بالاقرار والاعيان المضمونة بغيرها وهي الاعيان الواجبة التسليم قائمة وعند هلاكها لا يجب تسليم مثلها ولا قيمتها
وهو المبيع قبل القبض يضمن بالثمن وكالرهن يضمن بالدين ولو هلك لا يجب على الكفيل قيمتها واما الاعيان الواجبة التسليم وهو اما امانة كالعارية
والمستأجر في يد المستأجر تصح الكفالة بها متى هلك لا يجب على الكفيل قيمته بخلاف الاعيان الغير الواجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح الكفالة
بها اصلا واما ركنها فالايجاب والقبول بالالفاظ الآتية ولم يجعل ابو يوسف في قوله الاخير القبول ركنا فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده
في الكفالة بالمال والنفس وهو قول مالك واحمد وقول الشافعي واختلفوا في قول ابي يوسف فقيل ان الكفالة تصح من الواحد وحده موقوفا
على اجازة الطالب او يصح نافذا وللطالب حق الرد وفائدة الاختلاف انما تظهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول لا يؤاخذ
به الكفيل واما حكمها فثبوت حق المطالبة من الكفيل متى شاء سواء تعذر عليه مطالبة الاصيل او لا وفي رواية عن مالك لا يطالب الا اذا تعذر ذلك
وقال ابن ابي ليلى وابن شبرمة وداود وابو ثور ينتقل الحق الى ذمة الكفيل فلا يملك مطالبة الاصيل اصلا كما في الحوالة وما ذكر في المنظومة من نسبة
ذلك الى مالك خلاف ما في مشاهير كتب اصحابنا احتجوا بما روى ابو سعيد الخدري انه صلى الله عليه وسلم حضر جنازة فقال هل على صاحبكم دين فقالوا
نعم درهمان فقال صلوا على صاحبكم فقال علي رضه انا لهما ضامن فقام صلى الله عليه وسلم وصلى عليه ثم اقبل على علي فقال جزاك الله خيرا وفك
رهانك كما فككت رهان اخيك فقيل يا رسول الله اله خاصة ام للناس كافة فقال للناس كافة فدل على ان المضمون عنه بريء من الضمان وللعامة
قوله صلى الله عليه وسلم نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه وقوله في خبر ابي قتادة الا بردت جلدته وصلوته صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه

قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي رح لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين بالسلطان القاضي في ذلك والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة فيه وهو الضم في المطالبة **قال** وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او بعهدته او برهنه او بحمله او برأسه وكذا بما يعبر به عن الجملة لان هذه الالفاظ يعبر بها عن ابدان الجماعة او يراد بها في العرف الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس لا تحزى في حق الكفالة لانها تفوت بفوات جزء شائع كالكل بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بها عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليها كما تقدم وكذا اذا قال بعضه لانه تعذر حمله على الكل لانه لا معنى لقوله وعلي بعضه فيحمل على ما يصح وهو الشائع وكذا اذا قال تكفلت بما لك على فلان او بما ذاب لك عليه لانه التزام او قال الى لا عرف معنى علي في هذا المقام قال عليه السلام ومن ترقد ملا فليرقه ومن ترقد كلأ فليرقه ولان اذا قال انا زعيم به او قبيل لان الزعامة هي الكفالة وقد جرى بها القبيل وهو الكفيل ولهذا سمي الصداق تمام المهر قبالة وان ما اذا قال انا ضامن ما له على فلان او غارم له لانه التزم المعرفة دون المطالبة

لانه بالضمان صار وفاء وانما امتنع عن الصلوة على مديون لم يخلف وفاء وقد فك الله رهانك لانه كان بحال لا يصلي عليه فلما ضمن عنه فكه عن ذلك ولا يخفى انه لم يقع الجواب لعدم فان الدليل يتم الصلوة عقيب ضمان على اذ يدل على ان الضمان تم بذلك **قوله** قال اي القدوري الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال ويدخل في الكفالة بالمال الكفالة بالاعيان التي ذكرناها والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول ثم نقل عن الشافعي ان الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول لا يخالف المعقول الا لكم عندهم وهو انها جائزة كقولنا واستدل لقوله المصنف بانها التزام ما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به فكان كبيع الطير في الهواء وهذا لانه حرا لا يتقاد له ولا ولاية عليه خصوصا اذا كفل بغير امره وكذا بامره لان امره بكفالة لا يثبت له ولاية عليه وصار كالكفالة ببدن الشاهدين واستدل للمذهب بما اخرجه من قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم باعتبار عمومه وقوله بنوعيه اي نوع عقد الكفالة واعترض بانه مخصص بالزعيم في المال من نفس الحديث حيث قال غارم والكفيل بالنفس لا غرم عليه للمال واجيب بان الغرم لا يختص بالمال بل الغرم اذا لزم مالا يقدره والغرم اللازم ذكره في الجعل والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار وقد يثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما اشار اليه المصنف بقوله والحاجة ماسة وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وحاصله الحاقه بجامع عموم الحاجة اليها احياء للحقوق مع الايجاب والقبول بالشرائط وما ظن من انتفاء الشرط بانتفاء القدرة على تسليمه ممنوع لان الظاهر انه يقاد اذا كان بامره وان كان بلا امره يمكنه احضاره بالاستعانة باعوان الحاكم والجعل بضمه قوله لا يقدر على نفس المكفول به بناء على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليلا ولا يخفى ان ليس المراد بالقدرة المنفية القدرة الشرعية ليكون مبنيا على عدم جواز الكفالة فيلزم الدور بالتعليل تامل وروي انه صلى الله عليه وسلم كفل رجلا في تهمة كان بين علي وعمر رضي الله عنهما خصومة فكفلت ام كلثوم بنفس علي واعترض بالمناقضة في الحدود والقصاص فان الكفالة بالنفس فيها لا تصح وان كان تسليم النفس واجبا كتسليمها للجواب والجواب بمنع عدم صحتها مطلقا بل المنصوص في الاصل صحة الكفالة بنفس من عليه حد القذف والسرقة والقصاص في النفس وما دون النفس وجه استحسان حقوق العباد من وجه في بعضها من كل وجه في بعضها واما حد الزنا والشرب فعدم صحة الكفالة للزوم استيفاء فان احد يحتال في درئه وصحة الكفالة للاستيثاق والاحتيال لاستيفائه فقام المانع فيهما واما الجبر على اعطاء الكفيل فيما نفى الحدود للجبر بالاجماع وفي القصاص كذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما واما عدم صحة الكفالة بنفس الشاهد ليؤدي فلان الكفالة لا تفيد لان الشاهد عند مطالبة الطالب بالاداء اما ان يجيب او يحضره او لا فعلى الاول لا حاجة الى الكفالة وفي الثاني يلزم نسخة فلا تقبل شهادته لاحضره الكفيل بخلاف ما نحن فيه **قوله** وتنعقد اذا قال تكفلت الخ شروع في ذكر الالفاظ التي تثبت بها الكفالة وهي صريح وكناية فالصريح كفلت وضمنت وزعيم وقبيل حميل علي وعلي ذلك عندي وعلي ان اوافيك به او على ان اتاك به او وعدني وحميل بالمهملة بمعنى كفيل يقال حمل به كعلم بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع وروي في الفائق الحميل ضامن واما القبيل فهو ايضا بمعنى الكفيل ويقال قبل به كعلم قبالة بفتحها في الماضي وضمها وكسرها في المضارع وهذه الالفاظ توجب لزوم موجب الكفالة اذا اضيفت الى جملة البدن او ما يعبر به عن الجملة حقيقة في اللغة والعرف وما لا فلا على ما مر مثل كفلت او انا حميل او زعيم بنفسه او رقبته او روحه او جسده او رأسه او بدنه او وجهه لان هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن وعرفا لغة مجازا كالرأس وتحريره تقدم في الطلاق ولم يذكر محمد رح ما اذا كفل ببعضه قال البلخي رح لا يصح كما في الطلاق الا ان ينوي به البدن والذي يجيب ان يصح في الكفالة

قال فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه ولكن لا يحبسه أول مرة لعله ما درى لماذا يدعي ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فإن مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق **قال** وكذا إذا ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب وهذا لأنه عاجز في المدة فينظر كالذي أعسر ولو سلمه قبل ذلك برئ لأن الأجل حقه فيملك إسقاطه كما في الدين المؤجل

والطلاق أو والعين مما يعبر به عن الكل يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفا في زمانهم أما في زماننا فلا شك في ذلك بخلاف ما لو قال يده أو رجله ويأتي في وجهه كما تقدم في الطلاق وكذا إذا أضاف إلى جزء شائع منه كفلت بنصفه أو ثلثه أو جزء منه لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى وذكر بعضها شائعا كذكر كلها ووجه ضمنت بأنه تصريح بموجبه لأن موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في أكثر الصور وعلى صيغة التزام وإلي في معناه قال صلى الله عليه وسلم من ترك كلا أي عيالا فإلي لأن العطف يقتضي المغايرة وقوله وقد رويناه فيه التفسير في بعض النسخ وفي بعضها الحديث يريد قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وفي الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا فإلينا وأخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن المقدام بن معدي كرب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك كلا فإلي ومن ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه ورواه ابن حبان في صحيحه وفي لفظ لأبي داود وأنا أولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك دينا أو ضيعة فإلي بخلاف ما لو قال أنا ضامن لمعرفته لا تثبت به الكفالة لأنه التزم المعرفة دون المطالبة وكذا بمعرفته وكذا أنا ضامن لك على أن أوقفك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله ولو قال ضامن لمعرفته أو على تعريفه وفيه اختلاف المشايخ والوجه أن لا يلزم لأنه مصدر متعد إلى اثنين فعقد التزم أن يعرفه الغريم بخلاف معرفته فإنه لا يقتضي إلا معرفة الكفيل للمطلوب وعن نصير قال سألت محمد بن الحسن أبا 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 النوازل هذا القول عن أبي يوسف غير مشهور والظاهر ما عن أبي حنيفة ومحمد وفي خزانة الواقعات وبه يفتى أي بظاهر الرواية لكن نص في المنتقى أن في قول أبي يوسف فيمن قال أنا ضامن لك بمعرفة فلان يلزمه وعلى هذا معاملة الناس وفي فتاوى النسفي لو قال الدين الذي لك على فلان أنا أدفعه إليك أو أسلمه إليك أو أقبضه لا يكون كفالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام وفي الخلاصة عن متفرقات حاد قيده بما إذا قاله منجزا أما معلقا يكون كفالة نحو أن يقول إن لم يؤده فأنا أؤدي نظيره في النذر لو قال أنا أحج لا يلزمه شيء ولو قال إن دخلت الدار فأنا أحج يلزمه أن يحج **قوله** فإن شرط في الكفالة أي بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه أو يوم لزمه إحضاره فيه وإلا حبسه الحاكم لامتناعه من إيفاء حق مستحق عليه وهذا إذا لم يظهر عجزه عن إحضاره فإن ظهر لا يحبسه إذ لا فائدة في حبسه كما إذا مات المكفول به فإن الكفالة تبطل فإن غاب وعلم مكانه لا يطالب الكفيل بالحال بل يؤجل إلى مدة يمكنه الإحضار فيها فإن لم يحضره ظهرت مماطلة الكفيل فيحبس إلى أن يظهر للقاضي تعذر الإحضار عليه بدلالة الحال أو الشهود وبعد ذلك فيخرج من الحبس وينتظر إلى وقت القدرة كما لاعتبار بالدين وإذا أخرج لا يحول بينه وبين المكفول له فيلازمه ولا يمنعه من أشغاله ولو لم يكن يعلم مكانه سقطت مطالبة الكفيل فلو قال الطالب يعرف مكانه وقال الكفيل لا أعرف وإن كانت له خرجة معروفة يخرج إليها إلى موضع معلوم للتجارة فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إليه لأن الظاهر شاهد له وإن لم يكن له ذلك فالقول للكفيل لأنه متمسك بالأصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وقيل لا يلتفت إلى قول الكفيل ويحبس حتى يظهر عجزه لأن المطالبة كانت متوجهة عليه بالضمان فلا يصدق في دعوى ما يسقطها فإن أقام الطالب بينة أنه في موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب إليه وفي بعض النسخ **قوله** وكذا إذا ارتد ولحق بدار الحرب يعني يمهله الحاكم مدة ذهابه إلى دار الحرب إن كان بيننا وبينهم موادعة فإن لم يكن لا يؤاخذ الكفيل للعجز عنه واللحاق وإن كان موتا حكميا في ماله ليعطي الأقرب إليه أما حقوق العباد فثابتة على حالها ولم في المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة وللشافعية فيما إذا كانت مسافة القصر وجهان أحدهما لا يسقط الطلب كما هو والثاني يسقط [illegible]

قال واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له على ان يخاصمه فيه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانها بالتزامه وحصل المقصود به وهو انه صار بالتزامه التسليم لازما واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ في الصحيح لحصول المقصود وقيل لا يبرأ لان الظاهر للعادة على ما مر فلا يكون الاحضار مكان التقييد مفيدا وان سلمه في برية او في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة وقالا لا يبرأ لانه قد يكون متعنتا فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لانعدام قاض يفصل الحكومة فيه وسلمه في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة وقالا لا يبرأ لانه قد يكون متعنتا فيها عليه وسلمه في السجن فترجع عليه الطالب لانه لا يقدر على المخاصمة معه **قال** واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يسق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال وكوفات المكفول له تطالب الكفيل وان لم يكن له ورثة فلوارثه لقيامه مقام الميت **قال** ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعته اليك فانا برئ فدفعه اليه فهو برئ لانه اي دفع المطلوب هو موجب التصرف يعني الكفالة ولا حاجة في ثبوته الى التنصيص عليه فالملك موجب البيع فيثبت عند وسن غير ان يشترط والتحقيق ان موجب الكفالة وجوب الدفع عند المطالبة وجواز عند عدمها والبراءة يوجب الدفع فاذا كانت حكم تتعلق موجب الكفالة فاذا وجد وجدت وقد وجد اذ قد فرض الدفع فثبت من غير حاجة الى اشتراطها وقوله كما في قضاء الدين يعني اذا سلم المديون الدين للدائن ولا مانع من القبض برئ وان لم تقبضه كالغاصب اذا رد المغصوب

قوله واذا احضره وسلمه الى من يقدر المكفول له على ان يخاصمه مثل ان يكون في مصر من الامصار برئ الكفيل من الكفالة سواء قبله الطالب او لا كالمديون اذا اجاب بالدين فوضعه بين يدي الطالب وهذا لانه التزم التسليم بالكفالة لامرة وقد حصلت ثم الشرط عندهما ان يكون ذلك المصر المصر الذي كفل فيه وعن ابي حنيفة ليس ذلك بشرط وهي المسئلة الاخيرة من مسائل التسليم وضعها هنا لانسب وجه قوله انه ثبت بذلك قدرة المخاصمة في الجملة وهما يقولان المقصود من التكفيل نفسه تحصيله في وقت يقدر فيه على مخاصمته وهذا لا يكون ظاهرا الا في مصره لان شهوده ظاهر فيه لا في غيره من الامصار فلا يفيد الكفيل فائدة المقصودة وقوله ايضا وجه وفي الفتاوى القاضي اذا انذ كفيلا ان المدعى عليه بنفسه فالكفيل اذا سلمه الى القاضي او الى رسوله برئ وان سلم الى المدعي لا وهذا اذا لم يضف الكفالة الى المدعي فان اضافه بان قال اكفل للمدعي فالجواب على العكس اما ان عين مجلس القاضي او المسجد الجامع فالمذهب انه اذا سلمه في السوق برئ لان المقصود من الكفالة تحصيل ذلك وهو قدرة المخاصمة وحين اختلف الزمان - اي المشايخ انه لا يبرأ بذلك لان البراءة كانت باعتبار انه يقدر على ايصاله الى المجلس القاضي بمعاونة الناس وغلبة الطريق الآن لا يقدرون او لا يفعلون ان قدروا وان كان التقييد مفيدا وقد روى ذلك عن ابي يوسف نصا وقال لان الناس لا يعينونه للاحضار قيل ويجب ان يفتى بهذا ولو شرط تسليمه عند الامير تسلمه عند القاضي او عزل ذلك القاضي او غيره فعند الثاني جاز في الخلاصة ولو سلمه في برية او سواد لا يبرأ اتفاقا ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه وفي المنتقى رجل كفل بنفس محبوس يشترط للقاضي ان يخرجه حتى يدفع الكفيل الى المكفول له ثم يعيده الى السجن مفهوم قوله وقد حبسه غير الطالب يدل عليه وفي العيون لو ضمن بنفس رجل حبس المطلوب في السجن فاتى به الذي ضمنه الى مجلس القاضي فدفعه اليه قال محمد لا يبرأ الا ان في السجن ولو ضمنه وهو في السجن يبرأ ولو خلى عن الحبس ثم حبس ثانيا فدفعه اليه وهو في الحبس ان كان الحبس الثاني من امور التجارة ونحوها صح الدفع وان كان في امر من امور السلطان لا يبرأ ولو حبس الطالب المطلوب ثم انذ الطالب الكفيل فقال ادفعه الي فدفعه اليه وهو في الحبس قال محمد برئ تسليمه اليه وهو في حبسه ومفهوم هذا التقييد في قول المصنف وقد حبسه غير الطالب ولو قال المطلوب في السجن دفعت نفسي اليك عن كفالتك كان جائزا ايضا وبرئ الكفيل وفي الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر ان يأتي الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره **قوله** واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل يعني يبرأ لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب الذي هو بالنفس بخلاف الكفيل بالمال اذا مات فانه يطالب بادائه ما كفل به لان ماله يصلح للوفاء بذلك فيطالبه الوصي فان لم يكن فالوارث لقيامه مقام الميت ويرجع ورثة الكفيل على الاصيل اعني المكفول عنه ان كانت الكفالة بامره كما في الحيوة ولو كان الدين مؤجلا ومات الكفيل قبل الاجل يؤخذ من تركته حالا ولا يرجع ورثته على المكفول عنه الا بعد حلول الاجل لان الاجل باق في حق المكفول عنه لمال مؤجل لبقاء حاجته اليه بخلاف موت الكفيل على الكفيل ايضا اما موت المكفول له فلا تسقط الكفالة بالنفس كما لا تسقط بالمال لان الكفيل موجود على قدرته والوصي او الوارث يقوم مقام الميت في المطالبة فيطالبه بذلك **قوله** ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعته اليك فانا برئ فدفعه اليه فهو برئ لانه اي دفع المطلوب هو موجب التصرف

ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه

قال فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى ذلك الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي رح لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف

على المالك يبرأ مع انه جائز فهنا اولى والبائع اذا اسلم المبيع الى المشتري قال الفقيه ابو الليث انما ذكر هذا الدفع توهم انه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة الى ان يستوفي حقه لان الكفالة ما اريدت الا للتوثق لاستيفاء الحق فما لم يستوفه يجب عليه تسليمه الى ان يستوفيه فازال هذا الوهم ببيان ان عقد الكفالة يوجب التسليم مرة لا يفيد التكرار **قوله** ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته اي من كفالة الكفيل وذلك بان يقول سلمت نفسي او دفعت نفسي اليك من كفالة فلان صح عن كفالة فيبرأ الكفيل بذلك قال شمس الائمة لا نعلم فيه خلافا قال المص لانه اي المكفول مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ مطالب بالحضور يعني اذا طالب مطالب الكفيل فكان تسليمه نفسه على هذا الوجه مسقطا ذلك عن نفسه اذا طالبه بمعجل الدين الذي عليه فلا يكون متبرعا كالمحيل اذا قضى الدين بنفسه يصح قبل الطالب او لم يقبله وكذا اذا سلمه رسول الكفيل او وكيله لقيامهما مقامه يعني اذا قال سلمت اليك نفسه عن الكفيل بخلاف ما اذا لم يقل ذلك بل سلم نفسه ولم يزد على ذلك او سلمه الوكيل ولم يقل ما ذكرنا لا يبرأ الكفيل او سلمه اجنبي لا بامر الكفيل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل ح بخلاف ما لو سكت الاصيل فلم يقل شيئا لا يبرأ **قوله** فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى ذلك الوقت فهو ضامن للالف لان الكفالة بالمال في هذه المعلقة بشرط عدم الموافاة وهذا تعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة المعلقة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل منهما للتوثق ولعله يطالبه بحق آخر فهذان مطلبان اما الاول فخالف فيه الشافعي فقال لا تصح هذه الكفالة لانه اي لان تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع كما لا يجوز تعليق البيع كان يقول اذا دخلت الدار فقد بعتك كذا بمائة فقبل الآخر لا يثبت البيع عند الدخول كذلك هذا ولنا انه اي عقد الكفالة يشبه البيع في الانتهاء من حيث ان الكفيل بالامر يرجع الى المكفول عنه بما ادى فصار كالمعاوضة ويشبه النذر ابتداء من حيث انه تبرع في الابتداء بالتزام المال فبالنظر الى الشبه الاول فقط لا يصح تعليقه وبالنظر الى الثاني فقط يجوز مطلقا فان النذر يصح تعليقه مطلقا فعملنا بالشبهين فقلنا ان كان التعليق بشرط متعارف بين الناس اي تعارفوا تعليقها به صح عملا بشبه النذر وان كان بغير متعارف كدخول الدار وهبوب الريح ونحوه لا يجوز عملا بشبه البيع والتعليق بعدم الموافاة متعارف ثم ذكر خصوص الكمية في صورة المسئلة وهي الالف اتفاقي في التصوير فان الكفالة لا تتوقف صحتها على معلومية القدر المكفول به بل لا يضره جهالة المكفول به ولو قال كفلت لك بما لك عليه صح مما تثبت بالبينة انه عليه له لزمه واما الثاني فقد نقل عن الشافعي عدم صحة الكفالتين وهو على خلاف الصحيح عنه بل الكفالة بالنفس جائزة وانما لا يصح الكفالة الثابتة للتعليق واما ثبوت صحتهما فللمقتضي وهو الكفالة بالنفس اولا ثم الكفالة بالمال ثانيا معلقة وقد وجد الشرط فصحت كفالتان متعددان الموجب لان موجب تلك تسليم النفس وموجب الاخرى تسليم المال وليس اسقاط احدهما اسقاط للاخرى لجواز ان يكون له مال آخر يدعي به غير المال الذي كفل به معلقا وليس في اللفظ ما يوجب ان التزام الكفالتين على البدل الا لو كانت العبارة كفلت بنفسه على اني ان لم اوف الى كذا كنت كفيلا بما عليه بدل نفسه ولم يذكر كذلك بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس منجزا بقوله كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة اخرى بالمال بعدم الموافاة به وقد وجد الشرط فيثبت الكفالتان ولا يخفى ح انه لو كانت المعلقة بما له عليه بان كفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى كذا فهو كفيل بكل ما له عليه ينبغي انه اذا ثبت له عليه مال فدفعه ثم اعترف بانه لم يبق له قبله حق حتى ان تبطل الكفالة بالنفس ح ولو توارى المكفول له عند مجيء الوقت فلم يجده الكفيل ليدفعه اليه وخاف لزوم المال عليه يرفع امره الى القاضي لينصب وكيلا فيسلمه اليه وعلى هذا لو باع على ان المشتري بالخيار ثلاثة ايام فتوارى حتى كادت تمضي يرفع المشتري الى القاضي لينصب وكيلا عن البائع ويرد عليه قال الفقيه ابو الليث هذا خلاف قول اصحابنا وانما روي في بعض الروايات عن ابي يوسف ولو فعله القاضي فهو حسن ذكره في الخلاصة

ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يوافك به غدا فعلي ما لك عليه فمات المكفول عنه فهو من المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة قال ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينهما مال يبيعها حق تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يوافه به غدا فعليه المائة فلم يوافه به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان لم يبع شيئا حتى كفل به رجل ثم مات قبل ان يسلمه فلا شيء عليه وهو قول زفر رحمه الله لانه علق ما عليه بشرط وهو ان لا يجد المطلوب ما يقضي به دينه وهو لا يدري اكائن ذلك ام لا وهذا لان ما عليه لا يتم الكفالة به لانه لا يجب بنفس الكفالة ولا تتم بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين وجه المال ذكر مقدارا فانه تتم وفي ما عليه والعادة جرت بالسؤال في الدعاوى فتتم الدعاوى على اعتبار البيان فانما يتبين التحقق للبيان باهل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية

وفيما كفل بنفس رجل على ان لم يوافك به غدا فالمال الذي للطالب على فلان رجل آخر هو كذا على الكفيل جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف الاول فتحصل ثلاث مسائل احدها ان يكون الطالب والمطلوب واحدا في الكفالتين وهو جائز بالاتفاق والثانية ان يكون الطالب مختلفا فيها فتقبل الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحدا او اثنين وان كان الطالب واحدا والمطلوب اثنين فهو مختلف فيه ولو كفل بنفسه الى غد فان لم يوافه غدا في المجلس مثلا فعليه المال الذي عليه واشتراط الكفيل على الطالب ان لم يوافه عند قبضته مني فانا بريء منه فالتقى بعد الغد فقال الكفيل قد وفيت وقال الطالب قد وفيت ولم توافني انت لم يصدق واحد منهما فلو اقام المطلوب بينة على الموافاة برئ من الكفالتين وكلما كفل على انه ان لم يوافك فعليه المال فاني الكفيل اذا وافاه به لا يصدق ولو كفل بنفسه وقال ان غاب فلم اوافك به فانا ضامن لما عليه فهذا على ان يوافيه بعد غيبته قوله ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يوافك به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه يعني بعد الغد ضمن المال المكفول له جميع ما على ورثة المكفول به اذا كانت الكفالة بامره فان قيل ينبغي ان لا يجب المال اذا مات المكفول به لان شرط صحة الكفالة بالمال قبل الكفالة بالنفس وهي انما تبقى بعد موت المكفول به على ما عرف من ان المكفول له يكفل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت فيجب بالفرق بان الابراء وضع الكفالة فتنفسخ من كل وجه بخلاف الانفساخ بالموت انما هو ضرورة العجز عن التسليم المقيد فيقتصر انفلاضرورة الى تعديها الى الكفالة بالمال اما صل جاء الجواب المبسوط بان تصحيحها بالطريق المتقدم والتاخير بان يجعل كانه كفل بالمال للحال ثم علق ابراءه بعدم الموافاة فخرج عن الظاهر احتياطا لايجاب المال المتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ولم يذكر في اكثر نسخ الجامع الصغير لفظ الغد ولهذا لم يذكره شيخ الاسلام وصدر الشريعة وقاضيخان فثبت الفرق بين مسئلة الجامع والقدوري بان هذه مطلقة وتلك مقيدة بالوقت فلهذا ذكرها المصنف والوجه ان هذه تفيد فائدة اخرى وهي ان عدم الموافاة اذا كان بعجز الميت لا اثر له وثبت عنده فمات منه كان نيوبهم ان العجز الموجب لعدم الموافاة يكون عن تقصير من الكفيل بخلاف موت المكفول عنه لانه غلب عن ذلك بامر سماوي لا حيلة له في دفعه ولا تقصير منه فيه والا لكون تلك مقيدة وهذه مطلقة لا تفيد عدم معرفة حكم هذه اذا عرف ان المدار وجود الشرط ولا فرق بين المقيد والمطلق فيه هذا اذا مات المكفول به قبل مجيء الوقت هل يجب المال وفيما اذا مضى الوقت قال ظهير الدين في الاصل اشار الى انه يجب فانه قال ان توفي وديعة الكفيل بالمطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل المال وان ابى القبول يجبر عليه لان لهم حقا في ذلك وهو ان لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة قوله ومن ادعى على آخر انه غصبه شيئا في الجامع محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل لزم رجلا ادعى عليه مائة دينار فبينها او لم يبينها او لم يسم ولم يدع مائة دينار فقال له رجل دعه فانا كفيل بنفسه الى غد فان لم اوافك به غدا فعلي مائة دينار فرضي بذلك فلم يوافه بغدا قال عليه المائة مائة الدينار في الوجهين جميعا اذا ادعى ذلك صاحب الحق انه لزمه هذا قول ابي يوسف وقال محمد ان ادعى قبل ان يبينها حتى كفل له بالمائة دينار او ادعاها بعد ذلك لم التفت الى دعواه دارا او بالوجهين ما اذا بينها اي ذكر انها جياد او رديئة او وسط او غير ذلك او لم يذكر كذا قيل والاخرى ان يريد بالوجهين ما اذا ادعى المائة بينها او لا وما اذا لم يدع شيئا حتى كفل له ثم ادعى المقدار الذي سماه الكفيل لهما احدهما انه علق التزام مال مطلق بخطر هو عدم الموافاة فلم تجب المائة الى ما عليه وهو شرطه على ان يترك المطلوب في المال فلا يصح التزام هذا المال وكلامه يحتمل ذلك كما يحتمل ما يدعيه فلا ثبت ذلك بالشك وعلى هذا الوجه حمل ابو منصور الماتريدي وهذا الوجه

قال ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عندنا حتى معناه لا يجبر عليها عنده **وقال** لا تجبر في حد القذف كما في حق العبد وفي القصاص لأنه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى لأن في سببه قولا عليه السلام الكفالة في حد من حدود الله فصل ولأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لأنها تثبت بالشبهات فيلحق بها الاستيثاق كما في التعزير وجه قوله أن نفسه به لهم بالاجماع لأنه أمكن ترتيب موجب عليه كان تسليم النفس فيما وجب فيطالبه الكفيل فيلحقه الغرم **قال** ولا تجوز فيما حق لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر وحد السرقة وقطع الطريق لأن مبناها على الدرء والشبهة تمنع الوجوب والاستيفاء **قال** ولا تجوز في حد القذف والقصاص بشهادة الولد لحصول الاستيثاق بالكفالة

لأن صحة الكفالة بالنفس الثاني ان الكفالة بالنفس باطلة لان صحتها موقوفة على صحة الدعوى ولم تصح مع جهالة المدعى به من غير بيان فلم يجب احضار النفس فلم تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه واذا لم تصح الاولى لم تصح الثانية وعلى هذا الوجه قول الكرخي وهو مبطل للكفالتين قال المصنف ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعاوى قبل الحضور الى مجلس القاضي اقرارا من جهل بالخصوم ثم تقع البيان فيه فيصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها صحة الثانية وهذا قد اسمعناك عبارة الجامع الصغير والمال منكر فيه حيث قال فعلي مائة دينار وكذا ذكر غير واحد وكذا في المبسوط على وجه لا يترك المقدمة الاولى ويقال انه اذا ظهرت الدعوى بالف ظهر انها ارادا للالف التي يدعيها حكما بان الكفيل كان يدري خصوص دعواه فصيها الكلام العاقل ما امكن فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان المدعى بذلك القدر وحاصل هذا ان الحكم حال صدورها بالفساد بل الامر موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر فاذا ظهرت ظهر انها كفلت للمدعي بمبلغ الف في الخلاصة قال ابو الكفيل بنفس رجل على ان لم يوافه غدا فعليه الف درهم ولم يقل التي عليه فمضى غد ولم يوافه فلان يقول لاشيء علي والطالب يدعي الف والكفيل ينكر وجوبه على الاصيل فعلى الكفيل الف درهم عند ابي حنيفة وابي يوسف وفي قول الآخر وهو قول محمد لا شيء عليه وهذا يقتضي ان الحاصل ان ابا حنيفة وحده ويستفاد بها ان الالف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وانكار الكفيل ينكر وجوبه على الاصيل وح ذكر ما يظهر فيما **قوله** ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رض قال المصنف معناه لا يجبر على احضار الكفيل عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد ولهذا يشترط الدعوى وفي القصاص خالص حق العبد ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك وفيه حق الله لاظهار الارض عن الفساد ومعنى الجبر ليس ان يحبس حتى يعطي بل يلازمه ولا يدعه يدخل بيته الا وهو معه او يحبس معه خارج البيت او يعطي كفيلا بخلاف الحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر لا تجوز الكفالة وان طالب نفس المدعى عليه باعطاء الكفيل بعد الشهادة او قبلها لان قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب دعوى المدعي لانها لم تصح بعد دعوى احد في الزنا وشرب فلم تقع الكفالة بالنفس حق واجب على الاصيل وح بعد اقامة البينة يقبل التعديل او شهادة واحد عدل ليس ويصير الاستيثاق فلا معنى للكفالة بخلاف ما فيه حق العبد فان حضوره مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقتل حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين اشغاله فتصح الكفالة باحضاره واورد عليه ينبغي ان لا يحبس بذلك لان معنى الاستيثاق فيه اكثر واجيب بان الحبس في هذا ليس للاحتياط لاثبات الحد بل لتهمة الدعارة والفساد تعزيرا واذا لم يكفل به فاذا يصنع قال يلازمه الى وقت قيام القاضي عن المجلس فان احضر البينة فبها والا خلى سبيله وروى عن ابي يوسف في الذي يجمع الخمر ويشربه ويتركه للصلوة احبسه واوجعه ثم اخرجه لمن يتيم بالصلاح والسنة وضرب الناس فاني احبسه واجلده وفي السجن الا ان يتوب لان شره على الناس وشر الاول على نفسه ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد رواه البيهقي وقال تفرد به عمر بن ابي عمر والكلاعي عن عمر بن شعيب عن ابيه عن جده وهو من مشائخ تبعة المجهولين ورواه ابن عدي في الكامل عن عمر الكلاعي وما علمه به قال مجهول لا اعلم روى عنه غير بقية كما يروى عن سائر المجهولين ولان بني الكفل يعني الحدود الخالصة لله تعالى والتي فيها حق العبد كالقصاص علة والكفيل يجب فيما الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانه لا يندرئ بالشبهات فيكفي بالاستيثاق كما في التعزير حيث يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيثبته هذا ولو صحت فعندي نفس المطلوب باعطاء الكفيل بلا جبر يعني في حد القذف

قال والرهن والكفالة جائزان في كل دين يمكن استيفاؤه من كل ترتيب موجب العقد عليه فيجاز قال ومن لحقه من جهل بنفسه حق فذهب فله أن يأخذ منه كفيلا لأن له موجب التزام المطالبة وهو متحد وهو المقصود بالتوثق وبالشاهد يزداد التوثق فلا وجه لنفيها وأما الكفالة بالمال فجائز سواء كان المكفول به أو مجهولا إذا كان دينا عليه حتى لو قال تكفلت عنه بما لك عليه أو بما يدركك في هذا البيع كان على الكفالة لأن موجب التوسع فيتحمل فيه الجهالة وعلى الكفالة بالدرك الجائز بحكمه وصارت كما إذا كفل بثمن جارية فظهرت الكفالة وإن لحقها طارئة ولا اقتصار وشرط أو يكون دينا صحيحا ومراده أن لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك في موضعه إن شاء الله قال والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الكفيل وإن شاء طالب الأصيل لأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة فخولت قيامها على الإبراء عنها أو اشتهاء البراءة فخيرته تنعقد حوالة باعتبار المآل كما أن الحوالة بشرط أن يصالح يكون كفالة ولو كفل بما على فلان على أن يبرأ الأصيل فالكفالة فاسدة لمنافاة مقتضى العقد في الحال مقتضاه في المآل إذ الحال تحتمل التعليق بخلاف الحوالة لأن اختيار أحد الخصمين لا يتضمن التعليق بل هو من التوابع لكنه يتضمن التعليق بوصف الفور

والقصاص جائز لأنه يمكن ترتيب موجبه عليه وهو تسليم النفس لأن تسليم النفس فيما وجب فيطالب بها الكفيل فيتحقق الضم ويقتضي هذا تعليل صحة الكفالة إذ صح بها في الحدود الخالصة عندنا لأن تسليم النفس وجب فيها لكن نص في الفوائد الجنادية والشابية على أن ذلك في الحدود التي فيها للعباد حق كحد القذف لا غير كما ذكرناه من قريب ولا تعارض لوجوب الدرء ولا يحبس في الحد وحتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي بأنه عدل نفي المجهول لأن الحبس هنا للتهمة لا لاستيفاء الحد التي تثبت بأحد شطري الشهادة أما الحدود والحدية لأن التهمة تثبت بذلك فإذا ثبتت التهمة حبس بالنص وهو ما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة ثم خلى سبيله لعدم التخريج والكلام فيه في الحدود بخلاف الأموال لأن الحبس أقصى عقوبة فيه أي في المال فإذا ثبت المال بالبينة العادلة امتنع من الإيفاء يحبس فكان أقصى عقوبة فيها والحدود والقصاص فأقصى عقوبة فيها القتل والحبس نوع عقوبة فجاز أن يعاقب بالحبس قبل ثبوت الحد والقصاص وفي الصحاح والتهمة بالتحريك وأهل الكوفة يقولون وهمت الشيء أهمه وهما من باب ضرب أي وقع في خلدي والوهم ما وقع في القلب من الخاطر وتهمت فلانا بكذا والاسم التهمة بالتحريك أصله أوهمت كما في أكلت أصله أوكلت بمعنى اعتدت قلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها ثم أبدلت سينا وأدغمت في تاء الافتعال قال المصنف وذكر في أدب القاضي أن على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيفاء بالكفالة إذ هما يقولان بجواز الكفالة فيحصل بها المقصود فكان نظيرا وثانيا في رواية يحبس لا يكفل وفي أخرى يكفل ولا يحبس لحصول المقصود بأحدهما ويجمع بينهما بأن المراد بالأولى يحبس إن لم يقدر على الكفيل وبالثانية يكفل بلا حبس إن قدر على الكفيل لا يخفى أن المراد بالحدود هو القذف والقصاص قوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج لأن الكفالة ضم ذمة في المطالبة بالدين والخراج دين مطالب به من جهة العباد حتى يحبس به وبلازم يمنع من وجوب لزومه فصحت الكفالة به والرهن لاستيفاء الدين منه والخراج يمكن استيفاؤه من الرهن فأمكن ترتيب موجب العقد أي كل من عقد الكفالة وهو مطالبة الكفيل بعقد الرهن وهو الاستيفاء والخراج من الرهن فصح كل من عقد الكفالة والرهن به نظر بما قررنا وإن قوله مطالب به يمكن لاستيفائه فيشمل المطالبة ترجع إلى الكفالة والاستيفاء يرجع إلى الرهن وإنما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهم أنه لا يجوز الكفالة به لأن الخراج في حكم الصلاة ووجوبه بحق الشرع كالزكوة لكن لما كان عزما للواجد الدين كما ذكرنا سابقا ان المذكور ان بخلاف دين الزكوة فإنه وإن كان مطالبا من العباد وهو الإمام في الأموال الظاهرة والمالك في الباطنة لا تصح الكفالة به فإنه ليس حقيقة الدين لأن حاصله إيجاب تمليك طائفة من المال شكرا لله على نعمة الغنى ولذا لا يؤخذ من تركة تفاديا عن الورثة عندنا ولم نخص كونه مطالبا من العباد عن شبهة عدم ذلك فإن المالك لا عين تحقق مطالبا من جهة العباد حقيقة بل حقيقة ذلك أن يكون غيره مالكا لا مالكا فالمالك مطالب بفتح اللام ليس غير ومطالبة الإمام ليس لإيصال المستحقين إلى أملاكهم بل إلى ما يستحقون لا بطريق الملك بخلاف سائر الديون فإنها ملوكات قوله ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر بنفسه جاز هما كفيلان بالنفس لأن موجب التزام المطالبة وجاز تعدد الملتزمين بها لزيادة التوثق ثم فاسلم أحدهما فالمكفول به لا يبرأ إلا الآخر بالإجماع بخلاف الكفالة بالمال إن كفلوا عما طولب به كل ما يخصه أو على التعاقب جازت مطالبة كل واحد بالكل مثلا كفل ثلاثة عما بألف لا يطالب أحدهم إلا بثلثها ولو كفلوا بها على التعاقب طولب كل واحد بالألف وإنما قيدت عن الباقين قوله وأما الكفالة بالمال هو على ما قدمنا

قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي او ما غصبك فعلي ولا اصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم لا اصل لنا يعم تعليقها بشروط لانها مثل ان يكون شرطا لوجوب ما في قوله او اسابق البيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا اديت الف درهم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله ان غاب عن البلدة وما ذكرنا من الشروط وفي بعض ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بجميع الشروط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر

الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال سميت بذلك لان المعاوضة الصريحة لو قال اما الكفالة بالنفس وهو انما قال فالكفالة بالنفس الخ والكفالة بالمال عندنا جائزة وان كان المال المكفول به مجهول المقدار وبه قال مالك واحمد والشافعي في القديم وقال في الجديد هو ان ابي ليلى والليث وابن المنذر لا تجوز بالمجهول لانه التزام مال مجهول فلا يجوز فلا بد من تعيينه لوقوع المنازعات في سائر المال والكفالة تبرع كالنذر لانه يقصد به سؤال ثواب الله اورفع الضيق عن المجيب فلا يابى بما التزم في ذلك ويدل على ذلك اقدامه بلا تعيينه للمقدرين قال لكان عليه فعلى فكان بنناها التوسع فتحملت فيها بجهالة ومن آثار التوسع فيها جواز الكفالة بشرط الخيار عشرة ايام بخلاف البيع وما فوض به من انه لو قال انا ضامن لك ببعض مالك على فلان فانه لا يصح منوع بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزم ان يبين اي مقدار شاء على ضمان الدرك اجماع وضمان الدرك ان يقول للمشتري انا ضامن للثمن ان استحق المبيع اصدع جوازان نظير استحقاق بعضه وكله وقد نقل نص الشافعي على جواز ضمان الدرك واما الاستدلال بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم على ان شرع من قبلنا شرع لنا اذا قص ولم يعقبه بانكار فيمكن ان يدعى ان حمل البعير كان مقدارا معينا كما يتعارف في زماننا ان الحمل الصادر في مسافة رحلة فلا تتم الاستدلال به وصار كما لو كفل بشجة اي خطأ فان في العمد على تقدير العفو يجب القصاص اذا كانت بالجارحة والكفالة بالقصاص واذا كانت خطأ ففي الكفالة بها جائزة المكفول به فانها ان سلمت الى النفس وجب دية النفس والا فارش الشجة ومع ذلك صح وقدمنا ان المراد من الدين الصحيح ما لا يكون بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح لان العبد متمكن من اسقاطه بان يعجز نفسه ولانه للسيد على عبده ولا دين يثبت للسيد على عبده ولذا يتحرر بعجز عن دين الكتابة فانه دين حتى يمنع وجوب الزكوة والكفالة بدل حقيقة الدين من كل وجه لما ذكرنا والدرك بفتحتين وفتح الراء وسكونها ثم المكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الدين وان شاء طالب الكفيل وهو قول اكثر اهل العلم وعن مالك لا يطالب الكفيل الا اذا تعذرت مطالبة الاصيل وله مطالبتهما جميعا لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة ذلك يوجب مطالبتهما ومطالبة ايهما شاء الا اذا شرط في الكفالة براءة الاصيل نحو لا يطالب الاصيل بناء على ان اصل حوالة بعد بلفظ الكفالة يجوز بناء فيها فتجري عليها احكام الحوالة كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ الاصيل فيه كفالة اعتبارا للمعنى فيما بخلاف المالك المنصوب من قبل الغاصب اذا اختار تضمين احد الغاصبين يعني الغاصب وغاصب الغاصب اذا قضى القاضي عليه بذلك ليس له ان يضمن الآخر لان اختياره تضمين احدهما دليل على ان قضى عليه تضمين التمليك منه فيبرأ الآخر بالضرورة بخلاف المطالبة عن الكفالة لا تقتضي التمليك ولو قضى عليه ثم ابرأ حقيقة الاستيفاء

قوله ويجوز تعليق الكفالة بالشرط مثل ان يقول ما بايعت فلانا وما ذاب لك عليه اي ما وجب وثبت عليه فعلي من ذوب الشحم لان اصل الذوب في الشحم ثم استعمل في كل ما اذيب فجمد فعلي ادرك ذلك البيع فان ذاب لك عليه شيء فعلي وكذا ما غصبك فعلي واذا صحت فعليه ما يجب بالمبايعة الاولى فلو باعه مرة بعد مرة لا يلزمه شيء في المبايعة الثانية ذكره في المجرد عن ابي حنيفة منصوصا في نوادر ابي يوسف برواية ابن سماعة يلزمه كله ولو رجع الكفيل عن ضمان الدرك صح حتى لو باع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء وقيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما فان جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة كجهالة المكفول له في الاضافة فلو قال ما بايعت من الناس فعلي ضمانه فهو باطل لتفاحش الجهالة جهالة المكفول عنه وبخلاف انفراد جهالة المكفول به فانها تحتمل في الحال لان جهالة المكفول تمنع صحة الكفالة مطلقا وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا وجهالة المكفول عنه في التعليق والاضافة تمنع صحة الكفالة وفي التنجيز لا تمنع مثال ذلك لو قال ما ذاب لك على احد من الناس او ما بايعت احدا فهو علي لا يصح بجهالة المضمون عنه في الاضافة فكذا لو قال ما ذاب لاحد عليك فهو علي لا يصح بجهالة المكفول له لو قال ما غصبك فلان من شيء فعلي جاز لانتفاء ما به التفاحش اذ الاغلب ان الضامن لا يضمن الكفالة كانه قال ما يجب لك على احد من الناس

وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا الا انه يصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق

فعلى وفيه لا تصح بجهالة المكفول عنه فمن بايع فلانا اليوم من بيع فعلى لا يلزم الكفيل شيء لجهالة المكفول لانه ضمن لواحد من الناس بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين بايعتموه فعلى يصح فانهم معلومون عند المخاطبين فايهم بايعوه لزم الكفيل لانه ضمن لمعينين وح يجب كون اهل الدار في المسئلة التي قبلها ليسوا معينين معلومين عند المتخاطبين والا فلا فرق ومنه ما لو قال لرجلين كفلت لهذا بماله على فلان وهو الف او لهذا بماله عليه فهو باطل لجهالة المكفول له ولو قال لرجل كفلت بمالك على فلان او بمالك على فلان رجل آخر جاز لانها جهالة المكفول عنه في غير تعليق ويكون الخيار للكفيل فيحتاج الى فرقين فرق بين المكفول له وعنه في التنجيز حيث يصح مع جهالة المكفول عنه دون المكفول له وفرق بين المكفول عنه في التنجيز والاضافة حيث يصح في التنجيز دون الاضافة اما الاول فما ذكر في الذخيرة ان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع والمكفول له كالبائع لانه ملك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل فلا بد من تعيين فلا يصح بدون قبول المشتري وقبوله يستلزم تعيينه فكانت جهالة الطالب مانعة جوازها كجهالة المشتري مانعة للبيع والكفالة في حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حيث صح من غير قبوله وامره فلا تمنع جهالة المعتق جواز العتق واما الفرق بين جهالة المكفول عنه في الارسال والتوفيق ان القياس يابى جواز اضافة الكفالة لانها تمليك في حق الطالب وانما جوز استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فاذا كان مجهولا يبقى على القياس وحاصل هذا ان المبطل هو الاضافة لا جهالة المكفول عنه اذا عرف هذا جئن الى مسئلة الكتاب واستدل المص واكثر الاصحاب بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم ونقل عن ابي بكر الخصاف تضعيف الاستدلال به بجواز ان يكون لبيان الامالة لا الكفالة وكذا قاله اصحاب الشافعي لان هذا القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستاجر لانه ضامن للاجرة عن نفسه بحكم الاجارة لا الكفالة وضمان الامالة على هذا الوجه جائز كمن ابق عبده فقال من جاء به فله كذا والدليل على انه ليس من باب الكفالة بل من العمالة ان المكفول له في الآية مجهول ولا كفالة بين جهالة الا في مسئلة واحدة سياتي وعامة المشايخ قالوا الاستدلال به صحيح فان الزعيم حقيقة الكفيل والمؤذن انما نادى الغير عن غيره وهو الملك فان المعنى الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير لانه انما نادى بامره ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه الا ان فيها جهالة المكفول له فقد اشتملت على امرين جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها مضافة وقد علم انتساخ الاول بدلالة الاجماع على منعها بجهالة المكفول له وهو لا يستلزم نسخ الآخر كما قلنا بجواز الكفالة عن الميت المفلس وبطلانها مع جهالة المكفول له وغيبته بحديث ابي قتادة في قصة الميت المديون بدرهمين فقال هما فصلى عليه الصلوة والسلام عليه فدل على جواز الامرين ثم قام الدليل على انتساخ احدهما وهو جوازها غيبة المكفول له ولم يقم على الآخر وهو الكفالة عن الميت المفلس ولو لم يتم هذا كفى ما تقدم من المعنى فيها ومن الاجماع على صحة ضمان الدرك ولما كان اضافة الكفالة على خلاف القياس لما ذكرنا من شبهه بالبيع الى آخر ما تقدم اقتصر على ما يناسب مورد النص وهو ان يكون شرطا ملائما وملائمة الشرط باحد ثلاثة امور احدها ان يكون سببا للزوم الحق وهو الذي عبر عنه المص بان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع فان استحقاقه سبب لوجود الثمن على البائع للمشتري ومن هذا القبيل ما في الآية فان الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو المجيء بالصاع فانه سبب وجوب الجعل الثاني ان يكون شرطا لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم فلان وهو مكفول عنه فان قدومه سبب موصل للاستيفاء منه الثالث ان يكون سببا لتعذر الاستيفاء مثل ان غاب عن البلد او هرب او مات ولم يدع شيئا ومن الصور المروية عن محمد ضمنت مالك على فلان ان يؤدي وان حل مالك عليه ولم يوافك به وفي الخلاصة نقلا من الاصل قال للمودع ان اتلف المودع وديعتك او جحدك فانا ضامن للاصح وكذا ان قتلك او ابنك فلان خطاء فانا ضامن للدية صح بخلاف ان اكلك سبع ونحوه مما ليس ملائما كان دخلت الدار وقدم فلان وهو غير مكفول عنه

فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها

وهبت الريح او جاء المطر لا يصح هذا التعليق وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا يعني من هبوب الريح ومجيء المطر كان يقول كفلت به او بما لك عليه الى ان يهب الريح او الى ان يجيء المطر لا يصح الا ان الكفالة تثبت حالة وانما يبطل الاجل بخلاف ما لو علقها بها نحو اذا هبت الريح فقد كفلت به او بما لك عليه فان الكفالة باطلة اصلا ولو جعل الاجل الحصاد والدياس او المهرجان او القطار او صوم النصارى جازت الكفالة والتاجيل فالحاصل ان الشرط الغير الملائم لا تصح معه الكفالة اصلا ومع الاجل الغير الملائم تصح حالة ويبطل الاجل لكن تعليل المص لهذا بقوله لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق ويقتضي ان في التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالة وانما يبطل الشرط والمصرح به في المبسوط وفي فتاوى قاضي خان ان الكفالة باطلة فتصحيحه ان يحمل لفظ تعليقها على معنى تاجيلها بجامع ان في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال وقلد المص في هذا الاستعمال لفظ المبسوط فانه ذكر التعليق واراد التاجيل هذا وظاهر شرح الاتقاني المشي على ظاهر اللفظ فانه قال فيه الشرط اذا كان ملائما جاز تعليق الكفالة ومثل بقوله اذا استحق المبيع فانا ضامن الى ان قال وان كان بخلاف ذلك كهبوب الريح ومجيء المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة ويجب المال لان كلما جاز تعليقه بالشرط لا يفسد بالشروط الفاسدة اصله الطلاق والعتاق وفي الخلاصة كفل بمال على ان يجعل له الطالب جعل فان لم يكن مشروطا في الكفالة فالشرط باطل وان كان مشروطا فيها فالكفالة باطلة انتهى وهذا يفيد انها تبطل بالشروط الفاسدة اذا كانت في صلبها

قوله فان قال تكفلت بما لك عليه هذا شروع في بيان خصوص وقت الوجوب على الكفيل وهذا على اختلاف الالفاظ التي تقع بها الكفالة فمن ذلك ما ذكر من قوله تكفلت لك بما لك عليه فلا يجب على الكفيل شيء الا ان تقوم البينة بمقدار الف او غيرها لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق بها ما عليه فيجب عليه ولو لم تقم بينة فالقول قول الكفيل في مقدار ما على المكفول عنه مع يمينه وان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق المكفول عنه في حق نفسه بما اقر به على نفسه لولايته عليها بخلاف قوله ما ذاب لك على فلان فهو علي او ما ثبت فاقر المطلوب بمال لزم الكفيل لان الثبوت حصل بقوله وكذلك ذاب فانه بمعنى حصل وقد حصل باقراره بخلاف الكفالة بما لك عليه فانها بالدين القائم في الحال وما ذاب ونحوه الكفالة بما يجب والوجوب يثبت باقراره بخلاف ما قضي عليه لك لا يلزم الا ان يقضي ومثل ما لك ما اقر لك به امس فلو قال المطلوب اقررت له بالف امس لم يلزم الكفيل لانه قبل مالا واجبا عليه لا ما لا يجب عليه في الحال ولم يثبت انه واجب عليه وان قال ما اقر به فاقر به في الحال يلزمه ولو قامت بينة انه اقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لانه لم يقل ما كان اقر لك ولو ابى المطلوب اليمين فالزمه القاضي لم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار بل بدل وفي الخلاصة رجل قال ما اقر فلان به فهو علي فمات الكفيل ثم اقر فلان فالمال لازم في ترك الضامن وكذا ضمان الدرك وفيها رجل قال لآخر بايع فلانا فما بايعته من شيء فهو علي صح فان قال الطالب بعته متاعا بالف وقبضه مني واقر به المطلوب وجحد الكفيل يؤخذ الكفيل به استحسانا بلا بينة ولو جحده الكفيل والمكفول عنه واقام الطالب البينة على احدهما انه باعه وسلمه لزمهما ولو قال ان لم يعطك فلان ما لك عليه فانا ضامن بذلك لا سبيل فيه عليه حتى يتقاضاه فيقول لا اعطيك ولو مات المطلوب قبل ان يتقاضاه لزم الضمان ايضا ولو لم يمت لكفه قال انا اعطيك ان اعطاه مكانه او ذهب الى السوق فاعطاه او قال اذهب الى المنزل حتى اعطيك مالك فاعطاه فهو جائز فان قال ذلك فلم يعطه من يومه لزم الكفيل ولو قال ان تقاضيت فلانا ما لك عليه ولم يعطك فانا لما لك عليه ضامن فمات المطلوب قبل ان يتقاضاه بطل الضمان ولو قال ان عجز عن تملكه عن الاداء فهو علي فالعجز يظهر بالحبس ان حبسه ولم يؤد لزم الكفيل وفي فتاوى النسفي رجل كفل لرجل عن

قال وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره وان كفل بغير امره لم يرجع بما يؤديه لانه متبرع باداءه وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا ابرأ الكفيل

رجل بمال على ان يكفل عنه فلان بكذا من المال فلم يكفل فلان فالكفالة لازمة وليس له خيار ترك الكفالة وفي مجموع النوازل جماعة قصد الوالي ان يأخذ منهم شيئا بغير حق فاختفى بعضهم فظفر الوالي ببعضهم فقال المختفون للذين وجدهم الوالي لا تطلعوهم علينا وما اصابكم فهو علينا بالحصص فلو اخذ الوالي منهم شيئا فلهم الرجوع قال هذا مستقيم على قول من يقول بجواز ضمان الجناية وعلى قول عامة المشايخ لا يصح ولو كفل بماله على ان يعطيه من وديعة المكفول عنه التي عنده جاز اذا امره بذلك وليس له ان يسترد الوديعة منه فان هلكت برئ الكفيل والقول قول الكفيل انها هلكت فلو غصبها رب الوديعة او غيره او استهلكها برئ الكفيل والحوالة على هذا ولو ضمن بالف على ان يعطيه اياه من ثمن هذه الدار لم يبعها لم يكن على الكفيل ضمان ولا يلزم بيع الدار

قوله وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه اعم من كونه باذن او بلا اذن ولانه اي عقد الكفالة التزام المطالبة وهو اي هذا الالتزام تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب بالضرر على المطلوب لان ضرره ثبوت الرجوع ولا رجوع عليه لانه اي الرجوع عند امره وعند امره يكون قد رضي به فان كفل بامره رجع بما ادى لانه قضى دينه بامر مقيد بامرين احدهما ان يكون المطلوب ممن يصح منه الامر فلو كان صبيا او محجورا او امر من تكفل فلا رجوع له عليه فلو كان عبدا محجورا فانما يرجع عليه بعد عتقه فلو كان الصبي ماذونا صح امره ويرجع الكفيل عليه لصحة امره بسبب الاذن ثانيهما ان يشتمل كلامه على لفظة عني كان يقول اكفل عني ضمن لفلان او على قوله وانا ضامن لفلان ونحوه فلو قال اضمن الالف التي لفلان علي لم يرجع عليه عند الاداء لان الكافل بمجرد الامر بالضمان والاعطاء فجاز ان يكون القصد ليرجع وان يكون القصد طلب تبرعه بذلك فلم يلزم المال وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح بدليل ما في اشارات الاسرار اذا قال لرجل اضمن فلان الف درهم او اقضه الف درهم ففعل لم يرجع على الآمر الا اذا كان خليطا او شريكا وقال ابو يوسف يرجع لانه وجد القضاء بناء على الامر فلا بد من اعتبار الامر فيه وان يكون كذلك الا اذا كان قضاء من جهة الذي امر فصار كما لو قال اقض عني وتضمن ذلك استقراضا منه ومتى قلنا لا يقع عن الذي الغا الامر لانه يصير قاضيا عن نفسه فيصير وجود الامر وعدمه سواء اما الخليط فيرجع فيه بالاجماع والخليط هو الذي يعتاد الرجل مداينته والاخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجرار منه فاورد مطالبته بالفرق بين الامر بالكفالة وبين ما اذا قال ادّ عني زكوة مالي واطعم عني عشرة مساكين فادى عنه لا يرجع على الآمر ما لم يشترط الضمان فيقول على اني ضامن فلم يكتف بمجرد الامر في الرجوع وان ذكر فيه لفظة عني بل حتى يشترط الضمان وفي الكفالة اكتفى به واجاب في الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام بان الامر طلب التمليك من المأمور في الفضول كلها لانه امره ان يؤدي عنه ويقتضي عنه ولن يكون قاضيا عنه الا بعد ان يصير المقتضي به ملكا للآمر الا ان الملك للآمر انما يثبت في ضمن ملك القابض فيثبت على وفقه فمتى يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل يثبت للآمر مثل ذلك والا فلا وفي قضاء الدين انما يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل لانه تملك بالمثل وهو الدين السابق له حتى لو ظهر ان لا دين عليه يسترد منه المقبوض فيثبت للآمر ملك مضمون بالمثل وليس كذلك الا القرض وفي باب الزكوة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل حتى لو ظهر ان لا زكوة عليه لا يسترد من الفقير ما قبض فيثبت للآمر ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه الا بالشرط والحاصل ان الامر في الكفالة تضمن طلب القرض اذا ذكر لفظة عني وفي قضاء الزكوة والكفارة طلب اتهاب ولو ذكر لفظة عني لما ذكرنا ان الملك انما يثبت للمكفول عنه على الوجه الذي يثبت للقابض وقوله وان كفل بغير امره لم يرجع هو قول الشافعي ورواية عن احمد وقول مالك وفي رواية عن احمد يرجع كالوكيل بامره لان الطالب بالاستيفاء منه كالمملك لما على المطلوب من الكفيل او كالمقيم له مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل وقلنا تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وحيث تساهلنا في شيء من ذلك فانما معناه التشبيه اي هو كالمملك وفي الكفالة بالامر يجب المال للكفيل على الاصيل

قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لم يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان الكفالة عقد بنفسها مبادلة حكمية قال فان لزمه المال كان لهان يلزم المكفول عنه حتى يخلصه فكذا اذا حبس كان لهان يحبسه لانه لحقه من جهته فيعامله بمثله واذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح وان ابرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل عنه لانه تبرع وان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدون سبب وكذا لو اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن الكفيل ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصل لان التاخير ابراء مؤقت فيتقيد بالاجل المؤجل به كما اذا كفل بالمال المؤجل الى شهر فانه يتاجل عن الاصيل لانه كفل عليه الدين حال وجود الكفالة فصار كالاجل دلت عليه اما معنا فبخلافه

حكما للكفالة كما وجب للطالب بها على الكفيل لكن يتاخر الى اداء ما لا يمكن في كفالته بالامر لانه تبرع ولا يمكن اثبات المال في ذمة المطلوب بلا قضاء وذلك لا يرجع وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى بامضه اما اذا ادى خلافا فانما يرجع بما ضمن حتى لو كان الدين زيوفا فادى عنها جيادا فانما يرجع بالزيوف او كان الدين جيادا فادى عنها زيوفا فحجر الطالب بها فرجع بالجياد بخلاف الامور بادار الدين فانه يرجع بما ادى فلو كان الدين جيادا فادى زيوفا فانما يرجع بالزيوف ولو كان زيوفا فادى جيادا رجع بالزيوف ايضا لان رجوعه بحكم الامر فلم تدخل صفة الجودة فيما اذا كان الدين زيوفا تحت الامر اما الكفيل فانما يرجع بحكم الكفالة وحكمها ان يملك الدين بالاداء فصيره كالطالب نفسه فيرجع نصف الدين فصار كما اذا ملك الكفيل الدين بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه فانما له عينه وكذا اذا وهب الطالب الدين للكفيل او تصدق به عليه فانه يملكه ولطالب به المكفول بعينه فان قيل ينبغي ان لا تصح هبة الدين من الكفيل لان هبة الدين انما تصح فمن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار فجوابه المسئلة استدل من قال ان الكفالة تقضي الدين اجيب بان هبة الدين ممن عليه من عليه الدين انما لا يجوز اذا لم يأذن للغير في قبضه فاما اذا وهب الدين من آخر واذن له في قبضه جاز استحسانا وبنا لما اذا ادى الدين فقد سلط الطالب على قبضه من المطلوب كذا قيل والوجه ان يقال بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الاداء وانما اخترنا هذه العبارة لان بقبضه الطالب من الكفيل سقطت ولايته عن الدين الذي على المطلوب اذ صار بمنزلة شرعا جبرا من غير اختيار من الطالب فلا يملك التسليط على ما ليس في ملكه والوجه اما اعتبار الدين في ذمة الكفيل كما هو في ذمة الاصيل ويسقط عنها باداء احدهما كما هو احد القولين اذ اعتباره كذلك عند الهبة تصحيحا للتصرف واذا وهب الكفيل الدين لا بد من قبوله بخلاف ما اذا ابرأه لان الواجب عليه المطالبة وبالابراء يسقط فلا يحتاج الى القبول ولا يرتد بالرد وقوله وكما اذا ملك المحتال عليه الدين بالاداء الى المحتال بان احال المديون رجلا على رجل له عليه دين فقبل الحوالة وادى فانه يملك الدين الذي على المحيل فيرجع به لا بما ادى حتى لو ادى عروضا او دراهم عن الدنانير لا يرجع الا بالدين كالكفيل وكذا لو ملك وكذلك لو وهب المحتال الدين للمحتال عليه او تصدق به عليه او ورثه المحتال عليه من المحتال وقوله كما ذكرنا في الحوالة اي حوالة الكفالة المنتهية بخلاف الامور بادار الدين فانه يرجع بما ادى لانه لم يملك الدين بالاداء كما ذكرنا قريبا وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف المكفول بها على خمسمائة حيث يرجع بما ادى وهو خمس مائة لا بما ضمن وهو الالف لانه اسقاط او هو ابراء عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل الى الكفيل وقوله كما ابرأ الكفيل يعني عن خمسمائة واخذ منه خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه الا بخمسمائة فكذلك اذا صالح على خمسمائة عن الالف لا يرجع الا بخمسمائة او المعنى اذا ابرأ الكفيل عن كل الدين لا يرجع بشئ فكذلك عن بعضه لا يرجع بخلاف ذلك لبعض اعتبار البعض بالكل قوله وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه اي الكفيل لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث له ان يرجع على الموكل بالثمن قبل ان يؤديه لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية فان الموكل لاستيفاء الملك الامر قبل للوكيل فكان الوكيل كالبائع واذا كان له حبس المشتري قبل قبض الثمن وللبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فكذا الوكيل فان لزوم الكفيل بالمال فلان يلازم المكفول عنه اذا كانت الكفالة توجب الرجوع حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه خلافا للشافعي رح في الامر قال لانه لا دين له عليه اذ الدين لا ينتقل اليه الا بالاداء ولم يوجد فلنا ملازمته وحبسه كما جاز ان يكون للدين جاز ان يكون لانه الذي ادخله في ذلك فعليه خلاصه ولا فيعامل بمثل ما عامله به قوله واذا ابرأ الطالب المكفول عنه حق

حق

حقه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل بالاجماع لان الدين عليه اي على الاصيل في الصحيح خلافا لمن زعم ان الدين في ذمة الكفيل

فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصيل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لانه اسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برأ جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هكذا ابراء الكفيل عن المطالبة

كذا قيل وليس لهذا الخلاف اثر هذا بل القائل ان الدين في ذمة الكفيل والقائل ليس الا في ذمة الاصيل قائل بان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان ضمان الكفيل يشترط بقاء ضمان الاصيل ويشترط قبول الاصيل او موته قبل القبول والرد فان ذلك يقوم مقام القبول ولو رده ارتد ودين الطالب على حاله واختلف المشايخ ان الدين هل يعود الى الكفيل ام لا فبعضهم يعود وبعضهم لا بخلاف الكفيل فانه اذا ابرأ صح قبل او لم يقبل ولا يرجع على الاصيل لما ذكرنا قريبا ولو كان ابراء الاصيل او هبته او التصدق عليه بعد موته فعند ابي يوسف القبول والرد للورثة فان قبلوا صح وان ردوا ارتد وقال محمد لا يرتد بردهم كما لو ابرأه في حالة حيوته ثم مات وهذا يختص بالابراء وان ابراء الكفيل لم يبرأ المكفول عنه لان عليه اي على الكفيل المطالبة دون الدين وبقاء الدين بدونه اي بدون المطالبة على تاويل الطلب جائز فلم يلزم من عدم المطالبة عدم الدين على الاصيل فلا يبرأ الاصيل بابرائه وكذا اذا اخر عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الاصيل لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد فان قيل الابراء المؤبد لا يرتد برد الكفيل والموقت يرتد برده ويرد الاصيل يرتدان كلاهما والجواب ان الفرق بينهما في حكم لا يستلزم الفرق بينهما في كل حكم وسبب الافتراق في ذلك الحكم وهو الارتداد بالرد عليه ما ذكر في الذخيرة ان الابراء المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تمليك مال لما ذكرنا ان الواجب بالكفالة مجرد المطالبة والاسقاط المحض لا يحتمل الرد لتلاشي الساقط كاسقاط الخيار واما الابراء الموقت فهو تاخير مطالبة وليس باسقاط الا ترى ان المطالبة تعود بعد الاجل والتاخير قابل للابطال بخلاف الاسقاط المحض فاذا عرفت هذا فما لم يقبل الكفيل التاخير او الاصيل فالمال حال يطالبان به للحال وهذا يخالف ما لو كفل بالمال اي بالدين الحال مؤجلا الى شهر مثلا فانه يتاجل عن الاصيل الى شهر لانه اي المكفول له لا حق له حال الكفالة الا في الدين فليس اذ ذاك حق يقبل التاجيل سواء فكان الاجل الذي يشترط الوكيل داخلا فيه فبالضرورة يتاجل عن الاصيل اما ههنا وهو ما اذا كانت الكفالة ثابتة قبل التاجيل فبخلافه لانه تقرر حكمها قبل التاجيل انه جواز المطالبة ثم طرأ التاجيل عن الكفيل فينصرف الى ما تقرر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة قوله فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة ان شرطا براءتهما جميعا عن الخمسمائة او شرط براءة المطلوب برأ جميعا وان شرط براءة الكفيل وحده برئ الكفيل عن خمسمائة والالف بتمامها على الاصيل فيرجع الكفيل بخمسمائة ان كان بامره والطالب بخمسمائة بخلاف ما لو صالحه على خمسمائة على ان يهب له الباقي حيث يرجع الكفيل بالالف وان لم يشترطا براءة واحد منهما بان لم يزد على قوله صالحتك عن الالف على خمسمائة وهي مسألة الكتاب يبرأ جميعا عن خمسمائة لانه اي الكفيل اضاف الصلح الى الالف الدين وهو اي الدين على الاصيل فيبرأ الاصيل من خمسمائة ومن ضرورته ان يبرأ الكفيل منها على ما ذكرنا ويرجع الكفيل على الاصيل بالخمسمائة التي اوفاها ولا خلاف في هذا بخلاف ما لو صالح بجنس آخر مبادلة فيملكه اي الدين فيرجع بجميع الالف وعند الائمة الثلاثة يرجع بالاقل من الدين ومن قيمة السلعة التي صالح بها لانه اوفى هذا القدر ولا يجعل الصلح بجنس مبادلة لان الخمسمائة لا تجعل عوضا عن الالف لما فيه من الربا ولا يمكن تمليكها من الكفيل لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ولا يمكن ان يجعل واجبة في ذمة الكفيل تصحيحا للصلح مع الكفيل حتى يصير البراءة عن خمسمائة مشروطة للكفيل كما لو صالح على خلاف الجنس لان وجوبها في ذمة الكفيل عند الحاجة الى التمليك وفي خلاف الجنس يحتاج الى التمليك وفي الجنس لا يحتاج لما فيه من الربا بل هو اسقاط الخمسمائة فكانت البراءة عن خمسمائة مشروطة للاصيل وتسقط عنهما ثم يرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كان كفل بامره ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان الواجب بالكفالة المطالبة والبراءة منها براءة من الكفالة فيبقى حال المطالب على ما كان قبل الكفالة وجعل في النهاية صورة هذه المسألة ما في المبسوط لو صالحه على مائة على ان

قال ومن قال لكفيل ضمن له بمال قد برئت إليّ من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه بما ضمن له بأمره لأن البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها إلى الطالب لا يكون إلا بالإيفاء فيكون هذا إقرارا بالأداء فيرجع وإن قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لأنه براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالإسقاط فلم يكن إقرارا بالإيفاء ولو قال برئت قال محمد هو مثل الثاني لأنه يحتمل البراءة بالأداء إليه والإبراء فيثبت الأدنى إذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال أبو يوسف هو مثل الأول لأنه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب وإليه الإيفاء دون الإبراء وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمل قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى أنه يصح لأن عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان إسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد بخلاف إبراء الأصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لأنه يتعذر إيجابه عليه لأن العقوبة لا تجري فيها النيابة قال وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لأنه دين كسائر الديون وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح لأنه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالأعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لكن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض إلى الراهن أو بتسليم المستأجر إلى المستأجر جاز لأنه التزم فعلا واجبا

ابرائه الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل على الأصيل بمائة ورجع الطالب على الأصيل بتسعمائة لأن إبراء الكفيل فسخ للكفالة **قوله** ومن قال لكفيل ضمن له بمال بأمر المكفول عنه قد برئت إليّ من المال رجع الكفيل على المكفول عنه بجميع الدين لأن لفظ إلى لانتهاء الغاية والمتكلم وهو رب الدين هو المنتهى في هذا التركيب فلا بد أن يكون ثم مبتدأ وليس إلا الكفيل المخاطب فأفاد التركيب براءة من المال مبتدأها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين وهذا معنى الإقرار من رب الدين بالقبض من الكفيل كأنه قال دفعت إلي فلا يرجع على واحد منهما ويرجع الكفيل على الأصيل إن كان كفل بأمره والحوالة كالكفالة في هذا وهنا ثلاث مسائل أحدها هذه والثانية قال أبرأتك من المال ليس إقرارا بالقبض حتى كان للطالب أن يأخذ الأصيل به والثالثة برئت من المال ولم يقل إلي فهذا إقرار بالقبض عند أبي يوسف كقوله برئت إلي وعند محمد كقوله أبرأتك إثباتا للأدنى وهو براءة الكفيل إذ في الزائد عليه شك فلا يثبت وفرق محمد بين هذا وبين ما لو كتب في الصك بريء الكفيل من الدراهم التي كفل بها فإنه إقرار بالقبض عندهم جميعا كقوله برئت إلي بقضية العرف فإن العرف بين الناس أن الصك يكتب على الطالب بالبراءة إذا حصلت بالإيفاء وإن حصلت بالإبراء لا يكتب الصك عليه فجعلت الكتابة إقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الإبراء وأبو يوسف يقول هو مثل برئت إلي لأنه إقرار ببراءة ابتداؤها من المطلوب وهو الكفيل المخاطب وحاصله إثبات البراءة منه على الخصوص مثل قمت وقعدت والبراءة الكائنة منه خاصة كالإيفاء بخلاف البراءة بالإبراء فإنها لا تتحقق بفعل الكفيل بل بفعل الطالب فلا يكون مضافة إلى الكفيل وما قاله محمد إنما يتم إذا كان الاحتمالان متساويين واختلف المتأخرون فيما إذا قال المدعى عليه أبرأني المدعي من الدعوى التي يدعي علي منهم من قال هو إقرار بالمال كما لو قال أبرأني من هذا المال الذي ادعاه ومنهم من قال لا يكون إقرارا لأن الدعوى تكون بحق وباطل ولو قال للكفيل أنت في حل من المال فهو كقوله أبرأتك لأن لفظة الحل تستعمل في البراءة كالإبراء دون البراءة بالقبض قالوا في شرح الجامع الصغير هذا إذا كان الطالب غائبا وأما إذا كان حاضرا يرجع إليه في البيان أنه قبض أو لم يقبض لأن الأصل في الإجمال أن يرجع فيه إلى المجمل في البيان والمراد بالمجمل هنا ما يحتاج إلى تأمل ويحتمل المجاز فإنه كان بعيدا كما يحتمل قوله برئت إلي معنى لأني أبرأتك لا حقيقة المجمل يعني يرجع إليه إذا كان حاضرا لإزالة الاحتمالات خصوصا إن كان العرف من ذلك اللفظ مشتركا منهم من يتكلم به ويقصد ما ذكرنا من القبض ومنهم من يقصد الإبراء **قوله** لا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط أي بالشرط المتعارف مثل أن يقول إن عجلت لي البعض أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة أما غير المتعارف فلا يجوز كما لا يجوز تعليق الكفالة به فيسقط السؤال القائل يشكل بما إذا قال الكفيل بالمال على أني إن وافيت به غدا فأنا بريء من المال فوافاه به بريء من المال لأنه هو شرط ملائم على أنه لا يرد وله لأن العرض أن فيه روايتين فهذا الفرع شاهد لأحدهما ويروى أنه يجوز وهو أوجه لأن المبيع بمعنى التمليك وذلك يتحقق بالنسبة إلى المطلوب أما الكفيل فالمتحقق عليه المطالبة فكان إبراؤه إسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد بالرد المستحق
من الكفيل بخلاف الأصيل لا يصح تعليقه لأن فيه معنى تمليك المال **قوله** وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كنفس الحد والقصاص إذ لا تقبل الكفيل به عن المكفول عنه لا يضرب وتقدم **قوله** وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح عندنا بخلاف الشافعي اعلم أن الأعيان المضمونة على الأصيل أو غير مضمونة فغير المضمونة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية عندنا والمستأجر في يد المستأجر والمضمونة إما مضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض فإنه مضمون بالثمن والمرهون فإنه مضمون بالدين فالكفالة بالأول لا تصح الكفالة بها لو هلكت لأنها غير واجبة التسليم فلا يجب على الكفيل شيء وقالوا ربما الوديعة غير واجب على المودع بل الواجب التمكين عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها بخلاف العارية فإن تسليمها واجب فيصح التكفل بتسليمها وكذا الباقي من القسمين يصح التسليم فلا تصح الكفالة

ومن استأجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لا تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا

بها على معنى انه بعينه تجب على الكفيل فان هلك فعليه بدله لان هذا القدر لا يجب على الاصيل بل لو هلك المبيع فانما يسقط الثمن او الرهن سقط من الدين بقدره والباقي ظاهر فلا يجب على الكفيل وعلى معنى الكفالة بتسليم العين يصح كما ذكرنا فمتى هلك لا شيء على الكفيل وفائدته الزام احضار العين وتسليمها ولو عجز بان مات العبد المبيع او المستأجر او الرهن انفسخت الكفالة على وزان الكفالة بالنفس سواء وما ذكر شمس الائمة السرخسي ان الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل فقد نص في الجامع الصغير ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وكذا في المبسوط ونص القدوري انها بتسليم المبيع جائزة ونص في التحفة على جميع ما اوردناه ان الكفالة بالتسليم صحيحة والوجه عندي ان لا فرق بين الثلاثة الاول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية وما معها من الامانات اذ لا شك في وجوب الرد عند الطلب فان قال الواجب التخلية بينه وبينها لا ردها اليه فنقول فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو ان يخلصها ويخلي بينه وبينها بعد احضاره اليها ونحن نعني بوجوب الرد ما هو اعم من هذا ومن تحمل المردود اليه قال في الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة واما مضمونة بنفسها كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء فتصح الكفالة بها ويجب على الكفيل ما يجب على الاصيل فهو دفع العين وان عجز وجبت قيمته او مثله على الكفيل وفي المبسوط ادعى عبدا في يد رجل فلم يقدمه الى القاضي واخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد فمات العبد في يد المطلوب واقام المدعي البينة ان العبد عبده يقضي القاضي بقيمته على المطلوب ان شاء على الكفيل لان بالبينة ظهر ان العبد كان مغصوبا والكفالة بالعين المغصوبة توجب القيمة والقول قول الكفيل في قيمته لانكاره الزيادة كالاصيل اعني الغاصب فان اقر الغاصب باكثر لزمه الفضل ولا يصدق على الكفيل وفي المبسوط كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك على المرتهن ليس على الكفيل شيء لان عين الرهن والزيادة على مقدار الدين من الرهن امانة في يد المرتهن ولا يضمن الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة ولو ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكانت قيمة الرهن تسعمائة والدين الف مثلا ضمن الكفيل مائة لانه التزم بالكفالة دينا مضمونا في ذمة الاصيل ولو استعار الراهن المرهون من المرتهن على ان المطلوب كفيلا به فهلك عند الراهن لم يلزم الكفيل شيء لانه لا ضمان للمرتهن على الاصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل ايضا ولو كان الراهن اخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل واخذه لان الراهن ضامن بحالة العين هنا الا يرى انه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب ولفظ المستأجر في كلام المص بالفتح في الموضعين وقدمنا انه متى هلك وكل من المبيع والرهن والمستأجر بعد الكفالة بتسليم لا شيء على الكفيل ففي المبيع والرهن تقدم ما يفيد وجهه وفي المستأجر ان الاجارة تنفسخ به وخروج الاصيل من ان يكون طالب بتسليم العين وانما وجب رد الاجرة والكفيل ما كفل الاجرة قوله ومن استأجر دابة للحمل فان كانت بعينها اي اجره ان يحمله على هذه الدابة لا تصح الكفالة لانه عاجز عن الفعل الواجب على الاصيل وهو حمله على هذه الدابة لانه لا ملك له في هذه الدابة ليحمله عليها وان كانت بغير عينها جازت لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه او على دابة يستأجرها والحمل هو المستحق وهو مقدور الكفيل فصحت كفالته به ووزانه من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا من انه عاجز عنه اذ لا يملك العبد اما لو كفل بنفس العبد المستأجر فهو صحيح على ما عرف ولو هلك لا شيء على الكفيل وقال شارح في الفرق بين الحمل على العين وغير العين بان الدابة اذا كانت بعينها فالواجب على المؤجر تسليم الدابة لا الحمل فالكفالة بالحمل كفالة بما لم يجب على الاصيل فلا يصح بخلاف ما اذا كانت غير معينة لان الواجب هو الحمل ويمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة انتهى واعترض الاصحاب بان الواجب ان كان ليس الا تسليم الدابة المعينة بسبب ان تحمله الذي هو فعله غير معقود عليه وانما المعقود عليه حمل الدابة فكذلك اجارة حمله على دابة الى مكان كذا ليس عليه سوى تسليم اي دابة كانت اذ لا يجب تحميله الذي هو فعله لانه لم يستأجر الرجل نفسه فلا فرق فينبغي ان لا يجوز الكفالة فيه ايضا لان الحمل ايضا غير واجب على الاصيل بعين ما في التي قبلها والحاصل انه ان كان الحمل على الدابة تسليمها

قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز اذا بلغه فاجازه لهم يشترط في بعض النسخ الاجازة والكلام في الكفالة بالنفس والمال جميعا لانه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا لوجهين هذه الرواية تعنده ووجه التوقف ما ذكرنا وفي المضمون له في الكفالة بالنفس وهو تحويل المطالبة منه فيقوم بها جميعا والوجوه كلها تتوقف على مامر المجلس قال الا في مسئلة واحدة وهو ان قول المريض لورثته تكفل عني بما علي من الدين لكل من سمع غيبة الغرماء بمال لان له فيه حصة في الحقيقة فهذا تصرف ان لم يتم المكفول له فهذا اذا كان له مال اما اذا لم يكن له مال او قال ابنه قائم مقام الطالب لحاجته اليه فيقر بقال الذي في فيه نفع الطالب كما اذا كان الحضر بنفسه انما خص هذا اللفظ لان القبول لا يشترط فيه التحقيق دون المساومة ظاهر في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشائخ فيه

يعني ان صحيح الكفالة فيما لان الكفالة بتسليم المستأجر صحيحة ولم يمنع منه كون المستأجر بالكفيل وان كان التسليم في يعني ان لا يصح فيما لان التسليم غير واجب على الاصيل والحق ان الواجب في الحمل على الدابة معينة اخرى معينة ليس مجرد تسليمها بل المجموع من تسليمها والاذن في تحميلها وهو ما ذكر في النهاية مع التركيب وما ذكرنا من الحمل عليها نفي المعينة لا يقدر على الاذن في تحميلها او ليست له ولاية عليها فصح اذنه الذي هو معنى الحمل وفي غير المعينة يكفيه ذلك عند تسليم دابة نفسه او دابة استأجرها قوله ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح اذا بلغه الخبر فاجاز فلم يشترط في بعض النسخ اي نسخ كفالة الاصل عن ابي يوسف الاجازة بل ان ناقدان كان المكفول لفائبا وهو الاظهر عنه والحاصل ان عنه روايتين والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا وجه رواية النفاذ لانه التزام فيستبد به الملتزم ولا يتضرر المكفول له لان حكمه لا يوجب عليه شيئا لانه تجارة في المطالبة لا لزوم فان رآني طالبته والا لا والاحوط حال الامر وجه التوقف على ما ذكره في الفضولي في النكاح وهو ان شطر العقد عند ابي يوسف يتوقف حتى اذا عقد فضولي لامرأة على آخر توقف على الاجازة كما اذا كان عقد اتماما بان خاطب عنه فضولي آخر عندهما لا يتوقف الا ان خاطب فضولي آخر فلا يتوقف عندهما الا العقد تماما ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بها جميعا والوجوه من الموجب جمعه وشطر العقد فلا يتوقف على وراء المجلس وهذا يقتضي انه لو تم عقد بقبول فضولي آخر توقف وقد صرح بذلك عنهما قالوا اذا قبل عنه قابل توقف بالاجماع وج فقوله في وضع المسئلة لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس غير صحيح بل الشرط ان يقبل في المجلس ان كان حاضرا فينفذ او يقبل عنه فضولي اذا كان غائبا فيتوقف الى الاجازة او رد وهو قوله الا في مسئلة واحدة استثناء من قوله لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس فان في هذه المسئلة صحت من غير قبوله في المجلس ولا قبول فضولي عنه وهو ان يقول المريض لورثته تكفل عني بما علي من الدين لكل من سمع غيبة الغرماء فانه يصح استحسانا خلافا لزفر رح ومطالبته وذكر الاستحسان وجهين احدهما ان قوله تكفل عني وصيته اي فيه معنى الوصية اذ لو كان حقيقة الوصية لم يفترق الحال بين حال الصحة والمرض في ذلك وقد ذكر في المبسوط ان ذلك لا يصح منه في حال الصحة واذا كان معنى الوصية فكانه انما قال لهم اقضوا ديوني فقالوا نعم او قالوا تكفلنا بها فانه اذا قال المشائخ رحمهم الله ذلك اذا كان له مال فان لم يكن له مال لا يجوز هذا لورثته بديونه ولو كان حقيقة الكفالة لاخذ بها حيث شاءوا كما ذكر في المبسوط والاصح ان حق الغرماء يتعلق بتركته في مرض موته لانه بمنزلة بعض اجزاء مرض الموت ولهذا امتنع تصرفه في ماله كيف شاء واختار قول زفر رح تبعا عن الغرماء المكفول لهم حالا لهم في ذلك من المصلحة لتعلق ذمته وفيه نفع للطالب المكفول له كما حضر بنفسه فان قبول غاية الامر ان يكون كالطالب حضر بنفسه فلا بد من قبول فان الصادر منه قول تكفل ولو قال تكفل لي بمالي على فلان فقال تكفلت لا يتم الا ان يقول بعد ذلك قبلت ونحوه كالبيع اذا قال بعني بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقول الآمر قبلت فاجاب المصنف بقوله انما لا يشترط القبول بعد قول الوارث تكفلت للاداء لان قوله تكفل الايراد به المساومة وانما يصح في البيع لذلك لانه يراد به المساومة وهنا لا يراد به التحقيق بدلالة حاله فان حاله الموت ظاهرة في الدلالة على قصده الى تحقيق الكفالة بتخليص نفسه لا على المساومة بها فصار الامر هنا كالامر بالنكاح فيما لو قال وجني بتك تقالة وجنكما انعقد وان لم تقبل قبلت حيث كان النكاح لا يتجزى فيه المساومة وقال المريض ذلك لاجنبي فمن اختلف المشائخ منهم من قال لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بتقاضيه بل التزام فكان المريض في حق الاجنبي والصحيح سواء ولو قال ذلك لاجنبي او لوارثه لا يصح الا ان يقبل الطالب منهم من قال لا يصح من الاجنبي وينزل المريض منزلة الطالب لحاجة تحقيق الحال عليه كما ذكرنا في الوارث وهو وجه وما في المبسوط من قوله وهذا هو المريض صحيح ان لم يتبين الدين

قال وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة رح وقالا تصح لأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة ولو تبرع به إنسان يصح وكذا يبقى إذا كان به كفيل أو مال ولأبي حنيفة رح أنه كفل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لأنه يؤول إليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين وإذا كان به كفيل أو له مال فخلفه أو الإفضاء إلى الأداء باق **قال** ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه الألف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي ولأنه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما إذا كان الدافع رسولا لأنه تمحض أمانة في يده وإن ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لأنه ملكه حين قبضه أما إذا قضى الدين فظاهر وكذا إذا قضاه المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه إلا أنه أخرت المطالبة إلى وقت الأداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح فكذا إذا قبضه يملكه إلا أن فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع

ولا لصاحب الدين فإنه إنما يصح بطريق الوصية لورثته بأن يعفو ونية الجباية لا تمنع صحة الوصية مبني على غير الوجه الأوجه وهو أنها كفالة ولا حاجة إلى ذلك بل هي كفالة وجهالة المكفول به وهو الدين لا يضر في الكفالة وقد فرض أن المريض قائم مقام المكفول له وهو معين فلم يكن المكفول له مجهولا عملا بهذا الاعتبار **قوله** وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا أي مات مفلسا فتكفل رجل عنه للغرماء بما عليه لم يصح عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف ومحمد والأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم يصح لأنه كفل بدين ثابت لعموم قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم ولما روي أنه صلى الله عليه وسلم أتي بجنازة أنصاري فقال هل على صاحبكم دين قالوا نعم درهمان أو ديناران فقال عليه السلام صلوا على صاحبكم فقام أبو قتادة فقال هما علي فصلى صلى الله عليه وسلم عليه فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد الكفالة ولأنه كفل بدين ثابت لأنه أي الدين وجب في حياته لحق الطالب وهو باق ولم يوجد المسقط وهو الأداء والإبراء أو انفساخ السبب ولم يتحقق بالموت شيء من ذلك ويدل على بقائه كونه يطالب به في الآخرة وأنه لو تبرع به إنسان جاز أخذ الطالب منه ولو سقط بالموت لما حل له أخذه وأنه لو كان به كفيل قبل موته لبقيت الكفالة ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الأصيل ولأبي حنيفة رح أنه كفل بدين ساقط في حكم الدنيا لأن مطالبة الكفالة من أحكام الدنيا لأنها توثق ليأخذ فيما لا في الآخرة بخلاف ما يتصور لها وجود بلا دين لذلك ولأن الدين فعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب والموصوف بالأحكام الأفعال وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه وهو الكفيل الكائن قبل سقوطه فسقط في أحكام الدنيا ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين ولو كان يفيد الإضافة أي التبرع بالدين وهو الحق وإنما يعتمد قيامه بالنسبة إلى من عليه دون من له والكفالة نسبة بين كل من المكفول له والأصيل لأنه التزام ما على الأصيل للمكفول له ولو كان به كفيل لم يعجز بخلفه فلم يسقط الدين بموته فصحت بخلاف الكفالة بعد موته فإنها كفالة بعد السقوط ولو كان له مال فالإفضاء إلى الأداء باق فلم يسقط الدين فصحت الكفالة عن الميت المليء وأما حديث أبي قتادة فليس فيه صريح إنشاء الكفالة بل يحتمل كونها إنشاء وإخبارا بها على صدقه ولا عموم لواقعة الحال فلا يستدل به في خصوص محل النزاع فيحتمل الوعد بها وإن كان مجوعا وامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه ليظهر طريق إيفائها لا يقيد طريق الكفالة فلما ظهر بوعده بها أو بالإقرار بالكفالة بها حصل المقصود فصلى عليه ونوقض بإثبات سقوط الدين بمسائل أحدها لو مات المشتري مفلسا قبل أداء الثمن لا يبطل البيع ولو هلك الثمن ويسقط الثمن بطل ولو اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض يبطل البيع بهلاك الثمن في نفسه فعلم أن سقوط الدين بالنسبة إلى الدنيا لا تبطل الدين ثانيها أنه لو كان بالدين كفيل يبقى على حاله إذا مات مفلسا ولو سقط في أحكام الدنيا لم تبق الكفالة ثالثها لو كان بالدين رهن بقي الدين عليه بعد موته مفلسا وبقاء الرهن إنما يكون ببقاء الدين ولأن تعذر المطالبة بسببه لا يوجب بطلان الدين في حال الحياة كالعبد المحجور إذا أقر بدين تكفل عنه كفيل صح وإن كان لا يطالب به في حال رقه فكذا في حال الموت أجيب عن الأول بأن الدين لا يبطل بموته في حق المستحق حتى جاز أن يأخذه من المتبرع والكفالة تعتمد قيام الدين في حق الأصيل كما ذكرنا وقد سقط بهذا الاعتبار لضرورة بطلان المحل فيتقدر بقدر الضرورة وعن الثاني بأن كساد الفلوس يبطل المالية في حق المشتري فلذلك انتقض العقد وهنا الدين باق في حق صاحب الدين فلا يبطل العقد وعن الثالث فلأن ذمة الكفيل السابق كفالته خلفت عن ذمته فلا تبطل ذمته بالموت ومثله الرهن وأما العبد فله ذمة صالحة فتصلح الكفالة وتتأخر المطالبة بحق المولى كما أن الدين ثابت في ذمة المفلس إلى حال الملاءة يطالب به **قوله** ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه أي قضى الرجل المكفول عنه الكفيل الألف التي كفل بها قبل أن يعطيه أي قبل أن يعطي الكفيل الألف صاحب المال وذكر ضمير يعطيه على تأويل المال أو المكفول به اللازم من قوله كفل عن رجل وصاحب المال مفعول أول ليعطي والمفعول الثاني هو ضمير المال المقدم في يعطيه فليس له أي ليس للرجل المكفول عنه أن يرجع فيها وهو وجه للشافعي وفي وجه آخر له أن يرجع وهو قول مالك وأحمد

وإذا كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل بإذنه فهلكت في يده فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف
وقال محمد عليه مثلها وهو رواية عن أبي حنيفة وقال زفر عليه قيمتها وهو قول الشافعي لأن القبض
بإذنه مضمون بالمثل أو بالقيمة كالقبض على سوم الشراء ولهما أن الكفيل أمين في حق المكفول عنه
لأنه قبض لحفظ المكفول عنه فلا يكون مضمونا عليه كالمودع والمستأجر ولأن الكفالة لا تقتضي
الضمان لأنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة فكذا في القبض ولأن الكفيل لا يملك المكفول به
بالقبض فلا يكون مضمونا عليه كالمودع وإنما يملكه بالأداء فيكون مضمونا عليه حينئذ
وإذا كفل بنفس رجل على أن لا يطالبه إلا في مكان كذا أو في يوم كذا فطالبه في غير ذلك
المكان أو قبل ذلك اليوم فليس عليه أن يخلي سبيله لأن الحق لا يتأدى إلا بالتسليم في المكان
والزمان المشروطين فإن سلمه في غيرهما فقد سلم في غير ما التزم فلا يبرأ وإن سلمه في
المكان والزمان المشروطين برئ لأنه أتى بما التزم وإن مات المكفول به برئ الكفيل لأن
الكفالة بالنفس لا تتحقق بعد موته لأن الحق لا يتأدى بعد موته إلا بالمال وإن قتل
المكفول به أو مات حتف أنفه فلا شيء على الكفيل عند أبي حنيفة وقالا عليه الدية
وهو قول الشافعي لأن الكفالة بالنفس التزام تسليم النفس وقد عجز عنه بفعله
فصار كما لو قتل نفسه ولأبي حنيفة أن الكفالة بالنفس التزام المطالبة بإحضار النفس
لأن الحق لا يتأدى إلا بالتسليم في المكان والزمان المشروطين وقد عجز عنه بفعله
فصار كما لو قتل نفسه ولأن الكفالة بالنفس التزام المطالبة بإحضار النفس لأن الحق
لا يتأدى إلا بالتسليم في المكان والزمان المشروطين وقد عجز عنه بفعله فصار كما لو قتل نفسه

بدلالة أنه لا مانع عنده ما لم يقبض الأصيل ونحن نبين أنه يمكنه وإن الأمانة ما ذا كان دفعه إلى الكفيل على وجه الرسالة إلى المطلوب ولم يملكه فقد
تعلق به حقه وهذا هو الوجه الأول من الوجهين الذين ذكرهما المصنف لأنه تعلق بحق القابض على احتمال قضاء الدين فلا تجوز المطالبة ما بقي هذا
الاحتمال احترازا بالزكوة المعجلة للساعي تعلق بحق القابض على احتمال أن يتم الحول والنصاب كامل فلم يجز استرداده شرعا ما بقي هذا الاحتمال
والوجه الثاني أنه أي القابض ملكه بالقبض على ما نذكره بيانا ما ذكره بعد سطر في تعليل طيب الربح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله لأنه ملكه حين قبضه
أما إذا قضى الدين فظاهر وكذا لو قضى المطلوب بنفسه الدين ولم يقبض الكفيل وثبت المطلوب الاسترداد بما وقع الكفيل وإنما ملكنا ثبوت
ملكه إذا قضى الأصيل بنفسه لأنه أي الكفيل وجب له بحر الكفالة على الأصيل مثل ما وجب للطالب على الكفيل وهو المطالبة الا أي لكن أخرت بمطالبة
الكفيل إلى أدائه فنزل ما للكفيل على الأصيل بمنزلة الدين الحال وكل الدين الحال يملك الدائن بقبضه وكذا هذا وذلك دليل أن للكفيل
حق المطالبة متأخرا إذ لو برأ الكفيل الأصيل قبل أداء الكفيل يصح حتى لو برأه الأصيل بعد ذلك أداه الكفيل من الأصيل رجع به قبل أدائه فكذا
إذا قبضه يملكه يعني إذا كان بحيث يصح الإبراء منه كان بحيث يملكه إذا قبضه وإذا ملكه كان الربح له الا أي لكن استثنا منقطع فيه نوع بحث على قول من يقيد
بنيته عن قريب فلا يصل مع الملك فيما لا يتعين وهو الألف التي قضاها إياها زان الدراهم لا تتعين وقد قررناه في البيوع في آخر فصل في الاستحقاق قوله ولو
كانت الكفالة بكر حنطة فدفعه الأصيل إلى الكفيل والباقي بحاله والربح لأي للكفيل لما بينا أنه ملكه أي ملك المكفول به وإنما بينه في ضمن بيان أن ملك المقبوض قال
أن يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه رد هذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير وإنما كان ضمير قال لأبي حنيفة فقوله رد هذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير
إنما ذكره ليتسنى نصب الخلاف بذكر قولهما حيث لم يصح بناء على قال وقالا هو لا يرد وعليه وهو رواية أخرى عن أبي حنيفة وهو رواية كتاب البيوع
عن الأصل وعنه أي عن أبي حنيفة رواية ثالثة أنه يتصدق به وهي رواية كتاب الكفالة عنهما أن الربح في ملكه على الوجه الذي بيناه في ثبوت ملكه من
أنه وجب له على الأصيل الخ فيملكه ولأبي حنيفة أن تمكن الخبث مع الملك إنما تصور لملكه بسبب أن الأصيل بسبيل من استرداده بأن تعين هو المطالب
فيمتنع ملك الكفيل فيما قبض إذا لأنه إنما رضي بأي ملك الكفالة فيه على اعتبار قضاء الكفيل فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يتعين فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية وعليه في رواية لكن الخبث شبهة هذا هو الحكم كذا ذكر في الجامع الصغير

وإذا كفل بنفس رجل على أن لا يطالبه إلا في مكان كذا أو في يوم كذا فطالبه في غير ذلك المكان أو قبل ذلك اليوم فليس عليه أن يخلي سبيله لأن الحق لا يتأدى إلا بالتسليم في المكان والزمان المشروطين فإن سلمه في غيرهما فقد سلم في غير ما التزم فلا يبرأ وإن سلمه في المكان والزمان المشروطين برئ لأنه أتى بما التزم وإن مات المكفول به برئ الكفيل لأن الكفالة بالنفس لا تتحقق بعد موته لأن الحق لا يتأدى بعد موته إلا بالمال وإن قتل المكفول به أو مات حتف أنفه فلا شيء على الكفيل عند أبي حنيفة وقالا عليه الدية وهو قول الشافعي لأن الكفالة بالنفس التزام تسليم النفس وقد عجز عنه بفعله فصار كما لو قتل نفسه ولأبي حنيفة أن الكفالة بالنفس التزام المطالبة بإحضار النفس لأن الحق لا يتأدى إلا بالتسليم في المكان والزمان المشروطين وقد عجز عنه بفعله فصار كما لو قتل نفسه ولأن الكفالة بالنفس التزام المطالبة بإحضار النفس لأن الحق لا يتأدى إلا بالتسليم في المكان والزمان المشروطين وقد عجز عنه بفعله فصار كما لو قتل نفسه

قال ومن كفل عن رجل بما يوزن أو يكال أو يذرع أو يعد فأمره أن يشتري عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربح البائع فهو عليه ومعناه الأمر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه فيبيع منه ثوبا يساوي عشرين بخمسة عشر مثلا رغبة في قبول الزيادة ليبيعه للمستقرض بعشرة ويحمل عليه خمسة بما فيه من الاعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطلوعة لذوي الحاجات ثم قيل هذا إذا ضمن المشتري نظرا إلى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لأن الحرير غير متعين وكذا الثمن غير معلوم للجهالة فإن أداه على الدين وكيف وكان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح له والزيادة على ما أضافه العاقد

لكنه فاسد من وجه صحيح من وجه ولو كان فاسدا من كل وجه بأن اشترى كيلا أو موزونا مكانا فاسدا أو ربح يجب التصدق بالربح أو الرد على المالك لأن الخبث كان لحقه فيزول بالرد عليه كالغاصب إذا آجر المغصوب ثم رده فإن الأجرة يتصدق بها أو يرد على المغصوب منه فكذا في الملك الفاسد من كل وجه ولو كان الملك صحيحا من كل وجه لا يجب التصدق بالربح ولا رده فإذا فسد بين وجه وصح من وجه يجب التصدق أو الرد على الأقاويل عملا بالشبهين بقدر الإمكان ظاهر فيما قلنا وجب رده فيما بينه وبين الله تعالى أو التصدق به بغير إذن ربح الرد هذا كله إذا أعطاه على وجه القضاء أي أعطاه المكفول عنه الكفيل على وجه قضاء دينه فلو أعطاه على وجه الرسالة إلى الطالب فتصرف وربح صار محمد مع أبي حنيفة في أنه لا طيب له الربح وطاب له عند أبي يوسف لما عرف في من غصب من أنساق وربح فيه تصدق بالفضل في قولهما وإليه استقر رأيه من أصل حينئذ وقال أبو يوسف لا يتصدق مستدلا بحديث الخراج بالضمان

قوله ومن كفل عن رجل بأمره عن أمره فأمر أي فأمر الكفيل الأصيل أن تعين عليه حريرا أي أن يشتري له حريرا بالطريق المعتبرة وهو أن يشتري له حريرا بثمن هو أكثر من قيمته ليبيعه بأقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالأقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الأقل إلى بائعه فيدفع بائعه إلى المشتري المديون فيسلم الثوب للبائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الأقل وإنما وصفها بالثاني تحرزا عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وأما تفسيره بأن يستقرض فيأبى المقرض إلا أن يبيعه عينا تساوي عشرة بثلاثة من السوق بإثني عشر فيفعل فيربح البائع درهمين رغبة عن القرض المندوب إلى العمل بتحصيل غرضه من الوجوه الطريق المواضعة في البيع فلا يصح هنا إذ ليس المراد من قوله تعين على حريرا أن يذهب فيستقرض فإن لم تقرضوا الأصول أن يقرضك فاشتر منه الحرير بأكثر من قيمته بل المقصود أن يذهب فاشتري على هذا الوجه فإذا فعل الكفيل ذلك كان شراؤه للمكفول عنه والملك له في الحرير والربح له ويخسر بها عليه لأن هذه العبارة حاصلها ضمان التي لما يخسر المشتري نظرا إلى قوله على كأنه أمره بالشراء لنفسه فما خسر فعلي فضمان الخسران باطل لأن ضمان المجهول الا مضمون والخسران غير مضمون على أحد لو قال بائع في السوق على أن كل خسران يلحقك فعلي وقال للمشتري ان ابق عبدك هذا فعلي لم يصح قيل هو توكيل فاسد أو معنى على تعرف على الثمن فإنه إذا قال الثمن علي يكون البيع له فاغنى عن قوله لي فصار توكيلا فاسدا لأنه غير معين مقداره والأشبه فالأصح الوكالة كما لو قال اشتر لي حنطة ولم يعين مقدارها والأشبه أو فرضنا أن الثمن معلوم منها وهو قدر ما يقع به الايفاء لكن الحاصل اشتر لي حريرا يكون ثمنه الذي تبيعه به في السوق هو الذي علينا وهو لا يعين قدر ثمن الحرير الموكل بشرائه بل ما يباع به بعد شرائه لأن الزائد على القدر الذي يقع به الايفاء غير معلوم وكيف ما كان توكيلا فاسدا وإنما قلنا بطلان الايكون الشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أي الزيادة التي يخسرها عليه لأنه العاقد دون عمرو العينة أن يقرضه مثلا خمسة عشر ثم يبيع ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر يأخذ الخمسة عشر القرض التي دفعها منه فلم تخرج منه الا عشرة وثبت له خمسة عشر دينا ان يبيع سلعته بالعين من المستقرض إلى أجل ثم يبيعه متوسطا المشتري بالثمن الحال حالة قبضه فيقبضه ثم يبيعه من البائع الأول بالف ثم يحيل المتوسط بالبيع على البائع الأول بالثمن الذي عليه وهو الف حالة قبضها فيأخذ منه الخمسين عند الحلول

قالوا وهذا البيع مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ذللتم ظهر عليكم عدوكم والمراد بتبايع أذناب البقر الحرث لعلو آلته لأنه حرج تتركون الجهاد وتلازمون الحبس وقال أبو يوسف لا أكره هذا البيع لأنه فعله كثير من الصحابة وحمد الله ولم يعده من الربا حتى لو باع كاغدة بالف يجوز ولا يكره وقال محمد حمد الله هذا الذي قبلي كأمثال الجبال ذميم أخترعه أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ذللتم ظهر عليكم عدوكم أي استذللتم بالحرث عن الجهاد وفي رواية سلط عليكم شراركم فدعوا خياركم فلا يستجاب لكم ولا يقيل إليكم والعينة ثم ذموا البياعات الكائنات الآن أشد من بيع العينة حتى قال مشايخ منهم محمد بن سلمة يبلغ للتجار ان العينة التي جاءت

قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل بان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل بينته على المكفول به حال مقتض به حمد في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وجوبه والقضاء اداء مال يضمن به هذا ما عن ابي حنيفة المستانف كقوله طال الله بقاءك الدعوى مطلقة عن ذلك فلا تصح ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضي به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضي على الكفيل خاصة وانما تقبل لان المكفول به حال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بالامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امر تبرع ابتداء وانتهاء فبدءوا بالحديث لانه يقضي به لاخر واذا قضي به لاخر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقتضيا عليه الكفالة بغير امره لانه تمس حاجته لان تعقد صحيحا قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه في الكفالة بامره وهو الكفيل بما ادعى على الميت وقال ورثته لم يكن له شيء ابكر فقد ظلمني في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل اقراره في حقه

في الحديث خير من بياعاتكم فهو صحيح فكثير من البياعات كالاجارة والسلم والشركة وغير ذلك استقر الحال فيها على وزنها نظرا فيه ثم استقاط متعذر على الظرف وبه يصير البيع فاسدا ولا شك ان البيع الفاسد بحكم الغصب الموجب لما بين هو من بيع العينة الصحيح المختلف في كراهته ثم الذي ينبغي ان لا يخرجه الدافع ان فعلت صورة بيع الهيكل او بيعة كعود والثوب او الحرير في الصورة الاولى وكعود والعشرة في صورة اقراض الخمسة عشر والا فالكراهة لاختلاف الاولى على بعض الاحتمالات كان يحتاج المديون فيما بين السنول ان يقرض بل ان يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر الى اجل فيشتريه الدائن فيبيعه في السوق بعشرة حالة ولا بأس في هذا فان الاجل قابله قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه انما يجاب هو مندوب فان تركه لم يجر وفيه عن ابي يوسف رحمه الله انه يكره وهو المعارض ليعذر به فلان وانما يعرف ذلك في خصوصيات المراد وعالم يرجع اليه السين التي خرجت منه لا سيما بيع العينة لان من السين المشتركة لا العين مطلقا والافضل بيع بيع العينة قوله ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام رجل بينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لا تقبل بينته على الكفيل بالمال القاضي البينة ولا يقضي بها لانه قضى على غائب لم تتصب عنه خصما اذ الكفيل في هذه الصورة لا يكون خصما عنه لانه انما كفل عنه بما ثبت بقضاء بعد الكفالة لانه وان كان ماضيا فالمراد به المستقبل كقولهم اطال الله بقاءك وهذا لان جعل الذوب شرطا والشرط لا بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود فلو لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا والدعوى مطلقة عن ذلك والبينة لم تشهد بقضاء ومال وجب بعد الكفالة فلم تقم على من اتصف بكونه كفيلا عن الغائب بل على اجنبي اذ لا تنتصب خصما وهذا في الاخرى وهي لفظ ذاب لان معنى ذاب تقرر وجوبه وهو بالقضاء بعد الكفالة حتى لو ادعى اني قد ضمنت الغائب الى قاضي كذا تمت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى له عليه بذلك واقام البينة على ذلك صار كفيلا وصحت الدعوى وقضي على الكفيل بالمال بصيرورته خصما عن الغائب سواء كانت الكفالة بامره او بغير امره الا انه اذا كان بغير امره يكون القضاء على الكفيل خاصة وقد مر من مسائل الذوب ونحوه عند مسئلة تعليق الكفالة بالشرط ولو ضمن ثمن ما باعه او اجره او قرضه فغاب المطلوب فبرهن الطالب على الكفيل انه كفل به وقد دفعه او اقرضه بعده وجحد الكفيل ذلك قضي على الكفيل والغائب بالاتفاق لان الضمان تقيد بصفته ولا يمكن القضاء به الا بعد القضاء على الغائب فينتصب الكفيل خصما عنه فيقع القضاء عليهما قوله ومن اقام البينة صورتها في الجامع وقال ليعقوب ومحمد رح اذا كفل عن رجل بمال سوى بامر المكفول عنه فغاب المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فاقام عليه بينة ان له على فلان كذا وان الكفيل كفل له بذلك بامره وغاب عن المجلس فانه يقضي بالمال على المكفول عنه الغائب فان كانت الكفالة بغير امر الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل خصما عن الغائب حتى يمين على الاقتضاء على الاصيل وانما خص قولهما بالذكر لانه لم يحفظ عن ابي حنيفة نصا لان في المسئلة اختلافا وانما قبلت هذه البينة ولم تقبل فيما قبلها لان المكفول به هناك مال مطلق وهو هنا مال مطلق وهو هنا مال مطلق ودعوى المدعي مطلقة ايضا فصحت فقبلت البينة لانها بناء على صحة الدعوى بخلاف ما قبلها لان المكفول به هناك مال مقيد يكون وجوبه بعد الكفالة وان كان مقيدا بخصوص كيفية ولم يطابقها دعوى المدعي لا البينة وانما اختلف القضاء بالامر وعدمه حتى يقع القضاء عليهما في الامر فيرجع الكفيل ولو حضر الغائب لا يحتاج الى اقامة البينة عليه بالمال لانه قد قضي به عليه وعلى الكفيل وحده اذا لم يكن امر فلا يرجع لانها اي الكفالة بالامر وبغير الامر يتغايران لان الكفالة بالامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير الامر تبرع ابتداء وانتهاء فبدءوا بالحديث لانه يقضي به لاخر واذا قضي به لاخر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقتضيا عليه الكفالة بغير امره لانه تمس حاجته لان تعقد صحيحا قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه في الكفالة بامره وهو يرجع الكفيل بما ادعى على الميت وقال ورثته لم يكن له شيء ابكر فقد ظلمني في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل اقراره في حقه

قال ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لامكان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتسامح بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع ترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع **قال** ولو شهد خصم ولم يقل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع وكما هي اقرار بالملك كان البيع مرة يوجد من المالك ومرة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة لخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في صك باع هو بيعا باتا ان اذن او هو كتب شهد بذلك فهو تسليم اذ كتب الشهادة دليل الاقرار للمتعاقدين

الكفالة بغير امره فانها لا تمس جانبه اي جانب الاصيل لان صحة الكفالة بلا امر المكفول له انما يعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل اذ زعم لا يلزم غيره ثم في الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الامر حيث ثبت الامر وقال زفر لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا نسلم غيره وهو الاصيل فنرجع فنقول قد صار الكفيل في انكار الدين على الاصيل كمباشر عالما بقيام البينة بخلافه فيبطل زعمه فثبت حكم الكفالة بالامر وهذا لان المشتري عبدا اذا عترف بانه ملك البائع ثم اقام بينة فانه يرجع على البائع بثمنه وان كان معترفا بان البائع ظلم واستشكل عليه قول محمد فيمن اشترى عبدا وباعه فرد عليه بالبينة بعد انكاره العيب فعند محمد لا يرده على بائعه خلافا لابي يوسف فلم يبطل زعمه بالبينة اجيب بانه انما لا يرده لان قوله لا عيب فيه نفي للعيب في الحال والماضي والقائل انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس شرطا للرد على الثاني وفي الجامع الكبير جعل المسئلة على اربعة اوجه فقال اما ان يكون الكفالة مطلقة بان تقول كفلت بمالك على فلان او مقيدة بان تقول كفلت لك عن فلان بالف درهم وكل وجه على وجهين اما ان يكون الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره فان كانت مطلقة فالقضاء على الكفيل قضاء على الاصيل سواء كانت بامره او بغير امره لان الطالب لا يتوصل الى اثبات حقه على الكفيل الا بعد اثباته على الاصيل لما ذكرنا ان القول قول الكفيل اذ ليس للطالب على الاصيل شئ واذا كان كذلك صار الكفيل خصما عنه وان كان غائبا فالمذهب عندنا ان القضاء على الغائب لا يجوز الا اذا ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل اليه الا باثباته على الغائب قال مشائخنا وهذا طريق من اراد اثبات الدين على الغائب من غير ان يكون بين الكفيل والغائب اتصال وكذا اذا اضاف الطالب موت الشاهد تواضع مع رجل ويدعي عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعي البينة على الدين فيقضي به على الكفيل والاصيل ثم يرجع الكفيل على الغائب بما ذكرنا هذا الحوالة على هذه الوجوه وكذا كل دين ايّ حقا وان كانت مقيدة فان كانت بامر المكفول عنه كان القضاء على الكفيل قضاء على الاصيل وان كان بغير امره لا يكون القضاء على الكفيل قضاء على الاصيل ثم في فصل المطلقة والمقيدة للكفيل الرجوع على الاصيل ان كانت بامره وليس له الرجوع ان كانت بغير امره لانه لا يثبت على المدعى عليه الا بالقضاء على الغائب يكون الحاضر خصما عن الغائب كمن قذف رجلا فادعى المقذوف الحد فقال القاذف قذفته وهو عبد فاقام المقذوف عليه بينة انه كان عبدا للفلان وانه اعتقه فتقضي بعتقه على فلان لانه ادى حقا وهو الحد لا يتوصل الى اثباته الا باثبات العتق فصار القاذف خصما عن فلان سيد العبد الغائب وثبت القضاء عليه وكذا عبد ماذون عليه دين فقال رجل لصاحب الدين انا ضامن لدينك انا معتقه فاعتقه ثم اقام صاحب الدين بينة ان مولاه اعتقه بعد كفالة الكفيل وان كان فيه قضاء على الغائب وقضاء الغائب لا يجوز وهذا كله استحسان تحرزا عن ضياع حقوق الناس **قوله** ومن باع دارا فكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم وقد بينا ان ضمان الدرك هو قبول الثمن عند استحقاق المبيع وقوله تسليم اي تصديق من الكفيل ان المبيع ملك البائع فلو ادعاه لنفسه لا تسمع دعواه اذ لو صحت رجع المشتري بالثمن على الكفيل بحكم الكفالة فلا يفيده وايضا فالكفالة اذا كانت مشروطة في البيع بان باع بشرط ان يكفل له تمام البيع بقبوله اي بقبول الكفيل ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم به ولهذا تبطل شفعته لو كان الكفيل شفيعا وان لم يكن اي عقد الكفالة مشروطا فيه فالمراد به احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه الا بالكفالة تسكينا للقلب فنزل عقد الكفالة منزلة الاقرار بملك البائع والا كان تعزيرا فلا يصح دعواه اياه اصلا بعد ذلك هذا اذا كفل فاما اذا لم يكفل ولكن شهد على البيع ثم ادعاه بعد شهادته اذا كان امسكه باعلى الصك في الصك ما يفيد الاعتراف بملك البائع مثل ان باع فلان بن فلان جميع الدار الجارية في ملكه او حيازاته فاذا تم كتب شهد فلان بذلك فكذلك لا تسمع دعواه لها وان لم يفد ذلك مثل ان كتب في الصك باع فلان بن فلان من فلان جميع الدار او اقر بالبيع بحضرتي واشهدني ثم كتب شهدت بذلك او كتب جرى ذلك لا تسمع دعواه فيها لعله

فصل ان الضمان قال ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب ضمن عن متاع رب المال فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليها تصير كالاصيل منها ضمانا لنفسه ولان المال امانة في يديها والضمان تصيير الحكم الشرع فيرد عليه كما شرطاه على الوجه والمستصير كذا لو باع عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما صاحبه حصته من الثمن لانه لا يصير ضامنا لنفسه اذ لا حق له في تصيير صاحبه غارما عليه وهي الى قسمة الدين قبل قبضه لا يجوز لذلك بخلاف ما اذا باعا بصفقتين لان الشركة لا تجري بين المشتريين قبل نصيب احدهما ويقبض احدهما نصيبه ثم ضمن حصة شريكه قبل القبض جاز **قال** ومن ضمن عن صانع خياطة ثوب او قصارته او صبغه ثوبا بالاجر فهلك الثوب عند الصانع فلا ضمان عليه لانه امين والضمان ينافيه لانه يجعله مستوفيا لحق نفسه من وجه والامانة تنافي ذلك **قال** ومن ضمن عن صانع كل ما يدفع اليه فهلك عنده بغير صنعه فالضمان باطل لان الايفاء ليس بمحل للكفالة بها على الاطلاق لان من اودع بها ليس بمحل كالجمايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله ومن اصل الى الصحة الامانة على البرودة واما بقية الثوب بعضها او حصة شيوعا والولية باطلة وقيل الامانة للوظيفة الواجبة والواجب الثواب فلا يتوجه بغير اذنه والحكم ما بيناه

كتب الشهادة ليحفظ الحادثة ليسعى بعد ذلك في تثبيت البينة وقوله وختم هو المكان في زمانهم اذ كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع نقش خاتمه كيلا يتمكن احد من التبديل وليس هذا في زماننا

فصل في الضمان الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل الجامع الصغير وذكرت فيه بلفظ الضمان اوردها مترجمة بذلك قوله ومن باع لرجل ثوبا اللام في لرجل لام الملك اي باع ثوبا هو لرجل بطريق الوكالة عنه في بيعه وضمن الوكيل له اي للرجل المالك الثمن او مضارب ضمن عن الثمن لرب المال فالضمان باطل لان الكفالة وهي الضمان التزام المطالبة والمطالبة اليها اي الى الوكيل والمضارب فيصير كل منهما ضامنا لنفسه فيصير مطالبا وهذا لان حقوق العقد ترجع اليهما حتى لو حلف المشتري الموكل عليه دين بر ولو حلف الموكيل عليه شيء حنث بخلاف الوكيل بالنكاح عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لانه سفير محض لا يرجع اليه حقوق العقد فليس له المطالبة بالمهر على ما سلف فلا يصير ضامنا لنفسه ولان المال في يد كل من الوكيل والمضارب امانة فلا يصير مضمونا عليهما ولا يصح الضمان لاستلزامه تغيير حكم الشرع وصار كما شرط الضمان على الموكل والمستصير وكذلك اي لا يصح الضمان ايضا فيما اذا باع رجلان عبدا مثلا منهما صفقة واحدة وضمن احدهما صاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة بان ضمن نصف الثمن بطلقا يصير ضامنا لنفسه لان كل جزء من الثمن مشترك بينهما فما يستحق نصيب احدهما فللآخر ان يشاركه فيه فيما يؤديه الضامن للشريك يكون بينه وبين المضمون له فكان له الرجوع بنصفه على الآمر فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه ويصير كانه ما ادى الا الباقي فكان للضامن ان يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى ان لا يبقى شيء ويبقى العجز الذي لا يتجزى فظهر لزوم بطلان الضمان من حيث صح ولو كان ضمن نصيب شريكه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز لانه في الذمة لا يقبل القسمة لانها اقرار ولا يكمن الا في عين جائزة والدين وصف اعتباري وعليه اختيار الشافعي ونقل الاجماع على ان احدهما لو اشترى نصيبه من الدين يجوز كما انه لو باع نصيبه من العين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين قبل قبضه فعلى الوجه الذي صح به يكون نصيب شريكه المضمون له قال في الفوائد الظهيرية بعد ان اورد هذا ولكن التعويل على ما ذكرناه مدفوعا من بطلان الضمان حيث صح لكن بعد ما صار الوجه مردودا بين كون الضمان بنصف شائع او نصف شريكه ويبطل الاول بما ذكر للناظر ان يختار الثاني ويدفع لازمه الباطل بما ذكرنا الا ان يفرق بين شراء حصته وبين ضمانها او يخص البطلان بما اذا اراد ضمان النصف شائعا ويحكم بانه المراد وقوله بخلاف ما اذا باعا عبدا صفقتين يعني بخلاف ما لو باع الشريكان العبد صفقتين باع هذا نصيبه على حدة وهذا الك من ذلك المشتري ثم ضمن احدهما للآخر نصيبه او باعا عبدا وسميا لكل نصيبا ثم ضمن صح الضمان لانه لا شركة بينهما بحكم الشرع بذلك وكذلك لو قبل المشتري نصيب احدهما فيما اذا باعا عبدا وان الآخر صح ولو قبل الكل ثم فقد حصة احدهما هلك قبض نصيبه على الخصوص ولا يخفى ان هذا في الثاني محمول على ما اذا اعاد تفصيل الثمن فقط البيع عند ابي حنيفة والا فهو على قوله في فقد حصة احدهما على ما سلف في البيع قال الامام قاضي خان ولو تبرع يعني الشريك بالاداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لان التبرع لا يتم الا باداء وعند الاداء يصير مستعاضا في الشركة مضيعا وجازا التبرع لا يدل على جواز الكفالة لان التبرع اسرع جوازا من الكفالة الا ترى انه يجوز التبرع ببدل الكتابة ولا يجوز الكفالة **قوله** ومن ضمن عن آخر خراجه ولزمه قسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه قبل هذا الفصل بقوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل هو تمليك طائفة من ماله مقدرا دين ثابت في الذمة لان الدين اسم لمال واجب في الذمة يكون حالا عن مال اقتضاء او

ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي رح الحق الثاني بالاول وابو يوسف رح فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه

اقترضه او بيع عقد بيعه او منفعة عقد عليها او من بضع امرأته وهو المهر او استئجار عين والزكوة ليس كذلك بل ايجاب اخراج مال ابتداء بدلا عن مال نفسه فليس بدين حقيقي ولو وجبت في نصاب مستهلك وانما لها شبه الدين في بعض الاحكام على ما قدمناه بخلاف الخراج لانه مال يجب في مقابلة الدين عن حوزة الدين وحفظه فكان كالاجرة وقد قيدت الكفالة بما اذا كان خراجا موظفا لاخراج مقاسمة وهو ما يجب فيما يخرج فانه غير واجب في الذمة واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك للعامة واجرة الحارس للمحلة الذي يسمى في ديار مصر الخفير والموظف لتجهيز الجيش في حق فداء الاسارى اذا لم يكن في بيت المال شيء وغيرهما مما هو بحق فالكفالة به جائزة بالاتفاق لانها واجبة على كل مسلم موسر بايجاب طاعة اولي الامر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال او لزمه ولا شيء فيه وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات الموظفة على الناس في زماننا ببلاد فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان في كل يوم او شهر او ثلاثة اشهر فانها ظلم فاختلف المشايخ في صحة الكفالة بها فقيل تصح اذ العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة اما بحق او باطل ولهذا قلنا ان من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل فهو ماجور وينبغي ان كل من قال ان الكفالة ضم في الدين يمنع صحتها ههنا ومن قال في المطالبة يمكن ان يقول بصحتها ويمكن منعها بناء على انها في المطالبة بالدين او معناه او مطلقا وممن يميل الى الصحة الامام البزدوي يريد فخر الاسلام اما اخوه صدر الاسلام فابى صحة الكفالة بها واما القسمة فقيل هي النوائب بعينها او حصة منها اذا قسمها الامام ولا حاجة الى كون الرواية قسم بلا هاء لان القسمة في القرآن بمعنى القسم قال تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم اذ لا معنى لضمان حقيقة القسمة بالمعنى المصدري لكن لو كان كذلك لكان ينبغي كون الرواية بالواو ليكون من عطف الخاص على العام لكن الرواية باو وقيل النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما هو منها غير راتب فتغايرا والحكم يعني في القسمين ما بيناه من الصحة في احدهما والخلاف في الاخرى ثم من اصحابنا من قال الافضل للانسان ان يساوي اهل محلته في اعطاء النائبة قال شمس الائمة هذا كان في ذلك الزمان لانه اعانة على الجائحة والجهاد واما في زماننا فاكثر النوائب توخذ ظلما ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له وان اراد الاعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقر ليستعين به الفقير عن الظلم وينال المعطي الثواب وقوله الحكم ما بينا يعني ما ذكره في ان الكفالة فيما كان بحق جائزة وبغير حق فيها خلاف قوله ومن قال لآخر المراد الفرق بين المسئلتين احدهما من اقر بدين مؤجل لرجل فاعترف بالدين المقر له وانكر الاجل القول للمقر له ولو اقر بكفالته لرجل بدين مؤجل فاعترف المقر له وانكر الاجل القول للكفيل في ظاهر الرواية خلافا للشافعي حيث الحق الاول بالثاني فجعل القول في المسئلتين للمقر له ولابي يوسف على رواية ابراهيم بن رستم حيث الحق الثاني بالاول فجعل القول فيهما للمقر له وما وقع في اكثر نسخ الهداية من عكس ذلك وهو ان الشافعي الحق الثاني الاول وابو يوسف قلبه سهو من الكاتب وجه قول الشافعي ان الدين نوعان حال ومؤجل فاعترافه بالمؤجل اعتراف بنوع الاعتراف بخطة ردية او جيدة ولا يلزم النوع الآخر فالقول للمقر كالكفيل وجه ابي يوسف انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق الا بحجة كما في الاول وصار الاجل كالخيار فيما لو اقر بالكفالة على انه بالخيار وانكر الطالب القول للطالب في انكاره الخيار وجه المذهب ان المقر بالدين اقر بما هو سبب للمطالبة في الحال اذ الظاهر ان الدين كذلك لانه انما يثبت بدلا عن قرض واتلاف او بيع ونحوه والظاهر ان العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال الا ببدل في الحال فكان الحلول الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل معروضا لعارض لا نوعا ثم ادعى لنفسه حقا وهو تاخيرها والآخر ينكره وفي الكفالة ما اقر بالدين على ما هو الاصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له وهذا لان التزام المطالبة يتنوع الى الزامها في الحال او في المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك فانما اقر بنوع منها فلا يلزم

قال ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى تقضى له بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية فلم يُقْضَ له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل شيء فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن ابي يوسف ﷺ انه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مستشبعة فربما تقع على الثمن وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد يقع على حقوق العقد التي للمشتري على البائع كالرد بالعيب والاستحقاق فيصح ضمانه لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا فلو ضمن له ما يصير عند حنيفة ﷺ لاجبار عن تخليص البيع تسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه عند هما وهو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته عند تعذر

بالنوع الآخر بخلاف الكفالة على انه بائع فانها ضعيفة لقلة وجوبها فلذلك سومح فيه المخلص من ادعى مالا فهو موجل في الواقع فان اعترف به موجلا لا يصدق وان انكر يكون كاذبا وخاف ان اعترف به كذلك لا يصدق في الاجل فيحتاج ان يقول للمدعى هذا المال الذي تدعيه موجل ثم يجعل فان قال موجل حصل المقصود وان قال مؤجل ينكر وهو صادق وفي العيون من عليه دين موجل اذا حلف اليوم قبله شيء ارجو ان لا يكون به بأس لامكان ان لا يقصد به الواقعة قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل وفاعل يأخذ ضمير حر. الكفيل مفعول يعني لم يطالبه حتى يقضي له بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق او القضاء به وبالبيع لا ينتقض البيع اي ينفسخ على ظاهر الرواية واحترز بظاهر الرواية عن رواية الاملاء عن ابي يوسف انه يأخذ الكفيل قبل ان يقضي على البائع بالثمن لان الضمان توجه على البائع وجب للمشتري مطالبته فكذلك على الكفيل وبظاهر الرواية اخذ كر من ان مجرد الاستحقاق لا ينفسخ البيع فبالضرورة لا يجب الثمن على البائع وهو على ملكه ولا يعود الى ملك المشتري حتى لو كان الثمن عبدا فاعتقه البائع بعد القضاء بالاستحقاق بعد عتقه وكذا لو كان المشتري باعها من غيره وقاسمت من يده اثنان فليس للمشتري الاول ان يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه المشتري الثاني كما لا يجتمع البدلان في ملك واحد واذا لم يجب الثمن على الاصيل لا يجب على الكفيل بخلاف ما لو قضى بحرية العبد ونحوه لان البيع يبطل لعدم المحلية للبيع فيكون استحقاقا مبطلا للملك رأسا وما نحن فيه استحقاق ناقل للملك فمحليته للملك باقية واحتمال اجازة المستحق للبيع القائم ثابت فانتفى هذا الاحتمال يبقى الملك بخلاف ما اذا قضى على البائع بالثمن لارتفاعه وصح في فصول الاستروشني انه للمستحق ان يجيز بعد قضاء القاضي وبعد قبض الثمن قبل ان يرجع المشتري على بائعه بالثمن والرجوع بالقضاء يكون فسخا والاستحقاق المبطل له دعوى النسب ودعوى المرأة المحرمة الغليظة ودعوى الوقف على المشتري اذا وانما كانت مسجلا ويشارك الاستحقاق الناقل في ان كلا منهما يحيل المستحق عليه من يملك ذلك الشيء من جهته مستحقا عليهم حتى انه لو اقام واحد منهم البينة على المستحق بالملك المطلق تقبل بينته ويختلفان في ان كل واحد من الباعة في الناقل لا يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه ولا يرجع على كفيل المدرك ما لم يقبض على المكفول عنه وفي المبطل يثبت لكل منهم الرجوع على بائعه وان لم يرجع عليه ويرجع على الكفيل ومن لم يقبض على المكفول عنه واستثنينا من مسائل الاستحقاق جملة وقوله ومن اشترى اي الاستحقاق اوائل الزيادات في ترتيب الاصل يريد ترتيب محمد فانه بدأ بباب الماذون واحترز بالاصل عن ترتيبها الكائن الآن فانه ترتيب ابي عبد الله الزعفراني تلميذ محمد بن الحسن فانه غير ترتيب محمد الذي هي عليه الآن وانما سماه محمدا بالزيادات لان اصول ابواب ما لي ابي يوسف وكان محمد يحمل ذلك اباب من كلام ابي يوسف اصلا ثم تزيد عليه فقرعها بابا بابا قوله ومن اشترى عبدا وضمن له رجل بالعهدة لان هذه اللفظة مشتبهة المراد فانها تقال للصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقال الشيخ ابو بكر الرازي هو كتاب الشراء وهو ملك المشتري فهو بمنزلة ضمن لرجل ملكه وفي بلادنا يقال خاص منه وهو مكتوب شراء البخاري ويقيم النفس العقد لان العهدة من العهد كالعقدة من العقد والعهد والعقد واحد ويقع على حقوق العقد لانها تراد على خيار الشرط وهي في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط فيه ولكل وجه قد بيناه واذا تعددت المفاهيم تعذر العمل بها قبل البيان بخلاف ضمان الدرك فانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا فلا تعذر وذكر بعض المشايخ ان عند ابي حنيفة ضمان العهدة هو ضمان الدرك وهو ضمن الخلاص للمبيع عنده بخلافهما وهذا عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه وغير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع ان قدر عليه وتسليم قيمته ان لم يقدر عليه وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص الدرك والعهدة عند ابي يوسف ومحمد يعني فيكون صحيحا لانه ضمان الدرك عندهما فصح الكلام فتمت الالفاظ ثلاثة ضمان الدرك جائز بالاتفاق وضمان العهدة لا يجوز باتفاق ظاهر الرواية وضمان الخلاص مختلف فيه في ظاهر الرواية وقد ذكر ابو بند في شروطه ان ابا حنيفة وابا يوسف كانا يكتبان في الشروط فما ادرك فلان بن فلان فعلى فلان فعلى هذا لا يحتاج الى ذكر الخلاص وان لم يسلمه لا يبقى الضمان تخليص المبيع وعلم من هذا ان الخلاف فيما اذا ذكر ضمان الخلاص مطلقا اما اذا ذكر خلاص المبيع او الثمن

باب كفالة الرجلين

وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما إذا اشتريا عبدا بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لأن كل واحد منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وبحق الكفالة لأن الأول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للأول فيقع عن الأول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه فله أن يرجع عليه لأن أداء نائبه كأدائه فيؤدي إلى الدور. وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان أو كثيرا ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الأصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعا عنهما إذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي إلى الدور لأن قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينتقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

باب كفالة الرجلين لما نزل جزء ما قبله منزلة المركب من المفرد ذكر عقيبه **قوله** وإذا كان الدين على اثنين بأن اشتريا عبدا بألف درهم صفقة واحدة وكفل كل منهما عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزائد ووجهه أن كلا منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وما عليه بحق الكفالة لقوة الأول وضعف الثاني لأن الأول دين عليه والثاني مطالبة بلا دين ثم هو تابع فوجب صرف المؤدى إلى الأقوى تقديما للأقوى على الأضعف على ما هو مقتضى العادة والإيقان هذا يقتضي أن على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة يكون المؤدى بينهما كما هو قول طائفة من مشايخنا ونقله ابن قدامة عن الأئمة الثلاثة لهذا إلا أن يصرفه بنيته أو بلفظه إلى أحدهما إلا أنا نقول الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا فإن الدين الثابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الأصالة ألا يرى أن المريض إذا اشترى في مرضه شيئا كان من جميع المال ولو كفل كان من الثلث وأيضا لو اشترى المريض وعليه دين جاز ولو كفل وعليه دين لا يجوز وإنما لا يكون بصرف بنيته لأن النية في الجنس الواحد لغو وهذا الدين واحد حتى لو كان نصف الدين قرضا ونصفه ثمن مبيع وعين صح وفي الجنسين تعتبر تعيينه لأنه مفيد فيهما ولأنه لو وقع في النصف عن الكفالة كان له أن يرجع عليه فلصاحبه أن يرجع بما رجع به المؤدي لأن أداء نائبه يعني كفيله بأمره كأدائه بنفسه ولو أدى بنفسه رجع فكذا نائبه لكن إذا جعله عن صاحبه فلذلك يرجع بجميع ما رجع به صاحبه والإلم يكن له أن يرجع إلا بنصف ما رجع به صاحبه بأن أدى الأول مائتين يرجع بنصفها لأنه في إحدى المائتين أصيل فإذا رجع به على صاحبه لم يقيد صاحبه أن يرجع بكليتها إلا إذا اعتبر نفسه مؤديا كلها عن صاحبه المؤدي حقيقة وإلا لم يرجع إلا بنصفها لأنه لو أدى حقيقة بنفسه انصرف منها خمسون إلى ما عليه أصالة وخمسون إلى ما عليه كفالة وإنما يرجع بها عن الكفالة فيؤدي إلى الدور وما يؤدي إليه ممتنع فلم يقع عن صاحبه وإلا تغير حكم الشرع إذ الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع وقد علمت أنه امتنع الدور واعلم أنه ليس المراد حقيقة الدور فإنه توقف الشيء على ما يتوقف عليه ورجوع المؤدي ليس متوقفا على رجوع صاحبه بل إذا رجع للآخر أن يرجع ولا يلزم كونه في مال واحد بل إنشاء إعطاء وما أخذ فإذا رجع الآخر استعاده وأعطاه غيره وكذا الأول فاللازم في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدي إليه والحق أن هذا الوجه باطل لأن رجوع المؤدي عنه لا يمكن أن يسوغه شرعا اعتبار المؤدي عنه أنه أدى عن غيره والمؤدي عنه لم يؤد لأنه اعتبار باطل يؤدي إلى أن المؤدي عنه يرجع على المؤدي عنه بمثل ما أدى إلى الطالب وهو نقيض ما يقتضيه الشرع أن المؤدي هو الذي يرجع على المؤدي عنه بمثل ما أدى وكيف يكون أداء الإنسان عن غيره سببا لأن يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر هذا مجازفة عظيمة **قوله** وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان أو كثيرا ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة من غير نظر إلى اتحاد الدين وإلا فتجتمع الكفالتان وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل لأنه التزام ما على الكفيل من المطالبة بما كفل به كما يصح عن الأصيل بالتزام المطالبة بما عليه وكما تصح الحوالة من المحتال عليه بالمحال به على آخر فإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعا عنهما إذ الكل كفالة بعضه عن نفسه وبعضه عن الكفيل الآخر فلا ترجيح للبعض على البعض ليقع النصف الأول عن نفسه خاصة بخلاف ما تقدم وإذا لم يترجح ما عليه من جهة المديون وما عليه من جهة الكفيل الآخر فيرجع على شريكه بنصف جميع ما أدى ولا يؤدي إلى الدور لأن قضيته الاستواء في العقد مع الكفالة وقد حصل برجوع أحدهما وهو المؤدي بنصف ما أدى فلا ينتقضه برجوع غير المؤدي بما يوجب بخلاف ما تقدم لا استواء فيه في الأصالة فإن أحدهما

ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه وإن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل بجميع المال عنه بأمره **قال** وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل فبقي المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه ولهذا يأخذه به

قال وإذا افترق المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤوا بجميع الدين لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في كتاب الشركة ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين **قال** وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه أن هذا العقد جائز استحسانا وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب الألف عليه فيكون عتقهما معلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالألف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب إن شاء الله تعالى وإذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة **قال** ولو لم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون المال وسيلة إلى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان وإذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة فإن أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤديه لأنه مؤد عنه بأمره وإن أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لأنه أدى عن نفسه والله أعلم

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لأن المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة إلا أنه لا يطالب لعسرته إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما إذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر ثم إذا أدى رجع على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه

عليه أقوى من الآخر فلم يستويا فلم يستو موجبهما فلهذا لا يرجع إلا بما أدى على النصف وبهذا الفرق باعتبار الوجه الأول في المسألة الأولى ولو كان الوجه الثاني صحيحا لم يقع الفرق باعتباره لأن مسوغ رجوع المؤدي حينئذ اعتبار نفسه أدى ما أدى عنه المؤدي واحتسابه عن المؤدي وهذا ممكن هنا بعينه بأن يقول هذا الذي ترجع به علي بسبب أنك أديته عني هو كأدائي بنفسي فكأني أنا الذي أديته ووهبته عنك فأنا أرجع عليك به ولا شك في بطلان هذا فلا يقع الفرق إلا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الأول **قوله** ثم يرجعان يعني الكفيلين المتكافلين على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه وإن شاء رجع الكفيل المؤدي بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل عنه بجميع المال بأمره ثم أداه **قوله** وإن أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل فبقي المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله **قوله** وإذا افترق المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤوا بجميع الدين لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في كتاب الشركة من أن شركة المفاوضة تنعقد على كفالة كل منهما عن الآخر وكفالة كل عن الآخر إلا ما استثني ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين المديونين بدين واحد والله الموفق **قوله** وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة بأن قال مثلا كاتبتكما على ألف إلى عام وكل واحد منكما كفيل عن صاحبه وكل شيء أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه ووجهه أن هذا العقد وهو عقد الكفالة جائز استحسانا خلافا للأئمة الثلاثة كما لو كانت الكتابة واحدة فقط خلافا [illegible] كفالة ببدل الكتابة وهي باطلة والعقد شرط فيه كفالة المكاتب وهو باطل والكتابة تبطل بالشروط الفاسدة ووجه الاستحسان أنه يمكن أن يعتبر له وجه صحيح فيجعل عليه المال على أحدهما وعتق الآخر معلقا بأدائه كما في الولد المولود في الكتابة فيجعل كل منهما في حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلقا بأدائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الأصالة لا الكفالة وفي الحقيقة المال مقابل بهما منقسم عليهما بخلاف ما إذا اختلفت كتابتهما لأن عتق كل منهما معلق بمال عليه على حدة فتعذر تصحيحه وفيما وراء ذلك الاعتبار الصحيح الحقيقة هي المعتبرة حتى أن ما أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه لاستوائهما ولو لم يؤديا شيئا حتى أن المولى أعتق أحدهما جاز لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون وسيلة إلى عتقه ولم تبق وسيلة لحصول عتقه بطريق آخر فيسقط ويبقى النصف على الآخر لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وإنما جعل على كل منهما احتيالا لتصحيح الضمان والحامل عليه تشوف الشارع إلى العتق فإذا جاء العتق استغني عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فوجب أن يتنصف وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة وأورد عليه أنه يستلزم كون الحر كفيلا ببدل الكتابة وهو لا يجوز وأجيب بأن هذا في حالة البقاء لا في الابتداء كما لو مات شهود النكاح فإن أخذ الذي عتق رجع على صاحبه بما أدى وإن أخذ به الآخر لم يرجع على الذي عتق بشيء لأنه بما أدى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه أخره لأنه يتعلق به لتأخره بالرق **قوله** ومن ضمن عن عبد مالا موصوفا بكونه لا يجب على العبد حتى يعتق كأن أقر باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه إنسان أو باعه وهو محجور فإنه لا يجب عليه إلا بعد عتقه وكذا إذا أودع شيئا فاستهلكه أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى بخلاف ما لو كان استهلاك المال معاينا معلوما فإنه يؤخذ به في الحال فإذا كفل رجل عن العبد بالمال الذي لا يجب عليه إلا بعد الحرية من غير أن يشرط في الكفالة تأجيلا وهذا هو المراد بقوله لم يذكر حلولا ولا غيره لزم الكفيل حالا لأن المال حال على العبد لوجود السبب وقبول الذمة وعدم الأجل وكيف والعتق لا يصلح أجلا لجهالة وقت وقوعه وقد لا يقع أصلا وإنما لا يطالب لعسرته إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض

ن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا **قال** فان ادعى رقبة العبد وكفل به رجل
مات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة
واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول **قال** واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع
احد منهما على صاحبه قال زفر رح يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته
عن العبد فتصح على كل حال لانه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة
للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه

بتعلقه به اي تعلق الدين بملكه والكفيل غير معسر فالمانع الذي تحقق في الاصل منتف من الكفيل مع وجود المقتضي وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل
فيطالب به في الحال فصار كما لو كفل عن مفلس او غائب يلزمه في الحال مع ان الاصيل لا يلزمه وهذا احسن في حلول هذه الكفالة بخلاف وجه تاخير الدين
الى العتق وهو العسرة وعدم رضى المولى فانه لو تم لزم تاخير دين الاستهلاك المعاين لعسرته وعدم رضى المولى بل الوجه عدم نفاذ تصرف
غير المولى في حقه بما يضره اعني تصرف المقرض والبائع للعبد ولم يرض بايداع المودع عند عبده ولا بتمكين المراة وعدم نفاذ قول العبد
في حق المولى اذا كان يكذبه بخلاف الاستهلاك المعاين فانه ليس فيه احدهما فينفذ في حقه دفعا للضرر لم يتسبب فيه على نفسه فيجب الدين
في الحال فيؤخذ من كسبه ان كان له كسب والا تباع رقبته فيه الا ان يفديه المولى هذا هو المرجح في قول محمد في العبد الذي يستهلك بالمال الذي
لا يجب حتى يعتق بخلاف الدين المؤجل لانه متاخر بلا مؤخر صحيح ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعاين ينبغي ان يرجع قبل العتق اذا ادى لانه دين غير
مؤخر الى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته او القضاء عنه وبحث اهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الامر بالكفالة من العبد او السيد وقوي
عندي كون المعتبر امر السيد لان الرجوع في الحقيقة عليه **قوله** ومن ادعى على عبد مالا وكفل رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل
وهو ظاهر لا فرق في ذلك بين كون المكفول به حرا او عبدا وانما فرضها في العبد ليترتب عليها مسئلة دعوى الرقبة وهي قوله فلو كان ادعى رقبة العبد
وكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد رقبة العبد على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم
الكفيل ذلك وبعد الموت القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل وهو كالوكيل بالمغصوب حيث يؤخذ برد عينه فان عجز فبقيمته فحاصله انه كفل
بمال هو رقبة العبد والمكفول عنه المولى بخلاف ما لو كفل بالمال الذي على العبد فمات يجب ضمانه والمكفول عنه فيه هو العبد وكذا عن الحر
فمات الحر مفلسا لا يبرأ الكفيل في قولهم جميعا بخلاف من كفل عن المفلس بعد موته على ما تقدم من الخلاف فيه **قوله** واذا كفل العبد عن مولاه بامره
فعتق فادى او كان المولى كفل عن عبده وادى بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على الآخر بشيء ونقل عن زفر في شرح الجامع انه يرجع قال المص
ومعنى الوجه الاول يعني ضمان العبد عن سيده ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته عن سيده وهذا لان الاصل ان كفالة العبد
لا تصح مطلقا لان الكفالة انما تصح ممن يصح منه التبرع على ما قدمناه اول الباب فلذا لا تصح من الصبي غير المأذون غير ان امر السيد له بها فك الحجر فيه
فيصلح حتى تباع رقبته في دين الكفالة اذا كفل لغير السيد باذن السيد فاذا كان على العبد دين لا يملك السيد ماليته لتعلق حق الغرماء بها فلا يعمل امره
اياه بالكفالة بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين فان لمولاه الحق في ماليته فيعمل اذنه له في ان يكفل عنه وفي بعض نسخ الهداية ومعنى المسئلة ان يكون عليه دين
وليست صحيحة لما بيناه اما كفالة السيد عن العبد فصحيحة على كل حال سواء كان على العبد دين او لا فان قيل دين العبد الذي يظهر في حق المولى يقضى
في ماليته وهي ملك المولى فاي فائدة في هذه الكفالة اجيب بان الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين او لا معه يقضى من جميع امواله بخلاف
ما اذا لم يكفل فانه لا يلزمه عينا الا ان يسلمه ليباع وقد لا يفي ثمنه بالدين فلا يصل الغرماء الى تمام الدين وبالكفالة يصلون لزفر رح انه تحقق الموجب
للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو كونه عبده ولا يستوجب واحد من السيد والعبد دينا على الآخر فقد زال بالعتق فان الاداء منهما
بعد فيجب الرجوع ولنا انها وقعت من كل منهما غير موجبة للرجوع بما قلنا ان واحدا منهما لا يستوجب دينا على الآخر فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل
عن غيره بغير امره فبلغه فاجاز فادى الكفيل لا يرجع لان معنى الامر وان تحقق في حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع لان الاصل
انما يقع لانه ما لا يكون لبقائه حكم الابتداء وهذه الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة للرجوع لما قلنا من ان كل واحد من السيد والعبد

صحت

ولا تجوز الكفالة على الكتابة بدل الكتابة أو بعد النجوم ومن شرط صحة الكفالة فلانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن إيجاب هذا الوجه في ذمة الكفيل وإنما قلنا مطلقا ليتناول ما لو كان من بدل السعاية كما لا يمكن أن يقال عند أبي حنيفة رحمة الله عليه لأنه كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة

ليس يجب على الآخر دينا إلا أن يكون العبد مديونا فح ثبت له الدين على السيد حالا وقعت غير موجبة فلو انقلبت موجبة كان في حال البقاء وليس ببقائها حكم الابتداء لأنها تقع لازمة وقد طولب بالفرق بين هذه وبين الراهن إذا اعتق العبد الراهن فهو معسر فان العبد يسعى في ذلك الدين ثم يرجع به على سيده فلم لا يرجع هنا حتى إذا أداه فحازان يرجع على المولى أما هناك فزمان استيجاب الدين وهو زمان الكفالة كان عبدا فيه قوله ولا تجوز الكفالة ببدل الكتابة حتى تكفل به أو بعبده وكذا لا تجوز بمال آخر للسيد على المكاتب لانه إنما يعقد الكتابة بشرط مع المنافي وهو براءة السيد المكاتب لا يجب ما بقي عليه درهم وذلك يقتضي نفي الدين للسيد على عبده فانما ثبت على خلاف القياس للنص لتحقيق العتق للتشوق الشارع اليه فيقتصر عليه فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولان المكاتب لو عجز نفسه سقط هذا الدين ولا يمكن إثباته أي إثبات هذا الدين على هذا الوجه على الكفيل وهو كونه إذا عجز الكفيل نفسه يسقط عنه وإثباته مطلقا في ذمة الكفيل عن هذا الوصف ينافي معنى الضم لان من شرط الاتحاد ولو اثبتناه على الاطلاق على الكفيل وعلى تمكنه من اسقاطه على الاصيل لم يفد الدين عليهما وبدل السعاية كبدل الكتابة في قول ابي حنيفة رح لانه كالمكاتب عنده للعلة الاولى لان لاحكام العبد عنده حتى لا تقبل شهادته ولا يتزوج اكثر من حرتين وضيفحده وشهادون العلة الثانية اذ لا يقدر على ان يسقط عنه دين السعاية بتعجيز نفسه وعندهما تصح الكفالة به لانه دين عندهما واما الكفالة للمكاتب بدين له على اجنبي ليس من جنس بدل الكتابة فجائزة واما العبد التاجر اذا كان مولاه دينا وان كان عليه دين صحت الكفالة لان كسبه حق الغرماء لا السيد فكان الدين واجبا في ذمته كما في ذمة غيره فصحت الكفالة والكفالة بالنفس مثل ذلك ان لم يكن على العبد دين لا يصح وان كان صحت

كتاب الحوالة

الحوالة تناسب الكفالة لان كلا منهما عقد التزام ما على الاصيل للمرتفق الا ان الحوالة تتضمن براءة الاصيل براءة مقيدة على ما يعلم بخلاف الكفالة فانها لا تتضمنها فكانت كالمركب مع المفرد والمفرد مقدم فاخر الحوالة عنها واخر اثر الكفالة اقرب الى الاصيل وهو عدم السقوط بعد الثبوت واثر الحوالة ابعد منه والحوالة اسم من الاحالة ومنه يقال احلت زيدا بحقه على عمرو فاحتال اي قبل فاعيل وزيد محال وابتاع المحتال والمال محال به والرجل محال عليه ويقال محتال عليه بتقدير الاصل في محتال الواقع اسم فاعل محتول بكسر الواو وفي الواقع مفعولا محتول بالفتح كما يقدر في مختار الفاعل مختيار بكسر الياء وبفتحها في مختار المفعول لا حاجة له مع المحتال الفاعل فلا حاجة اليها بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهما محتال ومحتال عليه فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه وفي المغرب تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل الشيء من محل الى محل ويقال للمحتال احيل الغيا فالمحيل هو المديون والمحال والمحتال رب الدين والمال عليه والمحتال عليه هو الذي التزم ذلك الدين للمحتال والحال نفس الدين وهي في الشرع نقل المطالبة من ذمة المديون الى ذمة الملتزم بخلاف الكفالة فانها ضم في المطالبة لا نقل فلا يطالب المديون بالاتفاق وانما اختلف المشايخ في ان الدين اليه ينتقل او لا سنذكره من ترتيب

قال وهي جائزة بالديون قال عليه السلام من احيل على ملئ فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فيصح كالمقالة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل في الدين لا في العين **قال** وتصح الحوالة برضاء المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تقضي بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره **قال** واذا ثبتت الحوالة برئ المحال من الدين بالقبول

فلو اريد التعريف على قول الثاقلين بخصوصهم قبل نقل الدين او قول النافيين قبل نقل المطالبة فقط **قوله** وهي جائزة بالديون قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابو هريرة مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملئ فليتبع متفق عليه واما لفظ احيل مع لفظ تبع كما ذكره المصنف فرواية الطبراني عن ابي هريرة في الاوسط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطل الغني ظلم ومن احيل على ملئ فليتبع رواه احمد وابن ابي شيبة ومن احيل على ملئ فليحتل قيل وتقدير وهي فاذ احيل بالفاء فيفيد ان الامر بالاتباع للملاءة على معنى اذا كان محل الغني ظلما فاذ احيل على ملئ فليتبع لانه ملئ لا يتبع في الظلم والله اعلم ثم اكثر اهل العلم على ان الامر المذكور امر استحباب وعن احمد الوجوب والحق الظاهر انه امر اباحة هو دليل جواز نقل الدين شرعا لا المطالبة فان بعض الاملياء عندهن اللدد في الخصومة وتعسير ما يتكثر به الخصومة والمضارة فمن علم من حاله هذا لا يطيب الشارع اتباعه بل عدمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم واما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك في ان اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المديون والتيسير عليه ومن لا يعلم حاله فمباح لكن لا يكمن اضافة هذا التفصيل الى النص لانه جمع بين معنيين مجازيين بلفظ الامر في اطلاق واحد فان جعل للاقرب اخر معه القيد والا فهو دليل الجواز للاجماع على جواز ارادة الحاجة وانما خصت بالدين لان النقل الذي تضمنه نقل شرعي وهو لا يتصور في الاعيان بل المتصور فيها النقل الحسي فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين **قوله** وتصح برضى المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو اي الدين هو الذي ينتقل بها اي بالحوالة والذمم متفاوتة في حسن القضاء والمطل فلا بد من رضاه والا لزمه الضرر بالزامه اتباع من لا يوفيه واما المحتال عليه فلانه الذي يلزمه الدين ولا لزوم الا بالتزامه ولو كان مديونا للمحيل لان الناس تتفاوتون في الاقتضاء من بين سهل ميسر وصعب عسر واما المحيل فالحوالة تصح بلا رضاه وذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو اي المحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه عاجلا باندفاع المطالبة عنه في الحال واجلا بعدم الرجوع عليه لانه لا يرجع الا بامره وحيث يثبت الحوالة بغير رضاه كان بغير امره واول في الاضح المذكور في القدوري بما اذا كان للمحيل على المحتال عليه دين بعد ما يقبل الحوالة فان قبول الحوالة حينئذ من المحتال عليه يكون اسقاطا لمطالبة المحيل عن نفسه اعني نفس المحتال عليه والاصح الابرضاه وكذا في الجنازية واشتراط رضى المحيل قول الائمة الثلاثة قالوا الان للمحيل ايفاء ما عليه من اي جهة شاء فلا تتعين عليه بعض جهات ونقل ابن قدامة ان رضى المحيل لا خلاف فيه ليس بصحيح وصورته ان يقول رجل لصاحب الدين لك على فلان بن فلان الف فاحتل بها علي فرضي الطالب واجاز صحت الحوالة حتى لا يكون له ان يرجع بعد ذلك وستبين الحق فيه عندنا هذا والاصح الحوالة في غيبة المحتال في قول ابي حنيفة ومحمد كما قلنا في الكفالة الا ان يقبل رجل الحوالة للغائب فيتوقف على اجازته اذا بلغه وكذا الا يشترط حضرة المحتال عليه حتى لو احال على غائب فبلغه فاجاز صحت **قوله** واذا ثبتت الحوالة بالقبول برئ المحيل من الدين هذا قول طائفة من المشائخ وهو الصحيح من المذهب وقول طائفة اخرى لا يبرأ الا من المطالبة فقط وقال زفر لا يبرأ من المطالبة ايضا فالنظر في خلاف المشائخ اولا حتى يثبت المذهب ثم ينظر في خلاف زفر وقالوا ان المذهب لا يبرأ عن الدين استدلوا بمسائل ذكرها محمد تقتضي ذلك منها

وقال زفر رحمة الله عليه لا يبرء اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة النقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملاء والاحسن في القضاء وانما يجبر على القبول اذا فقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا

ان المحتال اذا ابراء المحتال عليه يصح ولا يرتد برده كابراء الكفيل ولو انتقل اصل الدين الى ذمة المحتال عليه وجب ان يرتد برده كما لو ابراء المحتال المحيل قبل الحوالة لما فيه من معنى التمليك ومنها ان المحيل اذا فقد المحتال ماله بعد الحوالة يجبر على القبول فلو انتقل اصل الدين بالحوالة كان متبرعا بمال للمحتال فلا يجبر على قبوله لغيره ومنها ان المحتال اذا وكل المحيل بقبض مال الحوالة من المحتال عليه لا يصح ولو انتقل الدين صار المحيل اجنبيا عنه وتوكيل الاجنبي بقبض الدين صحيح ومنها ان المحتال اذا ابراء المحتال عليه لا يرجع المحتال عليه بذلك على المحيل ولو كانت الحوالة بامر المحيل ولو وهب من المحتال عليه يرجع به على المحيل كما في الكفيل ان لم يكن للمحيل عليه دين والا التقيا قصاصا ولو كان الدين يتحول الى ذمته كان الابراء والهبة في حقه سواء فلا يرجع والقائلون المذهب ينتقل الدين فاستدلوا بان المحتال اذا وهب الدين من المحيل او ابراه من الدين بعد الحوالة لا يصح ابراؤه وهبته ولو بقي الدين في ذمته صح وجعل شيخ الاسلام هذا الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فعند ابي يوسف ينتقل الدين والمطالبة وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين قال وفائدة هذا الخلاف تظهر في مسئلتين احدهما ان الراهن اذا حال المرتهن بالدين فله ان يسترد الرهن عند ابي يوسف كما لو ابراه عنه وعند محمد لا يسترده كما لو اجل الدين بعد الرهن والثانية اذا ابراه الطالب المحيل بعد الحوالة لا يصح عند ابي يوسف لانه بري بالحوالة وعند محمد يصح فبري المحيل لان اصل الدين باق في ذمته وانما تحولت المطالبة ليس غير وقد انكر هذا الخلاف بينهما بعض المحققين وقال لم ينتقل عن محمد نص بنقل المطالبة دون الدين بل ذكر احكاما متشابهة واعتبر الحوالة في بعضها تاجيلا وجعل المحول بها المطالبة لا الدين واعتبرها في بعض الاحكام ابراء وجعل المحول بها المطالبة والدين وانما فعل هكذا لان اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين اذ الحوالة مبنية عن النقل وقد اضيف الى الدين واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبة لان الحوالة تاجيل معنى الا ترى انه اذا مات المحتال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وهذا هو معنى التاجيل فاعتبر المعنى في بعض الاحكام واعتبر الحقيقة في بعضها نعم يحتاج الى بيان كمية خصوص الاعتبار في كل مكان وسيجيب المص عن بعضها في خلافية زفر هذه اذا عرف المذهب ح جينا الى خلاف زفر ره للاعتبار بالكفالة بجامع ان كلا منهما عقد توثق ولم ينتقل فيها دين ولا مطالبة بل اشتراك ولان عدم الانتقال ادخل في معنى التوثق اذ يصير له مكنة ان يطالب كلا منهما فكذا هذا ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس فوجب نقل الدين والدين اذا انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم لغة لانها من الكفل وهو الضم فوجب فيها اعتبار ضم الذمة الى الذمة لان الاحكام يعني العقود الشرعية المسماة باسماء تعتبر فيها معاني تلك الاسماء وهو فائدة اختصاصها باسمائها قوله عقد توثق والتوثق ان يطالب كل منهما قلنا بل التوثق لم ينحصر في ذلك بل يصدق باختيار الاملى والايسر في القضاء فكفى به في تحقيق معنى التوثق في مسمى لفظ الحوالة غير متوقف على خصوص ما ذكر من التوثق وهذا الدليل ينتهض على زفر فانه قال يبقى الدين والمطالبة على الاصيل اما الطائفة من المشايخ القائلون بنقل المطالبة دون الدين فلا فانه

قال ولا يرجع المحتال على المحيل الا ان ينوي حقه وقال الشافعي رحمة الله عليه لا يرجع وان نوى لان البراءة قد حصلت مطلقة فلا يعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع

اذا قال الحوالة مبنى على النقل فيعتبر فيها ذلك قالوا اسلما واعتبار نقل المطالبة كاف في تحقيق معنى النقل غير متوقف على نقل الدين كما قلت لزفر تحقيق التوثق بتحصيل باختيار الا على الى آخره غير متوقف على كل ما يحصل به التوثق وقوله وانما يجبره الى آخره جواب نقض من قبل زفر وهو ما سبق من ادلة القائلين من المشايخ بعدم نقل الدين وهو ان المحيل اذا نقد المحتال الدين المحال به قبل نقد المحال عليه اجبر المحتال على القبول فلو لم يكن الدين باقيا على المحيل لم يجبر لانه متبرع بشيء لمن ماله فلا يجبر على قبوله اجاب بانه لا يلزم على تقدير النقل ان يكون متبرعا محضا وانما يكون ذلك لو لم يكن عود الدين المنتقل اليه بعينه ممكنا نحو فاقد يتوقع فاما ان كان فلا لانه على ذلك التقدير دافع عن نفسه مطالبة على تقدير تحقق سببها فهذا الجواب يدفع هذا الوارد من حيث هو نقض لزفر وليل لتلك الطائفة وقد نقض من قبل زفر بوجود الحوالة ولا نقل اصلا بما اذا وقعت بغير اذن المحيل واجيب بان معنى النقل تحقق فيه بعد اداء المحتال عليه حتى لا يبقى اذا ذاك على المحيل شيء الا ان قد يقال لو صح هذا لصح ان يقال الكفالة بغير امر المكفول عنه فيها نقل الدين ايضا بهذا الوجه لانه اذا ادى الكفيل عنه لم يبق عليه شيء والحق ان اصل الجواب ساقط فان انتقاء الدين عن المحيل باداء المحتال عليه ليس هو نقل الدين بل انتفاءه من الوجود بالكلية وليس هذا النقل بل نقله تحوله عن محل هو ذمة المحال عليه وعندي ان الجواب هو ان الحوالة بغير اذن المحيل ليست حوالة من كل وجه لان حقيقة الحوالة ان كان فعل المحيل فهو الاحالة او الحاصل من فعله فهو منتف الانتقال الفعل منه والنقل انما هو في حقيقتها ولهذا اجاز المالكية هذا المعنى واخرجوه من الحوالة وسموه حمالة وحكموا شطر حكم الحوالة وهو اللزوم على المتحمل دون شطرها الآخر وهو انتقال الدين عن المديون فلم تكن حوالة والا استعقب تمام حكمها وهذا هو عندنا قوله ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان نوى حقه وقال الشافعي رح لا يرجع وان نوى بموت او افلاس او غيره وهو قول احمد والليث وابي عبيد وعن احمد اذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم الطالب بذلك فله الرجوع الا ان يرضى بعد العلم وهو قول مالك لان الافلاس عيب في المحال عليه فله ان يرجع بسببه كالمبيع ولان المحيل غره فهو كما لو دلس المبيع يرجع به وللشافعي ان البراءة الحاصلة بالانتقال حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولا سبب فلا عود ويؤيده ما روي عن ابن المسيب انه كان له على علي دين فاحاله به على اخر فمات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخرت علينا فقال ابعدك الله فمنع رجوعه ونحن نمنع كون البراءة مطلقة بل هي مقيدة بمعنى شرط السلامة وان كانت مطلقة وهذا القيد يثبت بدلالة الحال وهو ان المقصود من شرط الحوالة ليس مجرد الوجوب على الثاني لان الزم باعتبار هذا العقد رشاوته وانما تفاوت في احسان القضاء وعدمه فالمقصود التوصل الى الاستيفاء من المحل الثاني على وجه لا ان والالم يتحول عن الاول فصارت السلامة من المحل الثاني

قال والتوى عند ابي حنيفة رحمه الله على احد الامرين وهو اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة وقالا هذان الوجهان وجه ثالث وهو ان يكابد الحاكم بالمرافعة حتى يعجز لان الامر لا ينتهي دونه فالمماكان المال غائبا ودافع

كالمشروط عادة في العقد الاول فاذا لم يحصل مشروط عادة عقد على الاصيل وصار كما لو صالح على عين فهلكت قبل التسليم يعود الدين لان البراءة ما ثبتت مطلقة بل بعوض فان لم يسلم يعود دينه وما روي عن عثمان رضي الله عنه مرفوعا وموقوفا في المحتال عليه اذا مات مفلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل كما كان وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولفظ الاسرار قال اذا توى المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم وذكر محمد في الاصل عن شريح مثل ذلك وهذا ان الحديثان متعارضان فان كانا صحيحين ولم يثبتا فقد تكافأ فاذا وقع الشك في كيفية العود فقيل تفسخ الحوالة اي يفسخها المحتال ويعاد الدين كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا قبل ان يفسخ ويعود الدين كالمبيع اذا هلك قبل القبض وقيل في الموت عن افلاس يفسخ ويعود الدين في الجحود يفسخ ويعاد وفي طريقة الخلاف قالوا لو مات المحيل والمحال عليه مفلسين لا يرجع فكذا اذا مات المحتال مفلسا بل له الرجوع الا انه سقطت المطالبة بالاداء ولهذا لو اخذ المحتال ما له من المحال عليه لا يكون للمحيل ان يأخذه منه كما في الكفيل والمكفول عنه اذا ماتا مفلسين تبطل الكفالة ثم لا تدل على ان المطالبة لا تثبت حالة حياة المكفول عنه وقالوا مال الحوالة حال كالمقبوض لانه لو هلك كالمقبوض لادى الى الاختلاف عن دين بدين ولا يجوز الحوالة برأس مال السلم والصرف ولو لانه كالمقبوض لم تجز الحوالة واذا مات المحيل مفلسا لا يكون المحتال اسوة للغرماء واذا كان كالمقبوض لا يرجع فلنا ليس كالمقبوض والا يجاز للمحتال ان يشتري شيئا من عبد المحال عليه كما يجوز ان يشتري به من المحال عليه وقولهم لو لم يكن كالمقبوض صار دينا بدين انما يلزم لو كان المقصود منه المعاوضة وليس كذلك كالقرض واما الصرف والسلم فقولنا لانه لو كان كالمقبوض يجوز ان يتفرقا عن المجلس من غير قبض وليس كذلك فانه اذا حال بهما فلو افترقا من غير قبض بطل العقد ولو كانت الحوالة قبضا لكان هذا افتراقا بعد القبض فلا يفسد العقد واما كون المحتال لا يصير اسوة للغرماء اذا مات المحيل ولا مال له سوى ما على المحتال عليه فممنوع قال في الجامع الكبير ولو ان المحال آخر الحوالة سنة فحلت على المحيل وعليه دين آخر سوى دين المحال يقسم دينه على الحوالة بين المحال وبين الغرماء بالحصص لان هذا مال المحيل ولم يصر بالحوالة ملكا للمحال لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتصور لكن تعلق به حق المحال وبهذا الاصل يتعلق الحال المختص به ما لم تثبت السببية بدليل ان العبد المأذون اذا كان له على مولاه دين تعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو جب بعد ذلك دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالحصص انتهى واذا عرف انه يرجع بالتوى بين التوى بقوله والتوى عند ابي حنيفة بكل من امرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة عليه للمحتال ولا تحيل فقوله لا يعني كما ان المحيل والمحتال او يموت مفلسا لا مال له عينا ولا دينا ولا كفيل عنه بدين المحتال عند هما بهذين وجه آخر وهو ان يحكم حاكم بافلاسه وهذا بناء على ان تفليس القاضي صحيح عندهما عنده لا يصح لانه لا يتوهم ارتفاعه بحدوث مال له فلا يعود تفليس القاضي على المحيل والتوى التلف يقال منه توى يتوى ثوى وفي توى لغة اخرى ولو قال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ففي الشافعي

قال واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلتك بدين لي عليك لم يقبل قوله الا بحجة وكذلك عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره لان المحيل يدعي عليه دينا وهو منكر والقول للمنكر والحوالة اقرار بالدين عليه لانها لن تكون بدون ذلك **قال** واذا طالب المحيل المحتال بما احتاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال لا بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين، وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه **قال** ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ تقييدا بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمقبوض لانه انصرف الى خاص كالوفوات ومن تكون الحوالة مقيدة بالدين القضاء

والمبسوط القول للطالب مع اليمين على العلم لانه يتمسك بالاصل وهو العسرة لو كان حيا فزعم انه مفلس فالقول له كذلك بعد موته وفي شرح الناصح القول للمحيل مع اليمين لانكاره صدور الدين **قوله** واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل انما احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وعليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق في حقه وهو قضاؤه دينه بامره لان المحيل يدعي دينا عليه وهو منكر والقول للمنكر ولان قبول الحوالة من المحتال عليه اقرار بالدين عليه لانا نقول ليس من ضرورة قبول الحوالة ذلك بل قد يكون بما عليه وهو المقيدة وقد تكون مطلقة والمطلقة هي حقيقة الحوالة اما المقيدة فلكونها ابراء من وجه القبض واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به وقال انما احلتك لتقبضه لي فقال بل احلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعي عليه اي عن المحيل دينا وهو ينكر فالقول له لان فراغ الذمة هو الاصل وبه قال الشافعي في وجه وفي وجه آخر القول للطالب لان الحوالة بالدين ظاهرا فتكون توكيلا فهو خلاف الظاهر وهو قول احمد وقول المصنف ولفظة الحوالة يستعمل في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه جواب عنه وهو بناء على تساويهما في الاستعمال ومنعه بانهما بالدين لم يتساويا فالحوالة تستعمل فيهما والايفاء عند مجاز استعاري فانتفى تساويهما فان الحقيقة عند ابي حنيفة مقدمة على المجاز المتعارف وقد تكلف شمس الائمة حين استبعد التساوي وتقديم المجاز المتعارف فحملها على ما اذا استوفى المحتال الالف المحال بها وقد كان المحيل باع منه عبدا من المحتال عليه بهذه الالف فيقول المحتال كان المتاع ملكي وكنت وكيلا في بيعه عني والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وما بعته لنفسي فالقول للمحيل لان اصل المنازعة وقع بينهما في ملك ذلك المتاع والبينة كانت للمحيل فانظاهره انه انتهى وظاهر تخصيص المسئلة بنحو هذه الصورة وليس كذلك بل جواب المسئلة يتعلق في سائر الامهات والحق انه لا حاجة الى ذلك بعد تجويز كون لفظ احلتك بالف عبدا وبالف للمحيل لان ثبوت الدين على الانسان لا يمكن بمثل هذه الدلالة بل لا بد من القطع بها من جهة اللفظ او دلالته مثل له علي او في ذمتي لان فراغ الذمة كان ثابتا بيقين فلا يلزم فيه ضرر شغل ذمته الا بمثله من اللفظ ومنه نحو قوله لا تنتهي جواب لي عليك الف للتيقن بهو والتهمة في اتزنها على الالف المدعاة بخلاف مجرد قوله احلتك **قوله** ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء لتيسير ما يقتضي به وحضوره بخلاف الدين عليه فان هلكت برئ المحتال عليه وهو الموضع لتقييدها بها اي لتقييد الحوالة بالوديعة التي هلكت فانه اي الرجل ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت الحوالة مقيدة بعين مغصوب عرض او الف شلا درهم فانه اذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لان الواجب على الغاصب رد العين فان عجز رد المثل او القيمة فاذا هلك في يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ لان خلفاء الفوات اي خلف كالفوات فبقيت متعلقة بخلفه فيرد خلفه على المحتال وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا بان يحيله بدينه الذي له

وحكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه متعلق بحق المحتال على ما قال الزعفراني لكن اشترط الظهاء بعد موت المحيل وعن ابي حنيفة رحمه الله لو بقيت عليه مطالبة به فيأخذ منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه بدين ذمته فلا تبطل الحوالة باخذ المحيل ما عنده

على فلان المحال عليه فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة اقسام مقيدة بعين امانة وبعين مضمونة وبدين خلص وحكم المقيدة في هذه الجملة اعني الاقسام الثلاثة ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين ولا بذكر الدين لان الحوالة لما قيدت بها تعلق حق الطالب به وهو استيفاء دينه منه على مثال الرهن اخذ المحيل سبيل هذا الحق فلا يجوز خلو دفع المحال عليه العين او الدين الى المحيل ضمنه للطالب لانه استهلاك ما تعلق به حق المحتال كما اذا استهلك الرهن احد ضمنه للمرتهن لانه يستحقه ولما كان تشبيه المصنف بالرهن قياسا ورد عليه انه لو هلك المحيل وعليه دين آخر غير دين المحتال ينبغي ان يختص المحتال بذلك الدين اجيب بانه او العين وليس كذلك بنى المصنف فقال وان كان اي المحتال اسوة الغرماء فيه بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقي للمحيل حق المطالبة بما احال به من الامر العين فيأخذه بطلت الحوالة والواقع انها حق المحتال فليس له ان يبطل حقه وترك الفرق بين الرهن والمحال به دينا او عينا والفرق ما قدمنا وانه وان كان حق المحتال متعلقا بالعين المخصوصة او الدين كتعلق حق المرتهن بالرهن العين لكن ليس له به ولا ملك والمرتهن له به ثابتة مع الاستحقاق وكان له زيادة اختصاص اذا كان المحتال اسوة الغرماء فلو قسم ذلك الدين او العين بين غرماء المحيل واخذ المحتال حصته لا يكون له ان يرجع على المحال عليه بقيته دينه وهو ظاهر لتقييد الحوالة بذلك المقسم بناء على احكام المقيدة الحوالة المقيدة بالدين او العين انه لو ابرأ المحتال المحتال عليه صح الابراء وكان للمحيل ان يرجع على المحال عليه بدينه ولو وهب المحتال دينه من المحتال عليه او مات المحتال له وورثه المحتال عليه لا يكون للمحيل ان يرجع على المحتال عليه والفرق ان الهبة من اسباب الملك وكذا الارث فملك المحتال عليه ما في ذمته بالهبة وكذا بالارث فهو كما لو ملكه بالاداء ولو اداه لا يرجع المحيل عليه فكذا اذا ملكه بالهبة بخلاف الابراء فانه في الاصل موضوع للاسقاط فلا يملك به المحتال عليه ما في ذمته وانما خرج به عن ضمانه للمحتال دينه وهو الشاغل لدين المحيل فبقي دين المحيل على المحتال عليه بلا شاغل فيرجع به عليه وقوله بخلاف المطلقة متصل بقوله لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه بالعين المحال به والدين والحاصل ان الحوالة قسمان مقيدة كما ذكرنا ومطلقة وهو ان يقول المحيل للطالب احلتك بالالف التي لك رجل على هذا الرجل ولم يقل ليس لي ديانا من المال الذي لي عليه فاذا احال كذلك ولا عند ذلك الرجل وديعة او مغصوبة او دين كان له ان يطالب به لانه اي الشان لا تعلق لحق المحتال اي لا بذلك الدين او العين لو توى المال مطلقة عنه بل بذمة المحتال عليه وفي الذمة سعة فيأخذ دينه او عينه من المحتال عليه لا تبطل الحوالة وما عليه يرجع الى الدين او الغصب او عنده يرجع الى الوديعة ومن المطلقة ان يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شيء فهم المطلقة الى حالة وموجلة فالحالة ان يحيل الطالب بالف وهي على المحيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة لان الحوالة لتحويل الدين فيتحول بالصفة التي هي على الاصيل وليس للمحتال عليه ان يرجع على الاصيل قبل ان يؤدي

قال ويكره السفاتج وهي قرض استفاد به القرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى الرسول عليه السلام عن قرض جر نفعا

كتاب ادب القاضي

ولكن له اذا لوزم ان يلازمه واذا حبس ان يحبسه والمطلقة الموجلة له على رجل الف الى سنة فاحال الطالب عليه الى سنة كانت عليه الى سنة ولو حصلت الحوالة بمهمة لم يذكره محمد وقالوا ينبغي ان يثبت موجلة كما في الكفالة لانه يحتمل ما على الاصيل باي صفة كان فلو مات المحيل لم يحل المال على المحتال عليه لان حلول الاجل في حق الاصيل لاستغنائه عن الاجل بموته ولا يتاتى ذلك في حق المحتال عليه لانه حتى يحتاج الى الاجل ولو حل عليه انما يحل بناء على حلوله على الاصيل فلا وجه له لان الاصيل بريء عن الدين في احكام الدنيا والتحق بالاجانب ولو مات المحال عليه قبل الاجل والمحيل حتى حل المال على المحتال عليه لاستغنائه عن الاجل بموته فان لم يترك وفاء يرجع الطالب على المحيل الى اجله لان الاجل سقط حكما للحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحتال عليه مفلسا فينتقض ما في ضمنها وهو سقوط الاجل كما لو باع المديون بدين موجل عبدا من الطالب ثم استحق العبد عاد الاجل لان سقوط الاجل كان بحكم البيع وقد انتقض كذا هنا **قوله** ويكره السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفته وهو الشيء المحكم سمي هذا القرض به لاحكام امره وصورته ان يدفع في بلدة الى مسافر قرضا ليدفعه الى صديقه او وكيله مثلا في بلدة اخرى ليستفيد به من اخطر الطريق لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جر نفعا رواه الحارث بن ابي اسامة في مسنده عن حفص بن حمزة انبانا سواد بن مصعب عن عمارة الهمداني قال سمعت عليا رض يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل قرض جر نفعا فهو ربا وهو ضعيف بسواد بن مصعب قال عبد الحق متروك وكذا قال غيره ورواه ابو الجهيم في جزئه المعروف عن سواد ايضا واخرج ابن عدي في الكامل عن جابر بن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم السفتجة حرام واعله بعمرو بن موسى بن وجيه ضعفه البخاري والنسائي وابن معين وذكره ابن الجوزي في الموضوعات واحسن ما هنا ما عن الصحابة والسلف ما رواه ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا خالد الاحمر عن حجاج عن عطا قال كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة وفي الفتاوى الصغرى وغيرها ان كان السفتج مشروطا في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد وان لم يكن مشروطا جاز وصورة الشرط ما في الواقعات رجل اقرض رجلا مالا على ان يكتب له بها الى بلد كذا فانه لا يجوز وان اقرضه بغير شرط وكتب جاز وكذا لو قال اكتب لي سفتجة الى موضع كذا على ان اعطيك هنا فلا خير فيه وروي عن ابن عباس ذلك الا يرى انه لو قضاه احسن مما له عليه لا يكره اذا لم يكن مشروطا قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر فان كان يعرف ان ذلك يفعل كذلك فلا والذي يحكى عن ابي حنيفة انه لم يقع في ظل جدار عزيمة فلا اصل له لان ذلك لا يكون انتفاعا عليه بملكه كيف ولم يكن مشروطا ولا متعارفا وانما اورد القدوري هذه المسئلة هنا لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة والله اعلم

كتاب ادب القاضي

لما كان اكثر المنازعات في الديون والبياعات والمنازعات تحتاج الى قطعها اعقبها بما هو القاطع لها وهو القضاء والادب الخصال الحميدة والقاضي يحتاج اليها فافادها وهو ان يذكر ما ينبغي للقاضي ان يفعله ويكون عليه وسميت الخصال الحميدة ادبا لانها تدعو الى الخير والادب في الاصل من الادب بسكون الدال هو الجمع والدعاء وهو ان تجمع الناس وتدعوهم الى طعامك يقال منه ادب زيد يادب ادبا

قال ولا تصح ولاية القضاء حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يشتمل على حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء ومما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء

بوزن ضرب يضرب ضربا اذا دعاه الى طعامه فهو ادب والمادبة الصنوع الذي يدعى اليه ومنه قول طرفة بن العبد يمدح قومه بني بكر بن وائل ورثوا السؤدد عن آبائهم ثم سادوا وسعوا وأغيد مزهر في الشتاة ندعو بالجفلا لا ترى الآدب فيها ينقر ومنه ما ذكر ابو عبيد في قول ابن مسعود ان هذا القرآن مأدبة الله فمن دخل فيه فهو آمن وروي عنه ايضا مأدبة الله فتعلموا من مأدبته بفتح الدال اي تأديبه كان الاصمعي يحملها على الشتين قال ابو عبيد لم اسمع احدا يقول هذا غيره واما القضاء فقال ابن قتيبة يستعمل لمعان كلها ترجع الى الختم والفراغ من الامر يعني بالكمال وفي الشرع يزاد به الزام يقال للحكم وهو منع الظالم عن الظلم من الحكمة التي تجعل في رأس الفرس واما وصف القضاء فغرض كفاية فلو امتنع الكل اثموا والسلطان ان كان يحسن ويقدر عليه لانه لا بد من الفصال الخصوق الى اربابها بالزام المانعين منها ولا يكون ذلك الا بالقضاء وقد امر الله به نبيه صلى الله عليه وسلم بقوله وان احكم بينهم بما انزل الله اليك وقبله صلى الله عليه وسلم داود بقوله فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى وبعث صلى الله عليه وسلم عليا رضي الله عنه قاضيا على اليمن ومعاذا وقال له بم تقضي فقال لكتاب الله قال فان لم تجد قال فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فان لم تجد قال اجتهد رائي فاقره وعليه اجماع المسلمين قوله لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد هذا لفظ القدوري وذكر المولى على لفظ المعقول للاشعار بانه ألقى عليه الفعل من غير طالب له كما هو الاولى واما الاولى وهو انه لا بد ان يكون من اهل الشهادة فلان حكم القاضي يتقوى بحكم الشهادة يعني كلام القضاء والشهادة يعتمد من امر واحد هو شروط الشهادة من الاسلام والبلوغ والعقل والحرية وكونه غير اعمى ولا محدود في قذف والكمال فيه ان يكون عدلا غير فاسق عالما بالسنة والطريق من كان قبله من القضاة فرع قلد عبد فسق جاز ان يقضي بملك الولاية من غير حاجة الى تجديد لكن لو تحمل الشهادة حال الرق ثم عتق كذا في الخلاصة في اول كتاب القضاء وذكر بعده ورقه ولو قلد قضاء مصر صبي فادرك ليس له ان يقضي بذلك الامر ولو قلد كافر القضاء فاسلم قال محمد هو على قضائه ولا يحتاج الى توليه ثانية قضاء الكافر كالعدم والفرق ان كلا منهما لا ولاية له بالكفر وبالعتق والاسلام يرتفع اما الصبي فلا ولاية له اصلا وما في الفصول لو قال لصبي او كافر اذا بلغت فصل بالناس او اسلمت فصل بالناس فانه جائز ولا يخالف ما ذكر في الصبي لان هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط ولو تقدم تنجيز واذا لم تصح ولاية الصبي قاضيا لم يصح سلطانا ما ذكر من قوله ابن سلطان افتى ومات ففي فتاوى النسفي حيث بعدم ولايته فان ينبغي ان يكون الاتفاق على وال عظيم بيده سلطانا ولقلده غيره اذ هو فقيه فيقضي بالاولى ابن السلطان تعظيما وهو السلطان في الحقيقة انتهى وتقتضي هذا انه يحتاج الى تجديد بعد بلوغه وهذا لا يكون الا ان يعزل فلان الوالي العظيم نفسه من السلطنة فلك لان السلطان لا يعزل الا بعزل نفسه وهذا غير واقع واما الذكورة فليست بشرط الا للقضاء في الجمعة والعيدين لما يقتضي الزاوي في كل شيء الا فيما وقع فيه اختلاف فاكثر الائمة على انه لا يصح ولايته كالشافعي وغيره كما لا تقبل شهادته وعن علمائنا انعقاده في الجمعة وشبهه لكن الغزالي قال اجتماع شروط الشهادة والاجتهاد وغيرها متعذر في عصرنا فخلو العصر عن المجتهد والعدل والواجب تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا وهو ظاهر المذهب وعندنا خلو قلد الفاسق الجاهل [illegible] ولكن لا ينبغي ان يقلد والحاصل انه ان كان في الرعية عدل عالم لا تحل توليه من ليس كذلك ولو ولي صح [illegible] مثال شهادة الفاسق لا تحل تحملها وان قيل فقد احكم بها في غير موضع ذكر الاولوية يعني الاولى ان لا تقبل شهادته

والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح إلا أنه لا ينبغي أن يقلد كما في حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا وإن كان القاضي عدلا فسق بأخذ الرشوة أو غيرها لا ينعزل ويستحق العزل وهذا ظاهر المذهب وعليه مشائخنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله الفاسق لا يجوز قضاؤه وكما لا يقبل شهادته عندنا وعنه عن مشائخنا الثلاثة رحمهم الله في الفاسق أنه لا يجوز قضاؤه

وإن قبل جاز ويقتضي الدليل أن لا يحل له أن يقضي بها فإن قضى جاز ولقد لو كان عدلا قبل الولاية فولي ففسق وجاز أخذه الرشوة وغيرها من أسباب الفسق لا ينعزل ويستحق العزل هذا هو ظاهر المذهب عليه مشائخنا البخاريون والسمرقنديون وعن أبي يوسف يستحق العزل ويجب على السلطان عزله ذكره في الفصول وقيل إذا ولي عدلا ثم فسق ينعزل لأن عدالته في حق المشروط في ولايته لا يبقين والولاية عدلا واعتمد عدالة الحكام ولاية مقيدة بعدالة الولي بنية الولاية ولا شك أن هذا يلزم ذلك العزل فإن الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كما إذا قال لرجل إذا دخلت الدار فقد وكلتك فاقضها فإذا دخلت أمير المؤمنين والإضافة كأن يقول جعلتك قاضيا في يوم كذا أو الشهر كذا ويستثنى منها كما لو قال جعلتك قاضيا إلا في قضية فلان أو في قضية كذا لكن لا يلزم من ذلك إذ لا يلزم من اختيار ولايته بعد اجتماع تقييده بما به على وجه يزول به ولا ينعزل وبهذا التقرير اندفع الوجوه من أن البقاء أسهل من الابتداء وفي الابتداء تجوز ولاية الفاسق وفي البقاء لا ينعزل والفقه في الأمرة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق أنها مبنية على القهر والغلبة ثم الدليل على جواز تعليق الإمارة ابتداء قوله صلى الله عليه وسلم حين بعث الناس إلى مؤتة وأمر عليهم زيد بن حارثة إن قتل زيد فجعفر أمير كذا إن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة وهذا مما اتفق عليه جميع أهل السير والمغازي ثم الرشوة أربعة أقسام منها ما هو حرام على الآخذ والمعطي وهو الرشوة على تقليد القضاء والإمارة ثم لا يصير قاضيا الثاني إذا قضى لم يجز حكمه وهو كذلك حرام من الجانبين ثم إذا نفذ قضاؤه وفي تلك الواقعة التي ارتشى عليها سواء كان بحق أو بباطل أما في الحق فلأنه واجب عليه فلا يحل أخذ المال عليه وأما في الباطل فظاهر وحكي في الفصول في نفاذ قضاء القاضي فيما ارتشى فيه ثلاثة أقوال لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما سواه وهو تخمين أكثر الأئمة لا ينفذ فيها ينفذ فيها وهو ما ذكره البزدوي رحمه الله وهو حسن لأن حاصل أمر الرشوة فيما إذا قضى بحق أنه بها فسقه وقد قدمنا أن الفسق لا يوجب العزل فولايته قائمة فقضاؤه بحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر وغاية ما في الباب أنه إذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده يعني والقضاء عمل لله تعالى وإذا ارتشى القاضي أو ولده أو من لا تقبل شهادته له أو لبعض أعوانه سواء إذا كان بعمله الأثر بين أن يرتشي ثم يقضي أو يقضي ثم يرتشي وفيه لو أخذ الرشوة ثم بعث إلى شافعي ليقضي له نفذ قضاء الثاني لأن الأول عمل في هذه الصورة حين أخذ الرشوة وإن كان كتب إلى الثاني ليسمع الخصومة ويحدث مثل إجراء الكتاب صح حكم المكتوب إليه والذي قلد بواسطة الشفعاء كالذي قلد اجتماعا بأن نفذ قضاؤه وإن كان لا يحل طلب الولاية بالشفعاء الثالث أخذ المال ليسوي أمره عند السلطان دفعا للضرر أو جلبا للنفع وهو حرام على الآخذ لا الدافع وحيلته للأخذ أن يستأجره يوما إلى الليل أو يومين فيقبض منافعه مملوكة ثم يستعمله في الذهاب إلى السلطان لأمر الفلاني وفي الأقضية قسم الهدية وجعل هذا من أقسامها فقال حلال من الجانبين كالإهداء للتودد وحرام من الجانبين كالإهداء ليعينه على الظلم حلال من جانب المهدي حرام على الآخذ وهو أن يهدي

وقال بعض المشائخ رحمه الله اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقيل يصلح لانه يجتهد الفاسق حذرا من النسبة الى الخطاء واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله عليه وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه

ليكف عنه الظلم والحيلة ان يستاجر الى آخره وقال هذا اذا كان فيه شرط اما اذا كان الاهداء بلا شرط ولكن يعلم يقينا انه انما يهدي ليعينه عند السلطان فمشائخنا على انه لا باس به ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فاهدى اليه بعد ذلك فهو حلال لا باس به وما نقل عن ابن مسعود من كراهته فورع الرابع ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع اليه على نفسه او ماله حلال للدافع حرام على الآخذ لان دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز اخذ المال لفعل الواجب وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وقد ظهرت خيانته للدين وقيل يستفتى لانه يجتهد كل الجهد حذرا ان ينسبه فقهاء عصره الى الخطاء واما الثاني وهو اشتراط اهلية الاجتهاد فالصحيح انها ليست شرطا للولاية بل الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا ويحكم بفتوى غيره خلافا للشافعي مالك واحمد رحمهم الله وقولهم رواية عن علمائنا نص محمد في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا ولكن المختار خلافه قالوا القضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم قلنا يمكنه القضاء بفتوى غيره ومقصود القضاء وهو ايصال الحق الى مستحقه ودفع الظلم يحصل به فاشتراطه ضائع فالمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد فانه لا قطع في مسائل الفقه واذا قضى بقول مجتهد فيه فقد قضى بذلك العلم وهو المطلوب وكون معاذ قال اجتهد رائي لا يلزم اشتراطه وانما لم يذكر معاذ الاجماع لانه لم يكن حجة في زمنه صلى الله عليه وسلم وقد قدمنا عن الغزالي توجيه خلافه فيقلد في هذا الزمان وفي بعض نسخ الهداية الاستدلال على تقليد المقلد بتقليد النبي صلى الله عليه وسلم عليا اليمن ولم يكن مجتهدا فليس بشيء فانه عليه الصلوة والسلام دعا له بان يهدي الله قلبه ويثبت لسانه فان كان بهذا الدعاء رزق اهلية الاجتهاد فلا اشكال والا فقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسداد وهذا غير ثابت في غيره وسنذكر سند حديث علي رضي الله عنه واعلم انما ذكر في القاضي ذكر في المفتي فلا يفتي الا في المجتهد وقد استقر راي الاصوليين على ان المفتي هو المجتهد فاما غير المجتهد ممن يحفظ اقوال المجتهد فليس بمفت والواجب عليه اذا سئل ان يذكر قول المجتهد كابي حنيفة رضي الله عنه على جهة الحكاية فعرف ان ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي وطريق نقله كذلك عن المجتهد احد امرين اما ان يكون له سند فيه اليه او يأخذ من كتاب معروف تداولته الايدي نحو كتب محمد بن الحسن رح ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم او المشهور هكذا ذكر الرازي فعلى هذا لو وجد بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عزو ما فيها الى محمد ولا الى ابي يوسف لانها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول نعم اذا وجد النقل عن النوادر مثلا في كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تاويلا على ذلك الكتاب فلو كان حافظا

وینبغی للمفتی ان یختار من هذه الاقاویل ما هو الاولی فقوله علیه السلام من حمل علینا شیئا فلیس منا وفی حدیث من هدی نفسه من خالف الله ورسوله وجماعة المسلمین

فلا قاویل المختلفة للمجتهدین ولا یعرف الحجة ولا قدرة له علی الاجتهاد للترجیح لا یقطع بقول منها یفتی بل یحکیها للمستفتی فیختار المستفتی ما یقع فی قلبه انه الاصوب ذکره فی بعض الجوامع وعندی انه لا یجب علیه حکایة کلها بل یکفیه ان یحکی قولا منها فان المقلد له ان یقلد ای مجتهد شاء فاذا ذکر احدها فقلده حصل المقصود نعم لا یقطع علیه فیقول جواب مسئلتک کذا وقال ابو حنیفة کذا انعم لو حکی الکل فالاخذ بما یقع فی قلبه انه اصوب اولی والعامی لا عبرة بما یقع فی قلبه من صواب الحکم وخطائه وعلی هذا اذا استفتی فقیهین فاکثر عینی مجتهدین فاختلفا علیه الاولی ان یاخذ بما یمیل الیه قلبه منهما وعندی انه لو اخذ بقول الذی لا یمیل الیه جاز لان کلیهما سواء وما اوجب علیه تقلید مجتهد وقد فعل اصاب ذلک المجتهد او اخطأ وقالوا المستفتی من ذهب الی مذهب اذا ذهب باجتهاد وبرهان اثم یستوجب التعزیر بلا اجتهاد وبرهان اولی ولابد ان یراد بهذا الاجتهاد معنی اخر سوی تحکیم القلب لان العامی لیس له اجتهاد ثم حقیقة الانتقال انما تتحقق فی حکم مسئلة خاصة قلد فیه وعمل به والا فقوله قلدت ابا حنیفة فی ما افتی به من المسائل مثلا والتزمت العمل به علی الاجمال وهو لا یعرف صورها لیس حقیقة التقلید بل هذا حقیقة تعلیق التقلید ووعد به کانه التزم ان یعمل بقول ابی حنیفة فیما یقع له من المسائل التی تتعین فی الوقائع فان اراد وهذا الالتزام فلا دلیل علی وجوب اتباع المجتهد المعین بالنسبة الی نفسه ذلک قولا واحدا شرعا بل الدلیل اقتضی العمل بقول المجتهد فیما احتاج الیه بقوله تعالی فاسئلوا اهل الذکر ان کنتم لا تعلمون والسؤال انما یتحقق عند طلب حکم الحادثة المعینة نعم اذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عمله والغالب ان مثل هذه الالتزامات منهم لکف الناس عن تتبع الرخص والاخذ العامی فی کل مسئلة بقول مجتهد اخف علیه وانا لا اری ما یمنع هذا من النقل والعقل فکون الانسان تتبع ما هو اخف علی نفسه من قول مجتهد سوغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمة علیه وکان صلی الله علیه وسلم یحب ما خفف عن امته والله سبحانه اعلم بالصواب **قوله** وینبغی للمقلد وهو من له ولایة التقلید ان یختار من هو اقدر واولی لدیانته وعفته وقوته دون غیره ویرزقه من بیت المال ولا باس للقاضی ان یاخذ وان کان غنیا شریفا وان اجتنب فهو افضل والاصل فیه قوله تعالی فی مال الیتیم اذا عمل الوصی ومن کان غنیا فلیستعفف ومن کان فقیرا فلیاکل بالمعروف وذکر عن عمر رضی الله عنه انه کان یرزق سلیمان ابن ربیعة الباهلی عن القضاء کل شهر ثمانمائة درهم لانه فرغ نفسه للعمل للمسلمین فکانت کفایته وعیاله علیهم قالوا وکان عمر رضی الله عنه ینفق علی عیاله کل شهر ثمانمائة درهم ورزقه علی خمسمائة وذلک لقلة عیاله فی زمن عمر رضی الله عنه خصب السعر وکثرة عیاله فی زمن علی رضی الله عنه وغلاء السعر فرزق القاضی لیقدر به لانه لیس باجیر لانه لا یحل علی القضاء وانما یختار الاولی لقوله صلی الله علیه وسلم فیما رواه الحاکم فی المستدرک عن ابن عباس قال قال رسول الله صلی الله علیه وسلم من استعمل رجلا علی عصابة وفی تلک العصابة من هو ارضی لله تعالی منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمین وقال صحیح الاسناد وتعقب بحسین بن قیس

في حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه حاصله ان يكون صاحب حديث موصوفا بالفقه ليعرف معاني الآثار وصاحب فقه موصوفا بالحديث ليشتغل بالقياس في المنصوص عليه والفرق بين القولين ان على الاول نسبة الى صاحب حديث اكثر من معرفته بالفقه وفي الثاني عكسه ثم ان المصنف رتب على الاول كونه يعرف معاني الآثار والمراد بمعاني الآثار المعاني التي هي مناطات الاحكام الدالة عليها الفاظ الحديث على الثاني سلامته من القياس مع معارضة النص فقد وقع التصحيح بانهما قولان ولا شك في ذلك الا انهما متفاوتان وان لكل منهما ادلة من الحديث ما لفقه ايضا وكونه اولى بالفقيه من الحديث وان كان معلوما ان الاجتهاد يحتاج الى الامرين جميعا وان تحقق شيء من القياس في مقابلة النص فقد عرف معاني الآثار فيتأتى من القياس فيما خالفه ان يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معاني الآثار ويمتنع عن القياس بخلاف الفقيه الذي ليس معه الا كتاب واستة باقتباس معانيها من عباراتها واشاراتها ودلالتها واقتضائها وباقي الاقسام ما ذكرناها وتنقيحها مناطات الاحكام واشاراته والمسائل المجمع عليها لئلا يقع في القياس في مقابلة الاجماع واقوال الصحابة لانه قياس على القياس فلا تعتبر في معارضة قول الصحابي ويعلم من هذا الناس هذا قوله وقيل ان يكون صاحب حديث فيما لا رأي فيه والا فقيه في المجتهد فمن اتقن هذه الجملة فهو اهل الاجتهاد فيجب عليه ان يعمل باجتهاده وهو ان يميل حسبه في طلب الظن بحكم شرعي عن هذه الادلة ولا يقلد احدا قوله ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه ان يؤدي فرضه لان الصحابة رضوان الله تعالى عليهم تقلدوا ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف اما ان الصحابة تقلدوا فحديث معاذ معروف وكذا على رضي الله عنهما لرواية ابي داود عن علي رضي الله عنه قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن قاضيا فقلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ترسلني وانا حديث السن ولا علم لي

فهو ضعيف وضعف المصنف قال انما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضي الله عنه وخرجه الطبراني من غير طريق الحسن بن زياد عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قرأ القرآن فعظم حسبانه استهلك جهلا وهو يعلم ان فيما سن هو اولى فذلك بما استهان بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وروى ابو يعلى الموصلي بسنده عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل استهلك رجلا على عشرة دراهم فما فوقها وعلم ان في المال حراما من حلال فقد استحل النار ولعنة الله ورسوله وجماعة المسلمين والذي نفسي بيده لا يقضي له قاض بشيء الا كان ما قضى له قطعة من النار والسلطان الذي نصب الخليفة واطلق له التصرف وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل له الخليفة واطلق له التصرف فان لم يولي وعينه كذا قالوا والاجود ان الاصح له بالمنع وبعضهم فرق بينما فان نائب الشام وحلب في ديارنا يطلق له التصرف في الرتبة والخراج والاموال ان اقتضاه تقرير السلطان وولي حكم الموسم ثم جاء كتاب السلطان لا يكون ذلك امضاء اقتضاه والحرية شرط في السلطان وفي النيابة بالاضافة لا بالطريق النيابة فان السلطان اذا اقر عبده على ناحية وامره بنصب القاضي جاز ان لم يكتب السلطان بذلك قوله وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصل ذلك الكلام ان يكون صاحب حديث ليعرف معاني الآثار وصاحب فقه ليعرف بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه والفرق بين القولين ان على الاول نسبة الى صاحب حديث اكثر من معرفته بالفقه وفي الثاني عكسه ثم ان المصنف رتب على الاول كونه يعرف معاني الآثار والمراد بمعاني الآثار المعاني التي هي مناطات الاحكام الدالة عليها الفاظ الحديث على الثاني سلامته من القياس مع معارضة النص فقد وقع التصحيح بانهما قولان ولا شك في ذلك الا انهما متفاوتان وان لكل منهما ادلة من الحديث ما لفقه ايضا وكونه اولى بالفقيه من الحديث وان كان معلوما ان الاجتهاد يحتاج الى الامرين جميعا وان تحقق شيء من القياس في مقابلة النص فقد عرف معاني الآثار فيتأتى من القياس فيما خالفه ان يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معاني الآثار ويمتنع عن القياس بخلاف الفقيه الذي ليس معه الا كتاب واستة باقتباس معانيها من عباراتها واشاراتها ودلالتها واقتضائها وباقي الاقسام ما ذكرناها وتنقيحها مناطات الاحكام واشاراته والمسائل المجمع عليها لئلا يقع في القياس في مقابلة الاجماع واقوال الصحابة لانه قياس على القياس فلا تعتبر في معارضة قول الصحابي ويعلم من هذا الناس هذا قوله وقيل ان يكون صاحب حديث فيما لا رأي فيه والا فقيه في المجتهد فمن اتقن هذه الجملة فهو اهل الاجتهاد فيجب عليه ان يعمل باجتهاده وهو ان يميل حسبه في طلب الظن بحكم شرعي عن هذه الادلة ولا يقلد احدا قوله ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه ان يؤدي فرضه لان الصحابة رضوان الله تعالى عليهم تقلدوا ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف اما ان الصحابة تقلدوا فحديث معاذ معروف وكذا علي رضي الله عنهما لرواية ابي داود عن علي رضي الله عنه قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن قاضيا فقلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ترسلني وانا حديث السن ولا علم لي

قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرته القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه ولا يوفق له أو لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو الاهل للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد

بالقضاء فقال ان الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فاذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الاول فانه احرى ان يتبين لك القضاء قال فما زلت قاضيا وما شككت في قضاء بعد ورواه احمد واسحق بن راهويه والطيالسي والحاكم وقال صحيح الاسناد واخرج ابن ماجة وفيه ضرب صدري وقال اللهم اهد قلبه وثبت لسانه قال فما شككت الحديث وصححه ايضا الحاكم في المستدرك ايضا عن ابن عباس رض قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم عليا رض الى اليمن فقال علمهم الشرائع واقض بينهم الحديث وصححه ثم قلد علي رض شريحا الامام واما انه فرض كفاية فقد قدمنا غير ان مقتضاه ان يكون الدخول فيه مستحبا وعبارة لا باس اكثر استعمالها في المباح وتركه اولى وحاصل ما هنا انه ان لم يامن على نفسه الحيف اي الجور او عدم اقامة العدل كره له الدخول كراهة تحريم لان الغالب الوقوع في محظور ح وان امن ابيح رخصة والترك هو العزيمة لانه وان امن فالغالب هو خطاء ظن من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه فيوخر عن الاستحباب هذا اذا لم تنحصر الاهلية فيه وان انحصر صار فرض عين عليه وعليه ضبط نفسه الا ان كان السلطان ممن يمكن ان يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك وحديث من ولي القضاء فكانما ذبح بغير سكين اخرجه اصحاب السنن الاربعة من حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين حسنه الترمذي واخرجه ابن عدي في الكامل من حديث ابن عباس رض عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من استقضي فقد ذبح بغير سكين وحكي ان بعض القضاة استجاب بهذا الحديث ثم دعي من يسوي لحيته فبينما هو يحلق تحت لحيته في حلقومه اذ عطس القاضي فالقى الموسى راسه وقد جاء في التحذير من القضاء آثار وقد اجتنبه ابو حنيفة رح وصبره رح على الضرب والسجن حتى مات في السجن وقال البحر عميق فكيف اعبره بالسباحة فقال ابو يوسف رح البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال ابو حنيفة رح كاني بك قاضيا وقوله ابي حنيفة رح كقوله ابي قلابة ما وجدت القاضي الا كسابح في بحر فلم يسبح حتى يغرق وكان دعي للقضاء فهرب حتى اتى الشام فوافق موت قاضيها فهرب حتى اتى اليمامة فاجتنبه كثير من السلف وقيد محمد بن الحسن رح نيفا وثلاثين يوما او نيفا واربعين يوما ليتقلده وقد اخرج مسلم عن ابي ذر رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له يا ابا ذر اني احب لك ما احب لنفسي لا تامرن على اثنين ولا تولين مال اليتيم واخرج ابو داود عن ابي بريدة رض عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاة ثلثة اثنان في النار وواحد في الجنة رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ورجل عرف الحق فلم يقض به وجار في الحكم فهو في النار ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو في النار وفي صحيح ابن حبان عن عائشة رض قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يدعى بالقاضي العادل يوم القيمة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى انه لم يقض حكما بين اثنين في عمره واخرج الحاكم عن ابن عباس رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ولي عشرة فحكم بينهم بما احبوا او كرهوا جيء به يوم القيمة مغلولة يده الى عنقه فان حكم بما انزل الله ولم يرتش في حكمه ولم يحف فك الله عنه غلته وان حكم بغير ما انزل الله وارتشى في حكمه وخان فيه

عمال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيعلمهم ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا من معاوية رضي الله عنه والحق كان مع علي رضي الله عنه في تلك الحروب

ست يسارا الى يمينه ثم رش بالماء وروى النسائي عن مكحول لو خيرت بين ضرب عنقي وبين القضاء لاخترت ضرب عنقي واخرج ابي سعد في الطبقات قال استعمل ابو الدرداء على القضاء فاصبح الناس يهنئونه بالقضاء فقال انتهنوني بالقضاء وقد وضعت على راسي موسى بن اسماعيل ابن عدن ابين واما في البخاري سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل الا ظله امام عادل فلا يساعد في هذا الا مغلوبة يدعوا الى ان يلحقها عدله في ظله فلا تعارض **قوله** وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل الى نفسه الخ اخرجه ابو داود والترمذي وابن ماجة من حديث ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سال القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل الله ملكا يسدده ولفظ ابي داود ومن طلب القضاء فاستعان عليه واخرجه الترمذي ايضا عن انس مرفوعا من ابتغى القضاء وسال فيه شفعاء وكل الى نفسه ومن اكره عليه انزل الله عليه ملكا يسدده وقال حسن غريب وهو اصح من حديث اسرائيل بن يزيد الاول واصح من الكل حديث البخاري قال صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسال الامارة فانك ان اوتيتها عن مسالة وكلت اليها وان اوتيتها من غير مسالة اعنت عليها واذا كان طلب الولاية ان يوكل الى نفسه وجب ان لا يحل لما هو معلوم وقوع الفساد منه لانه مخذول **قوله** ويجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا من معاوية رضي الله عنه والحق كان مع علي رضي الله عنه في تلك الحروب هذا التصحيح يجوز معاوية والمراد في خروجه لا في اقضيته ثم انما يتم اذا ثبت ان ولي القضاء قبل تسليم الحسن رضي الله عنه له واما بعد تسليم فلا وسيجي ذلك العام عام الجماعة واستقضى معاوية ابا الدرداء بالشام وبهاما وكان معاوية استشاره فمن يولي بعده فاشار عليه بفضالة بن عبيد الانصاري فولاه اشاره بعده وقوله في نوبته على التي ذكرها الصواب كونه راجعا بعد زمان وقيد بنوبته احترازا عن قول الرافضي انه كان الحق بجانب سائر النوب حتى من ابي بكر وانما كان الحق معه في نوبته الثانية بصفة بيعته واعتقادها فكان على الحق في قتال اهل الجمل وقتال معاوية بصفين وقتله عليه الصلاة والسلام اياهما استنكاف عن مبايعة الباغية وقد قتلة اصحاب معاوية يصيح بانهم بغاة الخ ... اخرجت عائشة رضي الله عنها كما اخرجه ابن عبد البر في الاستيعاب قال قالت عائشة لابن عمر يا ابا عبد الرحمن ما يمنعك ان تنهاني عن سيري قال رايت رجلا غلب عليك يعني ابن الزبير فقالت له اما والله لو نهيتني ما فعلت واما الحجاج فمحاله معروف في تاريخ البخاري باسناده عن ابي اسحق قال كان ابو بردة بن ابي موسى الاشعري قاضي الكوفة فعزله الحجاج وجعل اياه مكانه واسنده في موضع آخر عن ضمرة قال استقضى الحجاج ابا بردة بن ابي موسى واجلس معه سعيد بن جبير ثم قتل سعيد بن جبير وما مات الحجاج بعد بستة اشهر في تاريخ اصبهان للحافظ ابي نعيم عبد الله بن ابي مريم الانصاري ولي القضاء باصبهان للحجاج ثم عزله الحجاج واقام محمد بن سابور الباهلي فلما هلك الحجاج رجع الى اصبهان وتوفي بها وقال ابن القطان في كتابه في باب الاستسقاء طلحة بن عبد الله بن عوف ابو محمد الزهري يقال ابطحة الندى ابن اخي عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بن معاوية على المدينة وهو تابعي يروي عن ابن عباس وابي هريرة وابي بكرة رضي الله عنهم

قال ومن ولد القضاء يسأل عن دور القاضي التي كان يسكنها وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان الباقي من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانه قصد وضعها في يد المولى وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي وهو الصحيح لانه اتخذها ليتلافوها ويعلم بذلك بينة يقبضها بحضرة الشهود او امينه ويسألانه شيئا منها ويجعلون كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام

وقوله الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق استثناء من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر لان المقصود لا يحصل من التقليد وهو ظاهر هذا اذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار في بلاد المغرب كقرطبة الآن بلد من بلاد الحبشة وافرها المسلمين عندهم على مال يوخذ منهم يجب عليهم ان يتفقوا على واحد منهم يجعلونه والها فيولي قاضيا او يكون هو الذي يقضي فيهم وكذا اذا نصبوا لهم اماما يصلي بهم الجمعة **فروع** في العزل السلطان عزل القاضي بريبة وبلا ريبة ولا ينعزل حتى ينبذه اليه ويعزل نائبه بعزله بخلاف ما اذا مات القاضي لا ينعزل نائبه وكثير من المشايخ على ان النائب لا ينعزل بعزل القاضي لانه نائب السلطان وينعزل القاضي بعزل نفسه اذا بلغ السلطان وما لم يبلغه لا ينعزل كعزل الوكيل نفسه لا ينعزل حتى يبلغ الموكل وقيل لا ينعزل القاضي بعزل نفسه لان قضاءه صار حقا للعامة فلا يملك ابطاله وعن ابي يوسف رح لا ينعزل بعزل السلطان حتى يأتي قاض آخر صيانة لحقوق الناس وشد وصي القاضي اذا عزل نفسه يشترط علم القاضي ويجوز تعليق العزل بالشرط وصورة اذا كتب الخليفة اليه اذا وصل اليك كتابي هذا فانت معزول لا ينعزل حتى يصل اليه الكتاب ولم يجز نجم الدين تعليق العزل وليس بشيء وينعزل خلفاء القاضي بموته ولا ينعزل امراء الخليفة وقد قلد رجل قضاء بلدة لها قاض هل ينعزل الاول عن ابي اليه لا ينعزل قال في الخلاصة وهو الاشبه ولو شرط في القضاء شرطا مثل ان لا يشاور امرأته فخالف انعزل وعن ابي حنيفة لا يترك القاضي على القضاء اكثر من سنة ثم يعزله ويقول له شغلنا كاذب فاشتغل ثم اتينا **قوله** ومن قلد القضاء ينبغي له اول ما يبدأ به من الاعمال هذا وهو ان ينبغي ان يطلب من القاضي المنعزل ديوانه ثم دفاتره يأخذ الخرائط التي فيها السجلات وغيرها من كتب الاوقاف وكتب نصب الوصايا والمحاضر والصكوك وتقدير النفقات للايتام وغيرهم مما اقتضاه الحال وانما يطلبه لانها انما وضعت عند القاضي ليكون حجة وثيقة محفوظة عند القاضي اذا وقعت الحاجة الى الحجة ومعرفة الاحوال فتجعل عند من له ولاية النظر في امورهم وما كانت عند الاول الا لانه كذلك ثم ان كان القاضي الذي كتب فيه ورقا من بيت المال او من باب ارباب القضايا فظاهر انه في بيت المال وكذا الآخر في الصحيح لانه رشحه لانه القاضي لانه تلك الذات وقد انتقل الى القاضي وان كان ملك القاضي فكذلك في الصحيح لانه اتخذه ليحفظ به امور الناس وحاجاتهم لا لتولد وعيب المولى اثنين او واحد اما لو لا يقيضها بحضرة المعزول او من امينه وينبغي ان يكون امينا مثل ما ذكرنا في المعزول شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة مثلا الصكوك في خريطة والنفقات في خريطة وكتب الاوقاف في خريطة ليكون اسهل عليه وان خالف ما ذكرنا الكل فان في الكشف عسرا شديدا وفي عرف ديارنا ليس عند القاضي صكوك ولا حبس ولا كتب اوقاف بل اذا كان القاضي هو ناظر الوقف وهذا السؤال لكشف الحال لا يلزم الا على ما يقتضيه احوال القاضي فانه اتحق بسائر الرعايا بالعزل ثم اذا قضاها ختما عليه خوفا من طرق التغيير واما قيل يكتبان عدد صياع الوقف ورسومها فليس الى ذلك حاجة فان كتب الاوقاف

قال وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا لمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لاسيما اذا كانت على فعل نفسه فان لم تقم لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة او يعترف به من هو في يده لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا الا ان يعترف الذي هو في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي فيسلم ما في يده الى المقر له الاول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي

مشتملة على عدد الضياع الموقوفة والدور والحوانيت محدودة قوله وينظر في حال المحبوسين فيبعث الى السجن من يحصيهم ويأتيه باسمائهم واخبارهم ويسأل المحبوس عن سبب حبسه لان القاضي ناظر في امور المسلمين وهؤلاء مسلمون محبوسون ولا بد ان يثبت عنده سبب يوجب حبسهم وثبوته عند الاول ليس حجة يعتمدها الثاني في حبس هؤلاء لان قول الاول لم يبق حجة فمن اعترف بحق الزمه اياه ورد الى السجن الا ان يبلغ المقدار الذي يخرج من السجن عنده واذا لم يثبت له مال وكذا من انكر وشهد الشهود عليه والقاضي يعرف هؤلاء الشهود بالعدالة فان لم يعرف عدالتهم اخذ منهم كفيلا واطلقهم حتى ينظر في حالهما فان ظهرت عدالة الشهود رده الى السجن اذا طلب الخصم ولو اخبر القاضي المعزول بسبب حبسهم لا يقبل لانه التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد ليست حجة موجبة للعمل لاسيما وهو على فعل نفسه وبهذا قال الشافعي ومالك وقال احمد يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل لانه امين الشرع وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل ايضا الا بحجة واذا لم يقبل قول المعزول عليه ولم تقم بينة بما يوجب حبسه لا يعجل باطلاقه لان فعل القاضي ظاهرا ما كان الا بحق فيحتاط لخصمه الغائب فينادي عليه وصفته ان يأمر كل يوم اذا جلس مناديا ينادي في محلته من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليأت الى القاضي يفعل ذلك اياما فاذا حضر وادعى وهو على جحوده ابتداء الحكم بينهم وان لم يحضر اخذ منه كفيلا بنفسه اذا لعله محبوس بحق الغائب وامارته انه في حبس قاضي والظاهر انه بحق فان قال لا كفيل لي وابى ان يعطي كفيلا وجب ان يحتاط نوعا آخر من الاحتياط فينادي شهرا فان لم يحضر احد اطلقه وقيل اخذ الكفيل هنا قولهما اما على قول ابي حنيفة فلا كما قال في اصحاب الميراث اذا اقتسموا على ما سيأتي والمختار ان اخذ الكفيل هنا اتفاق والفرق لابي حنيفة ان المال ظاهرا حق لهذا الوارث وفي ثبوت وارث آخر شك فلا يجوز تأخير حقه الى زعان حصول الكفيل لامر موهوم وهنا الظاهر ان حبسه بحق لظهور ان فعل القاضي بحق ولكنه مجهول فليس اخذ الكفيل لموهوم ولو قيل فبالنظر الى هذا الظاهر يجب ان لا يطلقه بقوله اني مظلوم حتى تمضي مدة يطلق فيها مدعي الاعسار كان جيدا قوله وينظر في الودائع وارتفاع الاوقاف الكائنة تحت ايدي امناء القاضي والذي في ديارنا من هذا الزمان اموال بالاوقاف تحت ايدي جماعة يوليهم القاضي النظر والمباشرة فيها ودائع اليتامى تحت يد الذي يسمى امين الحكم فيعمل فيها على حسب ما تقوم به البينة انه لفلان او غير ذلك او يعترف الذي هو في يده ولا يقبل قول المعزول على من هو في يده اذا انكر وقال هي لي الا ببينة لما بينا انه التحق بواحد من الرعايا بخلاف القاضي لانه هو المخصوص بان يكتفي بقوله في الالزام حتى ان الخليفة الذي قلد القاضي لو اخبر القاضي انه شهد عنده الشهود بكذا لا يقضي به حتى يشهد عنده الخليفة مع آخر والواحد لا يقبل قوله الا ان يعترف الذي في يده ان القاضي المعزول سلمها الي فح اما ان يقول سلمها الي ولا ادري لمن هي او يقول سلمها الي وقال هي لفلان بن فلان وهو الذي اقر له القاضي المعزول ففي هذين يقبل قول المعزول فيها لا يثبت باقرار من في يده ان اليد فيها كانت للقاضي فيقبل اقرار القاضي فيها كما لو كانت في يده حال اخباره او يقول دفعه الى القاضي المعزول وهو لفلان وقال المعزول بل لفلان رجل آخر فالقول

قال ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي رح يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة

ما قال المعزول وتدفع الى من اقر به له لانه اقر باليد للقاضي فصار المال في يده ثم اقر انه لفلان فلا يصح اقراره او بدأ بالاقرار لفلان وقال هو لفلان بن فلان ثم قال دفعه الى القاضي ففي هذا يؤمر بالتسليم الى من اقر له الامين ويضمن مثله اذا كان مثليا او قيمته للمعزول فيدفعه المعزول الى من اقر له لانه لما بدأ بالاقرار صح اقراره ولزم لانه اقر بما هو في يده فلما قال دفعه الى القاضي فقد اقر ان اليد كانت للقاضي والقاضي يقر به لغير من اقر هو به له فيصير هو متلفا لذلك على من اقر له القاضي باقراره لغيره فلا يلتفت اليه هذا واما لو شهد قوم انهم سمعوا القاضي الاول يقول استودعت فلانا مال فلان اليتيم وجحد من في يده او شهدوا على بيعه مال فلان اليتيم فانه يقبل ويؤخذ المال لمن ذكره وكذا لو مات الاول واستقضى غيره فشهد بذلك يناسب هذا لو شهد شاهدان ان القاضي قضى لفلان على فلان بكذا وقال القاضي لم اقض بشيء لا تجوز شهادتهما عندهما ويعتبر قول القاضي وعند محمد تقبل وينفذ ذلك **قوله** ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين في الخلاصة ولا يتعب نفسه في طول الجلوس ولكن يجلس في طرف النهار وكذا المفتي والفقيه والمسجد الجامع اولى لانه اشهر ثم الذي تقام فيه الجماعات وان لم تصل فيه الجمعة قال فخر الاسلام هذا اذا كان الجامع في وسط البلد اما اذا كان في طرف منها فلا لزيادة المشقة على اهل المشقة لمقابلة له فالاولى ان يختار مسجدا في وسط البلد وفي السوق ويجوز ان يحكم في بيته وحيث كان الا ان الاولى ما ذكرنا بقولنا قال مالك واحمد في الصحيح عنه وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه اي القضاء يحضره المشرك وهو نجس بالنص قال تعالى انما المشركون نجس والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولان المساجد بنيت للصلوة والذكر والخصومات تقترن بالمعاصي كثيرا من اليمين الغموس والكذب في الدعاوى ولنا ما في الصحيحين من حديث اللعان من حديث سهل بن سعد وفيه فتلاعنا في المسجد ولا بد من كون احدهما كاذبا حانثا في يمين غموس وفي الصحيحين من حديث اللعان ايضا عن كعب بن مالك انه تقاضى ابن ابي حدرد دينا كان له عليه في المسجد فارتفعت اصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيته فخرج اليها حتى كشف سجف حجرته فنادى يا كعب فقال لبيك يا رسول الله فاشار بيده ان ضع الشطر من دينك قال كعب قد فعلت يا رسول الله قال قم فاقضه واخرج الطبراني الى ابن عباس قال بينا رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب يوم الجمعة اذ اتى رجل فتخطى الناس حتى قرب اليه فقال يا رسول الله اقم علي الحد فقال اجلس فجلس وقام الثانية فقال يا رسول الله اقم علي الحد فقال اجلس فجلس ثم قام الثالثة وقال يا رسول الله اقم علي الحد فقال وما حدك قال اتيت امرأة حراما فقال صلى الله عليه وسلم لعلي وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضوان الله عليهم اجمعين انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن تزوج فقيل يا رسول الله الا تجلد التي خبث بها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم من صاحبتك قال فلانة فدعاها ثم سألها فقالت يا رسول الله كذب علي والله اني لا اعرفه فقال صلى الله عليه وسلم من شاهدك قال يا رسول الله ما لي شاهد فامر به فجلد حد القرية ثمانين واما ان الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات فنقل بالمعنى يعني

قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك يصير كالرشوة بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه

وقع منهم فيه والا يشك في ان عمر او عثمان وقع لهما ذلك ومن تتبع السير رأى من ذلك شيئا كثيرا وفي البخاري لما مر عمر عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم واسند الامام ابو بكر الرازي الى الحسن انه رأى عثمان يقضي في المسجد وذكر القصة وذلك فيما قيل بانه غريب مبني على ان المراد رواية هذا اللفظ وليس كذلك وفي الطبقات لابن سعد يسنده الى ربيعة بن ابي عبد الرحمن انه رأى ابا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم يقضي في المسجد عند القبر وكان على القضاء بالمدينة في ولاية عمر بن عبد العزيز واسند الى سعد بن مسلم بن بابك قال رأيت سعد بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضي في المسجد وكان قد ولي القضاء بها فكان يقضي في المسجد وقال ابو المولاة ثقة يروي عن انس والى اسماعيل بن ابي حالة قال رأيت يزيد بن ابي مريم يقضي في المسجد والى الاسود بن سفيان يقول قال رأيت الشعبي هو يلي قاضي الكوفة يقضي في مسجد كل قضاته صدر من هؤلاء كان بين السلف مشهورا ولم ينكر فهم الصحابة والتابعون ولم يروا انكاره على احد واما الحديث الذي ذكره المصنف انما نهيت المساجد لذكر الله ونحوه والحكم فلم يعرف وانما اخرج مسلم حديث الاعرابي الذي قام يبول في المسجد فقال اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مه فقال صلى الله عليه وسلم لا تزرموه ودعوه فتركوه حتى بال ثم دعاصلى الله عليه وسلم فقال ان هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر وانما هي لذكر الله تعالى والصلوة وقراءة القرآن قال وامر رجلا من القوم فجاء بدلو من ماء فشنوا عليه وفي انجاسته اشكال فعلى الاعتقاد على سنن التشبيه والحائض تتجنب المسجد لخوف تنجيسه بالخارج اليسير القاضي اذا رسل نائبه كما لو كانت الدعوى في داره ولو جلس في داره فمن شبه ان يأذن للناس على العموم ولا يمنع احدا من الناس لان لكل احد حقا في مجلسه على قياس ما ذكرنا في المسجد ان الاولى ان يكون في وسط البلد وفي المبسوط ولا يقضي وهو يمشي او يسير على دابته لانه لا يفهم غيره على ما يحال والمانع من الاستحقاق بالقضاء ولا بأس بان يتكئ لانه نوع جلسة كالتربع وغيره وطباع الناس في الجلوس مختلفة وينبغي ان لا يقضي وهو غضبان او فرحان او جائع او عطشان او مهموم او ناعس او في حال يشغله او حقن او دافع الاخبثين او به حاجة الى الحجامة والحاصل لا يقضي حال يشغل قلبه وجملة حديث لا يقضي القاضي وهو غضبان معلول ولا ينبغي ان يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس ولا يسع من رجل جيدين فاكثر الا ان يكون الناس قليلا ولا يقدم رجلا جاء آخر قبله ولا يضرب في المسجد حدا ولا تعزيرا وينبغي ان يجلس حيث كان يجالسه قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة اكرام الخصم وروي عن عثمان ما كان يكلم حتى يحضر اربع من الصحابة ويستحب ان يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم وكان ابو بكر يحضر عمر وعثمان وعليا حتى قال لا احد يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه وفي المبسوط فان دخل حرفي قعودهم عنده او شغله شيء من امور المسلمين جلس وحده فان طباع الناس تختلف فمنهم من يذهب حشمة الفقهاء من فصل القضاء ومنهم من يزيد قوة على ذلك فاذا كان من يدخل حضر جلس وحده وفي المبسوط ما حاصله انه ينبغي للقاضي ان يعتمد للقضاء عليه ويبين وفق له وجه قضائه ويبين له انه فهم حجته ولكن الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يكن غيره ليكون ذلك ادفع لشكايته للناس ونسبته الى انه جار عليه ومن يسمع منا انجع فيما يعتمد العامة عرضه وهو بين واذا امكن اقامة الحق مع عدم الايذاء الصدر كان اولى

قوله ولا يقبل الهدية الحاصل ان المهدي اما ان يكون خصومته او لا فان كانت لا يقبل منه وان كان له عادة بمهاداته او ذا رحم محرم وان لم تكن خصومته فان كان له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابته او صداقته قبل وان لم يكن لا ينبغي

ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رح انه يجيبه وان كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها

ان يقبل وان كان جاز بشرط ان لا يزيله على المقدار المعتاد قبل القضاء بسبب قرابة او صداقة فان زاد لا تقبل الزيادة وذكر فخر الاسلام الا ان يكون مال المهدي قد زاد فيقدر ما زاد ماله اذا زاد في الهدية لا باس بقبولها وهذا يقتضي ان لا يقبله الهدية من القريب الا اذا كان له عادة بالمهاداة كغيره فان لم يكن للقريب قبل القضاء عادة فاهدى بعد القضاء لا تقبل وعبارة الهداية مع القدوري حيث قال ولا يقبل الهدية الا من ذي رحم محرم او من له عادة قبل القضاء يفيد قبولها من القريب الذي ليس له عادة بالمهاداة قبل القضاء اذا لم يكن الخصومة والوجه هو ظاهر النهاية ثم صرح في مسئلة الدعوة عن شيخ الاسلام بانه لا فرق بين القريب والبعيد في انه لا يقبل هدية الا اذا كان له عادة نعم يمكن ان يقال في القريب الذي ليس له عادة بمهاداة قبل القضاء ان كان ذلك لفقر ثم ايسر بعد ذلك ولاية قريب فصار يهدي اليه جاز لان الظاهر ان المانع ما كان الا الفقر وهذا على شبه قوله فخر الاسلام في الزيادة اذا كثر ماله ثم اذا اخذ الهدية في موضع لا يباح اخذها قيل يضعها في بيت المال لانها بسبب عمله لهم وعامتهم على انه يردها على اربابها ان عرفهم واليه اشار في السير الكبير وان لم يعرفهم او كانوا بعيدا حتى تعذر الرد ففي بيت المال ويكون حكمها حكم اللقطة فان جاء المالك يوما يعطاها وكل من عمله للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي وفي شرح الاقطع الفرق بين الرشوة والهدية ان الرشوة يعطيه بشرط ان يعينه والهدية لا يشترط معها انتهى والاصل في ذلك ما في البخاري عن ابي حميد الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا لي قال عليه السلام هل اجلس في بيت ابيه او بيت امه فينظر اهدي له ام لا قال عمر بن عبد العزيز كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره البخاري واستعمل عمر رض ابا هريرة فقدم بماله فقال له من اين لك هذا قال تلاحقت الهدايا فقال له عمر اي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر اهدي لك ام لا فاخذ ذلك منه وجعل في بيت المال وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية ولهذا يؤدي المهدي على المعتاد او كانت له خصومة كره عندنا وعند الشافعي هو محرم كالرشوة هذا ويجب ان يكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضي ان كان المستقرض له عادة قبل استقراضه عنه فاهدى الى المقرض فللمقرض ان يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة قوله ولا يحضر دعوة الا اذا كانت عامة يعني ولا خصومة لصاحب الوليمة العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه فلا يجيب دعوته الا اذا كانت عامة ولا خصومة له وعن محمد رح يجيب قريبه وان كانت خاصة هكذا حكي بخلاف من الطحاوي وقال الخصاف يجيب الخاصة لقريبه بلا خلاف لصلة الرحم وعلى تقدير الخلاف طولب بالفرق في القريب بين الهدية قال يقبل منه مطلقا ولم يفصل بين جري العادة وغيره وفي الدعوة فصل بين العامة والخاصة كما ذكر في المتن قال شيخ الاسلام قالوا ما ذكر في الضيافة محمول على ما اذا كان المحترم لا يجري بينهما الدعوة والمهاداة وصلة القرابة واهدت به بعد القضاء ذلك فاذا كانت الحالة هذه فهو كالاجنبي سواء وما في الهداية محمول على انه كان جرى بينهما المهاداة وصلة القرابة الرحم قبل القضاء فاذا اهدى بعد القضاء لا باس بقبوله انتهى فقد آل الحال الى انه لا فرق بين القريب والبعيد في الهدية والضيافة سوى ذلك الامكان الذي قدمناه واختلف

قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلمين قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله عليه السلام اذا ابتلى احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر

في الخاصة والعامة فقيل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة وقال المص الخاصة هي التي لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها والعامة هي التي يتخذها حضرها القاضي او لا وعندي ان ما حكي عن القاضي ابي علي النسفي وهو ان العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة حسن فان الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين وربما مضى عمر ولم يعرف من اصطنع طعاما ابتداء لعامة الناس بل ليس الا لهاتين الخصلتين او الخصوص من الناس لانه اضبط فان معرفة كون الرجل لو لم يحضره القاضي لم يصنع او يصنع غير محقق فانه امر مبطن وان كان عليه لوائح ليس كضبط هذا ويكفي عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكر النسفي والله اعلم وعند الشافعي واحمد يحضر الولائم مطلقا لانه صلى الله عليه وسلم كان يحضر وهو الذي يقضي قلنا كان صلى الله عليه وسلم معلوم العصمة عند الكل لا يضره حضور ولا قبول هدية فلقد ابعدت قوله ويشهد الجنازة ويعود المريض المراد من المريض مريض لا خصومة له والا لا يعود وانما وجب ذلك لما روى مسلم عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حق المسلم على المسلم خمس رد السلام وتشميت العاطس واجابة الدعوة وعيادة المريض واتباع الجنازة واذا استنصحك فانصح له فهذه هي السادسة ورواه ابن حبان وقال فيه واذا عطس فحمد الله فشمته وروى البخاري في كتابه المفرد في الادب من حديث عبد الرحمن بن زياد بن انعم الافريقي قال كنا غزاة في البحر نرمن معاوية فانضم مركبنا الى مركب ابي ايوب الانصاري فلما حضر غداءنا ارسلنا اليه فاتانا فقال دعوتموني وانا صائم فلم يكن لي بد من ان اجيبكم لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان للمسلم على اخيه ست خصال واجبة ان ترك منها شيئا فقد ترك حقا واجبا عليه لاخيه يسلم عليه اذا لقيه ويجيبه اذا دعاه ويشمته اذا عطس ويعوده اذا مرض ويحضره اذا مات وينصحه اذا استنصحه ولا بد من حمل الوجوب فيه على الاعم من الوجوب في اصطلاح الفقه الحادث فان ظاهره وجوب الابتداء بالسلام وكون الوجوب وجوب عين في الجنازة فالمراد به امر ثابت عليه اعم من كونه ندبا او وجوبا بالاصطلاح قوله ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه الآخر لما روى اسحق بن راهويه في مسنده عن الحسن قال جاء رجل فنزل على علي فاضافه فلما قال اني اريد ان اخاصمه قال له علي رض تحول فان النبي صلى الله عليه وسلم نهانا ان نضيف الخصم الا ومعه خصمه وكذا رواه عبد الرزاق ثم الدارقطني ولان فيه تهمة الميل قوله واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال لما رواه اسحق بن راهويه في مسنده انا بقية بن الوليد عن اسمعيل بن عياش ثني ابو بكر التيمي عن عطاء بن يسار عن ام سلمة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليساو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولا يرفع صوته على احد الخصمين اكثر من الآخر واخرجه الدارقطني في سننه عن عباد بن كثير عن ابي عبيد الله عن عطاء بن يسار عن ام سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه واشارته ومقعده وروي عن ابن عمر انه كتب الى ابي موسى عبد الله بن قيس الاشعري ان سوي بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك ولا تسار احدهما ولا تشير اليه ولا تلقنه حجة للتهمة

ولا يساره احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك
في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه ذين هب بهابة القضاء

ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ بذلك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بهابة القضاء ويستحب باتفاق اهل العلم ان يجلسهما بين يديه لا يجلس واحدا عن يمينه والآخر عن يساره لان لليمين فضلا ولذا كان صلى الله عليه وسلم يخص به ابا بكر وعمر وفي سنن ابي داود ان عبد الله بن الزبير خاصم عمر وابن الزبير الى سعد بن وقاص وهو على السرير فقد اجلس عمر وابن الزبير على السرير فلما جاء عبد الله بن الزبير وسع لسعد من شقه الآخر فقال هنا فقال عبد الله الارض الارض فقضا رسول الله صلى الله عليه وسلم او قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يجلس الخصمان بين يدي القاضي وفي النوازل والفتاوى الكبرى خاصم السلطان رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي ان يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضي بينهما وهذه المسئلة تظهر ان القاضي يصلح قاضيا على السلطان الذي ولاه والدليل عليه قصة شريح مع علي فانه قام واجلس عليا مجلسه وينبغي للخصمين ان يجلسا بين يديه ولا يتربعان ولا يتكيان ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له وبعد جلوسهما عنده قدر ذراعين او نحو ذلك من غير ان يرفعا اصواتهما ويسند القاضي ظهره الى المحراب وهو مستحب عند الائمة الثلاثة ويقيف اعوان القاضي بين يديه ليكون ابهى واوقع فان القاضي بالخيار ان شاء ابتدأ فقال ما لكما وان شاء تركهما حتى يبتدئا بالنطق وبعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشيء تخييرا بينهما فاذا تكلم المدعي اسكت الآخر حتى يتم حجته لان في تكلمهما معا شغبا وقلة حشمة لمجلس القضاء ثم يستنطق الآخر وان لم يسأل المدعي ذلك وقيل لا لابد سؤال المدعي بان يقول اسأل لكن تفكر في الدعوى لتفهم انتهاءها والاقال لم تصح دعواك واذا صحت الدعوى يقول فاذا تريد ان اصنع فان قال اريد جوابه سأله والاصح عندنا انه يستنطقه ابتداء للعلم بالمقصود واذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلابد من تقدم من واختار محمد ان يقدم المدعي الاعلى فالاعلى ولا يشتغل على ذلك سببا لا يشتغي يعرفه السابق ولينكر على باب القاضي ولا يكون عنده وطمع ولو اشكل السابق يقرع بينهم ولا يستعجل على الخصوم بل تمهل سهم فان بالعجلة تنقطع الحجة وتدخل عنها ولهذا لا يخوفهم فيكون مهيبا لا مخيفا فالناس وانكر الا بيه ما رأى من اتخذ بواب القاضي شيئا يمكنه من الدخول وهو يعلم قالوا هو فساد عظيم ليس لاحد ان يمنع احدا من التقدم الى القاضي في حاجة والماخوذ على ذلك رشوة محرمة وعلى هذا يقاس حال الذي يسمى في زماننا نقيب القاضي قيل ينبغي ان يقوم بين يديه اذا جلس للحكم رجل يمنع الناس من التقدم اليه سوت يقال له انجلوا وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود تقرب من القاضي واعلم ان القيام بين يدي القاضي للخصومة لم يكن سنة ولا قابل ان يجلسهم على ما ذكرنا فهذه ايضا من المحدثات لما فيه من الحاجة اليه وعن ابن عمر انه كان اذا سافر استصحب رجلا يحيي الادب فقيل له في ذلك فقال اما علمت ان الشر بالشر يدفع والمقصود ان الناس تختلف الاحوال والادب وقد حدث في هذه الازمان امور وسفهاء فيعمل بمقتضى الحال ويراد به الخيبة لاحشة النفس المؤدي الى الاعجاب ولا حول ولا قوة الا بالله

قال ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول له اتشهد بكذا وكذا وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف رح في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل **فصل في الحبس**

ويستحب ان تكون فيه علية بلا غصب وان يلتزم التواضع في غير وهن ولا ضعف ولا يترك شيء من الحق ويتخذ كاتبا امينا صالحا يكتب المحاضر والسجلات عارفا بها كيلا يقع في السجل فاسدا بالاخلال ببعض الشروط كما هو مذكور في كتاب السجلات والمحاضر ويقعد حيث يرى ما يقعد ويكتب ويكتب خصومة كل منهما وشهادة شهودهما في صحيفة وهي المحضر في عرف الفقهاء بخلاف عرف العادة اليوم **قوله** ويكره تلقين الشاهد وهو ان يقول له القاضي كلاما ليستفيد به الشاهد علما عليه الائمة الثلثة وعن ابي يوسف وهو وجه للشافعي لا باس به لمن استولته الحيرة او الهيبة فترك شيئا من شرائط الشهادة فيعينه بقوله اتشهد بكذا وكذا بشرط كونه في غير موضع التهمة اما فيها بان ادعى المدعي الفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بالف فيقول القاضي يحتمل انه ابرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علما فوفق به في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين احد الخصمين وفي المبسوط ما قالاه عزيمة لان القاضي منهي عن اكتساب ما يجر اليه تهمة الميل وتلقين الشاهد لا يخلو منه وقول ابي يوسف رخصة فانه لما ابتلي بالقضاء شاهد الحصر عند اداء الشهادة لان مجلس القضاء مهاب فيضع الحق اذا لم يعينه على اداء الشهادة ويحصر مضارع حصر من باب علم اذا امتنع عليه وضاق صدره به وتقدمت هذه اللغة في كتاب الصلوة وايضا امر باكرام الشهود فان الله يحيي بهم الحقوق وهذا التلقين اعانة واكرام حيث لا ينسب اليه القصور وقوله بمنزلة الاشخاص هو ارسال شخص ليأتي بخصمه يقال شخص من البلد الى بلد اذا ذهب من حد منع قيل وتاخير قول ابي يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على انه مختار المص وهذا بناء على ان قوله استحسنه معناه له دليل الاستحسان الاصطلاحي وقد لا يلزم ويكفي كونه آخر دليله في ذلك وفي فتاوى قاضي خان لا ينبغي للقاضي ان يبيع ويشتري بنفسه بل يفوض ذلك الى غيره وبه قالت الائمة الثلثة وعن احمد يتخذ وكيلا لا يعرف انه وكيل القاضي تحرزا عن المباحاة وشرط شريح على عمر حين ولاه ان لا ابيع ولا اشتري ولا ارتشي وقال بعض المشايخ المالكية ينبغي للقاضي ان يرتفع عن طلب العواري من الماعون والدابة وما اشبه ذلك وعن محمد لا باس ان يبيع ويشتري في غير مجلس القضاء وينبغي للخصوم اذا وصلوا ان لا يسلموا على القاضي فان سلموا لا يجب على القاضي رد سلامهم فان رد يقتصر على قوله وعليكم ويخرج في احسن ثيابه والله الموفق

فصل في الحبس احكام القضاء كثيرة فذكر منها الحبس الا انه اختص باحكام كثيرة فافرده بفصل على حدة والحبس مشروع بالكتاب لانه المراد بالنفي المذكور بقوله تعالى او ينفوا من الارض وبالسنة على ما سلف انه صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة وذكر الخصاف ان ناسا من اهل الحجاز اقتتلوا فقتل بينهم قتيلا فبعث اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبسهم ولم يكن في عهده صلى الله عليه وسلم وابي بكر سجن انما كان يحبس في المسجد او الدهليز حتى اشترى عمر رض دارا بمكة باربعة آلاف درهم واتخذه محبسا وقيل بل لم يكن في زمن عمر ولا عثمان ايضا الى زمن علي فبناه وهو اول سجن بني في الاسلام قال في الفائق ان عليا رض بنى سجنا من قصب فسماه نافعا فنقبه اللصوص

قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة ولا بد من ظهور ما وهذا اذا اثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طلع في الاثناء فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور ظلمه اما اذا اثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره **قال** فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناؤه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على اداءه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله

وتسبب الناس منه فمنهم من حبسه ومنهم من ضربه ونحو ذلك يقول علي رضي الله عنه ﴿ الا ترى كيف اثنيت بعد نافع مخيسا * باحصينا وامينا كيسا * والمحبس موضع التحبيس وهو الذليل والكيس حسن الثاني في الامور والكيس المنسوب الى الكيس واراد بالامين السجان الذي نصبه فيه والمحبوس في الدين لا يخرج لصوم رمضان ولا لعيد ولا لجمعة ولا لصلاة جماعة ولا لحج فريضة ولا لحضور جنازة بعض اهله ولو اعطى كفيلا بنفسه لانه شرع لتفجير قلب فيباع للقضاء وبهذا قالوا ينبغي ان يكون موضعا خشنا ولا يبسط له فراش ولا وطاء ولا يدخل له احد ينيمه ويؤنسه وقيل يخرج بكفيل بجنازة الوالدين والاجداد والجدات والاولاد وغيرهم وعليه الفتوى وفيه نظر لان ابطال حق آدمي بلا موجب وموت الاب ونحوه غير مبطل بنفسه فهم اذا لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعل ذلك وسئل محمد عما اذا مات والداه اكان يخرج فقال لا ولو مرض في السجن فاصبناه ان كان له خادم لا يخرج حتى يموت ان لم يكن له خادم يخرج لانه قد يموت بسبب عدم المرض ولا يجوز ان يكون الدين مقتضيا للتسبب في هلاكه ولو احتاج الى الجماع تدخل زوجته او جاريته فيطأها حيث لا يطلع عليه وقيل يمنع منه لان الجماع ليس من الحوائج الاصلية ولا يمنع من دخول اهله وجيرانه عليه لانه قد يفضي الى المقصود من الايفاء بشورتهم ورأيهم وينبغي ان يطول المكث والمال غير متقدر في الحبس فيحبس في الدراهم وما دونه لان ظلمه يتحقق بمنع ذلك **قوله** واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحبه حبس غريمه لم يعجل بحبسه حتى يأمره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة لقوله صلى الله عليه وسلم في الواجد يحل عرضه وعقوبته رواه ابو داود وفسر عبد العزيز المبارك احلال عرضه بالغلاظة لقوله وعقوبته بالحبس فلا بد من ظهور المماطلة ولم يظهر بمجرد ثبوت الحق بالاقرار او بعلمه في الاصل فلم يستصحب المال وانما يظهر اذا امر بعد اقراره فمنع اما اذا ظهر بالبينة فيحبسه كما ظهر ظهور المماطلة بانكاره وفي الفوائد الظهيرية وعشرين الاية الفرق على هذا وهو انه اذا ثبت بالبينة لا يحبسه لاول وهلة لانه يعتذر بانه كان يعلم ان علي دينا له بخلافه بالاقرار لانه كان عالما بالدين ولم يقبضه حتى احوجه الى شكواه وعلى قول الخصاف لا يحبسه حتى يأمره في الاقرار والبينة **قوله** فان امتنع اي بعد امره بقضاء حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كالقرض وثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا ثبت المال في يده ثبت غناؤه والمراد بالغنى القدرة على الايفاء والا فالمديون قد يكون دون النصاب يحبس بمعنى اذا دخل المال في يده وجبت قدرته على ايفائه ولم يكن بدل مال الكتابة لزمه عن بعقد التزمه كالمهر والكفالة لان اقدامه على مباشرة ما يلزم ذلك المال دليل القدرة عليه فيحبسه ولا يسمع قوله اني فقير لانه كالمناقض لوجود دلالة اليسار ولا يحبسه فيما سوى هذين النوعين اذا قال اني فقير الا ان يثبت عنده ان له مالا فيحبسه حينئذ لانه وجد دلالة اليسار اي قدرته على الدين المدعى بهكذا ذكر في الكتاب ويروى ان القول له عليه في جميع ذلك اي فيما كان بدل مال او لزمه بعقد او حكما لفعله كالاتلاف وضمان الغصب وهو قول الخصاف

قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق للمسئلتين تبين القولين الآخرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه لا يحبسه في كل دين هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند ابي حنيفة ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين او ثلثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر

لان الاصل هو العسرة في حق كل احد لانه عدم المال ولهذا قال اذ اثبت الحق فلا يحبسه حتى يسأله ألك مال ولا فان قال لا استحلفه فان نكل حبسه وان حلف اطلقه الا ان يقيم المدعي البينة على قدرته وعند نا يحبسه قوله فان قال انا فقير ينظر ويروى ان القول له للمديون الا فيما بدله مال كالقرض وثمن المبيع بخلاف المهر والكفالة فان القول فيهما قول المدعي ونسب الخصاف هذا القول لابي حنيفة وابي يوسف ومن العلماء من قال يحكم الزي ان كان بزي الفقراء فالقول قوله في الفقر الا ان يثبت المدعي قدرته وان كان بزي الاغنياء فالقول للمدعي الا في الفقهاء والعلوية والعباسية لا يحكم الزي فيهم لانهم يتكلفون في لباسهم مع فقرهم وحاجتهم وعلى هذا القول لو كان على المطلوب بزي الفقراء فادعى المدعي انه غيّر زيه وقد كان عليه زي الاغنياء قبل ان يحضر مجلس الحكم فان القاضي يسأله المدعي البينة على ذلك فان اقام البينة انه كان عليه زي الاغنياء جعل القول قول المدعي فان لم يقدر على البيان حكم زيه في الحال فيجعل القول قول المديون وكلما تعارضت بينتا اليسار والاعسار قدمت بينة اليسار لان معها زيادة علم الا ان يدعي المديون انه موسر وهو يقول اعسرت بعد ذلك واقام بذلك بينة فلانها تقدم لان معها علما بامر حادث وهو حدوث ذهاب المال ثم ذكر المصنف مسئلتين محفوظتين نقلهما عن اصحابنا بلا خلاف احدهما ان المرأة اذا ادعت انه موسر لتاخذ نفقة اليسار وقال الزوج انه معسر يعطي نفقة الاعسار ان القول للزوج والثانية احد الشريكين اذا اعتق نصيبه وزعم انه معسر فلا يضمن للساكت شيئا ولكن يستسعى العبد وقال شريكه بل موسر فيضمنه كان القول قول المعتق قال المصنف والمسئلتان تؤيدان القولين الاخيرين يعني قول القائل القول لمن عليه في جميع ذلك وقول القائل القول لمن عليه الا فيما بدله مال اما تاييدهما الاول فلانه جعل القول قول الزوج والمعتق فلو كان الصحيح المذكور اولا لكان القول للمرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار واما تاييدهما الثاني فلانه لما لم يكن بدل المهر وبدل العتق مالا جعل القول قول من عليه علم بهذا ان الصحيح هو القولان الاخيران كذا في النهاية ومنهم من شرح في الاول فقال اما تاييدهما القول بجعل القول له في جميع ذلك فظاهر وذكر في الثاني ما ذكر في النهاية ولا يخفى انهما يبطلان القول المفصل في الكتاب بين كون الدين لزم بمال او بعقد فلا يكون القول للمطلوب وكونه بخلافهما فالقول للمطلوب فان البدل فيهما ملتزم بعقد او شبهة وهو الفعل الحسن الموضوع سببا اعني العتق ويؤيد ان القول الاخير وهو ان القول للمديون الا فيما بدله مال فان البدل في المسئلة ليس مالا فجعل القول للمديون قائما القول بان ما بدله ليس مال يكون القول فيه للمطلوب وان التزمه بعقد ثم هذه الثانية باعتبار صدقها مع جزء كل من القولين مطابقة كل منهما يوهم انه يفيد الشمول والا فلم يلزم من كون القول للمطلوب فيما اذا التزم بعقد كون القول له في جميع الديون كما في النهاية والدراية بخيه بما من قوله بعد توجيه التائيد وكان الصحيح هما القولان تامل ظاهر وكيف يمكن ان يجمع بينهما في الصحة وهما متباينان فان كون القول للمطلوب في الكل اذا كان هو الصحيح لا يكون التفصيل بين كون الدين مالا فالقول للمدعي او غير مال فالقول للمطلوب صحيحا فانه لا شبهة فيه انما يبطلان القول المذكور

والتعجيل التقدير موقوض الى راى القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فان لم يظهر له مال حلى سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية وفي رواية لا تقبل وعلى الثانية عامة المشايخ رحمهم الله قال في الكتاب حلى سبيله ولا يكون بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة سنذكره ان كنا نحن شاء الله تعالى وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابى حبسه وان كان معسرا حلى سبيله وهو اذا اقر عند غير القاضي او عند القاضي مرة فظهرت مماطلته والحبس لاداء معدته قد بينا فلا نعيده **قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع**

في الكتاب ليس بشيء واجاب المصنف عن الامثال المذكورة بان دين النفقة وضمان المتلفات ليس بدين مطلق بل هو صلة وجبت ولذا اسقطت النفقة بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة وهذا قوله والتخريج على ما قال في الكتاب اي آخره لم يرد القضاء فيرجح قول الكتاب المفصل على قوته وشبهته ثم فيما اذا كان القول قول المدعي او ثبت ذلك بالبينة يحبس المديون شهرين او ثلاثة ثم يسأل عنه فان حبس لظهور المماطلة ثم انما يحبس لينظهر ماله فيوفي ما عليه فلا بد ان تمت المدة لتفيد هذه الفائدة مقدرة بما ذكرنا وهو شهران او ثلاثة وهو رواية محمد عن ابي حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة وروى غير ذلك من التقدير بشهر وهو اختيار الطحاوي لان ما ذكر على الشهر في حكم الاجل وما دون الشهر في حكم العاجل فصار ادنى الاجل شهرا والاقصى ثلاثة فيقدر بشهر وروى اوراد بستة اشهر وهو رواية الحسن ما بين اربعة اشهر الى ستة اشهر عن ابي حنيفة حوله والصحيح الخ ذكر هشام عن محمد نحو وكذا الصدر الشهيد فالتقدير في هذا غير معتبر بل هو موقوض الى راى القاضي اذ المقصود بالحبس ان يتبين حاله فيقضيه ان كان له مال فرج عن نفسه فيما ذكره واهل الخبرة فان شهد عنده شاهدان انه قادر على قضاء الدين حبسه وان قالوا انه ضيق الحال اطلقه ولو راى ان يسأل قبل القضاء مدة الحبس كان له ذلك واما السؤال قبل الحبس وقبول بينة الاعسار فخلاف الرواية عن محمد في رواية يقبل قبل الحبس وبه افتى محمد بن الفضل واسمعيل بن حماد بن ابي حنيفة وسعيد بن يحيى وهو قول الشافعي واحمد والاكثر على انها لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك وهو الاصح فان بينة الاعسار مبنية على النفي فلا تقبل حتى تشاهد بموته وبعد مضي المدة تأيدت اذ الظاهر انه لو كان له مال لم تحمل ضيق السجن ومرارته واعلم ان سؤال القاضي بعد المدة لاحتياط والا فبعد مضي المدة التي يغلب ظن القاضي انه لو كان له مال وفاه وجب اطلاقه ان لم يقم المدعي بينة بيسار ومن غير حاجة الى سؤال والا فان شهدت بينة اعسرته فان لم تكشف له مال حلى سبيله ولو طلب المديون يمين المدعي انه ما بقي معسر حلف فان نكل لم تقبل بينته ولو قبل الحبس وان حلف ابرأه ولا شك ان معنا وما لم يقيم بينة على حدوث عسرته قال ابو القاسم في كيفية شهادة الاعسار ان يقول اشهد انه مفلس لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليلته وقد اخبرنا امره سرا وعلانية بخلاف ما اذا مضت المدة فانه يكفي الواحد العدل في انتهاء العسرة والاثنان احوط ولا يشترط فيها الشهادة ذكر في باب الحبس من كفالة شيخ الاسلام

قوله في الجامع الصغير رجل اقر دينا عند القاضي فانه يحبسه ثم يسأل عن حاله انما ذكره لما ذكرنا من الخلافة لما قدمه من قوله اذا ثبت الدين بالاقرار لا يحبسه في اول الوهلة فان هذا ظاهر في فصل الحبس بالاقرار وقد ذكره هنا ولا يقوله ومراده واذا اقر عند غير القاضي او عند مرة وظهر مماطلته فترافعا الى القاضي فانه يحبسه وجوابه انه لم يعد الى الآن شيئا

قوله ويحبس الرجل في نفقة زوجته فانه ظالم وتحقيق ذلك ان تقدم في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وان كان مقدار النفقة قليلا كالدانق اذا راى القاضي ذلك فانه يحبسه وفرضها لو طلبت حبسه لما بيان العقوبة تستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد الوجوب

لا يحبس الوالد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده ولانه لا يتدارك فيسقط بمضي الزمان والله اعلم

باب كتاب القاضي الى القاضي

قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده شاهدان على ما بينا فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجوا لحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدا بغير حضرة الخصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الثاني

ولم تحبس ونهر ليقتضي اذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي ان قدمت في اليوم الثاني ان يأمره بالانفاق فان رجع فلم ينفق اوجب عقوبة وانكانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها وهو قياس ما استثناه في باب القسم من توهمها اذا لم يقسم لها فرفعته اوجب عقوبة وان كان ما وهب لها من الحق لا يقتضي ويحصل بذلك ضرر كبير قوله ولا يحبس الوالد في دين ولده ولانه عقوبة ولا تستحق عقوبة الوالد لاجل الولد لان التأفيف لما حرم كان الحبس حراما لانه فوقه وكذا الايحد له اذا قذفه ولا يقتص منه اذا قتله اما اذا امتنع من الانفاق عليه فانه يحبس وكذا الكل وجبت عليه النفقة فابى عن الانفاق لا يتدارك لسقوطها اي لسقوط النفقة بمضي الزمان بخلاف الدين فانه لا يسقط وفي الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه لان المولى لا يستوجب عليه دينا ولا المولى لعبده والمأذون غير المديون لان كسب المولى فكيف يحبس له فان كان عليه دين يحبس لانه يلزمه في الحقيقة يحبس مولى المكاتب للمكاتب اذا لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة لان في الحبس ارجاع اخذه فاذا اخذ يتيقنا ان قصاصا وفي غير جنسه لا يتبع المقاصة والمكاتب في اكسابه كالحر فله حق المطالبة فيحبس لمطله اما المكاتب فلا يحبس بدين الكتابة لمولاه لانه بالامتناع لا يصير ظالما ولو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه لانه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وعن بعض مشائخنا سواء لانه يتمكن من اسقاطه بتعجيز نفسه فيسقط الدين عنه لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وفي ظاهر الرواية ان بدل الكتابة حاله بخلاف سائر الديون

باب كتاب القاضي الى القاضي هذا ايضا من احكام القضاء غير انه لا يتحقق في الوجود الا بقاضيين فهو كالمركب بالنسبة الى فعل قاض واحد وفي التحفين والعمل بكتاب القاضي الى القاضي على خلاف القياس لانه لا يزيد على اخبار نفسه والقاضي لو اخبر قاضي البلد الآخر بما ثبت عنده وبنية قبلها بانه حق فلان الكائن في بلد القاضي الآخر لم يجز العمل به لان اخبار القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولايته فكتابته اولى ان لا يعمل به لكنه جاز باجماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس الى ذلك فان الانسان قد لا يقدر على ان يجمع بين شهوده والمدعى عليه بان كانا في بلدتين فجوز اعادة على الوصال الحقوق كتحقيقها لما وجه القياس بما فيه من شبهة التزوير فان الخط والختم يشبه الخط والختم فليس بذلك لان هذه شبهة منتفية باشتراط شهادة الشهود على نسبته مافيه الى القاضي الاصل وانه حجة وتمثيل ما روى الضحاك بن سفيان انه عليه السلام كتب ان ورث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها رواه ابو داود والترمذي واجمع الفقهاء عليه لا يقال لانسلم سلمنا الحاجة الى كتاب القاضي لان الشاهدين على الكتاب يجوز ان يشهدا على شهادة الاصول وبه يبان عند القاضي الثاني فلم يحتج اليه لانا نقول في الشهادة على الشهادة يحتاج القاضي الثاني الى تعديل الاصول وقد يتعذر ذلك في بلده وبالكتاب يستغني عن ذلك لانه يكتب بعد ان الذين شهدوا عنده قوله ويقبل كتاب القاضي في الحقوق كالتي تثبت مع الشبهات بخلاف الحدود والقصاص اذا شهد به اي بالكتاب عند القاضي المكتوب اليه ما بينا من ان المشهود فيه ما هو عن قريب لم

وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص شرائط نذكرها ان شاء الله وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والغصب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة

فقال فان شهدوا على خصم حاضر يحكم بالشهادة ويريد بالخصم الحاضر من كان وكيلا من جهة المدعى عليه او مسخرا وهو من نصبه القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع الدعوى عليه والا لو اراد بالخصم المدعى عليه لا وكيله لم تبق حاجة الى الكتاب الى القاضي الآخر لان الخصم حاضر عند هذا القاضي وقد حكم عليه واذا حكم كتب بحكمه الى قاضي البلدة التي فيها الموكل ليقضي منه الحق وهذا الكتاب المتضمن للحكم هو المدعو سجلا في عرفهم وان شهدوا بلا خصم حاضر لم يحكم لانه ح قضاء على غائب وانما يكتب بالشهادة الى القاضي الآخر ليحكم هو بها وهذا هو الكتاب الحكمي في عرفهم نسبوه الى الحكم باعتبار ما يؤول وهو في الحقيقة نقل الشهادة الى ذلك القاضي وسنذكر شروط الحكم من القاضي الثاني به والفرق بين الكتابين ان السجل يلزم العمل وان كان المكتوب اليه لا يرى ذلك الحكم لصدور الحكم في محل مجتهد فيه والكتاب الحكمي لا يلزم اذا كان يخالفه لانه لم يقع حكم في محل اجتهاد فله ان لا يقبل ولا يعمل به ويندرج في الحقوق الدين والنكاح والنسب والمغصوب والاب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة ما يعرف بالوصف غير محتاج الى الاشارة واستشكل بان دعوى النكاح لا بد من الاشارة الى الرجل والى المرأة وكذا في الامانة والمغصوب وكانت هذه بمنزلة الاعيان واجيب بان المدعى بها نفس النكاح الذي هو الفعل والغصب وذلك لا يحتاج الى الاشارة لانها من الافعال وان كان يلزم في ضمنه الاشارة الى الرجل والمرأة اذ كل خصم والاشارة الى الخصم شرط ولا يخفى ما فيه لان الاشارة اذا لزمته باي طريق كان ضمنا او قصدا يتعذر على شهود القاضي الكاتب فالحق ان الاشارة لا تلزم من الاصول الى الخصم الغائب بل يشهدون على مسمى الاسم الخاص والنسب والشهرة فاذا وصل الكتاب هناك يقع التعيين كما سنذكر ان شاء الله تعالى فكتب فيها كما يكتب في الدين والعبد ويقبل في العقار ايضا اذا بين حدودها الاربع لان التعريف يحصل به ولا يقبل في الاعيان المنقولة كالحمار والثوب والعبد للحاجة الى الاشارة فيها وعن ابي يوسف انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق في العبد لانه يخدم خارج البيت فاباقه متيسر لمساس الحاجة فيه جوازه بخلاف الامة لانها داخل البيت فلا يشترط ما تيسر له وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل من الدواب والثياب والآثار وعليه المتأخرون ونص الاسبيجابي على ان الفتوى عليه وبه قال مالك واحمد والشافعي في قوله فان المانع منها ما كان لحاجة الى الاشارة في الاعيان وهي غائبة في بلد المكتوب اليه ولا شك ان في الدين ايضا لا بد من الاشارة الى المديون ليقضي عليه ومع ذلك اكتفى باسمه وشهرته في الاثبات عليه وقبول القاضي الكاتب الشهادة عليه وما ذاك الا لان عند القضاء من الثاني يتحقق معنى الاشارة والتعيين وتبيين ذلك بايراد الصورة فصورة الدين اذا شهدوا على فلان بن فلان الفلاني ان يكتب كما ذكره الحسن في المجرد من فلان قاضي كورة كذا الى فلان قاضي كورة كذا سلام عليك فاني احمل اليك الله الذي لا اله الا هو اما بعد فان رجلا اتاني يقال له فلان بن فلان وذكر ان له حقا على رجل في كورة كذا ولم يذكر في المجرد ويقال له فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني ولا بد منه كما سنذكره وسألني ان اسمع بينته واكتب اليك بما يستقر عندي من ذلك فسألته البينة فاتاني بعدة منهم فلان وفلان وفلان ويجليهم ويبينهم فشهدوا عندي ان لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني كذا كذا درهما

ويقبل في العقار ايضا كان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة الحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف رحمه الله يقبل في العبد حتى لا امة الغلبة الاباق فيه ودونها وعنه انه يقبل فيها شرائط تعرف في موضعه وعن محمد رحمه الله يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتاخرون رحمهم الله

حالا وسألني ان احلفه بالله ما قبض منها شيئا ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشيء منها وحلفته بالله الذي لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت البينة عندي ولا قبضه له وكيل ولا احاله ولا قبضه له قبض ولا منها عليه فسألني ان اكتب له كتابا باليمين التي استقر عندي من ذلك فكتبت اليك هذا الكتاب واشهدت عليه شهودا انه كتابي وخاتمي وقرأته على الشهود فقال ختم بطوسي الكتاب وختم عليه فان ختم عليه شهوده نهوا وفق ثم كتب عليه عنوان من فلان قاضي كورة كذا الى فلان قاضي كورة كذا ثم يدفعه الى المدعي فاذا اتى به المدعي الى القاضي الذي بالكورة فذكر ان هذا كتاب القاضي اليه سأله البينة على كتاب القاضي ولا ينبغي ان يسمع بينة المدعي حتى يحضر الخصم فاذا حضر وا قر انه فلان بن فلان بن فلان الفلاني قبل بينته وسمع منه فان انكر قال للمدعي بالبينة ان هذا فلان بن فلان الفلاني فاذا جاءا بها وعدلوا سمع بينة المدعي على ان هذا كتاب القاضي الذي ذكر يقول لهما اقرا عليكما ما فيه فاذا قالوا اقراه علينا واشهدنا ان هذا كتابه وختمه فاذا سمع منهما لا يفك الخاتم حتى يسأل عنهما فاذا عدلا عنده فك الخاتم فاذا حضر فكه وقرأه عليهم وعليه فان اقر الزمه اياه وان انكر قال للمدعي بينتك والا قضيت عليك فان لم يكن له بينة قضى عليه وان كانت له بينة قبلها فان قال لست انا فلان بن فلان الذي شهدوا عليه بهذا المال بل هو آخر قال لهما ثبتا ان في تلك الصناعة او القبيلة رجلا غيره بمثل ما نسب به الا وتلك ما شهدتما به فان جاءا بينة على ان في تلك الصناعة والقبيلة من يثبت بمثل ما نسب اليه بطل الكتاب وان لم يكن في تلك القبيلة او الصناعة احد على اسمه واسم ابيه قضى عليه انتهى فقد علمت ان التعيين الذي هو المقصود بالاشارة وتحصيل بغية الامر قبل القضاء عليه وفي هذه الصورة مواضع وان كانت ظاهرة بينة عليها سنها قوله في شهود الكتاب نهض فلان وفلان بكليتهم وتسميتهم لم يذكر اسم ابيهم ولا بينهما وقالوا اكتب واقام شهودا عدولا فرغتهم بالله او ما كفت فعدلوا اكفي عن تسميتهم وشهدهم عندي لا بد ان يقول احد العدول اذا لم يسمهم والذي يظهر من كلام محمد غيره انه لا بد من تسميتهم ثم سمت كل منهم وحليته وحرفته ان تأخر فيها ذرعا ومزارعا فالمقصود من تعريف الشهود ثم ذكر اسمائهم بالعدالة وعدلوا الا ان يخصم واذا خصم والثاني قد تكون له مطعون فيهم او في احدهم فلا بد من تعيينهم ليتمكن من الطعن ان كان والا فيقول شهودي فلان وفلان فيكون في ذلك طعن وتحاصل قوله الى فلان قاضي كورة كذا انما يصح اذا كان القاضي واحدا فان كان اثنان فما فوقهما لا يصح وتحاصل قوله في الدعوى يقال لفلان بن فلان يتم التعريف في قولهما وعنده لا بد من ذكر الجد وكذا الاسلاف لو ذكر فحيلته ان صناعته وان ذكر اسم الاب ولم يذكر اسم الاب لكن نسبه الى قبيلة او فخذ وقال فلان التميمي وما اشبهه لا يكون تعريفا بالاتفاق وان كان مشهورا الا يحتاج بعدها الى شيء اخر وقيل لا بد ان يذكر ادعى الذي انه غائب عن هذا البلد مسيرة سفر لان بين العلماء اختلافا في المسافة التي يجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي فجماعة من شايخنا قالوا لا يجوز فيما دون المسيرة سفر وبه قال الشافعي واحمد وفي جمهور حكى الطحاوي عن ابي حنيفة واصحابه انه يجوز فيما دون مسافة القصر وقال بعض المتاخرين هذا قول ابي يوسف

قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية

ومحمد وبه قال مالك والذي يقتضيه مذهب ابي حنيفة انه لا يجوز كالشهادة على الشهادة ومنها ختم الشهود وليس بلازم بل هو اوفق كما قال ومنها قوله وعدلوا ظاهر في انه لا يفك الختم حتى يعدل شهود الكتاب وفيه خلاف سيذكر وان كانت دارا قال ادعى ان له دارا في بلد كذا في محلة كذا وذكر حدودها في يد رجل يقال له فلان بن فلان يعرفه على وجه التمام ولو ذكروا ثلاثة حدود كفى استحسانا خلافا لزفر ولو غلطوا في بعض الحدود بطل الكتاب وصورة كتاب العبد الآبق من قاضي مصر بعد العنوان والسلام شهد عندي فلان وفلان بان العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعي وقد ابق الى الاسكندرية وهو اليوم في يد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين مسافرين الى والي الاسكندرية على ما فيه وعلى ختمه كما سيذكر فاذا وصل وفعل القاضي ما تقدم وفتح الكتاب دفع العبد الى المدعي من غير ان يقضي له به لان الشهود الذين شهدوا بملك العبد للمدعي لم يشهدوا بحضرة العبد ويأخذ كفيلا بنفس العبد الذي من المدعي ويجعله خاتما من القاضي في كتف العبد ولا حاجة الى هذا الا لدفع من يتعرض له ويتهمه بسرقته فاذا لم يكن لا حاجة ويكتب كتابا الى قاضي مصر يشهدان على كتابه على ما عرف فاذا وصل الكتاب اليه فعل ما يفعل المكتوب اليه ثم يأمر المدعي ان يحضر شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه ملكه فاذا شهدوا قضى له وكتب الى قاضي الاسكندرية ما ثبت عنده اليه ليبرأ كفيله وفي بعض الروايات ان قاضي مصر لا يقضي للمدعي لان الخصم غائب لكن يكتب كتابا آخر الى قاضي الاسكندرية فيه ما جرى عنده ويشهد على كتابه وختمه ويرد العبد معه اليه ليقضي به بحضرة المدعى عليه فيفعل ذلك ويبرأ الكفيل وصورته في الجواري كما في العبد الا ان القاضي المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعي بل يبعثها على يد امين لاحتمال انه اذا ارسلها مع المدعي يطأها لاعتماد انها ملكه قال في المبسوط ولكن ابو حنيفة ومحمد قالا هذا فيه بعض القبح فانه اذا وقع العبد يستخدمه قهرا ويستغله فيأكل من غلته قبل ان يثبت ملكه فيه بالقضاء وربما يظهر العبد لغيره ولا يخفى ان ضم محمد مع ابي حنيفة بناء على ظاهر الرواية عنه وكلامنا على الرواية عن محمد المختار للفتوى الموافقة للوجه والائمة الثلثة واذا عرفت هذا فالزوجة المدعي باستحقاقها في بلد القاضي المكتوب اليه لا بد ان يجعل من قبيل الامة فيجري فيها ما يجري فيها لانه يبعد ان يجري مجرى الديون لانها اذا قالت لست انا فلانة الشهود على انها زوجة المدعي المذكور ولم يقدر على بينة ان في قبيلتها من هو على اسمها ونسبها ان يدفع الى المدعي يطأها **قوله** ولا يقبل الكتاب اي لا يقبل المكتوب اليه الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين على انه كتاب القاضي فلان الكاتب وانه ختمه وان فيه كذا وكذا ولا بد من اسلامهما فلا تقبل شهادة الذميين على كتاب قاضي المسلمين ولو كان الكتاب لذمي لانهم يشهدون على فعل المسلم وهذا لان قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة والضرورة اذ قلما يحضر المسلمون معاملاتهم خصوصا الانكحة والوصايا وهذا لا يتحقق في كتاب القاضي وختمه وما شرط الشعبي الشهادة عليه وكذا الحسن اسند الخصاف الى عمر بن ابي زائدة او عمير قال جئت بكتاب من قاضي الكوفة الى اياس بن معاوية فجئت وقد عزل واستقضي الحسن فدفعت كتابي اليه فقبله ولم يسألني البينة عليه ففتحه ثم نشره فوجد لي فيه شهادة شاهدين على رجل من اهل البصرة بخمسمائة درهم فقال الرجل يقوم على رأسه اذهب بهذا الى زيادة فقل له ارسله الى فلان

قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف رح آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف رح ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي رح قول ابي يوسف رح

فخذ منه بخمسمائة درهم وادفعها الى هذا وبه قال ابو ثور والاصطخري من الشافعية وابو يوسف في رواية فالشرط عندهم ان يكون المكتوب اليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قياسا على كتاب الاستيمان وعلى رسول القاضي الى المزكين ورسول المزكين الى القاضي قلنا الفرق ان هذا نقل ملزم اذ يجب على القاضي المكتوب اليه ان ينظر فيه ويعمل به ولا بد للملزوم من الحجة وهو البينة بخلاف كتاب اهل الحرب فانه ليس ملزما اذ للامام ان يعطيهم ما طلبوه وله ان لا واما الرسول فلان التزكية ليست ملزمة وانما الملزم هو البينة واما الفرق بين رسول القاضي وبين كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلان غاية رسوله ان يكون كنفسه وقدمنا انه لو ذكر ما في كتابه لذلك القاضي بنفسه لا يقبل وكان القياس في كتابه كذلك الا انه اخبر باجماع التابعين على خلاف القياس فاقتصر عليه فان قلت فكيف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يكتب الى قاض آخر غيره فالجواب يجوز ان يكون قال لا اياس القاضي بالبصرة والى كل قاض يراه من قضاة المسلمين فانه اذا كتب كذلك كان لكل قاض رفع اليه ان يعمل به بلا خلاف بخلاف ما لو كتب من الاول الى من يبلغه كتابي هذا من قضاة المسلمين فانه لا يجوز العمل به ولا احد من القضاة ان يعمل به واجازه ابو يوسف ايضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم فروع يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لانه يثبت مع الشبهات ولو كتب القاضي الى الامير الذي ولاه اصلح الله الامير ثم نص القضية وهو معه في المصر فجاء به ثقة يعرفه الامير ففي القياس لا يقبل لان ايجاب العمل بالبينة ولانه لم يذكر اسمه واسم ابيه وفي الاستحسان يجوز للامير ان يمضيه لانه متعارف ولا يليق بالقاضي ان يأتي في كل حادثة الى الامير ليخبره ولانه لو ارسل اليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارته في جواز العمل به فكذا اذا ارسل كتابه ولم يجر الرسم في مثله من مصر فشرطنا هناك شروط كتاب القاضي الى القاضي قوله ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم شروع في بيان الشروط الموعود بذكرها في قوله ويختص بشرائط نذكرها والحاصل ان شهد الشهود على ما في الكتاب فلا بد من ان يقرأ عليهم او يعلمهم ما فيه اي باخباره لانه لا شهادة بلا علم المشهود به كما لو شهدوا بان هذا الصك مكتوب على فلان لا يفيد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين واشتراط علمهم بما في الكتاب قول ابي حنيفة ومحمد والشافعي واحمد ومالك في رواية ومن ان يشهدوا انه ختمه ذلك بان يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم وهذا عند ابي حنيفة ومحمد لا بد ان يكون الكتاب معنونا اي مكتوبا فيه العنوان الذي قدمناه وهو اسم الكاتب واسم المكتوب اليه ونسبهما والشرط العنوان الباطن فان لم يوجد وكان معنونا في الظاهر لا يقبله لتهمة التغيير وعن هذا قيل ينبغي ان يكون معهم نسخة اخرى مفتوحة ليستعينوا بها على حفظ الكتاب فانه لا بد من التذكر من وقت الشهادة الى وقت الاداء عندهما وقال ابو يوسف آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه بعد ما كان ولا يقول كقول ابي حنيفة وعن ابي يوسف ايضا ان الختم ليس بشرط ايضا رخص في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة وهذا اختار شمس الائمة السرخسي ولا شك عندي في صحته فان الفرض اذا كان عدالة الشهود وهم حملة الكتاب فلا يضر ما لو عبر بختوم مع شهادتهم انه كتابه نعم اذا كان الكتاب مع المدعي ينبغي ان يشترط الختم لاحتمال التغيير الا ان يشهدوا

قال فاذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف بيان القاضي الكاتب لانه للنقل الى حكمه قال فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقضائه قرأه علينا وختمه ختمه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه ختم على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف رح لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود فانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم

بما فيه خطأ فالوجه ان كان الكتاب مع الشهود ان لا يشترط سفرتهم لما فيه ولا الختم بل يكفي شهادتهم انه كتابه مع عدالتهم وان كان مع المدعي اشترط حفظهم لما فيه فقط ومن الشروط ان يكتب فيه التاريخ فلو لم يكتب لا يقبل وذلك لينظر هل هو كان قاضيا في ذلك الوقت او لا وكذا الوثيقة على اصل الحادثة ولم يكن مكتوبا لا يقبل وفي خزانة الفقه يجوز كتاب القاضي الى القاضي في المصرين ومن قاضي مصر الى قاضي سمرقند ولا يجوز من قاضي سمرقند الى قاضي مصر انتهى وهذا ينبغي ان يعد عدالة شهود الاصل والكتاب افرق ولو كان العنوان من فلان الى فلان او من ابي فلان الى ابي فلان لا يقبل لان مجرد الاسم او الكنية لا تعرف به الا ان تكون الكنية مشهورة مثل ابي حنيفة وابن ابي ليلى وكذلك النسبة الى ابيه فقط مثل عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب وقد تقبل الكنية المشهورة كابي حنيفة على رواية ابي سليمان ولا يجوز في سائر الروايات لان الناس يشتركون في الكنية غير ان بعضهم يشتهر بها فلا العمل المكتوب اليه ان المكتوب هو ذاك الذي اشتهر بها او غيره بخلاف ما لو كتب الى قاضي بلدة كذا فانه يكفي الغالب ان يكون واحد او الصحيح ان التعريف بالاضافة الى محل الولاية كاف ويشترط ابو يوسف العنوان الفاضل اذا لم يكن معنونا وكان مختوما وشهدوا بالختم كفى قوله واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم وفي بعض النسخ لم يقبله الا بحضرة من الخصم كما ذكرنا فيما تقدم والمراد بالقبول الاجراء والا بحضور او لا بحضور وقوله فانه لا يتعلق به حكم ترتيب الحال انه اذا وصل المدعي الى القاضي جمع بينه وبين خصمه فان اشتبه عليه استفتى عن الكاتب وان انكر قال له هل لك حجة فاذا قال في كتاب القاضي الي ان لي طالبة بالبينة علي فاحضر وا الا حضر خصمه ان لم يكن حاضرا فيشهد ان بحضرتهما ان كتاب القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وختمه بحضرتنا وعلمنا ما فيه وانا لم نقرأه الا بحضورهما لانه اسم للكتاب في المعنى بمنزلة الشهادة على الشهادة لان القاضي ينقل الفاظ الشهود بخط يده الى المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الاصل بعبارته بخلاف القاضي الكاتب فانه يسمع من الاصول الشهادة وان كان الخصم المدعى عليه غائبا لان سماعه ليس للحكم بل للنقل وكان سماعه بمنزلة تحمل الفرع بشهادة الاصل وفي التحمل لا يشترط حضور الخصم كذا هذا وهذا كله قول ابي حنيفة ومحمد علمت ان قول ابي يوسف الاكتفاء بشهادة انه كتابه وختمه ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة في شهود الكتاب للفتح حيث قال فاذا شهدوا انه كتابه وختمه ولم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف الصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة وذكر الخصاف وجهه بما ذكر في المتن فانه قال فيه فتحه ولم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف ايده الله وذكر الخصاف لا يفتح قبل ظهور العدالة ثم قال ما ذكر محمد اصح يجوز ان يجوز الفتح قبل ظهورها بعد الشهادة بانه كتابه وجه المصنف بما ذكر الخصاف من انه ربما يحتاج الى زيادة الشهود بان ارتاب في عدالة فيقول تردد في شهود او لا يمكن ادراك الشهادة من الزيدين الا حال قيام الختم فرع وسمع الخصم وصول كتاب القاضي الى قاضي بلدة اخرى في بلد احدهما كان للقاضي المكتوب اليه ان يجيب الى قاضي تلك البلدة

وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في غير عملهما وكذلك لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا او الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشائخنا لانه غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

بما ثبت عنده من كتاب القاضي وكما جوزنا للاول الكتابة يجوز للثاني والثالث وهلم جرا للحاجة ولو كتب فلم يخرج من بلده حتى رجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود المكاتب بل يعيد المدعي شهادتهم لان سماعة الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء وانما يستفيدها لو كان الخصم حاضرا وقت شهادتهم قوله وانما يقبله المكتوب اليه هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به وهو ان يكون القاضي الكاتب على قضائه الى ان يمضي آخر الكتاب فلو انه مات او عزل قبل ان يصل الى المكتوب اليه او خرج عن اهلية القضاء بجنون او عمى قالوا او فسق وانما يتخرج على القول بالعزل بالفسق بطل الكتاب وقال ابو يوسف والشافعي يعمل به وبه قال احمد لان كتاب القاضي كالشهادة على الشهادة لانه ينقل به شهادة الذين شهدوا عنده الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتاب فكان كشهود الفرع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضاء او مات الاصل بعد اداء الفرع فانه لا يمنع القضاء وحاصل الجواب في الذخيرة ومنع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل وبقراءته لان هذا النقل بمنزلة القضاء ولهذا لا يصح الا من القاضي فلا يتم الا بوجوب القضاء ولا يجب الا بقراءته وبهذا تبين ان العبارة الجيدة ان يقال لو مات قبل قراءته الكتاب لا قبل وصوله لان وصوله قبل ثبوته عند المكتوب اليه وقراءته لا توجب عليه شيئا فقول المص التحق بواحد من الرعايا يعني قبل تمام القضاء ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر غير المكتوب اليه في غير عمله او غير عملهما ولو كان على قضائه لانه بالنسبة الى العمل الآخر كواحد من الرعايا غير ان الكتاب خص من ذلك بالاجماع ولو مات بعد وصول الكتاب وقراءته عمل به المكتوب اليه هكذا ذكر في ظاهر الرواية وكذا لو مات المكتوب اليه او عزل وولي غيره لا يعمل الذي قام مقامه عندنا الا اذا كان كتب الى فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وقد قدمنا ما هنا وقال الشافعي واحمد يعمل به لان المعول عليه شهادة الشهود على ما تحملوه ومن تحمل وشهد وجب على كل قاضي الحكم بشهادته وصار كما لو كتب والى كل قاض وصل اليه واجيب بان الكاتب لما خص الاول بالكتابة فقد اعتمد عدالته وامانته والقضاة متفاوتون في اداء الامانة فصح التعيين بخلاف ما اذا اردفه بقوله والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان هناك اعتمد على علم الكل وامانتهم فكان الكل مكتوبا اليهم معينين ما لو كتب ابتداء الى كل من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقدمنا انه اجازه ابو يوسف وهو مذهب الشافعي واحمد ومنعه ابو حنيفة والظاهر ان محمدا مع ابي حنيفة والقول قول ابي يوسف لان اعلام المكتوب اليه وان كان شرطا فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الاجمال والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه سواء كان تاريخ الكتاب قبل موته المطلوب او بعده ولا خلاف فيه قوله ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص وهو قول للشافعي وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك واحمد لان الاعتماد على الشهود وقد شهدوا قلنا ان فيه اي في كتاب القاضي شبهة البدلية وصار كالشهادة على الشهادة لا يقام بها الحد لان مبنى الحدود والقصاص على الاسقاط بالشبهات وفي قبول الكتاب سعي واحتياط في اثباتهما وعرف من تقديرنا ان المعنى على عدم الواو في قوله ولان

فصل آخر ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها فيهما وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا في الاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني فاجاز الاول جاز كما في الوكالة وهذا لانه حضره رأي الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله الا اذا فوض اليه العزل هو الصحيح

بيناهما الى آخره والله اعلم انك ربما تطلع على فروع كثيرة في الكتب فيها تصريح بمنع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيرها في رجل وامرأة ادعيا ولدا وقالا هو معروف النسب منا هو في يد فلان استرقه في بلد كذا فطلب الكتاب لا يكتب في قول ابي حنيفة ومحمد وان ادعيا النسب ولم يذكر الاسترقاق يكتب بالاتفاق لانه دعوى النسب مجردا فكان كدعوى الدين بخلاف المسئلة الاولى لانه يريد دفع الرق فهو كدعوى انه عبدي **فرع** هل يكتب القاضي بعلمه في الخلاصة هو كالقضاء بعلمه والمتفاوت هنا ان القاضي يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالاجماع كذا قال بعضهم ولو اقام شاهدا واحدا عند القاضي وسأل ان يكتب بذلك كتابا الى قاض آخر فعل فانه قد يكون له شاهد في محل المكتوب اليه ويكتب في الدين المؤجل ويبين الاجل ليطالبه اذا حل هناك ولو كان استوفى غريمي دينه وابرأني به واقام عليه بينة وانا اريد ان اقدم البلدة التي هو فيها واخاف ان يأخذني به فعند محمد يكتب وعند ابي يوسف لا يكتب واجمعوا انه لو قال جحد في الاستيفاء والابراء مرة يكتب وكذا اذا ادعى ان الشفيع الغائب سلم الشفعة واقام بينة وطلب ان يكتب له هل يكتب هو على الخلاف بين ابي يوسف ومحمد وكذا امرأة ادعت الطلاق على زوجها الغائب واشهدت فطلبت الكتاب هو على الخلاف ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت عدتي وتزوجت بآخر واخاف ان ينكر الطلاق فاحضرته وقالت للقاضي سل حتى انا انكر اقمت عليه البينة فالقاضي يسأله بلا خلاف والقياس في الكل هذا الاحتياط

فصل آخر قوله ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص وقالا الائمة الثلثة لا يجوز لان المرأة ناقصة العقل ليست اهلا للخصومة مع الرجال في محافل الخصوم وقال صلى الله عليه وسلم لن يفلح قوم ولوا امرهم امرأة رواه البخاري قال المص وقد مر الوجه يعني جواز قضائها وهو ان القضاء من باب الولاية كالشهادة والمرأة من اهل الشهادة فتكون من اهل الولاية وقيل هو قوله قبل ولان فيه شبهة البدلية ولا يخفى ان هذا انما يخص وجه استثناء الحدود والقصاص والاحسن ان يجعل كلا منها والمص لم ينصب الخلاف فيحتاج الى الجواب عن الدليل المذكور والجواب ان ما ذكر غاية ما يفيد منع ان يستقضى وعدم حله والكلام لو وليت واثم المقلد بذلك او حكمها خصمان فقضت قضاء موافق لدين الله كان ينفذ امره لم ينهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما انزل الله الا ان يثبت شرعا سلب اهليتها وليس في الشرع سوى نقصان عقلها ومعلوم انه لم يصل الى حد سلب ولايتها بالكلية الا ترى انها تصلح شاهدة وناظرة في الاوقاف ووصية على اليتامى وذلك النقصان بالنسبة والاضافة ثم هو منسوب الى الحسن فجاز في الفرد خلافه الا يرى ان تصريحهم بصدق قولنا الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض افراد النساء خيرا من بعض افراد الرجال ولذلك النقص الغريزي نسب صلى الله عليه وسلم لمن يوليهن الى عدم الفلاح وكان الحديث متعرضا للمتولين ولمن لنقص الحال وهذا حق لكن الكلام فيما لو وليت فقضت بالحق لما لا يبطل ذلك الحق **قوله** وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء في صحة ولا مرض الا ان يفوض ذلك اليه فيملكه كما انه اذا صرح فيه بالمنع فيمتنع منه وهذا لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كالوكيل ليس له ان يوكل بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث جاز له

قال واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه

ان يستخلف لانه لتوقته بحيث لو عرض في وقته ما يمنعه كان لا الى خلف ومعلوم ان الانسان عرض الاعراض فكان المولى له
آذنا في استخلافه دلالة بشرط ان يكون المستخلف سمع الخطبة اما اذا لم يكن سمعها فلا لانها من شرائط افتتاح الجمعة بخلاف ما لو سبقه
الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز لان المامور هناك بان وليس بمفتتح والخطبة شرط الافتتاح وقد وجد في حق الاصل
ولذا لو افسدها هذا الخليفة واستفتح يجوز وان لم يشهد الخطبة لان شروعه فيها صحيح وهذا الشروع التحق بمن شهد الخطبة حكما
بخلاف المستعير فان له ان يعير بشرط لانه يملك المنافع لنفسه فكان له تمليكها بخلاف ولاية القضاء فانما هي اذن في ان يعمل
لغيره وهذا ما قالوا ان من قام مقام غيره لغيره لا يكون له اقامة غيره مقام لنفسه ومن قام مقام غيره لنفسه كان له ذلك بخلاف الوصي
يملك الايصاء والتوكيل بطريق الدلالة ايصاء لان ثبوتها بعد الموت وربما يعجز القاضي عن المباشرة بنفسه والموصي قد
مات فلا يمكن رجعه الى رأيه فتضمن الايصاء الاذن بالاستخلاف قوله ولو قضى الثاني بمحضر من الاول او قضى بغيبته فبلغه
فاجاز جاز كما في الوكالة اذا وكل الوكيل غيره فتصرف بحضرته او بغيبته فاجازه نفذ لانه حضره راي الاول وهو الشرط
لانه المقصود بتوكيله وتحقيق حاله انه فضولي ابتداء وكيل انتهاء ولا يمتنع اذ قد يجوز في الانتهاء والبقاء ما لا يجوز في
الابتداء خصوصا وقد فرض زوال المانع من الصحة في الابتداء وهو كونه ليس مما حضره رأيه واذا فوض اليه الاستخلاف
بملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصيل يعني السلطان حتى لا يملك الاول عزله الا اذا كان المقلد قال له ذلك من شئت
واستبدل من شئت فح يملك عزله وقال جعلتك قاضي القضاة هو الذي يتصرف فيهم مطلقا وتقليدا وعزلا وفيه
خلاف الشافعي واحمد قوله واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة المشهورة او الاجماع
بان يكون قولا لا دليل عليه وفي بعض نسخ القدوري او يكون قولا الخ وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به
القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه قالوا انما اعاده لان في عبارة الجامع فائدتين ليستا في القدوري
احدهما تقييد بالفقهاء افاد انه لو لم يكن عالما بالخلاف لا ينفذ قال شمس الائمة وهو ظاهر المذهب لا ينفذ على قول الاكثر
ولا يخفى ان لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالما بالخلاف وانما مفاده ان ما اختلف فيه الفقهاء في نفس الامور فقضى
القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالما بانه مختلف فيه او غير عالم فانه اعم من كونه عالما ثم جاء قاض آخر يرى خلاف
ذلك الذي حكم به هذا امضاه فربما يفيد ان الثاني عالم بالخلاف وليس الكلام فيه فان هذا هو المنفذ والكلام
في القاضي الاول الذي ينفذ هذا الآخر حكمه وليس فيه دليل على انه كان عالما بالخلاف بطريق من طرق الدلالة
نعم في الجامع التنصيص على انه ينفذه اذا كان خلاف رأيه وكلام القدوري يفيده ايضا فانه قال اذا رفع اليه حكم
حاكم امضاه وهو اعم ينتظم ما اذا كان موافقا لرأيه او مخالفا فانما في الجامع النصوصية عليه اذا كان مخالفا وقوله الا
ان يخالف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد ومنه يعلم كون المحل مجتهدا فيه حتى تجوز مخالفته اولا فشرط حل الاجتهاد
ان لا يكون مخالفا للكتاب والسنة يعني المشهورة مثل البينة على المدعي واليمين وعلى من انكر فلو قضى بشاهد

وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي

ويمين لا ينفذ ويتوقف على امضاء قاض آخر ذكره في اقضية الجامع وفي بعض المواضع ينفذ مطلقا ثم يراد بالكتاب المجمع
على مراده او ما يكون مدلول لفظه ولم يثبت نسخه ولا تاويله بدليل مجمع عليه فالاول مثل حرمت عليكم امهاتكم الآية
لو قضى قاض بحل ام امرأته كان باطلا لا ينفذ والثاني مثل ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ولا ينفذ الحكم بحل متروك
التسمية عمدا وهذا لا ينضبط فان النص قد يكون مأولا فيخرج عن ظاهره فاذا منعناه يجاب بانه مأول بالمذبوح
للانصاب ايام الجاهلية فيقع الخلاف في انه مأول او ليس بمأول فلا يكون حكم احد المتناظرين بانه غير مأول قاضيا
على غيره مع الاجتهاد فيه نعم قد يترجح بعد احد القولين على الآخر بثبوت دليل التاويل فيقع الاجتهاد في بعض
افراد هذا القسم انه مما يسوغ فيه الاجتهاد اولا ولذا تمنع نحن نفاذ القضاء في بعض الاشياء ويجيزونه بالعكس ولقد نقل
الخلاف في الحل عندنا ايضا وان كان كثيرا لم يحك الخلاف ففي الخلاصة في رابع جنس من الفصل الرابع من ادب
القاضي قال واما القضاء بحل متروك التسمية عمدا فجائز عندهما وعند ابي يوسف لا يجوز انتهى واما عدم تسويغ الاجتهاد
فلكونه مخالفا للاجماع وسواء كان على الحكم وعلى تاويل السمعي او ينقل عدم تسويغ فقهاء العصر اجتهاده وذلك مثل
اجتهاد ابن عباس رض في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه فلو قضى به قاض لا ينفذ حتى روي انه رجع عنه
وهذا هو مراد المص بقوله وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض يعني انه لا يعتبر في انعقاد الاجماع بل لا يعتبر في
جواز الاجتهاد ولم يرد بالبعض ما دون النصف او ما دون الكل لا الواحد والاثنين والا لم يعتبر قضاء في محل مجتهد فيه
اصلا اذ ما من محل اجتهاد فيه الا واحد الفريقين اقل من له الفريق الآخر اذ لا ينضبط تساوي الفريقين ولذا لم يمثلوا
قط الا بخلاف ابن عباس ونحوه وهو خلاف رجل واحد فالمراد اذا اتفق اهل الاجماع على حكم مخالفهم واحد لا يصير
المحل بذلك محل اجتهاد حتى لا ينفذ القضاء بقول ذلك الواحد مقابلة قول الباقين ثم هذا اعم من كونهم سوغوا اجتهاد
ذلك اولا والذي صححه شمس الائمة واختاره ان الواحد المخالف لو سوغه له لا يثبت حكم الاجماع وان لم يسوغه لم يكن المحل مجتهدا فيه
قال واليه اشار ابو بكر الرازي لان ذلك كما قال المص خلاف لا اختلاف ثم قال المص المعتبر الاختلاف في الصدر الاول
يعني ان كون المحل محل اجتهاد يتحقق الخلاف فيه بين الصحابة وقد يحتمل بعض العبارات ضم التابعين وعليه فرع
الخصاف ان للقاضي ان ينقض القاضي ببيع ام الولد لانه مخالف لاجماع التابعين وقد حكي في هذا الخلاف عندنا
فقيل هذا قول محمد اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فيجوز قضاؤه ولا يفسخ وفي النوازل عن ابي يوسف لا ينفذ القضاء به
فاختلفت الرواية عن ابي يوسف وقال شمس الائمة السرخسي هذه المسئلة تبتني على ان الاجماع المتاخر يرفع الخلاف المتقدم
عند محمد وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يرفع يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعهن فعن علي الجواز وعمر وغيره على منعه
ثم اجمع التابعون على عدم جواز بيعهن فكان قضاء القاضي به على خلاف الاجماع عند محمد فيبطله الثاني وعندهما
لما لم يرفع خلاف الصحابة وقع في محل الاجتهاد فلا ينقضه الثاني ولكن قال القاضي ابو زيد في التقويم ان محمدا روى

ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه

عنهم جميعا ان القضاء ببيع ام الولد لا يجوز فقد علمت ما هنا من تشعب الاختلاف في الرواية وبناء على اشتراط كون الخلاف في الصدر الاول في كون المحل اجتهاديا قال بعضهم ان للقاضي ان يبطله ما قضى به القاضي المالكي والشافعي برأيه يعني انما يلزم اذا كان قول مالك والشافعي وافق قول بعض الصحابة والتابعين المختلفين فلا ينقض باعتبار انه مختلف بين الصدر الاول لا باعتبار انه قول مالك والشافعي فلو لم يكن فيها قول الصدر الاول بل الخلاف منتصب فيها بين الامامين للقاضي ان يبطله اذا خالف رأيه وعندي ان هذا لا يعول عليه فان صح ان مالكا والشافعي وابا حنيفة مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهاديا والا فلا ولا انهم اهل اجتهاد ورفعة ولقد ترى في اثناء المسائل جعل المسئلة اجتهادية بخلاف بعض المشائخ حتى ينفذ القضاء باحد القولين فكيف لا يكون كذلك اذا لم يعرف الخلاف الا بين هؤلاء الائمة يؤيده ما في الذخيرة عن الحلواني ان الاب اذا خالع الصغيرة على صداقها ورآه خيرا لها بان كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فان على قول مالك يصح ويزول الصداق عن ملكها ويبرأ الزوج عنه فاذا قضى به قاض نفذ وفي حيض منهاج الشريعة عن مالك فيمن طلقها فمضى عليها ستة اشهر لم تر دما فانها تعتد بعده بثلثة اشهر فاذا قضى بذلك قال ينبغي ان ينفذ لانه مجتهد فيه الا انه نقل مثله عن ابن عمر رض قال وهذه المسئلة يجب حفظها فانها كثيرة الوقوع ثم ذكر في المنتقى ان العبرة في كون المحل مجتهدا فيه اشتباه الدليل لا حقيقة الخلاف قال الا يرى ان القاضي اذا قضى بابطال طلاق المكره نفذ لانه مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار الطلاق بسائر تصرفاته ينفي حكمه وكذا لو قضى في حد او قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع الى قاض آخر يرى خلاف ذلك ينفذه وليس طريق القضاء الاول كونه في مختلف فيه لانه لا اختلاف فيه وانما طريقه ان القضاء الاول حصل في موضع اشتباه الدليل لان المرأة من اهل الشهادة اذ ظاهر قوله تعالى فرجل وامرأتان يدل على جواز شهادتهن مع الرجال مطلقا وان وردت في المداينة لان العبرة لعموم اللفظ ولم يرد نص قاطع في ابطال شهادة النساء في هذه الصورة ولو قضى بجواز النكاح بلا شهود نفذ لان المسئلة مختلف فيها فمالك وعثمان البتي يشترطان الاعلان لا الشهود وقد اعتبر خلافهما لان الموضع موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار النكاح بسائر المتصرفات يقتضي ان لا يشترط الشهادة انتهى ولا يخفى انه اذا كان معارضة معنى للدليل السمعي النص توجب اشتباه الدليل فيصير المحل محل اجتهاد وينفذ القضاء فيه فكل خلاف بين الشافعي ومالك او بيننا وبينهم او احدهم محل اشتباه الدليل ح اذ لا يخلو عن مثل ذلك فلا يجوز نقضه من غير توقف على كونه بين الصدر الاول ولا باس بذكر مواضع نص فيها اهل المذهب بعينها اذا قضى القاضي بالقصاص بحلف المدعي ان فلانا قتله وهناك لوث من عداوة ظاهرة كقول مالك لا ينفذ لمخالفة السنة المشهورة البينة على المدعي واليمين على من انكر مع ان معه ظاهر في حديث محيصة وحويصة نذكره في القسامة ان شاء الله تعالى رب العالمين ولو قضى بحل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد الثاني بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لا ينفذ لذلك ايضا وهو حديث العسيلة وفي السير من الجامع الكبير اذا قضى ان الكفار لا يملكون ما استولوا عليه لا ينفذ لانه لم يثبت في ذلك اختلاف الصحابة ولو قضى بشهادة الزوج لزوجته نفذ وفي الفصول نقلا من فتاوى رشيد الدين

والاصل ان القضاء متى لاقى فضلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رح وان كان عامدا ففيه روايتان

الزوج الثاني اذا طلقها بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا وهي في العدة ثم طلقها قبل الدخول ثم تزوجها الاول قبل انقضاء العدة وحكم الحاكم بصحة هذا النكاح ينفذ لان الاجتهاد فيه مساغا وهو صريح ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها وهو ايضا مذهب زفر ولو قضى في المأذون في نوع انه مأذون فيه فقط كمذهب الشافعي يصير متفقا ولو قضى بصف الجهاد فيمن طلقت قبل الدخول وقد قبضت المهر وتجهزت لا ينفذ لانه خلاف الجمهور وينفذ القضاء بجواز بيع المدبر ولو قضى بعدم جواز عند الزوجة عن دية العمد بناء على قول البعض انه لا حق لها في القصاص لا ينفذ ولو زنى بام امرأته فقضى باقرار البنت معه نفذ وحكي في الفصول فيمن اذا زنى بامرأة ثم تزوج بنتها فقضى بجوازه خلافا عند ابي يوسف لا ينفذ للنص عليه وعند محمد يجوز وبصحة السلم في الحيوان ينفذ وينفذ بالقرعة في رقيق اعتق الميت واحدا منهم بالشهادة لابيه وعكسه ينفذ عند ابي يوسف ولا ينفذ عند محمد وبالشهادة على الشهادة فيما دون مدة السفر نفذ وبشهادة شهود على وصية مختومة من غير ان يقرأ بأعليهم الميت امضاه الآخر وبصحة النكاح الموقت بايام نفذ ولو عقد موقتا بلفظ المتعة نحو متعني بنفسك عشرة ايام لا ينفذ ولو قضى برد زوجته بالعيوب من العمى والجنون نفذ لان عمر يقول بردها بالعيوب الخمسة وكذا بصحة رد الزوجة له ولو قضى بسقوط المهر بالتقادم بلا اقرار ولا بينة لم ينفذ وكذا اذا قضى ان لا يؤجل العنين هذا في القضاء بمجتهد فيه فاما اذا كان نفس القضاء مجتهدا فيه فهذه فرعيات منه واصله ان الخلاف اذا كان في نفس القضاء الواقع توقف على امضاء قاض آخر فان امضاه ليس للثالث نقضه لان قضاء هذا الثاني هو الذي وقع في مجتهد فيه اعني قضاء الاول وعليه فرع اذا قضى بالحجر على المفسد للفساد لا ينفذ لتحقق الخلاف في القضاء فيوقف على امضاء قاض آخر وقيل ان يمضيه للثاني نقضه لانه ليس قضاء في مجتهد فيه وكذا لو قضى لامرأته بشهادة رجلين فالقاضي الثاني مخير بين ان يجيزه او يرده لان الخلاف وقع في نفس القضاء ومنه ما لو قضى المحدود في قذفه والاعمى واما قضاء السلطان في امر الاصح انه ينفذ وقيل لا ينفذ فعلى القول بانه لا ينفذ محتاج في نفاذه الى ان ينفذه قاض آخر وقيل في مسئلة الحجر في صحة نقض الثاني ان قضاء الاول ليس بقضاء لعدم المقضي له وعليه فينفذ قضاء الثاني باطلاقه عن الحجر **قوله** والاصل حاصل توجيه ان القاضي الثاني ينفذ خلاف رأيه في المرفوع اليه وهو ان اجتهاد الثاني في البطلان كاجتهاد الاول في الصحة مثلا فتعارض اجتهاداهما وترجيح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض الثاني باجتهاد هو دونه **قوله** ولو قضى في المجتهد فيه الخ مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رواية واحدة وان كان عامدا ففيه روايتان عنه وجه النفاذ انه ليس بخطأ او بيقين لان رأيه يحتمل الخطاء وان كان الظاهر عند الصواب وراء غيره يحتمل الصواب وان كان الظاهر عنده خطاء فليس واحدا منهما خطاء بيقين فكان حاصله قضاء في محل مجتهد فيه فينفذ ووجه عدم النفاذ ان قضاءه مع اعتقاد انه غير حق عبث فلا يعتبر كمن

ووجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطاء عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه اذا لم يكن مخالفا لما ذكرنا المراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف لبين بل اختلاف في العصر الاول

اشتبهت عليه القبلة فوقع تحريه على جهة فصلى الى غيرها لا يصح لاعتقاد خطائه فكذا اذا ادى به اجتهاد الامة الا ترى جندي وبالاول اخذ الصدر الشهيد وفرع بعضهم عليه ان ما يفصل القضاء من الارسال الى شافعي ليحكم ببطلان اليمين المضافة لا يجوز الا بشرط كون القاضي المرسل يرى بطلانه كالشافعي والا كان مقلدا لغيره ليفعل ما هو الباطل عنده وهو باطل قال الشيخ ابو المعين هذا خلاف ما عليه السلف فانهم يتقلدون القضاء من الخلفاء وغيرهم ما يكون ينفذ او ان كان يخالف رأي الخلفاء انتهى وكذا الامور الديانية فان الحكم شرع بما يخالف هواه على كثير او هو يعلم ويوافقه كما علم في رد شهادة الحسن له وعمر قبله فقيل صح عن عمر انه قلد ابا الدرداء القضاء فاختصم اليه رجلان فقضى لاحدهما ثم لقي المقضي عليه عمر فسأله عن حاله فقال قضى علي فقال لو كنت سكانة قضيت لك قال فما يمنعك فقال عمر ليس هنا نص والرأي مشترك وغير ذلك وتحقيقه ان القاضي المرسل يقطع بان ما يفعله القاضي المرسل اليه مأمور به من عند الله فقلنا بطلانه ممنوع قوله عدم مطابقته لحكم الله تعالى قلنا لم نسلم ان المطابقة في نفس الامر لكن الامر لكن الامر القاطع بان المكلف به تعالى ليس اصابة ذلك بل العمل بمظنونه وان خالف حكم الله تعالى فقد اوجب عليه ان يعمل بخلاف حكم الله تعالى فكان ارسال المخفي اليه ارسالا لان يحكم بما اداه الله تعالى ولا جناح عليه في ذلك مع هذا ان الامة جوزوا ان يقول هذا القول وان يعمل به من افتى به او حكم به عليه واقتصار الامر على وجه النفاذ دليل انه المرجح عنده هذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما لا ينفذ في الوجهين يعني وجه النسيان والعمد لانه قضى بما هو خطأ عنده وقد تضمن وجهه ابي حنيفة جوابه بتأمل ومع ذلك ذكر الامام كصاحب المحيط ان الفتوى على قولهما وذكر في الفتاوى الصغرى ان الفتوى على قول ابي حنيفة فقد اختلف الفتوى والوجه في هذا الزمان ان يفتى بقولهما لان التارك لمذهب عمر الا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل واما الناس فلان المقلد ما قلده الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره هذا كله في القاضي المجتهد فاما المقلد فانما ولا ليحكم بمذهب ابي حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم هذا وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الاقدام على القضاء بخلاف مذهبه وقال وجه من قال بالجواز ان القاضي ما هو بالشهادة وقد وقع على خلاف رأيه وجه المنع قوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله اليك الآية واتباع غير ما انزل الله اتباع هوى غير والوجه الصحيح ان المجتهد مأمور بالعمل بمقتضى ظنه اجماعا وهنا بخلاف مقتضى ظنه وعلمه لان الارسال الى من يرى خلاف رأي المحكم هو فانه لم يعمل فيه بشيء من هذا ومن ثمة اليمين المضافة انه اذا فسخ اليمين المضافة بعد التزوج لا يحتاج الى تجديد العقد ولو وطيها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسخ حكي عن برهان الائمة يكون الوطء حلالا ولو كان اليمين كل امرأة فسخت اليمين ثم تزوج باخرى هل يحتاج الى الفسخ في كل امرأة ذكر فيه خلاف عند ابي يوسف يحتاج وعند محمد لا وفي المنتقى ذكر ان عند ابي حنيفة يحتاج وعند ابي يوسف لا يحتاج واختلف فيه المشايخ ايضا وجعله ان لا يحتاج في كل امرأة ان يقضي القاضي عند تزوج امرأة ببطلان اليمين الواقعة مطلقا من غير قيد فسخها في حق تلك المرأة وسنذكر في امر الفتوى فيها كلاما آخر

قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رح وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرت في النكاح قال ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رح يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق

في باب التحكيم قوله وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه ففي الباطن كذلك اي هو عند الله حرام وان كان الشهود الذين قضى بهم كذبة والقاضي لا يعلم ذلك وكذا اذا قضى باحلاله يكون حلالا عند الله تعالى وان كان بشهادة زور وهذا عند ابي حنيفة رح وهو مشروط بما اذا كانت الدعوى بسبب معين للحل والحرمة كالبيع والنكاح والطلاق وهذه المسئلة هي التي تقدمت في النكاح المعنوية بان القضاء بالعقود والفسوخ بشهادة الزور بغير علم القاضي نافذ عند ابي حنيفة رح خلافا لصاحبيه وباقي الائمة ومن المثل ادعى على امرأة نكاحا وهي جاحدة واقام بينة زور فقضى بالنكاح بينهما حل للمدعي وطؤها ولها التمكين خلافا لهم وكذا اذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجحد ومنها قضى ببيع امة بشهادة زور بان ادعى على رجل انه باعها منه او انك اشتريتها حل للمنكر وطؤها اذا اقامت البينة الزور وقضى بها وكذا في الفسوخ بالبيع والاجارة وفي الهبة روايتان ومنه ادعت ان الزوج طلقها ثلثا وهو ينكر فاقامت بينة زورا فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر حل له وطؤها عند الله تعالى وان علم بحقيقة الحال ولا يحل عند الائمة اذا كان عالما بكذب الشهود ومن صور التحريم صبي وصبية سبيا فكبرا واعتقا ثم تزوج احدهما بالآخر فجاء حربي مسلما واقام بينة انهما ولداه قضى القاضي بينهما بالفرقة فان رجع الشهود او تبين انهم شهود زور لا يحل للزوج وطؤها عنده لان القضاء بالحرمة نفذ باطنا وظاهرا ومحمد في هذه الفروع مع ابي حنيفة لانه لا يعلم حقيقة كذب الشهود واجمعوا في الاملاك المرسلة عن تعيين سبب انه لا يحل باطنا والوجه في الاصل والفرق تقدم قبيل باب الاولياء والاكفاء ومن الاوجه لابي حنيفة رح انه لو فرق بينهما بامر الزوج نفذ ظاهرا وباطنا فبامر الله اولى والقاضي مامور بذلك منه جل وعلا واما الاستشهاد بتفريق المتلاعنين ينفذ باطنا وان كان احدهما كاذبا فليس بشيء وفي الخلاصة واجمعوا على انه لو اقر بالطلقات الثلاث ثم انكر وحلف فقضى له بها لا يحل وطؤها وان الشهود لو ظهروا عبيدا او كفارا او محدودين لا ينفذ باطنا وفيها رجل قال لامرأته انت طالق البتة ونوى واحدة بائنة او رجعية فقضى القاضي بانها ثلاثا اخذا بقول علي رض نفذ القضاء ظاهرا وباطنا بعد ذلك ان كان الزوج مجتهدا يتبع راي القاضي عند محمد رح وعند ابي يوسف رح يتبع راي القاضي ان كان مقضيا عليه وان كان مقضيا له يتبع اشد الامرين عليه وان كان عاميا فان استفتى فما افتاه به المفتي صار كالثابت بالاجتهاد عنده وان لم يستفت اخذ بما قضى به انتهى والوجه عندي قول محمد رح لان اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضي يرجحه على اجتهاد الزوج والاخذ بالراجح متعين وكونه لا يراه حلالا انما يمنعه من القربان قبل القضاء اما بعده وبعد نفاذه باطنا كما فرضت المسئلة فلا قوله ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز اذا كان غائبا عن البلدة او فيها وهو مستتر قولا واحدا وهو قول مالك واحمد رح وان كان في البلد غير مختف فله قولان اصحهما لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك والفرق ان في المستتر تضييع الحقوق لو لم يحكم وفي غيره لا احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي

ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة بدون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء

واليمين على من انكر فاشتراط حضور الخصم زيادة عليه بلا دليل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين استقضاه على اليمين لا تقض لاحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر وقدمناه من رواية ابي داود وغيره وتصحيحه وتحسينه فعلم ان جهالة كلامه مانعة من القضاء وذلك ثابت مع غيبته وغيبة من يقوم مقامه ولان حجية البينة على وجه توجب العمل بها موقوف على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها والعجز عنه لا يعلم الا مع حضوره او نائبه ولان شرط العمل بها الانكار حتى لا تسمع على مقر ولا يقضى لها اذا اعترض الاقرار قبل القضاء وبغيبته يفوت العلم بوجود شرط العمل بها وهو الانكار وما لم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بثبوت المشروط وهو صحة الحكم عليه ولا يكفي في الحكم بثبوته كونه الاصل لانه يترتب عليه وجود امر فلا بد من ثبوت وجوده ولذا قلنا جميعا فيمن قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم ادخل لا يحكم بوجود العتق بوجود الشرط بناء على ان الاصل عدم الدخول لما ذكرنا انه جعل شرط الحدوث امرا آخر فلم يحكم بوجوده بناء على الاصل فان قيل الخلاف ثابت فيما لو حضر وانكر ثم غاب قلنا لان بقاء الانكار شرط القضاء بالبينة وهو محتمل لجواز الرجوع عنه الا بالنظر الى الاصل ولا عبرة به وانما يقضى عليه بالبينة اذا حضر وسكت لانزال الشرع اياه منكرا الا انه غير منكر وما قيل وقف البينة على حضوره غير مفيد لانه اما ان يقر او ينكر وعلى الوجهين الدعوى لازمة عليه فليس بشيء لان مع حضوره يحتمل ان يقر فيبطل حكم البينة اولا فيطعن في البينة ويثبته اولا يطعن فيقضى عليه بالبينة ومع غيبته يشتبه وجه القضاء فلا يجوز وهذا لان حكم الحكم بالبينة ان ينفذ في حق سائر الناس وبالاقرار يقتصر على المقر ويظهر ذلك فيمن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة ياخذها وولدها ولو اقر بها لرجل لم ياخذ ولدها ولا يرجع بالثمن على بائعها وبالبينة ترجع البائع بعضهم على بعض وما ذكرناه فيما لو انكر ثم غاب قول ابي حنيفة رح لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف فانه قال يحكم بها لان انكاره سمع نصا فوجد شرط حجيتها كما لو اقر ثم غاب يقضى بالاقرار وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رح انه لا يقضى بالبينة ويقضى بالاقرار وهو قول ابي حنيفة لان في البينة للمدعى عليه حق الطعن في البينة والقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق اما ليس له حق الطعن في اقراره وبالقضاء عليه لا يبطل حقا له وبه قال ابو يوسف اولا ثم رجع حين ابتلي بالقضاء وقال بعضي فيهما جميعا واستحسنه حفظا لاموال الناس واذا اعلمت انه لا بد من حضوره او حضور من يقوم مقامه فمن يقوم مقامه احد ثلاثة نائب بانابته كوكيله او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما يعني شخصا يقوم مقامه حكما اي يكون قيامه عنه حكما لامر لازم واقتصر المص عليها نفيا للمسخر من جهة القاضي فان فيه اختلاف الروايتين وهو الذي ينصبه القاضي ليسمع عليه الدعوى وكذا لو احضر المدعي رجلا غير خصمه يسمع القاضي الخصومة والقاضي يعلم انه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهته وانما يجوز نصب القاضي الوكيل عن خصم اقتفى في بيته ولا يحضر مجلس الحكم ولكن بعد ان يبعث امينا الى باب

لان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب فكذلك الجواب لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وقيل لا يقضي لانه يستفاد من فهم مقامه

وارد فيناديه على باب داره ويقول ان لم تحضر اجبرناك والا نحكم عليك اما في غير ذلك الموضع فلا وذكر محمد في الجامع رجل غاب وجاء رجل فادعى على رجل ذكر انه غريم فلان الغائب وكل بطلب كل حق له على غريمه بالكوفة والمدعى عليه ينكر والوكالة فاقام بينة على وكالته بما وكانت تقضي عليه بما وكلت على الغائب قال شيخ الاسلام فيه دليل على جواز الحكم على الحاضر فانه قال ذكر انه غريم الغائب ولم يحضر الغائب قال الصدر الشهيد نحن نحمل على ما اذا لم يعلم القاضي انه يخاصم فالواجب ان يميل على المدعي الوكالة حتى يحلفه كما بكل فخر الدين في فتاواه انه ينفذ قضاؤه والقاضي على الغائب براتين ذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام انه ينفذ وعليه عامة المشايخ قالوا لا ينفذ وفي مفقود وجواهر مراده ولا ينبغي للقاضي ان يقضي للغائب من غير خصم كما لا ينبغي ان يقضي على الغائب الا ان منع ذا الوكل وكيلا وانفذ الخصومة بينهم فهو جائز وعليه الفتوى انتهى والذي يقتضيه النظر ان نفاذ القضاء على الغائب موقوف على امضاء قاض لان نفس القضاء هو الجهد فيه فهو كالقضاء بالحدود في قذف ونحوه وحيث قضى على غائب فلا يكون عن اقرار عليه ومن فروعه مسئلة عجيبة في الفصل الاول من الفتاوى الصغرى عين في يد رجل ادعى آخر انه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه ذو اليد فالقاضي لا يأمر ذا اليد ان يسلمها الى المدعي حتى لا يكون قضاء على الغائب بالشراء باقراره وهي عجيبة لانه اعترف بالملك للمدعي ولا يقضي عليه بالتسليم قال وقال الصدر الشهيد عبد الستار في باب اليمين من ادب القاضي ولم اصبها منه واما الثالث فاذا كان ما يدعيه على الغائب سبب لا محالة لما يدعيه على الحاضر بحيث لا ينفك عنه وهو في غير صورة في الكتب بخلاف ما اذا كان ما يدعيه على الغائب سببا لا محالة وقد يكون سببا وقد لا يكون فانه لا يستمر في جميع ما ذكرنا عن الغائب قال المصنف وقد عرف تمامه في الجامع مثال السبب اللازم لا محالة في ست مسائل ثلث فيما يكون الاقتضاء بين الشيئين تلازما يكون واحدا والمقتضى احدهما اذا في يد رجل انها ملكه وانكر ذو اليد فاقام البينة انها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فانها تقضي بها في حق الحاضر الغائب لان الشراء سبب ثبوت ما يدعيه على الحاضر لان الشراء من المالك سبب لا محالة للملكية والثانية ادعى على آخر انه كفل عن فلان الغائب بما يدعيه عليه فانكر الكفالة فاقام المدعي البينة انه ذاب له على فلان الف يقضي بها على الكفيل والغائب حتى لو حضر وانكر لا يلتفت الى انكاره والثالثة ادعى الشفعة في دار في يد انسان فقال ذو اليد الدار داري اشتريتها من فلان فاقام المدعي البينة ان ذا اليد اشتراها من فلان الغائب بالف وهو يملكها وانا شفيعها يقضي بالشراء في حق ذي اليد والغائب ومثال ثلث الاثنين احدهما قذف محصنا فادعى عليه انه فقال القاذف انا عبد وعلى حد العبد وقال المدعي القذف قبل اعتقك مولاك وعلي عليك حد الاحرار فاقام البينة على ذلك تقبل ويقضي بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر وانكر العتق لا يلتفت الى انكاره وانما قضي بسبب كمال الحد وهو المدعى على الحاضر فهما سيان والثانية ان شهدا ان هذا الرجل قال المشهود عليه هما ان فلانا الغائب فاقام المشهود له البينة ان مولاها اعتقها قبل ذلك او هو يملكها تقبل وتثبت العتق في حق المشهود عليه دون الغائب لان العتق لا ينفك من الشهادة الثالثة رجل قتل رجلا عمدا وذهب فاقام غائب احدهما وادعى الحاضر على القاتل ان الغائب عفا عن نصيبه والغائب نصيبه مالا وانكر القاتل

قد يكون نائبا بانابته كالوكيل او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعي على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب اصلا اذا كان شرطا لحقه فلزم بتسبيبه في جعله خصما عن الغائب فتدبر

اقام المدعي البينة على ذلك قبلت ويقضي بها على الحاضر والغائب جميعا فان قيل هذا مشكل جدا اذا كان العبد بين حاضر وغائب فادعى العبد على احدهما ان الغائب اعتق نصيبه وهو موسر وادعى تحرير الحاضر عن نفسه نصيبه برته مكاتبا عند ابي حنيفة واقام البينة على الحاضر ذلك لا تقبل هذه البينة اصلا مع ان اعتاق الغائب نصيبه بسبب تحرير الحاضر لان الحاضر يجب بان عدم القبول عنده وفي هذه لا يعدم من الغائب بل يجب ان يقضي عليه بالكتابة لان امساكه ان اختار تضمين العتق يصير العبد مكاتبا من جهته العتق وان اختار الاستسعاء يصير مكاتبا من جهته امساكه فكان القضاء عليه بالكتابة مهما لم تقبل واما ما لا يكون فيه ما يدعى به على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر بل قد يكون وقد لا يكون فقد يكون العبد شيئين وقد يكون واحدا وبيانه في مسئلتين احدهما قال لعبد رجل هو لاك وكلني بمملك اليه فاقام العبد البينة ان مولاه اعتقه تقبل في حق تحرير الحاضر ولا تقبل في حق العتق على الغائب حتى لو حضر الغائب وانكر العتق يحتاج العبد الى اعادة البينة مرة ثانية رجل قال لامرأة غاب وكلني زوجك بمملك اليه فاقامت بينة انه طلقها ثلثا تقصر يد الوكيل عنها دون الطلاق فلو حضر وانكر الطلاق يحتاج الى اعادتها وبينة اخرى فالمدعى العتق وقصر اليد والطلاق وقصر اليد لان العتق والطلاق قد تحقق والموجب للعزال للوكيل بان لا يكون هناك وكالة وقد تحقق موجبا للعزال بان وجد بعد الوكالة فليس العزال الوكيل عكسا اصليا للطلاق والعتاق فمن حيث انه ليس سببا لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر فيه خصما عن الغائب ومن حيث انه قد يكون سببا قابلا للبينة فيما يرجع الى حق الحاضر في قصر يده وانعزاله عن الوكالة لانه ليس من ضرورة انعزال الوكيل تحقق الطلاق والعتاق والا لتحقق الطلاق والعتاق انعزال الوكيل فلا يقضي بالطلاق والعتاق ومن هذا القسم وهو دعوى شيئين الا ان ما يدعيه على الغائب ليس سببا لما يدعيه على الحاضر الا باعتبار البقاء فبيانه في مسائل احدها قالوا فيمن اشترى جارية فادعى المشتري على البائع انه كان زوجها من فلان الغائب ولم يعلم المشتري بذلك واراد ان يردها بهذا العيب وانكر البائع فاقام المشتري على ذلك بينة فانه لا يقضي بها لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعى شيئان الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغائب وانكاح المدعى به على الغائب ليس سببا لما يدعي على الحاضر الا باعتبار البقاء لجواز ان يكون تزوجها ثم طلقها وان اقام البينة على البقاء بان شهدوا انها امرأته للحال لا تقبل ايضا لان البقاء تبع للابتداء والثانية المشتري شراء فاسدا اذا اراد البائع الاسترداد فاقام البينة انه باع من فلان الغائب لا تقبل لابطال حق الاسترداد لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان نفس البيع ليس سببا لبطلان حق البائع في الاسترداد واذا لم يكن خصما في اثبات نفس البيع لم يكن خصما في اثبات البقاء لان البقاء تبع للابتداء كما ذكرنا الثالثة رجل في يده دار ربعيت بجنبها دارا فادعى ان الذي باعه المشتراة بالشفعة فقال المشتري لا الدار التي في يدك ليست لك انما هي لفلان فاقام الشفيع البينة انها داره واشتراها من فلان الغائب لا يقضي بالشراء لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعى شيئان المدعى على الغائب ان شراءه الدار ليس سببا للشفعة حقه في شفعته ما لم يثبت البقاء لانه لو فسخ البيع بعد الشفعة واخذ الدار من يد

قال ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة لتحفظه وان اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

بسبب من الاسباب لا تكون له شفعة وانما يكون له الشفعة باعتبار البقاء ولا بينة عليه ولو اقام على البقاء لم تقبل ايضا لما ذكرنا واما ما يكون شرطا فعامة المشائخ فيه على انه لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب فيما يدعيه وصورته قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق فادعت ان فلانا طلق زوجته واقامت البينة على ذلك لا يقضى بوقوع الطلاق بها لانه ابتداء القضاء على الغائب وقد افتى بعض المتأخرين كفخر الاسلام والاوزجندي فيه بانتصاب الحاضر خصما ويقضى بوقوع الطلاق كما لو قال ان دخل فلان الدار فانت طالق فبرهنت على دخول فلان حيث يصح وان كان فلان غائبا والجواب انه ليس في هذا قضاء على الغائب بشيء اذ ليس فيه ابطال حق له فصار الاصل ان ما كان شرطا لثبوت الحق للحاضر من غير ابطال حق للغائب قبلت البينة فيه اذ ليس فيه قضاء على الغائب وما تضمن ابطالا عليه لا تقبل **قوله** ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق وهو المسمى في عرفنا حجة وهو الصك والحق هنا هو الاقراض وهذا لان في الاقراض مصلحتهم ولان بقاءه على وجه الارض لا يؤمن معه السارق والغاصب المكابر وفي القرض بقاؤها محفوظة عن ذلك مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج فكان النظر في الاقراض بخلاف الوصي فانه لا يقدر على الاستخراج اذ ربما لا يوافقه المشهود او لا يجدهم ولو وجدهم فليس كل بينة تعدل ولا كل قاض يعدل وفي الحق بين يدي القضاة ذل وصغار فكان اضرارا بالصغار على هذا الاعتبار والاب كالوصي في اصح الروايتين لا يقدر على الاستخراج ووجه الاخرى انه اعم ولاية من الوصي لانها في المال والنفس كولاية القاضي ويزيد عليها بزيادة الشفقة المانعة من ترك النظر فالظاهر انه انما يقرض ممن يأمن جحوده وعلى هذا قالوا لو اخذ والاب قرضا لنفسه يجوز وان روى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز والجواب ان الاعتبار في جواز القرض وعدمه ليس لقرب القرابة ولا لزيادة الولاية بل لتمام القدرة على الاسترجاع بعد وجود اصل الولاية ولا قدرة للاب عليه بخلاف القاضي فانه لو لم يجد الشهود لموت او غيبة قضى بعلمه واستخرج ولا يخفى ان قدرته هذه انما تفيد مع وجود الملاءة اما لو اعسر المستقرض صار القاضي كغيره في عدم القدرة ومن هذا قال الخصاف ينبغي للقاضي ان يتفقد احوال الذين اقرضهم المال حتى لو اختل حال احد منهم يأخذ منهم المال قبل ان يعسر فلا يقدر وكذا لو كان مستقرض معسرا في الابتداء لا يجوز القاضي اقراضه وقد انتظم ما ذكرنا حكم القاضي بعلمه لتفصيلها فعندنا وفي قول للشافعي انه يجوز وظاهر مذهب مالك واحمد لا يجوز وعن كل منهما رواية بالجواز كقولنا لانه صلى الله عليه وسلم قال لهند بنت عتبة خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف فهذا قضاء بعلمه وشرطه عند ابي حنيفة ان يعلم في حال قضائه في المصر الذي هو قاضيه بحق غير حد خالص لله من قرض او بيع او غصب او تطليق رجل امرأته او قتل عمدا وحد قذف واما اذا علم قبل القضاء في حقوق العباد ثم ولي فرفعت اليه تلك الحادثة او علمها في حال قضائه في غير مصره ثم دخله فرفعت اليه لا يقضي عنده وقالا يقضي وفي التجريد جعل قول محمد مع ابي حنيفة ولو علم في رستاق مصره عندهما يقضي واختلف المشائخ على قول ابي حنيفة رحمه الله سواء

باب التحکیم

واذا اختار رجلان رجلا ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان له ولاية على نفسها فصح تحكيمها وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة القاضي لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان ينفذ عندنا كما في الولي ولكل واحد من الحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا واذا حكم نفذ حكمه وجرى عليه

كان مقلد الرسائق اولم يكن واصل هذا ان قضاء القاضي في القرية والمفازة لا ينفذ عند ابي حنيفة ومحمد وفي قول اصحاب الاملاء عن ابي يوسف انه ينفذ قضاؤه في السواد وهكذا في النوادر عن محمد ولو علم بجادة وهو قاض في مصر ثم عزل ثم اعيد الى القضاء فعند ابي حنيفة لا يقضي ما يقضي وما في حد الشرب والزنا فلا فافهم

قضاء وبعلمه قضاء والله الموفق

باب التحكيم

هذا ايضا من فروع القضاء والحكم اخص رتبة من القاضي فان القاضي يقضي فيما لا يقضي فيه المحكم فاخر جمعه ولهذا قال ابو يوسف انه لا يجوز تعليق التحكيم بالشرط واضافته بخلاف القاضي لان حكمه بمنزلة الاصلح والواجب من كالصلح او مساو من وجه فلا يكون مثله بالشك والتحكيم جائز بالكتاب قوله تعالى فابعثوا حكما من اهله الآية وفيه نظر والسنة فما قال ابو شريح يا رسول الله ان قومي اذا اختلفوا في شيء فاتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان فقال عليه الصلاة والسلام ما احسن هذا رواه النسائي واجمع على انه صلى الله عليه وسلم حكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما انفقت يهود على ان يحكم فيهم ما حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم وروي انه كان بين عمر وابي بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت فاتياه فخرج زيد وقال لعمر اذهبت الى فاتنك يا امير المؤمنين فقال عمر في بيته تؤتى الحكم فدخل بيته فاقر لعمر وساواه فقال عمر هذا اول جورك فكانت اليمين على عمر فقال زيد لابي لو عفيت امير المؤمنين فقال عمر بين لي قضيتي فقال ابي قضى امير المؤمنين فصدقه ويعلم ان الايمان بهذا في هذه الخصومة لا انتفاء الحادثة عليها فقط ما في الحكم للتبيين والتحكيم من الحديث جواز التحكيم قال زيد اكان معروفا بالفقه وقد روى ابن عباس كان يختلف اليه ويأخذ بركابه فسنده وقال هكذا امرنا ان نصنع لفقهائنا فقبل زيد ووقال هكذا امرنا ان نصنع بآل نبينا وفيه ان الامام لا يكون قاضيا في حق نفسه وان ينبغي ان من احتاج الى العلم يأتي الى العالم في بيته ولا يبعث اليه ليأتيه وان كان اوجه الناس واما الفاروق زيد الوساده اجتهادا لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اتاكم كريم قوم فاكرموه وبسط النبي صلى الله عليه وسلم رداء لعدي بن حاتم وان الخليفة ليس كغيره وجنايا عمر على تخصيص هذا الحاذ من عموم الاول وانه لا بأس باحلف ساعة واستماع عثمان من بعد ان لزمه كان الامر آخرا وان لليمين حق الدعوى لما ان يستوفيها او تسقط باسقاطه قوله واذا حكم

رجلان رجلا او امرا ان يحكم بينهما ورضيا بحكمه الى ان حكم جاز لان ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وسنذكر لهذا التخصيص وبهما قوله وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم بان يكون اهلا للشهادة فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي الا ان يحكم رجلان لا من اهل الشهادة وتراضيا بحكمهم فحكموا هل الحكم عليهم وكذا المحدود في القذف والفاسق لا يجوز حكمه احد من هؤلاء لانعدام اهلية القضاء لانعدام اهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان ينفذ عندنا كما في الولي في المواضع التي لا ينفذ فيها حكمه وقوله ولكل واحد من الحكمين الى قوله ولا يجوز تعليقه عطف على جواب المسئلة اعني قوله جاز وهذا شروط التحكيم فقد شرعا في الجواب وقدم الجزء وقال وعليهما ينفذ حكمه كان يغني عن قوله ولا ينفذ

واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة فلا يستباح برضاهما قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام فيه وان حكماه في دم خطاء فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرأيه ومخالف للنص ايضا الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع

فلو حكماه في عيب بالمبيع فقضى برده على بائعه ليس للبائع ان يرده على بائعه الا ان يتراضى البائع الاول والثاني والمشتري على تحكيمه فح يرده على الاول ولو اختصم الوكيل بالبيع مع المشتري منه في العيب فحكم برده على الوكيل لم يلزم الموكل الا اذا كان العيب يحدث مثله رواية واحدة الا ان يرضى الموكل بتحكيمه معهما ان كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل الموكل معهم في التحكيم ففي لزومه للموكل روايتان وانما اقتصر حكمه ولم يتعد لانه كالمصالح ثم تشترط هذه وقت التحكيم ووقت القضاء جميعا حتى لو حكما عبدا فعتق او صبيا فبلغ او كافرا فاسلم ثم حكم لا ينفذ كما في المقلد وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه ثم الاضافات في قوله ولا يجوز تحكيم العبد الى آخره من اضافة المصدر الى المفعول ولو اعتبرت الى الفاعل جاز في بعضها دون بعض وفي المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كما يجوز تحكيم الذمي ذميا ليحكم بينه وبين ذمي يجوز لما ذكرنا ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما اذ هما الموليان له فلهما عزله قبل ان يحكم كما ان للسلطان ان يعزل القاضي قبل ان يحكم ولو حكم قبل عزله نفذ وعزله بعد ذلك لا يبطله فكذا هذا واذا نفذ حكمه لزمهما لصدور حكمه عن ولاية كاملة عليهما فقط لانه قد لا يكون دون الصلح وبعد ما تم الصلح ليس للواحد ان يرجع **قوله** واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه على ذلك الوجه بعينه وان خالفه ابطله وقال مالك وابن ابي ليلى هو كالمقلد فلا يبطله الا ان يكون جورا بينا لم يختلف فيه اهل العلم ونحن فرقنا بان ولاية القاضي عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلد له بخلاف الموليين له انه لهما ولاية على انفسهما فقط لا على القاضي فلا يلزم حكمه القاضي لانه لم يحكمه ولان تقليدهما بمنزلة اصطلاحهما على شيء في المجتهدات وكان للقاضي ان يبطله او ينفذه فكذا هذا وبهذا يبين لك ان المراد من قوله وان خالف ابطله ليس ما يعطيه ظاهره من لزوم ابطال القاضي اياه بل جواز ان يبطله وان ينفذه وعبارة المبسوط بعد ان ذكر الوجه فلا يجب ينفذ حكمه على القاضي **قوله** ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص وهذه احدى الروايتين في القصاص وهي رواية الخصاف قال شمس الائمة في شرح ادب الخصاف من اصحابنا من قالوا هذا في الحدود الخالصة حقا لله تعالى لان الامام هو المتعين لاستيفائها وليس لهما ولاية على سائر النكاح فاما القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم فيهما ولكن صاحب الكتاب يريد الخصاف اطلق وقال لا يجوز وهو الصحيح لان حكم الحكم بمنزلة الصلح ولا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف بالصلح ولانهما يندران بالشبهات وفي حكمه شبهة لانه حكم في حقهما لا في حق غيرهما واي شبهة اعظم من هذا قال المص قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو الصحيح وفي الخلاصة قضاء الحكم في الطلاق والعتاق والنكاح والكفالة بالمال والنفس والديون والبيوع والكفارات والقصاص واروش الجنايات وقطع يد عمد ودم عمد بينة عادلة جاز اذا وافق راي القاضي وعن ابي حنيفة لا يجوز في القصاص ونقل الناصحي عن ابي بكر الرازي في القصاص ينبغي ان يجوز لان ولي القصاص لو استوفى القصاص من غير ان يرفع الى السلطان جاز هكذا اذا حكم فيه لانه من حقوق بني آدم وتوجيه المص لانه للولاية لهما على دمهما فكذا لا يملكان الاباحة يعني لو قال الشخص اقتلني لا يصح امره ولا يحل للآخر قتله يرفعه وهذا لان المقتضي عليه هو الاصل في التحكيم والآخر اعني الطالب تبع فكون احدهما وهو الذي تحكيمه ليس قوي يملك ان يستوفيه بلا حكم لا يقتضي صحة التحكيم فيه بل حتى

ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعد القاء الشهود وقبل تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة ولو اخبر بالحكم لا يقبل قوله لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل وحكم الحاكم لابويه وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء وهذا لانه لا تقبل شهادتهم لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء ولو حكما رجلين لابد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الرأي والله اعلم بالصواب

يعني الآخر والآخر لا يملك ما حكم فيه فلا يصح التحكيم فيه وفي الفتاوى الصغرى حكم المحكم في الطلاق المضاف ينفذ لكن لا يقضى به وفيما روى عن اصحابنا ما هو اوسع من هذا وهو ان صاحب الحادثة لو استفتى فيها عدلا فافتاه ببطلان اليمين المضافة وسعه لاتباع فتواه واساك المرأة المحلوف بطلاقها وروي عنهم ما هو اوسع من هذا وهو انه اذا استفتى اولا فيها آخر فافتاه ببطلان اليمين وسعه اساك المرأة فان تزوج اخرى وكان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فاستفتى فيها آخر فافتاه بصحة اليمين فانه يفارق الاخرى ويمسك الاولى حملا لجميعها على الذخيرة فيمن تزوج امرأة بغير ولي فطلقها ثلاثا فبعث القاضي الى شافعي ليحكم بينهما ببطلان ذلك النكاح ببطلان الثلث يجوز وكذا وحكم بذلك يحكم به ولا يفتى به لما مر يعني ما قدمه من خشية تجاسر العوام بعدم على هدم المذهب قال وكذا من غاب عن امرأته غيبة منقطعة ولم يجعل لها نفقة فبعث الى شافعي ليحكم بفسخ النكاح لعجزه عن النفقة يجوز ثم قال المصنف رحمه الله حكمه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ لانه لا ولاية له على العاقلة اذا لم يحكموه وكذا لو حكم على القاتل بالدية في ماله فان القاضي يرده ويقضي بما هو الحق وهو كونه على العاقلة لانه يخالف لزائه وللنص وهو حديث حمل بن مالك الا اذا ثبت القتل الى قتل الخطأ باقراره فح يجوز قضاؤه بالدية على القاتل لان العواقل لا تعقل القتل الثابت بالاقرار كما لا تعقل العمد والصلح على الدية لان اقراره فلا تتعدى حكمه الى غيره فاقتصر على نفسه فوجب الدية في ماله وعلى هذا التفصيل ارش الجراحات ان كانت بحيث لا تعقلها العاقلة يجب في مال الجاني بان كانت دون ارش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار او النكول او كان عمدا وان بلغ خمسمائة فقضى الحكم على الجاني جاز لانه لا يخالف الشرع وان كان بحيث تعقلها العاقلة لا يجوز قضاؤه بها اصلا لانه لو قضى على الجاني خالف الشرع وعلى العاقلة لا يجوز لانهم لم يحكموه قوله ولو اخبر يعني الحكم لو قال لاحدهما قد رددت عندي او قامت عندي بينة عليك بهذا فاعدلوا عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت بهذا فانكر المقضي عليه ان يكون اقر او قامت البينة لم يلتفت الى قوله ومضى القضاء عليه مادام المجلس باقيا لان الحكم ما دام المحكم قائما كالقاضي المقلد ولو قال المقلد ذلك لا يلتفت الى انكاره المقضي عليه فكذا الحكم الا ان يرجع المخاطب عن الحكم ويعزله قبل ان يقول حكمت عليك ثم قال الحكم ذلك او قاله بعد ان قام من المجلس لانه بالقيام من المجلس ينعزل كما يعزل احدهما قبل الحكم فصار كالقاضي اذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق كذا هنا قوله وحكم الحاكم سوا كان قاضيا او محكما لابويه ولولده وزوجته وكل من لا تقبل شهادته له باطل لمكان التهمة بخلاف ما اذا كان حكم عليهم يجوز لانتفائها قوله ولو حكما رجلين لابد من اجتماعهما لان الحكم امر يحتاج فيه الى الرأي وانما رضي الخصمان برأيهما فلا ينفرد احدهما ثم لا يصدق الحكمان في اخبارهما عن الحكم اذا قاما مما ذكرنا من انعزالهما فالتحقا بسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشتراه حتى يشهد على ذلك غيرهما ولو شهد عند الحكمين شاهدان ثم مات الشاهدان او غابا فسأل المدعي الحكمين ان يشهدا على شهادتهما لم يجز لانهما ناقلان فلا يجوز ان يشهدا على شهادتهما واذا عزل احد الحكمين لا ينفرد ولو حكم عبدا وحر الم يجز ولو حكم مسلم ومرتدا رجلا فحكم بينهما ثم قتل المرتد او لحق بدار الحرب لم يجز حكمه عليهما ولو امر الامام رجلا ان يحكم بين الناس وهو ممن يجوز شهادته جاز ويصير كالقاضي ولو امر القاضي رجلا لم يجز الا باذن الامام لان يجوز بعد الحكم انما هو لانه صار محكما فخرج القاضي من الحكومة فحكم بعده بينهما فاجازه جاز

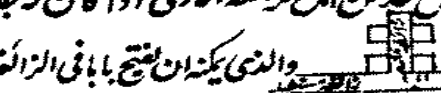
مسائل شتى من كتاب القضاء قال واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة رح معناه بغير رضاء صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رح فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستاجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه

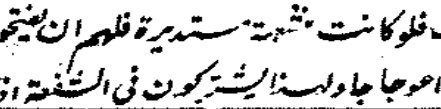
وليس للحكم ان يفوض الى غيره ولو فوض وحكم الثاني بلا ارضائهما فاجاز القاضي لم يجز الا ان يجيزاه بعد الحكم وقيل ينبغي ان يكون كالوكيل الاول اذا اجاز فعل الوكيل الثاني ولو حكماه واحدا فحكم لاحدهما ثم حكما آخر ينفذ حكم الاول ان كان جائزا عنده وان كان جوزا ابطله وكتاب الحكم الى القاضي وقلبه لا يجوز فان كتب اليه قاض فرضي به الخصمان حكم ح بمقتضى الكتاب

مسائل منثورة من كتاب القاضي قوله واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة رح اي بغير رضى صاحب العلو وكذا ليس له ان يدخل فيه جذعا والاتفاق على ان ليس له ان يهدم سفله لما فيه من ابطال حق صاحب العلو في سكناه العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه او يضع عليه جذعا او يشرع كنيفا والكوة بفتح الكاف ويقال وتد يتد وتدا من حد ضرب قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رح لانه انما يمنع ما فيه ضرر ظاهر لا ما لا ضرر فيه فلا خلاف بينهم وقيل بل بينهما خلاف وهو في محل وقوع الشك فما لا شك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير او وسط يجوز اتفاقا وما فيه ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغي ان يمنع اتفاقا وما يشك في التضرر به كدق الوتد في الجدار او السقف فعندهما لا يمنع لان الاصل هو الاباحة لانه تصرف في ملكه والحظر بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع لان اليقين لا يزول بالشك كما لو باع نصيبه من العبد المشترك يجوز ولو كاتب نصيبه لا يجوز وللشريك حق فسخه وعنده الاصل الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير ولهذا يمنع من هدمه اتفاقا وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه به كالمرهون والمستاجر تعلق به حق المرتهن فمنع الراهن من التصرف فيه وذكر شيخ الاسلام عن بعضهم ان على قول ابي حنيفة رح صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وان لم يضر بالسفل والا لا يملك بالاتفاق وقال الصدر الشهيد خلافه في الاشكال وذكر قاضي خان لو حفر صاحب السفل في ساحته بيرا وما اشبه ذلك عند ابي حنيفة رح له ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر وعلمت ان ليس لصاحب السفل هدمه فلو هدمه يجبر على بنائه لانه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو كالراهن اذا قتل المرهون والمولى اذا قتل عبده المديون وهذا اصل كلي لكل من اجبر على ان يفعل مع شريكه فاذا فعل احدهما بغير امر شريكه فهو متطوع لان له طريق وهو المطالبة بالمشاركة في الفعل كنهر بينهما امتنع احدهما عن كريه وكري الآخر او سفينة تتخوف الغرق او بيت او دار او حمام او طاحونة فاصلحه احدهما او عبد مشترك جنى فغداه احدهما فهو متطوع لان الآخر يجبر وان كان لا يجبر لم يكن متطوعا كعلو لرجل وسفل لآخر سقط السفل فبناه الآخر لا يكون متطوعا لانه لا يجبر صاحب السفل على بنائه فكان في بنائه اياه مضطرا ليصل الى حقه واذا بناه وبنى عليه علوه له منع صاحب السفل من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدي قيمته واختلف ان القيمة تعتبر وقت البناء او وقت الرجوع والصحيح وقت البناء وانما قلنا في الدار والبيت والطاحونة والحمام ما ذكرنا اذا كان يمكنه قيمة الساحة فيبني في نصيبه وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارته قال وذكر الخصاف انه يرجع بما انفق وهذا عندي في غاية الحسن اذا كان بقضاء ويجب ان لا يضمن لو على بناء السفل على قدر ما كان عليه ذلك القدر اما اذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن بناء فيها بعد القسمة فانه اذا بنى لا يكون متطوعا وكذا اذا انهدم بعضه لانه لا يمكن الانتفاع بنصيبه الا ببنائه فلا يكون متطوعا وفي فتاوى النسفي دار لجارين سطح احدهما اعلى ويسيل ماء العليا على الاخرى فاراد صاحب السفلى ان يرفع سطحه او يبني

قال واذا كانت زائغة مستطيلة تتشعب منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة للقصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها

عليه له ذلك وليس للجار منه ولكن يطالبه بتسييل مائه الى طرف الميزاب وان انهدم السفل او هدمه المالك ليس للآخر ان يكلفه العمارة لا لحمل سالة الماء لكن يبني هو ويمنع صاحبه من الانتفاع انتهى ففرق بين التعلي وبين حق التسييل حيث لو هدم في الاول يجبر على البناء ولو هدم الثاني لا يجبر وفي الحائط بين اثنين لو كان لهما عليه خشب فبنى احدهما للثاني ان يمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيا وفي الاقضية حائط مشترك اراد احدهما نقضه وابى الشريك ان كان بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر وان كان بحيث يخاف عن الامام ابي بكر محمد بن الفضل يجبر وان هدماه واراد احدهما ان يبني وابى الآخر ان كان ارش الحائط عريضا يمكنه ان يبني حائطا في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك وان كان لا يمكن يجبر كذا عن الامام ابي بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى وتفسير الجبر انه وان لم يوافقه الشريك واتفق على العمارة ورجع على الشريك بنصف ما انفق وفي شهادات فتاوى الفضل لو هدماه وامتنع احدهما يجبر ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع الانتفاع ما لم يستوف نصف ما انفق فيه ان فعل ذلك بقضاء القاضي وان كان بلا قضاء فبنصف قيمة البناء انتهى فلو حمل ما تقدم من كون الرجوع بقيمة البناء على ما اذا كان بلا قضاء وقول الخصاف مع قول ابي الفضل ما اتفق على ما اذا كان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهري فليكن هو الحمل وهذا لانه لما كان مضطرا في البناء كان له تضمين ما صرف لذلك غير انه ليس مضطرا في ترك مراجعة الولاية على الشريك وهو القاضي فيرجع الى القيمة ولو كان الحائط صحيحا فهدم احدهما باذن الشريك لا شك انه لا يجبر الهادم على البناء ان اراد الآخر كما لو هدماه وان هدمه بغير اذن الشريك وفي كتاب الحيطان رجل اراد ان يهدم داره ولاهل السكة ضرر لانه تخرب السكة المختار انه يمنع فلو هدم مع هذا فانه يضر بالجدار ان كان قادرا على البناء يجبر على البناء قيل والوجه انه لا يجبر وفي كتاب الغصب من الخلاصة رجل هدم داره فانهدم ارجاره لا يضمنه **قوله** واذا كانت زائغة مستطيلة تتشعب منها زائغة اخرى مستطيلة وهي غير نافذة يعني المتشعبة فليس لاحد من اهل الزائغة الاولى اذا كان له جدار في الزائغة المتشعبة ان يفتح في جداره ذلك بابا يخرج منه الى الزائغة المتشعبة وهذه صورتها والذي يمكنه ان يفتح بابا في الزائغة القصوى هو صاحب الدار التي في ركن الزائغة الثانية وانما قلنا ليس له ذلك لان فتحه للمرور ولا حق باهل الزائغة الاولى في الزائغة القصوى بل هو لاهلها على الخصوص وكذا لو بيعت دار في القصوى لم يكن لاهل الاولى شفعة فيها بخلاف اهل القصوى فان لاحدهم ان يفتح بابا في الاولى لان له حق المرور فيها وبخلاف النافذة فان المرور فيها حق العامة ولا خلاف ان له ان يفتح قال بعض المشايخ لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لان فتح الباب رفع جداره وله ان يرفعه كله فكذا له ان يرفع بعضه والاصح ان يمنع من الفتح لانه منصوص عليه في الرواية بنص محمد في الجامع ولان المنع بعد الفتح لا يمكن اذ لا يمكن مراقبته ليلا ونهارا في الخروج فيخرج ولانه عساه يدعي بعد تركيب الباب وطول الزمان حقا في المرور ويستدل عليه بتركيب الباب فيكون تركيب الباب يمهد لنفسه دعوى حق المرور ويكون القول قوله للظاهر الذي معه وهو فتح الباب فلو كانت متشعبة مستديرة فلهم ان يفتحوا لان الكل منهم حق المرور اذ هي ساحة مشتركة غاية الامر ان فيها اعوجاجا ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها وهذه صورتها وفي





حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قبل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي

الحيطان رقاق غير نافذة اراد انسان يعني من اهله ان يتخذ طينا ان ترك من الطريق قدر الممر للناس ويرفعه سريعا ويفعل في الاحايين مرة لا يمنع منه وكذا لو اراد ان يبني ارباطا او دكانا وهو الذي نسميه في عرفنا مصطبة ولو استأذن رجلا في وضع جذوع على حائطه او حفر سرداب تحت داره ففعل ثم باع الاذن داره للمشتري ان يأخذه برفعها الا اذا شرط بقاؤها عند البيع وكذا لو كان نصب اعمدة ملاصقة لجدار الرجل مقابلة لبابه ونصب عليها وعلى وجه داره سقيفة للمشتري ان يطالبه بازالتها الا اذا شرطها ولو ان لرجل حائطا ووجهه في دار رجل فاراد ان يطين حائطه ولا سبيل اليه الا بدخول دار الرجل او انهدم الحائط فوقع نقضه في داره فاراد ان يدخل لنقل الطين وغيره فمنعه صاحب الدار او له مجرى ماء في داره فاراد حفره واصلاحه ولا يمكن الا بدخول دار الرجل وهو يمنعه يقال له اما ان تتركه يدخل ويصلح ويفعل او تفعل بمالك كذا روي عن محمد وبه اخذ الفقيه ابو الليث وفي وقف النوازل دار مشتركة بين قوم لبعضهم ان يربطوا الدابة فيها وان يضعوا الخشبة على وجه لا يضر بصاحبه وان يتوضأ بحيث لا يطلق عليهم الطريق لمرورهم ولو عطب بها احد لا يضمن ولو حفر الارض يؤمر ان يسويها وفي اول قسمة الاصل قبيل باب قسمة الدار رجل اصابه ساحة في القسمة فاراد ان يبنيها ويرفع بناؤها واراد الآخر منعه وقال تسد على الريح والشمس له ان يرفع بناؤه وله ان يتخذ فيها حماما او تنورا وان كف عما يؤذي جاره فهو احسن ولا يجبر على ذلك ولو فتح صاحب البناء في علو بنائه بابا او كوة لم يكن لصاحب الساحة منعه ولصاحب الساحة ان يبني في ملكه ما يستر مهبه ولو اتخذ بيرا في ملكه او كرباسا او بالوعة فتر منها حائط جاره وطلب جاره منه تحويله لم يجبر عليه فان سقط الحائط من ذلك لا يضمن هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية وحكي عن ابي حنيفة ان رجلا شكى اليه من بير حفرها جاره في داره فقال آخر في دارك بقرب تلك البير بالوعة ففعل فنتجت البير فكبسها صاحبها ولم يفت بمنع الحافر بل هداه الى هذه الحيلة وبذلك كان يفتي الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني وفي مضاربة النوازل لو اتخذ داره حظيرة للغنم والجير ان يتأذون من نتن السرقين ولا يأمنون على الرعاء ليس لهم في الحكم منعه وبه قال الشافعي واحمد ولو حفر في داره بيرا فتر منها حائط جاره ليس له منعه قال في فصول العمادي نقلا من الذخيرة بعد ان نقل عن نصير بن يحيى ان للقاضي منع الجار من ذلك وذكر غيره تمسكهم بقول صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار والوجه لظاهر الرواية لان صاحب البناء كان ينتفع بهواء ملك صاحب الساحة قبل البناء فصاحب الساحة قبل اذا سد الهواء بالبناء فانما منعه عن الانتفاع بملكه ولم يتلف عليه ملكا ولا منفعة فصار كما لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره فاراد قلعها لا يمنع من ذلك

نصره

الحق في القصوى بتركيب الباب وان كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا بابا لان لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها

وان تضرر به الجار لمنعه من ذلك الانتفاع وتصير هذه المسئلة رواية في مسئلة لها في الكتب رواية وصورتها بالفارسية في الذخيرة وغيرها وحاصلها بالعربية داران لرجلين لكل منهما سقف واحد فاراد احدهما ان يرفع البناء ويجعله ذا سقفين قال في الفتاوى الصغرى ان كانا في القديم بسقف واحد فللآخر ان يمنعه وان كانا ذا سقفين فليس له منعه قال وحد القديم ان لا يحفظ اقرانه وراء هذا الوقت كيف كان قال في الخلاصة فلو اقام احدهما البينة على انه قديم والآخر محدث فبينة القديم اولى قال ولا تقبل شهادة اهل السكة في هذا قال في الذخيرة ينبغي ان لا يكون له المنع على هذه المسئلة لان صاحب البيت الآخر يجعل بيته ذا سقفين ويمنعه من الانتفاع بهواء ملك نفسه انتهى وعلى تقدير الفرق فالفرق ان في هذه المسئلة وهي مسئلة البير يريد ان يمنعه من الضوء والضوء من الحوائج الاصلية وفي مسئلة الاصل يمنعه عن الشمس والريح وذا من الحوائج الزائدة انتهى واما قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فلا شك انه عام مخصوص للقطع بعدم انتفاع كثير من الضرر كالتعازير والحدود ونحو مواظبة طبخ يتشربه دخان فقد ينجس في خصوص اماكن فيتضرر به جيران لا يطبخون لفقرهم وحاجتهم خصوصا اذا كان فيهم مريض يتضرر به وكما اريناك من التضرر بقطع الشجرة المملوكة للقاطع فلا بد ان يحمل على خصوص من الضرر وهو ما يؤدي الى هدم بيت الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش وفي الذخيرة حكي عن بعض مشائخنا ان الدار اذا كانت مجاورة لدور فاراد صاحب الدار ان يبني فيها تنورا للخبز الدائم او رحى للطحن او مدقة للقصارين يمنع منه لانه يتضرر به جيرانه ضررا فاحشا قيل اجمعوا على منع الدق الذي يهدم الحيطان ويوهنها ودوران الرحى من ذلك والحاصل ان القياس في جنس هذه المسائل ان يفعل صاحب الملك بابداله مطلقا لانه متصرف في خالص ملكه وان كان يلحق الضرر لغيره لكن يترك القياس في موضع يتعدى ضرره الى غيره ضررا فاحشا كما تقدم وهو المراد بالبين فيما ذكر الضرر الشهيد وهو ما يكون سببا للهدم وما يوهن البناء سبب له او يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع الحوائج الاصلية كسد الضوء بالكلية على ما ذكر في الفرق المتقدم واختاروا الفتوى عليه فاما التوسع الى منع كل ضرر ما فينسد به باب الانتفاع بملك الانسان كما ذكرنا قريبا ومنه ما ذكر ابو الليث في فتاواه حجرة سطحها وسطح جاره مستويان فاخذ جاره حتى يتخذ حائطا بينه وبين جاره ليس له ذلك فلو اراد ان يمنعه من الصعود حتى يتخذ سترة ان كان اذا صعد يقع بصره في دار جاره له المنع وان كان لا يقع لكن تقع اذا كانوا على السطح ليس له المنع قال في فصول العمادي وعلى قياس المسئلة المتقدمة وهي ان لا يمنع صاحب الساحة ان يفتح صاحب العلو كوة ينبغي ان لا يقال في هذه للجار حق المنع من الصعود الا ترى ان محمدا لم يجعل لصاحب الساحة حق منع صاحب

قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تفضي الى المنازعة على ما عرف **قال** ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها واقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب ودعوى الشراء رجوع منه فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرير ملكه عندها

البناء عن فتح الكوة في علوه مع انه يضره يقع في الساحة والمراد من قوله يأخذ جاره ببناء السترة ان يشاركه في بنائها لا ان يستقل هو بذلك ويدل عليه بعض العبارات في كتاب الحيطان دار بين رجلين قسماها وقال احدهما يبني حاجزا بيننا ليس على الآخر اجابته وان كان احدهما يؤدي الآخر بالاطلاع عليه كان للقاضي ان يأمرهما ببنائه يتخارجان نفقته بقدر حصة كل منهما بفعله القاضي للمصلحة ونظيرها في فتاوى ابي الليث رجل في داره شجرة فرصاد فاذا ارتقاها يطلع على عورات الجار يمنعه القاضي منه اذا رآه قال في الذخيرة وعلى قياس مسئلة فتح الكوة ليس للجار ولاية المرافعة ولا للقاضي المنع انتهى ولقد احسن الصدر الشهيد في واقعاته حيث قال المختار ان المرتقي يجيزهم وقت الارتقاء مرة او مرتين حتى يستروا انفسهم لان هذا جمع بين الحقين **قوله** ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى ونقل في النهاية عن بعضهم انه اراد بالدعوى مقدرا معينا كالثلث ونحوه لتصح الدعوى فانها لا تصح مع جهالة المدعى به ونقل عن والد ظهير الدين انه كان يقول الصلح عن الدعوى قال انما يصح اذا كانت صحيحة لان الصلح انما يصح لابتداء اليمين واليمين انما تتوجه اذا صحت الدعوى قال وهذا يشكل على قول ابي حنيفة رح فانه لو ادعى رجل على امرأة نكاحا فاسدا فصالحه على مال دفعته اليه صح مع ان اليمين لا يتصور في النكاح عنده فالحق ان الصلح يتحقق لدفع الشغب والخصام صحت الدعوى او لم تصح ولذا قال المص والمدعى وان كان مجهولا فالصلح عن مجهول على معلوم جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا يفضي الى المنازعة يعني وهو المانع **قوله** ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت يعني ذكر وقتا عينه كقوله منذ شهر وسلمها الي فملكتها وهي الآن في يده واطالبه بدفعها الي فطالبه القاضي بالبيان فقال ليس لي بينة على الهبة بل على الشراء لانه بعد الهبة والتسليم ظفر بها فحبسها عني فاشتريتها منه واقام بينة فشهدوا وارخوا وقتا قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض بين الدعوى والبينة لان الدعوى ان الشراء في تاريخ بعد تاريخ الهبة وهم يشهدون بانه قبل الهبة وبين نفس اجزاء الدعوى لانه بمقتضى البينة وقوله كانه قال وهب لي هذا الشيء وكان ملكي بالشراء قبل فلا يثبت الملك بالهبة بعد الشراء فكان مناقضا ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق الذي وقفه ولو ادعى الهبة يعني وارخ فطولب بالبينة فقامت على الشراء قبله ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها توفيقا لم تقبل ايضا ذكره في بعض النسخ كانه يريد نسخ الاصل لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرير ملك الواهب عندها اي عند الهبة ولو لم يؤرخ الشراء تقبل البينة كما لو ذكر تاريخا بعد الهبة لامكان الحمل على ما ينتفي به التناقض وهذا على احدى الروايتين في تصحيح الدعوى اذا امكن التوفيق وان لم يوافق المدعي وشاهده ما ذكر في رجل ادعى دارا في يد رجل انها داره اشتراها

دار رجل

ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر الآخر ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضاء البائع فيستبد بفسخه قال ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انه زيوف

من ابيه في صحته وهو ينكر واقام المدعي على ذلك بينة ولم يترك او لم يقم بينة وحلف المدعى عليه ثم اقام بينة انها داره ورثها من ابيه قبل القاضي بينته ولا تكون دعواه الارث تناقضا ولو ادعى الارث من الاب اولا ثم ادعى الشراء منه بعد ذلك واقام عليه بينة لا يقضى له بالدار لامكان التوفيق في الاول بخلاف الثاني قال شيخ الاسلام اذا امكن التوفيق تصح الدعوى وان لم يدع المدعي التوفيق وفي دعوى المبسوط اشارة الى انه لا تقبل بينته الا ان يوفق المدعي فكان التوفيق من المدعي شرطا في رواية وليس شرطا في اخرى وفي المحيط قيل ما قالوا يوفق بغير دعوى المدعي قياس وما قالوا لا يوفق بدون دعواه استحسان فان قيل ينبغي ان لا تقبل هذه البينة لانه يدعي شراء ما ملكه بالهبة والتسليم اجيب بان سائر العقود تنفسخ بالتجاحد لا النكاح وهنا كذلك فان الفسخ يتحقق من جهة الواهب بجحده وحين اقدم الآخر على الشراء منه فقد رضي بذلك فانفسخت الهبة بتراضيهما فاذا اشترى هو ذلك فقد اشترى ما لا يملكه **قوله** ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر الآخر ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها لوجهين احدهما ان المشتري لما جحد كان فسخ من جهته اذ الفسخ يثبت بالجحد كما اذا تجاحدا معا حيث ينفسخ قطعا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ واورد عليه ان مجرد العزم لا يحصل به الفسخ الا يرى ان من له خيار الشرط اذا عدم لقلبه على فسخ العقد لا ينفسخ الجواب بان المراد العزم المؤكد بفعل اقترن به من امساكها او نقلها الى بيته فان امساكها لا يحل بلا فسخ فكان الفسخ ثابتا به دلالة لكن قال لآخر آجرتك هذه الدابة يوما بكذا لتركبها الى مكان كذا فاخذ المستأجر ليركبها كان ذلك قبولا دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل بلا قبول وفي المحيط تفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل ان يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفي بمجرد النية وهي في الفوائد الظهيرية عليه فرعا ذكره في الجامع اشترى عبدا ثم باعه من آخر فجحد المشتري الثاني البيع فخاصمه المشتري الاول الى القاضي ولا بينة له فعزم اي المشتري الاول على ترك الخصومة ثم اطلع على عيب كان عند البائع الاول واراد رده فاحتج البائع الاول بدعواه على الثاني فان كان عزم المشتري على ترك الخصومة ان كان بعد تحليف الثاني يرده او قبله فلا لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني وهذا بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها ان تتزوج والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الاسباب الوجه الثاني التزام ان الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضى البائع فيستبد بفسخه لفوات شرط البيع وهو التراضي وسنذكر نظر صاحب الكافي في تدافع الوجهين قريبا **قوله** ومن اقر هنا مسائل الاقرار بالقبض ومسائل الاقرار بالدين اما مسائل القبض فاذا اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو ايضا القبض يعني اقر انه قبض من مديونه بدين قبض اقترضه او ثمن مبيع او بدل اجارة او قال غصبت منه او عني الف درهم ثم قال الا انها زيوف او

صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز بها فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليها الغش

نبهرجة او قال بعد نعم هي زيوف او نبهرجة يصدق في الوصل والفصل وفي المبسوط اقر الطالب انه قبض ماله على فلان مائة درهم ثم قال وجدتها زيوفا فالقول قوله وصل ام فصل واطلاق المصنف يفيد قوله صدق وهذا بخلاف ما اذا اقر بالدين في المبسوط في باب الاقرار بالدين لو قال لفلان علي الف درهم من ثمن مبيع او قرض او اجارة الا انها زيوف او نبهرجة لم يصدق في دعوى الزيافة وصل ام فصل في قول ابي حنيفة وعندهما يصدق ان وصل لا ان فصل ولو قال لفلان علي الف درهم من غير ذكر سبب تجارة او غصب قال بعض المشايخ هو على الخلاف ايضا لان مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى الالتزام او التجارة اذ هو اللائق بحال المسلم وقيل يصدق هنا اذا وصل بالاتفاق لان صفة الجودة تصير مستحقة بعقد التجارة فاذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة وتاتي الحجج ان شاء الله تعالى من الجانبين وقال الشافعي واحمد اذا فصل لا تقبل في جميع الصور لانه كما ذكر العشرة فهم الجياد وقوله هي زيوف رجوع عن ما اقر به قلنا في مسئلتنا انما اقر بقبض الدراهم وقبض الدراهم لا يختص بالجياد لان اسم الدراهم لا يختص بالجياد بل يقع على الزيوف والنبهرجة فاذا قال هي زيوف او نبهرجة كان حاصله انه اعترف بقبض عدة من الدراهم منكرا انه قبض حقه اعني الجياد فيصدق مع يمينه اذا كان الآخر يكذبه ولم يكن رجوعا عن شيء لان الاعم يصدق على كل اخص فاذا نفى انه بعض ما صدق عليه بعينه وانه مما صدقاته الاخرى لا يكون مناقضا بخلاف ما لو قال هي ستوقة او رصاص لا يقبل لانها ليست من جنسها فكان رجوعا واما لو اعترف انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى ماله عليه لا يصدق في دعواه الزيوف والنبهرجة لانه في هذا مقر بقبض الجياد صريحا في الاول ودلالة فيما بعده لان حقه والثمن وكذا بدل الاجارة هي الجياد قال في النهاية جمع المصنف بين هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا اقر بالجياد ثم ادعى انها زيوف لا يصدق لا موصولا ولا مفصولا وفيما بقي يصدق موصولا لا مفصولا والفرق ان قوله قبضت ما لي عليك وحقي اقرار بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما قال على الف الا مائة اما اذا قال قبضت عشرة جيادا فقد اقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كما لو قال على مائة درهم ودينار الا دينارا فان الاستثناء باطل وان كان موصولا فان قيل يجب ان لا يصح استثناء الجودة وان دخلت تحت الاقرار بلفظ واحد لان الجودة تبع للدراهم وصفة لها فاستثناء التبع موصولا لا يصح كاستثناء البناء من الدار لا يصح وان كان موصولا قلنا انما لا يصح استثناء البناء لانه داخل تحت اسم الدار تبعا فلا يجوز اخراجه موصولا واما الجودة فدخلت تحت اللفظ مقصودا كالوزن لانه اقر بقبض ما عليه كالوزن وكما عليه تسليم الجودة فكانت الجودة داخلة تحت قوله ما لي عليك وحقي عليه مقصودا لا تبعا فيجوز استثناؤه موصولا انتهى وقال صاحب الدراية بعد ان نقله فيه نوع تامل وعندي ان المتامل يشهده لا يرده وكانه والله اعلم اشكل عليه تبعية الجودة لما ذكر في السؤال من انها تبع وصفة للدراهم والصفة ابدا تابعة للموصوف وهذا سهو عن قوله دخلت تحت

قال ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال لغيره اشتريت وانكر الآخر له ان يصدقه لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى فيه انه حقهما فبقي العقد فيعمل التصديق اما المقر له ينفرد برد الاقرار فافترقا

اللفظ مقصودا فحاصل رده على السائل ان ما يكون تبعا في الوجود قد يكون مقصودا للمتكلم باللفظ وصحة الاستثناء باعتبار كونه مقصودا من اللفظ كقصد الباقي سواء كان تبعا في الوجود له او اصلا مثله وانما كانت الستوقة ليست من جنس الدراهم لان غشها غالب واسم الدراهم باعتبار الفضة والنسبة الى الغالب متعين فاذا كان الغالب هو الغش فليست دراهم الا مجازا وكذا قيل هو معرب سه طاقه يعني ثلث طاقات الطاق الاعلى والاسفل فضة والاوسط نحاس وهو شبه المموهة وتعقب في النهاية اطلاق قوله في الستوقة لا يصدق بل ذاك اذا قال مفصولا اما في الموصول يجب ان يصدق فانه قال في اقرار المبسوط لو اقر انه قبض خمسمائة درهم مما له على المديون ثم قال بعد ما سكت هو رصاص لم يصدق لان اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة وان قال موصولا فالقول قوله لان الرصاص من الدراهم صورة وان لم تكن منها معنى فكان بيانا مغيرا لظاهر كلامه الى ما هو محتمل فيصح موصولا ففي الستوقة اولى لان الرصاص ابعد منها الى الدراهم وذكر الحبوبي في جامعه مصرحا فقال فاما اذا انها قال وجدتها ستوقة او رصاصا قال شيخ الاسلام خواهر زاده ذكر محمد انه يصح اذا كان موصولا وقدمنا ان القول قول القاضي مع يمينه فلا يمين على الطالب انها كانت جيادا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف احلفه اذا اتهمته

قوله ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء او قال هي لك او قال هي لفلان فقد رد اقراره فلو عاد الى تصديقه وادعى الالف لم يسمع منه الا ان عاد المقر الاقرار بها بعد رد المقر له فصدقه بعد الاقرار الثاني فانه يثبت استحسانا لا قياسا بخلاف ما لو اقر سيد للعبد بنسبه لانسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند ابي حنيفة لان الاقرار بالنسب لا يرتد بالرد حتى كان للراد ان يعود ويدعيه فلما لم يبطل بالرد بقي مقرا بنسبه لغيره فلا يمكن ان يدعيه لنفسه ولو كان الاقرار بسبب المال مثل ان تقول اشتريت مني وانكر له ان يعود فيصدقه لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ بانكاره ان كان فسخا من جهته لا يحصل به الانفساخ وكان العقد قائما بعد انكاره فله ان يصدقه بعد ذلك اما المقر له بالمال فينفرد بالرد فافترقا وناقضه في الكافي بانه ذكر هنا ان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ وفيما تقدم يعني من مسئلة التجاحد قال ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضى البائع فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلامه صعب انتهى وهو صحيح ويقتضي انه لو تعذر الاستيفاء مع الاقرار بان مات ولا بينة ان له ان يفسخ ويستمتع بالجارية فالوجه ما قدمه اولا وهذه فروع ذكرها في النهاية لو صدقه ثم رد اقراره لا يرتد ولو وهبت المرأة صداقها لزوجها وقبل ثم رده فرده باطل وكذا لو قبل المديون الابراء ثم رده وكذا لو قال لعبده وهبت لك رقبتك فرده لا يرتد لانه اعتاق هذا كله في رد المقر له اقرار المقر فاما لو رد المقر اقرار نفسه كان اقر بقبض المبيع او الثمن ثم قال لم اقبض واراد تحليف الآخر انه قبضه او قال بعد ان اقر بقبض المبيع لم اقبض او قال هذا لفلان ثم قال هو لي واراد تحليف فلان او اقر بدين ثم قال كنت كاذبا واراد تحليف الدائن انه قبضه لا يحلف في المسائل كلها عند ابي حنيفة ومحمد لانه متناقض فهو كما لو قال ليس لي على فلان شيء ثم ادعى عليه مالا

قال ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر رح لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرء منه دفعا للخصومة الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق اظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك لم يقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة وذكر القدوري رح انه تقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد تؤذى بالشغب على بابه فيامر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق **قال** ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم ابعها منك قط فاقام البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف رح انه تقبل اعتبارا بما ذكرنا وجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر

واراد تحليفه ولا يحلف وعند ابي يوسف والشافعي يحلف وهو رواية عن احمد لان العادة جرت على هذه الاشياء قبل تحققها تحرزا من امتناع القابض عن الاشهاد بعد ان يسلمه فيجب ان تراعى العادة وصار كما لو اقر بالبيع وقال كان تلجية وطلب يمين الآخر حلف عليه كذا هذا وقال الصدر الشهيد الراي في التحليف الى القاضي يريد انه يجتهد في الخصوصة الوقائع فان غلب على ظنه انه لم يقبض حين اقر واشهد يحلف له خصمه ومن لم يغلب على ظنه فيه ذلك لا يحلفه وهذا انما هو بالتفرس في الاخصام والله الهادي **قوله** ومن ادعى على آخر مالا معلوم القدر وما يصح به الدعوى فقال المدعى عليه ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك لو اقامها على الابراء وقال زفر لا تقبل ونقل عن ابي ليلى لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكر الوجوب حيث قال ما كان لك علي شيء قط فاذا اقام على انه قضاه ناقض ولنا ان التوفيق يمكن لان غير الحق قد يقضى دفعا للشغب وان لم يكن عليه حق ويبرأ منه ولذا يقال اقضى بباطل وايضا قد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق اظهر لانه نفي في الحال وهو لا يستلزم النفي مطلقا لجواز القضاء والابراء بعد اللزوم فينتفي في الحال بعد وجوده وهذا الاطلاق يقتضي قبول البينة اذا احتاجت الى التوفيق من غير دعوى التوفيق وفي بعض المواضع شرط محمد دعوى التوفيق ولم يذكر وفي بعض المواضع فقيل يشترط الدعوى في الكل ويحمل ما سكت فيه على ما ذكر فيه حتى قال في الاقضية لا ينبغي للقاضي ان يوفق لانه نصبه لفصل الخصومات لا لانشائها ولان القاضي لا يدري ما يوفق به المدعي وفي الفوائد الظهيرية كان والدي يفتي بان التوفيق اذا كان ممكنا يجب على الحاكم التوفيق كيلا يتعطل حجج الشرع والتوسط في هذا ان وجه التوفيق اذا كان ظاهرا متبادرا يجب ان تسمع البينة بلا توفيق المدعي كقوله ليس لك علي شيء ثم اقامها على انه قضاه ونحوه وان كان متكلفا لا يعتبره القاضي واقعا ما لم يذكره المدعي والله سبحانه اعلم وذلك مثل قوله وهبها لي ثم انكر فاشتريتها وكذا فيما ياتي في الجارية لم ابعها له ولكن اقام بينة كاذبة بالبيع فسألته ان يبرئني من العيوب فان مثل هذا في الحقيقة تلقين للحجة هذا فلو زاد على ذلك فقال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك او قال ولا رايتك او ولا جرى بيني وبينك مخالطة ولا خلطة ولا اخذ ولا اعطاء او ما اجتمعت معك في مكان وما اشبه ذلك ثم اقام بينة على القضاء او الابراء لم تقبل لتعذر التوفيق وذكر القدوري عن اصحابنا انها تقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد تؤذى بالشغب على بابه فيامر بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك وامكن التوفيق فعلى هذا قالوا يجب التفصيل وان كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا يقبل بينته والا قبلت وفي الثاني لو قال لم ادفع اليه شيئا ثم ادعى الدفع لم يسمع لانه يستحيل ان يقول لم ادفع اليه شيئا وقد دفعته اما لو ادعى اقراره بالدفع اليه او القضاء ينبغي ان يسمع لان المناقض هو الذي يجمع بين كلامين وهنا لم يجمع ولهذا لو صدقه المدعي عيانا لا يكون مناقضا ذكره التمرتاشي وقيل تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لان الابراء يتحقق بلا معرفة **قوله** ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم ابعها منك قط فاقام المدعي البينة على شرائها اياها منه فقبضها فوجد بها اصبعا زائدة ونحوه من عيب لا يحدث مثله في تلك المدة

كذا

هذا

قوله ذكر في كتب في اسفله ومن قام بهذا الذكر فعليه ما فيه ان شاء الله تعالى او كتب في الشراء فعلى فلان خلاص فلك وتسليمه ان شاء الله تعالى يعمل ذلك عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار لان كلمة شاء يتصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيناف وكذا الاصل في الكلام الاستبداد ولهذا ان الكل كشئ واحد يجعل العطف فيصرف في نحو ثماني الكلمات المعطوفة مثل قوله عبدي حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله وله ولاء فرجة قالوا لا يلتحق ويصير كفاصل السكوت

يسلم انه كان في يد البائع وارد وحاقام البائع بينة انه برئ عليه من كل عيب لم تقبل وعن ابي يوسف تقبل اعتبارا بما ذكرنا يعني التوفيق في البين وقوله وعن ابي يوسف يشير الى انها ليست ظاهر الرواية عنه ولذا لم يذكر محمد فيه خلافا بين اصحابنا في الجامع الصغير وانما حكاه الخصاف عن ابي يوسف ووجه التوفيق منا ان يقول لم يكن بينا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سكانه ان يبرأني عن العيب فابرأني قال شارح ولان البيع غير البراءة من العيب فجوداحدهما لا يمنع دعوى الآخر ولا يخفى ما فيه وذكر في وجه التوفيق ايضا ان يكون البائع وكيلا عن المالك في البيع فكان قوله للمالك بايعتها لك قطعا فكان بينة على البراءة من العيوب ليس مناقضا والوجه الاول اعم لانه لو كانت هذه الدعوى على الوكيل نفسه لا يوفق بذلك فنظيره ما ذكر ثم لو اقام بينة على الشراء وذو اليد منكر ثم اقام المنكر بينة على ان المدعى قد رد البيع قبلت ولا يبطل انكاره البيع بينة لانه يقول اخذتها بحق بينة كاذبة ثم استقلته فاقالني ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا ولا يخفى ان كلا من وجه التوفيق الاول والثالث يدفع هذا **قوله** ذكر حق يعني صكا في اقرار بدين قال في آخره ومن قام بهذا الذكر فعليه ما فيه يعني من احرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق ثم كتب ان ساعة المدعي تعلل بهذه الكتابة او صك شراء كتب فيه وما ادرك فان المشتري الدرك على فلان خاصة ان شاء الله تعالى عند ابي حنيفة يبطل الصك كله الدين في الاول والشراء في هذا والخلاص عند هما على الدين والشراء على ما ذكر صحيح وقوله ان شاء الله يصرف الى ما يليه وهو قوله ومن قام به وضمان الدرك خاصة وقولهما استحسان لان الكل بواسطة العطف كشئ واحد اتصل به الاستثناء فيصرف الى الكل للاتفاق على ان قول القائل عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله تعالى يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر ولهما ان الاستثناء يصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيناف وكذا الاصل في الكلام الاستبداد فقال العلم بالمقصود من كتب الصك دلالة على قصر انصرافه الى الاخير فما هو العادة وعليها يحمل الحادث لا على انه قد يكتب للابطال لغرض قد يتفق وظاهر الوجه من الجانبين ان ان شاء الله تعالى اجري بالاتفاق مجرى الاستثناء غير ان ابا حنيفة خالف مقتضاه وهو انصراف الاستثناء الى ما يليه خاصة بالتعليق وهما سلما ذلك لو لا عروض فهم الغرض من كتبه وهو بعيد اذ لو كان كذلك لم يتصور وجود محل متعدد يبعضها استثناء فينصرف الى الاخير لان وجود المحل المتعددة انما يكون بالعطف فاذا كان العطف يصير حاكما واحدا لزم في كل استثناء استعمل يحمل مسوق بعضها على بعض ان ينصرف الى الكل ويستحيل وجود المسلة بل الوجه ان شاء الله شرط وحكم الشرط اذا تعقب لجمل مسوق بعضها على بعض ان ينصرف الى الكل ولذا لم يعتق ولم تطلق ولم يلزم النذر فيما ذكرنا فشئ ابو حنيفة على حكمه وهما اخرجا صور كتب الصك من عمومه يعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملا متعاطفة وهو ما ذكرناه ولذا كان قولهما استحسانا راجعا على قوله بذا اذا كان ان شاء الله مكتوبا متصلا بالكتابة فلو فصل بياض وهوا لفرجة حكما كفاصل السكوت فلا يعمل شيئا اتفاقا وقد اورد ان هذا الكلام يقتضي انه لو لم يكتب ان شاء الله تعالم يبطل شئ ويلزمه ما في الوكالة للجهول الكفالة

فصل في القضاء بالمواريث **قال** واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر رده القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وهو يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول قولهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا

في قوله ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه وتوكيل المجهول لا يصح اجيب بان الغرض من كتابة اثبات رضى المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعي فلا يمتنع المديون عن سماع خصومة الوكيل بالخصومة عند ابي حنيفة فان التوكيل بالخصومة لا يصح الا برضى الخصم عنده ودفع بانه لا يفيد على قوله لان بهذا يثبت الرضى بتوكيل وكيل مجهول والرضى بتوكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله ايضا وقيل بل فائدته التحرز عن قول ابن ابي ليلى فانه لا يصح التوكيل بالخصومة عنده بلا رضى الخصم الا اذا وجد الرضى بتوكيل وكيل مجهول فح يجوز لكن ذكر في كتب المذاهب الاربعة ان عند ابن ابي ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضى الخصم مطلقا

فصل في القضاء بالمواريث **قوله** واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته فانا استحق في ميراثه وقالت الورثة بل اسلمت قبل موته فلا ميراث لك فالقول قول الورثة وكان الاولى ان يقال بدله قوله القول قول الورثة لا تصدق الا ببينة لان العادة ان من كان القول له يكون مع يمينه ولا حلف عليهم الا ان ادعت انهم يعلمون كفرها بعد موته فلها ان تحلفهم على العلم وقال زفر القول لها لان الاسلام حادث فالظاهر اضافته الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان من الميراث ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر هو استصحاب اعني استصحاب الماضي للحال تعتبره للدفع وما ذكره استصحاب عكس ذلك لان الاستصحاب يكون من الماضي للحال ومن الحال الى الماضي لكنه اعتبره للاستحقاق وليس حكم الاستصحاب كذلك والمراد بجريان ماء الطاحونة ما اذا اختلف مالكها مع المستأجر اذا طالب بمدة فقال كان الماء منقطعا حكم جريانه في الحال فاذا كان منقطعا في الحال فيعطف على الماضي لدفع استحقاق اجرة الماضي فكذا هذا فالتعبير بالاستصحاب احسن من التعبير بالظاهر فان ثبت الاستحقاق كثيرا ما يكون ظاهرا كاخبار الآحاد وقد ثبت ما يوجب استحقاقا ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول لهم ايضا ولا يحكم الحال هنا لانه لا استصحاب للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون والاستصحاب يكفي لهم في ذلك وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها الى ما بعد موته فالمسألتان مبنيتان على اصل واحد وهو ان الاستصحاب اعتبر فيهما للدفع لا للاستحقاق فان قيل اعتبار الحال في ماء الطاحونة شاهدا للماضي عمل باثبات الاستحقاق بالاستصحاب فان به يستحق مالكها اجر الماضي اذا كان جاريا اجيب بان هناك اتفقا على وجود سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلفوا في التأكيد والظاهر يصلح حجة للتأكيد وفي مسألة الميراث نفس السبب مختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند الموت واستشكل بما ذكر محمد في الاصل اذا مات وترك ابنين فقال احدهما مات ابي مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت وانا ايضا اسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على اسلامه وقال بل اسلمت بعد موته فالقول للابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البنوة اجيب بانه انما يصار الى ما ذكر من الطريق اذا اختلفا في تمام الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال واما اذا اختلفا في مقدار منه فلا يصار اليه الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما حتى ان في مسألة الطاحونة اذا اتفقا شهرين على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بان قال المستأجر كان الماء منقطعا شهرين وقال الآخر شهرا فالقول للمستأجر مع يمينه منقطعا كان الماء او جاريا في الحال لانهما اختلفا في جريان مقدر وهو غير ثابت للحال وفي مسألة الابنين ومسألة

قال ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه لانه اقر ان ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه ولو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضي بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح اقراره للثاني كما لو كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح

الكتاب الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لا في نفس الاسلام انه كان او لم يكن والثابت في الحال نفس الاسلام لا اسلام مقدر فهذا هو الماخذ في المسئلة وذكر الامام التمرتاشي مسئلة وهي ترد ايضا شبهة على الاصل اعني كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر وهو لو ادعت المرأة انها ابانها في المرض فصار فارا فانا ارث وقالت الورثة بل في الصحة فالقول قولها لانها انكرت المانع من الارث وهو الطلاق في الصحة يعني والاصل عدم المانع قوله ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم مثلا وديعة فاقر المستودع لرجل انه ابن الميت لا وارث له غيره فان القاضي يقضي عليه بالدفع اليه لانه اقر ان ما في يده حق الوارث لانه ملك له خلافة فهو كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر المودع لرجل انه وكيل المودع بالقبض اي بقبض الوديعة او انه اشتراه اي اشترى الوديعة التي في يده من المودع حيث لا يؤمر بالدفع لانه اقر بقيام حق المودع وملكه في الوديعة الآن اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته لزوال ملكه فانه اقر له بملكه لما في يده من غير ثبوت ملك مالك معين فيه للحال وفي فصل الشراء وان كان قد اقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ في حق غيره اعني المالك لانه لا يملك ابطال ملكه باقراره فصار كالاقرار بالوكالة بقبض الوديعة ثم لو دفع الى الذي اعترف له بالوكالة بقبض الوديعة هل له ان يستردها قيل لا لانه يصير ساعيا في نقض ما تم به وقال ظهير الدين كان والدي يتردد في جواب هذه المسئلة ولو لم يدفع الوديعة للذي اقر له بالوكالة حتى هلكت قيل يضمنها لانه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كما لو منعها من نفس المودع وقيل لا لانه لم يجب عليه الدفع بخلاف المديون اذا اقر لرجل انه وكيل الدائن بقبض ماله عليه فانه يؤمر بالدفع اليه لانه غير مقر على مال غيره اذ الديون تقضى بامثالها والمثل ملك المقر فانما اقر على نفسه حتى يرجع عليه الدائن اذا لم يعترف بالوكالة اذا قدم فيؤمر بالدفع ولو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وانكر الابن الاول قضي بالمال للاول وحده لانه لما صح اقراره للاول على ذلك الوجه انقطع يده على المال فيكون اقرارا على الغير وهو الابن الاول لا يصح كما لو كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب وهو الاول فلا يصح وهل يضمن للابن الثاني شيئا قال في غاية البيان انه لا يغرم المودع للابن الثاني شيئا باقراره له لان استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البنوة ثبوت الارث فلا يكون الاقرار بالبنوة اقرارا بالمال وفي الدراية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما ادى للابن الثاني الذي اقر له اذا دفع الوديعة بغير قضاء القاضي وبه قال الشافعي في قول واحد وفي قول لا يضمن لان اقراره للثاني صادفه ملك الغير فلا يلزم منه شيء وقال في النهاية فان قيل كان ينبغي ان يضمن المودع للابن الثاني الذي اقر له انه ابن الميت كما لو بدأ المودع بالاقرار لغير القاضي المعزول بالوديعة ثم اقر بتسليم القاضي اليه وقد ذكر في ادب القاضي من الكتاب انه يضمن للقاضي قيمته قلنا هنا ايضا يضمن اذا دفع الوديعة الى الابن الاول بغير قضاء القاضي نصف ما ادى الى الاول انتهى وهذا هو الصواب

قال واذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يأخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقبل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي ناظر للغيب والظاهر ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه او اعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولابي حنيفة رح ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشراء ممن في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم واما الآبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف

واختلف في اللقطة اذا اقر المتلقط بها لرجل بل يؤمر بالدفع فيه مذكور في اللقطة وفي الجامع الصغير لو ادعى الوصاية وصدقه مودع الميت او الغاصب منه لا يؤمر بالدفع هذا كله في الابن فلو اقر المودع لرجل انه اخ الميت شقيقه وانه لا وارث له غيره وهو يدعيه او لمن ادعى وصيه بالف مثلا انه صادق فالقاضي يتأنى في ذلك لان استحقاق الاخ بشرط عدم الابن بخلاف الابن لانه وارث على كل حال غير انه احتمل مشاركة غيره وهو موهوم والبنت كالابن وفي الوصية هو مقر على الغير لانه اقر انه ليس بخلف من الميت واذا تأنى ان حضر وارث آخر دفع المال اليه لانه خلف عن الميت وكان القول قوله في الوصية وان لم يحضر وارث آخر اعطى كل مدع ما اقر به لكن بكفيل ثقة وان لم يجد كفيلا اعطاه المال وضمنه ان كان ثقة حتى لا يهلك امانة وان كان غير ثقة تلوم القاضي حتى يظهر انه لا وارث للميت او اكبر رأيه ذلك ثم يعطيه المال ويضمنه ولم يقدر مدة التلوم بل يرى القاضي وهذا اشبه بابي حنيفة رح وعندهما مقدر بحول هكذا حكى الخلاف في الخلاصة عن الاقضية وعن ابي يوسف مقدر بشهر هذا اذا قال ذو اليد لا وارث له غيره فان قال له وارث ولا ادري آمات ام لا لا يدفع الى احد منهم شيئا لا قبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعي بينة تقول لا نعلم له وارثا غيره وكل من ورث في الحال دون الحال كالاخ والاب والام والبنت كالابن ولو ادعى انه اخ الغائب وانه مات وهو وارثه لا وارث له غيره او ادعى انه ابنه او ابوه او مولاه اعتقه او كانت امرأة وادعت انها عمة الميت او خالته او بنت اخيه وقال لا وارث له غيري وادعى آخر انه زوج او زوجة للميت او ان الميت اوصى له بجميع ماله او ثلثه وصدقها ذو اليد وقال لا ادري للميت وارث غيرها او لا لم يكن لمدعي الوصية شيء بهذا الاقرار ويدفع القاضي الى الاب والام والاخ ومولى العتاقة او العمة او الخالة او بنت الاخ اذا انفرد اما عند الاجتماع ولا يزاحم مدعي البنوة مدعي الاخوة لكن مدعي هذه الاشياء اذا زاحمه مدعي الزوجية او الوصية بالكل او الثلث مستدلا باقرار ذي اليد فمدعي الاخوة والبنوة اولى بعد ما يستحلف الابن ما هذه زوجة الميت او موصى له هذا اذا لم تكن بينة على الزوجية والوصية فان قام اخذ بها وهل يؤخذ منه الكفيل تقدم ولو اقر ذو اليد ان الميت اقر ان هذا ابنه او ابوه او مولاه اعتقه او اوصى له بالكل او ثلثه او ان هذه زوجته فالمال للابن والمولى كما لو عاينا اقر بخلاف النكاح وولاء الموالاة والوصية لان ذا اليد اقر بسبب منتقض **قوله** واذا قسم الميراث بين الغرماء او بين الورثة لا يؤخذ منهم كفيل عند ابي حنيفة رح وقال هذا شيء احتاط فيه بعض القضاة وهو ظلم كانه عنى به ابن ابي ليلى فانه كان يفعله بالكوفة وقال لا يأخذ الكفيل اي لا يدفع اليهم حتى يكفلوا والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقبل الشهود لا نعلم له وارثا غيره اما اذا

وقيل ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله وهو ظلم اي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله ان المجتهد يخطي ويصيب لا كما ظنه البعض

اثبتا بالاقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق او قال الشهود لا نعلم له وارثا غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتاتى القاضي سواء كان ذلك الوارث ممن يحجب او لا يحجب ولو قالوا لا وارث غيره فذلك استحسانا ثم ما ذكر من نفس الدفع اذا لم يقل الشهود لا نعلم له وارثا آخر هو فيما اذا كان وارثا لا يحجب بغيره وتفصيل المسئلة في ادب القاضي للصدر الشهيد قال واذا حضر الرجل وادعى دارا في يد رجل انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له واقام على ذلك بينة ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم بل قالوا وتركها لورثته لا تقبل ولا يدفع اليه شيئا حتى يقيم بينة على عدد الورثة ليصير نصيب هذا الواحد معلوما او القضاء بغير المعلوم متعذر وهنا ثلثة فصول الاول هذا وهو ما اذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم والثاني ان يشهدوا انه ابنه ووارثه لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يقضي بجميع التركة بلا تلوم والثالث ان يشهدوا انه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى فان حضر وارث آخر قسم المال بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ويأخذ كفيلا عندهما ولا يأخذ عند ابي حنيفة ثم انما يدفع الى الوارث الذي حضر جميع المال اذا كان ممن لا يحجب كالاب والابن فان كان يحجب بغيره كالجد والاخ والعم لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب حجب نقصان كالزوج والزوجة يدفع اليه اقل النصيبين عند ابي يوسف وعند محمد او من فيهما وهو النصف للزوج والربع للزوجة وقول ابي حنيفة رح مضطرب هذا اذا ثبت الدين والارث بالشهادة فاما اذا ثبتا بالاقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق ومن صوره ما اذا اقر المودع لرجل انه ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتاني على حسب ما يرى ولا تقدير فيه وهو اليق بقول ابي حنيفة وهو ان ينتظر زمانا يغلب على ظنه انه لو كان دائن آخر يظهر وقدره الطحاوي بعام فاذا لم يظهر وارث آخر دفع المال اليه واخذ كفيلا لاحتمال ان يظهر قبل آخر قيل وهذا قولهما وعند ابي حنيفة لا يأخذ وقيل يأخذ عند الكل لان الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينة لهما ان القاضي ناظر للغيب اي مامور بالنظر لهم والظاهر ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع القاضي الآبق واللقطة الى الذي اثبت عنده انه صاحبه اخذ كفيلا للمعنى الذي ذكرنا وهو ان القاضي مامور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه وكذا اذا اعطى امرأة الغائب يعني اذا كانت تستنفق اي تطلب النفقة وزوجها غائب وله في يد رجل وديعة هو مقر بالزوجية فالوديعة فالقاضي يعطيها من ماله ويأخذ كفيلا ولابي حنيفة ان الحق ثابت قطعا اي فيما اذا كان الوارث الآخر معدوما او ظاهرا فيما اذا كان موجودا والقاضي لم يكلف باظهاره على وجه يوجب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده فلا يؤخر الى زمان التكفيل لحق موهوم ارايت لو لم يجد كفيلا كان منع حقه هذا ظلما وصار كمن اثبت الشراء ممن في يده لا يؤخذ كفيل من المشتري بعد ما اثبت

قال وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يديه ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إن كان الذي في يديه جاحدا أخذ منه وجعل في يد أمين وإن لم يجحد ترك في يده لهما أن الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لأنه أمين وله أن القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا ينقض يده كما إذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لأنه يحتاج فيه إلى الحفظ والنزع أبلغ فيه بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الأم والأخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف أيضا وقول أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر لحاجته إلى الحفظ

شراء بالحجة ولا يؤخذ الكفيل من رب الدين الذي أثبت دينه على العبد بالبينة حتى يبيع العبد لأجل دينه وإن كان يتوهم حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر للعبد لأن المكفول له مجهول فهو كما لو كفل لواحد من الغرماء بخلاف النفقة لأن حق الزوجية ثابتة والزوج معلوم فأما الآبق واللقطة ففي أخذ الكفيل روايتان عنه والأصح أنه على الخلاف وقيل إن دفع اللقطة بعلامة أو بإقرار العبد يكفل بالإجماع لأن الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع مع العلامة وإقرار العبد بالإباق ويقال يأخذ الكفيل لنفسه صيانة لقضائه عن النقض لأنه ليس بخصم ولا يقال يأخذ للميت لأن حقه في تسليم ماله إلى وارثه وقد ثبت وراثته فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل فإن قيل القاضي يتلوم في هذه الصورة بالإجماع ذكره في الأسرار وكذا ذكر الصدر الشهيد والتلوم إنما هو لتوهم وارث وغريم آخر وبعد التلوم ما انقطعت الشبهة فينبغي أن يأخذ الكفيل لبقاء الشبهة ويدفع إلى الحاضر لقيام الحجة لأن الحجة راجحة على الشبهة فاعتبر رجحانها في الدفع إليه فيجب أن يظهر قيام الشبهة في حق التكفيل عملا بالجهتين أجيب بأن العمل يجب بالحجة بعد قيامها لا بالبينة وليس التكفيل كالتلوم لأن التلوم لطلب علم زائد ليتم علمه بقدر الممكن فإن التلوم يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره فإن هذه الشهادة لأنها على النفي بل هو خبر يؤكد انتفاء ظن غيره أما الكفالة فطلب أمر زائد من المستحق فلا يجوز إلا بتوجه حق عليه ولا يتوجه بالموهوم قال المصنف وقوله ظلم أي قول أبي حنيفة يكشف عن مذهبه أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض أنه قائل بأن كل مجتهد مصيب كقول المعتزلة لأنهم جرهم إلى هذا القول وجوب الأصلح فكان صيانة المجتهدين عن الخطأ وتقريرهم على الصواب واجبا وسبب نسبة هذا إلى أبي حنيفة ما روي عنه أنه قال ليوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد ولو حمل على ظاهره لكان متناقضا إذ قوله والحق عند الله واحد يفيد أن ليس كل مجتهد أصاب الحق وإلا لكان الحق متعددا فلزم أن معنى قوله كل مجتهد مصيب أي يصيب حكم الله بالاجتهاد فإنه تعالى أوجب الاجتهاد على المتأهل له فإذا اجتهد فقد أصاب بسبب قيامه بالواجب وقال محمد رحمه الله لو تلاعنا ثلاثا ففرق القاضي بينهما نفذ وقد أخطأ السنة

قوله وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يديه إلى أن يحضر الغائب ولا يستوثق منه بكفيل وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقالا إن كان الذي هو في يده جاحدا قامت عليه البينة أخذ منه النصف فوضع على يد أمين وإن لم يكن جحد ترك في يده لهما أن الجاحد خائن ظهرت خيانته بالجحد فلا يترك في يده لقرب أن يتصرف فيه باعتقاده أنه ملكه وأن البينة كاذبة أو للخيانة بخلاف ما لو أقر لأنه بمال الميت مودع عنده فإنه لم تظهر منه خيانة وقد رضيه الميت فكان أولى بحفظها ولأبي حنيفة رحمه الله أن القضاء

وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء الخصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم اليه النصف بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره ولهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده

انما يقع ولا للميت مقصودا لانه بعد ثبوت انه ماله يقضي ديونه ويقسم المال وكونه مختار الميت ثابت مع جحده فلا ينقص يده كالمقر وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي بها للميت والظاهر عدم جحوده بعد ذلك لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي وموت القاضي وعزله قبل ان يصل الغائب وكذا احتراق الحضر والتلف نادر لا يوجب اختلاف الحكم لندرته فلو كانت الدعوى في منقول وانكر الباقي بحاله فقد قيل يؤخذ منه النصف بالاتفاق لانه يحتاج الى الحفظ والنزع ابلغ في الحفظ من تركه في يده اذ ربما يتصرف فيه متاولا كما ذكرنا او خيانة بخلاف العقار لانها مختصة بنفسها ولهذا اي ولاجل ان المنقول يحتاج الى الحفظ دون العقار والبيع ابلغ في حفظه من تركه ملك الوصي بيع المنقول دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير يملك بيع المنقول على الكبير الغائب مع ان هؤلاء ليس لهم ولاية في المال وقيل المنقول على الخلاف ايضا عنده يترك في يد الذي جحد وعندهما يؤخذ منه وقول ابي حنيفة في بنائه ظهر فيه قولهما لحاجة المنقول للحفظ والحفظ في الترك في يده اتم لانه يصير محفوظا صورة ومعنى لانه بانكاره لو ملكت يجب عليه الضمان ولو اخذ منه وضع على يد امين لا يضمنه لو هلك لانه غير مصون عليه وانما لا يؤخذ الكفيل على قول ابي حنيفة رح من التي هي في يده اذا بقيت في يده لانه ان شاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها وهذا لانه ربما لا يجد كفيلا او لا يسمع باعطائه والاخ الحاضر يطالبه فتقرر الخصومة ثم اذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء الكائن في غيبته لان احد الورثة ينتصب خصما عن بقية الورثة فيما لهم وعليهم دينا كان او عينا فقد قامت على خصم حاضر بالنسبة الى كل الورثة وهذا منهم وقوله لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة على ما ذكرنا من قريب وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء اي استيفاء نصيبه لانه عامل فيه لنفسه لا للميت فلا يصلح نائبا عن غيره فلهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين للميت فانه يقضي بالكل ولا يأخذ الا نصيب نفسه وقوله الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة لانه ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه ويكون قضاء على جميع الورثة اذا كانت التركة كلها في يده اي في يد الحاضر حتى لو كان البعض في يده ينفذ بقدره لانه لا خصومة بدون اليد ذكره في الجامع الكبير قال في شهادات في المواريث ولو مات وترك دارا وثلثة بنين او ابنان غائبان والدار في يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القصة وقال مات والدنا واحد اخواي فلان وفلان قبضا نصيبهما واودعاني وغابا وقال المدعي كانت داري في يد ابيكما فاعلم ان الغائبين قبضا ثلثاها شائعا واودعاها عندك وانا اقيم البينة انها داري تقبل وذو اليد خصم لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيما يدعى عليه فان حضر الغائبان وصدقا في الارث وجحدا حق المدعي فالقضاء ماض وان كذباه وقالا لم نرثها من ابينا بل ثلثاها لنا لا بالارث يقال للمدعي اعد بينتك عليهما في ثلثي الدار لان ذلك على غير خصم لان اقرار الحاضر يعمل في حقه لا في حق الغائبين قال العتابي قال مشائخنا هذا اذا لم تكن الدار مقسومة فاما اذا اقتسموها اودع ابنان نصيبهما عند الحاضر وغابا لا تقبل بينة المدعي في نصيبهما على الحاضر والتحق هذا بسائر اموالهما

ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى بثلث ماله فهو على ثلث كل شيء والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد يعتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية فاخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من اهل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية فتقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده وعند محمد رحمه الله لا تدخل لانه سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا يدخل ارض الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال ولا مختص في لفظ الملك فبقي على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر بشيء لاختلاف احوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله

ان الحاضر خصما فيهما بخلاف ما قبل القسمة لانه بقي على حكم ملك الميت على ما عرف ولو كان ثلثا الدار في يد رجل مقسوم او غير مقسوم اودعه عنده الغائبان وهو مقر بانها وديعة لهما ميراث من ابيهما لم يكن خصما للمدعي وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصما في ذلك لان الوارث انما يكون خصما للمدعي على الميت في عين هو في يده لا في يد غيره وقال الاستروشني فالحاصل ان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت في عين هو في يده لا في عين ليس في يده حتى ان من ادعى عينا من التركة واحضر وارثا ليس في يده ذلك العين لا يسمع دعواه وفي دعوى الدين ينتصب خصما عن الميت وان لم يكن في يده شيء من التركة **قوله** ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة فيلزمه التصدق بجميع ما يملكه من النقدين والسوائم واموال التجارة ويمسك قوته فاذا اصاب شيئا تصدق بقدر ما امسك واذا وجب التصدق بكله فلا فرق بين ان يبلغ ما عنده نصابا او لا لان المعتبر جنس ما فيه الزكوة دون قدره ولذا قالوا لو نذر ان يتصدق بماله وعليه دين يحيط بكل ماله لزمه ان يتصدق به فان قضى به دينه لزمه ان يتصدق بما يكتسبه بعد الى ان يوفي ولو اوصى بثلث ماله فهو على كل ماله والقياس ان يلزمه التصدق بالكل سيما بما ان في مسئلة الصداق وبه قال زفر والبتي والنخعي والشافعي وقال مالك واحمد يتصدق بثلث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لابي لبابة حين قال ان من توبتي ان انخلع من مالي يجزيك الثلث لعموم اسم المال كالوصية وقال صلى الله عليه وسلم من نذر ان يطيع الله فليطعه وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشرع فيه الصدقة وما اوجب به التصدق ذكره بلفظ العموم وعلق الايجاب ببعضه قال تعالى خذ من اموالهم صدقة ولم يعم كل مال وهذا بناء على ان مقتضى اللفظ انما يصدق بالاخذ من كل مال وذكرنا في الاصول ان بالاخذ من جنس من الاموال يصدق انه اخذ من اموالهم حقيقة وانما ذلك قول الشافعي والاحسن ان حمله على العموم مخالف للشرع اذ منع منه في قوله تعالى ولا تبسطها كل البسط فوجب تقييده ببعضها ثم عينا ذلك البعض بتعيين الله تعالى اياها بايجاب التصدق منها واما قوله صلى الله عليه وسلم من نذر ان يطيع الله فليطعه لا ينافيه لان اخراج ما ذكرنا من اجناس المال طاعة وانما يلزم لو تعبد بجميع ما تلفظ به وهو منتف بلزوم المعصية وحديث ابي لبابة ليس فيه تصريح بانه نذر ذلك فهو على انه نوى ذلك وقصده واما الوصية فجرينا فيها على نحو ذلك ايضا فقلنا لو اوصى بجميع ماله وله ورثة لا ينفذ لان في تنفيذه ارتكاب المعصية فيقتصر على الثلث المنسوخ فيه مع وجود الورثة واما نفاذه في الكل اذا لم يكن له ورثة فلانها انما يوجب ذلك في حال استغنائه بالموت فانتفى المانع الشرعي وهذا لان النهي ما كان في حالة الحيوة الا لقيام حاجته الناجزة في الحيوة وعدم ابتدائه بنفسه المامور به في قوله صلى الله عليه وسلم ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فيؤدي الى ضيق نفسه وخرجها وهو قد يكون سببا للمعصية وهذا المعنى منتف بعد الموت وقول المصنف ولان الظاهر انه انما يلتزم الصدقة الى آخره يصلح تقرير الابدال المخصص يعني ان العموم وان كان ثابتا لكن هنا معنى

المصرح

قال ومن أوصى اليه لم يعلم بالوصاية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز فلا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف رحمه الله لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد الموت فتعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة وجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لا اضافة فتضاف الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة فانابة بقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف على العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي البائن يفوت لعجز الموصى ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام قال ولا تكون اليمين على الوكالة حتى يشهد عليه شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو كالاول سواء لان اليمين فيها كفاية والنكول بمنزلة الاقرار ولابي حنيفة ان الشاهد ترجح بشرط احد طرفيه وهو العدد او العدالة فلا اقل من عدل ولان الوكيل يحتاج الى ارسال الموكل لان عادته كعادة الرسل الحاجة الى الارسال

يخفى عدمه وهو ان الظاهر من ارسال لفظ عام بالخروج عن كل ما له مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعياله عدم كونه على وجه يدخل الضرر عليه وعليهم فكان ظاهرا في ارادة الخصوص وما ذكرناه من لزوم المعصية بتقدير اعتبار عمومه وهو ايضا من ابداء الخصوص وبهذا من افراد ترك الحقيقة بدلالة وبل تدخل الارض العشرية فيجب التصدق بها عند ابي يوسف نعم لان جهة الصدقة غالبة في العشر وروى ذلك عن ابي حنيفة وعند محمد لان جهة المؤنة غالبة عنده ولا تدخل الخراجية اتفاقا التحف الخراج مؤنة ولذا اوجب في ارض الصبي والوقت ولو كان قال ان لك صدقة قيل يجب الكل حكاه ابو يوسف في الامالي عن ابي حنيفة وعن نفسه اليه ذهب محمد بن ابراهيم الميداني لان في الفرع لان المفيد في الشرع المذكور بلفظ المال قال المصنف الصحيح انها سواء لان الملتزم بالقطين ان فضل عن حاجة وهذا يؤدي بقصد هما الى التخصيص فترك المعنى بقليل تامل وكان مقتضى ما ذكر في القطين ان يثبت مثله في قوله لله علي ان اهدي جميع مالي او جميع مالي الا ان الظاهر وسيذكر انه يجب الكل بخلاف ما لو حلف به فقال ان فعلت كذا فلله علي ان اهدي جميع مالي يدخل فيه جميع ما يملك وقت اليمين ووقت النذر فيجب اهدي ذلك كله الا قدر مؤنته فان استعاذ اجتهدي بمثله انتهى فعم الاشكال في فصل اليمين بحيث يجب الكل بلا اشكال لان عقد اليمين يمنع النفس عن المذكور بالتزام ما يكون على تقديره فتح باب ارادة العموم الان هنا ما حمل المخصص المغني الذي عينه المصنف اما على حمل لزوم المعصية فيجب ان يخص ايضا كان تعويلهم ليس عليه وقوله على ما مر يريد بوجه الاستحسان فانتم اذا لم تكن له مال الا ما دخل تحت الايجاب يعني مال الزكوة بعينه ذلك يمسك منه قوته تصدق بما سواه واذا استغاث شيئا تصدق بقدر ما امسك ولم يقدر محمد مقدارا في اصل المبسوط لاختلاف احوال الناس من قلة العيال وكثرتهم والرخاء والغلاء فيختلف الاعتبار وقيل المحترف يمسك ليوم لانه يكتسب يوما فيوما وصاحب الغلة يمسك من غلة حوانيت او دور يجري عليها مسك شهر الان بين تحصل الى نفقته يجب شهر وصاحب الضياع السنة لان غلتها كذلك وانا في عرف ديارنا فبعضهم كذلك وبعضهم يوجر عامة اعمالهم على ثلثة اقسام كل اربعة اشهر قسط فينبغي ان يمسك الى تمام اربعة اشهر وعلى هذا فصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله **قوله** ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فالبيع جائز وهو وصي بخلاف الوكيل اذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لانه لا يصير وكيلا حتى يعلم وعن ابي يوسف لا يجوز في الوصية ايضا لان الوصية انابة اي استنابة والمعروف من اللغة في الانابة انها هو معنى الرجوع والاقلاع منه اناب الى الله واستدل في النهاية انها بمعنى الاستنابة باستعمال الزمخشري لها كذلك في تفسير سورة الروم والزمخشري نفسه ليفعل كذلك فينزل علم المتكلم بمنزلة روايته فربما يستشهد ببيت لابي تمام و ابي الطيب ووجه الفرق على ظاهر الرواية بين الوصية والتوكيل ان الوصية خلافة في التصرف عن الميت كالوراثة لا اضافتها الى ما بعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث ولذا لو باع شيئا ثم ظهر موت المورث ظهر نفاذه حين صدور الوصاية استخلاف مضافة الى ما بعد الموت فلا يتوقف على العلم كالوراثة ايضا وهو زمان لبطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كالوراثة لقيام ولاية المنوب عنه ولهذا تنعزل الوكيل بالموت بخلاف الميت فلم يتوقف على العلم وبهذا [illegible] وقفناه على العلم لا يفوت النظر لقيام ولاية الموكل وقدرته وفي الاول لم يفوت لعجز الموصى بالموت وبهذا

وعلى من الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يأت المدينة

اذا ثبتت الوكالة قصدا او اذا ثبتت ضمن الامر بالفعل ففيه روايتان وذلك مثل ان يقول لعبده اذهب الى فلان فبيعه ولو قال له اذهبي الى فلان فطلقك او اذهب لعبدي الى فلان فبيعه سنك فذهب واخبره فعل ذكر محمد في كتاب الوكالة انه جائز وذكر في [illegible] روايتان انه لا يجوز فكان فيه روايتان في احدهما لا يتوقف على العلم وفي اخرى لا بد من العلم وذكر في المأذون اذا قال مولاه لاذل وهو لا يعلم او قال للناس بايعوا عبدي فاني اذنت له في التجارة فبايعوه جاز لان العلم للعبد بالاذن واذا توقف ثبوت الوكالة على العلم فانكر بادا يحصل العلم المثبت للوكالة فقال كل من اعلمه بالوكالة جاز تصرفه بشرط كونه مميزا رجلا كان او امراة فاسقا كان او عدلا مسلما كان او ذميا وقال الشافعي واحمد لا تثبت الوكالة بخبر الواحد اصلا لانها تفضي الى قطع المغير من العقود ولانه تسليط على مال الغير قلنا انه اثبات حق هو حق ان يتصرف لا الزام امر فانه مختار في القبول وهو كان يقبول الهدية ممن ذكر انها على يده حاجة والنص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والفتى ما يشتري من الكافر واما العزل عن الوكالة فعندهما هو والاخبار بها سواء وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يثبت حتى يشهد عنده شاهد عدل او شاهدان لي بحر ان لان لفظة الشهادة ليست بشرط عدلا اولم يعدلا وجه قولهما انه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وروي الحسن عنه انه لا بد من عدالة المخبر واحدا كان او اكثر وبه اخذ الفقيه ابو جعفر الهندواني فزعم انه مذهب ابي حنيفة وقال معنى اطلاق الكتاب ان لا يعلم حالها الا ان يعلمها بالفسق وقيل بل هو على الاطلاق لان تاثير العدد فوق تاثير العدالة الا ترى ان القضاء بواحد عدل لا ينفذ ويفاسقين ينفذ فبطريق اولى يثبت به وهو الصحيح وجه قولهما ان النهي عن الوكالة من المعاملات وبالواحد فيها كفاية ولابي حنيفة رحمه الله انه خبر يلزم اداء من كل وجه فانه منع الوكيل بالتصرف من كل وجه وهو يقبل يلزم من وجه دون وجه بناء على ان المراد بالملزم من كل وجه ما كان الزاما على خصم مشار اليه بلفظ الشهادة وحكم الحاكم ولما لم يكن في الاخبار الزام كذلك كان الزاما فيه قصور وجوب الضمان فاعتبرنا فيه العدد لقصور في الالزام من وجه ثم يكفي لاشتراط العدد واحد العدالة كونه ملزما من وجه بل ينبغي ان يكون ذكرنا بخلاف الاعلام بالوكالة فانه لم يكن فيه الزام اصلا ويلزم احد شطري الشهادة وبخلاف رسول الموكل لان عبارته بعبارة المرسل للحاجة الى الارسال فلم يلزم فيه شطر الشهادة ايضا لان صار كانه جاء وشافه بذلك وجه الاول ان المخبر بالعزل لو كان فاسقا وصدقه ينعزل تحوله وعلى هذا بخلاف اخبار المولى بجناية العبد

ستة مسائل ذكر محمد منها اربعة في الاصل واثنان في النوادر والسادسة قاسها مشايخنا على هذه اما الثلاث فاحد لها عزل الوكيل والثانية العبد المأذون اذا اخبره واحد بالعزل ان كان رسولا تجب فاسقا كان او عدلا او ان كان فضوليا يشترط احد شطري الشهادة فيخبر صدقه العبد او كذبه وان كان فاسقا ان صدقه الجر والا فالمسئلة على الخلاف والثالثة العبد اذا جنى جناية ولم يعلم به المولى حتى اعتقه او باعه يلزمه الاقل من قيمته ومن الدية فان اخبره واحد بالجناية فكذلك ان كان فاسقا ان صدقه ثم باع او اعتق يصير مختارا للدية وان كذبه فهو على الخلاف عند ابي حنيفة لا يكون مختارا للدية وعندهما يصير مختارا لها واما اللتان في النوادر فاحداهما المرتد اذا اسلم

ان يكون

قال واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه **قال** ويرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له **فصل** آخر واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد رح انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطاء والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام ابو منصور رح ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطاء والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن التفسير وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء والخيانة

في دار الحرب فاخبره انسان بما عليه من الفرائض ان كان المخبر عدلا او اخبره اثنان لزمته حتى لو ترك شيئا منها يلزمه قضاؤه اجماعا وان كان فاسقا فان صدقه فكذلك او كذبه فعلى الخلاف قال شمس الائمة السرخسي لا صح عندي انه يلزمه القضاء ههنا اتفاقا لان المخبر له رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه نظر ذكرناه في كتابنا المسمى بتحرير الاصول والثانية الشفيع اذا اخبر بالشراء فسكت فعلى ما قلنا ان اخبره فاسق فصدقه ثبت الشراء في حقه وان كذبه فهي على الخلاف فاذا سكت لا تبطل شفعته عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تبطل والسادسة البكر اذا زوجت بلا استيذان فاخبرت فسكتت فهو على ما ذكرناه من الوجوه **قوله** واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء اي لاجلهم ليوفي ديونهم التي على الميت واخذ المال اي الثمن فضاع عنده ثم استحق العبد او مات قبل قبض المشتري لم يضمن القاضي ولا امينه للمشتري شيئا لان امين القاضي بمنزلة القاضي والقاضي كالامام وكل من هؤلاء لا يلحقه ضمان كيلا يتعاقد الناس عن قبول هذه الامانة واذا لم يرجع المشتري على البائع من هؤلاء يرجع بالثمن على الغرماء او الغريم لان البيع واقع لهم والتصرف لاجلهم فترجع العهدة عليهم وصار كما اذا كان العاقد محجورا عليه عبدا او صبيا بعقل البيع وكله رجل ببيع ماله جاز العقد بمباشرتهما ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما لان التزام العهدة لا تصح منهما لقصور الاهلية في الصبي وحق السيد في العبد والاصل انه اذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد يتعلق باقرب الناس الى العقد واقرب الناس في مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم الا يرى ان القاضي لا يامر الوصي او امينه بالبيع حتى يطلب الغريم فكذا يرجع المشتري بالثمن عليه عند الاستحقاق لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي اياه عنه ولو كان البائع الوصي يرجع المشتري عليه بالثمن ثم الوصي يرجع به على الغريم وكذا لو باع الوصي العبد لنفقة الوارث فان المشتري يرجع على الوصي والوصي يرجع على الوارث بما قلنا ان البيع لاجله وهو الذي ينتفع به فلو كان الوارث صغيرا نصب القاضي عنه من يقضي دينه فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه بلا شك وهل يرجع بما ضمن للمشتري قال المصنف رح قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا يريد بالمائة ما ضمن للمشتري فرضها مائة لانه لحقه ذلك في امر الميت فينبغي ان يكون هذا بالاتفاق اعني جواز ان يقال واما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن ففيه خلاف قيل نعم وقال شمس الائمة السرخسي لا يأخذ في الصحيح من الجواز لان الغريم انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له ان يرجع على غيره وفي الكافي الاصح الرجوع لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف في التصحيح كما سمعت

فصل آخر لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع الى اصل واحد وهو ان قول القاضي بانفراده بل تقبل مولى ومعزولا آخر **قوله** واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل بمجرد اخباره هذا وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا يأخذ بقوله حتى يعاين الحجة التي عنها حكم فيه بذلك قال الفقيه ابو الليث روي عن محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن انه قال لا يسعه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته وزاد جماعة على هذا وقالوا

قال واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الف وقضيتها الى فلان قد قضيت بها عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك لو قال قضيت بقطع يدك في حق هذا اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال مقرين انه فعل ذلك وهو قاض ووجهه انه لما وافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حال القضاء ودعوى القاضي صحيح كما اذا كان معاينا ولو زعم المقطوع يده او الماخوذ ماله انه فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا وهو صحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون او اخرجت منه كان معهودا

او يشهد مع القاضي شاهد عدل على ذلك وبهذا يفيد ان القاضي يشهد وليس سماعه الا ان يشهد القاضي والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد لا على حكم القاضي والا كان القاضي شاهدا على حكم نفسه وليس هنا من يشهد ابتداء عنده الا المامور باقامة الحد وبهذا يجيء في العتاق اعني ان يشهد القاضي عند اجلاد بانه شهد على فلان وفلان وليودي الآخر عنده ولذا اقتصر محمد على معاينة حضور الشهادة من المامور وعلل ان الغلط والخطاء في الحكم محتمل لان القطع بنفيهما ليس الا للانبياء عليهم السلام وعلى هذا لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا الاعتماد فيه على خبر القاضي الكاتب بمفرده او احسن المشايخ هذه الرواية في هذا الزمان لفساد حال اكثر القضاة الا في كتاب القاضي الى القاضي لان فيه حقوقا احياء الحقوق ولما كان عدم الاعتماد معللا بالفساد والغلط اقتضى الحال التفصيل في التوقف لا الاطلاق فقال الامام ابو منصور رحمه ان كان القاضي عادلا عالما لا يقبل قوله لانتفاء التهمة في الدين بالعدالة والخطا في الحكم بالعلم وان كان عدلا جاهلا استفسر فان احسن في بيان سبب حكمه وشروطه وجب تصديقه للعدالة وترك المصنف قسمين آخرين وهو ما اذا كان فاسقا عالما او جاهلا فان الفسق مانع من الركون لاخباره بالاستفسار وحكمه يقصد المخالفة فلا يؤخذ بقوله ولا بتفسيره وجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه في الحال فيقبل لخلوه عن التهمة لان التهمة انما تتحقق في اخباره بما لا يمكن انشاؤه في الحال فيحتمل عدم المطابقة اما اذا كان ذلك مما يقدر على انشائه في الحال فيجعل كانه انشاه في الحال بمعاينة الحاضرين ولا يخفى ان الذي يملك انشاءه ليس الا الحكم وهو لا يفيد فان الاحتمال المانع قائم اذ اعاين الحكم ان لم يعاين الشهادة والشروط ولذا قال محمد لا يسعه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته ولم يقل الحكم فلا يفيد هذا الوجه شيئا ولما ذا من زاد على ما ذكر محمد قولهم لو يشهد مع القاضي عدل على ذلك اجابوا ان يزيدوا وجها آخر وهو ان العادة ان ينصب في كل بلدة قاض واحد ولو لم يكن خبر القاضي بانفراده حجة في الالزام لتعدد في كل بلدة قاضيان وقد سمعت ما قدمناه في تلك الزيادة وعلمت ان الاحتمال المذكور لا يزول الا بالعلم بالقضاء وبذا تحقق عندنا امور الا ان يحضر وقوع السبب ليشهد عنده عدلان انه شهد عند القاضي الآمر فلان وفلان على اوجب الفلاني ويشهدا بتوفر الشروط وبهذا لا يتوقف على تكثير القضاء بل على وجود الشهود قضاة كانوا او لا فلا يلزم لذلك تكثيرهم فالملازمة بين عدم قبول خبره بانفراده وتكثير القضاة ممنوعة **قوله** واذا عزل القاضي فقال لرجل الخ تصورتها عزل القاضي فادعى عليه رجل انه اخذ منه الف بغير حق او قطع يده بغير حق فقال قضيت بما عليك فلان فتحاكما اليه قضيت لتبطلك في حق فالقول قول القاضي ولم يحك في هذا جواب ظاهر الرواية عن محمد لان هذا في امرفات فلا بد ان يكون القول للقاضي والا امتنع الناس من قبول القضاء اذا كان يتوجه عليه بعد العزل خصومات في النفس واموال لا تنضبط فلا يمكن كون القول لغير هذا بخلاف ما قبل لان القتل والقطع بعد لم يقع فكان اعمال ذلك الاحتمال مفيدا نعم لا يكون القول له على الاطلاق بل مقيدا بما اذا كان المدعي مقرا بانه فعل ذلك وهو قاض لانهما اتفقا على ذلك صار كان هذه الدعوى جرت وهو قاض والقول قوله في ذلك لما قلنا ولان الظاهر انه لا يقضي بالجور ثم لا يمين على المعزول لانه ثبت فعله في حال قضائه بالتصادق ولو ادعى عليه في حال قضائه ذلك لا يمين عليه كذا بعده ولو اقر القاطع المامور والآخذ للمال بامر القاضي بما اقر به القاضي وهو ان القطع منه والاخذ كان بقضاء القاضي وامره بالدفع لا يضمن ايضا لان القاضي لا ينفذ قضاءه في حال قضائه وهو كما لو كان دفع القاضي المال الى الآخذ ابتداء

ولو اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة

المأخوذ منه في حال قضائه ويصير القطع باقرار المقطوع انه قطع في حال قضائه كالمعاين للحاكم الذي رفع اليه المقطوع واقعته فاما لو زعم المقطوع والمأخوذ ماله انه فعله قبل التقليد او بعد العزل فالقاضي يقول بل فعلته في حال قضائي ففيه خلاف والصحيح ان القول ايضا للقاضي لانه اي القاضي اضافه الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا اتفقا على الطلاق والعتاق وقالت المرأة والعبد كان ذلك في حال صحة عقلك فقال بل وانا مجنون وجنونه معهود فان القول له وكما لو قال اقررت لك وانا ذاهب العقل من برسام وهو معلوم انه كان به واحترز بقوله هو الصحيح عما قال شمس الائمة في شرحه للجامع الصغير ان القول للمدعي لان هذا الفعل حادث فيضاف الى اقرب الاوقات وهذا يخص ما اذا كانت الدعوى بعد العزل خاصة وكذا ذكره شمس الائمة فانه قال فاما اذا زعم اي المدعي انه فعل ذلك بعد العزل فان القول قوله لان هذا الفعل حادث الخ قال ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق الا بحجة فالتصحيح فيما اذا كانت دعواه انه فعله بعد العزل لكنه ذكر في تعليله ما يعم كون القول للقاضي فانه قال لان الاصل ان المنازعة متى وقعت في الحالة المنافية يحكم الحال كمسئلة الطاحونة وفي الحال فعله موجب للضمان عليه وهو الاسناد يدعي قوله بخلاف الاول حيث تصادقا انه فعله في حال قضائه الى آخر ما ذكره لكن المذكور في عامة نسخ شروح الجامع الصغير ان القول للقاضي وهو اختيار فخر الاسلام والصدر الشهيد لانه اسنده الى الحالة المعهودة المنافية للضمان فكان منكرا للضمان فالقول قوله كما لو قال الوكيل بالبيع بعد العزل بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعده فالقول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما بعينه لم يصدق لانه اخبر عن امر لا يملك انشاءه فيصير متهما وكذا لو قال العبد بعد العتق لرجل قطعت يدك وانا عبد وقال المقر له بل وانت حر فالقول للعبد ولا ضمان وكذا اذا قال اخذت منك شهرا او من مال بعد العتق فقال السيد قبله فالقول للسيد ان كانت الغلة هالكة وان كانت قائمة فالقول للعبد ويأخذه من المولى لانه اقر بالاخذ ثم ادعى التمليك عليه فكان مدعيا وكذا الوصي لو ادعى بعد بلوغ اليتيم انه انفق عليه كذا وهو في حجره وادعى اليتيم انه استهلكه فالقول للوصي [illegible] ولو قال الجارية وفي الجامع قال الملوك بعد ما اعتق لرجل قطعت يدك وانا عبد فقالت بل وانت حر فالقول له وكذا كل ما اخذه منه [illegible] بسبب الضمان وهو اقطع ثم ادعى عليه [illegible] والجعل ولو اقر [illegible] وكذا الوصي حيث بالعرق [illegible] لانه [illegible] يصدق [illegible] كما لو قال اخذت منك الفا التي لي عليك او الوديعة التي وديعتها وانكر الآخر كان القول للآخر وكذا لو قال لا كلت طعاما لك باذنك فقال بغير اذني فالقول [illegible] القاضي والوكيل والوصي انهم ادعوا جهة التمليك لانفسهم ثم في عوض الطلاق والعتاق اجوبته ملك لانفسهم بل هو ملك الغير وكان القول قوله في اضافته الى حالة معهودة منافية قوله ولو اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل وهو ما اذا زعم المقطوع والمأخوذ منه ان القاضي فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل فاقر القاطع والآخذ في ذلك بما اقر به القاضي من انه [illegible] المقطوع يده والمأخوذ منه بل قبله او بعده يضمنان ولا يضمن القاضي لانهما اقرا بسبب الضمان وهو مباشرتهما الاخذ والقطع وقبل قول القاضي في ذلك لدفع الضمان عن نفسه بسبب منصبه وهو كيلا يمتنع الناس عن قبول القضاء وفيه تضييع الحقوق وهي مفسدة عظيمة فلا يجب [illegible] عن غيره لعدم الاشتراك في ذلك السبب وقوله ولو كان المال في يد الآخذ قائما وهذا قيد فيما يلزم جواب المسئلة المذكورة في الصورتين بحسب الظاهر فانه لا يلزم كون القول للقاضي وللقاطع والآخذ في صورة التصادق على ان الفعل كان في حالة القضاء ان [illegible] المال المأخوذ للمأخوذ منه مطلقا لانه قد حكم بنفاذ قوله فافاد ان ذلك اعني عدم الرجوع فيما اذا كان المأخوذ هالكا اما اذا كان

كتاب الشهادة

قال الشهادة فرض تلزم بشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبها المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه اغا يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق

فاما فيحذر القاضي سواء صدق المدعي انه اخذه على وجه الحكم قالوا وهذا اذا كذبه وقال بل قبل التقليد او بعد العزل على محمد في الزيادات فقال لان الشيء قائم بعينه فلا يصدق انه اخذه على وجه الحكم قالوا ومعناه ان القاضي لما اقر بالاخذ يصير شاهدا على غيره بالكلام الثاني واقراره بالاخذ صحيح وشهادة الملك لغير المالك ولان القابض سبب الضمان حيث اقر ان اليد كانت للمأخوذ منه فلا تسمع دعواه التملك عليه الا ببينة وقول المعزول ليس ببينة عليه لانه ليس شاهدا بالدين بل بفعل نفسه المنافي للضمان والله اعلم

كتاب الشهادة

يتبادر ان تقديمها على القضاء اولى لان القضاء موقوف عليها اذا كان عجزت الحق بها الا انه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة قدمه تقدمه للمقصود على الوسيلة والشهادة لغة اخبار قاطع وفي عرف اهل الشرع اخبار صدق لاثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء فخرج شهادة الزور فليست شهادة وقول القائل في مجلس القاضي اشهد بروية كذا البعض العرفيات وسبب وجوبها طلب ذي الحق او خوف فوت حقه فان سمع عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه ان يشهد بلا طلب لتعلق العلوق والعقل والولاية فخرج الصبي والعبد والسمع والبصر للحاجة الى التمييز بين المدعي والمدعى عليه ولم يذكر الاسلام لان الدين اصل الشهادة في الجملة وركنها اللفظ الخاص الذي هو تعلق بالاخبار وحكمها وجوب الحكم على القاضي لقيام السبب وفي جوازها لكنه ترك بقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فنطائر في الكتاب والسنة كثير وسببية الطلب ثبت بقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وسببية خوف الفوت بمعنى وهو ان سببية الطلب انما ثبت كيلا يفوت الحق قوله والشهادة فرض يعني اداؤها بعد التحمل فانها قبله للتحمل كما يقال للاداء في العرف من غير ملاحظة المتكلم سوى الاطلاق في قصد التحمل فيكون معتبرا مقتضيا عند عرف اهل التكلم وافترض الاداء الافي الحدود وتجمع عليه قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا يحتمل ان يراد النهي عن الاباء عن التحمل اذا دعي اليه ويكون اسم الشهداء مجازا فيمن يتصف بالشهادة فيكون النهي كراهة الاباء عن التحمل كراهة تنزيه وجريا على خلاف الاولى لان التحمل لما فيه من اعانة المسلم على حفظ حقه اولى ويحتمل ان يراد نهي مسمى الشهداء عن الاباء وحقيقة الشهداء من اتصف بالشهادة فيكون نهي من اتصف بل لشهادة حقيقة عن الاباء اذا دعي ولا اتصاف قبل دعاء الا بالتحمل فيلزم كون النهي عن اباء الاداء وهو الراجح لما فيه من المحافظة على حقيقة اللفظ والاداء المفروض لا يكون الا عند الحاكم فقد فرض سبحانه وتعالى التحمل ان يصب اذا دعي الى الحاكم للاداء وقال تعالى ولا تكتموا الشهادة وهو تحريم الكتمان عن القاضي فيكون الاظهار للقاضي وهو الاداء فرضا عليهم لانه العضد الذي لا تحقق الانتهاء عن المحرم الا به وهو الكتمان الا بترك الاداء وبنهي الشهادة عن كتمانها فانه آثم قلبه وذكر تأكيد لان من لا تعصى اضافة الاثم الى القلب الذي هو اشرف اعضاء البدن ورئيسها تأكيد في تأكيد ولانه هو محل الكتمان فتوصل معصية بتمامها بخلاف سائر المعاصي التي تتعلق بالاعضاء الظاهرة فانها كانت مسبوقة بمعصية القلب وهو العزم المتصل بالفعل فليس هو محلا لتمامها قالوا ويلزم ذا كان مجلس القاضي مريضا فان كان بعيدا فمن نصيبين كان بحال يمكنه الرجوع الى اهله في يومه يجب لانه لا ضرر عليه فلو كان شيخا لا يقدر على المشي فاركبه الطالب لا باس به وعن ابي سليمان فيمن اخرج الشهود الى ضيعة فاستأجر لهم حمارا فركبوها لا تقبل شهادتهم وفيه نظر لانها العادة وهي اكرام الشهود وهو مأمور به وفصل في النوازل بين

والشهادة في الحدود تثبت فيها الشاهد بين الستر والاشهاد لانه بين حسنتين اقامة الحد والتوقي عن القتلة والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على افضلية الستر

لكون الشاهد شيئا لا يقدر على المشي ولا يجد ما يستأجر به دابة فتقبل به ما ليس كذلك فلا تقبل ولو وضع للمشهود طعاما فاكلوا ان كان ميتا من قبل ذلك تقبل وان صنعه لاجلهم لا تقبل وعن محمد لا تقبل فيما عدا ابا يوسف يقبل فيما هو الاصح لان العادة الجارية بالطعام من حمل الامام من بيت المال تنزل عليه شاهدا او لا ويونسه ما تقدم من ان الاداء اذا كان بلا شرط يقضي حاجته عند الامير جوز كذا قيل وفيه نظر فان الاداء فرض بخلاف الذهاب الى الامير وعنه الفقيه ابي بكر فيمن لا يعرفه القاضي ان عدل ان القاضي ان يقبله يرجو ان يسعه ان لا يشهد وفي العيون ان كان في الصك جماعة تقبل شهادتهم وسعه ان يمتنع وان لم يكن الا وحده لم يقبل اسع شهادته اسرع وجب وقال شيخ الاسلام اذا دعي فآخر بلا عذر ظاهر ثم ادى ان تقبل لم يمكن التعديل فيه او يمكن ان تأتيه بعذر ويمكن بانه لاستجلاب الاجرة انتهى والوجه ان يقبل ويحمل على العذر من نسيان ثم تذكر او غيره **قوله** والشهادة في حد زنى او دواعيه اي ما يدعو اليه من لمس ونظر بشهوة والستر اولى للنهي في القرآن ان كان ما لك ثبت تخصيصه بالشهادة على الحدود لما مر من الستر في قصة قوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك كذا ذكره وهذا المعروف في الحديث ان هزالا قال صلى الله عليه وسلم لهزال ذكره مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد بلغه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل ربما قال لهزال لو سترته بردائك كان خيرا لك اراد بمرجع الضمير قوله ستره ما عزا رواه ابو داود ومن يزيد بن نعيم عن ابيه ان ماعز بن مالك اتى النبي صلى الله عليه وسلم فاقر عنده اربع مرات فامر برجمه فقال لهزال لو سترته بثوبك كان خيرا لك وان هزالا كان هو الذي اشار على ماعز ان يأتي النبي صلى الله عليه وسلم ويقر عنده ولم يكن شاهدا لان ماعزا انما عصى بالاقرار اخرج ابو داود وعن ابن المنكدر ان هزالا امر ماعزا ان يأتي النبي صلى الله عليه وسلم فيخبره رواه الحاكم وزاد وقال شبيه قال يحيى فذكرت هذا الحديث لمحمد بن يحيى بن حبان فقال يزيد بن نعيم بن هزال فقال يزيد هو الحق هذا حديث جيد قال صحيح الاسناد ورواه ابن سعد في الطبقات وفيه قال في هزال يبس ما صنعته لو سترته بطرف ردائك لكان خيرا لك قال يا رسول الله اردت ان في الامر سعة وسنة قوله صلى الله عليه وسلم في رواية ابي هريرة من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة رواه البخاري ومسلم وتلقين الدرء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اياه تلقين ما يحصل به الدرء ولا شك ان قصده على الستر والستر يحصل بالكتمان فكان كتمان الشهادة بالحد مخصوصا من عموم تحريمه فمن ذلك اسند الطحاوي الى ابي هريرة قال اتى رجل ابا بكر فقال اني اتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقبل يا رسول الله ان هذا سرق فقال ما اخالك سرقت قالها ثلاثا او اربعا مرتين وثلاثا فامر به فقطع الحديث ورواه عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لماعز لعلك قبلت او غمزت او نظرت قال لا يا نبي الله قد بناه في الحدود فان قلت كيف صح لك ادعاء تخصيص عام الكتاب بهذه وهي اخبار آحاد وايضا شرط التخصيص عندكم المقارنة ومن اين ثبت لك ذلك قلت هذه الاخبار الواردة في طلب الستر بلغت مبلغا لا يحيط بها عن درجة الشهرة لتعدد متونها مع قبول الامة لها فصح التخصيص بها او هي مستندة الاجماع على تخيير الشاهد في احد حدوده فثبوت الاجماع دليل ثبوت ما تضمنه واما المقارنة فانما هي شرط التخصيص في نفس الامر وهذا التخصيص الذي ادعيناه هنا ليس بذاك بل هو جمع للمعارضة على ما كتبناه في التعارض في كتاب تحرير الاصول من ان الجمع بين العام والخاص اذا تعارضا بان يدل على تخصيصه به فاذا وجب الجمع حمله على ذلك تضمن الحكم بانه كان مقارنا او انها ليست تخصيصات اول كما اذا وجدنا في التعارض المحرم على المبيح وثبت بحثا تضمن حكمنا بان المبيح كان متقدما على التحريم فنسخ حكما وجب ترجيح المحرم وان لم يعلم تقدمه بطريقه وكثيرا ما يترجح من بعض متأخري

عنده

لانه يجب ان يشهد بالمال فيقول اخذ ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري رحمه الله مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن

الشارعين على كثير من المواضع المحكوم فيها بالتخصيص من اصحابنا بان المقارنة غير معلومة فلا يثبت التخصيص ومرادهم في تلك الاماكن ما ذكرنا
هذا كلام فانظر الى مجرد اطلاق قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا فانا ما قيدناه بما اذا دعوا للشهادة في المداينة المذكور الاول اي قوله تعالى اذا
تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه ثم قال ولا يأب الشهداء يعني تلك الدين فظاهر **قوله** لانه يجب ان يشهد بالمال استدراك من قوله
مخير في الحدود فانه يقتضي ان لا يشهد بالسرقة نفيا وقد روي انه يشهد فيها عاقلا لا مستلزما منه احد فقال يجب ان يشهد
بالمال احياء الحق مالكه على وجه لا يجب الحد فيقول اخذ المال ولا يقول سرق فان الاخذ اعم من كونه غصبا او على وجه
انه ملكه او عاقل الزنا المال المتوهم منه وغير ذلك فلا يستلزم الشهادة بالاخذ مطلقا ثبوت الحد بها مع ان فيه صلحة للمسروق منه لانه لو قال سرق
فثبتت السرقة وجب القطع وينتفي ضمان المال ان كان اتلفه **قوله** والشهادة على مراتب اربعة منها الشهادة في الزنا والشهادة في بقية الحدود والقصاص المالك
والشهادة فيما سوى ذلك من المعاملات والشهادة فيما لا يطلع عليه الرجال من النساء اما على الزنا فيعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا
عليهن اربعة منكم وروى ابن ابي شيبة حدثنا حفص عن حجاج عن الزهري قال مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين
بعده ان لا تجوز شهادة النساء في الحدود والدماء وتخصيص الخليفتين يعني ابا بكر وعمر رضي الله عنهما لانهما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق
الاحكام في زمانهما وبعدهما ما كان من غيرهما الا الاتباع ولان النص وجب اربعة رجال بقوله تعالى اربعة منكم فقبول امرأتين مع ثلاثة يخالف
المنصوص عليه من العدد والمعدود وغاية الامر المعارضة بين عموم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فيبين به فتقدم هذه لانها مانعة وتلك
مبيحة وايضا هذه تقييد زيادة وتقييد زيادة القيد من طرق الرد فانه كلما اكثرت قيود الشيء قل وجوده بالنسبة الى ما ليس فيه زيادة تقييد ولان فيها
شبهة البدلية ولذا قال لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة وذلك لان قوله فان لم يكونا رجلين الآية ظاهره ان لا تقبل شهادتهن الا عند عدم
رجال يشهدون وقد روي عن بعض العلماء ذلك فاعتبر حقيقة البدلية لكن لما لم يكن ذلك معمولا به عند اهل الاجماع نزلت الى شبهة البدلية والشبهة
كالحقيقة فيما يندرئ بالشبهات وسائر ما سوى حد الزنا من الحدود تقبل فيه شهادة رجلين ولا تقبل النساء لما ذكرنا وكذا القصاص وما سوى ذلك
من المعاملات وكل ما سوى ذلك يقبل فيه رجلان او رجل وامرأتان سواء كان الحق مالا او لا كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية و
نحو ذلك كالعتق والرجعة والنسب وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاذن وشرط الخيار والشفعة
والاجارة وقتل الخطأ وكل جرح لا يوجب الا المال وكذا فسخ العقود وقبض نجوم الكتابة الا النجم الاخير ففيه وجهان لترتب العتق عليه لان الاصل
فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط كقول الشافعي وقال مالك وعن احمد روايتان كقولنا ورواية كقولهم وقصور الولاية حتى انها لا تصلح للامارة
ولا تقبل شهادة الاربع منهن لكن خرج عن الاصل شرعا في الاموال ضرورة لكثرة وقوع اسبابها فيلحق الحرج بطلب رجلين في كل حادثة وكذا العادة
ان يوسع فيما يكثر وجوده بخلاف النكاح فانه مع كونه اعظم خطرا اقل وقوعا فلا يلحق الحرج بالاشتراط وهكذا قال تعالى في الرجعة واشهدوا وقوله
ذوي عدل منكم والرجعة من توابع النكاح فالحقت بقية التوابع به كالخلع والطلاق قال المصنف ولنا ان الاصل فيها القبول خلافا لما تضمن
منع مقدمته القائلة الاصل عدم القبول ثم ثبت هذه بوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة الخ واعترض بان المشاهدة والضبط اهلية
الاداء لا اهلية الشهادة بل هي كما قال في الاسرار ان اهليتها بالولاية والولاية مبنية على الحرية والارث والنساء في

قال ويقبل في الولادة والبكارة شهادة النساء مع الرجال لأن طلب هذه الأشياء حرام لما فيه من هتك الستر فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه والجمع المحلى بلام الاستغراق يراد به الجنس فيتناول الأقل وهو ما فوق الواحد فيشترط لفظ الجمع ولأنها شهادة سقطت للذكورة أيضا فتسقط للذكورة والأنوثة كالحدود لأن الجنس إذا سقط اعتبارا بالعدد كان الثلث أحوط لما فيه من معنى الإلزام ثم حكمنا في الولادة بشهادتهن في الطلاق فلأن يحكم بالبكارة فإن شهدن انها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعد لأنها تأيدت بمؤيد وإذا ثبتت البكارة أصل وكذا في رد المبيع إذا اشترط البكارة فوجدها ثيبا لأنها عيب فاتت بما يتعذر الوقوف عليه إذ الوقوف على الزوال بقولهن فيما يقع في البيوت والمستهل الصبي يقبل عندنا خلافا لأبي حنيفة في الولادة لأنه يطلع عليه الرجال لأن ما يصيح به المولود عند ولادته لا يعجز الرجال عادة فصار كشهادتهن على فعل الولادة

بذا كالرجال يعني الآلية التحمل بالمشاهدة والضبط والنساء في ذلك كالرجال ولهذا قبلت روايتهن لأحاديث الأحكام الملزومة للامة فعن هذا قد يقال والله أعلم إن جبل الشارع اثنتين في مقام رجل للنقصان الضبط ونحو ذلك بل لأظهار حظ وجبن عن الرجال ليس غير ولقد نرى كثيرا من النساء يضبطن أكثر من ضبط الرجال لاجتماع خاطر من أكثر من الرجال لكثرة الواردات على خاطر الرجال وشغل بالهم بالمعاش والمعاد تعلة الأمرين في جنس النساء سلمنا انه لنقصان الضبط وزيادة النسيان في جنسهن وان كان بعض فرادهن اضبط من أفراد الرجال لقوله تعالى أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى لكن ذلك أخير لضم الأخرى إليها فلم يبق إلا الشبهة فلم تقبل فيما يندرئ بالشبهات ونزه الحقوق ثبت مع الشبهات وإما عدد تقبول الأربع فعلى خلاف القياس وكأنه كيلا يكثر وجبن **قوله** وتقبل في الولادة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة مسلمة عدلة حرة أو أمة وبه قال أحمد وشرط الشافعي أربعا ومالك ثنتين لأن كل ثنتين تقوم مقام رجل ولمالك ان المعتبر في الشهادة امران العدد والذكر وقد سقط اعتبار الذكورة فبقي العدد ولنا ما روى محمد بن الحسن في أول باب شهادات النساء من الأصل عن أبي يوسف عن غالب بن عبيد الله عن مجاهد عن عبيد بن عمير عن عطاء بن أبي رباح وطاؤس قالوا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة القابلة جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه وهذا مرسل يحتج العمل به وجه الاستدلال بهذا الحديث قد ذكرناه غير مرة على أن الذكر لما لم يكن اعتبارا في العدد أو لا عهد في مرتبة خصوصا من مراتب الحج كانت للجنس وهو تنا ولي القليل والكثير فتصح بواحدة والأكثر أحسن فتكلنا لذلك وروى عبد الرزاق أنبأنا ابن جريج عن ابن شهاب عن الزهري قال مضت السنة ان تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن وهذا مرسل جيد عندنا وهو مثل ما ذكره المصنف ورواه ابن أبي شيبة وروى عبد الرزاق أيضا أخبرنا أبو بكر بن عياش عن موسى بن عقبة عن القعقاع عن حكيم عن ابن عمر قال لا تجوز شهادة النساء وحدهن الا على ما لا يطلع عليه الا هن من عورات النساء ومخارج أخرى قال المصنف ثم حكمنا في الولادة شرحناه في الكتاب الطلاق اهـ في باب ثبوت النسب منه وفي المبسوط لو شهد بالولادة رجل فقال فاجلدتها فالتفت نظر إليه القبالي أن لا يعمل ولو قال تعمد النظر لا تقبل وبه قال بعض أصحاب الشافعية وقال بعض مشايخنا ان جاءت مستنكرة النظر تقبل أيضا وبه قال بعض أصحاب الشافعي رحمه الله وأما حكم البكارة فان شهدت انها بكر يؤجل العنين سنة فإذا مضت فقال وصلت إليها وأكذبت نرى النساء فان قلن هي بكر فخير فان اختارت الفرقة فرق للحال وانما فرق بقولهن لأنها تأيدت بمؤيد وهي موافقة الأصل فإن البكارة أصل ولو لم تتأيد شهادتهن بمؤيد اعتبرت في توجيه الخصومة لا في الزام الخصم وكذا في رد المبيع إذا اشترى على شرط البكارة فقال المشتري هي ثيب ترتها النساء فان قلن بكر لزمت المشتري لتأيد شهادتهن بمؤيد وهو الأصل فان قلن ثيب لم تثبت حق الفسخ لان حق الفسخ قوي وشهادتهن ضعيفة ولم تتأيد بمؤيد لكن تثبت حق الخصومة فتتوجه اليمين على البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبضها حلف بالله لقد لبتها وهي بكر فان نكل ردت اليه وان حلف لزم المشتري واما شهادتهن على استهلال الصبي فتقبل في حق الصلوة عليه بالاتفاق وأما في حق الارث فعند أبي حنيفة رحمه الله لا تقبل الا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان الاستهلال صوت يسمع والرجال والنساء فيه سواء كان مما يطلع عليه الرجال بخلاف الولادة فانها انفصال الولد من الام فلا يطلعون عليه وجه قولهما ان صوته يسمع عند الولادة وعند ذلك لا يحضر الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة ولقول الشافعي ومالك وأحمد وهو ابن

قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فإن لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته أما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم ولأن العدالة هي المعينة للصدق لأن من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والأول أصح إلا أن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسألة معروفة وأما لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها بهذه اللفظة ولأن فيها زيادة توكيد فإن قوله أشهد من ألفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة أشد وقوله في ذلك كله إشارة إلى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لأنه شهادة لما فيه من معنى الإلزام حتى يختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والإسلام قال أبو حنيفة رحمه الله يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف ومثل ذلك مروي عن عمر رضي الله عنه ولأن الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية إذ لا وصول إلى القطع إلا في الحدود والقصاص فإنه يسأل عن الشهود لأنه يحتال لإسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولأن الشبهة فيها دارئة وإن طعن الخصم فيهم يسأل عنهم في السر والعلانية لأنه تقابل الظاهران فيسأل طلباً للترجيح وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق لأن القضاء مبناه على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان

قوله ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل وثالث وهو التفسير حتى لو قال شهد مثل شهادته أو مثل شهادته لا تقبل وكذا مثل شهادة صاحبي عند الخصاف للاحتمال أما اشتراط العدالة فلقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم وقال تعالى ممن ترضون من الشهداء ولأن العدالة هي المعينة لجهة الصدق وإن الشهادة أخبار يحتمل الصدق والكذب على السواء بالنظر إلى نفس المفهوم فيه فلذلك لا يلزم كونه صدقاً حتى يعمل به فإن قيل المنكر إليه قد يكون عدلاً فالجواب أنه إنما رجح خبر المدعي فيما تعلق به وتسلم الشهادة عن المعارض أو يترجح أخبار المدعي بالشهادة وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان وجيهاً في الناس كتوجيه السلطان والمكثر وغيرهم تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لشهادة الزور لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والأول أصح لأنه لأن الأصل في مقابلة النص فلا يقبل إلا أن القاضي إن قضى بشهادته ابتغى ينفذ عندنا ويكون القاضي عاصياً وأما اشتراط لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها أي في النصوص بهذه اللفظة قال تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم وأشهدوا إذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين من رجالكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وأقيموا الشهادة لله وقال عليه السلام إذا رأيت مثل الشمس فاشهد وحاصل هذا أن النصوص وردت بلفظة الشهادة فإن قيل غاية ما وردت بلفظة الشهادة وذلك لا يوجب على الشاهد لفظة الشهادة كما لو قال في التكبير فإنه ورد من السنة في تكبير الافتتاح إلا بلفظ التكبير لقوله صلى الله عليه وسلم تحريمها التكبير ولم يشترط كذلك لفظ التكبير عند أبي حنيفة من الزم في الشهادة قلنا الفرق معنوي وهو أن لفظة الشهادة أقوى في إفادة تأكيد متعلقها من غيرها من الألفاظ كعلم وأتيقن لما فيها من اقتضاء معنى المشاهدة والمعاينة التي مرجعها الحس لأنها من ألفاظ الحلف فالامتناع مع ذكرها عن الكذب أظهر وقد تقدم الأمر بلفظها في قوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عليه الصلاة والسلام إذا رأيت مثل الشمس فاشهد فلزم لذلك لفظ الشهادة بخلاف التكبير فإنه للتعظيم وليس لفظ أكبر أبلغ من أجل وأعظم فكانت الألفاظ سواء فلم تثبت خصوصية توجب تعيين لفظة أكبر وقوله في ذلك كله أي في المراتب الأربعة كاشتراط العدالة ولفظ الشهادة في شهادة النساء وغيرها وقوله هو الصحيح احتراز عما قال العراقيون من عدم اشتراط لفظ الشهادة لا شاهد كالشهادة على هلال رمضان ووجه الظاهر وهو قول سائر الناس ومنهم مشايخ المذهب من البخاريين والبلخيين وغيرهم ما ذكرنا من النصوص مع وجه إفادة اشتراطها بخلاف رمضان فإن اللازم فيه ليس الشهادة بل الإخبار ذكره في الخلاصة في كتاب الشهادات لو أخبر عدل للقاضي بمجيء رمضان تقبل ويأمر الناس بالصوم يعني في يوم الغيم ولا يشترط لفظة الشهادة وشرائط القضاء أما في العيد فيشترط لأنه يدخل تحت الحكم لأنه من حقوق العباد انتهى ولهذا احتاجوا إلى الحيلة في إثبات الرمضانية قالوا أن يدعي عند القاضي وكالة معلقة بدخول رمضان يقبض دين فيقر بالدين وينكر دخول رمضان فيشهد الشهود بذلك فيقضي بالمال فيثبت مجيء رمضان أي إثبات مجيء رمضان لا يدخل تحت الحكم واتفق الكل على اشتراط الحرية والبلوغ والعقل والإسلام في الشهادة على المسلم وإلا فالذمي يجوز أن يشهد على مثله عندنا **قوله** قال أبو حنيفة يعني لما اتفق الأئمة الأربعة على وجوب العدالة قال أبو حنيفة يقتصر الحاكم على عدالة المسلم لأن كل مسلم ظاهر حاله من التزام الإسلام التزام الاجتناب عن محظوره فيقبل كل مسلم بناء على أنه عدل وقال صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف رواه ابن أبي شيبة

ة التزكية في السر سعيا ليسوى الى العدل فيها النفس الحر العدل والصلح ويردها العدل وكل ذلك في السر كيلا يظهر فيفتضح او ينصد وفي العلانية يكتفي بالعدل والشاهد يكتفي بشبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية حدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء في السر في زمانا لقرائن الفتنة ويروى عن محمد رح تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لابد ان يقول العدل هو حر عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل ويقبل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا ح **قال** وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قال عليه عن ابي يوسف رح معناه انه يبقى تزكيته لكن عند محمد رح بضم تزكية الآخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في عدالة ومنهوده ان الكلام في اكمال نصاب الشهادة فلا يصلح معارضا لدعوى عدم الكمال اذ الاصل عدم الكمال ولان الاصل عدم العدالة فتعارضا الى

رمصنفه من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ومثل ذلك عن عمر رض قال في كتابه الذي كتبه لابي موسى الاشعري وقد سنا بعضه وفيه المسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في قذف او مجربا في شهادة زور او ظنينا في ولاء او قرابة رواه الدارقطني من طريق فيه عبد العزيز بن حبيب وهو ضعيف ومن طريق آخر حسنه اخرجه البيهقي من طريق غير الطريق الذي ذكره فاذا كان الثابت ظاهرا هي العدالة اكتفى بها او القطع لا يحصل ولو مع الاستقصاء لعدم زيادة قوة الظن ولا سبب لطلب الزيادة لا بدليل ولم يوجد ولهذا لم يكن السلف يسألون قبل هذا ول من سأل ابن شبرمة بخلاف الحدود والقصاص لانه وجد فيها دليل طلب الزيادة فتسأل على ما عرف انتهى لا لان ربما يظهر عن التزكية فيندرئ الحد وهو مطلوب وادعى ان الظاهر انما يكفي للدفع والشهادة توجب الاستحقاق وأجيب بان الظاهر يصلح للشهادة كالقطع لما لم يكن الوصول الى القطع ولا بالتزكية وأحق ان الظاهر يوجب الاستحقاق والمراد بالظاهر الذي لم يثبت به الاستحقاق هو الاستصحاب واما اذا طعن الخصم فقد تقابل ظاهران فيسأل فقال ابو يوسف رح لا بد ان يسأل عنهم طعن الخصم او لا لتحقق في سائر الحقوق في السر والعلانية وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك من كان مشهورا بالعدالة لا يسأل عنه ومن عرف جرحه ردت شهادته وانما تسأل او يشك انما قلنا لا بد من السؤال مطلقا لان القضاء يبتنى على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد ان تثبت عندهم العدالة وذلك لا يتحقق بمجرد الدعوى ودليل ابي حنيفة على ذلك كونه مطلقا بان ثبت العدالة لم يخالف فيه ابو حنيفة ولكن بقبول طريق الثبوت هو البناء على ظاهر عدالة المسلم خصوصا مع ما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة والسلف وفي ذلك الفتوى على قولهما لاختلاف حال الزمان ولذلك قالوا اذا اختلف خلاف زمان لا حجة وبرهان وذلك لان الغالب في زمان ابي حنيفة الصلاح بخلاف زماننا وقيل انه افتى في القرن الثالث وهو المشهود لهم بالصلاح منه صلى الله عليه وسلم حيث قال خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم وبها افتيا في القرن الرابع فقط فان ابا حنيفة توفي في عام خمسين ومائة بخلاف التي في القرن الثالث وقوله خير القرون الى آخره اثبات الخيرية بالتدريج والتفاوت لا يستلزم ان يكون في الزمان المتأخر غلبة الفسق والظاهر الذي ثبت الغالب اقوى من الظاهر الذي ثبت بظاهر حال الاسلام وتحقيقه لما قلنا بغلبة الفسق فقد قلنا بان كثيرا من التزم الاسلام لم يكتسب بعد سمة طريق مجرد التزام الاسلام سنة العدالة فكان الظاهر الثابت بالدار ملاصقا لحق **قرع** لو تاب الفاسق لا تقبل بشهادته حتى تمضي ستة اشهر وقال بعضهم سنة ولو كان عدلا فشهد بالزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة **قوله** ثم التزكية في السر سعي الى آخره الورقة التي تكتب فيها القاضي اسماء الشهود وكسبهم وحلالهم والمصلى اي مسجد محلتهم ومعنى ان لا يخبر بالاسماء لاحد لئلا يرجع بالملام لانا نعلم من يعرف في هذه الاوصاف فيكتب اليهم فيسأل هم اهل محلة وسوقهم ومن يعرفهم ويكون الرسول صاحب خبرة بالناس لئلا يعلم المستزكى عنهم فان هذا الامر لا يعرف الا بالممارسة والمداخلة فان لم يجد الا اهل محلتهم فان وجدهم غير ثقات ليعتبر تواتر الاخبار عن ابن سماعة عن ابي حنيفة يجوز في تزكية السر المرأة والعبد المحدود اذا كانوا عدولا ولا يجوز في تزكية العلانية الا من تجوز شهادته فيشترط فيها ما اشترط فيها الا لفظة الشهادة فقط لان تزكية السر من الاخبار بالامور الدينية وكل من هو لا تقبل خبره في الامر الديني اذا كان عدلا كما تقبل رواية الاخبار فاذا قال المسؤول عنه هو عدل كتب المزكي هو عدل مرضي مقبول جائز الشهادة والا يكتب هو غير عدل ولم يقل مرضيا فان عمر رض كتب تحت اسمه ذلك بل يمسك احتراز عن الكذب ويقول والله اعلم اذ يمكن ان يقتضي القاضي بشهادة

قال واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز ولاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد منهذا الخلاف رسول القاضي المزكي والمترجم عن الشاهد لان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة وهي بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط في المزكي والحدود والقصاص لما انه يجري فيها الشهادة وهذا لان الشرط فيه لفظ الشهادة في مجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكية تزكية السر حتى يصلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قال الخصاف رحمه الله لاتصافهما بمجلس القضاء قالوا ليشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه

فيصرح حينئذ بذلك ومن لا يعرفه لا بالعدالة ولا بالفسق يكتب مستورا ثم يرد المسئلة مع امين القاضي اليه كل ذلك ليظهر فيجمع المزكي او يقصد بالاذى واما العلانية فلا بد ان يجمع بين الشاهد والعدل حتى تنتفي شبهة تعديل العدل لغير هذا الشاهد السئول عنه القاضي اذ قد يتفق اسم وشهرة وصفة لاثنين وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول لانهم كان يغلب عليهم الصبر لحق ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا لغلبة النفوس فيه فتوجب الفتنة وقد روي عن محمد انه قال تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول العدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يكون عدلا وهو غير جائز الشهادة وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهو من اهلها فلا تلزم تلك الزيادة وهذا اصح لما ذكرنا من ان الظاهر الحرية نظرا الى الدار فيكتفي به مالم يطعن الخصم بالرق ثم قال ابو حنيفة تفريعا على قول من رأى انه يسأل عن الشهود بالطعن لا يقبل قول الخصم يعني المدعى عليه اذا قال شهود المدعي هم عدول فلا تقع بالتزكية لان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم يعني المدعى عليه اذا قال في شهود المدعي هم عدول فلا تقع بالتزكية لان في زعم المدعي في شهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اضراره فلا يصلح معدلا لان العدالة بشرط في المزكي في الاجماع وعن ابي يوسف ومحمد يجوز قوله ذلك تعديلا لكن عند محمد يضم تزكية اخرى تليه اي تزكية الخصم لان العدد عند محمد في المزكي بشرط وموضوع المسئلة ان يقول هم عدول الا انهم اخطاوا او نسوا اما لو قال صدقوا وهم عدول ومسلمون وسمعي بهم وقد اعترف بالحق وانقطع النزاع وعن محمد فيما اذا قال هم عدول فالقاضي يسأل المدعي عليه اشهدوا عليك بحق ام باطل فان قال بحق فهو اقرار وان قال بالخيار لا يقضي حتى فرع اذا شهد فعدل ثم شهد لا يستعدل الا اذا طال توقف محمد شهرا او ابو يوسف ستة ثم رجع وقال ستة اشهر قوله وهذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد من رسول القاضي المزكي وهو المسؤل عنه عن الشهود فيجب ان يقرأ قوله الذي يسأل عن الشهود بالبناء للمفعول والحاصل ينبغي في التزكية الواحد وكذا في الرسالة اليه والرسالة منه الى القاضي وكذا في الترجمة عن الشاهد وغيره عند ابي حنيفة وابي يوسف وبه قال مالك واحمد في رواية وعند محمد لا بد من اثنين وبه قال الشافعي واحمد في رواية محمد ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتنى على ظهور العدالة وهي بالتزكية فتوقفت عليها فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة وكذا الشرائط المذكورة في المزكي في العدد وكما اشترطت في الشهادة عليها ولهما انه ليس في معنى الشهادة والتوقف لا يستلزم اشتراك توقف عليه في كل حكم لما كان في معنى الشهادة وعليها طهارة الماء لا تثبت بشهادة ولا تثبت بها الحقوق بخلاف الشهادة وما لا فلا يلزم والتزكية لا يستند اليها ثبوت الحق بل الى الشهادة فلما كانت التزكية شرطا لا علة ولهذا وقع التفرقة بينها وبين الشهادة بالاجماع في عدم اشتراط لفظ الشهادة في التزكية فلا يلزم من اشتراط العدد في الشهادة اشتراطهما في التزكية على ان التعدية يكون بجامع يعلم اعتباره واشتراط العدد في الشهادة امر تحكمي في الشهادة فيبقى تعبدي وفي المبسوط هو بخلاف القياس وبهذا زيادة على كونه تعبديا بادئ في القياس يكفي الواحد العدل لان خبره موجب العمل للعلم اليقين وكما لا تثبت العلم بخبر الواحد لا تثبت بخبر الاثنين فلا يتعداها اي لا يتعدى الشهادة الى التزكية فهذا الخلاف في تزكية السر فاما تزكية العلانية فيشترط العدد بالاجماع على ما ذكره الخصاف مع ان الوجه المذكور يجري فيه وقدمنا انه ربما شبهته لها بالشهادة من حيث اشتراط مجلس القضا لهما اتفاقا ولما ظهر من محمد اعتبار التزكية بالشهادة في حق العدد قال المشائخ فيجب عنده اشتراط اربعة من المزكين في شهود الزنا والله اعلم

كذا لو توقفت

فصل وما يحتمل الشاهد على ضربين احدهما ما ثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاجارة والنصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد أو رآه وسعه ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا ومن كتم شهادة آثم قلبه والنبي صلى الله عليه وآله وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع **قال** ويقول اشهد انه باع لانه لا يقول اشهد اني لانه كذب لو سمع من وراء الحجاب لا يسعه ان يشهد ولو فسر الفاسق لا يقبل لان التوبة لتنقية الذمة فلم يحصل العلم وان كان خلف البيت فسمع اصوات القوم عرف الاصوات بأعيانها وسعه ان يشهد لانه حصل العلم وهو الصوت وهذا عند ما ثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع هذا يشهد على شهادته لان الشهادة على الشهادة ثبت حكمها بنفسها وان لم يعرف الصوت لم يسعه ان يشهد لانه لا يعلم ما عليه الشهادة وانما حمل على غيره

فصل يتعلق بكيفية الاداء وشروطه **قوله** وما يحتمله الشاهد على قسمين احدهما ما ثبت حكمه بنفسه كأن يكون هو تمام السبب لذلك الحكم قولا كان مثل البيع والطلاق والاقرار وحكم الحاكم او فعلا كالغصب والقتل فاذا سمع الشاهد القول كان سمع قاضيا يشهد جماعة على حكمه او رأى الفعل كالقتل والغصب وسعه ان يشهد بذلك فيقول اشهد انه باع اشهد انه قضى فلو كان البيع بيع موطاة فمن الذخيرة يشهدون على الانفاذ الاصطلاحي وقيل يشهدون بالبيع كالقول ولا يقول اشهد لي لانه كذب وانما جاز الاداء بالشهادة لانه علم الموجب بنفسه وهو اي على الموجب وهو ركن المسوغ للاداء والشهادة لانه لا حقيقة لمسوغ الاداء سواه وقوله في اطلاقه يعني مطلق الاداء واستدل على تسويغ الشرع للاداء في ذلك بقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون فافاد ان من شهد عالما بالحق كان محمودا فلزم ان ذلك مطلق شرعا والا لم يكن محمودا وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد فامر بالشهادة عند العلم بقيامه فمن ذلك انه جواب ابي حنيفة حيث قال انه لا يشهد على بيع سمعه من وراء حجاب حتى يعرفه الخ وقال بعضهم انه يجعل بحيث يراه لكن على كذا وغيره ذلك حيل لا يجب ان يشهد عليه بذلك وفي الخلاصة اشترى عبدا واداعى على البائع عيبا به فلم تثبت فابا عند من رجل فادعى المشتري على الثاني هذا العيب فانكر فالذي سمعوا منه هل لهم ان يشهدوا على العيب في الحال واكثر مشايخنا رحمهم الله قالوا نعم وهو الاحوط رواه الحاكم في المستدرك والبيهقي في المعرفة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما ان رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال ترى الشمس قال نعم قال على مثلها فاشهد والا فدع وصححه الحاكم وتعقبه الذهبي بان محمد بن سليمان بن مشمول ضعفه غير واحد انتهى والمعلوم ان النسائي ضعفه ووافقه ابن عدي وفي الصباح المذكور ما يفيد انه مختلف فيه ولو سمع من وراء حجاب كذا في الايضاح من وراء لا يجوز له ان يشهد ولو شهد وفسره القاضي بان قال سمعته باع ولم ار شخصه حين لم يعلم لانه بالاذن يعد انتهى اقول ويمكن ان يحمل ذلك على ما اذا لم يعلم ان ذلك لان المسوغ هو العلم غير ان رؤيته متكلما بالقصد طريق العلم به فاذا فرض تحقق طريق آخر جاز وذلك بان يكون وضع البيت فراشه فيه وعلم انه ليس به احد غيره ولا سيما في غير الباب وهو قد جلس وسمع الاقرار والبيع فانه يجوز له الشهادة عليه بما سمع لانه حصل به العلم في هذه الصورة ونحوه ما في الاقضية ادعى على ورثته مالا فقال لا نشهد ان فلانا المتوفى قبض من المدعى صرة فيها دراهم ودنانير انها ان فيها قدرها وانها دراهم وان كلها جياد وما يقع عليه يقينها بذلك فاذا شهدا به جاز وفي الفتاوى اذا اقرت امرأة من وراء حجاب لا يجوز لمن سمع ان يشهد على اقرارها الا اذا رأى شخصها فحينئذ يجوز العمل في هذه المسئلة ووضعها في الخلاصة وغيرها كهذا الشهادة على امرأة سئل ابن محمد بن الحسن ابا سليمان عنها قال لا يجوز حتى يشهد جماعة انها فلانة اما عند ابي يوسف وعند ابيك فيجوز اذا شهد عنده عدلان انها فلانة وهل يشترط رؤية وجهها اختلف المشايخ فيه منهم من لم يشترط والية مال الامام خواهر زاده وفي النوازل قال يشترط رؤية وجهها وشخصها وفي الجامع الاصغر رؤية وجهها وانت تعلم انه لا بد من معرفة تفيد التمييز عند الاداء عليها فاذا ثبت ان التعريف يفيد التمييز لم يلزم ما ذكره في رؤية وجهها ولا شخصها كما اختاره شيخ الاسلام خواهر زاده والا فلو لم يوجد من يعرفها الا بعد ما يجري الحلاف لم يكن في الوقعة حيلة ان لا يشهد من جماعة ويوافقه ما في المنتقى تحمل الشهادة على امرأة فاتت وشهد عنده ان المقرة فلانة جاز ان يشهد عليها اذا علم انها فلانة في احد قولهم وفي قول اذا رآها وسمع كلامها وهي حاضرة فقال القاضي اقر فلانة فلا لا تقبل شهادتهما ولو قال اشهد على اقرار فلانة بعد ما علم انها فلانة بالاستفاضة او بخبر من يثق به جاز ان الفضائية ولو قال اشهد ان فلانة اقرت عندي انها حرة لا صحت الشهادة وكذا لو قال اشهد ان فلانة اقرت عندي انها فلانة بنت فلان الفلاني ولو قال اشهد ان فلانة اقرت عندي انها حرة لا يثبت

قال ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه او خاتمه ان يشهد الا اذا تذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة وعندهما يحل لان يشهد قيل هذا بالاتفاق واما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه او قمطره لان ما يكون عن تصفح وتحت خفية يزيد على ما يكون عن تصفح وتحت خفية من الزيادة والتفصيل يحصل به العلم بل الذي لا يكاد يزول العلم الحاصل بالمشاهدة في الشهادة اذا تذكر طول الزمان وكثرة الشهادات وتشابه الخطوط

حكم بنفسه وهو الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز ان يشهد على شهادته الا ان يشهد ذلك الشاهد على شهادة نفسه لان الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولهذا لو سمعه يشهد شاهدا على شهادته لم يسع السامع ان يشهد لانه لم يحمله وانما حمل غيره وهذا الاطلاق يقتضي انه لو سمعه يشهد في مجلس القاضي حل له ان يشهد على شهادته لانها ملزمة **فروع** كتب الى آخر رسالة من فلان الى فلان كنت تقاضاني الالف التي لك علي وكنت قضيتك منها خمسمائة وبقي على خمسمائة او كتب الى زوجته قد بلغني كتابك تسألني الطلاق فانت طالق طلقت ساعة كتب وينبغي لمن علم ذلك ان يشهد بالمال والطلاق وهي شهادة حق بخلاف ما لو كتبت صك وصية وقال اشهدوا علي بما فيه ولم يقرأه عليهم يدل عدم اقراره عليهم انه لا يجوز لهم ان يشهدوا عليه وقيل لهم ذلك والصحيح الاول وانما يحل لهم ان يشهدوا اذا قرأه اقراره عليهم او اراده يكتب وهم يقرؤونه او كتبه غيره ثم قرأه عليه بحضرة الشهود فقال لهم اشهدوا علي بما فيه لو قرأه عليه فقال لا اشهد حتى اشهد عليك ما فيه فهو كما لو اسمعهم بالاملاق فهو باطل الا في الاخرس ومثله ما اذا وضع اليهم صحيفة فقال هذه وصيتي وختمي فاشهدوا علي بما فيه لا يجوز ان يشهدوا بما فيه من ابي يوسف اذا كتب بحضرة الشهود واودعه الشاهد فلم يعرف الشاهد ما فيه وامره ان يشهد بما فيه وسعه ان يشهد لانه اذا كان في يده كان معصوما من التبديل واعلم انه يجوز لهم ان يشهدوا في المسئلة السابقة بما اذا كان الكتاب على الرسم المعروف بان كان على ورقة وعنوان كما هو الحاق في الكتابة الى الغائب واذا شهد على ذلك التقدير فقال لم اوار الاقرار والطلاق لا بد بينه القاضي ويرين فيما بينه وبين الله تعالى اما لو راه كتب ذكر حق على نفسه لرجل لا على ذلك الوجه ولم يشهدهم به لا يحل ان يشهد بالدين بجواز كونه للتجربة بخلاف الكتابة المرسومة وبخلاف خط السمسار والصراف لانه حجة للعرف الجاري به على ما يأتي ان شاء الله تعالى في كتاب الاقرار **قوله** ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر شهادته التي صدرت فيه فان لم يتذكر وجزم انه خطه لا يشهد لان هذا الجزم ليس بجزم بل بتخيل الجزم لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم بكذا ذكره القدوري ولم يذكر خلافا هو ولا في شرحه الاقطع وكذا الخصاف ذكر هاني ادب القاضي ولم يحك خلافا ولما حكى الخلاف الفقيه ابو الليث وغيره كشمس الائمة قال المعتمد هذا على قول ابي حنيفة وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق يعني عدم جواز الشهادة اذا رأى ولم يتذكر وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه يعني رأى في ديوانه شهادة شهود ادبت عنده ولم يتحمل بها حكم ثم جاء المشهود له وطلب حكم القاضي والقاضي لا يتذكر انه شهد عنده بذلك لم يجز ان يحكم عنده وبه قال الشافعي في رواية عن احمد وعند ابي يوسف ومحمد اذا وجده في قمطره تحت خاتمه يجوز ان يقضي به وبه قال مالك واحمد في رواية وكذا اذا رأى صحيفة اي رأى حكمه مكتوبا في خريطته وهي القمطرة ولم يتذكر انه حكم فهو على هذا الخلاف فتحصل ان المعر حكى الخلاف قولين واحدا بعينه وبينها وشمس الائمة في ادب القاضي من المبسوط حكى الخلاف كذلك في واحد ان صحيفة الحكم دامت في شهادة الشاهد بعيدها في صك وعلم انه خطه ولم يتذكر الحادثة وفي الحديث يجده مكتوبا بخطه وجد عامكتوبا بخط غيره وبخط معروف فعلى خلاف ذلك وقد مر في الفصول الثلاثة في شهود القاضي الشهادة عنده او حكمه وجدان الشاهد خطه والراوي في الحديث قال عمر اخذ في الفصول الثلاثة بالرخصة تيسيرا وقال اعتمد الخط اذا كان معروفا وابو يوسف في مسئلة القضاء والرواية اخذ بالرخصة لان المكتوب كان في يده او يده وفي مسئلة الشهادة اخذ بالعزيمة لاحتمال ان كان في يد غيره غلط الشاهد بالتغير فلا يعتمد خطه وحاصل وجه غير ابي حنيفة في صورة خلافهم ان وضع الخط اليه يجري مجرى النسيان وهو غلط فاحشه وهو يمنع حصر الفائدة في ذلك بل صح ان تكون فائدته ان يتذكر به عند النسيان الا ترى انه اذا كان محفوظا ما موثوقا عليه من

قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول ولاية القاضي فانه يسعه فيهن الاعتماد على السماع ممن يثق به وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من الشهود وذلك بالمعاينة ولهم ان هذه الامور تحضر بمعاينة اسبابها حواس والناس يتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع لوقع الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسعه الكل واعلم انه لما جاز ان يشهد بالاستفاضة وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب وشرط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له في غلبة الظن بكثرة المخبرين وقيل في الموت يكتفي باخبار واحد وواحدة لانه قلما يشاهد حالة غيره لواحد فالانسان يحابيه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد دفع الحرج ولا كذلك النسب والنكاح

التغيير كان يكون تحت ختم في خريطة محفوظة عنده وان يترجح العمل بها بخلاف ما اذا كان عند غيره لان الخط يشبه الخط وربما كثيرا تتحاكى الخطوط حتى ان ربات بيلدة الاسكندرية تخط رجل من اهل العلم يعرف بالقاضي بدر الدين الدماميني رحمه الله كان فقيها مالكيا شاعرا اديبا فصيحا وخطه اخوه ما شاهد يعرف بالخطين لا يفرق الانسان بين خطيهما اصلا ودماميني بالنون بلدة بالصعيد ولقد اخبرني الثقة بصلاحه وغيره انه شاهد رجلا كان بعيدا في الصلاحية بالقدس الشريف وضع رسم شهادة في صك فاخذ من يحاسبه عدوا فكتب بجل شكله ثم عرضه على ذلك الكاتب فلم يشك انه خطه وبهذا قول ابي يوسف ويقتضي انه لو كان الصك في يد الشاهد تركه الطالب في يده من كتبه جاز ان يشهد اذا عرف خطه علما يقينا لحادثة وبهذا اجاب محمد بن مقاتل حين كتب اليه نصير بن يحيى عن نسي شهادته ووجد خطه وعرف بل يسعه ان يشهد قال اذا كان الخط في حرزه يسعه ان يشهد وقال في المجرد قال ابو حنيفة لو شهدوا على صك قالوا نعرف ان هذا خطنا وخواتيمنا لكن لا نذكره لم يكن للقاضي ان ينفذ شيئا من ذلك فان انفذه قاض غيره ثم اختصموا فيه انفذه لان هذا مما يختلف فيه القضاة وهذا يفيد انه لو ذكر للقاضي اني اشهد من غير تذكر للحادثة بل بالمعرفة خطي لا يقبل فانه لم يحك خلافا فاذا لو نسي قضاءه ولا سجل عنده فشهد عنده شاهدان انك قضيت بكذا لمدعا على هذا فان تذكر امضاءه وان لم يتذكر فلا اشكال عند ابي حنيفة لا يقضي بذلك لابي يوسف كذلك وعند محمد يعتمد ويقضي به وهو قول احمد وابن ابي ليلى وعلى هذا لو سمع من غيره حديثا ثم نسي الاصل رواية للفرع ثم سمع الفرع روايته عنه عند ابي حنيفة وابي يوسف لا يعمل به وعند محمد يعمل به ومن ذلك المسائل التي رواها محمد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ونسيها ابو يوسف وهي ست فكان ابو يوسف لا يعتمد رواية محمد لها عنه ومحمد كان لا يدع رواية ما عنده كذا قالوا وبهذا علم ان ما تصحيح المسائل ليست اشكال لان ما ذكر عنده ذكرهم لهذه المسائل ان ابا يوسف انكر وقال ما رويت لك عن ابي حنيفة ذلك على ما صرح به في الهداية فيما اذا صلى اربعا وترك القراءة في احدى الاوليين وفي احد الاخريين انه يلزمه قضاء اربع فقال ابو يوسف ما رويت لك الا ركعتين وهذه الصورة ليست من صور نسيان الاصل رواية الفرع بل من صور تكذيب الاصل رواية الفرع عنكما يعرف في الاصول والاخلاف مستقصى في محله بين المحدثين والاصوليين ان رواية الفرع ترد في ذلك بخلاف ما اذا نسي الاصل ولم يجزم بالانكار فلا ينبغي اعتبار قول محمد نعم لو صح اعتبار ما ذكره عنه تخريجا على اصول ابي حنيفة وح يمكن **قوله** ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه اي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين او السماع الا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الامور اذا اخبره بها من يثق به من رجلين عدلين او رجل وامرأتين ويشترط كون الاخبار بلفظ الشهادة وفي الموت اذا افاد يكفي الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق او تواترا لغير ذلك وقيل في الموت يكتفي باخبار واحد عدل او واحد قد لته وهو المختار بخلاف ما سواه لانه قل ما يشاهد حاله عند الموت الا واحد لان الانسان يحابيه ويكرهه فاذا رآه واحد عدل وليعلم ان القاضي لا يقضي بذلك وهو عدل الخبر غيره ثم يشهد ان بموته ولا بد ان يذكر ذلك المخبر انه شهد موته او جنازته او دفنه حتى يشهد الآخر معه وكذا لو جاء خبر موت رجل وضع البلد ما يضع بالموتى لم يسع لاحد ان يشهد بموته الا ان يشهد بموته او سمع ممن شهد ذلك ذكره في الفتاوى والاكتفاء باثنين نقل عن ابي يوسف ومن ابي حنيفة رحمه الله لا يشهد حتى يسمع عن جماعة وقال الخصاف في الكل حتى يسمع من العامة ويتتابع الاخبار ويقع في قلبه تصديق ذلك من غير تفصيل وفي الفصول عن شهادات المحيط في النسب ان يسمع انه فلان بن فلان من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب عند ابي حنيفة وعندهما اذا اخبره عدلان انه ابن فلان تحل الشهادة وابو بكر الاسكاف

وينبغي ان يطلق اداء الشهادة ولا يفتي بما اذا افتى القاضي انه يشهد بالتسامع حيث قبل شهادته ان كان معاينة لما بيناه في كلام ابي حنيفة ثم اذا افتى لا تقبل لكن اذا هذا دكن فلو رآى فلانا جلس مجلس القضاء ودخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رآى رجلا امرأة ويسكن بيتا ويبسط كل ذلك بسط الازواج بها اذا رأى ويأتي بيوتها ويدخل عليها حل له ان يشهد انه تزوجها ولو سمع اقرارهما بالنكاح لا يحل له ان يشهد حتى يشتهر عنده

كان ينبغي ان يقولها وهو اختيار النسفي في الكافي لم يشترط المعاينة وقول الى آخره ان يسمع من الناس انها زوجته وكذا القضاء ذكره وغيره وهو اقوى ثم قول احمد كقولنا فيما سوى الدخول وقول للشافعي ورواية عن مالك والمعتمد لا يحل خلافا بل حمل قياسا واستحسانا فالقياس عدم الجواز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة فان الاشتقاق تناظر الصيغتين بمعنى واحد بعد اشتراكهما في الحروف الاصول والمشاهدة رؤية يقينية يعني القطع فلا يجوز كما في البيع ونحوه كما لو سمع بالاستفاضة انه باع لم تجز الشهادة عليه بالبيع وكذا غيره وبعد الاستحسان ان العادة جارية بذلك وذلك سبب لنا طريقا الى معرفة هذه الاشياء سوى الخبر اذا لم تجز العادة بحضور الناس الولادة وانما يرون الولد مع امه او مرضعة وغيبوبته الى الزوج فيقولون هو ابن فلان وكذا عند الموت لا يحضر غالبا الا الاقارب فاذا رووا الجنازة والدفن حكموا بموت فلان وكذا النكاح لا يحضره كل احد وانما يخبر بعضهم بعضا ان فلانا تزوج فلانة وكذا الدخول لا يعلم الا بالمارات فان الولد لا يشاهد وكذا ولاية السلطان للقاضي لا يحضرها الا الخواص وانما يحضرون جلوسه وتصديره للاحكام واذا كانت العادة ان علم هذه الاشياء غالبا لا يكون الا لبعض افراد وان الناس يعتمدون فيها على الخبر كان الخبر مسوغا للشهادة والاضاعت حقوق عظيمة تبتنى على امر الاعصار كالنسب والنكاح والارث والموت ويترتب عليها امور كثيرة مثل العدة والاحصان وكمال المهر في الدخول والى هذا ذهب الاجماع على وجوب الشهادة بان عائشة رضي الله عنها بنت ابي بكر رضي الله عنه زوجة النبي صلى الله عليه وسلم وانه دخل بها وان عليا رضي الله عنه ابن ابي طالب وعمر بن الخطاب وان شهرتها كان قاضيا وان ابا بكر وعمر وعثمان وعليا رضي الله عنهم ماتوا وان لم تعاين شيئا من ذلك وحكى في الخلاصة عن علي الدين في الدخول لا تجوز الشهادة فيه بالتسامع فلو اراد ان يثبت الدخول تثبت الخلوة الصحيحة ونص الخصاف على انه يجوز بالتسامع لانه اشتهر بخلاف الزنا فاحشة تستر قوله وينبغي ان يطلق اداء الشهادة لانه ابنه او ابيه او قاض اما اذا فسر القاضي انه شهد عن تسامع بين الناس لم تقبل شهادته كما انه اذا شهد بالملك لمعاينة اليد حل له ولو فسر فقال لاني رأيتها في يده في وقت من الاوقات لا تقبل وفي الفوائد الظهيرية شهدا على النكاح والنسب فسرا وقالا سمعنا ذلك من قوم لا يتصور اجتماعهم على الكذب لا تقبل وقيل تقبل وقال صاحب العدة لو قالا اخبرنا بذلك من يوثق تقبل وجعله الاصح واختاره الخصاف في فصول الاستروشني لو شهدا على النكاح فسألهما هل كنتما حاضرين فقالا لا تقبل شهادتهما لانه يحل لهما الشهادة بالتسامع فقيل لا تقبل كما قالا لم يعاينا ولو شهدا وقالا سمعنا لا تقبل فكذا اذا قالا شهدنا انهما دفناه او قالا شهدنا جنازته تقبل ولو شهد بالموت واحد وآخر بالحيوة يأخذ امرأته بشهادة الموت لانها تثبت العارض ذكره شمس الدين في فتاواه وفي الخلاصة لو اخبر رجلان او امرأتان بموته وامتنان بحيوته ان كان الخبر بالموت عدلا ولم يشهدا انه عاين موته او جنازته وسعها ان تتزوج بعد انقضاء عدتها ثم قال بذا اذا لم يورخا فان ارخا وتاريخ شاهد الحيوة بعد تاريخ شاهد الموت فشهادة شاهد الحيوة اولى وكذا بمثله انتهى واطلق في وصايا عصام الدين فقال شهدان في وجمادات او قتل واخران على الحيوة فالموت اولى وفي فتاوى الفضلي شهد عندها عدلان في وجمادات او قتل وارتدوا اليها ذبالله بل لها ان تتزوج فيه روايتان في السير لا يجوز وفي الاستحسان يجوز ومن فروع التسامع في فتاوى النسفي قال رجل لامرأة سمعت ان زوجك مات لها ان تتزوج ان كان المخبر عدلا فان تزوجت ثم اخبرها جماعة انه حي ان صدقت الاول يصح النكاح وفي المنتقى لم يشترط تصديقها بل شرط عدالة المخبر فقط وقد يقال ان هذا خلاف ما تقدم وقد يفرق بان ذلك في حل اقدامها وعدمه وهذا بعد ان تزوجت واستقبلها الزوج

ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء الخمسة يعني اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف انه يجوز في الولاء ايضا لانه بمنزلة النسب لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب انه يجوز في الوقف ايضا لانه لا يبقى الا بالشهود ولا ترفيه من المعاينة فكان بمنزلة ما يبقى عليه واما الوقف فالصحيح انه يقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر قال من كان في يده شيء او عبد او امة وادعى رجل ان شهدوا انه لهذا والبينة تقضي على ذي اليد لان الملك اذا ترجح بالاقدام في الاسباب كلها كما يجيء في بابه عن ابي يوسف انه يشترط مع هذا ان يقول في بينته لهذا ولا يحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق ما هو كذا في الرواية فيكون شرطا على الاطلاق وقال الشافعي رحمه الله بينة ذي اليد اولى لان الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا لان اليد متنوعة الى امانة وملك فتناول التصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة

الثاني فلما شهد الشيء بالشيء يذكر اذا اخبر به واحد عدل او شهد عند وليهما بان زوجها طلقها او مات عنها وقع في قلبهما صدقه لهما ان تعتد وتتزوج وذكر رشيد الدين انما يجوز الشهادة بالتسامع على الموت اذا كان الرجل سفرا فبان كان عالما او من العمال اما اذا كان تاجرا او من يوصله لا يجوز الا بالمعاينة **قوله** ثم قصر الاستثناء في الكتاب اي استثنا القدوري حيث قال الا في المنسوب الى آخر الاشياء الخمسة يعني اعتبار التسامع في الولاء والوقف فلا تجوز الشهادة بالتسامع فيهما وعن ابي يوسف تجوز في الولاء بالتسامع رجع اليه وكان اولا يقول كقول ابي حنيفة ومحمد لا يجوز الا ان ليسهما المعتق ثم رجع الى انه يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب وفي النسب يجوز في التسامع فكذا في الولاء الا ترى انا نشهد ان قنبرا مولى علي بن ابي طالب رضي الله عنه فاسولى ابن عمر رضي الله عنه بلا مولى ابي بكر الصديق رضي الله عنه لانه مبني على العتق والعتق لكونه قولا لا يسمع كثيرا ما يقصد الاشهاد عليه لا يثبت بالتسامع فكذا ما بني عليه وليس تجويزنا بالسماع لكون الشيء مما يشتهر بل للضرورة لما ذكرنا ان السبب لا يرى او لا يرى العلوق وكذا تقليد القضاء الا الخواص والموت والباقي فيؤدي الى ما ذكرنا ولا كذلك العتق وكون نافع مولى ابن عمر ونحوه من باب الاخبار لا الشهادة وبنا على ان لا خلاف في الفتوى انه لا تقبل بالتسامع وعليه نص شمس الائمة وذكر الصدر الشهيد عن الحلواني ان الخلاف ثابت في العتق ايضا عند ابي يوسف يجوز بالتسامع خلافا لهما وهو قول مالك واحمد وقول الشافعي وشرط الخصاف في الولاء على قول ابي يوسف شرطا لم يذكره محمد في المبسوط فقال انما يقبل اذا كان العتق مشهورا للمعتق ابوان او ثلثة في الاسلام قال المصنف واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع عليه في اصله وقال الاقطع في شرحه قال محمد يجوز وقوله لان اصله هو الذي يشتهر والوجه في التوجيه انه وان كان قولا مما يقصد الاشهاد عليه والحكم به في الابتداء لكنه في توالي الاعصار يفيد الشهود والاوراق مع اشتهار وتعينه فيبقى في البقاء شأنه ان لم يجز الشهادة به بالتسامع فمست الحاجة الى ذلك قوله الصحيح الخ احتراز عن قول طائفة من المشايخ قال في الفصول اختلف المشايخ قال بعضهم لا تحل وقال بعضهم تحل ومن المشايخ من قال يجوز على اصل الوقف بالتسامع لا على شرائطه واليه مال شمس الائمة السرخسي وهو ما ذكره المصنف وليس معنى الشروط ان يبين الموقوف عليه بل ان يقول يبدأ من غلتها بكذا وكذا والباقي كذا وكذا وفي الفتاوى الصغرى في الفصل الثاني من كتاب الشهادات اذا شهدوا ان هذا وقف على كذا ولم يسموا الواقف ينبغي ان تقبل وقد سئل عن هذا الشيخ الامام ظهير الدين اذا لم يكن الوقف قديما او لم يعلم بكر الوقف واذا شهدوا ان هذه الصيغة وقف ولم يذكروا بحجة لا يجوز ولا تقبل بل يشترط ان تقولوا وقف على كذا ثم قال وهذا كما ذكرنا وفي الاصل صورته ان يشهدوا بالتسامع على انها وقف على المسجد او المقبرة ولم يذكروا انه يبدأ بغلتها فتصرف الى كذا ثم ما فضل يصرف الى كذا لا يشهد على هذا الوجه بالتسامع وكذا قال المرغيناني لا بد من بيان الحجة انه وقف على المسجد او المقبرة وما شابه ذلك حتى لو لم يذكر ذلك لا تقبل شهادته قال وتأويل قولهم لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف انه لا ينبغي للشاهد بعد ذكر الحجة ان يشهد انه يبدأ من غلته فيصرف الى كذا وكذا ولو ذكر ذلك لا تقبل ذكره في الذخيرة وذكر في المجتبى والمختار ان تقبل على شرائط الوقف ايضا وانت اذا عرفت قولهم في الاوقات التي انقطع شهودها ولم يعرف لها شرائط ومصارف انها تسلك بها ما كانت عليه في دواوين القضاة لم تقف عن تحسين ما في المجتبى لان ذلك مع حسن الشهادة بالتسامع

قوله ومن كان في يديه شيء الخ صور تنازعهما اي عينا سوى ما استثناه في يد انسان ثم ركبها اي يد غيره والاول يدعي عليه الملك وسببه ان يشهد للمدعي بان الملك يعرف باليد ظاهر واليد بلا منازع دليل ظاهر فهو دليل سواء لان غاية ما يكون فيه ان يعاين

ثم المسئلة على وجوه ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل له واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن نفسهما فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رح انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه والله اعلم

سبب الملك من الشراء والهبة وموت المورث وشيء من هذه الاسباب لا يفيد ملك الثاني حتى يكون ملك الاول وعن ابي يوسف انه يشترط في حل الشهادة بالملك مع ذلك ان يقع في قلبه انه له وفي الفوائد الظهيرية اسند هذا القول الى ابي يوسف ومحمد ولفظه وعنهما قال المص قالوا يعني المشايخ يحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية قال الصدر الشهيد يحتمل ان يكون قوله قول الكل وبه ناخذ وقال ابو بكر الرازي هذا قولهم جميعا ووجهه ان الاصل في حل الشهادة اليقين لما عرف فعند تعذره يصار الى ما يشهد به القلب لان كون اليد مسوغا بسبب افادتها ظن الملك فاذا لم يقع في القلب ذلك الا ظن فلم يعد مجرد اليد ولهذا قالوا اذا راى انسان درة ثمينة في يد كناس او كتابا في يد جاهل ليس في ابائه من هو اهل له لا يسعه ان يشهد بالملك له فعرف ان مجرد اليد لا يكفي وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا وهو الخصاف وهو قول مالك لان اليد تتنوع الى ملك ونيابة وضمان قلنا وكذا التصرف ايضا فلم يزل احتمال عدم الملك بالتصرف ثم ينبغي ان يطلق الشهادة حتى لو قال انه شهد بناء على اليد لا تقبل وهذا لان معاينة اليد مطلق للشهادة مجوز لها لا موجب على الشاهد ان يشهد والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة ولهذا قلنا اذا كانت في يد رجل يتصرف فيها تصرف الملك بيعت دار الى جانبها فاراد ان ياخذها بالشفعة لا يقضي القاضي له بذلك وان ثبت عنده انها في يده يتصرف فيها اذا انكر المشتري ان الدار في يده ملكه لان العيان ليس سببا للوجوب بل للجواز **قوله** ثم ان عاين الملك الخ حاصله ان المسئلة على اربعة اوجه الاول ان يعاين الملك وهو ان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده وراه في يده بلا منازعة ثم راه في يد اخر فجاء الاول وادعاه وسعه ان يشهد له وظهر ان المراد بالملك المملوك الثاني ان يعاين الملك دون المالك بان عاين ملك بحدوده ينسب الى فلان بن فلان وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب اليه الملك وادعى ملك هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الجهالة في المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا في المشهود له وجه الاستحسان ان الملك المشهود به معلوم والنسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما بالتسامع ايضا فاورد عليه انه يلزم ان يكون الشهادة بالملك بالتسامع واجيب بان الشهادة بالملك هنا ليست قصدا بل بالنسبة وفي ضمنه ثبوت الملك فيجوز وههنا كذلك لانه سمع ان هذا الملك لفلان بن فلان فحصل له العلم بنسب المالك بالتسامع وثبت ملكه في ضمنه والاعتبار بالمتضمن لا للمتضمن ولا يخفى ان مجرد ثبوت نسبه بالشهادة عند القاضي لم يوجب ثبوت ملكه لتلك الضيعة لولا الشهادة به وكذا المقصود ليس اثبات النسب بل الملك في الضيعة والله اعلم وعلى هذا قال الناصحي فان كان المالك امراة لا تخرج ولا يراها الرجل فان كان الملك مشهورا لها جاز ان يشهد عليه لان شهرة الاسم كالمعاينة الثالث ان لا يعاين الملك ولا المالك بان سمع ان لفلان الفلاني ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لم يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد بالملك لانه مجازف في هذه الشهادة الرابع ان يعاين المالك بان عرفه معرفة تامة كما ذكرنا وسمع ان له ضيعة في كورة كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه ان يشهد له بالملك فيها لانه لم يحصل له العلم بالمحدود **قوله** واما العبد والامة يعني اذا عاينهما في يد انسان يجحدانه اذا كان يعرف انهما رقيقان جاز له ان يشهد انهما ملكه سواء كانا صغيرين او كبيرين لانهما بوصف الرق لا يد لهما على نفسهما وقد شوهدا في يد غيرهما فكان كرؤية ثوب في يده وان لم يعرف رقهما فان كانا صغيرين اي لا يعبران عن انفسهما فكذلك يجوز ان يشهد له بملكهما لما ذكرنا انهما لا يد لهما على انفسهما وان كانا كبيرين اي يعبران عن انفسهما سواء كانا صبيين عاقلين امر بالغين به صرح المحبوبي فهو مصرف الاستثناء في قوله سوى العبد والامة لان لهما يدا على انفسهما فتدفع يد الغير عنهما حتى ان الصبي الذي يعقل لو اقر بالرق على نفسه لغيره

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير مؤف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة كتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص ولو اعمى بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فان قيام الاهلية للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت

جاز اقراره ويضع المقر له بما يصنع بمملوكه واذا كان ممن يعبر عن نفسه لا تكون اليد دليل الملك اذ الحر قد يخدم الحر خدمة العبد وهذا الاحتمال يهدر اذا كانا لا يعبران عن انفسهما فاما اذا كانا لذلك اهلا فلا يزال اعتباره الا باقرارهما بالرق فان لم يقرا لا تثبت الشهادة عليهما وانما لا تقبل دعواهما الحرية بعد ما كبرا في يد من جاء في يده لظهور الرق عليهما باليد في حال صغرهما هذا وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يحل له ان يشهد في الكبيرين ايضا وكذا عند ابي يوسف ومحمد فجعلوا اليد في الكل دليلا على الملك بدليل ان من ادعى عبدا او امة في يده غيره وذو اليد يدعي لنفسه فالقول لذي اليد لان الظاهر شاهد له لقيام يده عليه وقوله والفرق ما بينا يريد كون يدهما على انفسهما فتدفع اليد عنهما

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل لما ذكر تفصيل من يسمع من الشهادة شرع في بيان من تسمع شهادته واخره لان المحال شروط والشرط غير مقصود لذاته والاصل ان التهمة يبطل الشهادة لقوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم والتهمة تثبت مرة بعدم العدالة ومرة بعدم التمييز مع قيام العدالة **قوله** ولا تقبل شهادة الاعمى مطلقا سواء عمي قبل التحمل او بعده فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع او لا تجوز وقال زفر وهو رواية عن ابي حنيفة تقبل فيما يجوز فيه بالتسامع لان الحاجة فيه للسماع ولا خلل في سمعه وهو قول الشافعي ومالك واحمد والنخعي والحسن البصري وسعيد بن جبير والثوري وتقبل في الترجمة عند الكل لان العلم يحصل بالسماع وقال ابو يوسف تجوز فيما طريقه السماع وما لا يكفي فيه السماع اذا كان بصيرا وقت التحمل اعمى عند الاداء اذا كان يعرفه باسمه ونسبه وهو قول الشافعي ومالك واحمد لانه اذا كان يعرفه باسمه ونسبه كفى كالشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له وعليه وهو منتف من الاعمى الا بالنغمة وفيه اي في التمييز بالنغمة شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فلم يقع ضرورة الى اهدار هذه التهمة بخلاف وطي الاعمى زوجته وامته فانه لا يمكن التحرز عنه بجنس النساء فاهدرت دفعا للحرج عنه والاكتفاء بالنسبة في تعريف الغائب دون الحاضر بخلاف الميت لانه لا يمكن التحرز عنه بتحقق الشهود على ان الاشارة لم تقع الى وكيل الغائب ووصي الميت وهو قائم مقامه ولا حاجة الى الالحاق بالحدود من جهة ان شهادة الاعمى لا تقبل فيها بالاجماع بل ما تقدم يكفي اذ الرد بتهمة ما في الحدود ولا يستلزم الرد بمثلها في غيرها لان ذلك يحتاط في درء الحكم فيها واما الاستدلال بما عن علي رضي الله عنه انه رد شهادة الاعمى فيقول ابو يوسف هذه واقعة حال لا عموم لها فجاز كونه كان في حدوثه وقيد في الذخيرة قول ابي يوسف بما اذا كانت شهادته في الدين والعقار اما في المنقول فاجمع علماؤنا انها لا تقبل واستشكل بكتاب القاضي الى القاضي فان الشهود لا يشيرون الى احد وتقبل واجيب بان الشهود فيه يعرفون المشهود عليه ويقولون رأيناه عرفناه والاعمى لا يعرفه اذ لو رآه لم يعرفه حتى لو قالوا في كتاب القاضي لا نعرفه اليوم لم تقبل وايضا فنقول كتاب القاضي للضرورة والحاجة كما تقدم ولا ضرورة في شهادة الاعمى لما ذكرنا من امكان الاستغناء عنه بجنس الشهود هذا قال فلو ادى بصيرا ثم عمي قبل القضاء امتنع القضاء عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد لصيرورة الشهادة حجة عنده اي عند القضاء لانها انما تراد للقضاء فما يمنع الاداء يمنع القضاء والعمى والخرس والجنون والفسق يمنع الاداء فمنع القضاء وابو يوسف قاسها اذا غاب الشاهد بعد الاداء قبل القضاء او مات قلنا بالموت انتهت الشهادة وتمت وبالغيبة ما بطلت بخلاف العمى فانه مبطل لها وفي المبسوط انه لا يجوز شهادة الاخرس باجماع الفقهاء لان لفظة الشهادة لا تتحقق منه ونقض بان الاصح من قول الشافعي تقبل اذا كانت فيه اشارة

قال ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا يثبت له الولاية على غيره ولا المحدود في القذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي رح تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى فاولئك هم الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى لكن

مفهومة ولقولنا قال مالك واحمد وهو قول الشافعي ولا شك في تحقق التهمة في الاشارة فهو اولى بعدم القبول من الاعمى لان في الاعمى انما يتحقق التهمة في نسبة وهنا يتحقق في النسبة وغيره من قدر المشهود به وامور اخر **قوله** ولا تقبل شهادة المملوك اي الرقيق وبه قال مالك والشافعي وقال احمد تقبل على الاحرار والعبيد وهو قول انس بن مالك رض وهو قول عثمان البتي واسحق وداود وعن علي رض تقبل على مثله لا الاحرار والمعول عليه في المنع عدم ولايته على نفسه وما هو الا معنى ضعيف بعد ثبوت عدالة العبد وتمام تمييزه وعدم ولايته على نفسه لعارض يخصه من حق المولى لا النقص في عقله ولا خلل في تحمله وضبطه فلا مانع واما ادعاء الاجماع على عدم قبوله فلم يصح قال البخاري في صحيحه وقال انس شهادة العبد جائزة اذا كان عدلا واجازه شريح وزرارة بن ابي اوفى وقال ابن سيرين شهادته جائزة الا العبد لسيده واجازه الحسن وابراهيم وقال شريح كلكم بنو عبيد واما الى هنا لفظ البخاري ولا تقبل شهادة الصبي عندنا وهو قال مالك والشافعي واحمد وعامة العلماء وعن مالك تقبل في الجراح اذا كانوا مجتمعين لامر مباح قبل ان يتفرقوا ويروى ذلك عن ابن الزبير رض والوجه في ان لا تقبل النقصان العقل والتمييز بجملة لقدم لعلمه بعدم التكلف **فرع** اذا تحمل شهادة لمولاه فلم يؤدها حتى عتق فاداها قبلت كالصبي اذا تحمل فادى بعد البلوغ وكذا الذمي اذا سمع اقرار المسلم ثم اسلم فادى جاز **قوله** ولا تقبل شهادة المحدود في قذف وقال الشافعي ومالك واحمد تقبل اذا تاب والمراد بتوبته الموجبة لقبول شهادته ان تكذب نفسه في قذفه وهل يعتبر معه اصلاح العمل فيه قولان في قول يعتبر لقوله تعالى الا الذين تابوا واصلحوا وقيل لا لان عمر رض قال لابي بكرة تب اقبل شهادتك وقد يجاب بان ابا بكرة كان من العباد وحاله في العبادة معلوم فصلاح العمل كان ثابتا له فلم يبق الا التوبة باكذاب نفسه واصله ان الاستثناء في قوله تعالى الا الذين تابوا ينصرف الى الجملة الاخيرة او الى الكل والمسئلة محررة في الاصول وهي ان الاستثناء اذا تعقب جملا متعاطفة هل ينصرف الى الكل او الاخيرة عندنا الى الاخيرة وقد تقدم ثلاث جمل في قوله تعالى فاجلدوهم ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون والظاهر من عطف ولا تقبلوا انه داخل في حيز الحد للعطف مع المناسبة وقيد التابيد اما المناسبة فلان رد شهادته مولم لقلبه سبب عن فعل لسانه كالحد لانه ربما يصلح مانعا في المستقبل من فعله والتعذيب سبب لزيادة الوقوع لانه تعزية وعدم من يعرفه لا يستحيي من احد يرا فيه فاذا فرض ان له داعية الزنا اوسع فيه وكذا قيد التابيد لا فائدة له الا تابيد الرد والا لقال ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون جملة مستانفة لبيان تعليل عدم القبول ثم استثنى الذين تابوا وهذا لان الرد على ذلك التقدير ليس الا الفسق ويرتفع بالتوبة واما رجوع الاستثناء الى الكل في قوله تعالى في المحاربين ان يقتلوا الى قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم حتى سقط عنهم فلدليل اقتضاه وهو قوله تعالى من قبل ان تقدروا عليهم فانه لو عاد الى الاخيرة اعني قوله ولهم عذاب عظيم لم يبق لقوله من قبل ان تقدروا عليهم ليس الا سقوط الحد وهذا لانا انما نقول بعود الاستثناء الى الاخيرة فقط اذا تجرد عن دليل عوده الى الكل واما اذا اقترن به عاد اليهما كما يقول هو ان عودها الى الكل اذا تجرد عن دليل عودها الى الاخيرة فقط فلو اقترن به عاد اليهما فقط وح فالقياس على سائر الحدود غير صحيح لانها لم تقترن بما يوجب ان الرد من تمام الحد فكان قياسا في مقابلة النص لا يقال رد الاستثناء الى الجملة الاخيرة ينفي الفائدة لانه معلوم شرعا ان التوبة تزيل الفسق بغير هذه الآية لانا نقول كون التوبة تزيل استحقاق العقاب بعد ثبوته لا يعرف عقلا بل سمعا وذلك بما يراد ما يدل عليه من السمع وهذا منه وكون آية اخرى تفيده لا يضر

وكره عمر الكافر في قذف ثم اسلم يقبل شهادته لان للكافر شهادة اذا كان يحد لو قذف تام الحد وبالاسلام حصلت له شهادة اخرى بخلاف العبد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حد برد شهادته بعد العتق قال ولا شهادة الوالد لولده ولد ولد ولا شهادة الولد لابويه ولا احدهما ولا لاصل فيه قوله عليه السلام لا يقبل شهادة الولد لوالد ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا للولي لعبده ولا لاحد من لاستاجر كالظئر والمشترك بلوغ الاداء والاباء متصلة وهذا لان بعضه جزاء للزكاة اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه وبالتهمة قال رحمه والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد نفسه استاذه ضد نفسه وتنفعه تقع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع لاهل البيت لهم وقيل المراد به الاجير مساهمة او مشاهرة او مياومة فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستاجر عليها

للقطع بان طريق القران تكرار الدال خصوصا اذا كان مطلوب التاكيد كاقيموا الصلوة وقد تكرر الا الذين تابوا الى قوله فان الله غفور رحيم وفي اخرى الا من تاب وآمن الى قوله تعالى فاولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون شيئا وفي الاخرى الا من تاب الى قوله تعالى فاولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات ومواضع اخرى عديدة ولم يسمع ان يقال في احدها قد عرفت بذا آية اخرى فلا فائدة في هذا الا ان يقدم على الكفر والعياذ بالله وانما كان هذا من قوله تعالى رحمة للعباد ليؤكد هذا المعنى ولانه اذا لم يذكره الا في موضع واحد فعسى ان لا يسمعه بعض الناس فاذا تعدد مواضعه فمن لم يسمع تلك الآيات سمع تلك ومن لم يسمع تلك سمع اخرى فكان في تعداد افادة هذا المعنى نصيب بظنة على اقل احتمال تاكيد جانب عفوه لا يحصى ثناء عليه واما من عمره الله تعالى لابي بكرة تب اقبل شهادتك فقضى نحبه قط لان رواية عمرو بن قيس ولو تركنا التعلق في ذلك كان معارضا لقال لابي موسى الاشعري في كتابه له والمسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في حد او محرما في شهادة زور او ظنينا بقرابة وقد سمعناه عنه من رواية ابن ابي شيبة قول صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ولهذا قال سعيد بن المسيب وشريح والحسن وابراهيم النخعي وسعيد بن جبير وعكرمة روي عن ابن عباس قال المصنف او هو استثناء منقطع وذلك لان التائبين ليسوا داخلين في الفاسقين فكانه قيل واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا فان الله غفور رحيم اي يغفر لهم ويرحمهم اذا كان من تمام الحد للكونه مانعا اي زاجرا يبقى بعد التوبة كاصله اي كاصل الحد فانه لا يسقط بالتوبة فكذا ما كان تماما وفي المبسوط الصحيح من المذهب عندنا انه اذا اقام اربعة من الشهود على صدقه بعد الحد تقبل شهادته **قوله** ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة في الجملة فكان رد ها من تمام الحد للكونه مانعا اي زاجرا يبقى بعد التوبة بخلاف العبد اذا حد في قذف ثم اعتق لا تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة اذ ذاك فلزم كون تتميم حده برد الشهادة التي تجددت له وقد طرا بالعتق بينه وبين من ثاب في دار الحرب ثم خرج الى دار الاسلام لان الحد حيث توقف حكم الموجب في العبد الى ان امكن ولم يتوقف في الزنا في دار الحرب الى الامكان بالخروج الى دار الاسلام لتعذر بان الزنا في دار الحرب لم يقع موجبا اصلا لعدم قدرة الامام فلم يكن الامام مخاطبا باقامته اصلا لان القدرة شرط التكليف فلو حده بعد خروجه من غير سبب آخر كان بلا موجب وغير الموجب لا ينقلب موجبا بنفسه خصوصا في الحد المطلوب درؤه اما قذف العبد فموجب حال صدوره للحد غير انه لم يكن تمامه في الحال فتوقف تتمته على حدوثها بعد العتق قال في المبسوط بعد ان ذكر فرق المصنف بهذا الفرق على الرواية التي تقبل خبر المحدود في القذف في الديانات اما على رواية المنتقى ان لا تقبل والفرق ان الكافر بالاسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة عند اقامة الحد وبهذه العدالة لم تصر مجروحة باقامة الحد بخلاف العبد فانه بالعتق لا يستفيد عدالة لم تكن من قبل وقد صار عدالته مجروحة باقامة الحد ثم لا فائدة في تقييد الجواب في العبد بكون العتق بعد الحد في قوله اذا حد ثم اعتق لانه لو لم يحد حتى اعتق محدا لا تقبل ايضا ولكن وضعه كذلك لانه يتبين لبيان الفرق بينه وبين الكافر لو قذف مسلما ثم اسلم ثم حد لم تقبل شهادته ولو حد بعض الحد في حال كفره وبعضه في حال اسلامه ففيه اختلاف الروايتين ومر في حد القذف وفي هذه المسالة ثلاث روايات لا تسقط شهادته حتى يقام عليه تمام الحد تسقط اذا اقيم اكثره تسقط اذا ضرب سوط لان من ضرورة ذلك اقامة الحكم شرعا بخلافه **قوله** ولا تقبل شهادة الوالد ان علا لولده وان اسفل ولا شهادة الولد لابويه واجداده اما الولد من الرضاع فتقبل لانه قال

ولا يقبل شهادة احد الزوجين للآخر وقال الشافعي تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما رويناه ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به

المصنف والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل الخ وهذا الحديث غريب وانما اخرجه ابن ابي شيبة وعبد الرزاق من قول شريح قال لا تجوز شهادة الابن لابيه ولا الاب لابنه ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا الشريك لشريكه في الشيء بينهما لكن في غيره ولا الاجير لمن استأجره ولا العبد لسيده انتهى وقال ابن ابي شيبة ثنا وكيع عن سفيان واخرجا نحوه عن ابراهيم النخعي لكن الخصاف وهو ابو بكر الرازي الذي شهد له اكابر المشايخ انه كبير في العلم رواه بسنده الى عائشة رض ثنا صالح بن زريق وكان ثقة ثنا مروان بن معاوية الفزاري عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهري عن عروة عن عائشة رض عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا السيد لعبده ولا الشريك لشريكه ولا الاجير لمن استأجره انتهى وقد فسر في رواية شريح امر الشريك وذكر المصنف ايضا عنه صلى الله عليه وسلم لا شهادة للقانع باهل البيت وهو بعض حديث رواه ابو داود في سننه عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رد شهادة الخائن والخائنة وذي الغمرة على اخيه وشهادة القانع باهل البيت واجازها لغيرهم قال ابو داود الغمر السحنا وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه وعنه رواه احمد وقال في التنقيح محمد بن راشد وثقه احمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما وتكلم فيه بعض الائمة وقد تابعه غيره عن سليمان رواه عن عمرو بن شعيب عن الحجاج بن ارطاة في ابن ماجة وادام بن فائد في الدارقطني ولم يذكر فيه القانع واخرج الترمذي عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة رض قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود حدا ولا ذي غمر على اخيه ولا مجرب بشهادة زور ولا القانع لاهل البيت ولا ظنين في ولاء ولا قرابة انتهى وقال غريب لا نعرفه الا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي وهو يضعف في الحديث قال والغمر العداوة انتهى وقال ابو عبيدة والغمر العداوة والقانع التابع لاهل البيت كالخادم لهم قال يعني ويطلب معاشه منهم لانه قرابة الولاد اعظم في ذلك والظنين المتهم في دينه فهذا الحديث لا ينزل عن درجة الحسن فاذا ثبت رد القانع واذا كان عدلا فالولد والوالد ونحوهما اولى بالرد فيثبت حينئذ رد شهادتهم بدلالة النص ويكون دليلا على صحة حديث الترمذي المذكور فيه ولا ظنين في ولاء ولا قرابة قرابة الولاء اعظم في ذلك وان كان رويه مضعفا فاذا ليس الراوي الضعيف كل ما يرويه باطل انما يرد لتهمة الغلط لضعفه فاذا قامت دلالة انه اجاز في هذا المتن وجب اعتباره صحيحا وان كان من روايته ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة فتكون شهادة لنفسه من وجه ولكون الولاد كنفسه من وجه لم يجز شرعا وضع الزكوة فيهم وعلى هذا كان شريح حتى رد شهادة الحسن رض حين شهد مع قنبر لعلي رض فقال علي ما سمعت انه صلى الله عليه وسلم قال الحسن والحسين هما سيدا شباب اهل الجنة قال نعم صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن ائت بشاهد آخر فقيل عزله ثم اعاده وزاد في رزقه فقيل رجع علي رض الى وقوله والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد نفعه نفعه وضرره ضرره ويأكل معهم وهو المراد بالقانع المذكور في الحديث واما شهادة الاستاذ فمقبولة وكذا المستأجر وقيل المراد الاجير مسانهة او مشاهرة او مياومة لانه اذا كانت اجارته على هذا الوجه دخلت منفعته التي هي الاداء في اجرته فيكون مستوجبا لاجرتها فيصير كالمستأجر على ما في العيون قال محمد رح في رجل استأجر رجلا يوما واحدا فشهد له الاجير في ذلك اليوم القياس ان لا تقبل ولو كان اجيرا خاصا فشهد فلم يعدل حتى ذهب الشهر ثم عدل قال ابطلها كرجل شهد لامرأته ثم طلقها ولو شهد ولم يكن اجيرا ثم صار اجيرا له قبل ان يقضي فاني ابطل شهادته فان لم تبطل حتى بطلت الاجارة ثم اعاد الشهادة جازت كالمرأة اذا طلقها قبل ان ترد شهادته ثم اعادها تجوز بادنى زيادات الاصل من قوله تقبل شهادة الاجير حمل على الاجير المشترك قوله ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر ولو كان المشهود له مملوكا من الزوجة او الزوج

ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذ لم يكن على العبد دين او من وجه ان كان عليه دين كان المال موقوفا مراعى ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ودفع التهمة من حيث انها تقبل لانتفاء التهمة وتقبل شهادة الرجل لاخيه وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك هنا متباينة ولا بسوطة بعضهم للبعض

قال ولا تقبل شهادة مخنث ومواده المخنث في الرديء من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة

وعندنا وقال الشافعي تقبل وبقولنا قال مالك واحمد وقال ابن ابي ليلى والثوري والنخعي لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لان لها حقا في ماله وجب لنفسها وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة وجه الشافعي ان الاملاك بينهما متميزة اذ لا يد لكل واحد منهما في حيز الاخرى فهي مجموعة عند من جاز الشيء منعه فلا اختلاط فيها ولهذا يجري بينهما القصاص والحبس للدين ولا معتبر بما بينهما من انتفاع المشترك لكل منهما بمال الآخر لانه غير مقصود بالنكاح اذ لم يقصد لان ينتفع كل منهما بمال الآخر وانما ثبت ذلك تبعا للمقصود عادة وصار كالغريم اذا شهد لمديونه المفلس بمال له على آخر تقبل مع توهم انه يشاركه في نفقته ولنا ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته قد سمعت انه من قول شريح مرفوع من رواية الخصاف ولو لم يثبت ثم فيه نص يكفي المعنى فيه والحاقه بقرابة الولاد وفي ذلك يتسامح شدة الاتصال في المنافع حتى يعد كل ضيا بمال الآخر وكذا قال تعالى وجعل منكم ملائكم ثم قيل بل خديجة رضي الله عنها بل بما يكون الاتصال بينهما في المنافع والانبساط فيها اكثر مما بين الاباء والاولاد بل قد يعادي الوالد ولده لرضى زوجته وهي لرضاه ولان الزوجية اصل الولاد ولان الولادة عنها تثمت فتلحق بالولاد فيما يرجع الى سعي تصل المنافع كما اعطى كسوة الصيد حكم قتل الصيد عندنا بخلاف القصاص لان بدل الصوت لا زوجية وفي الحيط لا تقبل شهادة المعتدة من رجعي للابائن لقيام النكاح في بعض الاحكام ولو شهد احدهما للآخر في حادثة فرقت دار عصمة الزوجية فاعاد تلك الشهادة بعينها تقبل بخلاف ما لو ردت للفسق ثم تاب وصار عدلا واعاد تلك الشهادة لا تقبل وبقال مالك واحمد والشافعي في الاصح لان القاضي لما رد هما صار كذبا في تلك الشهادة شرعا فلا تقبل بخلاف شهادة العبد الكافر والصبي اذا ردت ثم اعتق العبد واسلم وبلغ واعادها تقبل وبه قال الشافعي احمد وقال مالك في رواية عن احمد لا تقبل كالرد للفسق قلنا رد شهادتهم لعدم الاهلية لانهم الكذب وهي كافية في الرد فاذا صاروا اهلا تقبل ولو قبل الرد في الفسق لا يستلزم الحكم بكذبه بل يجبر وتهمة بدو بلا عادة في العدالة ترتفع تهمة كذبه في تلك الشهادة بعينها فيجب قبولها احتجاجا في الجواب فصار كالمحاصل كل من رجعت شهادته لمضمون ثم لذلك المعنى لا تقبل اذا اعاد بل زوال ذلك المعنى الا العبد واحد الزوجين للآخر والكافر الاعمى والصبي اذا شهد فرد والكافر الاعمى والصبي اذا شهد كل منهم دون ثم عتق واسلم وابصر وبلغ فشهد في تلك الحادثة بعينها تقبل ولا تقبل فيما سواهم وتقبل لام امرأته وبنته وللمرأة ابنه وللمرأة ابنه لاخيها

قوله ولا شهادة المولى لعبده لما تقدم من رواية الخصاف ولانه شهادة لنفسه من كل وجه اذ لم يكن على العبد دين ومن وجه اذا كان لان المال موقوف مال العبد فيما اذا كان عليه دين مستغرق بين ان يصير للغرماء بسبب تعلق الدين في رقبته وبين ان يبقى للمولى بسبب قضاء دينه وكذا المدبر وام الولد والمكاتب عند قول الائمة الثلاثة وقولهما قلنا يعني من انه شهادة لنفسه من كل وجه ومن وجه فتقبل لما بينا ولو شهد لابنه وامرأته لم تقبل وكذا شهادة المرأة لزوجها المملوك على ما قدمنا وكان ينبغي ان تقبل لانها في الحقيقة شهادة لسيدها ولكن منعوه للتهمة بسبب السابق ولا شركة بين الشريك فيما هو من شركتهما بخلاف ما ليس من شركتهما حيث تقبل لانتفاء التهمة غير ان هذا التحقيق في الشريك المفاوض لان كل شيء هو من شركتهما ولذا قالوا لا تقبل الا في الحدود والقصاص والنكاح والعتاق والطلاق لان ما سوى هذه مشترك بينهما فيتهم ان يزيد الشهادة بما كان من حظهما بل حظهما ليس بمشترك بينهما فيه قوله وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه قيل لا خلاف لكن قال شمس الائمة السرخسي وجه القاضي من المسلمين من قال لا تقبل شهادة الاخ لاخيه ولا شك في ضعف التهمة فيه لانه لا بسوطة وليس منظنة ملزومة

الا ترى انها لا تكون فيما يكون فيه العداوة والبغضاء وكل قرابة تعتبر الولاد كان الاخ فيها كالاجنبي فلا تقبل فيه شهادة مخنث واعرابي والمراد بالاعرابي من لا يتفقه

ولا نائحة ولا مغنية لانها تتخذ صنعة مما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين الفاجرين النائحة والمغنية

قال ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة

وهو التشبه بالنساء فعد ذلك في تزيينه وتكسير اعضائه وتليين كلامه كما هو صفتهن كون ذلك معصية روى ابو داود وباسناده الى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعن الله المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء يعني المتشبهات بالرجال فكيف اذا تشبه بهن فيما هو قبيح من ذلك فالذي في كلا سلمين خلقته وفي اعضائه تكسير خلقته ضعف عدل مقبول الشهادة **قوله** ولا نائحة ولا مغنية هذا لفظ القدوري فاطلق ثم قال بعد ذلك ولا من يغني للناس فورد انه تكرار لعلم ذلك بما ذكر من قوله مغنية والوجه ان اسم مغنية ومغن انما هو في العرف لمن كان الغناء حرفته التي يكتسب بها المال لا يرى انه قيل باحرفته او باصناعته يقال مغن كما يقال خياط حدادا فاللفظ المذكور هنا يراد به ذلك غير انه خص المؤنث به ليناسب لفظ الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الناسحات لعن المتغنيات يعلم ان ذلك لوصف التغني لا لوصف الانوثة ولا التغني مع الانوثة لان الحكم المرتب على المشتق انما يفيد ان وصف الاشتقاق هو العلة فقط لا مع زيادة اخرى فهم من المرأة التخنث لرفع صوتها وهو حرام ونصوا على ان التغني للمواشي والجمال حرام بالاخلاف ومثل هذا لفظ النائحة صار عرفا لمن جعلت النياحة حرفة لها ولكن حينئذ كانه قال لا تقبل شهادة من اتخذ التغني صناعة يأكل بها ومن لم يكن ذلك صناعته كذا علل في الكتاب بانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة وفي النهاية ان الغناء في حد ذاته حرام لرفع صوته وهو حرام ولذا اطلق في قوله مغنية وقيد في غناء الرجال بقوله للناس ولا يخفى ان قوله من يغني للناس لا يخص في غناء الرجال لان من يطلق على المؤنث خاصة فضلا عن الرجال والنساء معا وكون صلته للناس تعميما بتنكير الضمير في قوله يغني باليا من تحت لا يوجب خصوصه بالرجال لما عرف انه يجوز في ضمير ما مراعاة المعنى ومراعاة اللفظ والمراعاة اللفظا اولى وان كان المغنى على التانيث فكيف اذا كان المغنى اسم من المؤنث والمذكر فان قلت تعليل المصنف رحمه الله يجمع الناس على كبيرة يقتضي ان التغني مطلقا حرام وان كان مفاده بالذات ان الاستماع كبيرة لانهم انما يجتمعون على الاستماع بالذات الا ان كون الاستماع محرما ليس الا لحرمة المسموع وليس كذلك فانه اذا تغنى بحيث لا يسمع غيره بل لنفسه يدفع عنه الوحشة لا يكره وقيل ولا يكره اذا فعله ليستفيد به تعلم القوافي وليصير فصيح اللسان وقيل لا يكره الاستماع الناس اذا كان في العرس والوليمة وان كان فيه نوع لهو بالنص في العرس فالجواب ان في التغني لاستماع لفساد لمدفع الوحشة خلاف بين المشائخ منهم من قال لا يكره انما يكره اذا كان على سبيل اللهو احتجاجا بما عن انس بن مالك رضي الله عنهما انه دخل على اخيه البراء بن مالك رضي الله عنهما وكان من زهاد الصحابة وكان يتغنى وبه اخذ شمس الائمة السرخسي رح ومن المشائخ من كره جميع ذلك وبه اخذ شيخ الاسلام بجميل حديث البراء بن مالك رضي الله عنه انه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها ذكر الحكم والمواعظ فان لفظ الغناء كما يطلق على المعروف يطلق على غيره قال صلى الله عليه وسلم من لم يتغن بالقرآن فليس منا اي الانشاد والمباح من الاشعار لا باس به ومن المباح ان يكون فيه صفة امرأة معينة بخلاف ما اذا كانت بعينها حية واذا كان كذلك فجاز ان يكون الاصح قائلا بتعميم المنع كشيخ الاسلام رح الا انا عرفنا من بدا ان التغني المحرم هو ما كان في اللفظ الاجمل كصفة المذكر والمرأة المتعينة الحية ووصف الخمر ونحو القبيح اليها والدائرات والغانيات والجمال ونحو ذلك مما اذا اراد المتكلم اجمالا الانشاد والشعر الاستشهاد به لتعلم فصاحته وبلاغته ويدل على ان وصف المرأة كذلك عمر مانع كما سلف في كتاب الحج من انشاد ابي هريرة وهو محرم سقاست تريك سنة مشمضة ساقا بخدلة وكعبا اوارما وانشد ابن عباس رض ان تصدق الطير تنك لبيسا لان المرأة فيها ليست مغنية فلو لان انشاد ما فيه وصف امرأة كذلك جائز لم تقل الصحابة ومن تابعهم بخ هذا قول كعب بن الزبير بحضرة النبي صلعم وما سعاد غداة البين اذ رحلت الا اغن غضيض الطرف مكحول يخاطبها وهي في خدر اذا ابتسمت كانه منهل بالراح معلول وكثير في شعر حسان بن ثابت قوله وقد سمعه صلعم ولم ينكره في قصيدة

دلالة قال بقفز على عورات النساء بمعهود سطحة لبطيوطيره قفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المثلث قال ولا من يعبث الناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة قال ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق

التي اولها سبعة ثبات فوادك في المنام خريدة ثلثي الصحيح سيار وسيم ثغاما الزمهريات المجردة عن فوائد المتضلعين بعض الرياحين والازهار ابهاء المطبوخة كقول ابن المعتز سقا ها بغايات خليج كانه اذا صافحت راحة الريح مبرود يعني سقا تلك الرياض قوله تدرى الرياح اذا مسحن غديرة ساسنة تبين كل قناة + ما بان بخال عليه بكحل كاد يطلع احسنا في المرأة + فلا وجه لمنعه على ما توهم اذا قيل ذلك على الملاهي اقنع واكمل موعظة وحكما للآلات نفسها لا لذلك المنتفع وهو اعلم وفي التي الرجل الصالح فانا تعني شعرفيه فحش لا يطعن عدالته وفي معنى ابن قدامة الملاهي نوعان محرم وهو الآلات المطربة بالاصطكاك كالمزمار والطنبور ونحوه لما روى ابو امامة انه عليه السلام بعثني رحمة للعالمين وامرني بمحق المعازف والمزامير والنوع الثاني مباح وهو الدف في النكاح فيسمى ما كان من جاوشة سرور ويكره غيره لما روى عن ابن عمر رضي الله عنه كان اذا سمع صوت الدف بعث ينظر ان كان في وليمة سكن وان كان في غيرها عمله بالدف في الاجناس كما يجيء شجاع عن الحسن ترنم مع نفسه قال لا يقدح في شهادته واما القراءة بالالحان فان ما يعتاده قوم وحظر بها قوم والمختار ان كانت الالحان لا تخرج الحروف عن نظمها وحدودها تتبع فهي مباحة والا ففيها كما ذكر وقد قدمنا في باب الاذان ما يزيد هذا تحسينا لا يكون الامع تغيير تضييع الحروف فلا معنى لهذا التفصيل ونقلنا هناك عن الامام احمد رحمه الله انه قال للسائل عن القراءة بالتلحين وقد اجاب بالمنع ما اسمك فقال محمد فقال لا يعجبك ان يقال لك يا محمد ونادوا النائحة فظاهر انها ايضا في العرف لمن اتخذت النياحة مكسبة فاما اذا ناحت فقط فهي في الذخيرة قال لم تر والنائحة التي تنوح في مصيبتها بل التي تنوح في مصيبة غيرها اتخذت ذلك مكسبة لانها لما ارتكبت معصية لاجل المال لا يؤمن ان تكذب شهادة الزور كذلك وهو اجيب عليها من النياحة والنوح وهي النساء والنوح في مدة طويلة لم تتب بذا احد من المشائخ فيما علمت لكن بعض متاخري الشارحين نظر فيه بانه معصية فلا فرق بين كونه للناس اولا قال صلى الله عليه وسلم ليس منا من ضرب الخدود وشق الجيوب ودعى بدعوى الجاهلية وهي في صحيح البخاري ولا شك ان النياحة ولو في مصيبة نفسها معصية لكن الكلام في ان القاضي لا يقبل شهادتها لذلك وذلك يحتاج الى الشهرة ليصل الى القاضي فانما تعيد بكونها للناس بهذا المعنى والاخوف وعيد تتلقى في قولهم ولا من الشرب على اللوبد يشرب الاشربة المحرمة خمرا وغيره ولفظ محمد في الاصل ولا شهادة مدمن خمر ولا شهادة مدمن السكر يريد بدلو من الاشربة المحرمة التي ليست خمرا نقال بذا الشارح شرط الادمان في الخمر ونبيذ الاشربة يعني الاشربة المحرمة لسقوط العدالة مع ان شرب الخمر كبيرة بلا قيد الادمان ولهذا لم يشترط انصاف في شرب الخمر الادمان لكن نص عليه في الاصل كما سمعت فما هو جوابه هو الجواب في تقييد المشائخ بكون النياحة للناس ثم هو نقل كلام المشائخ في توجيه اشتراط الادمان انه انما شرط ليظهر عند الناس فان من يشربها سرا لا تسقط عدالته ولم يفس فيه بكلية واحدة فكذا الذي ناحت في بيته لمصيبتها لا تسقط عدالتها لعدم اشتهارها ذلك عند الناس والنظر الى تعليل المصنف رح بعد ذكر الادمان بانه ارتكب محرما دينيا مع ان ذلك ثابت بلا ادمان وانما اراد انه اذا ادمن حينئذ يظهر انه ارتكب هذا دينيا فترد شهادته بخلاف ما اذا مرت تنوح للناس فظهر حينئذ فيكون كالذي يظهر ويخرج سكران ويلعب بالصبيان في رؤوس الاشهاد وصرح بان الذي يتم به شرب الخمر لا تسقط عدالته ومنهم من فسر الادمان بينة وهو ان يشرب مرة اخرى وهذا هو معنى الاصرار وانت تعلم انه سيذكر رد شهادة من يأتي بابا من ابواب الكبائر التي تتعلق بها الحدود وشرب الخمر جنسا من غير توقف على ان نية شربه الان الفية امر باطن لا تظهر للناس الا مارات التي تتعلق بوجودها حكم القاضي لا بد ان يكون ظاهرة لانها معرفة والخفي لا يعرف والظهور بالادمان الظاهر لا بالبينة نعم بالادمان الظاهر يعرف اصراره لكن بطلان العدالة لا يتوقف في الكبائر على الاصرار بل ان يأتيها ليعلم ذلك وانما ذلك في الصغائر وقد اندرج فيما ذكرنا شرح ذلك اما من يلعب

قال ولا من يدخل الحمام من غير ازار لان كشف العورة حرام وباكل الربوا او يقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق ما لم يواظب عليه من الشهادة وكان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان يكون اكل الربوا مشهودا به لان الانسان قلما يجتنب عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا

بالطيور فلانه يورث غفلة وهذا كله بالخاصية المعروفة بالاستقراء وترد شهادة المغفل لعدم الامن من زيادته وتقصيره لانه يتوقف على عورات الناس لصعود سطوحهم ليطير طيره وهذا يقتضي منع صعود السطح مطلقا الا ان يراد ان ذلك يكثر منه لهذه الداعية فانها داعية كالحرب في اقتضائها المواظبة عليه كما في اللعب بالشطرنج فانه يشاهد فيه داعية عظيمة على المواظبة حتى انهم يستعملون النهار والليل لا يسأل عن مثل هذا شيء فاسن فلهذا وجه على انه من دواعي الشيطان والاولى ان اللعب بالطيور فعل مستخف يرتكب في الغالب فتعامل الناس الاول وجعلهم وذلك مما يسقط العدالة هذا وفي تفسير الكبائر كلام فضيل هو الذي ذكر في الحديث وهو الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم اكل الربوا واكل مال اليتيم وفي البخاري عنه عليه السلام اجتنبوا سبع الموبقات قالوا يا رسول الله صلى الله عليه وسلم وما هن قال الشرك بالله والسحر واكل الربوا واكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات وفي الجامع عنه عليه السلام الا انبئكم باكبر الكبائر قالوا بلى يا رسول الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها الحديث وقد عد ايضا منها السرقة وورد في حديث ابن جميع بين صلاتين من غير عذر فقد اتى بابا من ابواب الكبائر وقيل الكبيرة ما فيه حد وقيل ما ثبت حرمته بنص القرآن وقيل ما كان حراما لعينه فيدخل فيه نحو الهر ونهبا ما كان حراما محضا مسمى في الشرع فاحشة كالمواطبة ولم يسم بما لكن شرع عليها عقوبة محضة بنص قاطع امافي الدنيا بالحد كالسرقة والزنا والوعيد بالنار في الآخرة كاكل مال اليتيم والاستقطاع العدالة شارب الخمر فنفس الشرب لان هذا الحد ما ثبت بنص قاطع الا اذا داوم على ذلك فان العدالة تزول بالاصرار على الصغائر فهذا اولى وبهذا يخالف ما تقدم من عد شرب الخمر من الكبائر في نفس الحديث وذكره الاصحاب في الخلاصة بعد ان نقل القول بان الكبيرة ما فيه حد نص الكتاب جليل واصحابنا لم يأخذوا بذلك انما نبنوا على ثلثة بيان احدها ما كان شنيعا بين المسلمين وفي هتك حرمته تعظيم والثاني ان يكون فيه منافاة المروة والكرم وكل فعل يرفض المروة والكرم فهو كبيرة والثالث ان يصر على المعاصي والفجور ولا يخفى ما في هذا من عدم الانضباط وعدم الصحة ايضا وفي الفتاوى الصغرى العدل من يجتنب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته وفي الصغائر الغلبة للكثير حتى نقلا عن ادب القاضي للخصاف وعليه المعول غير ان الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج الى الظهور هذا شرط في شرب المحرم السكر الا ومان والله سبحانه وتعالى اعلم ولا تقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والمجانة على الشرب ان لم يشرب لان اختلاطه بهم وتركه الامر بالمعروف تسقط عدالته وفي الذخيرة والمحيط وكذا الامانة على المعاصي واحتشى عليها من جملة الكبائر قوله ولا من يدخل حماما بغير ازار لان كشف العورة حرام وفي الذخيرة اذا لم يرتدع عن ذلك وامامذكر الكرخي ان من يمشي الطريق بسراويل ليس عليه غيره لا تقبل شهادته فليس للمروة بل لانه يخل بالمروة قوله او باكل الربوا قد مر في فصل الافعال المستحقرة اما كل الربوا فكثير اطلقوه وقيده بعضهم في الاصل بان يكون مشهورا به فقيل لان مطلقه لو اعتبر فالعالم يقبل شاذا لان العقود الفاسدة كلها في معنى الربوا وقل من يباشر عقود البياعات ويسلم وانما منه وقيل لان الربوا ليس بحرام محض لانه يفيد الملك بالقبض كسائر البياعات الفاسدة وان كان عاصيا مع ذلك فكان ناقصا في كونه كبيرة والمانع في الحقيقة هو ما يكون دليلا على امكان ارتكاب شهادة الزور حرام محض فالدال عليها لابد من كونه كذلك بخلاف اكل مال اليتيم ترد شهادته بمرة وقيل لانه اذا لم يشتهر به كان الواقع ليس الا تهمة اكل الربوا ولا تسقط العدالة به وبهذا اقرب ومرجعه الى ما ذكرنا في حد تقييد شرب الخمر بالادمان واما قوله ليس بحرام محض فلا تعويل عليه والدال على تجويز شهادة الزور يكفي كونه مرتكبا محظورا فيه الا ترى الى ما قال ابو يوسف واذا كان الفاسق وجيها تقبل شهادته لبعدان يشهد بالزور لوجاهته على ما تقدم ثم لم يرتض ذلك لانه مخالف لنص

قال ولا من يفعل الافعال المستقذرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه تارك للمروءة واذا كان لا يستحيي من مثل ذلك لا يهتم من الكذب فتقبل شهادته

الكتاب قوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا واما الاول فالربوا لم يخلص يعتقد على الاموال الربوية فيه تفاضل او نسيئة بل اكثر ما كانوا عليه وسبب آيتا الربوا بالسبب اقتراضهم المقدار كالمائة وغيره باكثر منه اولى اجل فان لم يقبضه فيه اربى عليه فتريد الكمية وهذا هو المتعارف في غالب الازمان لا بيع درهم بدرهمين نقدا لا تتفق ذلك اصلا او لا قليلا واما اكل مال اليتيم فلا يتصور احد ولو صوا انه يجري وانت تعلم انه لا بد من الظهور للقاضي لان الكلام فيما يرد به القاضي الشهادة فكان ينبغي ان يظهر لانه يحاسب فيعلم انه استنقص من المال والحاصل ان الفسق في نفس الامر مانع شرعا غير ان القاضي لا يرتب ذلك الا بعد ظهوره له فالكل حاء في نوع كذا قول اذا علم انه يكتسب لا تزور شهادته سواء اقام به او لم يقم مرما في حديث ابي داود من يكتسب بالنرد شيرا فقد عصى الله ورسوله ولعبة الطاس في بلادنا شبيهة لانه يرمي ويطرح بلا حساب باعمال وفكر وكل كان كذلك مما احدثه الشيطان وعلى اهل النظافة فهو حرام سواء قصد به او لا واما الشطرنج فقد اختلفوا في اباحته فعند نا لا يجوز وكذا عند الامام احمد لما روينا فانه قد قيل ان النرد شير هو الشطرنج ولما سياتي في باب الكراهة ان شاء الله من قوله صلى الله عليه وسلم كل لهو المؤمن باطل الا ثلاثة تاديبه فرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله رواه ابو داود عن عقبة بن عامر عنه صلى الله عليه وسلم ليس من اللهو الا ثلث تاديب الرجل فرسه وملاعبته مع اهله ورميه بقوسه ونبله وعند الشافعي ومالك يباح مع الكراهة ان تجرد عن الحلف كاذبا والكذب عليه وتاخير صلوة عن وقتها والمقامرة فلما كان للاجتهاد فيه تجرد وسلم لم تسقط العدالة به واما ما ذكر من ان من يليه على الطريق رد شهادته فلانه يانه الامور المحقرة ولا تقبل شهادة اهل السعبدة والنهي في عبارة كما كالاذا ما سواك عن الذي ياكل منها وتجلد بها كسبا فاما من علما ولم يعلما فلا وصاحب البيت يعلم بذا قوله لان تعاطي الافعال المستقذرة وفي بعض النسخ المستهجنة وفي بعضها المستخفة فان لم تكن في نفسها محرمة والمستخفة بضم الخاء وكسرها التي يستخف الناس رفع علمها او بخصلة التي تستخف الفاعل فيعيبه ومنه لا يليق وعلى هذا المعنى تحولا تكون يستخفنك الذين لا يوقنون وذلك كالاكل على قارعة الطريق يعني بمراى الناس والبول عليها ومثله الذي يكشف عورته يستحيي من جانب بركة والناس حضور وقد كثر ذلك في ديارنا من العامة وبعض من لا يستحيي من الطلبة والمشي بسراويل فقط ومد رجله عند الناس وكشف راسه في موضع بعيد فعله خفة وسوء ادب وقلة مروة وحياء لان من يكون كذلك لا يبعد منه ان يشهد بالزور وفي الحديث عنه عم ان مما ادرك الناس من كلام النبوة الاولى اذا لم تستح فاصنع ما شئت وعن ابي يوسف ان شيخا صارع الاحداث في الجامع لم تقبل شهادته لانه سفيه واما اهل الصناعات الدنية كالكساح وهو الذي يبيع في عرف بلاد مصر قواتي والزبال والحائك الحجام فقيل لا تقبل وبه قال الشافعي واحمد وبه كثرة ظلمة الوعد وكذبهم ورايت اكثر علماء الوعد السكوي والاصح تقبل لانها قد لا تخلو صانعون فلو لم تقبل شهادة احد لم يبق على ظاهر الصناعة ومثله الخياطون والدلالون فانهم يكذبون كثيرا زيادة على غيرهم فلا تقبل الا من علم عدالته منهم وقيل لا تقبل شهادة باعي الاكفان قال شمس الائمة هذا اذا ترصد لذلك العمل فاما اذا كان يبيع الثياب ويشتري منه الاكفان فيقبل لعدم تمنيه الموت للناس الطاعون وقيل لا تقبل شهادة الصكاكين لانهم يكتبون هذا ما اشترى ابياع او اجر او بعض المهيع قبل وقوعه فيكون كذبا والفرق في الكذب بين القول والكتابة والصحيح تقبل اذا كان غالب احوالهم الصلاح فانهم غالبا انما يكتبون بعد صدور العقد قبل صدوره يكتبون على المجاز تنزيلا لما سيقع منزلة الواقع سيقتون من الكتابة اذا صدر المعنى بعد اوردوا بعض العلماء شهادة القروي والاعرابي وعامة العلماء تقبل الا اذا علم غيره ولا تقبل شهادة الطفيلي والاقاص والمجازف في كلامه المسخرة وفي الحديث ويل للذي يحدث ويكذب كي يضحك الناس ويل له ويل بالاخلاف وقال الضحاك بن مخلد ان يشتم الرجل وما لكه كثيرا في كل ساعة لا تقبل وان كان راجيا تقبل كذا الشتام للحيوان كدابة وما شابه ذلك كثير

من غلبة رسيت السلف لظهور فسقه بخلاف من يكفره وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما وقعه فيه لا تدينه فيتحرى الكذب صار كمن يشرب المثلث اويأكل مترددا التسمية عامدا مستبيحا اذ لك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية فهم قوم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة تشيعا واجبة فتكذب التهمة في شهادتهم فظهر فسقهم

قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت ملهم وقال مالك والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون فيجب التوقف في خبره ولنا لا تقبل شهادتهم على المسلم فصار كالمرتد ولنا ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض لانه من اهل الولاية على نفسه وعلى اولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يتحرى ما يعتقد انه محرم دينه والكذب محظور الاديان كلها فتجازوا في المرتد لانه لا ولاية له وتجازوا في شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليهم ولانه يستقل عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فالكفر ملة واحدة يحامي بعضهم على البعض

يشتمون بالدابة فيقولون قطع الله يدك بالملك فلان من يحلف في كلامه كثيرا ونحوه وذكر ان الفضل بن الربيع شهد عند ابي يوسف فرد شهادته فشكاه الى الخليفة فقال الخليفة ان وزيري جهل دين لا يشهد بالزور فسلم ردت شهادته قال لاني سمعته يقول للخليفة انا عبدك خان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك فعذره الخليفة والذي عندي ان رد ابي يوسف رحمه شهادته ليس لكذبه لان قول الحر لغيره انا عبدك انما هو مجاز باعتبار معنى القيام بحقك كوني تحت امرك مستدلا على انه نفسي في ذلك الكلام بالمجاز على اعتبار الجامع ووجه الشبه ليس كذبا محضا شرعا ولذا وقع المجاز في القرآن ولكن رده لما يدل عليه خصوص هذا المجاز من ذلال نفسه وتحقيره لاجل الدنيا فصار كما لو غير هذا الكلام فاقبل الخليفة فعدل الى الاعتذار بما يقرب من خاطره والحاصل ان ترك المروءة مسقط للعدالة وقيل في تعريف المروءة ان لا يأتي الانسان ما يعتذر منه مما يخطه من مرتبته عند اهل الفضل وقيل السمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق دني والسخف رقة العقل من قبل ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وعن ابي حنيفة رحمه لا تقبل شهادة الجيل وقال مالك ان اقط لانه يؤدي الى منع الحقوق قوله ولا من يلعب بالشطرنج كالصحابة والتابعين ومنهم ابو حنيفة رحمه وكذا العلماء ونص ابو يوسف رحمه على عدم قبوله قال لانه اذا اظهر سب واحد من المسلمين سقط عدالته فاذا اظهر في واحد من الصحابة يكفي يكون متعمدا وقيد بالاظهار لانه لو اعتقده ولم يظهر فهو على عدالته تقبل شهادته وكذا قال ابو يوسف من رواية ابن سماعة لا اقبل شهادة من يشتم اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل شهادة من يتبرأ منهم لان اظهار الشتيمة محبة منه لا يأتي بها الا لوضاع والاسقاط وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك المتبري لانه يعتقده ويتبرأ مرضيا عند الله وان كان على باطل فالحاصل انه من اهل الاهواء وشهادة اهل الاهواء جائزة وتقبل شهادة اهل الاهواء كلهم من المعتزلة والقدرية والخوارج وسائرهم تقبل شهاداتهم على مثلهم وعلى اهل السنة الا الخطابية وهم فرقة من الروافض لا خصوص من بينهم وهو اسم لفرقة تكذب لا تقبل عندهم انهم يشهدون لمن حلف لهم انه محق ويرون وجوب الشهادة لمن كان على رأيهم وهو الذي ذكره المصنف قبول شهاداتهم كذلك وغير شيعتهم للامر الاول وما نقله المصنف عن الشافعي هو قول مالك في احد قولي الشافعي واما قول الشافعي فحكمنا بالاختلاف وجه قول مالك ان البدعة في الاعتقاد من اعظم الفسوق فوجب رد شهادته بالآية ولنا ان صاحب الهوى مسلم غيرتهم بالكذب لتدينه بتحريمه بما يكفره كالخوارج فهو البعد من التهمة واما الآية فانها مخصوصة بالفسق من حيث الاعتقاد مع الاسلام فكان المراد منها الفسق العملي ولذا قال محمد تقبل شهادة الخوارج اذا اعتقدوا ولم يقاتلوا فاذا قاتلوا ردت شهاداتهم لاظهار الفسق بالفعل والدليل على التخصيص اتفاقنا على قبول روايتهم للحديث وفي صحيح البخاري كثير منهم مع اعتماد المتون في الصحة مع ان قبول الرواية ايضا مشروطة بعدم الفسق ظاهرا وبالجملة ان من رد شهادته بالفاسق لتعمده الكذب فذلك منتف فيهم والخطابية نسبة الى ابي الخطاب محمد بن ابي زينب الاسدي الاجدع وقيل محمد بن ابي وهب الاجدع وخرج ابو الخطاب بالكوفة وحارب عيسى بن موسى بن علي بن عبد الله بن عباس رضي الله عنهم واظهر الدعوة الى جعفر فتكلم منه جعفر ودعا عليه فقتل هو واصحابه قتله عيسى بالكناسة قوله وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض قيد بالبعض لما بينا ان شهادتهم على المسلم فيها خلل في اللفظ شهادة اهل ملة منهم على اهل ملة اخرى تقبل عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله وان اختلفت ملهم اعتبارا بالمسلمين وهو قول ابي بكر وابي عبيد لنا لا تقبل مع اتفاق الملة كشهادة اليهودي على النصراني وعكسه قال لان الكفر ملل يتقابلن فتقبل اصلا لانه فاسق قال تعالى والكافرون هم الظالمون ووقع في كثير من نسخ الهداية والكافرون هم الفاسقون وفي النهاية بالسنة المصححة خطأ شيخي قال تعالى للكافرين هم الفاسقون اذا الذي في القرآن والكافرون هم الى قوله المؤمنون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادتهم على المسلم كالمرتد

قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به والله اعلم المستأمن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل داره وهو على حاله ويقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة وان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ؛ لهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل داره الا ترى انه لا يكون مستأمنا

بذلك الكاذب ويحلفهما ويشهد ما ذوي عدل منكم وقال من يهون من الشهداء والكافر ليس في اعدل ولا مرضي ولا مسلما فلو قبلنا شهادتهم لاوجبنا القضاء على الغائب بشهادتهم ولالزم على المسلم شيء بقول قال احمد ولنا ما روى ابن صلى الله عليه وسلم جازت شهادة انصار بعضهم على بعض قال الامام الحرجي غريب وبهذا طابق المدعى وهو ان شهادة بعضهم على بعض جائزة وان اختلفت ملكهم وهو قال اهل الكتاب بعوض انصاري وافق وكذا اخرجه ابن ماجة عن جابر عن الشعبي عن جابر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة اهل الكتاب بعضهم على بعض وبما الدراية قال ثم قال شيخنا علاء الدين دليل جدلي لبعض نفاة الهداية اليهود عوض النصاري وذكر ما رواه ابو داود بهذا الاسناد جاءت اليهود برجل وامرأة منهم بزنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ائتوني باعلم رجلين منكم فاتوه بابني صوريا فنشدهما الله كيف تجدان امر هذين في التوراة قالا نجد في التوراة اذا شهد اربعة منهم انهما زنيا وقد احصنا رجما قال فما يمنعكما ان ترجموهما قالا ذهب سلطاننا فكرهنا القتل فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم باليهود فجاء اربعة منهم فشهدوا انهما زنيا فامر برجمهما قال فرأيت الرجل يحني على المرأة يقيها الحجارة قال ثم قال شيخنا علاء الدين بخطه هذا وجدته في نسخة بخطه وهو تصحيف وانما هو مدعى بالشهود كذا في نسخة بخمسين نسخة وكذا رواه اسحاق بن راهويه وابو يعلى الموصلي والبزار في مسانيدهم والدارقطني كلهم قالوا فدعا بالشهود قال في التنقيح قوله وفي حديث فدعى بالشهود فشهدوا زيادة في الحديث تفرد بها مجالد ولا يحتج بما تفرد به انتهى كلامه لكن الطحاوي اسنده الى عامر الشعبي عن جابر وفيه ان صلى الله عليه وسلم قال ائتوني باربعة منكم يشهدون ثم قول الناطل لا يقبل ما تفرد به مجالد يجري فيه ما ذكر من ان الراوي الضعيف اذا قامت دلالة على صحة ما رواه حكم به لارتفاع وهم الغلط ولا شك ان رجمه عمر كان بناء على ما سأل من حكم التوراة فيهما واجيب من ان حكمها الرجم بشهادة اربعة اذ هو يوافق ما انزل اليه فلا بد من كونه بنى على شهادة اربعة في نفس الامر منهم وان لم يذكر في الرواية الشهود لان القضية كانت فيما بين يدي محاكمهم فهذه دلالة على ان مجالدا لم يغلط في هذه الزيادة وانت علمت في مسئلة اهل الهوا ان مثل الآية تسوق الافعال لانه الذي تيسر بها بالكذب للاعتقاد الا ان شهادتهم على المسلمين نسخت بقوله ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فبقيت شهادتهم على بعضهم بعضا ثم استدل على المعنى وهو ان الذمي من اهل الولاية على جنسه بدليل ولايته على اولاده الصغار وعليه فجازت شهادته على جنسه بخلاف المرتد لقيام عليهم اذ لا ولاية له اصلا فلا شهادة له ولانه يتقول على المسلم لغموضه تحيره فكان متهما فيه بخلاف اهل ملة على ملة اخرى على ان علماءنا يسلمون تحت قوله الآخر فلا عامل على المنقول عليه والا يخفى ما فيه اذ الحجر والعداوة مانع من القبول كما في مسلم فيما روى مسلما ثم فيه بهذا المعنى حديث ضعيف بسبب بن راشد رواه الدارقطني وابن عدي من حديث ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز شهادة ملة على اخرى الا امة محمد صلى الله عليه وسلم فانها تجوز على ملة غير حر وايضا فقول الراوي اجاز شهادة اهل الكتاب بعضهم على بعض يحتمل ان يكون حكاية واقعة حال شهد فيها بعض اليهود على بعض او بعض النصارى على بعض فلا عموم لها ويحتمل انه حكاية تشريع قولي فيعم شهادة الملتين ملة على ملة فلا يكون احدهما عينا غيرا ان في هذه خللا في الاصول وهي مسئلة قول الراوي مثل قضى بالشفعة **قوله** ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به المستأمن لانه لا يتصور غيره فان الحربي لو دخل بلادنا امانا فقهرا استرق ولا شهادة لعبد على احد وذلك لان الذمي اعلى من المستأمن لانه قبل ملك الاسلام وهو الجزية فهو اقرب الى الاسلام منه ولهذا تقبل المسلم بالذمي عنه لا بالمستأمن وقوله بخلاف الذمي مستدل بقوله فان كانوا من دارين يعني تقبل شهادة الذمي على المستأمن وان كانا من اهل دارين مختلفين لان الذمي بعقد الذمة صار كالمسلم وشهادة المسلم تقبل على المستأمن فكذا الذمي وانما لا يجري التوارث بين الذمي والمستأمن لان ملك المستأمن

وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية في على هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة لكلا بد له من توقي الكبائر وكلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا تاما لا الملم بمعصية لا يقدح به العدالة المشروطة فلا وجه لما في الشهادة المشروحة ٢ ص في اعتبار اجتنابه الكل سدا بابه وهو مفتوح احياء للحقوق **قال** وتقبل شهادة الاخفش لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لو يتبع بهذا الصنيع سكاكا **قال** الخصي فان عثمان رضي الله عنه قبل شهادة حفنة الخصي لانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده **قال** ولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد كما في الكفاءة وهو مسلم وقال مالك لا تقبل في الزنا لانه يجب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدالة لا تنافي ذلك ولا يستحب الكلام في العدل **قال** شهادة الخنثى جائزة لانه رجل اذا بال من ذكره وامرأة اذا بال من فرجه **قال** شهادة العمال جائزة وللامام السلطان عند عامة المشايخ لان فسق العمل لا يسري فسق الامانة كما لا يوجب فسق الظلم فعل العامل اذا كان حسنا في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما روى عن ابي يوسف في الفاسق اذا ظهر منه مروءة لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة وفيها بنية لا يتحاشى عن الكذب

من اهل ديارنا فيما يرجع الى المعاملات والشهادة منها ومن اهل الحرب في الارث والمال **قوله** واذا كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته هذا هو المعنى المروي عن ابي يوسف في حد العدالة وهو احسن ما قيل وفيه تصويب لم يعترض المروة بل اعتبر على تعلق بالمعاصي والمروي عن ابي يوسف هو قوله ان لا يأتي بكبيرة ولا يصر على صغيرة ويكون ستره اكثر من هتكه وصوابه اكثر من خطائه ومروته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب وبانة ومروة كهذا نقله القاضي ابو حازم حين سأله عبيد الله بن سليمان وزير المعتضد عن العدالة فقال له احسن ما قيل في هذا الباب ما روى عن ابي يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصاري القاضي ثم ذكر ذلك فكان كما ترى فيه قوله ومروته ظاهرة وقول المصنف وهذا الامام بعيد فلا تنقدح به العدالة بيد الصغيرة ولفظ الامام والم يشتهر في الصغيرة ومنه قول الحماسي هو ليسي بين الصفا والمروة ان تنفر اللهم قضيبها ذي عبد لك لا ابيا كما اورده الختني عنه بسنده ونسبه الخطابي الى هبة ونسبه صاحب الغريبين اياه الى النبي صلى الله عليه وسلم غلطا والاباشي ذكر افراد نص عليها منها ترك الصلوة بالجماعة يعيد الامام الاعظم عليه في دين لاحال ان كان متاولا في تركها كان يكون معتقدا فضيلة اول الوقت والامام يؤخر الصلوة او غير ذلك لا تسقط عدالته بالترك كذا ترك الجمعة يعيد منهم من اسقطها بمرة واحدة كالحلواني ومنهم من شرط ثلاثة عشرات كالسرخسي والاول اوجه وذكر الاسبيجابي من اكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الاكثر ولا بد من كونه غير متأول التقوى على صوم الغد ومواصلته الضعيف كذا من خرج لرؤية السلطان والامير عند قدومه وشاهد شيخ صالح حاسبة انه في النفقة في طريق مكة كاتبه راى سنة تضييقا ومشاحة تشهد بالبخل وذكر الخصاف ان ركوب البحر للتجارة او التفرج يسقط العدالة وكذا التجارة الى ارض الكفار وقرى فارس ونحوها من طريق ينفسه وفضله لغير المال فلا يؤمن ان يكذب لاجل المال وترد شهادة من لم يحج اذا كان موسرا على قول من يراه على الفور وكذا من لم يؤد كفارته واخذ الفقيه ابو الليث وكل من شهد على اقرار باطل وكذا على فعل باطل مثل ما يأخذ سوق الخاسرين مقاطعة واشهد على وثيقة باشهدوا قال المشايخ ان شهد واصل لهم اللعن لانه شهادة على باطل فكيف بهؤلاء الذين يشهدون عند باشري السلطان على خمان البهمات والاجارات المضاعفة وعلى المحبوسين عندهم والذين في ترسيمهم **قوله** وتقبل شهادة الاقلف بخلاف علية الخصاف قال وتجوز صلوته امامته الا اذا تركه على وجه الرغبة عن السنة الا خوفا من الملاك وكل من يراه واجبا تبطل به شهادته وعندنا هو سنة لما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال اختتان للرجال سنة وللنساء مكرمة وعن ابن عباس رضي الله عنه انه لا تقبل شهادته ولا تؤكل ذبيحته لما اراه ابو يوسف الاتي الى قوله ولا تؤكل ذبيحته **قوله** والخصي اذا كان ... لا مانع لان حاصل امره ظلوم لهم لو كان ارتضاه لنفسه مختارا سمع وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصي على قدامة بن مظعون رواه ابن ابي شيبة بسنده ورواه النعيم في الحلية ثنا اسمعيل بن مسلم عن ابي المتوكل ان الجارود وشهد على قدامة انه شرب الخمر فقال له عمر ما يسكك شاهد آخر قال لا قال عمر ما اراك الا مجلودا قال يشرب فتسكت الخمر واجلدنا فقال علقمة الخصي لعمر لا تجوز شهادة الخصي قال وما بال الخصي لا تقبل شهادته قال فاني شهدت اية تبقيا فقال عمر ملقا حتى شربها فاقام عليه الحد واخرجه عبد الرزاق مطولا **قوله** وولد الزنا اي تقبل شهادته في الزنا وغيره ولا تزر وازرة وزر اخرى وعن مالك لا تقبل في الزنا وهو ظاهر في الكتاب شهادة المخنث مشكل جائزة اذ شهد مع رجل او امرأة فلو شهد مع رجل احد او امرأة واحدة لا تقبل لان الاشكال لظهور ما يكذبه بانه رجل وامرأة فتعمل بمقتضاه **قوله** وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان لان العمل فسقه ليس بتسق لانه معين للخليفة على اقامة الحق وجبا المال الواجب ولو كان فسقا لم يله ابو هريرة وابو موسى الاشعري لعمر وكثير وبذا احسن مما قيل ولو كان فسقا لم يله ابو بكر وعمر وعثمان لان هؤلاء خلفاء والعمال في العرف من يولهم الخليفة عملا فيكون نائبه فيه وكان الغالب فيهم العدالة في ذلك الزمان فتقبل عالم لم يظهر منه ما يكذبه

قال واذا شهد الرجلان ان ابا هذا اوصى الى فلان والوصي يدعي ذلك فهو جائز استحسانا وان اقر الوصي انه لا وصي له ولا يجوز ان يدعي في القياس لا يجوز ان يدعي على هذا اذا شهد الوصي لهما بذلك لانه يثبت لهما على الميت دينا او على الميت عينا وهما يجران المنفعة الى انفسهما بشهادتهما فلا تقبل شهادتهما وجه الاستحسان ان الوصي معزول عن الوصاية بالموت لانه لا ولاية للميت على احد بعد موته وانما يثبت للوصي ولاية التصرف في التركة بالتوكيل من جهة الميت فكان الوصي بمنزلة الوكيل والوكيل اذا شهد لموكله على غيره تقبل شهادته فكذلك الوصي واذا كان الوصي بمنزلة الوكيل فالقاضي بمنزلة الموكل فكان الوصي شاهدا للقاضي بهذه الشهادة موكلا ان يثبت بها شيئا فصار كالقاضي اذا شهد الوصيان اذا قرا ان معهما ثالثا يعلم القاضي نصب ثالث معهما لم يجز شهادتهما بالاتفاق بخلاف ما اذا انكر او لم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة وفي التوقيف للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا فالتوقيف اجبر كان على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما وان شهد الوصيان اباهما الغائب كله بقبض دينه بالكوفة فادعى الوكيل انه انكر لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل على الغائب فلو ثبت انما يثبت شهادتهما وهي غير موجبة لذلك التهمة قال ولا يسع القاضي الشهادة على جرح مجرد ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الرفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر يجب الا شاعة حرام الا لضرورة ولا ضرورة لان الخوف ذلك يتمادى على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم

وقيل اراد ما روى عن ابي يوسف في القاضي الجبه وعلمت ما فيه ورد شهادة الوزير لقوله للخليفة انا عبدك يريد بهذه الرواية وقيل اراد بالعمال الذين يعملون ويؤاجرون انفسهم للعمل الان من الناس من رد شهادة اهل الصناعات لخسيسة فاردد هذه المسئلة فاطلاقهم يخالفه وكيف لا وكسبهم طيب وذكر الصدر الشهيد ان شهادة الزبيب لا تقبل وكذا اعلاف دواب القاضي التي تجمع عنده الدراهم ويأخذها طوعا لا يقبل وقدمنا عن البزدوي ان القائم بتوابع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين ما جورا ان كان اصل ظلمه على الناس لا تقبل شهادته والمراد بالزبيب زبيب القرية وهو الذي في بلادنا الشيخ البلدي وشلال المعروفون في المراكب والعرفاء في جميع الاصناف وضمان الجهات في بلادنا لانهم كلهم اعوان على الظلم قوله واذا شهد الرجلان ان رجلا ادعى انه وصي فلان الميت فشهد بذلك اثنان ان وصي لهما المال وورثان او غرماء لهما على الميت دين او وصيان فانه جائز استحسانا والقياس ان لا تجوز لان شهادة هؤلاء تتضمن جلب نفع للشاهد بما لوارثان لقصد حمايته بتصرف لهما وترديجها وبقوم احياء نفوقها والغريمان الدائنان مع الموصى اما لوجود مندوحة فيان مندوحة المديونين لوجود من يبرآ لان بالدفع اليه والوصيان من تعيينها في التصرف في المال والمطالبة وكل شهادة جرت نفعا لا تقبل وجه الاستحسان انا لم نوجب بهذه الشهادة على القاضي شيئا لم يكن واجبا عليه بل انما اعتبرناها على وزان القرعة لا تثبت بها شيء ويجوز استعمالها لفائدة غير الاثبات كما جاز استعمالها لتطييب القلب في السفر باحدى نسائه لدفع التهمة عن القاضي في تعيين الانسب فكذا هذه الشهادة وفي هذه الصورة وانما اعتبرناها لفائدة اسقاط تعيين الوصي عن القاضي فان القاضي اذا ثبت الموت ولا وصي نصب الوصي وكذا اذا كان للميت وصي وادعى العجز وهذه الصورة من ذلك فان الشهادة لم تثبت شيئا وثبت الموت فللقاضي او عليه ان ينصب وصيا فلما شهدوا لا بوصاية هذا الرجل فقد رضوه واعترفوا بالاهلية الصالحة لذلك فكفى القاضي بذلك مؤنة التفتيش على الصالح وعين هذا الرجل بتلك الولاية لا بولاة اوجبتها الشهادة المذكورة وكذلك حيا الميت له شهد بالثبات فقد اعترفا بعجز شرعي منعا عن التصرف الا ان يكون هو معهما او بعجز علمه الميت منهما حتى لو خلا معه نصب القاضي الآخر وفي الصور كلها ثبوت الموت شرط لان القاضي لا يملك نصب وصي قبل الموت الا في شهادة الغريمين المديونين فانه لا يشترط في اثبات ذلك الموصى الذي شهد لثبوت الموت بانهما متفقان على انفسهما بثبوت حق قبض الدين لهذا الرجل فصار كما لو شهدا بالوصية والموت بخلاف ما لو شهدا ان ابا هما الغائب وكل هذا الرجل بقبض دينه وهو يعلم لو كالة لا تقبل لانه ليس للقاضي ولاية نصب الوكيل عن الغائب فلو اثبت القاضي وكالته لكان ثبتا لها بهذه الشهادة وهي لا تقبل التهمة فيها على ما عرف واذا تحققت ما ذكرنا ظهر ان عدم قبول هذه الشهادة قياسا واستحسانا اذ ظهر انه لم تثبت بها شيء وانما ثبت عند القاضي وصيا اختاروه وليس هنا موضع غيره فاذا صرف اليه القياس والاستحسان جميعا واعتبر في نفس الوصاية القياس الذي ابيناه لا باه فلا وجه لتعليل المشايخ فيها قياسا واستحسانا والمنقول عن اصحاب المذهب في الجامع الصغير ليس الا ما روى عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في شاهدين شهد الرجل ان ابا هما اوصى اليه قال جائز ان ادعى ذلك وان انكر لم تجز شهادتهما وهما شهدا ان ابا هما كان يقبض دينه بالكوفة كان باطلا في ذلك كله لان القاضي لا يقدر على نصب وكيل عن الغائب فلم نصبه كان عن هذه الشهادة وهي ليست بموجبة فرع لا تقبل شهادة الوصي للصبي بعد العزل لو شهد للورثة الكبار تقبل وان كان في حال الوصاية قوله ولا يسع القاضي الشهادة على جرح مجرد ولا يحكم به قيل قوله ولا يحكم به تكرار لا حاجة اليه ويجوز ان لا يسمع البينة ويحكم بعلمه فلم يلزم من عدم السماع عدم الحكم على ما مر في الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وقد يعهد فان كان بعضنا احدا سمعت الشهادة وحكمها وذلك بان يشهد ان شهودا فسقة او اكلة الربا او شربة الخمر او على اقرارهم انهم شهدوا بالزور او انهم رجعوا عن الشهادة

قال ولو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استأجر الشهود لم تقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته لان المدعى عليه في ذلك اجنبي عنه حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها على اني صالحت هؤلاء الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او شريك المدعي تقبل

او على اقرارهم انهم اجراء في هذه الشهادة او اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او اقرارهم ان لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة ففي هذه الوجوه لا تقبل الثلاثة اوجه اصحها الوجهان الذان ذكرهما المص ان احدهما الشهادة انما تقبل للحكم فلا بد من كون المشهود به مما يدخل تحت الحكم والفسق لا يدخل تحت الحكم لان الحكم الزام وليس في وسع القاضي الزام الفسق لاحد لتمكنه من دفعه في الحال بالتوبة الثاني ان بمجرد هذه الشهادة يفسق الشهادة فلا تقبل شهادته وهذا لان فيه اشاعة الفاحشة وهو متوعد عليه قال تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين امنوا لهم عذاب اليم فان قيل ليس المقصود اشاعة الفاحشة بل دفع الضرر عن المشهود عليه اجيب بان دفعه ليس بحجة في افادة القاضي على وجه الاشاعة بان يشهد في مجلس القضاء المشتمل على ملأ من الناس ان يندفع بان يخبر القاضي سرا فيفرع على هذه الصور التي ذكرناها ومنها ما لو اقام رجل يعني المدعى عليه البينة ان المدعي استأجر للشهود لهذا الاداء لانه على جرح مجرد قال قيل الاستيجار امر زائد على مجرد الجرح اجاب المص عنه بقوله والاستيجار وان كان امرا زائدا فلا خصم في اثباته لان المدعى عليه ليس نائبا عن المدعي في اثبات حقه هذا بل اجنبي عنه واورد انه ينبغي ان تقبل هذه الشهادة بجميع ما ذكرنا من وجوه الفسق من وجه آخر وهو ان يجعلوا مزكين لشهود المدعي فيخبرون بالواقع من الجرح فيعارض تعديلهم واذا تعارض الجرح والتعديل قدم الجرح اجيب بان المعدل في زماننا تخبير القاضي سرا تفاديا من اشاعة الفاحشة والتعادي واما الرجوع عن الشهادة فلانه لا يسمع الا عند القاضي وقول الشاهد لا شهادة عندي لشك او ظن عزاه بعد ما مضت فلا تقبل واما لو كان الجرح غير مجرد بل يتضمن اثبات حق العبد والله سبحانه بان يشهدوا ان المدعي استأجرهم بعشرة واعطاهموها من مالي الذي كان في يده او اني صالحتهم على كذا ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا وقد شهدوا وانا اطالبهم بهذا المال الذي وصل اليهم تقبل بخلاف ما لو قال صالحتهم على كذا الخ لكن لم ادفع اليهم المال لا تقبل لانه جرح مجرد وكذا اذا شهدوا ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شرب الخمر او سرق مني او زنى او شريك المدعي فيما ادعى به من المال او شهدوا على اقرارهم بانهم لم يحضروا ذلك المجلس الذي كان فيه هذا الامر قبلت او على اقرار المدعي انهم فسقة ونحو ذلك من اقراره ما يبطل شهادتهم كاقرار المدعي انه استأجرهم تقبل في ذلك كله لان منه ما تضمن حقا للعبد ومواضعة ظاهرة وفي ضمنه يثبت الجرح ومنه الشهادة برقهم فان الرق حق العبد ومنه ما تضمن حقا للشرع من حد كالشهادة بسرقتهم وشربهم وزناهم او غير حد كالشهادة بانهم محدودون فانها قامت على اثبات قضاء القاضي وقضاء القاضي حق الشرع ومنه ما هو مبطل لشهادتهم ولم يتضمن اشاعة فاحشة فتقبل ومنه شهادتهم انهم شركاء المشهود له ليس فيها اظهار الفاحشة فتقبل فتصير الشركة كالمعاينة والمراد انه شريك المفاوضة فهما حصل من هذا الباطل يكون له فيه منفعة الا ان يراد انه شريكه في المدعى به والا ان اقرار بان المدعى لهما وكذا كل ما يشهدون به على اقرار المدعي بما ينسبه الى شهوده من فسقهم ونحوه ليس فيه اشاعة منهم بل اخبار من اخبار المدعي عنهم بذلك فتصح كما لو سمع منه ذلك وذلك منه اعتراف ببطلان حقه والانسان مواخذ بزعمه في حق نفسه وكذا الاشاعة في شهادتهم انهم محدودون انما هي منسوبة الى قضاء القاضي او شهادة القذف هذا وقد نص الخصاف في الجرح المجرد انها تقبل الشهادة به فقيل في وجهه انه يسقط العدالة فتقبل كالرق وانت سمعت الفرق واول جماعة قول الخصاف بحمله على شهادتهم في اقرار المدعي بذلك او انه يجعل كشاهد زكوة نفر وجرحه نفر وقد تقدم في هذا ما يمنعه ثم قد وقع في عدم صور عدم القبول ان يشهدوا بانهم فسقة او زناة او شربة الخمر وفي صور القبول ان يشهدوا بانه شرب او زنى لانه ليس جرحا مجردا لتضمنه دعوى حق الله تعالى وهو الحد ويحتاج الى جمع وتأويل

قال ومن شهد ولم يجرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي اي خطات بنسيان عرا في زيادة باطلة بان كان شيخا هالفا فقال انماي خمسمائة اونقصان بان يشهد بخمسمائة فقال اوهمت انما هي الف جازت شهادته اذا كان عدلا لانه ثابت العدالة عند القاضي الا فسأل عنه فعدل ووجه ان الشاهد قد يبتلى به لمهابة مجلس القضاء اذ الطبع البشر النسيان وعدالته مع عدم التهمة توجب قبول قوله ذلك بخلاف ما اذا غاب ثم رجع فقال ذلك لتكن تهمة استغواء المدعي في الزيادة والمدعى عليه في النقص في المال فلا تقبل وعلى هذا اذا غاط في بعض الحدود بان ذكر الشرقي مكان الغربي ونحوه وفي بعض النسخ قال محمد بن احمد بن عمر كان محمد بن علي بن عبد الله كذا في المجلس قبل وبعده ولو اذا جاءت ولم تر دفيما اذا قضى قبل برجوع ما شهد به لان ما شهد به صار حقا للمدعي على المدعى عليه فلا يبطل حقه بقوله اوهمت ولا بد من تقييده بان يكون المدعي يدعي الزيادة فانه لو شهد بالف فقال انشاء بل الف وخمسمائة لا يقضي الا بالف لانه اقر بالف وخمسمائة وصورة الرجوع على تقدير الدعوى ان يقضي له بالف خمسمائة فشهد بالف ثم يقول اوهمت انما هو الف وخمسمائة لا تر دشهادته لكن بل يقضي بالف او بالف وخمسمائة قيل يقضي بالكل وقيل بما بقي فقط وهو الالف التي لو شهد بالف ثم قال غاطت بخمسمائة زيادة وانما هو خمسمائة يقضي خمسمائة فقط لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة وهو لو شهد بخمسمائة لم يقض بالف كذا اذا غاط وإليه مال شمس الائمة السرخسي فعلى هذا قوله في جواب المسئلة جازت شهادته اي للاثر لكن لا تقضي الا كما قلنا سواء كان وهم ذلك قبل القضاء او بعده روى الحسن عن ابي حنيفة اذا شهد شاهدان رجلين بشهادة ثم رجعا فيما قبل القضاء او بعده وقالا اوهمنا وهما غير متعمدين قبل منهما وظاهر هذا انه يقضي بالكل وعن ابي يوسف رجع رجل شهد ثم جاء بعد يوم وقال سكتت في كذا وكذا فان كان القاضي يعرفه بالصلاح تقبل شهادته فيما بقي وان لم يعرفه بالصلاح فهذه تهمة وعن محمد اذا شهدوا بالف للمدعي وقضى القاضي بشهادتهم ثم قالوا لا ندري لعل البناء في لا منهم قبيحة البناء كما لو قالوا سكتنا في شهادتنا وان قالوا ليس البناء للمدعي فضمنوا قيمة البناء للمشهود عليه فعلم بهذا ان الشهود لا تختلف الحكم من قولهم سكتنا قبل القضاء وبعده في انه تقبل اذا كانوا عدولا بخلاف ما اذا لم يكن موضع شبهة وهو ما اذا ترك لفظة الشهادة او الاداء الى المدعي عليه او الى وهم صحافانه وان جاء بعد المجلس يكون قبل القضاء لان القضاء لا يتصور بلا شرط وهو لفظة الشهادة والتسمية ولو قضى لا يكون القضاء قضاء فروع من الخلاصة وقف وقفا على مكتب وعلى معلمه فغصب فشهد رجل من اهل القرية انه وقف فلان على مكتب كذا وليس للشهود اولاد في المكتب قبلت فان كان لهم فيه اولاد فالاصح انه يجوز ايضا وكذا لو شهد اهل المحلة للمسجد الشيخ وكذا شهادة الفقهاء على قضية وقف على مدرسة كذا وهم من اهلها تقبل وكذا اذا شهدوا ان هذا المصحف وقف على هذا المسجد ولو شهدا انه اوصى لفقراء الحيرة وهم للشهود اولاد او محتاجون في جوار الموصي قال محمد لا تقبل للابن وتقبل للباقين وفي الوقف على فقراء الحيرة انه كذلك في وقف هلال قال وتقبل شهادة الحيرة ان على الوقف وكذا ذكر الخصاف في اوقافه فيمن شهد على انه جعلها صدقة موقوفة على فقراء الحيرة انه اوصى فقراء المسلمين منهم من فقراء الحيرة ان قال تجوز الشهادة لان فقراء الحيرة ان ليسوا قوما مخصوصين الا يرى انما انظر الى فقراء الحيرة يوم تقسم الغلة فمن انتقل منهم عن الحيرة ولم يكن في الحلق الاترى الى رجلين فقيرين من اهل الكوفة لو شهدا انه جعل ربعه صدقة موقوفة على فقراء اهل الكوفة ان الشهادة جائزة فان الوقف ليس لهما خاصة الاترى ان الى الوقت يجوز ان يتغير من فقراء الكوفة كان جائزا وكذلك كل شهادة لا تكون خاصة انما هي عامة مثل اهل بغداد واهل البصرة ونحو ذلك فان الشهادة جائزة وذكر قبل هذا باسطران شهدا انه جعلها صدقة موقوفة على حجاج بيت الله وحجاج بيت الله شهادتهما

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل

باطلة وكان الفرق بينهما ان في هذه الصورة اذ الاجيران لا سواهما بخلاف تلك الصورة ولو شهدوا انه اوصى بثلثه للفقراء واهل بيته فقراء لا تقبل ولو شهد بعض اهل القرية على بعض اهل القرية بزيادة الخراج لا تقبل وان كان خراج كل ارض معينا ولا خراج للشاهد تقبل وكذا اهل قرية شهدوا على ضيعة انها من قريتهم لا تقبل وكذا اهل سكة يشهدون بشيء من مصالح السكة ان كانت السكة غير نافذة لا تقبل في النافذة ان طلب حقا لنفسه لا تقبل وان قال لا آخذ شيئا تقبل وهكذا في قوله لمدرسته هذا وفي فتاوى النسفي وقيل ان كانت السكة نافذة مطلقا وفي الاجناس في الشهادة على الوصية للفقراء واهل بيت الشاهد فقراء لا تقبل لهما ولو شهدا انه اوصى بثلثه لفقراء بني تميم وهما من بني تميم وهما فقيران الشهادة جائزة ولا يعطيان منه شيئا ومنه لو شهدا انه جعل ارضه صدقة لله تعالى على فقراء قرابته وهما من قرابته وهما غنيان يوم شهدا او فقيران لم تجز شهادتهما ووضع هذه الخصاف فيما اذا شهدا انه جعلها صدقة موقوفة على اهل بيته وهما من اهل بيته فهي باطلة قال وكذا اذا شهدوا على فقراء اهل بيته ومن بعدهم على المساكين ويوم شهدا هما غنيان قال شهادتهما باطلة لانهما ان افتقرا ثبت الوقت لهما بشهادتهما وكل شهادة تجر نفعا للشاهد او لابويه او لولده او لزوجته لا تجوز

باب الاختلاف في الشهادة الاختلاف في الشهادة خلاف الاصل بل الاصل الاتفاق لان الاصل فيما يتفرع من جهة واحدة ذلك والشهادة كذلك لانها تتفرع اما عن رؤية كما في الغصب والقتل او سماع باقرار وغيره والشاهدان مستويان في ادراك ذلك فيستويان فيما يؤديان فلذا اخره عما لم يذكر فيه خلاف **قوله** الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة لانها لاثبات حقه فلا بد من طلبه وهو المدعي وقد وجدت الدعوى فيما يوافقها اي يوافق الشهادة فوجد شرط قبولها فتقبل وانعدمت فيما يخالفها فانها لما لم يطابقها صارت الدعوى بشيء آخر وشرط القبول الدعوى بما به الشهادة زائد واعلم انه ليس المراد من الموافقة المطابقة بل اما المطابقة او كون المشهود به اقل من المدعى به بخلاف ما اذا كان اكثر فمن الاقل ما لو ادعى نكاح امرأة بسبب انه تزوجها بمهر كذا فشهدوا انها منكوحته بلا زيادة تقبل وتقضى بمهر المثل لو كان قدر ما سماه او اقل فان زاد عليه لا يقضى بالزيادة وكذا في غير نسخة من الخلاصة والظاهر انه انما يستقيم اذا كانت هي المدعية ومنه اذا ادعى ملكا مطلقا او بالنتاج فشهدوا في الاول بالملك بسبب وفي الثاني بالملك المطلق قبلت لان الملك بسبب اقل من المطلق فانه يفيد الاولية بخلافه بسبب يفيد الحدوث والمطلق اقل من النتاج لان المطلق يفيد الاولية على الاحتمال والنتاج على اليقين وفي قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالنتاج لا تقبل ومن الاكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل الا اذا كان السبب الارث لان دعوى الارث كدعوى المطلق هذا هو المشهور وقيده في الاقضية بما اذا نسبه لمعروف سماه ونسبه او لوجهه فقال اشتريته من رجل او زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت فهي خلافية ذكر الخلاف في القبول رشيد الدين ومن هذا اختلفوا فيما اذا تحمل الشهادة على ملك بسبب واراد ان يشهد بالمطلق لم يذكر في شيء من الكتب واختلف المشايخ فيه والاصح لا يحل لانه كيف يحل له ابطال حقه فانها لا تقبل فيما لو ادعاه بسبب ولو ادعى الشراء مع القبض فقال بقبضه منه هل هو كالمطلق حتى لو شهدوا بالمطلق قبلت في الخلاصة تقبل وحكى في فصول العمادي خلافا فقيل تقبل لان دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد وقيل لا تقبل لان دعوى الشراء

لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها

مستحقة في نفسها إلا كالمطلق الا يرى انه لا يقضي له بالزوائد في ذلك وفي فوائد شمس الاسلام دعوى الدين كدعوى العين وكذا في شرح الحيل للحلواني فلو ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلق قال شمس الأئمة محمود الاوزجندي لا تقبل قال في المحيط في ثلاثة مسائل ان يدلان على القبول وعندي الوجه القبول لان أولية الدين لا معنى له بخلاف العين وفي فتاوى رشيد الدين لو ادعى الملك المطلق فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لانهم لما شهدوا بالسبب كان دعوى المطلق عليه فلا تقبل بعده على المطلق ولو شهدوا اولا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لانه بعض ما شهدوا به اولا ولو ادعى المطلق فشهد احدهما به والآخر مع السبب تقبل ويقضي بالملك الحادث كما لو شهدوا جميعا وكذا لو كان بسبب عقد او شراء او هبة فهو ملك حادث ولو ادعى بسبب فشهد احدهما به والآخر مطلقا لا تقبل كما اذا شهدا جميعا بالمطلق وان ذا اليد قبضه بغير حق ويدعي الملك بدلالة كدعوى الملك المطلق فارخ احد الشاهدين دون الآخر تقبل في دعوى غير المؤرخ لا في دعوى الملك المؤرخ ولو ادعى الشراء بسبب ارضه فشهدوا له به بلا تاريخ تقبل لانه اقل وعلى القلب لا تقبل ولو كان للشراء شهران فارخوا شهرا تقبل وعلى القلب تقبل ومن الزيادة في النصف ما تضمنه هذه الفروع التي تذكرها دار في يد رجلين اقتسماها وغاب احدهما فادعى رجل على الحاضر ان له نصف هذه الدار مشاعا فشهدوا ان له النصف الذي في يد الحاضر فهي باطلة لانها باكثر من المدعى به وادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها فشهدوا انها له ولم يستثنوا شيئا لا تقبل كذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه الا اذا وفق فقال كنت بعت ذلك البيت منه فحينئذ تقبل في المحيط نقلا من اقضية ادب القاضي للخصاف اذا ادعى الملك للحال اي في العين فشهدوا ان هذا العين كان قد ملكه تقبل لانها اثبتت الملك في الماضي فيحكم بها في الحال ما لم يعلم المزيل قال رشيد الدين بعد ما ذكرنا لا يجوز للقاضي ان يقول مرد ز ملک وي سيد اينداند يعني هذا لا يحل للقاضي ان يقول تعلمون انه ملكه اليوم نعم ينبغي للقاضي ان يقول هل تعلمون انه خرج من ملكه فقط ذكره في المحيط قال العمادي فعلى هذا اذا ادعى فشهدوا انه كان له عليه كذا ينبغي ان تقبل كما في العين ومثله ما اذا ادعى انها زوجته فشهدوا انه كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل هذا كله اذا شهدوا بالملك في الماضي اما لو شهدوا باليد له في الماضي لا يقضي به في ظاهر الرواية وان كانت اليد تسوغ الشهادة في الملك على ما سلفناه وعن ابي يوسف يقضي بها وخرج العمادي على هذا ما في الواقعات لو اقر مديون رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين انه قضى دينه ان شاهدي الاقرار يشهدان انه كان له عليه دين ولا يشهدان ان له عليه فقال هذا ايضا دليل على انه اذا ادعى الدين وشهدوا انه كان له عليه تقبل هذا غلط فانه انما تعرض لما يسوغ لهما ان يشهدا لا للقبول وعدمه بل بما يؤخذ من منعه من الشاهدين دون الآخر ثبوت القبول في ضدها دون الآخر كيف وقد ثبت ان بشهادة العدلين عند الشاهدين انه قضاه لا يشهدان حتى يخبر القاضي بذلك وان القاضي لا يقضي بشيء وسيأتي من مسائل الكتاب فاعلم شاهد الالف انه قضاه خمسمائة لا يشهدان حتى يقر بقبضها والله سبحانه اعلم وعكس ما نحن فيه لو ادعى في الماضي ان هذه الجارية كانت ملكي فشهدوا انها له اختلف في قبولها والاصح انها لا تقبل وانما تقبل اذا شهدوا على طبق دعواه هذه انها كانت له لان اسناد المدعي دليل على نفي ملكه في الحال اذ لا فائدة في الاقتصار على الماضي الا ذلك فلم يكن ما شهدوا به مدعيه بخلاف الشاهدين ان اسنادهم لا يدل على نفيهما اياه في الحال لجواز قصدهما الى الاحتراز عن الاخبار بما لا علم لهما به اذ لم يعلما سوى ثبوته في الماضي وقد يكون [illegible] فيحترسان وان كان ثبت [illegible] ولو ادعى [illegible] بخلاف ما لو ادعى تعيين وقيمته مع [illegible]

قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رح فان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلث

فشهدوا من غير تحالة او نحوه لا فشهدوا على غير المنحول لا تقبل وفيها ان من ادعى على رجل الفا ثمن بيت فشهدوا على الف من ضمان جارية غصبها وهلكت عنده لا تقبل عن هذا ذكر في المسئلة المسطورة وهي ما اذا شهدا بالف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع انه اشهدهما عليه بذلك والذي لا عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة هو محمول على انهما شهدا على اقراره بذلك اي اقرار المدعي على ثمن الجارية كان بمثله في الاقرار تقبل لما سيأتي وفي الكفاية اذا شهدا انه اقر انه كفل بالف عن فلان فقال الطالب هو اقر بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له ان يأخذه بالمال لانهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف في السبب ومثله ادعى انه آجره دارا وقبض مال الاجارة ومات فانفسخت الاجارة وطلب مال الاجارة فشهدوا ان الآجر اقر بقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الاجارة ولو ادعى الدين او القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل وان شهد احدهما به والآخر بالاقرار به فقد اطلق القبول في المحيط والعمدة وقال قاضي خان قالوا تقبل عند ابي يوسف رح ولو ادعى قرضا فشهدوا ان المدعي دفع عليه كذا ولم يقولوا وقبضها المدعى عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع شهادة على الشراء واذا ثبت القبض بذلك باذن القول لذي اليد انه قبض بجهة الامانة فيحتاج الى بينة على انه بجهة القرض ان ادعاه ولو ادعى انه قضاه دينه فشهد احدهما به والآخر باقراره انه قبضه لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار به قبلت ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدا انه اشتراها من وكيله لا تقبل وكذا لو شهدوا ان فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه اجاز البيع ادعى انك قبضت من مالي جملا بغير حق مثلا وذكر سنه وقيمته فشهدا انه قبض من فلان غير المدعي تقبل ويجبر على احضاره لانه قال من مالي ولم يقبل قبضت مني فلا يكون ما شهدا به يناقضه فيحضره ليشير اليه بالدعوى فاذا اختلف الشاهدان ووجد شرط القبول في شهادة احدهما فقط وهو ما طابق الدعوى من الشاهدين والواحد لا يقوم به الحجة للقاضي وانما قيد الاشتراط بحقوق العباد احترازا عن حقوق الله سبحانه فان دعوى من خاص غير الشاهد ليس شرطا لقبول الشهادة لان حقه تعالى واجب على كل احد القيام في اثباته وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائما في خصومته من جهة الوجوب عليه شاهدا من جهة تحمل ذلك فلم يحتج فيها الى خصم آخر **قوله** ويعتبر اتفاق الشاهدين الخ اي يشترط التطابق بين كل من الشاهدين كما بين الشهادة والدعوى ايضا لوجوب القضاء بالشرط في مطابقة الشهادتين عند ابي حنيفة رحمه الله في اللفظ والمعنى والمراد من مطابقتهما تطابق لفظهما على افادة المعنى سواء كان بعين ذلك اللفظ او بمرادف حتى لو شهد احدهما بالهبة والآخر بالعطية قبلت لا بطريق التضمن فلو شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل فلم يقض بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين بخلاف ما لو كان يدعي الفا لا يقضى بشيء اتفاقا لانه اكذب شاهد الالفين الا ان يوفق فقال كان لي عليه الفان فقضاني الفا او ابرأته من الف وللشاهد لا يعلم بذلك فح يقضى له بالالف على هذا لو شهد احدهما بمائة والآخر بمائتين او بطلقة وطلقتين وطلقة وثلاث لا يقضى بطلاق اصلا عنده وعندهما يقضى بالاقل وعلى هذا الخمسة والعشرة والدرهم والدرهمان وهذا في دعوى الدين اما في دعوى العين بانه كان في كيس الفا درهم فشهد احدهما ان جميع ما في الكيس له وهو الف درهم والآخر ان نصف ما فيه له وهو الف قبلت شهادتهما ان ذكر المقدار في المشار اليه مستغنى عنه ذكره الخبازي بقولهما قال الشافعي واحمد ثم في رواية عن الشافعي واحمد يستحق الزائد بالحلف عليه لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما وصار كالالف والالف وخمسمائة حيث اتفقتا على انه قضى بالالف كذلك وهو انهما اجتمعا على الشهادة بها ولابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا في لفظ غير مرادف لان الالف لا يعبر عن الالفين ويلزمه اختلاف المعنى

لها انهما اتفقا على الالف او المطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه ويحلف ما تفرد به احدهما فصار كالالف والالف والخمسمائة ولابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا لفظا فذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد بالعطف وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان تحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال

فانهما اي الالف والالفان جملتان اي جملتان متباينتان تحصل على كل واحدة منهما شاهد فصار كما اذا اختلف جنس المال اي شهد احدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة او بثوب هروي والآخر بهاته سوداء المدعى يدعي السود والمقبل على شيء اصلا لان المدعى الكذب شاهد البيض الا ان يدفع المدعى فيقول كان لي البيض فاسرقته من صفة الجودة فتقبل حينئذ اما لو كان يدعي البيض ولها سرقته فانه يقضى بالسود ولم يحكوا خلافا ذكره في الخلاصة من الاقضية هكذا لو شهد المدعي بكر حنطة وقال احدهما جيدة والآخر ردية والدعوى بالافضل يقضى بالاقل كذا لو ادعى مائة دينار فقال احد هما نيسابورية والآخر بخارية والمدعي يدعي النيسابورية وهي اجود يقضى بالنجارية بلا خلاف فتأمل ويحتاج الى الفرق على قول ابي حنيفة وهو انما اتفقا على الكمية والجنس فصار كما لو شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة فان قيل لم يقع جواب قولها الشاهد بالفين شاهد بالالف ضمنا فاجتمعا عليه وتفرد احدهما بالزيادة فلا تقبل اجيب بانه ما شهد بها الا من حيث هي جزء الالفين وانما تثبت الالف في ضمن ثبوت الالفين لان المتضمن لا يثبت بدون المتضمن ولم تثبت الالفان فلم تثبت الالف فان قيل يشكل على قوله ما لو ادعى الفين وشهد ابالف تقبل بالاتفاق مع عدم المطابقة بين الدعوى والشهادة وهي شرط وعلى قول الكل لو شهد احدهما انه قال لها انت خلية والآخر انت برية لا يقضى بينونية اصلا مع انها وتهما البينونة وتقدم ان اختلاف اللفظ وحده غير ضائر كما لو شهد احدهما بالبتة والآخر بالبتة تقبل اجيب عن الاول بان الاتفاق بين الدعوى الشهادة وان اشترط لكن ليس على وزان الاتفاق بين الشاهدين الا يرى انه لو ادعى الغصب وقتل فشهد احدهما باقراره بقتله وشهد احدهما بالغصب والآخر على اقراره به لا تقبل مع انه حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة فانه لما كان مدعي الفين كان مدعيا الالف وقد شهد به اثنان صريحا فتقبل بخلاف شهادتهما بالالف والالفين لم يشهد شاهد الالفين على الالفين حيث هي لفان لم تثبت الالفان فلم تثبت الالف المبسوط والاسر الذي يبطل مذهبهما لو شهد شاهدان بالطلقة يعني قبل الدخول وآخران بثلاث وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعا كان ضمان نصف المهر على شاهدي الثلث لانا على شاهدي الواحدة ولو اعتبرنا قالا ان الواحدة توجد في ثلاث كان الضمان عليهما جميعا ولا يلزم ما اذا قال لها طالق نصف ثلاثا فطلقت واحدة تقع الواحدة لان التعويض تمليك فقد ملكها الثلث بالتعويض لها فيما والملك يوجد من مملوكا شاء كما لو طلقها الفا يقع الثلث بملكه القدر غير انه يقع فوق الثلث شرعا واما عن الثاني فيمنع الترادف لان معنى خلية ليس معنى برية لغة والوقوع ليس الا باعتبار معنى اللغة ولذا قلنا ان الكنايات عوالم بحسب نفسها وهما لفظان متباينان لمعنيين متباينين غير ان المعنيين المذكورين المتباينين يلزمهما لازم واحد وهو وقوع البينونة ولهما متباينان قد تشتركان في لازم واحد فلا خفاء في ان تباين اللفظ لتباين المعنى فلما اختلف اللفظ والمعنى فيما اختلفا فيه وهما كلمان ليس اختلال تحلهما فان هذا يقول لها وقعت البينونة الا بوصفها بخلية والآخر لم تقع الا بوصفها ببرية والا فلم تقع البينونة هذا كله اذا لم يدع المدعي عقد الاجارة او المال في ضمن دعوى الهبة في البيع الا جارة والجواب باستعلة في آخر الباب اعلم ان من المسائل المذكورة في اوقاف الخصاف ما يخالف اصل ابي حنيفة رحمه الله ذكرها ولم يذكر خلافا بل اشار الى انها اتفاقية فانه ذكر فيما اذا شهد احدهما انه جعلها صدقة موقوفة ابدا على ان لزيد ثلث غلتها وشهد اخران لزيد نصفها قال اجعل لزيد ثلث غلتها الذي اجمعا عليه والباقي للمساكين وكذا اذا سمى احدهما مالا لزيد من غلة الصدقة والاخر اقل منه احكم لزيد بما اجمعا عليه وكذا اذا شهد احدهما انه قال لعطى زيد من غلة هذا الوقف من كل سنة مائتي درهم وقال الآخر يعطى الف قال اقدر نفقته ونفقة عياله في العام فان كانت اكثر من الالف حكمت له بالالف او الالف اكثر اعطيته نفقته والباقي للمساكين هذا بعد ان ادخل الكسوة في النفقة ثم اورد على نفسه فقال قلت لم اجز بهذه الشهادة وقد اختلفا في لفظها قال المعنى فيه اذا اراد الواقف الى ان لزيد بعض هذه الغلة واجمل لها الاقل انتهى فاير اد هذا السؤال هو الذ

قال وان شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت احداهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين وان قال المدعي لم يكن لي عليه الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه قال واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه خمسمائة لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف رح انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال وينبغي للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم قال في الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر رح لان المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول

ذكرت انه اشار الى انها اتفاقية وان ... ليس الا باعتبار قول ابي حنيفة رح وقوله وقد اختلف لفظها صريح فيه ثم قال هذا استحسان والقياس ان الشهادة باطلة انتهى وحاصله انا علمنا اتفاقهما ببعض المال وترددنا بين الاقل والاكثر فيثبت المتيقن ولا يخلو عن نظر **فروع** ادعى المبيع عيبا فشهد احدهما انه اشتراه وبه العيب وشهد آخر على اقرار البائع به لا تقبل كما لو ادعى عينا انه له فشهد احدهما انه ملكه والآخر على اقرار ذي اليد انه ملكه لا تقبل ومثله دعوى الرهن فشهد احدهما بمعاينة القبض والآخر على اقرار الراهن بقبضه لا تقبل قال ظهير الدين المرغيناني هذا كالغصب وكذا الوديعة او ادعيا فشهدا باقرار المودع قبلت ولو شهد احدهما بها والآخر بالاقرار بها لا تقبل قياس الغصب على قياس القرض تقبل بخلاف ما لو ادعى انه باع بيعا وفاء وشهد احدهما بشرط الوفاء والآخر ان المشتري اقر بذلك تقبل للموافقة لان لفظ حكمهما واحد وقيل لا للاختلاف لان الابراء اسقاط والهبة تمليك والعلل اوجه لانه وان كان يتضمن تمليكه ولهذا يرتد بالرد ولو شهد على اقرار المدعى عليه ان المدعي في يده والآخر في يده لا تقبل وفي المحيط ادعى دارا فشهد انها داره والآخر على اقرار ذي اليد انها له لا تقبل بخلاف ما لو شهد احدهما على الدين والآخر على الاقرار به لا تقبل بخلاف ما لو شهد انها جاريته والآخر على اقراره بها لا تقبل وبخلاف ما لو شهد انها جاريته والآخر انها كانت له تقبل بخلاف ما لو شهد الآخر انها كانت في يده واذا عرفت القاعدة التي ذكرناها من الفرق بين اختلاف الشاهدين على القول والفعل خرجت كثيرا من الفروع والله سبحانه اعلم **قوله** وان شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف بالاتفاق عندهما ظاهر وعنده لانهما اتفقا على الالف لفظا ومعنى وانفرد احدهما بالشهادة بجملة اخرى منصوص على خصوص كميتها لا تقبل الشهادة بالالف كما لو شهد احدهما بالف درهم ومائة دينار وهو يدعيهما ولو كان انما يدعي الالف لم يقض بشيء لانه اكذب شاهد الالف وخمسمائة ظاهرا الا ان السكوت في موضع البيان الا ان وفق فقال كان حقي الفا وخمسمائة فقضاني او ابرأته خمسمائة على نظير ما تقدم وما لم يوفق صريحا لا يقضى بشيء ولا يكفي احتمال التوفيق في الاصح **قوله** واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قضى بالالف لقبول شهادتهما عليها ولا يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد ليسقط بعض الحق بعد ثبوته فلا تقبل الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف رح في غير المشهور عنه انه يقضي بخمسمائة فقط لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان الدين ليس الا خمسمائة وجوابه ما قلنا يعني قوله باتفاقهما عليه يعني فبعد ثبوت الالف باتفاقهما تفرد واحد بسقوط خمسمائة بخلاف ما لو شهدا بالف وقال احدهما انه قضاه اياه بعينه فانه يقضي بالكل على قول الكل وعن ابي يوسف لا تقبل شهادة شاهد القضاء وذكروا ان قول زفر كقول ابي يوسف رح في هذه الرواية لانه اكذبه المدعي فهو كما لو فسقه وجه الظاهر ما قدمناه من انهما اتفقا وتفرد احدهما بحال آخر ولا يلزم من الاكذاب التفسيق بجواز كونه تغليطا له قال القدوري وينبغي للشاهد اذا علم بذلك اي بقضاء الخمسمائة ان لا يشهد حتى يعترف المدعي بقبضها لانه لو شهد فاما ان يقول قضاه منها خمسمائة وقد علمت انه يقضي فيها بالالف وخمسمائة فيضيع حق المدعى عليه وان شهد بخمسمائة يثبت اختلافهما او شهد احدهما بالف والآخر بخمسمائة وفيه لا تقبل الشهادة اصلا على قول ابي حنيفة رح فيضيع حق المدعي فالوجه ان لا يشهد الذي اعترف القضاء حتى يعترف المدعي بالقدر الذي سقط عن المدعى عليه ويشهد بخمسمائة والمراد هنا من لفظ لا ينبغي لا يحل نص عليه في جامع ابي الليث وانما نص على مسئلة الجامع بعد مسئلة القدوري لانه قد يتوهم ان تفريعهما عليها على رواية ابي يوسف رح التي قال فيها يقضي لو شهد احدهما بالف وقال احدهما قضاه اياها فاعلمنا ان القضاء مبني على رواية ابي يوسف فذكرها للاعلام بالفرق وقيل لانه قد كان تقدم ان يقول في مسئلة الجامع لا تقبل شهادة شاهد القضاء على وجوب المال متعذرا لان في المسئلة الاولى للشاهد ان يقول انا تحملت الشهادة واحتاج الى الخروج منها وقد قضاه خمسمائة ولكني اشهد كما اشهدت عليه وهو الف فاذا اظهرت شهادته مع الآخر بما يقضي له بالالف اما في مسئلة الجامع فالشاهد يذكر ان الشهادة سقطت عنه

قال او شهد شاهد ان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد اخران انه قتله يوم النحر بالكوفة اجمعوا لضعف احدهما لقبل الشهادتين لان احدهما كاذبة يقين وليست احداهما باولى من الاخرى فان سبقت احدى شهاداتهم خصومات الاخرى لم تقبل لان الاولى قد تعلقت بها القضاء حكما مازما ينقض باقامة **قال** واذا شهد اعلى رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها تظلم وان قال احدهما بقرة والاخر ثورا لم يقطع وهذا عندنا على ضيغة زاد وقال يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل هو في جميع الالوان لان السرقة في السواد غيرها في البياض فلم يلغ كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان اسم الحكم وصار كالذكورة والانوثة ولان التوفيق ممكن لان الفعل في الليالي من بعيد والالوان يتشابهان ان يجتمعان في واحد فيكون السواد من جانب هذا بياضه البياض من جانب اخر وهذا شاهد بخلاف الغصب لان الفعل فيه بانتهاء على قوب صفة الذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحد ولذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه

وليس عليه اداء الشهادة باطلة ولا يقضي بالالف فروى ابو حفص الكبير عن الصغير ازالة التهمة وثبت جواز الشهادة واستروح في النهاية فقال التناقض بين مسئلة الجامع والمسئلة التي قبلها ان في تلك الجامع احد الشاهدين شهد بالقضاء بالاولى كل الدين وفي التي قبلها شهد بقضاء بعض الدين **قوله** واذا شهد شاهدان ان قتل زيد يوم النحر بمكة وآخران انه قتله يوم النحر بالكوفة لم يقض بواحدة منهما فلو لم يجتمعوا بل شهدا انه قتله بمكة قضى به ثم شهدا ان انه بالكوفة فانه يقتل المشهود عليه اما الاول فلانه بالحجة بقين والاولوية واما الثاني فللاولوية باتصال القضاء الصحيح بها فانه حين قضى بالاولى لا معارض لها وذاك فتقرر عاملا فتغير بكون الشرعي الذي ثبت شرعا بحدوث معارض كمن له ثوبان في احدهما نجاسة تمكن في تعيينه فتحيا وصلى في احدهما ثم وقع نظره على الآخر لا يصلي فيه ولا تبطل صلوته في الاول لانه ثبت تجويز الاول علم شرعي هو الصحيح وعجب فيه فلا يوتر الثاني في رفعه وكذا الاختلاف في الآلة قال احدهما بالسيف وقال الآخر بالعصا لا تقبل وكذا ان شهد احدهما بالعمل والآخر باقراره لا تقبل لاختلاف المشهود به لان القتل غير الفعل الذي هو فعل القتل ولم يتم على احدهما فصار كذا الضرب الواقع امس بتلك الآلة ليس بين الضرب الواقع اليوم وبين الموت حقيقة ولا حكما لانه لا يكون بين الفعل الثاني اجنبيا عن الاول لتحد الفعل نفسه وكل ما هو من باب الفعل كالشج والجناية مطلقا والغصب لانه من باب تحول الشرط في صحة الفعل كالنكاح والشرط وفي انعدام الشهود فاختلافهما في الزمان او المكان او الاشارة والاقرار يمنع القبول لما ذكرنا والمراد من الانشاء والاقرار انشاء القطع والاقرار به مثلا ادعى الغصب فشهد احدهما به والآخر بالاقرار به لا تقبل ولو شهدا بالاقرار به قبلت بخلاف اختلافهما في الزمان والمكان فيما هو من باب القول كالبيع والشراء والطلاق والعتاق والوكالة والوصية والرهن والاقرار والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف لان القول يمكن القبول لان القول حقيقة بصيغة واحدة انشاء واخبارا وهو في القرض يحمل على قبول المقرض فوختك وكذا يقبل في الرهن والهبة والصدقة والشراء وان كانا يشهدان بمعاينة القبض لان القبض يكون غير مرة وفي المحيط ادعى عينا في يد رجل انها له وان صاحب اليد قبضها بغير حق منذ شهر وشهد والها بالقبض مطلقا لا تقبل لان شهادتهم على القبض بالاتي محمول على الحال والدعوى على الفعل الماضي والفعل في الماضي غير في الحال كما لو ادعى القتل متقدما فشهدوا به في الحال وكذا لو ادعى القبض مطلقا وشهدوا به من شهر لانه ادعى الفعل في الحال وهم شهدوا به في الماضي فلا تقبل الا اذا وفق وقال ابو حنيفة من المطلق القبض من ذلك الوقت وقيل تقبل في هذا من غير توقيت لان المطلق ما كثر واقوى من المؤرخ فقد شهدوا بما قل مما ادعى به فتقبل انتهى فقد ظهر ان من الفعل القبض معنى الفروع على الاصل المذكور ادعى الشراء اول من امس فشهدوا به امس تقبل لانه قول ولو ادعى النكاح اول من امس فشهدوا به امس لا تقبل لانه يتعلق بالفعل كما ذكرنا من قريب فهو كالبيع وقال الشافعي واحمد في ظاهر الرواية اختلافهما في الزمان والمكان يمنع في الكل الا اذا شهدا بطلقها يوم الخميس فقال الآخر طلقها يوم الجمعة واذا شهدا على اقرار الزوج الواهب والمتصدق بالقبض جازت ولو ادعى البيع وشهدا على اقرار البائع به واختلفا في الزمان والمكان قبلت وكذا لو شهد احدهما بالبيع والشراء والآخر على الاقرار به تقبل لان اللفظ سواء في الاقرار والانشاء فلم يثبت اختلاف المشهود به ذكره في الفصول وفيه عن الفتاوى الصغرى لو سكت عن شهادة البيع عن بيان الوقت والمكان فسألها القاضي فقالا لا نعلم ذلك يقبل لانهما لم يكلفا حفظ ذلك **قوله** واذا شهد الخ صورتها ادعى على رجل انه سرق لبقرة ولم يذكر لها لونا واقام بينة فشهد احد بسرقة حمراء والآخر سوداء قال ابو حنيفة تقبل ويقطع وقالا جاء الاربعة الثلاثة لا يقطع ولو ان المسروق سنة عين لونا كما ادعاه احد جاسودا ولم يقطع اجماعا لانه كذب احد شاهديه ولا فرق فيما اذا لم يعين المدعي لونا بين كون العينين اللذين اختلفوا فيهما متقاربين كالسواد والحمرة ومتباعدين كالبياض والسواد في ثبوت الخلاف وقيل في المتباعدين الاتفاق على عدم القبول والاصح الاول ولم يذكر المصنف تصحيحه وذكره في المبسوط والظهيرية وعلى خلاف المذكور لو ادعى سرقة ثوب مطلقا فقال احدهما هروي والآخر مروي ولو اختلفا في الزمان والمكان لم تقبل اجماعا والفرق

قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبدا من فلان بالف وشهد آخران انه اشترى بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه ولكن ذلك اذا كان المدعي هو الباثع ولا فرق بين ان يدعي لمدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا ولكن ذلك الكتابة كان المقصود وهو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر ولكن اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب لكن الاحلم والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعي هو المرأة والعبد والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه

بين السرقة والغصب فقيل تامل لها انهما اختلفا في المشهود به فلم يوجد على كل منهما نصاب بشهادته وصار كما لو اختلفا في نوعيهما او في قيمتهما لا تقبل كذا هذا وايضا بطريق الدلالة في الغصب فانا لو شهد على غصب بقرة فقال احد هما سوداء او عمياء والآخر بيضاء او عرجاء لا تقبل مع ان التفاوت في القيمة تفاوت حد فلان لا تقبل فيما يوجب حدا اولى لان الحد اعسر اثباتا فانه لا يثبت بشهادة النساء واما ما نقل من ان لا يثبت باقل من اربعة فليس مما نحن فيه الكلام في السرقة بل يخص الزنا ولابي حنيفة ان مجرد شهادتهما على سرقة بقرة وهو المدعى به بلا ذكر المدعى لونا خاصا يثبت الحد ولم تقع فيه مخالفة بل وقع فيما ليس من نفس المشهود به وهذا لانهما لم يكلفا علم لونها فانهما لو علما لونها لا لاعلم كونها لا تستقيم شهادتهما ويسقط الحد واختلافهما في ما لا يدل على ما ليس مدعى به لا يبطل الحد كما لو اختلفا في ثياب السارق فقال احدهما سرق او يوم يثقب الحرز وقال الآخر بعض ما نقب يقطع ولكن اذا اختلفا في مكان الزنا من البيت فقال احدهما في هذه الزاوية وقال الآخر في تلك فانه يسقط وعلى هذا فلا حاجة في قبولها الى التوفيق كما فعله العلامة السغناقي غيرنا معبرا عنا بالتوفيق بما ذكر من ان السرقة تكون غالبا بالليل وقلما يشاهد الناس بصره من بعيد وذلك سبب اشتباه اللون اذ الكامنة بين السواد والحمرة قد تستحيل ان كانا متباعدين في البقعة فيرى كل لونا غير الآخر فيحمل اختلافهما على احد الامرين فعلى الاول او الثاني اذا اختلفا في المتقاربين وعلى الثاني فقط في المتباعدين بخلاف الغصب فانه يقع نهارا فلا اشتباه بخلاف المذكورة والقيمة لانهما يكلفان معرفة ذلك لتعلم القيمة فيظهر ان المسروق بلغ نصابا او لا وان ذكر المذكورة دليل على انه من احرز من قرب فتحقق بحيث لا يشبه عليه الحال فلا يتم ذلك التوفيق فالاختلاف وان كان في زيادة فقد شعب بهما على نفسه فظهر ان هذا التوفيق ليس احتياطا لاثبات الحد كما لم يكن التوفيق في اختلافهما في مكان الزنا من البيت بانهما قد ينتقلان بحركة الوطي من مكان الى مكان احتياطا لاثباته والاوجه ما قلنا وهو اوفق واحق من قوله كما ظنه صاحب النهاية وقيل ان التوفيق لاثبات السرقة وجب تقييل ثم بسبب الحد حينئذ ضرورة ثبوت السرقة جملة ان لم يصح منع وجوبه مطلقا بل اذا لم يستلزم وجوب حد قوله ومن شهد الرجل الخ صورتها على ما في الجامع في الرجل يدعي على رجل انه باعه هذا العبد بالف وخمسمائة فينكر الباثع البيع فيقيم عليه شاهدا بالف وشاهدا بالف وخمسمائة قال يعني ابا حنيفة رح هذا باطل الخ ما هناك فتدبر ان هذا ناقض تقدم من ان الشاهدين اذا اختلفا فشهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة وادعى بالف وخمسمائة تقبل بالاتفاق بين الثلاثة وههنا لا تقبل في شئ ولو كان المدعي يدعي الفا وخمسمائة ظاهر مما بينا وجهان ذلك فيما اذا ادعاه نصا ولم تقصد ههنا دعوى العقد لا ترى الى قوله في الجامع فينكر الباثع البيع ولانه لو كان المقصود العين لم يحتج الى ذكر السبب واذا كان المدعى به البيع فالبيع يختلف باختلاف الثمن لان الثمن بدل كالمثمن فيختلف باختلاف مقداره كالمثمن ولم يتم على احد هما بشاهد فلا تثبت البيع اصلا ولان المدعي مكذب احد شاهديه وهو الشاهد بالف وكذا اذا كان المدعي هو البائع بان ادعى انه باعه بالف وخمسمائة فانكر المشتري الشراء فاقام الشاهدين كذلك فرق ان يدعي المدعي منهما اكثر المالين او اقلهما لما بينا من اختلافهما في المشهود به لتكذيب كل المدعي وفي الفوائد الظهيرية عن السيد الامام الشهيد السمرقندي تقبل لان الشراء لواحد يكون بالف ثم بخمسمائة بان يزاد في الثمن فقد اقدما على الشراء لواحد بخلاف ما لو قال احدهما اشتري بالف والآخر بما نه دينارا لان الشراء لا يكون بالكل ثم يكون بمائة دينارا وقال بعض المتقدمين الشاهدين فيه نوع تامل كانه والله اعلم جاز لزم القضاء بيع بالثمن اذ لم يثبت احد الثمنين بشهادتهما لم يفيد لانه يعود الخصومة كما لو كانت في الالف وخمسمائة المدعى بها وان كان سببا وسيلة الى اثباتها ومن هذا النوع ثمانية مسائل ذكرها في هذه والثمانية المكتابة ذكرها في الجامع قال وكذلك الكتابة اذا ادعاها العبد وانكر المولى يعني الكتابة على ما ذكر في البيع ذا وهذا ظاهر وكذا اذا كان المدعي هو المولى لان دعوى السيد المال على عبده لا يصح او لا من له على عبده الا بواسطة دعوى الكتابة فيتصرف انكار العبد عليه للعلم بانه لا يتصور له عليه دين الا بها فالشهادة به ليست لاثباتها بل لاثبات ما هو من ضمنها والرابعة والخامسة الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعي هي المرأة في الخلع والعبد في العتق والقاتل في الصلح عن دم العمد لان المقصود اثبات العقد لانه سبب يدعى به الى آخره

وان كانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فيثبت في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لانه لا حق له في الرهن فصحت الشهادة على الدعوى وان كان هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة وتلك هي الاكثر فهو على الخلاف

وان كان المدعى من جانب آخر وهو الزوج والمولى والقتل فهو بمنزلة الدين فيما ذكرنا من الوجوه كذا روى عن ابي حنيفة رحمه الله واذا ادعى اكثر المدة التي يشهدان بها والآخر بالاقل ان كان الاكثر اقل من الف وخمسمائة قضى بالاقل اتفاقا وان كان اكثر منه كالف والفين فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة لا يقضى بشيء وهذا لانه ثبت العفو بالعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم يبق الدعوى الا في الدين وهو ساوته الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا تقبل الشهادة بشيء اصلا ان قبلوا لها بناء على صحة الدعوى ولم يصح لانه اي الراهن لا حظ له في الرهن اي لا يقدر على استرداده ما دام الدين قائما فلا فائدة لهذه الدعوى فلم تصح وان كان المدعي هو المرتهن فهو دعوى الدين وعلة حكم فان قبول الرهن لا يثبت الا بايجاب وقبول فكان كسائر العقود وينبغي ان يكون اختلاف الشاهدين في قدر المال كاختلافهما فيه في البيع والشراء اجيب بان الرهن غير لازم في حق المرتهن فان له ان يرده متى شاء بخلاف الراهن ليس له ذلك فكان الاعتبار لدعوى الدين في جانب المرتهن اذ الرهن لا يكون الا بالدين فيقبل بينة في ثبوت الدين ويثبت الرهن بالف ضمنا وتبعا للدين لا محالة ان دعوى المرتهن ان كان شاملا بمذا طالبه بالف وخمسمائة تلي عليه على رهن له عندي فليس المقصود الا المال وذكر الرهن زيادة اذا لا يتوقف ثبوت دينه عليه بخلاف دين الثمن في البيع وان كان بمذا طالبه بالف عادية رهن كذا وكذا كان رهنه عندي على كذا ثم غصبه او سرقه مثلا فلا شك ان هذا دعوى العقد فاختلاف الشاهدين في انه رهنه بالف والف وخمسمائة وان كان زيادة توجب ان لا يقضي بشيء لان عقد الرهن يختلف فجهالة الاجارة ان كان في اول المدة فهو كالبيع فان ادعى المستاجر الاجارة آجره هذه الدار سنة بالف وخمسمائة فشهد واحد كذلك وآخر بالف لا يثبت الاجارة كالبيع اذ قيل استيفاء المنفعة لا يستحق بدل فكان المقصود اثبات العقد وهو يختلف باختلاف البدل فلا يثبت الاجارة وان كانت بعد مضيها استوفى المنفعة اولا يستوفيها لان تسلم وان كان المدعي هو الآجر فهي دعوى الاجرة فان شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة وهو مدعي الاكثر يقضي بالف اذ ليس المقصود بعد المدة الا الاجرة وان شهد الآخر بالفين والمدعي يدعيها لا يقضي بشيء عنده وعندهما بالف وان كان المدعي المستاجر فهو دعوى العقد بالاجماع لانه معترف بمال الاجارة ويقضي عليه بما اعترف به ولا يستقيم اتفاق الشاهدين مع اختلافهما فيه ولا يثبت العقد لاختلاف الشاهدين في النكاح وقد علمت ان النكاح اجري مجرى الفعل حتى لا يقبل الاختلاف حتى لو ادعى كل واحد منهما انه تزوجها فشهد احدهما انها زوجت نفسها منه تقبل وانما تقبل اذا ادعى هو انه تزوجها ونفسها منه فشهد ان وكيلهما فلان بن فلان زوجهما لان لفظ زوجت نفسها يصدق به في العرف وقد اطلق محمد في الجامع عن ابي حنيفة فقال فاما نفسها منه فشهد ان وكيلهما فلان بن فلان زوجهما لان لفظ زوجت نفسها يصدق به في العرف وقد اطلق محمد في الجامع عن ابي حنيفة فقال فاما النكاح فان ابا حنيفة كان يقول اذا جاءت بشاهد يشهد على الف وخمسمائة وجاءت بشاهد يشهد على الف جازت الشهادة بالف وهي تدعي الفا وخمسمائة فاما يعقوب ومحمد فقالا النكاح باطل ايضا فمشى المصنف على اطلاقه فلم يفصل بين كون المدعي فيه الزوج او الزوجة وجعله الاصح نفيا لما حكاه من القول بالتفصيل بين كون المدعي الزوج فلا تصح بالفهم لانه دعوى العقد اذ الزوج لا يدعي عليها مالا وكون الزوجة فهو على الخلاف وقال في وجه الاصح ما ذكرنا يعني ما ذكره من التعليل لابي حنيفة رح من المال تابع في النكاح وانما المقصود منه الحل والازدواج والملك لا اختلاف في هذا بل في البيع وهو في البيع يقتضي الاقل لانا لا نعلم ان المقصود منه المال او غيره فلا نتعداه الى الزائد لانا تيقنا بالاقل ونشك في الزائد والاصل عدمه وهذا لان الاقل متيقن به لاتفاقهما عليه وهو يلزم بالضرورة القضاء بالنكاح بالف فان هذا الوجه يقضي الصحة بالاقل بلا تفصيل وايضا اجرى اطلاقه في دعوى الاقل هو الاكثر فصح الصحة سواء ادعى المدعي الاقل او الاكثر وهذا بخلاف الرواية قال محمد رح في الجامع قيده بدعوى الاكثر حيث قال جازت الشهادة بالف وهي تدعي الفا وخمسمائة والمفهوم يعتبر رواية وبقوله ذلك ايضا يستقيم ولزوم التفصيل بالمدعى بين كونه الاكثر فيصح عندنا والاقل فلا يختلف في البطلان لتكذيب المدعي شاهده الاكثر كما عول عليه محققو المشائخ فان قول محمد وهي تدعي الخ يفيد تصحيحا لقول ابي حنيفة بجواز سماعها وان كانت الدعية للاكثر دونه فان الواو فيه للحال والاحوال شروط فيثبت العقد باتفاقهما ودين الف **فروع** هي قسمان قسم من الاختلاف

التتبع

قال فاما النكاح فانه يجوز بالفاسد استحسانا وقالا هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف معه قول ابي حنيفة رحمهما الله هذا الخلاف في العقد كالمقصود المجانبين السبب فاشبه البيع وكابي حنيفة رح ان المال في النكاح تابع ولا اصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف في هذا الاصل

بين الدعوى والشهادة وقسم من الاختلاف بين الشاهدين القسم الاول ادعى ملكا على رجل بالشراء فشهدوا له بالملك المطلق لا تقبل وقيده في الاقتضاء بما اذا نسبه الى معروف كان قال اشتريته من فلان بن فلان وذكر شرائط التعريف اما لو جهله فقال اشتريته فقط او قال من رجل او من زيد وهو غير معروف فشهدوا بالملك المطلق قبلت وذكر في فتاوى رشيد الدين في القبول خلافا ولو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا بسبب يقبل كذا المطلقة في الجامع الكبير وزاد في الاجناس في القبول ان القاضي يسأل المدعي الملك لكل بينة السبب الذي شهدوا به ان قال نعم قضى اولا خلاف في الدعاوى والبينات اذا تحمل الشهادة على ملك بسبب واراد ان يشهد بالملك المطلق لم يذكر هذا في شيء من الكتب واختلف فيه المشايخ والاصح انه لا يسعه ذلك ولو كان ادعى الشراء من معروف ونسبه الى بيعه وجده مع القبض فقال وقبضه منه فشهدوا بالملك المطلق ففي الخلاصة تقبل بلا ذكر خلاف وعلى العكس فيه اختلافا قيل تقبل لان دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين السبب وقيل لا تقبل لان دعوى الشراء معتبرة في نفسها كالمطلق الا يرى انه لا يقضي له بالزوائد في ذلك وفي فوائد شمس الاسلام دعوى الدين لدعوى العين وبهذا في شرح الكيل الطحاوي لكن في المحيط ادعى الدين سبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقا كان شمس الائمة محمود الاوزجندي يقول لا تقبل كما في دعوى العين بسبب واشهدوا بالمطلق قال وفي الاقضية مسئلتان يدلان على القبول انتهى وفي فتاوى رشيد الدين لو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لانهم اذا شهدوا على الملك بسبب حمل دعوى الملك المطلق عليه فلا تقبل شهادتهم على المطلق بعد ذلك ولو شهدوا على المطلق ثم شهدوا على الملك سبب يقبل لانهم شهدوا بعض ما شهدوا به اولا تقبل اما النكاح فلو ادعى على امراة انها امراته بسبب انه تزوجها كذا فشهدوا انها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضي بالمطلق بمهر المثل ان كان قدر المسمى او اقل فان زاد على المسمى لا يقضي بالزيادة ولو لم يذكر المال والباقي بحاله قضى بالنكاح فقط ولو ادعى المطلق فشهد احدهما به والآخر مع السبب يقبل ويقضي بالملك الحادث كما لو شهدا جميعا بالملك الحادث وكل ما كان بسبب عقد شراء او هبة او غيرهما فهو ملك حادث وان ادعى بسبب فشهد احدهما به والآخر مطلقا لا تقبل كما اذا شهدا جميعا بالطلاق وفيما لو ادعى النتاج فشهدوا على المطلق تقبل ولو ادعى المطلق فشهدوا على النتاج لا تقبل لان دعوى الملك المطلق دعوى اولية على سبيل الاحتمال والشهادة على النتاج شهادة على الرواية على اليقين فشهدوا باكثر مما ادعاه فلا تقبل قال وهذه المسئلة دليل على انه لو ادعى على النتاج اولا ثم ادعى الملك المطلق تقبل ولو ادعى المطلق اولا ثم النتاج لا تقبل وفي المحيط لو ادعى الملك بالنتاج وشهدوا على الملك بسبب لا يقبل بخلاف ما لو ادعى المطلق وشهد عليه بسبب حيث تقبل انتهى ولا اشكال انه لو ادعى النتاج فشهدوا بالسبب او عكسه لا تقبل وفي الفصول القاضي اذا سأل الشهود قبل الدعوى عن لون الدابة فقالوا كذا ثم عند الدعوى شهدوا بخلافه تقبل لانه سالهم عما لا يكلف بيانه نحو كالمعدوم قال رشيد الدين ويخرج من هذا كثير من المسائل ولو ادعى ملكا مطلقا عن رضا فقال قبضته مني من شهر فشهدوا بالتاريخ لا تقبل على العكس تقبل على المختار دعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك المطلق وينبغي ان يستثنى ما اذا ارخ ففي الخلاصة ادعى دارا في يد رجل انها ملك ابيها مات وتركها ميراثا له منذ سنة فشهدوا انه اشتراها من المدعى عليه منذ سنتين لا يقبل الا اذا وفق وقال اشتريتها منه منذ سنتين وبينتها من ابي منذ سنة ثم وفر شهادته واقام البينة على هذا التوفيق واذا ارخ احد الشاهدين دون الآخر لا يقبل في دعوى الملك المورخ وتقبل في دعوى غير المورخ ولو ادعى الشراء بسبب ارخ فشهدوا بالشراء بلا تاريخ تقبل وعلى العكس لا ولو كان للشراء شهران وارخوا شهرا تقبل وعلى العكس لا ولو ارخ المطلق بان قال هذا العين لي منذ سنة فشهدوا انه لمنذ سنتين لا تقبل ولو قال منذ سنتين فشهدوا انه له منذ سنة تقبل ولو ادعى انه قبض مني عشرة ونيف يعتبر

فيثبت شاذ لوقوع الاختلاف في التبع يقضي بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما اذا كان المدعي هو الزوج اجماع على انه لا تقبل لان مقصوده ما قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الخلاف في الفصلين وهذا اعم والوجه ما ذكرناه

فشهدوا على الغائب تقبل ويحمل على انه قبض في الحال وعليه شهدوا وقد مناه من مسائل القبض شيئا وان في يد رجلين اقتسماها بعد الدعوى او قبلها وغاب احدهما فاقى جل على الحاضر ان النصف بيده الدار وشاطره في يده نصفها مقسومة فشهدوا ان النصف الذي في يد الحاضر ملك الغائب بطلت لانها اكثر مما ادعى به بشكله لها وعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها وشهدوا انها له ولم يستثنوا الحقوق والمرافق لا تقبل وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه الا اوفق فقال صدقوا لكني بعت ذلك البيت منها تقبل وفي المحيط انقلاما من الاقضية وادب القاضي للخصاف اذا ادعى الملك للحال فشهدوا ان هذا العين كان قد ملكه تقبل لانها اثبتت الملك في الماضي فيحكم به في الحال ما لم يعلم المزيل قال المدعي على هذا اذا ادعى الدين وشهد شاهدان انه كان له عليه كذا او قال بالفا ثم اقر ورد خمسمائة من ما ادعاه عليها بود من مدعي رايبغي ان تقبل كما في دعوى العين انتهى ونظيره في دعوى العين ما ذكر رشيد الدين اذا قالوا تشهد ان هذا قد ملكه تقبل كما قالوا نشهد انه ملكه في الحال قال ولا يجوز للقاضي ان يقول امروز ملك وسه سيد انتهى ومعنى هذا لا يحل للقاضي ان يقول على تعلمون انه ملكه اليوم فيبني للقاضي بل يقول بل تعلمون انه خرج عن ملكه فقط ذكره في المحيط فيما اذا ادعى ملكا مطلقا في عين فشهدوا انه ورثه من ابيه ولم يتعرضوا للملك في الحال وشهدوا انه اشتراه من فلان وفلان يملكه ولم يتعرضوا لملكه في الحال يقبل ويقضي بالعين للمدعي لكن ينبغي ان يسأل المدعي القاضي عن ذلك اذا ادعى ان هذه زوجته فشهدوا انه كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل هذا كله اذا شهدوا بالملك في الماضي اما لو شهدوا بالملك في الماضي وقد ادعى الآن لا يقضي للمدعي به في ظاهر الرواية وان كانت اليد تسوغ الشهادة بالملك على ما اسلفناه وعن ابي يوسف يقضي بها وخرج العلوي على هذا ما نقل عن الواقعات لو اقر بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين انه قضى دينه ان شاهدي الاقرار يشهدان انه كان له عليه دين ولا يشهدان ان له عليه فقال هذا دليل على انه اذا ادعى الدين وشهدوا انه كان له عليه تقبل وهذا غلط فان مقتضاه ان لا فرق بين الشهادة بانه كان له عليه وان له عليه فيه الحال ان صاحب الواقعات فرق حيث قال يشهدان انه كان له عليه فلو لم يكن بينهما فرق لم يكن لذكر احدهما دون الآخر معنى والذي يقتضيه الفقه انهما اذا ثبت عندهما بشهادة العدلين انه قضاه ذلك الدين الذي اقر به عندهما بالبينة بطريق اقاد تهما ذلك ان لا يشهدا كما عرف فيما اذا ظهر شاهدا الف انه قضاه منها خمسمائة لا يشهدا حتى تقر بقبضها وانه اعلم وعكس ما نحن فيه لو ادعى في الماضي بان قال هذه الجارية كانت ملكي فشهدوا انها اختلف في قبولها والاصح لا تقبل وكذا لو شهدوا على طلق ودعواه بان شهدوا انها كانت له لا تقبل لان اسناد المدعى دليل على نفي ملكه في الحال اذ لا فائدة له في الاقتصار على ان ملكه كان في الماضي الا ذلك بخلاف الشاهد اذا شهد ذلك لا يدل على نفيها اياه في الحال بجواز قصدها اي الاحتراس عن الاخبار بالا علم لها به لانهما اذا لم يعلما سوى ثبوته في الماضي ولم يعلما زواله فقد يكون آئلا في نفس الامر فيحترس عنه الشاهد وان كان ثبت للحال بالاستصحاب وفي الخلاصة ادعى النقرة البيضاء وبين الوزن فشهد على النقرة والوزن ولم يذكر جيدة او رديئة او وسطا تقبل ويقضى بالردي بخلاف ما لو ادعى لبنا رقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة او منخولا فشهدوا على غير المنخول لا تقبل وفيما لو ادعى على رجل الفا من ثمن بيت فشهدوا على الف من ثمان جارية عصبها منه لا تقبل وعن هذا ذكر في المسئلة المسطورة وهي ما اذا شهدا بالف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع انا شهدنا عليه بذلك والذي له عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة هو محمول على انهما شهدا على اقراره بذلك اي اقرار المدعى عليه ثمن جارية لان ما ذكر في الاقرار تقبل لما ذكر في المسئلة المذكورة قبلها وهي الكفالة اذا شهدوا انه كفل بالف عن فلان فقال

فصل في الشهادة على الارث **قال** ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت الملك للمورث لا يقضى به للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لابي يوسف رح هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره ان شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب

الطالب هو اقر بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له ان يأخذه بالمال لانهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف في السبب ومثله ادعى انه اجره دارا وقبض مال الاجارة ومات فانفسخت الاجارة وطلب مال الاجارة فشهدوا ان الاجر اقر بقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الاجارة ولو ادعى الدين او القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل ولو شهد احدهما به والآخر بالاقرار به فقد اطلق القبول في المحيط والعمدة وقال قاضي خان قالوا تقبل عند ابي يوسف رح ولو ادعى قرضا فشهدوا ان المدعي دفع اليه كذا ولم يقولوا وقبضها المدعى عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع شهادة على الشراء واذا ثبت القبض لذلك يكون القول لذي اليد انه قبض بجهة الامانة فيحتاج الى بينة على انه بجهة القرض اذا ادعى ولو ادعى انه قضاه بدينه فشهد احدهما به والآخر باقراره انه قضاه لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار قبلت ولو ادعى شراء داره من رجل فشهدا انه اشتراها من وكيله لا تقبل وكذا لو شهدا ان فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه اجاز البيع ادعى انك قبضت من مالي حملا بغير حق مثلا وذكر سنته وقيمته فشهدا انه قبض من فلان غير المدعي تقبل فيجبر على احضاره لانه قال من مالي ولم يقل قبضت مني فلا يكون ما شهدا به يناقضه فيحضر ليشير اليه بالدعوى القسم الثاني اختلاف الشاهدين ادعى بالمبيع عيبا فشهد احدهما انه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الآخر على اقرار البائع به لا يقبل كما لو ادعى عيبا انه له فشهد احدهما انه ملكه والآخر على اقرار ذي اليد انه ملكه لا يقبل ومثله دعوى الرهن فشهد به بمعاينة القبض والآخر على اقرار الراهن بقبضه لا يقبل قال ظهير الدين الرهن في هذا كالغصب وكذا الوديعة لو ادعاها فشهد باقرار المودع قبلت ولو شهد احدهما بها والآخر بالاقرار بها لا تقبل على قياس الغصب وعلى قياس القرض تقبل بخلاف ما لو ادعى انه باع بيع الوفاء فشهد انه باع بشرط الوفاء والآخر ان المشتري اقر بذلك تقبل لان لفظ البيع في الاخبار والانشاء واحد ومثله ادعت صداقها فقال وهبتني اياه فشهد احدهما على الهبة والآخر على الابراء تقبل للموافقة لان حكمهما واحد وهو السقوط وقيل لا للاختلاف لان الابراء اسقاط والهبة تمليك والاول اوجه لانه وان كان اسقاطا يتضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد ولو شهد على اقرار المدعى عليه ان المدعى به في يده والآخر انه في يده لا تقبل وفي المحيط ادعى دارا فشهد انها داره والآخر على اقرار ذي اليد انها له لا تقبل بخلاف ما لو شهد احدهما على الدين والآخر على الاقرار انه تقبل واذا رجعت القاعدة التي اسلفنا من الفرق بين اختلاف الشاهدين على القول والفعل خرجت كثير من الفروع والله سبحانه اعلم

فصل في الشهادة على الارث وجه المناسبة بين تعقيب الشهادة بملك متجدد لحي عن ميت على الشهادة بملك متجدد لحي عن حي ظاهر

قوله ومن اقام بينة الخ اختلف علماؤنا في انه هل يتوقف القضاء للوارث بالشهادة على ملك الميت على الجر والنقل وهو ان يقول الشهود في شهادتهم مات وتركها ميراثا لهذا المدعي فعند ابي يوسف لا وعند ابي حنيفة ومحمد نعم وجه قول ابي يوسف ما ذكر المص بقوله هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث لانه يصير ملكه خلافة ولهذا يخاصم ويرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا ان كان المورث مغرورا فالشهادة بالملك للمورث شهادة به له فلا حاجة الى امر زائد يشترط للقضاء به له وقد ظهر بهذا محل الخلاف هو شهادتهم انه كان ملك الميت بلا زيادة ولو شهدا انها لابيه لا تقبل ذكره محمد بلا ذكر خلاف فقيل تقبل عند ابي يوسف وقيل لا تقبل بالاتفاق وهما يقولان ملك الوارث متجدد في العين حتى وجب على الوارث استبراء الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان يصدق به على المورث الفقير ولو زكوة او كفارة

لان يد المستعير والمودع والمستاجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يديه جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل وعن ابي يوسف رح انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة

فلا بد من ذكرهما الجر والانتقال غير انه لا يشترط ذكر ذلك نصا بل اما نصا كما ذكرنا من قولهم مات وتركها ميراثا له او شهد بالملك للمورث عند الموت او بما يقوم مقامه وهو اليد عند الموت ولا يخفى ان ابا يوسف تعرف بان ملك الوارث متجدد ولكن تجدده لازم شرعي لما شهدوا به فلا حاجة الى ذكره في شهادتهما اذا عرف هذا فالمسئلة التي ذكرها المص اتفاقية وهو قوله ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له اما على قول ابي يوسف فظاهر واما على قولهما فلان الشهادة على الملك وقت الموت اذ اليد وقت الموت يقوم مقام ذلك وقد وجد الثاني في مسئلة الكتاب لانه اثبت اليد عند الموت حيث شهد انها معارة منه او مودعة عند الموت لان يد المستعير والمودع والمستاجر كيد المعير واخويه وقد طولب بالفرق بين هذا وما اذا شهد المدعي ملك عين في يد رجل بانها كانت ملك المدعي او انه كان ملكها حيث يقضى بها وان لم يشهدا انها ملكه الى الآن ولذا لو شهد المدعي عين في يد انسان انه اشتراها من فلان الغائب ولم يقم بينة على ملك البائع وذو اليد ينكر ملك البائع فانه يحتاج الى بينة على ملكه فاذا شهدا بملكه قضي للمشتري به وان لم ينصوا على انها ملكه يوم البيع وهذه اشبه بمسئلتنا فان كلا من الشراء والارث يوجب تجدد الملك والجواب انهما اذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فانما يثبت بالاستصحاب والثابت حجة لابقاء الثابت لا لاثبات ما لم يكن وهو المحتاج اليه في الوارث بخلاف مدعي العين فان الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدده وبخلاف مسئلة الشراء فان الملك مضاف اليه لا الى ملك البائع وان كان لا بد لثبوت ملك المشتري من بقائه لان الشراء آخر ما وجود وهو سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق لو لم يوجبه فيكون مضافا الى الشراء وهو ثابت بالبينة اما هنا فثبوت ملك الوارث مضاف الى كون المال ملكا للميت وقت الموت لا الى الموت لانه ليس سببا موضوعا للملك بل عنده يثبت ان كان له مال فارغ والله سبحانه اعلم هذا اذا شهدا انها كانت معارة او مودعة فلو شهدا انها كانت في يد ابيه مات وهي في يده والاب هو المراد بلفظ فلان في قول المص انها كانت في يد فلان يعني ابا الوارث المدعي جازت الشهادة فيقضى بالدار للوارث لاثباتهما اليد للميت الى حين الموت وبذلك يثبت الملك له ولان اليد وان تنوعت الى يد غصب وامانة وملك فانها عند الموت من غير بيان تصير يد ملك لما عرف ان كلا من الغاصب والمودع اذا مات مجهلا يصير المغصوب والوديعة ملك لصيرورته مضمونا عليه شرعا ولا يجتمع اليدان في ملك مالك والوديعة والمغصوب منه هذا اذا شهدا كذلك للميت فلو شهد الحي ادعى عينا في يد شخص كذلك اي شهدا انها كانت في يد هذا المدعي منذ شهر او اقل او اكثر ولم يذكرا وقتا قال ابو يوسف هي كالتي للميت فيقضى للمدعي بالعين المذكورة وقالا لا يقضى بها للمدعي بهذه الشهادة لابي يوسف ان اليد المقصودة كالملك ولو شهدا في هذه الصورة انها كانت ملكا للمدعي تقبل على ما قدمنا في الفروع استصحابا بالملك الى وقت الدعوى كذا هنا استصحابا باليد الى وقت الدعوى وصار كما لو شهدوا انه اخذها منه يقضى بالرد بهذه الشهادة وجه الظاهر من قول ابي يوسف وهو وجه قولهما ان الشهادة مع كونها بيد منقضية شهادة بمجهول لان اليد متنوعة الى ملك وامانة وضمان ولم يلزم احدهما بعينه لترتفع الجهالة فتعذر القضاء بهذه الشهادة لتعذر القضاء المجهول بخلاف مثلها في الميت لانه لزم احدهما بعينه بالموت وهو يد الملك فامكن القضاء بخلاف الاخذ فان له موجبا معلوما وهو الرد من حيث هو اخذ الى ان يقترن به ثبوت انه اخذ حقه قال عم على اليد ما اخذت حتى ترده فيقضى به وايضا اليد معاين للمدعى عليه ويد المدعي مشهود مخبر عنه وليس الخبر كالمعاينة فيترجح المدعى عليه فلا يقضى به المدعي واستشكل عليه الخارج مع ذي اليد وكذا بينة مدعي الملك المطلق مع ذي اليد حيث ترجح بينة الخارج

وان الحق للمدعى عليه حتى لا تقبل ولو البراءة الا ان يصح صكه او اقر وان شهد شاهدان انه اقر عندهما بالالف وانكر ابو حنيفة لا تقبل ما لم يقل اشهدا على اقراري وهو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

قال الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة

الملك اجيب بان ذلك مسلم فيما لا يتنوع كجنية الخاتم ومدعى الملك المطلق بخلاف ما يتنوع وبهذا الجواب حاصله ان المعاينة كانت تقدم لو لم تلزم بالقضاء في المقضي وهو في التحقيق يصير الى الوجه الاول ويبطل استقلال الثاني بتمامه ليسير قوله وان اقر الى آخره يعني لو قال المدعى عليه بالدار التي في يده هذه الدار كانت في يد المدعي وقت للمدعي وان كانت اليد متعددة لان حاصل ذلك جهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة الاقرار بل يصح ويلزم البيان فانه لو قال لفلان على شيء صح ويجبر على البيان وكذا لو شهد شاهدان ان المدعى عليه اقر بانها كانت في يد المدعي تقبل لان المشهود الاقرار وهو معلوم وانما الجهالة في المقر به وهو لا يمنع صحة القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهد على اقراره على اقرار المدعى عليه ان له عليه شيئا جازت ويؤمر بالبيان تتمة شرط الشهادة على الشهادة ان يشهد انه كان لمورثه خلوقا والمورث ان تقدم ان محمدا قال لا يصح ولم يحك خلافا لان المورث ان كان حيا فالمدعي ليس خصما وان كان ميتا فاثبات الملك للميت حال وقف يم قول بعضهم انما تصح على قول ابي يوسف وهو غير سديد لانا نقطع بان الشاهد لم يرد هذا المعنى بل ملكه حال حياته فكان كالاول ولا بد ان يدرك الشهود الميت لان الشهادة على الملك لا تجوز بالتسامع وان ينوا جهة الاستحقاق حتى لو قالوا اخوه مات وتركها ميراثا له لا تقبل ما لم يقولوا لا نعلم له وارثا سواه او لهما لان الارث يختلف باختلاف الجهات وكذا لو قالوا كان لجده ولم يقولوا مات وتركها ميراثا لابيه ثم مات ابوه وتركها ميراثا له ولم يشترط ابو يوسف على ما عرف في الخلافية خيرا نه ليسأل البينة عن حدوث الورثة للقضاء واذا شهدوا انه كان لابيه تركه ميراثا له ولم يقولوا لا نعلم له وارثا سواه فان كان ممن يرث في حال دون حال لا تقضي لاحتمال عدم الاستحقاق او يرث على كل حال يحتاط القاضي وينتظر حتى يسأل له وارث آخر ولا يتم لتقضي الكبرى وان كان نصيب تختلف في الاموال تقضي بالاقل فتقضي في الزوج بالربع والزوجة بالثمن الا ان يقولوا لا نعلم له وارثا غيره وقال محمد وهو رواية عن ابي حنيفة تقضي بالاكثر والظاهر الاول وليس الاصل ان لا يكون له وارث ويأخذ القاضي كفيلا عندنا لا عنده على ما تقدم ولو قالوا لا نعلم له وارثا بهذا الموضع كفى عند ابي حنيفة خلافا لهما **فروع** اذا شهدا انا نعلم ان هذا وارث فلان لا نعلم له وارثا غيره ولم يذكرا سببا يرث به فالشهادة باطلة حتى يبينا سبب الارث وكذا اذا شهدا انه اخوه او عمه او ابن عمه او جده او جده لا يقبل حتى يبينا طريق الاخوة والعمومة انه لاب او شقيق ونسب الميت والوارث حتى تلقيا الى اب واحد ولا يذكر القضاء انه وارثه وهل يشترط قوله وارثه في الابن والام والولد قيل يشترط والفتوى على انه لا يشترط قوله وارث وكل من لا يحجب بحال لا يشترط قوله وارثه وفي الشهادة بالبنوة ان ابن الميت او بنت ابنه لا بد من ذلك وفي الشهادة انه مولاه لا بد من بيان انه اعتقه ولا يشترط ذكر اسم ابي الميت حتى لو شهدا انه عبد الميت ابو هذه وارثه ولم يسميا ابا الميت قبلت وفي الاقضية شهدا انه عبد الميت وقضى ثم جاء آخر وادعى انه ابو الميت وبرهن فالثاني احق بالميراث شهدا انه اخو الميت ووارثه وقضى به ثم شهدا ان آخر انه ابن الميت لا يبطل القضاء للاول بل يضمنان للابن ما اخذ الاول من الارث ولو شهدا ان ان الثاني ابن الميت تقبل وفي الزيادات شهدا ان القاضي بلدكذا اقر ان فلان بن فلان قضى بان هذا وارث فلان الميت لا وارث له غيره فالقاضي يحتاط ويسأل المدعي عن نسبه فان لم يبين امضى القضاء للاول لعدم المنازع في الحال فان جاء آخر وبين انه وارثه فان كان اقرب من الاول قضى للثاني وان كان البعد منه لا يثبت اليد ان زاحمه بالنكاح مثلا الاول ابنا والثاني ابا قضى بالميراث بينهما على قدر حصصهما لان كلا منهما يحجب صاحبه والمدعوق والله اعلم

باب الشهادة على الشهادة لما فرغ من بيان احكام شهادة الاصول شرع في بيان احكام شهادة الفروع **قوله** الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق ثبت مع الشبهة يخرج ما لا يثبت معها وهو الحدود والقصاص واما التعزير فيقضي الابتداء من نوادر ابن رستم عن محمد يجوز في التعزير العفو والشهادة على الشهادة ونص الفقيه ابو الليث على ان كتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيه الشهادة على الشهادة وفي فتاوى قاضي خان الشهادة على الشهادة

وهذا استحسان لشرف الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم يجز الشهادة على الشهادة او سائر الحقوق تولى الجحود
الشهادة على الشهادة وان كثرت كالرواية بخلاف بينة الاداء او ميت بينة الدين فانه يزداد استدلالا وتقاما كما يستلزمه عبد الشيخ فلا يقبل فيهما ولا في
كل حق والقصاص يجوز شهادة شاهد ين على شاهدين بن على شاهدين بن وقال لا تجوز الا الاربع على كل اصل ثلاثة وكل شاهدين مقام شاهد لان الزنى لا يثبت
على رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فيما شهد به حق ثم شهد به آخر مقبل ولا تقبل شهادة
وسببه على شهادة واجب لما روينا ولهما حجة على ما لا يخفى ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة

جائزة في الاموال وما يقصد به المال كالبيع والاجارة والقرض والصلح والهبة والوصية والعتق والكتابة والصلح عن دم العمد وكل شيء الا الحدود والقصاص وبقولنا هذا قال احمد والشافعي في قول واصح قوليه وهو قول
مالك تقبل في الحدود والقصاص فصار الفروع عدول نقلوا شهادة الاصول فالحكم شهادة الاصول للشهادة ثم صار كانه تحمل وصار كانه تحمل وبهذا استحسان اي جواز
الشهادة على الشهادة والقياس ان لا يجوز لانها عبادة بدنية وجبت على الاصل وليس للشهود له حتى لا يجوز الخصومة فيها والاجبار عليها والنيابة في العبادة
البدنية لا تجوز ولان كون قول انسان ينفذ على مثله ويلزمه ما نسبه اليه وهو ينفيه وبرأ منه انما عرف حجة شرعا عند قدر من احتمال الكذب وهو في
شهادة الاصول لعدم العصمة من الكذب والسهو فلا يكون حجة لذلك عند زيادة الاحتمال فكيف اذا كان الثابت ضعف ذلك الاحتمال وهو في شهادة
الفرعين وان اختلف محل الاداء فان محل في الاصلين في اثبات حق المدعي وفي الفرعين ما يشهدان به من شهادة الاصلين ثم يرجع الى الحق المدعى به
لكن لما كان الشاهد قد يعجز عن الاداء لموته او غيبته او مرضه فيضيع الحق اثبتنا هذا الاجماع صيانة لحقوق الناس لا يقال يستغنى عن ذلك بحبس الشهود
بان ليشهد على كل حق عشرة مثلا فيعجز موت الكل قبل دعوى المدعي لانا نقول المدعي جاز كونه وارث صاحب الحق على مثله وقد انقرض
الكل فالحاجة متحققة اليها ولما كانت الحقوق منها ما يحتاط في اثباته ومنها ما اوجب الشرع الاحتياط في درئه وهو الحدود والقصاص لو اخبرنا
فيها الشاهد على الشهادة مع ثبوت ضعف احتمال الكذب كان خلاف الشرع والمعلل بهذا وبما فيها من شبهة البدلية فاورد على هذا الوكالة
بدلا لم تجز شهادة اصل مع فرعين اذ البدل لا يجامع الاصل ولا شيء منه واجيب بان البدلية هنا بحسب المشهود به فان عين ثبوت المشهود
للاصول فيه شبهة كما ذكرنا بالشهادة على شهادة ثم تمكنت فيه شبهة اخرى لا بحسب شهادة الاصول لان شهادتهم عيان ولا يخفى ما فيه ولبعد تحملهما ان
يرده الى التعليل الآخر وهو كثرة الاحتمال تامل ليسير فلا يكونان تعليلين وهو خلاف ما ذكر المصنف لا جرم ان اصل السؤال غير وارد لانا انما
نرد على حقيقة البدلية والمصنف انما قال فيه شبهة البدلية لا حقيقتها فان قيل ذكر في المبسوط ان الشاهدين لو شهدا
على شهادة شاهدين ان قاضي بلدة كذا حد فلانا في قذف تقبل حتى ترد شهادة فلان اجيب بان لا نقض فان الشهود في فعل القاضي
وهو ما ثبت بالشبهات والمراد من الشهادة بالحدود الشهادة بوقوع اسبابها الموجبة لها فاورد ان فعل القاضي موجب لردها ورد ما من حده
فهو موجب للحد اجيب بالمنع بل الموجب لردها اذا كان من حده فهو ما يوجب الحد والذي يوجبه هو القذف نفسه على ان في المحيط ذكر محمد في الروايات
لا تقبل هذه الشهادة قوله ويجوز شهادة شاهدين او شهادة رجل وامرأتين على شهادة شاهدين يعني اذا شهدا على شهادة كل من الشاهدين فيكون لهما
شهادتان شهادتان على شهادة هذا وشهادتان على شهادة الآخر اما لو شهدا على شهادة تمامهما شهدوا على شهادة الاصل والآخر على شهادة
الاصل الآخر فلا يجوز لانه على قول مالك على ما نقل عنه في كتب اصحابنا لكن في كتب اصحابه انه لا يجوز وفي الجملة ان على قول احمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة والحسن
البصري والعنبري وعثمان البتي وابن حق تجوز الشهادة لان الفرع قائم مقام الاصل بمنزلة رسولي ايصال شهادته الى مجلس القضاء كانه شهد بنفسه
واعتبروه برواية الاخبار ولنا ما عن علي لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ذكره المصنف وهو بهذا اللفظ غريب والذي في مصنف عبد الرزاق
انا ابراهيم بن ابي يحيى الاسلمي عن حسين بن سمرة عن ابيه عن جده عن علي قال لا تجوز على شهادة الميت الا رجلان واسناد ابن ابي شيبة نا وكيع عن
اسمعيل الازرق عن الشعبي قال لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهدين حتى يكونا اثنين فاثنين لان شهادة كل من الاصلين هي المشهود بها فلا بد ان يجتمع على كل مشهود
به اثنان حتى لو كانت امرأة شاهدة مع الاصول لا تجوز كما شهادتا الا رجلان او رجل وامرأتان وقال الشافعي في احد قوليه لا يجوز واختاره المزني

وصفته الاشهاد ان يقول شاهد الاصل اشهد على شهادتي ان اشهد ان فلان ابن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب فلابد من تحمل التوكيل على ما مر كالاداء ويشهد عند القاضي ان امكن لانه يقضي بشهادة الفرع على الاصل فلا بد من سماع اقراره بخلاف ما اذا مات الاصل او غاب غيبة منقطعة لان الشهادة على الشهادة انما تسمع عند تعذر شهادة الاصل وان لم يقل له اشهد ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا او قبل لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا يدري من شهادته وذكره شهادة الاصل وذكره التحمل وله لفظ اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوسطها

لان الفرعين لقيام مقام اصل واحد كالمرأتين لما قاما مقام رجل واحد لا يقضي بشهادتهما لان احدهما لو كان اصلا فشهد بشهادة شاهد مع فرع على شهادة الاصل الآخر لا يجوز اتفاقا فكذا اذا شهد جميعا على شهادة الاصلين وفي قول آخر للشافعي يجوز كقولنا وهو قول مالك واحمد لما روينا من قول علي فانتظم بالاولى اصل النزاع ولان حاصل امرهما انما شهد بحق هو شهادة احد الاصلين ثم شهد بحق آخر هو شهادة الاصل الآخر ولا مانع من ان يشهد شاهدان بحقوق كثيرة بخلاف ما اذا شهد الاصل بشهادة نفسه ثم بشهادته على الاصل الآخر فانه انما يجوز لان فيه يجتمع البدل والمبدل بخلاف ما لو شهد شاهدان على شهادة الاصل الآخر حيث تجوز وهو حجة على مالك فيه نظر اذ كتبهم ناطقة بان شهادة الواحد على الاصل لا تجوز وانما نقل هذا عن احمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة والحسن البصري والعنبري وعثمان البتي واسحق لان الفرع قائم مقام الاصل بمنزلة رسوله كما قدمنا وما ذكره المصنف رواية عنه وانما تقبل هذا عمن تقدم في الحلية لما تقدم من ان الفرع كرسوله وكرواية الاخبار ويدفعه ما ذكرنا عن علي ؓ ان كل واحد حق فلا ثبت الا باثنين وذكر في المستوعب للحنابلة عن احمد لا يجزئ اربعة فروع ليشهد كل فرع على واحد من الاصلين **قوله** وصفة الاشهاد الى شهادتي شاهد الاصل شاهد الفرع ان يقول اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان ابن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه انما شرط اشهاد الاصل الفرع في شهادة الفرع لانه كان نائب عنه فلا بد من الاستنابة وذلك بالتحميل بخلاف شاهد الاصل يجوز على المقر وان لم يحمله وكذا كل من شاهد امرا غير الشهادة له ان يشهد به وان لم يحمله كالاقرار والبيع والغصب على ما مر يعني فيما تحمله الشاهد وانما لم يقبل لانه نائب عنه لانه لو كان حقيقة النائب لم يجز القضاء بشهادة فرعين على شهادة اصل واحد لامتناع الجمع بين الاصل والخلف لكنه نائب حكما وقوله ولا بد ان يشهد اي شاهد الاصل عند الفرع قوله كما يشهد شاهد الاصل عند القاضي لينقل الفرع الى مجلس القضاء وان لم يذكر شاهد الاصل في شهادته عند الفرع قوله واشهدني يعني المقر على نفسه بذلك جازما ذكرنا آنفا من الفرق واذا وقع التحميل بما ذكر فيقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلان بن فلان وليرفعه اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك فلا بد من ذكر الفرع جد شاهد الاصل فلزم فيه خمس شيئات وذلك لانه لا بد للفرع في شهادته وذكر شهادة الاصل والتحميل قال المصنف اي والشهادة الاداء من الفرع بلفظ اطول من هذا او اقصر الا الاطول فان يقول اشهد ان فلانا شهد ان فلان على فلان كذا واشهدني على شهادته وامرني ان اشهد على شهادته وانا الان اشهد على شهادته بذلك فيلزم ثمان شيئات واما الاقصر فان يقول الفرع اشهد على شهادة فلان بان فلانا اقر عنده بكذا ففيه شيئان وهو اختيار الفقيه ابي الليث واستاذه ابي جعفر وعلى فتوى شمس الائمة السرخسي به وبكذا ذكره محمد في السير الكبير وبه قالت الائمة الثلاثة وعلى ان قسمها من ابي جعفر خالفوا واشترطوا زيادة الاول فاخرج ابو جعفر الرواية من السير الكبير فانقادوا له قال في الذخيرة فلو اعتمد احد على هذا كان اسهل وكلام المصنف يقتضي ترجيح كلام القدوري المشتمل على خمس شيئات حيث حكاه وذكر ان ثم اطول منه واقصر ثم قال وخير الامور اوساطها وذكر ابو الليث البغدادي شارح القدوري اقصر آخر ثلاث شيئات قال ويكون الاقتصار من جميع ذلك على ثلاثة الفاظ وهو ان يقول اشهدان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا ثم قال وما ذكره صاحب الكتاب يعني القدوري اولى واحوط ثم حكى خلافا بين ابي حنيفة ومحمد وبين ابي يوسف وان قوله وقال لي اشهد على شهادتي شرط عند ابي حنيفة ومحمد فلا يجوز تركه وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز قال وجه قولهما انه اذا لم يقله احتمل ان يكون امره ان يشهد مثل شهادته وهو كذب وتحميل انه امر على وجه التحميل فلا تثبت النيابة بالشك ولابي يوسف ان امر الشاهد محمول على الصحة ما امكن فيحمل لذلك على التحميل انتهى والوجه في شهود الزمان القول بقولهما لان غير العارف المتدين لان الحكم للغالب فصورة المتجذبا بكتبة للدراهم وقولهم في اعطاء الصورة اشهدني على شهادة فلان ونحوها الى آخره ممنوع والا فلا يجوز

ومن قال اشهد فلان على نفسه لم يشهد المسلم على شهادة حتى يقول اشهد على شهادة لانه لابد من التحمل وهذا ظاهر عن محمد لان القضاء بشهادة الفرع والاصول جميعا حق اشتركا في الضمان حتى الرجوع وذكرنا عن قريب كما انه لابد من نقل شهادة الاصول لتصير حجة فيظهر تحمل ما هو حجة

قال ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لان رجوازها للحاجة وانما تعتبر عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان العجز بعد المسافة ومدة السفر بين محكما في تحديدها احكام فكذا اسبابها هذا في الحكم وعن ابي يوسف رحمه الله ان كان بمكان لو غاب عنه لا داء الشهادة لا يستطيع ان يشهد في اهله صح لان شهادة احياء على قيد الناس اوكد من الاداء الحسي والثاني رفوه به اخذ الفقيه ابو الليث

ان عرف شهود الاصل فجاء الفرع يجب ان يقبل اسماء الاصول واسماءهم واحدا واحدا حتى لو قال اشهد ان عليا نعم فيما اشهد انا على شهادتنا انه لا تقبل لانه لا يشهد على اقرار الاصل ما لم يعرف اسماءهم لجهالة المشهود عليه

قوله ومن قال اشهد في الخ اي قال اشهد في فلان على نفسه بكذا لا يسع للسامع ان يشهد على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي بذلك وجه الصحابة لابد من التحمل اما عند محمد فلانه يقول باشتراك الاصول والفروع في الضمان اذا وجد حتى هذا ان محمدا الخير اشهد على نفسه بالتضمين الاصول والفروع وليس مراده ما يعطيه ظاهر الافظ من انه ضمن الكل معا فان اختار تضمين الفروع لا يرجعون على الاصول كما في باب الغصب لو ضمن المالك الغاصب الثاني لا يرجع على الغاصب الاول وان ضمن الاصول لا يرجعون على الفروع ايضا بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب بتجيء المغصوب منه في تضمين ايما شاء فان ضمن الغاصب يرجع على غاصبه وان عند جاء قوله لابد من التحمل لانه لابد من النقل يعني الى مجلس القاضي ليصير حجة فيظهر بالنقل تحمل ما هو حجة يعني شهادة الاصول وهذا الكلام يقتضي ان وجوب التحمل لوجوب النقل والنقل لا يتحقق الا بالتحمل حتى لو سمع شاهدا يقول للرجل اشهد على شهادتي الخ ليس له ان يشهد على شهادته لانه انما تحمل غير حجة فان النقل الى القاضي انما وجب شرطا وهو التحمل فثبت عند الحجة بخلاف ما لو سمع قاضيا يقول لآخر قضيت عليك بكذا او على فلان فانه يجب ان يشهد على قضائه بالتحمل لان قضاءه حجة بالبيع والاقرار بخلاف الشهادة ليس فيها حجة حتى تنقل الى القاضي والفارق ان يقول كون النقل الى القاضي واجبة يتوقف على التحمل شرعا مما يحتاج الى دليل ان لم يكن فيه اجماع الامة وهو منتف على الاصح عند الثلاثة فيه والا فالاتفاق على ان من سمع اقرار رجل له ان يشهد عليه بما سمع منه وانما لم يشهده بل فلو منعه من الشهادة بما سمع منه فاخراج الاقرار بشهادة الشاهد على فلان يحتاج الى الدليل من الشرع وذكر في الفتاوى الظهيرية في وجه آخر وهو ان الاصل له منفية في نقل شهادته فان الشهادة حق عليه يلزمه اداؤه اذا طلب منه من هي له وتقتضي هذا انه لا يحتاج الى التوكيل والتحميل لان من عليه دين اذا تبرع انسان لقضاء دينه جاز وان لم يكن بامره لكن فيما مضى امكن ان يقال لا يتبرع احد بالاداء ولا يتفق في تضاعيف امره ورضاه فيشتغل كل من له ولاية الانكار صغيرة لو نكحها انسان لا بامره لا يجوز لذلك

قوله ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلاثة ايام ولياليها فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تعتبر عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان العجز بعد المسافة ومدة السفر بين محكما في تحديدها احكام فكذا اسبابها هذا في الحكم وعن ابي يوسف رحمه الله ان كان بمكان لو غاب عنه لاداء الشهادة لا يستطيع ان يشهد في اهله صح لان شهادة احياء على قيد الناس اوكد من الاداء الحسي والثاني رفوه به اخذ الفقيه ابو الليث وذكر محمد في الكبير ومن لم يجز شهادة الفرع كيف كان حتى روى انه لو شهد شهود الفرع في رواية اخرى تقبل وقال الامام السرخسي وغيره يجب ان يجوز على قولهما خلافا لابي حنيفة بناء على جواز التوكيل بالخصومة عندهما لا بالاداء عند ابي حنيفة والاقطع صح عندهما قال ويقال لابي يوسف ومحمد تقبل وانكر قول الفرع في النصح فروع فرق الاصول وعميا او عميا واحدا والباقي بالغا او فساقهم حيث يشهد الفروع ويجوز شهادة الابن على شهادة الاب دون تعكسا في رواية والصحيح الجواز فيهما ولو شهد واحد على شهادة نفسه واخران على شهادة غيره صح وتقبل الشهادة على الشهادة في النسب كما في القاضي الى القاضي وفي الاصل لو شهد رجلان على شهادة رجل وشهد رجل على شهادة نفسه واخران على شهادة غيره صح ذلك فصار كما لو شهد على شهادة الاصل الحاضر على شهادة الاصل الغائب غيره منهما لانها لو قبلت شهادة الاصل الحاضر فثلاثة ارباع الحق لنصف الشهادة وهو واحد وبعد شهادة مع آخر على شهادة الاصل الغائب لا يجوز ان يثبت بشهادة واحد ثلثا الربع الحق كذا ذكره الامام السرخسي ولم يزد في شرح الكافي على هذا يعني ان شهادة نصف الاصل وشهادة نصف اصل وشهادة على غيره بدل لا يجتمعان بخلاف ما لو شهد واحد على شهادة نفسه واخران على شهادة آخر صحيح ولو شهد على شهادة رجلين بنسب ولم يقض بشهادتهما حتى مات الاصلان جاز ان يشهد الفروع على الشهادة وصح النفي عن عامة المشايخ وقال بعضهم لا يصح والاصح الاول وتقبل الشهادة على الشهادة وان كثروا وسمعنا قول عامة حكمت بهذا على هذا ثم نصب حاكم غيره ولهما ان الشهود ان القاضي قضى عليه وان كان سماعه من القاضي في المصر

قال فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جازت شهادتهم من اهل التركية ولكن اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر جازت لما قلنا غاية الامر انه منفعة له من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كالاب يشهد لابنه بشهادة نفسه كيف وان قولهم مقبول في حق نفسه ان رجعت شهادة صاحبه فلا تهمة قال وان سكتوا عن تعديل جاز ويسأل القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف وقال محمد لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فان لم يعرفوهم يسألوا الشهادة فلا تقبل وكذلك ابو يوسف ان الخوف عليهم التلف دون التقول لانه تتحقق عليهم الفضيحة فيتوقى القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان القبول لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانية بكذا فلان القفلانية بالمبلغ وقالا نشهد انهما يعرفانهما باسمائهما وانسابهما لا نعرفهما بعينهما جازت شهادتهما لان الشهادة على الشهادة بالنسبة وان تحققت والمدعى يدعي الحق على الحاضر ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة وتفسير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود يذكر حدودها وشهد على الشهود

وسواده في رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو الاصح عن ابي يوسف لا يجوز ان سماه في غير مجلس القاضي وبهذا احوط قوله فان عدل شهود الاصل الخ شهود الاصل نعتوا غيابا وشهود الفرع حاضرون فاعلم ان حال ان اذا شهد الفرعان فان علم القاضي عدالة كل من الفروع والاصول قضى بموجب الشهادة وان لم يعلم عدالة الاصول وعلم عدالة الفروع سأل الفروع عن عدالة الاصول فان عدلوا هم جاز لانهم من اهل التركية فتقبل وكذا لو شهد اثنان فعدل احدهما وهو معلوم العدالة للقاضي الآخر جاز خلافا لقول بعض المشايخ انه لا يجوز لانه متهم في ذلك حيث كان تعديله رفيقه يثبت القضاء بشهادته وذلك ما اشار اليه المصنف بقوله غاية الامر انه منفعة الخ لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه يعني ان شهادة نفسه تتضمن مثل هذه المنفعة وهي القضاء بها فلما انه لم يعتبر الشرع من عدالته ذلك ما انا كذا نحن فيه وان سكتوا اي الفروع عن تعديل الاصول حين سألهم القاضي جازت شهادة الفروع ونظر القاضي في حال الاصول فان علم منهم خيرا قضى والا لا دون تعديلهم وبهذا عند ابي يوسف وقال محمد اذا سكتوا وقالوا لا نعرف عدالتهم لا تقبل شهادة الفروع لان قبولها باعتبار انها نقل شهادة وقد ثبتت شهادة الاصول فلا يقبل شهادة الفروع ولابي يوسف ان المأخوذ اي الواجب على الفروع ليس الا نقل ما علموه الاصول دون تعديلهم فانه قد يخفى عالم عنهم فاذا نقلوا ما علموا هم على القاضي ان يعرف حالتهم غير ان الفروع حاضرون وهم اهل التركية اذا كانوا عدولا فسؤالهم اولى للمسافة من سؤال غيرهم فان كان عندهم علم فقد قصرت المسافة والا احتاج الى التعرف حالهم من غيرهم كذا ذكر الخلاف الطحاوي في تهذيب ادب القاضي للخصاف صاحب الهداية وذكر شمس الائمة فيما اذا قال الفروع حين سألهم عن عدالة الاصول لا نخبر لكن لم تقبل شهادتهما اي الفروع في ظاهر الرواية لان هذا ظاهر في الرجوع كما لو قالوا استتمهم في هذه الشهادة ثم قال وروي عن محمد انه لا يكون هذا رجوعا لانه يحتمل كونه توقيفا في حالهم فلا يثبت جرحا بالشك انتهى وعن ابي يوسف مثل هذه الرواية عن محمد انها تقبل ويسأل غيرهما ولو قالوا لا نعرف عدالتهما ولا عدمها فكذا الجواب فيما ذكره ابو علي الدقاق وذكر الحلواني انها تقبل ويسأل عن الاصول وهو الصحيح لان الاصل بقي مستورا فيسأل عنه وذكر هشام عن محمد في عدل اشهد على شهادة شاهدين ثم غاب غيبة منقطعة نحو شهرين سنة ولا يدري اهو على عدالته ام لا فشهدا على تلك الشهادة ولم يجد الحاكم من يسأله عن حاله ان كان الاصل مشهورا كابي حنيفة وسفيان قضى بشهادتهما عنه لان غيبته المشهور تحديث بها وان كان غير مشهور لا يقضي به ولو ان فرعين عدلا عدالتهما شهدا عن الاصل وقالا لا نعرفه وذكره غيرهما لا تقبل شهادتهما وان قال فلك احدهما لا تقبل اذا جرحه ففي التتمة اذا شهدا انه عدل وليس في اهل بلده من يعرفه فان كان ليس موضع المسألة يعني ان يخفى فيه المسلمون فسألهما عنه او بعث من يسألهما عنه سرا فان عدلاه قبل والا اكتفى بما اخبراه علانية قوله فان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة الفروع لان انكارهما الشهادة كان للتحمل وهو شرط في القبول فوقع في التحمل لتعارض خبرهما بوقوعه وخبر الاصول لعدمه ولا ثبوت مع التعارض قوله واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم بكذا عبارة الجامع وتمامه فيقول ان قد اخبرانا انهما يعرفانهما باسمائهما وانسابهما وانهما فلانة بنت فلان الفلاني وفلانة بنت فلان الفلاني بالمبلغ وقالا لا ندري هما هذه ام لا قال يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها فلانة الفلانية بعينها فاجيز الشهادة والمعرفة فقال فجاء بامرأة يعني المدعي جاء بها وهو النسب وهذا لان الشهادة بالالف على المعرفة بالنسبة وقد تحققت بالشهادة المذكورة للفروع والمدعي يدعي الالف على حاضرة جاز كونها غيرها فلا بد من التعريف الى حاضرة تلك النسبة التي هي شاهد بالالف عليها قال المعروف نظير هذا اذا تحملوا شهادة ببيع محدود وقال قاضي خان وهذا اذا شهد رجلين يشهدان ان فلانا اشترى دارا في بلد كذا بحدودها وكذا ولا يعرفان الدار بعينها يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان ان هذه الدار المحدودة المذكورة بهذه الحدود في يد هذا المدعى عليه يسع القضاء وهذا التصوير اوفق بالكتاب حيث قال تحملوا الشهادة ببيع محدود وذكر الطحاوي رح وصار كرجل ادعى محدودا في يد رجل وشهد شهود ان هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملكه وفي يد المدعى عليه بغير حق فقال المدعى عليه الذي في يده غير محدود بهذه الحدود التي ذكرها الشهود

لا يبين من التعريف شيء من ذلك ان الحق ثبوته بما ذكر بين للمدعي عليه وكذا الانكار للمدعي عليه ان الحق المذكور قبل الشهادة ثابت في يديه قال وكذلك كتاب القاضي
الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة لان القاضي لكمال امانته ودفوره لا يبعث بالنقل ولو قال في هذين البابين الفقيه تلميذ ترجمتهما وهما
الى فخذ هذا هو الفصيلة الخاصة هذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي سلمة بالنسبة الى بني تميم انهم قوم لا يخصون ويحصل
بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الغرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وتميل الى السكة الصغيرة خاصة
والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يذكر بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لابي يوسف رح
على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى

يقال للمدعي بات شاهداك ان الذي في يده محدود وسبه الحدود ثم لتصوير المعنى يصدق فيما اذا كان المدعي شفيعا والمحدود في يد المشتري فادعاه بطلب الشفعة يقبل
المشتري الذي في يده بطريق الشراء ليس هذا الحد وهم قال المصنف قال يعني محمدا في الجامع الصغير وكذلك كتاب القاضي فانه ذكر فيه المسلمين فانه قال
بعد قوله فاجيز الشهادة وكذلك كتاب القاضي الى القاضي شاهدين وقال ابو حنيفة ان هذين البابين التميميين لم يجز حتى ينسبا ما الى فخذ ما الى ههنا
لفظ الجامع الصغير يعني ان القاضي اذا كتب في كتابه الى القاضي الآخر ان شاهدين عدلين شهدا عندي ان فلان بن فلان بن فلان على فلانة بنت فلان الفلانية
مائة درهم فاقض عليها بذلك فاحضر المدعي امرأة في مجلس القاضي المكتوب اليه وقال هي هذه يقول له المكتوب اليه بات شاهدين ان التي احضرتها هي فلانة
بنت فلان الفلانية المذكورة في هذا الكتاب ليتمكن الاشارة اليها في القضاء عليها وقوله الا ان القاضي الخ جواب بتقدير وهو انه اذا كان في متن الشهادة على الشهادة
ينبغي ان لا يقبل قول القاضي وحده لانه كشاهد الفرع شهد على الاصول بما شهدا به فقال ان للقاضي زيادة وفور ولاية ليست للشهود فقامت تلك مقام يمينه مع
قول الاثنين فالفرع يقبل ثم قال المصنف قال ولو قال ولفظ قال ايضا على ما ذكرنا من قول المصنف لفظا للجامع على ما فعلناه آنفا اي في الجامع قال ابو حنيفة
لو قالوا في هذين البابين اي الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي هي فلانة بنت فلان التميمية لم يكف حتى ينسبوها الى فخذها بيد الفصيلة الخاصة
التي ليس فوقها فصيلة هذا هو المعتمد وهذا على احد قولي اللغويين وهو في الصحاح وفي الجمهرة جعل الفخذ دون القبيلة وفوق البطن وانه بتسكين الخاء والجمع افخاذ وجعله
وليان الاوساب بكسر الحاء وانه اقل من البطن ولذا ذكر صاحب الكشاف والزبير قال العرب على ست طبقات شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفصيلة في شعب
يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصائل فمضر شعب وكذا ربيعة وحمير وسميت شعوبا لان القبائل
تشعبت منها وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي لبطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وعلى هذا لا يجوز الاكتفاء بالفخذ بانه ينسبها الى الفصيلة لانها دونها ولذا
قال الله تعالى وفصيلته التي تؤويه وقد مناقي فصل الكفاءة من ذكر بعد الفصيلة ايضا العشيرة والعمارة بكسر العين والشعب بضم الشين واستفدناه ذكرها في منظومة في شرح العالم لكيف ينكر التميمية لانها نسبة عامة فلا يحصل بها التعريف وهو المقصود بذكر ذلك ونقل في الفصول عن قاضي خان ان
حصول التعريف باسمه واسم ابيه ولقبه لا يحتاج الى ذكر الجد وان كان لا يحصل بذكر الاب والجد لا يكتفي بذلك وفي الفصل العاشر من فصول الاستروشني رايت بخط
ثقة لو ذكر اسمه واسم ابيه وفخذه وصناعته ولم يذكر الجد تقبل وشرط التعريف ذكر ثلثة اشياء على هذا لو ذكر اسمه ولقبه اسم ابيه هل يكفي فيه اختلاف المشايخ
والصحيح انه لا يكفي وفي اشتراط ذكر الجد اختلاف فانه اقتضى القاضي بدون ذكر الجد ينفذ لانه وقع في فصل محتبد فيه قال كذا رايت في بعض الشروط ولا
يخفى ان ليس المقصود من التعريف ان ينسب الى ان يعرفه القاضي لانه قد لا يعرفه ولو نسب الى مائة جد والى صناعته ومحلته بل يثبت بذلك الاختصاص
ويزول الاشتراك وانه قلما يتفق اثنان في اسمهما واسم ابيهما وجدهما وصناعتهما ولقبهما فما ذكر عن قاضي خان من انه لو لم يعرف مع ذكر الجد لا يكتفي
بذلك لاوجه له منافي الاصول من ان شرط التعريف ذكر ثلثة اشياء غير انهم اختلفوا في اللقب مع الاسم هل هما واحد او لا نظير ما ذكر في النسب
ما ذكرنا في النسبة الى البلدان في حق من لا يعرف النسبة الى جد مشهور شمل ان يقول الغرغانية وكذا البلخية كما ذكره ابو الليث وقيل السمرقندية والبخارية
عامة بخلاف الاوزجندية وقيل خالفته الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة قال المصنف ثم التعريف وان كان يذكر الجد عند ابي حنيفة
ومحمد خلافا لابي يوسف في عدم اشتراطه ذكر الجد على ظاهر الروايات ذكر الفخذ يقوم مقامه لان اسم الجد الاعلى اي الجد الاعلى في ذلك الفخذ خاص فنزل منزلة الجد
الخاص وهذا تعليل لقول ابي حنيفة المنقول في الجامع ان قال في هذين البابين فلانة التميمية لم يجز حتى ينسبا الى فخذها فانه ذكره فيما اذا قالا

فصل قال ابو حنيفة لا شاهد الزور شاهد في السوق وكان يقول لا توجعه ضربا ويحبسه وهو قول الشافعي في القديم وروى عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وتمام وجهه وكان هذا كيلا يتعود الناس مثله والى هذا ذهب احمد ومالك رحمهما الله لان شريحا كان يضربه ولانه يحصل بالتشهير فيكتفى به والتعزير ان كان سببه الفعل الحرام لكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على سياسة بلاغة التعليم الى الاربعين والتحليق ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رح فانه كان يبعثه الى السوق فان كان سوقيا الى قومه ان كان غير سوقي عن العشيرة كانوا لو يقولون ان شريحا يقرأ عليكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وجه الناس منه وذكر شمس الائمة السرخسي رح انه يشهر عنها ايضا والتعزير بالحبس على قدر ما يراه القاضي عن هما وكيفية التعزير ما ذكرناه في الجامع وفي الجامع الصغير شاهد ان اتوا بامرأة شهدا بزور ثم ماتا قبل ان يفرق بينهما او رجعا عن شهادتهما قبل التفريق فانه لا يغرمان شيئا لان الفرقة وقعت بقولهما وهما غير ضامنين لما اتلفا بقولهما بعد القضاء وقبله لان القاضي هو المتلف بقضائه وقولهما سبب والتسبب لا يتقيد بالشرط كما في حفر البئر على الطريق وهذا لان الشهادة على الطلاق لا تفضي الى الفرقة بل القاضي بقضائه وهذا لان الشهادة على الطلاق لا تفضي الى الفرقة بل القاضي بقضائه وهذا لان الشهادة على الطلاق لا تفضي الى الفرقة بل القاضي بقضائه

فان فلانة ثبت فلان الفلانية من غير ان يعرف ان الفلانية تقوم مقام الجد اذا كان نسب ابي الخ الاب

فصل قوله قال ابو حنيفة رح شاهد الزور لم اخرجه شهادة الزور لانها خلاف الاصل اذ الاصل الصدق لان الاصل في الفطرة كونها على الحق والكذب عارض من تسويل النفس والشيطان فشاهد الزور لا يعرف الا باقراره بذلك ولا يحكم بردشهادته بمخالفة الدعوى اذ الشاهد لا يأخذ ان يكذب المدعي اذ قد يكون محقا في المخالفة او للمدعي غرض في اداء الزور لشيخ الاسلام ان يشهد بموت احد فيجيء حيا ولو قال غلطت او ظننت ذلك قبل بما مضى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم واذا ثبت كونه شاهد زور قال ابو حنيفة رحمه الله التعزير تشهيره على الملأ في الاسواق ليس غير وقالا لا توجعه ضربا ويحبس حتى يحدث توبة معنى قوله واعزره ولا اضربه والحاصل الاتفاق على تعزيره غير انه اكتفى بتشهيره حالة في الاسواق وقد يكون ذلك اشد عليه من الضرب بخفية وهما اضافا الى ذلك الضرب ولقولهما قال الشافعي ومالك رحمهما الله لما روي ان عمر رض ضرب شاهد الزور اربعين سوطا رواه ابن ابي شيبة ثنا ابو خالد عن حجاج عن مكحول عن الوليد بن ابي مالك ان عمر كتب الى عماله بالشام في شاهد الزور يضرب اربعين سوطا ويسخم وجهه ويحلق راسه ويطال حبسه وروى عبد الرزاق في مصنفه عن مكحول ان عمر ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وقال اخبرنا يحيى بن العلا اخبرني الاحوص بن حكيم عن ابيه عن عمر بن الخطاب رض امر بشاهد الزور ان يسخم وجهه وتعلق عمامته في عنقه ويطاف به في القبائل فوجه الاستدلال بذلك من يرى تقليد الصحابي ظاهرا ما من لا يراه فبوجهين احدهما عدم النكير فيما فعل عمر فكان اجماعا وليس لشيء لان الانكار لا يتوجه فيما طريقه الاجتهاد واذا فرض انه اداه اجتهاده الى ذلك فلا يجوز النكير على مجتهد في محل اجتهاده في هذا السكوت دال على انه استقى كبيرة من الكبائر على ما صرح به النبي صلى الله عليه وسلم فيما روى البخاري انه صلى الله عليه وسلم قال الا اخبركم بأكبر الكبائر قالوا بلى يا رسول الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس قال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها حتى قلنا ليسكت وقرن الله تعالى بينها وبين الشرك قال فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور واذا كان كبيرة وليس فيما تقدر شرعي قيد التعزير وهذا لا يتقيض على ابي حنيفة فانه يقتضي التعزير وهو لا ينفيه بل قد قال به على ما حققناه لكنه نفى الزيادة فيه بالضرب والحق انه يقتضي عليه نفي الضرب وهما يثبتانه فان كان الضرب زيادة في التعزير فليكن اذ قد ثبت الزيادة فيه ولابي حنيفة ان شريحا رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب روى محمد بن الحسن في كتاب الآثار انا ابو حنيفة عن الهيثم بن ابي الهيثم عن جدته عن شريح انه كان اذا اخذ شاهد الزور فانكان من اهل السوق قال للرسول قل لهم ان شريحا يقرئكم السلام ويقول لكم انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وان كان من العرب ارسل الى مجلس قومه اجمع ما كانوا فقال للرسول مثل ما قال في المرة الاولى ونحوه ما رواه ابن ابي شيبة ثنا وكيع ثنا سفيان عن ابي حصين قال كان شريح يبعث بشاهد الزور الى مسجد قومه والى السوق ويقول انا رأينا شهادة هذا وفي لفظ كان تكتب اسمه عنده وقال الخصاف في ادب القاضي ثنا وكيع قال حدثنا سفيان عن ابي حصين قال كان شريح يبعث بشاهد الزور فاحمل بين وكيع وابي حصين بعضان وقد يقال ليس من هذا ما يصح بانه لم يضربه بل انه فعل ذلك ولا ينفي هذا ان يكون مع شيء آخر ثم وجدنا لهذا الحمل مرويا قال عبد الرزاق انا الثوري عن الجعد بن ذكوان قال اتي شريح بشاهد زور فخزع عمامته عن راسه وخفقه بالدرة خفقات وبعث به الى مسجد ليعرفه الناس غير ابا حنيفة رضي الله عنه قال ان قد علمنا انه وقع الضرب وقد قلنا انما يعرف شاهد الزور باقراره

كتاب الرجوع عن الشهادات

قال واذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهم لانعدام ما تلفوا عليه لان المدعى عليه غارم بحكم شهادتهم ثم رجوعهم لانه بيفسخ الحكم لان آخر كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولانه لو قضى القاضي ثم رجعوا لم ينقض الحكم لان القضاء صدق على حدة وقد تبين ان الاول لم يتناقض بشهادتهم فلا تلزمهم على القسم بسبب الضمان والتناقض انما يتم بعد الاقرار او ما يقوم مقامه

فكان ذلك قبل ان يرى شاهد الزور الراجع انه يفعل به ذلك فقد كان يظن انه لا يعاقب فرجع فحين ترتب على رجوعه الضرب وصار ذلك مستقرا في النفوس يكون صارفا لها عن الرجوع وحاملا على التمادي فيجب ان يترك ويكفي ما ذكرت من التعزير هذا لبعد العلم بانه كان ممن كان منه بطريق الاجتهاد لا بالنقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاز ان يجتهد في نفيه باعتبار شبوت معنى الزجر واما الجواب بان ما روي من ضرب عمر والتسخيم كان سياسة فاذا رأى الحاكم ذلك مصلحة كان له ان يفعله فقد يرد بما ذكرنا من كتاب عمر رضي الله عنه الى عماله في البلاد واما الاجتهاد للاستدلال على السياسة بالتبليغ الى الاربعين ولا يبلغ بالتعزير الى الحدود فليس بشيء لان ذلك مختلف فيه فمن العلماء من يجيزه وقد اجاز علماء المذهب ابو يوسف رحمه الله ان يبلغ بخمس وسبعون وتسع وسبعون فيجاز كون رأي عمر رضي الله عنه كذلك واما كون التسخيم مثله منسوخة فقد يكون رأي عمر رضي الله عنه ان المثلة ليست الا في قطع الاعضاء ونحوه مما يفعل في البدن وبيده لا باعتبار عرض يتعيل فيزول واعلم انه قد قيل ان المسألة على ثلثة اوجه ان رجع على سبيل الاضرار مثل ان يقول تعمدت في هذه بالزور ولا ارجع عن مثل ذلك فانه يعزر بالضرب بالاتفاق وان رجع على سبيل التوبة لا يعزر اتفاقا وان كان لا يعرف حاله ففيه الاختلاف المذكور وقيل لا خلاف بينهم فجواب ابي حنيفة رضي الله عنه في التائب لان المقصود من التعزير الانزجار وقد اتى بما يدعي الله تعالى وجوابهما فيمن لم يتب لم يخالف فيه ابو حنيفة رضي الله عنه والتسخيم بالجر عطف على قوله بدلالة التبليغ يقال سخم وجهه اذا سوده من السخام وهو سواد القدر وقد جاء بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود في المعنى والاسخم وجهه بالخاء والحاء

كتاب الرجوع عن الشهادة

لما كان هذا ابحاث وقع الشهادة وما تقدم ابحاث اتباعها كالاستزادين فترجم هذا بالكتاب كما ترجم ذاك للمزاوجة بينهما والا فليس هذا الباب لتعدد انواع مسائله ليكون كتابا كالذي تحققه بعد الشهادة اذ لا رفع الا بعد الوجود فناسب ان يجعل تحليه بعده كما ان وجوده بعده وخصوص مناسبة بشهادة الزور هو ان الرجوع لا يكون غالبا الا لتعمد مهما عمدا او خطأ قوله اذا رجع الشهود عن شهادتهم سقطت عن الاعتبار فلا يقضي بها لان كلامهم تناقض حيث قالوا نشهد بكذا ثم نشهد به ولا يقضى بالمتناقض ولانه اذا كلامه الذي تناقض به هو الثاني فلاحتمال الصدق كالاول فليس القضاء باحدهما بعينه اولى به من الآخر فوقف كل منهما قالوا وهذا في شهود اريجوا قبل القضاء او بعده ولا يخلو عن نظر لان الرجوع ظاهر في انه توبة عن تعمد الزور ان تعمده او الشهود بالمجلة ان كان اخطأ فيه ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بما ليس فيه حد مقدر قوله ولا ضمان عليهم لانهم لم يتلفوا شيئا على المشهود عليه قوله فان حكم الخ اذا رجعوا قبل الحكم فلا ضمان عليهم وان رجعوا بعده لم ينسخ الحكم لما تقدم من ان الكلام الثاني ليس باولى من كلامه اولا والاول اولى من الثاني فتعارضا ولا مرجح قبل الحكم لاحد الكلامين فلا يحكم باحدهما وبعده ترجح الاول باتصال القضاء به لانه مؤكد بحكمه وقع في حال لا معارض له فيه فلا ينقض الا قوي بالاولى لكن عليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لانهم كانوا متسببين بسبب يلزم حكم شهادتهم اعني القضاء الذي لا يجوز نقضه وبالرجوع مع العلم بانه لا ينقض القضاء كانوا

ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح

معترفين بان تسببهم في ذلك الاتلاف كان تعديا لانه وقع على خلاف الحق والتسبب في الاتلاف تعديا سبب للضمان وكان ابو حنيفة رحمه الله اولا يقول ينظر الى حال الشهود ان كان حالهم عند الرجوع افضل من حالهم وقت الاداء في العدالة صح رجوعهم في حق نفسهم وفي حق غيرهم فيعزرون وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه وان كانوا عند الرجوع كحالهم عند الاداء او دونه يعزرون ولا ينقض القضاء ولا يجب الضمان على الشاهد وهذا قول استاذه حماد بن ابي سليمان ثم رجع الى انه لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال ولا ينتقض القضاء ولا يرد المال على المقضي عليه لما قلنا وهو قولهما قوله ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم سواء كان هو القاضي المشهود عنده او غيره وزاد جماعة في صحة الرجوع ان يحكم القاضي برجوعهما ويضمنهما المال واليه اشار المصنف حين قال واذا لم يصح في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما انهما لم يرجعا لا يحلفان وكذا لو اقام بينة على هذا الرجوع لا تقبل لانه ادعى رجوعا باطلا واقامة البينة والزام اليمين لا يقبل الا عن دعوى صحيحة ثم قال حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل فهذا ظاهر في تقييد صحة الرجوع بذلك ونقل هذا عن شيخ الاسلام واستبعد بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع او بالضمان وترك بعض المتاخرين من مصنفي الفتاوى هذا القيد وذكر انه انما تركه تعويلا على هذا الاستبعاد ويتفرع على اشتراط المجلس انه لو اقر شاهد بالرجوع في غير المجلس واشهد على نفسه به وبالتزام المال لا يلزمه شيء ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه اذا تصادقا ان لزوم المال عليه كان بعد الرجوع ولو اقر في مجلس قاض انه لو رجع عند قاض كذا صح باعتبار هذا رجوعا عند هذا القاضي لا الذي اسند رجوعه اليه ولو رجعا عند القاضي ثم جحدا تقبل البينة عليهما ويقضى بالضمان عليهما ثم ذكر المصنف لاشتراط مجلس الحاكم في صحة الرجوع وجهين اولهما ان الرجوع فسخ للشهادة فكما اشترط للشهادة المجلس كذلك لفسخها وعلى الملازمة منع ظاهر مع ابداء الفرق بان اشتراط المجلس ليتصور الاداء عنده بالضرورة بخلاف الرجوع لان حاصله اقرار على نفسه بتحقق سبب الضمان منه والاقرار بالضمان لا يتوقف على مجلس القضاء واجاب في النهاية بان ما شرط للابتداء شرط للبقاء كالبيع شرط فيه وجود المبيع فكذا في فسخه وهذا ايضا مما يحتاج الى اثبات الملازمة مع ان الاتفاق ان شرط ذلك في فسخ البيع انما هو ليثبت حكم الفسخ وهو التراد والتراد يتوقف على قيامه بخلاف حكم الرجوع فانه الضمان ويمكن ثبوته مع ثبوته دون المجلس ثم هو قد اورد على ما ذكره من ان شرط الابتداء شرط لبقاء السلم حيث يشترط لابتدائه حضور راس المال دون فسخه واجاب بمثل ما ذكرنا من ان ذلك لامر يخص الابتداء لا يوجد في البقاء وهو كيلا يلزم الافتراق عن الكالي بالكالي وذلك غير لازم في فسخه ولذا لم يشترط في فسخه ما شرط في ابتدائه وهذا نحو ما ذكرنا من ان شرط المجلس ابتداء ليتصور الاداء بخلاف الفسخ ثم تمهيد الجواب بان ما شرط للابتداء شرط للبقاء لا يناسب ما نحن فيه وهو الرفع نعم الرفع يرد على حاله بقاء اثر الشهادة وهو الحكم بها ولو تسهلنا الى جعل ذلك بقاء نفس الشهادة لا يتصور كون مجلس الحكم شرطا لبقاء الشهادة ولو ارخينا العنان في الآخر فانما يكون للمشروط للبقاء المجلس الاول الذي كان شرطا للاداء والمجلس المشروط هنا مجلس آخر وذكر بعضهم في وجهه ان الرجوع فسخ ونقض للشهادة فكان مقابلا لها فاختص بموضع الشهادة ومنع الملازمة ظاهر فيه فبينه بان السواد والبياض لما كانا متضادين اشترط للتضاد اتحاد المحل ولا يخفى

قال واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وناصب السكين لان سببيته تعدى لانه لا عبرة للتسبب عند وجود المباشرة تذكر التعدي واجاب الضمان على المباشر وهو القاضي كانه ملجئ الى القضاء وفي بعض النسخ عن تقلد وتقلد استيفاء من المدعي كان الحكم ماضيا فاعتبر التسبب وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا كان الا تلاف متحققا لانه لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين **قال** فان رجعا عن الشهادة

وهو الصحيح لما هو شرط الاصل اجتماع المتعاوضين لانه شرط لكل من المتعاوضين في نفسه كما ان المجلس شرط لكل من الشهادة والقبض ولو ثبت ان الراجع توبة عن ذنب الكذب وكان ذلك الذنب في مجلس القضاء تختص التوبة عنه بمجلد ولا شك ان ذلك ايضا خير لازم حينئذ لا ملازمة شرعية كحديث معاذ بن جبل حين بعثه النبي صلى الله عليه وسلم الى اليمن فقال اوصني عليك بتقوى الله ما استطعت الى ان قال واذا عملت سيئا فاحدث توبة السر بالسر والعلانية بالعلانية وانت تعلم ان العلانية لا يتوقف على الاعلام في محل الذنب بخصوصه مع ان ذلك لا يكون بل في شدة منافية علانية وهو ظاهر للناس الرجوع واشهدهم عليه وبلغ ذلك القاضي بالبينة عليه كيف لا يكون معلوما والله اعلم **قوله** واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه وبهذا من مذهب مالك واحمد والشافعي رحمه الله في الجديد لا ضمان عليهما لانهما مسببان ولا عبرة بالتسبب وانما كان التعدي مع وجود المباشرة منا المباشر القاضي والمدعي ولا ضمان على القاضي اتفاقا لانه كالملجئ لي مباشرة القضاء الذي به الاتلاف من جهة الشرع باقتراض عليه لعدم ظهور العدالة واذا الجاء الشرع لا يضمنه ولانه يوجب عدم قبول القضاء الذي من اخذوا ما الذي فلانا اخذ بحق ظاهر ماض لان خبر الرجوع ليس اولى من الاول لينقض الحكم وادام ينتقض لا يكن جبره على اعطاء ما اخذ بذلك الوجه الماضي شرعا واذا تعذر الايجاب على المباشرتين على المتعدي بالتسبب كحافر البئر في الطريق وعلم ان الشافعية اختلفوا في هذه المسئلة والصحيح عند الامام والعراقيين وغيرهم ان الشهود لا يضمنون كمذهبنا والقول الآخر لا ينقض ولا يرد المال من المدعي ولا يضمن الشهود وهو عن قول ابي حنيفة الاول اذا كان حالما وقت الرجوع مثله هذا الاداء وقد نقض عليه ايضا بايجاب القصاص على الشهود اذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه مع وجود المباشر وهو الولي المقتضي والقاضي واجيب عنه بان ذلك لدليل خاص وهو قول علي الشاهدي السرقة بعد ما قطع ورجعوا وجادا باخر وقالوا هذا الذي سرق لم علمت انكما تعمدتما قطعت ايديكما اخرجه الشافعي رحمه الله وقال بهذا القول فقول فان نوقض بانه لا يدري تقليد الصحابي انكر الجواب عنه بانا انما قلنا به لما ظهر من مناطه من ان امر الدين اشد من امر المال فنا الاشدية لا يتوقف ثبوتها على ثبوت الزمان في احكام الدنيا سجوزه باصبا امر الاخرة ثم متى يقضي بالضمان على الشاهد قال المنصف اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا الان هذا ضمان اتلاف والاتلاف على المدعي عليه انما يتحقق باخذه منه وبهذا اختار شمس الائمة وفرق شيخ الاسلام بين كون المشهود به عينا فيضمنان قبل قبض المدعي اياه بعد القضاء له بها او دينا فلا يضمنان حتى يقبضه المدعي وجه الفرق ان هناك ضمان اتلاف وضمان الاتلاف مقيد بالمماثلة واذا كان المشهود به عينا فالشاهدان وان ازالا عن ملك المشهود عليه بشهادتهما عند اتصال القضاء بها حتى لا ينفذ تصرف فيه فلو ازلت قيمته عما ملكها باخذ الضمان منهما قبل ان يسترد المشهود له من المشهود عليه انتفت المماثلة لان المسترد هنا عين فلعله دين او جياد وشمس الائمة يوافق في وجه الدين ويقول في العين ان الملك وان ثبت فيه للمدعي بحر والقضاء لكن المقتضي عليه يزعم ان ذلك باطل لان المال الذي في يده ملكه فلا يكون له ان يضمن الشاهد شيئا مالم يخرج من يده قال البزازي رحمه الله في فتاواه والذي عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعي المال او لا وكذا العقار يضمن بعد الرجوع ان القضاء بالشهادة فرع شهد انه اجر داره سنة ثم رجعا ضمناه حالا ثم يرجعان على المطلوب بعد السنة ولو نوى ما على المطلوب لم يرجعا على الطالب بخلاف الحوالة ولو شهدا انه ابراه او وهبه او تصدق به عليه ثم رجعا ضمنا شهدا على هبة عبد وتسليم ثم رجعا ضمنا قيمته للمالك

ولا اصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي ممن يبقى شهادته نصف الحق وان ظهر بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي ممن يبقى شهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاذا لم يمتنع فان رجع آخر ضمن ثلث الحق لان بقاء احدهم بقي نصف الحق وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع المال لبقاء ثلثة ارباع ممن يبقى وان رجعتا ضمنتا النصف لان بقاء الرجل بقي نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لان بقي ممن يبقى شهادته كل الحق فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة ارباع وان رجع الرجل والنساء نصف الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة وقالا على الرجل النصف وعلى النسوة النصف وهو قول الشافعي لان كثرة العدد تقوم مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن لا بانضمام رجل ولابي حنيفة ان المرأتين قامتا مقام رجل واحد قال عليه السلام في نقصان عقلهن وحدت شهادة اثنين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فان رجع النسوة وحدهن كان عليهن نصف الحق على الفريقين لما قلنا ولو شهد رجل وامرأة بمال ثم رجعا ضمن عليهما ثلثاه وهن الرأة لان الواحد لا يستشهد بل هو بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم

ولا رجوع للواهب على الموهوب له ولا عليهما لانه كالعوض وان لم يضمن الواهب الشاهدين له الرجوع شهدا انه باع عبده بخمسمائة الى سنة وقيمته العبد مائة وقضى به ثم رجعا يخير المشتري بين رجوعه على البائع بالثمن الى سنة وبين تضمين الشاهدين قيمته حالة ولا يضمنهما بخمسمائة فان ضمن الشاهدين رجعا على المشتري بالثمن اذا حل الاجل لانهما قاما مقام البائع او الضمان وطاب لهما قدر مائة وتصدقا بالفضل

قوله والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع لان الشهادة انما تثبت المال والرجوع انما يوجب الضمان لانه اتلاف لهم فاذا بقي بعد رجوع من رجع من يستقل باثبات المال شرعا لم يتحقق بالرجوع اتلاف شيء ومن المحال ان يضمن مع عدم اتلاف شيء واما ما ورد من انه ينبغي اذا رجع احد من الاثنين ان لا يبقى شيء من المال لان الواحد لا يثبت بشهادته شيء اصلا فيقتضي ان يضمن الواحد الراجع كل المال فهو معارض للاجماع على نفيه وانما كان الاجماع على نفيه لان عدم ثبوت نفي بشهادة واحدة انما هو في الابتداء لا يلزم في حال البقاء ما يلزم في الابتداء ولهذا فعند ما ثبت ابتداء شيء بشهادة اثنين نسب الى كل منهما في حال البقاء ثبوت حصة من شهادته فيبقى بعد الحصة ما بقي على شهادته ويكون متلفا لها برجوعه اذا عرف هذا فاذا رجع احد الاثنين لزمه ضمان النصف لانه اتلف برجوعه وان شهد بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي الحق من غير اطلاق شيء منه بقاء الشاهدين والاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان كما اذا اتلف مال زيد فقضى بزمانه عليه فظهر ان مستحقه عمرو فانه يأخذه ويسقط الضمان لزيد فاولى ان يسقط الضمان وما نحن فيه من هذا فان بالرجوع ما تلف على المشهود له حصته التي اثبتها له بشهادته او صارت مستحقة للمشهود عليه وبقاء من بقي كل الحق يظهر استحقاق المشهود به لذلك الحصة دون المشهود عليه فيدفع الزمان للمشهود عليه فان رجع آخر من الثلاثة ضمن الراجعان نصف المال لان بقاء الثالث يبقي نصف المال فلو قال الراجع الاول كيف اضمن برجوع الثاني ما لم يلزمني ضمانه برجوع نفسي وقت رجوعي لا يقبل منا كما لا يقبل قول احدهم لورثة الثالث لا يلزمني شيء لان غيري ثبت به كل الحق فرجوع غيري موجب عليه لا علي وحقيقة الوجه ان تلف النصف وان كان مما يستقل به رجوع واحد اذا فرض تحققه مع رجوع جماعة تحاصوا الضمان لانه ليس احدهما اولى به من الآخر وان شهد رجل وامرأتان فرجعت احدهما ضمنت ربع المال لبقاء ثلثة ارباعه بقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصفه لان بشهادة الرجل يبقى نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمن ضمن ثمن الضمان عليهن لانه بقي من يبقي بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى ضمن التسع ربع الحق لبقاء النصف بشهادة الرجل الباقي والربع بشهادة الباقيات وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى جملة النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لان وان كثرت يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام الرجل ولابي حنيفة ان كل امرأتين قامتا مقام رجل قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل امرأتين منهن بشهادة رجل روى البخاري من حديث الخدري رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يا معشر النساء تصدقن واكثرن الاستغفار فاني رأيتكن اكثر اهل النار فقالت امرأة منهن يا رسول الله مالنا اكثر اهل النار قال تكثرن اللعن وتكفرن العشير ما رأيت من ناقصات عقل ودين اغلب لذي لب منكن قالت يا رسول الله وما نقصان العقل والدين فقال اما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل وتمكث الليالي لا تصلي وتفطر في رمضان فصار كما لو شهد به بذلك ستة رجال ثم رجعوا وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين يعني بالاتفاق على اختلاف التخريج

قال وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذلك إذا شهدا بأقل من مهر مثلها لأن منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف لأن التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وإنما تضمن وتتقوم بالتملك لأنها تصير متقومة ضرورة الملك إبانة لخطر المحل وكذلك إذا شهدا على رجل بتزويج امرأة بمقدار مهر مثلها لأنه إتلاف بعوض لما أن البضع متقوم حال الدخول في الملك والإتلاف بعوض كلا إتلاف وهذا لأن مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الإتلاف بعوض وبينه بغير عوض وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لأنهما أتلفاها من غير عوض

فضمنا لأن الثابت بشهادتهما نصف المال وعنده الباقي من يثبت به النصف وهو الرجل كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة ثم ليست أقوى من أن الضمان النصف من الآخرين ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لأن الواحدة ليست بشاهدة بل بعض شاهد لأن المرأتين شاهد واحد فشهادة الواحدة شطر علة وشطر العلة لا يثبت به شيء فكان الضمان ليس إلا شهادة الرجلين فلا تضمن المرأة عند رجوعها شيئا ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة وجب ضمان نصف المال لبقاء من بقي بشهادته النصف فالمال على الاثنين ثم هو على الرجل والنسوة أما الثبوت النصف لشهادة الرجل والنصف لشهادة النساء وينبغي في قياس قول أبي حنيفة أن النصف أثلاثا على الرجل والمرأة لأن النصف بشهادتهما وقد الكل من الرجل والنساء على الشيوع ثم أقام كل امرأتين مقام رجل فثلاث النسوة مقام رجل ونصف فإن رجعوا جميعا فعندهما الضمان وعنده أخماس على النسوة ثلاثة أخماس وعلى الرجل خمسان **قوله** وإن شهد الخ أي وإن شهد رجلان على امرأة بنكاح بقدر مهر مثلها وادعاه بأقل بأن ادعاه بمائة ومهر مثلها ألف فشهد بذلك شاهدان فقضى بشهادتهما ثم رجعا بعد القضاء بالنكاح لا يضمنان شيئا في الصورتين كما ذكره المصنف وذكر في المنظومة في صورة النقصان أنهما يضمنان ما نقص من مهر مثلها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لأبي يوسف قال في [illegible] أبي يوسف لو أثبتوا النكاح فإن كانوا [illegible] ثم رجعوا ضمنوا ما نقص ثم بينه في شرحه المسمى [illegible] وجعل الخلاف مبنيا على مسألة اختلاف الزوجين في قدر المهر فإن عند أبي حنيفة ومحمد القول قولها إلى مهر مثلها فكأن [illegible] بهذه الشهادة [illegible] عليها [illegible] وعند أبي يوسف القول للزوج [illegible] على قوله عليهم شيئا [illegible] ولم [illegible] المبسوط [illegible] صاحب النهاية وغيره من الشارحين لم يتعرضوا له أصلا فلو كان لهم شعور بهذا الخلاف الثابت في المذهب بين الأئمة الثلاثة لم يعرضوا عنه بالكلية واشتغلوا بنقل خلاف الشافعي وذكروا وجهه بأن البضع متقوم لثبوت تقومه حال الدخول فكذا في [illegible] في حال الخروج [illegible] ذلك الذي ثبت تقومه وأجابوا بالأصل [illegible] المصنف رحمه الله بأن تقومه حال الدخول ليس إلا لإظهار خطره حيث كان منه النسل المطلوب في الدنيا والآخرة وغير ذلك من الحكمة كما شرطت الشهادة على العقد عليه دون [illegible] العقود ولذلك لا اعتبار متقوما في نفسه كالأعيان المالية لأنه لا يرد الملك على رقبته والمنافع لا تتقوم إلا بالعقد [illegible] التضمين يستدعي المماثلة بالنص ولا مماثلة بين الأعيان التي تحرز وتتمول والأعراض التي لا تتصور إلا بقاء وفرع في النهاية على هذا الأصل المذكور خلافية وهي ما إذا شهدوا بالطلاق الثلاث ثم رجعوا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنوا عندنا وكذا إذا قتل رجل امرأة رجل لا يضمن القاتل لزوجها شيئا وكذا لو ارتدت امرأة لا شيء عليها لزوجها وعنده عليهما على القاتل للزوج مهر المثل وأورد على قولنا نقضا أنهم أوجبوا الضمان بإتلاف منافع البضع حقيقة فيما إذا أكره مجنون امرأة فزنى بها يجب في ماله مهر المثل فهذا في الإتلاف الحكمي وأجاب نقلا عن الذخيرة بأنه في الإتلاف الحقيقي بالشرع على خلاف القياس والحكمي دونه فلا يكون الوارد فيه واردا في الحكمي ونظيره ما في شرح الطحاوي لو ادعى أنه استأجر الدار من هذا شهرا بعشرة وأجر مثلها مائة والمؤجر ينكر فشهدا بذلك ثم رجعا لا ضمان عليهما لأنهما أتلفا المنفعة وتلف المنفعة لا ضمان عليه **قوله** وكذا أي لا ضمان عليهما إذا شهدا على رجل أنه تزوج امرأة بمهر مثلها بأن ادعت امرأة عليه بذلك فشهدا ثم رجعا لأن النكاح على كل حال بعد ما قضي به ولا يضمنان ما أتلفاه

قال وان شهدا ببيع شئ بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلف اليهم وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما

عليه من مهر المثل لانهما عوضا ملك البضع وهو متقوم حال ورود التملك عليه والاتلاف بعوض كلا اتلاف وانما كان كذلك لان مبنى الضمان على المماثلة كما ذكرنا ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وهو الثابت في حق الزوج والاتلاف بلا عوض وهو الذي يحكم به على الشاهدين وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة على مهر المثل لانهما اتلفاه بلا عوض وهي من الاعيان التي يقع المماثلة بالتضمين فيها قوله وان شهدا ببيع شئ بمثل القيمة او اكثر بان ادعى ذلك مدع فشهدا له به ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان شهدا به باقل من القيمة ثم رجعا ضمنا نقصان القيمة لانهما اتلفا هذا القدر عليه بلا عوض هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن فلو شهدا به ونقد الثمن ثم رجعا فاما ان ينظماهما في شهادة واحدة بان يشهدا بانه باعه هذا بالف واوفاه الثمن او في شهادتين بان شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بان المشتري اوفاه الثمن ففي الاول يقضى عليهما بقيمة المبيع لا بالثمن وفي الثاني يقضى عليهما بالثمن للبائع وجه الفرق ان في الاول المقتضى به البيع دون الثمن لانه يمكن القضاء بايجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالايفاء ولهذا قلنا لو شهد اثنان على رجل انه باع من هذا عبده واقاله بشهادة واحدة قوله ولا يقضى بالبيع فانه قارن القضاء به ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالاقالة فكذا هذا واذا كان المقضي به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنان القيمة بخلاف ما اذا كان بشهادتين فان الثمن يصير مقضيا به لان القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لانهما لم يشهدا به وبعد ذلك واذا صار الثمن مقضيا به ضمناه برجوعهما ثم قال المص ولا فرق بين كون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب يعني البيع هو السابق حتى استحق المشتري المبيع بزوائده وقد اثبتاه بشهادتهما فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار اليه فانضاف التلف الى الشهود وهذا جواب عن سؤال ذكره في المبسوط حاصله ينبغي ان لا ضمان عليهما لانهما انما اثبتا البيع بشرط الخيار للبائع وبه لا يزول ملكه عن المبيع وانما يزول اذا لم يفسخ حتى مضت المدة واذا لم يفسخ حتى مضت كان مختارا في ازالة ملكه غيره فلا يجب الضمان والجواب ان سبب التلف العقد السابق وثبوته بشهادتهم فيضاف اليهم غاية الامر انه سكت الى مضت المدة وهو لا يستلزم رضاه بجواز كونه لتحرزه عن ان يضاف اليه الكذب لانه قد انكر القول فاذا فسخ كان معترفا بصدوره منه فيظهر للناس تناقضه وكذبه والعاقل يحترز عن مثله وكذا لو شهدا بالعقد على ان فيه خيار المشتري ومضت المدة ولم يفسخ وفي قيمة المبيع نقصان عن الثمن الذي شهدا به ضمناه ولو ان المشهود عليه بالشراء اخذه في المدة سقط الضمان عنهما لانه اتلف ماله كاختياره كما لو اجازه البائع في شهادتهما بالخيار له ثمن ناقص عن القيمة يسقط ايضا قوله وان شهدا انه طلق امرأته قبل الدخول فقضى بالفرقة ثم رجعا ضمنا نصف المهر هذا اذا كان في العقد مهر مسمى فان لم يكن ضمنا المتعة لانها الواجبة فيه وذلك لانهما اكدا ما كان على شرف السقوط وعلى المؤكد ما على الموجب اما كونه على شرف السقوط فان المهر بحيث لو ارتدت الزوجة والعياذ بالله او طاوعت ابن زوجها سقط المهر اصلا واما ان على المؤكد ما على الموجب في مسئلتين هما ما اذا اخذ محرم صيد المحرم فقتله في يده آخر يجب الجزاء على الآخذ ويرجع على القاتل لانه اكد ما كان بحيث يسقط بان يتوب فيطلقه واما اذا اكره رجل آخر على الطلاق قبل الدخول فان على الزوج نصف المهر ويرجع به على المكره لانه اكد ما كان بحيث يسقط بان تبايعه وكذلك بارتدادها ونحوه ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فوجب بسقوط كل المهر كما مر في النكاح اي من باب المهر من ان بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه اليها كما كان سالما

قال وان شهدا على انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا عليه العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء اليهما وان شهدا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم وقال الشافعي يقتص منهم لوجود القتل منهم تسبيبا فاشبه المكره بل اولى لان الولي يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لان السبب ما يفضي اليه غالبا وههنا لا يفضي لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حيوته ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف

فلا يجب بمقابلة شيء ثم يجب نصف المهر ابتداء فقد اوجبا بشهادتهما مالا فيجب ضمانه عليهما وانما قال في معنى الفسخ ولم يقل فسخ لانه ليس حقيقة الفسخ والا لم ينقص من عدد الطلاق شيء فانما هو في معناه بسبب عود المعقود عليه اليها سالما ولم يذكر المصنف ما لو شهدا بالطلاق بعد الدخول مع انه مذكور في القدوري والبداية وحكمه انه لا يجب ضمان لان البضع لا تقوم له وحال الخروج وما دفع من قدر المهر قد اعتاض عنه منافع البضع ولم يتلفا عليه مالا بلا عوض وفي التحفة لم يضمنا الا ما زاد على مهر المثل لان بقدر مهر المثل اتلاف بعوض وهو منافع البضع التي استوفاها ثم المعروف ان الشاهدين لم يضمنا سوى نصف المهر من غير ذكر خلاف وخرج بعضهم ان ذلك قول ابي حنيفة وابي يوسف اما على قول محمد فيضمنان للمرأة ما زاد على نصف المهر الى تمامه لانهما برجوعهما زعما ان الزوج لم يطلقها وانما وقع بالقضاء به فعند ابي حنيفة وقوعه بالقضاء كايقاع الزوج وبايقاع الزوج ليس لها الا النصف وعند محمد القضاء ليس ايقاعا منه فبقي حقها ثابتا في كل المهر وفوتاه بشهادتهما فقد اتلفاه انتهى والوجه عدمه لان القضاء بالوقوع انما هو عنه تكذيبا له في انكار الطلاق على ان نقل هذا الخلاف غريب ليس في الكتب المشهورة ولا يعول عليه قوله وان شهدا انه اعتق عبده فقضي بالعتق ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا عليه مالا متقوما بلا عوض فيضمنان سواء كانا موسرين او معسرين لانه ضمان اتلاف وهو لا يتقيد باليسار والولاء للمولى لان العتق من جهته وهو وان كان منكرا للعتق صار مكذبا شرعا وانما لا يتحول للشاهدين بضمانهما لان العتق لا يقبل الانتقال ولا يكون الولاء عوضا نافيا للضمان لانه ليس بمال بل هو كالنسب سبب يورث به ولو كان شهدا بتدبير العبد وقضي به كان عليهما ضمان ما بين قيمته مدبرا وغير مدبر وقد سلف في كتاب العتق قدر نقصان التدبير فان مات المولى بعد رجوعهما فعتق من ثلث تركته كان عليهما بقية قيمته عبدا للورثة ولو شهدا بالكتابة ضمنا تمام قيمته والفرق انهما بالكتابة حالا بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما فكانا غاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فانه لا يحول بين المولى ومدبره بل ينقص ماليته ثم اذا ضمنا تبعا للمكاتب على نجومه لانهما قام مقام المولى حين ضمنا قيمته ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي اليهما الجميع كما كان مع المولى وولاؤه للذين شهدا عليه بالكتابة وان عجز او فرد في الرق كان لمولاه لان رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين بالضمان لان المكاتب لا يقبل النقل من ملك الى ملك ويرد المولى ما اخذ منهما بزوال حيلولتهما برده في الرق فهو كغاصب المدبر اذا ضمن قيمته بعد اباقه ثم رجع يكون مردودا على المولى ويرد المولى على الغاصب ما اخذ منه ولو كانا شهدا على اقراره بان هذه الامة ولدت منه فقضي بذلك ثم رجعا ضمنا للمولى نقصان قيمتها وذلك بان تقوم امة وام ولد له جاز بيعها مع الامومة فيضمنان ما بين ذلك فان مات المولى بعد ذلك فعتقت كان عليهما بقية قيمتها امة للورثة وانهما نصا في شهادتهما على اقراره في ابن في يده انه منه بان شهدا على انه اقر انها ولدت منه هذا الولد كان عليهما مع ما ذكرنا للمولى قيمة الولد فان قبضها ثم مات فورثه هذا الابن كان عليه ان يرد على الشاهدين مما ورث مثل ما كان الميت اخذه منهما من قيمته وقيمة امه لانه يقول الميت اخذه بغير حق وانه دين في تركته لهما والذي عندي انه ينبغي ان يضمنا للورثة مقدار ما ورث الابن لانهما اتلفاه عليهم بشهادتهما قوله واذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما وهو مذهب مالك خلافا لاشهب والدية على عاقلة الشهود ومذهب احمد ان قالا اخطأنا ضمنا الدية في مالهما وان قالا تعمدنا اقتص منهما وقال الشافعي يقتص لوجود القتل منهما تسبيبا فاشبه الشاهد المكره فانه تسبب بشهادته في قتل الولي كما ان المكره تسبب باكراهه في قتل المكره فيقتل

فاشهد

قال واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا هذا عند محمد رح وعند ابي حنيفة وابي يوسف رح لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفرع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم حضروا

المسكر بل هو اولى منه لان ولي القصاص بعد الشهادة يعان على قتل المشهود عليه ولا ينكر عليه احد والمكره لا يعان على القتل باكراهه بل يمنع وينكر عليه للعلم بانه محظور عليه احد ولذا ان القتل من الشاهد لم يوجد تسبيبا لان التسبيب ما يفضي الى ما تسبب فيه غالبا والشهادة لا تفضي الى قتل الولي على وجه الغلبة فان افضت الى القضاء به بل كثيرا ما يقع ثم يقف الناس في الصلح على الدية بل على قدر بعضها فلم يفض غالبا اليه بل قد وقد فمن الناس من يغلب عليه طلب التشفي ومنهم من يغلب عليه العفو بالمال يرى انه جمع بين ما هو الاحب للشارع وحصول ماله ينتفع به وهو جمع بين دنيا واخرى لا شك ان هذا بالنظر الى مجرد ذاته ومفهومه يقتضي كثرة وجوده بالنسبة الى القتل فكيف اذا علم كثرة وقوعه واذا انتفى التسبب حقيقة من الشاهد انتفى قتله بخلاف المكره يعني يخالف الولي المكره لان الغالب ان الانسان يؤثر حياته على حيوة غيره فكان المكره باكراهه سببا حقيقة حيث يثبت بفعله ما هو المفضي للقتل بسبب الايثار الطبيعي ولا يصح قياس الشاهد عليه لانتفاء الجامع وهو اثبات ما يفضي غالبا الى الفعل ووجه آخر وهو ان الفعل الاختياري ذي الاختيار الصحيح اعني قتل الولي المعترض بعد الشهادة مما يقطع نسبة الفعل الى الشاهد كما عرف فيمن فك عن عبد انسان قيده فابق باختياره وامثاله كمن دفع انسانا في بير حفرها غيره تعديا فانه يدفعه الاختياري انقطعت نسبة التلف الى الحافر فلا وجود للسبب مع المباشر مختارا بخلاف المكره فانه وان اعترض فعله الاختياري على الاكراه لكن اختياره اختيار فاسد للاكراه عليه فكان كلا اختيار ولذا لا يصح مع اختياره هذا البيع ولا اجارة بيعه ولا اجارته ونحوها فلم تصح لقطع نسبة الفعل عن المكره فاعتبر المكره كآلة للمكره قتل بها ذلك القتيل على انه لو لم يقطع الاختيار الصحيح النسبة الى الشاهد فلا اقل من ان يوجب شبهة في ايجاب القصاص عليه والقصاص يندرئ بالشبهات بخلاف المال فانه يثبت مع الشبهة وقوله فاشبه المكره بكسر الراء وقوله والمكره يمنع بفتحها والمراد بالمختلف مختلف الرواية للفقيه ابي الليث وفي شرح الجامع الكبير للعتابي اذا شهدوا على رجل انه قتل فلانا خطأ او عمدا فقضي بذلك واخذ الولي الدية في الخطاء وقتل القاتل في العمد ثم جاء المشهود بقتله حيا فالعاقلة في الخطأ ان شاؤا رجعوا على الآخذ لانه اخذ بغير حق ولا يرجع هو على احد وان شاؤا ضمنوا الشهود لانهم تسببوا للتلف بغير حق وهم يرجعون على الولي لانهم ملكوا المضمون وهو الدية باداء الضمان فتبين ان الولي اخذ مالهم وفي العمد لا يجب القصاص على الولي ولا على الشهود لان القضاء اورث شبهة لكنه تجب الدية ويخير ورثة المقتول بين ان يضمنوا الولي الدية ولا يرجع هو على احد وبين ان يضمنوا الشاهدين وهما لا يرجعان عند ابي حنيفة رح لانهم لم يملكوا المضمون وهو الدم لانه لا يقبل التمليك لانه ليس مالا وعندهما يرجعون ما ضمنوا لان اداء الضمان انعقد سبب التملك المضمون لكن لم يثبت الملك في المضمون لعدم قبوله فيثبت في بدله كمن غصب مدبرا وغصبه لآخر ومات في يده وضمنه المالك يرجع على الثاني بما ضمن لما قلنا كذا هذا قوله واذا رجع شهود الفرع ضمنوا وهذا بالاتفاق لان الشهادة التي في مجلس القضاء وهي التي بها القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا لم يضمنوا ولم يذكر المص رح خلافا وفي شرح القدوري لابي نصر البغدادي قال هذا قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح يضمنون وهو رواية عن ابي حنيفة انتهى وقال ابو المعين في شرح الجامع الكبير فيما اذا شهد فرعان على شهادة شاهدين على رجل انه قتل فلان ابن فلان خطأ فقضي بالدية على عاقلته وقبضها الولي ثم جاء المشهود عليه بقتله حيا لا يضمن

ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رح المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكر او بشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في ذلك لم يلتفت الى ذلك لان ما امضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع

الفروع لعدم رجوعهم وعدم ظهور كذبهم بيقين لجواز ان الاصلين اشهداهما غير ان الولي يرد على العاقلة وما اخذ منها فلو حضر الاصلان وقالا لم نشهدهما لم يلتفت الى انكارهما ولا ضمان على الاصلين اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلانهما لو رجعا بان قال اشهدنا بما يباطل لا ضمان عليهما لان شهادتهما واشهادهما الفرعين كانا في غير مجلس القضاء فلا يكون سببا للضمان كالرجوع في غير مجلس القضاء واذا لم يضمنا بالرجوع فكذا اذا ظهر المشهود بقتله حيا واما عند محمد فيضمنان بالرجوع ثم قال هنا لا يضمنان يعني قال محمد في انكار الاصول الاشهاد لا يضمن الاصلان ثم ذكر ترددا في انه قاله على انه قول ابي حنيفة وابي يوسف خاصة وقاله اتفاقا واما صاحب النهاية فصرح بان عدم الضمان بالاجماع قال المص في وجهه لانهم انكروا اي شهود الاصل السبب وهو الاشهاد وذلك لا يبطل القضاء لانه خبر يحتمل الصدق والكذب فصار كرجوع الشاهد بعد القضاء لا ينقض به الشهادة لهذا بخلاف ما اذا انكروا الاشهاد قبل القضاء لا يقضى بشهادة الفرعين كما اذا رجعوا قبله هذا اذا قالوا لم نشهدهم وان قالوا اشهدناهم وغلطنا او اشهدناهم ورجعنا ضمن الاصول هكذا اطلق القدوري حكم المصنف بان الضمان قول محمد اما عند ابي حنيفة وابي يوسف فلا ضمان على الاصول لمحمد ان الفرعين نقلا شهادتهما الى المجلس ووقع القضاء بها كانهما حضرا بانفسهما واديا فاذا رجعا ضمنا وغاية الامر ان يكون شهادتهما ليست في المجلس حقيقة لكنهما فيه حكما باعتبار انها المنقولة فعملنا بالحقيقة عند عدم الرجوع وبالحكم عند الرجوع ولا حاجة الى اعتبار الفرعين نائبين عن الاصلين فيكون فعلهما كفعلهما ليرتفع فانه لو كان كذلك لعمل منع الاصلين اياهما عن الاداء بعد التحميل ولا يعمل فعلهما بل عليهما ان يؤديا لو منعهما بعد التحميل ولابي حنيفة وابي يوسف ان القضاء انما وقع بشهادة الفروع لانهم يشهدون بشهادة الاصول فهو كما لو شهدوا بحق آخر انما يقضى به بشهادتهم وهذا لان القاضي انما يقضي بما عاين من الحجة وهو شهادتهما واذا ثبت ان القضاء ليس الا بشهادتهما لم يضمن غيرهما وقد اخر المص دليل محمد مع تقديم قوله وعادته ان يكون المرجح عنده ما آخره **قوله** ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير بناء على ما عرف لهما من ان القضاء انما وقع بشهادة الفروع والضمان انما يكون برجوع من قضى بشهادته وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكراه هو قولهما ان القضاء بما عاين القاضي من الحجة وانما عاين شهادة الفروع ومن الوجه الذي ذكر اي محمد وهو ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فالقضاء بالشهادة المنقولة وهي شهادة الاصول وقوله والجهتان متغايرتان جواب عما يقال لم يجمع بين الجهتين فيضمن كل من الفريقين نصف المتلف فقال هما متغايران لان شهود الاصل يشهدون على اصل الحق وشهود الفرع يشهدون على شهادتهم وقيل لان احدهما اشهاد والاخرى اداء للشهادة في مجلس القضاء ولا مجانسة بين الشهادتين فلا يعتبر شهادة الفريقين بمنزلة شهادة واحد بامر واحد فلهذا لم يجمع بين الفريقين في التضمين شيئا اثبت له الخيار في تضمين اي الفريقين شاء ولا يرجع واحد من الفريقين اذا ضمن بما ادى على الفريق الآخر بخلاف الغاصب ما غاصب الغاصب فانه اذا ضمن الغاصب يرجع الى غاصبه لان كلا من الشهود مواخذ بفعله فاذا ضمن المشهود عليه لا يرجع به على الآخر بسبب المتلف نقل شهادة الاصول اذ لولا اشهاد الاصول ما يمكن الفروع من النقل ولولا نقل الفروع لم يثبت النقل فكان فعل كل من الاصول والفروع في حق المشهود عليه

قال وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم اشهدوا على الشهود وخبرا فصارت كشهود الاحصان ولهذا ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يقضي بها الا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض قال واذا شهد شاهدان بالبيع وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئلة بين العتاق والطلاق قبل الدخول

سبب للضمان اما الفروع فبالنقل واما الاصول فتجهيلهم الفروع على النقل اذ تجهيلهم لزمهم ذلك شرعا حتى يأثمون لو تركوا النقل بخلاف القاضي مع خاصيه **قوله** وان رجع المزكون عن التزكية يعني القضاء بالمال ضمنوا المال اطلقه القدوري وذكر المصنف وغيره ان ذلك قول ابي حنيفة وعندهما لا يضمنون لان القضاء الذي به الاتلاف لم يقع بالتزكية بل بالشهادة فلم يضف التلف اليهم فلا يضمنون وصاروا كشهود الاحصان اذا رجعوا بعد الرجم لا يضمنون الدية باتفاقنا ولابي حنيفة رحمه الله ان التزكية علة اعمال الشهادة والشهادة علة التلف فصار التلف مضافا الى التزكية لان الحكم يضاف الى علة العلة بخلاف الاحصان لانه ليس العلة في القتل بل العلة فيه الزنا والاحصان ليس مثبتا للزنا فشهوده لا يثبتون الزنا فليس عليه لعلة القتل ليجب الضمان بل بوشرط محض اي عند وجوده فيكون الحد كذا وتمام المؤثر في الحد رجما كان وجلدا ليس الا الزنا الا انه قد يقال من طرفهما ان الحكم لا يضاف الى علة العلة الا عند عدم العلة وعند وجودها لا يضاف الا اليها وهذا فرع ذكره في المبسوط شهدوا بالزنا وزكوا وقال المزكون تعمدنا شهدوا عبدا او كفارا لا ضمان عليهم ولا يحل الشهود اما الشهود فلانه لم يتبين كذبهم في شهادتهم بل الواقع ان لا شهادة على المسلمين من عبيد او كفار واما المزكون فلانهم اعتمدوا قول الناس في ذلك وليس اخبار القاضي في ذلك شهادة ولما رجعوا وقالوا تعمدنا الكذب فعليهم ضمان الدية عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما الدية في بيت المال في الوجهين لان المزكين ما أمروا بسبب الاتلاف وهو القتل انما امروا بالتوقي على الشهود فيرد ابو حنيفة يقول بلى ما ليس بسبب اعني للشهادة موجبا بالتزكية الخ يعني ما ذكرنا قوله و اذا شهد شاهدان باليمين اي شهدا بتعليق طلاق زوجته قبل الدخول بها بدخول الدار وزوجته معتدة به ثم شهد آخران بدخول الدار يقضي بالطلاق والعتاق ثم رجع الفريقان فالضمان كنصف المهر وقيمة العبد على شهود اليمين خاصة واحتراز بلفظ خاصة عن قول زفر فانه يوجب الضمان على الفريقين بالسوية قال لان التلف حصل لشهادتهم التعليق والطلاق انما هو بثبوت قولها انت طالق وانت حر فانه العلة في الوقوع وهذا الذي سماه المصنف ملكا انما اثبته شهود اليمين بخلاف شهود الدخول لان الدخول لم يوضع علة شرعا للطلاق والاعتاق فلم يكن علة وانما تحقق الدافع مع وجود الحافر وهما سببان غير ان الدافع مثبت لسبب اقرب من الحافر لان العلة انما هي الفعل فلان يضمن مباشر العلة دون مباشر السبب اولى ومن هذا اذا رجع شهود التخيير مع شهود اختيارها نفسها يضمن شهود الاختيار خاصة لان الاختيار هو العلة والتخيير سبب ولا يلزم على هذا اذا شهدا انه تزوجها فلانة بشهود آخران انه دخل بها وقضى بكل المهر ثم رجعوا يجب الضمان على شهود الدخول وان كان وجوب المهر بالزوج لان شهود الدخول اثبتوا ان الزوج استوفى عوض ما وجب عليه بالتزوج فزحمت شهادتهما من ان يكون اتلافا ثم تقتضي ما في وجه انفراد شهود اليمين بالضمان ان يجب على شهود الشرط لو رجعوا وحدهم لتسببهم بما يتم ما ثبت السبب عنده بخلاف ما اذا رجع شهود اليمين وعلى المصنف اتلاف المشايخ قال العتابي قال اكثر المشايخ يضمنون لانهم تسببوا في التلف بغير حق لان له اثرا في وجود العلة عنده فيكون مسببا للضمان عند عدم العلة بخلاف الاحصان لانه اثر في منع وجود العلة لان الدخول في النكاح صحيح سبب الامتناع من الزنا لا سبب اثباته فلا يتعلق بالعلة وجعل شمس الائمة هذا عن بعض مشائخنا يعني ما ذكرنا من كلام العتابي ثم قال وهذا غلط بل الصحيح من المذهب ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات لان قوله انت حر مباشرة للاتلاف وذلك عند وجود الشرط فيضاف اليه لا الى الشرط سواء كان منجزا او لا بخلاف مسئلة الحفر فالعلة هناك تفعل بالماشي وذلك ليس من مباشر الاتلاف في شيء فلهذا يحيل الاتلاف عنه فالى الشرط وهو ان المسئلة

كتاب الوكالة

ثم لا يخفى عليك ان معرفة هذه الشروط ومعرفتها وان تكليف في عدم الضمان عليه والله سبحانه اعلم

كتاب الوكالة

الوكالة بالكسر والفتح لغة الحفظ والكفاية ومنه الوكيل سمي به لكفايته امر موكله وشرعا الوكيل يسمى في تحصيل مرادغيره والموكل والمدعى مستدعيه كل منهما والوكالة بفتح الواو وكسرها اسم لتوكيل وهو توكيل من وكلت امري الى فلان اعتمادا على انه فيه ينجيه ذلك ويجزئه منه والوكالة ايداعا للجزاء والتاء فيه وكل منهما للتصنيف ولذا كان معنى الوكيل من فيه ضعف ويفسر قول لبيد ٥ وقاني بلم سوذانقا + اجد لياكريا غير وكل + والسوذانق والسوذقين الشاهين والاجدل الصقر فنسب فرسه اليه ووكله جعله وكيلا اي مفوضا اليه الامر ومنه وكل امره الى فلان ومن هنا قوال المطية ٥ فلا يا قصدت الطرق عنهم بجبرة + امرن ذا وطنها لا توكل + يعني اوفوضت امرها اليه لتوكلها نفسها على ان احتمالها على السير بك تسرعه جدها في السير ولا تضعف فيه وتوكل قبل الوكالة اتكلت عليه اعتمدت واصله اوتكلت قلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما قبلها ثم ابدلت تاء وادغمت في تاء الافتعال واما الوكيل فهو القائم بما فوض اليه من الامور وهو فعيل بمعنى مفعول اي موكول اليه لانه فاعل ان قويا على الاقامة بما سيه فضوها اتم امر الموكل فاذا رضي الله سبحانه وتعالى ان يكون وكيلا لعبد وكان عاجزا عن القيام بامر نفسه فكيف اذا اوجب عليك التحقيق بصديق بفضلا منه قال الله عز وجل رب المشرق والمغرب لا اله الا هو فاتخذه وكيلا وعلى هذا استمرار احسانه وبره لا الى غيره واما شرعا فالتوكيل اقامة الانسان غيره مقامه في تصرف معلوم فلو لم يكن التصرف معلوما ثبت به ما دون في تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط وقال الامام المحبوبي اذا قال لغيره انت وكيلي في كل شيء كان وكيلا بالحفظ واما سببه فدفع الحاجة المتحققة اليه كما ذكره شارح المصنف رحمه الله وباركنها فالايجاب والقبول الفاظ الخاصة التي يثبت بها ثبوت حكم توكيل وكذلك بيع هذا وشرائه ثم اعلم ان القبول الفعلي كما يكون صريحا او دلالة فيما اذا سكت فلم يقبل او رد ثم عمل فانه ينفذ وتنظر قبوله بالعمل ورد وسئل بشر عن ابي يوسف انه اذا قال لغيره اجبت ان تبيع عبدي هذا او قال هويت او رضيت وودت وشئت او اردت ونحو ذلك فهو توكيل وان قال ما اعلمك عن طلاق زوجتي لا يكون توكيلا فلو طلق لا يقع ولو قال لعبده لا اعلمك عن التجارة لا يصير ماذونا قال الفقيه ابو الليث الجواب في الوكالة كذلك الا في الاذن يجب ان يكون ماذونا في قول علمائنا لان العبد لكونه رقيقا يصير ماذونا وهذا فوق السكوت ذكره في الذخيرة ولا بد من قوال المعنى ان قوله لا اعلمك في حال سكوته يصير توكيلا اذا اتصل به القبول وتقدم عن المجبوبي انت وكيلي في كل شيء يكون بالحفظ قال فلو زاد فقال انت وكيلي في كل شيء جائز اعلمك او امرك فعند محمد يصير وكيلا في البيع والشراء والاجارة والخصومة والطلاق والعتاق حتى ملك ان يعتق على نفسه من ماله وعند ابي حنيفة في البيع ونحوه فقط ولا يملك العتق والتبرع وفي فتاوى بعض المتاخرين عليه الفتوى وكذا لو قال طلقت امرأتك او وقفت ارضك الاصح انه لا يجوز وشمله ما اذا قال وكلتك في جميع اموري ولو قال فوضت امر مالي اليك يصير وكيلا بالحفظ فقط وكذا فوضت امري اليك الاصح انه مثله وفي المبسوط اذا وكله بكل قليل او كثير فهو وكيل بالحفظ لا يتعاطى ولا يبيع ولا شراء فوضت ذلك اليه مستغلا في كان اجيرا ملك تقاضي الاجرة وقبضها وكذا امره وفي ملك التقاضي والهبة والصدقة وابى ملك الحفظ والرهن والتعليق وامر مالك ملك الحفظ فقط فوضت اليك امر مالي ملك ذلك فقط واقتصر على الجنس بخلاف

قال كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل به غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صح أن النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن أم سلمة

ما لو قال وكلتك والوصاية حالة الحياة وكالة كالوكالة بعد الموت وصاية لأن المعتبر في العقود المعاني ولو قال وكلتك في كل أموري وأقمتك مقام نفسي ليس توكيلا عاما فإن كان لعمل [illegible] معروفة كالتي لا تصرف إلى ذلك وإن لم يكن لعمل معاوضة ومعاوضة فالوكالة باطلة ولو قال [illegible] جميع الأمور التي يجوز فيها التوكيل فتوكيل عام يتناول البياعات والأنكحة [illegible] وتلزمه الأحكام وأما صفتها فإنها من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ملك كل من الموكل والوكيل العزل [illegible] ولكن شرعيتها غير لازمة رد المحققون قول بعض المشايخ فيما لو قال كلما عزلتك فأنت وكيلي [illegible] تعليق الوكالة بالشرط جائز فإنه يستلزم كون الوكالة من العقود اللازمة لا الجائزة فالحق [illegible] بلفظ العزل [illegible] الوكالة [illegible] إلى المعلق والمنجز وقيل لا يصح لأن العزل [illegible] قيام الوكالة [illegible] المنجز لأن المعلقة بالشرط عدم قبل وجود الشرط فالصحيح أن يقول عزلتك عن الوكالة المنفذة ورجعت عن الوكالة المعلقة والرجوع صحيح وقال الفقيه أبو جعفر وفيه نظر لأن المعلقة يبطل بتقدم الرجوع عن المعلقة على العزل عن المنفذة [illegible] الوكالة الأخرى من المعلقة قيل وهذا إنما يلزم إذا كان لفظ الرجوع يخص المعلق احترازا عن قول أبي يوسف [illegible] المعلقة بلفظ العزل [illegible] قال محمد إنه يجوز فلا وهو المختار فأما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما وكل به وثبوت حكمه للموكل [illegible] الحكم الأصلي المقصود بالذات من الفعل الموكل به والأمن أحكام البيع الكائن من المطالبة بالثمن والبيع والخصومة في ذلك وليس يثبت للموكل **قوله** كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به ضابط لا ينعكس فإن المسلم لا يملك بيع الخمر ويملك توكيل الذمي لأن إبطال القواعد بإبطال الطرد لا بالعكس ولا يمكن طرده عدم توكيل الذمي مسلما ببيع خمره وهو يملكه لأنه يملك التوكيل به الذمي فصدق [illegible] كل عقد يملكه يملك توكيل كل أحد بل التوكيل به في الجملة وإنما يرد عليه توكيل الوكيل الذي لم يفوض إليه التفويض مطلقا كما يملك التوكيل [illegible] **قوله** وقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم إلى آخره أما وكالة حكيم فرواه أبو داود بسند فيه مجهول أنه صلى الله عليه وسلم بعثه بدينار ليشتري له أضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين واشترى أضحية وجاء بدينار وأضحية إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فتصدق النبي به ودعا أن يبارك له في تجارته [illegible] عن حكيم وقال لا نعرفه إلا من هذا الوجه وحبيب لم يسمع عندي من حكيم إلا أن هذا أصل في الباب عند [illegible] وأخرج أبو داود [illegible] شبيب بن غرقدة قال حدثني الحي عن عروة البارقي قال أعطاه النبي دينارا يشتري به أضحية أو شاة فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار وأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة فكان لو اشترى ترابا لربح فيه وأخرجه أيضا أبو داود والترمذي وابن ماجه [illegible] عن عروة فذكره [illegible] وكل منهما [illegible] بالوكالة [illegible] فأخرج النسائي عن ثابت حدثني ابن عمر بن أبي سلمة أن النبي بعث إليها يخطبها [illegible] ليس أحد من أوليائي شاهدا [illegible] الله سيكفيك صبيانك [illegible] ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك فقالت أم سلمة قم يا عمر فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوجها إياه ورواه أحمد وابن راهويه وأبو يعلى وابن حبان في صحيحه والحاكم وقال صحيح الإسناد [illegible] ابن عمر بن أبي سلمة سعيد بن سماعيل حماد بن أبي سلمة ونظر فيه ابن الجوزي لعلة باطنة وهي أن عمر كان إذ ذاك صبيا حين زوجها إياه عليه السلام سنة أربع [illegible] سنين [illegible] صاحب التنقيح [illegible]

قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة الناس كل احد يحتاج الى وجوه الخصومات وقد يعجز عن ذلك فيها فيقيم غيره مقامه وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه وكان يباع ويشترى وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه عقيلا رضي الله عنه في الخصومات الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تقوم باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وتجدد حالة الخصومة لا تفقده هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو شرط عنه يشترط باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف رح وقيل هذا الاختلاف في غيبته ودون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فصار كانه هو المتكلم بنفسه لان التوكيل انابة وشبهة النيابة تجري عنها في هذا الباب حتى لا يثبت على الشهادة كما في الاستيفاء ولابي حنيفة رح ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور لان الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف والجواب من جانب من عليه الحد والقصاص عن كلام ابي حنيفة رضي الله عنهم لان الشبهة لا تعتبر الا في من يقبل قول الوكيل فيما عليه من شبهة عندنا لا يجوز

قال تحال ابن عبد البر انه ولد في سنة الثانية من الهجرة الى الحبشة ويقوى هذا ما اخرجه مسلم عن عمرو بن ابي سلمة انه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة للصائم فقال صلى الله عليه وسلم سل عن هذه فاخبرته ام سلمة ان عليه السلام يصبح فقال عمر يا رسول الله غفر الله لك تقدم من ذنبك ما تاخر فقال صلى الله عليه وسلم اما والله اني لاتقاكم لله واخشاكم فظاهر هذا انه كان كبيرا لم يخف ان ظاهر اللفظ يقتضي انه كان وكيلا عن ام سلمة اجاب القائد بما عرفوه لان سؤال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما يفيد ذلك حديث اخرجه البيهقي من طريق الواقدي انه صلى الله عليه وسلم خطب ام سلمة الى ابنها عمر بن سلمة فزوجه ايا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يومئذ غلام صغير الا ان الضعيف الواقدي خلافا لما وقع في كلام صاحب العناية فان الحاصل ان نظرنا الى حديث الواقدي فظاهره يدل على صحة وكالة الصبي العاقل خلافا لما وقع في كلام صاحب العناية وان نظرنا الى الحديث الصحيح فلانه ليس فيه تصريح بالحكم الولاية على انه لان الصبي لا ولاية له فيكون تزويجه بحكم الوكالة والله تعالى اعلم وقيل ان عمر بن الخطاب رض هو المقول لزوج هو المزوج هو سلمة بن ابي سلمة وهذا يدل على جواز توكيل الوكالة ما اخرجه ابو داود عن ابي هريرة في كتاب القضاء حدثني وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله انه سمعه يقول اردت الخروج الى خيبر فاتيت وكيلي رسول الله صلى الله عليه وسلم فسلمت عليه وقلت اني اريد الخروج الى خيبر فاتيت وكيلي مني خمسة عشر وسقا فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته وابن السحق عنه ان من الثقات وما يحل توكيل رضي الله تعالى عنه عقيلا رضي الله تعالى عنه فاخرج البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال كان علي يكره الخصومة وكان اذا كانت لخصومة وكل فيها عقيل بن ابي طالب فلما كبر عقيل وكلني فوجهني عن علي انه وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة وقول المصنف لان الانسان قد يعجز الى آخره بيان لحكمة شرعية الوكالة **قوله ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق** لما قدمنا من الحاجة الى ذلك فما ليس من احد بد من القيام به لا يثبت حقا او يدفع باطلا عنه ما يدعيه الآخر وكذا يجوز التوكيل بالقبض والاستيفاء الا في الحدود والقصاص في النفس وما دون النفس فان الوكالة لا تقوم باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس بناء على ما سيجيء بالاستيفاء فقط واما في الاثبات فالتوكيل مطلق لانه ليس الا تسليم ظهره ونفسه لاقامة الواجب ليس في ذلك لا من الجاني وليس هو كالوكيل فكان ذلك قيدا في الاستيفاء دون الاثبات وانما لا يجوز الاستيفاء مع غيبة الموكل لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي كما قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى بخلاف غيبة الشاهد حيث لا يقضي بالحدود والقصاص عنده لتحقق الشبهة وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي كما قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى بخلاف غيبة الشاهد حيث لا يقضي بالحدود والقصاص عنده لتحقق الشبهة وليس قصر ولا ظاهرا لا من جهة الاصل ولا الغالب لان الاصل الصدق فيما هو حجة الدعوى والرجوع ليس غالبا بل من نحو ثمانية عام لا يعرف الا ما روي عن علي والله سبحانه وتعالى اعلم ثم عندهما وعند ابي يوسف رح لا فرق بين غيبة المدعي والمدعى عليه بناء على ان الشبهة تدرأ الحد والقصاص عنده لا تندرئ بالشبهة وشبهة العفو ثابتة حال غيبة المدعي عنده لان الظاهر عدم الرجوع وتجدد حالة الخصومة لا تفقده هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو شرط عنه يشترط باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف رح وقيل هذا الاختلاف في غيبته ودون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فصار كانه هو المتكلم بنفسه لان التوكيل انابة وشبهة النيابة تجري عنها في هذا الباب حتى لا يثبت على الشهادة كما في الاستيفاء ولابي حنيفة رح ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور لان الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف والجواب من جانب من عليه الحد والقصاص عن كلام ابي حنيفة رضي الله عنهم لان الشبهة لا تعتبر الا في من يقبل قول الوكيل فيما عليه من شبهة عندنا لا يجوز

وقال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضاء الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا حتى لا يجوز التوكيل بغير رضاء الخصم وهو قول الشافعي رح ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الدين وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه تتوجه اليه فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من الناس فيلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرر

فيجوز الوكالة بهذا الحق الباقي الحقوق ولا حاجة الى تفسيره بجميع الحقوق بذا على ما في صحاح الجوهري ثم تخطاه به بانه انما هو معنى الباقي لا الجميع هذا وقد منع انتفاع المانع فان هذه الخصومة ليس الا السعي في اثبات سبب الحد والاحتيال فيه ووضع الشرع الاحتيال للاسقاط فان قيل لو صح هذا لم يجز اثبات تهما من الموكل نفسه على ما ذكرت لانه سارع الى آخره وذلك محل الاجماع قلنا الفرق ان الوكالة فيها زيادة تحميل وزيادة التكلف لاثباته اذ الظاهر انه يوكل لاستيفاء به عليه لغفلته وجهل الاثبات والشرع اطلق في اثباته لذلك التكلف الزائد والتهاتك فيه بل اذا تجرد تركه لانه صلى الله عليه وسلم قال للذين تبعوا ماعزا حين هرب حين رجم هلا تركتموه ونحو ذلك قوله وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من جاء الى الحد والتفاصيل جازه ابو حنيفة ومنعه ابو يوسف لا شك ان كلام ابي حنيفة يفيد ظهر منه الوكالة باثباتها لان شبهة التي لها سقط ابو يوسف هناك لامتناع الدفع بل يعني ان يقول بجواز الوكالة يدفعه ثم لا يجبر الوكيل الاقرار على موكله كما هو قول ابي حنيفة فخلاف فيها عجيب والله تعالى اعلم ثم وجه عدم صحة اجبار الوكيل من جهة المطلوب هنا وجوازه في غيره ان الوكالة بالخصومة انصرفت الى الجواب مطلقا فلو عين المجاز غير عينه فيما لا يسعه رح بالشبهات ويحصل منه الاعتراف فيما يندرئ بها بالشرع اعتبر في الدرء بالشبهات وفي اعتراف شبهة في عدم الامر به قوله وقال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة من قبل المدعى عليه الا بحضرة الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقال لا يجوز ذلك بغير رضا الخصم وهو قول الشافعي قال المصنف ولا خلاف في الجواز انما الاختلاف في اللزوم قالوا فعلى هذا قولنا لا يجوز التوكيل الى آخره لا يلزم الا برضا الآخر وانكر بعض الشارحين ما اتفق عليه فيه من التفسير المذكور لسبب المفهوم من عبارة محمد الحسن الطحاوي وكثير خلاف ذلك ساق عباراتهم فلم تزد على ما علموه من نحو قول القدوري المسطور ربما وهو لا يجوز التوكيل الا برضا الخصم وهم قد علموا ذلك قديما وانما فسره بذلك سبق القلم شمس الائمة الى ذلك فقال التوكيل بالخصومة عنده بغير رضى الخصم صحيح لكن للخصم ان يطالب الخصم ان يحضر بنفسه ويجيب نحو ذلك فهذا الكلام كثير مما يفيد ان المراد ما ذكره وسبب ذلك انه لما لم يعرف لاحد القول بانه اذا وكل فعلم خصمه فرضي لا يكون رضاه كافيا في توجه خصومة الوكيل ولا يسمع حتى يجدد له وكالة اخرى على ما هو مقتضى الظواهر التي ساقها على ان المراد بل يجوز الا برضاه انما لا يمضي على الآخر ويلزم عليه الا ان يرضى ومعنى هذا الا ان اللزوم عليه موقوف على رضاه وهو معنى التأويل المذكور من العبارات التي نقلناها مع عن ابي حنيفة لا اقبل وكالة حاضر من صحيح الا ان يرضى خصمه يجب قريبة من التفسير المذكور والحاصل انه يجب التعويل على ما ذكره القوم حتى انه اذا وكل فرضي الآخر لا يحتاج في سماع خصومة الوكيل الى تجديد وكالة لما هو لازم ما اعتبر من ظاهر العبارة لما ان التوكيل بالخصومة لتصرف في خالص حقه لان الخصومة حقه الذي لا يصدق عنه فاستنابة فيه تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره وصار كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان جواب الخصم مستحق على خصمه ولاستحقاق عليه يستحضره الحاكم قبل ان يثبت له على شيء ليجيبه عما يدعيه عليه غاية ما ذكر تردد تصرف في خالص حقه لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتعد الى الاضرار بالغير ولا شك ان الناس يتفاوتون في الخصومة كما صرح قوله عليه السلام انكم تختصمون الى ولعل بعضكم ان يكون ألحن بحجته من الآخر فاقضي له فمن قضيت له بحق اخيه فانما هي قطعة من نار ومعلوم ان الوكيل انما يقصد عادة لا تحريج الجبل والدعاوى الباطلة فيغلب ان لم يكن الحق معه كما افاده الحديث المذكور وفي هذا ذكر ضرر بالآخر فلا يلزم الا بالتزامه وصار كالعبد المشترك اذا كاتبه احد الشريكين فانه تصرف في خالص حقه ومع هذا لما كان متضمنا الاضرار بالآخر كان له فسخها ومن استأجر دابة يجب كما انتهى ايانا التصرف في حقه وملكه مع ذلك لا يجوز لما فيه من الاضرار بالمؤجر اذا كان الناس يختلفون في الركوب بخلاف ما تقدم عليه من التوكيل بتقاضي الدين فانه حق ثابت معلوم بتعيينه من غير ضرر على الآخر فيه فان القبض معلوم عينه فلا يتأتى هناك المطالبة ان يقضي ما عليه والتقاضي حد معلوم اذا جاوزه منع منه بخلاف الخصومة فان ضررها شديد من شدة التقاضي وعدم المساهلة في القبض لتضمنها بالتحيل على اثبات ما ليس بثابت ودفع ما هو ثابت فلا تقبل بغير رضاه الا اذا كان معذورا وذلك بسفره فانه يعجز عن الجواب بنفسه من غلبة او مرض فوكيل به وغير بالخصومة ان لم ينقل فيه استرضاء الخصم لم يتقيد عدمه ضرورة فلا يدل لاحد قال شمس الائمة والذي يختاره ان القاضي اذا علم من المدعي التعنت في ايفاء التوكيل يعتبر من غير رضاه واذا علم من الموكل القصد الى الاضرار بالتوكيل لا يقبله

ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال الرازي رحمه الله يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها بحياتها فيلزم توكيلها قال رحمه الله وهذا شئ استحسنه المتاخرون

الا يصدق الآخر فيقال وفي الصغير بين الجانبين ثم ذكر في حد المرض ان لم يستطع المشي ويقدر على الركوب ولو على انسان لكن يزداد مرضه صح التوكيل وان لم يزد اختلفوا فيه والصحيح ان كان يوكل لان النفس الخصومة منطفئة زيادة سوء المزاج فلا يلزم به ولا يلزم التوكيل من المسافة ثلثة ايام عند ارادة السفر غير ان القاضي لا يصدقه في دعواه ارادة فينظر الى زيه وعدة سفره وعياله ومن يريد ان يخرج فيسأل رفقاءه عن ذلك كما اذا اراد فسخ الاجارة لعذر من السفر فانه لا يصدق اذا لم يصدقه الآخر فيسأل كما ذكرنا فان قالوا لم نعلم تحقق العذر في قوله ولو كانت المرأة مخدرة قال الرازي هو الامام الكبير ابو بكر الجصاص احمد بن علي الرازي يلزم التوكيل منعا لانها لو حضرت لم تستطع ان تنطق بحجتها لحيائها فيلزم توكيلها وليضيف حقها قال المصنف رحمه الله وبهذا استحسن المتاخرون يعني اذا علق الطلاق بالحيض وخيب وعن ابي حنيفة رحمه الله لا فرق بين البكر والثيب المخدرة والبرزة وهو الصحيح على ما اختاره جمع من المشايخ تحقيقا لرواية الرازي ثم تعميم المتاخرين ليس الا فائدته ابتداء التفريع وذلك وتبعه ثم ذكر في النهاية في تفسير المخدرة عن البزدوي انها التي لا يراها غير المحارم من الرجال اما التي جلست على المنصة فراها الرجال لا تكون مخدرة وليس بشئ بل ما ذكره المصنف من قوله وهي التي لم تجر عادتها بالبروز فاما حديث المنصة فقد تكون عادتها بعوام الفعل بها والا فهي لم تجر عادتها بالبروز ومخالطة في قضاء حوائجها بل تفعل ما غيرها لزم توكيلها لان في الزامها بالحضور تضييع قضاء حاجتها وهو حرج منفي قال رحمه الله وعلى الفتوى ثم اذا وكل فغاب الوكيل والخصم حاضر ثم حضر الوكيل والخصم غائب فالقضاء على الغائب لا يكون قضاء على الحاضر ان كان الوكيل جحد الوكالة ثم اقام البينة على الوكالة وقضى القاضي على الغائب ثم حضر الغائب وبرهن ان الوكيل عزله قبل القضاء فالقضاء على الغائب نافذ على الحاضر لان الوكيل خصم عن الغائب في الحال فلا يبطل بالعزل بعد ذلك كالوكيل بالخصومة بالبيع اذا باع ثم عزل ثم حضر الموكل وادعى عيبا لم يعلم به الوكيل ان البينة بينة الوكيل والقضاء عليه نافذ على الموكل وان لم يكن الوكيل خصما عن الغائب في الحال فالقضاء عليه لا ينفذ على الغائب لانه قضاء على غير الخصم وان لم يكن الوكيل خصما عن الغائب في الحال فالقضاء عليه لا ينفذ على الغائب لانه قضاء على غير الخصم وان لم يكن الوكيل خصما عن الغائب في الحال فالقضاء عليه لا ينفذ على الغائب لانه قضاء على غير الخصم

ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال الرازي رحمه الله يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها بحياتها فيلزم توكيلها قال رحمه الله وهذا شئ استحسنه المتاخرون

قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد من ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا لم يكن التوكيل باطلا

فلو كان الموكل محجورا سفها او حجر ان كان في حجر هذا الفاضي لا يقبل التوكيل الا باذنه لان الفاضي [illegible] ش ليس له ذلك وان كان في حجر الوالي ولا يملكه الوالي من الخروج الى الخصومة يقبل منه التوكيل قوله ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام فقد ان شرطان للوكالة في الموكل فقيل انما يستقيم الاول على قولهما اما على قوله فلا لانه لا تجب توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها والمسلم لا يملكه فالشرط عنده كون الوكيل بالكا لذلك التصرف الذي وكل به واجاب بعضهم بان المراد بملك التصرف ان يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف بالية نفسه بان يكون عاقلا بالغا وبهذا حاصل في توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها فحمد الله على ما بينه لذلك وهو خطأ اذ يقتضي ان لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح بل اذا وكل الصبي المأذون يصح لعبد ان يقبل منه البيع ويرد عليه ما اذا قال بع عبدي هذا ابيعه واشتريه بعبد صح التوكيل مع انه لا يصح مباشرة الموكل لمثل هذا كما لو قال لغيره بع لبعتك عبدي او اشتريت منك هذا العبد لا يجوز واجيب بالفرق بين التوكيل والمباشرة في الجهالة فانها تمنع في المباشرة لا التوكيل وذلك لانها انما تمنع لافضائها الى المنازعة لانه اذا جهالة لم تمنع في بعض البيوع كبيع قفيز من صبرة طعام حاضر او شرائه وجهالة الوصف لا تفضي اليها في التوكيل لانه ليس بامر لازم بخلاف المباشرة للزوم مهما تم اذا صح التوكيل بذلك فان كان بالشراء فاشترى عبدا بغير عينه لا يجوز كما لو اشترى الموكل بنفسه او بعينه ان كانت قيمته مثل قيمة العبد الثمن او اقل مما تتغابن الناس فيه يجوز وان كان بما لا يتغابن فيه لا يجوز وكذا في الوكالة بالبيع ذكره في الذخيرة والا يخفى ان قوله فان كان بالشراء فاشترى عبدا بغير عينه لا يجوز كما لو اشترى الموكل بنفسه ليس على اطلاقه لما عرف من مذهبنا في شراء احد العبدين او الثوبين او الثلاثة بغير عينه على ان يأخذ ايها شاء لصح وهي مذكورة في خيار الشرط من الهداية واما الشرط الثاني وهو قوله ويلزمه الاحكام فلان الوكيل يستفيد الولاية من الموكل فلا بد من كون الموكل مالكا ثم قيل هو احتراز عن توكيل الوكيل فان الوكيل لا تثبت له حكم تصرف وهو الملك فلا يصح توكيله الا ان يصح بحقيقة او مثله كما سنذكره وقيل بل عن الصبي والعبد المحجورين فانهما لو اشتريا شيئا لا يملكانه فلا يصح توكيلهما وصح وارد على الوجه انه يلزم صحة توكيل الوكيل بسبب انه يملك التصرف فيملك توكيله والجواب ان ملكه شرط جواز تملكه لا علته ليلزم من وجوده الوجود فجاز ان لا يوجد عند وجود الشرط لفقد شرط آخر كما مع فقد العلة قوله ويشترط الى آخره ما تقدم شرط الوكالة في الموكل وهذا شرط في الوكيل وهو كونه ممن يعقل العقد ويقصده اي يعقل معناه اي ما يلزم وجوده من انه سالب بالنسبة الى كل من المتعاقدين جالب الى كل منهما فيسلب عن البائع ملك المبيع ويجلب له ملك البدل وفي المشتري قبلهما ويقصده لفائدته وقول بعضهم ان هذا الشرط احتراز عن العزل يعني ان من شرط الوكالة ان لا يعزل الوكيل في البيع والشراء اي ابتداء بين صحة الوكالة وكون الوكيل عزل فلو كان في بيع او كل ببيعه غاية ان

واذا وكل الحر العاقل البالغ او المأذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكل صبيا محجورا ايقن البيع والشراء او عبدا محجورا جاز لا يتعلق بهما الحقوق وتتعلق بوكيلهما لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس بتصرف في حقه لما انه لا يوجب عليه التزام العهدة اما الصبي فقصور اهليته والعبد لحق سيده فلزم الموكل ومعنى البيع ان المشتري اذا قال بعد عالما بانه ثم علم انه سبق او بحضرته لم يجز له خيار النقض لدخوله على ظن ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا لم تتعلق به لا خيار له وكذا اذا علم بعيب

لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة وخرج به الصبي الذي لا يعقل ذلك والمجنون فلا تصح وكالة احدهما وانما اشترط ذلك في الوكيل لانه قائم مقام الموكل في العبارة والموكل لا يصح عقده وعبارته الا اذا كان يعقد ذلك وانما زيادة عقلية التبين الفاحش من غيره فلا ينبغي اشتراطه لهم ان وكله بان يبيعه لا يتبين فاحش فحينئذ ينبغي ان تصح الوكالة ويشترط في صحة بيع الوكيل ان يتعرض له قبل بعقوله واذا وكل الحر البالغ او المأذون مثلهما جاز واطلق في المأذون فشمل كلا من العبد والصبي المأذونين في التجارة لاجتماع الشروط وهي ملك الموكل للتصرف ولزوم الاحكام وعقلية الوكيل معنى العقد ولم يذكر العقل والبلوغ لان اشتراط العقل ليعرفه كل احد ومعلوم ايضا ان قوله مثلهما ليس بقيد بل مثلهما او اعلى حالا منهما كتوكيل العبد المأذون حرا وعكسه كتوكيل الحر البالغ عبدا مأذونا قوله وان وكل صبيا محجورا عليه ليقبل البيع والشراء او عبدا محجورا عليه جاز ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما هذا الكلام له منطوق ومفهوم فمنطوقه ظاهر ووجهه ما ذكره المصنف وان الصبي اي العاقل من اهل العبارة حتى نفذ تصرفه باذن وليه والعبد تصرف في حق نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا من الموكل في حقه الا انه لما لا يصح منهما التزام العهدة فالصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل ويعرف من كون انتفاء تعلق الحقوق للعبد مستحق السيد انه لو اعتق العبد ان باشر الشراء لزمته الحقوق بخلاف الصبي لو باشر وكل به ثم بلغ لا يرجع اليه وانما مفهومه فهو ان الوكيل لو كان صبيا مأذونا او عبدا مأذونا تعلقت الحقوق لكنه ليس بمطلق بل ذكر في التفصيل في الذخيرة قال ان كان الوكيل صبيا مأذونا وكل بالبيع بثمن حال او مؤجل فباع لزمته العهدة او بالشراء ان كان الثمن مؤجلا لا تلزمه العهدة قياسا واستحسانا فيطالب البائع بالثمن الآمر لا الصبي وذلك لان ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن لان ضمان الثمن بالعقد الملك للضامن انما التزم بالامر موكلا استوجب مثله في ذمته وهو معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان كفالة واما اذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس ان لا يلزمه العهدة والاستحسان يلزمه لان للصبي ملكا حكميا في المشتري فجاز ان يجب به الثمن عليه ولا يؤمر بالنقد كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي المأذون من اهل ان يلزمه ضمان الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه بالتضمين من الثمن لا يملك المشتري لا حقيقة ولا حكما فانه لا يجب عن الموكل على الاستيفاء والعبد اذا توكل على هذا التفصيل بثمن ليعقد ثم اعلم ان الصبي والعبد المحجورين وان لم تتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمها المبيع اعتبار لما ذكرنا في الكتاب بعد هذا في التوكيل بقبض السلم فقال والمستحق بالعقد قبض العاقد هو الوكيل فيصح قبضه وان لم تتعلق بهما الحقوق كالصبي والعبد في المبسوط لكن الامر مرتد اجازته لانه من اهل العبارة المعتبرة ولكن يتوقف حكم العهدة عند اجنبية فان اسلم كانت العهدة عليه والا فعلى الآمر وعندهما العهدة عليه على كل حال وهو نظير اختلافهم في تصرفات المرتد لنفسه بيعا وشراء ونظير الصبي والعبد المحجورين في عدم تعلق الحقوق بالرسول في القاضي والمنيع في الفسوخ والمعقود انتهى كلام الشارح رحمه الله تعالى

خاتمة الحمد لله على ما وفقنا باختتام هذا الكتاب المستطاب للامام الانام شيخ الملة والاسلام كمال الدين محمد المدعو بابن الهمام رفع الله درجته ونور ضريحه واضح علينا الباب عنايته وفضل في تصحيحه ومقابلته من النسخ الصحاح المتعددة المقروة على العلماء المهرة والفضلاء الكملة الذين كانوا اكثر مجتهدين في نفس الامر سابحين في بحار المعقول والمنقول في شهر شوال سنة ثنتين وتسعين بعد الالف والمائتين من الهجرة المقدسة على مهاجرها افضل الصلوة والسلام في الوطن

إِنَّ اللّٰهَ عَلٰى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ

قد طبع الكتاب الكاشف لاسرار المجلد الثالث من الهداية الذي يزري بزهوها على الانوار الربيعية الكاشف لعضلات الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المستجمع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية

الشهير

نتائج الافكار

تكملة

فتح القدير

مع الهداية

للعلامة النحرير امام العلماء سيد الفقهاء عالم بلاد الروم وقاضي عسكرها ومفتيها مولانا زين الملة والدين الاحمدي الآفندي القاضي زاده اسكنه الله برحمته دار السلام بتصحيح وحيد العصر فريد الدهر مولوي محمد اعظم حسين الخيرآبادي حفظه الله

في المطبع الممتاز بين مطابع الدهور المغربي منشي نولكشور الواقع في مصر لكهنؤ

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوكالة

كتاب الوكالة لما فرغ من بيان احكام الشهادات بانواعها وما يتبعها من الرجوع فيها شرع في بيان احكام الوكالة اما لمناسبة ان كل واحدة من الشهادة والوكالة صفة من صفات الله تعالى لقوله ثم الله شهيد على ما يفعلون وقوله حسبنا الله ونعم الوكيل واما لان كلا منهما ايصال النفع الى الغير بالاعانة في حقه واما لان كلا منهما يصلح سببا لاكتساب الثواب والصيانة عن العقاب في المعاملات كذا في النهاية قال صاحب العناية عقب الشهادة بالوكالة لان الانسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه الى تعاضد وتعاوض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض ايضا فصارت كالمركب من المفرد فاوثر تاخيرها انتهى وقال بعض الفضلاء في بيان قوله وقد يكون فيها التعاوض ايضا كما اذا كان وكيلا بالبيع او الشراء مثلا انتهى اقول هذا سهو ظاهر لان التعاوض فيما ذكره من المثال انما هو في متعلق الوكالة اعني الموكل به وهو البيع او الشراء لا في نفس الوكالة والكلام فيها لا في الاول والا فقد يكون التعاوض في متعلق الشهادة ايضا كما اذا شهد بالبيع او الشراء مثلا والصواب ان مراد صاحب العناية هو انه قد يكون في نفس الوكالة التعاوض كما اذا اخذ الوكيل الاجرة لاقامة الوكالة فانه غير ممنوع شرعا اذ الوكالة عقد جائز لا يجب على الوكيل اقامتها فيجوز اخذ الاجرة فيها بخلاف الشهادة فانها فرض يجب على الشاهد اداؤها فلا يجوز فيها التعاوض اصلا ثم ان محاسن شرعية الوكالة ظاهرة اذ فيها قضاء حوائج المحتاجين الى مباشرة افعال لا يقدرون عليها بانفسهم فان الله تعالى خلق الخلائق على همم شتى وطبائع مختلفة واقوياء وضعفاء وليس كل احد يرضى ان يباشر الاعمال بنفسه ولا كل احد يهتدي الى المعاملات فمست الحاجة الى شرعية الوكالة فنبينا صلى الله عليه وسلم باشر بعض الامور بنفسه الكريمة تعليما لسنة التواضع وفوض بعضها الى غيره ترفيها لاصحاب المروات ثم ان منها امورا يحتاج الى معرفتها تفسير الوكالة لغة وشرعا ودليل جوازها وسببها وركنها وشرطها وصفتها وحكمها اما تفسيرها لغة فالوكالة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه والجمع الوكلاء فانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر اي مفوض اليه واما شرعا فهي عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم واما دليل جوازها فالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة لان ذلك كان توكيلا وقد قصه الله تعالى عن اصحاب الكهف بلا نكير فكان شريعة لنا والسنة وهي ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره

وكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وعروة البارقي ايضا وكل عمر بن ام سلمة بالتزويج والاجماع فان الامة اجمعت على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وكذا المعقول يدل عليه على ما سياتي في الكتاب اما سببها فتعلق البقاء والمقدر بتعاطيها كما في سائر المعاملات واما ركنها فالالفاظ التي يثبت بها الوكالة كلفظ وكلت واشباهه روى بشر عن ابي يوسف رح اذا قال الرجل لغيره احببت ان تبيع عبدي هذا او هويت او رضيت او شئت او اردت فذاك توكيل وامر بالبيع واما شرطها فان يكون الموكل عن يملك التصرف ويلزمه الاحكام كما سياتي في الكتاب وستعرفه مشروحا واما صفتها فهي انها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضى صاحبه واما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه قال اي القدوري في مختصره كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره هذه ضابطة تبين بها ما يجوز التوكيل به لاحد فلا يرد عليها ان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند ابي حنيفة رحمه الله لان ابطال القواعد بابطال الطرد لا العكس على ما نصوا عليه والعجب ههنا ان صاحب العناية مع اعترافه بذلك حيث اجاب عن الاعتراض بالصورة المذكورة بان العكس غير لازم وليس بمقصود قال في شرح هذا المقام هذه ضابطة تبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز انتهى فان العكس اذا لم يكن لازما ولا مقصودا في الضوابط كيف يتبين بهذه الضابطة ما لا يجوز التوكيل به وقد اعترض على طرد هذه الضابطة بوجوه الاول ان الوكيل جاز له ان يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز والثاني ان الانسان جاز له ان يستقرض بنفسه ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز والثالث ان الذمي يملك بيع الخمر بنفسه ولا يجوز له ان يوكل المسلم ببيعها واجيب عن الاول بان المراد بقوله يعقده الانسان بنفسه هو ان يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك وعن الثاني بان محل العقد من شروطه لكون المحال مشروطا على ما عرف وذاك ليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التي استقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل ورد هذا بانه مقرر للنقض لا دافع ودفع بانه من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع في الاحكام الكلية غير لازم ونقض بالتوكيل بالشراء فانه جائز وما ذكرتم موجود فيه وفرق بان محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه وقيل هلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل ودفع بان ذاك محل التوكيل بايفاء القرض لا بالاستقراض هذا نهاية ما في العناية اقول ولقائل ان يقول كما ان الامر بالتصرف في ملك الغير باطل كذلك التصرف بنفسه في ملك الغير باطل فيلزم ان يكون الاستقراض بنفسه ايضا باطلا بناء على هذا وليس كذلك ثم اقول يمكن ان يدفع ذلك بان المستقرض بنفسه متصرف في ملك نفسه وهو عبارته دون ملك غيره وهو الدراهم المستقرضة واما المامور بالاستقراض فان تصرف في عبارة نفسه بان قال للمقرض مثلا اقرضني عشرة دراهم كان الاستقراض لنفسه لا للآمر فله ان يمنع العشرة من الآمر كما صرحوا به وان تصرف في عبارة الآمر بان قال مثلا ان فلانا استقرض منك عشرة دراهم ففعل المقرض كانت العشرة للآمر ولكن المامور يصير في هذه الصورة رسولا لا وكيلا والباطل هو الوكالة في الاستقراض دون الرسالة فيه فان الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل فالرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح فيما هو حقه واما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل بل العبارة للوكيل فلا يمكننا تصحيح هذا الامر باعتبار العبارة كما نص عليه في الذخيرة بقي ههنا شيء وهو ان ما ذكر منقوض بجواز التوكيل بالاستيهاب والاستعارة وسياتي تمام بحثه ان شاء الله تعالى واجيب عن الثالث بان الذمي كما يملك بيع الخمر بنفسه يملك توكيل غيره ببيعها ايضا حتى انه لو وكل ذميا آخر ببيعها يجوز وانما لم يجز توكيل المسلم ههنا لمعنى في المسلم وهو انه مامور بالاجتناب عنها وفي جواز التوكيل ببيعها اقترابها فكان ذلك امرا عارضا في الوكيل والعوارض لا تقدح في القواعد حتى ان قائلا لو قال كل من تزوج امرأة بنكاح صحيح حل له وطيها لا ترد عليه الحائضة والمحرمة هذا زبدة ما في اكثر الشروح واجاب عنه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال والذمي

لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل به غيره فيكون سبيل منه دفعا للحاجة وقد صح ان النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة رض

بازر التوكيل لم يملك التوكل لم يسلم عنه وليس كلامنا في ذلك بجواز ان يمنع مانع عن التوكل وان صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقتراب منا انتهى وقال بعض الفضلاء هذا على تقدير صحة كون جوابا عن النقض بالاستقراض ايضا لانه لما كان مخالفا لما يجي من المصنف ره من التوكيل بالاستقراض باطل لم يذكره الشارح في معرض الجواب ولم يجب بما اجاب به غيره من الشراح لذلك ايضا انتهى اقول ليس هذا بسديد ولا فلان ما ذكره صاحب العناية هنا لا يكون جوابا عن النقض بالاستقراض لان المانع هناك في نفس التوكيل وهو بطلان الامر بالتصرف في ملك الغير والمانع هنا على رأيه انما هو في التوكيل وهو حرمة اقتراب المسلم من الحربي ها من ذاك واما نيا فلانه لا معنى لقوله ولم يجب بما اجاب به غيره من الشراح ما ذكرناه من قبل وليس فيه شيء مما ذكره لما يجي من المصنف ره من ان التوكيل بالاستقراض باطل كما لا يخفى على الفطن فلا وجه لدرج قوله المذكور في جواب الباقي قوله الا انه لما كان مخالفا لما يجي من المصنف ره الخ ثم قال ذلك القائل لقي فيه بحث اذ التوكيل والتوكل بالكسر ثم ليت شعري ما معنى جوازه انتهى اقول نحن اسقطنا جدا او نايب على ذوي مسكة ان الاكسار مطاوع الكسر فلا تحقيق احدهما بدون الآخر بخلاف التوكيل والتوكل فان التوكيل تفويض الامر الى الغير والتوكل قبول ذلك وان كان يتبع ما هو جوابه ولا شك في جواز تحقق الاول بدون الثاني ثم لا يخفى ان ثبوتهم لزوم مطاوع لكل فعل متعد لا يدري الى صحته قولك فيه تعلم بخير وسعة قولك نسيته على تعبه وما شبهها فمن ذلك قولك وكلته فلم يتوكل فلا اشكال اصلا قال ايضا سنشير في تعليل جواز الوكالة فيما ذكر لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال بان كان مريضا او شيخا فانيا او رجلا ذا وجاهة لا يتولى الامور بنفسه فيحتاج الى ان يوكل غيره فلو لم يجز التوكيل لزم الحرج وهو منتف بالنص فيكون اي الانسان سبيل منه اي من التوكيل دفعا لحاجته ودفعا للحرج واعترض على هذا بانه دليل اخص من المدلول وهو جواز الوكالة فانها جائزة وان لم يكن ثمة عجز اصلا واجيب بان ذلك بيان لحكمه وسيأتي في الجنس الاتي قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك الاعتراض مع جوابه المذكور ويجوز ان يقال ذكر الخاص واراد العام بها لحاجة لان الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع حينئذ يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز انتهى اقول وجود الحاجة بدون العجز في باب الوكالة ممنوع فانهم صرحوا ومنهم الشارح ابن الهمام بان الوكالة ابدا اما للعجز واما للترفه والظاهر ان ليس في صورة الترفه حاجة قال وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل بالشراء اي شراء الاضحية حكيم بن حزام بكسر الحاء المهملة وسكون الزاي بعدها ميم ابا خالد ولد قبل الفيل بثلاث عشرة سنة او باثنتي عشرة سنة على اختلاف الروايتين اسلم يوم الفتح وشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حنينا وكان من وجوه قريش وأشرافها وعاش في الجاهلية ستين سنة وفي الاسلام ستين سنة مات بالمدينة في خلافة معاوية سنة اربع وخمسين وهو ابن مائة وعشرين سنة كذا ذكر ابن شاهين في كتاب الصحابة وقال الكرخي في اول كتاب الوكالة من مختصره حدثنا ابو ابراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا يعقوب الدورقي قال حدثنا عبد الرحمن بن مهدي عن سفيان عن ابي حصين عن شيخ من اهل المدينة عن حكيم بن حزام ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشتري له اضحية فاشتراها له بدينار فباعها بدينارين ثم اشترى اضحية بدينار فجاء بالاضحية والدينار فتصدق النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار ودعا له بالبركة وبالتزويج عمر بن ام سلمة اي وكله بتزويج ام سلمة من النبي صلى الله عليه وسلم كذا في الشروح قال صاحب غاية البيان وفي توكيل عمر بن ابي سلمة نظر لان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ام سلمة بعد ما مضى سنة اثنتين كذا قال ابو عبيدة معمر بن المثنى وكان عمر بن ابي سلمة يوم توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن تسع سنين قاله الواقدي ويكون على هذا الحساب سن عمر بن ام سلمة يوم تزوج ام سلمة سنة واحدة فكيف يوكله رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو طفل لا يعقل انتهى وقد سبقه الى هذا النظر ابن الجوزي حيث قال في هذا الحديث نظر لان عمر بن ام سلمة كان له سن المحرم يوم تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمان سنين وكيف يقال انه زوج

قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رض وكل فيها عقيلا بعدما اسن وكل عبد الله بن جعفر رض وكذا بايفائها واستيفائها

بيانه انه عليه السلام تزوجها في سنة اربع ومات عليه الصلوة والسلام ولعمر تسع سنين انتهى وقال ابن عبد البادي صاحب التنقيح قوله انه عليه السلام مات ولعمر تسع سنين بعيد وان كان قد قاله الكلاباذي وغيره وقال قال ابن عبد البر انه ولد في سنة الثانية من الهجرة الى الحبشة ويقوي هذا ما اخرجه مسلم في صحيحه عن عمر بن ابي سلمة انه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال عليه الصلوة والسلام سل هذه فاخبرته امه ام سلمة انه عم يصنع ذلك فقال عمر رض يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تاخر فقال صلى الله عليه وسلم اما والله اني لاتقاكم لله تعالى واخشاكم وظاهر هذا انه كان كبيرا واقول ظاهر قول المصنف ره وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ يدل على ان المراد به ذكر الدليل النقلي على قوله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره بعد ان ذكر دليلا عقليا عليه فيتجه على ذلك ان توكيل النبي صلى الله عليه وسلم في المادتين المخصوصتين لا يدل على ما في الدعوى المذكورة من الكلية فلعل الوجه ان يكون المراد به مجرد تائيد ما تقدم من التعليل العقلي الذي بناه دفع الحاجة بوقوع التوكيل عند الحاجة من النبي صلى الله عليه وسلم لا اقامة دليل مستقل على الدعوى الكلية السابقة وكانه عن هذا قال وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ ولم يقل ولان النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ قال اي القدوري في مختصره ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق اي في جميعها لما قدمنا من الحاجة يشير الى قوله لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج ان يوكل غيره اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات تعليل لجريان ما قدمه ههنا قال صاحب غاية البيان اما التوكيل بالخصومة في سائر الحقوق فانما جاز لما روينا قبل هذا ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل في الشراء فاذا جاز التوكيل فيه جاز في غيره لانه عقد يجوز ان يتولاه الموكل بنفسه فجاز ان يوكل غيره كالبيع ولان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فجاز ان يوكل غيره وهو المراد من قوله لما قدمنا انتهى اقول تعليله الثاني الذي هو مراد المص وبقوله لما قدمنا صحيح لا ريب فيه واما تعليله الاول فغير صحيح لان الكلام ههنا في التوكيل بالخصومات لا في التوكيل في العقود وما ذكره في تعليله الاول انما يمشي في العقود دون الخصومات ولذا قال المصنف وقد صح ان عليا وكل عقيلا اي وكله في الخصومات وانما كان يختار عقيلا لانه كان ذكيا حاضر الجواب حتى حكي ان عليا رضي الله عنه استقبله يوما مع غزي فقال علي رضي الله عنه على سبيل الدعابة احد الثلثة احمق فقال عقيل اما انا وغزي فعاقلان وبعدما اسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر رض الطيار اما لانه وفر عقيلا لكبر سنه او لانه انتقص ذهنه فوكل عبد الله بن جعفر رض وكان شابا ذكيا كذا في المبسوط اخرج البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال كان علي رضي الله عنه يكره الخصومة وكان اذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن ابي طالب فلما كبر عقيل وكلني واخرج عن علي رضي الله عنه انه كان وكل عبد الله بن جعفر رض بالخصومة وقال الخصاف في ادب القاضي حدثنا معاذ بن اسد الخراساني قال حدثنا عبد الله بن المبارك عن محمد بن اسحق عن جهم بن ابي الجهم عن عبد الله بن جعفر ان عليا رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول ان لها قحما تحضرها الشياطين فجعل علي رضي الله عنه الخصومة الى عقيل فلما كبر ورق حولها الي فكان علي رضي الله عنه يقول ما قضى لوكيلي فلي وما قضى على وكيلي فعلي انتهى وقال الزمخشري في الفائق ان عليا رضي الله عنه وكل اخاه عقيلا بالخصومة ثم وكل بعده عبد الله بن جعفر رض وكان لا يحضر الخصومة وكان يقول ان لها قحما وان الشياطين تحضرها اي مهالك وشدائد وقحم الطريق ما صعب منه واشق على سالكه انتهى وفي هذا الحديث دليل على جواز التوكيل بالخصومة وفيه دليل ايضا على ان لا يحضر مجلس الخصومة بنفسه وهو مذهبنا ومذهب عامة العلماء لصنع علي رضي الله عنه وقال بعض العلماء الاولى ان يحضر بنفسه لان الامتناع من الحضور الى مجلس القاضي من علامات المنافقين وقد ورد الذم على ذلك قال الله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم ان يقولوا سمعنا واطعنا وجوابه ان تاويل الآية الرد من المنافق والاجابة من المؤمن اعتقادا كذا في شرح ادب القاضي وذكر في غاية البيان وكذا بايفائها واستيفائها

الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائهما مع غيبة الموكل عن المجلس لانهما تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف رح وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته

اي وكذا يجوز الوكالة بايفاء الحقوق واستيفائها لما مر من دفع الحاجة الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها اي باستيفاء الحدود والقصاص مع غيبة الموكل اي عن المجلس اما الوكالة بايفاء الحدود والقصاص فعدم صحتها مطلقا اي مع غيبة الموكل ومع حضوره امر بين لان ايفاءها انما يكون بتسليم النفس او البدن لاقامة العقوبة الواجبة وهذا لا يصح الا من الجاني اذ اقامة العقوبة على غير الجاني ظلم صريح فلذلك اكتفى المص رح بنفي صحة الوكالة باستيفائها مع غيبة الموكل وقال في تعليله لانها اي الحدود والقصاص تندرئ بالشبهات فلا تستوفى بمن يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال وشبهة العفو ثابتة حال غيبة اي غيبة الموكل هذا الوجه مخصوص بالقصاص اذ الحدود لا يعفى عنها فالمراد ان في القصاص ثبوت شبهة اخرى حال غيبة الموكل وهي شبهة العفو لجواز ان يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل بل هو الظاهر اي بل العفو هو الظاهر للندب الشرعي لقوله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وفي القصاص خلاف الشافعي رحمه الله فانه يقول هو خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه ولكنا نقول هذه عقوبة تندرئ بالشبهات بخلاف سائر حقوقه فافترقا بخلاف غيبة الشاهد حيث يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته لان الظاهر عدم الرجوع يعني ان الشبهة في حق الشاهد هي الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع اذ الصدق هو الاصل لا سيما في العدول فلم يعتبر مثل هاتيك الشبهة اقول يرد عليه ان الرجم من الحدود ولا يستوفى عند غيبة الشهود في ظاهر الرواية كما مر في كتاب الحدود ويقتضي ذلك اعتبار شبهة الرجوع في حق الشهود هناك اللهم الا ان يقال عدم استيفاء الحدود اذ ذاك لفوات الشرط وهو بداية الشهود بالرجم لا بمجرد شبهة الرجوع فتامل وبخلاف حالة الحضرة اي حضرة الموكل في المجلس حيث يستوفى ذلك عندها لانتفاء هذه الشبهة اي شبهة العفو فان العفو عند حضور الموكل مما لا يخفى فلا يشتبه اقول لقائل ان يقول ان انتفاء الشبهة المعينة لا يقتضي انتفاء الشبهة مطلقا والحدود والقصاص تندرئ بمطلق الشبهات فلا يتم التقريب على ان شبهة العفو مخصوصة بالقصاص فلم يظهر الفرق بين الحضرة والغيبة في استيفاء الحدود اصلا ولما استشعر ان يقال اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء راسا اذ هو يستوفيه بنفسه اجاب بقوله وليس كل احد يحسن الاستيفاء اما لقلة بدايته او لان قلبه لا يتحمل ذلك فلو منع عنه اي عن التوكيل بالاستيفاء ينسد باب الاستيفاء اصلا اي ينسد بابه بالنسبة اليه بالكلية فجاز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا ينسد بابه قال المص رح وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال جمهور الشراح في تفسير كلام المص رح هذا اي جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص قول ابي حنيفة رحمه الله وقالوا في توجيه تفسيرهم اياه بهذا المعنى لانه لما قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق اي جميعها وبايفائها واستيفائها واستثنى ايفاء الحدود والقصاص واستيفائها بقيت الخصومة بالحدود والقصاص داخلة في قوله بالخصومة في سائر الحقوق فقال هذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان هذا الذي ارتكبوه في حل كلام المص رح ههنا تكلف بارد وتعسف شارد حيث جعلوا البعض الغير المعين في الكلام السابق بل الداخل في مجرد كلمة مشارا اليه بلفظ هذا الذي يشار به الى المحسوس المشاهد او الى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد ثم ان ههنا لمندوحة عن ذلك يحمل كلام المص رح على معنى ظاهر منه وهو ان هذا الذي ذكرناه صريحا فيما مر آنفا من قولنا ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة البينة اي قال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة بالخصومة في بعض من تلك الحقوق وهو اثبات الحدود والقصاص ايضا اي كما لا تجوز الوكالة بايفاء الحدود والقصاص واستيفائها بالاتفاق وقول محمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف يعني ان قول محمد رحمه الله مضطرب يذكر تارة مع ابي حنيفة رح وتارة مع ابي يوسف رح ولكن الظاهر من تحرير المصنف رح ترجيح الاول [illegible] على الفطن قال في الكافي بعد قوله وقول محمد رح مضطرب والاظهر انه مع ابي حنيفة رح وقيل هذا الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف في غيبته اي غيبة الموكل دون حضرته

لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فصار كانه متكلم بنفسه له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يفيد عملها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من وجب عليه الحد والقصاص وكلام ابي حنيفة رح فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان قرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر وقال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقال لا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم وهو قول الشافعي رح ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم

اي هو جائز في حضرته بالاتفاق لان كلام الوكيل منتقل الى الموكل عند حضوره فكانه فعل بنفسه ولهذا قال ابو يوسف رح ان التوكيل انابة والانابة فيها شبهة الاصالة وشبهة النيابة تجري عملها في هذا الباب اي في باب الحدود والقصاص لانه مما يندرئ بالشبهات كما في الشهادة على الشهادة اي كالشبهة التي في الشهادة على الشهادة حتى لا يثبت بها الحدود والقصاص بالاتفاق كما لا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ولا بكتاب القاضي الى القاضي وكما في الاستيفاء اي كالشبهة التي في التوكيل بالاستيفاء الحدود والقصاص عند غيبة الموكل فانها مانعة لصحة التوكيل بالاتفاق ولابي حنيفة رح ان الخصومة شرط محض اي لاحظ لها في الوجوب ولا في الظهور لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق اي باقيها القيام المقتضي وانتفاء المانع لا يقال المانع موجود وهو الشبهة كما في الاستيفاء والشهادة على الشهادة على ما مر لانا نقول الشبهة في الشرط لا تصلح للمنع اذ لا يتعلق به الوجوب ولا الوجود ولا الظهور بخلاف الاستيفاء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانها تتعلق بها الظهور وعلى هذا الخلاف المذكور التوكيل بالجواب من جانب من عليه اي من جانب من عليه الحد والقصاص فاجازه ابو حنيفة رح ومنعه ابو يوسف رح وقول محمد رح مضطرب قال المصنف رح وكلام ابي حنيفة رح فيه اي في التوكيل بالجواب اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع يعني ان التوكيل بالجواب انما يكون للدفع ودفع الحد والقصاص يثبت بالشبهات حتى يثبت العفو عن القصاص بالشبهة على الشهادة وبشهادة النساء مع الرجال فالشبهة التي ذكرت في دليل ابي يوسف رح على تقدير كونها معتبرة لا تمنع ههنا غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه اي على موكله يعني لو اقر هذا الوكيل في مجلس القضاء بوجوب الحد او القصاص على موكله لم يقبل اقراره استحسانا لما فيه اي في اقراره من شبهة عدم الامر فلم يعتبر فيما يندرئ بالشبهات والقياس ان يقبل اقراره لقيامه مقام موكله بعد صحة التوكيل كما في الاقرار بسائر الحقوق ووجه الاستحسان ما ذكره المصنف رح وتوضيحه انا جعلنا التوكيل بالخصومة على الجواب لان جواب الخصم من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز فانه في الحقيقة فالاقرار ضد الخصومة والمجاز وان اعتبر لقيام الدليل فالحقيقة شبهة فيما يندرئ بالشبهات دون ما يثبت مع الشبهات كذا في المبسوط وذكر في الشروح واعلم ان جواز التوكيل باثبات الحدود عند من جوزه انما هو في حد القذف وحد السرقة واما التوكيل باثبات حد الزنا وحد الشرب فلا يصح اتفاقا لانه لا حق فيهما لاحد من العباد وانما تقام البينة على وجه الحسبة فاذا كان اجنبيا عنه لا يصلح توكيله به نص عليه في الكافي والتبيين وقال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة سواء كان التوكيل من قبل الطالب او من قبل المطلوب الا برضى الخصم ويستوي فيه الشريف والوضيع والرجل والمرأة والبكر والثيب كذا في الشروح والمتون الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا يعني الا ان يكون الموكل معذورا بالمرض او السفر فح يجوز التوكيل بالخصومة بدون رضى الخصم هذه ايضا وقالا لا يجوز التوكيل بغير رضى الخصم اي لا يجوز ذلك عندهما في جميع الاحوال سواء رضي الخصم ام لا وسواء كان الموكل معذورا ام لا وكان ابو يوسف رح يقول اولا لا تقبل ذلك من النساء ومن الرجال ثم رجع عن ذلك وقال تقبل من النساء والرجال جميعا وهو قول الشافعي رحمه الله ايضا وفي الخلاصة وبه افتى ابو الليث فيقبل لما في فتاوى قاضيخان وبه اخذ ابو القاسم الصفار وقال شمس الائمة السرخسي الصحيح عندي ان القاضي اذا علم بامره لم يتمكن في ابائه التوكيل لتوكيل ولا يلتفت اليه وان علم من الموكل القصد الى الاضرار بالمدعى ليشتغل الوكيل بالحيل والاباطيل لا يقبل منه التوكيل وذكر شمس الائمة الحلواني ان ذلك مفوض الى راي القاضي وهذا قريب من الاول انتهى قال المصنف رح ولا خلاف في الجواز اي لا خلاف بين ابي حنيفة رحمه الله وبين صاحبيه والشافعي رحمهم الله في الجواز حتى انه اذا وكل فرضي الخصم لا يحتاج في سماع خصومة الوكيل الى تجديد وكالة انما الخلاف في اللزوم يعني انه اذا رضي الخصم هل يتمكن بعده او لا عنده يتمكن خلافا لهم فعلى هذا الخلاف يكون معنى قول القدوري قال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم

ثم ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بقضاء الدين وبيانه ان الجواب مستحق على الخصم والمدعي مستحضره والناس متعاونون في الخصومة

اي للملزوم ذكر الجواز واراد اللزوم وبيان الجواز من لوازم اللزوم فيجوز ذكر اللازم واراده الملزوم كذا في الشروح وقد تصرف فيه صاحب العناية تحريرا وايرادا حيث قال فعلى هذا لا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم مجازا بقرينة لا يلزم ذكر الجواز واراده اللزوم وان جاز لان اللازم اعم واللزوم عرف ذلك في اصول الفقه سلمنا ولكن ذكر الجواز واراده [illegible] ولكن ليس بمجاز مرسل على قوله مجازا بان ما ذكر ليس من قبيل المجاز بل هو من قبيل الكناية بناء على ما ذكره [illegible] من اللازم الى الملزوم وفي الكناية من اللازم الى الملزوم لكنه ليس بشيء اما اولا فلان لفظ المجاز لم يذكر في تحرير غير من الشروح ولا يلزم من تأويل المذكور ما ذكر سواء كان طريق المجاز او طريق الكناية فكان مدار رد المزبور على لفظ زاده من عند نفسه في بيان الشارحين انه ذكر ورد انتهى اما ثانيا فلما تحقق ان الانتقال في المجاز والكناية كليهما من الملزوم الى اللازم ورد ما ذهب اليه السكاكي بان اللازم ما يكون ملزوما لم ينتقل منه الى الملزوم وهو المعتمد في الفرق بينهما جوازه ارادة المعنى الموضوع له وعدم جوازه ما في مجاز ان تعلق لفظ بمجاز ذي لخص فيه مجاز اعن معنى يلزم بالمعنى المذكور ما صلا ثم قال صاحب العناية والحق ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز والى التوجيه بجعله مجازا انتهى اقول لا يخفى على المتضلع ان ما ذكره زخال عن التحصيل لانه ان اراد بقوله ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم ان معنى الاول من حيث الحقيقة هو معنى الثاني بعينه حتى يكذب كل منهما بالآخر اذ لا شك ان معنى الجواز من حيث الحقيقة انتفاء معنى اللزوم فمعنى الاول بعائر فمعنى الثاني فحاصل ان اراد ذلك ان الثاني هو المراد من الاول مجازا او كناية فلا وجه لقوله فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز فان المتبادر من الالفاظ معانيها الحقيقية فيتبادر الى ذهن الناظر في مسئلتنا هذه ان يكون الخلاف في نفس الجواز فدفع الصحة بذلك القول لا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم فهذا كلام لا غبار عليه ثم اعلم ان الخصم هاهنا وان كان من حمل الخلاف المذكور على اللزوم وعلى ذلك كثير من الشارحين منهم الامام شمس الائمة السرخسي حيث قال في شرح ادب القاضي ان للتوكيل عندنا حقيقة تجري بغير رضى الخصم صحيح ولكن للخصم ان يطالب الموكل بان يحضر مجلس القاضي ويجيب فيما ادعي عليه وكذا ذكره علاء الدين العالم حيث قال في طريقة الخلاف التوكيل بغير رضى الخصم لازم وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يتبع لازما وذكر في المحيط البرهاني ان رضى الخصم ليس بشرط لصحة التوكيل ولزومه عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقد اختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رحمه الله بعضهم قالوا رضى الخصم عنده ليس بشرط لصحة التوكيل بل هو شرط للزومه وقال بعضهم لا بل رضى الخصم عنده شرط لصحة التوكيل وانما اختلفوا لاختلاف الفاظ الكتب ذكر في شفعة الاصل ان التوكيل بغير رضى الخصم باطل في قول ابي حنيفة هذا ذكره في مكاتبة الاصل لا قبل التوكيل بغير رضى الخصم عند ابي حنيفة محمد الله وصحيح ان التوكيل عنده صحيح غير لازم حتى لا يلزم الخصم الحضور والجواب [illegible] الوكيل الا ان يكون في الموكل مرض لا يمكنه الحضور فحينئذ يكلف الحكم او غائبا بمسيرة سفر فحينئذ يلزم عنده انتهى بلفظه اذ كذا في الذخيرة ايضا لما ذكر ان عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله التوكيل [illegible] في خالص حقه اي في خالص حق الموكل وبذا الاندفاع ان له كلا بالخصومة او بالجواب وكلا هما من خالص حقه اما الخصومة فلانها الدعوى وهي خالص حق المدعي حتى لا يجبر عليها واما الجواب فلانه اذا انكر اقر او سكت واحد منهما خالص حق المدعي عليه واذا كان كذلك فلا يتوقف على رضى غيره فصار كالوكيل بقبض الديون وقبضها وايفائها وله اي ولابي حنيفة رح ان الجواب مستحق على الخصم يعني ان الجواب حق واجب للمدعي على المدعى عليه ولهذا يستحضره اي يستحضر المدعي الخصم في مجلس القاضي قبل ان يثبت له عليه شيء ليجيبه عما يدعيه عليه وغايته ما في الباب ان يكون التوكيل تصرفا في خالص حق الموكل لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتعد الى الاضرار بالغير وههنا ليس كذلك اذ لا شك ان للناس متعاونون في الخصومة اي كان جهة الدعوى والاثبات ومن جهة الدفع والجواب فرب انسان يعجز عن اظهار الباطل في صورة الحق ورب انسان لا يمكنه تمشية الحق على وجهه وقد دل عليه

فلو قلنا يلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما كما مر ثم كما يلزم التوكيل ضمنا من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة

قوله عليه السلام وانكم تختصمون الى واحل بعضكم ان يكون الحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشيء من مال اخيه فلا يأخذ فانما اقطع له قطعة من نار ذكره في ادب القاضي والاسرار وعلم منه انه لا يوكل عادة الا من هو الاقوى في الخصومات ليغلب على الخصم فلو قلنا يلزمه اي يلزم التوكيل بالخصومة بلا رضى الخصم فيتضرر به الخصم بل يتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتب احدهما اي احد الشريكين يتخير الشريك الآخر اي يخير الشريك بالاخذ بالرضا والكتابة فيفسخها وكان تصرف احدهما موقوفا على رضى الآخر ان كان الشريك في خالص حقه لكان مشتركا قال صاحب النهاية في شرح الدليل المذكور من قبيل ابي حنيفة رح وعلى هذا الكلام ان الحضور والجواب يستحق عليه بدليل ان القاضي يقطع عن مباشرة اعماله وبحبسه بحبس الخصم والناس يتعاونون في هذا الجواب فرب انكار يكون اشد وقعا للمدعي من الانكار وخطاب ان الموكل انما يطلب من الوكيل بذلك لانه قد يقصد من توكيل ان يشتغل الوكيل بالجدل والباطل ليسقط حق الخصم من الموكل وفيه اضرار بالخصم وانه باطل فلهذا الجواب ان يكون توكيله بما هو من خالص حقه ولكن لما كان يتصل به حقه بالغير من الوجه الذي قلنا لا يملك بدون رضاه وانتفى كلامه وعلى هذا المنوال سبق الدليل الآخر في الكافية وشراح الهداية ايضا اقول فيه نظر لان اصل هذه المسئلة عامة لصورة التوكيل من جانب المدعي وصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما صحح حسن الشراح قائلا في مسئلة وصح به في عامة الكتب الفتاوى ايضا وفي تقرير الدليل المزبور على الوجه الذي ذكره يتوجه ان يخصص في كلامه صورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما لا يخفى فان الخصم انما يتضرر بجحود الصورتين فما ذكر في شرح الجامع وقال صاحب العناية في شرح قوله والاصل فيه قوله عليه السلام ان الخصم اذا تصرف في خالص حقه كان الجواب مستحقا على الخصم والناس يتعاونون في هذا الجواب لان الحق للغير لا يكون خالصا له الا اذا كان الخصم لا يتصرف الا بالحق في خالص حقه اما اذا تصرف بجحود ما ليس كذلك لان الناس يتعاونون في الخصومة فلو قلنا يلزمه توكيل يتضرر به فيتوقف على رضاه انتهى اقول فيه ايضا نظر اذ لا يخفى ان كلامه هذا يسد قبيل ابي حنيفة رح ويلتبس احدهما بالآخر فلا يتم تسليمه لرجوع على الدليل الاول ما يرد على تقرير صاحب النهاية وفيه ما فيه من كون الدليل مخصوصا باحدى صورتي المسئلة العامة المدعاة تأمل تفطن فانه حق حل المجموع وليتأمل احد ان يتقرر بوجه يعم الصورتين معا كما لا يخفى فقد مشيت ما لكن الانصاف ان تأثير المقدمة القائلة ان الجواب يستحق على الخصم انما هو في صورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما لا يخفى على الفطن المتأمل بخلاف المريض والمسافر مستصل بقوله الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا والمراد بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك لان الجواب غير مستحق اي غير واجب عليهما اما على المريض والمسافر هناك اي فيما اذا كان الموكل مريضا او مسافرا لعجز المريض بالمرض وعجز المسافر بالغيبة فلو لم يسقط عنهما الجواب لزم الحرج وهو منتف بالنص قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج اقول هنا شيء وهو ان ما ذكره المصنف رد من الفرق انما يتم في صورة ان كان التوكيل من جانب المدعى عليه واما في صورة ان كان من جانب المدعي فلا لان الجواب غير مستحق على المدعي سواء كان صحيحا مقيما او مريضا مسافرا فان الجواب انما يجب على من يجبر على الخصومة فالاولى ان لا يجبر عليه سيما ان المسئلة عامة للصورتين معا كما تحققت فكان ينبغي ان يراد عليه ان يقال وان توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من الموت وفوات التأخير اشد من الضرر اللازم بتفاوت الناس في الخصومة فتأمل الاولى، دون الاعلى وفي فتاوى قاضيخان واذا حلف على ان الوكيل لو كان غائبا او في مدة السفر او كان مريضا في المصر لا يقدر ان يمشي على قدميه الى باب القاضي كان له ان يوكل مدعيا كان او مدعى عليه وان كان لا يستطيع ان يمشي على قدميه ولكنه يستطيع ان يمشي على ظهر دابة او ظهر انسان فان لم يزد على هذا فليس له ان يوكل وان كان لا يزداد اختلفوا فيه قال بعضهم هو على الخلاف ايضا وقال بعضهم له ان يوكل وهو الصحيح انتهى ثم كما يلزم التوكيل عنده اي عند ابي حنيفة رح من المسافر يلزمه اذا اراد السفر لتحقق الضرورة اذ لو لم يلزمه لحيقه الحرج بالانقطاع عن

ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازي رحمه الله يلزم التوكيل

مصلحة وفي فتاوى قاضيخان وكما يجوز للمسافر ان يوكل بغير رضى الخصم يجوز لمن اراد ان يخرج الى السفر لكن لا يصدق انه يريد السفر ولكن القاضي ينظر الى زيه وعدة سفره او يسأل عمن يريد ان يخرج معه فيسأل عن رفقائه كما في فسخ الاجارة انتهى ولو كانت المرأة مخدرة اختلفت عبارات المشايخ في تفسير المخدرة (١٠) فقال بعضهم هي التي لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس القاضي وقال الامام البزدوي هي التي لا يراها غير المحارم واما التي جلست على المنصة فرآها الاجانب لا تكون مخدرة فاختار المصنف في تفسيرها الاول حيث قال لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم فان [illegible] مخدرة [illegible] يجوز [illegible] قال الرازي [illegible] ابو بكر الجصاص احمد بن علي الرازي صاحب التصانيف الكثيرة في الاصول والفروع واحكام القرآن [illegible] انتهت اليه رياسة اصحاب ابي حنيفة [illegible] الشيخ ابي الحسن الكرخي وكانت ولادته سنة خمس وثلثمائة ومات سنة سبعين وثلثمائة [illegible] يلزم التوكيل منها بلا رضى الخصم [illegible] لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها [illegible] في الحوائج [illegible] في الايمان [illegible] القاضي [illegible] وان كان [illegible] الهداية وغيره قال [illegible] ويجوز [illegible] التي لم تخالط الرجال بكرا كانت او ثيبا [illegible] ابي حنيفة [illegible] وعامة المشايخ اخذوا بما ذكره ابو بكر الرازي وعليه الفتوى انتهى قال [illegible] ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف قيل هذا على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فاما على قول ابي حنيفة رحمه الله فالشرط ان يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد به ان يكون مالكا للتصرف نظرا الى اصل التصرف وان امتنع لعارض وبيع الخمر يجوز للمسلم في الاصل وانما امتنع لعارض النهي كذا في الكافي والكفاية والتبيين قال صاحب النهاية في تفسير قوله ممن يملك التصرف اي ممن يملك ذلك التصرف الذي وكل الوكيل به وقال قد ذكرنا هذا في اول كتاب الوكالة من رواية الذخيرة ان هذا القيد وقع على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رحمه الله من شرط الوكالة كون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا لذلك التصرف الذي وكل الوكيل به فليس بشرط ثم قال فان قلت يشكل على ما ذكره في الكتاب ما ذكره في الذخيرة بقوله واذا قال الرجل لغيره خذ عبدي هذا وبعه بعبد او قال اشتر لي به عبدا صح التوكيل بهذا وان لم يصح مباشرة الموكل في مثل هذا التصرف فان من قال لغيره بعتك هذا العبد بعبد او قال اشتريت منك بهذا العبد عبدا لا يجوز قلت انما جاز ذلك في التوكيل ولم يجز في مباشرته بنفسه لوجود معنى الفارق بينهما وهو ان الجهالة انما تمنع عن الجواز لافضائها الى المنازعة واما اذا لم تؤد اليها فلا تمنع كما في بيع قفيز من صبرة طعام او شراء ثم جهالة الوصف في التوكيل لا تفضي الى المنازعة لان التوكيل ليس بامر لازم ولا كذلك المباشرة لانها لازمة فتفضي الى المنازعة والمانع من الصحة المنازعة لا نفس الجهالة انتهى كلامه اقول في جوابه بحث لان الفارق المذكور فيه انما افاد لمية [illegible] في مسئلة الذخيرة وعدم صحة المباشرة بنفسه في مثلها وهذا القدر لا يدفع السؤال المذكور بل يقويه لان حاصله ان ما ذكر في الكتاب من شرط الوكالة غير متحقق في مسئلة الذخيرة مع تحقق المشروط فيها والفارق المذكور يقرر هذا المعنى كما لا يخفى وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رحمه الله فمن شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده وفيما

لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رض وهذا شيء استحسنه المتأخرون قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف

هذا التوهم انه جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي وكل به واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف فان الانسب لكلمة من جنس التصرف انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله فان الانسب لكلمة من جنس التصرف واجاب حيث قال لا يخفى عليك ان مدخول كلمة من هو قوله من يملك دون التصرف والجواب ان مراده ان المالك للتصرف المخصوص للتعدد حتى يستقيم ادخال من في من يملك انتهى اقول ليس الامر كما زعمه فانا لا نسلم ان المالك للتصرف المخصوص للتعدد الا يرى الى الحقوق المشتركة مالا كانت او غيره فان كل واحد من اصحابها يملك التصرف فيها تصرفا مخصوصا وان وصل مبلغهم في التعدد الى الالف مثلا اذا كانت دار مشتركة بين كثيرين فلا شك ان كل واحد منهم يملك التصرف فيها بسكنى او غيره ولئن سلمنا ذلك فلا نسلم عدم استقامة ادخال من حينئذ في من يملك فان ذلك انما يتوهم لو كانت كلمة من ههنا للتبعيض اما اذا كانت للتبيين كما هو الظاهر في المقام فيستقيم جدا كما لا يخفى ثم ان ما ذكره كله مبني على فهم ان يكون مراد صاحب العناية بكلمة من في قوله فان الانسب لكلمة من جنس التصرف حرف الجر الداخلة على الاسم الموصول والظاهر ان مراده بها نفس الاسم الموصول بدليل قوله يملك التصرف في قوله حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف اذ لو كان مراد كلامه زيادة حرف الجر لقال حيث لم يقل ان يكون الموكل من يملك التصرف بحذف حرف الجر فقط فوجه الانسبية حينئذ ان الاسم المذكور من مهمات المعارف على ما عرف في النحو ومن الفاظ العام على ما عرف في الاصول فيكون المراد به جنس المالك لان الفرد المعين منه ولا شك ان الذي يملكه جنس المالك هو جنس التصرف دون التصرف المعهود ثم قال ذلك البعض ثم ان الانسبية قد فاتت في قوله ويقصده كما لا يخفى اقول هذا ايضا ليس بسديد فان قوله ويقصده وان لم يكن مقرونا بكلمة من صراحة لكنه مقرون بها حكما فانه معطوف على ما هو في حيز كلمة من وهو قوله يعقل العقد في قوله ممن يعقل العقد ولا شك ان المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله على ما تقرر في علم الادب فقد حصلت الانسبية المذكورة هناك ايضا ثم ان حمل التصرف في قول القدوري ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف على جنس التصرف دون التصرف الذي وكل به مما سبق اليه صاحب غاية البيان حيث قال قيل لا يستقيم هذا الشرط الا على مذهب ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه لو كان شرط الوكالة ان يكون الموكل مالكا للتصرف على مذهب ابي حنيفة رح لم يجز ان يوكل المسلم الذمي ببيع خمر او شرائها وهو جائز على مذهب ابي حنيفة رح مع ان المسلم لا يملك التصرف بنفسه فعلم ان ليس الشرط على مذهبه بل الشرط عنده ان يكون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به ثم قال قلت هذا الشرط الذي شرطه القدوري يستقيم على مذهب الكل وانما خص هذا القائل الاستقامة على مذهبهما لانه لا يدرك كنه كلام القدوري اذ مضمون كلامه ان الوكالة لها شرط في الموكل وشرط في الوكيل فالاول ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام والثاني ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده ومعنى قوله ان يكون ممن يملك التصرف ان يكون له ولاية شرعا في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون عاقلا بالغا على وجه يلزمه حكم التصرف وهذا المعنى حاصل في توكيل المسلم الذمي في الخمر والخنزير بيعا وشراء لان المسلم الموكل عاقل بالغ له ولاية شرعا في جنس التصرف على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته والشرط الآخر وهو ان يعقل العقد ويقصده حاصل في التوكيل ايضا وهو الذمي لانه يعقل معنى البيع والشراء ويقصده فصح الشرط اذن على مذهب الكل والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله الى هنا كلامه ورد عليه الشارح ابن الهمام حيث قال قيل انما يستقيم الشرط الاول على قولهما اما على قوله فلا لانه يجيز توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها والمسلم لا يملكه واجاب بعضهم بان المراد بملكه التصرف ان يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون عاقلا بالغا وهذا حاصل في توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها ثم حمد الله على ما هداه لذلك وهو خطأ اذ يقتضي ان لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح بل اذا وكل الصبي المأذون يصح بعد ان يعقل معنى البيع

فيلزم الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا له ولا فيه وشيئا ما يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده حتى لا يصح توكيل الصبي

انتهى كلامه اقول ما ذهب اليه صاحب العناية هنا ليس بشيء ان يقال له هو خطأ بحر وما ذكره ابن الهمام فان الذي يسمه في توجيه المقام هو قوله المراد بملك التصرف ان يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف بالاهلية لنفسه وهذا لا يقتضي ان لا يصح توكيل الصبي المأذون كما لا يخفى على العارف بحكم الصبي المأذون على مذهبنا في فصله واما قوله بان يكون عاقلا بالغا فضلة من التوجيه ذكره لبيان المقصود بالشرط المذكور هو الاحتراز عن المجنون والصبي المجور واما الصبي المأذون فكونه مميزا البالغ في عامة التصرفات معلوم من محله فهو في حكم المستثنى وعن هذا ترى الفقهاء في كل عقد جعلوا العقل والبلوغ شرطا وقصدوا به الاحتراز عن الصبي والمجنون لم يستثنوا الصبي المأذون عنه صراحة ويلزمه الاحكام قيل هذا احتراز عن الوكيل فان الوكيل من لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك لان الوكيل بالشراء لا يملك المبيع والوكيل بالبيع لا يملك الثمن فلذلك لا يصح توكيل الوكيل غيره وقيل هو احتراز عن الصبي والعبد المحجورين فانهما لو اشتريا شيئا لا يملكانه فلذلك لم يصح توكيلهما كذا في الكفاية شرح الهداية قال صاحب غاية البيان للعقل الثاني وهذا هو الاصح من الاول ولم يبين وجهه وقال صاحب العناية قوله ويلزمه الاحكام يحتمل احكام ذلك التصرف وجنس الاحكام فالاول احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لانه لم يلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ويلزمه الاحكام شرطا واحدا وهذا اصح لان الوكيل اذا اذن له بالتوكيل صح ولم يلزمه احكام ذلك التصرف فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحدا لزمك الوكيل فانه يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه انتهى كلامه لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لتعيين ما شرط الوكالة به يعني ان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف من لا يملكه محال فلا بد ان يكون الموكل مالكا له التصرف ليملكه من غيره وقال صاحب العناية وانما قال ان يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل والتصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم وينقض توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملكه بالاهلية ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب ان الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على ان الملك يثبت له خلافة عن الوكيل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه ولا ينافيه ايضا بجواز ثبوت شيء بامرين على السبيل البدل انتهى اقول في جوابه نظر لان كون الوكيل من حيث هو وكيل مالكا جنس التصرف من جهة الموكل انما يتوهم في التوكيل تصرف لا بعينه بان قال اصنع ما شئت او اعمل بما رأيك واما في التوكيل تصرف بعينه كما نحن فيه من مادة النقض توكيل مسلم ذميا ببيع خمر فلا يتصور ذلك قطعا اذ لا شك ان الوكيل بذلك انما يملك من جهة الموكل التصرف المعين المعهود الذي وكل به وهو بيع الخمر لا جنس التصرف مطلقا والا صح له ان يتصرف هناك تصرف آخر كان وهب الخمر التي وكل ببيعها الذمي او يشتري لها منه شيئا او نحو ذلك من جنس التصرفات وليس كذلك قطعا والحق عندي في الجواب ان يختار الشق الثاني وهو ان الوكيل يملك التصرف الذي وكل به من جهة الموكل ويرفع النقض المذكور بحمل ما في الكتاب على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وبناء ذلك على الاصل فان بيع الخمر جائز للمسلم في الاصل وانما امتنع بعارض انتهى وقد ذكرنا كلام الوجيه في صدر الكلام نقلا عن الكتب المعتبرة ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد بان يعرف مثلا ان البيع سالب الشراء بالباء يعرف الفرق بين البيسير من البين الفاحش وكذا ذكره في ماذون الذخيرة وفي اكثر المعتبرات وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون وبقصده اي يقصد العقد والمراد ان لا يكون هازلا فيه كذا راى جمهور الشراح وورد عليهم الشارح ابن الهمام حيث قال بعد نقل قول المعراج الارتباط بين صحة الوكالة وكون الوكيل هازلا في البيع ولو كان في بيع ما وكل ببيعه غاية ان لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة انتهى اقول يخرج الجواب عنه بما ذكره الشارح تاج الشريعة هنا حيث قال اقصد شيئا وقع العقد من الآمر حتى لو تصرف هازلا لا يقع عنه انتهى فتامل وانما اشترط ذلك في الوكيل لانه يقوم مقام الموكل

فيشترط ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا واذا وكل الحر العاقل البالغ او الماذون مثلهما جاز لان
الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق
بموكلهما لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه
في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل

فلا بد ان يكون من اهل العبارة واهلية العبارة لا يكون الا بالعقل التمييز لان كلام غير المميز كالحان الطيور حتى لو كان اي الوكيل صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل
باطلا اذ ليس لهما اهلية العبارة فلا يتعلق بقولهما حكم قال صاحب العناية وهذا يشير الى ان معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليس بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتب
ان ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة ما زاد على ده نيم في المتاع وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار او ما يدخل
تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه انتهى اقول فيه بحث لانه ان اراد ان معرفة نفس الغبن الفاحش الداخل تحت احد التفسيرين المذكورين
مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه فممنوع اذ لا شك ان من لا يمارس العلم اصلا فضلا عن الاشتغال بعلم الفقه يعرف باختلاطه بالناس وتعامله معهم
ان ما زاد على ما يدخل تحت تقويم المقومين او ما زاد على ده نيم في المتاع وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار غبن فاحش وما دون ذلك غبن يسير كما هو حال
اكثر اهل السوق وان اراد ان معرفة عبارات اهل الشرع في الغبن الفاحش واليسير واصطلاحاتهم فيه مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه فمسلم لكن
لا يجدي ذلك شيئا اذ لا يخفى ان المراد بما ذكر في الكتب معرفة الغبن اليسير من الفاحش على الوجه الاول دون الثاني واذا وكل الحر البالغ او الماذون مثلهما
جاز هذا لفظ القدوري في مختصره وكان ينبغي ان يقيد بالعاقل ايضا لان المجنون اذا وكل غيره لا يجوز وكانه انما لم يقيد بذلك بناء على الغالب لان غالب احوال
الانسان ان يكون عاقلا او بناء على ان اشتراط العقل مما يعرفه كل احد وانما اطلق الماذون ليشمل العبد والصبي الماذونين فان توكيل كل واحد منهما غيره
جائز كسائر تصرفاتهما ثم ان هذا غير منحصر في المثلية في صفة الحرية والرقية بل يجوز للموكل ان يوكل من فوقه كتوكيل العبد الماذون الحر او من دونه كتوكيل الحر العبد
الماذون الا يرى ان التعليل بقوله لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة يشمل الاوجه الثلثة من المثلية والفوقية والدونية كما ذكر في النهاية
ومعراج الدراية وعن هذا قال صدر الشريعة في شرح الوقاية ولو قال كلا منهما كان اشمل لتناوله توكيل الحر البالغ مثله او الماذون وتوكيل الماذون مثله او الحر
البالغ انتهى وصاحب العناية قد رام توجيه الكلام في هذا المقام حيث قال ويفهم من قوله مثلهما جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الاولى اقول لا يذهب
عليك انه لا يجدي كثير طائل اذ يبقى حينئذ جواز توكيل من كان دون الموكل محلا للكلام على ان قوله من كان فوقهما لا يخلو عن سماجة اذ لا احد فوق الحر البالغ
وان وكل اي الحر البالغ والماذون صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا عليه جاز خلافا للشافعي رح ولا يتعلق بهما الحقوق اي حقوق ما باشراه
من العقد كالقاضي وامينه حيث لا عهدة عليهما فيما فعلاه ويتعلق بموكلهما وانما جاز توكيلهما عندنا لانتفاء ما يمنعه اما من جانب الموكل فظاهر واما من جانب الوكيل فلما ذكره المصنف
بقوله لان الصبي من اهل العبارة الا يرى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له اي للتصرف على نفسه ولهذا صح طلاقه واقراره
بالحدود والقصاص وانما لا يملكه اي التصرف في حق المولى دفعا للضرر عنه والتوكيل ليس تصرفا في حقه اي في حق المولى لان صحة التوكيل يتعلق بصحة العبارة
والعبد باق على اصل الحرية في حق صحة العبارة فان صحتها بكونه آدميا الا انه لا يصح منهما اي من الصبي والعبد المحجور عليهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته
اي اما الصبي المحجور عليه فلقصور اهليته بعدم البلوغ والعبد لحق سيده اي واما العبد المحجور عليه فلثبوت حق سيده في ماليته فلو لزمه العهدة لتضرر به المولى
واذا كان كذلك فتلزم اي العهدة الموكل لانه اقرب الناس اليهما حيث انتفع بتصرفهما ويفهم من هذا التعليل ان العبد اذا اعتق لزمه العهدة لان المانع
من لزومها كان حق المولى وقد زال ذلك بالعتق وان الصبي اذا بلغ لم يلزمه العهدة لان المانع من لزومها كان قصور اهليته حيث لم يكن قوله ملزوما في حق نفسه
في ذلك الوقت فلم يلزمه بعد البلوغ ايضا والفرق بينهما بهذا الوجه مما ذكر صريحا في المبسوط وشرح الجامع الصغير للامام قاضيخان ثم ان في تقييد الصبي والعبد
بقوله محجورا عليه اشارة الى انهما لو كانا ماذونين تعلق الحقوق بهما لكن ذلك ليس بمطلق بل فيه تفصيل ذكر في الذخيرة وهو ان الصبي الماذون اذا وكل بالبيع فباع

وعن أبي يوسف أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو محجور له خيار الفسخ لأنه دخل في العقد على أن حقوقه تتعلق بالعاقد فإذا ظهر خلافه يتخير كما إذا عثر على عيب **قال** والعقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي رح تتعلق بالموكل لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل في النكاح ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لأنه يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول وإذا كان كذلك كان أصيلا في الحقوق فتتعلق حقوق العقد به ولهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن إذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لأن كل ذلك من الحقوق

لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا وإذا وكل بالشراء فإن وكل بالشراء بثمن مؤجل لم يلزمه العهدة قياسا واستحسانا بل تكون العهدة على الآمر حتى إن البائع يطالب الآمر بالثمن لأنه لو لزمه من العهدة ضمان كان كفالة لا ضمان ثمن لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري وهذا ليس كذلك إنما هذا التزام مال في ذمته يستوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان الكفالة وأما إذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لأن ما التزمه ضمان ثمن من حيث ملك المشتري من حيث الحكم فإنه يحبس بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي المأذون من أهل ذلك بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلا لأنه بما يضمن من الثمن لا يملك المشتري لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم لأنه لا يملك حبسه بذلك فكان ضمان كفالة من حيث المعنى والجواب في العبد المأذون إذا وكل بالبيع والشراء على هذا التفصيل ثم إن الصبي والعبد المحجورين وإن لم تتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبار لما ذكر في الكتاب من بعد فصل الشراء في التوكيل بعقد السلم حيث قال والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وإن كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه انتهى وعن أبي يوسف أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو عبد وفي بعض النسخ أو مجنون قيل المراد به من يجن ويفيق وقيل على حاشية نسخة العصر أو محجور مقام مجنون قال صاحب الكفاية عند نقل هذين القولين وفي الكافي للعلامة النسفي ثم علم أنه صبي محجور أو عبد محجور فالظاهر أن قوله مجنون تصحيف انتهى له خيار الفسخ أي للمشتري خيار الفسخ في هذه الصورة لأنه أي لأن المشتري دخل في العقد على أن حقوقه تتعلق بالعاقد يعني أن المشتري ما رضي بالعقد إلا على اعتقاد أن حقوقه تتعلق بالعاقد فإذا ظهر خلافه يتخير لأنه فات عنه وصف مرغوب فيه كما إذا عثر أي اطلع على عيب أي على عيب لم يره والجامع بينهما عدم الرضا وفي ظاهر الرواية لا خيار للمشتري ولا للبائع ذكره تاج الشريعة قال أي القدوري في مختصره والعقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين وقال في بعض النسخ والعقد الذي يعقده الوكلاء أي جنس العقد كذا في غاية البيان كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه أي يصح إضافته إلى نفسه ويستغني عن إضافته إلى الموكل كالبيع والإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل أقول هذه الكلية تنتقض بما إذا كان الوكيل صبيا محجورا عليه أو عبدا محجورا عليه فإن حقوق عقدهما تتعلق بالموكل وإن كان العقد مما يضيفه الوكيل إلى نفسه كما عرفته فيما مر وقال الشافعي رح تتعلق بالموكل وبه قال مالك وأحمد لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار أي صار الوكيل في هذا الضرب كالرسول بأن قال رجل لآخر كن رسولي في بيع عبدي فإن حقوق العقد تتعلق بالرسول بلا خلاف والوكيل بالنكاح أي وصار كالوكيل بالنكاح من الضرب الثاني فإن حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل بالاتفاق كما سيجيء ولنا أن الوكيل هو العاقد يعني أن الوكيل في هذا الضرب هو العاقد حقيقة أي من حيث الحقيقة لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته أي وصحة عبارته إنما أي وصحة كلامه لكونه آدميا له أهلية الإيجاب والاستيجاب لا لكونه وكيلا فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواء وفي الكافي فقضيته تستدعي أن يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير أن الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نائبا في حق الحكم وراعينا الأصل في الحقوق وكذا حكما أي وكذا الوكيل في هذا الضرب العاقد من حيث الحكم لأنه أي الوكيل يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك أي عن إضافة العقد إلى الموكل كالرسول والوكيل بالنكاح فإنهما لا يستغنيان عن الإضافة إليه وإذا كان كذلك أي إذا كان الوكيل في هذا الضرب هو العاقد حقيقة وحكما كان أصيلا في الحقوق فتتعلق به أي تتعلق حقوق العقد بالوكيل دون الموكل فلهذا أي فلكون الوكيل في هذا الضرب أصيلا في الحقوق قال في الكتاب أي قال القدوري في المختصر وقيل أي قال محمد رح في الجامع الصغير وهو الأصح يسلم المبيع أي يسلم الوكيل المبيع ويقبض الثمن إذا باع ويطالب بصيغة المجهول أي يطالب الوكيل بالثمن إذا اشترى ويقبض المبيع أي [illegible] إذا اشترى ويخاصم في العيب ويخاصم فيه بفتح الصاد في الأول وكسرها في الثاني فالأول فيما إذا باع والثاني فيما إذا اشترى على الترتيب السابق [illegible]

لما قدمنا عن السراجية في شرح الوقاية حيث قال يجب ان يعلم ان الحقوق نوعان حق يكون للوكيل وحق يكون على الوكيل فالاول كقبض المبيع ومطالبة بثمن المشتري والخاصمة في العيب والرجوع بثمن المستحق فهذا النوع للوكيل ولاية بنده الامور لكن لا تجب عليه فان امتنع لا يجبره الموكل على بنده الافعال لانه تبرع في الاصل بل ليوكل الموكل بنده الافعال وسياتي في كتاب المضاربة بعض هذا وان مات الوكيل فولاية بنده الافعال لورثته فان امتنعوا وكلوا موكل مورثهم وعند الشافعي رح للموكل ولاية بنده الافعال بلا توكيل من الوكيل او وارثه وفي النوع الآخر يكون الوكيل مدعى عليه فللمدعي ان يجبر الوكيل على تسليم المبيع وتسليم الثمن واخواتها الى هنا كلامه والملك يثبت للموكل خلافة عنه اي عن الوكيل هذا هو جواب عما قاله الشافعي رحمه الله ان الحقوق تابعة للحكم والتصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه تقريره ان الملك يثبت للموكل ابتداء ولكن لا اصالة حتى يثبت له توابعه ايضا بل خلافة عن الوكيل ومعنى الخلافة ان يثبت الملك للموكل ابتداء وتعلق السبب موجبا حكمه للوكيل فكان الموكل قائما مقام الوكيل في ثبوت الملك اعتبارا للتوكيل السابق والحاصل ان الوكيل نائب عن الموكل في حق استفادة التصرف والموكل خلف عن الوكيل في حق ثبوت الملك كالعبد بتهب ويعطاونه فانه اذا اتهب اي قبل الهبة واعطاء يثبت الملك للمولى ابتداء وخلافة عن العبد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب كما ذكرنا في المبسوط وتحقيق المسئلة ان تصرف الوكيل جعلت بنية حصوله بعبارته وجعلت نيابته وهما سواء لو جعلا اولى من اجعالهما فلو اثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس يحصلهما بعبارته وهذا يبطل توكيل الموكل ولو اثبتناهما للموكل يبطل عبارة الوكيل فاثبت الملك للموكل لانه اقرب من التوكيل واليه اشار المصنف بقوله اعتبارا للتوكيل السابق فتبين ان الحقوق للوكيل ويجوز ان يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويعطاونه فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب كذا في العناية ثم اعلم ان هذا المسلك طريقة اباطاهر الدباس والبيه ذهب جماعة من اصحابنا قال شمس الائمة السرخسي قول ابي طاهر اصح وقال المصنف رحمه الله هو الصحيح واختاره عن طريقة ابي الحسن الكرخي وهي ان الملك يثبت للوكيل اولا ثم ينتقل الى الموكل واليه ذهب بعض اصحابنا وهي اختيار الامام قاضيخان كما ذكره في التحرير وانما قال هو الصحيح لان الوكيل اذا اشترى مملوكته او قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ثبت له الملك لما كان كذلك قال صاحب العناية ان نفوذ العتق يحتاج الى ملك مستقر ولا دائم وملك الوكيل غير مستقر ولا دائم فيه بل يزول عنه في ثاني الحال وينتقل الى الموكل باعتبار الوكالة السابقة قال في الزيادات فيمن تزوج امة ثم حرة على رقبتها فاجاز مولاها فانه تصير الامة مهرا للحرة ولا يفسد النكاح وان ثبت الملك للزوج فيها لان ملكه غير مستقر حيث ينتقل منه الى الحرة فكذلك هنا انتهى وقال صاحب العناية بعد ذكر هذا الجواب وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث انتهى اقول الجواب عن هذا النظر ظاهر اذ قد تقرر عندهم ان المطلق ينصرف الى الكامل ولا شك ان الملك الكامل هو الملك المستقر فلا يتناول الملك غير المستقر قال الصدر الشهيد ان القاضي ابا زيد خالفهما وقال الوكيل نائب في حق الحكم اصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم ينتقل الى الموكل من قبله وافق ابا الحسن في حق الحقوق ووافق اباطاهر في حق الحكم وهذا احسن كذا ذكره في الايضاح والفتاوى الصغرى قال رضي الله عنه اي قال المصنف وفي مسئلة العيب على ما ذكره ان شاء الله تعالى اراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرد بالعيب ما دام المبيع في يده وان سلمه الى الموكل او باعه او وهبه او اجره او رهنه او اعتق عبده فليس له ان يرده الا باذنه كذا في خلاصة الشروح قال بعض الفضلاء القصر عليه قصور بل الظاهر عموم الحوالة لما ذكره في فصل قبض المبيع بقوله ومن اشترى عبدا فباعه وقبض المشتري او لم يقبض وهو على المشتري بالعيب الخ اقول الذي يتعلق بما نحن فيه من تعلق حقوق العقد بالوكيل وان الموكل من المسائل الآتية في الكتاب انما هو الذي ذكره المصنف هنا قال الوكيل اذا اشترى شيئا ثم اطلع على عيب فله ان يرده على البائع ويتعلق حقوق عقد الشراء بالوكيل ثم بعد ما ان قبض المبيع في يده يتعلق حق الرد والرد ان

قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا ترى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال

فان لم يبق في يده بل كان سلمه الى الموكل لسقط ذلك الحق عنه لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم فيتوقف الرد على اذن الموكل لما لم يعلم به التفصيل ههنا وكان مما يحتاج اليه بما تم احاله المص عليه ما سيذكره في فصل الوكالة بالشراء من باب الوكالة بالبيع والشراء والذي يذكره في فصل الوكالة بالبيع بقوله ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب الخ فما لا مساس له بما نحن فيه فان حاصل ذلك انه اذا رد العبد على الوكيل بالبيع بعيب فان رد عليه بحجة كاملة يرده على الموكل وان رد عليه بحجة قاصرة لا يرده عليه وهذا امر دائر على تعلق حقوق العقد بالوكيل يجري بين الموكل والوكيل ولا شك ان المقصود بالحوالة ما يتعلق بما نحن فيه لا ما يتعلق بمجرد الرد بالعيب فلهذا لم يصححا الشراح لما توهمه ذلك القائل قال اي القدوري في مختصره وكل عقد يضيفه اي يضيفه الوكيل الى موكله هذه ضابطة الضرب الثاني اي كل عقد لا يستغني الوكيل فيه عن الاضافة الى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فرع على ذلك بقوله فلا يطالب بصيغة المجهول وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها اي تسليم المرأة الى زوجها لان الوكيل فيها اي في هذه العقود سفير محض اي معبر محض حاك قول الموكل وحاكي قول الغير لا يلزمه حكم قول ذلك الغير الا يرى انه اي الوكيل لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل كيف ولو اضافه الى نفسه كان النكاح مثلا له اي للوكيل نفسه فيخرج عن حكم الوكالة والكلام فيه فصار كالرسول يعني اذا كان الوكيل في هذا الضرب سفيرا محضا فقد صار كالرسول في باب البيع ونحوه ولا شك ان الحكم في الرسالة يرجع الى المرسل دون الرسول وهذا اي كون الحقوق في هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل هذا على ما هو دأب المص في كتابه هذا من انه يقول بعد ذكر دليل على معنى وهذا لان الخ ويريد به ذكر دليل آخر لمي لما ان ذكره اولا كان دليلا انيا فههنا لما بين انية كون الحقوق في هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل بكون الوكيل فيها سفيرا محضا غير مستغن عن اضافة العقد الى الموكل اراد ان يبين لميته ايضا فقال لان الحكم فيها اي في هذه العقود لا يقبل الفصل عن السبب حتى لم يدخل فيها خيار الشرط اذ الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب وهذه العقود لا تقبل ذلك لانه اي لان السبب في هذه العقود اسقاط اي من قبيل الاسقاطات اما غير النكاح فظاهر واما النكاح فلان محل النكاح الانثى من بنات آدم وهن في الاصل خلقن احرارا والحرية تستدعي انتفاء ورود الملك عليها من تصرف بها الا ان الشارع اثبت نوع ملك على الحرية بالنكاح تحقيقا لمعنى النسل فكان في ذلك اسقاط لمعنى المالكية الذي كان ثابتا للحرة بطريق الاصالة كذا نقل عن العلامة شمس الدين الكردري ولان الاصل في الابضاع الحرمة فكان النكاح اسقاطا للحرمة نظرا الى الاصل كذا ذكره في الكافي واذا كان السبب في هذه العقود اسقاطا فيتلاشى اي فيضمحل فلا يتصور صدوره اي صدور السبب بطريق الاصالة من شخص وثبوت حكمه لغيره كما في الضرب الاول فكان سفيرا اي فكان الوكيل فيما نحن فيه سفيرا محضا فان قلت ليس الكلام في الحكم بل في الحقوق فما فائدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب قلت انهم قالوا في الضرب الاول ان الحكم يثبت للموكل خلافة عن الوكيل اعتبارا للتوكيل السابق وتتعلق الحقوق بالوكيل اعتبارا لعبارته وههنا اذا لم ينفصل الحكم عن العبارة لكونها للاسقاط فاما ان يثبت الحكم للوكيل ثم ينتقل بعبارته الى الموكل والاول باطل لانه يبطل التوكيل وينافي الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه اشار بقوله فكان سفيرا والضرب الثاني وهو كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله من اخواته اي من افراده التي بمنزلة اخوته اي مشاركة في الحكم العتق على مال قوله والضرب الثاني مبتدأ موصوف وقوله من اخواته خبر مقدم لمبتدأ ثان هو قوله العتق على مال والجملة اعني المبتدأ الثاني مع خبره خبر للمبتدأ الاول فحاصل المعنى ومن اخوات الضرب الثاني العتق على مال قال بعض الفضلاء في تفسير كلام المص ههنا اي العقود التي ذكرت في الضرب الثاني من اخواتها العتق على مال قال انما فسرنا به لان العتق على مال واخواته من مشمولات الضرب الثاني لا من اخواته انتهى اقول لا يذهب على ذي مسكة ان التفسير الذي ذكره ذلك القائل مما لا يساعده التركيب من حيث العربية اصلا فكيف يحمل المعنى عليه اذ لا يكون العتق على مال واخواته من مشمولات الضرب الثاني لا من اخواته فانما ينافي اعتبار الاخوة بين الضرب الثاني ومشمولاته وليس ذلك من ضروريات كلام المص ههنا لانه يجوز ان يكون

والكتابة والصلح عن انكار خلافا للصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالعبة والتصدق قبض والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يصير اصيلا اذ كذا اذا كان الوكيل مرجانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة

اضافة الاخوات الى ضمير الضرب الثاني لكونها من افراده ويكون التعبير عنها بالاخوات للتنبيه على مشاركتها في الحكم كما اشرنا اليه في تفسير قوله من اخواتها ثم لتباين من الاضافة اعتبارا لاخوة بين المضاف والمضاف اليه كما في نظائره لكن قرينة المقام صارفة عنه الى ما قلنا فتدبر والكتابة عطف على العتق على مال داخل في حكم الكلام السابق وكذا قوله والصلح على الانكار وانما جعل هذه العقود من قبيل الضرب الثاني لانها من الاستقاطات دون المعاوضات اما العتق على مال والكتابة فلان البدل فيهما بمقابلة ازالة الرق وفك الحجر واما الصلح على الانكار فلان البدل فيه بمقابلة دفع الخصومة واقتداء اليمين في حق المدعى عليه فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول اراد بالصلح الذي هو جار مجرى البيع الصلح عن اقرار فيما اذا كان عن مال بمال فانه مبادلة مال بمال فكان بمنزلة البيع واما اذا كان الصلح عن دم العمد وكان على بعض ما يدعيه من الدين فهو من الضرب الثاني وان كان عن اقرار لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا محضا كما صرح به المصنف في باب التبرع بالصلح والتوكيل به من كتاب الصلح اقول فيه هذا ان ما وقع ههنا في الشروح من تفسير الصلح الذي هو جار مجرى البيع بالصلح عن اقرار من غير تقييد بما ذكرناه تقصير في تعيين المرام وتحقيق المقام كيف ولو كان ذلك كافيا ههنا لما عدل المصنف عن اللفظ البسيط بالمركب الكثير والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا وتفسيره بما ذكره في الايضاح حيث قال ولو وكل وكيلا بان يهب عبده لفلان او يتصدق به عليه او يعيره اياه او يودعه او يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما امره فهو جائز على الموكل وليس للوكيل المطالبة برد شيء من ذلك الى يده ولا ان يقبض الوديعة والعارية على الرهن والقرض ممن عليه لان احكام هذه العقود انما يثبت بالقبض فلا يجوز ان يكون الوكيل فيه اصيلا لانه اجنبي عن المحل الذي يلاقيه القبض فكان سفيرا او معبرا عن المالك انتهى واشار المصنف الى التعليل المذكور فيه ايضا بقوله لان الحكم فيها اي في العقود المذكورة يثبت بالقبض اي بقبض الموهوب له والمتصدق عليه ونظائرها وانه اي القبض يلاقي محلا مملوكا للغير اي لغير الوكيل فالحكم ايضا يلاقي محلا مملوكا لغير الوكيل وهو الموكل فلا يجعل اي الوكيل اصيلا لكونه اجنبيا من ذلك المحل بخلاف التصرفات التي تقوم بالقول ولا تتوقف على القبض كالبيع وغيره فان الوكيل يجب ان يكون اصيلا فيها لانه اصل في التكلم وكلامه مملوك له قال صاحب النهاية فقوله فلا يجعل اصيلا مقتضاه اصيلا في الحكم وليس الكلام فيه ويدفع ذلك بان الحكم اذا لاقى محلا مملوكا لغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت الى الموكل بحيث العبارة سفارة فيما احتاج الى القبض اولى انتهى اقول ما استشكاله بشيء ولا دفعه اما الاول فلانا اذا ثبت ان الوكيل في هذه العقود لم يجعل اصيلا في الحكم ثبت ايضا ما فيه الكلام وهو عدم تعلق الحقوق بالوكيل في هذه العقود اذ قد كان مبنى تعلق الحقوق بالوكيل في الضرب الاول ثبوت الحكم الذي هو الملك للموكل على خلافه عن الوكيل وهذا انما يكون بان يجعل الوكيل اصيلا في الحكم فاذا لم يجعل في العقود المذكورة اصيلا فيه تعين عدم تعلق الحقوق به فيها واما الثاني فلان الباحث على انتقال الحقوق الى الموكل فيما لا يقبل الحكم الانفصال عن العبارة ليس الا كون السبب استقاطا شيأ والسبب فيما نحن فيه ليس من قبيل الاستقاطات كما لا يخفى فلا مساواة فضلا عن الاولوية واما المضعف في العلية فان كان له مدخل فانما هو في حق ثبوت الحكم لا في حق الانتقال فتامل وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس يعني اذا كان الوكيل من جانب الملتمس للتصرفات المذكورة بان وكله بالاستيهاب او الاستعارة او الارتهان او غير ذلك يكون الوكيل سفيرا ايضا فيتعلق الحكم والحقوق كلها بالموكل دون الوكيل لانه لتضييف العقد الى موكله وفي النهاية الا في قبض الموكل فلا اشكال وما اذا قبض الوكيل فالواجب ان يثبت الحكم للموكل وتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض ويدفع بانه لا بد له من اضافة العقد الى موكله حتى يجعل القبض لقبضه كما اذا قبضه بنفسه انتهى وكذا الشركة والمضاربة يعني اذا وكل بعقد الشركة او المضاربة يكون الوكيل سفيرا ايضا وتعلق حقوق العقد بالموكل دون الوكيل اذ لا بد له من اضافة العقد الى موكله حتى لو اضافه الى نفسه يقع عنه لان عليه

الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل

الا ان التوكيل بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس حتى لا يثبت الملك للموكل فللوكيل ان يمنع الذي استقرضه من الآمر ولو هلك هلك من ماله قال صاحب العناية واعلم اني اعيد لك ههنا ما ذكرته في اول كتاب الوكالة وازيدك ما يسر الله تعالى ذكره لكون المقام من معارك الآراء فان ظهر لك فاحمد الله تعالى وان سمح ذهنك بخلافه فلا يلومه فان جهد المقل وموضع التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه امر بالتصرف في مال الغير وانه لا يجوز ورد بالتوكيل بالشراء فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب بان محله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه واورد بانه بلا جعل محله في الاستقراض البدل في ذمة الموكل واجيب بان ذلك محل ايفاء القرض لا الاستقراض فاورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس ثمة بدل على المستعير والموهوب له فيجعل محلا للتوكيل والجواب ان [illegible] الموكل فانما يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه فان قيل فليكن في الاستقراض كذلك فالجواب انا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة اذ لم يكن فيه بدل في الذمة فلو اعتبرناها محلا له في الاستقراض وفيه بدل معتبر في الايفاء في الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد والله اعلم بالصواب الى هنا كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلان الدليل الذي ذكره لبطلان التوكيل بالاستقراض وهو الدليل الماخوذ من الذخيرة ومختار جمهور الشراح على ما ذكروا في صدر كتاب الوكالة ليس بتام عندي لان التصرف في ملك الغير والامر به انما لا يجوز لو كان بغير اذن المالك ورضاه كما لو غصب ملك الغير او امر بغصبه واما اذا كان باذنه ورضاه فيجوز قطعا الا يرى ان المستقرض لنفسه يقبض المال المستقرض الذي هو ملك المقرض ويتصرف فيه وكذا المستعير يقبض المستعار الذي هو ملك الغير ويستعمله ولا خلاف لاحد في جواز ذلك والظاهر ان التوكيل بالاستقراض انما هو الامر بالتصرف في ملك المقرض باذنه ورضاه لا بالجبر والغصب فينبغي ان يجوز ايضا واما ثانيا فلان ما ذكره في الرد بالتوكيل بالشراء من انه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير ليس بصحيح اذ لا نسلم ان التوكيل بالشراء امر بقبض المبيع بل هو امر بايجاد العقد وقبض المبيع من متفرعات العقد غير داخل فيه فلا يكون الامر بالشراء امرا بقبض المبيع سلمنا ان التوكيل بالشراء امر بقبض المبيع ايضا لكنه امر به بعد ايجاد العقد لا قبله كما لا يخفى والمبيع بعد ايجاد العقد ملك المشتري لا ملك الغير بخلافه الاستقراض فان المستقرض لا يكون ملك المستقرض بمجرد العقد بل بالقبض على ما صرحوا به فالصواب في تمشية النقض بالتوكيل بالشراء ان يقال انه امر بتملك المبيع الذي هو ملك الغير كما ذكر في الذخيرة وغيرها واما ثالثا فلانه ان اراد بقوله في الجواب عن النقض المذكور ان محله هو الثمن في ذمة الموكل ان محل التوكيل بالشراء هو نفس الثمن فلا نسلم ذلك لان نفس الثمن انما هو محل التوكيل بايفاء الثمن بعد تمام عقد الشراء لا محل التوكيل بالشراء نفسه وان اراد بذلك ان محله هو ايجاب الثمن في ذمة الموكل كما هو الظاهر من قوله في ذمة الموكل والمصرح به في الذخيرة وغيرها فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ جوابه عن الايراد الآتي فان معناه ح هو انه بلا جعل محله في الاستقراض ايضا ايجاب البدل في ذمة الموكل ولا يتيسر الجواب عنه بانه محل ايفاء القرض لان محل ايفائه هو نفس البدل لا ايجابه في ذمة الموكل بل الجواب الصحيح عنه ما ذكر في الذخيرة وغيرها من ان البدل في باب القرض انما يجب في ذمة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض فلا بد من تصحيح الامر بالقبض اولا حتى يستقيم الامر بايجاب المثل في ذمته والامر بالقبض لم يصح بعد لكون المقبوض ملك الغير واما رابعا فلان قوله في الجواب عن النقض بالاتهاب والاستعارة ان المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لان الاستعارة والاتهاب انما محله فيهما عبارة الموكل غير تام فانه ان قال الوكيل بالاستعارة ان فلانا ارسلني اليك يستعير منك كذا او قال الوكيل بالاتهاب ان فلانا ارسلني اليك يتهب منك كذا فانهما في هذه الصورة كانا متصرفين في عبارة الموكل ولكنهما لم يخرجا الكلام حينئذ مخرج الوكالة بل اخرجاه مخرج الرسالة والكلام هنا في حكم الوكالة دون الرسالة

بخلاف الرسالة فيه قال واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق الى العاقد فان دفعه اليه جاز

فان الرسالة صحيحة في الاستقراض ايضا حتى ان الوكيل بالاستقراض لو اخرج كلامه مخرج الرسالة فقال ان فلانا ارسلني اليك يستقرض منك كذا كان ما استقرضه للموكل ولا يكون للوكيل ان يمنع ذلك منه كما صرح به في الذخيرة وغيرها وان قال الوكيل بالاستعارة استعير منك كذا لفلان الموكل وقال الوكيل بالاتهاب اتهب منك كذا لفلان الموكل فانهما في هاتيك الصورة جريا على حكم وكالتهما ولكنهما لم يكونا متصرفين في عبارة الموكل اصلا حيث لم يحكيا عنه كلاما بل انما تكلما بكلام انفسهما الا انهما اضافا العقد الى موكلهما كما في سائر صور الضرب الثاني فاين يتمشى القول بان محل التوكيل فيهما عبارة الموكل على ان ذلك القول منه مخالف صريح ما ذكر في الذخيرة وارتضاه كبار الشراح في صدر كتاب الوكالة من ان الموضوع لنقل العبارة انما هو الرسالة فان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة واما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة فيها للوكيل واما خامسا فلان قوله فالجواب انما اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة الخ ليس بشيء لان اعتبار الخلف عن البدل على تقدير لزومه انما يتصور في التصرفات التي هي من قبيل المعاوضات اما في التصرفات التي هي من قبيل التبرعات فلا وما نحن فيه من الاستعارة ونحوها من قبيل الثانية فلا معنى لحديث الخلفية ههنا وايضا استحالة اجماع الاصل والخلف انما يقتضي عدم جواز اعتبار العبارة في الاستقراض خلفا عن بدل لا عدم جواز اعتبارها مطلقا فلم لا يجوز ان تعتبر محلا للتوكيل في الاستقراض ايضا لضرورة صحة العقد وان لم تجعل خلفا عن بدل الا يرى انها اعتبرت محلا للرسالة في الاستقراض ولهذا صحت الرسالة فيه تامل وقال صاحب غاية البيان قال بعضهم في بيان بطلان استقراض الوكيل ان العبارة للوكيل والمحل الذي امره بالتصرف ملك الغير فان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل قلت هذا الذي قال يبطل بالتوكيل بالاستعارة فانه صحيح مع ان الموكل امره بالتصرف في ملك الغير وليس معنى كلام المص ما فهمه هذا القائل بل معناه ان الوكيل بالاستقراض اذا اضاف العقد الى نفسه وقال اقرضني كان التوكيل باطلا حتى لا يكون القرض للموكل بل يكون للوكيل الا اذا اضاف العقد الى نفسه وقال اقرضني كان التوكيل باطلا حتى لا يكون القرض للموكل بل يكون للوكيل الا اذا اضاف العقد الى الموكل وبلغ على وجه الرسالة فقال ارسلني فلان اليك يستقرض كذا فح يصح الاستقراض ويقع القرض للموكل وليس للوكيل ان يمنع الموكل عنه فافهمه ففيه غنى عن تطويل لا طائل تحته انتهى كلامه اقول وفيه بحث اذ لا شك ان معنى قول المصنف وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس ان الوكيل ههنا سفير ايضا لا يتعلق الحقوق العقد به بل بموكله لاضافة العقد الى موكله دون نفسه وان قوله الا ان التوكيل بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس كما صرح به الشراح قاطبة ومنهم هذا الشارح فلو كان معنى كلام المصنف ههنا ما فهمه هذا الشارح لما كان لتخصيص الاستثناء ببطلان صورة التوكيل بالاستقراض معنى اذ على ذلك التقدير يصير الحكم كذلك في جميع صور ما اذا كان الوكيل من جانب الملتمس فان كل واحد من المستعير والمستوهب والمرتهن ونحو ذلك اذا اضاف العقد الى نفسه لا الى الموكل يبطل الوكالة ويكون ما اخذه لنفسه لا لموكله لان هذه الصور كلها من الضرب الثاني ومن شرط هذا الضرب ان يضيف الوكيل العقد الى موكله فاذا انتفى بطلت الوكالة قطعا ولعمري ان هذا الشارح قد هرب ههنا عن ورطة ووقع في ورطة اخرى اشد من الاولى حتى افسد معنى كلام المصنف بالكلية قال المصنف ره بخلاف الرسالة فيه اي في الاستقراض فانها تصح قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما اذا استقرض للامر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول ارسلني اليك فلان ليستقرض منك فح يثبت الملك للمستقرض اي المرسل وقال الامام الزيلعي في التبيين وعن ابي يوسف رحمه الله ان التوكيل بالاستقراض جائز قال اي القدوري في مختصره واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه اي فللمشتري ان يمنع الثمن من الموكل لانه اي الموكل اجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم ان الحقوق تعود الى العاقد في البيع وامثاله ولهذا اذا نهاه الوكيل عن قبض الثمن ونحوه صح وان نهاه الموكل عن ذلك لا يصح واذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا باذن الوكيل فان دفعه اليه اي ان دفع المشتري الثمن الى الموكل جاز يعني ومع ذلك لو دفع المشتري

ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده يقع المقاصة عند ابي حنيفة رح ومحمد رح لما انه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

الثمن الى الموكل جاز دفعه اليه استحسانا فالفاء في قوله فان دفعه للعطف لا للسبب ولكن لو بدلت بالواو لكان احسن كما لا يخفى ولم يكن للوكيل ان يطالب به اي بالثمن ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه اي حق الموكل وان كانت مطالبته حق الوكيل وقد وصل اليه اي وقد وصل حق الموكل الى نفسه فلا فائدة في الاخذ منه اي من الموكل ثم في الدفع اليه اي الى الوكيل واعلم ان هذا في غير الصرف واما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جواز البيع في الصرف بالقبض وكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل اشير الى هذا في الذخيرة وذكر في الشروح ولهذا اي ولكون نفس الثمن المقبوض حق الموكل لو كان للمشتري الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء من الثمن وهذا لان المقاصة ابراء بعوض فتعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابرأه جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشتري بابراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذلك ههنا ولانا لو جعلناه قصاصا بدين الوكيل احتجنا الى قضاء آخر فان الوكيل يقضي للموكل ولو جعلناه قصاصا بدين الموكل لم نحتج الى قضاء آخر فجعلناه قصاصا بدين الموكل قصرا للمسافة فقد اثبتنا حكما مجمعا عليه فان الموكل يملك اسقاط الثمن عن المشتري بالاجماع ولو جعلناه قصاصا بدين الوكيل لاثبتنا حكما مختلفا فيه فكان ما قلناه اولى كذا ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده ولما استشعر ان يقال المقاصة لا تدل على كون نفس الثمن حقا للموكل دون الوكيل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان للمشتري دين على الوكيل وحده اجاب بقوله وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان تقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما انه اي الوكيل يملك الابراء عنه اي عن المشتري عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يعني انه ان كان يقع المقاصة عندهما بدين الوكيل وحده لعلة ان الوكيل يملك الابراء بغير عوض عن المشتري عندهما فيملك المقاصة ايضا لانها ابراء بعوض فتعتبر بالابراء بغير عوض ولكنه يضمنه اي ولكن الوكيل يضمنه الثمن للموكل في الفصلين اي في فصل الابراء والمقاصة بخلاف الابراء فانه لا يضمن لاحد في شيء من الفصلين فافترقا وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز ابراء الوكيل استحسانا لان الثمن في ذمة المشتري ملك الموكل فابراء الوكيل تصرف في ملك الغير على خلاف ما امر به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشتري وحجة ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان الابراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل الا ترى ان الموكل لا يمنعه عن ذلك ولو اراد ان يقبض بنفسه لم يكن له ذلك فكان هو في الابراء عن القبض مسقطا حق نفسه فيصح منه ثم انه لما اسقط حق القبض انسد على الموكل باب الاستيفاء اذ ليس له حق القبض فصار ضامنا له بمنزلة الراهن يعتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه ولكن يضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء من مالية العبد عليه كذا في المبسوط فان قيل ينبغي ان لا يجوز من الوكيل بالبيع مثل هذا البيع الذي يوجب مقاصة ثمن المبيع بدين الموكل لانه خالف الموكل لانه انما وكله ببيع يصل اليه ثمنه وههنا لا يصل قلت ان لم يصل اليه الثمن بعد البيع فقد وصل اليه قبل البيع فيصير الثمن قصاصا بدين الآمر عندهم جميعا لان الآمر يملك ابراء المشتري عن الثمن بغير عوض عندهم فيملك الابراء بعوض بطريق الاولى كذا في الذخيرة

باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء قدم من ابواب الوكالة ما هو اكثر وقوعا وامس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات كذا في الشروح اقول هذا الذي ذكروه لتقديم فصل الشراء ضعيف جدا بل هو امر وهمي لا تحقيقي لان الشراء كما ينبئ عن اثبات الملك في البيع ينبئ ايضا عن ازالة الملك عن الثمن وان البيع كما ينبئ عن ازالة الملك عن البيع ينبئ ايضا عن اثبات الملك في الثمن وعن هذا قالوا ان الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه فهما شيئان في الانباء عن الاثبات والازالة وان وجه بان الاصل والعهدة في عقد المبايعة هو المبيع فيكفي انباء الشراء عن الاثبات والبيع عن الازالة بالنظر اليه قلنا لا شك ان ثبوت ملك المشتري في المبيع ليس بمقدم على زوال ملك البائع

قال ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته

عنه والا يلزم ان يجمع في كل بيع في ان واحد هو قبيل زوال ملك البائع عنه ملكان مستقلان للبائع والمشتري ولا يخفى بطلانه فتعين ان ثبوت الملك وزواله في البيع والشراء انما يتحققان معا بالنسبة الى الشخصين واما قضية كون الازالة بعد الاثبات فانما يجري في محل واحد بالنسبة الى شخص واحد فهي بمعزل عما نحن فيه فالاظهر ان الوجه في تقديم فصل الشراء على فصل البيع ما هو الوجه في تقديم باب الوكالة بالبيع والشراء على سائر ابواب الوكالة من كونه اكثر وقوعا واشد حاجة فان اكثر الناس يوكل الآخر بالشراء في ماكله ومشاربه وملابسه وغير ذلك من الامور المهمة التي قلما يخلو الانسان في اوقات من الاحتياج اليها وقلما يقدر على ان يتولى شراءها بنفسه بخلاف التوكيل في باب البيع كما لا يخفى قال اي القدوري في مختصره ومن وكل رجلا بشراء شيء اي شيء غير معين لان في المعين لا يحتاج الى تسمية الجنس والصفة كذا في الشروح فلا بد من تسمية جنسه كالعبد والجارية وان العبد جنس عند اهل الشرع وكذا الجارية باعتبار اختلاف الاحكام وصفته اي نوعه على ما سيأتي في كلام المصنف ره كالتركي والهندي قال صاحب العناية فيحتاج الى تعريف الجنس والنوع فقيل الجنس هو ما يدخل تحته انواع متغايرة والنوع اسم لاحد ما يدخل تحت اسم فوقه وذكر في الفوائد الظهيرية محالا الى اهل المنطق الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة انه لم يأت بشيء يعرف به ما هو المراد بالجنس والنوع ههنا لان الذي ذكره اولا لا حاصل له بل هو امر مبهم متناول لامور كثيرة غير مراد بالجنس والنوع ههنا قطعا والذي ذكره ثانيا لا يطابق مراد الفقهاء ويشهد بذلك قطعا ما ذكروه من امثلة الجنس والنوع وقال صاحب العناية واراد بالجنس النوع لا مصطلح اهل المنطق وهو الكلي المقول على كثيرين مختلفين بالنوع في جواب ما هو والنوع هو المقول على كثيرين مختلفين بالعدد في جواب ما هو واراد مصطلح اهل النحو وهو ما علق على شيء وعلى كل ما اشبهه ويجوز ان يريد بالجنس ما يندرج تحته اشخاص وقد مر بيان ذلك في كتاب النكاح في باب المهر انتهى اقول كل واحد من المعاني الثلثة التي جوز كونها مرادة بالجنس ههنا منظور فيه اما الاول فلانه ان اراد بالنوع في قوله وان اراد بالجنس النوع النوع المنطقي كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه ان من الاجناس الشرعية ما ليس بنوع عند اهل المنطق كالعبد والجارية فانهما ليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم من اصناف نوع الانسان وان اراد بذلك النوع اللغوي بمعنى القسم يلزم ان يدخل فيه جميع الانواع الشرعية بل اضافتها ايضا فان كل واحد منها قسم مما هو الاعم منه فلا تميز الجنس الشرعي عن النوع الشرعي وما دونه فيختل معنى المقام واما الثاني فلان ذلك المعنى الذي هو مصطلح اهل النحو في اسم الجنس وحاصله ما علق على شيء لا بعينه كما ذكره في باب المهر من كتاب النكاح يصدق على ما فوق الاجناس الشرعية كالدابة والثوب والرقيق فان كل واحد منها مما يجمع الاجناس الشرعية كما صرحوا به ويصدق ايضا على ما تحت الاجناس الشرعية من الانواع الشرعية وما دونها فلا تميز الجنس الشرعي حينئذ من غيره فيختل معنى المقام واما الثالث فلان ذلك المعنى الذي هو مصطلح حكماء يونان في الجنس على ما نقل عن ابي علي بن سينا يصدق على كل مفهوم كلي يندرج تحته اشخاص فيعم ما فوق الاجناس الشرعية وما تحتها من الانواع الشرعية واضافتها فلا تميز الجنس الشرعي من غيره حينئذ ايضا فيختل معنى المقام وقال صاحب العناية والمراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطلح عليه اهل المنطق فان الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو كالانسان مثلا والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي والمراد ههنا بالجنس ما يشمل اصنافا على اصطلاح اولئك وبالنوع الصنف انتهى اقول لا يخفى على العارف بالفقه ان ما قاله صاحب العناية اقرب الى ضبط ما هو المراد من الجنس والنوع عند اهل الشرع لكن فيه ايضا اشكال لانه ان اراد بالصنف في قوله وبالنوع الصنف الصنف المنطقي كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه ان الحمار نوع عند اهل الشرع على ما سيجيء في الكتاب مع انه ليس بصنف منطقي بل هو نوع عند اهل المنطق ايضا وان اراد بذلك الصنف

او جنسه وسماه فله ما سمى بغير فحش لان المعلوم بالفحش كالمجهول بالجهالة الفاحشة ولو قال بع بما شئت او بما رأيت او بما شاء فلان او بما رأى فلان فهو جائز لانه فوض الامر الى رأيه فاى شئ باعه به يكون ممتثلا لان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة لحاجة الوصي والعبد استحسانا لان معنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن كان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري اى مراد الامر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يصح وان اعاد لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله

اللغوي بمعنى الضرب والقسم يرد عليهما الرقيق مثلا صنف بهذا المعنى لانه ضرب من الانسان وليس بنوع عند اهل الشرع بل هو عندهم يجمع الاجناس الشرعية كالعبد والجارية على ما مر جوابه وان العبد والجارية مثلا صنفان بالمعنى المذكور وليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم جنسان كالحنطة والشعير وجنسه وسماه ثمنه اى اوقع تسمية جنسه او ثمنه ليصير الفعل الموكل معلوما فيمكن الايتمار اى يمكن للوكيل الامتثال لامر الموكل فان ذلك الجنس صار معروفا عند التجار بالصفة او الثمن لا يفيد المعرفة فلا يتمكن الوكيل من الايتمار بامر الموكل والاقتصار على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء والجواب ان الفعل الموكل به في القسم ليس هو الشراء بل شراء نوع من جنس واذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه كذا في العناية اقول لقائل ان يقول ان اراد ان الفعل الموكل به في هذا القسم شراء نوع معين من جنس فهو ممنوع كيف ومعنى التدليس المذكور انه لو لم يسم الموكل شيئا من ذلك اصلا وسمى ثمنا مع جنسه او سمى ثمنا مع جنسه ليصير الفعل به معلوما فلم يكن للوكيل الايتمار بامره وعلى هذا لا يتحقق ان يكون الفعل الموكل به شراء نوع معين بخلاف ما ذكره وان اراد ان الفعل الموكل به في هذا القسم شراء نوع ما من انواع جنس فهو مسلم لكن يرد عليه الاعتراض بان الفعل الموكل به حينئذ معلوم وهو شراء نوع ما من جنس فاى حاجة الى قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما وقوله ليتمكن الوكيل اى نوع كان من ذلك الجنس ليصير مؤتمرا بامره ويمكن الجواب بان الفعل الموكل به حينئذ وان كان شراء نوع مطلق من جنس نظرا الى ظاهر لفظ الموكل لكن يجوز ان يكون مراد الموكل شراء نوع مخصوص من ذلك الجنس فاذا لم يعلم ذلك النوع المراد لم يتمكن للوكيل الايتمار بامره على وفق مراده فمعنى كلام المصنف ليصير الفعل الموكل به معلوما على وفق مراد الموكل فيتمكن للوكيل الايتمار بامره على وفق ذلك ويرشد اليه قوله فيما ياتي فلا يدري مراد الامر لتفاحش الجهالة الا ان يوكله وكالة عامة استثناء من قوله فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه وسماه ثمنه يعني اذا وكله وكالة عامة فيقول اتبع لي ما رأيت فلا يحتاج الى ذكر شئ منها لانه اى الموكل في الصورة فوض الامر الى رأيه اى الى رأى الوكيل فاى شئ يشتريه يكون ممتثلا لامر الموكل فيتبع عنه اعلم ان الجهالة ثلثة انواع فاحشة وهي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق وهي تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن لان الوكيل لا يقدر على الامتثال ويسيرة وهي جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والفرس والبغل والثوب الهروي والمروي فانها لا تمنع صحة الوكالة وان لم يبين الثمن وقال بشر بن غياث لا تصح الوكالة لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فكما لا يصح الا ببيان وصف المعقود عليه ونحن نقول انه عليه الصلوة والسلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للاضحية ولم يبين صفتها وبنى الوكالة على التوسع لكونها استعانة فتتحمل فيها الجهالة اليسيرة استحسانا وفي اشتراط بيان الوصف بعض الحرج فسقط اعتباره وجهالة متوسطة وهي بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد او شراء امة او دابة فان بين الثمن والنوع يصح ويجعل ملحقا بجهالة النوع وان لم يبين الثمن والنوع لا يصح ويلتحق بجهالة الجنس لانه يمنع الامتثال كذا ذكره في الكافي اخذا من المبسوط والجوامع فاراد المصنف ان يشير الى هذه الانواع الثلثة من الجهالة وان يبين حكم كل واحد منها في باب الوكالة فقال والاصل فيه ان الجهالة اليسيرة تحتمل في الوكالة بجهالة الوصف استحسانا لان معنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن كان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري اى مراد الامر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يصح وان اعاد لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال اى امتثال امر الآمر شاله اى شال هذا النوع

اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي او الحبشي او الهندي او السندي او المولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع او الثمن ولم يبين صفة الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه

من انواع الجهالة وانما ذكر المثال لهذا النوع دون النوعين السابقين لان مثال ذينك النوعين سيأتي في اثناء مسئلة الجامع الصغير بخلاف هذا النوع وهذا سر تفردت ببيانه اذا وكله اي اذا وكل رجل رجلا بشراء عبد او جارية لا يصح اي لا يصح التوكيل بمجرد هذا اللفظ لانه اي لان هذا اللفظ يعني لفظ عبد وجارية يشمل انواعا فلا يدرى المراد فان بين النوع كالتركي والحبشي والسندي والمولد وفي المغرب المدة التي ولدت ببلاد الاسلام جاز اي التوكيل وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه اراد به قوله لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما قال بعض المشائخ ان كان يوجد بما سمى من الثمن من كل نوع لا يصح ببيان الثمن ما لم يبين النوع كذا في الذخيرة ولو بين النوع او الثمن ولم يبين الصفة وهي الجودة والرداءة والسطة اي الوسط السطة مع الوسط كالعدة مع الوعد والعظة مع الوعظ في ان الثاني آخرها عوضت عن الواو الساقطة من اولها في المصدر والفعل من حد ضرب جاز اي التوكيل لانه اي هذا القدر من الجهالة جهالة مستدركة اي يسيرة فلا يبالي بها ومراده اي مراد القدوري من الصفة المذكورة في الكتاب اي في مختصره النوع ليوافق كلامه القاعدة الشرعية وما صرح به في كتب سائر المشائخ وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة اي وان بين الثمن كما ذكر فيما مر ولما بطلت الوكالة كان الشراء واقعا على الوكيل كما صرح به في نسخ الجامع الصغير فقال رجل امر رجلا ان يشتري له ثوبا او دابة فاشترى فهو مشتر لنفسه فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف تطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا يعني ان لفظ الدابة سواء حمل على اللغة او على العرف قد جمع اجناسا وكانت الجهالة فيه فاحشة وكذا الثوب اي هو ايضا يجمع اجناسا لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء اي من الاعلى الى الادنى وكانت الجهالة فيه فاحشة ولهذا لا يصح تسميته اي تسمية الثوب مهرا فان الجهالة الفاحشة تبطل التسمية في باب المهر ايضا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس يعني الدار وان لم يجمع اجناسا حقيقة الا انها يجمع ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فتعذر الامتثال اي تعذر الامتثال لامر الامر بشراء الاشياء المذكورة لتفاحش الجهالة وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز اي التوكيل هذا لفظ الجامع الصغير قال المص معناه يعني معنى جنس الدار في قوله ووصف جنس الدار نوعه فحينئذ تلتحق بجهالة النوع وهي جهالة يسيرة لا يمنع صحة الوكالة كما مر قال صاحب النهاية وتقييده بذكر نوع الدار مخالف الرواية المبسوط فقال فيه وان وكله بان يشتري له دارا ولم يسم ثمنا لم يجز ذلك ثم قال وان سمى الثمن جاز لان بتسمية الثمن تصير معلومة عادة وان بقيت جهالة فهي يسيرة مستدركة والمتأخرون من مشائخنا يقولون في ديارنا لا يجوز الا ببيان المحلة انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع وانا اقول في تحقيق المقام انما حمل المصنف ره الجنس الواقع في عبارة الجامع الصغير ههنا على النوع لئلا يختل معنى المقام وانه لو اجرى الجنس ههنا على معناه الظاهري كان ذكر وصف الجنس مستدركا بالنظر الى مسئلة الدار ومخلا بالنظر الى مسئلة الثوب اما الاول فلان الموكل اذا سمى ثمن الدار يلغو هناك وصفة جنسها اذ لا مدخل لوصف الجنس في رفع الجهالة وانما ترتفع الجهالة بتسمية الثمن او ببيان النوع كما تقرر فيما قبل واما الثاني فلان الثوب معطوف على الدار فيصير المعنى ان وصف الموكل جنس الثوب جاز التوكيل ولا صحة له على تقدير ان كان الجنس يجري على معناه الظاهري لان الثوب من قبيل ما يجمع اجناسا فالجهالة فيه فاحشة وهي ترتفع وان بين الثمن فكيف يتصور ارتفاعها بمجرد وصف الجنس واما اذا حمل على معنى النوع فيصح المعنى في مسئلة الثوب بلا غبار اذ ببيان النوع ترتفع الجهالة التي يمنع صحة الوكالة قطعا وانما يبقى الكلام في مسئلة الدار فانها تصير حينئذ مقيدة بتسمية الثمن ووصف النوع مع ان تسمية الثمن كافية فيها على ما وقع في رواية المبسوط بل في رواية عامة الكتب فيصير رواية الجامع الصغير مخالفة لرواية تلك الكتب لكن وقوع الروايتين ليس بعزيز في المسائل الشرعية فيجوز ان يكون الامر ههنا ايضا لذلك فيكون مدار رواية الجامع الصغير على ان الجهالة في الدار فاحشة كما بينه المص ومدار رواية تلك الكتب

وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه قال من نوح الى آخره وقال الشافعي يصح بما طعامًا فوق الحنطة وشبهها استحسانًا والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارًا للحقيقة كما في اليمين على الاكل واستحسن بانه اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان المعرف املك به وعلى ما ذكرناه اذا ذكر مقدرًا بالبيع الشراء كالعرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل اذا كثرت الدراهم فعلى الحنطة والا فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الرقيق

على ان الجهالة فيما متوسطة كما مر وانما ذكر ذلك ان جهالة وصف النوع في حق الدراهم بيان الجهالة صار ما ذكر في الجامع الصغير عين ما قاله المتاخرون من مشائخنا وكان موافقا لما ذكر في كثير من الكتب فتامل قال المصنف ره وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه اي يصح التوكيل بشراء الحمار ونحوه وان لم يبين الثمن ويصح في المبسوط لان الجنس صار معلوما بتسمية النوع وانما يثبت الجهالة بالوصف فيصح الوكالة بدون تسمية الثمن فان قيل الحمير انواع منها ما يصلح لركوب الاغنياء ومنها ما لا يصلح الا للحمل عليه قلنا بهذا اختلاف الوصف مع ان ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا ان القاضي او الوالي اذا امر انسانا بشراء حمار تعرف الى ما يركب مثله حتى لو اشترى مقطوع الذنب او الاذنين لا يجوز عليه بخلاف ما لو امره الغائبي بذلك كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح اقول بقي ههنا كلام وهو ان ما ذكره المصنف ره ههنا مخالف لما ذكره في باب المهر في مسئلة التزوج على حيوان غير موصوف حيث قال هناك معنى هذه المسئلة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان تزوجها على فرس او حمار انتهى فقد جعل الحمار هناك جنسا وههنا نوعا والتوجيه الذي ذكره صاحب النهاية هناك من انه اراد بالجنس ما يتناول النوع دون المصطلح اي المنطقي بعيد اذ قد صرح المصنف ره ههنا بان الحمار نوع ولا شك ان مراده بالنوع ههنا ما هو مصطلح الفقهاء والا للزم بيان الشئ بما هو اعم منه فلم يكن الحمار جنسا على مصطلح الفقهاء ايضا قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها وانما قيد بدفع الدراهم الى آخره لانه اذا لم يدفع اليه دراهم وقال اشتر لي طعاما لم يجز على الامر لانه لم يبين له المقدار وجهالة المقدار في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الامر بها سمى له كذا في الكافي وغيره وانما ذكر في الكتاب استحسان والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارًا للحقيقة اي لحقيقة الطعام كما في اليمين على الاكل يعني اذا حلف لا ياكل طعاما يحنث بكل اي طعام كان اذ الطعام اسم لما يطعم بحسب الحقيقة اذ وجه الاستحسان ان العرف الغالب اي اقوى وارجح بالاعتبار من الحقيقة وهو اي العرف على ما ذكره وهي على الحنطة ودقيقها اذا ذكر اي الطعام مقرونا بالبيع والشراء يعني ان العرف في شراء الطعام انما يقع على الحنطة ودقيقها وبائع الطعام في الناس من بيع الحنطة ودقيقها دون سائر بيوع الفواكه فصار التعيين ثابتا بالعرف كما ثبت بالنص كذا في المبسوط وقال في الكافي ولهذا لو حلف لا يشتري طعاما لا يحنث الا بشئ البر ودقيقه ولا عرف في الاكل مبني على الوضع اي فبقي الطعام في حق الاكل على الوضع والحقيقة ولهذا يحنث في اليمين على الاكل بكل اي طعام كان قالوا هذا الذي ذكر في شراء الطعام من انصرافه الى الحنطة ودقيقها انما هو عرف اهل الكوفة فان في حق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى في الطعام مافي عرف غيرهم فينصرف الى شراء كل مطعوم قال بعض مشائخنا ما وراء النهر الطعام في عرف ديارنا ما يكال كالحنطة والشعير والسمسم وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه قال الشهيد وعليه الفتوى كذا في الذخيرة وغيرها وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الرقيق هذا الظاهر وبدل على ان ما ذكره اولا مطلق اي سواء كان الدراهم قليلة او كثيرة اذا وكل باشتراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها وهذا الذي ذكره ثانيا وغيره عنه ملفقا قيل مخالف للاول وهو قول الفقيه ابي جعفر الهندواني كما ذكره الصدر الشهيد في اول باب الوكالة بالبيع والشراء من بيوع الجامع الصغير فعلى الامامة ضيفان في فتاواه الى شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده ولكن قال صاحب النهاية انه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل في الاول والبيان في المبسوط والذخيرة فقال في المبسوط بعد ذكر ما قلنا ثم ان قل الدراهم فله ان يشتري بها خبزا وان كثرت فليس له ان يشتري بها خبزا الان او غدا وغير ممكن وانما يمكن الادخار في الحنطة وذكر في الذخيرة واذا وكل رجلا بان يشتري له طعاما ودفع اليه الدراهم صح التوكيل استحسانا وينصرف التوكيل الى الحنطة ودقيقها خبزا ويحكم الدراهم في تعيين الجنس ان كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشتري بمثلها في العرف الا الخبز فالتوكيل ينصرف الى الخبز الى آخره ثم قال قال القدوري اذا كان الرجل قد تخ

قال واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب مادام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة وكان فيه ابطال يد الحقيقة فلا يملكه الا باذنه بخلاف ما اذا خاصم الموكل في الرد فانه له كالشفيع وغيره

وليته يعلم ان مراده من التوكيل الخبز وان كثرت الدراهم فاذا اشترى الخبز في هذه الصورة يجوز على الآمر الى هنا كلام صاحب النهاية وقال صاحب الغاية بعد نقل راى صاحب النهاية هنا من ان المعبر عنه يقبل غير مخالف للاول بل هو داخل فيه واقول في تحقيق ذلك العرف يصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها وسطتا تعين افراد ما عينه العرف وقد يعرض ما يرجح على ذلك ويصرفه الى خلاف ما عين له مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة ليشتري بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع على الوكالة للعلم بان المراد ذلك انتهى وطعن فيه بعض الفضلاء حيث قال تنبه هذا الكلام الى نفسه عجيب فان صاحب النهاية ذكر ما يدل على ما قاله من المبسوط والذخيرة ولا يذهب عليك ان ما ذكره بقوله اقول الخ هو ما في الذخيرة بعينه انتهى واقول لا يذهب على المتامل في كلام صاحب النهاية ان نسبته الى نفسه ليست بمحل تعجب لانه اراد بيان وجه ما ذكره اولا من حل المسئلة وبيان طريق دخول ما ذكر ثانيا يقينا في الاول وبيان التوفيق بين ما ذكره القدوري وبين ما ذكره هنا يقينا وفي الذخيرة بحكم الدراهم وقصدا افادة هذا المعنى الثلاثة بكلام موجز جامع فقال العرف يصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها افادة للمعنى الاول وقال الدراهم بقلتها وكثرتها وسطتا تعين افرادا عينه العرف افادة للمعنى الثاني وقال يعرض ما يرجح على ذلك ويصرفه الى خلاف ما تعين عليه الخ افادة للمعنى الثالث ولا يخفى ان هذا المجموع سيما بهذا التركيب الترتيب ليس بعين ما ذكر في الذخيرة ولا في غيرها وان كان مما يفهم من كلماتهم المتفرقة فلا عتب في ان يعده تحقيقا وينسبه الى نفسه ثم اقول بقي هنا اشكال وهو ان المذكور في مسئلة الكتاب ان التوكيل بشراء الطعام يقع على الحنطة ودقيقها ولم يذكر فيها الخبز وكذا في مسئلة المبسوط والمذكور في التحقيق الحري بوران العرف يصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها بدون ذكر الخبز فكيف يتم القول بان ما ذكر ثانيا يقيني داخل في الاول وقد ذكر فيه الخبز ايضا دون الاول وكيف يصح ما ذكر في التحقيق الحري من ان الدراهم بقلتها وكثرتها وسطتا تعين افرادا عينه العرف والخبز لم يدخل فيما عينه العرف على ما ذكر فيه لا يقال يجوز ان يدرج الخبز في الحنطة ودقيقها المذكورين لوان يحمل في حكمها فيكتفى بذكرهما عن ذكره لانا نقول لا مجال لشيء من ذلك لانهم جعلوا الخبز قسيما للحنطة ودقيقها في الذكر والحكم حيث قالوا ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق فاني يتيسر ذلك نعم قد ذكر الخبز مع الحنطة ودقيقها في الذخيرة في اصل المسئلة وبيان تحكيم الدراهم كما مر تفصيله عند نقل كلام صاحب النهاية فهو لا اشكال ولكن الكلام في تصحيح مسئلة الكتاب ومسئلة المبسوط على القول بكون الكلام الثاني داخلا في الاول فتامل قال اي القدوري في مختصره واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب اي فللوكيل ان يرد ما اشتراه على البائع بسبب عيب فيه مادام المبيع في يده لانه اي الرد بالعيب من حقوق العقد اي من حقوق عقد الشراء وهي كلها اليه اي الحقوق كلها ترجع الى الوكيل في مثل هذا العقد فان سلمه الى الموكل اي فان سلم الوكيل المبيع الى الموكل لم يرده الا باذنه اي لم يرده على البائع الا باذن الوكيل لانه انتهى حكم الوكالة اي انتهى حكم الوكالة بتسليمه الى الموكل فخرج من الوكالة وانقطع حقه ولان فيه اي في الرد بالعيب بعد التسليم الى الموكل ابطال يده اي يد الموكل الحقيقية فلا يملكه من غير الاباذنه اي باذن الموكل الذي هو صاحب اليد الحقيقية ولهذا اي ولاجل كون الحقوق كلها الى الوكيل كذا قيل في كثير من الشروح اقول فيه نظر لان هذا التفسير انما يتم بالنظر الى قول المصنف رده فيما سياتي قبيل التسليم الى الموكل لا بالنظر الى قوله لا بد كما لا يخفى مع ان كلامنا في خيار التعريف كما ترى فالحق في التفسير ان يقال اي لما ذكرنا من الادلة على جواز الرد في صورة عدم جوازه في اخرى كان اي الوكيل خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع اذا ادعى حق الشفعة في المشترى وغيره اي وغير الشفيع كمن يدعي الاستحقاق

قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعا للحاجة على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز

في المشتري من حيث الملك قبل التسليم الى الموكل متعلق بقوله كان خصما ان كان الوكيل خصما لذلك المدعي قبل التسليم الى الموكل لا بعده اي لم يكن خصما بعد التسليم اليه قال اي القدوري في مختصره ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم يعني اذا وكل شخصا ان يعقد عقد الصرف او يسلم في مكيل مثلا ففعل جاز لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعا للحاجة على ما مر في اول كتاب الوكالة وهو قوله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره قال جمهور الشراح يرد عليه مسئلة الوكالة من جانب المسلم اليه فانها لا يجوز مع ان المسلم اليه لو باشر بنفسه لقبول السلم يجوز فمنهم من لم يجب عنه ومنهم من اجاب عنه فقال صاحب غاية البيان فجوابه ان القياس ان لا يملكه المسلم اليه ايضا لكونه بيع المعدوم الا انه جوز ذلك من المسلم اليه رخصة له دفعا لحاجة المفاليس وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وما ثبت بخلاف القياس يقتصر على مورد النص فلم يجز توكيله غيره او نقول جاز المعدول ضرورة دفع حاجة المفاليس والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلم يظهر اثره في التوكيل ولم يرد نقضا على كلي الذي قاله القدوري لان تملك المسلم اليه العقد بنفسه لعارض الضرورة والعوارض لا يقدح في القواعد وقال هذا ما سمح به خاطري في هذا المقام وقد تبعه صاحب العناية في كلا وجهي جوابه ولكنه اجملها اقول في كل واحد منهما نظر اما في الاول فلانه منقوض بعقد الاجارة مثلا لانه كما يجوز ان يباشره الانسان بنفسه يجوز ان يوكل به غيره بلا خلاف مع انه ثابت ايضا على خلاف القياس بالنص كما سياتي في اول كتاب الاجارة ثم ان الظاهر ان مورد النص مجرد جواز عقد السلم من غير تعرض للمباشرة بنفسه فجواز التوكيل فيه على فرض لا ينافي الاقتصار على مورد النص كما ان جوازه في عقد الاجارة لم ينافي الاقتصار على مورد النص لاجل ذلك واما في الثاني فلانه مع انتقاضه ايضا بمثل عقد الاجارة يرد عليه ان في التوكيل ايضا ضرورة دفع الحاجة سيما اذا كان الموكل مريضا او شيخا فانيا او نحو ذلك فكون الثابت بالضرورة متقدرا بقدر الضرورة لا يمنع جواز التوكيل من جانب المسلم اليه ايضا لا يقال انما جاز بيع المعدوم في عقد السلم لضرورة دفع حاجة المفاليس الى الثمن لا لمطلق الضرورة والتي تتحقق في التوكيل ضرورة دفع حاجة الموكل الى العمل لا غير لانا نقول بل تتحقق فيه التوكيل عند الحاجة اليه ضرورة دفع حاجة المفاليس الى الثمن ايضا مع زيادة فان المفلس العاجز المباشرة بنفسه اذا لم يقدر على توكيل غيره بقبول السلم يشتد حاجته الى الثمن قال المص ره ومراده التوكيل بالاسلام اي مراد القدوري بالتوكيل بعقد السلم التوكيل بالاسلام وهو توكيل رب السلم غيره بان يعقد عقد السلم ولفظ الاسلام انما يستعمل من جانب رب السلم يقال اسلم في كذا اذا اشترى شيئا بالسلم دون قبول السلم اي ليس مراده بذلك التوكيل بقبول السلم وهو التوكيل من جانب المسلم اليه لان ذلك اي لان التوكيل بقبول السلم لا يجوز فان الوكيل حينئذ يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره اي الموكل وهذا لا يجوز لان من باع ملك نفسه من الاعيان على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الديون نص على ذلك محمد رحمه الله في باب الوكالة بالسلم من البيوع واذا بطل التوكيل من المسلم اليه بقبول عقد السلم كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه الى الامر على وجه التمليك منه كان قرضا له عليه كذا في المبسوط وغيره فان قيل قد يجوز التوكيل بشيء يجب في ذمة الغير كما في التوكيل بالشراء فان الوكيل هو الطالب بالثمن والثمن يجب في ذمة الموكل فلم لا يجوز فيما نحن فيه توكيل المسلم اليه غيره بقبول السلم على ان يطالب الوكيل بتسليم المسلم فيه يجامع معنى الدينية فان المسلم فيه دين في دين المسلم اليه كالثمن في ذمة المشتري قلنا بين الدينين فرق لان المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض وليس الثمن حكم المبيع فلا يلزم من الجواز هناك الجواز ههنا كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية في الجواب عن السوال المذكور ان كلامنا فيما اذا كان المبدل في ذمة شخص وآخر يملكه بدله وما ذكرتم ليس كذلك فان الموكل بالشراء يملك البدل ويلزم البدل في ذمته وقال فان قيل فما جعل المسلم فيه

فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض كما بينه بمفارقة الموكل لانه ليس بعاقد للمستحق بالعقد قبض العاقد
والوكيل مع قبضه وكون لا يستحق بالعقد في العبد الجاني على ما علل به المصنف لان الرسالة في العقد لا تنتقل كلالة الرسل فهم لو قبض الرسول من غير البائع فلم يصح

في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشراء فالجواب هو الجواب عن السوال الاول المذكور آنفا انتهى كلامه اقول انه عدل ههنا عن نهج الصواب حيث قصد
التصرف الزائد ولكن افسد لان ما جاء به الاعتراف لعدم تمام الدليل الذي ذكره المصنف والمصير الى دليل آخر حاصل من الجواب عن السوال الاول
حاصله ان جواز قبول السلم ثابت بالنص على خلاف القياس وبالضرورة فيقتصر على مورد النص ويتقدر بقدر الضرورة فلا يتعدى الى الامر به والدليل
الذي ذكره المصنف وما تعلقه السلف واخلف بالقبول فلا وجه للاعتراف لعدم تمامه مع تحقق الخلص عن السوال المذكور بالجواب الذي ذكره غيره على ان
الجواب عن السوال الاول قد عرفت عدم تمامه بما اوردنا عليه فيما قبل فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد بالفظ القدوري في مختصره
اي ان فارق الوكيل بعقد الصرف والسلم صاحبه الذي عقد معه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض يعني
ان من شرط الصرف والسلم قبض البدل في المجلس فاذا وجد الافتراق فيهما من غير قبض لم يوجد الشرط فيبطل العقد قال
صاحب النهاية هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا في مجلس العقد لم يصير كان الموكل صارف
بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل كذا ذكره الامام خواهر زاده انتهى وكذا قال اكثر الشراح وعزوه الى الامام خواهر زاده
وقال الزيلعي في التبيين وهذا مشكل فان الوكيل اصيل في باب البيع حضر الموكل العقد او لم يحضر انتهى ولا يعتبر مفارقة الموكل
اي لا يعتبر مفارقة قبل القبض لانه ليس بعاقد ولا مستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه اي قبض الوكيل بدل الصرف وان كان لا يتعلق به
اي وان كان الوكيل ممن لا يتعلق به حقوق العقد كالصبي والعبد المحجور عليه لان القبض في الصرف من تتمة العقد فيصح ممن يصدر عنه العقد اقول لو قال
المصنف ره في اثناء التعليل ولا مستحق بالعقد قبض العاقد والقبض من العاقد وهو الوكيل فصح قبضه والقبض منه كان اولى واليق اذ لا يخفى ان المدعى
ههنا وهو قوله ولا تعتبر مفارقة الوكيل عام لما بابي الصرف والسلم كما ان قوله فيما قبله فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد عام لهما والدليل
الذي ذكره ههنا خاص بباب الصرف لان التوكيل في باب السلم انما يصح من جانب رب السلم لا من جانب المسلم اليه كما مر والوكيل من جانب رب
السلم ليس بقابض البدل بل هو المقبوض منه فلم تتناوله قوله ولا مستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وكان الدليل قاصرا عن افادة
تمام المدعى بخلاف ما لو قال مثل ما ذكرناه فتدبر بخلاف الرسول متعلق بقوله فيصح قبضه ومعناه ان الرسول اذا قبض لا يصح قبضه فلا تتم العقد به
وفي بعض النسخ بخلاف الرسولين اي الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين
في السلم اي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم اليه فكذلك لا يجوز الرسالة من جانبه كذا في الشروح لان الرسالة
في العقد لا في القبض وذلك لان الكلام ههنا في مخالفة الرسول في العقد للوكيل في العقد في بابي الصرف والسلم ورسالة الرسول في العقد انما يثبت في
العقد لا في القبض لان القبض خارج عن العقد ولا يدخل تحت الرسالة فيه هذا وقال صاحب النهاية في توضيح قوله لان الرسالة في العقد لا في القبض ولا كذلك
افتراق بلا قبض وفصل بعض الفضلاء مراده بان قال فان ذلك انما يكون اذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم ارسل الا مضى للارسال قبل
المفارقة انتهى اقول فيه بحث لان هذا انما يفيد ان لا يكون الرسالة في القبض فقط لا ان لا يكون في العقد والقبض معا وبدون رفع هذا لا يتم
المطلوب ههنا كما لا يخفى تامل وينقل كلامه الى المرسل اي وينقل كلام الرسول في استدلال المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح اي لم يصح قبض
الرسول فلم تتم به العقد به اقول ههنا اشكال وهو ان الرسالة في السلم انما يجوز من جانب رب السلم لا من جانب المسلم اليه كالوكالة فعلى ما ذكره فالمراد بالرسول في

قال واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن

باب السلم هو الرسول من جانب رب السلم فقط ولا شك ان وظيفة رب السلم هي العقد وتسليم رب المال لا قبضه الذي هو من شرط عقد السلم وانما القبض وظيفة المسلم اليه فلا يتم الكلام بالنظر الى الرسول في باب السلم كما لا يخفى ثم ان هذا الاشكال الظاهر على نسخة بخلاف الرسولين وهي نسخة اطبق عليها الشراح حتى ان صاحبي النهاية والكفاية شرحا هذه النسخة ولم يذكر النسخة الاخرى اصلا وصاحب غاية البيان جعلها اصلا وذكر الاخرى نسخة وفسر كلهم الرسولين بالرسول في الصرف والرسول في السلم واما على نسخة بخلاف الرسول وكذلك ان جعل الرسول عاما للرسول في الصرف والرسول في السلم كما ذهب اليه كثير من الشراح حيث فسروا الرسول بالرسول في الصرف والرسول في السلم وكما افصح عنه صاحب الكافي حيث قال بخلاف الرسول اي في الصرف والسلم انتهى واما اذا جعل مخصوصا بالرسول في الصرف ليكون قوله بخلاف الرسول مطابقا لمتعلقه وهو قوله فيصح قبضه فان المعنى هناك فيصح قبض الوكيل بدل الصرف كما صرح به اكثر الشراح فيرتفع الاشكال

قال القدوري في مختصره واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا فله ان يرجع به اي بالثمن على الموكل لانه انعقدت بينهما اي بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية اي بيع حكمي فصار الوكيل كالبائع عن الموكل قال صاحب غاية البيان في تعليل هذا لان الملك ينتقل الى الوكيل اولا ثم ينتقل منه الى الموكل انتهى اقول هذا شرح الكلام المص بما لا يرتضيه صاحبه لان انتقال الملك اولا الى الوكيل ثم الى الموكل طريقة الكرخي والمص قد اختار فيما مر طريقة ابي طاهر وقال هو الصحيح احترازا عن طريقة الكرخي كما صرح به الشرح قاطبة هناك ومنهم هذا الشارح وطريقة ابي طاهر ثبوت الملك ابتداء للموكل لكن خلافة عن الوكيل على ما مر تفصيله فالوجه ان يحمل مراد المص ههنا ايضا على ذلك فان الملك وان ثبت للموكل ابتداء على طريقة ابي طاهر الا انه يثبت له خلافة عن الوكيل لا اصالة كما ذهب اليه الشافعي رح ولا يخفى ان هذا القدر كاف في انعقاد المبادلة الحكمية بينهما وان لم يكن كافيا في المبادلة الحقيقية لهذا اي ولانعقاد المبادلة الحكمية بينهما اذا اختلفا في الثمن يتحالفان والتحالف من خواص المبادلة ويرد الموكل بالعيب على الوكيل اي واذا وجد الموكل عيبا بالمشتري يرده على الوكيل وهذا ايضا من خصائص المبادلة لا يقال ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليها لانا نقول هذا دليل اني لا دليل لمي فلا ينافي الفرعية تامل وقد سلم المشتري للموكل اي والحال انه قد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه اي فيرجع الوكيل على الموكل بالثمن والحاصل انه لما كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل رجع الوكيل بالثمن على الموكل قطعا ولان الحقوق دليل آخر لما كانت راجعة اليه اي لما كانت راجعة الى الوكيل وقد علمه الموكل اي علم رجوعها اليه فيكون اي الموكل راضيا بدفعه اي بدفع الثمن من ماله اي من مال الموكل وتحقيقه ان التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع بغير الموكل والامر ثابت هنا دلالة لان الموكل لما علم ان الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها دفع الثمن علم انه مطالب بدفع الثمن لقبض المبيع وكان راضيا بذلك امرا به دلالة فان هلك المبيع في يده اي في يد الوكيل قبل حبسه اي قبل حبس الوكيل المبيع هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن اي لم يسقط عن الموكل هذا لفظ القدوري يعني ان هلاك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه اياه لا يسقط الرجوع على الموكل لان يده اي يد الوكيل كيد الموكل فاذا لم يحبس اي الوكيل يصير الموكل قابضا بيده اي بيد الوكيل فالهلاك في يد الوكيل كالهلاك في يد الموكل فلا يسقط الرجوع وله اي للوكيل ان يحبسه اي ان يحبس المبيع عن الموكل حتى يستوفي الثمن سواء كان الوكيل دفع الثمن الى البائع او لم يدفع كذا في الشروح نقلا عن المبسوط قال في الذخيرة لم يذكر محمد رح في شيء من الكتب ان الوكيل اذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن الموكل الى ان يستوفي الدراهم منه وحكى عن الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني ان له ذلك وانه صحيح لان حق الحبس للوكيل في موضع نقد الثمن لاجل بيع حكمي انعقد بين الوكيل والموكل وهذا المعنى لا يختلف بين النقد وعدمه انتهى وقال صاحب غاية البيان قلت هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة وكيف خفي عليه هذا وقد صرح محمد رح في الاصل في باب الوكالة في الشراء فقال واذا وكل الرجل رجلا ان يشتري له عبدا بالف درهم بعينه فاشتراه الوكيل وقبضه فطلب الامر اخذ العبد

لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر رح ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا مما لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رح وضمان البيع عند محمد رح وهو قول ابي حنيفة رح وضمان الغصب عند زفر رح لانه منع بغير حق لهما انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولابي يوسف رح انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن

من الوكيل الى الوكيل ان يدفعه فللوكيل ان يمنعه ذلك حتى يستوفي الثمن في قول ابي حنيفة رحمه الله وان كان الوكيل نقد الثمن او لم ينقد فهو سواء الى هنا لفظ محمد رح في الاصل انتهى قال المص لما بينا انه اي الوكيل بمنزلة البائع من الموكل اشار به الى قوله لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وللبائع حق حبس المبيع عن المشتري لقبض الثمن فكذا الوكيل وهذا لا يفصل بين ان يكون الوكيل دفع الثمن الى البائع او لا وقال زفر رح ليس له ذلك اي ليس للوكيل حبس المبيع لاستيفاء الثمن لان الموكل صار قابضا بيده اي بيد الوكيل حتى ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بدليل ان هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل وكانه سلمه اليه اي وكان الوكيل سلم المبيع الى الموكل فيسقط حق الحبس تشريحه ان يد الوكيل يد الموكل حكما فلو وقع في يد الموكل حقيقة لم يكن للوكيل حق الحبس وكذا اذا وقع في يده حكما قلنا لنا طريقان في الجواب عنه مدار احدهما تسليم ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل ومدار الآخر منع ذلك فاشار الى الاول بقوله وهذا اي القبض مما لا يمكن التحرز عنه يعني سلمنا ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل لكن هذا القبض مما لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوسل الى الحبس ما لم يقبض ولا يمكنه ان يقبض على وجه لا يصير الموكل به قابضا وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حق الوكيل في الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولا يتحقق منه الرضى فيما لا طريق له الى التحرز عنه واذا كان كذلك فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس اشار الى الطريق الثاني بقوله على ان قبضه موقوف يعني على انا لا نسلم ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بل قبض الوكيل في الابتداء موقوف اي متردد بين ان يكون التتميم مقصود الموكل وان يكون لاحياء حق نفسه وانما يتبين احدهما عن الآخر بحبسه فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه يعني ان لم يحبسه عن الموكل عرفنا انه كان عاملا للموكل فيقع له وان حبسه عنه عرفنا انه كان عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر قابضا بقبضه فان حبسه اي حبس الوكيل المبيع فهلك اي المبيع كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رح يعني يعتبر الاقل من قيمته ومن الدين فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة وضمان المبيع عند محمد رح يعني يسقط به الثمن قليلا كان او كثيرا وهذا الذي ذكر لفظ القدوري في مختصره ولم يذكر فيه قول ابي حنيفة رح كما لم يذكره في المختلف والحصر وغير ذلك لكن قال الشيخ ابو نصر البغدادي ذكر في الجامع قول ابي حنيفة رح مثل قول محمد رح فلذلك قال المص وهو اي قول محمد رح قول ابي حنيفة رح ولم يقل رحمه الله ان المبيع عند ابي حنيفة رح ومحمد رح ما هو اللائق المعتاد فيما اذا اتخذ قولهما وضمان الغصب عند زفر رح يعني يجب مثله او قيمته بالغة ما بلغت قال في العناية فلا يرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه اكثر ويرجع الموكل على الوكيل اذا كانت قيمته اكثر انتهى وهو المفهوم مما ذكر في اكثر الشروح وقال الشارح تاج الشريعة فيرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه اكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته اكثر انتهى وهو المفهوم مما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية وهو الظاهر عندي على قول زفر رح تامل تقف لانه اي الحبس منع بغير حق لما مر ان قبض الوكيل قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا لهما اي لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه اي الوكيل بمنزلة البائع منه اي من الموكل كما تقدم فكان حبسه لاستيفاء الثمن اذ للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن فيسقط اي الثمن بهلاكه اي بهلاك المبيع واعترض بانه لو كان كذلك لزم الضمان حبس او لم يحبس لان المبيع مضمون على البائع وان لم يحبس واجيب بانه اذا حبس بعين انه بالقبض كان عاملا لنفسه فتقوى جهة كونه بائعا فلزم الضمان واما اذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فاشبه الرسول فهلك عنده امانة كذا في العناية اقول لقائل ان يقول كما انه يشبه الرسول يشبه البائع ايضا لانعقاد المبادلة الحكمية بينهما كما مر فان لم تجعل جهة مشابهته بالبائع ساقطة عن حيز الاعتبار فيما اذا لم يحبس المبيع لم يظهر وجه عدم الضمان في هذه الصورة كما لا يخفى واذا جعلت تلك الجهة ساقطة عن حيز الاعتبار في هذه الصورة فمع عدم ظهور علة الاسقاط فيها يلزم ان لا يتمشى فيها ما ذكر فيما سبق من تعليل مسئلة رجوع الوكيل بالشراء بالثمن على الموكل فيما اذا دفعه من ماله وقبض المبيع بانعقاد المبادلة الحكمية بينهما مع ان تلك المسئلة شاملة لصورتي الحبس وعدم الحبس وعلتها انعقاد المبادلة الحكمية بينهما فتامل ولابي يوسف رح انه اي الهالك مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن اي بعد ان لم يكن مضمونا لانه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس وكل ما هو كذلك

وهو الامر حينئذ بخلاف المبيع كان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل العقد لنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا اقر به الموكل بيع بر ضى الوكيل به قال اذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم لزم الموكل منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة رح وقالا يلزمه العشرون بدرهم وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة وه ومحمد رح لم يذكر الخلاف وذكر اصل كلابي يوسف رح انه امره بصرف الدرهم الى اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فانه اشترى به عشرين فقد زاده خيرا حيث اشترى [illegible] بالف فباعه بالفين وكلابي حنيفة انه امره بشراء عشرة ولم يامره بشراء الزيادة فمن اشترى [illegible] عشرة على الموكل

فهو بمعنى الرهن اشار اليه بقوله وهو الرهن بعينه يعني هو بمعنى الرهن وهذا لاثبات مدعاه وقوله بخلاف المبيع تنفي قولهما يعني ان المشتري المحبوس ههنا ليس كالمبيع لان المبيع ينفسخ بهلاكه اي بهلاك المبيع وههنا لا ينفسخ اصل العقد يعني الذي بين الوكيل وبائعه واجاب المصنف عنه بقوله قلنا ينفسخ اي العقد في حق الموكل والوكيل وان لم ينفسخ في حق البائع والوكيل ومثله لا يمتنع كما اذا رده الموكل بعيب اي اذا وجد الموكل عيبا بالمشتري فرده الى الوكيل ليرده الوكيل به فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل وان لم ينفسخ بينه وبين بائعه قال صاحب غاية البيان وهذا مغالطة على ابي يوسف رح لانه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ففي الاول ينفسخ البيع وفي الثاني لا وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه من الاصل اذ الهلاك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع انتهى وقال صاحب الغاية بعد نقل ذلك وانه لكما ترى فاسد لانه اذا فرض ان الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تاملت وجدت ما ذكر عن جانب ابي يوسف رح غلطا او مغالطة وذلك لان البائع من الوكيل بمنزلة بائع بائع فاذا انفسخ العقد بين المشتري وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكره اياهما يعني غلطا او مغالطة قال اي القدوري في مختصره واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الامر منها عشرة بنصف درهم والباقي للمامور لانه امره بشراء قدر معين فما زاد على ذلك القدر لم يتناوله امره فتمحض مقصودة وزاده منفعة بالشراء باقل مما سمى له فكان مشتريا لنفسه وفي القدر الذي يتناوله امره قد حصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء باقل مما سمى له فكان مشتريا للامر اي بهذا اللفظ الاصل ولم يذكر الخلاف كما ترى لابي يوسف رح انه امره ان يوكل امر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى بعشرين فقد زاد خيرا يعني ان الوكيل لم يخالف الموكل فيما امره وانما جاء خطؤه مخالفا للواقع فليس على الوكيل من ذلك شئ سيما اذا زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين حيث جاز ذلك فكذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله انه امره بشراء عشرة اي بشراء عشرة ارطال لحم ولم يامره بشراء الزيادة وظن ان ذلك المقدار لسا وي درهما وقد خالفه فيما امره به فيتقيد شراؤه اي شراء الزيادة عليه اي على الوكيل لكونه عاصيا مامورا به وشراء العشرة على الموكل اي وينفذ شراء العشرة على الموكل لانه اتيان بالمامور به فان قيل ينبغي ان لا يلزم الا عشرة بنصف درهم ايضا لان هذا اشتراء تضمن شراء العشرين لانه قصد اولا وقد وكله بشراء عشرة قصدا فدخل هذا بالاحرى على ما اذا اقال بعض المبيع فانه يرجع بحصته من الثمن على طريق الاقالة لا على طريق البيع فيما يقابل المقال عنده الواحدة للشيوع فيما في ضمن الثلاثة والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه ايضا تبعا قلنا ذلك مسلم في الطلاق لان المتضمن لم يثبت هناك لامر الموكل لعدم التوكيل به على ما مر لان المرأة مرأة الموكل لامرأة الوكيل وهاهنا اذا لم يثبت الشراء من الموكل ثبت من الوكيل لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما في سائر الصور التي خالف الوكيل بالشراء فيها فثبت المتضمن وهو العشرون ثبت ما في ضمنه وهو العشرة الا ان الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم فهو مخالفة الى غير منفذ على الموكل [illegible] الثمن ثم يتوقف [illegible] البيع فيه كان الكل مقصودا فلا تحقق التضمن في الشراء كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام المحقق حسام الدين

بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول الثمن وهذا معزول فلم يحصل مقصودا لامر قال ولو وكله بشراء شيء بعينه ليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغيير الامر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قبل الا بحضرة من الموكل

اقول الوجه الثاني من الجواب المذكور وهو قوله ولان الثمن متنوع الخ واضح لا غبار عليه واما الوجه الاول منه فمشكل لا يقبل ان يعد الاعتراف بان الشراء في المتضمن وهو العشرون مثبت من الوكيل دون المثل كيف يتم القول بان ما في ضمنه وهو العشرة يثبت من الموكل ولا شك ان حكم ما في ضمن الشيء حكم ذلك الشيء وانما يثبت شراء العشرين من الوكيل نفسه يستلزم ثبوت شراء العشرة التي في ضمنه منه ايضا فلا وجه لنفاذ شراء العشرين على الوكيل ونفاذ شراء العشرة التي في ضمنه على الموكل كما لا يخفى فان قلت ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما ذكر في الذخيرة والتتمة محالا الى المنتقى وهو انه اذا امره ان يشتري له ثوبا بعينه بعشرة فاشتراه له بعشرين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة قال ابو حنيفة رح لا يجوز البيع في واحد منهما بناء ايضا على ما قدمه والآمر وان زاده خيرا مع ذلك لا ينفذ الا شراؤه على الآمر في تلك فقد هنا اشتراه العشرة على الموكل قلت يحتمل ان الفرق انما نشأ من حيث ان اللحم من ذوات الامثال كما اختاره صاحب المحيط لانه من الموزونات والاصل في المكيلات والموزونات ان تكون من ذوات الامثال وهي لا تتفاوت في القيمة اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه لان الكلام فيما اذا كان اللحم مما يباع عشرة اطال بدرهم فمع كان للوكيل ان يحمل للموكل اي عشرة شاء بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم والثياب وان كانا متساويين في القيمة لكن ذلك انما يعرف بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه محجوبا فلا ينفذ عليه والى هذا اشار في التتمة فقال لانا وان رضي آمرا اعطيه بعشرة من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن كذا في النهاية قال صاحب النهاية بعد ان ذكر هذا الجواب ونسبه الى صاحب النهاية وهذا الا على طريقة من جعل اللحم مثليا واما عند غيره فلا بد من تعليل آخر واعلم ذلك ان قياس اللحم ايضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل اذا كان من جنس واحد مفروض التساوي في القدر والقيمة وقد يختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب فان في تطرق الخلل في احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورفعة وجلدة كونه خاصا بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم تحمل ما هو اقل منه خطرا انتهى كلامه بخلاف ما استشهد به جواب عن تمثيل المبسوط حيث مثل في البيع الذي يرجع فيه بما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين لان الزيادة بدل اي فيما استشهد به بدل ملك الموكل ولا يجوز ان يتعقد البيع لا باذن الموكل دلالة بغير اذنه ولهذا لو قال بع ثوبي هذا على ان ثمنه لك لا يصح فتكون له اي فيكون الزيادة للموكل قال صاحب النهاية ورد بان الدراهم ملك الموكل فيكون الزيادة ملكه فلا فرق بينهما حينئذ والجواب ان الزيادة ثمن مبدل منه لا بدل وكان الفرق ظاهرا والحاصل ان في ذلك قياس البيع على الشراء وهو فاسد لوجود الفارق فاقبل ذلك ان الالف الزائد لا يفسد لطيون المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفها الى حاجة اخرى فاجزته وقد تعذر ذلك في اللحم فيختلف انتهى كلامه اقول في كل واحد من الرد والجواب شيء فتامل بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم متعلق باصل المسئلة حيث يصير اي يصير الوكيل في هذه الصورة مشتريا لنفسه بالاجماع لوجود المخالفة لان الامر يتناول الثمنين وهذا اي ما اشتراه معزول فلم يحصل مقصودا لامر فلذلك قال له قال اي القدوري في مختصره ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له اي للوكيل ان يشتريه لنفسه اي لا يجوز حتى لو اشتراه لنفسه يقع الشراء للموكل سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه او صرح بالشراء لنفسه بان قال اشهدوا اني قد اشتريت لنفسي هذا اذا كان الموكل غائبا فان كان حاضرا وصرح الوكيل بالشراء لصيرورته مشتريا لنفسه كذا في الشروح فتلخص التتمة ووضع المسئلة في العيون والذخيرة ثم قال وانما كان كذلك لان العبد اذا كان بعينه فشراؤه داخل تحت الوكالة من كل وجه فمتى اتى به على موافقة الآمر وقع الشراء للموكل نوى او لم ينو قال المصنف وفي تعليل مسئلة الكتاب لانه اي لان اشتراه لنفسه يؤدي الى تغيير الامر حيث اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولان فيه اي في شراء لنفسه عزل نفسه عن الوكالة ولا يملك ذلك ما قبل الا بحضرة من الموكل لانه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود كذا في النهاية وغاية البيان اقول يرد عليه ان العلم

فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه او بغير النقود او كل وكيل شرائه فاشترى لنفسه وهو غائب ثبت للموكل الاول وان حضر هو او الوكيل الثاني فهذه الوجوه بخلاف امر الامر

بالعزل في باب الوكالة يحصل باسباب متعددة منها حضور صاحبه ومنها بعث الكتاب ووصوله اليه ومنها ارسال الرسول اليه وتبليغ الرسالة اليه ومنها اخبار واحد عدل او اثنين غير عدلين بالاجماع واخبار واحد عدلا كان او غيره عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقد صرح بهذا في عامة المعتبرات سيما في البدائع فاشتراط علم الآخر في صحة فسخ المتعاقدين العقد القائم بينهما لا يقتضي ان يملك الوكيل عزل نفسه الا بحضرة الموكل لان انتفاء سبب واحد لا يستلزم انتفاء سائر الاسباب فلا تهم الا ان يحمل وضع المسئلة على انتفاء سائر اسباب العلم بالعزل ايضا لكنه غير ظاهر من عبارات الكتاب اصلا ويحتمل ان يكون السر في اقحام المص وقوله على قياس الا يا الى ذلك فتامل واعلم ان صاحب البدائع قال في بيان هذه المسئلة الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك ان يشتريه لنفسه واذا اشتراه يقع الشراء للموكل لانه بشراءه لنفسه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك الا بحضرة من الموكل كما لا يملك الموكل عزله الا بحضرته على ما تذكر في موضعه ان شاء الله تعالى ثم قال في موضعه وهو فصل يخرج به الوكيل عن الوكالة ان الوكيل يخرج عن الوكالة باشياء منها عزل الموكل اياه ونهيه لان الوكالة عقد غير لازم فكان محتملا للفسخ بالعزل والنهي ولصحة العزل شرطان احدهما علم الوكيل لان العزل فسخ فلا يلزم حكمه الا بعد العلم بالفسخ فاذا عزله وهو حاضر العزل وكذا لو كان غائبا فكتب اليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم ما فيه العزل لان الكتاب من الغائب كالخطاب وكذلك لو ارسل اليه رسولا فبلغ الرسالة وقال ان فلانا ارسلني اليك يقول اني قد عزلتك عن الوكالة فانه ينعزل كائنا من كان الرسول عدلا كان او غير عدل حرا كان او عبدا صغيرا كان او كبيرا لعموم بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا لان الرسول قائم مقام المرسل وسفيرعنه فيصح سفارته بعد ان صحت عبارته على اي صفة كان وان لم يكتب كتابا ولا ارسل اليه رسولا ولكن اخبره بالعزل رجلان عدلان كانا او غير عدلين او رجل واحد عدل ينعزل في قولهم جميعا سواء صدقه الوكيل او لم يصدقه اذا ظهر صدق المخبر لان خبر الواحد العدل مقبول في المعاملات وان لم يكن عدلا فخبر العدد والعدل اولى وان اخبره واحد غير عدل فان صدقه ينعزل بالاجماع وان كذبه لا ينعزل وان ظهر صدق المخبر في قول ابي حنيفة رح وعندهما ينعزل اذا ظهر صدق المخبر وان كذبه الى هنا كلامه اقول الذي يهب عليك ان فيما بين كلاميه المذكورين في الموضعين تدافعا فان ما ذكره في فصل يخرج به الوكيل عن الوكالة صريح في صحة عزل الموكل الوكيل بشرط علم الوكيل سواء عزله بحضرة منه او عزله بغيبة منه ولكن علم العزل بسبب من الاسباب يتأتى على ما فصله وما ذكره اولا من قوله كما لا يملك الموكل عزله الا بحضرته يدل على حصر صحة عزل الموكل للوكيل في صورة ان عزله بحضرة منه كما تري والعجب انه حال الاول على الثاني بقوله على ما ذكره في موضعه قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها اذا نكحها من نفسه بمثل المهر المامور به فانه يقع على الوكيل لا على الموكل مع انه لم يخالف في المسئلة المامور به اجيب بان النكاح الموكل به نكاح مضاف الى الموكل فان الوكيل بالنكاح لا بد ان النكاح الى موكله ليقول زوجتك فلانة والموجود هنا ايجاد انكحتها من نفسه ليس بمضاف الى الموكل فان النكاح من نفسه هو ان يقول تزوجتك فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل بخلاف التوكيل بشراء شئ بعينه فان الموكل به هناك شراء مطلق بمثل الثمن المامور به لا شراء مضاف الى الموكل فاذا اتى بذلك يقع على الموكل فلو كان الثمن مسمى يعني لو وكله بالشراء بثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه اي بخلاف جنس المسمى بان سمى دراهم مثلا فاشترى بدنانير او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود كالمكيل والموزون او وكل اي الوكيل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني اي فاشترى الوكيل الثاني وهو وكيل الوكيل وهو غائب اي والحال ان الوكيل الاول غائب ثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه اي في هذه الوجوه الثلاثة التي ذكرنا بمعنى تفريعا على مسئلة القدوري يعني انما لا يكون الشراء للوكيل فيما وكل بشراء شئ بعينه فاشتراه لنفسه اذا لم يوجد اياه في هذه الوجوه الثلاثة اما اذا وجد فيكون الشراء للوكيل الاول لانه اي الوكيل الاول خالف امر الامر وهو الموكل اما اذا اشترى بخلاف جنس

متفق عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لحضوره رأيه فلم يكن مخالفا قال او وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل لنويته عن المسألة على وجوه ان اضاف العقد الى ما الامر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق

ما سمى فظاهره والا فاذا اشترى بغير النقود فلان المتعارف نقد البلد فلا مرجع اليه واما اذا وكل وكيلا بالشراء فلانه مأمور بان يحضر رأيه ولم يتحقق حال غيبته فنفذ اي الشراء عليه اي على الوكيل الاول وتو اشترى الثاني اي الوكيل الثاني بحضرة الوكيل نفذ اي الشراء على الموكل الاول لانه حضر رأيه اي رأي الوكيل الوكيل الاول فلم يكن مخالفا اي لم يكن الوكيل الاول مخالفا لامر آمره وذلك لانه اذا كان حاضرا بعينه كأنه هو المباشر للعقد لا يرى الا ان الاب اذا زوج ابنته البالغة بشهادة رجل واحد بحضرتها جاز فجعل كأنها سمعت الذي باشرت العقد وكان الاب مع ذلك الرجل شاهدين كذا في المبسوط وقيل الفرق بين الوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره فمفعل الثاني بحضرة الاول او فعل ذلك اجنبي فبلغ الوكيل فاجازه يجوز وبين الوكيل بالطلاق والعتاق فانه لو وكل غيره فطلق او اعتق الثاني لا يقع وان كان بحضرة الوكيل الاول والرواية في البتة والكتابة وجيب بان العلم بحقيقة الوكالة في التوكيل بالطلاق والعتاق متعذر لان التوكيل تفويض الرأي الى الوكيل وتعويضه الرأي الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الرأي ولا حاجة فيها اذا تفرد عن مال الى الرأي فجعلنا الوكالة فيها مجازا عن الرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فصار المأمور فيها مأمورا بنقل عبارة الآمر لا بشيء آخر وتوكيل الآخر والاجارة ليس من النقل في شيء فلم يملك الوكيل وان في البيع والشراء ونحوهما فلعلم بحقيقة الوكالة ممكن لانها مما يحتاج فيه الى الرأي فاعتبر المأمور وكيلا والمأمور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره او باجازته قال اي القدوري في مختصره وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل الى هنا لفظ القدوري قال اي المصنف رحمه الله في هذه المسألة على وجوه ان اضاف اي الوكيل العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهذا هو الوجه الاول من وجوه هذه المسألة وقال المصنف وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله يعني ان المراد بقول القدوري او يشتريه بمال الموكل الاضافة عند العقد الى دراهم الموكل دون النقد من مال الموكل فيه اضافة اليه لان في اي لان في النقد من مال الموكل تفصيلا وخلافا فانه لو عدل عن يشتريه بدراهم مطلقة ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء للموكل وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل وخلافا فانه اذا تصادقا على انه نقد حين النية وقت الشراء فعلى قول محمد رحمه الله العقد للوكيل وعلى قول ابي يوسف رحمه الله العقد على ما يجيء وهذا بالاجماع اي لو اضاف العقد الى دراهم الآمر يقع له بالاجماع وهو معلوم اي قوله او يشتريه بمال الموكل مطلق التفصيل فيه يحمل على الاضافة الى مال الموكل كذا قال جمهور الشراح في شرح هذا المقام اقول فيه نظر لانهم جعلوا التفصيل المذكور في قول المصنف رحمه الله لان فيه تفصيلا على انه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء له وليس بصحيح لان ذلك تفصيل للنقد المطلق لا للنقد من مال الموكل كما لا يخفى وما يصلح لترجيح كون المراد بقول القدوري او يشتريه بمال الموكل الاضافة الى دراهم الموكل دون النقد من ماله انما هو وقوع التفصيل في النقد من مال الموكل لا وقوعه في النقد المطلق اذ لا مساس له بكلام القدوري فان المذكور فيه مال الموكل دون مطلق المال ثم ان صاحب العناية قد سلك المسلك المذكور في شرح هذا المقام وزاد اخلالا حيث قال بعد ان ذكر وجوه هذه المسألة وافادت هذه الوجوه فظهر لك ان في النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان نواه للموكل لا معتبر بالنقد انتهى فان قوله ولم ينو لنفسه قيد مفسد ههنا لانه اذا لم ينو لنفسه فان نوى للموكل لا يعتبر النقد اصلا كما صرح به فلا يصح التفصيل الذي ذكره بقوله ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان لم ينو للموكل ايضا كان صدق ذلك التفصيل على قول ابي يوسف رحمه الله فقط اذ على قول محمد رحمه الله يكون العقد حينئذ للوكيل كما يجيء وكان ما ذكره مناسبا لشرح قول المصنف رحمه الله وخلافا لا لشرح قوله تفصيلا ايضا انه بعد ما صرح بان التفصيل انما هو في النقد من مال الموكل حيث قال فظهر لك ان في النقد من مال الموكل تفصيلا كيف تيسر له بيان ذلك التفصيل

ان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذا الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا

في النقد المطلق بان قال ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له والحاصل ان الوكالة في تقرير صاحب العناية فالحق في هذا المقام ان يقال بالتفصيل فنقول لان فيه تفصيلا وخلافا صوريا في التكاذب والتوافق وبالخلاف الخلاف الواقع في صورة التوافق فالحاصل ان في النقد من مال الموكل تفصيلا فانه اذا نقد من ماله فاما ان كاذبا في النية فيلزم النقد بالاجماع وان توافقا على انه لم يجزه النية فعند محمد رح هو للعاقد وعند ابي يوسف رح يحكم النقد ايضا وخلافا ظاهرا واذا نقد من ماله وتوافقا على عدم النية لاحدهما فعند محمد رح هو للعاقد وعند ابي يوسف رح يحكم النقد بخلاف الاضافة الى دراهم الموكل فانه لا تفصيل ولا خلاف فيها فكان حمل كلام القدوري عليها اولى ثم اقول بقي لنا بحث فيما ذهب اليه المصنف وهنا وهو ان فيه اخلالا باصل المسئلة فان صورة ان اضاف العقد الى دراهم مطلقة وتكاذبا في النية لا يكون داخلة حينئذ في شيء من قسمي الاستثناء المذكور في كلام القدوري فيلزم ان يكون العقد في تلك الصورة للوكيل النية بموجب ما بقي في الكلام بعد الاستثناء مع ان حكم النقد فيها بالاجماع فيما نقد من مال الموكل يصير العقد قطعا وان صورة ان اضاف العقد الى دراهم مطلقة وتوافقا على انه لم يجزه النية لا يكون داخلة ايضا في شيء من قسمي الاستثناء المذكور فيلزم ان يكون العقد فيها ايضا للوكيل بموجب ما بقي بعد الاستثناء مع ان فيها خلافا كما سيأتي فيلزم حمل كلام القدوري على ما فيه الخلاف ولم يقيده المصنف به فكان مخلا بالمقصود وبالجملة قد هرب المصنف به في حمل كلام القدوري هنا عن ورطة ووقع في ورطة اخرى مثل الاولى بل اشد منها فما الفائدة فيه ولعل صاحب الكافي تفطن بذلك حيث زاد الاستثناء في موضع المسئلة فقال ولو وكله بشراء عبد بعينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل او ينقد من ماله وقال فهذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو الوجه الاول او قال وان يشتريه بمال الموكل الى آخره وان اضافه الى دراهم نفسه اي ان اضاف الوكيل العقد الى دراهم نفسه كان اي العقد لنفسه فهذا هو الوجه الثاني من وجوه هذه المسئلة حالا لحاله اي حال الوكيل على ما يحل له شرعا تعليل لقوله ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر يعني انه اذا اضاف العقد الى دراهم الآمر ينبغي ان يقع للآمر فكان واقعا للوكيل فلو وقع له كان غاصبا لدراهم الآمر وهو لا يحل شرعا كذا قال صاحب النهاية وعليه عامة الشراح اقول فيه نظر لان الغصب انما يلزم لو نقد من دراهم الآمر واما اذا اضاف دراهم الآمر ولكن لم ينقد من دراهمه بل نقد من دراهم نفسه فلا يلزم الغصب فتطابق جواب مسئلة الاضافة الى دراهم الآمر متحدة في الصورتين نص عليه في الذخيرة ونقل عن فتاوى النسفية فلا تتم التقريب او يفعله عادة عطف على قوله يحل له شرعا وتعليل لقوله وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه يعني ان العادة جرت بان الشراء اذا كان مضافا الى دراهم معينة يقع لصاحب الدراهم فلما اضاف العقد ههنا الى دراهم نفسه وقع له لا للآمر على وفق العادة كذا في النهاية وعليه العامة قال تاج الشريعة بعد ان جرى في شرح كلام المصنف ههنا على الطريقة المذكورة وهي توزيع التعليل المزبور على المسئلتين ويجوز ان يكون التعليل المذكور للمسئلة الاولى والحكم في المسئلة الثانية ثبت بطريق الدلالة لانه كما لا يحل ان يشتري لنفسه ويضيف العقد الى دراهم غيره شرعا كذا لا يحل له ان يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه اذا العادة جارية على انه لا يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه كذا على العكس انتهى وقال صاحب النهاية بعد ان سلك الطريقة المذكورة ويجوز ان يكون قوله حالا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة دليلا على الوجه الاول والثاني يعلم بالدلالة فانه كما لا يحل له ان يشتري لنفسه ويضيف العقد الى دراهم غيره شرعا كذا لا يحل له ان يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة ثم قال والاول اولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا انتهى اقول ان قول المصنف اذا الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا ينادي باعلى الصوت على ان التعليل المزبور بشقيه معا للوجه الاول كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة فالاولى ان يحمل مجموع قوله حالا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة

وان نواهما فهو للآمر وان نواها للامر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه كان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل ان يكاتب اليه بحكم العقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم يحضره النية قال محمد رحمه هو العادة لان الاصل ان كل واحد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت عند ابي يوسف رح يحكم النقد فيه كان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه مكان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وهما لفاه حمل على الصلاح كما في مكاتبة المكاتب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذا الوجه

دليلا على الوجه الاول ويكتفى في العلم بالوجه الثاني بدلالة سكته الثاني اعني قوله او يجعله عادة على ذلك والانصاف ان في تحرير المصنف ههنا تعقيدا وانحطاطا كما ترى وانظر تحرير الشراح في حله والوافي وشرحه الكافي وان اضافه اي العقد الى دراهم مطلقة هذا هو الوجه الثالث من وجوه هذه المسئلة وقد فصل اجمالها بقوله فان نواها اي الدراهم المطلقة للآمر فهو اي العقد للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه اي فالعقد لنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل اي في التوكيل بشراء عبد بغير عينه وكانت نيته معتبرة اقول قائل ان يقول اذا نواها لنفسه ولكن نقد من دراهم الآمر ينبغي ان يكون العقد للآمر لئلا يلزم الحمد والله ذكروه فيما اذا اضاف العقد الى دراهم الآمر من كونه غاصبا لدراهم الآمر فان قلت النصب من صورة الاضافة الى دراهم الآمر في ضمن نفس العقد فيبطل العقد ببطلانه دوامافي الصورة المذكورة مضى النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد فلا يلزم من بطلانه بطلان العقد فافترقت الصورتان قلت النصب ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة ولاشك ان هذا لا تحقق في نفس الاضافة الى دراهم الآمر بل انما تحقق في النقد من دراهمه فهو لم يوجد في ضمن نفس العقد في شيء من الصورتين المذكورتين بل انما وجد في النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد في تينك الصورتين معا فلا تيم الفرق تدبر وان تكاذبا اي الوكيل والموكل في النية فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي يحكم النقد بالاجماع فمن بال من نقد الثمن كان المبيع له لانه اي النقد دلالة ظاهرة على ما ذكرناه من جعل حاله على ما يحل له شرعا او ليفعل عادة وان توافقا على انه لم يحضره النية ففيه اختلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قال محمد رح هو اي العقد عادة لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه يعني ان الاصل ان يعمل كل احد لنفسه الا اذا ثبت جعله اي جعل العمل لغيره بالاضافة الى مال او بالنية ولم يثبت اي والفرض انه لم يثبت وعند ابي يوسف رح يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا اي من غير تعيين نية يحتمل الوجهين وهما ان يكون العقد للآمر وان يكون لنفسه فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه فتعين به احد المحتملين ولان مع تصادقهما على انه لم يحضره النية يحتمل النية للآمر بان نوى له ونسيه وفيما قلناه اي في تحكيم النقد حمل حاله اي حال الوكيل على الصلاح وهو ان لا يكون غاصبا على تقدير النقد من مال الآمر كما في حالة التكاذب بقي الكلام في هذه المسئلة وهو ان الاضافة الى اي نقد كانت ينبغي ان لا يفيد شيئا لان النقود لا تتعين بالتعيين واجيب عن ذلك بانا لا نسلم ان الشراء لا يملك الدراهم تتعين وانما نقول الوكالة تتقيد بما علم من ان النقود تتعين في الوكالات الا ترى انها لو هلكت قبل الشراء بها بطلت الوكالة واذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة كذا في العناية وعليه جمهور الشراح وما خذهم المبسوط اقول في الجواب بحث وهو ان النقود لا تتعين في الوكالات قبل التسليم بالاجماع وكذا بعده عند عامة المشائخ وانما تتعين بعده عند بعضهم على قول ابي حنيفة رح صرح به في عامة المعتبرات ونظير ذلك فيما سيجيء عن قريب وجواب مسئلة الاضافة الى دراهم الآمر والى دراهم نفسه بعيد بعيد يكون الاضافة بعد التسليم وغير مختص بقول ابي حنيفة رح بل هو مطلق وبالاجماع كما تقرر فيما مر تكلف تيم ان يحمل مداره ما هو المقيد والمختلفة فيه وكان الامام الزيلعي بينه لهذا حيث قال في شرح الكنز في تعليل مسئلة الاضافة الى ثمن معين ان الثمن وان كان لا تعين لكن فيه شبهة التعين من حيث سلامة المبيع به وقد تعين قدره ووصفه ولهذا لا يطيب له الربح اذا اشترى بالدراهم المغصوبة انتهى لكنه لم يات ايضا بشيء يعلل ههنا كما ترى ثم اقول الاولى في الجواب ان يقال ليس العلة في كون العقد من اضافة الى دراهمه تعين النقود بالتعيين بل حمل حاله على ما يحل له شرعا او ليفعله عادة كما مر مبينا ومشروحا فلا ضير لعدم تعين النقود بالتعيين في مسئلتنا هذه وقد اشار اليه صاحب الكافي حيث قال والدراهم وان لم تتعين ولكن الظاهر ان المسلم لا يضيف شراء الشيء لنفسه الى دراهم الغير فلا يستنكر شرعا وعرفا انتهى قال المصنف رح والتوكيل في الاسلام بالطعام على هذه الوجوه المذكورة في التوكيل بالشراء وقاعا وخلافا فهنا

قال من امر رجلا شراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندك وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر وان كان دفع اليه الالف فالقول قول المامور لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك استيفاءه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكره والقول للمنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله وتكلموا في الصدر حيث قالوا اختلفا لان الثمن ان كان دفع فالقول للمامور لانه امين وان لم يكن دفع فكذلك عند ابي يوسف ومحمد رح لانه يملك استيفاء الثمن فلا يتهمر في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة رح القول للآمر لانه

بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء ففيما قول بعض مشائخنا فاتهم قالوا في مسئلة الشراء اذا تصادقا انه لم يحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا حكم للعقد وانما الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في مسئلة التوكيل بالاسلام وهم فرقوا بين مسئلة الشراء والسلم على قول ابي يوسف رحمه الله بان المعقود عليه في الشراء اذا هلك قبل القبض تبطل الحصة فاذا جعل من له العقد يستبان بالنقد وليس الشراء كذلك فكان العقد لعاقد عملا بمقتضى الاصل كذا في الشروح وفرق ابو يوسف رح بين هذا وبين المامور بالحج عن الغير اذا اطلق النية عند الاحرام فانه يكون عاقدا لنفسه فان الحج عبادة والعبادات لا تؤدى الا بالنية فكان مامورا بان ينوي الحج عن الحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا فاتى بما هو الشرط والامر في المعاملات فالنية ليست بشرط فلا يعتبر تركه النية عن الآمر مخالفا فيبقى حكم عقده موقوفا على النقد كذا في باب الوكالة بالسلم من بيوع المبسوط قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال اي المامور قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان اي الآمر دفع اليه اي الى المامور الالف فالقول قول المامور لان في الوجه الاول وهو ما اذا لم يكن الثمن مدفوعا الى المامور اخبر اي المامور عما لا يملك استيفاءه اي استيفاء سببه وهو الرجوع بالثمن على الآمر فان سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على استيفائه لان العبد بيت اذ الكلام فيه والبيت ليس بمحل العقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لارادة الرجوع على الآمر وهو اي الآمر ينكر ذلك والقول للمنكر فقول المحق لا يملك استيفاءه معناه لا يملك استيفاء سببه على طريق المجاز بالحذف والضمير المرفوع في قوله وهو الرجوع بالثمن راجع الى ما في عما لا يملك استيفاءه وبهذا الوجه الاحسن في حل عبارة المصنف رح ينساق اليه ذهب صاحب النهاية وقال انما قال وهو الرجوع ولم يقل وهو العقد لان مقصود الوكيل من ذكر العقد الرجوع بالثمن على الآمر لا العقد لاجل الآمر فترك الواسطة وهي العقد وصرح بالمقصود وهو الرجوع وكان ذكر السبب وارادة المسبب وجائز هذا لان الرجوع بالثمن على الآمر مختص بالشراء لاجل الآمر وانما نبهنا بالتوجيه ذهبا لكثير الشراح قال في الكفاية بعد ذكرنا في بعض النسخ لا يملك استيفاءه وهو بهذا يريد الرجوع بالثمن على الآمر وبهذا اظهر انتهى وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان الثمن مدفوعا الى المامور وهو اي المامور امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله قال صدر الشريعة في شرح الوقاية علل في الهداية فيما اذا لم يدفع الآمر الثمن بان الوكيل اخبر بامر لا يملك استيفاءه وفيما اذا دفع بان الوكيل امين يريد الخروج عن عهدة الامانة اقول كل واحد من التعليلين تشامل للصورتين فلم يتم به الفرق بل لا بد من انضمام امر آخر وهو ان فيما اذا لم يدفع الثمن يدعي الثمن على الآمر وهو ينكره فالقول للمنكر وفيما اذا دفع الثمن يدعي الآمر الثمن على المامور فالقول للمنكر الى هنا كلامه اقول ليس الامر كما زعمه بل كل واحد من التعليلين مخصوص بصورة اما الاول فلان قول المصنف فيه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكره والقول للمنكر لا يشمل الصورة الثانية اذ الثمن فيها مقبوض الوكيل فلا يريد الرجوع به على الآمر قطعا وقد لمحت ذلك على الفاضل في تحريره حيث ذكر اول التعليل الاول وترك آخره الفارق بين الصورتين وحينئذ العجب انه ضم الى ما ذكره ما هو في معنى ما ترك واما الثاني فلان الثمن ليس بمقبوض الوكيل في الصورة الاولى فلا يصح ان يقال فيها اذا امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله كما لا يخفى ولو كان العبد حيا حين اختلفا فقال المامور اشتريته لك وقال الآمر بل اشتريته لنفسك انكان الثمن مدفوعا فالقول للمامور لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله كما مر وان لم يكن اي الثمن مدفوعا فكذلك اي فالقول للمامور ايضا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يملك استيفاء الثمن للآمر اذا العبد حي والحي محل للشراء فيملك ان يشتريه في الحال للآمر فلا يستحيل في الاخبار عنه اي عن الشراء لاجل الآمر فان قيل ان وقع الشراء اولا للوكيل كيف يتصور بعد ذلك حتى يملك استيفاءه اجيب بان تملك استيفاء الشراء وان صح ان يكون للوكيل بالشراء بالنظر الى الموكل كذا في الشروح وعند ابي حنيفة رح القول قول الآمر لانه اي فان الاخبار عن الشراء لاجل الآمر

موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الامر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا كانه امين فيه فيقبل قوله تعالى لك
ولا ثمن في يده صنعا وان كان امره بشراء عبد بعينه تم اختلفا والعبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع كانه
اخبره بهلاك استحسانا فهو كالتهمة فيه كان الوكيل بشراء شيء بعينه كهلاك الثمن في يد المشتري بعد عزل ذلك الثمن في يد غيره عن امر غلاف على ما ذكرناه في صنعة

موضع تهمة بان اشتراه لنفسه اي بان اشترى الوكيل لعبد لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الامر اي اراد ان يلزمها الامر بخلاف ما اذا كان الثمن
منقودا لانه اي الوكيل امين فيه اي في الثمن او في هذا الوجه فيقبل قوله تعالى ذلك اي للخروج عن عهدة الامانة ولكم من شيء يثبت تبعا ولا يثبت قصدا ولا ثمن
في يده صنعا اي لا ثمن في يد الوكيل فيما اذا كان العبد حيا والثمن غير منقود حتى يكون مينا فيقبل قوله تعالى للخروج عن عهدة الامانة فافترقا وان كان امره
بشراء عبد بعينه يعني ان كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي اي والحال ان العبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا
بالاجماع اي هذا الوجه من وجوه هذه المسئلة بالاجماع بين ائمتنا الثلثة لانه اي المامور اخبر بهلاك استحسانا في الحال ولا تهمة فيه اي في اخباره عن ذلك
لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه مثل ذلك الثمن في حال غيبته اي في حال غيبة الموكل قيد به اذ في حال حضرة الموكل يملك شراءه لنفسه لانه
يملك عزل نفسه حال حضرته على ما مر اشار به الى قوله ولان فيه عزل نفسه ولا يملك على ما قبل الا بحضرة من الموكل بخلاف غير المعين اي بخلاف ما اذا كان التوكيل
بشراء عبد بغير عينه فاختلفا على ما ذكرناه لابي حنيفة رح يعني ما ذكره فيما مر آنفا من جانب ابي حنيفة رح وهو قوله لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى
الصفقة خاسرة الزمها الامر اقول لقائل ان يقول التهمة متحققة في صورة التعيين ايضا بان اشتراه لنفسه لكن لا على وجه الموافقة للآمر بل على وجه المخالفة
لو كان اشتراه بخلاف جنس الثمن المسمى او بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشتراه الثاني لنفسه الاول ثم لما راى الصفقة خاسرة قال للآمر اشتريته لك بمثل
الثمن المسمى والوكيل بشراء شيء بعينه انما لا يملك شراءه لنفسه على وجه الموافقة للآمر والمخالفة له باحد الوجوه الثلثة المذكورة فيملك قطعا على
ما في محله فما الصارف لهذا التهمة على قول ابي حنيفة رح ثم اقول في الجواب عنه ان احتمال ان اشتراه لنفسه شبهة وبعد ذلك احتمال ان اشتراه لنفسه على وجه
المخالفة لا على وجه الموافقة شبهة شبهة وقد تقرر عندهم ان الشبهة تعتبر وشبهة الشبهة لا تعتبر والتهمة في صورة غير المعين نفس الشبهة وفي صورة المعين شبهة الشبهة
فاعتبرت في الاولى ولم تعتبر في الثانية قال صاحب النهاية والكفاية فان قيل الولي اذا اقر بتزويج الصغيرة لا يقبل عند ابي حنيفة رحمه الله مع انه يملك استيناف
النكاح في الحال فلما قوله يملك استيناف وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول ابي حنيفة رح فكان في هذه المسئلة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج فلم
يكن قوله يملك استيناف على قول ابي حنيفة رح لم يرد الاشكال على قوله او نقول لو كان في تزويج الصغيرة اخبار عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده ايضا فكان
ذلك اثناء النكاح ابتداء فلا يرد الاشكال لما انه انما لا يقبل هناك اقراره بتزويج الصغيرة عند عدم الشاهدين لانه لا يتصور انشاء شرعا عند عدم الشهود فكان
لا يملك استيناف فاظهر الجواب عنده في المسئلتين انتهى كلامهما وقال صاحب نهاية البيان فان قلت الاصل في الدلائل الاطراد وهذا لا يطرد على اصل ابي حنيفة
لان الاب اذا اقر على الصغير والصغيرة بالنكاح لم يصح الاقرار لابنية وكذا وكيل الزوج او الزوجة ومولى العبد اذا اقر بالنكاح لا يصح الا ببينة عند
ابي حنيفة رح خلافا لصاحبيه مع ان المقر يملك استيناف العقد قلت لانه يملك استيناف العقد مطلقا بل يملك تقييده بحال حضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح
حضورا وقت الاقرار فلم يكن الانشاء بلا شهود وهذا هو الجواب الثاني وقول بعض الشارحين ان قوله يملك استيناف وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع
على قول ابي حنيفة رح بعيد عن التحقيق لان المجموع دليل ابي حنيفة رح لا قوله ولا تهمة فيه وحده انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال وفي قوله لانه
انه يملك استيناف العقد مطلقا بل يملك مقيدا بحث فان ذلك الاستيناف دائر مع التصور كما ذكروا انتهى اقول هذا ساقط جدا لان مرادهم بالدوران
مع التصور الامكان الشرعي وان لم يحضر الشهود ولم يكن انشاء النكاح شرعا وقد افصح عنه صاحبا النهاية والكفاية حيث قالا لانه لا يتصور انشاء شرعا عند عدم الشهود
وافصح عنه صاحب نهاية البيان ايضا حيث قال ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الاقرار فلم يكن الانشاء بلا شهود فكذلك ذلك الاستيناف دائر مع التصور لا يقدح اصلا

ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره ثم جاء فلان وقال انا امرته بذلك فان فلانا يأخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قال فلان لم آمره لم يكن ذلك له لان الاقرار ارتد برده قال الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا عنه وعليه العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب

في قول صاحب الغاية لا نم انه يملك استيناف العقد مطلقا بل يملك مقيدا بحال حضرة الشهود ثم اعلم ان هذه المسئلة على ثمانية اوجه كما صرح به في الكافي وغيره لانه اما ان يكون التوكيل بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل ذلك على وجهين اما ان يكون الثمن منقودا او غير منقود وكل ذلك على وجهين اما ان يكون العبد باقيا حين اختلفا او هالكا وقد ذكر ستة اوجه منها في الكتاب مدللا ومفصلا كما عرفت فبقي منها وجهان وهما ان يكون التوكيل بشراء عبد بعينه ويكون العبد هالكا والثمن منقودا او غير منقود وقد ذكرهما مع دليلهما صاحب العناية حيث قال في تقسيم التوكيل بشراء عبد بعينه وان كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة وان كان غير منقود فالقول للآمر لانه اخبر عما لا يملك استينافه ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول له انتهى اقول دليل الوجه الآخر منهما محل اشكال فان الآمر وان كان منكرا لاشتراء المامور للآمر لكنه معترف باشترائه لنفسه حيث قال للمامور بل اشتريته لنفسك وقد تقرر ان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن بل يقع الشراء للموكل البتة فينبغي ان لا يكون لانكار الآمر شراء المامور للآمر حكم في هذا الوجه ايضا فتامل

ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان اي لاجل فلان فباعه ثم انكر اي المشتري ان يكون فلان امره ثم جاء فلان وقال انا امرته بذلك فان فلانا يأخذه يعني ان لفلان ولاية اخذه من المشتري وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير قال المصنف ره في تعليلها لان قوله السابق اي قول المشتري السابق وهو قوله لفلان اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق لان الاقرار بالشيء لا يبطل بالانكار اللاحق فان قيل قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل ان يكون معناه لشفاعة فلان كما قال محمد رح في كتاب الشفعة لو ان اجنبيا طلب من الشفيع تسليم الشفعة فقال الشفيع سلمها لك بطلت الشفعة استحسانا كانه قال سلمت هذه الشفعة لاجلك قلنا اللام للتمليك والاحتمال المذكور خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينة وسوال التسليم من الاجنبي قرينة في مسئلة الشفعة ولهذا لو قال الشفيع ذلك بغير سبق سوال التسليم لا يصح التسليم وليست القرينة بموجودة فيما نحن فيه كذا في الفوائد الظهيرية وذكر في المشروح فان قال فلان لم آمره بذلك ثم بدا له ان يأخذه لم يكن له اي لم يكن له على العبد سبيل لان الاقرار اي اقرار المشتري ارتد برده اي برد فلان فاذا عاد الى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لانه عاد حين انتفى الاقرار فلم يصح تصديقه الا ان يسلمه المشتري له روي لفظ المشتري بروايتين بكسر الراء وفتحها فعلى الكسر يكون المشتري فاعلا وقوله له اي لاجله ويكون المفعول الثاني محذوفا وهو اليه فالمعنى الا ان يسلم الفضولي العبد الذي اشتراه لاجل فلان اليه وعلى الفتح يكون المشتري له مفعولا ثانيا بدون حرف الجر وهو فلان ويكون الفاعل مضمرا يعود الى المشتري فالمعنى الا ان يسلم الفضولي العبد الى المشتري له وهو فلان ثم ان هذه الاستثناء من قوله لم يكن له اي لم يكن لفلان الا في صورة التسليم اليه وانما ذكر صورة التسليم اليه لان فلانا لو قال اخرت بعد قوله لم امر به لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري لان الاجازة تلحق للوقوف دون الجائز وهذا عقد جائز نافذ على المشتري كذا ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح الجامع الصغير فيكون بيعا اي فيكون تسليم العبد بيعا مبتدأ وعليه العهدة اي وعلى فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن كذا فسر شيخ الاسلام البزدوي وفخر الدين قاضيخان ويدل عليه قوله لانه صار مشتريا بالتعاطي كما لا يخفى كمن اشترى لغيره اي كالفضولي الذي اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه اي لزم العبد المشتري ثم سلمه المشتري له حيث كان بيعا بالتعاطي قال فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير لو ثبت بهذا ان بيع التعاطي كما يكون باخذ واعطاء فقد ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك وان كان اخذا بلا اعطاء لعادة الناس وثبت به ان النفيس من الاموال والخسيس في بيع التعاطي سواء واشار المص الى ما قاله هؤلاء الشراح بقوله ودلت المسئلة اي دلت هذه المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو اي البيع بالتعاطي يتحقق في النفيس والخسيس اي في نفيس الاموال وخسيسها لاستتمام التراضي اي لاستتمام التراضي في كل واحد منهما وهو المعتبر في الباب اي التراضي

قال ومن امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما وسمى لكل واحد منهما ثمنا فاشتري له احدهما جاز لان التوكيل مطلق فيجري على اطلاقه وقد لا يتفق البيع بينهما في البيع لانه يعتبر الثاني فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع وان امره بان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رح ان اشتري احدهما بخمسمائة او اقل جاز فان اشتري باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم فيهما نصفين فكان كل عبد بخمسمائة ثم الشراء بما دونه فقد وافقه وبما قل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر فقلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي بقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف وما ثبت الانقسام كالثابت بالصريح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشتري احدهما بالكثر من نصف الالف جاز عليهما لان الالف فيه يقع بمقابلة ما يشتري بمثله مما في يد الآمر لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو ما قلنا ولكن ابا يوسف رح شرط لهما كلمة تحصيل غرض الآمر وهو ان يشتري احدهما بخمسمائة او اقل لان الالف بهما يقع بمقابلة ما في يد الآمر فاشتريا بحكم ان في تعيين البيع تعيين الثمن لو عين الثاني لو عين الثاني ثم عين الاول جاز على ما عرف ان شاء الله تعالى

هو المتعين في باب البيع لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض فلما وجد التراضي في الثمن والمثمن انعقد البيع بالتعاطي فيهما خلافا لما يقول الكرخي ان البيع بالتعاطي لا ينعقد الا في الاشياء الخسيسة وقدمنا ذلك في اول كتاب البيوع قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشتري احدهما جاز لان التوكيل مطلق يعني ان التوكيل مطلق عن قيد اشتراطهما متفرقين او مجتمعين فيجري على اطلاقه وقد لا يتفق الجمع بينهما اي بين العبدين في البيع فوجب ان ينفذ على الموكل الا فيما لا يتغابن الناس فيه استثناء من قوله جاز اي جاز لشتراء احدهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز فيه لانه اي لان الوكيل المذكور توكيل بالشراء وهو لا يحتمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان ابا حنيفة رح يجوز البيع من الوكيل بالغبن الفاحش ويتبادر كله بالاجماع اي ما ذكرنا في هذه المسئلة كلها بالاجماع وهو احتراز عما ذكرناه من التوكيل بالبيع وعن التوكيل بشراء العبدين باعيانهما وقد سمى لكل ثمنا وهي المسئلة الثانية وهو امره اي امر رجلا ان يشتريهما اي لو امر رجلا بان يشتري العبدين بالف وقيمتهما سواء اي والحال ان قيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رح ان اشتري احدهما بخمس مائة او اقل جاز اي جاز الشراء ويقع عن الموكل وان يشتري باكثر قلت الزيادة او كثرت لم يلزم الامر بل يقع عن الوكيل لانه اي الامر قابل الالف بهما اي بالعبدين وقيمتهما سواء فينقسم الالف بينهما نصفين دلالة اي من حيث الدلالة وليس بهما عند عدم التصريح وكان امر الشراء لكل واحد منهما بخمس مائة ثم الشراء بما اي بخمس مائة موافقة للامر والآمر وبما اقل منها اي في الشراء وبما اقل من خمس مائة مخالفة الى خير فيجوز وبالزيادة الى شر اي الشراء بالزيادة مخالفة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز لما ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير احتمل ان المسئلة لاختلاف فيها لان ابا حنيفة رح انما قال لم يجز شراؤه على الآمر اذا زاد زيادة يتغابن الناس في مثلها وابو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا الذي يتغابن الناس في مثله انه لا يلزم الآمر فاذا حملت على هذا الوجه لا يكون في المسئلة اختلاف واحتمل ان المسئلة فيها اختلاف في قول ابي حنيفة رح اذا زاد على خمسمائة قليلا او كثيرا لا يجوز على الآمر وفي قولهما يجوز اذا كانت الزيادة قليلا انتهى كلامه وقال شيخ الاسلام ان بعض مشائخنا قالوا ليس في المسئلة اختلاف في الحقيقة فان قول ابي حنيفة رح محمول على ما اذا كانت الزيادة كثيرة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها فاما اذا كانت قليلة بحيث يتغابن الناس في مثلها يجوز عندهم جميعا لانه لا تسمية في حق هذا الوجد فهو كالوكالة لشراء عبد له ولم يسم ثمنا فاشتراه باكثر من قيمته بما يتغابن الناس في مثله جاز كذا ههنا ثم قال والظاهر ان المسئلة على الاختلاف فانه اطلق الجواب على قول ابي حنيفة رح وفصل على قولهما انتهى والمعتمد اختار ما ذهب اليه شيخ الاسلام حيث قال وبالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي بقية الالف قبل ان يختصما فيجوز حينئذ ويلزم الآمر استحسانا قيد به لان جواب القياس ان لا يلزم الآمر لثبوت المخالفة وبه اخذ مالك والشافعي رح واحمد رحمه الله وجه الاستحسان ما ذكره بقوله لان شراء الاول قائم يعني ان شراء العبد الاول قائم لم يتغير حاله بالخصومة وقد حصل غرضه المصرح به اي وقد حصل عند اشتراء الباقي غرض الآمر الذي صرح به وهو تحصيل العبدين بالف وما ثبت الانقسام اي لم يثبت الا دلالة والصريح يفوقها اي يفوق الدلائل يعني ان الانقسام بالسوية انما كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جاء الصريح وامكن العمل به بطلت الدلالة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن فيه وقد بقي اي والحال انه قد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز ولزم الآمر لان التوكيل مطلق اي غير مقيد بخمسمائة لكنه يتقيد بالمتعارف وهو ما قلنا اي فيما يتغابن الناس فيه ولكن لا بد ان يبقى ان الالف باقية يشتري بمثلها الباقي بعد ان اشترى احدهما بما يتغابن فيه ليحصل غرض الآمر وهو تحصيل العبدين بالالف لكنه اي لكن الحاصل عرف الآمر وهو تملك العبدين معا قال اي محمد في الجامع الصغير ومن امر رجلا ان يشتري عبد فلان بالف درهم فاشتراه بالف درهم وقد علم انه عبد غيره فالشراء للمأمور اي تملك الالف هذا العبد يعني العبد لهما ان فاشتراه جاز ولزم الآمر قبضه اوجبت قبله عند الامر لان في تعيين المبيع تعيين الثمن لو عين الثمن ثم عين المبيع جاز على ما ذكره اي تملك الالف والله اعلم وفسر ابو بكر ما ذكره بقوله بخلاف ما اذا عين الثمن الخ ولو امره ان يشتري بها اي بالالف التي على عبد الغير عينه فاشتراه فجاء في يده اي فجاء العبد في يد الآمر

قبل ان يقبضه الآمرات من مال المشتري فالقبض عليه وان قبضه الآمر فهو اي العبد له اي للآمر وبه اعند ابي حنيفة رض وقالا ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو
العبد لازم للآمر اذا قبضه المأمور سواء قبضه الآمر اذا مات في يد المأمور قال المصنف وعلى هذا اي على هذا التفصيل اذا امره اي اذا امر من عليه الدين ان يسلم
ما عليه اي يعقد عقد السلم او يصرف ما عليه اي او يعقد عقد الصرف فان عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق والا فعلى الاختلاف قال الشراح
وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى ان يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس اقول فيه نظر اذ قد سبق في اوائل هذا الفصل مسئلة جواز التوكيل بعقد
الصرف والسلم مطلقة ومفصلة مع التعرض باحوال القبض مستوفى فكيف يتوهم بعد ذلك عدم جواز التوكيل فيهما هل يليق بشان المصنف رفع مثل ذلك التوهم خاصة
عندي ان تخصيصهما بالذكر انما هو لازالة ما يتردد في الذهن من ان التفصيل المذكور هل هو جار بعينه في بابي السلم والصرف ايضا ام لا بناء على ان لهما شانا مخصوصا
في بعض الاحكام فمقوله هذا على نهج قوله فيما مر في آخر مسئلة التوكيل بشراء شئ بغير عينه والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه لهما اي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله
ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا يعني سواء كانت الدراهم والدنانير دينا ثابتا في الذمة او عينا غير ثابت في الذمة وتقرير ذلك
بقوله الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد بخلاف مثل الدين وكل ما لا تتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد فيه سواء في صار
الاطلاق بان قال بايعت ولم يقل نصفه الى ما عليه والتقييد بان اضافه الى ما عليه فيه اي في العقد الزيوف سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر اي ويلزم العقد
الآمر وصار كما لو قال تصدق بمالي عليك على المساكين فانه يجوز ولابي حنيفة رح انها اي الدراهم والدنانير تتعين في الوكالات قال صاحب النهاية لكن
بناء على قول بعض المشائخ بعد التسليم الى الوكيل واما قبل التسليم اليه فلا تتعين في الوكالات ايضا بالاجماع لانه ذكر في الذخيرة وقال قال محمد رح في الزيادات
رجل قال لغيره اشتر لي بهذه الالف الدرهم جارية واراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الوكيل
ثم قال والاصل ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالات وسيلة الى الشراء فيعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير
لا تتعينان في الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة الى الشراء واما بعد التسليم الى الوكيل بل تتعين اختلف المشائخ فيه بعضهم قالوا تتعين حتى تبطل الوكالة
بهلاكها كما اذا كرنا ان الوكالة وسيلة الى الشراء والدراهم والدنانير تتعينان في الشراء بعد التسليم فكذا فيما هو وسيلة اليه ولان يد الوكيل يد امانة والدراهم
والدنانير تتعينان في الامانات وعامتهم على انها لا تتعين وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشائخ شيآن احدهما لو توى فبغير الوكيل بتغير الدراهم المنقودة
فان العرف الظاهر فيما بين الناس ان الموكل اذا دفع الدراهم الى الوكيل يريد شراء حال قيام الدراهم في يد الوكيل والثاني في قطع رجوع الوكيل عن الموكل
فيما وجب للوكيل على الموكل وبدلان شراء الوكيل يوجب تعيين دينا للبائع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل الى هنا لفظ الشهادة وقال صاحب النهاية
بعد نقل ما في النهاية بنوع اجمال وتفاصيل ان يقول فعلى هذا في كلام المصنف نظر لانه اثبت قول ابي حنيفة رح بقول بعض المشائخ الذين حدثوا بعد ابي حنيفة رح
بما في سنة والجواب ان المصنف لم يتعرض بان ذلك قول بعض المشائخ فلعل اعتماده ذلك كان على ما نقل عن محمد رح في الزيادات من التقييد بعدم التسليم
انتهى اقول ليس في شئ السؤال ولا الجواب اما الاول فلان بعض المشائخ الذين حدثوا بعد ابي حنيفة رح لم يقولوا ما ذهبوا اليه من تعين النقود في الوكالات
بعد التسليم الى الوكيل باجتهادهم من عند انفسهم بل بتخريجهم اياه من اصل ابي حنيفة رح كما هو حال اصحاب التخريج في كثير من المسائل فكان ما ذكره المصنف
اثبات قول ابي حنيفة رح باصله على تخريج بعض المشائخ واشباه هذا اكثر من ان يحصى واما الثاني فلان حاصل ان المصنف اخذ ما ذكره هنا من منع
قول محمد رح في الزيادات فلم يسلمها الى الوكيل فيرد عليه ان محمد رح لم يذكر الخلاف هناك فان امكن ما ذكره على قول فقط فلا اقل من ان يكون في ذلك سلما قال

الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلب الوكالة فاذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري

ايضا فلا يعمل بعموم القيد المذكور لزم ان يكون المشتري للوكيل عند محمد رح فيما اذا سلم الموكل الدراهم الى الوكيل وقال له اشتر بها عينا فاشتراه وقبضه ثم هلك في يده قبل ان يقبضه الآمر رح ان قول محمد رح فيه قول ابي يوسف رح بخلافه كما مر جوابه فاطبه وذكر في مسئلة الكتاب واورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه نظر اذ لا يفصل ما في الكتاب بين ما قبل القبض وما بعده كما مر انتهى اقول هو مدفوع بحمل اطلاق ما في الكتاب على ما هو المتعارف كما لا يخفى على المتفقات اذ قد تقرر في الاصول ان المطلق والمقيد اذا وردا واتحد الحكم والحادثة يحمل المطلق على المقيد وهنا كذلك فتدبر بالانصاف تنوير لتعين الدراهم والدنانير في الوكالات انه اي الآمر لو قيد الوكالة بالعين منها اي من الدراهم والدنانير او بالدين منها ثم استهلك اي الآمور الوكيل العين كذا في معراج الدراية ويجوز ان يكون استهلك على بناء المفعول او اسقط اي الموكل الدين بان ابرأه عن الدين بعد التوكيل كذا في معراج الدراية ايضا ويجوز فيه ايضا بناء المفعول بطلت الوكالة جواب لو قيد الوكالة ونقل الناطفي في الاجناس عن الاصل ان الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها طعاما فاشتري بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن للدنانير الموكل ثم قال بنى هذه المسئلة تدل على ان الدراهم والدنانير متعينان في الوكالة قال صاحب النهاية انما قيد بعين الحنس وبالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك والدليل على هذا ما ذكره الامام قاضيخان في السلم من جنس فتاواه قال جاء رجل وقبض الف درهم لآخر فاشترى بها ثوبا قد سماه فانفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل واشترى ثوبا للآمر بدراهم نفسه فان الثوب للمشتري للآمر لان الوكالة تعينت بملك الدراهم فبطلت الوكالة بهلاكها ولو اشترى ثوبا للآمر ونقد الثمن من مال نفسه وامسك دراهم كان الثوب للآمر ويطيب له دراهم الموكل استحسانا كالوارث اذا وجد في دين الميت بمال نفسه انتهى كلامه اقول ودلالة ما نقله عن الامام قاضيخان على ان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك ممنوعة غاية الامر انه صور المسئلة فيما انفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل ولا يلزم منه ان يكون الحكم كذلك فيما اذا هلكت دراهم الموكل بغير صنع الوكيل الا يرى انه قال فبطلت الوكالة بهلاكها ولم يقل باستهلاكها ولو كان مراده الفرق بين الاستهلاك والهلاك لما قال كذلك وقال صاحب غاية البيان قال بعض الشارحين انما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك وهذا الذي ذكره مخالف لما ذكره في شرح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة فالقول كان الاصح انما قيد بالاستهلاك حتى لا يتوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم كما في هلاك المبيع قبل التسليم الى هنا كلامه وقال صاحب النهاية ثم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به ونقل من كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك وردها بانه مخالف لما ذكره في شرح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة بل انما قيد بالاستهلاك لئلا يتوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها فيصير كان عينها باقية فذكر الاستهلاك لبيان انها لا تبطل بالهلاك ايضا فيما ذكره صاحب النهاية تساوي في بطلان الوكالة بهما انتهى اقول حاصل ما ذكره صاحب النهاية خلاصة قوله ونقل من كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك وانه ليس ببديع اذ لم يجد في نسخ النهاية هنا مسئلة منقولة عن الذخيرة تدل على ذلك بل المذكور فيها هنا انما هي مسئلة فتاوى قاضيخان كما نقلناه فيما قبل واذا تعينت اي الدراهم والدنانير وهذا من تتمة الدليل وتقرير ان الدراهم والدنانير تتعين في الوكالات واذا تعينت كان هذا اي التوكيل المذكور تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله اي ذلك الغير بقبضه اي تقبض الدين وذلك اي تمليك الدين على الوجه المزبور لا يجوز لعدم التقرر على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشتري بان كان لزيد على عمرو مثلا دين فاشترى زيد من آخر شيئا بذلك الدين لزيد على عمرو فانه لا يجوز وكان تقديره

او يكون امر بصرف ماكا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم واذا لم يصح

كما اذا اشترى المشترى شيئا بدين على غير نفسه كذا في النهاية وعليه اكثر الشراح وقال تاج الشريعة في شرح هذا المقام اي كما اذا اشترى هذا الماسور بدين بوقع الآمر على غير هذا الماسور انتهى ووافقه صاحب النهاية حيث قال يعني كما اذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما اذا امره زيد مثلا اي يشتري بدين لزيد على عمر شيئا من آخر فانه لا يجوز لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين فكذا فيما نحن فيه انتهى وبين العبارتين تغاير لا يخفى او يكون امر البصرفه اي يدفع ما لا يملكه الا بالقبض قبله اي قبل القبض متعلق بصرف وهذه الجملة عطف على قوله كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين والمعنى او يكون التوكيل المذكور امرا من رب الدين للمديون يدفع ما لا يملكه رب الدين الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الدين يقتضي بانشائه لما كان ما ادى المديون الى البائع والى رب الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض وذلك باطل اي امر الانسان بدفع ما لا يملكه باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت فانه باطل لانه امر بصرف ما لا يملكه الا بالقبض الى من يختاره المديون بنفسه بخلاف ما اذا عين البائع يعني بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع في التوكيل صحيح هناك لانه اي البائع يصير اولا وكيلا عنه اي عن الموكل في القبض تصحيحا للتصرف بقدر الامكان ثم تمليكه اي ثم تمليك البائع فيصير قابضا لرب الدين اولا ثم يصير قابضا لنفسه كما لو وهب دينه على غيره وقبل الموهوب له بقبضه وكذا اذا عين المبيع لان في تعيين المبيع تعيين البائع كما مر في صدر المسألة فصار كما لو عين البائع ومتى ابهم المبيع او البائع يكون البائع مجهولا والمجهول لا يصلح وكيلا قيل الشكل بالوآجر حاما باجرة معلومة وامر المستاجر بالمرمة من الاجرة فانه يجوز وان كان هذا امرا بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو الاجير من غير ان يوكله بقبضه لان الاجير مجهول وتوكيل المجهول لا يصح واجيب بان ذاك قولهما ولئن كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة فان المستاجر لا يجد الآجر في كل وقت فجعلنا الحمام قائما مقام الآجر في القبض كذا في الكفاية وغيرها واعترض بانه لو اشترى شيئا بدين على آخر ينبغي ان يجوز بتعيين البائع وكيلا بالقبض اولا لكونه معينا واجيب بان عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط وهو ان الثمن على الغير كذا في النهاية وبعض الشروح اقول في هذا الجواب بحث اما اولا فلان البائع لو جعل ههنا وكيلا بالقبض لم يكن العقد بيعا بشرط اذ الثمن على الغير بل يكون اذا الثمن على المشتري بيد وكيله كما فيما اذا كان الموكل عين البائع واما ثانيا فلان النقود لما لم تتعين في المعاوضات لم يلزم الاشتراط المذكور ههنا اصلا واما ثالثا فلانه لو كان عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه لما كان لقول المصنف فيما مر آنفا كما اذا اشترى بدين على غير المشتري ارتباط بما قبله ولما كان لقول صاحب النهاية في شرح ذلك فانه لا يجوز لذلك معنى فان امكن تخليص كلام المصنف بحمل مراده بقوله كما اذا اشترى بدين على غير المشتري على المعنى الذي ذهب اليه البعض الشراح دون المعنى الذي ذهب اليه اكثرهم كما عرفته فيما قبل لا يمكن تخليص كلام صاحب النهاية فانه ذهب الى ما ذهب اليه الاكثر فقال واجيب عن الاعتراض المذكور في بعض الشروح بوجه آخر ايضا وهو ان البائع لو صار وكيلا فانما يصير وكيلا في ضمن المبايعة ولا بد من ان يثبت المتضمن يثبت المتضمن والمبايعة لم تثبت لما فيه من تمليك الدين من غير من عليه الدين فلا يثبت المتضمن بخلاف ما نحن فيه لان التوكيل بالقبض يثبت فيه بامر الآمر وانه يسبق الشراء وبخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه الدين حيث تصح الهبة ويثبت الامر من الواهب للموهوب له بالقبض في ضمن الهبة لان الملك يتوقف الى زمان القبض فكذا التوكيل بالقبض سابقا على التمليك معنى وبخلاف ما اذا امره بالتصدق جواب عن قياسهما على الآمر بالتصدق ولم يذكر في الكتاب قد ذكرناه في سياق دليلهما لانه اي الآمر بالتصدق جعل المال لله تعالى ونصب الفقير وكيلا عن الله عز وجل في قبض حقه كذا في الكافي وغيره وهو معلوم اي الله تبارك وتعالى معلوم وكان تعيين البائع في المسألة الاولى واما مسألة التصادق في الشراء بان ادعى رجل عليه فلان الدراهم والدنانير لا تتعينان في الشراء عينا او دينا ولكن تتعينان في الوكالات فلما لم تتعينا في الشراء لم يبطل الشراء ببطلان الدين كذا ذكره الامام المرغيناني والجبوبي وقاضيخان واذا لم

الوكيل فهذا شروع في المأمور فيملك حبسه لاستيفاء الثمن منه فينفسخ البيع تعاطيا قال ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشترى
فلانا امره ان يشتريها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بالف فالقول قول المأمور ومراده اذا كانت تساوي الفا لانه امين فيه وقد اعترف بخروج
عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو منكر فان كانت تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي
خمسمائة والآمر تناول ما يساوي الفا فيضمن قال ان لم يكن دفع اليه الا الف فالقول قول الآمر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها
الفا فمسألة انما يتحالفان لان الوكيل والوكيل وهذا بمنزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما
فيلزم الجارية المأمور قال ولو امره ان يشتري هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بالف

التوكيل رجوع الى اول البحث يعني لما ثبت بالدليل ان التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله يعني اذا هلك هلك من
مال المأمور لا الآمر فانه اذا قبضه الآمر منه فانه اذا هلك حينئذ هلك من مال الآمر لانعقاد البيع بينهما تعاطيا وكان بالكافي ملك الآمر قال الامام الزيلعي في البيتين وذكر
في النهاية ان النقود لا يتعين في الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا بعده عندهما لان الوكالة وسيلة الى الشراء فيعتبر بالشراء وعزاه الى الزيادات والذخيرة
فعلى هذا لا يلزمهما قال ابو حنيفة رح والتعليل الصحيح لان يقال ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فكذا التوكيل به وانما جاز في العين لكونه امرا له
بالقبض ثم بالتمليك لا توكيلا للمدين بالتمليك وان لم يكن معنيا لانه لا يصح الامر للمجهول وكان توكيلا للمدين بالتمليك في الاسلام والشراء والصرف ولا يجوز
الى هنا كلامه اقول فيه نظر اذ لا يلزمهما التعليل الذي ذكره ايضا اذ يجوز ان يقال من قبلهما ان عدم جواز تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يقتضي
عدم صحة التوكيل فيما نحن فيه فانه لما لم تتعين النقود في الوكالات ايضا لم يكن لتعيين الآمر الالف التي على المأمور تاثير فيما امره به من اشتراء عبد له فصح شراء
المأمور عبدا له بالف كانت فكانت تلك الالف في التوكيل بشراء عبد له وعدم ذكره فيه سواء فصح التوكيل وقد اشار اليه المصنف في اثناء دليلهما حيث قال وكان
الاطلاق والتقييد فيه سواء فصح التوكيل فلا بد في تمام التعليل من قيل ابي حنيفة رحمه الله من المصير الى تعين النقود في الوكالات وان كان على قول بعض
المشائخ كما فعله المصنف ره فلمزيد ره في تدقيقه وتحقيقه قال محمد رح في الجامع الصغير ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال
الآمر اشتريتها بخمس مائة وقال المأمور اشتريتها بالف فالقول قول المأمور الى هنا لفظ الجامع الصغير قال المصنف ره ومراده اي مراد محمد رح اذا كانت
اي الجارية تساوي الفا يعني ان الحكم المذكور وهو كون القول قول المأمور فيما اذا كانت قيمة الجارية الفا لانه اي المأمور امين فيه اي في الخصوص
المزبور وقد اداه الخ خارج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو اي المأمور منكر والقول قول المنكر فان كانت
اي الجارية تساوي خمس مائة فالقول للآمر لانه اي الوكيل خالف الآمر اي لانه حيث اشترى جارية تساوي
خمس مائة والآمر يتناول ما يساوي الفا وايضا فيه غبن فاحش فيضمن اي المأمور لانه لا يملك ان يخالف الآمر الى
شر ولا ان يشتري بغبن فاحش قال اي محمد رح في الجامع الصغير وان لم يكن دفع اليه الا الف او اختلفا فالقول قول
الآمر اما اذا كانت قيمتها اي قيمة الجارية خمس مائة فللمخالفة ولتحققوا الغبن الفاحش كما مر آنفا وان كانت قيمتها الفا فمضى اي فمضى قول
محمد رح فالقول قول الآمر انما يتحالفان ويندفع بما قيل في شروح الجامع الصغير ان الجارية اذا كانت تساوي الفا وجب ان تلزم الآمر سواء قال
المأمور اشتريتها بالف او باقل منه لانه اذا اشتراها بالف كان موافقا للآمر وان اشتراها باقل منها كان مخالفا الى خير وكل ذلك ملزم للآمر كذا في النهاية
وغيرها اقول بقي هنا شيء وهو ان المذكور في قول محمد رح فالقول قول الآمر والتحالف مخالف فكيف يكون هذا معنى ذاك والجواب الذي اشار اليه المصنف
في المسألة الآتية بقوله وقد ذكر مضطرين التحالف وهو يمين البائع لا يتمشى هنا كما لا يخفى على المتامل قال المصنف لان الموكل والوكيل في هذا اي في هذا الفصل
بمنزلة البائع والمشتري للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ يعني فاذا تحالفا يفسخ العقد الذي جرى بينهما اي بين الموكل
والوكيل وهو العقد الحكمي فتلزم الجارية المأمور قيل هنا مطالبة وهي الى الوكيل اذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبر فيه المخالفة والامانة واذا لم يقبض
اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فالحكم في ذلك عجيب بان في الاول سبقت الامانة المبادلة والسبق من اسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني قال اي محمد
في الجامع الصغير ولو امره ان يشتري لهذا العبد ولم يسم ثمنا فاشتراه ووقع الاختلاف في الثمن فقال الآمر اشتريته بخمس مائة وقال المأمور اشتريت بالف

وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان لما ذكرناه وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا قول الامام ابي منصور وهو اظهر والله اعلم بالصواب **فصل** في التوكيل بشراء نفس العبد

وصدق البائع اي بائع العبد المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه الى هنا لفظ الجامع الصغير قال المص لا تحالف ههنا وهو قول الفقيه ابي جعفر الهندواني لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو اي البائع حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد ولو انشأ العقد لزم الامر فكذا ههنا وفي المسئلة الاولى هو اي البائع غائب فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه ووجب التحالف وقيل يتحالفان في هذه المسئلة ايضا وهو قول الشيخ ابي منصور الماتريدي كما ذكرناه اي في المسئلة الاولى من انهما نيز لان منزلة البائع والمشتري ووقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ولما استشعر ان يقال كيف قيل انهما يتحالفان وقد نص محمد رح في الجامع الصغير ان القول قول المأمور مع يمينه والتحالف مخالفه اجاب بقوله وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع يعني ان محمدا رح اكتفى بذكر معظم اليمين من يميني التحالف وهو يمين البائع اي المأمور لانه بمنزلة البائع في العقد الذي جرى بينه وبين الآمر حكما وانما قال ان يمين البائع الذي هو المأمور معظم يمين التحالف لانه مدع ههنا ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف واما المشتري وهو الآمر فمنكر وعلى المنكر اليمين في كل حال فلما كان يمين المأمور هو المختص بالتحالف كان اعظم اليمينين ثم اذا وجب اليمين على المأمور وهو المدعي فلان تجب على الآمر وهو المنكر اولى كذا في الشروح قال الامام الزيلعي في التبيين بعد ما بين المقام على هذا النمط هكذا ذكر المشائخ الا ان فيه اشكالا لانه وان كان يدل على ما ذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك فان قوله ان القول قول المأمور مع يمينه يدل على ان المأمور يصدق فيما قاله وفي التحالف لا يصدق واحد منهما فلو كان مراده التحالف لما كان ذلك انتهى كلامه فتامل والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما هذا جواب عن تعليل القول الاول بقوله لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر يعني ان بائع العبد بعد استيفاء الثمن اجنبي عن الموكل والوكيل معا وقبله اي قبل استيفاء الثمن اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما اي بين البائع والموكل بيع فلم يكن كلامه معتبرا فلا يصدق عليه اي على الموكل فبقي الخلاف بين الآمر والمأمور فلزم الخلاف قال المص وهذا اي القول بالتحالف قول الامام ابي منصور رح وهو اظهر وقال صاحب الكافي وهو الصحيح ولكن جعل الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير قول الفقيه ابي جعفر اصح قال الامام المحبوبي في شرح الجامع الصغير بعد هذا اذا تصادقا في الثمن عند التوكيل وان اختلفا فقال الوكيل امرتني بالشراء بالف وقال الوكيل لا بل بخمسمائة فالقول قول الآمر مع يمينه ويلزم العبد الوكيل لان الآمر يستفاد من جهته وكان القول قوله فلو اقاما البينة فبينة الوكيل اولى لما فيها من زيادة الاثبات كذا في النهاية ومعراج الدراية اقول يرد على ظاهره ان وضع هذه المسئلة فيما اذا لم يسم عند التوكيل الثمن للعبد فكيف يصح ان يقول الامام المحبوبي بعد ذلك هذا اذا تصادقا على الثمن ويمكن الجواب بان التصادق في الثمن خلاف التحالف فيه فيتصور بان يتصادقا على تسمية الثمن المعين وبان يتصادقا على عدم تسمية الثمن اصلا وبالجملة يجوز ان يكون التصادق على الثمن من حيث تسمية الثمن ومن حيث عدم تسميته والثاني وهو المراد في قول الامام المحبوبي

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد لما كان شراء العبد نفسه من مولاه اعتاقا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب ان يذكر في فصل على حدة كذا في العناية وكثير من الشروح واستشكله بعض الفضلاء بان الكلام لا يتناول الا المسئلة الاولى ان اريد الشراء وكالة والا فللثانية لا غير فيحتاج الى ان يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن التوكيل به من مسائل الخ انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ المراد بالشراء ما هو عام للشراء وكالة وللشراء اصالة فتناول الكلام المسئلتين معا واما الاحتياج الى ان يكون تقدير الكلام لم يكن التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء فامر ضروري على كل حال لان المحذور ان لا يكون التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء الا ان يكون نفس شراء العبد نفسه من مسائل ذلك اذ نفس الشراء مطلقا ليس من مسائل التوكيل بالشراء قطعا ثم اقول في استشكال ما في الشروح التوجيه الذي ذكروه لا يتناول المسئلة الثانية بل انما يتمشى في المسئلة الاولى لان شراء العبد نفسه من مولاه انما يصير

قال واذا قال العبد لرجل اشترني نفسي من مولاي بالف ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى وان باع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل المامور سفير عنه فيما لا يرجع عليه الحقوق فصار كانه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا فالعقب الولاء وان لم يبين للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شرى العبد نفسه لان المجاز فيه متعين

اعتاقا على مال ان لو كانت شراؤه نفسه من مولاه لنفسه واما اذا كان لغيره فلا والتوكيل في المسئلة الثانية انما هو شراء العبد نفسه من مولاه للموكل فان وافق العبد امر الآمر فشراؤه ليس باعتاق على مال لا صورة ولا معنى بل هو شراء محض وان خالف امره فكون شرائه اعتاقا على مال لا يأتي في كون التوكيل في باب كذا من مسائل فصل التوكيل بالشراء اذ المسئلة لا تتغير عن وضعها بمخالفة المامور لامر الآمر كما في كثير من مسائل هذا الفصل وغيره واما التوكيل في المسئلة الاولى فانما هو بشراء رجل نفس العبد الموكل من مولاه لذلك العبد فاذا وافق وكيلا مره فاشترى نفسه من مولاه ليصير ذلك الشراء اعتاقا على مال معنى وان كان شراء صورة فجرى التوجيه المذكور في هذه المسئلة دون الاخرى فكان قاصرا قاله في النهاية ومعراج الدراية ثم ان الالف واللام في قول المصنف رحمه في التوكيل بشراء نفس العبد بدل الاضافة وذلك الاضافة اضافة المصدر الى الفاعل والفاعل هو العبد بالنظر الى المسئلة الاولى اي توكيل العبد الاجنبي بشراء نفسه الا يخفى بالنظر الى المسئلة الثانية اي توكيل الاجنبي العبد بشراء نفسه انتهى وقال في العناية والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين ان يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسئلة الاولى وان يوكل العبد رجلا ليشتري نفسه من مولاه فالعبد في الاول موكل وفي الثاني وكيل وكلام المصنف يتناولهما انتهى اقول تناول قول المصنف فصل في التوكيل بشراء نفس العبد للمسئلتين على كلا التقديرين انما يكون على سبيل البدل وفي ذلك تعسف لا يخفى فالاوجه ان يقدر كل واحد من المضاف اليه والمتروك امرا عاما مثل ان يقول فصل في توكيل احد آخر بشراء نفس العبد ليتناول عنوان هذا الفصل كل واحد من المسئلتين المذكورتين فيه على سبيل الشمول لا على سبيل البدل قال اي محمد رح في الجامع الصغير اذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى اي من مولاي بالف ودفعها اي دفع العبد الالف اليه اي الى الرجل الذي وكله فان قال الرجل اي الوكيل للمولى اشتريته اي العبد لنفسه اي لنفس العبد فباعه على هذا اي فباع المولى ذلك العبد على هذا الوجه فهو حر اي فذلك العبد حر يعني صار حرا والولاء للمولى اي وولاء ذلك العبد للمولى لان بيع نفس العبد منه اي من العبد اعتاق اي اعتاق على مال والاعتاق على المال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك كما اشار اليه بقوله وشراء العبد نفسه قبول للاعتاق بسبيل والمامور سفير عنه اي عن العبد حيث اضاف العقد اليه اذ لا يرجع عليه الحقوق اي لا يرجع الى المامور حقوق العقد بل الى العبد فقد جعل نفسه رسولا ولا عبرة على الرسول واذا كان كذلك فصار كانه اي العبد اشترى نفسه بنفسه اي بلا واسطة واذا كان اعتاقا اي واذا كان بيع نفس العبد اعتاقا فلذلك العبد اعقب الولاء اي اعقب الولاء للمعتق فثبت ان العبد في هذه الصورة حر وكان ولاؤه لمولاه وان لم يبين للمولى اي ان لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد فهو عبد للمشتري يعني صار ملكا له لان اللفظ اي لان قوله اشتريت عبدك بكذا حقيقة للمعاوضة اي موضوع للمعاوضة دون الاعتاق وامكن العمل بها يعني ان الحقيقة يجب العمل بها ما امكن وقد امكن العمل بها اذا لم يبين اي اذا لم يبين فلم تقبل اشتريت عبدك لاجل نفسه فيحافظ عليها اي فيحافظ اللفظ على الحقيقة فان قيل لا نسلم ان العمل بالحقيقة ممكن ههنا لانه توكيل بشراء شئ بعينه فليس للوكيل ان يشتريه لنفسه قلنا قد اتى الوكيل ههنا بجنس تصرف آخر لان ما وكل به كان من جنس الاعتاق على مال ما اتى به انما هو من جنس الشراء المحض فكان مخالفا للآمر فيتقدر عليه ويجئ الاشارة من المصنف رحمه الى نظير هذا في المسئلة الثانية بخلاف شراء العبد نفسه حيث فصل الاعتاق لتعذر العمل بالحقيقة لانه لا مجاز هو كون الشراء مستعارا للاعتاق فيه اي في شراء العبد لنفسه متعين لان العبد ليس بمال بل ان يملك مالا فصار شراؤه نفسه مجازا عن الاعتاق اولان نفس العبد ليست بمال في حقه حتى يملك نفسه ثم يعتق لانه آدمي في حق نفسه حتى وجب الحد والقصاص عليه باقراره والمال غير الآدمي خلق لمصالح الآدمي فلم يكن العمل بالمعاوضة

واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشرى العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هنالك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة يتوجه نحو العاقد اما ههنا فاحدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن

فجعل مجازا عن الاعتاق والمجوز معنى ازالة الملك فان البيع يزيل الملك بعوض الى آخر والاعتاق يزيله لا الى آخر واذا كان معاوضة يعني اذا كان العقد معاوضة فيما اذا تعين للمولى يثبت الملك له اي للمشتري والالف للمولى اي والالف التي دفعها العبد للمولى الى المشتري حين ان وكله يكون للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله اي مثل ذلك الالف ثمنا للعبد قوله ثمنا نصب على التمييز اي من جهة انه ثمن للعبد فانه اي الثمن في ذمته اي في ذمة المشتري حيث لم يصح الاداء لان المشتري ادى تلك الالف الى المولى من كسب عبده وكسب ملك المولى فلا يقع ثمنا قال في النهاية وهذا ظاهر فيما اذا وقع الشراء للمشتري واما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد الف اخرى قال الامام قاضيخان في الجامع الصغير وفيما اذا بين الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد اخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه انتهى وقال في العناية بعد نقل ذلك عن النهاية قلت وفي كلام المص ما يشير اليه فانه جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق ببدل فلو لم يجب عليه الف اخرى كان اعتاقا بلا بدل انتهى فتامل بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره اي من غير العبد بان يوكل اجنبي اجنبيا بشراء العبد من مولاه حيث لا يشترط بيانه اي بيان الشراء يعني لا يشترط على الوكيل ان يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي في وقوع الشراء للموكل لان العقدين يعني الذي يقع له والذي يقع للموكل هناك اي في تلك الصورة على نمط واحد اي على نوع واحد وهو المبايعة النمط النوع والطريقة ايضا وفي الحالين اي حال الاضافة الى نفسه وحال الاضافة الى موكله المطالبة يتوجه نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان واما ههنا اي فيما نحن فيه فاحدهما اي احد العقدين اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل اي لا مطالبة في الاعتاق على الوكيل لانه سفير والمولى عساه اي لعله لا يرضاه اي لا يرضى الاعتاق لانه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه حينئذ فربما يتضرر به ويرغب في المعاوضة المحضة اي والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان اعلم ان قول المص ره ولا مطالبة على الوكيل على رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق فان محمدا رح ذكر فيه ان العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر في باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة ان العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا في وكالة الجامع الكبير وجه رواية الجامع ان توكله بشراء العبد للعبد لتوكله بشرائه لغيره وهناك يصير هو المطالب بتسليم الثمن فكذا ههنا وعن عيسى بن ابان قال الصحيح ان الثمن على الثمن لان الوكيل من جانب العبد في العتق سفير ومعبر فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الآمر وليس الامر من قبض المعقود عليه شيء فلا يتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل الا يرى ان المولى لو كان هو الذي امر الرجل ليبيع نفس العبد من العبد بالف درهم الى العطاء فباعه للوكيل بهذه الصفة يجوز البيع والف عليه الى ذلك الاجل والذي يلي قبض الالف هو المولى دون الوكيل فكذا ههنا كذا ذكره الامام المحبوبي قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك هذه هي المسئلة الثانية من المسئلتين اللتين يشتملهما هذا الفصل فمن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو اما ان يضيف العبد العقد الى موكله او الى نفسه او اطلق فان اضافه الى موكله فقال لمولاه بعني نفسه لفلان بكذا ففعل اي ففعل المولى ذلك فهو اي العقد او العبد للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اي العبد اجنبي عن ماليته لانها لمولاه حتى لو اقر بها لغيره لم يصح والبيع يرد عليه اي على العبد من حيث انه مال لا من حيث انه آدمي فكان توكيله بشراء نفسه كتوكيله بغيره من اموال المولى او التوكيل اجنبي بشراء نفسه قال شمس الائمة اما صحة هذا التوكيل فلان العبد مخاطب له عبارة فلان كالحر وانما يصلح الحر ان يكون وكيلا لغيره بالشراء باعتبار ان له عبارة صحيحة فكذلك العبد الا ان ماليته في يده استثناء من قوله لانه اجنبي عن ماليته يعني ان مالية العبد في يد نفسه حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع فانه لو اراد البائع ان يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لان ماليته في يده لكونه ماذونا له فصار كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع حبسها لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة اليه قال تاج الشريعة فان قلت الاصل

فاذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر

من هذا غير ممكن فلا يصير تسليما يسقط حق الحبس كما قلنا ان قبض الوكيل ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز قلت الشرع لا يرد بالمحال و
كون المالية ههنا في يد البائع امر حسي لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل امر اعتباري فجاز ان لا تعتبر انتهى اقول كل واحد من سواله وجوابه منظور فيه اما
السوال فلان قوله كما قلنا ان قبض الوكيل ليس بقبض الموكل في اثناء هذا السوال مخل بالمقصود لان حاصل هذا السوال ان التسليم الكائن فيما نحن فيه
لا يسقط حق الحبس لانه تسليم ضروري لا يمكن الاحتراز عنه وما هو كذلك فهو عفو لا يسقط حق الحبس كما مر في حبس الوكيل المبيع لاستيفاء الثمن وعلى تقدير ان لا يكون
قبض الوكيل قبض الموكل لا يتحقق التسليم الى الموكل هناك فلا يكون نظيرا لما نحن فيه فالوجه ان يقال بدل ذلك كما قلنا في قبض الوكيل وتوضيح المقام ان لنا قولين
في قبض الوكيل على ما مر احدهما ان قبض الوكيل قبض الموكل وتسليم اليه لكنه تسليم ضروري لا يمكن التحرز عنه فلا يسقط حق الحبس وثانيهما ان قبض الوكيل ليس بقبض الموكل في
الابتداء بل هو موقوف فيقع الموكل ان لم يحبسه ولنفسه ان حبسه وصحة التنظير على القول الاول دون الثاني واما الجواب فلان الفرق بين كون مالية العبد في يده وبين
كون قبض الوكيل قبض الموكل بان الاول امر حسي لا مرد له والثاني امر اعتباري فجاز ان لا يعتبر الثاني دون الاول مما لا يجدي قليلا في قطع مادة السوال المذكور
لان خلاصته منع كون التسليم مما نحن فيه مسقطا لحق الحبس بناء على كونه تسليما ضروريا لا يمكن الاحتراز عنه لا منع تحقق التسليم فيما نحن فيه وكون مالية العبد مما لا مرد
انما يدفع منع تحقق التسليم فيه لا منع كون التسليم فيه مسقطا لحق الحبس كما لا يخفى وانما تاثير الفرق المزبور بالنظر الى ما ادرجه في اثناء السوال المذكور من المقدمة
المستدركة المخلة بالمقصود كما عرفته لا بالنظر الى ما هو المقصود وقال صاحب العناية بعد ان ذكر ذلك السوال والجواب وفيه نظر فان مالية العبد امر اعتباري
وكونها بيده كذلك وقبض الوكيل امر حسي لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب ان يقال القبض امر حسي اذا قام بمكان لا يجعل في غيره الا بالاعتبار وجاز ترك
الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة واما مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه فاذا خرج نفسه عن ملك البائع ومالية لا تنفك تسلمت اليه ولا حبس بعد التسليم الى هنا
كلامه اقول في كل واحد من نظره وجوابه الذي ستصوبه بحث اما في الاول فلان الامر الحسي الذي لا مرد له انما هو قبض الوكيل قبض الموكل واين هذا من ذاك فلم
يكن الامر بالعكس كما لا يخفى واما في الثاني فلانه ان اراد بعدم انفكاك مالية العبد عن نفسه عدم انفكاكها عنها في نفس الامر فهو مع كونه ممنوعا في نفسه مناف
لما قاله سابقا في النظر من ان مالية العبد امر اعتباري وكونها بيده كذلك وان اراد بذلك عدم انفكاكها عنها في اعتبار اهل الشرع فللسائل ان يقول
لم لا يجوز ان يترك اهل الشرع هذا الاعتبار عند اقتضاء الضرورة كما في قبض الوكيل على ان حاصل هذا الجواب ايضا الفرق بين قبض الوكيل وبين مالية
العبد بان الانفكاك جائز في الاول دون الثانية فتعين التسليم ههنا دون الاول وهذا انما يدفع منع تحقق التسليم ههنا وقد عرفت ان خلاصة السوال المذكور
منع كون التسليم ههنا مسقطا لحق الحبس لا منع تحقق التسليم ههنا فلا يتم ما ذكره جوابا عنه اللهم الا ان يكون مراده الصواب في الفرق بين الصورتين ان يقال
كما ذكره لا ان الصواب في الجواب عن اصل السوال ان يقال كذا لكنه بعيد عن ايفاء لحق المقام والاشبه في تقرير ذلك السوال وتعيين الجواب عنه ما ذكره
صاحب الكفاية حيث قال فان قيل وقوع المالية في يد العبد ضروري لا يمكن الاحتراز عنه للمولى وكان كالوكيل له ولاية الحبس المبيع عن الموكل و
ان كان يده كيد الموكل حكما لانه لا يمكن الاحتراز عنه قلنا لا يمكن التحرز للوكيل عن هذا في جنس الوكالات ولكن يمكن للبائع التحرز عنه في جنس
الوكالة بان باع عبده لوكيل لا يشتري نفسه انتهى فاذا اضافه اي فاذا اضاف العبد العقد الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر فهذا نتيجة
الدليل تقريره ان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه مال وكل من صلح وكيلا عن غيره في شراء مال اذا اضاف العقد الى الآمر صلح فعله امتثالا
فالعبد اذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر ثم اعلم ان قوله في الكتاب ففعل فهو للآمر يشير الى ان العقد يتم بقول المولى بعت

لان عقد لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى لان المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشراء معين لكنه اتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعتني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه

وهو يخالف ما ذكر في الجامع من ان اضافة العقد الى الموكل انما تفيده الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعتني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم حتى يقول العبد قبلت وبنا ء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشتري لنفسه كما سياتي فانه اعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفي الاعتاق اذا كان المال مقدرا فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي فان قيل اذا اضاف العبد العقد الى الآمر فمن المطالب بالثمن قلنا العبد لانه العاقد فيجب الثمن عليه الا انه يرجع به على الآمر فان قلت العبد قد يكون محجورا عليه ومثله لا يرجع اليه الحقوق قلت زال الحجر ههنا بالعقد الذي باشره مولاه فان المباشرة تستدعي تصور صحة المباشرة وهو اذنه وان عقد لنفسه اي ان اضاف العقد الى نفسه فقال بعني نفسي فقال المولى بعت فهو حر لانه اعتاق لما تقدم وقد رضي به المولى لانه علم ان بيع العبد منه اعتاق دون المعاوضة اي لم يرض بها فلا يقع العقد للآمر وان تشعر ان يقال العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف استجاز لان يشتري لنفسه اجاب بقوله والعبد وان كان وكيلا بشراء شيء معين ولكنه اتى بجنس تصرف آخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا وفي مثله ينفذ على الوكيل فان الوكيل بشراء شيء بعينه اذا خالف فاتى بجنس تصرف آخر ينفذ العقد على الوكيل دون الموكل كما تقرر فيما مر وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان اي وكذا لو اطلق العبد العقد فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين يعني الامثال وغيره فلا يقع امتثالا اي فلا يحمل امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف ان يقع عن باشره قال صاحب العناية وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما يقدم واذا تردد اللفظ بين ان يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة واجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة ورضي المولى بذلك والسياق يقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة انتهى اقول بدا الجواب مما لا يكاد يصح ههنا لان الكلام الآن انما هو في مسئلة الاطلاق عن الاضافة الى نفسه والى الموكل والقرينة المذكورة انما وجدت في مسئلة الاضافة الى نفسه وقول المصنف وقد رضي به المولى دون المعاوضة انما يقع وقد يقدم ذكرها وليس ذلك بمورد الاعتراض فلا مساس لهذا الجواب بما نحن فيه اصلا لا يقال ليس المراد بالاضافة الى نفسه التي مدت قرينية ههنا الاضافة المارة في المسئلة المتقدمة الحاصلة من قوله بعني بل الاضافة الحاصلة من قوله نفسي في قوله بعني نفسي ونحوه الاضافة موجودة في مسئلة الاطلاق ايضا لانا نقول نحوه الاضافة لا تصلح ان يكون قرينة للمجاز اذ لا شك ان مجرد قوله بعني نفسي لا ينافي المعاوضة بل يحتمل ان يراد به بيع نفسه من نفسه وهو الاعتاق على مال وبيع نفسه لغيره وهو المعاوضة بل الثاني هو الظاهر نظرا الى الحقيقة وقال صاحب العناية لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ انتهى اقول نحوه ايضا ليس بصحيح اذ لا اضافة الى نفسه فيما نحن فيه لان وضعه فيما اطلق قد يضاف الى احد فكيف يتصور الترجيح فيه من حيث الاضافة الى نفسه وايضا ان اراد بقوله وهي خارجة عن مفهوم اللفظ انها خارجة عن مفهوم مجموع اللفظ الصادر عن العبد في نحوه الصورة وهو قوله بعني نفسي واين توجد الاضافة الى نفسه حتى تكون قرينة للمجاز وان اراد بذلك انها خارجة عن مفهوم بعض اللفظ الصادر عنه فيما ورد وهو قوله بعني فقط فلا يجدي شيئا لان وضع المسئلة في اطلاق مجموع ما صدر عن العبد او بدا منه نشأ نحوه الصورة عن سوق الاضافة فلا بد من خروج قيد الاضافة عن مجموع ذلك حتى يوجد الاطلاق المفروض ويصح الاحتمال المذكور وبالجملة لا احاصل لهذا الجواب ولا مطابقة فيه لما في الكتاب كما لا يخفى على ذوي الالباب والجواب الصحيح عن اصل المعارضة ما ذكره صاحب النهاية

فصل في البيع قال الوكيل بالبيع لايجوز له ان يتولى طرفيه بان يشتري بعض مال الموكل لنفسه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز بمثل القيمة

والكفاية حيث قالا فان قيل ينبغي ان يقع الشراء للموكل عند الاطلاق لان اللفظ حقيقة في الاصل فاذا تردد بين الحقيقة والمجاز ينبغي ان يحمل على الحقيقة كما هو الاصل فيما اذا قال لوكيله اشتر لي عبد فلان فاشترى له بغير امره يقع الشراء للوكيل لا على الحقيقة وهي المعاوضة ولو وقع للعبد كان عاملا بالاجازة لانه غير موضوع للاضافة بل هو موضوع للمساومة قلنا عارضت جهة اصالة الحقيقة جهة اصالة اخرى وهي ان الاصل في تصرف الانسان ان يقع لنفسه ثم رجحنا هذه الجهة بحسب مقصود البائع ظاهرا وهو ان لا يفوت ولا العبد منه فانه على تقدير وقوع الشراء للموكل يفوت نداء الغرض او نقول لما وقع التعارض بين الاصلين رجحنا جانب العتاق لانه تصرف مندوب اليه والمعاوضة مباحة محضة انتهى

فصل في البيع لما فرغ من بيان احكام التوكيل بالشراء شرع في بيان احكام التوكيل بالبيع وما ذكر لتقديم فصل الشراء ثمة فهو وجه فصل البيع ههنا كذا في الشروح اقول لقائل ان يقول قد ذكر في هذا الفصل كثيرا من احكام التوكيل بالشراء ولم يذكر ذلك في الفصل المتقدم منها قوله والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده الخ فان الحكم فيه حكم مشترك بين التوكيل بالبيع والتوكيل بالشراء ومنها قوله والتوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة تتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله فان الحكم فيه حكم التوكيل بالشراء ومنها قوله وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف الخ فان الحكم فيه ايضا حكم التوكيل بالشراء فقولهم لما ذكر مع من بيان احكام التوكيل بالشراء شرع في بيان احكام التوكيل بالبيع محل مناقشة ويمكن الجواب بنوع عناية فتامل قال اي القدوري في مختصره والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا تقبل شهادته لاي وسائر من لا تقبل شهادته لكوله وولده وزوجته وعبيده ومكاتبه شرح القدوري في مختصره بهذه الاشياء الا ان المصنف رح قصد الاجمال فقال بدلها ومن لا تقبل شهادته قال الشارح العيني في تمثيل قوله ومن لا تقبل شهادته لهم مثل ابيه واخيه اقول في تمثيله الثاني خبط ظاهر فانه تقبل شهادة الاخ لاخيه بلا خلاف كما مر في كتاب الشهادة عند ابي حنيفة رحمه الله والمراد بعدم البيع والشراء مع هؤلاء عند ابي حنيفة رحمه الله عدم جوازه ذلك عنده في مطلق الوكالة واما اذا قيد الوكالة بعموم المشية بان قال بع ممن شئت فيجوز بيعه وشراؤه مع هؤلاء بلا خلاف بخلاف البيع من نفسه او من ابن صغيره حيث لا يجوز وان قال ذلك كذا صرح به في المبسوط ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية وقالا لا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة قال بعضهم تخصيص البيع بالذكر من قبيل الاكتفاء بذكره من الشراء والا فغيه خلاف ايضا قال صاحب النهاية خص محمد البيع بالذكر في الكتاب في حق جواز البيع منهم بمثل القيمة وكذلك في شرح الطحاوي وكان فيه اشارة الى انه لا يجوز عندهما ايضا في الغبن اليسير والا لم يكن للتخصيص بمثل القيمة فائدة ولكن ذكر في الذخيرة ان البيع منهم بالغبن اليسير يجوز عندهما فكان الغبن اليسير بمنزلة بمثل القيمة على ذلك التقدير فقال فيما اذا وكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة فعن ابي حنيفة رح روايتان في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز عند ابي حنيفة رح وبيعه باكثر من القيمة وشراؤه منه باقل من القيمة يجوز بلا خلاف وبمثل القيمة يجوز عندهما وكذلك عند ابي حنيفة رح باتفاق الروايات وابو حنيفة رح فرق على رواية الوكالة والبيوع بين الوكالة والبيوع بين المضارب وبين الوكيل انتهى كلامه فان قيل ما وجه الفرق لابي حنيفة رح على هذه الرواية بين المضارب والوكيل حيث جوز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة بظهور الربح ولم يجوز بيع الوكيل اجيب بان وجهه ان المضارب اعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك به الموكل منه وقد يكون نائبا محضا في بعض الاحوال فاشبه بالمستبد بالتصرف جاز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة واشبه بالنائب لم يجز تصرفه مع هؤلاء في حق الموكل

[illegible] ولان المنافع متقطعة بخلاف العبد لانه بيع من وجه كما في بيع العبد المولى
وكذا المولى حق في كسب مكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وذلك ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة
بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف

وان كان مثل القيمة او اكثر عند ابي حنيفة رح وعندهما ايضا قياسا في المبسوط بقول الامر عبده الذي لا دين عليه لان كسب ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه فكان فيه اشارة الى انه لو كان عليه دين يجوز بيعه منه تسليما لشتبه كذا في النهاية ومعراج الدراية قال بعض الفضلاء فيه تامل فان العبد الذي عليه دين محيط ما في يده ملك لمولاه عند ابي يوسف ومحمد رح فلا يظهر للتقييد فائدة انتهى اقول نعم ان العبد الذي عليه دين يحيط بماله ورقبته يملك مولاه ما في يده عندهما الا ان تعلق به حق الغرماء حتى لو اعتق مولاه من كسب عبد اعتق عندهما ولكن بقيمته للغرماء واما عند ابي حنيفة رح فلا يملك مولاه ما في يده ولو اعتق من كسب عبده لا يعتق فائدة التقييد نظير بناء على تعلق حق الغرماء بما في يده عندهما ايضا حتى يصير مولاه ممنوعا عن ان ينتزعه من يده ولهذا اجاز بيع العبد المأذون الذي عليه دين من مولاه شيئا من اكسابه وبيع مولاه عنه شيئا من اموالهم عندهم جميعا ولا يجوز بيع العبد المأذون الغير المديون شيئا من مولاه ولا بيع مولاه شيئا منه عندهم اصلا وسيكشف ذلك كله في كتاب المأذون فقوله في المبسوط لان كسب ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه معناه ان كسبه ملك خالص لمولاه لم تعلق به حق الغير فبيعه منه كبيعه من نفسه بخلاف العبد المديون قال المصنف رح في تعليل ما ذكر في الكتاب من جانبنا لان التوكيل مطلق عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلاقه وكان المقتضى موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة ولا تهمة هنا لانها اما ان تكون من حيث ايثار العين او من حيث ايثار المالية وليس شئ منها بموجود اما الاول فلما ذكره بقوله اذ الاملاك متباينة الا يرى انه لا يحل للابن وطئ جارية نفسه ولا يحل له وطئ جارية ابيه ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك ابيه لكانت جارية مشتركة ولما حل له وطئها كما لا يحل له وطئ جارية ابيه والمنافع منقطعة لان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع وان كان الامر كذلك فلا تهمة من حيث ايثار العين فلا تهمة واما الثاني فلان التقدير بمثل القيمة بنقصان اذ وجد المقتضى وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي بخلاف العبد يعني الذي لا دين عليه لما عرفت لانه بيع من نفسه اي لان بيع الوكيل من مثل ذلك بيع من نفسه لان ما في يد العبد اي ما في يد مثل ذلك العبد للمولى اي ملك خالص للمولى لا حق فيه للغير فصار البيع منه بيعا من نفسه والبيع من نفسه غير جائز لان الواحد اذا تولى طرفي البيع كان مستوفيا او مستوفصا قابضا وسلما مخاصما في العيب وفيه من التضاد ما لا يخفى وكذا المولى حق في كسب المكاتب حتى لا تصح كتابته ولا تزويج عبده وينقلب حقيقة بالعجز يعني وقد ينقلب حق المولى في كسب المكاتب الى حقيقة الملك بعجز المكاتب عن اداء بدل الكتابة فصار كالعبد وله اي وللابي حنيفة رح ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات يعني سلمنا ان التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لانها شرعت للاعانة فكانت مواضع اعانة وبذا اي بما نحن فيه موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة اي فيما بينهم وان المنافع بينهم متصلة لان كل واحد منهم ينتفع بمال عادة فصار كل واحد منهم كمالك صاحبه من وجه فصار اي بيع الوكيل من هؤلاء بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة ايثار العين قال صاحب العناية في شرح دليل ابي حنيفة رح هنا ولابي حنيفة رح القول بالموجب اقول ليس الامر كذلك لان القول بالموجب على ما تقرر في كتب الاصول التزام ما يلزم على جميع تقدير الخلاف وهنا ليس كذلك لان حاصل التعليل المذكور من قبلهما ان التوكيل مطلقا والتهمة منتفية لتباين الاملاك وانقطاع المنافع وحاصل ما ذكر من قبله ان التهمة متحققة والمنافع متصلة والظاهر ان مال هذا منع لما علل به من قبلهما لا تسليم الدليل لانه لم يكن له من القول بالموجب في شئ نعم فيه تسليم لمقدمة واحدة من التعليل المذكور وهي ان التعليل مطلق لكن لا يتم بها وحدها مطلوبهما فلا يكون تسليمها تسليما للتعليل المذكور من قبلهما كما لا يخفى قال المصنف رح والاجارة والصرف على هذا الخلاف يعني ان الوكالة بالاجارة والصرف على هذا الخلاف المذكور وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس لان المعقود عليه وهو المنافع معدومة والصرف شرط فيه

قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز بيعه بمنقصان لا يتغابن الناس فيه وكذا لا يجوز بيعه بغير النقد والاصل ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف فكان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف في البيع ثمن المثل وبالنقود ولهذا تتقيد التوكيل بشراء الفحم بايام البرد وبشراء الحنطة بايام الحصاد وبشراء الاضحية بايام النحر وقبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الامر ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهو ظاهر وبهبة من وجه ولهذا لو فصل من المريض كان معتبرا من الثلث والاب والوصي لا يملكانه وهو وكيل بالبيع دون الهبة وكذا المقايضة اي البيع بالعرض بيع من وجه وشراء من وجه لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة عن الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في الملك شراء فلا يتناوله اي فلا يتناول البيع بغبن فاحش وبيع المقايضة مطلق اسم البيع المطلق ينصرف الى الكامل وللابي حنيفة رح ان الوكيل بالبيع مطلق اي غير مقيد شيئ فيجري اي يجري المطلق على اطلاقه في غير موضع التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وللابي حنيفة رح القول بالموجب اي سلمنا ان التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على اطلاقه في غير موضع التهمة اقول هذا اتبع ما قاله في الاصل الاولى اذ لم يقل الخصم ههنا قط ان التوكيل بالبيع مطلق بل قال ان مطلق الامر تقييد بالمتعارف يعني ان ما هو في صورة الاطلاق من الامر فهو مقيد في الحقيقة بالمتعارف فلم يقع منا الحكم بان التوكيل بالبيع مطلق حتى يصير محلا للمنع او التسليم فلا يتصوران يكون ما ذكر من قبل ابي حنيفة رح ههنا قولا بالموجب تسليم ان التوكيل بالبيع مطلق والحق ان حاصل معنى الكلام المذكور منع لكون مطلق الامر ههنا مقيدا بالمتعارف بناء على قاعدة لزوم اجراء المطلق على اطلاقه في غير موضع التهمة وان حاصل معنى قوله والبيع بالغبن الفاحش بالعين اي العرض متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم اي السآمة من العين نزل في الجواب عن المنع المذكور يعني سلمنا ان مطلق الامر تقييد بالمتعارف لكن البيع بالغبن او العين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن لتجارة رابحة او لغيرها وعند التبرم من العين وفي هذا الايام تقلبت الاثمان في كثرته وقلته تيرا الثمن وعرضيته وكان العرف مشتركا فلم يصلح حجة لاحد الخصمين على الآخر والمسائل مسوقة على قول ابي حنيفة رح اي المسائل المستشهد بها من قبل الخصم

وانہ بیع من کل وجہ حتی ان من حلف لا یبیع یحنث بہ غیر ان کلام الوصی کما یملکانہ مع انہ بیع لکن ولایتہما نظریۃ ولا نظر فیہ

وہی مسائل شراء اللحم والجبن والاضحیۃ لیست بمسلمۃ علی قول ابی حنیفۃ رح بل ہی مرویۃ علی قول ابی یوسف رح علی ذلک لوجہ واما عند ابی حنیفۃ رح فہی علی اطلاقہا لا تقیید بزمان الحاجۃ قال فی غایۃ البیان ولکن سلمنا انہا تقید علی قول ابی حنیفۃ رح ایضا فقول انما تقید بدلالۃ الغرض لا بدلالۃ العادۃ لان الغرض من شراء اللحم دفع ضرر البرد وذلک یختص بالشتاء والغرض من شراء الجبن دفع ضرر الحر وذلک یختص بالصیف حتی لو انعدمت ہذہ الدلالۃ بان عمد الوکیل من یتیاد تربیص اللحم کالمحدارین او تربیص الجبن کالنفاعیین لا تقید التوکیل کذا قال الامام علاء الدین العالم فی طریقۃ الخلاف وکذا التوکیل بالاضحیۃ تقید بایام النحر بالغرض لا بالعادۃ لان غرض الموکل خروجہ عن عہدۃ الوجوب الذی یلحقہ فی ایام تلک السنۃ انتہی وقال فی الکافی ولانہ مطلق فی حق الوقت لاعلم بتبادل الافراد وقد صار المتعارف مرادا فلم یبق غیرہ مرادا فافہم انتہی وبہذا ذکر فی الکفایۃ ایضا واما ای البیع بالغبن بیع من کل وجہ جواب عن قولہما ولان البیع بالغبن فاحش بیع من وجہ وہبۃ من وجہ یعنی لانہ کذلک بل ہو بیع من کل وجہ حتی ان من حلف لا یبیع یحنث بما ای بالبیع بالغبن فاحش فلما جعلوہ بیعا مطلقا استغنی عن التعلیل فی الوکالۃ کذلک واعترض علیہ بانہ لا یلزم من جریان العادۃ فی البیع بغبن فاحش نوع جریانہا فی البیع فی ذلک النوع الاری انہ لو حلف لا یاکل لحما فاکل لحما قدیدا حنث وفی التوکیل بشراء اللحم لو اشتری الوکیل لحما قدیدا وقع علی الآمر واجیب بان التوکیل بشراء اللحم انما یقع علی لحم یباع فی الاسواق والقدید لا یباع فیہا عادۃ فلا یلیق التوکیل علیہ فحمل ہذا ان عرف قد اختلف فی بعضہا فاختلف الجواب لذلک اما البیع بالغبن فلا یخرج عن کونہ بیعا حقیقۃ وعرفا اما حقیقۃ فظاہر واما عرفا فیقال بیع رابح وبیع خاسر کذا فی العنایۃ اخذا من النہایۃ اقول فی الجواب بحث لان حاصلہ الاعتراف باختلاف العرف فی حق الیمین والبیع والتشبث بادعاء ان البیع بالغبن فاحش لا یخرج عن کونہ بیعا لا حقیقۃ ولا عرفا فیرد علیہ انہ ان اراد انہ لا یخرج عن کونہ بیعا من وجہ فہو مسلم لکن لا یحصل بہ الجواب عما قالاہ والکلام فیہ وان اراد انہ لا یخرج عن کونہ بیعا من کل وجہ فہو ممنوع بل ہو اول المسئلۃ حیث لا یقول بہ الخصم بل یدعی انہ بیع من وجہ وہبۃ من وجہ ونحن نعتصد الجواب عن مسئلۃ الیمین فاذا ورد الاعتراض علیہ باختلاف العرف والحکم فی حق الیمین والبیع فکیف یصح الجواب عنہ بالمصیر الی الاصل المتنازع فیہ غیر ان لا یبعد ان یکون الجواب عن سوال مقدر تقریرہ لو کان البیع بالغبن فاحش بیعا من کل وجہ یملک الاب والوصی یعنی ان الاب والوصی انما لا یملکان البیع بالغبن فاحش مع انہ بیع ای من کل وجہ لان ولایتہما ای ولایۃ الاب والوصی علی الصغیر نظریۃ ای مشروطۃ بالنظر فی امر الصغیر بالشفقۃ والایصال النفع الیہ ولا نظر فیہ ای فی البیع بالغبن فاحش والمقایضۃ بیع من کل وجہ وبیع من کل وجہ جواب عنہ لہما وکذا المقایضۃ بیع من وجہ وشراء من وجہ یعنی لانہم المقایضۃ بیع من وجہ وشراء من وجہ بل ہی بیع من کل وجہ وشراء من کل وجہ لوجود حد کل واحد منہما قال صاحب العنایۃ وہو مبادلۃ المال بالمال علی وجہ التراضی بطریق الاکتساب کما تقدم فی اول البیوع وقال وکل ما صدق علیہ ہذا الحد فہو بیع من کل وجہ وشراء من کل وجہ اقول فیہ خلل اما اولا فلانہ لا یخفی علی احد ان المراد بالبیع فی قولہ والمقایضۃ بیع من کل وجہ وشراء من کل وجہ ہو البیع المقابل للشراء وہو وصف المبیع وان المراد بالشراء فی قولہ المزبور ہو الشراء المقابل للبیع وہو وصف للمشتری والحد المذکور ای مبادلۃ المال بالمال علی وجہ التراضی بطریق الاکتساب انما ہو حد البیع الذی ہو عقد شرعی وہو المجموع المرکب من الایجاب والقبول مع الارتباط الشرعی الحاصل بینہما فذلک المعقول عن قولہ لوجود حد کل واحد منہما وامانیا فلان قولہ وکل ما صدق علیہ ہذا الحد فہو بیع من کل وجہ وشراء من کل وجہ بعد ان جعل ہذا الحد حدا لکل واحد من البیع والشراء یقتضی ان یکون کل البیاعات الغیر الاضطراریۃ بیعا من کل وجہ وشراء من کل وجہ اذ لا یخلو شیء منہا عن صدق ہذا الحد علیہ کما تقدم فی اول البیوع ولم یقل بہ احد قط اعترض بعض الفضلاء بوجہ آخر علی قولہ وہو مبادلۃ المال بالمال علی وجہ التراضی بطریق الاکتساب حیث قال فیہ نظر فان البیع فی قولہ البیع

والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما

بالمقابلة والعوض فلا يتناول الحد الشراء انتهى اقول هذا ساقط لان بالمقابلة والعوض لا ينافي تناول الحد المذكور الشراء فان المقابلة والمعاوضة يتحققان في كل واحد من البدلين بلا تفاوت وانما بقي حديث دخول الباء على الثمن وسيجيء الكلام فيه قال صاحب العناية ويجوز ان يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه متوسلا به الى تحصيل ملك غيره والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة انتهى اقول هذا هو الصواب وان كان مقتضى تحريره ان يكون ضعيفا عنده الا ان المراد بقوله وكلاهما صادق على المقايضة انهما صادقان على يدي المقايضة معا فلا ينتقض بسائر البياعات فان صدق البيع بالمعنى المزبور في سائرها مختص بالسلعة وصدق الشراء فيها مختص بالثمن فيسقط ما قاله بعض الفضلاء على قوله وكلاهما صادق على المقايضة بل على جميع البياعات ففي تقريره قصور انتهى فتدبر ثم قال صاحب العناية فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع المالين باعتبارين يتعين كل منهما باطلاق لفظ محضة عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء انتهى اقول وفيه خلل لان حاصله ان معنى البيع ومعنى الشراء متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار يتعين كل منهما باطلاق لفظ محضة عليه وهو لفظ البيع في البيع ولفظ الشراء في الشراء فيمتاز به البائع عن المشتري لكنه ليس بصحيح اما اولا فلانه قد تقرر في كتب اللغة ان لفظ البيع ولفظ الشراء من الاضداد ويطلق كل منهما على كل من معنيي البيع والشراء وصرحوا به في اول كتاب البيوع حتى صرح نفسه ايضا هناك بان لفظ البيع من الاضداد لغة واصطلاحا وقال يقال باع الشيء اذا شراه واشتراه واذا كان كذلك فكيف يتيسر اختصاص احد اللفظين المذكورين باحد المعنيين المزبورين وكيف يتصور تعين احد هذين المعنيين باطلاق احد ذينك اللفظين عليه ولا شك ان ما هو من الاضداد يصح اطلاقه على كل من معنييه على ان اتحاد معنى البيع والشراء بالذات مما لم يقل به احد من الثقات ولا يرى له وجه سديد واما ثانيا فلان البيع كما ينعقد بالايجاب والقبول ينعقد ايضا بالتعاطي كما تقرر في البيوع وفي صورة التعاطي لا يلزم اطلاق لفظ على شيء منهما فكيف يتم قوله يتعين كل منهما باطلاق لفظ محضة عليه وبذلك يتميز البائع على المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء واما ثالثا فلانه لو تعين كل منهما بلفظ محضة وامتاز به البائع عن المشتري لكان الصادر من احد المتعاقدين بيعا ومن الآخر شراء البتة فلم يصح القول بان المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بل هي حينئذ اما بيع واما شراء لا غير اللهم الا ان يحمل المراد بكونها بيعا وشراء من كل وجه على انها صالحة لكل واحد منهما قبل صدور العقد واما بعد صدوره فيتعين واحد منهما لكنه تعسف ثم انه فرع على ما ذكره سقوط بعض ما قيل ههنا ولما لم يصح الاصل كما عرفته لم يصح الفرع ايضا لان صحة الفرع فرع صحة الاصل كما لا يخفى واعلم ان ههنا اسولة واجوبة يستدعي بسطها تحقيق المقام فنقول ان قيل من المحال ان يوصف الشيء الواحد بصفة ويضدها في حالة واحدة ولو قلنا بان بيع المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه في ذلك الوقت لزم هذا المحال قلنا انما يلزم المحال لو كان ذلك بجهة واحدة وليس كذلك فانه بيع من كل وجه بالنسبة الى عرض نفسه وشراء من كل وجه بالنسبة الى عرض صاحبه وانما قلنا هكذا لان البيع لا بد له من مبيع وثمن وليس كل واحد منهما باولى من الآخر في ان يجعل هو مبيعا او ثمنا فجعل كل واحد منهما مبيعا بمقابلة الآخر وثمنا بمقابلة الآخر فان قيل لا نم عدم الاولوية في احدهما لانه لا بد من ادخال الباقي واحد عنهما لتحقيق الصاق البدل بالمبدل وما دخل عليه الباء تعين للثمنية لما عرفت ان الباء تصحب الاثمان فح يتعين الآخر لكونه مبيعا بحاله قلنا قد ذكر في اوائل كتاب البيوع ان الباء انما تعين ما دخلت عليه للثمنية اذا كان ذلك الشيء من المكيلات والموزونات من غير الدراهم والدنانير فان الدراهم والدنانير متعينة للثمنية سواء دخلت عليها الباء او لم تدخل والعروض المعينة متعينة للمبيعية سواء دخلت عليها الباء او لم تدخل اما المكيلات والموزونات اذا كانت غير معينة وهي موصوفة بصفة فان دخلت عليها الباء تتعين للثمنية كما اذا قال اشتريت هذا العبد بكذا حنطة جيدة واما اذا لم تدخل عليها الباء فلا تتعين لها ايضا ثم كلامنا ههنا في بيع المقايضة وهي تنبئ عن المساواة يقال

وانہ بیع من کل وجہ حتی لو من حلف لا یبیع یحنث بہ غیر ان الاب والوصی کما یملکانہ مع انہ بیع کان ولایتہما نظریۃ ولا نظر فیہ

وہی مسائل شراء اللحم والجبن والاضحیۃ لیست بمسلمۃ علی قول ابی حنیفۃ رح بل ہی مرویۃ علی قول ابی یوسف رح علی ذلک لوجہ واما عند ابی حنیفۃ رح فحق علی اطلاقہا لا تقیید بزمان المجاعۃ قال فی غایۃ البیان ولکن سلمنا انہا تقید علی قول ابی حنیفۃ رح ایضا فقول انما تقید بدلالۃ الغرض لا بدلالۃ العادۃ لان الغرض من شراء اللحم دفع ضرر البرد وذلک یختص بالشتاء والغرض من شراء الجبن دفع ضرر الحر وذلک یختص بالصیف حتی لو انعدمت ہذہ الدلالۃ بان جعل التوکیل ممن یقیا وتربص اللحم کالمحتاجین او تربص الجبن کالمقاعیین لا یتقید التوکیل کذا قال الامام علاء الدین العلامۃ فی طریقۃ الخلاف وکذا التوکیل بالاضحیۃ تقید بایام النحر بالغرض لا بالعادۃ لان غرض الموکل خروجہ عن عہدۃ الوجوب الذی یلحقہ فی ایام تلک المدۃ انتہی وقال فی الکافی ولانہ مطلق فی حق الوقت لاعام فلم یتناول الا واحدا وقد صار المتعارف مرادا فلم یبق غیرہ مرادا فاما ہذا فعام انتہی وبہذا ذکر فی الکفایۃ ایضا واما ای البیع بالغبن بیع من کل وجہ جواب عن قولہما ولان البیع بغبن فاحش بیع من وجہ وہبۃ من وجہ یعنی لانہ کذلک بل ہو بیع من کل وجہ حتی ان من حلف لا یبیع یحنث بہ ای بالبیع بغبن فاحش فلما جعلنا ہبۃ ساقطۃ اعتبر بیعا حتی جعل فی الوکالۃ کذلک واعترض علیہ بانہ لا یلزم من جریان العادۃ فی البیع نوع جریانہ فی البیع فی ذلک النوع الا یری انہ لو حلف لا یاکل لحما فاکل لحما قدیدا حنث وفی التوکیل بشراء اللحم لو اشتری الوکیل لحما قدیدا وقع علی المشتری لا علی الآمر واجیب بان التوکیل بشراء اللحم انما یقع علی لحم یباع فی الاسواق والقدید لا یباع فیہا عادۃ فلا یقع التوکیل علیہ فعلم بہذا ان المعرف قد اختلف فی حقہما فاختلف الجواب لذلک اما البیع بالغبن فلا یخرج عن کونہ بیعا حقیقۃ وعرفا اما حقیقۃ فظاہر واما عرفا فیقال بیع رابح وبیع خاسر کذا فی العنایۃ اقول فی الجواب بحث لان حاصلہ الاعتراف باختلاف العرف فی حق الیمین والبیع والتشبث باوہام ان البیع بغبن فاحش لا یخرج عن کونہ بیعا لا حقیقۃ ولا عرفا فیرد علیہ انہ ان اراد بانہ لا یخرج عن کونہ بیعا من وجہ فہو مسلم لکن لا یحصل بہ الجواب عما قالاہ والکلام فیہ وان اراد بانہ لا یخرج عن کونہ بیعا من کل وجہ فہو ممنوع اذ ہو اول المسئلۃ حیث لا یقول بہ الخصم بل یدعی انہ بیع من وجہ وہبۃ من وجہ ونحن نعتمد الجواب عن مسئلۃ الیمین فاذا ورد الاعتراض علیہ باختلاف العرف والحکم فی حق الیمین والبیع فکیف یصح الجواب عنہ بالمصیر الی الاصل المتنازع فیہ فیصیر ان الاب والوصی لا یملکانہ جواب عن سوال مقدر تقریرہ لو کان البیع بغبن فاحش بیعا من کل وجہ یملک الاب والوصی یعنی ان الاب والوصی انما لا یملکان البیع بغبن فاحش مع انہ بیع ای من کل وجہ لان ولایتہما ای ولایۃ الاب والوصی علی الصغیر نظریۃ ای بشرط النظر فی امر الصغیر بالشفقۃ ایصال النفع الیہ ولا نظر فیہ ای فی البیع بغبن فاحش والمقایضۃ شراء من کل وجہ وبیع من کل وجہ جواب عن قولہما وکذا المقایضۃ بیع من وجہ وشراء من وجہ یعنی لانہم المقایضۃ بیع من وجہ وشراء من وجہ بل ہی بیع من کل وجہ وشراء من کل وجہ لوجود حد کل منہما قال صاحب العنایۃ وہو مبادلۃ المال بالمال علی وجہ التراضی بطریق الاکتساب کما تقدم فی اول البیوع وقال وکل ما صدق علیہ ہذا الحد فہو بیع من کل وجہ وشراء من کل وجہ اقول فیہ نظر اما اولا فلانہ لا یخفی علی احد ان المراد بالبیع فی قولہ والمقایضۃ بیع من کل وجہ شراء من کل وجہ ہو البیع المقابل للشراء وہو وصف البائع وان المراد بالشراء فی قولہ المزبور ہو الشراء المقابل للبیع وہو وصف للمشتری والحد المذکور ای مبادلۃ المال بالمال علی وجہ التراضی بطریق الاکتساب انما ہو حد البیع الذی ہو عقد شرعی وہو المجموع المرکب من الایجاب والقبول مع الارتباط الشرعی الحاصل بینہما فذلک المعرف عن قولہ لوجود حد کل واحد منہما واما ثانیا فلان قولہ وکل ما صدق علیہ ہذا الحد فہو بیع من کل وجہ وشراء من کل وجہ بعد ان جعل ہذا الحد حدا لکل احد من البیع والشراء یقتضی ان یکون کل البیاعات الغیر الاضطراریۃ بیعا من کل وجہ وشراء من کل وجہ اذ لا یخلو شئ منہا عن صدق ہذا الحد علیہ کما تقدم فی اول البیوع ولم یقل بہ احد قط واعترض بعض الفضلاء بوجہ آخر علی قولہ وہو مبادلۃ المال بالمال علی وجہ التراضی بطریق الاکتساب حیث قال فیہ نظر فان البیاع فی قولہ بیاع

والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما

بالمقابلة والعوض فلا يتناول الحد الشراء انتهى اقول هذا ساقط لان بالمقابلة والعوض لا ينافي تناول الحد المذكور الشراء فان المقابلة والمعاوضة يتحققان في كل واحد من البدلين بلا تفاوت وانما بقي حديث دخول الباء على الثمن وسيجيء الكلام فيه قال صاحب العناية ويجوز ان يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه متوسلا به الى تحصيل ملك غيره والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة انتهى اقول هذا هو الصواب وان كان مقتضى تحريره ان يكون ضعيفا عنده الا ان المراد بقوله وكلاهما صادق على المقايضة انهما صادقان على يدي المقايضة معا فلا ينتقض بسائر البياعات فان صدق البيع بالمعنى المزبور في سائرها مختص بالسلعة وصدق الشراء فيها مختص بالثمن فيسقط ما قاله بعض الفضلاء على قوله وكلاهما صادق على المقايضة بل على جميع البياعات ففي تقريره قصور انتهى فتدبر ثم قال صاحب العناية فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما باطلاق لفظ محضة عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء انتهى اقول وفيه خلل لان حاصله ان معنى البيع ومعنى الشراء متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار يتعين كل منهما باطلاق لفظ محضة عليه وهو لفظ البيع في البيع ولفظ الشراء في الشراء فيمتاز به البائع عن المشتري لكنه ليس بصحيح اما اولا فلانه قد تقرر في كتب اللغة ان لفظ البيع ولفظ الشراء من الاضداد ويطلق كل منهما على كل من معنيي البيع والشراء وصرحوا به في اول كتاب البيوع حتى صرح نفسه ايضا هناك بان لفظ البيع من الاضداد لغة واصطلاحا وقال يقال باع الشيء اذا شراه واشتراه واذا كان كذلك فكيف يتيسر اختصاص احد اللفظين المذكورين باحد المعنيين المزبورين وكيف يتصور تعين احد هذين المعنيين باطلاق احد ذينك اللفظين عليه ولا شك ان ما هو من الاضداد يصح اطلاقه على كل من معنييه على ان اتحاد معنى البيع والشراء بالذات مما لم يقل به احد من الثقات ولا يرى له وجه سديد واما ثانيا فلان البيع كما ينعقد بالايجاب والقبول ينعقد ايضا بالتعاطي كما تقرر في البيوع وفي صورة التعاطي لا يلزم اطلاق لفظ على شيء منهما فكيف يتم قوله يتعين كل منهما باطلاق لفظ محضة عليه وبذلك يتميز البائع على المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء واما ثالثا فلانه لو تعين كل منهما بلفظ محضة وامتاز به البائع عن المشتري لكان الصادر من احد المتعاقدين بيعا ومن الآخر شراء البتة فلم يصح القول بان المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بل هي حينئذ اما بيع واما شراء لا غير اللهم الا ان يحمل المراد بكونها بيعا وشراء من كل وجه على انها صالحة لكل واحد منهما قبل صدور العقد واما بعد صدوره فيتعين واحد منهما لكنه تعسف ثم انه فرع على ما ذكره سقوط بعض ما قيل ههنا ولما لم يصح الاصل كما عرفته لم يصح الفرع ايضا لان صحة الفرع فرع صحة الاصل كما لا يخفى واعلم ان ههنا اسولة واجوبة يستدعي بسطها تحقيق المقام فنقول ان قيل من المحال ان يوصف الشيء الواحد بصفة ويضدها في حالة واحدة ولو قلنا بان بيع المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه في ذلك الوقت لزم هذا المحال قلنا انما يلزم المحال لو كان ذلك بجهة واحدة وليس كذلك فانه بيع من كل وجه بالنسبة الى عرض نفسه وشراء من كل وجه بالنسبة الى عرض صاحبه وانما قلنا هكذا لان البيع لا بد له من مبيع وثمن وليس كل واحد منهما باولى من الآخر في ان يجعل هو مبيعا او ثمنا فجعل كل واحد منهما مبيعا بمقابلة الآخر وثمنا بمقابلة الآخر فان قيل لا نم عدم الاولوية في احدهما لانه لا بد من ادخال الباقي واحد عنهما لتحقيق الصاق البدل بالمبدل وما دخل عليه الباء تعين للثمنية لما عرفت ان الباء تصحب الاثمان فح يتعين الآخر لكونه مبيعا بحاله قلنا قد ذكر في اوائل كتاب البيوع ان الباء انما تعين ما دخلت عليه للثمنية اذا كان ذلك الشيء من المكيلات والموزونات من غير الدراهم والدنانير فان الدراهم والدنانير متعينة للثمنية سواء دخلت عليها الباء او لم تدخل والعروض المعينة متعينة للمبيعية سواء دخلت عليها الباء او لم تدخل اما المكيلات والموزونات اذا كانت غير معينة وهي موصوفة بصفة فان دخلت عليها الباء تتعين للثمنية كما اذا قال اشتريت هذا العبد بكذا حنطة جيدة واما اذا لم يدخل عليها الباء فلا يتضمن لها ايضا ثم كلامنا ههنا في بيع المقايضة وهي تنبئ عن المساواة يقال

قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر

القيمان اى متساويان وكان كلا البدلين متعينا فلا يتعين واحد منهما للمبيعية ولا للثمنية فلذلك جعل كل واحد منهما مبيعا وثمنا وان خلت المبادلة عن احدهما فان قيل اذا كان بيع المقايضة شراء من كل وجه وبيعا من كل وجه فمن اى وجه رجح ابو حنيفة رح جانب البيع فيه فنفذ البيع على الآمر عنده اذا باع الوكيل بالبيع بعرض مع الغبن الفاحش قلنا رجح هو جانب البيع استدلالا بما ذكر في المبسوط في باب الوكالة بالسلم من كتاب البيوع من ان جانب البيع ترجح على جانب الشراء في البيع بعرض الا يرى ان احد المتفاوضين لو اشترى بغير اذن صاحبه كان مشتريا لنفسه ولو باع بغير اذن صاحبه شيئا من مال المفاوضة توقف على اجازة صاحبه فان باعه بعرض يتوقف ايضا حتى لو كان صاحبه كان تصرفه على المفاوضة فعرفنا ان جانب البيع ترجح فيه كذا في النهاية ومعراج الدراية فان قلت كما ان كل واحد من عاقدي عقد المقايضة بائع بالنسبة الى عرض نفسه مشتر بالنسبة الى عرض الآخر كذلك كل واحد من عاقدي عقد الصرف بائع ومشتر لما ان عقد الصرف بيع والبيع لا بد له من مبيع وثمن وليس احد البدلين اولى من الآخر في جعله مبيعا او ثمنا فجعل كل واحد منهما مبيعا وثمنا ثم الغبن الفاحش يتحمل في بيع المقايضة على قول ابي حنيفة رح في ظاهر الرواية خلافا لرواية الحسن كما ذكر في الذخيرة والمبسوط ولا يتحمل في بيع الصرف على قول الكل باتفاق الروايات كما ذكر في باب الوكالة في الصرف من صرف المبسوط فما وجه الفرق بينهما مع اتحادهما في العلة قلت الفرق بينهما انما نشأ من حيث ورود علة عدم جواز بيع الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش ههنا ايضا وذلك لان تصرف الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش انما لا ينفذ على الموكل للتهمة فان من الجائز انه عقد لنفسه فلما علم بالغبن اراد ان يلزم ذلك الوكيل وهذا المعنى موجود ههنا فان الوكيل يملك عقد الصرف لنفسه كما صرح به في المبسوط واما في بيع المقايضة فليس للوكيل ان يبيع من نفسه ولا ان يشتري لنفسه عرضا لآخر بمقابلة عرض الموكل فلم يرد التهمة التي وردت في حق الوكيل بالشراء فلهذا منع الجواز هناك في ظاهر الرواية على قول ابي حنيفة رح وذكر في الذخيرة ان الوكيل بالصرف اذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف لان الغبن على قول ابي حنيفة رح ان كان يجوز باعتبار انه بيع من وجه لا يجوز باعتبار انه شرى من وجه الا ان الشرى اصل في هذا العقد لان الثمنية في الدراهم والدنانير اصل والبيعية فيها اصل فكان شرى من كل وجه والغبن الفاحش لا يتحمل في الشرى بالاتفاق كذا في النهاية قال صاحب العناية ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا يجوز فيه ان يبيع بالاقل اصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله انتهى اقول فيه نظر لان موكلا انما لا يملك البيع بالاقل فيما اذا اتحد البدلان في الجنس واما اذا اختلفا فيه فيملكه قطعا كما تقرر في كتاب الصرف ولا يخفى ان عدم جواز بيع الوكيل بالصرف بغبن على قول الكل باتفاق الروايات غير منحصر في صورة اتحاد الجنس بل يعم صورتي اتحاد الجنس واختلافه بل المسئلة مصورة في صرف المبسوط بصورة اختلاف الجنس حيث قال فيه وان وكله بالصرف فباعها بدنانير وحط عنه ما لا يتغابن الناس في مثله لم يجز على الآمر انتهى فيلزم هذه الصورة قطعا ويكفي في ورود السؤال على ما ذكر في الكتاب ثم ان صاحب العناية قد خرج في شرح هذه المسئلة عن سنن الصواب غبن في تفرقة غبنا فاحشا ومع ذلك قال في آخر كلامه فعليك بهذا التطبيق على ما في الكتاب لما خفا على البصير تحرير التصدي لتلفيقه ان شاء الله تعالى قال اى القدوري في مختصره والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها وهي الغبن اليسير ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله وهو الغبن الفاحش قال في شرح الاقطع وعن ابي حنيفة رح رواية اخرى انه يجوز بالقليل والكثير لعموم الامر كذا في غاية البيان علل المصنف ما في الكتاب بقوله لان التهمة فيه اى في الشراء متحققة فلعله اى فلعل الوكيل اشتراه اى اشترى الشيء الذي وكل به لنفسه اى لاجل نفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره وهو الموكل على ما مر اشارة الى ما ذكره في فصل الشراء بقوله لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الآمر انتهى والتهمة في باب الوكالة معتبرة ولان الوكيل بالشراء اليه يجب الثمن في ذمته لنفسه ويجب لنفسه مثله في ذمة الآخر

حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه فقالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يتطرق العقد قال والد ولا يتغابن الناس فيه مما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده

والانسان متهم في حق نفسه فلا يملك ان يتهم الآمر الا فيما لم يدخل في ملكه بازاء ما يعد له ولهذا قال لو اشتريت وقبضت وهلك في يدي فمات الثمن يسقط قوله بخلاف الوكيل بالبيع فانه لو قال بعت وقبضت الثمن وهلك عندي كان القول قوله ولان امره بالشراء يلاقي ملك الغير وليس للانسان ولاية مطلقة في ملك الغير فلا يتم الاطلاق امره فيه بخلاف البيع فان امره يلاقي ملك نفسه وله ولاية مطلقة ولان اعتبار العموم والاطلاق في التوكيل بالشراء غير ممكن لانه لو اعتبر ذلك لانصرف ذلك المتاع بجميع ما يملكه الموكل وبما لا يملكه من المال ونحن نعلم انه لا يقصد ذلك فمعناه على الخصوص وهو الشراء بالنقد بثمن يسير في جانب يتسامح فيه واعتبار العموم والاطلاق ممكن لانه لا يتسلط به على شئ من ماله سوى البيع الذي رضي بزواله عنه وهذه فروق اربعة بين الوكيل بالبيع وبين الوكيل بالشراء في الفتاوى الظهيرية ذكرت في كتاب البيوع من المبسوط حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا اي المشايخ ينفذ على الآمر اي ينفذ العقد على الآمر وان كان مع الغبن الفاحش لانتفاء التهمة لانه اي الوكيل لا يملك شراءه اي شراء ذلك الشئ المعين لنفسه واراد بقوله قالوا عامة المشايخ فان بعضهم قال تحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا تحمل فيه اليسير ايضا كما في الذخيرة وغيرها وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه اي زوج موكلا امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده اي عند ابي حنيفة رح ذكره محمد رح في الاصل في اول باب الوكالة في النكاح حيث قال واذا وكل رجل رجلا ان يزوجه امرأة بعينها فزوجها اياه فهو جائز فان زاد او على مهر مثلها فهو جائز في قول ابي حنيفة رح وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا زوجها بما يتغابن الناس في مثله فهو جائز وان زاد اكثر من ذلك لم يلزم الزوج النكاح الا ان يرضا واذا وكل رجل رجلا ان يزوج امرأة بعينها فزوجها الوكيل فهو جائز وهي امرأته لا يشبه هذا الشراء لو امره ان يشتري عبدا بعينه فاشتراه الوكيل لنفسه كان العبد للآمر اي هنا لفظ الاصل قال الصدر وفي تعليل ما في الكتاب لانه اي الوكيل بالنكاح لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد اي في عقد النكاح فلا يمكن هذه التهمة اي تهمة ان يعقده لا لنفسه ثم يلحقه لغيره ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه لا يطلق العقد اي لا يضيفه الى الموكل حيث يقول اشتريت ولا يقول اشتريت لفلان لغير يجوز له الاطلاق ولا يجب عليه الاضافة الى الموكل فيمكن تلك التهمة قال شيخ الاسلام خواهرزاده جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند اهل البلد كالعبيد والدواب وغيرها اما ما له قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم وغيرهما فاذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر وان قلت الزيادة كالفلس مثلا قال في بيوع التتمة وبه يفتى والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين هذا لفظ الصدر في مختصره وفهم منه ان مقابلة ما يتغابن فيه قال في الذخيرة تكلموا في الحد الفاصل بين الغبن اليسير والغبن الفاحش والصحيح ما روى عن محمد رح في النوادر ان كل غبن يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فهو فاحش وقال والى هذا اشار في الجامع في تعليل مسئلة الزكوة قال الصدر وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي النقدات ده دوازده اعلم ان ظاهر سوق الكلام ههنا يشعر بان يكون مراده بذكر هذا القول تفسير الغبن الفاحش لان صريح ما ذكره سابقا كان تفسيرا للغبن الفاحش فاذا قال بعده وقيل في العروض الخ كان المتبادر منه ان يكون هذا ايضا تفسيرا للغبن الفاحش واما الذي ذكره تلميذه بين الناس في سائر المعتبرات ان يكون مراده بذلك تفسير الغبن اليسير وعن هذا كان الشراح ههنا فريقين فمنهم من تبع وفي تعيين مراده جعل كلامه مختلفا للمعنيين ولكن كل احد منهما يقبل لا من عند نفسه ومنهم من جزم بالثاني فقال اي بالغبن اليسير ولم يذكر الاحتمال الآخر وقال الشارح الكاكي من هذه الفرقة وكان قوله قيل معطوفا على ما تضمن قوله ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فانه اذا كان الغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويمهم كان ما يدخل تحت تقويمهم غبنا يسيرا والحق عندي ان يكون ذلك تفسيرا للغبن اليسير لانه هو الموافق لما ذكره جمهور الفقهاء وعامة المشايخ في كتبهم المعتبرة منهم الامام الجليل علاء الدين السيجابي فانه قال في شرح الطحاوي وروى عن نصير بن يحيى انه قال قدرنا التباين بين الناس في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يازده وفي النقد ده دوازده انتهى ومنهم الشيخ ابو المعين النسفي

لان التصرف يكثر وجوده في الاول ويقل في الاوسط ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن تقابل التصرف **قال** وان وكله ببيع عبد له فباع نصفه جاز
عند ابي حنيفة رح وان لم يسم له ثمنا وقالا لا يجوز الا ان يسمي له ثمن الكل بقدر ما يقع التغابن في مثله وعنه ان باع النصف بما يتغابن الناس في مثله جاز
وان باع باقل من ذلك لم يجز وهو رواية عن ابي يوسف رح وهو الاصح لان الكل يشتمل على النصف وزيادة فاذا باع النصف فقد باع الكل وزيادة
لانه يعد متعارفا وهذا لان ضرر الشركة لا يزال الا بان يبيع النصف الآخر فيتضرر المشتري بالشركة فيرفع وسيلة الى الاستزادة بان لا يجد من يشتريه جملة
فيحتاج الى ان يعرف فلذا يباع الكل قبل نقص البيع الاول تبين انه وقع وسيلة واذا ظهر ان البيع وقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان وعن محمد ان وكله بشراء
عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الاستيلاء بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج
الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل رد الكل علم ان البيع تبين انه وقع وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة رح ان في الفرع

فانه قال في شرح الجامع الكبير اختلف المشايخ في الحد الفاصل بالقليل والكثير منهم من قال ما يتغابن الناس فيه قليل وما لا يتغابن الناس فيه كثير ومنهم من قال ما يدخل تحت
تقويم المقومين فهو قليل وما لا يدخل فهو كثير ومنهم من قال ذلك مفوض الى رأي القاضي ومحمد رح قدر في هذا الكتاب يعني في الجامع الكبير بعشرة دراهم ومشايخ بلخ فصلوا ذلك
على ما قال الفقيه ابو القاسم بن شعيب على عشرة دراهم قدر الدرهم في العقار بعشرة دراهم وفي الحيوان بعشرة دراهم وفي العروض بعشرة دراهم انتهى كلامه الى غير ذلك من الائمة
الكبار المتقنين على جعل ذلك تفسيرا للغبن اليسير واذا كان التقدير في الاقسام المذكورة على الوجه المذكور لان التصرف يكثر وجوده في الاول وهو العروض ويقل في الثاني
وهو العقارات ويتوسط في الاوسط وهو الحيوان وكثرة الغبن تقلة التصرف لان الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرة التصرف وكثرته تعم
ان عشرة دراهم نصاب يقطع به يد المختلس فجعلت اصلا والدرهم بالحبس لا جله فقد لا يسامح به في الممالك فلم يتيسر فيما كثر وقوعه يسيرا والنصف من العشرة وكان يسيرا
وضعف بعد ذلك بحسب الوقوع فما كان اقل وقوعا منه اعتبر فيه ضعفه وما كان اقل من الاقل اعتبر فيه نصف نصفه قال اي محمد رح في الجامع الصغير واذا وكله الخ الى
وكل رجلا ببيع عبد اي ببيع عبده وفي بعض النسخ ببيع عبده فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة رح انما وضع المسئلة في العبد ليترتب عليه الاختلاف المذكور لانه اذا باع
نصفه الشائع جميعه وليس في تفريقه ضرر كالحنطة والشعير يجوز بالاتفاق ذكره في الايضاح قال المصنف رح لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجري
على اطلاقه وفوق ذلك بقوله الا يرى انه لو باع الكل اي كل العبد بثمن النصف جاز عنده اي عند ابي حنيفة رح فاذا باع النصف به اي بذلك الثمن اولى اي فهو
اولى لان امساك البعض مع بيع البعض بمقدار الثمن انفع للآمر من بيع الكل بذلك الثمن وانما قيد بقوله عنده لانه لا يجوز عندهما لكونه غبنا فاحشا فان قيل انما
جاز بيع الكل بثمن النصف لانه لم يتضمن عيب الشركة وما بيع النصف فيتضمن ذلك فكان هذا مخالفة من الوكيل الى شر فينبغي ان لا ينفذ على الموكل قلنا ضرر الشركة اقل
واهون من ضرر بيع الكل بثمن النصف فاذا جاز هذا على قوله فلان يجوز ذاك وهو ابهون اولى وقالا لا يجوز اي لا يجوز بيع نصف ذلك العبد لانه غير متعارف يعني
ان توكيل بيع العبد ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة لانه عيب لان بيع النصف الآخر قبل ان يتخلص اي الموكل الوكيل
لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الاستيلاء بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قيل نقص البيع الاول تبين انه اي البيع الاول قد وقع وسيلة
الى الاستيلاء اذا لم يبع الباقي ظهر انه اي البيع الاول لم يقع وسيلة الى الاستيلاء فلا يجوز وهذا اي كون البيع موقوفا الى ان يبيع النصف الآخر قيل الخصومة بينهما
عندهما واذا قياس ان لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف كذا في معراج الدراية وقال الامام السغناقي في تبيين قولهما استحسان والقياس ما قال ابو حنيفة رح
والمعنى الاول انسب بعبارة الهداية كما لا يخفى على الفطن وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض
قد يقع وسيلة الى الاستيلاء بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا اشقص البحر من الشئ والنصيب كذا في المغرب فاذا اشترى الباقي
قبل رد الاول البيع تبين انه اي شراء البعض وسيلة الى الاستيلاء فينفذ على الآمر لانه بصير كما لو اشتراه جملة قال المصنف رح وبدا اي جواب بدء المسئلة وهو كون الشراء
موقوفا بالاتفاق بين ائمتنا الثلثة ثم اختلف ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في التوكيل بشراء عبد اذا اشترى نصفه فقال ابو يوسف رح ان اعتقه الآمر
جاز وان اعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد رح ان اعتقه الوكيل جاز وان اعتقه الموكل لم يجز فابو يوسف رح الله يقول خالف العقد موقوف على اجازة الموكل
الا يرى انه لو اجاز صح فقد علق الاعتاق اجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ اعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا معينا فلم يملك الوكيل شراء الا نصفه ولم يجز
على اجازة فلم ينفذ اعتاقه ومحمد رح يقول انه قد خالف فيما امره به وانما التوقف على اجازته عليه من حيث ان الخلاف يتوهم رفعه بان يشتري الباقي فيرتفع الخلاف
وقيل ان يشتريه بقي مخالفا فاذا اعتقه الآمر لم يجز كذا في النهاية والكفاية نقلا عن الايضاح والفرق لابي حنيفة رح اي بين البيع والشراء ان في الشراء

يتحقق التهمة على ما مر وآخر ان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه التقييد والاطلاق قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة او باباء يمين او باقراره فانه يرده على الآمر

يتحقق التهمة على ما مر اشارة الى قوله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه الخ يعني ان التهمة متحققة في الشراء دون البيع فافترقا من هذه الحيثية وآخر اي وفرق آخر لابي حنيفة رح بين البيع والشراء ان الامر بالبيع في صورة التوكيل بالبيع يصادف ملكه اي ملك الامر فيصح اي الامر بالبيع لولاية الامر على ملكه فيعتبر فيه اطلاقه اي اطلاق الامر والامر بالشراء في صورة التوكيل بالشراء صادف ملك الغير وهو مال البائع فلم يصح اي الامر بالشراء فلم يعتبر فيه التقييد والاطلاق اي تقييد الامر واطلاقه فيعتبر فيه المتعارف والمتعارف فيه ان يشتري العبد جملة كذا في العناية وهو الذي يساعده ظاهر لفظ المص رح قال صاحب العناية بعد ما اكتفى بهذا القدر من الشرح ولقائل ان يقول هذا التعليل يقتضي ان لا يصح التوكيل بالشراء لان التوكيل بالشراء امر بالشراء وقد قال الامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح والجواب ان القياس يقتضي ذلك ولكنه صح لحديث حكيم بن حزام فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الاضحية واذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه الى المتعارف عملا بالدلائل بقدر الامكان ولو عملنا باطلاقه كان ذلك ابطالا للقياس والعرف من كل وجه والاعمال ولو بوجه الى هنا كلامه اقول في الجواب سيما وهو ان حاصله انا لم نعمل بالاطلاق في صورة التوكيل بالشراء لئلا يبطل العمل بالعرف مع كونه من الدلائل فيتجه عليه ان مقتضى هذا ان لا يعمل بالاطلاق في صورة التوكيل بالبيع ايضا لئلا يبطل العمل بالعرف كذلك فان قلت لم يعمل بالقياس في صورة الشراء فلو لم يعمل بالعرف ايضا لزم ابطال الدليلين ايضا بخلاف صورة البيع حيث عمل فيها بالقياس بناء على ان الامر فيها صادف ملك الامر قلت لا تاثير لهذا الفرق ههنا لانا انما تركنا القياس في صورة الشراء بالنص وهو اقوى من القياس فبقي الكلام في العرف فلو جاز تقييد الاطلاق به في صورة الشراء بناء على وجوب العمل بالدلائل بقدر الامكان لجاز تقييده في صورة البيع ايضا بناء على ذلك وقال صاحب غاية البيان في شرح الفرق الثاني ان الامر في صورة التوكيل بالبيع صادف ملك الامر فصح امره لولايته على ملكه فاعتبر اطلاق الامر فجاز بيع النصف لان الامر وقع مطلقا عن الجمع والتفريق فاما الامر في صورة التوكيل بالشراء فصادف ملك الغير وهو مال البائع فلم يصح الامر مقصودا لانه لا ملك للآمر في مال الغير وانما صح ضرورة الحاجة اليه ولا عموم لما ثبت ضرورة فلم يعتبر اطلاقه فلم يجز شراء البعض لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وذلك يتادى بالمتعارف وهو شراء الكل لا البعض لان الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض الا اذا اشترى الباقي قبل ان يختصما فيجوز على الامر لانه حصل مقصوده انتهى اقول هذا القدر من البيان وان كان غير مفهوم من ظاهر لفظ المص رح الا انه حينئذ لا يتوجه السوال الذي ذكره صاحب العناية ولا يحتاج الى ما ارتكبه في جوابه كما لا يخفى على المتامل قال اي محمد رح في بيوع الجامع الصغير ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وسلمه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه اي على البائع المشتري بعيب لا يحدث مثله اي لا يحدث مثله اصلا كالاصبع الزائدة والسن الثابتة ولا يحدث مثله في مثل هذه المدة بقضاء القاضي متعلق برده اي رده بقضاء القاضي وهو احتراز عما اذا كان الرد بغير قضاء كما سيأتي ببينة متعلق بقضاء القاضي اي قضاؤه ببينة المشتري او باباء يمين اي او قضاء باباء البائع عن اليمين عند توجهها اليه او باقراره اي قضائه باقرار البائع فانه اي البائع وهو المامور يرده اي يرد العبد الذي رد عليه على الامر بلا حاجة الى خصومة اذ الرد على الوكيل في هذه الصورة رد على الموكل فان قيل اذا اقر الوكيل بالعيب فلا حاجة ح الى قضاء القاضي لانه يقبله لا محالة فما معنى ذكر قضاء القاضي مع الاقرار قلنا يمكن ان يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فقضاء القاضي كان جبرا عليه على القبول كذا في النهاية وكثير من الشروح واجاب صاحب الغاية عن السوال المذكور بوجه آخر حيث قال فان قلت ان كان الوكيل مقرا بالعيب يرد عليه فلا حاجة الى قضاء القاضي فما فائدة ذكره قلت الكلام وقع في الرد على الموكل فاذا كان الرد على الوكيل باقراره بلا قضاء لا يرد

لان القاضی تیقن بحدوث العیب فی ید البائع فلم یکن قضاءہ مستندا الی ہذہ الحجۃ وتاویل اشتراطہا فی الکتاب ان القاضی تیقن انہ لا یحدث مثلہ فی مدۃ شہر مثلا لکنہ اشتبہ علیہ تاریخ البیع فیحتاج الی ہذہ الحجۃ لظہور التاریخ او کان عیبا لا یعرفہ الا النساء او الاطباء وقولہ وقولہن وقول الطبیب حجۃ فی توجہ الخصومۃ لا فی الرد فیقرر الیمانی الوجہ

علی المکفول وان کان عیبا لا یحدث مثلہ فی عامۃ روایات المبسوط فظہرت الفائدۃ اذن فاغتنمہ انتہی کلامہ اقول ہذا الجواب لیس بشافٍ اذ ہو لا یدفع السوال لان بانتفاء الفائدۃ مترتبۃ علی وقوع القضاء ای حاصلۃ بعد حصولہ وکلام السائل فی سبب وقوع القضاء ابتداء یعنی ان القضاء انما شرع لفصل الخصومات ورفع المنازعات ولا شک ان فصل الخصومۃ ورفع المنازعۃ فرع تحقق الخصومۃ والمنازعۃ فیما اذا قالوا لیس بالعیب لا خصومۃ ولا منازعۃ فلا حاجۃ الی القضاء رأسا فبای سبب یقع القضاء حتی یترتب علیہ تلک الفائدۃ فالجواب الثانی ہو الاول لان امتناع المقر بالعیب عن قبول العیب یقتضی الایصال الی وقوع القضاء علیہ بالجبر علی القبول قال المصنف فی تعلیل المسئلۃ المذکورۃ لان القاضی تیقن بحدوث العیب فی ید البائع اذ الکلام فی عیب لا یحدث مثلہ فلم یکن قضاؤہ مستندا الی ہذہ الحجۃ یعنی البینۃ والنکول والاقرار قال جماعۃ من الشراح ہذا جواب عن سوال سائل وہو ان یقال لما کان العیب لا یحدث مثلہ کالاصبع الزائدۃ لم تتوقف قضاء القاضی علی وجود ہذہ الحجۃ بل ینبغی ان یقضی القاضی بدونہا لعدم قطعا بوجود ہذا العیب عند البائع فاجاب بان قال لم یکن قضاؤہ مستندا الی ہذہ الحجۃ الخ اقول لا یذہب علی من لہ ذوق صحیح ان معنی ہذا الکلام وان کان صالحا لان یکون جوابا عن ذلک السوال الا ان تفریع قولہ فلم یکن قضاؤہ مستندا الی ہذہ الحجۃ علی ما قبلہ بادخال الفاء علیہ یابی ذلک بدلالۃ ان منشأ السوال ما قبل ہذا القول تکیف تیم تفریع الجواب علیہ وکان صاحب النہایۃ وافق ہذہ البشاعۃ حیث قال فی شرح قولہ فلم یکن قضاؤہ مستندا الی ہذہ الحجۃ ہذا الذی ذکرہ وضع السوال سائل فقرر السوال بالوجہ المذکور ثم لما جاء الی تقریر الجواب قال فاجاب عنہ بقولہ وتاویل اشتراطہا فی الکتاب ان القاضی یعلم الخ فجعل الجواب قولہ وتاویل اشتراطہا فی الکتاب الخ دون قولہ فلم یکن قضاؤہ مستندا الخ ہذہ الحجۃ لکن لا یجری ذلک طائلا اما اولا فلانہ قد اعترف انہ انما شرح قولہ فلم یکن قضاؤہ الی آخرہ بان ہذا دفع لذلک السوال واما ثانیا فلانہ لا محال لاخراج قولہ فلم یکن قضاؤہ مستندا الی ہذہ الحجۃ عن جواب ذلک السوال وادخالہ فی التعلیل السابق لان التعلیل المذکور قد تم بدون القول المذکور والجواب عن ذلک السوال لا یتم بدون ہذا کما لا یخفی واما صاحب معراج الدرایۃ وغیرہ لما راوا معنی الکلام یقتضی المقام غیر قابل للصرف الی غیر ذلک صرحوا بان قولہ فلم یکن قضاؤہ مستندا الخ جواب عن ذلک السوال ولکن لم یتعرض احد منہم لبیان کاکۃ الفاج فتلخص مما ذکرنا انہ لو قال المصنف ولم یکن قضاؤہ مستندا الی ہذہ الحجۃ بتبدیل الفاء بالواو لکان کلامہ اسلم واوفی تاویل اشتراطہا ای اشتراط ہذہ الحجۃ فی الکتاب یعنی الجامع الصغیر ان القاضی یعلم انہ ای العیب المذکور لا یحدث مثلہ فی مدۃ شہر مثلا لکنہ اشتبہ علیہ ای علی القاضی تاریخ البیع فیحتاج الی ہذہ الحجۃ ای واحدۃ منہا لظہور التاریخ ای لاجل ظہور التاریخ عندہ حتی یتبین لہ ان ہذا العیب کان فی ید البائع فیرد المبیع علیہ او کان عیبا اشارۃ الی تاویل آخر ای او کان العیب الذی یرید المشتری الرد بہ عیبا لا یعرفہ الا النساء کالقرح فی الفرج ونحوہ او الاطباء ای او عیبا لا یعرفہ الا الاطباء کالدق والسعال القدیم وقولہن ای قول النساء وقول الطبیب حجۃ فی توجہ الخصومۃ للمشتری لا فی الرد ای لیس بحجۃ فی الرد علی البائع فیفتقر ای القاضی الیہا ای الی الحجۃ المذکورۃ فی الرد علی البائع اقول فی ہذا التاویل نظر اذ علی ہذا لا یتم قول المصنف فیما سیاتی فلم یکن قضاؤہ مستندا الی ہذہ الحجۃ والاحتیاج الی التاویل انما کان لاجل تتمیم ذلک بل علی ہذا لا یتم جواب اصل المسئلۃ ایضا اذ ینبغی حینئذ ان یکون الجواب فی الرد علی المامور بعیب لا یحدث مثلہ مثل الجواب فی الرد علیہ بعیب یحدث مثلہ فی صورۃ ان کان ذلک باقرار الآمر لم یقبل قول النساء ولا قول الاطباء حتی فی حق الرد بل کان القاضی فیہ یفتقر الی احدی الحجج المذکورۃ فیما لا یحدث مثلہ ایضا کان قضاؤہ علی المامور باقراره قضاء بحجۃ قاصرۃ لم یضطر المامور الیہا فینبغی ان لا یتعدی الی الآمرین ما ذکروہ فیما یحدث مثلہ فتامل ثم ان صاحب الکافی زاد ہہنا تاویلا ثالثا وقد سلک التاویلین المذکورین کرہا المصنف حیث قال ومعنی شرط البینۃ والنکول والاقرار ان یثبت علی القاضی ان ہذا العیب قدیم اما لو علم انہ لا یحدث مثلہ فی مدۃ شہر مثلا

حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شئ منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة
قال وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد
العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم الآمر قال فان كان ذلك باقرار لزم المامور لان الاقرار حجة
قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا
كان الرد بغير قضاء باقراره والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما

ولكن لا يعلم تاريخ البيع فاحتاج الى هذه الحجج ليظهر التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء كالقرن في الفرج ونحوه وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه
الخصومة ولكن لا يثبت الرد بقولهن فيفتقر الى هذه الحجج للرد انتهى وذكره صاحب غاية البيان ايضا اقول ذلك التاويل مما لا يرى له وجه صحة ههنا لان الكلام
في الرد بعيب لا يحدث مثله والعيب الذي يشتبه على القاضي انه قديم ام لا مما يحدث مثله اذ لا شك ان المراد ما يحدث مثله ما يجوز ان يحدث مثله عند المشتري
لا ما يتعين حدوثه عنده والا لما صح رده على البائع ولو بحجة وان المراد بما لا يحدث مثله ما لا يجوز ان يحدث مثله عند المشتري فالذي يشتبه انه قديم ام لا مما يجوز ان
يحدث مثله والا لما اشتبه حاله فان ما لا يجوز ان يحدث مثله قديم البتة حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج اي القاضي الى شئ منها اي
من تلك الحجج وهو اي الرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة مع الموكل لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي والفسخ بالحجة
الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل وكذلك اذا رده اي وكذلك الحكم اذا رد المشتري العبد عليه اي على الوكيل بعيب اي بسبب عيب يحدث مثله ببينة متعلق
برده اي رده عليه ببينة او باباء يمين او بالنكول عن اليمين لان البينة حجة مطلقة اي كاملة فيتعدى كذا في العناية وهو الظاهر وقيل اي مثبتة عند الناس
كافة فيثبت بها قيام العيب عند الموكل فينفذ الرد على الموكل كذا في معراج الدراية اخذا من الكافي والوكيل مضطر في النكول هذا جواب عن خلاف زفر رح في
اباء يمين فانه قال لو رد على الوكيل بنكوله لم يكن له ان يرده على الموكل كمن اشترى شيئا وباعه من غيره ثم ان المشتري الثاني وجد عيبا فرده على المشتري الاول
بنكوله لم يكن له ان يرده على بائعه فجعل هذا وما لو رد عليه باقراره سواء في حق البائع فكذا في حق الوكيل ولكنا نقول الوكيل مضطر في هذا النكول لبعد العيب
عن علمه اي عن علم العيب باعتبار عدم ممارسة المبيع فانه لم يمارس احوال المبيع وهو العبد فلا يعرف بعيب ملك الغير فيخاف ان يحلف كاذبا فينكل و
الموكل هو الذي اوقعه في هذه الورطة فكان الخلاص عليه فيرجع عليه بما يلحقه عن العهدة فيلزم الآمر اي فيلزم العبد الايراد فيلزم حكم النكول الآمر بخلاف
ما اذا اقر فانه غير مضطر الى الاقرار لانه يمكنه ان يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالنكول فيكون هو في الاقرار مختارا لا مضطرا وبخلاف المشتري
الاول فانه مضطر الى النكول ولكن في عمل باشره لنفسه فلا يرجع بعهدة عمله على غيره كذا في المبسوط والفوائد الظهيرية قال اي محمد رح في الجامع الصغير
فان كان ذلك اي الرد على الوكيل باقرار اي باقراره لزم المامور اي لزم العبد المامور وهو الوكيل لان الاقرار حجة قاصرة فيظهر في حق المقر دون غيره
وهو اي المامور غير مضطر اليه اي الى الاقرار لامكانه السكوت والنكول يرفع السكوت والنكول يعني يمكنه السكوت والنكول حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالسكوت
والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل يعني لكن للوكيل ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله او بنكول الموكل قال بعض الفضلاء لم يذكر الاقرار اذ لا فائدة في
المخاصمة ههنا اذا كان مقرا بخلاف الوكيل انتهى اقول ليس هذا بتام اذ يجوز ان يقر الموكل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول ففائدة الخصومة ان يجبره
القاضي على القبول كله قالوا في اقرار الوكيل على انه يجوز ان يظهر اقرار الموكل بعد مخاصمة الوكيل لا قبلها فلا معنى لقوله اذ لا فائدة في المخاصمة ههنا اذا
كان مقرا فتدبر بخلاف ما اذا كان الرد اي الرد باقرار الوكيل بغير قضاء يعني ان ما سبق من ان للوكيل ان يخاصم الموكل فيما اذا كان الرد على الوكيل
بقضاء القاضي باقراره واما اذا كان ذلك بغير قضاء والعيب يحدث مثله فبخلافه حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه يعني الموكل لانه اي الرد بالاقرار و
الرضا من غير قضاء بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حق المتعاقدين والبائع يعني الموكل ثالثهما اي ثالث المتعاقدين وهما الوكيل والمشتري
قال صاحب غاية البيان وكان ينبغي ان يقول ان يخاصم موكله او يقول امره وكان ينبغي ايضا ان يقول مكان قوله والبائع ثالثهما والموكل ثالثهما او الآمر ثالثهما
لان الكلام في مخاصمة الوكيل مع الموكل وهو ليس ببائع انتهى واعتذر عنه صاحب العناية بان قال عبر عنه بالبائع لان المبيع لما انتقل

والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصم ومن حيث القصور في الحجة لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصم لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلهذا يتعين الرد

الى الوكيل ويقر عليه بامر وحصل من جهة وكانه باعداياه انتهى والرد بالقضاء فسخ هذا جواب سوال وهو ان يقال ينبغي ان لا يكون للوكيل حق الخصومة مع الموكل اصلا فيما اذا حصل الرد باقرار الوكيل لكونه بيعا جديدا في حق الموكل فقال الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي يعني ان الرد بالقضاء لا يحتمل ان يكون عقدا مبتدأ لفقد شرطه وهو التراضي لان القاضي يرده على كره منه فيحتمل فسخا لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار يعني لكن الفسخ استند الى حجة قاصرة وهي الاقرار فجعلناه بالجهتين فمن حيث الفسخ اي من حيث ان الرد بالقضاء فسخ كان له اي للوكيل ان يخاصم اي مع الموكل ومن حيث القصور اي من حيث ان الاقرار حجة قاصرة لا يلزم الموكل الا بحجة اي الا باقامة الوكيل الحجة على الموكل قال صاحب النهاية وبهذه الفائدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار يسقط ما قال في النهاية اذا اقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ الى قضاء لانه يقبله لامحالة انتهى اقول فيه بحث اوقد عرفت فيما ذكرناه من قبل ان هذه الفائدة فائدة مترتبة على تحقق القضاء وحاصلة بعد حصوله وما قال في النهاية انما هو في اصل تحقق القضاء وحصوله ابتداء فانه اذا اقر الوكيل بالبيع لم يبق هناك حاجة الى قضاء حتى يحتاج الى تحقيق القضاء حتى تترتب عليه الفائدة المذكورة وبهذا كلام جيد لا يسقط بما توهم صاحب النهاية فان للسائل ان يقول ثبت العرش ثم انقش ثم لم ان صاحب النهاية لم تثبت على لك القول بل ذكره بطريق السوال واجاب عنه بان يقول يمكن ان يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فقضاء القاضي كان جبرا عليه على القبول انتهى وقد ذكرنا السوال والجواب في اول المسئلة ولا يخفى ان ذلك الجواب جواب حسن ووجيه فان فيه لمندوحة عن التوجيه الذي تحمل المعبر في باب خيار العيب في مسئلة رد المشتري الثاني على المشتري الاول لعيب بقضاء القاضي باقراره وبينته او بابا بيمين حيث قال هناك ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة انتهى فتفكر فان قيل اذا كان الرد باقرار الوكيل بغير قضاء ينبغي ان يكون له ولاية الرد على الموكل كما في الوكيل بالاجارة فانه لو آجر وسلم ثم طعن المستاجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فانه يلزم الموكل ولم يتغير اجارة جديدة في حق الموكل فكذا ينبغي فلنا من اصحابنا من قال لا فرق بينهما في الحقيقة لان المعقود عليه في اجارة الدار لا يصير مقبوضا لقبض الدار ولهذا لو تلف بانهدام الدار كان في ضمان المؤجر فيكون هذا من البيع بمنزلة ما لو قبل الوكيل بالعيب قبل القبض بغير قضاء وهناك يلزم الامر فكذا في الاجارة وقال شمس الائمة السرخسي وفي الكتاب علل للفرق بين الفصلين وقال ان فسخ الاجارة يصير باجارة في حق احد لان على احد الطريقين الاجارة عقود متفرقة بتجدد انتقاد بحسب ما يحدث من المنافع فبعد الرد بالعيب يمتنع الانتقاد لان يحصل ذلك عقدا مبتدأ او على الطريقة الاخرى العقد منتقض باعتبار اقامة الدار مقام المعقود عليه وهو المنفعة وهذا حكم قد ثبت بالضرورة فلا يعدو موضعها ولا ضرورة الى ان يجعل الرد بالعيب عقدا مبتدأ لقيام الدار مقام المنفعة كذا في النهاية ومعراج الدراية ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء اي كان الرد بغير قضاء باقرار الوكيل يلزم الموكل وهو غير مخصوص في رواية كتاب البيوع من الاصل لان الرد متعين وذلك لانه فصل غير فاصل القاضي برفع الامر اليه انما لم يرفعه الامر اليه في عيب لا يحدث مثله رده على الوكيل لم يكلفه اقامة الحجة على ذلك فكان ذلك رده على الموكل قال في الكافي فاذا تعين الرد وصار تسليما فصار تسليم الشفعة وقضاء الدين والرجوع في الهبة وفي عامة الروايات اي عامة روايات المبسوط ليس للوكيل ان يخاصم يعني لا يدعه الموكل وليس للوكيل ان يخاصم لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه بيع جديد في حق ثالث والحق اي حق المشتري في وصف السلامة فاجاب عن قوله في رواية كتاب البيوع لان الرد متعين يعني لانهم ان الرد متعين لان حق المشتري يثبت اولا في الجزء الفائت وهو وصف السلامة ثم ينتقل ضرورة العجز عن ذلك الى الرد ثم ينتقل بامتناع الرد بحدوث عيب او بحدوث زيادة في المبيع الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد فيما ذكر من المسائل الحق متعين لا ينتقل التحول الى غيره فلا يتم القياس لعدم الجامع قال المصنف رح

وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا قال ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق قال وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق فيه بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة رح وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه

وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا يريد بالكفاية كفاية المنتهى وهي شرح للبداية الفها المص ره قبل الهداية كما ذكره في الديباجة ولم نعلم وجود نسخها الآن ولم يسمع ان احدا رآها قال الامام الزيلعي في التبيين بعد بيان المقام على الوجه المذكور وهكذا ذكر الروايتان في شروح الجامع الصغير وغيرها وبين الروايتين تفاوت كثير لان فيه نزولا من اللزوم الى ان لا يخاصم بالكلية وكان الاقرب ان يقال لا يلزمه وكان له ان يخاصم انتهى اقول ولعمري ان رتبة لا تحمل الاقدام على مثل هذا الكلام لان ما عداه اقرب قول ثالث لا رواية فيه عن المجتهدين فكيف يصح الجرأة عليه من عند نفسه سيما بعد الاطلاع على الادلة المذكورة فانها تقتضي احدى الروايتين البتة لا غير كما لا يخفى على المتأمل قال اي قال محمد رح في الجامع الصغير ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر يعني اذا اختلفا الآمر والمأمور في اطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور بل امرتني ببيعه ولم تقل شيئا زائدا عليه فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته اي من جهة الآمر ومن يستفاد الامر من جهته فهو اعلم بما قاله فكان هو المعتبر الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس بموجود وقد اشار اليه بقوله ولا دلالة على الاطلاق اذ الامر بالبيع قد يكون مقيدا وقد يكون مطلقا ولا دليل على احد الوجهين على ان الاصل في عقد الوكالة التقييد لان مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون ذلك فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا ببيعه الا ترى انه لو قال لغيره وكلتك بمالي او في مالي لا يملك الا الحفظ وكان مدعيا لما هو الاصل فيه فكان القول قوله قال اي محمد رح في الجامع الصغير وان اختلف في ذلك قال اي في الاطلاق والتقييد المضارب ورب المال فقال رب المال امرتك بالنقد وقال المضارب بل دفعت مضاربة ولم تعين شيئا فالقول قول المضارب قال صاحب العناية في تصوير الاختلاف ههنا فقال رب المال امرتك ان تعمل في البر وقال المضارب دفعت الي المال مضاربة ولم تقل شيئا اقول هذا التصوير لا يطابق المشروح وهو مسئلة الجامع الصغير فان صورتها هكذا محمد رح عن يعقوب عن ابي حنيفة رح في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فاختلفا فقال رب المال امرتك ان تبيع بالنقد دون ما سواه وقال المضارب اعطيتني المال مضاربة ولم تقل شيئا قال القول قول المضارب الذي اخذ المال انتهى لفظ محمد رح قال المص ره في تعليل هذه المسئلة لان الاصل في المضاربة العموم يعني ان الامر وان كان مستفادا من جهة رب المال الا ان في العقد ما يخالف دعواه بناء على ان الاصل في المضاربة العموم والاطلاق الا ترى انه اي المضارب يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة يعني ان المضاربة تصح عند الاطلاق ويثبت الاذن عاما فقامت دلالة الاطلاق اي فقامت دلالة الاطلاق فمن ادعى الاطلاق في المضاربة كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول قوله بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع اي في نوع مسمى والمضارب في نوع آخر اي ادعى المضارب المضاربة في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق فيه بتصادقهما فنزل اي عقد المضاربة الى الوكالة المحضة وفيها القول للآمر كما مر آنفا ثم مطلق الامر بالبيع في صورة الوكالة ينتظمه اي ينتظم البيع نقدا ونسيئة الى اي اجل كان متعارف عند التجار في تلك السلعة او غير متعارف فيها عند ابي حنيفة رح وعندهما يتقيد باجل متعارف حتى لو باع باجل غير متعارف عند التجار بان باع الى خمسين سنة جاز عنده خلافا لهما والوجه قد تقدم من الجانبين قد تقدم في مسئلة الوكيل بالبيع فان ابا حنيفة رح عمل بالاطلاق وهما بالمتعارف قال صاحب العناية وكان الانسب ان يذكر مسئلة النسيئة في اوائل الفصل عند قوله والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير كما اشار الى ذلك الموضع بقوله والوجه قد تقدم قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع اي الرهن في يده او اخذ به اي بالثمن كفيلا فتوى المال عليه اي على الكفيل فلا ضمان عليه اي على المأمور قال الكاكي في معراج الدراية فلا ضمان عليه اي على الكفيل وتبعه اي الشارح العيني اقول لا وجه له اصلا اذ الضمان على الكفيل امر متقرر ليس بمحل الشك فضلا عن الحكم بخلافه وانما الكلام في عدم الضمان على الوكيل اذ هو

لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الوكالة جبرا عنه فصل واذا وكل وكيلين عليكل واحد منهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك

محل الشبهة فهو موضع البيان اي يرجع الى قول المصنف في تعليل المسئلة لان الوكيل اصيل في الحقوق اي في حقوق العقد وقبض الثمن منها اي من الحقوق والكفالة توثق به اي بالثمن والارتهان وثيقة بجانب الاستيفاء اي بجانب استيفاء الثمن فقد اوجد بالكفالة والرهن معنى الوثيقة فكانا موكدين لحق استيفاء الثمن فيملكهما اي فيملكهما الوكيل فاذا ضاع الرهن في يده لم يضمن لان استيفاء الرهن كاستيفاء الثمن من حيث انه بدل اقيم مقامه ولو هلك الثمن في يده هلك امانة فكذلك الرهن قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا تحقق في الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هي على حقيقتها والتوى فيها بان يموت المكفول والاصيل مفلسين وقيل التوى فيها بان يرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه ويموت المكفول مفلسا كذا في الشروح والعلم بالقول الثالث هو الذي ذهب اليه صاحب الكافي حيث يقال فتوى القاضي على الكفيل بان رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بالموت مفلسا كالكفالة اه وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا يرجع الكفيل على الاصيل بشيء ما لم يؤد وهو مذهب مالك فيحكم ببراءة الاصيل فتوى القاضي بالمال على الكفيل انتهى وان الامام الزيلعي قد اختار ذلك وذكر ان اصح القولين الاولين حيث قال في التبيين وفي النهاية المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا تحقق في الكفالة بل الكفالة على حقيقتها فان التوى تحقق فيها بان مات المكفول مفلسا ومن عنه مفلسا وهذا كما ليس بشيء لان المراد ههنا توى مضاف الى اخذه المكفول بحيث انه لو اخذ الكفيل ايضا لا يبرأ وهو شيء كما في الرهن والتوى الذي ذكره ههنا غير مضاف الى اخذه المكفول به بل انه لو لم يأخذ الكفيل ايضا التوى بموت من عليه الدين مفلسا وحمل على الحوالة فاسد لان الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين معا كالكفالة والاوجه ان يقال المراد بالتوى توى مضاف الى اخذه الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا مثل ان يكون القاضي مالكيا ويحكم به ثم بموت المكفول مفلسا الى هنا كلامه فتامل بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ بالدين رهنا او كفيلا فانه لا يجوز لانه اي الوكيل بقبض الدين انما يعمل نيابة اي تصرف نيابة عن الموكل حتى اذا هلك عن القبض صح هلاكه موقوفا نائبا في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن فيقتصر على قدر ما امر به دون غيره والوكيل بالبيع يقبض اي لقبض الثمن اصالة لا نيابة ولهذا لا يملك الموكل عجره عنه اي عن قبض الثمن فينزل الوكيل في ذلك منزلة المالك او المالك اخذ بالثمن رهنا او كفيلا جاز فكذلك الوكيل بالبيع

فصل لما ذكر حكم وكالة الواحد ذكر في هذا الفصل حكم وكالة الاثنين لما ان الاثنين بعد الواحد فكذلك حكمها كذا في الشروح قال في غاية البيان يعجبني ذكر هذا الوجه ولكن مع هذا لم يكن لذكر الفصل كثير حاجة الا ان يقال لغير ههنا شيء آخر غير الوكالة بالبيع وهو الوكالة بالخلع والطلاق والتزويج والكتابة والاعتاق والاجارة وهذا حسن انتهى واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر بهذا اللفظ القدوري في مختصره اعلم ان هذا الحكم فيما اذا وكلهما بكلام واحد بان قال وكلتكما ببيع عبدي او بخلع امرأتي واما اذا وكلتهما بكلامين كان لكل واحد منهما ان ينفرد بالتصرف كما صرح به في المبسوط حيث قال في باب الوكالة بالبيع والشراء واذا وكل رجلا ببيع عبده ووكل آخر ايضا فكل واحد منهما بيع جائز لانه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد حين لم يجعله ببيعه وجده بخلاف الوصيين اذا اوصى الى كل واحد منهما في عقد على حدة حيث لا ينفرد واحد منهما بالتصرف في اصح القولين لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة وههنا حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل فاذا انفرد كل واحد منهما بالعقد استند به كل واحد منهما بالتصرف انتهى قال المصنف وهذا اي الحكم المذكور في مختصر القدوري وهو عدم جواز تصرف احد الوكيلين دون الآخر في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك اقول فيه شيء وهو انه لو كان في الامر الذي ذكره القدوري في مختصره مبدأ تصرف يحتاج فيه الى الرأي لما احتاج الى استثناء امور ثلاثة من الامور التي استثنى التوكيل بها من الحكم المذكور وهي ما سوى الخصومة لانها مما لا يحتاج فيه الى الرأي كما سيأتي التصريح به من المصنف ومع ذلك لما تم الجمع بين تلك الامور الثلاثة في الاستثناء بكلمة واحدة

لان الوكيل رضي برأيهما لا برأي احدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري قال الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر للاضطراب الى التشعب في مجلس القضاء والرأي يحتاج اليه سابقا للتقويم للخصومة قال او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض او برد وديعة عنده

لان الاستثناء يصير حينئذ متصلا بالنظر الى التوكيل بالخصومة ومنقطعا بالنظر الى التوكيل بما سواها وقد تقرر في كتب الاصول ان صيغة الاستثناء حقيقة في المتصل مجاز في المنقطع فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فالاظهر ان كلام القدوري ههنا مطلق وبعد الاستثناء الآتي تخرج مسئلة ما يحتاج فيه الى الرأي وما يحتاج فيه الى الرأي ولكن يتعذر الاجتماع عليه كالخصومة ويصير الاستثناء متصلا بالنظر الى الكل فينتظم المقام ويتضح المرام فان قلت ليس مراد المصنف ان كلام القدوري ههنا مقيد بما ذكره المصنف قبيل دخول الاستثناء عليه حتى يرد عليه ما ذكر بل مراده بيان حاصل المعنى بملاحظة دخول الاستثناء الآتي عليه قلت حاصل المعنى ههنا بملاحظة الاستثناء الآتي ان يكون التوكيل في تصرف يحتاج فيه الى الرأي ولا يتعذر الاجتماع عليه فبهذا خص ما ذكره المصنف فبيان المعنى ههنا بما ذكر لا يطابق الحاصل من كلام القدوري لقبيل الاستثناء ولا بعده فلا يجدي كثير طائل كما لا يخفى وقال المصنف في تعليل المسئلة لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما اذ لا ينال برأي احدهما ما تنال برأيهما حتى ان رجلا لو وكل رجلين ببيع او شراء فباع احدهما او اشترى والآخر حاضر لم يجز الا ان يجيز الآخر وفي المنتقى وكل رجلين ببيع عبده فباعه احدهما والآخر حاضر فاجازه جاز ببيعه جاز وان كان غائبا عنه فابا لم يجز في قول ابي حنيفة رح كذا في الذخيرة وذكر في المبسوط لو وكل رجلين ببيع شيء واحد هما عبد نجوز او صبي لم يجز للآخران ينفرد ببيعه لانه رضي ببيعه وحده حين ضم اليه رأي الآخر ولو كان حين باع احدهما والآخر حاضر فاجاز كان جائزا لان تمام العقد برأيهما ولو مات احدهما او ذهب عقله لم يكن للآخر ان ينفرد ببيعه وحده لانه ما رضي برأيه وحده والبدل وان كان مقدرا فبداهة شبهة هي انه اذا قدر الموكل البدل في البيع ونحوه لا يحتاج الى الرأي فينبغي ان ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في ذلك كما في التوكيل بالاعتاق بغير عين فاجاب عنها بان البدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري يعني ان تقدير البدل انما يمنع النقصان لا الزيادة وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما لانكشاف احدهما بما هو الاصلح من هذه الحيثية وكذا يختار احدهما المشتري الذي لا يماطل في الثمن دون الآخر فيحتاج الى ذلك من هذه الحيثية ايضا قال اي القدوري في مختصره الا ان يوكلهما بالخصومة هذا استثناء من قوله فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر يعني ان احد الوكيلين لا يتصرف بانفراده الا في الخصومة فانه لو خاصم احدهما دون الآخر جاز وذكر في الفوائد الظهيرية فلو انفرد احدهما بالخصومة هل يشترط حضرة صاحبه في خصومة بعض مشائخنا قالوا لا يشترط واطلاق محمد رح يدل على هذا قال المصنف وفي تعليل ما في الكتاب لان الاجتماع فيها اي في الخصومة متعذر للاضطراب الى التشعب بالتسكين تسبيح الشر ولا يقال تشعب بالتحريك كذا في الصحاح في مجلس القضاء ولا بد من صيانة مجلس القضاء عن التشعب لان المقصود فيه اظهار الحق وبالتشعب لا يحصل ولان فيه ذهاب هيبة مجلس القضاء فلما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيا بخصومة احدهما والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة اشارة الى ما قبل زفر رح فانه قال ليس لاحدهما ان يخاصم دون صاحبه فان الخصومة يحتاج فيها الى الرأي والموكل انما رضي برأيهما وجه الدفع ان المعقود عليه هو اجتماع الرأيين بحسب تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفي بذلك قال اي القدوري في مختصره او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض اي وان يوكلهما بطلاق زوجته بغير عوض فان لاحدهما ان يطلقها بانفراده او بعتق عبده بغير عوض اي وان يوكلهما بهبة شيء من ماله بغير عوض فان لاحدهما ان يقبضه وحده او برد وديعة عنده اي وان يوكلهما برد وديعة فان لاحدهما ان يرد ها منفردا قيد برد ها اذ لو وكلهما بقبض وديعة لم يكن لواحد منهما ان ينفرد بالقبض صرح به في الذخيرة فقال قال محمد رح في الاصل اذا وكل رجلين بقبض وديعة لم يكن لاحدهما بغير اذن صاحبه ضامنا لانه شرط اجتماعهما على القبض واجتماعهما عليه يمكن والموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين اقوى فاذا قبض احدهما صار قابضا بغير اذن المالك ليصير ضامنا ثم قال في تعليل ما ذكر

ان شاء الله تعالى

او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الراى بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف
قال لهما طلقا ان شئتما او قال امرهما بايديكما لانه تفويض الى راى احدهما لانه عليك مقتصر على المجلس ولانه على الطلاق وبفعلها فاعتبر بدخولهما

ان يصير ضامنا للنصف لان كل واحد منهما مامور بقبض النصف فلذا كل واحد منهما مامور بقبض النصف اذا قبض مع صاحبه واما في حالة الانفراد فغير مامور
بقبض شئ منه الى هنا ذكر صاحب العناية مضمون ما في الذخيرة هنا ولكن ما عزاه الى الذخيرة وقال البعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن العناية وفيه كلام وبيان
بدا انما تتم فيما لو قسم عند ابي حنيفة رح على ما يجئ في الوديعة انتهى اقول يرد على كلامه الشبي اذ منشاوه المنقول عن محمد الاذن فان الذي يجئ في الوديعة هو انه
ان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفع احدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما بان
الآخر وهو احد قولي ابي حنيفة رح وقالا لاحدهما ان يحفظه باذن الآخر في الوجهين انتهى ولا يخفى ان المفهوم عنه ان لا يجوز حفظ احدهما
للكل بلا اذن صاحبه في الوجهين معا بلا خلاف فان لا يجوز ذلك باذن الآخر ايضا فيما يقسم عند ابي حنيفة رح ان هذا قولهما ما ذكر في الخلاصة
وفي العناية انما هو فيما اذا قبض احدهما الكل بغير اذن صاحبه فتأمل في الوجهين معا بالاتفاق او قضاء دين عليه اي او ان يوكلهما بقضاء دين على الموكل فان
لاحدهما الانفراد فيه ايضا لان هذه الاشياء يعني الطلاق بغير عوض والعتاق بغير عوض والوديعة وقضاء الدين لا يحتاج فيها الى الراي بل هو اي
الوكالة فيها تعبير محض اي تعبير محض كلام الموكل عن عبارة المثنى والواحد سواء لعدم الاختلاف في المعنى وفهم اي جواز انفراد احدهما بخلاف ما اذا قال
لهما طلقا ان شئتما او قال امرها بايديكما حيث لا يجوز انفراد احدهما في هاتين الصورتين لانه اي لان ما قاله لهما فيهما تفويض الى رأيهما فلا بد من اجتماعهما
ونحو ذلك لقبول الآتي انه تمليك فقصر على المجلس كما مر في باب تفويض الطلاق واذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا لهما فلا يقدر احدهما على التصرف في
ذلك لانه قبيح فينبغي ان يقيد احدهما على اتباع نصف تطليقة اجيب ان قبح ابطال حق الآمر اذا بقاع النصف تقع تطليقة كاملة فان قبيل الابطال بمشيئة فلا يقبح جوابه
ما مر تبعا لذلك الابطال ح يقدر بهما الى الاجتماع وقال البعض الفضلاء قوله الآتي لانه تمليك مقتصر على المجلس يقتضي تفويضا طلقا بانه تمليك ايضا كما سبق في باب الاختلاف في المشيئة
لا دخل للاقتصار على المجلس في كونه تمليكا انتهى اقول جميع مقدمات دليله على انتفاء تسليم اما قوله فانه تمليك ايضا فانه خلاف المقرر لان قوله طلقا بدون
التعليق بالمشيئة توكيل لا تمليك قد صرح به المصنف في باب تفويض الطلاق حيث قال وان قال لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده
وليس له ان يرجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فصار تمليكا لا توكيلا انتهى واما قوله
كما سبق في باب الاختلاف في المشيئة فلانه خلاف الواقع كما لا يخفى على من له ادنى معرفة وامعان وامعان وامعان واما قوله ولانه دخل للاقتصار على المجلس فكونه تمليكا فلانه
خلاف المصرح به الآتي الى قوله المصرح في اول فصل الاختيار من باب تفويض الطلاق ولانه تمليك لنفس منشاه والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس
لما في البيع انتهى والى قوله في اواسط فصل الامر باليد من ذلك الباب التمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه انتهى ولانه اي الامر على الطلاق بفعلهما
اي بفعل المأمورين فاعتبر وصيغة امر من الاعتبار بدخولهما اي فاعتبر تعليق الطلاق بفعل الرجلين بتعليق الطلاق بدخول الرجلين اي بدخولهما
الدار مثلا يعني يشترط في وقوع الطلاق بدخول الرجلين اي بدخولهما جميعا حتى لو قال ان دخلتما الدار فهي طالق لا يطلق الا لم يوجد الدخول منهما جميعا
فكذلك بنا لا يقع الطلاق الا لم يوجد فعل التطليق منهما جميعا قال صاحب النهاية قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما راجع الى قوله طلقا ان شئتما وقوله لانه تفويض اليهما
اسما راجع اليهما ايضا والى قوله امرها بايديكما وقد تبعه في جميع قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما راجعا الى قوله طلقا ان شئتما كثير من الشراح فمنهم من صرح به كصاحب العناية
حيث قال قوله ولانه علق الطلاق متعلق بقوله طلقا ان شئتما ومنهم من اظهره في اثناء التحرير وهو صاحب نهاية البيان وغيره حيث قالوا بصدد بيان قول
المصنف فاعتبر بدخولهما الى قوله فان دخلتما الدار فهي طالق لا يطلق بالم يوجد الفعل منهما جميعا كذلك هنا في قوله طلقا ان شئتما لا يقع الطلاق الا لم يوجد فعل التطليق منهما

قال وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف لكون التوكيل به وهذا لانه رضي برايه والناس متفاوتون في الآراء قال الا ان يأذن له الموكل لوجود الرضاء او يقول له اعمل برايك لاطلاق التفويض الى رايه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا من الوكيل حتى لا عمل للاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره وقد ذكر القاضي

اقول وانا لا ارى باسا في ابقاء كلام المصنف ههنا على ظاهر حاله وهو ان يكون كل واحد من تعليليه عاما للصورتين معا بناء على ان التعليق كما يوجد في صورة ان قال لها طلقتا ان شئتما يوجد ايضا في صورة ان قال لها امركما بيديكما او قد صرح المصنف في فصل الامر باليد من باب تفويض الطلاق بان جعل الامر باليد في معنى التعليق وقال الشارح في بيانه وهذا لان معنى امرك بيدك ان اردت طلاقك فانت طالق انتهى ولذلك لم نخصص قوله ولانه علق الطلاق بفعلها الخ بصورة اتى بها طلقتا ان شئتما بل شرعيته بوجه يعم الصورتين معا كما رايته قال ابو القدوري في مختصره وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه اي الموكل فوض اليه اي الى الوكيل التصرف الذي فيما وكل وهو التوكيل اي لم يفوض اليه التوكيل فيما وكل به لما بينا ان الموكل انما رضي برايه اي راي الوكيل والناس متفاوتون في الآراء فلا يكون الرضى برايه رضا برايه فيكون الوكيل في توكيل الغير مباشرا غير ما امره به الموكل فلا يجوز قال صاحب العناية وفيه تشكيك وهو ان تفاوت الآراء مدرك بينين والاولى ان يجاب بان يكون الوكيل الثاني اقوى من الاول وايضا الرضى برايه الوكيل او رد توكيله تناقض لان الوكيل الثاني لو لم يكن اقوى رايا او خبرة في راي الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضى برايه مما لا يجتمعان ويمكن ان يجاب عنه بان العبرة في القوة في الراي لما يكون بحسب ظن الموكل وحسب اختياره للتوكيل من بين من يعرفه بالراي والتصرف في الامور ولم يأذن له بالتوكيل كان الظاهر من حاله انه ظن ان لا احد من غيره في هذا التصرف فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز انتهى اقول الجواب الذي ذكره انما يدفع الوجه الاول من التشكيك المذكور دون الوجه الثاني منه لان قبول توكيل الاول وان كان مناقضا لظن الموكل الا ان رد توكيله ايضا مناقض لرضى الموكل برايي الوكيل كما ذكره في الوجه الثاني منه فما الرجحان في اثبات هذا التناقض على ذلك التناقض ثم اقول في الجواب من الوجه الثاني منه ان الموكل انما رضي برايي الوكيل في تصرف خاص وهو ما وكل به من البيع او الشراء او الاجارة او نحو ذلك والتوكيل ليس بداخل في ذلك التصرف فلا تناقض في رد توكيله وانما يصير ذلك تناقضا لو كان رضا الموكل برايي الوكيل في التوكيل او برايه مطلقا ولهذا اذا اذن له الموكل في التوكيل او قال له اعمل برايك يجوز توكيله كما سياتي واعترض بعض الفضلاء على قول المصنف لانه رضي برايه والناس متفاوتون في الآراء بان الدليل خاص بما يحتاج الى الراي والمدعى عام لغيره ايضا اقول اصل الدليل انه رضي بفعله دون فعل غيره والناس متفاوتون في الافعال فيعم بالعدة الا انه اخرج الكلام مخرج الغالب فقال لانه رضي برايه والناس متفاوتون في الآراء وقال ابو القدوري في مختصره الا ان يكون للموكل استثناء من قوله وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به فانه اذا اذن له في ذلك يجوز ان يوكل غيره لوجود الرضى اي لوجود الرضى حينئذ برايه غيره ايضا او يقول له عطف على باذن له الموكل اي او الا ان يقول للوكيل اعمل برايك فيجوز ايضا ان يوكل غيره لاطلاق التفويض الى رايه اي الى راي الوكيل فيدخل توكيله الغير تحت الاجازة قال المصنف واذا جاز في هذا الوجه اي اذا جاز توكيل الوكيل غيره في هذا الوجه الذي يجوز التوكيل فيه وذلك بان ياذن له الموكل او يقول له اعمل برايك فوكل غيره يكون الثاني اي الوكيل الثاني وهو وكيل الوكيل وكيلا عن الموكل لا عن الوكيل الاول حتى لا يملك الاول اي الوكيل الاول عزله اي عزل الوكيل الثاني ولا ينعزل اي الوكيل الثاني بموته اي بموت الوكيل الاول وينعزلان اي الوكيل الاول والوكيل الثاني بموت الاول اي بموت الموكل الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي وهو ما ذكره في فصل آخر قبيل باب التحكيم بقوله وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى ان قال واذا فوض اليه يملك فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله اقول والعجب من الشراح ههنا سيما من فحول علمائنا كصاحب النهاية وصاحب غاية البيان وصاحب معراج الدراية انهم قالوا في بيان ما مر نظيره في ادب القاضي وهو ما ذكره هناك بقوله وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى ان قال واذا فوض اليه يملك فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله اقول وهذا ما ذكره هناك بقوله وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى ان قال ولو قضى الثاني بحضرة الاول او قضى الثاني فاجازه الاول جاز كما في الوكالة فتحتم الكلام في قوله كما في الوكالة مع

قال فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور رأي الاول وقد حضر

ان نظيره بما ذكره الخصاف وهنا انما هو ما تركوه وهو قوله هناك بعد ذكر ما ذكره وإذا فوض اليه يملك فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله كالوكيل انتهى اختصره وابرأني قوله كما في الوكالة من تشبيه بالوكالة لكن مراده بذلك نظير ما هو التشبيه بما سيأتي من انه ان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لا تشبيه بما نحن فيه كما لا يخفى بقي هنا بحث وهو ان قول الجامع حتى لا يملك الاول عزله ظاهر في صورة ان يأذن له الموكل في التوكيل لان الاذن لا في ذلك لا يقتضي الاذن لا في العزل ايضا فما معنى قوله ان يقول له اعمل برأيك فيشكل لانهم صرحوا بان قوله اعمل برأيك بوكيل عام فيدخل في عمومه توكيل الوكيل غيره واما اثبات حنفية المالكية لمدعيهم فيملك توكيل غيره كما ذكره فمما لا ينبغي ان يملك الوكيل الاول عزل الوكيل الثاني ايضا بعموم وكالته عن الموكل الاول وبهذا كان لما في اثبات حنفية المالكية لمدعيهم ان للقاضي ان يستبدل على القضاء وان يعزل عنه او فوض اليه النصب والعزل عن قبيل التخليق على ما عرف في محله وبهذا يندفع ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال رجل وكل رجلا بالخصومة وقال له ما صنعت من شيء فموكلي جائز فوكل الوكيل بذلك غيره جاز توكيله ويكون الوكيل الثاني وكيل الموكل الاول لا وكيل الوكيل حتى لو مات الوكيل الاول او عزل او جن او ارتد او لحق بدار الحرب لا ينعزل الوكيل الثاني ولو مات الموكل الاول او جن او ارتد او لحق بدار الحرب ينعزل الوكيلان ولو عزل الوكيل الاول الوكيل الثاني جاز عزله لان الوكيل الاول لما عزل الاول عزل الاول الثاني من تتميم الاول الى هنا كلامه فالمخيف ان الموكل الاول فيما نحن فيه ايضا هو الذي يعزل الوكيل الاول برأيه وان عزل الوكيل الاول الثاني من عمله برأيه فينبغي ان يجوز عزله اياه والفرق بينهما مشكل فتدبر قوله الا ترى الخ قال اي القدوري في مختصره فان وكل اي الوكيل بغير اذن موكله فعقد وكيله اي وكيل الوكيل بحضرته اي بحضرة الوكيل الاول جاز اي جاز العقد لان المقصود اي مقصود الموكل الاول حضور رأي الاول اي حضور اي الوكيل الاول وقد حضر اي وقد حضر رأيه في الصورة المذكورة فيحصل مقصوده فجاز العقد قال صاحب النهاية فان قلت ما الفرق بين هذا وبين احد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه فانه لم يكتف هناك بحضرة صاحبه بل لا بد من الاجازة حتى يحكم كما ذكر في التتمة والمبسوط قلت ما ذكر في الجامع الصغير من ان عقد وكيل الوكيل جائز عند حضرة الوكيل الاول محمول على ما اذا اجاز الوكيل الاول عقد الوكيل الثاني لا طلاق ما ذكر في التتمة وقال شمس الائمة محمد رحمه الله قال في الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول جاز علم شرط الجواز اجازة الوكيل الاول وبهذا ذكر في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع آخر من وكالة الاصل وشرط اجازته فقال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غائب فاجازه الوكيل جاز حكى عن الكرخي انه كان يقول ليس في المسألة روايتان ولكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز وكان يحمل المطلق على المقيد وعلى هذا ذهب عامة المشايخ وبهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح لانه لم يوجد في ذلك سبب وجوبه هذا التوكيل وجد منه بمنزلة ما لو عدم التوكيل من الاول حتى باع هذا الرسول والوكيل غائب وحاضر وانه لا يجوز عقد هذا الفضولي الا باجازته لان الاجازة لبيع الفضولي لا يثبت بالسكوت لكن يكون السكوت محتملا كذا ههنا ومتى اجاز فانما يجوز لان الوكيل بمباشرته بنفسه فيملك اجازته بالطريق الاولى ومنهم من يجعل في المسألتين روايتين وجه الجواز من غير اجازة الاول ان بيع الثاني حال غيبة الاول انما لا يصح لتعري العقد عن اي الاول ومتى باع بحضرته فقد حضر هذا العقد اي الاول على هذا احد وكيلي البيع والاجازة اذا امر صاحبه بالبيع او الاجارة فباع بحضرته في رواية لا يجوز الا باجازته وفي رواية يجوز من غير اجازة انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في اكثر المواضع قال صاحب العناية بعد نقل السؤال والجواب وفيه نظر اما فيما نقل عن محمد رحمه الله قال والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل وليس لك فصافي اشتراط الاجازة للحاضر جوازان يكون قوله فاجاز متعلقا بقوله او غائب فقط واما في تعليم فلانه معارض بان المقصود هو الاجازة وقد حضر كما ذكرنا انتهى واجاب بعض الفضلاء عن نفيره فيما نقل عن محمد رحمه الله حيث قال انت خبير بان قوله فاجاز الوكيل عطف على قوله اذا باع الوكيل

وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضر رأيه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج اليه فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن

الثاني الخ فيكون متعلقا بكل منهما نعم لو كان العبارة واجاز بالواو فيجوز كونها حالية لاحتمل ما ذكره انتهى اقول وفيه نظر لانه يجوز ان يكون الفاء في قوله فاجاز الوكيل للسببية لا للعطف كما في قولك زيد فاضل فاكرمه ونحو الذي يطير فيغضب زيد الذباب على ما ذكروا في موضعه ولئن سلم كونها للعطف وكون قوله فاجاز الوكيل عطفا على قوله اذا باع الوكيل الثاني الخ فلا نسلم كون قوله فاجاز الوكيل متعلقا بكل من قيدي المعطوف عليه اعني قوله والوكيل الاول حاضر او غائب اذ قد تقرر في محله ان العطف على مقيد بشيء انما يوجب تقييد المعطوف بذلك الشيء فيما اذا كان القيد مقدما على المعطوف عليه كما في قولنا يوم الجمعة مررت وضربت زيدا وقولنا ان جئتني اعطك واكسك اما فيما لا يتقدم عليه فلا يوجب تقييده بذلك في شيء وما نحن فيه من هذا القبيل كما لا يخفى فلم يجب فيه ان يتقيد المعطوف بقيدي المعطوف عليه بل جاز ان يتعلق بواحد منهما فقط ثم قال صاحب العناية ولعل الصواب ان الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد احد الوكيلين والفرق بينهما ان وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة واما احد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضا لجواز ان يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير اذن من صاحبه انتهى قال المص ره وتكلموا في حقوقه اي في حقوق عقد الثاني بحضرة الاول يعني اذا باع بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من تكون لم يذكره محمد رح في الجامع الصغير وتكلم المشائخ فيه قال الامام المحبوبي منهم من قال العهدة على الاول لان الموكل انما رضي بلزوم العهدة على الاول دون الثاني ومنهم من قال العهدة على الثاني اذا نسب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول والثاني كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول ينعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني وهو الوكيل الاول كذا في الملتقط وقال في الذخيرة ثم اذا باع او اشترى بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من لم يذكر محمد رح هذا الفصل في الجامع الصغير وذكر البقالي في فتاواه ان الحقوق ترجع على الاول وفي حيل الاصل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثاني انتهى قال في فتاوى قاضيخان فان وكل غيره فباع الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز وحقوق العقد ترجع الى الوكيل الاول عند البعض وذكر في الاصل ان الحقوق ترجع الى الوكيل الثاني وهو الصحيح انتهى وان عقد اي الوكيل الثاني في حال غيبته اي في حال غيبة الوكيل الاول لم يجز اي لم يجز العقد لانه فات رأيه اي الوكيل الاول فلم يحصل مقصود الموكل وهو حضور رأيه الا ان يبلغه اي الا ان يبلغ خبر عقد الوكيل الثاني الوكيل الاول فيجيزه اي فيجيز الوكيل الاول ذلك العقد فحينئذ يجوز لتحقق رأيه وكذا لو باع غير الوكيل اي كذا يجوز لو باع الاجنبي فبلغه اي فبلغ خبر البيع الوكيل فاجازه اي فاجاز البيع بعد بلوغ الخبر لانه حضر رأيه باجازته ولو قدر الاول اي الوكيل الاول الثمن اي ثمن ما امر ببيعه للثاني اي للوكيل الثاني الذي وكله بغير اذن موكله بان قال له بعه بكذا فعقد بغيبته اي فعقد الثاني بذلك الثمن المقدر بغيبة الاول يجوز اي العقد لان الرأي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا انما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن كما سيأتي بيانه وقد حصل اي وقد حصل تقدير الثمن الذي هو المقصود بالرأي واعلم ان هذه رواية كتاب الرهن اختارها المص ره وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن انما يمنع النقصان لا الزيادة فلو باشر الاول ربما باع بالزيادة على المقدار المعين لذكاته وهدايته قال المص ره وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار لانه لما فوض اليهما اي لان الموكل لما فوض الرأي الى الوكيلين مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختار المشتري الذي لا يماطل في تسليم الثمن على ما بينا اشارة الى قوله فيما مر والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري اما اذا لم يقدر اي الموكل الثمن وفوض الى الاول اي وفوض الرأي الى الوكيل الاول كان غرضه اي غرض الموكل رأيه اي رأي الوكيل الاول في معظم الامر اي معظم امر عقد البيع وهو التقدير في الثمن وذلك لان المقصود من البياعات الاسترباح والعادة جرت في الوكالة ان يوكل الاهدى في تحصيل الارباح وذلك

قال واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز عقده والتصرف فيها لانها رق والكفر يقطعان الولاية لان الرقيق لا يملك نكاح نفسه فكيف يملك نكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه لان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر الشفيق ليتحقق معنى النظر والرق ينافي القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفويض اليهما وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله المرتد اذا قتل على ردته او لحق بدار الحرب كذلك لان الحربي بعد من الذمي فاولى بسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله ان كان نافذا عند هما كما هو موقوف على ولده وماله بالاجماع ولا يقطر وذلك باتفاقهما لانها ولاية مترددة غير مستقرة جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل كان مسلما صحيح

انما يكون في التوكيل بتقدير شيء صح الايصاء به الخ وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يبالي ببنيانه الآخر عنه في مجرد العبارة كذا في الشروح اقول تعال ان القول باختيار المشتري الذي لا يبطل في تسليم الشفيع من مهمات البياعات ومعظمات امورها ايضا كما اشار اليه المصنف فيما مر بقوله والبدل وان كان بعد رد ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري فكيف يتم ان يقال ههنا فبعد ذلك لا يبالي ببنيانه الآخر عنه في مجرد العبارة قال اي محمد رح في الجامع الصغير واذا زوج الكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع اي او باع واحد منهم او اشترى لها اي للصغيرة الموصوفة المذكورة لم يجز شيء من ذلك فالضمير المذكور قال المصنف رح معناه اي معنى قول محمد رح او باع او اشترى لها التصرف في مالها اي في مال الصغيرة المذكورة بالبيع او الشراء وانما احتاج الى هذا التاويل لان قوله او اشترى لها يحتمل معنيين احدهما ان يشتري لها شيئا من مال نفسه والآخر ان يشتري لها بمالها ولما كان الاول جائزا لا صحة لكان المراد ههنا بوجه ما فافهم وقال في تعليل المسئلة لان الرق والكفر يقطعان الولاية يعني ان التصرفات المذكورة من باب الولاية والرق في العبد والمكاتب والكفر في الذمي يقطعان الولاية الا يرى ان الرقيق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره يعني اذا لم يكن له ولاية على نفسه لكمال ولاية على غيره بالطريق الاولى لان الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا حتى لا تقبل شهادته اي شهادة الكافر عليه اي على المسلم ولان هذه اي هذه الولاية ولاية نظرية اي ولاية ثابتة نظرا للصغار والصغار العجز فلا بد من التفويض الى من يتفاوت به الدرجة الولاية الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر بالقدرة والشفقة والرق ينافي القدرة قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء والكفر يقطع الشفقة على المسلم لما لا يخفى فلا تفويض اليهما اي فلا تفويض هذه الولاية النظرية الى العبد والكافر قال الشارح العيني وفي بعض النسخ الى العاقد المشفق مكان القادر المشفق وجعل الشارح تلك النسخة اصلا وقال وفي بعض النسخ الى القادر مكان العاقد اقول وانا لم ار نسخة الى العاقد قط ولم اجد لها وجها ههنا اذ لا يوجد حينئذ لقول المصنف والرق ينافي القدرة متعلق كما لا يخفى على الفطن قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردته او لحق بدار الحرب كذلك اي لا يجوز تصرفه فيما على ولديها السلام ومالها قال الشراح انما خص قولهما بالذكر مع ان هذا حكم مجمع عليه لان شبهة انما ترد على قولهما لان تصرفات المرتد بالبيع والشراء ونحوهما نافذة وان قتل على الردة عندهما بناء على ملكه وقد ذكرنا اصلهما في تصرفاته على ولده ومال ولده فانها موقوفة بالاجماع اقول قد اوضح في قولهما الحربي ايضا والغدر الذي ذكروه لا يجري فيه قطعا فلا تتم لان الحربي وان كان بمنأى من الذمي لان الذمي صار منا دارا وان لم تصر منا دينا وقد تحقق منا بوجه ما بخلاف الحربي فانه لم يتحقق في حقه شيء من الاصول المختلف فاولى بسلب الولاية اي فالحربي اولى بسلب الولاية يعني اذا سلبت ولاية الذمي كما عرفت فالحربي اولى بسلبها واما المرتد فتصرفه في ماله ان كان نافذا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله كذلك لكن تصرفه موقوف اي موقوف على اسلامه ان اسلم صح وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطل على ولده ومال ولده متعلق بما يحيط الخبير وهو التصرف بمال الولاية يعني لكن تصرفاته في ماله وماله ولده موقوف على اسلامه بالاجماع متعلق بقوله موقوف على اسلامه بالاجماع وقوله لا يخفى على من له فطنة سليمة وقوف على العربية ومسائل المرتد اتى في كلام المصنف ههنا تقييدا فصيحا واحتياجا الى بيان معناه بالوجه الذي شرحناه به واتا اتعجب من الشراح كيف لم تعيروا الاصلاح تقييدهم بكثير من الامور الحربية البديعة في مواضع شتى فحق العبارة ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال اما المرتد فان ولايته على اولاده واسوامهم موقوفة بالاجماع لانها اي لان ولاية الاب على ولده ومال ولده ولاية نظرية وذلك اي الولاية النظرية تنافي ما ذكرنا او بان استعمال ذلك مشترك باتفاق الملة اي بسبب اتفاق الملة من الاب والولد وهي اي الملة متروكة حق المرتد لكونها معدومة في حال كونه مرجو الزوال وان المرتد محجور عليه فيجب التوقف ثم تستقر به الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل اي تصرفه وبالاسلام اي بعوده الى الاسلام يجعل اي المرتد كانه لم يزل كان مسلما صحيح اي تصرفه اقول بقي في هذا المقام شيء وهو ان ما ذكره من قوله واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض عندنا خلافا لزفر هو يقول الله رضي بخصومة القضي غير الخصومة ولم يرضه ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم

اى هنا ليس من مسائل الوكالة فقط وقد ذكره مرة في باب الاوصياء والاكان من كتاب النكاح حيث قال فيه ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا يثبت على غيرهم ولان بذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هذا ولا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا

واعلم ان الاقرب شهادته عليه ولا يتوارثان انتهى فذكره مرة اخرى سيما في كتاب الوكالة بعيد المناسبة

باب الوكالة بالخصومة والقبض اخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في قبضته وذلك في الاغلب يكون بمطالبة المبيع او الثمن اولانها مهجورة شرعا فاستحقت التاخير عما لين مهجور كذا في العناية وذكر الوجه الثاني في سائر الشروح ايضا واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث لانا لا نسلم ذلك كيف وقد وقعت من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والصحابة رضي الله تعالى عنهم وانظر الى تفسير الخصومة بل فيه ما يوجب هجرها انتهى اقول هذا ساقط جدا لان المراد ان الخصومة بحقيقتها وهي المنازعة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا وانما شرعت ووقعت من الاشراف باعتبار كونها مجازا عن جواب الخصم غيرا ولا كما سياتي بحثه عن قريب مفصلا ومشروحا وقد وقع التصريح به هنا ايضا في عبارة كثير من الشراح حيث قالوا لما كانت الخصومة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا حتى تركت حقيقتها الى مطلق الجواب مجازا آخر ذكر الوكالة بالخصومة عما ليس بمهجور شرعا بل هو مقر على حقيقته قال ابو القدوري في مختصره الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض اطلق كلامه في الرواية ليتناول الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعا فان الامام المحبوبي قد ذكر ان الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعا وكيل بالقبض عند علمائنا الثلثة كذا في النهاية ومعراج الدراية خلافا لزفر رح فانه يقول الوكيل بالخصومة لا يكون وكيلا بالقبض به قال الشافعي رح في الاظهر ومالك واحمد وعن الشافعي رح في وجه انه يملك القبض كما قلنا هو اي زفر رح يقول رضي اي الموكل بخصومة اي بخصومة الوكيل والقبض غير الخصومة لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحقوق والقبض فعل حسي فلم يرض به اي ولم يرض الموكل بالقبض اذ يختار للخصومة في العادة الخ الناس والقبض امين الناس فمن يصلح للخصومة لا يرضى بامانته عادة ولنا ان من ملك شيئا ملك تمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض يعني ان الوكيل بالشيء مامور باتمام ذلك الشيء واتمام الخصومة يكون بالقبض لان الخصومة باقية ما لم يقبض وذلك لانه ما لم يقبض يتوهم عليه الانكار بعد ذلك والمطل ويحتاج الى المرافعة باثبات الخصومة فلما وكل بفصلها وانفصل بالقبض دخل تحت ضمنا كذا قرره صاحب النهاية وعزاه الى المبسوط والاسرار وقفى اثره صاحب معراج الدراية في تقريره ولنا ان الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما امر به وقد امر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات بعارض من موت القاضي او غيره والمطل والافلاس وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب انتهى اعترض عليه بعض الفضلاء بان قوله ولنا ان الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما امر به يخالف لما اسسه في اوائل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه اقول ليس هذا بشيء فان منشاه الغفلة عن فائدة قوله ما دام وكيلا في قولنا ان الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما امر به اذ لا شك ان الوكيل ما دام ثابتا على وكالته يجب عليه اذا امر به والا يلزم تكريرا لامر وهو ممنوع شرعا وهذا معنى ما ذكره في اول كتاب الوكالة ان الوكالة عقد جائز غير لازم فحكمها جواز ان يباشر الوكيل ما فوض اليه وان لا يباشره بشرط عزل الموكل اياه او عزل الوكيل نفسه واعلام الموكل ثم عليه ايضا ذلك البعض في قوله والخصومة لا تتم الا بالقبض بانه ان اريد قبض الوكيل فغير مسلم وان اريد ما يعمه وقبض الموكل فمسلم ولكن لا يترتب عليه مطلوبه اقول المراد بذلك قبض الوكيل والموكل ويترتب عليه مطلوبه قطعا بمقتضى مقدمة العائلة وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب لانه لما فوض الموكل الخصومة الى الوكيل والتزم الوكيل اقامتها دخل في ضمن ذلك ما لا يتم الخصومة الا به وهو القبض فملك الوكيل قطعا ووجب عليه القيام به ما دام على وكالته والفتوى اليوم

على قول زفر رح لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع فالفتوى على ان لا يملك

على قول زفر رح لظهور الخيانة في الوكالة وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ومشائخ بلخ افتوا بقول زفر رح لان التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة اما نصا فظاهر واما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضي ولا يرضى بامانته وقبضه وبه افتى الصدر الشهيد ايضا كذا ذكره الامام المحبوبي في جامعه وذكر في الشروح ايضا الا ان صاحب العناية قال بعد ذكر ذلك وفيه نظر فان الدلالة قد وقعت بما ذكرنا ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب قال المص ونظيره اي نظير الوكيل بالخصومة الوكيل بالتقاضي فانه يملك القبض على اصل الرواية وهو رواية الاصل لانه في معناه وضعا اي لان التقاضي في معنى القبض من حيث الوضع وعن هذا قال في الاساس تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي اي اخذته وقال في القاموس وتقاضاه الدين قبضه منه ثم ان صاحب غاية البيان بعد ان فسر قول المص لانه في معناه وضعا بقوله اي لان التقاضي في معنى القبض قال فيه نظر لانه قال في المغرب تقاضيته ديني وتقاضيته بديني واستقضيته طلبت قضاءه واقتضيت منه حقي اخذته وقال الشارح العيني بعد نقل النظر المذكور عنه قلت لم ادر وجه النظر فيه لانه لم يقل التقاضي هو القبض بل قال في معنى القبض اقول بل لا وجه لما قال لان وجه النظر هو ان المفهوم مما في المغرب كون التقاضي في اللغة يعني طلب القضاء الا بمعنى القبض كما ذكره المص ولا يدفعه قوله لانه لم يقل التقاضي هو القبض بل قال في معنى القبض اذ لا شك ان معنى قوله انه في معناه وضعا انهما متحدان معنى من حيث الوضع في اصل اللغة ولو كان معنى التقاضي في اللغة طلب القضاء لا غير لم يتحقق ذلك الاتحاد فلم يكن في معنى القبض قطعا ثم اقول في الجواب عن النظر المذكور لعل صاحب المغرب فسر التقاضي بطلب القضاء الذي هو المعنى العرفي للفظ التقاضي لكونه غالبا على معناه الوضعي الاصلي كما عرفته فح لا يكون مخالفا لما ذكره المصنف ره وما صرح به عامة ثقات ارباب اللغة في كتبهم المعتبرة من كون معنى التقاضي هو الاخذ والقبض بناء على اصل الوضع ويرشد اليه انه فرق بين الاقتضاء والتقاضي ففسر الاقتضاء بالاخذ على اصله لعدم جريان العرف المذكور فيه والا فلا فرق بينهما في اصل اللغة كما عرفته مما نقلناه فيما مر آنفا عن الاساس وصرح به الجوهري في صحاحه حيث قال واقتضى دينه وتقاضاه بمعنى فتدبر الا ان العرف بخلافه اي بخلاف الوضع لان الناس لا يفهمون من التقاضي القبض بل يفهمون منه المطالبة وهو اي العرف قاض على الوضع اي راجح عليه لان وضع الالفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع له بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية لتسارع افهام الناس اليه والفتوى على ان لا يملك يعني فتوى المشائخ اليوم على ان لا يملك الوكيل بالتقاضي القبض بناء على العرف قال صاحب العناية وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي اولى منه عند ابي حنيفة رح والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام في ان الفتوى على اصل الرواية او على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض انتهى كلامه اقول لا النظر شيء ولا الجواب اما الاول فلان الحقيقة في لفظ التقاضي غير مستعملة بل هي مهجورة كما صرح به ثقات المشائخ كالامام فخر الاسلام البزدوي وصاحب المحيط وغيرهما قال في المحيط البرهاني الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلثة هكذا ذكر محمد رح في الاصل ثم قال وذكر الشيخ الامام الزاهد فخر الاسلام علي البزدوي في شرح هذا الكتاب ان الوكيل بالتقاضي في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا وجعل التقاضي مستعملا في المطالبة مجازا لانه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة الى هنا كلامه واما الثاني فلان كون الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف اصل مقرر عند ابي حنيفة رح لم يرجع عنه قط فلو كانت الحقيقة في لفظ التقاضي مستعملة لم يصح قول المص وهو قاض على الوضع على اصل ابي حنيفة رح قطعا ولم يمكن المشائخ الفتوى على العرف في مسئلتنا هذه ويلزم حينئذ ترك اصل امامهم المجتهد وليست وظيفتهم الا الجريان على اصله الكلي وان جاز لهم بعض من التصرفات في الفروع الجزئية لا يقال يجوز ان يكون مدار قول المص ره ومدار فتواهم على اصل ابي يوسف ومحمد رح فان المجاز المتعارف اولى من الحقيقة المستعملة عندهما لا نقول الذي يظهر من هذا الكتاب ومن سائر الكتب

قال فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر قال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة رح حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضا بها ولابي حنيفة رح انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه

ان لا يقع خلاف في هذه المسئلة بين ائمتنا الثلثة الا يرى الى قول محمد رح في الاصل الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلثة ولو كان لاصلنا المذكور تاثير في هذه المسئلة لما وقع الاتفاق بينهم فيها على ان صاحب التلويح قال وفي كلام فخر الاسلام وغيره ما يدل على ان المجاز المتعارف انما يترجح عندهما اذا تناول الحقيقة بعمومه كما في مسئلة اكل الحنطة انتهى ولا يخفى ان الامر ليس كذلك فيما نحن فيه فلا تشبه لاصلهما المذكور ههنا راسا فلا مجال لان يجعل مدار الصحة قول المص رح وفتوى المشائخ فالتحقيق في هذا المقام ان التوكيل بالتقاضي كان مستعملا على حقيقته في الاوائل ولم يجر العرف على خلاف ذلك في تلك الايام فكان الوكيل بالتقاضي يملك القبض بالاتفاق على ما وقع في اصل الرواية وما اليوم فلما ظهر الخيانة في الوكلاء وجرى العرف على ان يجعلوا التقاضي في التوكيل بالتقاضي مستعملا في المطالبة مجازا وصارت الحقيقة مهجورة افتى مشائخنا المتاخرون بان الوكيل بالتقاضي لا يملك القبض بالاتفاق بناء على الاصل المقرر المتفق عليه عند المجتهدين من ان المجاز المتعارف اولى من الحقيقة المهجورة فلم يبق في المقام غبار اصلا قال محمد رح في الجامع الصغير فان كانا اي الرجلان وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا اي لا يقبضان حق الموكل الا مجتمعين لانه اي الموكل رضي بامانتهما لا بامانة احدهما وحده واجتماعهما ممكن اي اجتماع الوكيلين على القبض ممكن شرعا فانهما يصيران قابضين بالتخلية بلا محذور بخلاف الخصومة فان اجتماعهما عليها غير ممكن شرعا على ما مر اشار به الى قوله لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء قال اي القدوري في مختصره والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة رح قيد بقبض الدين لان الوكيل بقبض العين يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع على ما سيجيء والكلام فيه يرجع الى اصله وهو ان التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حق الموكل لم يكن وكيلا بالخصومة لان التوكيل وقع بالقبض لا غير واذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة لا التملك انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد كذا قالوا وسيظهر حكم هذا الاصل في دليل المسئلة ونقل في الفتاوى الصغرى عن مفقود شيخ الاسلام خواهر زاده ان الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة اجماعا ان كان الوكيل من القاضي كما لو وكل وكيلا بقبض ديون الغائب كذا في غاية البيان ثم ان المص رح اراد ان يبين ثمرة قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة فقال حتى لو اقيمت عليه اي على الوكيل بقبض الدين البينة على استيفاء الموكل اي على استيفاء الدين من الديون او ابرائه اي او على ابراء الموكل المديون عن الدين تقبل عنده اي تقبل البينة عند ابي حنيفة رح وفي الذخيرة اذا جحد الغريم الدين واراد الوكيل بالقبض ان يقيم البينة على الدين هل تقبل بينته على قول ابي حنيفة رح تقبل وعلى قولهما لا تقبل وقالا لا يكون خصما اي قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكون الوكيل بقبض الدين خصما وهو اي قولهما رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وقال الشافعي رح في الاصح واحمد في ظاهر الرواية لان القبض غير الخصومة فلم يكن التوكيل بالقبض توكيلا بالخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومة فلم يكن الرضى بالقبض رضى بها اي بالخصومة ولابي حنيفة رح انه اي الموكل وكله بالتملك اي وكل الوكيل بقبض الدين بتملك المقبوض بمقابلة ما في ذمة المديون قصاصا لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها اذ قبض الدين نفسه اي قبض نفس الدين لا يتصور لانه وصف ثابت في ذمة من عليه الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه استثناء من قوله لان الديون تقضى بامثالها يعني ان الديون وان كانت تقضى بامثالها لا باعيانها لما ذكرنا آنفا الا ان قبض المثل جعل استيفاء لعين حق الدائن من وجه ولهذا يجبر المديون على الاداء ولو كان تملكا محضا لما اجبر عليه وكذا اذا ظفر الدائن بجنس حقه حل له الاخذ هذا خلاصة ما ذكره الجمهور في شرح هذا المقام واما صاحب العناية فقال في شرحه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الدين فانه اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض اذ التوكيل بقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاضان والتوكيل بالاستقراض باطل انتهى اقول فيه بحث اذ لمانع ان يمنع امتناع التوكيل بقبض الدين على تقدير ان لا يجعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه بجواز تصحيح التوكيل بقبض الدين على ذلك التقدير

فاشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذا اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هذا لك والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل

بجعله رسالة بالاستقراض من حيث المعنى والرسالة بالاستقراض جائزة وقد افصح عنه صاحب الذخيرة حيث قال في المسئلة نوع اشكال لانا لو جوزنا توكيل قابل الدين توكيل بالاستقراض معنى لان المديون قد يمتنع باشتغاله فاقباضه رسالة من الدين بصير مضمونا عليه وعلى الغريم شائعا فيلتقيان قصاصا وقد ذكرنا ان التوكيل بالاستقراض صحيح والجواب ان التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى ولهذا يتوكيل بالاستقراض لانا لو جوزنا توكيل قابل الدين بالاضافة القبض الى موكله بان يقول ان فلانا وكلني بقبض ما له عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل بان يقول يعني فلان اليك يقول لك قرضني كذا بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه يضيف الى نفسه فيقول اقرضني فصح ما ادعيناه انه رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة الى هنا كلامه ثم اعلم ان الامام الزيلعي قد ذكر في شرح الكنز ما ذكره صاحب الذخيرة من الاشكال والجواب المذكورين قال هكذا ذكره في النهاية وعزاه الى الذخيرة ثم قال وهذا سؤال حسن والجواب يخرج على قول ابي حنيفة رح فانه لو كان سؤالا لما كان لهم ان يخاصموا انتهى اقول ليس كذلك بيد ان الذي يسهل الورود ان الوكيل بقبض الدين سؤل من كل وجه حتى لا يكون خصما بل المراد انه رسول بالاستقراض بالنظر الى قبض مثل الدين ابتداء ووكيل بالتملك بالنظر الى المقاصة الحاصلة بعد ذلك كونه خصما حكمة تترتب على الثاني دون الاول فلا غبار على الجواب فاشبه اي الوكيل بقبض الدين الوكيل باخذ الشفعة يعني انه اشبه ذلك في كونه خصما فانه اذا اقام المشتري البينة على الوكيل باخذ الشفعة على تسليم المكيل الشفعة قبل الرجوع في المبيعة بالجر عطف على اخذ الشفعة اي فاشبه ايضا الوكيل بالرجوع في الهبة فانه اذا اقام الموهوب له البينة على الوكيل بالرجوع على ان الموكل الواهب اخذ العوض تقبل والوكيل بالشراء بالنصب عطف على الوكيل باخذ الشفعة اي فاشبه ايضا الوكيل بالشراء فانه خصم يطالب بحقوق العقد الذي تعلق به عما قبله باعادة لفظ الوكيل كثير فائدة والقسمة بالجر عطف على الشراء اي فاشبه ايضا الوكيل بالقسمة فان احد الشريكين اذا وكل رجلا بان يقاسم مع شريكه واقام الشريك البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه فانها تقبل والرد بالعيب بالجر عطف على الشراء ايضا اي فاشبه ايضا الوكيل بالرد بالعيب على البائع فان البائع اذا اقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل وهذه اي مسئلة الكتاب هي مسئلة الوكيل بقبض الدين في بعض النسخ وهذا اي الوكيل بقبض الدين اشبه باخذ الشفعة اي اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء كذا صرح به في تتمة الجامع الصغير واعلم ان شراح الهداية قد افترقوا في تفسير معنى كلام الهداية هذا وتبيين المراد بالفضل عليه ههنا فقال صاحب النهاية اي الوكيل بقبض الدين اشبه بالوكيل باخذ الشفعة من الوكيل بالشراء وذكر هذا المعنى صاحب العناية وغاية البيان ايضا لكن بطريق النقل عن شروح الجامع الصغير بعبارتين فقال صاحب العناية قالوا في شروح الجامع الصغير وهذه اي مسئلة الوكيل بالقبض اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء وقال صاحب النهاية قالوا في شروح الجامع الصغير ان الوكيل بقبض الدين اشبه بالوكيل باخذ الشفعة من الوكيل بالشراء وقال تاج الشريعة اي مسئلة الوكيل بقبض الدين اشبه بمسئلة الوكيل باخذ الشفعة من المسائل الثلث الاخر وعلل ذلك بان في هذه المسائل لما لم توجد المبادلة لا تثبت الوكالة بخلاف مسئلة الشفعة وقبض الدين اليه ذهب صاحب معراج الدراية والشارح العيني ايضا ولكن لم يعتبر ذلك الثلث الآخر من بين المسائل الاربع الباقية بعد مسئلة الوكيل باخذ الشفعة شراء المبيع بعينه بالاشارة قولا حتى يكون خصما قبل القبض اي حتى يكون الوكيل بقبض الدين خصما عند ابي حنيفة رح قبل قبض الدين كما يكون اي كما يكون الوكيل خصما قبل الاخذ اي قبل اخذ المقاصة هناك اي في التوكيل باخذ الشفعة فالوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء فاخرقا اقول الذي يذهب اليه الخصم في تخصيص الوكيل بالشراء الذكر ههنا ليشمل كون المراد بالفضل عليه في قوله لقيامه وهذه اشبه باخذ الشفعة هو الوكيل بالشراء فيكون معناه ان مسئلة الوكيل بقبض الدين اشبه بمسئلة الوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء كما صرح شراح الجامع الصغير وذهب اليه فرقة من شراح الهداية واختاره ايضا في شرحنا هذا لك بناء على هذا ولكن يقيت شبهة وهو ان الوكيل ان لم يكن خصما قبل المباشرة لما كان في المسائل الاربع الباقية ايضا لانظر تخصيص مسئلة الوكيل بالشراء بالذكر وجعل المفضل عليه اياها فقط وجوابه ان كان خصما قبل ذلك في تلك المسائل ايضا كما هو الظاهر

ومثل ان للباعة حقوقا ومعاملة فيها فيكون خصما فيها قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه امين في القبض ليس بعبد له فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له فاقام الذي هو في يده البينة على ان الموكل باعه اياه وقضى له حتى يقضي الثمن في هذا استحسانا والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لاعلى خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فيقتصر يده وان لم يثبت البيع حتى لو قضى الغائب تعاد البينة على البيع قضى كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هنا قال وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك معناه اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق على الوكيل بقبلهم تقبل في قصر يده

سيما في مسئلة التوكيل بالقسمة اذ لا شك ان الشريك الآخر لو اقام البينة قبل ان تقسم الوكيل بالقسمة فاوكل تقبل عليه ان الموكل قبض نصيبه منه تقبل بينة لا يظهر التحشير آه الوكيل بقبض الدين بالوكيل باخذ الشفعة وجه اذ بصير الوكيل بقبض الدين حينئذ اشبه تلك المسائل ايضا من الوكيل بالشراء فتامل وبهذا اشارة الى مطلع نكتة ابي حنيفة رح بقوله انه وكله بالتملك لان المبادلة تقتضي حقوقا كالتسليم والتسلم وغير ذلك بهوامي الوكيل بالتملك اصيل فيما اي في الحقوق فيكون خصما فيها اي في الحقوق يعني كان الوكيل امر الوكيل بتلك مثل الدين الذي على المديون في ذلك مبادلة والمامور بالمبادلة يكون اصيلا في حقوق المبادلة كذا في النهاية واكثر الشروح وقال صاحب النهاية قوله وبهذا اشارة اليه اشارة الى ما تقرر بدليل ابي حنيفة رح وهو ان الوكيل بالتملك اصيل في الحقوق انتهى فعلى هذا الاختيار واعترض بعض الفضلاء على كلام المصنف ههنا حيث قال فيه بحث فان المبادلة انما تقتضي ان الوكيل بل من كالمكاتب يكون الوكيل اصيلا في حقوقها وقد قال قبيل المبادلة في التملك باخذ الدين فلما ذلك لم يصح بعد فتامل انتهى اقول لعل وجه ايراده ان تعلق بعض الحقوق بالشيء قبل وقوعه ليس بعزيز الا ترى ان حق الخصومة يثبت للوكيل باخذ الشفعة قبل وقوعه ليس بعزيز الا ان حق الخصومة يثبت للوكيل باخذ الشفعة قبل وقوع الاخذ فكذا ههنا وقد اشار اليه المصنف بقوله وهذا اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هناك ثم ان التحقيق ان قبض الدين ان كان مبادلة من جهة كون الدين يقتضي باشالها الا انه استيفاء لعين الحق من وجه كما مر فاشبه المبادلة تعلق حق الخصومة بالوكيل واشبه باخذ عين الحق جاز الخصومة قبل وقوع التملك بقبض الدين بيرشد اليه ما ذكره الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير حيث قال اللقاط اذا كان وكيلا بالمبادلة وجب ان يلحقه العهدة في المقبوض لانا نقول انما يلحقه العهدة في المقبوض لان قبض الدين انما كان مبادلة من الوجه الذي ذكرناه فهو استيفاء لعين الحق من وجه لان من المديون ما لا يجوز الاستبدال به فاشبه المبادلة جعلناه خصما لاشبهه باخذ العين لا يلحقه العهدة في المقبوض على ما مر انتهى قال اي صاحب في الجامع الصغير والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع اي باتفاق اصحابنا وللشافعي رح واحمد فيه قولان كما في قبض الدين لانه اي لان الوكيل بقبض العين امين محض حيث لا مبادلة ههنا لانه قبض عين حق الموكل القبض اي قبض العين ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له اي للموكل فاقام الذي هو في يديه اي فاقام ذو اليد البينة على ان الموكل باعه اي باع العبد اياه اي ذو اليد وقف الامر حتى يحضر الغائب ان الموكل وهذا اي وقوف الامر استحسان اي مقتضى الاستحسان وفي القياس ان يدفع اي العبد الى الوكيل لا يلتفت الى بينة ذي اليد لان البينة قامت لا على خصم بناء على ان الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة فلم يعتبر اي البينة وجه الاستحسان انه اي الوكيل خصم في قصر يده اي في حق قصر يده نفسه على ما مر قريبا متقام الموكل في القبض في حق قصر يده اي يد الوكيل يعني يصير الوكيل بمجرد قصر يده لاثبات البيع وان لم يثبت البيع في حضرة الغائب وهو الموكل تعاد البينة على البيع اي لو حضر الموكل لا بد لذي اليد من اعادة اقامة البينة على البيع في حضرة الموكل لا ينافي ما بالبينة السابقة في اثبات البيع لعدم كون الوكيل خصما من هذه الجهة فصار هذا كما اذا اقام اي ذو اليد البينة على ان الموكل عزله اي عزل الوكيل عن ذلك اي عن التوكيل ببعض العين فانها تقبل اي فان البينة تقبل هناك في قصر يده اي في حق قصر يده كذا هذا اي ما نحن فيه قال اي محمد رح في مختصره وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك كالارتهان فانه اذا ادعى صاحب اليد الارتهان من الموكل واقام بينة على ذلك تقبل في حق قصر يده لانه في ثبوت الارتهان في حق الموكل كذا في الشروح قال المصنف ومعناه اي معنى قول محمد رح وكذلك العتاق والطلاق اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة اي واذا اقام العبد والامة البينة على العتاق على الوكيل فعلم متعلق بالامة اذا اقاموا البينة على الوكيل فعلم على الموكل يعني اذا اراد الوكيل ان ينقل المرأة الى زوجها الموكل فعلما اليه اراد الوكيل ان يقبض العبد والامة وينقلهما الى مولاها الموكل قبضهما وينقلهما اليه فاقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها على ان زوجها طلقها واقام العبد والامة البينة على الوكيل بنقلهما على ان مولاها اعتقهما فانها تقبل في قصر يده اي في حق قصر

حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق **قال** وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا إلا أنه يخرج من الوكالة وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا وهو القياس لأنه مأمور بالخصومة وهي منازعة والإقرار يضاده لأنه مسالمة والأمر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والإبراء ويصح إذا استثنى الإقرار

في الوكيل [illegible] حتى يحضر الغائب أي إلى أن يحضر الغائب استحسانا أي تقبل استحسانا وأما قياسا فلا تقبل قياسا لأنها على غير خصم دون العتق والطلاق أي لا تقبل في حق ثبوت العتق والطلاق لا قياسا ولا استحسانا وذلك لأن الوكيل ليس بخصم في إثبات العتق والطلاق وإن كان خصما في قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق والطلاق على الغائب فتقبل في القصر دون غيره وجملة الكلام في هذه المسائل أن البينة قامت على شيئين على البيع والعتق والطلاق وعلى قصر يد الوكيل ففي حق زوال الملك عن الموكل قامت لا على خصم وفي حق قصر يد الوكيل قامت على خصم فتقبل في حق قصر يده لا في حق إزالة ملك الموكل قال أي القدوري في مختصره وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي متعلق بأقر أي أقر عند القاضي جاز إقراره عليه أي على الموكل والموكل يتناول اسم الموكل المدعي والمدعى عليه فإن [illegible] جواز إقرار الوكيل على موكله لا يتفاوت بين أن يكون موكله مدعيا أو مدعى عليه سوى أن معنى الإقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل [illegible] يوجب المال على موكله كذا في النهاية ومعراج الدراية وخلاصة هذا ما قاله صاحب النهاية [illegible] أو المدعى عليه فأقر [illegible] ويقرب منه ما قاله صاحب الكافي ولا فرق بين أن يكون الوكيل بالخصومة من مدعي فأقر باستيفاء [illegible] أو من المدعى عليه فأقر [illegible] الحق ولا يجوز عند غير القاضي أي لا يجوز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا [illegible] يتعلق بقوله جاز وبقوله لم يجز كما ذكر في النهاية قال إلا أنه يخرج عن الوكالة فلا يدفع المال إليه ولو ادعى بعد ذلك وأقام بينة على ذلك لا تسمع بينته وفي الجامع الصغير للإمام المحبوبي وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تبطل الوكالة على رواية الأصل لأنه صار مبطلا في دعواه وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين أي في مجلس القاضي وفي غير مجلسه [illegible] وهو قول زفر والشافعي وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا وهو القياس أي مقتضاه لأنه [illegible] مأمور بالخصومة [illegible] والإقرار يضاده أي يضاد الخصومة التي هي المنازعة [illegible] لأنه أي الإقرار [illegible] والأمر بالشيء لا يتناول ضده لأن الشيء لا يتضمن ضده ولهذا أي لأجل [illegible] لا يملك أي الوكيل بالخصومة الصلح والإبراء [illegible] ويصح أي يصح التوكيل بالخصومة إذا استثنى الإقرار بأن قال وكلتك بالخصومة غير جائز الإقرار [illegible] قال صاحب النهاية وهذه المسألة دليل من يقول إن التوكيل بالخصومة لا يتناول الإقرار [illegible] ولو كان [illegible] المطلق الجواب كان ينبغي أن لا يصح استثناء الإقرار من التوكيل بالخصومة وذلك لأن المراد من الجواب [illegible] ثم في صحة استثناء الإقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل وذلك لا يجوز والدليل على هذا أن التوكيل بالخصومة غير جائز الإنكار لا يصح [illegible] أن التوكيل بالخصومة ليس بمجاز لمطلق الجواب انتهى كلامه أقول فيه نظر لأنه إن أراد بقوله لأن المراد من الجواب إما الإقرار وإما الإنكار لا كلاهما بالاتفاق أن المراد من الجواب إما الإقرار وحده أو الإنكار وحده لا كلاهما بالاتفاق فلا نسلم أن الأمر كذلك إذ المراد من الجواب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما يعم الإنكار والإقرار بطريق عموم المجاز دون أحدهما عينا كما سيأتي بيانه مفصلا ومشروحا سيما من الشارح المذكور وإن أراد بذلك أن المراد منه أحدهما لا بعينه لا يجوز جمعهما في حالة واحدة فمسلم أنه لا يصح جمع الإنكار والإقرار معا في جواب شيء واحد ولكن لا نسلم حينئذ قوله ثم في صحة استثناء الإقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل إذ اللازم فيها حينئذ إنما هو استثناء الجزئي من الكلي كما لا يخفى قوله والدليل على هذا أن التوكيل بالخصومة غير جائز الإنكار لا يصح [illegible] ليس بتام أيضا إذ يصح استثناء الإنكار في ظاهر الرواية كما يصح استثناء الإقرار نص عليه في الذخيرة وغيرها ثم أقول وهذا [illegible]

وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك وهذا يختلف فيه الاهدى فلا هدى

ما في كلام غاية البيان الصنافي هذا المقام حيث قال في تقرير كلام الهداية كما لو وكله بالخصومة واستثنى الاقرار فاقر الوكيل لم يصح اقراره لان لفظ التوكيل بالخصومة تناول الاقرار فلو تناوله لبطل الاستثناء وصح الاقرار لان الخصومة شيء واحد والاستثناء من شيء واحد لا يجوز انتهى فانه اراد بقوله لان الخصومة شيء واحد انها امر خارجي لا تعدد فيه اصلا فليس كذلك قطعا وان اراد بذلك شيئا واحدا من حيث المفهوم فهو لا ينافي تعددها من حيث الافراد وصحة استثناء بعض افرادها منها عند التوكيل بها كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في حل هذا المقام ما نصه ان الاقرار لما كان من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الثمن لا يصح البيع انتهى اقتفى اثره صاحب النهاية حيث قال لما كان الاقرار من جنس ما تتناوله الوكالة بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الثمن لا يصح البيع انتهى اقتفى اثرهما صاحب العناية حيث قال لما كان الاقرار من جنس ما تتناوله الوكالة بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الثمن لا يصح البيع انتهى وكل هذا الذي قالوه لا يخفى على الفطن الناظر في كلامهما ولما رأينا تفصيل ذلك اطنابا اعلما انه ذهب عن بال الكاكي في تقريره جواب ما ذكر في النهاية وما ذكر في العناية في تقريره ما ذكر في غاية البيان فقد عرفت حالهما وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة يعني انكارا فاقر لما قدمنا في التوكيل جرت عادة الخ لبنيا فيما اذا في الخصومة لا يهدى فلا يهدى والاقرار لا يحتاج الى زيادة العناية قال صاحب النهاية ومنها يعلم ان قوله فلا يتقيد بما بعده على ما اذا استثنى الاقرار يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو على هذا الاختلاف الذي في المختلفات البزازية انتهى وقد ذكر في الشارح الاتقاني صاحب العناية عن النهاية وقال صاحب غاية البيان وكان هذا سهو القلم من صاحب الهداية فانه ذكر في اول هذه المسألة انه لو وكله بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة على وجه النتيجة فيقتضي ان الامر بالشيء لا يتناول ضده وهو الانكار والمعول الا ان يقال ان التوكيل بالجواب يقتضي جواب الخصومة والاقرار ليس كذلك فلا يتقيد بجواب الخصومة وهو الاقرار لان التوكيل بالخصومة يتخصر فيما ذكر فلا يتقيد بجواب الخصومة الا هدى في غير موضع الا يهدى لا يتقيد بجواب الخصومة الا هدى في غير موضع الا يهدى لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لان المأمور به هو مطلق الجواب ولا يشمل الانكار والاقرار جميعا لتخالف احكامهما والجواب بالخصومة يتناول احدهما وهو الاقرار فلا يتقيد بالجواب بالخصومة ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف انه لو وكله بالجواب المطلق فاقر لم يصح فعلم ان قوله لو وكله بالجواب المطلق لا يتقيد بجواب هو خصومة وقد يتحير بعض الفاضلين في هذا المقام فقال هذه مسألة مبتدأة لا للاستشهاد بها هنا كلاما قوله فيما تقدم ان كون الكلام المذكور من قبيل سهو القلم عما ظن انه مراد بذلك مما لا ينبغي ان ينسب الى من له ادنى تمييز فضلا عن ان ينسب الى صاحب الهداية ذلك الامام الذي ان تسمح بتبتلا لادوارها دار الفلك الدوار فان بين الكلام المذكور وما ظنه مرادا بذلك بونا بعيدا من حيث اللفظ والمعنى فاني تيسر الحمل على ان يكون احدهما سهوا عن الآخر وانا ثانيا فلانا نعلم عدم امكان تصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره قول لانه لو وكله بالجواب مطلقا لا تتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار قلنا ان اراد به انه لو وكله بالجواب مطلقا لا تتقيد على قول ابي حنيفة رح ومحمد رح وقول ابي يوسف رح آخرا الجواب هو خصومة فهو مسلم لكن لا يفيد تصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره بناء على قول زفر والشافعي رحمهما الله وقول ابي يوسف رح اولا كما هو مراده قطعا وان اراد بذلك انه لو وكله بالجواب مطلقا لا تتقيد على قول زفر رح والشافعي رح وقول ابي يوسف رح اولا ايضا بجواب هو خصومة فهو ممنوع كيف وقد صرح في المختلفات البزازية بان هذه المسألة ايضا على الاختلاف الذي في التوكيل بالخصومة

وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته تناول لما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون لفظها عينا

قوله لان المامور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الانكار والاقرار جميعا بخلاف المامور بالخصومة اذ يجوز ان يقول زفر رح بين الخصومة والاقرار مضادة قلنا لزفر رح ان يقول في مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا ان الامر منصرف الى جواب الخصومة اذ العادة في التوكيل جرت بذلك لهذا اختار الاهدي فالاهدي في الوكالة تقييد بولاية العرف صرح بهذا التقرير في الكافي والتبيين ولا شك ان اتفاق جوابين لا يقتضي اتحاد دليلهما قوله ولهذا اصرح علاء الدين العالم في خلاف انه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح قلنا لا يدل ما صرح به علاء الدين العالم في طريقة الخلاف على انه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح عند جميع الائمة حتى زفر رح والشافعي رح فلا يتم مطلوبه واما صحة ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رح على قول الآخر فيلا شك فيه احد فانفع ما اشتبه عليه ههنا نجد لغيرهم القول الانصاف ان كون ما ذكره المصنف ههنا مسئلة مبتدأة خلافا لتغليط مورود عليه وجه الاستشهاد كما اختاره جمهور الشراح مما لا يمتري بشان المرجح اذ هو لبعد وبيان ادلة اقوال المجتهدين في مسئلة التوكيل بالخصومة فما الضرورة في شروع مسئلة اذ هي اثنا في الرواية بدء المسئلة قبل تمامها فالوجه عندي ان هذه المسئلة ذكرت ههنا على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب المطلق صريحا لا تناول الاقرار بل تقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار بدلالة العرف ولهذا يختار فيها الاهدي فالاهدي فكيف يتناول الاقرار ما اذا وكله بالخصومة بجواز ان يقال ان التوكيل بالخصومة مطلق بالجواب مطلقا ايضا على الاختلاف المذكور في التوكيل بالخصومة كما صرح به في المختلفات البرهانية ولا يحصل بهذا الزام الخصم الا ان كر ابا ههنا من قبيل والمختلف على المختلف فيصير ستشهادا تحقيقيا عند المستدل وان لم يكن الزاما ساقطا نظيره ابا الكثير من ان يحيى فتدبر وجه الاستحسان ان التوكيل يعني التوكيل المعهود المذكور وهو التوكيل بالخصومة صحيح قطعا اي صحيح من كل وجه بالاجماع وصحته تناول ما يملكه قطعا اي صحة هذا التوكيل تناول ما يملكه الموكل قطعا لان التوكيل بغير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح قال صاحب غاية البيان ولا يلزم على هذا التوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر وشرائها فانه يجوز على مذهب ابي حنيفة رح مع ان المسلم لا يملك ذلك فيجب لانا نقول ان ذلك مملوك للمسلم ضمنا وحكما للتصرف الوكيل وان لم يكن مملوكا قصدا على وجه لا يلحقه اللوم والاثم في ذلك على انا نقول ان المسلم ولاية في نفس التصرف لكنه ممنوع شرعا قلنا بانعقاد حجر يقيد بما تصرف لا يتأتى ولا يشترط ان يكون المحل لا يتأتى في كل الافراد وقد مضى بيانه في ذلك لكن اوائل كتاب الوكالة عند قوله ويشترط الوكالة ان يكون المحل من يملك التصرف يزيد الاحكام انتهى كلامه قلت في جوابه اثناني بحث لانه لا يدفع النقض اللازم ههنا بصحة توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر وشرائها عند ابي حنيفة رح لانه اذا لم يشترط ان يكون للمحل لا تيا في كل الافراد فما معنى قول ابي حنيفة رح بناء على ذلك توكيل المسلم الذمي بالا يملكه نفسه وهو بيع الخمر وشرائها ينبغي ان يجوز عنده فيما نحن فيه ايضا صحة التوكيل بما لا يملكه الموكل بناء على ذلك فلا تتم قوله وصحته تناول ما يملكه قطعا قال صاحب الغاية وان احتيج في ذلك صحة توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر فقد ذكرنا ما قدمه فيه انتهى اقول الذي تقدم فيه من صاحب الغاية هو قوله في اوائل كتاب الوكالة بعد شرح قول المصنف ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف قال صاحب الغاية ان هذا القيد وقع على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رح فمن شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكله به لا يجوز عنده ومنشأ هذا التوهم ان جعل اللام في قوله تملك التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي وكل به واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معنا يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل هو المراد انتهى ولا يخفى ان الذي اذكره صحة غاية البيان في جوابه الثاني وقد بينا انه لا يدفع النقض ههنا بل يؤيده وذلك اي ما يملكه الموكل مطلق الجواب للتناول للانكار والاقرار جميعا دون احدهما عينا اي دون احد الجوابين بعينه لانه ربما يكون احدهما بعينه حراما لان خصمه انكان محقا يجب عليه الجواب بالاقرار وان كان مبطلا يجب عليه الجواب بالانكار فلا يملك المعين منهما قطعا فلا يصح التوكيل به قطعا بل يصح من وجه دون وجه حيث صح من كل وجه علم انه تناول ما يملكه من كل وجه وهو مطلق الجواب للتناول

وعلى هذا الخلاف وجوب على ما نبينه ان شاء الله تعالى فيصير الدين كالعين قطعا ولهذا استثنى الاقرار فصار كانه باع منه الدين بالعين فيه

ثم كل واحد منهما على الخلاف اى بين الخصومة ومطلق الجواب موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى على ما سياتى من قريب عند بيان ما قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله فى هذه المسئلة فيصرف اليه اى فيصرف التوكيل بالخصومة الى التوكيل بمطلق الجواب تحريا للصحة قطعا اى تحريا لصحة كلام الموكل قطعا فان كلام العاقل يصان عن الالغاء ولو استثنى الاقرار فعن ابى يوسف رح انه لا يصح جواب عن مستشهد زفر رح والشافعى رح يعنى لانه صحة هذا الاستثناء على قول ابى يوسف رح كما ذكره شيخ الاسلام فى شرح الجامع الصغير وفى اصول الشمنى ايضا لانه اى لان الموكل لا يملك اى لان الموكل لا يملك الاستثناء لان ملكه يستلزم نقيض الانكار عينا وقد لا يخفى ذلك كما مر آنفا كذا ذكر فى النهاية وكثير من الشروح اولان من اصل هذا الاقرار باعتبار قيامه مقام الموكل لانه من الخصومة فصيرورة البات بالنكاح حكما لما فلا يصح استثناؤه كما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الوكيل الثمن او لا يسلم المبيع فان ذلك الاستثناء باطل كذا هذا كذا ذكر فى الكافى وفى بعض الشروح وعن محمد رح انه يصح يعنى ولئن سلمنا ان استثناء الاقرار صحيح كما قال محمد رح فى ظاهر الرواية لكنه انما يصح لان التنصيص من الموكل على الاستثناء زيادة دلالة على ملكه اياه اى على تملكه الانكار وبيان ذلك انه انما يحمل امر الانكار بجوازان يكون خصما فاذا نص على استثناء الاقرار دل على انه يعلم يقينا ان خصمه يطل حملا لامر المسلم على الصلاح فتعين الانكار وعند الاطلاق اى عند اطلاق التوكيل بالخصومة من غير استثناء الاقرار يحمل على الاولى اى يحمل كلامه على الوكالة بحال المسلم وبمطلق الجواب عنه اى عن محمد رح انه فصل بين الطالب المطلوب اى فصل بين المدعى والمدعى عليه فى استثناء الاقرار عند التوكيل بالخصومة فصح استثناؤه فى الاول وهو الطالب ولم يصح فى الثانى وهو المطلوب لكونه اى لكون المطلوب مجبورا عليه اى على الاقرار كذا فى النهاية وفى العناية ايضا نقلا عن النهاية على ما ذكر الاكمل كذا فى كثير من الشروح قال فى غاية البيان عند ذكر ذلك اى قال الكرخى المطلوب شخصا يجبر على الخصومة وتخيير الطالب فيما فى اصل الخصومة فلذا كرره كما ذكر فى الكافى وجها ذكر فى التتمة عن محمد رح انه يصح استثناء الاقرار من الطالب لا من المطلوب لانه مجبور عليه يعنى ان الوكيل اذا كان من جانب المدعى صح استثناء الاقرار لان المدعى لما كان مخيرا بين الاقرار والانكار اذ فى الاستثناء فائدة فى حقه والا اذا كان من جانب المدعى عليه فلا يصح استثناء الاقرار لانه لا يفيد ذلك لان المدعى يثبت ما ادعاه بالبينة على المدعى عليه او يضطر المدعى عليه على الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون هو مجبورا على الاقرار فكذلك وكيله الا ان التوكيل عند توجه اليمين يحمل اليمين على موكله لان النيابة لا تجرى فى الايمان فلا يفيد استثناء الاقرار فائدة كذا فى النهاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد ذكر ذلك مجملا وقائل ان يقول المدعى قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر المدعى عليه الى الاقرار بصحة اليمين لكونه مقرا فيكون الاستثناء مفيدا وايضا الجواب ان المطلوب مجبورا على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا فى الجملة فلكن لا يستثناؤه مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير فى كل حال فكان استثناؤه مفيدا الى هنا كلامه اقول فى الجواب نظر لانه اذا لم يتعين كون المطلوب مجبورا على الاقرار بل كان ذلك احتمالا محضا موقوفا على كونه مبطلا لم يتعين عدم الفائدة فى استثناء الاقرار بل كان ذلك ايضا احتمالا محضا فمجرد الاحتمال كيف يجوز اساءة الظن بالمسلم والغا كلام العاقل مع وجوب حمل امر المسلم على الصلاح وصيانة كلام العاقل عن الالغاء واقول بقى ههنا بحث وهو ان الطالب ايضا قد يكون مجبورا على الاقرار لان اقرار الطالب لا يتصور من حيث انه مدع اذ الدعوى والاقرار متباينان بل متضادان وانما يتصور ذلك من حيث انه مدعى عليه باستيفاء حقه من خصمه ولا شك ان الطالب من حيث انه مدعى عليه يعرض عليه اليمين فيكون مجبورا على الاقرار لا يقال المراد ان الطالب من حيث انه طالب اى مدع صح منه استثناء الاقرار لعدم كونه مجبورا على الاقرار من هذه الحيثية بل مخيرا بخلاف المطلوب من حيث انه مطلوب اى مدعى عليه فانه قد يكون مجبورا عليه لانا نقول الطالب من حيث انه طالب لما لم يتصور منه الاقرار قطعا لم يتصور استثناء الاقرار هناك اصلا فضلا عن صحته فليتامل ثم قال صاحب العناية ولم يذكر المصنف الجواب عن صورة الصلح والابراء وجوابه انا نسلم ان الصلح والابراء

فبعد ذلك يقول ابو يوسف ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة او لانه سبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق عند طلب المستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به

بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح او الى الابراء فلم يوجد مجوز المجاز وفيه نظر فان افضاءها الى الصلح والابراء ان لم يكن اشد من افضائها الى الاقرار فهو مثله لا محالة وايضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغي ان تجوز الاستعارة والاولى ان يقال التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلى او بنعم والصلح عقد آخر يحتاج الى عبارة اخرى خلاف ما وضع للجواب وكذلك الابراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازا الى هنا كلامه اقول فنظره الاول ساقط جدا اذ لا نسلم ان افضاء الخصومة الى الصلح والابراء اشد من افضائها الى الاقرار او مثل افضائها اليه كيف والخصم قد يضطر الى الاقرار عند عرض اليمين عليه بخلاف الصلح والابراء فان الخصم لا يضطر اليهما اصلا بل هو مختار فيهما مطلقا على انهما لا يتحققان باختيار الخصم فقط بل لا بد فيهما من اختيار الخصم معا والى هذا كله اشار المجيب وهو الشارح الاتقاني في تقرير جوابه حيث قال والجواب عن القياس على الصلح فيقول انما لم يصح صلح الوكيل لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح بل هو تصرف ابتداء يتعلق باختيارهما انتهى فبعد ذلك شرع في بيان ماخذ الاختلاف الواقع بين الائمة الثلثة اي بعد ما ثبت ان التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب او بعد ما ثبت جواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله يقول ابو يوسف رح في التسوية بين مجلس القضاء وغيره ان الوكيل قائم مقام الموكل فيقتضي هذا ان يملك ما كان الموكل مالكا له واقراره اي اقرار الموكل لا يختص بمجلس القضاء لان الاقرار موجب بنفسه انما يختص بمجلس القضاء ما لا يكون موجبا الا بانضمام القضاء اليه كالبينة والنكول فكذا اقرار نائبه اي هو ايضا لا يختص بمجلس القضاء وهما اي ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله يقولان في الفرق بين مجلس القضاء وغيره ان التوكيل اي التوكيل بالخصومة يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة وهو الانكار او مجازا وهو الاقرار لما مر انه ينصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الاقرار والاقرار لا يكون خصومة مجازا الا في مجلس القضاء فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار انما يكون خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب في غير مجلس القضاء فلا اقرار يكون خصومة مجازا في غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به ثم ان طريق كون الاقرار من حيث انه جواب خصومة مجازا كما وعد المصنف بيانه فيما مر ما ذكره هنا بقوله والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه اي الاقرار خرج في مقابلة الخصومة جوابا عنها فسمي باسمها كما سمي جزاء العدوان عدوانا في قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وكما سمي جزاء السيئة سيئة في قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها كذا في المبسوط والاسرار قال صاحب العناية فكان مجوزه التضاد وهو مجوز لغوي لما قررنا في التقرير انه لا يصلح مجوزا شرعيا وقال بعض الفضلاء بل الظاهر ان مجوزه المشاكلة اقول لا يخفى على من يعرف حقيقة المشاكلة ويتقن النظر في مباحثها ان المشاكلة بمعزل فيما نحن فيه وانما عزه تمثيلهم ما نحن فيه بقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها وقوله فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولكن جواز المشاكلة ايضا في ذينك الموضعين من النظم الشريف لا يقتضي جوازه فيما نحن فيه فتامل تقف او لانه اي الخصومة على تاويل التخاصم كذا في النهاية وغيرها وقال في معراج الدراية وفي بعض النسخ او لانها سبب له اي الاقرار وقد يسمى المسبب باسم السبب كما يقال صلوة العيد سنة مع انها واجبة باعتبار انها تثبت بالسنة وكما يسمى جزاء السيئة سيئة اطلاقا لاسم السبب على المسبب فكان المجوز السببية قال في العناية وهو مجوز شرعي نظير الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف لان الظاهر اتيانه اي اتيان الخصم بالمستحق فيكون الخصومة سببا له حيث افضى اليه ظاهرا كذا ذكره تاج الشريعة واختاره العيني ثم يكون قوله لان الظاهر الخ تعليلا لقوله او لانه سبب له وقيل هو تعليل لقوله والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا بملاحظة القصر في التقييد بقوله في مجلس القضاء يعني لا الاقرار في غيره فتامل انتهى ويشعر به تحرير صاحب العناية حيث قال واما اختصاصه بمجلس القضاء فلان الظاهر اتيانه بالمستحق الخ فتفكر وهو اي المستحق الجواب في مجلس القضاء لا غير فيختص به اي فيختص جواب الخصومة بمجلس القضاء قال صاحب العناية ولو قال لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر كان اوفى تادية المقصود انتهى وقال بعض الفضلاء انما لم يقل لان الواجب الخ لتطرق المنع

لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليه

على دعوى الوجوب وسنده ما مر في اول كتاب الوكالة من الشارح ما بين حكمها انتهى اقول ليس هذا بشيء لان مداره على زعم ان ضمير عليه وايتانه في قوله لان الواجب عليه ايتانه بالمستحق راجع الى الوكيل من حيث انه وكيل وليس كذلك بل هو راجع الى الخصم وهو الموكل حقيقة وان عد الوكيل ايضا خصما لقيامه مقام الموكل فالوجوب ههنا يصير حكم الخصومة لا حكم الوكالة ووجوب الجواب على الخصم مما لا يقبل المنع قطعا وما مر من صاحب العناية في اول كتاب الوكالة وهو جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه انما هو حكم الوكالة وذلك لا ينافي كون الوجوب المذكور ههنا حكم الخصومة فلا يكاد يصلح سندا لمنع ذلك الا يرى انه يجب على الوكيل كثير من احكام ما باشره بالوكالة كما قالوا كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة وغيرهما فحقوقه تجب على الوكيل دون الموكل مع اطباقهم على ان حكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه بالتوفيق في ذلك كله ان الوجوب حكم ما باشره والجواز حكم اصل الوكالة فلا تغفل لكن اذا اقيمت البينة على اقراره اي على اقرار الوكيل في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة هذا استدراك من قوله فيختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا لم يكن الاقرار في غير مجلس القضاء جوابا كان الواجب ان لا يكون معتبرا ولا يخرج عن الوكالة ومعناه لكن اذا ثبت انه اقر عند غير القاضي خرج من الوكالة حتى لا يؤمر اي لا يؤمر الخصم بدفع المال اليه اي الى الوكيل لانه صار مناقضا في كلامه حيث كذب نفسه بالقول الاول والمناقض لا دعوى له قال في الكافي حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه لا يمكن ان يبقى وكيلا بمطلق الجواب لانه لا يملك الانكار لانه يصير مناقضا في كلامه فلو بقي وكيلا لبقي وكيلا بجواب مقيد وهو الاقرار وما وكله بجواب مقيد وانما وكله بالجواب مطلقا انتهى وصار اي صار الوكيل المقر في غير مجلس القضاء كالاب والوصي اذا اقر اي اقر واحد منهما في مجلس القضاء فانه لا يصح اقراره ولا يدفع المال اليه بيانه ان الاب او الوصي اذا ادعى شيئا للصغير فانكر المدعى عليه وصدقه الاب او الوصي ثم جاء يدعي المال فان اقرارهما لا يصح ولا يدفع المال اليهما لانهما خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله المدعى عليه فكذلك ههنا كذا ذكر في اكثر الشروح والاحسن ما ذكر في الكفاية من ان الاب والوصي اذا اقرا على اليتيم في مجلس القضاء انه استوفى حقه لا يصح اقرارهما عليه ولكن لا يدفع المال اليهما لزعمهما بطلان حق الاخذ وانما لا يصح اقرارهما لان ولايتهما نظرية ولا نظر في الاقرار على الصغير انتهى واعلم ان حاصل هذه المسئلة اعني مسئلة التوكيل بالخصومة على خمسة وجه الاول ان يوكله بالخصومة ولا يتعرض لشيء آخر وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار بالاجماع ويصير وكيلا بالاقرار ايضا عند علمائنا الثلثة الثاني ان يوكله بالخصومة غير جائز الاقرار وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار لان باستثناء الاقرار تبين ان التوكيل ما يتناول نفس الجواب انما تناول جوابا مقيدا بالانكار هكذا ذكر شيخ الاسلام في الاصل وذكر الامام فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع ان هذا الاستثناء على قول ابي يوسف رح لا يصح وعند محمد رح يصح وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح وكالة الاصل وفي الفتاوى الصغرى ان استثناء الاقرار من الطالب يصح ومن المطلوب لا يصح عند محمد رح الثالث ان يوكله بالخصومة غير جائز الانكار وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار ويصح الاستثناء في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح لا يصح الاستثناء الرابع ان يوكله بالخصومة جائز الاقرار عليه وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالخصومة والاقرار حتى لو اقر صح اقراره على الموكل عندنا خلافا للشافعي رح ويجب ان يعلم ان التوكيل بالاقرار صحيح عندنا ولا يصير الموكل مقرا بنفس التوكيل عند ذكر محمد رح المسئلة في باب الوكالة بالصلح الخامس ان يوكله بالخصومة غير جائز الاقرار والانكار ولا رواية في هذا الوجه عن اصحابنا رح وقد اختلف المتاخرون فيه بعضهم قالوا لا يصح هذا التوكيل اصلا لان التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة وجواب الخصومة اقرار وانكار فاذا استثنى كلامهما لم يفوض اليه شيئا وحكي عن القاضي الامام ما عدا النيسابوري انه قال يصح التوكيل ويصير الوكيل وكيلا بالسكوت متى حضر مجلس الحكم حتى يسمع البينة عليه وانما يصح التوكيل بهذا القدر لان ما هو مقصود الطالب وهو الوصول الى حقه بواسطة اقامة البينة يحصل به كل ذلك من الذخيرة ثم اعلم انه لو اقر الوكيل بالخصومة في حد القذف والقصاص لا يصح اقراره لان التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا بالاجتهاد

قال ومن کفل عن رجل فوکل صاحب المال بقبضہ عن الغریم لم یکن وکیلا فی ذلک ابدا لان الوکیل من یعمل لغیرہ ولو صححنا ہا صار عاملا لنفسہ فی ابراء ذمتہ فانعدم الرکن

فیکفت فیہ شبہۃ العدم فی اقرار الوکیل فیورث شبہۃ فی ایمانہ بالشبہات کذا فی التبیین قال ای محمد رح فی الجامع الصغیر ومن کفل بمال فوکل صاحب المال بقبض ای بقبض المال عن الغریم لم یکن وکیلا فی ذلک ای لم یکن الکفیل وکیلا فی قبض المال الغریم ابدا ای لا بعد براءۃ الکفیل ولا قبلہا حتی لو ہلک المال فی یدہ لم یہلک علی الموکل لما ذکرنا ولان الوکیل لما لم یصح حال التوکیل لما ذکرنا انقلب صحیحۃ لکن کفل لغائب فانہ جائز ابعد بلغتہ فانہ لا یجوز عند ابی حنیفۃ ومحمد رحمہما اللہ لان الصحیح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحیحۃ وانما قبل البراءۃ فلما ذکرہ بقولہ لان التوکیل من یعمل لغیرہ وہو ظاہر والکفیل لیس من یعمل لغیرہ فانہ عامل لنفسہ فی ابراء ذمتہ فلو صححنا ہا ای لو صححنا الوکالۃ فیما نحن فیہ صار ای صار الوکیل عاملا لنفسہ فی ابراء ذمتہ لان قبضہ یقوم مقام قبض الموکل وقبضہ تبرأ ذمۃ الکفیل فکذا القبض وکیلہ فانعدم الرکن ای رکن الوکالۃ وہو العمل للغیر فانعدم بعدم الوکالۃ لانعدام رکنہ وصار ہذا کالمحتال اذا وکل المحیل بقبض الدین من المحتال علیہ لا یصیر وکیلا لما قلنا فان قیل لم لا یکون الکفیل وکیلا فی قبض الدین اذا وکل المدیون بابراء نفسہ عما علیہ من الدین فانہ یصح نص علیہ فی الجامع الکبیر وان کان المدیون فی ابراء نفسہ ساعیا فی فکاک رقبتہ قلنا ذکر شیخ الاسلام فی تعلیل ہذہ المسئلۃ ان المدیون لا یصلح وکیلا عن الطالب بابراء نفسہ علی خلاف ما ذکر فی الجامع فکان للمنع فیہ مجال کذا فی الفوائد الظہیریۃ وفیہ نظر لما ذکرنا فنقول ان الابراء تملیک بدلیل انہ یرتد بالرد فلا یرد علینا فتضمنا ان کلامنا فی التوکیل لا فی التملیک کذا فی النہایۃ واکثر الشروح اقول فی الجواب نظرا لما فی المنتہی فلان ما ذکر شیخ الاسلام کیف یصح للعارفۃ لما نص علیہ محمد رح فی الجامع حتی یکون للمنع فیہ مجال وما فی التسہیل فلان التنصیص لیس بشرط الابراء بل التوکیل بالابراء لما سمعت قولہم ان کلامنا فی التوکیل لا فی التملیک علی ان المنقوض بہ لیس نفس المسئلۃ بل لیلیہا المذکور فانہ جائز بعینہ فی صورۃ توکیل المدیون بابراء نفسہ عما علیہ من الدین مع تخلف الحکم وہو عدم الصحۃ ہناک فلا فائدۃ فی دفع ذلک للفرق المذکور اصلا کما لا یخفی للعلماء ان یقال مرادہم ان التوکیل بالابراء فی الصورۃ المذکورۃ تملیک حقیقۃ وان کان توکیلا صورۃ وکلامنا فی التوکیل الحقیقی لا فیما ہو توکیل صورۃ تملیک حقیقۃ والدلیل المذکور ایضا انما یجری فی التوکیل الحقیقی لان کون الوکیل عاملا لغیرہ انما ہو فی ذلک قیل الی ہذا التوجیہ تقریر صاحب الکافی فی الجواب عن السوال المذکور حیث قال فان قیل الدائن اذا وکل المدیون بابراء نفسہ عن الدین یصح نص علیہ فی الجامع وان کان المدیون فی ابراء نفسہ ساعیا فی فکاک رقبتہ قلنا انما یصح لانہ تملیک لانہ توکیل کما فی قولہ طلقی نفسک انتہی فتامل قال صاحب الکفایۃ بعد نقل السوال والجواب عن الکافی قلت لو کان تملیکا لاقتصر علی المجلس ولا یقتصر انتہی اقول یمکن ان یعارض ہذا بانہ لو لم یکن تملیکا لما ارتد بالرد کما اشتہر الیہ فی سائر الشروح حیث قیل ان الابراء تملیک بدلیل انہ یرتد بالرد فتدبر ثم ان الامام الزیلعی ذکر السوال المذکور وجوابہ فی شرح الکنز علی نہج ما ذکر فی الکافی بنوع تغییر عبارۃ فی السوال والجواب حیث قال فان قیل الدائن اذا وکل المدیون بابراء نفسہ عن الدین یصح ان کان عاملا بتفسیلہ فی براءۃ ذمتہ قلنا ذلک تملیک ولیس بتوکیل کما فی قولہ طلقی نفسک انتہی واعترض علیہ بعض الفضلاء حیث قال بعد نقل ذلک عنہ فیہ بحث لانا نمنع کون ذلک تملیک لما مر من تسلم الصورۃ انہ لیس بتملیک الا ان یقال انہ من قبیل المبالغۃ فی التشبیہ وان ارادہ تملیک للابراء کما فی طلقی نفسک فانہ تملیک للطلاق فالتوکیل ایضا تملیک للتصرف الموکل انہ کما علمت فی الدرس السابق ایضا انتہی اقول یجوز ان یختار کل احد من ہذین ترد بہ ما الاول فلا سقوط منع ذلک باقامۃ الدلیل علیہ بانہ لو لم یکن تملیکا للدین بل کان استقاطا لما ارتد بالرد فان الاسقاط تیلا شی لا یرتد بالرد علی ما عرف وقد اشار الیہ الشراح بقولہم الابراء تملیک بدلیل انہ یرتد بالرد واما الثانی فلسقوط بعض ذلک بالتوکیل فان التوکیل علی ما مر فی صدر کتاب الوکالۃ اقامۃ الانسان غیرہ مقام نفسہ فی تصرف معلوم فہو اثبات محضۃ لا تملیک شیئ اصلا نقول فالتوکیل ایضا تملیک لتصرف الموکل بہ کما علمت فی الدرس السابق ایضا مع ان الدرس لیس قطعا فی الدرس السابق وللفی فہم

ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد ماذون مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكل الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه قال ومن ادعى انه وكيل الغائب في دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره

آخر ان التوكيل تمليك شيء بل هم مصرحون بكونه مقابلا للتمليك في مواضع شتى سيما في باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق ثم قيل ينبغي ان يصح وكالة الكفيل في مسئلتنا لانه عامل لرب الدين قصدا وعمله لنفسه كان واقعا في ضمن عمله لغيره والضمنيات قد لا تعتبر واجيب بانا لا نسلم ذلك بل العمل لنفسه اصل اذ الاصل ان يقع تصرف كل عامل لنفسه لا لغيره وقيل لما استويا في جهة الاصالة ينبغي ان تبطل الكفالة بالوكالة لان الوكالة كانت طارية على الكفالة فكانت ناسخة للكفالة كما اذا تاخرت الكفالة عن الوكالة فانها تكون ناسخة للوكالة فان الامام المحبوبي ذكر في الجامع الصغير ان الوكيل بقبض الدين اذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة واجيب بان الكفالة تصلح ناسخة للوكالة وابطلة لها لا على العكس لان الشيء جاز ان يكون منسوخا بما هو مثله او فوقه لا بما هو دونه والوكالة دون الكفالة في الرتبة لان الكفالة في الرتبة لان الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه بخلاف الوكالة فلم يجز ان تكون الوكالة ناسخة للكفالة وان جاز عكسه ولان قبول قوله اي قبول الوكيل ملازم للوكالة هذا دليل آخر على المسئلة تقريره ان الوكالة تستلزم قبول قول الوكيل لكونه امينا ولو صححناها اي لو صححنا الوكالة ههنا لا تقبل اي لم تقبل قوله لكونه مبرئا نفسه عما لزمه بحكم كفالته فانتفى اللازم وهو قبول قوله فينعدم اي التوكيل الذي هو الملزوم بانعدام لازمه التي هي قبول قوله لان انتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم صدقه حال فرض وجوده وما كان كذلك فهو معدوم وهو نظير عبد ماذون مديون اي ما ذكر من مسئلتنا نظير مسئلة عبد مديون او بطلان الوكالة فيما نحن فيه نظير بطلانها في عبد مديون وفي بعض النسخ ونظيره عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته اي ضمن المولى قدر قيمة العبد سواء كان موسرا او معسرا للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكل الطالب اي فلو وكل المولى الطالب وهو رب الدين بقبض المال من العبد كان باطلا اي كان التوكيل باطلا لما بيناه من ان الوكيل من يعمل لغيره وههنا لما كان المولى ضامنا لقيمة العبد كان في مقدارها عاملا لنفسه لانه يبرئ نفسه فكان التوكيل باطلا قال اي القدوري في مختصره ومن ادعى انه وكيل الغائب اي وكيل فلان الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم اي المديون امر اي الغريم بتسليم الدين وفي بعض النسخ بتسليم المال اليه اي الى مدعي الوكالة لانه اي لان تصديق الغريم اياه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله اي لان ما يقضيه المديون خالص مال المديون اذ الديون تقضى بامثالها لا باعيانها كما تقدم وتقرر فما اداه المديون مثل مال رب الدين لا عينه فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن اقر على نفسه بشيء امر بتسليمه الى المقر له فان حضر الغائب اي رب الدين فصدقه اي صدق الوكيل فيها والا اي وان لم يصدقه دفع اليه اي الى رب الدين الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء اي استيفاء رب الدين حقه حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله اي القول في انكار الوكالة قول رب الدين مع يمينه لان الدين كان ثابتا والمديون يدعي امرا عارضيا وهو سقوط الدين باداءه الى الوكيل ورب الدين ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفاء فيفسد الاداء اي يفسد الاداء الى مدعي الوكالة واداء الدين واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا الى رب الدين فيرجع به اي فيرجع المديون بما دفعه اولا على الوكيل اي على مدعي الوكالة ان كان باقيا في يده اي ان كان ما دفعه الى الوكيل باقيا في يده لان غرضه اي غرض المديون من الدفع اي من الدفع الى الوكيل براءة ذمته من الدين ولم يحصل اي لم يحصل البراءة فله ان ينقض قبضه اي فللمديون ان ينقض قبض الوكيل وان كان ضاع اي ان كان ما دفعه الى الوكيل ضاع في يده لم يرجع اي المديون عليه اي على الوكيل لانه اي المديون بتصديقه اي بتصديق الوكيل اعترف انه اي الوكيل محق في القبض والمحق في القبض لا رجوع عليه وهو اي المديون مظلوم في هذا الاخذ اي في الاخذ الثاني وهذا الجملة اعني قوله وهو مظلوم في هذا الاخذ معطوف على ما في حيز ان في قوله اعترف انه محق في القبض فالمعنى ان المديون بتصديق الوكيل اعترف ايضا انه زعم انه مظلوم في هذا الاخذ الثاني والمظلوم لا يظلم غيره فلا ياخذ المديون من الوكيل بعد الاهلاك قال صاحب العناية فان قيل هذا الوجه يقتضي ان لا يرجع عليه اذا كانت العين في يده باقية ايضا فالجواب ان العين اذا كانت باقية امكن نقض القبض فيرجع

قال الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض فيصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفعه اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر

ينقضه اذا لم يحصل غرضه من التسليم واما اذا هلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه انتهى اقول لقائل ان يقول ان الحق في القبض كما لا يرجع عليه ابتداء لا يتيسر نقض قبضه ايضا بلا رضاه فكيف يرجع بنقضه وان المظلوم كما لا يجوز له ان يظلم غيره ابتداء كذلك لا يجوز له ان يتوسل اليه بوسيلة كنقض القبض ههنا فلا يتم الجواب المذكور فالجواب الواضح ان الوكيل وان كان محقا في القبض على زعم المديون الا ان قبضه لم يكن لنفسه اصالة بل كان لاجل الايصال الى موكله بطريق النيابة فلم يكن ما قبضه ملك نفسه فاذا اخذ الدائن من المديون ثانيا ولو كان ظلما في زعم المديون لم يبق للوكيل حق ايصال ما قبضه الى الموكل لوصول حق الموكل الى نفسه من الغريم فان كان عين ما قبضه الوكيل باقية في يده لم يكن رجوع المديون عليه ظلما لاحتمال ان ما قبضه لم يكن ملك نفسه بل كان مقبوضا لاجل الايصال الى موكله واذا لم يبق له حق الايصال الى الموكل فللمديون نقض قبضه بعد ذلك لعدم حصول غرضه من الدفع اليه بخلاف ما اذا كان عين ما قبضه هالكة فان ما قبضه وان لم يكن ملك نفسه الا ان يده كانت يد امانة على زعم المديون حيث صدقه في الوكالة وتضمين الامين ظلم لا يخفى ثم ان الامام الزيلعي قال في التبيين ويرد على هذا ما لو كان لرجل الف درهم مثلا وله الف آخر دين على رجل فمات وترك ابنين فاقتسما الالف العين نصفين فادعى الذي عليه الدين ان الميت استوفى منه الالف حال حيوته فصدقه احدهما وكذبه الآخر فالمكذب يرجع عليه بخمسمائة ويرجع بها الغريم على المصدق وهو في زعمه ان المكذب ظلمه في الرجوع عليه فظلم هو المصدق بالرجوع بما اخذه المكذب وذكر في الامالي انه لا يرجع لان الغريم زعم انه بريء عن جميع الالف الا ان الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له ان يظلم غيره وما اخذه الجاحد دين على الجاحد ودين الوارث لا يقضى من التركة وجه الظاهر ان المصدق اقر على ابيه بالدين لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين لان الديون تقضى بامثالها فاذا كذبه الآخر واخذ منه خمسمائة لم تسلم له البراءة الا عن خمسمائة فبقيت خمسمائة دينا على الميت فيرجع بها على المصدق فيأخذ ما اصابه بالارث حتى يستوفي لان الدين مقدم على الارث الى هنا كلامه فتامل قال اي المص في البداية الا ان يكون ضمنه عند الدفع هذا استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني اذا ضاع في يده لم يرجع عليه الا ان يكون ضمنه عند الدفع وهذا لفظ مروي بالتشديد والتخفيف ففي التشديد كان الضمير المستكن في ضمنه مسندا الى المديون والضمير البارز راجعا الى الوكيل في التخفيف على العكس فان معنى التشديد هو ان يجعل المديون الوكيل ضامنا عند دفع المال الى الوكيل بان يقول له اضمن لي ما دفعته اليك عن الطالب حتى لو اخذ الطالب مني ماله اخذ منك ما دفعته اليك ومعنى التخفيف هو ان يقول الوكيل للمديون انا ضامن لك ان اخذ منك الطالب ثانيا فانا ارد عليك ما قبضته منك وعلى كلا التقديرين يرجع المديون على الوكيل لان المأخوذ عليه ثانيا مضمون عليه اي على رب الدين في زعمهما اي في زعم الوكيل والمديون لان رب الدين في حقهما غاصب فيما يقبضه ثانيا وهذه اي هذه الكفالة اضيفت الى حالة القبض اي الى حالة قبض رب الدين ثانيا فتصح اي فتصح هذه الكفالة لاضافتها الى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين فصارت بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان اي بما يذوب اي يجب له عليه وهذا ماض اريد به المستقبل وقد مر تقريره في كتاب الكفالة فوجه المشابهة بين المسئلتين كون كل واحدة منهما كفالة اضيفت الى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه ولو كان الغريم لم يصدقه اي لم يصدق الوكيل في الوكالة يعني ولم يكذبه ايضا بل كان ساكتا لان فرع التكذيب سيأتي عقيب هذا ودفعه اليه اي دفع المال الى الوكيل على ادعائه اي بناء على مجرد دعوى الوكيل فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه اي الغريم لم يصدقه اي الوكيل في الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة او على رجاء ان يجيزه صاحب المال فاذا انقطع رجاؤه اي رجاء الغريم برجوع صاحب المال عليه رجع عليه اي رجع الغريم ايضا على الوكيل وكذا اذا دفعه اليه اي وكذا الحكم اذا دفع الغريم المال الى الوكيل على تكذيبه اي على تكذيب الغريم اياه اي الوكيل في الوكالة اي في دعوى الوكالة وهذا اي جواز رجوع المديون على الوكيل في صورة التكذيب اظهر اي اظهر من جواز رجوعه عليه في الصورتين الاوليين وهما صورة التصديق مع التضمين وصورة السكوت لانه لما يرجع عليه في تينك الصورتين مع انه لم يكذبه فيهما فلان يرجع عليه في هذه الصورة وقد كذبه فيهما اولى بالطريق لانه اذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب

لما قلنا وفي الجوابكما ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المودى صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا وخصما كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة وان من باشر التصرف فعزل ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس عن عوده من قال الى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه بخلاف اقرار الغير بالدين حيث يؤمر بالدفع اليه اذا صدقه المودع امر بالدفع اليه

قلما لما قلنا اشارة الى قوله وانما دفع اليه على رجاء الاجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الاطرية كما لا يخفى وفي الوجوه كما يعني الوجوه الاربعة المذكورة وهي دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب ودفعه مع التكذيب ليس لاي ليس للغريم ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المودى صار حقا للغائب الظاهر او هو في حالة التصديق او محتملا وهو في حالة التكذيب كذا في عامة الشروح اقول الحق في بيان قوله او محتملا ان يقال وهو في حالة التكذيب في حالة السكوت يتناول كلا من الوجوه المذكورة كلها وقيل ظاهر الكلام الوكيل ظاهر العدالة او محتملا ان كان فاسقا او مستورا حال فصار على الحكم في الوجوه كلها كما اذا دفعه اي كما اذا دفع الغريم المال الى فضولي على رجاء الاجازة من صاحب المال فان الدافع هناك لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة فكذا ههنا ولان من باشر التصرف لغرض حلف على قوله لان المودى صار حقا للغائب ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس عن عرضه اي عن حصول غرضه لان سعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود كما اذا كان الشفيع وكيلا والمشتري ليس للشفعة لانه لو كان لم يكن الشفعة كان سعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع ولم يذكر المصنف ان الغريم اذا انكر الوكالة هل يحلف او لا قال الخصاف لا يحلف على قول ابي حنيفة رح ويحلف على قولهما انه ادعى عليه ما لو اقر به لزمه فاذا انكره يحلف لكنه على العلم لانه على فعل الغير ولهذا ان الاستحلاف تبتني على دعوى صحيحة ولم تثبت نيابته عن الآمر لم تصح دعواه فلا يستحلف كذا ذكر في الذخيرة واذا اقر بالوكالة وانكر الدين والحكم فيه على عكس ذلك كما يستحلف عنده خلافا لهما بناء على ان الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عنده وقد ثبتت الوكالة في حقه باقراره كذا في العناية اخذا من النهاية وذكر في الكافي انه ان دفع الغريم المال الى الوكيل ثم اقام البينة على انه ليس بوكيل اذا اقام البينة على اقراره ان الطالب وكله لا يقبل ولو اراد ان يستحلفه على ذلك لا يحلف عليه لان كل ذلك مبني على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعيا في نقض ما اوجبه للغائب فان اقام الغريم البينة على ان الطالب جحد الوكالة وقبض المال منه يقبل لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على اثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه فانتصب الجاحد خصما عن الغائب في اثبات السبب فيثبت قبض الموكل فينتقض قبض الوكيل ضرورة وجاز ان تثبت الشيء تبعا وضرورة ولا تثبت مقصودا انتهى ومن قال الى وكيل لقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه هذا لفظ القدوري في مختصره علله المصنف بقوله لانه اي المودع بفتح الدال اقر اي للوكيل بحال الغير وهو المودع بكسر الدال فانه اقر بقيام الوديعة على ملك المودع والاقرار بحال الغير حق القبض غير صحيح بخلاف الدين حيث يؤمر المديون بالتسليم الى الوكيل الذي صدقه في وكالته على ما مر فان الدين تقتضي بامثالها فكان اقرار المديون اقرارا على نفسه بحق المطالبة والقبض كذا ذكره الامام قاضيخان ثم ان الوجوه الاربعة المذكورة في الوكيل لقبض الدين واردة في الوكيل لقبض وديعة ايضا فانه قال في المبسوط واذا قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة هو وكيلي وحلف على ذلك وضمن المال المستودع رجع المستودع بالمال على القابض ان كان هلك بامر اجنبي لانه هلك بادار اضمان او قال هلك مني او دفعته الى الوكيل فهو على التفصيل الذي قلنا ان صدقه المستودع في الوكالة لم يرجع عليه بشيء وان كذبه او لم يصدقه ولم يكذبه او صدقه وضمنه كان له ان يضمنه لما قلنا انتهى وذكر في الفوائد الظهيرية في فصل الوديعة اذا لم يؤمر بالتسليم ومع هذا سلم ثم اراد الاسترداد هل له ذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الجامع الصغير انه لا يملك الاسترداد لانه ساع في نقض ما اوجبه وقال ايضا واذا لم يؤمر المودع بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت في يده هل يضمن قيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من الوكيل المودع في معنى المنع من المودع والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله انتهى ولو ادعى اي لو ادعى احد في قبض المنع فلو ادعى ذكر المصنف هذه المسألة تفريعا على مسألة القدوري انه اي الضمير للشان مات ابوه اي اب المدعي وترك الوديعة ميراثا للمدعي لا وارث له اي للميت غيره اي غير المدعي وصدقه المودع امر بالدفع اليه اي الى المودع بدفع الوديعة الى ذلك المدعي اقول من العجائب

لانہ لا یبقی مالہ بعد موتہ فقد انتفا

ہہنا ان الشارح العینی قال فی تفسیر ہذہ المسئلۃ ای فلو ادعی من قال انی وکیل انہ ای ان فلانا مات ابوہ الخ ولا یخفی علی من لہ ادنی مسکۃ ان ہذہ المسئلۃ مسئلۃ الوراثۃ ذکرت تفریعا علی مسئلۃ الوکالۃ لبیان الاختلاف بینہما فی الحکم وانہ لا مجال لان یکون الضمیر المستکن فیہ ولو ادعی ای فلو ادعی رجوعا الی من قال انی وکیل لان الموضع لا یوضع للتسلیم الی مدعی الوکالۃ اصلا قال الہندی فی تعلیقہ علی تلک المسئلۃ لانہ ای لان مال الودیعۃ لا یبقی مالہ ای لا یبقی مال المودع بعد موتہ ای بعد موت المودع قال صاحب النہایۃ مالہ بالنصب ہکذا کان مقررا باعراب شیخی ای لا یبقی مال الودیعۃ مال المودع بعد موتہ ای منسوبا الیہ وعلی ہذا فکان انتصابہ علی تاویل الحال کما فی کلمۃ غاد الی فی ای تنافا انتہی اقول صاحب سراج الدرایۃ بعد نقل ما فی النہایۃ بعینہ ویجوز الرفع وقال صاحب غایۃ البیان قولہ لا یبقی مالہ بالنصب علی انہ حال کما فی قولہ کلمتہ فاہ الی فی ای تنافا ومعناہ لا یبقی مال الودیعۃ مال ابیہ بعد موت ابیہ انتہی وقال صاحب العنایۃ وروی صاحب النہایۃ عن خط شیخہ انتصب مالہ وتقدیرہ حالا کونہ مالہ وہو بعید لان کلمتہ فاہ الی فی ای تنافا لا معناہ لا یبقی مال الودیعۃ مال المودع بعد موتہ منسوبا الیہ وعلی کل تبعہ غیر من الشارحین وارسی انہ منصوب لان الحال مقید للعامل فکلمتہ یجوز ان یکون مقیدا بالمشافہۃ ای کلمتہ فی حال المشافہۃ واما قولہ لا یبقی مال الودیعۃ حال کونہ مملوکا لہ منسوبا الیہ فلیس لہ معنی ظاہر والظاہر فی اعرابہ الرفع علی انہ فاعل لا یبقی ای لان المودع لا یبقی مالہ بعد موتہ لانتقالہ الی الوارث انتہی کلامہ اقول فیہ نظر اما اولا فلانہ قد تقرر فی علم البلاغۃ انہ یجوز ہذا الترتیب ان یعتبر القید اولا فیقول المعنی الی بقی القید وان یعتبر النفی اولا فیقول المعنی الی تقیید النفی وتعیین کل واحد من الاعتبارین بقرینۃ یشہد لہ فان اراد بقولہ واما قولہ لا یبقی مال المودع حال کونہ مالا مملوکا لہ منسوبا الیہ فلیس لہ معنی ظاہر علی الاعتبار الاول المسلم ولا یخفی ان نفی بقاء ملوکیۃ مال الودیعۃ للمودع وانتسابہ الیہ بعد موتہ معنی ظاہر مقبول وان اراد خلاف انہ لیس لہ معنی ظاہر علی الاعتبار الثانی فمم لکن المراد ہہنا ہو الاعتبار الاول کما لا یخفی واما ثانیا فلانہ علی تقدیر رفع مالہ علی انہ فاعل لا یبقی یصیر المعنی لا یبقی حین مالہ بعد موتہ ولیس ہذا المعنی صحیحا اذ المال باق بعینہ بعد موتہ وانما انتفی بعد موتہ ملوکیتہ وانتسابہ الیہ فذلک من اوصاف المال واحوالہ فیہم من النصب علی الحالیۃ ولا یفہم من الرفع علی الفاعلیۃ اللہم الا ان یدعی انہ یوجد من اضافۃ المال الی الضمیر الراجع الی المودع لکنہ بعید جدا فالظاہر فی افادۃ المعنی المقصود ہو النفی کما لا یخفی ثم ان الشارح العینی قد زاد فی الطنبور نغمۃ حیث قال بعد نقل ما فی النہایۃ وما فی العنایۃ والصواب ہو الرفع علی ما قالہ الاکمل وقد فاتہ شیء آخر وہو ان من شرط الحال ان یکون من المشتقات والمال لیس منہا الا انہ یجوز بالتاویل ولو قال صاحب النہایۃ ومن تبعہ فی انہ منصوب علی الحال انہ حال علی تاویل متمولا ای لا یبقی المیت بعد موتہ متمولا لکان وجہا انتہی اقول لیس مما زاده شیء اما قولہ ان من شرط الحال ان تکون من المشتقات فہم الابری الی قول ابن الحاجب وکل ما دل علی ہیئۃ صح ان یقع حالا مثل ہذا ابوہ رطبا ولین سلم ذلک بناء علی قول جمہور النحاۃ فیجوز ان یکون غیر المشتق حالا بالتاویل بالمشتق کما ینکرہ احد من النحاۃ وقد اعترف بہ نفسہ ایضا حیث قال الا انہ یجوز بالتاویل وقد بین صاحب النہایۃ التاویل ہہنا حیث قال منسوبا الیہ مملوکا لہ فبعد ذلک کان القدح فیہ باشتراط کون الحال من المشتقات لغو امن الکلام واما قولہ ولو قال صاحب النہایۃ ومن تبعہ فی انہ نصب علی الحال انہ حال علی تاویل متمولا ای لا یبقی المیت بعد موتہ متمولا لکان لہ وجہ فمما لا ینبغی ان یتفوہ بہ العاقل لان المتمول انما ہو المالک لا المال قطعا فکیف یتصور تاویل المال بہ بالصحیح حملہ علیہ وجعلہ صفتہ لہ بل علی تقدیر ارجاع ضمیر الحال الی المیت لا یبقی لہ ارتباط بالمقام کما لا یخفی علی ذوی الافہام فقد انتقاض علی مدعی الوراثۃ والمودع وقال العینی ای الذی ادعی الوکالۃ والمودع

على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقراره اعلاك الغير لانه من اهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه قال فان وكل فيها بقبض ماله فادعى الوكيل ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد ثبتت بالتصادق والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعوته فلا يؤمر في

والمودع اقول هذا بناء على ضمان السابق وقد عرفت حاله على انه متعلق بالتقاط اي فقد التقاط على ان مال الوديعة مال الوارث فلا بد من الدفع اليه قال صاحب التسهيل اقول فيه اقرار على الغير بالموت فينبغي ان لا يؤمر بالدفع حيث يثبت موته عند القاضي انتهى قائل الواو ذكر اي ولو ادعى احد انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر اي لم يؤمر المودع بالدفع اليه الى المدعي الشراء وهذه المسئلة ايضا ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدوري ولهذا لم يذكرها في البداية وقال في تعليلها لانه اي لان صاحب الوديعة ما دام حيا كان اقرار المودع باعلاك الغير اي كان اقرار المودع لمدعي الشراء اقرارا باعلاك الغير وهو صاحب الوديعة لانه اي المدعي مقر بملك اي من اصل الملك فلا يصدقان اي مدعي الشراء والمودع المصدق اياه في دعوى البيع عليه اي على صاحب الوديعة قال صاحب العناية وقائل ان يقول قد تقدم ما ذكره المستدل في فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرها مكررا وامكن ان يجاب عنه بانه ذكرها هناك باعتبار القضاء وههنا باعتبار الدفع انتهى اقول هذا مقبول ولو ادعى وهناك يقول من افرد هذه المسئلة عن ضمنت لان ايرادها في باب الوكالة بالخصومة اقرب بعيد المناسبة الى هناك كلاما اقول تضعيفه ساقط لان ذكر المسئلة المتقدمة عليها وهي مسئلة ادعاء الوكالة بقبض الوديعة تقتضي ذكرها عقيبها لان في ذكرها لما اوقع في ذهن السامع ان الحكم فيها ايضا كالحكم فيما امر لاذكرها المصنف رح عقيبها في بابها على سبيل التفريع عليها ازالة للاشتباه وبيان الفرق بينهما وبين صاحبها وبيان الاشتراك في الحكم مع الاخرى فكان ايرادها في هذا الباب فيما يناسب قال اي محمد رح في جامع الصغير فان وكل وكيلا بقبض ماله على ان كل حق وكيلا بقبض مال على غريمه فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه اي فان الغريم يدفع المال اليه اي يؤمر بدفع المال الى الوكيل قال المصنف في تعليله لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه اي بمجرد دعوى الغريم بلا حجة فلا يوخر الحق اي حق القبض الى تحليف رب الدين قال صاحب النهاية فان قيل لا نسلم ان الوكالة قد ثبتت فما الدليل لعلم ثبوت الوكالة قيل لان سبب ادعاء المديون ان صاحب المال قد استوفاه فذلك لا يصلح دليلا على صحة ثبوت الوكالة بل هو دليل على عدم صحة الوكالة لان المديون اذا كان مستوفيا من جانب من له الحق كان التوكيل بالاستيفار باطلا لانه لا وكالة بعد الاستيفار رب الدين دينه كان هو معترفا بان الحق الآن ان قول المدعى عليه قد قضيتكما اقرار بالدين عند دعوى المدعي فلذلك فلما ثبت الدين باقراره ولم ينكر الوكالة وكان للوكيل ولاية الطلب فيقضي عليه بالايفار كما لو ادعى استيفار رب الدين عند دعواه بنفسه كان يقضي عليه بالايفار فكذا عند دعوى وكيله لان الوكيل قائم مقام الموكل انتهى اقول جوابه منظور فيه اذ لا كلام في ان ادعاء الغريم استيفار رب الدين دينه يقتضي الاعتراف باصل الحق وانما الكلام في ان الوكالة بأي دليل ثبتت وبمجرد دعوى انكار الوكالة لا يقتضي الاعتراف بثبوتها الا ترى انه لو سكت او تكلم بكلام لا يناسب الحال لا يعد مقرا للوكالة فكيف اذا تكلم بما يشعر بانكار الوكالة وقد اشار اليه السائل بقوله بل هو دليل على عدم صحة الوكالة الى قوله فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى فكان الغريم قال انت لا يصلح للوكالة اصلا بعد استيفار صاحب المال حقه فضلا عن ان يقع وكيلا منه تدبر وقصد صاحب العناية دفع السوال المذكور بوجه آخر حيث قال في بيان المسئلة ذكر في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رح في الرجل على آخر مال فوكل وكيلا بذلك المال واقام الوكيل البينة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال ثم اتبع رب المال فاستحلفه ثم قال في شرح قول المصنف لان الوكالة قد ثبتت يعني بالبينة لان وضع المسئلة كذلك انتهى اقول لقائل ان يقول لو كان مراد المصنف لان الوكالة قد ثبتت بل مراد نفس جواب هذه المسئلة على اعتبار قيد اقامة الوكيل البينة على الوكالة في وضع هذه المسئلة لما وسع المصنف في بدايته وهدايته ولعامة المشائخ في تصانيفهم المعتبرة تركذلك القيد لهم عند تحريرهم هذه المسئلة ولا ينبغي ان يدعى كون حكمهم اياه بناء على ظهور اعتباره كيف وقد ذهب عتاب ذلك على كثير من الثقات كصاحب النهاية وصاحب التبيين وغيرهما حتى ذهبوا الى توجيه ما ذكر في وضع السوال المذكور ولو كان اعتباره من الظهور بحيث يستغني عن ذكره في عامة الكتب لما خفي على مثل هولاء الاعلام

قال ومن وكله بقبض دين له على رجل فادعى الطالب رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري لان المدار ربما يمكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله وفي الثانية غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطأ عند ابي حنيفة رح كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد

وقبض اي قبض الغريم رب المال فيستحلفه اي يستحلف الغريم رب المال على عدم الاستيفاء رعاية لجانبه اي جانب الغريم فان حلف سقط حق الغريم القابض فيسترد ما قبضه ولا يستحلف الوكيل لانه نائب والنيابة لا تجري في الايمان قال فرحمه الله احلفه على العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لان الوكيل لو اقر بذلك بطلت وكالته فجاز ان يحلف عليه والجواب ان الغريم يدعي حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لا تجري في الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف على ان لا يعلم استيفاء مورثه لان الحق تثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالاضافة كذا في الشروح اخذا من الايضاح قال اي محمد رح في جامع الصغير وان وكله بالرد بعيب في جارية اي ان وكله برد جارية بسبب عيب فادعى البائع رضى المشتري اي رضاه بالعيب لم يرد عليه اي لم يرد الوكيل على البائع حتى يحلف المشتري يعني لا يقضي القاضي بالرد عليه حتى يحلف المشتري ويحلف على انه لم يرض بالعيب بخلاف ما مر من مسئلة الدين حيث يؤمر الغريم بدفع الدين الى الوكيل قبل تحليف رب الدين قال جاعة من الشراح حيث يؤمر بدفع الدين الى الوكيل بدون تحليف الوكيل اقول ليس هذا بمعنى المقام قطعا اولا فضل لعدم تحليف الوكيل في الفرق بين المسئلتين فان الوكيل لا يحلف في شئ منهما اصلا ثم اعلم انه ذكر في المبسوط الفرق بين مسئلة الدين ومسئلة العيب بوجهين احدهما ان في الدين حق المطالبة ثابت بيقين وليس في دعوى الاستيفاء والابراء ما ينافي ثبوت اصل الحق لكنه يدعي الاستيفاء فيقصر السبب الموجب فلا يمتنع على الوكيل الاستيفاء ما لم يثبت المسقط والمنافي العيب فان علم المشتري بالعيب وقت العقد يمنع ثبوت حقه في الرد اصلا فالبائع لا يدعي مستقبلا بل يزعم ان حقه في الرد ثبت اصلا فلا بد من ان يحلف الموكل ويحلف ليتمكن من الرد عليه والثاني ان الرد بالعيب بقضاء القاضي فسخ للعقد والعقد اذا انفسخ لا يعود فلو اثبتنا الحق للوكيل بالرد تضرر به الموكل في انفساخ عقده عليه واما قضاء الدين فلا يمس فيه فسخ عقد فاذا حلف الموكل فابى ان يحلف يسهل المطلوب الى قضاء حقه فلهذا امر بقضاء الدين وهذا الوجه الثاني من الفرق هو الذي اراده المصنف بقوله لان التدارك ممكن هناك اي في مسئلة الدين باستيفاء القابض لوكيل ان اظهر الخطأ عند نكوله اي نكول الموكل عن اليمين لقضاء لم ينفذ بطلانا لان قضاء القاضي لا يجوز تسليمه فكان كالقضاء بالاملاك المرسلة كذا في الكفاية وهناك اي في مسئلة الرد بالعيب في نفس الفسخ وفي الثانية اي في المسئلة الثانية وهي مسئلة الرد بالعيب يمكن اي التدارك غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطأ عند ابي حنيفة رح كما هو مذهبه لان القضاء في العقود بالفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا عنده كما مر في كتاب القضاء وفي كتاب النكاح ايضا ولا يستحلف المشتري عنده وبعد ذلك اي بعد ان مضى القضاء بالفسخ على الصحة لانه اي لان الاستحلاف لا يفيد فانه لما مضى الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق في الاستحلاف فائدة قطعا قال صاحب معراج الدراية في تفسير قول المصنف بعد ذلك اي بعد نكول الموكل وتبعه الشارح العيني اقول هذا تفسير فاسد اذ لا يصير معنى المقام حينئذ ولا يستحلف المشتري عنده بعد نكول المشتري وهذا من قبيل اللغو من الكلام كما لا يخفى على الفطن في الغاية وان لم يكن للبائع بينة على رضى الامر بالعيب بعد الوكيل بالرد يحلف البائع بالله ما رضي بالعيب ولا رضي الامر به ولا باجارته فله اي للبائع ان يرد عليها اي على الجارية بالعيب لزوم الاجارة اياه وصدقه الامر في ذلك فاستقام رد الجارية على الآمر لان الآمر مع البائع تصادقا على ان جارية ملك الآمر لان البائع ادعى رضى الآمر بالعيب لزوم الاجارة اياه وصدقه الآمر في ذلك فاستقام التصديق الى وقت الاقرار وثبت هذا التصادق ان ما مضى انما مضى اعتبارا في قضائه بالرد وان قضاءه بالرد وان نفذ ظاهرا لا باطنا فبقيت الجارية على حكم ملك الآمر في الباطن كان للآمر ان يأخذها منه قضاء لان حكم الحاكم انما ينفذ على المحكوم عليه لا على غيره هذا على قول ابي حنيفة رح لا سبيل للآمر على الجارية وبعضهم قالوا بل هذا قول الكل وهو الاصح وعليه الفتوى وان قضى القاضي هنا البيع لم يكن له سبيل على الجارية لان الحكم بجملته بالدليل لما سقط للرد وهو رضى الآمر بالعيب سقط الدليل بخلافه وفي مثل هذا لا ينفذ القضاء باطنا لما قضى في حادثة باجتهاد وشبهة بخلافه نص عليه في المبسوط وشروح الجامع الصغير ايضا نقل في النهاية ومعراج الدراية عن تلك الكتب

واما عندهما فالوجه ان يحمل الجواب على هذا التفصيل فلا يؤخر ان التدارك ممكن عندهما بطلان القضاء وقيل عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر النظر قال ومن نصب للرجل عشرة دراهم لينفقها على اهله فنفق عشرة عليهم من عنده ثم هلكت العشرة الاولى فالنفقة على الوكيل لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد رأيناه فهذا

ثم ان صاحب العناية ذكر ذلك هنا على وجه الاعتراض على الجواب بحيث قال اعترض بان الوكيل اذا رد على البائع بالعيب ثم حضر المشتري او على الرضى بالعيب ليس له ان يرد بالعيب بالقضاء بالبراءة و قال البائع لا سبيل لك عليها لان التعاضي نقض البيع فاذا لا يلتفت الى قول البائع ولو كان القضاء ماضيا على الصحيح ترد البراءة على المشتري واجيب بان الرد بالعيب محمد رحمه الله على قول ابي حنيفة رحمه الله فلا سبيل للاسترداد على البراءة سلمنا ان هذا قول الكل لكن التقاضي هنا لم يوجب دليلا انما كان للعجز بالدليل المستحق للرد وهو رضى الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه لتصادقهما على وجود الرضى من المشتري وفي مثله لا ينفذ القضاء بالملك كما لو قضى باجتهاده ثم نص بخلافه وقالوا هذا اصح انتهى كلامه اقول فيه بحث لان ما ذكره في الجواب بعد التسليم لا يدفع الاعتراض بل يقويه لانه اذا جاز نقض القضاء ههنا عند ابي حنيفة رحمه الله فيجوز ايضا بسبب ان تعيين ابي القضاء بالنسخ ههنا لم يكن راضيا على الصحة عنده ايضا فلا تتم الدليل المذكور للفرق بين المسألتين فتامل فيما عندهما اي عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قالوا اي المشايخ يجب ان تحمل الجواب على هذا اي على الاصل المذكور في الفصلين اي في فصل الدين وفي فصل الرد بالعيب لا يؤخر اي لا يؤخر القضاء بالرد الى تحليف المشتري كما لا يؤخر القضاء بدفع الدين الى تحليف رب الدين لان التدارك ممكن اي في الفصلين معا عندهما بالبطلان اي القضاء يعني ان عدم التاخير الى تحليف رب الدين في فصل الدين انما كان لان التدارك ممكن عند ظهور الخطا في القضاء بايسار القابض الوكيل هذا المعنى موجود في فصل الرد بالعيب ايضا لان قضاء القاضي في مثل ذلك عندهما انما ينفذ ظاهرا لا باطنا فاذا ظهر خطا القضاء عند حكول المشتري برئت البراءة عليه فلا يؤخر الى التحليف وقيل الاصح عند ابي يوسف رحمه الله ان يؤخر اي القضاء في الفصلين الا اي لان ابا يوسف رحمه الله يعتبر النظر اي النظر للبائع كذا في الشروح اقول الاولى ان يقال اي في الفصلين ليكون نسبا بالتعميم للفصلين كما استشعرت ذلك حتى يستحلف اي ابو يوسف رحمه الله المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع يعني ان من مذهب ابي يوسف رحمه الله ان القاضي لا يرد البيع على البائع اذا كان المشتري حاضرا واما اذا كان غائبا فلا يستحلف بالله ما رضيت بهذا العيب وان لم يرد البائع فاذا كان المشتري او رب الدين غائبا فاولى ان لا يرد عليه بالمستحلف صيانة لقضائه عن البطلان نظرا للبائع والمديون فينتظر اي ينتظر في الفصلين نظرا للبائع والمديون قال في النهاية فينظر للنظر اي للبائع فعلى هذا ينبغي ان ينظر في الدين نظرا للغريم انتهى وقال في غاية البيان فعلى هذا ينتظر عنده في الدين ايضا نظرا للغريم وهذا معنى قوله فينتظر للنظر انتهى وقال في العناية لا يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشتري اذا كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر النظر له اذا كان غائبا انتهى اقول لا يخفى ما في كلام واحد منا من تخصيص معنى نفس الكلام بصورة من الفصلين من غير ضرورة داعية اليه فالوجه ما قررناه فتدبر قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن دفع الى رجل عشرة دراهم لينفقها على اهله اي ليتنفقها فانفق عليهم عشرة من عنده اي من مال نفسه فالعشرة بالعشرة اي فالعشرة التي انفقها الوكيل من مال نفسه بمنزلة العشرة التي اخذها من الموكل يعني لا يكون الوكيل متبرعا فيما انفق بل له اخذه من الموكل بصيغة الامر قال الامام التمرتاشي هذا اذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت شرائه النفقة وكان اضيف العقد اليها او كان مطلقا لكن نوى تلك العشرة اما اذا كانت عشرة الدافع مستهلكة او كان اشترى بالنفقة بعشرة نفسه واضاف العقد اليها يصير مشتريا لنفسه ويكون متبرعا بالانفاق لان الدراهم تتعين في الوكالة وكذا الاوضاع العقد الى غيره كما ذكرناه في النهاية ومعراج الدراية وقال في الكفاية بعد ذلك وقيل لا تتعين عند العامة لكن تعلق الوكالة بها كتعلقها بالمضاربة والشركة حيث تتعين انفاقا فيما قال المصنف في تعليل ما في الكتاب لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه اي في الوكيل بالشراء اذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بالاوفى من الثمن وقد قررناه ومضى في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فللبائع ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما سبب وكالة حكمه فعند اي ما نحن فيه اي الوكيل بالانفاق كذلك ان الوكيل بالانفاق على الاهل قد يضطر الى شراء شيء لعيال المنفق ولا يكون له الا الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج الى ان يوفي ثمنه فيما

وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء ولا اكتساب من الشراء فلا يدخل تحت نهيه والله اعلم

باب عزل الوكيل

قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله لانه اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير

لانفاق فكان في التوكيل بذلك تجويزا للاستبدال اعلم ان محمدا لم يذكر في الاصل مسئلة الانفاق بل ذكر فيه مسئلة قضاء الدين فقال اذا دفع الرجل الى الرجل الف درهم فقال اوفها الى فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيرها واحتبس الالف عنده وكان القياس ان يدفع التي احبسها الى الموكل ويكون متطوعا في التي دفع ولكني ارجع القياس في ذلك وأستحسن ان اجيزه الى هنا لفظ الاصل وانما ذكر مسئلة الانفاق في الجامع الصغير ولكن لم يذكر القياس والاستحسان فيه فقالوا في شرحه هذا الذي ذكره استحسان والقياس ان يرد ما على الموكل ان كانت قائمة ويضمن ان كان استهلكها وهو قول زفر وهذا معنى قول المصنف وقبل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا اي ليس للوكيل انفاق عشرة لنفسه بقاية عشرة الموكل بل اذا انفق عشرة فقد صار متبرعا فيما انفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل بعلة وان استهلكها ضمن وجه القياس ان الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا انفق من مال نفسه فقد انفق لغير امر الموكل فيصير متبرعا واما وجه الاستحسان فما ذكره المصنف فيما بعد انفقا بقولهما ان الوكيل بالانفاق كوكيل بالشراء الخ وقالوا في شروح الجامع الصغير ايضا ان المشايخ من قال ليس في قضاء الدين معنى الشراء فقد وقع القياس والاستحسان اللذان ذكرهما محمد في الاصل في الانفاق ففيه شراء فلم يختلف فيه وجه القياس والاستحسان بل صح ذلك قياسا واستحسانا حتى صح الوكيل على الموكل بما انفق قياسا واستحسانا وهذا معنى قول المصنف وقيل القياس الاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء وهذا وجه القياس يعني لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الامر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فاذا لم تحصل تبرعا لان الرضا وجد ولم يوجد فيجعلناه متبرعا قياسا ووجه الاستحسان ما ذكره شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بقوله لان الامر بقضاء الدين امر بشراء ما في ذمته فالامر بالدراهم والوكيل بالشراء اذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم للمقبوض له انتهى فاما الانفاق فانه تضمن الشراء لان الامر بالانفاق امر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة بل شيأ في الذمة فلم تثبت احق الرجوع على الآمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يحصل متبرعا قياسا ايضا فلا يدخل القياس والاستحسان في الانفاق بل يكون فيه حكم القياس كحكم الاستحسان في ان الوكيل لا يكون متبرعا بالانفاق من ماله

باب عزل الوكيل اخر باب العزل اذ العزل تتقضي سبق الثبوت فناسب ذكره آخرا قال اي القدوري في مختصره وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه اي حق الموكل فلموكل الذي هو صاحب الحق ان يبطل حقه الا اذا تعلق به اي بالوكالة حق الغير فحينئذ ليس له ان يعزله بلا رضى ذلك الغير وذلك بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب اي بالتماس من جهة المدعي لما فيه اي في العزل في هذه الصورة ابطال حق الغير وهو ان يحضر مجلس الحكم ويخاصمه وتثبت حقه عليه وابطال حق الغير لا يجوز فقيد بالطلب لانه لو لم يكن وكيلا بالطلب يملك الموكل عزله سواء كان الخصم حاضرا او غائبا وقيد بكونه بطلب من جهة الطالب لانه لو كان من جهة المطلوب اي المدعى عليه ووكل المطلوب فله عزله سواء كان المطلوب حاضرا او غائبا ثم ان عدم صحة العزل اذا كان بطلب من جهة الطالب فيما اذا كان العزل عند غيبة الطالب واما اذا كان عند حضوره فيصح العزل ما لم يثبت به الطالب اولا وهذه القيود مستفادة من صريح ما ذكر في الذخيرة فانه قال قبيل واذا عزل الوكيل حال غيبة الخصم فهو على وجهين الاول ان يكون الوكيل وكيل الطالب في هذا الوجه العزل صحيح وان كان المطلوب غائبا لان الطالب بالعزل يبطل حق نفسه لان خصومة الوكيل حق الطالب وابطال الانسان حق نفسه صحيح من غير ان يتوقف على حضرة غيره والوجه الثاني ان يكون الوكيل وكيل المطلوب وانه على وجهين ايضا الاول ان يكون الوكيل من غير التماس احد وفي هذا الوجه العزل صحيح وان كان الطالب غائبا والوجه الثاني اذا كان الوكيل التماس احد اما الطالب واما القاضي وفي هذا الوجه الوكيل غائبا وقت التوكيل ولم يعلم بالتوكيل صح عزله على كل حال لان هذه الوكالة غير لازمة لانه اذا قبل علم الوكيل كان العزل حاصلا

وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن **قال** فان لم يبلغه العزل فتصرفه على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم

واستثنا ما صحح وهذا على الرواية التي شرط علم الوكيل بصيرورته وكيلا ان كان الوكيل حاضرا وقت التوكيل او كان غائبا ولكن قد علم بالوكالة ولم يرد بها فان كانت الوكالة بالتماس الطالب لا يصح عزله بغير حال غيبة الطالب ويصح حال حضرته رضي به الطالب او تخلفا ان بالتوكيل ثبت نوع حق الطالب قبل الوكيل وهو حق ان يحضر مجلس القاضي فيخاصمه ويثبت حقه عليه وبالعزل حال غيبة الطالب لو صح العزل يبطل هذا الحق اصلا لانه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل المطلوب بذلك السبب قبل ان يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه ايضا فيبطل حقه اصلا واذا كان الطالب حاضرا فحقه لا يبطل اصلا لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع المطلوب ويمكنه ان يطالب من المطلوب ان ينصب وكيلا آخر الى هنا لفظ الذخيرة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واعلم ان الوكيل ان كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب او لا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور اولا وان كان للمطلوب فان لم يكن يطلب من جهة الطالب او من يقوم مقامه فكذلك وان كان فاما ان علم الوكيل بالوكالة او لا فان لم يعلم فكذلك لانه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف رحمه الله وان علم ولم يرد بالبيع في غيبة الطالب لان بالتوكيل ثبت لرجل احضاره في مجلس الحكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى وصح بخصومته لان الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكر ما يخصه لان الحيلة يروج البلانة قال لما فيه من ابطال حق الغير وهنا لا ابطال كما ذكرناه انتهى كلامه واعترض بعض الفضلاء على قوله وهو المذكور اولا واجاب حيث قال فيه بحث فان المذكور اولا لعمد وعزل الوكيل بالبيع الاشراء لعموم كلام القدوري وجوابه ان القصر اضافي اي لا لوكيل المطلوب انتهى اقول جوابه ليس بتام فان المذكور اولا وهو قوله وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة ليعم عزل وكيل المطلوب ايضا سيما الذي لم يكن يطلب من جهة الطالب او من يقوم مقامه فلا تتم التوجيه بحمل القصر على الاضافي بمعنى لا عزل وكيل المطلوب ثم اقول الحق الصحيح ان كلام القدوري الذي ذكره ههنا ولا قوله وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة يعم جميع الصور التي ذكرها صاحب العناية بطريق التقسيم والتفصيل وقد استثنى المصنف من ذلك كله صورة واحدة وهي عزل من كان وكيلا للمطلوب بطلب من جهة الطالب فبقي ما عداها من الصور تحت عموم المستثنى منه بلا ريب ويستثنى في ذلك كله التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لان الوكالة حقه فلا ان يبطله فانه عند انتزاع الله تعالى من كون المذكور اولا مقصورا على صورة عزل وكيل الطالب كون بعض صور عزل الوكيل المطلوب غير مذكور في الكتاب اصلا سيما الوكيل الذي كان يطلب من جهة الطالب كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن اي كالوكالة المشروطة في عقد الرهن بان وضع الراهن على يدي عدل شرطوا في الرهن ان يكون العدل او المرتهن مسلطا على بيع الرهن عند حلول الدين فانه اذا اراد الراهن ان يعزل الوكيل عن الوكالة بالبيع كان ذلك لان البيع صار حقا للمرتهن يبطل بالعزل يبطل هذا الحق كما يأتي تفصيله في كتاب الرهن كذا اذا تعلق حق الوكيل بعين من اعيان الموكل لا يملك اخراجه عن الوكالة نحو ان امره ان يبيع ويستوفي الدين من ثمنه كذا في النهاية نقلا عن الذخيرة قيل من اين وقع الفرق بين الوكيل في الخصومة يطلب من جهة الطالب وبين الوكيل الذي ثبتت وكالته في ضمن عقد الرهن حيث يملك الموكل في الاول عزل الوكيل حال حضرة الخصم وان لم يرض به الخصم ولا يملك في الثاني عزله حال حضرة المرتهن الذي لم يرض به المرتهن مع ان في كل منهما تعلق حق الغير بوكالة الوكيل مع وجود جهة المفارقة كيف شبه بذا ذاك وراجع بان الفرق بينهما من حيث ان العزل لو صح فيما نحن فيه حال حضرة الطالب لم يبطل حق الطالب اصلا لانه يمكنه ان يخاصم المطلوب واما في مسئلة الرهن فلو صح العزل حال حضرة المرتهن بطل حقه في البيع اذ لا يمكنه ان يطالب الراهن بالبيع وهذا وجه التشبيه فتعلق حق الغير لوكالة الوكيل وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل في عزيمة قال اي القدوري في مختصره فان لم يبلغه العزل اي فان لم يبلغ الوكيل خبر عزل الموكل فتصرفه على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم اي حتى

لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه فينفذ من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد والعدالة في المخبر فلا نعيده قال وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا

يعلم اي كيل عزله وهذا عندنا وبه قال الشافعي رح في قول ومالك رحمه الله في رواية واحمد رح في رواية وقال الشافعي رح في الاصح ينعزل به قال مالك رح في رواية واحمد رح في رواية لان نفوذ الوكالة لحق الموكل فهو بالعزل يسقط حق نفسه والمرء ينفرد باسقاط حق نفسه الا يرى انه يطلق زوجته ويعتق عبده بغير علم عنهما ولان الوكالة للموكل لا عليه فلو لم ينفرد الموكل قبل علم الوكيل به كان ذلك عليه من وجه وذلك لا يجوز ولكنا نقول العزل خطاب ملزم للوكيل بان يمتنع من التصرف وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يعلم به كخطاب الشرع فان اهل قبا كانوا يصلون الى بيت المقدس بعد الامر بالتوجه الى الكعبة وجوز لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لم يعلموا وكذلك كثير من الصحابة رضي الله عنهم شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم بذلك وفيه نزل قوله تعالى ليس على الذين امنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا وهذا لان الخطاب مقصود للعمل ولا يتمكن من العمل ما لم يعلم به ثم ان الفقه فيما نحن فيه ما ذكره المص رح بقوله لان في العزل اي في عزل الوكيل من غير علمه اضرارا به اي بالوكيل من وجهين احدهما اشار اليه بقوله من حيث ابطال ولايته فان في ابطال ولايته تكذيبا له لان الوكيل يتصرف لموكله على ادعائه ان له ولاية ذلك بالوكالة وفي عزله من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته بالعزل وتكذيب الانسان فيما يقول ضرر عليه لا محالة والثاني ما اشار اليه بقوله او من حيث رجوع الحقوق اليه اي الى الوكيل فانه يتصرف فيها بناء على رجوعها اليه فينفذ من مال الموكل ان كان وكيلا بالشراء ويسلم المبيع ان كان وكيلا بالبيع فلو كان معزولا قبل العلم كان التصرف واقعا له فيضمنه اي فيضمن ما بعده وما سلمه فيتضرر به والضرر مدفوع شرعا ثم ان الوجه الاول عام يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء وغير ذلك واما الوجه الثاني فمختص بالتصرفات التي يرجع فيها الحقوق الى الوكيل دون الموكل كالبيع والشراء ونحوهما وعن هذا قال المص رح ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول يعني ان التوكيل بالنكاح وغيره سيان في الحكم المذكور وهو عدم انعزال الوكيل قبل العلم بالعزل نظرا الى الوجه الاول وفي الذخيرة وكذلك الوكيل اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى وهكذا ذكر في سائر معتبرات الفتاوى قال في المحيط البرهاني واذا جحد الموكل الوكالة وقال لم اوكله لم يكن ذلك عزلا هكذا ذكر في الاجناس في مسائل البيوع وفي مسائل الغصب من الاجناس ايضا اذا قال اشهدوا اني لم اوكله فلانا فهذا كذب وهو وكيل لا ينعزل وبعض مشائخنا ذكروا في شروحهم ان جحود الموكل الوكالة عزل الوكيل وذكر شيخ الاسلام في شرح كتاب الشركة ان جحود ما عدا النكاح فسخ له انتهى وهكذا ذكر في الذخيرة ايضا قال المص رح وقد ذكرنا اشتراط العدد والعدالة في المخبر اشار به الى ما ذكره في فصل القضاء بالمواريث من كتاب ادب القاضي بقوله ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل الخ فلا نعيده لعدم الاحتياج الى الاعادة اعلم ان الوكالة تثبت بخبر الواحد حرا كان او عبدا عدلا كان او فاسقا رجلا كان او امرأة صبيا كان او بالغا وكذلك العزل عندهما وعند ابي حنيفة رح لا يثبت العزل الا بخبر الواحد العدل او بخبر الاثنين اذا لم يكونا عدلين ثم ان هذا الاختلاف فيما اذا لم يكن الخبر على وجه الرسالة واما اذا كان على وجهها فيثبت به العزل بالاتفاق كائنا من كان الرسول عدلا كان او غير عدل حرا كان او عبدا صغيرا كان او كبيرا نص عليه في البدائع وقال في تعليله لان الرسول قائم مقام المرسل وسفير عنه فيصح سفارته بعد ان صحت عبارته على اي صفة كان قال اي القدوري في مختصره وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا بالباء المكسورة اي دائما ومنه الحمى المطبقة اي الدائمة التي لا تفارق ليلا ولا نهارا وقيل مطبقا اي مستوعبا من اطبق الغنم السماء اذا استوعبها ولحاقه بفتح اللام اي وتبطل ملحق التوكل بدار الحرب مرتدا وفي الذخيرة قالوا ما ذكر من الجواب في الجنون المطبق محمول على ما اذا كانت الوكالة غير لازمة بحيث يملك الموكل العزل في كل ساعة وزمان كالوكيل بالخصومة من جانب الطالب اما اذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يملك الموكل العزل كالعدل اذا سلط على بيع الرهن وكان التسليط مشروطا في عقد الرهن فلا ينعزل الوكيل بجنون الموكل وان كان الجنون مطبقا وهذا لان الوكالة اذا كانت غير لازمة يكون لبقائها حكم الانشاء

لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لازما حكما لابد من قيام كالامر وفد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون مطبقا كما قبله بترولا الاغماء احتراز عن المطبق شهرا عند ابي يوسف رح اعتبارا بما يسقط به الصوم عنه لكثرة ايامه ولياليه لانه يسقط به الصلوات الخمس وقضاء الليلة قال محمد رح كما كان يسقط به جميع العبادات

ولو انشار الموكل الوكالة بعد ما جن جنونا مطبقا لا يصح فكذا لا تنتهي الوكالة اذا اصار الموكل بهذه الصفة وانما اذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يقدر الموكل على عزله لان بقاء الوكالة حكم الانشار وكان الوكيل في هذه الوكالة بمنزلة المالك من حيث انه لا يملك الموكل عزله من ملك شيئا من جهة اخرى ثم جن المملك فانه لا يبطل ملكه كذا لو ملك عينا فكذا اذا ملك التصرف وبهذا الطريق اذا جعل امر امرأته بيدها ثم جن الزوج لا يبطل الامر انتهى وفي غاية البيان قال في التتمة والفتاوى الصغرى وهذا كله في موضع يملك الملك عزله اما في موضع لا يملك عزله كالعزل في باب الرهن والامر باليد للمرأة فانه لا ينعزل الوكيل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالطلاق ينعزل بجنون الموكل استحسانا ولا ينعزل قياسا انتهى اقول في المنقول عن التتمة والفتاوى الصغرى اشكال لان الظاهر من عبارته ان يكون الامر باليد للمرأة من باب التوكيل وليس كذلك فانه من باب التمليك لا التوكيل على ما تقرر فيما مر في باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق بخلاف عبارة الذخيرة كما لا يخفى على المتامل ثم اقول بقي ههنا شيء وهو ان تقسيم الوكالة على اللازمة وغير اللازمة جار في الجنون المطبق على الثانية دون الاولى ينافي ما ذكره في صدر كتاب الوكالة من ان صفة الوكالة بهما معا عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضى صاحبه اذ الظاهر ان المذكور هناك صفتها العامة بجميع انواعها اللهم الا ان يقال الاصل في الوكالة عدم اللزوم واللزوم في القسمين المذكورين لعارض هو تعلق حق الغير به على عكس ما قالوا في البيع بالخيار كما ياتي فتامل قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب لان التوكيل لتصرف غيره لازم قال صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة اذ اللزوم عبارة عما يتوقف على جوده على الرضى من الجانبين وههنا ليس كذلك لان كلا منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل ان يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل ان يمنع الوكيل عنها انتهى وقد سبقه تاج الشريعة الى هذا التعليل اقول فيه خلل لان توقف الوجود على الرضى من الجانبين متحقق في كل عقد لازم كان او غير لازم وانما اللازم ما يتوقف فسخه على الرضى من الجانبين فقولهما اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضى من الجانبين ليس بصحيح والصواب ان يقال اذ التصرف اللازم عبارة عما يتوقف فسخه على الرضى من الجانبين وههنا ليس كذلك الخ فيكون لازما اي لدوام التوكيل حكم ابتدائه لان كان التصرف اذا كان غير لازم كان التصرف بعين فسخ في كل لحظة من لحظات دوامه فلما لم يفسخه حين امتناعه عن الفسخ عند تمكنه منه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنس ما زال التمكن من المبتدى والمنتهى كما قالوا في قوله تعالى اولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فصار كانه يجدد العقد الوكالة في كل ساعة فيتبين فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد فلا بد من قيام الامر اي فلا بد من قيام امر الموكل بالتوكيل في كل ساعة اذ كان لا بد من امره بذلك في ابتداء العقد فكذا فيما هو بمنزلته وقد بطل اي امر الموكل بهذه العوارض وهي الموت والجنون والارتداد فان قيل البيع بالخيار غير لازم مع ذلك لا يبطل البيع بالموت بل تقرر ويبطل الخيار قلنا الاصل في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العارض وهو الخيار فاذا مات تقرر الاصل وبطل العارض كذا في الشروح وشرط اي شرط في بطلان الوكالة ان يكون الجنون مطبقا لان قليله اي قليل الجنون بمنزلة الاغماء فلا تبطل به الوكالة كما لا تبطل بالاغماء وحد المطبق اي حد الجنون المطبق شهر عند ابي يوسف رح وروى ذلك بوبكر الرازي عن ابي حنيفة رح اعتبارا بما يسقط به الصوم اي صوم شهر رمضان وقال في الواقعات الحسامية في باب البيوع البائزة والمختار ما قاله ابو حنيفة رح انه مقدر بالشهر لان ما دون الشهر في حكم العامل فكان قصيرا والشهر فصاعدا في حكم الاجل فكان طويلا وعنه اي عن ابي يوسف رح اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصارا اي فصار من جن في هذه المدة كالميت فلا يصلح للوكالة وقال محمد رح حول كامل قال الناطفي في الاجناس قال ابن سماعة في نوادره قال محمد رح في قوله الاول حتى يجن يوما وليلة فيخرج الوكيل من الوكالة ثم رجع فقال حتى يجن شهرا ثم رجع وقال حتى يجن سنة لانه يسقط بها ي بالحول الكامل جميع العبادات وما دون الحول فلا يسقط الا الكثير

فقدر به احتياطا قالوا حكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا يبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير

لان وجوبها مقدر بالحول فلا يكون في معنى الموت فقدر به اي فقدر حد الجنون المطبق بالحول الكامل احتياطا قال في الكافي وهو الصحيح وكذا قال في التبيين قالوا اي المشائخ الحكم المذكور في اللحاق اي الحكم المذكور في اللحاق في مختصر القدوري وهو ما ذكر قبل هذا بقوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا قول ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته قال المص رح في باب احكام المرتدين من كتاب السير اعلم ان تصرفات المرتد على اربعة اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يقتصر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لا يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما عددناه انتهى وقال الشراح هناك يعني بقوله ما عددناه ما ذكره بقوله ما باعه او اشتراه او اعتقه او وهبه او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف اقول فقد تلخص من ذلك ان مراده ههنا ان بعض تصرفات المرتد موقوف عنده فكذا وكالته لانها في حكم ذلك ولكن عبارته غير واضحة في افادة المراد فان اسلم نفذ اي فان اسلم المرتد نفذ تصرفه السابق وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر امر اللحاق وقد مر في السير اي مر كون تصرف المرتد موقوفا عند ابي حنيفة رح نافذ عندهما مع ما ذكر دليل الطرفين مستوفا في باب احكام المرتدين من كتاب السير واستشكل صاحب التسهيل هذا المقام حيث قال فيما نسب الى ابي حنيفة رح نظر اذ المرتد اذا لحق بدار الحرب ولم يحكم به الحاكم حتى عاد مسلما صار كان لم يزل مسلما عند ابي حنيفة رح ايضا فكيف يبطل توكيله وسائر تصرفاته قبل ان يقضي بذلك وقول ابي حنيفة رح في السير انه حربي مقهور غير انه يرجى اسلامه فتوقفنا فان اسلم جعل العارض كالعدم ولم يعمل السبب وان مات او لحق وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب يدل على عدم بطلان تصرفه بمجرد اللحاق بل لا بد من الحكم فينبغي ان يكون حكم الموكل كذلك لا يبطل توكيله بمجرد لحاقه عنده انتهى كلامه واقول ههنا كلام آخر وهو ان الامام قاضيخان ذكر في فتاواه ما ينافي ما نقله المص رح ههنا عن المشائخ حيث قال في فصل ما يبطله الارتداد من باب الردة واحكام اهلها من كتاب السير وان وكل رجلا ثم ارتد الموكل ولحق بدار الحرب ينعزل وكيله في قولهم انتهى فانه صريح في ان الحكم المذكور في اللحاق قولهم جميعا لا قول ابي حنيفة رح فقط فان قلت يجوز ان يكون المراد باللحاق بدار الحرب فيما ذكر في فتاوى قاضيخان ان يحكم الحاكم بلحاقه بها قلت ظاهر اللفظ لا يساعد ذلك فان جاز حمله عليه بدلالة القرائن والقواعد فلم لا يجوز الحمل عليه في مسئلة الكتاب ايضا حتى يكون المسئلة اجماعية ويتخلص عن التكلف الذي ارتكبوه في تخصيصها بقول ابي حنيفة رح ثم اقول الحق عندي ان المراد بما ذكر في الكتاب اللحاق مع قضاء القاضي به دون مجرد اللحاق فالمسئلة اجماعية وعن هذا قال الامام الزيلعي في شرح هذا المقام من الكنز والمراد بلحاقه بدار الحرب مرتد ان يحكم الحاكم بلحاقه لان لحاقه لا يثبت الا بحكم الحاكم فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع انتهى ومما يؤيد كون المراد باللحاق المبطل للوكالة اللحاق مع قضاء القاضي به دون مجرد اللحاق ان اساطين المشائخ قيدوا اللحاق بقضاء القاضي به عند بيانهم بطلان تصرفات المرتد عند ابي حنيفة رح بالموت والقتل واللحاق بدار الحرب منهم صاحب المحيط فانه قال بصدد بيان انواع الاربعة لتصرفات المرتد ونوع منها اختلفوا في نفاذه وتوقفه وذلك كالبيع والشراء والاجارة والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون فعند ابي حنيفة رح يتوقف هذه التصرفات فان اسلم نفذ وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه تبطل وعندهما تنفذ هذه التصرفات انتهى ومنهم الامام قاضيخان فانه قال في فتاواه اثناء بيان الوجوه الاربعة لتصرف المرتد ومنها ما اختلفوا في توقفه نحو البيع والشراء والاجارة والاعتاق والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون عند ابي حنيفة رح هذه التصرفات موقوفة فان اسلم نفذ وان مات او قتل او قضى بلحاقه بدار الحرب يبطل وعند صاحبيه تنفذ في الحال انتهى الى غير ذلك من الثقات حتى ان صاحب الوقاية قال في باب المرتد وتوقف مفاوضته وبيعه وشراؤه وهبته واجارته وتدبيره ووصيته

وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا توقع عقدا على ما عرف قال واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان افترقا فعند ابي حنيفة الوجه الاول الوكالة على حالها لم يعلم بما ذكرنا ان انتهاء الوكالة يعتمد قيامها كالامر وتبطل بالحجر لا بالعجز لان

ان اسلم نفذ وان مات او قتل او لحق وحكم بلحاقه بطل انتهى ان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته اى بالاجماع حتى تموت او تلحق بدار الحرب اللاحق وتسبى لا توقع عقودها لانها لا تقتل على اعرف في السير قال بعض العلماء بعد نقل هذا من الهداية ويعلم من هذا ان الرجل الموكل اذا ارتد تبطل وكالته بطريق الاولى لان الارتداد بدون اللحوق فينبغي ان يقول في قوله السابق وارتداده بدل قوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا انتهى اقول هذا ضابط حسن فانه زعم ان مراد المصنف بقوله فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب ان وكالته لا تبطل قبل موت موكلته المرتدة او لحوقها بدار الحرب واخذ منه بطريق مفهوم المخالفة ان الرجل الموكل اذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحوق وليس مراده ذلك بل مراده ان تصرف الوكيل نافذ قبل موت موكلته المرتدة او لحوقها بدار الحرب بالاجماع بخلاف ما اذا كان الموكل رجلا فارتد فان تصرف الوكيل ليس بنافذ هناك عند ابي حنيفة رح بعد ارتداد موكله بل هو موقوف عنده على ما سيأتي فافترقا واما بطلان الوكالة فلا تحقيق في الصورتين معا قبل الموت او اللحوق بدار الحرب فانتظم السياق واللحاق ثم اعلم ان كون الوكيل على وكالته في صورة ما اذا كان الموكل امرأة فارتدت فيما خلا التوكيل بالتزويج فان ردتها تخرج الوكيل بالتزويج من الوكالة لانها حين كانت اهلا للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ثم بردتها يخرج من ان تكون اهلا للعقد فيكون ذلك عزلا منها لوكيلها فجعل انعزال الوكيل لا يعود وكيلا الا بالتجديد هكذا في المبسوط وذكر في الشروح قال اى القدوري في مختصره واذا وكل المكاتب ثم عجز اى عجز حسا بان عاد الى الرق او المأذون له اى او وكل العبد المأذون له ثم حجر عليه اى على المأذون له كان التوكيل في هاتين الصورتين بالعيوب او الخصومات او الشريكان اى او وكل احد الشريكين ثالثا شيئا عاما لهما بتجارة فافترقا اى فافترق الشريكان بعد التوكيل فهذه الوجوه اى العجز والحجر والافتراق تبطل الوكالة على الوكيل علم اى علم الوكيل بذلك او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل اى قيام الامر بالحجر في المأذون له والعجز في المكاتب والافتراق في الشريكين واما اذا كان توكيل المكاتب او العبد المأذون له قضاء الدين والتقاضي فلا يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر على المأذون له لان في كل شيء وليه العبد لا يسقط المطالبة عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالبا بايفائه وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقد بقي وكيله على الوكالة كما لو وكلا ابتداء بعد العجز او الحجر بعدا فسقاد العقد بمباشرته وكذا اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشيء هو وليه ثم افترقا واقتسما واستشهدا انه لا شركة بينهما ثم مضى الوكيل ما وكل به وهما يعلم او لا يعلم جاز ذلك عليهما لان التوكيل احدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما فلا ينعزل بتفسخها الشركة بينهما كذا في المبسوط قال صاحب النهاية بعد نقل هذا عن المبسوط وفيه نظر ان يقول نهاية الفصل بين وليه وبين مالم يلزمه الفارق والجواب ان احد المتفاوضين اذا وكل فيما يليه كان التوكيل جهتان جهة مباشرة وجهة كونه شريكا فان بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الاخرى وهي مستندة الى حال المفاوضة وتوكيل احدهما فيما كتوكيلهما فيبقى في حقهما واذا وكل فيما لم يكن التوكيل جهة كونه شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فيبطل في حقهما جميعا الى هنا كلامه واعلم انه اذا وكل احد شريكي العنان وكيلا بيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا وكان القياس ان لا يجوز لان كل واحد من الشريكين وكيل من جهة صاحبه في التصرف وليس للوكيل ان يوكل غيره وانما يأمره الموكل بذلك وجه الاستحسان ان كلا من الشريكين في حق صاحبه بمنزلة وكيل في نفس الامر اليه على العموم لان مقصودهما تحصيل الربح وذلك لا يحصل بتصرف واحد فصارا مأذونا من جهة صاحبه بالتوكيل قال صاحب غاية البيان قال الشيخ ابو نصر البغدادي وهذا الذي ذكره القدوري جميعه جائز على الاصل الا في الشريكين وفيما ذكره صاحب الكتاب نظر الى هنا لفظه يعني ان احد شريكي العنان اذا فاوض فصار وكيلا ثم افترقا بطلت الوكالة على ما ذكره القدوري ولكن ذكر الطحاوي الا ترى الى ما قال محمد رح في الاصل واذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشيء مما ذكرت لك وهو الذي ولي ذلك ثم افترقا

ولا فرق بين العلم وعدمه لانه عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل **قال** واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال وهذا عند محمد رح فاما عند ابي يوسف رح لا تعود الوكالة لمحمد رح ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا

وافتيا [illegible] ثم ان التوكيل بالشيء الذي كان وكل به وهو يعلم او لا يعلم فانه يجوز ذلك كله عليهما جميعا وكذلك لو كانا وكلاه جميعا لان وكالة احدهما جائزة على الآخر وليس [illegible] ينقض الوكالة الى هنا لفظ محمد رح في باب وكالة احد المتفاوضين ثم قال صاحب الغاية واعجب من صاحب الهداية رحمه الله كيف لم يتعرض لكلام القدوري والغالب على ظني ان القدوري اراد بذلك الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة لا الوكالة الابتدائية القصدية لان ما ثبت في ضمن عقد الشركة اذا بطل بطل ما في ضمنه لا محالة والا يلزم ان يكون قوله مخالفا للرواية انتهى اقول ان قوله والا يلزم ان يكون قوله مخالفا للرواية لا محالة ليس لا محالة اذ على تقدير ان يكون مراده الوكالة الابتدائية كما هو المتبادر من كلامه لا يكون مخالفا للرواية المذكورة بحملها على التوكيل بشيء لم يله الموكل بنفسه كما فصلناه من قبيل وفي الرواية المذكورة ايضا اشارة الى ذلك فان قول محمد رح في الاصل اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشيء مما ذكرت لك وهو الذي ولي ذلك احترازا عن التوكيل بشيء لم يله كما لا يخفى لا يقال مراد صاحب الغاية والا يلزم ان يكون على هذا الاطلاق قوله مخالفا للرواية فلا بد فيه للتطبيق من تقييد وتاويل لانا نقول هذا المعنى مشترك الالتزام فلا وجه لذلك القول بعد ان قيده ايضا واوله بتاويل بعيد كما ترى ولا فرق بين العلم وعدمه اي لا فرق في الوجوه المذكورة بين علم الوكيل بسبب بطلان الوكالة وعدم علمه بذلك لانه اي لان هذا عزل حكمي اي عزل من طريق الحكم فلا يتوقف على العلم اذ العلم شرط العزل القصدي دون العزل الحكمي كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل اذا ما وكل ببيعه حيث ينعزل الوكيل [illegible] قال اي القدوري اي في مختصره واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لما مر ان العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل تجري في العوارض المبطلة لها من جانب الوكيل قال المصنف في تعليل ما ذكر لانه لا يصح امره اي امر الوكيل بعد جنونه وموته والامر في قوله لا يصح امره مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذي كان مامورا به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا ان امره من حكم الابتداء كذا في النهاية اقول ههنا شائبة الاشتراك اذ لا يخفى على احد ان التعبير ان ذكر في موت الوكيل مبطلا للوكالة تعليل للجدوى [illegible] لبيان لا ابطال [illegible] دفع احتمال جريان الارث من الوكيل في حق الوكالة لا انا نقول احتمال ذلك [illegible] في نهاية البعد [illegible] الموكل حتى يرى الوكيل [illegible] بالتعليل الذي ذكره المصنف [illegible] لان الامر بالوكالة وان لم يبق صحيحا بالنظر الى الوكيل الميت الا انه يحتمل ان يبقى صحيحا بالنظر الى صاحبه الحي فلا يتم التقريب وان لحق اي الوكيل بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود من دار الحرب الى دار الاسلام مسلما هذا اذا لم يحكم القاضي بلحاقه فان قال شيخ الاسلام في المبسوط ان لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا فانه لا يخرج عن الوكالة عندهما جميعا ما لم يقض القاضي بلحاقه وكذا اشار شمس الائمة السرخسي في مبسوطه حيث قال ولو ارتد الوكيل ولحق بدار الحرب انقطعت الوكالة لانقطاع العصمة فيما بين من هو في دار الحرب وبين من هو في دار الاسلام واذا قضى القاضي بلحاقه فقد صار كالميت [illegible] من اهل دار الحرب فتبطل الوكالة انتهى كذا في النهاية وغيرها قال اي قال المصنف وهذا اي جواز التصرف للوكيل عند عوده مسلما عند محمد رح فاما عند ابي يوسف رح لا تعود الوكالة وان عاد مسلما لمحمد رح ان الوكالة اطلاق اي اطلاق التصرف لانه اي الوكالة بتاويل التوكيل [illegible] او باعتبار الخبر رفع المانع فان الوكيل كان ممنوعا شرعا عن ان يتصرف في شيء للموكل فاذا وكله رفع المانع والوكيل يتصرف بمعان قائمة به اي بالوكيل يعني ان الوكيل لا يحدث فيه اهلية وولاية بل انما يتصرف بمعان قائمة به وهي [illegible] والذمة [illegible] وانما عجز اي انما عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين يعني ان الاطلاق باق من جهة الموكل لعدم [illegible] العارض ولكن انما عجز الوكيل عن التصرف بهذا العارض فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا وفي المبسوط ومحمد رح يقول صحت الوكالة لحق الوكيل

لابي يوسف رحمه الله اثبات ولاية التنفيذ كان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وبالملحق بالاموات
يبطلت الولاية فلا تعود كالملك في ام الولد والمدبر وكوهاد للموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد
رحمه الله تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل
بالملحق **قال** ومن وكل اخر بشئ ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا لفظ يتظم وجوها
مثل ان يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امرأته او بشراء شئ

وقته قائم بعد لحاق الوكيل بدار الحرب ولكنه عجز عن التصرف تعارض والعارض على شرف الزوال فاذا زال كان لم يكن فيبقى الوكيل على وكالته فصار بمنزلة ما
اغمي عليه زمانا ثم افاق ولابي يوسف رحمه الله ان التوكيل اثبات ولاية التنفيذ اي تمليك ولاية تنفيذ التصرف في حق الوكالة للوكيل لا اثبات ولاية اصل التصرف
لان ولاية اصل التصرف ثابتة له بالاهلية بجنس التصرف في حدذاته وولاية التنفيذ بالملك اي وتمليك ولاية التنفيذ يلحق بالملك لان التمليك بالملك
غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة وبالملحق اي بالحاق بدار الحرب بحق اي الوكيل بالاموات فبطل الملك وبطلت الولاية اذا بطلت الولاية بطل التوكيل
لما يلزم تخلف المعلول عن العلة فلا تعود اي الولاية يعني اذا بطلت الولاية فلا تعود كالملك في ام الولد والمدبر فانه اذا لحق بدار الحرب وقضى القاضي بعتق
عتق ام ولده ومدبره ثم عاد مسلما لا يعود ملكه فيهما ولا يرتفع العتق فكذلك الولاية التي بطلت لا تعود واشار اليه بقوله لحق بالاموات الى ان موضع المسئلة فيما اذا
قضى القاضي بلحاقه واما اذا لم يقض بذلك فلا يخرج الوكيل عن الوكالة عنده جميعا كما ذكرنا من قبل قال صاحب الكفاية بقي الكلام في قوله لان ولاية
اصل التصرف بالاهلية فانه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله انه اثبات ولاية التنفيذ الا ان يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية اصل التصرف
وولاية التنفيذ والاولى ثابتة قبل التوكيل وبعده والثانية لم يكن ثابتة قبله وانما حدثت بعده ولم نجد عليه شيئ سوى التوكيل فكانت ثابتة به انتهى
اقول ان قوله لان ولاية اصل التصرف بالاهلية ليس بدليل على منطوق قوله اذ اثبات ولاية التنفيذ حتى يتوجه انه بعيد التعلق عما استدل به عليه بل هو
دليل على مفهومه وذلك وهو اثبات ولاية اصل التصرف كما اشار اليه في ثبت هذا المقام من قبل فالمعنى ان التوكيل اثبات ولاية التنفيذ للوكيل لا اثبات
ولاية اصل التصرف لان حق يجوز ان تعود الوكالة بعود الوكيل مسلما كما قاله المصنف لان ولاية اصل التصرف ثابتة له بالاهلية في حد ذاته فلا يتصور ان
يثبتها الموكل له بالتوكيل ان لم نسلم اعتبار مفهوم المخالفة في مثل ذلك فنقول هو دليل على مقدمة مطوية مفهومة من الكلام بمعونة قرينة المقام
وهي ان اثبات ولاية التصرف له فانما اشكال على كل حال ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا اي وقد لحق بدار الحرب مرتدا وقضى القاضي بلحاقه
صرح به في المبسوط وغيره لا تعود الوكالة في الظاهر اي في ظاهر الرواية وعن محمد رح انها اي الوكالة تعود كما قال في الوكيل وفي السير الكبير يقول محمد رح
يعود الوكيل على وكالته وهذا الفصل ايضا لان الموكل اذا عاد مسلما عاد عليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما
وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته هذا اشار كذا في المبسوط والفرق له على الظاهر يعني ان محمدا رح فرق
بين الفصلين اي بين ارتداد الوكيل وبين ارتداد الموكل في ظاهر الرواية حيث قال يعود الوكالة في ارتداد الوكيل اذا عاد مسلما في احدى الروايات وبعدم
عود بالي ارتداد الموكل اذا عاد مسلما في ظاهر الرواية فوجه الفرق له على ظاهر الرواية ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال اي وقد زال ملك
الموكل بردته وقضاء بلحاقه بدار الحرب فبطلت الوكالة على التباب وفي حق الوكيل اي مبنى الوكالة في حق الوكيل على معنى قائم به اي بالوكيل كما بينا
من قبل فلم يزل اي ولم يزل المعنى القائم به بالملحق اي بلحاق الوكيل بدار الحرب وقضاء القاضي به فكان محل تصرف الوكيل باقيا ولكنه عجز عن التصرف
لعارض على شرف الزوال فاذا زال العارض صار كان لم يكن كما ذكرنا فيما مر واما ابو يوسف رح فسوى بين الفصلين حيث قال لعدم عود الوكالة فيهما
مستدلا قال اي القدوري في مختصره ومن وكل اخر بشئ من الاشياء او الاستاطات ثم تصرف اي الموكل بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة الى هنا لفظ القدوري
قال اي المصنف وهذا اللفظ ينتظم وجوها كثيرة من المسائل مثل ان يوكله اي الاخر باعتاق عبده اي عبد الموكل او بكتابته اي بكتابة عبده فاعتقه
اي عتق ذلك العبد او كاتبه الموكل بنفسه فان الوكالة تبطل حينئذ او يوكله بتزويج امرأة اي او ان يوكله بتزويج امرأة معينة اياه او بشراء شئ اي على ان يوكله

فلا يزول بزوال علمه وهذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال وقد مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يعقل الوكالة بعد جنونه وموته وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يخرج الا ان يعود مسلما قال رضوهذا عند ابي يوسف رح لا يعود الوكالة الا بتجديد لان الوكالة طرأ على الاسلام لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بعمان قائم فيه والغائب يتعارض البيانان فلا يزال العجز والاطلاق باق فعاد وكيلا

وقد اشار الى ان الوكيل المفوض الذي كان وكل به وهو يعلم او لا يعلم فانه يجوز ذلك كله عليهما جميعا وكذلك لو كانا وكلا جميعا لان الوكالة احدهما جائزة على الآخر ليس لاحد المتفاوضين ان ينفرد بنقض الوكالة الى هنا لفظ محمد رح في باب وكالة احد المتفاوضين ثم قال صاحب الغاية والعجب من صاحب الهداية انه سهل الامر ولم يتعرض لكلام القدوري والغالب على ظني ان القدوري اراد بذلك الوكالة الثانية في ضمن عقد الشركة لان الوكالة الاصلية لا تبطل بالموت وهو عقد الشركة اذا دخل على ما نحن فيه ضمنه لا محالة والا يلزم ان يكون قوله مخالفا للرواية انتهى اقول ان قوله والا يلزم ان يكون قوله مخالفا للرواية لا محالة ليس بتام لا محالة اذ على تقدير ان يكون مراده الوكالة الابتدائية كما هو المتبادر من كلامه لا يكون مخالفا للرواية المذكورة بحمله على التوكيل الشيئ لم يبد الموكل بنفسه كما فصلناه من قبيل وفي الرواية المذكورة ايضا اشارة الى ذلك فان قول محمد رح في الاصل اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشيء مما ذكرت لك وهو الذي وكل ذلك احتراز عن التوكيل بشيء لم يذكر لا يخفى لا يقال مراد صاحب الغاية والا يلزم ان يكون ظاهر الاطلاق قولا مخالفا للرواية فلا يناسبه التطبيق بتعسف وتاويل لانا نقول بهذا المعنى مشترك الالزام فلا وجه لذلك القول بعدان قيده ايضا وادله بتاويل بعيد كما ترى ولا فرق بين العلم بعدمه اي الفرق في الوجوه المذكورة بين علم الوكيل بسبب بطلان الوكالة وعدم علمه بذلك لان ذا عزل حكمي اي عزل عن طريق الحكم فلا يتوقف على العلم اذ العلم شرط العزل القصدي دون العزل الحكمي كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل اذا مات الموكل بعينه الوكيل بعينه لو كان احد افراد ما يصح تصرف الوكيل قال اي القدوري اي في مختصره واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لما فيه من ابطال المنفعة للوكيل او ابطال الموكل تصرفه في العوارض المبطلة لما من جانب الوكيل قال المصنف في تعليل ما ذكر لانه لا يصح امر ذاي امر الوكيل بعد جنونه موته والامر في قوله لا يصح امره مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذي كان مامورا به لم يبق صحيحا وانما عرفنا عند ذلك لما ذكرنا ان امره حكم الابتداء كذا في النهاية اقول بهذا شهادة الاستدراك اذ لا يخفى على اعلى المعنى ان ذكر كون موت الوكيل مبطلا للوكالة تعليل الجدوي لانه بين بمعنى البيان لاتصال اللام وذلك دفع احتمال جريان الارث من الوكيل في حق الوكالة لا انا نقول احتمال ذلك كونه في غاية البعد فضلا عن ظهوره ان الموكل اي القاضي بلحاقه اي الوكيل الذمي بدار الحرب مرتدا لا بالتعليق الذي ذكره المصنف لان الامر بالوكالة ان لم يبق صحيحا بالنظر الى الوكيل لموته لا ينبغي ان يبقى صحيحا بالنظر الى صاحبه الحي فلا تتم التفريع وان لحق اي الوكيل بدار الحرب مرتدا لم يخرج الوكالة الا ان يعود مسلما بان رجع الى دار الاسلام مسلما اذ الخروج عن الوكالة بالردة حكم القاضي بلحاقه فانه قال شيخ الاسلام في المبسوط وان لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا فانه لا يخرج عن الوكالة عندنا جميعا الا بقضاء القاضي بلحاقه وكذا اشار الشمس الائمة السرخسي في مبسوطه حيث قال ولو ارتد الوكيل ولحق بدار الحرب انتقضت الوكالة لانقطاع العصمة بينه وبين من هو في دار الحرب وبين من هو في دار الاسلام واذا قضى القاضي بلحاقه فقد صار ميتا او جعله من اهل دار الحرب فتبطل الوكالة انتهى كذا في النهاية ونحيه بما قال اي قال المصنف وهذا اي جواز التصرف للوكيل عند جحوده مسلما عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح لا يعود الوكالة وان عاد مسلما للجهد رح ان الوكالة الاطلاق اي اطلاق التصرف لانه اي الوكالة بتاويل التوكيل اي العقد او باعتبار نحو دفع المانع فان الوكيل كان ممنوعا شرعا عن ان يتصرف في شيء لوكيله فاذا وكله رفع المانع اي الوكيل يتصرف بسمان قائمة به اي بالوكيل يعني ان الوكيل لا يحدث فيه ابتداء وولاية بل انما يتصرف بسمان قائمة به وهي التوكيل القصدي الذي كان التصرف والذمة الا ان الحجر انما عجز الوكيل عن التصرف لعارض اللحاق لتباين الدارين يعني الى الاطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض العارض ولكن انما عجز الوكيل عن التصرف بهذا العارض فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا في المبسوط ومحمد رح يقول صحت الوكالة بالحق

وكالي يوسف رحمه الله بملك وولاية التنفيذ كان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك فبالالحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية فلا تعود كالمكاتبة في ام الولد والمدبر وكوعاد لموكل مسلماً وقد لحق بدار الحرب مرتداً لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد انها تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق **قال** ومن وكل آخر بشئ ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا لفظ مختصر وجوهاً مثل ان يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او بيع وكله بتزويج امرأة او بشراء شئ

وحقه قائم بعد لحاق الوكيل بدار الحرب ولكنه عجز عن التصرف تعارض والعارض على شرف الزوال فاذا زال كان لم يكن فيبقى الوكيل على وكالته فصار بمنزلة ما اغمي عليه زمانا ثم افاق ولابي يوسف رحمه الله ان التوكيل اثبات ولاية التنفيذ اي تمليك ولاية تنفيذ التصرف في حق الوكالة للوكيل لا اثبات ولاية اصل التصرف لان ولاية اصل التصرف ثابتة له بالاهلية بجنس التصرف في حدذاته وولاية التنفيذ بالملك اي وتمليك ولاية التنفيذ يلحق بالملك لان التمليك بالملك تحير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة وباللحاق اي باللحاق بدار الحرب لحق الوكيل بالاموات فبطل الملك وبطلت الولاية اذ بطلت الولاية بطل التوكيل كما يلزم تخلف المعلول عن العلة فلا تعود اي الولاية يعني اذا بطلت الولاية فلا تعود كالملك في ام الولد والمدبر فانه اذا لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه فاعتق ام ولده ودبر ثم عاد مسلما لا يعود ملكه فيهما ولا يرتفع العتق فكذلك الولاية التي بطلت لا تعود واشار اليه بقوله لحق بالاموات الى ان وضع المسئلة فيما اذا قضى القاضي بلحاقه واما اذا لم يقض بذلك فلا خروج الوكيل عن الوكالة عند محمد رحمه الله كما ذكرنا من قبل قال صاحب الكفاية بقي الكلام في قوله لان ولاية اصل التصرف بالاهلية فانه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله انه اثبات ولاية التنفيذ الا ان يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية اصل التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة قبل التوكيل وبعده والثانية لم يكن ثابتة قبله وانما حدثت بعده ولم يجد عليه شئ سوى التوكيل فكانت ثابتة به انتهى اقول ان قوله لان ولاية اصل التصرف بالاهلية ليس بدليل على منطوق قوله انه اثبات ولاية التنفيذ حتى يتوهم انه بعيد التعلق عما استدل به عليه بل هو دليل على مفهومه وذلك وهو انه اثبات ولاية اصل التصرف كما انشأ به نفى هذا المقام من قبيل فالمعنى ان التوكيل اثبات ولاية التنفيذ للوكيل لا اثبات ولاية اصل التصرف ولاية اصل التصرف لحق يجوز ان تعود الوكالة بعود الوكيل مسلما كما قاله الشيخ لان ولاية اصل التصرف ثابتة له بالاهلية في حد ذاته فلا يتصور ان تثبتها الموكل له بالتوكيل ان لم نسلم اعتبار مفهوم المخالفة في مثل ذلك فنقول هو دليل على مقدمة مطوية مفهومة من الكلام بمعونة قرينة المقام وهي لا اثبات ولاية التصرف له فلا اشكال على كل حال ولو عاد الموكل مسلما فتحقق بدار الحرب مرتدا اي وقد لحق بدار الحرب مرتدا ومعنى القاضي بلحاقه صرح به في المبسوط وغيره لا تعود الوكالة في الظاهر اي في ظاهر الرواية وعن محمد رح انها اي الوكالة تعود كما قال في الوكيل وفي السير الكبير تعود اي تعود على حالها الوكيل على وكالته في بدا الفصل ايضا لان الموكل اذا عاد مسلما عاد عليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل بشراء عبده ثم باعه الموكل منه ورد عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته فهذا مثله كذا في المبسوط والفرق له على الظاهر يعني ان محمدا رح فرق بين الفصلين اي بين ارتداد الوكيل وبين ارتداد الموكل في ظاهر الرواية حيث قال يعود الوكالة في ارتداد الوكيل اذا عاد مسلما في جميع الروايات وبعدم عوده في ارتداد الموكل اذا عاد مسلما في ظاهر الرواية فوجه الفرق له على ظاهر الرواية ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال اي وقد زال ملك الموكل برده والقضاء بلحاقه بدار الحرب فبطلت الوكالة على التبات وفي حق الوكيل اي مبنى الوكالة في حق الوكيل على معنى قائم به اي بالوكيل كما بينا من قبل ولم يزل اي ولم يزل المعنى القائم به باللحاق اي بلحاق الوكيل بدار الحرب وقضاء القاضي به فكان محل تصرف الوكيل باقيا ولكنه عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال فاذا زال العارض صار كان لم يكن كما ذكرنا فيما مر واما ابو يوسف رح فسوى بين الفصلين حيث قال بعدم عود الوكالة فيهما معا قال اي القدوري في مختصره ومن وكل آخر بشئ من الاثبات او الاسقاطات ثم تصرف اي الموكل بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة الى هنا لفظ القدوري قال اي المصنف وهذا اللفظ منتظم وجوها كثيرة من المسائل مثل ان يوكله اي الآخر باعتاق عبده اي عبد الموكل او بكتابته اي بكتابة عبده فاعتقه اي اعتق ذلك العبد او كاتبه الموكل بنفسه فان الوكالة تبطل حينئذ او يوكله بتزويج امرأة اي او ان يوكله بتزويج امرأة معينة اياه او بشراء شئ اي او ان يوكله

ففعله بنفسه او يوكل بطلاق فطلقها الزوج ثلثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه كان ما تصرف بنفسه فهذا رد على الوكيل بالعصمة فطلاق الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت فهذا ان اذا تزوجها الوكيل بالعمل ان يزوجها للوكيل بهذا الحاجة لان الوكالة بيع عبده فباعه بنفسه او وكل بيعه فضاء القاضي فيه لم يكن للوكيل ان يبيعه خلافا لان بيعه بنفسه منزلة ان القاضي كالوكيل ان يبيعه

بشيء وشيء بعينه فقضاه بنفسه اي ففعل الموكل ما وكل به بنفسه بان تزوجها بنفسه او يشتريه بنفسه فان ذلك كان عزلا للوكيل فتبطل الوكالة او يوكل بطلاق امرأته فطلقها الزوج وهو الموكل ثلثا اي ثلث تطليقات او واحدة اي او طلقها طلقة واحدة وانقضت عدتها فان الوكالة تبطل هناك ايضا ولا يكون للموكل بعد ذلك ان يطلقها وانما قيد بالثنتين وقيد بالواحدة بانقضاء العدة والمراد بها ما دون الثنتين لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها الموكل تطليقة واحدة او ثنتين بائنة كانت او رجعية فان للوكيل ان يطلقها ما دامت في العدة واما اذا طلقها الموكل تطليقات ثلثا فلا يملك الوكيل طلاقها لا في العدة ولا بعدها والاصل فيه ان كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيلا ايضا قادرا عليه وما لا فلا كذا ذكره في النهاية والعناية اقول في هذا الاصل نوع اشكال اذ يطالب ان يطلب الفرق بينه وبين هذه المسئلة وبين مسئلة التوكيل بتزويج امرأة فان الموكل هناك لو تزوجها بنفسه ثم ابانها لم يكن للوكيل ان يتزوجها منه كما صرح به في خانية لكنه ذكر المصنف ايضا فيما يجيء ان الموكل قادر على ان تزوجها بنفسه مرة اخرى فلم يبق الوكيل ايضا على ان يتزوجها مرة اخرى وعلل في البدائع عدم قدرة الوكيل عليه بان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما في الاوامر الشرعية والظاهر ان هذا التعليل يقتضي ان لا يقدر الوكيل على التطليق بعد تطليق الموكل مطلقا في مسئلة التوكيل بالطلاق ايضا فان قيل بطلان الوكالة في مسئلة التوكيل بالتزويج بتزويج الموكل بنفسه بناء على انقضاء الحاجة كما ذكره المصنف وفيما بعد قلنا قد انقضت الحاجة في مسئلة التوكيل بالطلاق ايضا بتطليق الموكل بنفسه لا يقال قد تقع الحاجة الى تكرار الطلاق لتشديد الفرقة لانا نقول قد تقع الحاجة الى التزوج مرة اخرى ايضا فلم يتضح الفرق قائل وبالخلع اي والجواب كلهان بخالع امرأته فخالعها اي فخالعها الموكل بنفسه فان الوكالة تبطل هناك ايضا قال المصنف وفي تعليل المسائل المذكورة نظرا لانه اي الموكل لما تصرف فيما وكل به بنفسه تعذر على الوكيل التصرف في ذلك لامتناع تحصيل الحاصل فبطلت الوكالة في جميع ما ذكر حتى لو تزوجها اي لو تزوج الموكل المرأة التي وكل الآخر بتزويجها منه بنفسه وابانها اي ابانها بعد ان تزوجها بنفسه لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت اي لان حاجة الموكل قد انقضت بتزوجها بنفسه اقول ههنا كلام اما اولا فلان تفريع هذه المسئلة يبتني على التعليل الذي ذكره لبطلان الوكالة في المسائل المذكورة وليس بتمام لان الموكل انما تصرف بنفسه في تزوجها مرة اولى وهو الذي تعذر على الوكيل التصرف فيه على موجب التعليل المذكور وفحوى هذه المسئلة ان لا يكون للوكيل تزويجها من الموكل مرة اخرى ولا تاثير فيه للتعليل المذكور لان الموكل لم يتصرف بنفسه في هذه المرة حتى تتعذر على الوكيل التصرف فيها فالاولى ان يترك اداة التفريع ويذكر هذه المسئلة على سبيل الاستقلال كما وقع في سائر المتقابلات واما ثانيا فلانه ان اراد بقوله لان الحاجة قد انقضت ان حاجة الى تزوجها مرة اولى قد انقضت فهو مسلم ولكن هذا لا ينافي بقاء الحاجة الى تزوجها مرة اخرى فلا تتم التفريع وان اراد بذلك ان الحاجة الى تزوجها مطلقا قد انقضت فهو مسلم اذ قد يحتاج الرجل الى تزوج امرأة واحدة مرارا متعددة لاسباب داعية اليه فالاولى في تعليل هذه المسئلة ما ذكر في البدائع من ان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما في الاوامر الشرعية بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل اي بخلاف ما اذا تزوج الوكيل المرأة التي وكل بتزويجها من الموكل وابانها اي ابانها بعد ان تزوجها حيث يكون لان تزوج الوكيل تلك المرأة المبانة لبقاء الحاجة اي لبقاء حاجة الموكل الى تزوجها وكذا لو وكل ببيع عبده

فباعه بنفسه اي فباع الموكل العبد بنفسه يعني بطلت الوكالة في هذه الصورة ايضا خلافا لزفر وعليه اي على ظاهر الرواية والعبد على الموكل لعيب بقضاء او رضا فمن ابى ان يقبله اي ليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى رد ذلك عليه او لا بينة كما صرح به في الذخيرة لان بيعه بنفسه اي لان بيع الموكل ذلك العبد بنفسه من الوكيل من التصرف فيه ما فصا كالعزل اي فصار ذلك كعزل الوكيل عن الوكالة فلا يعود وكيلا الا بتجديد الوكالة وقال محمد رح اي للوكيل ان يبيعه اي ان يبيع ذلك العبد

مرة اخرى لان الوكالة باقية اذ الاصل عدم الحاجة اما الرد بقضاء او بغير اختيار فلم يكن دليل على الحاجة فاذا اعاد اليه فقبضه الوكيل ان يبيعه ثانيا

مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اى لان الوكالة بتاويل التوكيل والعقد او باعتبار الخبر وقد مر غير مرة اطلاق اسم على طلاق التصرف وهو باق والامتناع انما كان لعجز الوكيل عن التصرف بخروج العبد عن ملك الموكل العجز فزال اى عجز الوكيل فزال بعود العبد الى قديم ملك الموكل فعادت الوكالة وانما قيد الرد بالعيب على الموكل بقضاء القاضي لان الموكل اذا قبضه قبله بالعيب بعد البيع بغير القضاء فليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى بالاجماع لان الرد بغير القضاء كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما وكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراه ابتداء اعلم انه ذكر في المبسوط مسئلة الرد بالعيب بقضاء القاضي من غير خلاف في جواز البيع وضع المسئلة في الامة فقال ولو باعها والامة ثم ردت بعيب بقضاء قاض فللوكيل ان يبيعها لان الرد بالعيب بقضاء القاضي فسخ من الاصل وعادت الى قديم ملك الموكل وان قبلها الموكل بالعيب بغير قضاء بعد قبض المشتري لم يكن للوكيل ان يبيعها وكذلك ان تقايلا البيع فيها لان نبذ السبب كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراها ابتداء وكذلك ان رجعت الى الموكل بميراث او هبة او غير ملك جديد لم يكن للوكيل بيعها لان الوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد سوى الاول فلا يثبت فيه حكم الوكالة الا بتجديد توكيل من المالك انتهى ولم يذكر الخلاف ايضا في المسئلة المذكورة في الاصل ولا في الكافي للحاكم الشهيد ولا في شرحه للامام علاء الدين السمرقندي ولكن ذكر الصدر الشهيد في شرحه فقال قال ابو يوسف رحمه الله ليس للوكيل ان يبيعه وقال محمد رح لان يبيعه ثم اعلم ان صاحب البدائع بعد ان ذكر الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في المسئلة المذكورة قال ولو وكله ان يهب عبده فوهب الموكل نفسه ثم رجع في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل ان يهبه فيحتاج الى الفرق بين البيع والهبة ووجه الفرق لم يتضح انتهى فقد اراد الصدر الشهيد بيان وجه الفرق بينهما على قول محمد رح فقال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب اى الموكل نفسه ثم رجع عن هبته حيث لم يكن للوكيل ان يهب مرة اخرى بالاجماع لانه اى لان الموكل الواهب نفسه ضمنا في الرجوع فكان ذلك اى كان رجوعه ضمنا دليل عدم الحاجة الى الهبة اذ لو كان محتاجا اليها لما رجع عنها وكان دليلا على نقض الوكالة اما الرد بقضاء اى امر دالبيع بقضاء القاضي على الموكل البائع بنفسه فهو بغير اختياره اى بغير اختيار الموكل فلم يكن دليل زوال الحاجة الى البيع اقول من العجائب ههنا ان الشارح العيني قال في شرح قول الصدر اما الرد بقضاء اى امر دالبيه بقضاء القاضي وفي شرح قوله بغير اختياره اى اختيار الواهب حيث زعم ان مراد الصدر بيان الفرق بين رد الهبة بالاختيار وبين رد ها بقضاء القاضي وهذا سهو منه غير صحيح في نفسه كيف يخفى عن تعليق قوله بخلاف اما اذا وكله بالهبة سابق من مسئلة توكيله بالبيع وما اذا يقول في قوله فاذا اعاد اليه اى الى الموكل قديم ملكه كان له اى للوكيل ان يبيعه فانه صريح في ان مراده الفرق بين البيع والهبة وذكر في التتمة قال محمد رح لا يشبه الهبة البيع لان الوكالة بالبيع لا تقتضي مباشرة البيع لان الوكيل بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا انفسخ البيع والوكالة باقية جاز له ان يبيع ثانيا بخلاف ما اذا الوكالة بالهبة تقتضي مباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه واذا رجع الموكل في هبته عاد اليه الهبة ولا وكالة فلا يمكن الوكيل من الهبة ثانيا انتهى قال في البدائع ثم هذه الاشياء التي ذكرنا انه يخرج بها الوكيل عن الوكالة سوى العزل النهي لا يفترق الحال فيها بينما اذا علم الوكيل بها واذا لم يعلم في حق الخروج عن الوكالة لكن يفترق فيما بين البعض والبعض من حيث انه اذا وهب الموكل اذا باع العبد الوكيل بنفسه ولم يعلم به الوكيل فقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم الى المشتري على الوكيل [illegible] اعتقه او استولد جاريته او دبره او مات العبد الذي وكل ببيعه ونحو ذلك لا يضمن بخلاف ما لو وهب الوكيل [illegible] من جهته بترك الاعلام اياه فصار كفيلا له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة اذا ضمان الغرور في حقيقة ضمان الكفالة ومعنى الغرور لا يتقرر في حق

كتاب الدعوى

وهلاك العبد والجنون واخواتها فهو الفرق ولو وكله بقبض دين له على رجل ثم ان الموكل وهب المال الذي عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك في يده كان لدافع الدين ان يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل لان يد الوكيل يد نيابة عن الموكل لانه قبضه بامره وقبض النائب كقبض المنوب عنه وكانه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه فكذا هذا الى هنا لفظ البدائع

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة التي هي اشهر انواع الوكالات سببا داعيا الى الدعوى ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة لان المسبب يتلو السبب ثم ان هنا امورا من باب الشراح بيان امثالها في اوائل الكتب وهي معنى الدعوى لغة وشرعا وسببها وشرطها حكمها ونوعها فقال صاحب العناية وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفي عرف الفقهاء مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بان المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيجيء فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة الا ان يأول بالمشروط بالمطالبة اقول هذا ساقط لان كون المطالبة من شرائط صحة الدعوى لا ينافي استقامة تعريف نفس الدعوى بها اذ المباينة لصحة الشيء لا تقتضي المباينة لذلك الشيء الا يرى ان كل شيء مباين لصحته لكونها وصفا مغايرا له وليس بمباين لنفسه قطعا غاية ما لزم ههنا ان يكون صحة الدعوى مشروطا بالمطالبة التي هي نفس الدعوى ولا محذور فيه فان صحة الدعوى وصف لها وتحقق الوصف مشروط بتحقق الموصوف دائما وقال صاحب النهاية بعد بيان معناها اللغوي والشرعي على وجه البسط والتفصيل واما سببها فما هو السبب الذي ذكرناه في النكاح والبيوع لان دعوى المدعي لا يخلو اما ان يكون امرا راجعا الى بقاء نسله او امرا راجعا الى بقاء نفسه وما يتبعها وكلاهما قد ذكرا واما شرط صحتها على الخصوص فمجلس القضاء لان الدعوى لا تصح في غير هذا المجلس حتى لا تجب على المدعى عليه جواب المدعي ومن شرائط صحتها ايضا ان يكون دعوى المدعي على خصم حاضر ان يكون المدعى به شيئا معلوما وان يتعلق به حكم على المطلوب لما ان الفاسدة من الدعوى هي ان لا يكون الخصم حاضرا وان يكون المدعى به مجهولا لان عند الجهالة لا يمكن للشهود الشهادة ولا للقاضي القضاء به وان لا يلزم على المطلوب شيء بدعواه نحو ان يدعي انه وكيل هذا الخصم الحاضر في امر من اموره فان القاضي لا يسمع دعواه هذا اذا انكر الآخر لانه يمكنه عزله في الحال واما حكمها فوجوب الجواب على الخصم بنعم او بلى ولهذا وجب على القاضي احضاره مجلس الحكم حتى يوفي ما استحق عليه من الجواب واما انواعها فشيئان دعوى صحيحة ودعوى فاسدة فالصحيحة ما يتعلق بها احكامها وهي احضار الخصم والمطالبة بالجواب واليمين اذا انكر وفي مثل هذه الدعوى يمكن اثبات المدعي بالبينة او بالنكول والدعوى الفاسدة ما لا يتعلق بها هذه الاحكام وفساد الدعوى باحد معنيين اما ان لا يكون ملزما للخصم شيئا وان ثبتت على ما قلنا من ان يدعي على غيره انه وكيله والثاني ان يكون مجهولا في نفسه والمجهول لا يمكن اثباته بالبينة فلا يتمكن القاضي من القضاء بالمجهول لا بالبينة ولا بالنكول انتهى اقول في تحريره نوع اختلال واضطراب فان قوله واما شرط صحتها على الخصوص الى قوله وان يتعلق به حكم على المطلوب يدل على ان لصحتها شروطا اربعة وهي مجلس القضاء وحضور الخصم وكون المدعي شيئا معلوما وان يتعلق به حكم على المطلوب ويقتضي هذا ان يكون فسادها باحد امور اربعة وهي انتفاءات هذه الشروط الاربعة وهي قوله لما ان الفاسدة من الدعوى هي ان لا يكون الخصم حاضرا الى قوله لانه يمكنه عزله في الحال يشعر بان فسادها انما هو بامور ثلثة وهي عدم حضور الخصم وان يكون المدعي مجهولا وان لا يلزم على المطلوب شيء بالدعوى بناء على ان المعرف بلام الجنس اذا جعل مبتدأ كما في قوله ان الفاسدة من الدعوى فهو مقصود على الخبر نحو الكرم التقوى والامام من قريش على ما عرف في علم العربية وان قوله وفساد الدعوى باحد معنيين الى آخره يدل على ان فسادها باحد الامرين لا غير لان اضافة المصدر كما في قوله وفساد الدعوى تفيد الحصر نحو ضربتي زيدا في الدار على ما نص عليه

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة تاركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة معرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اضطرب فيها الشراح فيها ما قال الكتاب وهو حد عام صحيح قيل الذي لا يستحق الا بحجة اذا كان ترك الدعوى عليه ان يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد

العلامة الكستاري في شرح التلخيص ثم ان قوله واما انواعها فشيآن لا يخلو عن سماجة ظاهرة حيث حمل التثنية على الجمع بالمواطاة قال ابو القدوري في مختصره المدعي من لا يجبر على الخصومة وان تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة وان ادعى عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في متنه المدعي من لا يجبر على الخصومة وقال في شرحه لم يقل اذا تركها كما قال القدوري ومن تبعه لانه غير محتاج الى الترك والفصل والقيد المذكور يوهم الاختصاص انتهى اقول فيه بحث اذ على تقدير ترك القيد الترك يلزم ان ينتقض تعريف المدعي بالمدعى عليه حالة الفصل فانه يصدق عليه في تلك الحالة انه لا يجبر على الخصومة ضرورة عدم تصور الجبر على الفصل حال الفصل واما ابهام القيد المذكور لاختصاص فهم الاندفاعه بشهادة ضرورة العقل على عدم تصور الجبر حال الفصل ومعرفة الفرق بينهما اي بين المدعي والمدعى عليهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى فان النبي صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعي واليمين على من انكر والانسان قد يكون مدعيا صورة ومع ذلك يكون القول قوله مع يمينه كما في الوديع اذا ادعى رد الوديعة على ما ذكر في الكتاب فلا بد من معرفتهما وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه اي في الفرق بينهما فمنها ما في الكتاب يعني مختصر القدوري وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة وهي البينة او الاقرار او النكول على قول من يرى انه ليس باقرار كما سيعلم في باب اليمين كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد قال صاحب العناية وهو ليس بعام اي جامع لعدم تناوله صورة الوديع اذا ادعى رد الوديعة انتهى اقول يمكن توضيح كلامه وتقرير مرامه بوجهين احدهما انه تقبل في صورة الصورة قول الوديع مع يمينه كما يجيء في الكتاب فلا يصدق عليه انه لا يستحق الا بحجة وثانيهما ان الوديع في تلك الصورة لا يستحق شيئا فلا يصدق عليه انه يستحق بحجة ثم اقول يمكن الجواب عن الوجهين معا بما يجيء في الكتاب ان الاعتبار عند الحداق من اصحابنا للمعاني دون الصورة فلنذكر ان الوديع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان فيجوز ان يكون هذا التعريف المذكور على المعنى المعتبر دون الصورتين فلم لا نضير في عدم تناول تعريف المدعي صورة الوديع اذا ادعى رد الوديعة لعدم كونه مدعيا حقيقة او معنى ويمكن جواب آخر عن الوجه الاول بان الوديع من حيث انه وديع رد الوديعة لا يستحق الا بحجة واما استحقاقه بقوله فانما هو من حيث انه مدعى عليه وبالجملة قيد الحيثية معتبرة وقال صاحب العناية بعد قوله المذكور ولعله غير صحيح لان المدعى عليه يمنع استحقاق غيره انتهى اقول ويمكن الجواب عن هذا ايضا بان منع استحقاق غيره لا ينافي استحقاق نفسه بل يقتضيه بناء على ان الحقوق لا تتحقق بدون المستحق فكون المدعى عليه من يمنع استحقاق غيره لا ينافي صحة تعريفه عن يكون مستحقا بقوله وعن هذا قال صاحب الكافي وصاحب الكفاية في بيان تعريف المدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة فاذا قال هو لي كان مستحقا لما لم يثبت الغير استحقاقه فان قلت صيغة الفعل تفيد التجدد والحدوث على ما يقرر في علم العربية فيكون معنى من يكون مستحقا بقوله من يتجدد ويحدث استحقاقه بقوله مع ان استحقاق المدعى عليه لا يتجدد ولا يحدث بقوله بل يكون باقيا على ما كان عليه قبل الدعوى قلت هذه مناقشة لفظية يمكن دفعها ايضا بان يقال المراد بمن يكون مستحقا بقوله من يكون ثابتا له الاستحقاق بقوله على ان يكون استحقاقا ثابتا على الاستحقاق بقرينة قوله كذي اليد ونظيره ما ذكر المفسرون في قوله تعالى اهدنا الصراط المستقيم ان معناه ثبتنا على الصراط المستقيم فالذي يلزم حينئذ من تعريف المدعى بما ذكر ان تجدد الثبات على الاستحقاق لا ان تجدد نفس الاستحقاق ولا محذور فيه واجاب بعض الفضلاء عما ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال قد مر في الدليل السابق ان لوازم الامور المستمرة غير اللازمة حكم الابتداء ما ان في العدول عن ان يقال الذي يستحق بقوله الى قوله من يكون مستحقا بقوله اشارة الى ان هذا الكلام لبيان معناه من يكون مستحقا وهذا لا ينافي ان يكون مدعيا حكما على العدم والثبات انتهى اقول في كل من شقي جوابه نظر اما في شقه الاول فلانا سلمنا ان لوازم التعرفات الغير اللازمة حكم الابتداء على ما مر في اوائل الباب السابق ولكن لا نسلم ان ما نحن فيه من ذلك القبيل فتامل واما في شقه الثاني فانه لا يدفع ما يرد على من يقول ان المعلوم الادبية انه لا فرق بين ان يقول من يستحق بقوله كذا بكذا

وقيل المدعى من تمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من تمسك بالظاهر وقال في الهداية الاصل ان المدعي هو الذي لو ترك الخصومة لم يخل بالقضاء والمدعى عليه بخلافه هذا هو الصحيح لان المدعي قد يكون متمسكا بالظاهر كما في مسائل كثيرة ذكرناها في الكتاب وقد يكون متمسكا بغير الظاهر كما في مسائل كثيرة ذكرناها في الكتاب والمدعى عليه قد يكون متمسكا بغير الظاهر كما في مسائل كثيرة ذكرناها في الكتاب وقد يكون متمسكا بالظاهر كما في مسائل كثيرة ذكرناها في الكتاب

من يكون مستحقا بقوله في افادة التجدد والحدوث لان صلة من مع كل واحد منها جملة فعلية فتدل على التجدد والحدوث قطعا وكون الجزاء في الثانية مما لا يدخل لا في افادة الدوام والثبات اصلا على ان النفقات من مقتضى الجاه كالارض واضرابه صرحوا بان ثبوت خبر باب كان مقترن بالزمان الذي يدل عليه صيغة الفعل الناقص اما ماضيا او حالا او استقبالا فكان للماضي ويكون للحال والاستقبال لكن للاستقبال وقال الفاضل الرضي ذهب بعضهم الى ان كان يدل على اتصاف مضمون الخبر في جميع الزمن الماضي وشبهت قوله تعالى وكان الله سميعا بصيرا وذهل ان الاستمرار مستفاد من قرينة وجوب كون الله سميعا بصيرا لا من لفظ كان الا يرى انه يجوز كان زيد نائما فاستيقظ وكان قياس ما قال ان يكون كان هي يكون للاستمرار ايضا وقول الجمهور فكان تكون ناقصة لثبوت خبرها دائما او منقطعا رد على ذلك القائل يعني انه يجيء دائما كما في الآية ومنقطعا كما في قولك كان زيد قائما ولم يدل لفظ كان على احد الامرين بل ذاك الى القرينة الى هنا كلامه فقد تقرر من هذا ان الدوام في مضمون خبر كان عند المحققين انما ذهب اليه بعض وهو لا والدوام في خبر يكون الذي كلامنا فيه فيما لم يذهب اليه احد فما ذكره ذلك الحبيب خارج من قواعد العربية بالكلية نعم لو كان المذكور في التعريف من هو مستحق بقوله بالحجة الاسمية لوجب الفرق وليس فليس وقيل المدعى من يتمسك غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر قال صاحب العناية ولعله منقوض بالمودع فانه مدعى عليه وليس متمسكا بالظاهر اذ رد الوديعة ليس ظاهرا لان الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو منكر الوكالة فالقول لرب المال لان المديون يدعي براءة بعد الشغل وكانت عارضة والشغل اصلا ويجوز ان يورد بالعكس فانه مدع وتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان انتهى اقول فيه بحث اذ لا نسلم ان المودع من حيث هو مدعى عليه ليس بتمسك بالظاهر قولك اذ رد الوديعة ليس ظاهرا قلنا مسلم لكن لا نسلم تمسكه بهذا من حيث هو مدعى عليه بل هو من جهة الحيثية متمسك بعدم الضمان وهو ظاهر وكذا لا نسلم انه من حيث هو مدع تمسك بالظاهر بل هو من هذه الحيثية متمسك بعدم الضمان وهو ظاهر وكذا لا نسلم انه من حيث هو مدع تمسك بالظاهر بل هو من هذه الحيثية متمسك بعدم الضمان وهو ظاهر وكذا لا نسلم انه من حيث هو مدع تمسك بالظاهر بل هو من هذه الحيثية متمسك بعدم الضمان وهو ظاهر والحاصل ان صاحب العناية زعم حيثية كون المودع مدعيا حيثية كونه مدعى عليه وبالعكس فاورد النقض على تعريفيها وليس الامر كما زعمه كيف ولو تم ما زعمه لورد النقض بالمودع اذا ادعى رد الوديعة على التعريف الاول ايضا بانه مدع رد الوديعة ويجبر على الخصومة مع انهم اتفقوا على انه مدعى صحيح ثم ان ما ذكرناه كله على تسليم اعتبار جانب الصورة ايضا فيما اذا ادعى المودع رد الوديعة واما على تقدير ان كان المعتبر هو جانب المعنى دون جانب الصورة كما ذكرنا من قبل وسيجيء في الكتاب فلا يتوجه النقض بالعكس اصلا واعترض بعض العلماء على بعض مقدمات ما ذكره صاحب العناية هنا حيث قال فيه كلام وهو ان في صورة الوديعة ليس في ذمة المودع شيء من المال حتى يكون دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد الشغل بل انما هي مجرد انكار الضمان وثبوت الشيء في ذمة بخلاف صورة الدين والشيء الى هذا في الكافي انتهى اقول فعم فداشيه الى هذا صرح به في الكافي وعامة الشروح والظاهر ان صاحب العناية اطلع عليه ولكن لم يعبد ذلك عليه لان يقول سلمنا ان في صورة الوديعة ليس في ذمة المودع شيء من المال ولكن في عهدته حفظ مال الوديعة او قد تقرر في كتاب الوديعة انما عقد استحفاظ وان حكما وجوب الحفظ على المودع وكان في الرد منه دعوى البراءة بعد الاشتغال بالحفظ والفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال فتمشى كلامه وتم مرامه واما قوله ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة في ذمته بدفع الدين الخ فغير مجوز ان يكون مبنيا على مجرد الاشتراك بين البينتين مع كون الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال ان كنا متفقتين بكون الاشتغال في احدهما بالمال وفي الاخرى بالحفظ فالذي يقطع عرق ايراد صاحب العناية ههنا ما قدمناه لا غير وقال محمد رد في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قوله الذي صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر روى اليمين على المدعى عليه كان لان الشان في حق عرفان الجانبين بالنظر الى الصورة عند اطلاق من اصحابنا في حق عدم لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين وان كان في صورة المدعي على ما سيجيء قلنا صاحب العناية يعني

قال ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره

اذا تعارض البحثان في صورة فالترجيح لاحدهما على الاخرى يكون بالفقه اى باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة التي عندي او صورة علوا قام على ذلك بينة قبلت والقول له مع يمينه ايضا فكان مدعى عليه فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معنا فانه ينكر الضمان اقول قول المنكر مع يمينه انتهى اقول شرح هذا المقام بهذا الوجه لا يكاد يصح اما اولا فانه غير مطابق للمشروح لان قول المدونة والترجيح بالفقه محذوف من عبارة المتن لان الاعتبار للمعاني دون الصور صريح في ان المعتبر هو المعاني لا غير وقول صاحب العناية فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معنا فانه مخالف لما قدمناه صريح في ان الصورة ايضا معتبرة فيصير بينا من قبيل الاحوال باعتبارين لا من قبيل ترجيح احد الدليلين على الاخرى واما ثانيا فلان هذا اول هذا الشرح مخالف لآخره فان قوله في الاول اذا تعارض البحثان في صورة فالترجيح لاحدهما على الاخرى يكون بالفقه اى باعتبار المعنى دون الصورة صريح في ان المعتبر عنده المعنى دون الصورة وقوله في الآخر فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معنا صريح في ان كلتا الحجتين معتبرتان ثم ان بعض الفضلاء قصد توجيه كلام صاحب العناية بهذا وجه بين مرامه فقال المراد بالحجتين هي الانكار الصوري والانكار المعنوي لا الادعاء الصوري والانكار المعنوي على ما توهم من ظاهر كلامه فان كلامنا مفروض حيث تقبل بينة الرد ايضا فلا يظهر ترجيح المعنوي انتهى اقول هذا ايضا غير صحيح اما اولا فلان الشرح لا يطابق المشروح ايضا فان المعتبر عنده في الاعتبار حسبما في المتن عند فوات المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين لانكاره معنى وان كان مدعيا له صورة بل قطعا على الرد بالصورة هنا الادعاء الصوري حيث في جعل الصورة هي الادعاء في قوله وان كان مدعيا للرد صورة واما ثانيا فلانه لا معنى للتعارض بين الانكار الصوري والانكار المعنوي لانا نمنع ان يراد بالتعارض هنا مجرد التنافي في الحقيقة والتنافي في الصدق وكلاهما غير متحقق بين الانكار الصوري والانكار المعنوي اما عدم تحقق الاول بينهما فظاهر واما عدم تحقق الثاني بينهما فلان الانكار المعنوي فيما اذا قال المودع رددت الوديعة هو الفتح بالفتح حيث ينكر الضمان والانكار الصوري هو المودع بالكسر حيث ينكر الرد ولا تنافي بين الانكار بمعنى في الصدق بجواز ان يصدقا معا بان لا يرد المودع الوديعة ولا يجب الضمان عليه بهلاك الوديعة في يده من غير تعد منه فاذا لم يتحقق شيء من معنى التعارض بينهما فكيف يصح ان يحمل عليه البحثان في قوله يعني اذا تعارض البحثان ايضا انما يتصور التعارض بين البحثين عند اجتماعهما في محل واحد كما في الانكار الصوري مع الانكار المعنوي فيما نحن فيه لقيام احدهما بالمودع بالكسر والآخر بالمودع بالفتح فلا يتصور التعارض بينهما بخلاف الادعاء الصوري والانكار المعنوي فانه يتحقق بينهما التعارض بالمعنى الاول قطعا لقيامهما بمحل واحد وهو المودع بالفتح فكان موقعا للتعارض وفهم قبول ان يصلح للاعتذار افسده الدهر ثم ان الحق عندي ان شرح هذا المقام على ما يقتضيه عبارة المتن وهو انه اذا تعارضت البحثان اى بحثا الادعاء الصوري وجهة الانكار المعنوي فالترجيح بالفقه اى بالمعنى عند الحذاق من اصحابنا فان الاعتبار للمعاني دون الصورة فالمودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع يمينه بناء على انه ينكر الضمان معنى وان لم يكن مدعيا للرد صورة حتى يقال في وجه قبول بينة المودع في تلك الصورة انما تقبل بينة المودع اذا قامت على الرد لدفع اليمين عنه فان البينة قد تقبل لدفع اليمين على ما صرحوا به في مواضع شتى من كتب الفقه منها ما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية في مسئلة اختلاف الزوجين في قدر المهر حيث قال ان المرأة تدعي الزيادة فان اقامت بينة قبلت وان اقام الزوج تقبل ايضا لان البينة للزوج لدفع اليمين كما اذا اقام المودع بينة على رد الوديعة على المالك تقبل انتهى فتدبر لعلك تطلع على ما يندفع به الفساد وقال اى القدوري في مختصره ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك وقدره مثل كذا وكذا درهما او دينارا او كرا او اعلم ان بدا في دعوى الدين في دعوى اليمين فان كانت حاضرة يكفي الاشارة اليها بان يقول لي دراهم عند فلان ثم تفسيرها على ما سيجيء فان غلبت عبارة الكتب لفظ

لان فائدة الدعوى تلزم بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق فان كان عينا في يد من يدعي عليه كلف احضارها ليشير اليها المدعي وان كان دينا او عينا في يد غيره لا يكلف لان الاعلام بالقصد يمكن شرطه بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف فيتعلق بالاول وجوب احضاره على ما قالوا من القضاة من نوعي في كل عصر ووجوب الجواب اذا احضر فيفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة اما قلنا واليمين اذا انكر ومن كلم [illegible] قال [illegible] ان لم يكن حاضرا ذكر فيتمكن ليصير المدعى به معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين

على التقييد قلت نعم الان العبارة وقعت كذلك في غاية معتبرات المتون فعلينا بناء على اقدام المراد بها ما يذكر بعدها من تفصيل احوال دعوى الاعيان ومع هذا قد تصدى صدر الشريعة في شرح الوقاية لبيان المراد بها على ما بيناه ايضا حالا للمقام واما بعض المتاخرين فلما فهموا انحطاطها عن غيرها في متونهم الى التصريح بكل نوع من الدعاوى على حدة مع بيان شرائطه الخصوصية قال المصنف في تعليل المسئلة المذكورة لان فائدة الدعوى الالزام على الخصم بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا تحقق اقول فيه بحث وهو ان عدم تحقق الالزام في المجهول مما اوقد تقرر في كتاب الاقرار ان الاقرار بالمجهول صحيح وقد مر في صدر كتاب الدعوى ان حكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب على الخصم اما بالاقرار واما بالانكار فعلى تقدير ان اجاب الخصم بالاقرار يكون الالزام عليه في المجهول ايضا لكونه مؤاخذا باقراره فينبغي ان يصح الدعوى فيه ايضا فظهر فائدة شاملة على تقدير الجواب بالاقرار بالمجهول الالزام كما يتحقق بواسطة حجة البينة كذلك يتحقق بواسطة حجة الاقرار فان لم يتصور الاول في دعوى المجهول يتصور الثاني فيما فلا تم المطلوب لا يقال الفرض ان الخصم يجيب لا يحقق فلا يتحقق الالزام في دعوى المجهول بل يحتمل لانا نقول المراد تحقق الالزام الذي هو فائدة الدعوى امكان تحققه دون وقوعه بالفعل ولا يلزم ان لا يتحقق الفائدة في كثير من دعاوى العلوم ايضا كما اذا عجز المدعي عن البينة والمقر الخصم بالدعاء بل انكر وحلف اذ حينئذ لا يقع الالزام بالفعل قطعا فان كان اي المدعى عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها اي كلف المدعى عليه احضار العين المدعاة الى مجلس الحكم ليشير اي المدعي اليها بالدعوى هذا الذي ذكر لفظ القدوري في مختصره قال المصنف وكذا في الشهادة والاستحلاف يعني اذا شهدوا على العين المدعاة او استحلف المدعى عليه عليها كلف احضارها الى مجلس الحكم ليشير الشهود اليها عند اداء الشهادة وليشير المدعي عليه اليها عند الحلف لان الاعلام بالقصد يكتفى عليه ذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف حتى قالوا في المنقولات التي تتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر القاضي عندها واريتك امينا كذا في الكافي وغيره ويتعلق بالدعوى اي بالدعوى الصحيحة بمجردها كذا في النهاية ومعراج الدراية وجوب الحضور اي وجوب حضور الخصم مجلس القاضي وعلى هذا القضاة اي على وجوب حضور الخصم مجلس القاضي بمجرد الدعوى الصحيحة القضاة والاصل فيه قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل اولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عند الطلب من اخرهم اي من اخر هم الى اولهم وقال صاحب النهاية اي باجمعهم وهذا ايضا صحيح بالنظر الى المال قال تاج الشريعة اي من اولهم الى آخرهم واقتفى اثره صاحب النهاية وهذا بعيد عن عبارة المصنف كما لا يخفى على كل من له ادنى تصرف وعن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فعله وعثمان رضي الله عنه فعلا ذلك والتابعون بعد الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين فعلوا ذلك من غير نكير منكر وابن ابي ليلى كان يفعل فلم ينكر عليه ابو حنيفة رحمه الله الى غير ذلك من المجتهدين فحل محل الاجماع ووجوب الجواب عطف على وجوب الحضور اي ويتعلق بالدعوى الصحيحة ايضا وجوب الجواب على المدعى عليه جبرا وعلى ليشير خصمه اي حضور الخصم فان المقصود من حضور الجواب لزوم احضار العين المدعاة اي ويتعلق بالدعوى الصحيحة ايضا لزوم ان يحضر المدعى عليه العين المدعاة الى مجلس القاضي لما قلنا اشارة الى ان الاشارة انما تكون اليها بالدعوى واليمين بالجر عطف على احضار العين المدعاة فالمعنى ويتعلق بالدعوى الصحيحة ايضا لزوم اليمين على المدعى عليها ان انكر اي اذا انكر المدعى عليه ما ادعاه المدعي وعجز المدعي عن البينة وسنذكره ان شاء الله تعالى اي وسنذكر لزوم اليمين على المدعى عليه في آخر هذا الباب ان لم يكن على قدرة ذكر فيتمكن هذا لفظ القدوري في مختصره اي فان لم تكن العين المدعاة حاضرة في يد المدعى عليه بل كانت غائبة لا يدري مكانها ذكر المدعي قيمة العين المدعاة الغائبة ليصير المدعى معلوما فيصح الدعوى بوقوعها على معلوم لان العين الغائبة وان كانت مجهولة من وجه فيمكن ازالة الجهالة بذكر القيمة فيتعلق بها اليمين ويقضى بالعين بوقد تقدم شهادة العين عليه والقيمة يعرف بها اي القيمة شيء تعرف بعيني ما حال ان الشهادة متعذرة لكون ذكر القيمة افاد قيل يمكن ان يقال ان تقدم في النهاية الحالة الغريبة حالة ان العين

وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة

لا تعرف بالوصف فعليك الاختيار ثم الاختيار وقال الفقيه ابو الليث رح يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة قال صاحب الكافي نقلا عن القاضي فخر الاسلام وصاحب الذخيرة وان كان العين غائبا وادعى انه في يد المدعى عليه فانكر ان بين المدعي قيمته وصفته سمع دعواه ويقبل بينته وان لم يبين القيمة وقال قصب متى عين كذا ولا ادري انه بالكلام قائم ولا ادري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب انه يسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف ببيان القيمة تتضرر به انتهى وقال صاحب النهاية والكفاية نقلا عن الامام فخر الاسلام البزدوي اذا كانت المسألة مختلفا فيها ينبغي للقاضي ان يكلف المدعي بيان القيمة واذا كلفه ولم يبين لم يسمع دعواه لان الانسان قد لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة فقد اضر به اذ يتعذر عليه الوصول الى حقه ثم قال واذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود بالطريق الاولى انتهى وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز بعد نقل ما ذكر في الكافي فاذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود ايضا بالاولى انتهى بما رسته وقال صاحب الدرر والغرر بعد نقل ما في الكافي اقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة بوجه اليمين على الخصم اذا انكر والجبر على البيان الخ الاقراد تحمل عن اليمين فليتامل فان كلام الكافي لا يكون كافيا الا بسند التحقيق والحمد لله على التوفيق انتهى اقول يرد عليه ان ما ذكره من الفائدة جار في جميع صور دعوى المجهول دينا كان او عينا فيقتضي صحة دعوى المجهول مطلقا مع انهم صرحوا بان من شرائط صحة الدعوى كون المدعى معلوما غير مجهول وان رواية صحة دعوى العين مع جهالة القيمة انما وردت في دعوى العين الغائبة فقط ويمكن ان يقال في دفعه ان مجرد جريان الفائدة المذكورة في جميع صور الدعوى المجهول لا تقتضي صحة دعوى المجهول مطلقا بل لا بد لصحة الدعوى من علة مقتضية لها غير فائدة منتزعة عليها وقد مر انهم تحققوا العلة المقتضية لصحة الدعوى في صورة دعوى العين الغائبة المجهولة وهي ان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف ببيان القيمة تتضرر بها وبقي بيان الفائدة المذكورة فيها غيبنا صاحب الدرر بخلاف سائر صور دعوى المجهول فلم يتحقق فيها علة مقتضية لصحة الدعوى فلا يفيد جريان الفائدة المذكورة فيها ولكن يرد عليه ان مثل تلك العلة المذكورة تتحقق في غير تلك الصورة ايضا مثل صورة دعوى المجهول كما اذا كان لمورث رجل دين في ذمم الناس لم يعرف الوارث جنس تلك الديون ولا قدرها او لم يعرف احدهما فلو كلف ذلك الوارث في دعوى تلك الديون على المديون ببيان جنسها وقدرها تتضرر بها فان الانسان ربما لا يعرف قدر مال مورثه ولا جنسه عند كون ذلك المال في يد مورثه فضلا عن ان يعرفها عند كونه في ذمم الناس فينبغي ان يسمع دعوى على تلك الديون المجهولة لمثل ما قيل في صحة دعوى الاعيان الغائبة المجهولة مع انه مما لم يقل به احد ثم اقول الظاهر من قولهم فاذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود بالطريق الاولى ان في دعوى العين الغائبة تسمع الدعوى مع جهالة قيمة المدعى وتقبل الشهادة مع جهالة قيمة المشهود به لكنه مشكل جدا فان القاضي بعد ان يسمع هذه الدعوى وقبل هذه الشهادة ثم يحكم للمدعي على المدعى عليه والقضاء بالمجهول غير ممكن كما صرحوا به في صدر كتاب الدعوى حيث قالوا ان من شروط صحة الدعوى كون المدعى معلوما وعللوه بعدم امكان القضاء بالمجهول فلا يقال القاضي يجبر المدعى عليه على بيان قيمة ما ادعى عليه فيحكم عليه بما بين فلا يكون القضاء بالمجهول لانا نقول الجبر عليه انما يصح لو اقر بما ادعى عليه على الجهالة فان التجهيل ربما يصير من جهته حيث يجهل ما اعترف بلزومه عليه فعليه البيان على ما تقرر في كتاب الاقرار واما اذا لم يقر به بل ثبت بالبينة كما فيما نحن فيه فلم يكن التجهيل من جهة المدعى عليه ولم يحمل شيئا فلا جابره على البيان بمقتضى قواعد الفقه فبقي الاشكال فان قلت القاضي لا يحكم بقيمة العين الغائبة بل يحكم برد تلك العين نفسها الى صاحبها والجهالة في قيمة تلك العين لا في نفسها فلا يلزم القضاء بالمجهول قلت قد مر في الكتاب ان العين انما تعرف بالقيمة لا بغيرها فالجهالة في قيمة العين جهالة في نفسها وايضا اذا حكم القاضي برد العين الغائبة الى صاحبها فجر المحكوم عليها عن رد ها الى صاحبها ولم يرد ها عليه فالقاضي ان حكم بعد ذلك بقيمة تلك العين يجيء الاشكال وان لم يحكم بها

قال فان ادعى عقارا لحدده وذكر ان يد المدعى عليه وان يده بالرسم بحدوده تقدم التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به وقيد بذكر الحدود والاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد ان تم التعريف به عند ابي حنيفة على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا بكنيته يكتفي بذكرها فان ذكر ثلثة من الحدود ولم يذكر الرابع جاز ولو ذكر الجار ولم يذكر الحدود لا يجوز لانه لا يتعارف وان ذكر

نصب في المدعي للانظر لسماع دعواه وقبول بينته فائدة فان قيل القاضي يعلم ان المال بيد المدعى عليه فما فائدة سماع الدعوى وقبول البينة على ذي اليد اجيب بانه ربما يظهر للمدعي حجة اخرى فيحتاج الى سماع البينة عليه ثانيا وربما يعجز عن اقامة البينة فيحتاج الى ان يحلفه القاضي فيسقط حقه بنكوله فيتوصل بالدعوى الى ما عجز عنه بالبينة ثم على المدعي ان يطلب من القاضي ان يسأل المدعى عليه عما ادعاه عليه لان القاضي لا يعلم ذلك ولا يسأل من تلقاء نفسه لانه ربما يظن ان ذلك ليس بحق فيتركه حياء منه فيضيع حق المدعي ولا يشترط ان يقول المدعي ان لي عليه كذا لان ذلك قد يكون عن ظن فربما يظن ان له عليه كذا فيسأله القاضي عن ذلك فيقر له فيأخذ منه ثم يظهر له ان لا حق له عليه فيرجع عليه بما أخذ منه فيتضرر المدعى عليه بذلك وان ادعى عقارا لحدده الخ ذكر المدعي صدوره وذكر انه اي العقار في يد المدعى عليه وانه يطالبه بذلك وذكر ان المدعى عليه يطالب المدعي بالمدعى اقول بهذا وقع وضع هذه المسئلة في عامة معتبرات المتون ولكن فيه قصور اذ المتبادر من ذكر صدور الدعوى ان ذكر صدورها على الوجه المعتبر في تعريف عند الدعوى وليس كذلك اذ قد صرح في معتبرات الفتاوى بل في بعض شروح الهداية ايضا بانه اذا وقعت الدعوى في العقار فلا بد من ذكر السمة التي فيها الدار من ذكر المحلة ومن ذكر السكة ومن ذكر الحدود وقال في الخلاصة تصح الدعوى اذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود وقيل ذكر المحلة والسوق والسكة ليس بلازم وذكر المصر او القرية لازم انتهى وقد صرح في معتبرات الفتاوى ايضا بان الفقهاء اختلفوا في البداية فقال الشيخ الامام الفقيه الحاكم ابو نصر احمد بن محمد السمرقندي في شروطه اذا وقع الدعوى في العقار فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ثم من ذكر المحلة ثم من ذكر السكة فيبدأ اولا بذكر الكورة ثم بالمحلة اختيارا لقول محمد رح فان المذهب عنده ان يبدأ بالاعم ثم ينزل منه الى الاخص قال ابو زيد البغدادي يبدأ بالاخص ثم بالاعم وقيل ان في سكة كذا في محلة كذا في كورة كذا وقاسه على النسب حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذكر الجد فيبدأ بما هو الاقرب ثم يترقى الى الابعد ان في كل واحد من الفصولين بعد ذكر هذا الاختلاف ما قاله محمد بن الحسن لان العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه فان الام اسمه فان جهل في الدنيا كثير فان عرف والا ترقى الى الاخص فيقول ابن محمد وبنو اخص فان عرف والا ترقى الى الجد انتهى وقال في المحيط اختلفت اهل الشروط في البداية بالاعم او بالاخص واهل العلم بالخيار في البداية بايهما شاء انتهى وقال عماد الدين في فصوله قلت اختلافات اهل الشروط انما تنزل من الاعم الى الاخص او من الاخص الى الاعم اجماع منهم على شرطية البيان انتهى فقد تلخص مما ذكرناه كلا ان ذكر الحدود ليس بكاف في تعريف العقار بل لا بد ايضا من ذكر المحلة والمحلة وغير ذلك على ما قرر قال المصنف في تفصيل لزوم التحديد في دعوى العقار لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل اي نقل العقار فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به اقول لقائل ان يقول ان تعذر النقل لا يقتضي تعذر تعريف بالاشارة بجواز ان يحضر القاضي عند العقار او يبعث امينه اليه فيشير اليه في محضر القاضي او امينه بعين ما قالوا في المنقولات التي تتعذر نقلها كالرحى وحمله على ما ذكرناه فيما مر ويمكن ان يدفع بان المنقولات التي تتعذر نقلها نادرة فالتزم فيها حضور القاضي او امينه عند لا لعدم تاديه الى الحرج بخلاف العقارات فانها كثيرة فلو كلف القاضي بحضورها عند او بعث امينه اليها لادى الى الحرج فافترقا وذكر الحدود والاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة رح على ما عرف هو الصحيح احترازا عما روي عنه انه ذكر الاب يكفي ولو كان الرجل مشهورا مثل ابي حنيفة رح وابن ابي ليلى يكفي بذكره يعني لا حاجة الى ذكر الاب والجد عنده لحصول التعريف بالاسم بلا ذكر النسب في العقار لا بد من التحديد وان كانت مشهورة عند ابي حنيفة رح وعندهما لا فيشترط لان الشهرة مفيدة عنده ولسان قدره لا يصير معلوما الا بالتحديد كذا في الكافي وغيره فان ذكر ثلثة من الحدود ولم يذكر الرابع جاز عندنا خلافا لزفر رح لوجود الاكثر وليس لنا يعني ان اقامة الاكثر مقام الكل ثابت في الشرع في فصول به ههنا ايضا بخلاف ما اذا غلط في الرابعة اي في الحد الرابع والمشهور المصنف باعتبار بحثه يعني اذا ذكر الحدود الثلثة وسكت عن الرابع جاز عندنا خلافا لزفر رح وما اذا ذكر الحد الرابع ايضا وغلط فيه فلا يجوز باتفاق بيننا وبين زفر رح لانه تحقق به اي بالغلط المدعي ما لا كذلك تركه وتلفيقه

وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لابد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله وانه يطالبه به لان مطالبة حقه فلابد من طلبه

ما اذا شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لا يجوز شهادتهم لانه صار عقدا آخر بالغلط وبهذا الفرق بطل قياس زفر رح الترك على الغلط وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة فيجري في الثانية ما يجري في الاولى وقوله في الكتاب اي قول القدوري في مختصره وذكر انه يعني العقار في يد المدعى لابد منه لانه اي المدعى عليه انما ينتصب خصما اي في دعوى العين اذا كانت في يده اي اذا كان المدعى في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه اي العقار في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة بان يشهد الشهود انهم عاينوا ان ذلك العقار المدعى في يد المدعى عليه حتى لو قالوا سمعنا اقرار المدعى عليه بانه في يده لم يقبل شهادتهم وكذا الحال في غير هذه الصورة وقد لا يفرق الشهود بين الامرين فلا بد ان يسألهم القاضي اعن معاينة تشهدون ام عن سماع كذا ذكر في معتبرات الفتاوى او علم القاضي عطف على البينة اي او يعلم القاضي ان ذلك العقار المدعى في يد المدعى عليه هو الصحيح احتراز عن قول بعض المشائخ فان عندهم يكفي تصديق المدعى عليه انه في يده وانما لا يثبت اليد في العقار الا بالبينة او علم القاضي على القول الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه اي لعله في يد غيرهما اي غير المدعي والمدعى عليه قال صاحب النهاية اي يحتمل انهما تواضعا على ان تصدق المدعى عليه المدعي بان العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف المدعى عليه فيه وهو في الواقع في يد الثالث فكان ذلك قضاء بالتصرف في مال الغير ويؤدي ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره انه في يد الثالث انتهى كلامه وقد اقتفى اثره في شرح هذا المقام بهذا المعنى صاحب معراج الدراية ثم صاحب العناية ثم الشارح العيني اقول هذا خبط عظيم منهم اما اولا فلان المدعى عليه في الصورة المزبورة لا يدعي على احد شيئا بل يصدق المدعي في قوله ان العقار في يد المدعى عليه ولا شك ان تصديق الآخر ليس بدعوى عليه فكيف يتصور هناك من القاضي الحكم باليد للمدعى عليه والحكم بحقوق العباد يقتضي سابقة الدعوى واما ثانيا فلان الحكم من القاضي لا يصح الا بحجة من البينة او الاقرار وقد انتفت تقسيمها في تلك الصورة اما انتفاء البينة فلان المفروض ان لا يقوم بينة على ثبوت اليد للمدعى عليه واما انتفاء الاقرار فلان الاقرار هو الاخبار بحق الغير على نفسه ولا يخفى ان هذا المعنى غير متصور من المدعى عليه ولا من المدعي بالنسبة الى حق اليد في تلك الصورة فاذا لم يتحقق الحجة اصلا لثبوت اليد للمدعى عليه في تلك الصورة لم يصح الحكم من القاضي باليد للمدعى عليه هناك فبطل قولهم ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه الخ والصواب ان مراد المص ههنا هو ان العقار قد يكون في يد غيرهما وهما يتواضعان على ان يصدق المدعى عليه المدعي في ان ذلك العقار في يد المدعى عليه فيقيم المدعي البينة على المدعى عليه بان ذلك العقار له ليحكم القاضي للمدعي بكونه له فيصير هذا قضاء له بمال الغير الذي كان ذلك العقار في يده في الواقع ويفضي ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره في يد ذلك الغير ولقد افصح الامام قاضيخان في فتاواه عن هذا حيث قال وذكر الخصاف عن اصحابنا ان رجلا لو اقام البينة على رجل ان في يده الدار التي حدها كذا وبين حدودها فان القاضي لا يسمع دعواه ولا يقبل بينته على الملك ما لم يقم البينة ان الدار في يد المدعى عليه ثم يقيم البينة انها له لتوهم انهما تواضعا في محدود في يد ثالث على ان يدعيه احدهما فيقول الآخر بانها في يده ويقيم المدعي بينة عليه انها له والدار في يد غيرهما وهذا باطل لان هذا قضاء على المسحر انتهى بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة فلا مجال للمواضعة المذكورة وقوله اي قول القدوري في مختصره وانه يطالب به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه قال صاحب العناية في عبارته تسامح لانه يؤول الى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتامل ويمكن ان يجاب عنه بان المطالبة مصدر بمعنى المفعول مكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه انتهى كلامه اقول كل من ايراده وجوابه ساقط اما سقوط الاول فلان الضمير في طلبه ليس براجع الى حقه كما توهمه بل هو راجع الى ما يرجع اليه ضمير حقه وهو المدعي فالمعنى المطالبة حق المدعي فلا بد من طلب المدعي حتى يجب على القاضي اعانته فلا مسامحة اصلا واما سقوط الثاني فمن وجهين الاول ان المطالبة من طالبه بكذا فالمطالب المفعول ههنا هو المدعى عليه والذي دخل عليه الباء هو المدعي فلو كان المعنى المطالب حق المدعي صار المعنى المدعى عليه حق المدعي ولا يخفى فساده والثاني ان المدعي ايضا ليس بحق المدعي البتة بل ان ثبت دعوى المدعي

ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او مبيوسا بالثمن

يكون المدعى حقه والا فلا فائدة في ابتداء الامر من اين ثبت انه حقه حتى تيم ان يقال هو حقه فلا بد من طلب التيم الا ان يقال انه حقه في ابتداء الامر ايضا على زعمه لكنه يحتاج حينئذ الى تقدير فيه على زعمه كما يحتاج الى حمل المصدر بمعنى المفعول ولا يخفى ان شان المصرع بمعزل عن مثل هذا التعسف وقال بعض الفضلاء ولا يبعد ان يكون المطالبة اسم مفعول من الثلاثي بتاويل المرض ونحوه انتهى اقول هذا بعيد عن الحق وابعد مما قاله صاحب العناية في جوابه اما الاول فلما ذكرناه في سقوط جواب صاحب العناية من الوجهين واما الثاني فلان مقتضاه التعبير عن كل مطلوب بصيغة الثلاثي وتاويل كل مطلوب مذكر بموثنث وهذا مما لا تقبله الفطرة السليمة بخلاف ما قال صاحب العناية ولانه قيل ان يكون اي المدعى مرهونا في يده اي في يد المدعى عليه او مبيوسا بالثمن في يده فلا يصح الدعوى قبل اداء الدين او قبل اداء الثمن وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال اذ لو كان مرهونا او مبيوسا بالثمن لما طالب بالانتزاع من يد المرتهن او البائع قبل اداء الدين او الثمن وهو ظاهر اي سبب هذا الاحتمال قالوا اي الشارح في المنقول اي في دعوى المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق اي يجب ان يقول المدعي هذا الشيء الذي ادعيه في يد المدعى عليه بغير حق لان هذا الاحتمال زال بالتعيين بيد ذي اليد في تينك الصورتين بحق اقول يرد عليه انه كما ان في ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول ايضا فقد حصل وزال الاحتمال المذكور فينبغي المطالبة كما في دعوى العقار فينبغي ان لا يجب زيادة بغير حق في دعوى المنقول كما لا يجب في دعوى العقار وان لم يكن ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول يكون الدليل الذي ذكره المصرع في وجوب ذكر المطالبة في دعوى العقار ودعوى الدين هو قوله لان الدين دين وهو ان المطالبة حق المدعي فلا بد من طلبه منقوضا بصورة دعوى المنقول ويمكن ان يجاب عنه بنوع بسط في الكلام وتحقيق في المقام وهو ان ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول ايضا على ما يقتضيه الدليل الذي ذكره المصرع في دعوى العقار وفي دعوى الدين لكن لا يجب ذكره قبل حضار المدعى عليه المنقول الى مجلس القاضي بل انما يجب ذكره بعد احضاره اليه لان اعلام المدعي بالقصى ما يمكن شرط وذلك في المنقول لا يكون الا بالاشارة كما مر فالم يحضر المنقول الى مجلس القاضي لم تحصل الاشارة اليه وما لم تحصل الاشارة اليه لم يصير معلوما بما يجب اعلامه به وما لم يصير معلوما بهذا لم تتحقق الفائدة في ذكر المطالبة به بخلاف العقار فانه يمكن الاشارة اليه قبل احضاره بان يقول هذا الذي في يد فلان هو حقي وبذكر المطالبة لا شك ان حضر المنقول الى مجلس القاضي صار معلوما بتمام الذكر ويتم بذكر المطالبة لا شك ان حضر المنقول الى مجلس القاضي صار معلوما بتمام الذكر ويتم بذكر المطالبة فلم يجب قبل احضاره ذكر المطالبة فلم يجب قبل احضاره ذكر هذا وجب عليه اذ ذاك ان يقول في يده بغير حق ازالة للاحتمال المذكور حتى يجب على المدعى عليه احضار المدعى المنقول الى مجلس القاضي ويصح للقاضي تكليفه باحضاره اليه والحاصل ان الاحتياج الى زيادة قيد بغير حق في دعوى المنقول لاجل ان يجب على المدعى عليه احضار المدعى الى مجلس الحكم ووجوب احضار المدعى الى مجلس القاضي مختص بدعوى المنقول كما مر في الكتاب فوجب زيادة القيد المذكور في دعوى المنقول دون غيره ثم ان بيان قيد المذكور في دعوى المنقول قبل احضار المدعى عليه المدعى الى مجلس القاضي وزال الاحتمال المذكور به لم يتحقق لذكر المطالبة فيما بعد احضاره اليه الا علة واحدة وهي ان المطالبة حقه فلا بد من ذكره كما هي العلة فقط في دعوى الدين بخلاف دعوى العقار فان لذكر المطالبة فيها علتين كما ذكرهما المصرع وبهذا البسط والتحقيق تبين اعتراض صدر الشريعة على القوم حيث قال في شرحه للوقاية اقول بهذه العلة يتحقق العقار ايضا فلا وجه لتخصيص المنقول بهذا الحكم انتهى ثم ان هنا كلمات اخر للفضلاء المتاخرين فلا علينا ان ننقلها ونتكلم عليها فاعلم ان صاحب الدرر والغرر اجاب عن اعتراض صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال ان دراية وجهه موقوف على مقدمتين مسلمتين احداهما ان دعوى الاعيان لا تصح الا على ذي اليد كما قال في الهداية انما تنتصب خصما اذا كان في يده والثانية ان الشبهة معتبرة فيها لا شبهة لها كما قالوا ان شبهة البينة بالحقيقة لا شبهة لها اذا عرفتهما فاعلم ان مجرد ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير شاهد بخلاف المنقول فانه شاهد فيها فدعوى العقار باثباته بالبينة يلتحق الدعوى به بشبهة فيكون احتمال كون اليد يد غير المالك شبهة لا شبهة فلا تعتبر

في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال ومن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق

واما اليد في المنقول فلكونه مشاهدا لا يحتاج الى اثباته لكن فيه شبهة كون اليد بغير المالك فوجب دفعها ليصح الدعوى انتهى ورد عليه هذا الجواب بعضهم بانه قد صرح في الهداية والشروح بانه لا بد من المطالبة في العقار ايضا ليزول احتمال كونه مرهونا او محبوسا بالثمن ويعلم من هذا انهم اعتبروا ذلك الاحتمال فاوجبوا دفعه في العقار ايضا وهذا ليس من شبهة الشبهة التي لم يعتبروها كما لا يخفى على المتدبر فتدبر انتهى وقال بعض الفضلاء وان اردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام فاسمع لما يتلى عليك مستعينا بالملك العلام ومستمدا من ولي الفيض والالهام فاقول لا شك ان في العقار شبهة في ثبوت اليد على المدعي ثم شبهة في كونها بغير حق وان الثانية شبهة الشبهة وذلك ظاهر لمن تتبع اقاويلهم وان شبهة الشبهة غير معتبرة الا اذا اندفعت الشبهة فان شبهة الشبهة ح تكون معتبرة الا يرى انهم اذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فانه يحد لان الذي فيه هو شبهة دعوى النكاح اذا حضرت ثم شبهة صدقها في تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة واما اذا حضرت قبل الاستيفاء وادعت النكاح لا يحد الرجل اعتبارا لشبهة الصدق اذا تحققت هذه المقدمات فنقول لو اتى مدعي العقار بهذه الزيادة وقال هو في يده بغير حق وقد قرع سمعك من علماء العربية انه اذا كان في كلام مثبت او منفي تقييد بوجه من الوجوه فمناط الافادة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها فاحالوا دفعها الى كلام مستقل متاخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعي اطالبه فان في تلك المرتبة اندفعت الشبهة بطريقها وبقيت شبهة الشبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد لا شبهة فيه فاوجبوا تلك الزيادة ليندفع شبهة كون اليد بحق او نقول لو زاد المدعي قوله بغير حق في دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الاول ومن جملته ولم يندفع في تلك الحالة شبهة كونه في يد غيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة متاخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما ينبه عليه بخلاف المنقول فانه ليس فيه شبهة كونه في يد غيره فاغتنم به فانه هو الكلام الفصل والقول الجزل ثم اعلم ان المطالبة في المنقول كالمطالبة في الدين ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار الى هنا كلامه واقول ما ذكره ذلك الفاضل هنا وسماه بالتحقيق مما لا يجدي طائلا وما هو بذلك التلقيب تحقيق اما اولا فلان خلاصة كلامه هي ان مدعي العقار لو اتى بتلك الزيادة وجعلها قيدا للكلام الاول وقصد بها دفع شبهة كون اليد بحق لزم اعتبار شبهة الشبهة والاهتمام بدفعها مع بقاء الشبهة وهي شبهة كونه في يد الغير بحالها اذ لم تندفع هذه الشبهة قبل ثبوت اليد وقد تقرر عندهم ان شبهة الشبهة غير معتبرة قبل اندفاع الشبهة فاحالوا دفع شبهة الشبهة الى كلام مستقل متاخر في الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعي اطالبه فان في تلك المرتبة اندفعت الشبهة وبقيت شبهة الشبهة شبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد فليس فيه شبهة كونه في يد غيره فاوجبوا تلك الزيادة ليندفع بها شبهة كون اليد بحق لكنها ليست بتامة لان الحاصل منها ان لا يصح الاتيان بتلك الزيادة في دعوى العقار على ان تجعل تلك الزيادة قيدا للكلام الاول وهذا لا ينافي صحة الاتيان بها على ان تجعل كلاما مستقلا بان يقول المدعي انه في يده وان يده بغير حق فان الزيادة حينئذ تصير كلاما مستقلا كما ترى ويصير متاخرا في الرتبة عن ثبوت اليد كقوله اطالبه لانه كما ان حق ذكر المطالبة ان يكون بعد ثبوت اليد كذلك حق ذكر ان يده بغير حق بعد ثبوتها اذ قيل ثبوت اليد كما لا فائدة في المطالبة لا فائدة ايضا في بيان ان يده بغير حق وهذا مما لا سترو به فلم يظهر وجه عدم الزيادة مطلقا في دعوى المنقول وبالجملة ان ما ذكره وجه لفظي مخصوص بصورة كون الزيادة قيدا للكلام الاول لا وجه فقهي عام لجميع صور الزيادة فلا يتم التقريب قطعا واما ثانيا فلانه ح يبقى الاشكال في المقام بان شبهة كون اليد بحق يندفع في دعوى المنقول ايضا بالمطالبة فينبغي ان يذكر الزيادة المذكورة في دعوى المنقول كما تركت في دعوى العقار ولا ينحل هذا الاشكال بما ذكره بقوله ثم اعلم ان المطالبة في المنقول كالمطالبة في الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار انتهى لان دفع الاحتمال المذكور يحصل قطعا من ذكر المطالبة في المنقول ايضا

قال وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به قال واذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف وجه الحكم فان اعترف قضى عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه وان انكر سأل المدعي البينة لقوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال وان حضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا ترى انه كيف اضيف اليه بحرف اللام فلا بد من طلبه

فلا يدفع ان لا يقصد بها دفع ذلك الاحتمال في المنقول استدراك الزيادة المذكورة فيه واما ما قدمناه من التحقيق فيندفع به هذا الاشكال كما يندفع به اعتراض صدر الشريعة كما تحققه من قبل الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله قال اي القدوري في مختصره وان كان حقا في الذمة اي وان كان المدعى حقا ثابتا في الذمة يعني ان كان دينا لا عينا ذكر انه يطالبه به يعني ذكر انه يطالبه به من غير ان يشترط فيه ما يشترط في العين على ما فصل فيما مر لما قلنا تعليل لمجرد ذكر المطالبة فيه واشارة الى قوله لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه وهذا اي الاكتفاء فيه بذكر المطالبة لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه اي تعريف ما في الذمة وهو الدين بالوصف اي بالصفة فالمعنى لكن لا بد من تعريفه بالوصف كما لا بد من تعريفه بالجنس والقدر على ما عرف فيما مر من قول القدوري ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لانه يعرف به اي لان ما في الذمة يعرف بالوصف الى الصفة بان يقال انه جيد او وسط او ردي بعد ان يذكر جنسه وقدره ولكن انما يحتاج الى ذكر الصفة فيما اذا كان المدعى دينا وزنيا ان كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد فلا يحتاج الى ذلك كما ذكر في الشروح ومعتبرات الفتاوى وهذا كله على تقدير ان يكون مراد المص بالوصف ههنا معنى الصفة كما هو الظاهر من حيث اللفظ لكن الاظهر من حيث معنى المقام ان يكون مراده به معنى البيان فالمعنى لكن لا بد من تعريف ما في الذمة ايضا بالبيان اي ببيان ما يحتاج الى ما ذكره من جنسه وقدره مطلقا ومن نوعه وصفته في بعض الصور على ما فصل في النهاية والكفاية نقلا عن الذخيرة وفصول الاستروشني وبالجملة لا بد في جنس من الاعلام باقصى ما يمكن التعريف قال اي القدوري في مختصره واذا صحت الدعوى اي واذا صحت الدعوى بشروطها سأل اي القاضي المدعى عليه عنها اي عن الدعوى لينكشف وجه الحكم اي لينكشف القاضي وجه الحكم اي طريقه ان ثبت حق المدعي فان الحكم منه يكون باحد امور ثلثة البينة والاقرار والنكول ولكل واحد منها طريق مخصوص من القضاء فلا بد من السؤال لينكشف له طريق حكمه فان اعترف قضى عليه بها اي فان اعترف المدعى عليه قضى القاضي عليه بالدعوى بمعنى المدعي او بموجب الدعوى ثم ان اطلاق لفظ القضاء وههنا توسع لان الاقرار حجة بنفسه فلا يتوقف على القضاء فكان الحكم من القاضي الزاما للخروج عن موجب ما اقر به بخلاف البينة لانها انما تصير حجة باتصال القضاء بها فان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب وقد جعلها القاضي حجة بالقضاء بها واسقط جانب احتمال الكذب في حق العمل بها كذا في الشروح وغيرها وقد اشار اليه المص بقوله لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره اي يأمر القاضي المدعى عليه بالخروج عنه اي عما يوجبه الاقرار وان انكر اي المدعى عليه سأل المدعي البينة اي طلب القاضي من المدعي البينة لقوله اي لقول النبي عليه الصلوة والسلام للمدعي الك بينة فقال لا اي قال المدعي لا بينة لي فقال اي قال النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه اي يمين المدعى عليه سأل اي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم المدعي عن البينة ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال اي فلا بد للقاضي من السؤال عن البينة ليمكنه الاستحلاف اي ليمكن القاضي استحلاف المدعى عليه عند فقد البينة قال اي القدوري في مختصره فان احضرها اي فان احضر المدعي البينة على وفق دعواه قضى بها اي قضى القاضي بالبينة لانتفاء التهمة عنها اي عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب بالبينة وهي اي البينة فعلية من البيان لانها دلالة واضحة يظهر به الحق من الباطل وقيل فيعلة من البين اذ بها يقع الفصل بين الصادق والكاذب كذا في الكافي وان عجز عن ذلك اي وان عجز المدعي عن احضار البينة وطلب يمين خصمه وهو المدعى عليه استحلفه عليها اي استحلف القاضي خصمه على دعواه لما رويناه اشارة الى قول النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه بعد ان قال المدعي لا ولا بد من طلبه اي من طلب المدعي استحلاف خصمه لان اليمين حقه اي حق المدعي الا يرى كيف اضيف اليه بحرف اللام اي كيف اضيف اليمين الى المدعي بحرف اللام في قوله صلى الله عليه وسلم لك يمينه والاضافة اليه بحرف اللام المقتضية للاختصاص تنصيص على ان اليمين حقه وانما قال المص اضيف بتذكير الفعل مع كونه مسندا الى ضمير اليمين التي هي مؤنث على تأويل القسم او الحلف قال صاحب الكافي والفقه فيه اي في كون اليمين حق المدعي ان المدعي يزعم انه اقوى حقه بانكاره فشرع الاستحلاف

باب اليمين

حتى لو كان الامر كما زعم يكون اقواما بمقابلة اقوام فان اليمين انما جرت ليدرع اليمين لا ليلزم ولا ليثال المدعى عليه الثواب بذكر الله تعالى على سبيل التعظيم ساقطا فتأمل بوجه انتهى وقال صاحب النهاية بعد ذكرها في الكافي ثم انما رتب اليمين على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعى للمدعى لان الحق اساسه الظن بالآخر وذلك لا يحيز فجعلت البينة على المدعى لاثبات استحقاقه بها فيقضي له القاضي بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه اذ اقامة البينة مشروعة بعد اليمين فلو جعلناه اولا لم تقم المدعى عليه البينة فتضيع المدعى عليه باليمين الكاذبة انتهى قال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر وبين وجه النظر فيما نقل عنه حيث قال وجه ذلك ان الشرع لو رود تقديم اليمين لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة كما اذا اقام البينة فان اليمين بعد ما ليست بمشروعة انتهى وقال بعض الفضلاء قوله لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة فيجب بل يكون مشروعية البينة اذا عجز عن اليمين بان نكل فليتامل انتهى اقول بحثه هذا ليس بشيء لان مراد صاحب العناية بقوله المذكور لما كان اقامة البينة بعد تحقق البينة وصدورها من المدعى عليه مشروعة يرشد اليه قطعا قوله كما اذا اقام البينة فان اليمين بعد ما ليست بمشروعة ومراد صاحب النهاية ايضا بقوله اذا اقامة البينة مشروعة بعد اليمين مشروعية اقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدورها من المدعى عليه مشروعة يرشد اليه قطعا قوله كما اذا اقام البينة فان اليمين بعد ما ليست بمشروعة ومراد صاحب النهاية ايضا بقوله اذا اقامة البينة مشروعة بعد اليمين مشروعية اقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدورها من المدعى عليه لان افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة انما يلزم في هذه الصورة فاحتمال كون مشروعية البينة اذا عجز المدعى عليه عن اليمين بان نكل لا يفيد في دفع نظر صاحب العناية عما قاله صاحب النهاية على ان هذا الاحتمال ليس بصحيح في نفسه لان النكول عن اليمين ليس بعجز عنها اذ هو حالة اختيارية والا تعلى صدق المدعي بخلاف العجز عن البينة على ما لا يخفى ثم اقول بقي نظر آخر في كلام صاحب النهاية وهو ان مشروعية اقامة البينة بعد اليمين تقتضي ان لا يكون افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة محذورا شرعيا لان اقامة البينة بعد اليمين تستلزم الافتضاح المذكور ومشروعية اقامتها بعد اليمين تقتضي حسنها فان كل ما هو مشروع فهو حسن عندنا والظاهر ان ما يستلزم الحسن الشرعي فهو حسن شرعي ايضا فلا يصير الافتضاح المزبور محذورا شرعيا فلا تيم التقريب فتامل

اليمين

باب اليمين قال صاحب النهاية وهذا الترتيب من الترتيب الوجودي لما ان مشروعية اليمين بعد العجز عن اقامة البينة فلما ذكر حكم البينة وما يتعلق بها ذكر في هذا الباب حكم اليمين انتهى اقول فيه شيء وهو ان كون مشروعية اليمين بعد العجز عن اقامة البينة لا يجري على قول ابي يوسف رح وعلى قول محمد رح في رواية كما سينظر في صدر هذا الباب فلم يكن ما ذكره وجيها جامعا لاقوال ائمتنا على انه لما ذكر فيما تقدم حال البينة اجمالا ذكر فيما يتعلق باليمين اجمالا فهما مشتركان في الذكر الاجمالي فيما قيل هذا الباب واما تفاصيل احكام البينات فتذكر فيما بعد هذا الباب كما تذكر تفاصيل احكام اليمين في هذا الباب فلم يظهر كون ترتيب الكتاب على الترتيب الوجودي خلافا لما قاله صاحب العناية من انه لما ذكر ان الخصم اذا انكر الدعوى عجز المدعي عن اقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه ان يحلف اراد ان يبين الاحكام المتعلقة باليمين انتهى وقال صاحب غاية البيان اقول لما كان يحتاج ههنا الى الفصل بالباب بل كان ينبغي ان يسوق الكلام متواليا لانه لما ذكر صحة الدعوى ترتب عليها الحكم بالاقرار والبينة واليمين انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل ما في غاية البيان قلت الذي رتبه المصنف هو الاصل لانه لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد البينة تعين ذكرها بعد باب احكامها وشرائطها انتهى قول هذا الكلام من فضول الكلام عن قلة من العجائب لان ما استقبحه صاحب غاية البيان انما هو الفصل بالباب لا ذكر اليمين بعد البينة كيف وهو قال بل كان ينبغي ان يسوق الكلام متواليا فما ذكره الشارح العيني مما لا مساس له بدفع ما استقبحه صاحب العناية كما لا يخفى على من له ادنى فهم معنى صحيح كلامه ثم اقول في دفع ذلك ان اقول بعض المسائل من بين اخواتها لوضع باب مستقل لها او كتاب او فصل لكثرة مباحثها واحكامها او تعلق غرض آخر بها استقلالها كما فرادوا الطهارة من بين

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رح معناه حاضرة في المصر وقال ابو يوسف رح يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رح ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس

سائر شروط الصلوة بوضع كتاب مستقل لها وغيرها مما له باب مستقل او فصل مستقل شائع ذائع فيما بينهم وهذا الباب ايضا من ذلك القبيل ولهذا ترى التفاوت من اصحاب الكتب المعتبرة من الفتاوى وغيرها جروا على افراد مسائل اليمين بباب او فصل مستقل فليس ما صنعه المص رح ههنا بمحل استقباح ولا استبعاد كما لا يخفى

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رح هذا لفظ القدوري قال المص رح معناه حاضرة في المصر اما معنى قول القدوري اذا قال المدعي لي بينة اذا قال لي بينة حاضرة في المصر واحترز بهذا القيد عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم فان البينة اذا حضرت في مجلس الحكم لم يستحلف بالاتفاق كما اشار اليه المص رح بقوله فيما سياتي كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس واحترز بقوله حاضرة عن البينة الغائبة عن المصر فانها اذا غابت عن المصر يستحلف بالاتفاق ثم ان الظاهر كان ان يقرن المص رح قوله معناه حاضرة في المصر بذكر قول القدوري اذا قال المدعي لي بينة حاضرة وقد اخر عن ذكر قوله وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رح فلعل وجهه امران احدهما ان المص رح استقبح قطع كلام القدوري بكلام نفسه فانظر الى ان يتم جواب مسئلة القدوري ثم فسر مراده بالحضور في المصر وثانيهما ان فائدة هذا التفسير الاحتراز عن الحضور في المجلس حيث كان عدم الاستحلاف هناك بالاتفاق وفي ما نحن فيه بالاختلاف فما لم يذكر القول المشعر بالخلاف في مسئلتنا وهو قول القدوري لم يستحلف عند ابي حنيفة رح لم يظهر فائدة هذا التفسير فاقتضى هذا السر تاخير المص رح قوله المزبور عن ذكر قول القدوري لم يستحلف عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يستحلف لان اليمين حقه اي حق المدعي بالحديث المعروف فسر عامة الشراح الحديث المعروف بما مر قبيل هذا الباب من قول النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه ولكن قال صاحب غاية البيان بعد ما فسر مراد المص رح بالحديث المعروف بما فسر به سائر الشراح ويجوز ان يريد به قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر اقول لا يذهب على من تتبع اساليب تحرير المص رح في كتابه هذا انه يعبر عن الحديث الذي ذكره فيما قبل بما روينا كما يعبر عن الآية التي ذكرها فيما قبل بما تلونا وعن الدليل العقلي الذي ذكره فيما قبل بما ذكرنا فلو كان مراده بالحديث المعروف ما ذكره فيما قبل من قوله عليه الصلوة والسلام لك يمينه لما عدل عن اسلوبه المقرر الا يرى كيف جرى على الاسلوب في ذكر دليل ابي حنيفة رح حيث قال ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بما روينا مريدا به الحديث المذكور فيما قبل فالحق ان مراده بالحديث المعروف انما هو قول النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر اي ما جوزه صاحب الغاية لا غير ويؤيده تحرير صاحب الكافي ههنا حيث قال وقال ابو يوسف رح يستحلف لعموم قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر انتهى فان قلت الذي حمل الشراح على تفسيرهم الحديث المعروف بما ذكر قول المص رح لان اليمين حقه فان كون اليمين حق المدعي تفهم من قوله عليه الصلوة والسلام لك يمينه حيث اضاف اليه اليمين بلام الملك والاختصاص قلت نعم ولكن يفهم ذلك ايضا من قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر فان كلمة على في قوله على من انكر تدل على ان المنكر هو المستحق عليه باليمين فالمستحق له هو المدعي نعم انفهامه من الاول اظهر لكن لا يوجب حمل كلام المصنف رح على خلاف ما جرت عليه عادته المطردة فاذا طالبه به يجيبه اي اذا طالب المدعي المدعى عليه باليمين يجب القاضي المدعي اي يحكم له بيمين المدعى عليه او يجب لمدعى عليه المدعي اي يحلف ولابي حنيفة رح ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بما روينا من قوله عليه الصلوة والسلام للمدعي لك بينة فقال لا فقال لك يمينه فانه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة فلا يكون حقه دونه اي لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عن اقامة البينة اي بغير العجز عنها اقول لقائل ان يقول ان كون ثبوت الحق في اليمين مرتبا على العجز عن اقامة البينة فيما رواه من الحديث الشريف لا يدل على ان لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عنها الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا فكيف يتم الاستدلال به في مقابلة عموم الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس اي في مجلس الحكم حيث لا يثبت

ومحمد رح مع ابي يوسف رح فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة رح فيما ذكره الطحاوي قال ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي

له حق اليمين هناك فكذا هنا والجامع القدرة على اقامة البينة اقول لابي يوسف رح ان يفرق بين الصورتين بان يقول اذا لم تكن البينة حاضرة في مجلس الحكم فللمدعي غرض صحيح في الاستحلاف وهو ان يقصر المسافة والمؤنة عليه باقرار المدعى عليه او بنكوله عن اليمين فيتوصل الى حقه في الحال فكان له حق اليمين بخلاف ما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم فان هذا الغرض اعني قصر المسافة والمؤنة عليه والتوصل الى حقه في الحال يحصل باقامة البينة في الحال فلم يبق له غرض صحيح في الاستحلاف قبل اقامتها فلم يكن له حق اليمين قبلها فلم يتم الاستدلال على قول ابي حنيفة رح ههنا بطريق القياس ايضا كما يشعر به كلام المص ومحمد رح مع ابي يوسف رح فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة رح فيما ذكره الطحاوي قال صاحب غاية البيان وهذه رواية عجيبة لان الشيخ ابا جعفر الطحاوي قال في مختصره ومن ادعى على رجل مالا ذكره وطلب من القاضي استحلافه له على ذلك بعد انكار المدعى عليه عند القاضي ما ادعاه المدعي فان ابا حنيفة رح قد روى عنه في ذلك ان القاضي لا يستحلف له المدعى عليه ان ذكر المدعي ان له على دعواه بينة حاضرة ولم تجد هذه الرواية عن محمد رح وقال ابو يوسف رح يستحلف له على ذلك ولا يمنعه من استحلافه له ذكره ان له بينة حاضرة تشهد له على دعواه الى هنا لفظ الطحاوي في مختصره وقد انكر الرواية عن محمد رح اصلا كما ترى ومع هذا كيف يدعي صاحب الهداية ان محمدا رح مع ابي حنيفة رحمه الله فيما ذكر الطحاوي الا ترى ان القدوري قال في كتاب التقريب قال الطحاوي لم توجد هذه الرواية عن محمد رح انتهى كلام صاحب الغاية وقال الشارح العيني بعد ان ذكر انكار صاحب الغاية على المص في جعله محمدا رح مع ابي حنيفة رح فيما ذكر الطحاوي وبعد ان نقل ما قاله صاحب الغاية اجمالا قلت لا وجه لهذا الانكار لان عدم وقوف الطحاوي على ان محمدا رح مع ابي حنيفة رح لا يستلزم عدم وقوف غيره من المص وغيره انتهى اقول هذا الكلام منه عجيب لان الذي انكر فيه صاحب الغاية على المص انما هو اسناد المص رواية كون محمد رح مع ابي حنيفة رح الى الطحاوي بناء على ان الطحاوي قد انكر هذه الرواية عن محمد رح بالكلية في مختصره فكيف يصح ان يسندها المص اليه وليس الذي انكر فيه صاحب الغاية على المص صحة هذه الرواية عن محمد رح في اصلها حتى يتمشى ما قاله العيني من ان عدم وقوف الطحاوي على هذه الرواية لا يستلزم عدم وقوف غيره عليها وكون محل انكار صاحب الغاية ما ذكرناه مما ينادي عليه الفاظ تحريره فكيف خفي على الشارح العيني قال اي القدوري في مختصره ولا يرد اليمين على المدعي لقوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وجه الاستدلال به ما اشار اليه المص بقوله قسم اي قسم النبي صلى الله عليه وسلم بين الخصمين حيث جعل البينة على المدعي واليمين على من انكر والقسمة تنافي الشركة لان الشركة تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضي التمييز وهما متنافيان وبقوله وجعل جنس الايمان على المنكرين اذ الالف واللام لاستغراق الجنس بناء على ما تقرر في كتب الاصول ان لام التعريف يحمل على الاستغراق ويقدم على تعريف الحقيقة اذا لم يكن هناك معهود وههنا كذلك وليس وراء الجنس شيء اي شيء من افراد ذلك الجنس فيكون المعنى ان جميع الايمان على المنكرين فلو رد اليمين على المدعي لزم المخالفة لهذا النص فقد حصل من كلام المص الاستدلال بالحديث المزبور على المسئلة المذكورة من وجهين كما ترى وفيه خلاف الشافعي رح اي في عدم رد اليمين على المدعي خلاف الشافعي رح قال صاحب الكافي وعند الشافعي رح اذا لم يكن للمدعي بينة اصلا وحلف القاضي المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعي فان حلف قضى به والا لا لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه وكذا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد آخر فانه يرد اليمين عليه فان حلف قضى له بما ادعى وان نكل لا يقضى له بشيء لانه عليه الصلوة والسلام قضى بشاهد ويمين ثم قال وحديث الشاهد واليمين غريب وما رويناه مشهور تلقته الامة بالقبول حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه على ان يحيى بن معين قد رده انتهى وقال الامام الزيلعي في التبيين قال الشافعي رح اذا لم يكن للمدعي بينة يحلف المدعى عليه فاذا نكل ترد اليمين على المدعي فان حلف قضى له وان نكل لا يقضى له لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه فانه لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر يمينه وقال ايضا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن الآخر يحلف المدعي ويقضى له

قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج اولى

لما روى انه عليه الصلوة والسلام قضى بشاهد ويمين ويروى انه عليه الصلوة والسلام قضى باليمين مع الشاهد وانا ما رويناه وما رواه نصيب رواه يحيى بن معين فلا يجوز ما رويناه ولانه يروى ربيعة عن سهل بن ابي صالح وانكر وسهل فلا يبقى حجة بعد ما انكره الراوي فضلا عن ان يكون معارضا للشاهد ويحتمل ان يكون معناه قضى تارة بشاهد ويمين تارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس البغلة والمراد على التعاقب ولئن سلم انه يقتضي الجمع لكن فيه دلالة على ان تعيين المدعي لا يجوز ان يكون المراد بيمين المدعي عليه ونحن نقول به لان الشاهد الواحد لا يفيد فوجوده كعدمه فيرجع الى يمين الملك على ما بيناه الى هنا كلامه قال اي القدوري في مختصره ولا تقبل بينة صاحب اليد اي ذي الملك المطلق اراد بالملك المطلق ان يدعي الملك من غير ان يتعرض لسبب بان يقول هذا ملكي ولا يقول هذا ملكي بسبب الشراء او الارث او نحو ذلك وهذا لان المطلق لا يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات وقيد الملك بالمطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا ملقى الملك من احد واحد هما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وارخا وتاريخ ذي اليد اسبق فان في هذه الصورة تقبل بينة ذي اليد بالاجماع كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد هذا فان قيل لما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه قلت نعم لان قبولها من حيث ما ادعى من الزيادة وهي البناء في القبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع فيستحق اليمين للمدعي فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه اذا ذاك مدعى عليه قلت لا لان اليمين لا يجب عند عجز المدعي عن البينة وههنا لم يعجز الى هنا كلامه قد اورد بعض الفضلاء على جوابه عن السوال الاول بانه لو كان مدعيا للصدق تعريفه عليه وليس كذلك فانه لا يجبر الخارج على الخصومة ويجب هو عليه وعلى جوابه عن السوال الثاني بان مراد السائل فهل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذي اليد عن البينة والا فلا تمشية لسوال الاصلا قوله لزيادته الثاني متوجه ظاهر وقد كنت كتبته في مسودتي قبل ان ارى ما كتبه وما ايراده الاول فمندفع لان اليد لا يجبر على الخصومة من حيث انه مدعى الزيادة المذكورة في الصورة المزبورة وانما يجبر عليها من حيث انه مدعى عليه باستحقاق الخارج لما في يده وهذا ظاهر وكذا الخارج انما لا يجبر على الخصومة من حيث انه مدع على ذي اليد باستحقاقه لما في يده وانما من حيث انه مدعى عليه بالزيادة المذكورة في الصورة المزبورة فيجبر عليها وتحقيقه ان دعوى ذي اليد في الصورة المزبورة دعوى نابعة كدعوى الخارج حيث يقصد بها ذي اليد دفع دعوى الخارج لا دعوى مبتداة مقصودة بالاصالة فمتى جرى الخارج على دعواه يدعى عليه ذو اليد الزيادة المذكورة ويجبر الخارج على الجواب عن دعوى ذي اليد الخصومة معه من حيثية كونه مدعى عليه وان ترك الخارج دعواه لا يدعى عليه ذو اليد شيئا لكون دعواه تابعة لدعوى الخارج وترك المتبوع يستلزم ترك التابع فلا يجبر الخارج على الخصومة معه اصلا ولو لا هذا التحقيق لانتقض تعريف المدعي والمدعى عليه بما هو عام صحيح على ما نص عليه المصنف فيما قيل وتقرر عندهم وهو المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة نعم قد يكثر غير الصورة المزبورة كما اذا ادعى رجل على آخر دينا سفيانيا والآخر عليه ايفاء ذلك الدين اياه او ابراءه عن ذلك الدين فان الاول لو ترك الخصومة لم يجبر عليها مع كونه مدعى عليه بالايفاء او الابراء وكذا الحال في جميع صور دعاوي الدفع فالمخلص في اكثر ما بيناه وتحققنا وتحررا قول لقي لنا كلام في انه جواب صاحب العناية عن السوال الاول وهو انه بين الزيادة التي تدعيها ذو اليد في الصورة المزبورة بالقبض والقبض سبق التاريخ فالاول وان ثبت بالبينة لكن الثاني ليس بثابت بها لان حتى كون احدهما قابضا في الصورة الثانية ان يكون المدعى في يده بالفعل لان تثبت قبضه بالبينة على ما تجيء تفسيره وبيانه في الكتاب وشروحه في باب ما يدعيه الرجلان ولا يخفى ان كون المدعى في يد القابض في تلك الصورة امر معاين لا يدعيه ذو اليد اصلا فضلا عن اقامة البينة عليه وقبول بينة بالاجماع فظهر ان بيان ما ادعاه ذو اليد من الزيادة في الصورة المزبورة بالقبض ليس بتام فالحق ان يقول بدل قوله والقبض قبل الملك من شخص مخصوص فتقبل بينة الخارج اولى

وقال الشافعي رح يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق او الاستيلاد او التدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه وعلى الولاء الثابت بها

يعني ان بينة الخارج وبينة ذي اليد اذا تعارضتا على الملك المطلق فبينة الخارج اولى بالقبول عندنا وفي احد قولي الشافعي رح تهاترت البينتان ويكون المدعى لذي اليد تركا في يده وهذا قضاء ترك لا قضاء ملك وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضى بها لذي اليد قضاء ملك بالبينة وهو الذي ذكره المص بقوله وقال الشافعي رح يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد اي لتاكد البينة باليد لان اليد دليل الملك فيقوى الظهور اي فيقوى ظهور المدعى وصار اي صار حكم هذه المسئلة كالنتاج اي كحكم مسئلة النتاج بان ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ان هذه الدابة نتجت عنده واقاما البينة على ذلك ولاحدهما يد فانه يقضى لذي اليد والنكاح اي وكحكم مسئلة النكاح بان تنازعا في نكاح امراة واقاما البينة وهي في يد احدهما فبينة ذي اليد اولى ودعوى الملك مع الاعتاق اي وكحكم مسئلة دعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه واقام ذو اليد البينة انه اعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد اولى او الاستيلاد عطف على الاعتاق فالمعنى او دعوى الملك مع الاستيلاد بان تكون امة في يد رجل فاقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة انها امته استولدها فبينة ذي اليد اولى او التدبير اي او دعوى الملك مع التدبير بان تكون عبد في يد رجل فاقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة انه عبد دبره فبينة ذي اليد اولى ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا اي في القاضي او اظهارا اي في الواقع فان بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك الا يرى ان من راى شيئا في يد انسان جاز له ان يشهد بانه ملك له فبينة ذي اليد غير مثبتة للملك لئلا يلزم تحصيل الحاصل انما هي موكدة للملك الثابت باليد والتاكيد اثبات وصف للموجود لا اثبات اصل الملك واما بينة الخارج فمثبتة لاصل الملك فصح قولنا انها اكثر اثباتا وما هو اكثر اثباتا في البينة فهو اولى بالقبول لتوفر ما شرعت البينات لاجله فيه هذا زبدة ما في الشروح في حل كلام المص ههنا فان قيل بينة الخارج تزيل ما اثبته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل اجيب بان البينة ليست موجبة بنفسها حتى تزيل بينة الخارج ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا يكون بينة ذي اليد مثبتة بل موكدة لملك ثابت والتاسيس اولى من التاكيد كذا في العناية اقول بقي ههنا شيء وهو ان المتبادر من قولهم ان بينة الخارج اكثر اثباتا ومن قولهم ان بينة الخارج اولى بالقبول من بينة ذي اليد في الملك المطلق ان لذي اليد ايضا بينة وان من حقه اقامتها على الملك المطلق ايضا الا ان بينة الخارج اولى بالقبول من بينته لكونها اكثر اثباتا لكن التحقيق يقتضي ان لا يكون لذي اليد بينة شرعية في الملك المطلق وان لا يكون من حقه اقامتها على الملك المطلق اصلا لانه مدعى عليه محض ليس على المدعى عليه غير اليمين بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر كما مر بيانه فالاظهر في الاستدلال من قبلنا على مسئلتنا هذه ما ذكر في بعض الشروح من ان لنا قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر فانه عليه الصلوة والسلام جعل جميع البينة في جانب المدعي لان اللام في البينة لاستغراق الجنس لعدم العهد فلم يبق في جانب المدعى عليه الا اليمين والمدعي اسم لمن يدعي الشيء ولا دلالة معه ولهذا يقال المسيلمة الكذاب مدعي النبوة والخارج بهذه المثابة لانه لا دلالة معه على الملك بخلاف ذي اليد فان اليد دليل الملك انتهى بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه فكانت بينة ذي اليد كبينة الخارج مثبتة له لا موكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات فترجحت احديهما باليد وكذا الحال في النكاح الا ان المص لم يذكره من بين اخواته اما نسيانا واما اعتمادا على معرفة حاله مما ذكره في النتاج وكذا على الاعتاق واختيه اي كذا اليد لا تدل على الاعتاق واختيه وهما الاستيلاد والتدبير فاستوت البينتان في الاثبات في هذه الصور ايضا فترجحت احديهما باليد وعلى الولاء الثابت بها اي بهذه الاشياء الثلاثة وهي الاعتاق والاستيلاد

والتدبير يعني ان اليد لا تدل على الولاء واثبات بها ايضا فاستوت البينتان في ذلك ايضا فترجحت احداهما باليد قال اي القدوري في مختصره واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول اي قضى القاضي على المدعى عليه بالنكول والزمه ما ادعى عليه اي والزم القاضي المدعى عليه ما ادعى عليه المدعي وفي بعض نسخ مختصر القدوري ولزمه بدل والزمه اي ولزم المدعى عليه ما ادعى عليه المدعي وقال الشافعي رح لا يقضى به اي بالنكول بل يرد اليمين على المدعي فاذا حلف اي المدعي يقضى به اي يقضى له بما ادعاه وقال ابن كل المدعي ايضا انقطعت المنازعة لان النكول تعليل للقول لا يقضى يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والتحرز عن المصادقة اي عن اليمين الصادقة كما روي عن عثمان رضي الله تعالى عنه انه نكل عن اليمين وقال خاف ان يوافقها قضاء فيقال ان عثمان لو حلف كاذبا كفر اذكره الامام خواهرزاده في مبسوطه واشتباه الحال اي ويحتمل اشتباه الحال عليه بان لا يدري انه صادق في انكاره فيحلف او كاذب فيمتنع فلا ينتصب اي لا ينتصب نكول المدعى عليه حجة مع الاحتمال المذكور ويمين المدعي دليل الظهور اي دليل ظهور كون المدعي محقا فيصار اليه اي فيرجع الى يمين المدعي ولنا ان النكول اي نكول المدعى عليه دل على كونه باذلا اي دل على كون المدعى عليه باذلا ان كان النكول بدلا كما هو مذهب ابي حنيفة رح او مقرا ان على كونه مقرا ان كان النكول اقرارا كما هو مذهبهما لانه لولا ذلك اي ولو لا كونه باذلا او مقرا لاقدم على اليمين اقامة للواجب وهو اليمين لانها واجبة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر وكلمة على للوجوب ودفعا للضرر عن نفسه اي ودفعا لضرر المدعي عن نفسه فيترجح بذا الجانب واعلم ان حل المراد بهذه المقدمة من دليلنا وربطه بما قبلها من يد اخص بذا الكتاب وانما لم نقل كلام كل واحد من الشراح هنا عن اشتمال اضطراب فقال صاحب العناية فقد رجح هذا الجانب اي جانب كونه باذلا ان ترفع ومقرا ان تورع لان الترفع والتورع انما يحمل اذا لم يفض الى الضرر بالغير انتهى اقول فيه بحث لان قوله فقد رجح هذا الجانب اي جانب كونه باذلا ومقرا اي الترفع والتورع ممالا يكاد يصح هنا لان النكول عند ابي حنيفة رح دليل باذليته وعندهما اقرار لانه فيهما التوريع اذ لا يثبت الرجحان في هذا الجانب على الترفع والتورع معا في واحد من المذهبين بل انما يثبت رجحان كونه باذلا في مذهب ابي حنيفة رح على الترفع فقط ورجحان كونه مقرا في مذهبهما على التورع فقط وبه لا يتم المطلوب على شيء من المذهبين لان الترفع وحده او التورع وحده او يحمل واحدا من الاحتمالات المذكورة في دليل الشافعي رح يجرد رجحان هذا الجانب على واحد من تلك الاحتمالات لا يتعين كونه مرادا للماتن حتى يتم المطلوب والحاصل ان في تقرير صاحب العناية خلط المذهبين كما ترى اولا وانيا فلانا لا نسلم ان التورع عن اليمين الكاذبة سببا عن اليمين الغموس كما سنحقق فيما يحمل اذا لم يفض الى الضرر بالغير على ان ظاهر ان التورع عنها واجب فكيف يحمل واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فان ما ذكره من الافضاء الى الضرر بالغير غير ظاهر انتهى اقول هذا غير وارد فان الافضاء اليه في صورة التورع عن اليمين الكاذبة ظاهر جدا لان كون الناكل كاذبا في يمينه انما يتصور فيما اذا كان للمدعي حق عليه في الواقع فحينئذ لو تورع عن اليمين الكاذبة بدون البذل او الاقرار افضى الى الضرر بالمدعي قطعا لتضييع حقه وهو ما ادعاه وكذا الافضاء اليه في صورة الترفع عن اليمين الصادقة يظهر بادنى تامل لان يمين المنكر حق للمدعى عليه عليه الصلوة والسلام لكن يمينه كما مر فلو ترفع عن اليمين ولو عن الصادقة بدون ارضاء المدعي بالبذل ونحوه افضى الى الضرر بالمدعي بمنع حقه وهو يمين خصمه وقال صاحب النهاية وصاحب الكفاية فترجح هذا الجانب اي جانب كونه باذلا او مقرا على جانب التورع لان الشرع الزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فلذلك ترجح هذا الجانب في نكول انتهى اقول وفيه ايضا بحث اما اولا فلان ما ذكره من الدليل انما افاد رجحان هذا الجانب اي جانب كونه باذلا او مقرا على الترفع عن اليمين الصادقة حيث لم يكن الترفع عنها مما الزمه الشرع فلا ينبغي ان يتوهم ان الناكل لم يقدر رجحانه على التورع عن اليمين الكاذبة فلا معنى لقوله على جانب التورع وان اريد بجانب التورع الجانب المقابل لجانب البذل والاقرار اي التورع نفسه فيكون الترفع

ولا وجه لليمين على المدعى فلهذا قال ويبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا ليس بلازم لاعلامه بالحكم لانه من موهم للتكرار قال فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف زيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذار فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمنا

ايضا وانما في ذلك الجانب ينبغي ان يقال ما ذكرنا من الدليل انما فاد رجحان جانب كونه باذلا او مقرا على الترفع عن اليمين الصادقة فقط وهو يحتمل واحدا من الاحتمالات المذكورة في دليل الخصم فيجب ان يكون الترجيح لجانب عليه لانتيم مطلوبنا كما مر آنفا واما ثانيا فلان ما ذكرنا من الدليل غير مذكور في كلام المصنف وغير مسلم منه فكيف يتم بناء شرح قول المصنف فترجح هذا الجانب عليه والفاء في فترجح تقتضي التفرع على ما سبق من كلامه كما لا يخفى وقال صاحب غاية البيان فترجح هذا الجانب اي ترجيح جانب كون الناكل باذلا او مقرا على الوجه المحتمل هو كونه مستورعا ونحو ذلك لان النكول امتناع عن اليمين التي وجبت عليه فلولا ان النكول بذلا او اقرارا لكان النكول امتناعا عن الواجب وظلما على المدعي والعاقل لا يرتكب الواجب ولا يقدم على الظلم والحاصل ان النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون بذلا او اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا انتهى اقول وفيه ايضا بحث اما اولا فلان قوله وظلما على المدعي ليس بتام اذ لا نسلم ان النكول لو لم يكن بذلا او اقرارا لكان ظلما على المدعي لجواز ان يكون للامتناع عن اليمين الصادقة فح لا يتحقق الظلم على المدعي لان صدق المدعي عليه في انكاره يستلزم كذب المدعي في دعواه والكاذب ليس بمظلوم بل هو ظالم اللهم الا ان يقال يجوز ان بعد النكول ظلما على المدعي في صورة صدق المدعي عليه ايضا من جهة ان يمين المدعى عليه حق المدعي بموجب الحديث على ما مر وان في النكول عنها منع هذا الحق فصار الناكل ظالما على المدعي في الجملة واما ثانيا فلان في التوزيع الحاصل من قوله والحاصل ان النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون بذلا او اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا فلا حيث لا يكون المطلوب حينئذ على واحد من الشقين بل يحتاج الى خلط ما على ما بيناه في بحثنا الاول في كلام صاحب الغاية فالصواب عندي في حل مراد المصنف ههنا ان يقال فترجح بذا الجانب اي جانب كون الناكل باذلا او مقرا على جميع الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي رح بناء على مقتضى ما سبق من قولنا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه وبيان ذلك ان الناكل لليمين لا يترك الواجب عليه ولا يترك دفع الضرر عن نفسه شيئا من تلك الوجوه المحتملة اما بالترفع عن اليمين الصادقة فظاهر اذ هو ليس بامر ضروري اصلا حتى يترك به الواجب دفعا عن النفس واما بالتورع عن اليمين الكاذبة فلان المتورع لا يترك الواجب عليه بيقين حتى خصمه فيسقط الواجب عن عهدته فان لم يكن الناكل باذلا او مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى هذا الاحتمال ايضا وبقي الاحتمال الباقي فيقدم على اقامة الواجب، وبيقين حتى خصمه فيسقط عن عهدته الواجب فان لم يكن الناكل باذلا او مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى هذا الاحتمال ايضا وبقي احتمال ان قول المصنف اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه كلمة جامعة يندفع بها الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي رح باسرها فيترجح كون الناكل باذلا او مقرا بالضرورة ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه اشار به الى قوله ولا يرد اليمين على المدعي لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على ما انكر الخ ونحن ايضا قدمنا واستوفينا هناك دليل الشافعي رح في رد اليمين على المدعي واجوبتنا عنه فلا حاجة الى الاعادة والتبيين بما لا مزيد عليه فتذكر قال اي القدوري في مختصره وينبغي للقاضي ان يقول للمدعي عليه اني اعرض عليك اليمين ثلثا اي ثلث مرات فان حلفت اي ان حلفت خلصت او تركت ذلك والا قضيت عليك بما ادعاه اي بما ادعاه المدعي قال المصنف وهذا لان الذي اي قول القاضي الا قضيت عليك بما ادعاه للاعلام بالحكم اي الحكم بالنكول اذ هو موضع الخفا لكونه مجتهدا فيه فان الشافعي رح خالفنا فيه بزعمه ان ليس عليه ما يلزمه بالنكول فم حب ان يذكر حتى يحلف او ينكل كذا في الشروح قال اي القدوري في مختصره فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول قال المصنف وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاعذار اي في اظهار بل يعني ان هذا التكرار الذي ذكره الخصاف للاستحباب لا لازم بل يجوز القضاء بالنكول بغيره الا مال المرة الثلثة بل ما هو مستحب لا واجب اصح بناء على ما ذهب فانه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه من ان النكول بذل او اقرار وليس التكرار

وهو الصحيح حتى لو نكل ولا يكون حقيقيا كقولهما حلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس على الصحيح قال واذا ادعى دعوى فانكر المدعى عليه استحلفه القاضي على ما ادعى عليه في مجلس القضاء في الديون والعروض والنسب والولاء

يشترط في شيء منها هو الصحيح احترازا عن قول بعضهم انه لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ كذا في اكثر الشروح وهذا معنى قول صاحب الكافي والتقدير بالثلث في عرض اليمين لازم في المروي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله والجمهور على انه للاحتياط حتى لو قضى بالنكول مرة بعد قضاءه في الصحيح انتهى وقال صاحب غاية البيان احترز عن قول الخصاف فانه يشترط التكرار انتهى اقول هذا ليس بشرح صحيح فان الشيء لا يعد ما صح بان الخصاف ذكر التكرار لزيادة الاحتياط في المبالغة في ابلاء العذر فكيف يزعم انه اشترط التكرار فيحتاج الى الاعتذار عن قوله والاول اولى اي العرض ثلث مرات اولى يعني ان القضاء بالنكول بعد العرض مرة جائز ولكن الاولى هو القضاء بالنكول بعد العرض ثلث مرات وفي النهاية وذكر في فتاوى فاضيخان صورة المسئلة قال رجل قدم رجلا الى القاضي فادعى عليه مالا او وديعة في يده او حقا من الحقوق فانكر فاستحلفه القاضي فابى ان يحلف فانه ينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلث مرات فان حلفت والا الزمتك المدعى ثم يقول له القاضي احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال الذي يدعي وهو كذا وكذا ولا شيء منه فان ابى ان يحلف بالله في المرة الاولى يقول له في المرة الثانية كذلك فان ابى ان يحلف في المرة الثانية يقول له للمرة الثالثة ثم اقضي عليك ان لم تحلف ثم يقول ثالثا احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال ولا شيء منه فان ابى ان يحلف يقضي عليه بدعوى المدعي وان قضى القاضي بالنكول في المرة الاولى نفذ قضاؤه انتهى قال صاحب الكافي ولا بد ان يكون النكول في مجلس القضاء وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف انتهى وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز ولا بد من ان يكون النكول في مجلس القاضي لان المستحق من قطع الخصومة والاستحلاف عند غيره في حق الخصومة فلا يتقيد وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعي على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا انه ليس له ان يخاصمه مالم يقم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة اقامها عليه وقضى له بها وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون ترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعي بعد ذلك كما ترجح جانب صدق المدعى عليه بالبينة حتى لا يقبل بينة المدعي على انكاره هذا القول مهجور غير ماخوذ به وليس بشيء اصلا لان عمر رضي الله عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة وهل ينظر كذب المنكر باقامة البينة والصواب انه لا ينظر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه ان كان قال لفلان على الف درهم فادعى عليه فانكر فحلف ثم اقام المدعي البينة ان له عليه الفا وقيل عند ابي يوسف رح ينظر كذبه وعند محمد رح لا ينظر الى هذا كله ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه اي حكم اقراني وهو الحكمي حكم الاول وهو الحقيقي اذا علم انه لا آفة به اي بالمدعى عليه من طرش الطرش بفتحتين او هون السمع يقال هو به وقر او الخرس بفتحتين ايضا آفة باللسان يمنع الكلام اصلا هو الصحيح اختلفت الروايات فيما اذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل لا احلف فقال بعض اصحابنا اذا سكت سال القاضي عنه بل بخرس او طرش فان قالوا لا اجعله ناكلا وقضى عليه ومنهم من قال يحبس حتى يجيب والاول هو الصحيح كذا في غاية البيان لكن شارح الاقطع قال اي القدوري في مختصره وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رح ولا يستحلف عنده يريد به التسليم بعد تخصيص النكاح بالذكر في النكاح اي لا يستحلف عنده في دعوى النكاح بان ادعى رجل على امراة انه تزوجها او بالعكس المراة اي لا يستحلف عنده في دعوى اكرهته ايضا بان ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة انه كان اجراني العدة وانكرت او بالعكس وانكرت في دعوى الايلاء اي في دعوى النفي بالايلاء ايضا بان ادعى بعد انقضاء مدة الايلاء انه كان فاء اليها في المدة وانكرت او بالعكس فالفرق وفي دعوى الرق ايضا بان ادعى على مجهول النسب انه عبده وانكر المجهول او بالعكس والاستيلاد اي وفي دعوى الاستيلاد ايضا بان ادعت امة على مولاها انها ولدت منه ولدا وانكر المولى ولا يجري فيه العكس كما سيذكره المصنف والنسب اي وفي دعوى النسب ايضا بان ادعى على مجهول انه ولده او والده وانكر المجهول او بالعكس والولاء اي في دعوى الولاء ايضا بان ادعى على مجهول النسب انه معتقه ومولاه وانكر المجهول

والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد يستحلف في غير كل ذلك الا في الحدود واللعان وهو الصحيح لانا لا نعلم ان نقول الى آخره ولما كان ذلك كان قوله هذا والذي بعده من الاشياء

اعيا اكسل كان ذلك في ولاء الموالاة اذا لولاء الاسلام ولا الملتقط وولاء الموالاة والحدود اي وفي دعوى الحدود ايضا بان ادعى على آخر ما يوجب حد من الحدود وانكره الآخر واللعان اي وفي دعوى اللعان ايضا بان ادعت على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان وانكر الزوج واعلم ان هذه الاشياء كلها مذكورة في مختصر القدوري هنا الا اللعان فانه غير مذكور فيه ولكنه مذكور في الجامع الصغير في كتاب القضاء وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان وتقرير انه لا يستحلف في الحدود واللعان على قولهما بينا فلما اختلفا فيه في الاشياء الباقية وفي الكافي قال القاضي فخر الدين في الجامع الصغير والمفتى على قولهما وقيل ينبغي للقاضي ان ينظر في حال المدعي عليه فان ساء حلفه وبالله يقبلها وان كان مظلوما لا يحلفه اخذا بقول ابي حنيفة انتهى وفي النهاية هذا كله اذا لم يكن المقصود بالدعوى مال بان ادعت المرأة على رجل انه تزوجها وطلقها قبل الدخول ولها على نصف المهر وانكر يستحلف في قولهم فان نكل يقضى عليه بنصف المهر على ما يجيء بعد هذا في الكتاب وسئل الشيخ الامام عبد الواحد الشيباني عن المرأة اذا كانت تعلم بالنكاح ولا تجد بينة تقيم لاثبات النكاح والزوج ينكر هل ذا يصنع القاضي حتى لا تبقى هذه المرأة معلقة ابد الدهر قال يستحلف القاضي ان كانت هذه امرأتك فهي طالق حتى يقع الطلاق ان كانت امرأته فتتخلص منه بسهل للازواج وذكر الصدر الشهيد في آدب القاضي في باب اليمين ان الفقيه ابا الليث رحمه الله اخذ بقولهما في هذه المسئلة وكذا في الواقعات ايضا وكيفية الاستحلاف عند هما ان يحلف على الحاصل ان كانت المرأة هي المدعية بالله ما هذه المرأة امرأتك بهذا النكاح الذي ادعته وان كان الزوج هو المدعي يحلف بالله ما لها قبلك على ما ادعى والناظرون من مشائخنا على انه ينبغي للقاضي ان ينظر في حال المدعي عليه فان رآه ظلوما لا يحلفه اخذا بقول ابي حنيفة رح وهو كما اختاره شمس الائمة رحمه الله في التوكيل بالخصومة بغير محضر من الخصم وبغير رضاه ان القاضي ان علم بالمدعي التعنت في اباء التوكيل لا يكلفه في ذلك ويقبل التوكيل بغير محضر من الخصم وان علم بالموكل القصد الى الاضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل ذلك الا برضى الخصم حتى يكون دافعا للضرر عن الجانبين كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والمحبوبي وفي الحدود لا يستحلف بالاجماع الا اذا تضمن حق العباد بان طلق حق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد انه قذفني ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا كذا ذكره

الصدر الشهيد في ادب القاضي الى هنا لفظ النهاية وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية لنائم ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى بالمولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكاره بل انما خص صورة الاستيلاد وبالذكر من بين اخواته تنبيها على انه لا يساغ للمدعي في هذه الصورة الا ان يدعي بخلاف اخواته المخلافية فان للمدعي فيها مساغا من الجانبين كما صورناه فيما مر لها اي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان النكول اقرار لانه بدل على كونه كاذبا في الانكار اي في انكاره السابق على ما قدمناه يعني قد بينا وجه قولهما فيما مر وهو ان النكول بذل اليمين فانه اللائق بحال من يخاف الله تعالى على لسانه تعظيما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه والبذل على تلك الصفة لا يوجد من الكاذب في يمينه لما ترك هذه الاعواد الثلاث كذا في العناية وغيرها فكان اي النكول اقرارا او بدلا عنه بفتح الدال اي ضمنا عن اقرار لحق انه قائم مقام الاقرار اذ قول الا يخفى على ذي فطرة سليمة ذكاء تورث يقينا هنا حيث عين ولا كون النكول اقرارا ثم فرع على دليله كونه اقرارا او بدلا عنه بالتردد ولا بد هنا ما ذكر في النهاية هاهنا كفاية من انه جاز ان يكون هذا التردد لدفع بعض الشبهات التي ترد عليها في القول بالاقرار انتهى واذا كان يكون في ذلك ذكر التردد ايضا او بالاكتفاء بذكر كونه بدلا من شيء مع احتمال كون هذا اي الاكتفاء به هو الذي ينبغي كما عليه والاقرار يجري في هذه الاشياء هذا كبرى دليلها على جواز الاستحلاف في الاشياء المذكورة تقريره ان النكول اقرار والاقرار يجري في هذه الاشياء فينتج ان النكول يجري في هذه الاشياء فاذا جرى النكول فيها جرى الاستحلاف فيها ايضا لحصول فائدة الاستحلاف وهي القضاء بالنكول كما في سائر ما

لكنه اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت والحدود تندرئ بالشبهات فلا يجري النكول فيها واللعان في معنى الحد لانه قائم مقام حد القذف في حق الزوج يعني ان كل قذف يوجب حد القذف على الاجنبي اذا قذف الاجنبيات فذلك يوجب اللعان على الزوج وقائم مقام حد الزنا في حق المرأة كما تقرر في باب اللعان فلا يجري النكول فيه ايضا قال صاحب العناية وعليه نقوض اجمالية الاول ما ذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا خاصمه في النصف الاول فانكر البائع وحلف عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الثاني فانكر لم يلزمه واستحلف ولو كان النكول اقرارا لزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك المرة الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيبا في المبيع واستحلف فنكل لزمه الكل ولو كان اقرارا لزم الوكيل الثالث ما ذكره في المبسوط ان الرجل اذا قال تكاتفت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر وحلف عن اليمين فقضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضى والجواب ان النكول اما اقرار او بدل عنه فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا ان المدعي لما تحقق بدعواه جوابا بالفصل الخصومة وذلك بالاقرار والانكار فان اقر فقد انقطعت وان انكر لم تنقطع الا بيمين فاذا حلف كان بدلا عن الاقرار بقطع الخصومة فالنقوض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه اقرارا لا ترد على تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى الى هنا كلام اقوال ما ذكره في الجواب منظور فيه من وجوه الاول ان الظاهر من قولهم فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا كيت وكيت ان ما تقدم انما يصلح لان يكون وجها لاقرار لا لان يكون وجها لكونه بدلا منه مع انه صلح لهما ولهذا فرعهما المصنف عليه حيث قال فكان اقرارا او بدلا عنه الثاني ان الوجه الذي ذكر لكونه بدلا منه غير تام اذ يرد عليه منع قوله فاذا حلف كان بدلا عن الاقرار بقطع الخصومة بجواز ان يكون بدلا كما ذهب اليه ابو حنيفة رحمه الله لا بدلا عن الاقرار وقطعة الخصومة لا يدل على كونه بدلا عنه لتحقق القطع المزبور بكونه بدلا ايضا وبجواز ان يكون نفس الاقرار لا بدلا عنه نعم ايضا لا تتم التقريب الثالث ان الاقرار اذا كان مخالفا في الاحكام لما هو بدل عنه كما في صور النقوض المذكورة فمن اين يعرف جريان بدل الاقرار ايضا في الاشياء المذكورة حتى يتم دليلهما المذكور في الكتاب الرابع ان قولك هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى انما يتم لو كان المذكور في دليلهما المسفور كون النكول اقرارا فقط ولما كان المذكور فيه كونه اقرارا او بدلا عنه بالترديد كما لم يحتج في دفع النقوض المزبورة بما ذكر الى تغيير شيء اصلا فلم يتم قوله المذكور نعم ان بعض الفضلاء كما بين في تحرير صاحب العناية هنا احد هما في جانب السؤال والآخر في جانب الجواب اما الاول فعنى قوله وعليه نقوض اجمالية حيث قال بل الظاهر ان تلك الاسولة الثلثة معارضات كما لا يخفى على من له ادنى تامل ودربة انتهى واما الثاني ففي قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى حيث قال بل هو تغيير الدليل المدعى جوازا لاستحلاف انتهى اقول كل واحد منهما ساقط اما الاول فلان كون تلك الاسولة معارضات بما لا يكاد يخفى لان حاصل كل واحد منها بيان بحياف الحكم وهو كون النكول اقرارا في صورة جزئية عن الدليل المذكور من قبل الامامين وهو صريح نقض اجمالي ولا لطف للعمل على المعارضة في شيء منها لان المدعى هنا وهو كون النكول اقرارا كلي ما ذكر في كل واحد منها صورة جزئية لا تدل على خلاف المدعى بالكلية وانما غرذلك البعض قول السائل في ذيل كل واحد من تلك الاسولة ولو كان النكول اقرارا لكان جواب المسئلة خلاف ما ذكر والحال ان المراد به مجرد بيان تخلف الحكم عن الدليل لا اقامة الدليل على خلاف المدعى كما لا يخفى واما الثاني فلان كلا من صاحب العناية بالمدعى هنا قولهما ان النكول اقرار المستدل عليه في كلام المصنف بقوله لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فاذا صير في الجواب عن النقوض المذكورة الى كون النكول بدلا عن الاقرار لا نفس الاقرار فقد غير ذلك المدعى قطعا وكون قولهما ان النكول اقرار مقدمة الدليل بالنظر الى اصل المسئلة وهو جواز الاستحلاف عنه بما لا ينافي كونه مدعى بالنظر الى كونه مستدلا عليه بالدليل المستلزم للمنع من ذلك القائل بان حمل الاسولة المذكورة معارضات واقامة الدليل

وفي حقيقة هو ان يبذل كان معناه في اليمين واجبة لحصول المقصود وان لم يبذل فالاولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء فلا شك في الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف لان هذا بذل لدفع الخصومة فيلحق بالمكاتب والعبد الماذون بمنزلة الضيافة البسيرة

على خلاف مدعي الخشم وهذا لا يتصور الا بان يكون المدعى هنا قولها ان النكول اقرار اذ لا اساس لتلك الاسولة باصل المسئلة كما لا يخفى وفي ابي حنيفة رحمه الله اي النكول بذل وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والاعراض عنها لا الهبة والتمليك ولهذا قلنا ان الرجل اذا ادعى نصف الدار شائعا فانكر المدعى عليه يقضي فيه بالنكول هبة نصف الدار شائعا لا يصح كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية لان معنى البذل لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وهو اي لحصول المقصود من اليمين هو قطع الخصومة بالبذل فيكون ذلك باعثا على ترك الاقدام على اليمين فهذا هو العلة المجوزة لكون النكول بذلا واما العلة المحققة لكونه بذلا على كونه اقرارا فهي ما اشار اليه بقوله وانما قال بانه اولى اي من ان يقال انه اقرار كيلا يصير كاذبا في الانكار اي في انكاره السابق يعني لو حملناه على الاقرار لكذبناه في انكاره السابق ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب فكان في الاول صيانة للمسلم عن ان يظن به الكذب فيقبل عليه لكان النكول بذلا لما ضمن شيئا آخر اذ استحق ما ادعى بقضاء كما لو صالح عن انكار واستحق بذل الصلح فانه لا يضمن شيئا ولكن المدعي يرجع الى المدعى فاجيب عنه بان بذل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فصار الحكم الى الاصل بخلاف ما هنا فالمدعي يقول انما اخذ هذا بازاء ما وجب لي في ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت بما في الذمة وقيل عليه ان الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلا واجيب عنه بان الحكم لا يجب بالبذل الصريح واذا ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم انه لا يجب به بل هو موجب وقطعا لمن نازعه وقيل عليه يقتضي بالقصاص في الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضى به لان البذل لا يحل فيها واجيب عنه بانا لا نسلم ان البذل فيها غير حاصل فان كان عبدا نحو ان يقول اقطع يدي وبها اكلة حيث لم يأثم بقطعها وفيما نحن فيه النكول مفيد لانه يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين هذه خلاصة ما في الشروح هنا من الاسولة والاجوبة والبذل لا يجري في هذه الاشياء فانه لو قال هذا المال ليس لي ولكني اهبه لك لا يخلص من خصومة مع قبوله وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول ولما لم يجر البذل في هذه الاشياء لم يتصور فيها القضاء بالنكول الذي هو البذل فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة قال صاحب الكافي فان قيل هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام واليمين على من انكر قلنا خص منه الحدود واللعان فجاز تخصيص هذه الصورة بالقياس انتهى وقال صاحب العناية لا يقال ابو حنيفة رحمه الله ترك الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر بالرأي وهو لا يجوز لان ابا حنيفة رحمه الله لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم تفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لا يجري فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا تحقق منه اداء الصلوة لفوات المقصود انتهى وقال بعض الفضلاء واجاب العلامة الكاكي بانه خص من الحديث الحدود بالاجماع فجاز تخصيص هذه الصورة بالقياس ولم يذكره الشارح يعني العناية لان التخصص يجب ان يكون مقارنا والاجماع ليس كذلك انتهى اقول مدار كلامه على ما فهمه من ان يكون مراد العلامة الكاكي ان تخصص الحدود من الحديث هو اجماع الامة والظاهر ان مراده بالاجماع اتفاق الائمة فالمعنى كون الحديث مخصوص منه البعض وهو الحدود متفق عليه ولا ينافي هذا كون التخصص قصاد مقارنا على ان قاعدة الاصول هي انه اذا لم يعلم المقارنة وعدمها يحمل على المقارنة فيتم المطلوب ويؤيد كون مراده بالاجماع اتفاق الائمة في كون الحديث مخصوصا ان الجواب الذي ذكره وقع في الكافي والكفاية من غير ذكر قيد الاجماع فتامل الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيلحق المكاتب والعبد الماذون بمنزلة الضيافة اليسيرة هذا جواب سوال مقدر وهو ان النكول لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد الماذون لما ان في البذل معنى التبرع وهما لا يملكان التبرع فاجاب بانهما يملكان ما لا بد له من التجارة كما في الضيافة اليسيرة وبذلها بالنكول من جملة ذلك كذا في عامة الشروح اقول لمانع ان يمنع كون بذلها من جملة ذلك

واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق

واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في دعوى الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وفائدة تعيين صورة المسئلة في الطلاق قبل الدخول هي تعليم ان دعوى المهر لا يتفاوت بين ان يكون الدعوى في كل المهر او نصفه كذا في النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك انتهى واجاب عنه بعضهم بانه لو اطلق لربما ذهب الوهم الى الطلاق بعد الدخول لغلبته فقيد ليعلم حكمه بطريق الاولوية فانه اذا استحلف قبل تأكد المهر فبعده اولى كما لا يخفى قال المص وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق اي وكذا يستحلف الزوج بالاجماع فيما اذا ادعت المرأة مع النكاح الصداق لان ذلك دعوى المال اي المقصود من ذلك دعوى المال لم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح يعني يثبت المال بنكوله في قولهم جميعا لان المال يجري فيه الاقرار والبذل ولا يثبت النكاح في قول ابي حنيفة رحمه الله لان النكاح لا يجري فيه البذل قال بعض الفضلاء فان قيل يلزم على هذا ان يتحقق الملزوم بدون اللازم قلنا يجوز ان يحكم بثبوت النكاح في حق المهر لا مطلقا على ان المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق انتهى اقول كل واحد من اصل جوابه وعلاوته مختل اما الاول فلانه لو جاز ان يحكم بثبوت النكاح في حق المهر بالنكول لجاز البذل في النكاح في الجملة اي في بعض الحالات ولم يقل به صاحب مذهب قط واما الثاني فلان المهر وان لم يستلزم قيام النكاح في البقاء ولكن يستلزم تحقق النكاح في الابتداء كما لا يخفى ومعنى المسئلة التي نحن فيها ان النكاح لا يثبت بالنكول لا في الابتداء ولا في البقاء لعدم جريان البذل فيه على كل حال فلم يندفع السؤال ثم اقول في الجواب عن سؤاله ان ثبوت المهر في الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه واما ثبوته عند القاضي فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده لان معنى ثبوته عنده ظهوره له اذ قد مر ان الحجج الشرعية مثبتة في علم القاضي مظهرة في الواقع ولا يستلزم ظهور الملزوم ظهور اللازم لجواز ان يقوم الحجة على الاول دون الثاني كما فيما نحن فيه فالذي يلزم من المسئلة المذكورة ثبوت المهر عند القاضي بدون ثبوت النكاح عنده ولا محذور فيه لعدم الاستلزام كما عرفت وقس على هذا احوال نظائره من المسائل الآتية المتصلة به في الكتاب فان ما ذكرنا خالص في الجميع قال المص وكذا في النسب اي وكذا يستحلف في النسب بالاجماع اذا ادعى حقا اي اذا ادعى مع النسب حقا آخر كالارث بان ادعى رجل على رجل انه اخ المدعى عليه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعي فانه يستحلف بالاجماع فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال دون النسب والحجر في اللقيط بان ادعت امرأة حرة الاصل صبيا لا يعبر عن نفسه كان في يد رجل التقطه انه اخوها وانه اولى بحضانته فانه يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت لها حق نقل الصبي اي حجرها دون النسب والنفقة بان ادعى زمن على موسر انه اخوه وان نفقته عليه فانكر المدعى عليه الاخوة يستحلف بالاجماع فان نكل يقضى بالنفقة دون النسب وامتناع الرجوع في الهبة بان اراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له انت اخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع فانه يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت امتناع الرجوع دون النسب لان المقصود هذه الحقوق دليل للمجموع يعني ان المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هذه الحقوق اي دون النسب المجرد ثم ان صاحب العناية بعد ما فسر قول المص لان المقصود هذه الحقوق بقوله اي دون النسب المجرد قال في تعليله فان فيه تحميلا على الغير وهو لا يجوز انتهى اقول فيه نظر لان تحميل النسب على الغير لا يلزم من المسائل المذكورة مطلقا بل انما يلزم فيما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة ونحوها واما فيما اذا كان مما يثبت بالاقرار كالابوة والبنوة فلا والمسائل المذكورة تعم الصورتين معا الا يرى ان المدعي في صورة النفقة اذا قال للمدعى عليه انت ابي فان المسئلة بحالها وكذا الحال في صورة امتناع الرجوع في الهبة وكذا المدعية في صورة الحجر في اللقيط اذا قالت ان الصبي ابنها فان المسئلة بحالها ايضا وكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة كلية المدعى وقال بعض الفضلاء الاظهر ان يقول صاحب العناية بدل التعليل الذي ذكره فان البذل لا يجري فيه كما قاله آنفا في صورة دعوى النكاح انتهى اقول فيه ايضا نظر فان المعلل ههنا ان لا يكون المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة النسب المجرد وعدم جريان البذل في النسب المجرد لا يفيده لان الحجج على الدعوى غير منحصرة في النكول بل منها ايضا اقامة البينة واقرار الخصم والبذل انما هو للنكول من بينها فلا يلزم من عدم جريانه في النسب المجرد عدم جريان سائر الحجج فيه حتى لا يصح ان يكون مقصودا بالدعوى في المسائل المذكورة

وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص بمعنى من جهة من عليه

بخلاف ما قاله في صورة دعوى النكاح فان المعلل هناك عدم ثبوت النكاح بالنكول وعدم جريان البدل في النكاح يفيده قطعا لا يقال التعليل الصحيح هنا ان يقال فانه لو كان المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هو النسب المجرد لما ادعى المدعي فيها مع النسب حقا آخر والمفروض في كل واحد من تلك المسائل ادعى المدعي معه حقا آخر كما ينادي عليه قول المص رح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث الخ لانا نقول هذا انما يتم فيما اذا كان النسب مما يثبت بالاقرار كالبنوة ونحوها فان دعوى النسب المجرد تسمع في تلك الصورة فلو كان مقصود المدعي فيها دعوى النسب المجرد لما ادعى معه حقا آخر واما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة ونحوها فلا لان دعوى النسب المجرد لا تسمع في هذه الصورة بل يتوقف فيها استماع الدعوى وقبول البينة على ان يدعي المدعي مع النسب حقا آخر لنفسه كما صرح به في عامة معتبرات الفتاوى فيجوز ان يكون مقصود المدعي في هذه الصورة النسب المجرد ويدعي مع النسب حقا آخر لمجرد التوسل الى مقصوده وهو النسب المجرد والمسائل المذكورة تعم الصورتين معا كما بيناه من قبل فكان هذا التعليل ايضا قاصرا عن افادة كلية المدعى وبالجملة لم يظهر لقول المص رح لان المقصود هذه الحقوق علة واضحة شاملة لجميع صور تلك المسائل العامة فكان هذا هو السر في ان صاحب الكافي لم يذكر قول المص رح هذا اصلا مع ان عادته اقتفاء اثر المص رح في امثاله وان اكثر الشراح لم يتعرضوا لشرحه وبيانه بالكلية وانما يستحلف في النسب المجرد وقيد به احترازا عما هو مقرون بدعوى حق آخر كما مر انفا عندهما اي عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا كان يثبت باقراره اي اذا كان يثبت النسب بمجرد اقرار المدعى عليه فان النكول عندهما اقرار فكل نسب لو اقر به المدعى عليه يثبت بالنكول ايضا كالاب والابن في حق الرجل فانه اذا اقر بالاب والابن يصح اقراره ويثبت نسب المقر له منه بمجرد اقراره والاب في حق المرأة فانها اذا اقرت بالاب يصح اقرارها ويثبت نسب المقر له منها بمجرد اقرارها واما لو اقرت بالابن فلا يصح اقراره ولا يثبت نسبه منها لان في دعواها الابن اي في دعائها الابن اي في اقرارها به كذا في النهاية وغاية البيان تأمل تحميل النسب على الغير وهو لا يجوز والمولى اي وكالمولى يعني السيد والزوج في حقهما اي في حق الرجل والمرأة وهذا القيد اعني قوله في حقهما متعلق بالمولى والزوج جميعا فان اقرار الرجل والمرأة بالمولى والزوج يصح وحاصل كلام المصنف رح ههنا ان اقرار الرجل يصح باربعة بالاب والابن والمولى والزوجة واقرار المرأة يصح بثلثة بالاب والمولى والزوج ولا يصح بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وكان اصل المسئلة في محلها ان اقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولى واقرار المرأة يصح باربعة بالوالدين والزوج والمولى ولا يصح بالولد لما مر فكان المص رح اكتفى بذكر الاب عن ذكر الام لظهور اشتراكهما في الحكم المذكور قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه الاصل في هذا الباب ان المدعى قبله النسب اذا انكر هل يستحلف ان كان بحيث لو اقر به لا يصح اقراره عليه فانه لا يستحلف عندهم جميعا لان اليمين لا تفيد فان فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بدلا او اقرارا فيقضى عليه فاذا كان لا يقضى عليه لو اقر فانه لا يستحلف عندهم جميعا وان كان المدعى قبله بحيث لو اقر لزمه ما اقر منه فاذا انكر هل يستحلف على ذلك فالمسئلة على الاختلاف عند ابي حنيفة رح لا يستحلف وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف فان حلف برئ وان نكل من اليمين لزمه الدعوى فعلى هذا الاصل تخرج مسائل الباب انتهى قال اي القدوري في مختصره ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده وليس للمدعي بينة استحلف المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى في النفس او فيما دونها وهذه المسئلة مذكورة في الجامع الصغير ايضا في كتاب القضاء ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا اي الحكم المذكور عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لزمه الارش فيهما اي في النفس وفيما دونها لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما لانه ان امتنع عن اليمين تورعا عن اليمين الصادقة لا يكون اقرارا بل يكون بدلا كذا في الكافي فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اي خاصة اذا كان امتناع القصاص بمعنى من جهة من عليه اي من جهة من عليه القصاص وقيد امتناع القصاص بمعنى من جهة من عليه القصاص لانه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب القصاص ولا المال ايضا كما اذا اقام مدعي القصاص رجلا وامرأتين او الشهادة

كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد ولابي حنيفة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لانه دفع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع فاذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلثة ايام روي عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح

على الشهادة حيث لا يقضى بشيء لان الحجة قامت بالقصاص ولكن تعذر استيفاؤه فلا يجب شيء كذا في الشروح ونظير هذا ما اشار اليه المص بقوله كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد فانه يجب فيه المال وبالعكس لا يجب شيء ولابي حنيفة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فيجري فيها البذل كما يجري في الاموال بخلاف الانفس حيث لا يجري فيها البذل فانه لو قال اقطع يدي اي لو قال لآخر اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان اي على القاطع وهذا اي عدم وجوب الضمان اعمال للبذل في الاطراف واما لو قال اقتلني فقتله فانه يجب عليه القصاص في رواية والدية في اخرى وهذا دليل على عدم جريان البذل في الانفس لما استشعر ان يقال لو كانت الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لكان ينبغي ان يباح قطع يده اذا قال اقطع يدي كما يباح اخذ ماله اذا قال خذ مالي اجاب عنه بقوله الا انه لا يباح لعدم الفائدة اي لا يباح القطع لعدم الفائدة فيه كما ان اتلاف المال لا يباح عند عدم الفائدة بان قال الق مالي في البحر او احرقه بالنار وهذا البذل اي الذي بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع قال صاحب العناية وفيه بحث من وجهين احدهما انه مناقض لما قال في السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول والثاني ان الخصومة تندفع بالارش وهو اهون فالمصير اليه اولى واجيب عن الاول بان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال في حقوق العباد ولانهم المحتاجون اليها فيثبت بالشبهات كالاموال والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثاني بان دفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله في جواب البحث الاول والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات بعد ان يبين المراد حيث قال يعني ان في كون النكول بذلا شبهة لكن فيه بحث فانه لو صرح بالبذل في حقوق الله تعالى لا يثبت القطع ايضا فالاولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء بعدم تاتي البذل فيه انتهى اقول مدار بحثه على ان يكون المراد ما يبينه وذلك ممنوع اذ يجوز ان يكون المراد ان في كون الاطراف مما يسلك به مسلك الاموال شبهة لاحتمال كونها في حكم الانفس كما ذهب اليه الشافعي رح وبنى عليه تجويزه القصاص بين الرجل والمرأة والحر والعبد وبين العبدين فيما دون النفس على ما ياتي في كتاب الجنايات فمع هذه الشبهة لا يتاتى البذل في قطع الاطراف في حقوق الله تعالى بخلاف حقوق العبد فيتم الجواب ثم ان في ذكر هذه الشبهة انما الى سبب عدم تاتي البذل فيه في حقوق الله تعالى فكان ذكرها اولى من طرحها والاكتفاء بعدم تاتي البذل فيه كما لا يخفى فاذا امتنع القصاص في النفس اي بالنكول لعدم جريان البذل فيها كما مر واليمين حق مستحق اي والحال ان اليمين حق مستحق يحبس به اي يحبس الناكل بذلك الحق كما في القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا او يحلفوا قال اي القدوري في مختصره واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلثة ايام كيلا يغيب نفسه اي كيلا يغيب خصم نفسه فيضيع حقه اي حق المدعي ويجب ان يكون الكفيل ثقة معروف الدار حتى يحصل فائدة التكفيل وهي الاستيثاق كذا في الكافي وغيره والكفالة بالنفس جائزة عندنا خلافا للشافعي رح وقد مر من قبل اي وقد مر جواز الكفالة بالنفس من قبل اي في اول كتاب الكفالة واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسانا عندنا اعلم ان اخذ الكفيل مما اختلف فيه السلف روي عن قتادة والشعبي انه لا يجوز وروي عن ابراهيم النخعي انه يجوز وهذا هو الاستحسان اخذ به علماؤنا والقياس ان لا يجوز وجه الاستحسان ان مجرد الدعوى ليس بسبب للاستحقاق كيف وقد عارضه المدعى عليه بالانكار فلا يجب عليه اعطاء الكفيل ووجه الاستحسان ما ذكره بقوله لان فيه اي في اخذ الكفيل نظرا للمدعي اذ لا يغيب خصمه فيتمكن من اقامة البينة عليه وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه اي على المدعى عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه من الاعداء وعلى لفظ المجهول يقال استعدى فلان الامير على من ظلمه اي استعانه به فاعداه الامير عليه اي اعانه الامير عليه نصره ومنه قول الشاعر ونستعدي الامير اذا ظلمنا ومن يعدي اذا ظلم الامير كذا في النهاية وغيرها ويحال بينه وبين اشغاله من الحيلولة على لفظ المجهول ايضا فيصح التكفيل باحضاره بمجرد الدعوى والتقدير بثلثة ايام مروي عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح

والفرق في الظاهر بين الخاتم والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لابد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي بغيبة لا يكفل لعدم الفائدة **قال** فان فعل والا لازمه كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا في الوجيه فلم يستثنه منصوره اليه ما لان في اخذ الكفيل للملازمة بادخال الضرر عليه مع السفر كما في نصب القدوري ظاهر وكفاية للملازمة مذكورة في كتاب الحجر

فصل في كيفية اليمين وشرائطها **قال** واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله فقط وقال عليه السلام من حلف بغير الله فقد أشرك

اخراز عن ابي يوسف رحمه الله انه يؤخذ الكفيل في المجلس الثاني ولا فرق في الظاهر في ظاهر الرواية بين الخاتم والوجيه يقال فلان رجل خمولا اذا كان ساقط القدر والخطير من المال والخطير في الشريف وعن محمد رحمه الله اذا كان معروفا فالظاهر من حاله انه لا يخفى نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يخفى الرجل نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل ثم لابد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر اي في قرية حاضرة حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي بغيبة يستحلفه ويخلي سبيله ولا يكفل اي لا يكفل خصمه لعدم الفائدة هي الحضور عند حضور شهوده وذلك في الممالك محال والغائب كالمالك من وجه اذ ليس كل غائب نوب قال اي القدوري في مختصره فان فعل اي فان اعطى خصمه الكفيل فبها والا اي وان لم يعط اكفيل يلازمه اي المدعي بلازمة خصمه ليلا يذهب حقه اي حق المدعي الا ان يكون غريبا على الطريق اي الا ان يكون المدعي عليه غريبا على الطريق اي مسافرا فيلازم اي فيلازم المدعي المدعى عليه مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس اي وكذا لا يكفل المدعي عليه اذا كان مسافرا الا الى آخر مجلس القاضي فلا استثناء انصرف اليهما اي الاستثناء المذكور في مختصر القدوري الى قوله الا ان يكون غريبا منصرف الى التكفيل والملازمة جميعا لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اي على مقدار مجلس القاضي اضرارا به اي بالمدعى عليه يعني ان الضرر في هذا المقدار اي في مقدار مجلس القاضي ظاهر اي من حيث الظاهر لان هذا القدر لا ينقطع عن الحقوق فاذا جاء وان قيام القاضي عن مجلسه ولم يحضر المدعي بينة فان القاضي يحلف المدعى عليه ويخلي سبيله لنه ذهب حيث شاء فان اختلف الطالب المطلوب فقال المطلوب انا مسافر وقال الطالب انه لا يريد السفر تكلموا فيه بالتوافق والمعتمد القول قول المدعي لانه متمسك بالاصل فان الاصل هو الاقامة والسفر عارض فيكون القول قول من تمسك بالاصل وقال المعتمد القاضي ليسأله مع من يريد السفر فان اخبره مع فلان فالقاضي يبعث الى الرفقة وينادي ان فلانا هل استدان منكم فان قالوا نعم وهو معسر فان من اراد السفر لا بد من ان يكون متعدا لذلك قال الله تعالى ولو اراد وا الخروج لاعدوا له عدة فان قالوا نعم قد استعد لذلك المعتمد قولهم الى قوله فيقبل في مدة يحسب لها ذهاب المحمل فان حضر المدعي بينة في هذه المدة والا خلى سبيل المطلوب الا ان لم يعلموا حال الفتن لعلم انه يبقى ثلثة ايام لاجل الاستعداد فتعطى بالبينة يحبس على اعطاء الكفيل ثلثة ايام كذا في غاية البيان قال المصنف رحمه الله ذكر في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى والذي يذكره المصنف هو هناك هو انه يدور معه اينما دار ولا يحبسه لانه سبب لدخول دار ولا يتمكن من الخروج على باب دار والى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة انتهى وقال في الفتاوى الصغرى وتفسير الملازمة ان يدور معه حيث دار وحيث اقام حتى يدور معه اينما دار لكن لا يجلس معه في ذلك حبس هو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل هو متصرف والمدعي يدور معه واذا انتهى المطلوب الى داره فان الطالب لا يمنعه من الدخول على اهله بل يدخل المطلوب على اهله والطالب ملازم يجلس على باب داره ثم قال رأيت في الزيادات في الباب الخامس والاربعين ان المطلوب اذا اراد ان يدخل بيته فللمدعي ان يأذن المدعي بالدخول معه او يجلس معه على باب الدار لا يتركه حتى دخل الدار وجد فرجا يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة انتهى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف لما ذكر في اول اليمين اي في اثناء وضع يحلف ذكر في هذا الفصل صفتها لان كيفية الشيء وهي ما يقع به المشابهة والامتياز صفته والصفة تقتضي سبق الموصوف قال اي القدوري في مختصره واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه الصلوة والسلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر اقول هنا كلام وهو انه قال في كتاب الايمان اليمين بالله اما باسم آخر من اسماء الله كالرحمن الرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه وهذا صريح في ان اليمين كما يكون بالله تعالى يكون ايضا بصفاته التي يحلف بها في العرف والعصر المستفاد من قوله هنا واليمين بالله تعالى دون غيره يقتضي اختصاص اليمين بالله تعالى وايضا قال هناك ان قال ان فعلت هذا فهو يهودي او نصراني او كافر فيكون يمينا والعصر المستفاد هنا ينافيه ايضا

وقد يؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر والخفاء ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص منه الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة والقاضي بالخيار ان شاء غلظ وان شاء لم يغلظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق قال ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة

ويمكن ان يجاب عن الاول بانه قد اشتهر من مذهب اهل السنة ان صفات الله تعالى ليست عين الذات ولا غيرها فعلى هذا لا ينافي قوله دون غيره صحة اليمين بصفاته المذكورة ولا ينافيها ايضا اختصاص اليمين بالله تعالى بمعنى لا بغيره كما يفيده قوله دون غيره وعن الثاني بان اليمين في الصورة المذكورة وان لم يكن بالله تعالى في ظاهر الحال الا انها كانت به في المال فتامل وفي المبسوط ان الحر والمملوك والرجل والمرأة والفاسق والصالح والكافر والمسلم في اليمين سواء لان المقصود هو القضاء بالنكول وهؤلاء في اعتقاد الحرمة في اليمين الكاذبة سواء كذا في النهاية ومعراج الدراية قد تؤكد اي اليمين بذكر اوصافه اي بذكر اوصاف الله تعالى هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله اي وللقاضي ان يزيد في التغليظ على هذا اي على المذكور وله ان ينقص منه من المذكور لان المقصود من الاستحلاف النكول واحوال الناس فيه مختلفة منهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر اذا حلف بالله فقط ثم منهم من يمتنع بادنى تغليظ ومنهم من لا يمتنع الا بزيادة تغليظ فللقاضي ان يراعي احوال الناس والاصل فيه حديث ابي هريرة رض في الذي حلف بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله الذي لا اله الا هو الرحمن الرحيم الذي انزل عليك الكتاب ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين والمراد بالاحتياط ان يذكر بغير واو اذ لو ذكر والله والرحمن والرحيم بالواوات صارت ثلثة ايمان وتكرار اليمين غير مشروع كذا في النهاية نقلا عن المبسوط لان المستحق عليه يمين واحدة فلا يزاد عليها وان شاء القاضي لم يغلظ فيقول بالله او والله لما مر ان المقصود من اليمين النكول واحوال الناس فيه شتى فمنهم من يمتنع بدون التغليظ فلا يحتاج اليه فالرأي فيه الى القاضي وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح اذ الظاهر منه ان يمتنع بدون التغليظ ويغلظ على غيره لكون امره على خلاف الاول وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير لمثل ما قلنا في القيل الاول قال اي القدوري في مختصره ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وهو قوله عليه الصلوة والسلام من كان حالفا فليحلف بالله او ليذر وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بذلك اي بالطلاق او بالعتاق لقلة المبالاة باليمين بالله اقول يرد عليه ان هذا تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من كان حالفا فليحلف بالله او ليذر فلا يصح على ما عرف في موضعه وفي فتاوى قاضيخان وان اراد المدعي تحليفه بالطلاق والعتاق في ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي الى ذلك لان التحليف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك حرام وبعضهم جوزوا ذلك في زماننا والصحيح ظاهر الرواية انتهى وفي الذخيرة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه اكثر مشائخنا واجازه البعض يفتي بانه يجوز ان الضرورة واذا بالغ المستفتي في الفتوى يفتي بان الرأي الى القاضي انتهى وفي فصول الاستروشني ولو حلف القاضي بالطلاق فنكل لا يقضي عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا انتهى وفي الخلاصة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه اكثر مشائخنا فان مست الضرورة يفتي ان الرأي الى القاضي فلو حلف القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه انتهى اقول قد تلخص من هذه المذكورات كلها ان للقاضي ان يحلف بالطلاق والعتاق عند الحاح الخصم وان يفتي بجواز ذلك ان مست الضرورة ولكن ليس له ان يقضي بالنكول عنه وان قضى به لا ينفذ قضاؤه وعن هذا قال صاحب العناية ولكنهم قالوا ان نكل عن اليمين به لا يقضي عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا ولو قضى به لا ينفذ قضاؤه انتهى لكن فيه اشكال لان فائدة التحليف القضاء بالنكول فاذا لم يجز القضاء بالنكول عما ذكر فكيف يجوز التحليف به الا يرى الى ما مر في بيان دليل ابي حنيفة رحمه الله على عدم جواز الاستحلاف في الاشياء العديدة عنده من ان النكول بذل والبذل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف فيها حيث جعلوا عدم ترتب فائدة الاستحلاف وهو القضاء بالنكول علة لعدم جواز الاستحلاف في الاشياء المذكورة عنده فتامل قال اي القدوري في مختصره ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة

عليه [illegible] والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام لقوله صلى الله عليه وآله وسلم لابن صوريا الاعور
انشدك بالله الذي انزل التوراة على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا لكن اليهودي يعتقد بنبوة موسى والنصراني نبوة عيسى عليهما
فيحلفه على ما يعتقد سئل عما ذكر المنار على ما يحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد في الاصل ويروى عن ابي حنيفة انه لا
يستحلف هذا كله خالصا وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشائخنا لان ذكر النار مع اسم
الله تعالى تعظيم ويمنع ان تعظم غير الكتابيين لان كتبهم محرفة والوثني لا يعلم الا الكفر فما سمي يعتقدون الله تعالى فانه تعالى بريء من
خلق السموات والارض على ما يقولون فلا يحلف بما يعتقدونه لانه محمود عن ذلك قال رحمه الله ويحلف المسلم بالله تعالى لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل
بدون ذلك وانما يغلظ عليه بالمكان اذا كان يستحل الحلف فيه حيث يكلف حضوره ويؤمر بالتغليظ قال من عرف من اليهود انه يستحل الحلف بالله ما يستحل ان يحلف فيه بكنيسة

على موسى عمران والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عمران يقول اي لقول نبينا عليه الصلاة والسلام لابن صوريا الاعور في المغرب ابن صوريا بالقصر
العجمي انشدك بالله الذي انزل التوراة على موسى عليه السلام ان حكم الزنا في كتابكم هذا اي التحميم هذا الحديث اخرجه مسلم في الحدود واسناده الى البراء بن عازب رضي الله عنه
قال مر النبي عليه السلام بيهودي محمم مجلود فدعاهم فقال نشدتكم الله الذي انزل التوراة على موسى عليه السلام هكذا تجدون حد الزنا
في كتابكم فقال الا فلا لولا انك نشدتني بهذا لاخبرتك نجد الزنا في كتابنا الرجم ولكنه كثر في اشرافنا فكنا اذا اخذنا الرجل الشريف تركناه واذا اخذنا الضعيف اقمنا
عليه الحد فقلنا تعالوا فلنجتمع على شيء نقيمه على الشريف والوضيع فاجتمعنا على التحميم وجلده فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم اني اول من احيى امرك
اذ اماتوه فامر به فرجم وقال شاهدوا رجل هو عبد الله بن صوريا وقد روى باسمه في سنن ابي داود عن سعيد عن قتادة عن بكر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
يعني لابن صوريا الحديث وهو مرسل ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى عليه السلام والنصراني نبوة عيسى عليه السلام اي لتقيد نبوة كل منهم بقيد يغلظ عليه كما ورد مقيدا
بذكر النزل على نبيه ليكون ادعاه عن الاقدام على اليمين الكاذبة ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار بكذا ذكر محمد رح في الاصل وذلك لان المجوس يعتقدون الله تعالى
في النار فيقع عن اليمين الكاذبة فيحصل المقصود وروي عن ابي حنيفة رحمه الله لا يستحلف احد الا بالله تعالى خالصا نفيا لما يعتقد الشريك لغير معنى التعظيم وذكر الخصاف
انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشائخنا لان في ذكر النار مع اسم الله تعظيمها وما ينبغي ان تعظم لان النار كغيرها من المخلوقات فكيف
لا يستحلف المسلم بالله الذي خلق النار وعلى هذا لا يستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وفي المبسوط وكانه وقع عند محمد رح انهم يعظمون النار تعظيم العبادة
فلم يقصدوا التكوال قال تذكر ذلك في اليمين انتهى بخلاف الكتابيين اي التوراة والانجيل لان كتب الله تعالى معظمة فجاز ان تذكر مع اسم الله تعالى والوثني
لا يحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله لا يقال لو كانوا يعتقدون الله تعالى لم يعبدوا
الاوثان لانا نقول انما يعبدونها تقربا الى الله تعالى على زعمهم الا يرى الى قوله تعالى حكاية عنهم ما نعبدهم الا ليقربونا الى الله زلفى واذا ثبت انهم يعتقدون
الله تعالى يمتنعون عن الاقدام على اليمين الكاذبة بالله تعالى فيحصل المقصود عن اليمين وهي النكول قال اي القدوري في مختصره ولا يحلفون في
بيوت عبادهم لان القاضي لا يحضر بيوت عبادهم للحرج بل هو ممنوع عن ذلك لان فيه تعظيم ذلك المكان واحلف يقع بالله تعالى الا بانه
ففي اي مكان حلفه جاز وفي الجنس قال في الماخوذ للحسن ان سأل المدعي القاضي ان يذهب به الى بيعة او كنيسة فيحلفه هناك فلا بأس ان يفعل اذا
رآه كذا في غاية البيان قال اي القدوري في مختصره ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك
اي بدون تعيين الزمان والمكان وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث تكلف حضورها اي حضور الازمان المعينة والاماكن المخصوصة وهو مدفوع
اي الحرج مدفوع بالنص وقال الشافعي رح اذا كانت اليمين في قسامة او في لعان او في مال عظيم فانها تختص بمكان ان كان بمكة فبين الركن والمقام
وان كان بالمدينة فعند قبر النبي عليه الصلاة والسلام وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة والجد العصر
كذا في النهاية نقلا عن المبسوط وشرح الاقطع قال اي القدوري في مختصره ومن ادعى انه ابتاع من انسان عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع
قائم ولا استحلف بالله ما لبث يعني ليستحلف على الحاصل دون السبب واعلم ان هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على الحاصل والسبب الضابط
في ذلك ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع او لا فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعى بالتخليف على
الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى السبب عند ابي يوسف رح الا اذا عرض المدعى عليه بر في السبب

لانه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب ثم يبيع بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال لانه قد يطلق ويحلف في دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت وفي البيت يحلف بالله لقد كان النكاح قد يجدد بعد الابانة يحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول ابي حنيفة رح ومحمد رح اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب الا اذا عرض المدعى عليه بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعي عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع بما ذكر الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ

وسيظهر الكل من الكتاب قال المصنف رح في تعليل المسئلة المذكورة لانه قد يباع العين ثم يقال فيه من الاحالة اي يطرى عليه الاحالة فلا يبقى البيع على حالة فلو استحلف حينئذ على السبب الذي هو البيع هنا تضرر به فاستحلف على الحاصل دفعا للضرر عنه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده اي رد المدعي ولا يحلف بالله ما غصبت ايضا من قول القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله لانه قد يغصب ثم يتبايعان بالبيع الفاسد ثم يفسخ اي يفسخ الغصب بالهبة والبيع فلو حلف المدعى عليه على السبب الذي هو الغصب هنا تضرر به فحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال وهذا ايضا من قول القدوري قال صاحب النهاية والكفاية شارح هذا في قولهما لما ان الاستحلاف في النكاح قولهما اقول الاولى ان يقال هذا على قول محمد رح لان الاستحلاف في النكاح مطلقا وان كان يجري على قولهما معا لما ان الاستحلاف فيه على الوجه المذكور هو الاستحلاف على الحاصل انما يجري على قول محمد رح فقط اذ لا استحلاف فيه على قول ابي يوسف رح انما هو على السبب كما يتبادر عليه قول المصنف فيما سياتي اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب نعم سيقول المصنف هناك ايضا الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل لكن الكلام ههنا في الاستحلاف على الحاصل مطلقا اي سواء عرض او لم يعرض بدليل انه ذكر فيه قطعا بيان الخلاف فيه بقوله وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله على قول ابي يوسف رح اذ لا خلاف في صورة التعريض قال المصنف في التعليل لانه قد يطرأ عليه الخلع اي يطرأ على النكاح الخلع فلو حلف على السبب الذي هو اصل النكاح ههنا اي تضرر به فحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة مما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقتها ثلاثا ايضا من قول القدوري فكان ذكر الدعوى في هذه المسئلة التي هي اخرى المسائل المتناسبة المذكورة ههنا انما هو اشارة الى انها معتبرة في المسائل السابقة ايضا وان لم يكن مذكورا عقيبها صريحا قال المصنف في التعليل هذه المسئلة لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فرع على جملة ما ذكره في تلك المسائل فحواه يحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه على ما مر تقريره وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اي التحليف على الحاصل في الوجوه المذكورة قوله قال بعض العلماء ههنا كذا وهو انه لا يحلف في النكاح عند ابي حنيفة رح فلا يكون التحليف فيه على الحاصل عنده كما لا يخفى انتهى اقول هذا ظاهر لكن الظاهر ايضا ان يقال كلام المصنف هذا على التغليب اي تغليب سائر الوجوه على حكم وجه النكاح اعتمادا على ظهور عدم جريان الاستحلاف في النكاح عند شيخ ان بعض الفضلاء تصدى توجيه الكلام ودفع الاعتراض عن المقام حيث قال اي التحليف على الحاصل قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وليس معناه ان التحليف على الحاصل في جميع الامور المذكورة قول ابي حنيفة رح حتى يعترض عليه بانه مخالف لما سبق من انه لا يحلف عنده في النكاح انتهى اقول لا يخفى على ذوي فطرة سليمة ان قول المصنف اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب يابى ما قاله هذا الفاضل اذ قد صرح المصنف رح ههنا بلفظ التعميم تعميما لكون الخلاف بين ابي يوسف رح وصاحبيه في جميع الوجوه المذكورة لا في كيفية التحليف في البعض بعد اتفاقهم على التحليف في الجميع فتدبر واما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك اي في جميع الوجوه المذكورة على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا اي الا اذا عرض المدعى عليه بما ذكرناه من ارتفاع السبب وصفة التعريض ان يقول المدعى عليه للقاضي اذا اعرض القاضي اليمين عليه بالله ما لبعت ايها القاضي ان الانسان قد يبيع شيئا ثم يقبل فيه وعلى هذا في اخوات البيع فحينئذ يحلف على الحاصل اي فحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف على حكم الشيء في الحال وصار البعد عن اليمين على مقتضى الدعوى حقا للمدعي عليه حين طالب به كذا في النهاية فقال عند شرح الاصل ينظر الى انكار المدعى عليه اي روي عنه انه ينظر الى انكار المدعي عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل في فتاوى قاضيخان قال شمس الائمة هذا احسن الاقاويل عندي وعليه كثر القضاة وفي الكافي قال فخر الاسلام يفوض الى راي القاضي والحاصل هو الاصل عندهما اي التحليف على الحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا اي اذا كان سبب ذلك سببا يرتفع بما ذكر الا اذا كان فيه اي في التحليف على الحاصل ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ

يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعي بنوتة نفقة العدة والزوجية من كبيرها او دعى شفعة بالجوار والمشتري كبير وصدقه ليس له ان يحلف على الحاصل ليصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وان كان سببه كبيرا نعم رافع ذلك التحليف على السبب بالاجماع كالصبي المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر اذا يتكرر الرق عليهما بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق ولا يكرر على الصبي المسلم قال او مبرسن عبد او دعاه آخر ولا بينة له استحلف على علمه اي الوارث على علم الميت لا يحلف على البتات لو موهوب له او اشتراه يحلف على البتات لو موهوب له اذ الشراء سبب لثبوت الملك ظاهرا وكذا الصنعة

يثبت على السبب بالاجماع وذلك اي ما كان في التحليف على السبب فيه ترك النظر في جانب المدعي مثل ان تدعي بنوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يرى نفقة العدة للبنوة او دعى شفعة بالجوار والمشتري لا يرى ذلك بان كان شافعيا لانه لو حلف على الحاصل ليصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي فلا يقبل في التحليف على السبب ضررا بالمدعي عليه ايضا بجواز انه اشترى ولا شفعة له بان سلم او سكت عن الطلب فلنا القاضي لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما فكان مراعاة جانب المدعي اولى لان السبب الموجب للحق وهو الشراء اذا ثبت ثبت الحق وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على معارضه كذا ذكره الصدر الشهيد في ادب القاضي كذا في النهاية ومعراج الدراية وان كان سببا اي ان كان سبب ذلك سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه وجحد المولى فانه يحلف على السبب بالعتق لانه لا طريق الى التحليف على الحاصل اذ لا يجوز ان يحلف على عدم الاعتاق كيف ولو تصور عود الرق فانما يتصور على تقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد ولا يمكن ذلك بالنسبة الى المسلم لانه يقتل بالارتداد بخلاف الامة والعبد الكافر حيث يحلف فيهما على الحاصل اي ما هي حرة او ما هو في الحال كذا في الكافي لانه يكرر الرق عليهما اي على الامة بالردة واللحاق بدار الحرب والسبي وعليه اي يكرر الرق على العبد الكافر بتنقض العهد واللحاق بدار الحرب والسبي ايضا ولا يكرر على العبد المسلم لما ذكرناه آنفا قال اي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب القضاء ومن ورث عبدا او دعاه آخر ولا بينة له استحلف اي الوارث على علمه اي بالله ما يعلم ان هذا عبد المدعي لانه لا علم له اي للوارث بصانع المورث فلا يحلف على البتات اذ لو حلفناه عليه لا تنع عن اليمين مع كونه صادقا فيما اعتقده كذا في الكافي وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات يعني ان وهب له هذا العبد او اشتراه وادعاه آخر ولا بينة له يحلف على البتات لوجود المطلق الذي هو اليمين على البتات اذ الشراء سبب لثبوت الملك ظاهرا وكذا الهبة فان قيل سبب التحليف لا يرفع الفرق بين الارث وغيره فان الارث ايضا سبب موضوع للملك شرعا كالبيع فكيف يتحلف فيه على العلم قلنا ان معنى قولنا الشراء سبب لثبوت الملك ظاهرا ان ذلك سبب يثبت الملك باختيار المشتري مباشرته ولو علم ان المبيع الذي اشتراه لملك البائع لما باشر الشراء اختيارا فكذا الموهوب له في قبول الهبة بخلاف الارث فانه يثبت الملك للوارث جبرا من غير اختياره ولا علم له بحال ملك المورث فلذلك يحلف الوارث بالعلم والمشتري الموهوب له بالبتات كذا في الشروح ثم اعلم ان هذا نوع آخر ايضا من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم او البتات والضابط في ذلك ان التحليف ان كان على فعل لا يكون على البتات وان كان على فعل غيره يكون على العلم فان قيل اذا يستقيم هذا دعوى عليه بل اباق عبد قد باعه والمدعى عليه بكر الاباق فانه يحلف عليه على البتات مع ان الاباق فعل غيره قلنا المدعي يدعي عليه تسليم غير المبيع عن المبيع وهو بنيله وانه فعل نفسه كذا في الكافي قال الامام الاستروشني في الفصل الثالث من الجامع وذكر كيفية التحليف فنقول ان وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من كل وجه بان ادعى على رجل انك سرقت هذا العين مني او غصبت هذا العين مني يستحلف على البتات وان وقعت الدعوى على فعل الغير من كل وجه يحلف على العلم حتى لو ادعى دينا على ميت بصفة وارثه بسبب الاستهلاك او ادعى ان اباك سرق هذا العين مني او غصب هذا العين مني يحلف على العلم وهذا هو ما قال شمس الائمة الحلواني هذا الاصل مستقيم في المسائل كلها ان التحليف على فعل الغير يكون على العلم الا في الرد بالعيب بيد ان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق او آبق وانكر البائع ذلك او سرقت مني يد فلان او سرق في يد البائع والتحليف على البائع يحلف على البتات بالله ما ابق بالله ما سرق في يدك وبعد التحليف على فعل الغير وهو البائع من تسليم المبيع سليما عن العيوب والتحليف يرجع الى اضافته فيكون على البتات وكان محمد الاسلام البزدوي يزيد على هذا الاصل حرفا وهو ان التحليف على فعل نفسه على البتات وعلى فعل الغير على العلم الا اذا كان شيئا يتصل به فحينئذ يحلف على البتات خرج على هذا فصل الرد بالعيب لان ذلك شيء يتصل به لان تسليم المبيع سليما واجب على البائع فان وقعت الدعوى على

قال ومن ادعى على الآخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة دراهم فهو جائز وهو ماثور عن عثمان رضي الله عنه

فعل المدعى عليه من وجه وعلى فعل غيره من وجه بان قال اشتريت مني استاجرت مني استقرضت مني فان هذه الافعال فعله وفعل غيره فانها تقوم باثنين ففي هذه الصور يحلف على البتات وقد قيل ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال الذي استحلف لا علم لي بذلك فاما اذا قال لي علم بذلك يحلف على البتات الا يرى ان المودع اذا قال قبض صاحب الوديعة الوديعة منه فانه يحلف المودع على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقر البائع ان الموكل قبض الثمن وجحد الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه فاذا حلف يرى المشتري ويحلف الوكيل على البتات بالله لقد قبض الموكل وهذا تحليف على فعل الغير ولكن الوكيل يدعي ان له علما بذلك فانه قال قبض الموكل فكان له علم بذلك فيحلف على البتات الى هنا لفظ الفصول كذا في غاية البيان وذكر الامام اللامشي ان في كل موضع وجبت اليمين على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجبت على العلم فحلف على البتات سقط عنه الحلف على العلم ولو نكل يقضى عليه لان الحلف على البتات اقوى كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفصول وقال بعض الفضلاء قال الزيلعي اخذا من النهاية ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات اكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس انتهى وفيه بحث اما اولا فلان قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغي بل اللائق ان يقضى بالنكول فانه اذا نكل عن الحلف على العلم ففي الحلف على البتات اولى والجواب المنع لجواز ان يكون نكوله لعلم بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرار واما ثانيا فلان قوله ويقضى عليه اذا نكل محل تامل فانها اذا لم يجب عليه كيف يقضى عليه اذا نكل الى هنا كلام ذلك القائل واقول بحثه الثاني متوجه في الظاهر ولكنه ليس بمستقل بايراده بل قد سبقه اليه بعض العلماء حيث ذكر ما في النهاية وقال فيه كلام وهو ان الظاهر عدم الحكم بالنكول لعدم وجوب اليمين على البتات كما لا يخفى انتهى وقد سبقهما اليه الامام عماد الدين حيث قال في فصوله ورأيت فيما كتبت من نسخته المحيط في فصل المتفرقات من ادب القاضي منه في كل موضع وجب اليمين على البتات فحلف القاضي على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجب على العلم فحلفه على البتات يسقط عنه الحلف لان البتات اقوى ولو نكل عنه يقضى عليه قلت وهذا الفرع مشكل انتهى ولا يخفى ان مراده بهذا الفرع هو قوله ولو نكل عنه يقضى عليه وان وجه اشكال توجه ما ذكراه واما بحثه الاول وجوابه فمنظور فيهما اما البحث الاول فلان اللازم من النكول عن الحلف على العلم ان يفهم نكوله عن الحلف على البتات لو حلف عليه لا ان يتحقق النكول عن الحلف على البتات بالفعل والذي من اسباب القضاء هو الثاني دون الاول كما لا يخفى واما الجواب فلانه لو علم بيقين كون نكوله لا لعلمه بعدم فائدة النكول اليمين على الحكم فالحكم ايضا ما ذكر ولا يجري الجواز المذكور هناك على انه لا وجه لقوله فلا يحلف حذرا عن التكرار اذ المحذور تكرار التحليف لا تكرار الحلف كما لا يخفى قال اي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب القضاء ومن ادعى على آخر الا فافتدى يمينه اي افتدى الآخر عن يمينه او صالحه منها اي صالح الآخر المدعي من اليمين على عشرة دراهم مثلا فهو اي الافتداء او الصلح جائز فالافتداء قد يكون بمال هو مثل المدعى وقد يكون بمال هو اقل من المدعى واما الصلح من اليمين فانما يكون على مال اقل عن المدعى في الغالب لان الصلح ينبئ عن الحطيطة وكلاهما مشروع كذا في النهاية ومعراج الدراية وهو اي الافتداء عن اليمين ماثور عن عثمان رضي الله عنه قال صاحب العناية ولفظ الكتاب يشير الى انه كان مدعى عليه ذكر في الفوائد الظهيرية انه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر ان مقداد بن الاسود استقرض من عثمان سبعة آلاف درهم ثم قضاه اربعة آلاف درهم فترافعا الى عمر رض في خلافته فقال المقداد ليحلف يا امير المؤمنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر رض لعثمان رض انصفك المقداد احلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان رض

وليس له ان يستحلف على ذلك ولمن ابرأه لانه اسقط حقه

باب التحالف

قال واذا اختلف المتبايعان في المبيع وادعى احدهما ما ينافي دعوى صاحبه او ادعى البائع اكثر منه واعترف البائع بقبض من المبيع وادعى المشتري العشر منه

فلما خرج المقداد قال عثمان رض لعمر رض انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك ان تحلفه وقد حمل ذلك اليك فقال عثمان رض عند ذلك ما قاله فيكون دليلا للشافعي رح على جواز رد اليمين على المدعي والجواب انه كان يدعي الابراء على عثمان رض وبه نقول انتهى وقال بعض الفضلاء فيه نظر لان المقداد اذا قضاه اربعة آلاف كيف قال عثمان رض انها كانت سبعة آلاف ثم ان القصة بما لا يشك عاقل لا يصدره اذ لا يمين فيها الا النكول للاقتداء والصلح انتهى واقول نظيره ساقط اما القصة الاولى فلان معنى قول عثمان رض انها كانت سبعة آلاف انها كانت في الاصل سبعة آلاف كما يرشد اليه لفظ كانت لان الباقية في ذمته الان سبعة آلاف ولا يخفى ان قضاء اربعة آلاف انما ينافي الاول دون الثاني فان قلت ينبغي حينئذ ان يكون الجواب انه كان يدعي الايفاء على عثمان رض اذ النزاع ح يكون في الايفاء دون مقدار اصل القرض كما ذكرت قلت المراد به انه كان يدعي الايفاء تمام الدين وهو اربعة آلاف على عثمان رضي الله عنه وهو ينكر ذلك ويقول بل وفيت البعض منه وهو اربعة آلاف وبقي البعض منه في ذمتك وهو ثمانية آلاف فح يكون النزاع في الايفاء فرع النزاع في اصل مقدار القرض فتسلم القصة عن تعارض طرفيها كما توهمه ان نظر ويخرج الجواب عما قاله الشافعي رح وما شقق الثاني فلانه لم يدع احد ان القصة مما لا يصدره بل صرحوا بان عثمان رضي الله عنه كان مدعيا في هذه القصة للصلح ان يعضده الشافعي رح دليلا على مذهبه وهو جواز رد اليمين على المدعي وان امكن الجواب عنه من قبلنا وانما كان مدعي عليه وضعفنا عن يمينه بما لا في رواية مذكورة في الفوائد الظهيرية والمقصود البنية على ان قول الصدر وهو ما نقل عن عثمان رضي الله عنه انما تم على رواية بعض الكتب دون رواية بعضها وقد اشار اليه صاحب النهاية حيث قال اولا وفحوى الكتاب يشير الى انه كان مدعى عليه فذكر ما ذكر في الفوائد الظهيرية ثم نقل هذه القصة فقال فيكون دليلا للشافعي رح على جواز رد اليمين على المدعي واعلم ان صاحب النهاية قد اوضح المرام بتفصيل الكلام في هذا المقام فقال قد اختلفت روايات الكتب في ان عثمان رضي الله عنه كان مدعى عليه في ذلك او مدعيا ففي الفتاوى الظهيرية انه اذا ادعى عليه اربعون درهما فعلى شيا والفتوى يمينه ولم يحلف فقيل لا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال بذلك بسبب يمينه الكاذبة وذكر في الباب الاول من دعوى المبسوط في احتجاج الشافعي رح في مسئلة رد اليمين على المدعي ان عثمان رضي الله عنه كان مدعيا فقال وحجة في رد اليمين على المدعي عليه روي ان عثمان رض ادعى مالا على المقداد بين يدي عمر رضي الله عنه الى ان قال التحلف لي عثمان ثم ذكر الامام المحبوبي رح تمام القصة فقال روي ان مقداد بن الاسود استقرض من عثمان رضي الله عنه سبعة آلاف درهم فقضاه اربعة آلاف درهم فترافعا الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد يا امير المؤمنين ان الامر كما يقول ولي انه سبعة آلاف فقال عمر رض لعثمان رض ألعلك المقداد ليحلف انها كما تقول وقد ابى فلم يحلف عثمان رض فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضي الله تعالى عنهما انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك ان تحلفه وقد حمل ذلك اليك فقال عثمان عند عند ذلك ما قاله ثم قال في المبسوط وتأويل حديث المقداد انه ادعى على عثمان رض الايفاء فعلى هذا يقول الى هنا كلام صاحب النهاية وليس لاحد ان يخالفه على تلك اليمين التي يحلف المدعى عليه على تلك اليمين التي اقتدى هنا وصالح عنها على مال اجابه الى ذلك من الاوقات لانه اسقط حقه اي لان المدعي اسقط حقه في يمين المدعى عليه بالاقتداء والصلح بخلاف ما لو اشترى بيعة بعشرة دراهم فانه لم يجبر وكان له ان يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال كذا في الشروح وسائر المعتبرات

باب التحالف لما ذكر حكم يمين الواحد شرع في بيان حكم يمين الاثنين لان الاثنين بعد الواحد طبعا فراعاه في الوضع لمناسبة الوضع الطبع قال اي القدوري في مختصره واذا اختلف المتبايعان في المبيع فادعى احدهما اي المشتري ثمنا باقل من الثلاثة بمائة وادعى البائع اكثر منه بان قال بعته بمائة وخمسين او اعترف البائع بقبض من المبيع باقل مما ادعاه المشتري اكثر منه بان قال هو كل ان من الحنطة والحاصل اذا وقع الاختلاف بينهما

واقام احدهما البينة قضى له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر

في قدر الثمن كما في الصورة الاولى او في قدر المبيع كما في الصورة الثانية فاقام احدهما البينة قضى له بها اي بالبينة لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها لان البينة توجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجب عليه وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات اي وضعت في الشرع للاثبات فكل ما كان اكثر اثباتا كان اولى ولا تعارض في الزيادة لان البينة المثبتة للاقل لا تتعرض للزيادة فكانت البينة المثبتة للزيادة سالمة عن المعارض كذا في غاية البيان قال تاج الشريعة فان قلت البينة التي تثبت الاقل تنفي الزيادة لانها تثبت ان كل الثمن هذا القدر قلت المثبتة للزيادة تثبتها قصدا وتلك لا تنفيها قصدا فكانت الاولى اولى لما قامت بينهما معارضة انتهى اقول جوابه هذا وان كان صحيحا في نفسه الا انه غير مطابق لظاهر تقرير المص رح فان المفهوم منه انتفاء التعارض بين البينتين في الزيادة والمفهوم من هذا الجواب تحقق التعارض بينهما في الزيادة ومع رجحان البينة المثبتة للزيادة على البينة النافية لها فتامل ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا بان قال البائع مثلا بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتها وهذا العبد معها بخمسين دينارا واقاما بينة فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات فالجارية والعبد جميعا للمشتري بمائة دينار في المثال المذكور وقيل هذا قول ابي حنيفة رح اخرا وكان يقول اولا وهو قول زفر رح يقضى للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارا نظير هذه المسئلة في الاجارات كذا في الشروح ثم المراد من قوله ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا اي في قدرهما على ما ذكرنا من صورة المسئلة واما اذا اختلفا في جنس الثمن واقاما البينة فالبينة بينة من الاتفاق على قوله كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار واقاما البينة لزم البيع بالعبد وتقبل بينة البائع دون حق المشتري لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه اولى بالقبول لانه يثبت ببينة الحق لنفسه في العبد والمشتري ينفي ذلك والبينات للاثبات لا للنفي كذا في النهاية نقلا عن المبسوط اقول في التعليل الثاني بحث اما اولا فبالمعارضة فان المشتري يثبت ببينة الحق للبائع في مائة دينار والبائع ينفي ذلك والبينات للاثبات لا للنفي فينبغي ان تقبل بينة المشتري دون البائع واما ثانيا فبالنقض فانه لو تم هذا التعليل لافاد عدم قبول بينة المشتري عند انفراده باقامة البينة ايضا اذ ح تنفي المشتري ايضا ببينة حق البائع بما ادعاه والبينات للاثبات لا للنفي مع ان المسئلة على انه اذا اقام احدهما البينة قضى له بها قطعا واما ثالثا فبالمنع فانا لا نم ان المشتري تنفي ببينة ما يثبته البائع بل هو يثبت لها ما يدعيه نفسه وهو كون حق البائع في مائة دينار ويسكت عما يثبته البائع وهو كون حقه في العبد فان حصل مما يثبته المشتري نفي ما يثبته البائع فانما هو بالتبع والتضمن لا بالاصالة والقصد وذلك لا ينافي كون وضع البينات للاثبات دون النفي وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اي يقول الحاكم للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اي يقول للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود اي المقصود من شرع الاسباب قطع المنازعة ودفع الخصومة وهذا جهة فيه اي القول المذكور للبائع وللمشتري جهة في قطع المنازعة لانه ربما لا يرضيان اي المتبايعان بالفسخ فاذا علما به اي بالفسخ يتراضيان اي يدعي كل واحد منهما اقول لقائل ان يقول كما ان ما ذكر جهة في قطع المنازعة كذلك عكس ذلك جهة فيه بان يقال للبائع اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه المشتري والا فسخنا البيع وان يقال للمشتري اما ان تقبل ما اعترف به البائع من المبيع والا فسخنا البيع وبالجملة ان قطع المنازعة كما يمكن بان يكلف مدعي الاقل بالرضى بالاكثر يمكن ايضا بعكسه وهو ان يكلف مدعي الاكثر بالرضى بالاقل فما الرجحان في اختيارهم الجهة المذكورة دون عكسها فتامل فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر قال صاحب النهاية في شرح قول المص فان لم يتراضيا اي بان يعطي كل واحد ما يدعي صاحبه انتهى اقول فيه قصور لان هذا لا يتصور الا في الصورة الثالثة من الصور الثلث المذكورة وهي ما اذا اختلفا

وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكرها والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفي بحلفه

في الثمن والمبيع جميعا دون الصورتين الاخريين اذ قد مر في الكتاب ان صورة الاختلاف في الثمن ان يدعي احدهما ثمنا ويدعي الآخر اكثر منه وان صورة الاختلاف في المبيع ان يدعي احدهما قدرا من المبيع ويدعي الآخر اكثر منه فلو اعطى كل واحد يدعي صاحبه في هاتين الصورتين لزم اعطاء الثمنين معا او اعطاء المبيعين معا وهذا خلف ولا يخفى ان ما ذكره المص ههنا حكم عام للصور الثلث جميعا فلا يناسبه التفسير المزبور وقال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام اي ان لم يتراض البائع والمشتري يعني لم يرض البائع بما ادعاه المشتري من المبيع ولم يرض المشتري بما ادعاه البائع من الثمن يستحلف القاضي كل واحد من البائع والمشتري على دعوى صاحبه انتهى اقول وفيه ايضا قصور لان هذا ايضا لا يجري الا في الصورة الثالثة من تلك الصور الثلث كما لا يخفى على ذي مسكة فلا يناسب ما ذكره المص ههنا من الحكم العام للصور الثلث كلها واما سائر الشراح فلم يتعرضوا ههنا للشرح والبيان فالحق عندي في شرح المقام ان يقال اي ان لم يتراض البائع والمشتري على الزيادة سواء كانت مما يدعيه احدهما كما في الصورة الاولى والصورة الثانية او ما يدعيه كل واحد منهما كما في الصورة الثالثة استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر فح يجري معنى الكلام وفحوى المقام في كل صورة كما ترى وهذا التحالف قبل القبض اي قبل قبض المشتري السلعة كذا في النهاية ومعراج الدراية على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره اي ينكر ما ادعاه البائع والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل منهما منكر فيحلف لان اليمين على المنكر بالحديث المشهور واما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فيكتفي بحلفه اي كان القياس ان يكتفي بحلفه فان قلت اذا لم يدع المشتري شيئا فيما بعد القبض ينبغي ان لا يقبل بينته في هذه الصورة اذا اقامها لان البينة للمدعي مع انه قال فيما قبل فاقام احدهما البينة قضي له بها قلت المراد ان المشتري لا يدعي شيئا ادعاء معنويا فيما بعد القبض وهذا لا ينافي ان يكون المشتري مدعيا ادعاء صوريا في هذه الصورة وبينة المدعي صورة تسمع على ما مر جوابه كما اذا ادعى المودع رد الوديعة على ما مر لا يقال ان كان المشتري مدعيا صورة فيما بعد القبض يكون البائع منكرا لا ادعاه صورة فيصير التحالف ههنا ايضا موافقا للقياس لانا نقول لم يقل احد بتحليف المنكر الصوري بل انما اليمين ابدا على المنكر الحقيقي بخلاف المدعي الصوري فان البينة تسمع منه على ما ذكروا ذلك ان تقول في الجواب عن اصل السؤال ان المشتري لا يدعي شيئا فيما بعد القبض وقبول بينته فيه لدفع اليمين عنه لا لكونه مدعيا وهذا اي قبول البينة من غير المدعي لدفع اليمين كثير من مسائل الفقه يعرفه من تتبع الكتب وهذا الوجه من الجواب هو الاوفق لما رويناه حقا في شرح مراد المص من كلامه المذكور في صدر كتاب الدعوى فتذكر اقول بقي ههنا شيء وهو انه ان اراد المص بكلمة هذا في قوله وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس الاشارة الى ما في صورة الاختلاف في الثمن فقط من الصور الثلث المذكورات كما هو الظاهر من اختصاص الدليل الذي ذكره بقوله لان البائع يدعي زيادة الثمن الخ بتلك الصورة فلا يخلو الكلام عن الوكالة لفظا ومعنى اما الاول فلان تلك الصورة بعد الصور المذكورة فالاشارة الى ما فيها بلفظ القريب بعيد واما الثاني فلان الاصل المذكور اعني كون التحالف قبل القبض على وفاق القياس وبعده على خلافه غير مخصوص بتلك الصورة بل هو جار ايضا في صورة الاختلاف في المبيع فان المشتري يدعي فيها قبل قبض البائع الثمن زيادة المبيع والبائع ينكره والبائع يدعي وجوب تسليم الثمن بما اعترف من المبيع والمشتري ينكره فكل منهما منكر فيحلف واما بعد قبض البائع الثمن فلا يدعي على البائع شيئا لان الثمن سالم له فبقي دعوى المشتري في زيادة المبيع والبائع ينكره فيكتفي بحلفه ولقد افصح الامام الزيلعي عن عدم اختصاصه بتلك الصور حيث قال في التبيين وهذا اذا كان قبل قبض احد البدلين فظاهر وهو قياس وان كان بعده فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعي شيئا على صاحبه وانما ينكر ما ادعاه الآخر انتهى فاذا لم يكن الاصل المذكور مخصوصا بتلك الصورة لم يظهر لتخصيص الاشارة الى ما فيها وجه وان اراد بها الاشارة الى جنس التحالف فلا يخلو المقام عن الوكالة لفظا ومعنى ايضا اما الاول فلان لفظ هذا يصير حينئذ زائدا لا موقع له في الظاهر

الكلام فيه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا قال ويبدى بيمين المشترى وهذا قول محمد ابي يوسف رح آخرا ورواية عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح كان للمشتري انكار الاصل لانه يطالب بالثمن وكان يجعل ناكلا لانه يجعل ناكلا عن اليمين المردودة والنكول لا يوجب الحكم بالنص ولو بدئ بيمين البائع فنكل عن المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف رح يقول ولا يبدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام فاذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر واقل فائدته التقديم فان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدء القاضي بيمين ايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين قال في الزيادات

وما الثاني فلان الدليل الذي ذكره يقول لان البائع يدعي زيادة الثمن الخ يصير اخص من المدعى ثم اعلم ان صاحب الكافي وكثيرا من الثقات تركوا الكتابة هذا في بيان الاصل المذكور وذكروا ايضا في دليل مخالفة للقياس بعد القبض ما يخص بصورة الاختلاف في الثمن فقط ويمكن توجيه الكل بعناية فتامل لكنا عرفنا بالنص استدراك من قوله فيكتفي بحلفه يعني كان القياس في صورة الاختلاف بعد القبض ان يكتفي بحلف المشتري لكنا عرفنا التحالف بالنص وهو قوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا قال صاحب العناية وللقائل ان يقول هذا الحديث مخالف للمشهور فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان كان فكذلك لعموم المشهور او يتعارضان لترجيح انتهى اقول في الجواب عنه قد تقرر في كتب الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارة النص فحينئذ يكون هذا الحديث راجحا على المشهور لان الحديث يدل بعبارته على استحلاف المدعى ايضا فيما نحن فيه اما الحديث المشهور فلا يدل الا بعبارته على عدم استحلاف المدعى عليه فقط فلا يدل عليه الا باشارته حيث يفهم من تقسيم المتحالفين او من جعل جنس الايمان على المنكرين كما هو فهوا ذن مرجوح قال ابي القدوري في مختصره ويبتدئ ابي القاضي بيمين المنكر قال المصنف وهذا قول محمد وابي يوسف اخرا ورواية عن ابي حنيفة رحمهم الله تعالى وهو الصحيح احترازا عن القول الاول لابي يوسف رح كما سيجيء لان المشتري اشتبه الانكار لانه يطالب اولا بالثمن فهو البادي بالانكار قال صاحب العناية وهذا يدل على تقدم الانكار دون شدته ولعله اراد بالشدة التقدم وهو انسب بالمقام لانه لما تقدم في الانكار تقدم في الذي يترتب عليه انتهى اقول فيه نظر لان الظاهر ان مدار ما ذكره المصنف على كون البادي اظلم لكونه منشأ للثاني ايضا فيكون اشد كما يكون اقدم ويجوز ايضا ان يكون مداره على ان المشتري لما كان مطالبا اولا بالثمن كان منكر الشيئين اصل الوجوب وهو سبب الاداء في الحال فكان اشد انكارا وعند هذين المجيبين الصحيح الجواب الكلام على الحقيقة كيف يجوز جعل الاشد على الاقدم مع جواز مع عدم ظهور العلاقة بينهما ولانه تحمل عبارة النكول اي بالاتيان بيمين المشتري وهو اي فائدة النكول الزام الثمن فذكر الضمير الراجع الى الفائدة اما باعتبار الخبر وهو الزام الثمن او بتاويل الفائدة بالنفع ولو تركوا بيمين البائع تناقض المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن لان تسليم المبيع يوخر الى زمان استيفاء الثمن لانه تعالى امسك المبيع الى ان يستوفي الثمن فكان تقديم ما تعجل فائدته اولى كذا في الكافي وكان ابو يوسف رح يقول اولا يبدأ بيمين البائع وذكر في المنتقى وفي جامع ابي الحسن رواية عن ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح كذا في العناية وعليه القول لعليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع وجه الاستدلال انه عليه الصلوة والسلام خصه بالذكر اي خص البائع بالذكر حيث قال فالقول ما قاله البائع واقل فائدته اي فائدة التخصيص التقديم يعني انه عليه الصلوة والسلام جعل القول قول البائع وهذا بظاهره يقتضي الاكتفاء بيمينه فلا اقل من ان يبدأ بيمينه في غاية البيان قال في شرح الاقطع جوابا عن هذا الحديث انما خص البائع بالذكر لان يمين المشتري معلومة لا يكمل القوم والبينة على من انكر فسكت صلى الله عليه وسلم عما تقدم بيانه وبين ما يكمل لم يتقدم بيانه انتهى اقول فيه نظر الان قوله عليه السلام واليمين على من انكر كما هو دليل في حق المشتري دليل ايضا في حق البائع فاقتضى ان كل واحد منهما يكرر في كل واحدة من الصور الثلث المذكورة فيما اذا اختلفا قبل القبض وبعده او بعد القبض ففي صورة الاختلاف في الثمن بعد قبض المبيع انكر البائع وهو المشتري في صورة الاختلاف في المبيع بعد قبض الثمن انكر المشتري وهو البائع فاستوى كل واحد من البائع والمشتري في الانكار تحت قوله عليه السلام واليمين على من انكر في اكثر الصور وعدم الاندراج تحته في بعض الصور لا فرق بينهما في اشكال اليمين وعدم اشكالها وتقدم البيان وعدم تقدمه فلم تتم الجواب المذكور ثم ان هذا الذي ذكر من عدم لزوم الابتداء بيمين المشتري على القول الصحيح او بيمين البائع على القول الآخر اذا كان المبيع عين ثمن وان كان بيع عين بعين وهو المسمى بالمقايضة او ثمن ثمن اي بيع ثمن بثمن وهو المسمى بالصرف يبدأ القاضي بيمين ايهما شاء بين البائع والمشتري لاستوائهما اي في الانكار وفي فائدة النكول وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين كذا ذكره في الاصل وقال في الزيادات

يحلف بالله ما باعه بالف وقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت اي على النفي وضعت لا على الاثبات كذا في النهاية ومعراج الدراية دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا قال فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا يفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة وبقال اذا لم يثبت البدل بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد فلا بد من الفسخ في البيع الفاسد **قال** وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل بالنكول مقرا بدعوة معارضا لدعوة الآخر فلزم القول بثبوته **قال** وان اختلفا في الاجل وفي شرط الخيار وفي استيفاء بعض الثمن فالتحالف بينهما

يحلف اي البائع بالله ما باعه بالف وقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا قال في ص ٥ و الاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت اي على النفي وضعت لا على الاثبات كذا في النهاية ومعراج الدراية دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا قال صاحب العناية وفيه نظر لان ذلك لا ينافي التاكيد انتهى اقول بل ينافيه لان وضع الايمان لما كان مقصورا على النفي كما يشهد به تفسيرنا المنقول عن النهاية ومعراج الدراية ودل عليه كلام ص حيث قال عليه ذلك وضعت بتقديم على ذلك على وضعت دون تاخيره عنه على ما هو حقه افاده لقصر وضعها على النفي المشار اليه بذلك لم يجز ادراج الاثبات في اليمين فلو طرق التاكيد والا يلزم الخلو لتمسكه بالزام الزائد على ما يجب عليه شرعا فلا شك ان الذي يجب عليه شرعا ويكون مقابلا للمدعى انما هو نفي ما وضعت اليمين دون ما هو خارج عنه زائد عليه وهو الاثبات فلا بد من الاقتصار على النفي كما ذكرنا وبهذا الفضلا بحمده بجواب عن النظر فلو لم يكن كلام مدخول ومجروح تركنا ذكره ورددناه مخافة التطويل بالاطناب قال اي القدوري في مختصره فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما اي ان طلبا وحلف كل منهما كذا في الكافي والتبيين قال الصنع وهذا اي الذي ذكره القدوري يدل على ان اي البيع لا ينفسخ بنفس [illegible] قال في الكافي وقيل في قول [illegible] كل واحد منهما فبقي بيع بثمن مجهول اي بقي بيع بثمن مجهول كذا في الكافي والكفاية اقول ان [illegible] في معرفة كون [illegible] اي بقي من مجهول اما بجهالة البيع فيما اذا كان البيع والاجارة فاسدا فيما اذا كان البيع والاجارة [illegible] او يقال اذا لم يثبت [illegible] فبقي بيعا [illegible] وفي الكافي قال في الاصل اذا اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فالتحالف بينهما اقول لا نسلم ما ذكره على اصلنا اما على اصل ابي حنيفة فظاهر ان [illegible] قال في الكافي وهذا اي ما ذكره القدوري في مختصره وان اختلفا في الاجل اي في اصله او قدره كذا في الشرح اي في اصله او قدره ايضا كذا في معراج الدراية وغاية البيان او في استيفاء بعض الثمن كذا اذا اختلفا في استيفاء كل الثمن لم يذكره المصنف ان ذلك فرع عن اصل [illegible] كذا في النهاية ومعراج الدراية فلما تحالفا بينهما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد والشافعي وهو مالك يتحالفان لو اختلفا في اصل البيع لم يتحالفا بالاجماع كذا في معراج الدراية ثم ان القول في مسائل الكتاب لما لا يجوز [illegible] شرط الخيار والمشار اليه استيفاء وفي مسئلة الاختلاف في اصل البيع لما عقد ذكر كلما هنا في الكافي بسبحي بعضا في الكتاب قال صاحب العناية واذا اختلفا في الاجل في اصله او في قدره او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فالتحالف بينهما والقول قول البائع انتهى وقال بعض الفضلاء وهذا ليس بسديد لانه قد يكون القول قول المشتري اذا كان مدعي الخيار هو البائع انتهى اقول هذا ظاهر ولكن الغالب ان صاحب العناية سلك ههنا مسلك التغليب اعتمادا على ظهور

لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن او جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر لتعالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف وكذلك الاجل لان ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه قال القول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض قال فان هلك المبيع ثم اختلفا فالقول قول ابي حنيفة

هذه الصورة قال المصنف في تعليل المسائل المذكورة لان هذا اي الاختلاف في الاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن اختلاف في غير المعقود عليه وهو البيع والمعقود به وهو الثمن والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف لان التحالف عرف بالنص والنص انما ورد عند الاختلاف فيما يتم به العقد اذ قد يعلق فيه وجوب التحالف باختلاف المتبايعين هو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع والبيع انما يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل وشرط الخيار واستيفاء الثمن وكذا قيل اذا اختلفا في الشيء بعينه في المبيع او في الثمن بخلافه فالاختلاف فيما ذكر من الاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن لم يكن في معنى المنصوص عليه فلم يعرف بنص آخر ولا في معناه والكافي هنا فاشبه الاختلاف في الحط اي في الحط عن الثمن والابراء عن الثمن ولا يتحالف في الاختلاف فيهما بل القول قول من انكر مع يمينه فكذا في الاختلاف في الامور المذكورة وهذا اي كون الاختلاف في الامور المذكورة اختلافا في غير المعقود عليه والمعقود به ويجوز ان يشار به الى الاقرب اي شبه الاختلاف في الامور المذكورة للاختلاف في الحط والابراء لان بانعدامه اي بانعدام ما ذكر من الاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن لا يختل به قوام العقد لان العقد باطل واجل جائز فاذا اختلفا في الشرط او في الاجل وحالفا بقي العقد بلا شرط واجل وانه لا يوجب الفساد وربما اذا اختلفا في الثمن او الثمن وحلفا لم يثبت ما ادعاه احدهما فيبقى الثمن او المثمن مجهولا وذلك يوجب الفساد وجه آخر وهو ان الاختلاف في الثمن او الثمن يوجب الاختلاف في العقد الا يرى انه لو اختلف الشاهدان فشهد احدهما بالبيع بالف والآخر بالفين لا يقبلان واذا اختلفا في العقد كان كل واحد منهما مدعيا ومنكرا اما الاختلاف في الشرط والاجل فلا يوجب الاختلاف في العقد الا يرى انه لو شهد احدهما انه باعه بالف الى شهر وشهد الآخر انه باعه بالف يقتضي حالة وكذا لو شهد احدهما انه باعه بشرط الخيار ثلاثة ايام وشهد الآخر انه باعه ولم يذكر الخيار جازت الشهادة كذا في النهاية فقد اجمع الائمة رضي الله عنهم على خلاف الاختلاف في وصف الثمن كالجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون الاختلاف فيهما بمنزلة الاختلاف في القدر اي في قدر الثمن في جريان التحالف لان ذلك اي الاختلاف في وصف الثمن يرجع الى الاختلاف في نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف اي لان الثمن في الذمة وهو اي الدين يعرف بالوصف فلما اختلفا في الوصف وهو معرف صار اختلافا في المعرف وهو الثمن ولا كذلك الاجل اي لا يتحالف في الاختلاف في قدر الثمن لانه اي الاجل ليس بوصف بل هو اصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط نورالقبول لانه ان الثمن موجود بعد مضي الاجل ولو كان وصفا لتبعه كذا في الكافي قال في معراج الدراية كذا قيل وفيه نوع تامل انتهى قال اي القدوري في مختصره والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما اي الخيار والاجل يثبتان بعارض الشرط اي بشرط عارض على اصل العقد والقول لمنكر العوارض والحكم في استيفاء بعض الثمن كذلك لان بانعدامه لا يختل به قوام العقد لبقاء ما يحصل ثمنا كذا في العناية قال اي القدوري في مختصره فان هلك المبيع ثم اختلفا اي فان هلك المبيع بعد قبض المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن كذا في الشروح وغيره في النهاية ومعراج الدراية اي المبسوط لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري اي مع يمينه وقال محمد رح يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي رح وعلى هذا اي على هذا الخلاف اذا خرج المبيع عن ملك اي ملك المشتري او صار اي المبيع بحال لا يقدر اي المشتري على رده بالعيب بحدوث عيب في يده لهما اي لمحمد رح والشافعي رح ان كل واحد منهما اي من البائع والمشتري يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره فان البيع بالف غير البيع بالفين الا يرى ان شاهدي البيع اذا اختلفا في مقدار الثمن لا تقبل الشهادة وانه لفسيد وفع زيادة الثمن اعلم ان حل هذه المقدمة وربطها بالمقام من مشكلات هذا الكتاب لهذا كان للشراح ههنا طرائق قددا فلم يات احد منهم بالشفاء العليل فقال صاحب النهاية اي وان التحالف يفيد اعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف فان فائدة اليمين النكول وهذا جواب سوال مقدر وهو ان يقال ما فائدة التحليف على قول محمد رح بعد الهلاك مع عدم حكمه فان حكم التحالف الترادد وامتنع الترادد بالهلاك فلا فائدة

وقول يوسف ﷺ والقول قول المشتري وقال محمد ﷺ يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي ﷺ وهو على هذا الاختلاف
عن هلاك او ضمار بحال لا يفيد على ما مر بخلاف ما ان كل واحد منهما ابى غير العقد الذي يدعيه حتى لو كان هو يكون فاسخا بفسخه دفعا زيادة الثمن

في التحالف فاجاب عنه وقال بل فيه فائدة وهي دفع المشتري الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري فلذلك يتحالفان فان قيل هذا يحصل بتحليف
المشتري حينئذ فما فائدة تحليف البائع قلنا لم يحصل تمام الفائدة بتحليف المشتري فان المشتري اذا نكل يجب الثمن الذي ادعاه البائع والبائع اذا نكل
يندفع عن المشتري ما ادعى البائع عليه من الزيادة فيتحالفان الى هنا كلامه وقد اقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المحال اقول فيه بحث اما
اولا فلانه لما فسر الدفع الواقع في كلام المصنف بالاعطاء على ان يكون من دفع اليه لا من دفع عنه حيث قال اي وان التحالف يفيد اعطاء المشتري زيادة الثمن التي
يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف وحمل مراد المصنف ان فائدة التحالف عند محمد رح هي اعطاء المشتري الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول
المشتري لا يتجه عليه السوال الذي ذكره بقوله فان قيل بالضرورة ولم يدفعه بما ذكره جوابا عنه اصلا لانه ان اراد انه لا يحصل تمام الفائدة التي حمل عليه مراد المصنف
ههنا بتحليف المشتري فليس بصحيح اذ لا شك انه اذا حلف المشتري دفعه ونكل عن الحلف يجب عليه اعطاؤه زيادة الثمن التي يدعيها البائع وان اراد انه
لا يحصل تمام الفائدة بالتحقيق بتحالف المشتري فلا يفيد شيئا في دفع السوال لان مورده ما حمل عليه مراد المصنف ههنا واما ثانيا فلانه ان اراد بقوله في الجواب
والبائع اذا نكل الخ انه اذا نكل بعد نكول المشتري يندفع عن المشتري ما ادعى عليه البائع من الزيادة فليس بصحيح اذ قد تقرر فيما مر انه اذا نكل احد المتحالفين
عن اليمين لزمه دعوى الآخر فبعد نكول المشتري يلزمه دعوى البائع فلا يجوز تحليفه تحليف يتصور نكوله وان اراد به انه اذا نكل بعد حلف المشتري يندفع عن المشتري
ما ادعى البائع عليه من الزيادة يتجه عليه ان في هذه الصورة يندفع عن المشتري ذلك بحلفه السابق فلا تاثير فيه لنكول البائع وايضا يتجه على مجموع الجواب بان الامر
الثاني وهو اندفاع الزيادة عن المشتري يحصل بتحليف المشتري ان حلف كما ان الامر الاول وهو وجوب اعطاء الزيادة على المشتري يحصل بتحليفه ان نكل
فتمام الفائدة الذي ذكره وهو احد الامرين لا بعينه يحصل بتحليف المشتري وحده فلم تظهر فائدة تحليف البائع قط وقال صاحب الكفاية وتاج الشريعة يعني ان
التحالف يفيد دفع زيادة الثمن عن المشتري عند نكول البائع فكان التحالف مفيدا انتهى اقول فيه ايضا بحث لانهما حملا الدفع الواقع في كلام المصنف على معنى
المنع حيث جعلاه من دفع عنه كما ترى واعتبرا ظهور الفائدة عند نكول البائع فيتجه على ما ذهبا اليه ان نكول البائع انما يتصور بعد حلف المشتري لا بعد نكوله فالفائدة
انما هي عند حلف المشتري قد حصلت بهذه الفائدة اعني دفع زيادة الثمن عن المشتري فما الفائدة في تحليف البائع ونكوله بعد ذلك وقال صاحب العناية وتاج
يعني التحالف يفيد دفع زيادة الثمن بمعنى ان التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول واذا حلف البائع اندفعت الزيادة
المدعاة فكان مفيدا انتهى اقول وفيه ايضا بحث لانه جعل الدفع الواقع في كلام المصنف من دفع عنه كما ترى فالظاهر ان قوله بالنكول متعلق بقوله يدفع عن
المشتري فان مراده بالنكول نكول البائع دون نكول المشتري الذي يقتضي دفع زيادة الثمن عن المشتري انما هو نكول البائع واما نكول المشتري فيقتضي
دفعه زيادة الثمن بمعنى اعطائه اياها فان قيل قوله ان التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول الى ما ذكره صاحب الكفاية
وتاج الشريعة كما مر فيرد عليه ما يرد عليه ذلك ويزداد اشكال قوله واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فان مدلوله ان يكون اندفاع الزيادة المدعاة
بحلف البائع ومدلول قوله السابق ان يكون اندفاعها بنكول البائع فيلزم ان يتحد حلف البائع ونكوله حكما وذا ظاهر الفساد فان علت يجوز ان يكون
معنى قوله اللاحق واذا حلف البائع بعد حلف المشتري اندفعت الزيادة المدعاة بان يفسخ البيع على قيمة الهالك ومعنى قوله السابق اذا نكل البائع يندفع
الزيادة المدعاة عن المشتري بان يقضى بما ادعاه المشتري وهو اقل الثمنين اما بان يفسخ البيع على قيمة الهالك فاختلف حكم حلف البائع وحكم نكوله بهاتين الصورتين
وهو كاف علت لا يتعين ان يكون قيمة الهالك اقل مما ادعاه البائع بل يجوز ان يكون مساويا بل ازيد منه فلا يلزم من فسخ البيع على قيمة الهالك اندفاع

فيفسخ الفان كما لو اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ وكذلك بعد هلاكه لان الهلاك لا يتعلق العقد فلم يكن في معناه ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود

الزيادة المدعاة فلا يتم حمل معنى قوله اللاحق على ما ذكره فان قيل يجوز ان تكون كلمة حلف في قوله واذا حلف البائع الخ على صيغة المبني للمفعول من تحليف ان يكون المعنى واذا حلف البائع اذ فاتت الزيادة المدعاة اي بتكول البائع لا يحلفه فلا يلزم الحذف المذكور وهو اتحاد حكم حلف البائع ونكوله قلنا فح يلزم استدراك قوله اللاحق بحصول هذا المعنى بعينه من قوله السابق كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد حل كلام صاحب العناية هنا فقال في تفسير قوله بالتكول اي بتكول المشتري وقال قوله بالتكول متعلق بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن وقال في تفسير قوله واذا حلف البائع يعني بعد حلف المشتري قال فان قيل ادفع زيادة الثمن المدعاة حلف المشتري ليس الا فلما اذا حلف البائع بعد حلف المشتري فسخ على الصيغة وتندفع الزيادة المدعاة انتهى اقول جملة ما ذكره ليست بشيء اما تفسير قوله بالتكول بتكول المشتري وجعل قوله بالتكول متعلقا بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن فلانه لا يكون للكلام حينئذ معنى مقبول اصلا لانه ان كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الكائنة اي الثابتة في الواقع بتكول المشتري فلانه وجد لان زيادة الثمن ان ثبتت في الواقع تثبت بالعقد لا غير وان كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الثابتة في علم القاضي بتكول المشتري فلانه لان زيادة الثمن اذا ثبتت في علم القاضي بتكول المشتري يجب على المشتري تسليم الثمن فيدفعها التحالف عنه بل لا يتصور التحالف عند تكول المشتري اصلا على ما مر غير مرة واما قوله يعني بعد حلف المشتري فغير مفهوم من المشتري الذي ذكره قبل فان قيل الخ على ما جاء في السؤال المذكور بعد اسقاطه بما ذكره انفا من انه لا يلزم من فسخ البيع على الصيغة اندفاع الزيادة المدعاة بجواز ان يكون القيمة مساوية للزيادة المدعاة بل ربما يزيد عليها قال صاحب العناية قوله وانه يفيد دفع زيادة الثمن اي ان دعوى المشتري يفيد ذلك وتذكير الضمير باويل الادعاء انتهى اقول وفيه ايضا بحث لان دعوى المشتري لا تفيد دفع زيادة الثمن سواء كان المراد بالدفع معنى الاعطاء او معنى المنع وانما الذي يفيده خصائص بينة المشتري او حلفه ان كان المراد بالدفع معنى المنع ونكوله ان كان المراد به معنى الاعطاء على ان الذي يقتضيه المقام بيان فائدة التحالف لا بيان فائدة دعوى المشتري ولا بيان فائدة تحليفه فقط فلو كان مراد المصنف ما ذكره قال مقتضى المقام كما لا يخفى على ذوي الافهام فتيقظ فان هذا تنبيه الدليل المذكور كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة بان ادعى احدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير فانه يتحالفان ويلزم المشتري رد القيمة وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به اي بالتحالف في حال قيام السلعة وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة فان قيل فليكن حال هلاك السلعة ملحقا بحال قيام السلعة بالدلالة اجاب بقوله والتحالف فيه اي في حال قيام السلعة يفضي الى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد راس ماله بعينه اليه ولا كذلك بعد هلاك السلعة لارتفاع العقد اي بالهلاك الا ترى انه لا فسخ بالاقالة والرد بالعيب بعد هلاك السلعة كذا بالتحالف اذ الفسخ لا يرد الا على ما ورد عليه العقد فلم يكن في معناه اي فلم يكن وقت هلاك السلعة في معنى وقت قيام السلعة فلا يحال اللاحق ايضا الا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود هذا جواب عن قول محمد والشافعي رح ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره اي لا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان الامر على زعم هذا او ذاك فلما ذكر السبب صار بمنزلة المنتفي في الف والغين لا سبب فيكون اليمين على منكر الالف الزائدة هنا بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البائع يدعي الدنانير والمشتري ينكره والمشتري يدعي الشراء بالدراهم والبائع ينكره اتفاقا صحيح لان المبيع لا يسلم للمشتري الا بثمن ولم يتفقا على ثمن وهنا اتفقا على الالف وهو يكفي للصحة كذا قرر المقام في الكفاية ومعراج الدراية اخذا من الكافي وقال صاحب العناية في تقريره قوله ولانه لا يبالي الخ جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قوله سبق جوابه على ما لا يخفى على ذكي لكن لا فرق بينهما فيما نحن فيه لان اختلاف السبب انما يتبين اذا افضى الى التناكر وهنا لا كذلك لان مقصود المشتري وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم سبب ذلك وهو

وانما يراعى من الفائدة ما يوجب العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجبات ه وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا فان كان المبيع في احد الجانبين قائما فيرد قيمة الهالك في يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل قال وان هلك المبيع ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح لان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة رح الا ان يشاء البائع ان يأخذ العبد الحي ويعطي له من قيمة الهالك وقال ابو يوسف رح يتحالفان ويفسخ العقد في الحي

على البائع شيئا يكذبه يجب عليه اليمين ثم قال وفوض بحال قيام السلعة وما اذا اختلفا بعد هلاكها فان في كل منهما المفسود حاصل والتحالف موجود واجيب عن الاول بفوته بالنص على خلاف القياس وعن الثاني بانه على الاختلاف والمذكور في بعض الكتب قول محمد رح انتهى وانما يراعى من الفائدة ما يوجب العقد وفائدة دفع زيادة الثمن مع جباته هذا ايضا جواب عن قولهما وانه يفيد دفع زيادة الثمن يعني ان المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست منها بل من جبات النكول وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته فلا يترك بها ما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه هذا زبدة ما في الشروح واعترض عليه بعض الفضلاء بان ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف غاية انه يملك بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به انتهى اقول هذا هذا الاعتراض على عدم فهم معنى المقام وزعم المراد بملك المبيع وقبضه ملك البائع المبيع وقبضه اياه وليس المراد به ذلك قطعا اذ لا شك ان الذي من موجبات العقد هو ملك المشتري المبيع وقبضه اياه والملك للبائع المبيع وقبضه اياه ليس من موجبات الفسخ دون العقد وانما لا ستره ثم ان قوله غاية انه يملك بالقيمة الخ كلام ساقط مع قطع النظر عن ذلك تامل تقف ثم ان صاحب النهاية بعد شرح هذا المقام قال فيه نظر لانا قد اعتبرنا حال قيام السلعة لاجل زيادة فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد والجواب انه ثبت بالنص على خلاف القياس انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب بان قال فيه تامل فانه قبل القبض على وفاق القياس انتهى اقول لم يعتبر لاجل فائدة للتحالف لا بعد القبض اذ الرد انما يتصور بعد القبض فكان الجواب المزبور رادا فما للنظر المذكور نعم لقائل ان يقول الظاهر ان للتحالف قبل القبض فائدة ما فاي شئ اعتبر فائدة للتحالف قبل القبض لم يكن من موجبات العقد البتة لان موجب التحالف فسخ العقد وحكم الفسخ يخالف حكم العقد قطعا فينقض به قولهم وانما يراعى من الفائدة ما يوجب العقد وهذا اي هذا الذي ذكرناه من الاختلاف في التحالف عند صورة هلاك المبيع اذا كان الثمن دينا اي ثابتا في الذمة بان كان من الدراهم والدنانير او المكيلات او الموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة فان كان عينا اي ان كان الثمن عينا كالثوب والفرس ونحو ذلك بان كان العقد متعلقا به وهلك احد العوضين يتحالفان اي بالاتفاق لان المبيع في احد الجانبين قائم فيكون من العوضين في بيع المقايضة مبيع وثمن ولا تعيين لاحدهما للمبيعية بدخول الباء كما يقرر في كتاب البيوع فيه فرقة الفسخ وهو التراد فيرد القائم ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل هذا اذا اختلفا في قدر البدل ان اختلفا في كون البدل دينا او عينا ادعى المشتري انه كان عينا يتحالفان عندهما وان ادعى البائع انه كان عينا وادعى المشتري انه كان دينا لا يتحالفان خلافا لقول المشتري كذا في الكفاية قال اي القدوري في مختصره وان هلك احد العبدين اي بعد قبضهما كذا في الهداية ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك يعني اذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك احدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتهما منك بالف درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بالف درهم لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري اي فيما كذا في كثير من النسخ ومع يمينه عند ابي حنيفة رح الا ان يشاء البائع ان يأخذ الحي ولا شئ له وانما اعاد ذكر لفظ الجامع الصغير لان لفظ يقتضي ان يكون المستثنى منه هو المشتري ولفظ القدوري الذي هو لفظ المبسوط يقتضي ان يكون المستثنى منه عدم التحالف لان المذكور قبل الاستثناء هناك قوله لم يتحالفا قال ابو يوسف رح يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي قال صاحب النهاية وقول في تحرير المذاهب يتحالفان في الحي ليس بصحيح على ما ياتي انتهى اقول لم يذكر هنا يتحالفان في الحي ليس بملايم بالتفسير الصحيح للتحالف على قول ابي يوسف رح على ما ياتي وهو ان يتحالفا على القائم والهالك معا لان يتحالفا على القائم فقط كما قاله بعضهم لكن فيه نظر اذ يمكن تطبيق قوله هذا على ما ياتي من التفسير الصحيح فانه لم يقل هنا يتحالفان على الحي حتى يكون كلمة على صلة التحالف فيحتاج المعنى الى التفسير الغير الصحيح بل قال يتحالفان في الحي فيجوز ان يكون كلمة في بمعنى اللام وليسه المعنى يتحالفان لاجل الحي كما في قوله تعالى فذلكن الذي لمتنني فيه وكما في الحديث الهرة دخلت النار في حرة حبستها على نفس هي في معنى اللبيت ولا يخفى ان كون تحالفهما لاجل الحي اي كون المقصود من تحالفهما

والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد رح يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة كعدم التحالف عند الكل وهلاك البعض عند ابي يوسف رح ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره كما لو كان الكل قائما على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهو اسم لجميعها وانما فات بعضها ولا يمكن التحالف فيه ثم لا اعتبار حصته من الثمن بل من القيمة على القيمة وهي تعرف بالخرز والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك مبطل ولهما ان في البائع نقصان حصة الهالك اصلا لان حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم فيخرج الهالك عن العقد فيتحالفان وهذا تحريم بعض المشائخ ويكون مستثنى عن عدم التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قولنا في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشائخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما يأخذ الزيادة وعلى قول محمد رح لا استثناء ويحلف البائع بقول المشتري فقد رضي فمن لا يحلف للمشتري

فسخ العقد في الحي لانا في ان يتحالفا على الحي وليست معا كما هو الصحيح ليفيد التحالف على ما يأتي بيانه والقول قول المشتري في قيمة الهالك هذا من تتمة قول ابي الخ القول في عبارة الكتب ههنا قصور لان قول المشتري انما يقبل في حصة الهالك من الثمن الذي اقر به المشتري كما يجيء تفصيله لا في قيمة الهالك فان القول فيها للبائع كما صرح به المصنف فيما يأتي حيث قال فان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع انتهى وعن هذا قال صاحب الكافي وقال ابو يوسف رح يتحالفان في الحي ويفسد العقد في الحي والقول للمشتري في حصة الهالك من الثمن مع يمينه انتهى وقال محمد رح يتحالفان عليهما اي على الحي والهالك ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى قال صاحب النهاية والجواب ان هلاك البعض يخرج الى معرفة القيمة بالخرز وذلك مبني على القسمة عليه فلا يجوز انتهى وعند ابي يوسف رح ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه ولابي يوسف رح ان امتناع التحالف للهالك اي لاجل الهالك فيتقدر بقدره اي بقدر امتناع التحالف بقدر الهالك لان الحكم لا يزيد على العلة ولابي حنيفة رح ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة يعني ان التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اي السلعة اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها لانعدام الكل بانعدام جزئه فما ثبت على خلاف القياس لا يتعدى الى الغير فحصل من هذا الدليل بقي القياس والجواب عن قول محمد رح كما لا يخفى ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة اي باعتبار القيمة كما يأتي وهي اي القيمة تعرف بالخرز والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز فلا يلحق بالتحالف حال قيام السلعة فيما فحصل من هذا الدليل نفي الدلالة والجواب عن قول ابي يوسف رح كما ترى فان قلت ما الفرق لابي حنيفة رح بين هذه المسئلة وبين مسئلة الاجارة فيما اذا اقام القصار بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الاجرة ففي حصة ما اقام يحلف على قول ابي يوسف رح وفي حصة ما بقي يتحالفان بالاجماع اعتبارا للبعض بالكل وكاستيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض المبيع وفيه التحالف عند ابي حنيفة رح ايضا دون هلاك بعض المبيع قلت الفرق بينهما من حيث ان عقد البيع في العينين عقد واحد فلذا انعقد فسخه في البعض بالهلاك تعذر في الباقي واما عقد الاجارة فهي على عقود متفرقة بتجدد انعقاده بحسب ما يقيم من العمل فبان تعذر فسخ في البعض لا يتعذر فسخه في الباقي كذا في الشروح ونقل صاحب النهاية عن اجارات المبسوط اقول لقائل ان يقول بهذا الفرق انما تمشى بالنظر الى الدليل الاول واما بالنظر الى الدليل الثاني فلان عقد الاجارة وان كان في حكم عقود متفرقة الا انه في الصورة المذكورة كان بصفقة واحدة لم يعين فيها لكل جزء من المعقود عليه اجرة معلومة خلافا من القسمة وهي بالخرز والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل تعين ما قبل في عقد البيع فينبغي ان لا يجوز ايضا الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك اصلا اي بالكلية لانه حينئذ اي حين ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك بالكلية يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان اي اذا كان الامر كذلك فيتحالفان وبدا اي توجيه قوله الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك بما ذكر فخرج بعض المشائخ اي حاستهم ويصرف الاستثناء عندهما الى التحالف لانه هو المذكور في الكلام فكان تقدير الكلام لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا اذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان كما ذكرناه اراد به قوله فيتحالفان وقالوا اي قال هؤلاء المشائخ ان المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا اقول كان الظاهر في التعبير من حيث العربية ان يقال ان يترك بدل ان يتحالفا في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وجه الظهور ظاهر قال بعض المشائخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري انما يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء يصرف الاستثناء الى يحلف المشتري لا الى التحالف خ يعني الكلام لم يتحالفا عند ابي حنيفة هو القول قول المشتري مع يمينه الا ان يشاء البائع ان يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا لانه على اقراره حيث لا يحلف المشتري لانه لما اخذ البائع قول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري قال صاحب النهاية كلام مستقيم الا ان قوله الى آخره ليس بصحيح لما ذكرنا عن الفوائد الظهيرية بل الصحيح ان يقال الا ان يترك البائع حصة الهالك ولما قال شيخ الاسلام لو كان البائع ترك حصة الهالك قبل ان يحلف المشتري فحلف المشتري ثم رد البائع حصة الهالك بعد ذلك لم يكن له ان يرجع على المشتري بشيء ما لم يقض القاضي بنكول المشتري

ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله بناء في القائم فحاز احلفا ولم يتفقا على شيء فاراد احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأخذ المشتري جميع الباقي وقيمة الهالك فقالوا في تفسيره على قول ابي يوسف رحمه الله والصحيح انه يحلف المشتري بالله ما اشتريتها بما يدعيه البائع فان نكل سقط دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتها بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف فسخان البيع في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتها الى الاقسام يوم القبض

فيه ان اذا حلف يكون مسقطا بمشيتها البتة وانما الذي لا يسقط بمشيتها البتة ان قبضه المشتري اذا قبضه من ثمن الهالك انتهى اقول هذا ليس شيئ لانه ان اراد بقوله ان اذا حلف يكون مسقطا بمشيتها البتة انه كان في الكتاب مسقطا بمشيتها البتة فليس بصحيح لان المذكور في الكتاب الا ان يشاء البائع ان يأخذه الخ ولا شيئ فيه لم يعلق فيه اذا حلف الا بمشيئة البائع وان اراد به انه يكون في الصلح مسقطا بمشيتها البتة فليس بمفيد لما سيأتي بل هو سوء لما قاله شيخ الاسلام فان مراده ان اذا حلف لو كان بطريق الصلح كان مسقطا في الكتاب بمشيتها كما يكون في الصلح مسقطا بمشيتها البتة ولم يعلق فيه الا بمشيئة البائع ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله بناء في القائم اي في البيع القائم على حاله وهو قوله وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف الخ وانما لم تختلف صفة التحالف عنده في الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس شرطا للتحالف واذا حلفا

لم يتفقا على شيء كان الامر فيه التحاريان لقول واذا لم يتفقا على شيء حلفا فقد يتم لم يتفقا على شيء حلفا في الموضع الذي يحلف فيه على قول الجميع فادعى احدهما الفسخ او كلاهما او ادعى كلاهما فسخ العقد بينهما وبالقاضي المشتري يرد الباقي وقيمة الهالك والقول في القيمة قول المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكر فيكون القول قوله كما لو اختلفا في قيمة المغصوب او المقبوض بجهة فاسدة كذا في الشروح واختلفوا في تفسير هذا على قول ابي يوسف رحمه الله قال ابو يوسف رحمه الله قال في النهاية ومعراج الدراية لم يذكر تفسير التحالف على قول ابي حنيفة رحمه الله ان عنده بهلاك البعض يمنع التحالف كهلاك الكل اقول فيه شيء وهو ان بهلاك البعض لا يمنع التحالف عنده على ما سيأتي ان شاء الله تعالى ان رضي البائع ان يترك حصة الهالك اصلا يتحالفان عنده ايضا على تخريج عامة المشايخ وقد انقضى العصر بهذا التخريج حيث بنى عليه شرح معنى الكتاب ايضا كما مر ان كان الكل تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله وعلى قول ابي يوسف رحمه الله قال عند ابي حنيفة رحمه الله ايضا ساغ وعرف بهذا ان الامام الزيلعي بعد ان نقل تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله وعلى قول ابي يوسف رحمه الله قال وعند ابي حنيفة رحمه الله ان ابى البائع ان يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذي ذكرناه للامام ابي يوسف رحمه الله انتهى وقال في غاية البيان لما كان قول ابي حنيفة رحمه الله عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير وعلى قولهما انتهى اقول هذا اقرب الى الحق مما سبق ولكن فيه ايضا شيء لا يخفى فالاولى ان يقال لما كان جريان التحالف عند هلاك بعض المبيع في قول ابي حنيفة رحمه الله منصوصا بتخريج بعض المشايخ وبصورة نادرة هي صورة الاستثناء لم يذكر تفسير التحالف عنده على سبيل الاستقلال بل اكتفى بما فهم من بيان تفسيره على قول ابي يوسف رحمه الله والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتها بما يدعيه البائع ونحن من قال يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون الهالك لان التحالف للفسخ والعقد لفسخ في القائم لا في الهالك هذا هو الصحيح لان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع كان صادقا وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا فيد التحالف فالصحيح ان يحلف المشتري على الوجه المذكور في الكتاب فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف تحلف البائع بالله ما بعتها بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف فسخان العقد في القائم فان قلت اسند فسخ العقد هنا اليهما كما مر وفيما سبق الى القاضي حيث قال ان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما قلت التوفيق قلت معنى ما سبق فسخ القاضي ان لم يفسخا بالفسما يرشد اليه الشراح قالوا في شرح ذلك المقام فسخ القاضي العقد بينهما ان طلبا او طلب احدهما لان الفسخ حقهما فاذا بدر الطلب انتهى اذ لا يخفى ان الفسخ اذا كان حقهما فما يقدران على احداثه بانفسهما ومعنى ما ذكر هنا يفسخان العقد ان رضيا او الفسخ بانفسهما على نهج قوله عليه السلام تحالفا وتراادا وهذا لا ينافي ان للقاضي ايضا فسخه اذا لم يفسخاه بانفسهما بل لزناه او طلب احدهما من القاضي باقي التصحيح من الشراح في مسئلة التحالف في الاقالة ثم فسخ القاضي فسخهما بانفسهما ويسقط حصته اي حصة القائم من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي اقر به المشتري لا قيمة قيمة الهالك لان القيمة يجب اذا انفسخ العقد والعقد في الهالك لم ينفسخ عنده كذا في النهاية وغيرها في الانقسام يوم القبض يعني تقسيم الثمن الذي اقر به المشتري على المبيع القائم والهالك على قيمتها يوم القبض فان انقسط على قيمتها يوم القبض كانت على السواء يجب على المشتري نصف الثمن الذي اقر به المشتري ويسقط عنه نصف ذلك وان انقسط على قيمتها

ولو اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع وايهما اقام البينة تقبل بينته وان اقاما فبينة البائع اولى وهو قياس ما ذكر في
الاصل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على
قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكر والقول

يوم القبض كانت على التفاوت فان تصادقا على ان قيمة الهالك الثمن يوم القبض كانت كذا يجب على المشتري بقدر حصته من الثمن الذي اقر به ويسقط عنه الباقي وان
اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض الفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس فالقول للبائع مع يمينه لانهما اتفقا على
وجوب الثمن الذي اقر به المشتري ثم المشتري يدعي سقوط زيادة من الثمن بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول قول المنكر مع يمينه فان قيل لماذا اعتبر قيمتها يوم القبض دون
العقد في حق انقسام الثمن وسائل الزيادات تشتمل على هذا حتى قال محمد رح قيمة الام تعتبر يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة
بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض فكل واحد من العبدين هنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمته يوم العقد لا يوم القبض قال الامام ظهير الدين صاحب الفوائد هذا اشكال لم
ارد على كل قوم تحريره فلم يهتد احد الى جوابه ثم قال الذي تخايل لي بعد طول التجشم ان فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن بصدده
تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف فاني الحق بها ما هو كذلك في الميت منهما الا انه تعذر الفسخ في الهالك لان الهالك لم يتعذر اعتبار ما يوجب الفسخ في الهالك وهو
اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو مذهبه حتى قال يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار
قيمة الهالك يوم القبض فلهذا اعتبر قيمتها يوم القبض كذا في النهاية واكثر الشروح اقول في التوجيه الذي ذكره الامام ظهير الدين نظر لان تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار
مقصودا بالعقد في حق الميت على قول ابي يوسف رح ممنوع لان ما يوجب ذلك فيما نحن فيه انما هو التحالف كما صرح به والتحالف انما يجري عنده في الحي دون
الميت وتعذر الفسخ في الهالك عنده لامتناع جريان التحالف فيه للهلاك لا لمجرد الهلاك بعد امتناع جريان التحالف الا يرى ان محمدا لما اجاز التحالف على
الهالك ايضا اجاز الفسخ في الهالك على قيمته ولم يكن الهلاك مانعا عنه فاذا لم يتحقق التحالف في الهالك على قول ابي يوسف رح وتعذر الفسخ فيه ايضا فما الباعث على اعتبار
ما هو من لوازم الفسخ فيه ومجرد عدم تعذر اعتباره لا يقتضي اعتباره سيما عند تحقق ما يقتضي اعتبار القيمة يوم العقد وهو كونه مقصودا بالعقد ثم ان صاحب العناية قال
بعد نقل ما في تلك الشروح والقول الاصل فيما هلك كان مقصودا بالعقد ان يعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فانه يعتبر حينئذ قيمته يوم القبض لانه
لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة والفسخ اعتقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا
في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم حصته من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ انتهى
اقول فيه نظر لان فيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة والفسخ اعتقد في القائم صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير تام لان اتحاد الصفقة انما يقتضي انفساخ العقد في الهالك
بانفساخه في القائم لو وقع الفسخ قبل قبضهما فلا يقتضي ذلك فان اللازم حينئذ تفريق الصفقة قبل تمامها وهو غير جائز وانما اذا وقع الفسخ قبل قبضهما الا يرى الى ما مر في باب خيار العيب من
ان من اشترى عبدين صفقة واحدة فقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا فانه يفسخ العقد في المعيب خاصة عند ائمتنا الثلاثة بناء على ان تفريق الصفقة بعد تمامها بالقبض
جائز والمسئلة فيما نحن فيه مفروضة فيما اذا هلك احد العبدين بعد قبضهما كما يتبين في هذه الصورة فلا يتم التقريب فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان
اقاما فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك فان قيل المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم فوجب ان تقبل بينته لاثباتها الزيادة قلنا ان الذي
وقع الاختلاف فيه مقصودا قيمة الهالك لا الاختلاف في قيمة القائم يثبت ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك فبينة البائع قامت على ما وقع الاختلاف فيه مقصودا فكانت
اولى بالاعتبار كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام المرغيناني وقاضيخان وهو اي ما ذكر من قول ابي يوسف رح وتفريعاته قياس ما ذكره في بيوع الاصل اي المبسوط

اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما اي يوم القبض كذا في النهاية فان
اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكر والقول

[illegible]

المنكر وان اقاما البينة فالبينة بينة البائع لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه وهو ان الايمان يعتبر حقيقة الحال لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر عليها والبائع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرنا من قول ابي يوسف رح

قال ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف رح خلافا لمحمد رح لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا

للمنكر وان اقاما البينة اي في مسئلة الاصل فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك والبينات شرعت للاثبات فما كان اكثر اثباتا كان اولى قال المص وهذا الفقه اي اعتبار بينة البائع وبينة المشتري فقهي وهو ان الايمان تعتبر الحقيقة اي حقيقة الحال لما لزم الاقدام على القسم بجهالة واستدل المص عليه بقوله لانها اي الايمان تتوجه على احد العاقدين اي لا على الوكيل النائب وهما اي المتعاقدين يعرفان حقيقة الحال لان العقد فعل انفسهما والانسان اعرف بحال نفسه فبني الامر عليها اي على الحقيقة والبائع منكر حقيقة لانه ينكر سقوط الزيادة وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال لانهما يخبران عن فعل الغير لا عن فعل انفسهما فيجوز ان يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عندهما بهزل او تلجئة او غير ذلك فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدعي ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا اي كما اعتبر يمينه وترجح اي وترجح بينته على بينة المشتري بالزيادة الظاهرة على ما مر وهو قوله لانها اكثر اثباتا ظاهرا وهذا اي ما ذكر في بيوع الاصل يبين لك معنى ما ذكرنا من قول ابي يوسف رح في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسئلة الجامع الصغير قال اي محمد رح في بيوع الجامع الصغير ومن اشترى جارية وقبضها اي نقد ثمنها كذا في الشروح وفي اصل الجامع الصغير ثم تقايلا ولم يقبض البائع المبيع بعد الاقالة كذا في الشروح وسيشير اليه المص بقوله والمسئلة مفروضة قبل القبض ثم اختلفا في الثمن فقال المشتري كان الثمن الفا فعليك ان ترد الالف وقال البائع كان خمسمائة فعلي رد خمسمائة فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة معناه يعود البيع الاول اذا فسخ القاضي او فسخا بانفسهما الاقالة لان الاقالة كالبيع لا تنفسخ الا بالفسخ كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن صدر الاسلام وههنا اشعار بان النص الوارد في حق التحالف وهو قوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا لم يتناول الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها اجاب بقوله ونحن ما اثبتنا التحالف فيه اي في التقايل بالنص لانه ورد في البيع المطلق اي في البيع من كل وجه والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وان كان بيعا جديدا في حق غيرهما فان قلت قوله والاقالة فسخ في حق المتعاقدين انما تمشي على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول ابي يوسف رح فان الاقالة عنده بيع في حق المتعاقدين ايضا والمسئلة التي نحن فيها متفق عليها فما وجه بناء الوفاقية على الخلافية قلت كلام المص هذا جواب عن سوال مقدر ذكرناه آنفا وذلك السوال انما كان يتوجه على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول ابي يوسف رح كما لا يخفى فبني الجواب ايضا على اصلهما دون اصله فتدبر وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض اي قبل قبض البائع الجارية بحكم الاقالة والقياس يوافقه على ما مر اي في اول الباب ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض توضيح لقوله وانما اثبتناه بالقياس يعني اذا اختلف الموجر والمستاجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجرة يجري التحالف بينهم والوارث على العاقد اي نقيس الوارث على العاقد يعني اذا اختلف وارث البائع والمشتري في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما والقيمة على العين اي نقيس القيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري يعني اذا استهلك غير المشتري العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلك فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند قيام العين المشتراة لكون النص اذ ذاك معقول المعنى وفي غاية البيان وهي النسخة المقابلة بنسخة المص وفي بعض النسخ فيما اذا استهلكه المشتري وفي بعضها فيما اذا استهلك المبيع قال الامام حافظ الدين الكبير البخاري على حاشية كتابه الصحيح استهلك المشتري انتهى وفي معراج الدراية الصواب اذا استهلك في يد البائع غير المشتري عنه لانه على حاشية نسخة قوبلت بنسخة المص او الصواب استهلك المشتري بضم التاء على صيغة بناء المفعول والمشتري على صيغة المفعول انتهى ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رح لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا يعني ان محمدا رح يرى النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا معلولا بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما ادعاه الآخر من العقد وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض [illegible] الانفساخ او ما قبل الاقالة بيع عند ابي يوسف رح فيكون متناول النص فينبغي ان يجري التحالف عنده بعد قبض البائع ايضا قلنا انما وقع الخلاف في كونه بيعا لا في كونه [illegible]

قال ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع لانها ان رأس مال السلم لو كان عرضا قائما بالعبيب هلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما قال واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتك بالفين فايهما اقام البينة قبلت بينته لانه يورد عوده بالحجة فان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها اثبتت الزيادة معنى اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته

في البيع المطلق البتة انتهى اقول جوابه ساقط جدا لان التحالف ليس مما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص كما لا يخفى فلو كان مجرد وقوع الخلاف في كون الاقالة بيعا امرا عنده عن ان يتناوله النص الوارد في البيع المطلق في حكم التحالف لكان ذلك ممانعا عنده عن ان يتناوله النصوص الواردة في حق سائر الاحكام البيع المطلق لضاع ان احكام البيع المطلق جارية باسرها في الاقالة عنده على ما تقرر في بابها ثم اقول في دفع سوال ان اصل ابي يوسف رح في الاقالة هو انها بيع الا ان لا يكون جعلها بيعا كالاقالة قبل القبض في المنقول فيجعل فسخا كما بينوا في باب الاقالة وفيما نحن فيه لما اختلفا في الثمن ولم يثبت قول احدهما صار الثمن مجهولا فلم يمكن جعله بيعا لعدم جواز البيع بالثمن المجهول كعدم جواز بيع المنقول قبل القبض فلم يتناوله النص الوارد في البيع المطلق فلم يجر التحالف فيه عنده ايضا بالقياس قال اي محمد رح في بيوع الجامع الصغير رجل اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن اي في راس المال فقال المسلم اليه كان راس المال خمسة وقال رب السلم كان عشرة فالقول قول المسلم اليه مع يمينه لان رب السلم يدعي عليه زيادة وهو ينكر ولا يعود السلم اي بالاتفاق ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض اي الفسخ يعني ان التصوير التحالف الفسخ والبيع الاشارة النبوية بقوله عليه الصلوة والسلام تحالفا وترادوا والاقالة في باب السلم لا تحتمل المناسبة الاقالة في باب السلم ذكر الضمير تاويلا للتقايل استقاط للسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع فانها تحتمل الفسخ ويعود المبيع الى المشتري يعود عوده الى البائع لكونه مبيعا قائما وذلك بهذا القول الذي ان راس مال السلم لو كان عرضا قد قضى التقاضي بالرد بالعيب اي فيقضي بهلاك راس مال السلم على رب السلم بهلاك المبيع قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل اي دل هذا الذي ذكر على الفرق بينهما اي بين السلم والبيع فان قيل بالفرق لهذا القدر بين اقالة السلم وبين ما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا في مقدار الثمن فانهما يتحالفان فيما اذا هلكت السلعة ولا يتحالفان في اقالة السلم اذا اختلفا في مقدار راس المال وان فات المعقود عليه في الفصلين جميعا قلنا الاقالة في السلم قبل قبض السلم فيه فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ كذا في النهاية ومعراج الدراية وتقاصرت الفوائد الظهيرية قال اي القدوري في مختصره واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجني بالفين فايهما اقام البينة قبلت بينته قال المصنف في تعليله لانه يورد عوده بالحجة قال الشراح اما قبول بينة المرأة فظاهر لانها تدعي الزيادة واما الاشكال في قبول بينة الزوج لانه منكر الزيادة فكان عليه اليمين لا البينة واما قبلت لانه مدع في الصورة وهي كما فتيقبل لما انتهى وان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة هذا من تمام كلام القدوري قال المصنف في تعليله لانها اي لان بينة المرأة تثبت الزيادة وقال في توجيهه معناه اذا كان مهر مثلها اي مهر مثل المرأة اقل مما ادعته وقال صاحب العناية في تفصيل المسئلة وان اقاما فلا يخلو اما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته او لا فان كان الاول فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فيتعارض بينتاهما حيث تثبت بينتها الزيادة وتثبت بينته الحط فتتساقطان فيجب مهر المثل وقد صرح بهذا التفصيل في عامة الكتب المعتبرة حتى المتون في باب المهر ولم يصرح به صاحب العناية ايضا في ذلك الباب من شرح هذا الكتاب واما قول المصنف معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته فليس بمنه للاشارة من اول العقل اذ يمكن ان يكون مراده بجميع الاحتمالات اذ كان اكثر مما ادعته بخلاف التسليم لكون مهر مثلها اقل مما ادعته بخلاف تحرير صاحب العناية فان عبارته لا يخلو في قوله وان اقاما فلا يخلو اما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته او لا تقتضي شمول الاقسام كما لا يخفى على ذوي الافهام ولقد احسن الامام الزيلعي في هذا المقام حيث قال في شرح قول صاحب الكنز وان برهنا فالبينة بينة المرأة ان كان مهر مثلها اشبه فلا فرق بين ان كان مهر مثلها اقل مما ادعته او اكثر منه وان كان مهر مثلها اشبه لما بان كان مثل ما ادعته المرأة

وان لم تكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يفسخ النكاح بل اثر التحالف في اعدام التسمية وانه كاصل الحجة النكاح كان المهر تابعا لنفي. بخلاف ما لو كان عدم التسمية بفسد الحل ام فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قصر عما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر تحالفا وفسخ لها مهر المثل لان التحالف لم يثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال رضي الله عنه ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لان مهر المثل اعتبار لما مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف

او اكثر كانت بينة الزوج اولى لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للاثبات وان كان مهر مثلها لا يشهد لما ولا له بان كان اقل مما ادعته المرأة واكثر مما قاله الزوج فالصحيح انها تتساقطان لانها استويا في الاثبات لان بينتها تثبت الزيادة وبينة تثبت الحط فلا يكون احدهما اولى من الاخرى انتهى وان لم تكن لهما بينة اي ان جاءا من اقامة البينة تحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في اعدام التسمية وهذا لا يمنع صحة النكاح لان المهر تابع فيه اي في النكاح فلا يعتبر الى الفسخ بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسد فيتأثر به بالثمن وهو فاسد على ما مر اي في كتاب البيوع بل في هذا الباب ايضا حيث قال او قال لم اشتر المبيع بقي مبيعا بلا بدل وهو فاسد فيفسخ اي البيع قال صاحب النهاية فان قلت النص بشرعية التحالف انما ورد في البيع والنكاح ليس في معناه وهو ظاهر تكليف تعدي حكم النص من البيع الى النكاح او تقول ان التحالف انما شرع في عقد يحتمل الفسخ لان الفسخ من احكام التحالف والفسخ في النكاح بعد التحالف بالاتفاق فيجب ان لا يشرع فيه التحالف لعدم حكمه قلت اما الاول وهو ورود النص في البيع فقد ذكرنا ان المعنى الموجب للتحالف هناك موجود ههنا من كل وجه فيثبت التحالف في النكاح ايضا بدلالة النص وذلك لان الموجب للتحالف هناك هو ان كل واحد من المتعاقدين مدع ومنكر ولم يكن ترجيح احدهما على الآخر في الدرجة والافكا لمتساويين فيما فلذلك قلنا بثبت بينتهما ويمينهما لان كل واحد فيما ينكر بدل الآخر فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه كما يقول صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر واما الثاني وهو ان فسخ حكم التحالف والفسخ ليس بثابت ههنا فجوابه مذكور في الكتاب ايضاح ذلك هو ان التحالف انما اوجب الفسخ في التحالف لانه لتعذر اثبات دعوى كل واحد منهما بسبب يمين الآخر لزم اخلاء العقد عن البدل والمبدل اما خلو في البيع فيفسد البيع والفاسد يفسخ واما النكاح اذا خلا العوض عنه فلا يفسد كما نوينا كر التسمية واذا لم يفسد النكاح لا يفسخ اذ الفسخ انما كان لسبب الفساد فافترقا الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية وقد اقتفى اثره في تبيين السوال فتبين الجواب صاحب معراج الدراية وصاحب النهاية اقول في كل واحد من الجوابين بحث اما في الاول فلان المعنى الموجب للتحالف وهو كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان ترجيح احدهما على الآخر انما يوجد ههنا قبل تسليم المرأة نفسها الى الزوج واما بالتسليم فلا لان الزوج لا يدعي على المرأة حينئذ شيئا والمقصود عليه سالما يبقى دعوى المرأة في زيادة المهر والزوج ينكرها على قياس ما تقرر في الاختلاف في البيع بعد القبض والمسألة فيما نحن ليست بمفروضة قبل القبض بل هي عامة لما قبل القبض وما بعده بل كانت هي مبسوطة في بعض الشروح بصورة تخيص بالبعد القبض فبقي السوال في هذه الصورة الا على قول محمد رح فانه يرى النص معللا لا بعد القبض ايضا كما مر واما في الثاني فلان حاصله بيان سبب عدم ثبوت الفسخ في النكاح وهو لا يدفع السوال اذ ليس فيما يشعر بالنزاع او التردد في عدم ثبوت الفسخ في النكاح بل حاصله ان التحالف انما شرع لحكمه وهو الفسخ فاذا لم يثبت الفسخ في النكاح ينبغي ان لا يجري فيه التحالف ايضا ويرده ان التحالف لم يجر فيما اذا اختلفا في الاقالة في السلم لعدم احتمال الاقالة في باب السلم الفسخ كما مر قبيل مسئلة ابرء فتامل ولكن يحكم مهر المثل هذا استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح اي لكن يحكم بمهر المثل قطع النزاع فان كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل اي مما اعترف به الزوج يقضي بما قال الزوج لان الظاهر اي ظاهر الحال شاهد له اما في صورة كون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج ظاهر لان قوله مهر المثل قائم مقام ما اعترف به الزوج فكان قريبا الى مهر المثل من حيث المعنى وان كان اي مهر المثل مثل ما ادعته المرأة او اكثر اي مما ادعته المرأة قضي بما ادعت المرأة لان الظاهر شاهد لها ايضا فاندفع ما يقال كيف يحكم بمهر المثل مع بنائه فاسدا وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل لانهما تحالفا لم يثبت الزيادة على مهر المثل اي بسبب حلف الزوج ولا الحط عنه اي عن مهر المثل اي بسبب حلف المرأة قال اي الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله اي القدوري التحالف لا يلائم التحكيم بهذا اي بما ذكره القدوري قول الكرخي رحمه الله من ان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية لانه موجب كل واحد منهما اعتبارا بالتحالف اي بسقوط اعتبار

فلهذا يقدم في الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف رح فلا نعيده او لو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد المرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها يكون كالمال المتراضى عليه ولم يوجد فوجبت القيمة وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل او في المبدل

انما هو بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها يعني فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج به واقل منه او كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر منه او كان اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة فعند خمستهم وجوهه ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة النكول لان اول المستحقين عليه فيكون اول من يمين عليه كذا في النهاية ومعراج الدراية وتقدم عن الخانية والظهيرية كما في المشتري اي كما يبدأ بيمين المشتري على القول الصحيح تعجيلا لفائدة النكول كما مر وتخريج الرازي بخلافه اي تخريج ابي بكر الرازي بخلاف قول الكرخي خان الرازي يقول بتحكيم مهر المثل اولا واذا شهد مهر المثل لاحدهما تم القول بالتحالف اذا لم يشهد لاحدهما قال المصنف وقد استقصيناه اي تخريج الرازي في النكاح اي في كتاب النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف رح وجوابه في جميع ذلك قول الزيلعي الا ان يأتي تعليل ذكر واية الاتقاني في شيء يستدرك ويتكلم وقفنا عليه مرارا في كتاب النكاح فلا نعيده اي لا نعيد ذكر خلافه هنا قال صاحب النهاية وهذا اذا تحالفا لما مر ان الراجح الاصح ان تحكيم مهر المثل بعد التحالف لا قبله وانما يحكم بمهر المثل اذا لم يشهد لاحدهما بينة او شهدت بينة كل واحد منهما بما دون ما شهدت به بينة الآخر او بمثله او بينة احدهما اكثر عددا او اعدل او اورع او اضبط على ما عرف من شهادة الظاهر ثم الاصل في هذا عند ابي حنيفة ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه كذا ذكره الامام قاضيخان والمجبوبي وانتصر وقال صاحب غاية البيان قالوا ان قول الكرخي هو الصحيح لان مهر المثل لا يثبت مع وجود التسمية وانما يعدم التسمية بالتحالف لانه يكون كالعقد لم يسم فيه تسمية اصلا فيصار الى مهر المثل فلم يثبت مهر المثل مع وجود التسمية كيف يكون الظاهر مع الذي وافقه مهر المثل انتهى وقال صاحب النهاية اقول ان اراد بقوله هو الصحيح انه غير يجوز ان يكون اصح فلا كلام وان اراد وان غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لان التسمية تمنع المصير الى مهر المثل لا يجاب والتحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع انتهى وانا اقول ان قوله ان اراد بقوله هو الصحيح ان غيره يجوز ان يكون اصح فلا كلام ليس بصحيح اذ لا مجال لارادة هذا المعنى من ذلك اللفظ لانهم ما قالوا هو الصحيح حتى لا ينافي كون غيره اصح بل قالوا هو الصحيح يقصر المسند على المسند اليه وهو قصر الصفة على الموصوف كما تقرر فاذا كانت صفة الصحة مقصورة عليه فكيف يجوز ان يتصف غيره بالاصحية والاتصاف بالاصحية يستلزم الاتصاف باصل الصحة لانها زيادة في الصحة اللهم الا ان يكون مراده لا كلام في المراد لا في الارادة فتامل ثم قال صاحب النهاية ولقائل ان يقول ما بال مهر المثل لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا تخفى فيه ويمكن ان يجاب عنه بان مهر المثل امر معلوم ثابت بيقين فجاز ان يكون حكما بخلاف القيمة فانها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تصل حكما انتهى ما قال في جوابه بحكم حيث جعل مهر المثل امرا معلوما ثابتا بيقين والقيمة امرا مظنونا غير مفيد للمعرفة وليس الامر كذلك فان مهر المثل اخفى من القيمة اذ قد تقرر في باب المهر ان مهر المثل يعتبر بقرابة المرأة من قوم ابيها ويعتبر فيه التساوي بين المرأتين سنا وجمالا وعقلا ودينا وبلدا وعصرا وبكارة وثيابة ولا تخفى ان معرفة هذه الشرائط عسيرة جدا بخلاف القيمة اذ يكفي فيها نوع خبرة باحوال الاستقة كما لا تخفى فالصواب في الجواب ما ذكره صاحب النهاية والكفاية حيث قالا قلنا الفضاء هناك بما يدعيه احدهما غير ممكن وان كانت القيمة مطابقة لما يدعيه احدهما لان القيمة لا يمكن اثباتها من غير تعطيل العقد ومهر المثل يمكن اثباتها من غير تعطيل العقد وهذا هو الفرق بينهما انتهى وقال صاحب النهاية الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد المرأة تدعيه على هذه الجارية نحو كالمسألة المتقدمة يعني انه يحكم مهر المثل او لا فمن يشهد له القول له وان كان بينهما تجاحد فان حالهما الاسلام وهو تخريج الرازي وما على تخريج الكرخي فيتحالفان او لا كما تقدم كذا في النهاية الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها اي للمرأة قيمتها اي قيمة الجارية دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي فوجبت القيمة اي قيمة الجارية وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل او في المبدل

اي في الاجرة او في المبدل اي المعقود عليه وهو المنفعة وهذا احتراز عن ما لو اختلفا في الاجل فانه لا يجري فيه التحالف بينما فيه بل القول قول من ينكر الزيادة كذا في النهاية ومعراج الدراية ثم ان الظاهر كان ان يريد المصنف على قوله في المبدل

كان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر وكذا في الإجارة قبل قبض المنفعة فظهر البيع قبل قبض المبيع وكذا منافعه قبل استيفاء المنفعة فإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الأجرة وإن وقع في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر فإنها كالمبيع لزوم دعوى صاحبه وإنما أقام البينة قبلت ولو أقاما فبينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة وإن كان في المنافع فبينة المستأجر أولى وإن كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل لأن الأجر في هذا شهر بمائة والمستأجر شهرين بخمسة يقضي بشهرين بعشرة

أو المبدل أو فيهما كما زاده صاحب الكافي لتيقنا وإن الصور الثلاث الأئمة فكأنه أراد بقوله منع الخلو احترازا عما ذكرناه إنما لا منع الجميع فتنبه ولهما أيضا فتدبر لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس من حيث إن كل واحد من المتبايعين منكر لما يدعيه صاحبه فكان اليمين على من أنكر على ما مر في أول هذا الباب والإجارة قبل قبض المنفعة بمنزلة البيع قبل قبض المبيع من حيث إن كل واحد منهما عقد معاوضة يلحقه الفسخ ليس فيه معنى التبرع وكلما قبل استيفاء المنفعة لأن وضع مسألتنا في الاختلاف في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه فصار الاختلاف في الإجارة قبل قبض المنفعة كالاختلاف في البيع قبل قبض المبيع فجرى التحالف هنا كما جرى ثمة فإن قيل قبل استيفاء المعقود عليه شرط التحالف والمنفعة معدومة فوجب أن لا يجري فيها التحالف قلنا في معدوم يجري التحالف كما في السلم وإن لم يكن المستأجرة أفيت مقام المنفعة في خروجها عن العقد عليها فصارت كأنها قائمة كذا ذكره الإمام الزيلعي في التبيين فإن وقع الاختلاف في الأجرة بدئ بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب زيادة الأجرة أي لوجوب زيادة الأجرة على ما مر في الصداق قال صاحب العناية اقتداء بشيخ تاج الشريعة فإن قيل كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فإن تسليم المعقود عليه واجب أولا على الآجر ثم وجب الأجرة على المستأجر بعده وأجيب بأن الأجرة إن كانت مشروطة التعجيل صار الاستيفاء بإنكار أصيلا وإن لم تشترط فالاستيفاء وإن تقدم تسليم العين المستأجرة لا يتوقف على قبض الأجرة فبقي إنكار المستأجر لزيادة الأجرة فيحالف انتهى وقد تبعه في إثره الشارح العيني أقول في الجواب بحث من وجهين الأول أن المؤجر وإن لم يمتنع من تسليم العين المستأجرة بما ادعاه من الأجرة ولكن يمتنع من تسليمها بما اعترف به المستأجر منها فإن تسليمه إياه وإن لم يتوقف على قبض الأجرة الا أنه يتوقف على تسميتها والا لم يكن المؤجر منكرا للوجوب تسليم المعقود عليه بما يدعيه المستأجر فيلزم أن لا يكون الإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع فيحالف والثاني على ما ذكره هنا منقوض بما إذا اختلف المتبايعان في المبيع دون الثمن فإن المشتري هناك أيضا لا يمتنع من تسليم الثمن بناء على أن تسليمه لا يتوقف على قبض المبيع مع أنه يبدأ فيه بيمين المشتري كما يبدأ بيمينه في صورة الاختلاف في الثمن لتعجيل فائدة النكول الثالث أن قوله فبقي إنكار المستأجر لزيادة الأجرة فيحالف إلى آخره بناء لا إنكار للمؤجر أصلا كما هو المتبادر من العبارة فليس صحيحا إذ يلزم حينئذ أن لا يحالف المؤجر أصلا فيختل وضع المسألة لأن وضعها في التحالف لا في حلف الواحد وإن أراد بيان للمؤجر أيضا إنكارا إلا أن في إنكار المستأجر تقضي البداءة بيمينه فهو أول المسألة ثم إن تاج الشريعة أجاب بعد الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال ولأن الإجارة اعتبرت بالبيع ومن شرط القياس أن لا يغير حكم النص في الفرع إلى آخر ما ذكر على ما لا يخفى وذلك فيما قلنا انتهى أقول وفيه أيضا بحث لأن هذا منقوض بالصورة الثانية الآتية وهي ما إذا وقع الاختلاف في المنفعة فإنه يبدأ فيها بيمين المؤجر فيلزم مما ذكر أن يغير فيها حكم النص وإن لا يعتبر حكم الإجارة بالبيع فإن حكمه أن يبدأ بيمين المشتري من غير فصل بين أن يقع الاختلاف في البدل وإن يقع في المبدل على ما مر فتعين أن يقال التحقيق أن حكم النص مجرد دعوى الحالف للمتعاقدين عند اختلافهما في العقد من غير تعيين من يبدأ بيمينه عنهما وإنما يستفاد ذلك من دليل آخر فلا يلزم تعميم النص في شيء من الصورتين ولا تتم الجواب

وإن وقع أي الاختلاف في المنفعة بدأ بيمين المؤجر لأنه منكر لزيادة المنفعة وإنما كان كذلك لأن دعوى صاحبه لا تكون بدلا واقرارا على ما مر وإنما أقام البينة فبينة المؤجر لأنه فوز دعواه بالحجة ولو أقاما فبينة المؤجر أي فبينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة لأن بينته تثبت الزيادة حينئذ وإن كان أي الاختلاف في المنافع فبينة المستأجر أي فبينة المستأجر أولى لأنها تثبت الزيادة حينئذ وإن كان فيهما أي وإن كان الاختلاف في الأجرة والمنافع سقطت بينة كل واحد فيما يدعيه من الفضل فكان يدعي هذا أي المؤجر عشرة والمستأجر خمسة يقضي بشهرين بعشرة لا يقال كان الأحسن أن يقدم ذكر أحوال إقامة البينة على ذكر أحوال اليمين والنكول لأن المصير إلى اليمين بعد العجز عن إقامة البينة والنكول فرع تكليف اليمين وقد مر في أول الكتاب نقول العمدة في هذا الباب بيان أمر التحالف وباقي الأقسام مستطرد أي فقدم الأهم في هذا المقام فكان صاحب العناية لم يتنبه لهذه النكتة حيث غير أسلوب النص

قال وان اختلفا بعد الاستيفاء فالقول قول المستأجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ظاهر لان الهلاك والمعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا عند محمد رحمه الله لان الهلاك اذا لم يمنع عنده في البيع لان القيمة تقوم مقامه فلان يمنع في الاجارة اولى لان المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد تتبين انها لم تعقد واذا امتنع التحالف فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وان اختلفا بعد ما استوفى بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي لان القول في المتاع قول المستأجر لان العقد بمنزلة عقود متفرقة فيصير كل جزء من المنفعة كأنه ابتداء العقد عليها لحدوثها على ملك المؤجر فإذا انعدم في البعض تعذر في الكل قال وان اختلفا في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يتحالفان لان عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدل الخلاص والعبد يدعي بدل الرقبة ولهما ان المولى يدعي بدل الكتابة والعبد ينكر والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكر فيتحالفان لان المختلفين في الثمن كل واحد منهما يدعي استحقاق المبيع والبائع ينكر ولا يتحالفان عند ابي حنيفة رحمه الله لان البدل مقابل بفك الحجر وفك الحجر لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته كالعتق ولان المولى يدعي بدل الخلاص والعبد ينكر فلا يتحالفان لان البدل لا يكون مقابلا بالعتق عند الاداء فلا يكون مقابلا بما يدعيه المولى ولا بما ينكره العبد اختلافا في غير ما يقابل البدل وان اختلفا في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة

تقدم ذكر احوال اقامة البينة قال اي القدوري في مختصره وان اختلفا بعد الاستيفاء اي بعد استيفاء المعقود عليه بتمامه لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر وهذا اي عدم التحالف ههنا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وقد هلك المعقود عليه ههنا بعد الاستيفاء لانه المنفعة وهي عرض العرض لا يبقى زمانين وكذا على اصل محمد رحمه الله لان الهلاك انما لا يمنع عنده في البيع لما ان له اي للمبيع قيمة تقوم مقامه لان العينين متقومة بنفسها وكانت القيمة قائمة مقامها فيتحالفان عليها اي فيتحالف المتعاقدان عنده على القيمة ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد بناء على ان طائفة من المنافع اي الفسخ فالقيمة اي المعقود عليه لان المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد اي بل تقوم بالعقد وتبين بانه لا عقد اي وتبين بحلفها انه لا عقد بينهما لان الفسخ من الاصل فليرجع انه لا قيمة للمنفعة واذا كان كذلك كان المبيع قيما قائما ولا الذي يقوم مقامه فامتنع التحالف فاظهر اذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه اي هو الذي استحق عليه ومتى وقع الاختلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه كذا في الكافي واذا اختلفا بعد استيفاء المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قوله المستأجر بدائع الصنائع في مختصره قال الصدر في تعليله لان العقد اي عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فيصير اي العقد في كل جزء من المنفعة كأنه ابتداء العقد عليها اي على كل جزء من المنفعة فصار ما بقي من المنافع كالمنفرد بالعقد وكان الاختلاف بالنسبة اليه قبل استيفاء المعقود عليه وفيه التحالف واما الماضي فالقول فيه قول المستأجر لان المنافع الماضية هالكة وكان الاختلاف بالنسبة اليها ايضا قبل الاستيفاء لا تحالف فيه والقول قول المستأجر بالاتفاق كما مر آنفا بخلاف البيع لان العقد فيه وقعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل ضرورة قال اي القدوري في مختصره واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله والقول للعبد مع يمينه كذا في الكافي وغيره وقالا يتحالفان لان الفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رحمه الله لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدل الخلاص والعبد ينكره والعبد يدعي استحقاق العتق عليه اي على المولى عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا اي المتبايعان في الثمن ولابي حنيفة رحمه الله ان البدل اي بدل الكتابة مقابل بفك الحجر لان الكتابة عقد معاوضة وقد وجب بدل الكتابة على العبد فيجب ان يثبت للعبد ايضا شيء مما ذكر لان فك الحجر في حق السيد التصرف للحال اللام في الحال متعلق بمقابل اي مقابل الحال وهو اي فك الحجر في حق السيد التصرف سالم للعبد لاتفاق العبد والمولى على ثبوت الكتابة وانما يطلب اي البدل مقابلا للعتق عند الاداء اي عند اداء المكاتب بدل الكتابة بتمامه فقبل اداء اي قبل الاداء لا مقابلة اي لا مقابلة بالعتق والعتق قبل الاداء وليس كذلك فعلما وكان هذا نظير اجارة الدار حيث جعلنا رقبة الدار في ابتداء العقد في الاجارة اصلا ثم تنتقل منا الى المنفعة وهي المطلوبة اخذا لكذا في الكتابة جعلنا الفك في حق السيد التصرف اصلا في ابتداء العقد ثم عند الاداء رجعنا العتق اصلا واستقر ما فك الحجر الى العتق كذا في الشاية والكفاية فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير يعني اذا كان ما يقابل البدل في الحال هو المال للعبد فقط فقد بقي امرها اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان لان العبد لا يدعي شيئا على المولى بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه وان اقام احدهما بينة تقبل بينته لانه لو رد دعواه بها وان اقاما البينة كانت بينة المولى اولى لانها تثبت الزيادة الا انه اذا ادى قدر ما قام البينة عليه يعتق لانه اثبت الحرية لنفسه عند اداء بدل القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار كما لو كاتبه على الف درهم على ان ادى خمسمائة يعتق ولا يمنع ان يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرناه وكما لو استحق بدل الكتابة فان الحرية لا تنقض بعد النزول ويجب عليه البدل كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين قال اي القدوري في مختصره واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل اي مع يمينه كذا في جانب المرأة كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام قاضيخان والامام الترجماني كالعمامة والسلاح والثياب والكتب والخاتم

لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان المرأة وما في يديها في يد الزوج والقول قول الداعي كذا في الخانية وفي المحيط البرهاني لان يده بحق الملك وهو مقدم على يد المرأة لان يده بحق الملك والمرأة بحق الزوجية ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما سواء كان الميت الزوج او الزوجة وهذا قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي بين الزوج وورثة الميت وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما كالآنية فهو بينهما نصفان وهذا اذا كان الاختلاف بعد موت احدهما فان كان في حياتهما فالقول قول الزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا اقوى فيبعث مع ما يشهد له الظاهر وهو الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهر فيبعث مع الطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام مورثهم وقال محمد رح ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل الا ثوب اثنان كالآنية فيكون بينهما نصفين والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما حيا والآخر ميتا فالقول قول الحي والحي يعم الممات

والدرع والمقنعة ونحوها لان الظاهر شاهد له وفي الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية والدرع والخمار والمقنعة والملاءة ونحوها لشهادة الظاهر لها قال الامام الترجماني الا اذا كان الرجل صائغا او اسكافا او خراطا يصلح النساء والحلي والخلخال واشكال ذلك فحينئذ لا يكون مثل هذه الاشياء لها وكذلك اذا كانت المرأة بيطارة او حجامة فالقول قولها في الشروع وما يصلح لهما كالآنية والذهب والفضة والاسلحة والعقار ونحوها فهو للرجل لان المرأة وما في يديها في يد الزوج لانه قوام عليها والمسكن قضاء السيد والقول في الدعاوى لصاحب اليد الا يرى انه اذا تنازع اثنان في شيء وهو في يد احدهما كان القول قوله كذا هنا بخلاف ما يصلح للنساء لانه لما عارضه ما يصلح للنساء وهو يد المرأة لا يترجح بالظاهر الزوج باليد الظاهرة اقوى منه وهو يد الاختصاص بالاستعمال فجعلنا القول قولهما كالرجلين اختلفا في ثوب احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فان اللابس اولى كذا في الكافي وغيره قال صاحب العناية ويندفع بهذا ما اذا اختلف العطار والاسكاف في آلات الاسكافة والعطارة وهي في ايديهما فانها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يرجح بالاختصاص لان المراد به ما هو بالاستعمال ولم نشاهد استعمال الاسكافة والعطارين شيئا من هذه الآلات في ايديهما فانها تكون بينهما نصفين انتهى اقول فيه كلام وهو ان يقتضي هذا الفرق لزوم كون استعمال الزوج او المرأة مشاهدا فيما نحن فيه مع ان الظاهر ما ذكر في هذا الكتاب وفي سائر المعتبرات ان يجر والصلاحية لاحدهما كاف في الترجيح وان لم يشاهد استعماله ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة اي لا فرق بينهما فيما مر من الجواب ثم ان ما ذكر من حكم الاختلاف قبل موت احدهما فان مات احدهما واختلف ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما سواء كان الميت الزوج او الزوجة لان يده كيده اي لا بد للميت وهذا الذي ذكرنا يعني من حيث الجملة لا من حيث التفصيل لقول ابي حنيفة رح لان المذكور من حيث التفصيل ليس قول احد فان كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالاجماع فلا اختصاص لهذا القيد كذا في العناية وقال ابو يوسف رح يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها وهذا الذي ذكره ابو يوسف رح في الشكل وما فيما يختص بكل واحد من الزوجين فقول كل منهما من غير اعتبار جهاز مثلها هكذا ذكر في المبسوط وشرح الجامع الصغير وفي لفظ الكتاب نوع تخليط حيث لم يذكر قول ابي يوسف رح هنا فيما ذكر قوله فيما في حق الشكل وكان من حقه ان يقول وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل فقال ابو يوسف رح يدفع للمرأة ما يجهز به مثلها كذا في العناية ومعراج الدراية والباقي اي من الشكل للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز تعليل لقوله يدفع المرأة ما يجهز به مثلها وهذا اقوى اي هذا الظاهر وهو ان المرأة تأتي بالجهاز ظاهر اقوى بكثير من العادة بذلك فيعمل به ظاهر الزوج وهو يده ثم في الباقي لا معارض لظاهر اي لظاهر الزوج فيتكرر قوله ثم في الباقي الى هنا تعليل لقوله والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز تعليل لقوله يدفع المرأة ما يجهز به مثلها وهذا اقوى اي هذا الظاهر وهو ان المرأة تأتي بالجهاز ظاهر اقوى بكثير من العادة بذلك فيعمل به ظاهر الزوج وهو يده ثم في الباقي لا معارض لظاهر اي لظاهر الزوج فيتكرر قوله ثم في الباقي الى هنا تعليل لقوله والباقي للزوج مع يمينه والطلاق والموت سواء اي عند ابي يوسف رح لقيام الورثة مقام المورث وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما كان لهما فهو للرجل اي ان كان حيا او ورثته ان كان ميتا لما قلنا لابي حنيفة رح من الدليل وهو ان المرأة وما في يديها في يد الزوج والقول لصاحب اليد هذا بالنسبة الى الحيوة واما بالنسبة الى الممات فقوله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وذكر في الفوائد محمد رح يقول ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لانهم خلفاء وفي ما لا خلف لان في الشكل القول قولها في حيوته فكذلك بعد مماته كان القول قول ورثته وابو حنيفة رح يقول يد الباقي منهما الى الممات اسبق لان الوارث انما ثبت يده بعد موت المورث وكما يقع الترجيح فيما نحن فيه لقوة اليد نظرا الى صلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح لسبق اليد ولان يد الباقي منهما يد نفسه والوارث خلف عن يد المورث فهذا نوع من الترجيح فكان الشكل للباقي منهما كذا في العناية ومعراج الدراية وان كان احدهما اي احد الزوجين مملوكا اي سواء كان مجورا او مأذونا له او مكاتبا فالمتاع للحر في حالة الحيوة لان يد الحر اقوى لكون اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والاقوى اولى ولهذا قلنا في الحرين فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك كذا في العناية وللحي بعد الممات اي والمتاع للحي

بعد الممات لانه كالبيت لحقت يد الحي عن المعارض هذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر ان لهما يدا معتبرة في الخصومات **فصل** فيما لا يكون خصما فمن لا يكون خصما اذا قال المدعى عليه هذا الشيء او داره او ضيعته فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه او اقام بينة على ذلك فالخصومة بينه وبين المدعي لان الخصم من يكون الاقرار له او عليه كذا في الكافي وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة بالبينة لانها لا تثبت الا بعد الانكار فلا يندفع الانكار بعد ثبوت الحق كالاقرار لان البينة حجة المدعي والانكار حجة المدعى عليه ولنا ان البينة اقوى من الانكار لانها تثبت الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بينا من قبل ولا يشكل بما اذا قال المدعى عليه هذا الشيء لفلان الغائب وديعة عندي او غصبته منه او اقام بينة على ذلك فالخصومة بينه وبين المدعي لان الاقرار له او عليه كما اذا اقر المدعى عليه بذلك او اثبت ذو اليد اقراره بالبينة كذا في الكافي وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة بالبينة لانها لا تثبت الا بعد الانكار فلا يندفع الانكار بعد ثبوت الحق كالاقرار لان البينة حجة المدعي والانكار حجة المدعى عليه ولنا ان البينة اقوى من الانكار لانها تثبت الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بينا من قبل ولا يشكل بما اذا قال المدعى عليه هذا الشيء لفلان الغائب وديعة عندي او غصبته منه او اقام بينة على ذلك فالخصومة بينه وبين المدعي لان الاقرار له او عليه كما اذا اقر المدعى عليه بذلك او اثبت ذو اليد اقراره بالبينة كذا في الكافي وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة بالبينة لانها لا تثبت الا بعد الانكار فلا يندفع الانكار بعد ثبوت الحق كالاقرار لان البينة حجة المدعي والانكار حجة المدعى عليه ولنا ان البينة اقوى من الانكار لانها تثبت الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بينا من قبل ولا يشكل بما اذا قال المدعى عليه هذا الشيء لفلان الغائب وديعة عندي او غصبته منه او اقام بينة على ذلك فالخصومة بينه وبين المدعي لان الاقرار له او عليه كما اذا اقر المدعى عليه بذلك او اثبت ذو اليد اقراره بالبينة كذا في الكافي

بعد الممات حتى لو قضى بعد الممات كان الميت هو كما لو قضى في حياته وتمامه في الاسرار وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة وللحر بعد الممات ثم قال شمس الائمة وقع في بعض النسخ للحي مكان الميت وهو سهو كذا في الشروح واختار المصنف مختار العامة واستدل عليه بقوله لانه لا بد للميت من يدافع عن المعارض بخلاف المتاع لان هذا اي ما ذكر من جواب المسألة بالفصل بين العبد المحجور والعبد المأذون والمكاتب عند ابي حنيفة رح وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات ولهذا تختصم الحر والمكاتب في شيء هو في يديهما تقضي بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه فكما لا ترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات كذا في متاع البيت والجواب ان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى مثل رب المنزل فلا يعارضه بينهما كذا في الغاية

فصل فيما لا يكون خصما لما ذكر احكام من يكون خصما شرع في بيان من لا يكون خصما لمناسبة المضادة بينهما وقدم الاول لكون ذكره العمدة في المقام لان الكلام في الدعوى وهي عبارة عن الخصومة واما ذكر الثاني فليتضح به الاول اذ الاشياء تتبين باضدادها فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما ايضا قلنا نعم لكن من حيث الفرق لا من حيث القصد الا ترى الى قوله الا ان قال المدعي عليه هذا الشيء او داره او ضيعته فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فالخصومة بينه وبين المدعي هذا لفظ القدوري يعني اذا ادعى رجل عينا في يد رجل انه ملكه فقال المدعى عليه الذي هو ذو اليد هذا الشيء او داره او ضيعته فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام على ذلك بينة فالخصومة بينه وبين المدعي قال المصنف وكذا اذا اقال في جزئيه واقام البينة اي اذا قال المدعى عليه في جزئيه فلان الغائب واقام على ذلك بينة فالخصومة بينه وبين المدعي ايضا وقال في النهاية وكذا اذا قال المدعى عليه انه عارية عندي او ما اشبه ذلك كذا في الذخيرة انتهى لانه اثبت بالبينة ان يده ليست بيد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم قال الامام الزيلعي في التبيين بعد ذكر هذا الدليل فصار كما اذا اقر المدعى عليه بذلك او اثبت ذو اليد اقراره به ثم قال والشرط اثبات هذه الاشياء دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الاشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع انتهى وقال ابن شبرمة لا تندفع اي الخصومة وان اقام البينة على ما قال لانه لم تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه اي عن الغائب لان الغائب لم يوكله باثبات الملك له يعني ان ذا اليد اثبت بينة الملك للغائب واثبات الملك للغائب بدون خصم متعذر اذ لا ولاية لاحد في ادخال الشيء في ملك غيره بلا رضاه ودفع الخصومة بناء عليه اي على اثبات الملك للغائب والبناء على المتعذر متعذر قلنا اي في الجواب عما قاله ابن شبرمة مقتضى البينة شيئان احدهما ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت وثانيهما دفع خصومة المدعي وهو اي المدعي عليه خصم فيه فيثبت اي حيث ثبت فيه دفع الخصومة في حقه وبناء الثاني على الاول ممنوع لانفكاكه عنه وقد اشار اليه بقوله وهو كالوكيل بنقل المرأة اي الى زوجها واقامتها عطف على الوكيل اي واقامة المرأة البينة على الطلاق يعني ان ما نحن فيه نظير ما اذا وكل رجلا وكيلا بنقل امرأته اليه فاقامت المرأة بينة ان الزوج طلقها فان بينتها تقبل لتقرير الوكيل عنها ولا تقبل في وقوع الطلاق بالم يحضر الغائب كما بيناه من قبل اي في باب الوكالة بالخصومة والتعجز فكذا فيما نحن فيه تقبل البينة لدفع خصومة المدعي عن المدعى عليه ولا تقبل في اثبات الملك للغائب وهذا لان بخصومة المدعي عليه باقامة البينة ليس باثبات الملك للغائب انما المقصود هنا اثبات ان يده يد حفظ لا يد خصومة وفي هذا المدعي خصم لتحصيل اثباته عليه بمنزلة اقراره اي خصم لذلك ولا تندفع اي الخصومة بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى فانه قال بانتفاعها بجحود اقرار المدعى عليه بدون اقامة البينة وجه قوله ان ذا اليد اقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق بنفسه كملوه عن التهمة فتسمع الدعوى عليه بيد حفظ فلا حاجة الى البينة ووجه الجواب عنه ما ذكره المصنف بقوله لانه اي ذا اليد صار خصما بطا هر يده ولهذا كان للقاضي احضاره وتكليفه بالجواب فهو باقراره بيد يمان يحول حقا استحقها على نفسه فهو بمنزلة اقراره فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحويل الدين من ذمته الى ذمة غيره بالحوالة فانه لا يصدق هناك فكذا هنا الا بحجة

وقال ابو يوسف رح اذا كان الرجل معلوما فالجواب كما قلنا وان كان معروفا بالحيل لا اندفع عنه الخصومة لان الحيال من الناس قد يتمكن فيما ذكره الى مسافر يودع عنده ايام ويشهد عليه المشهود فيتحيل لابطال حق غيره فاذا اتى القاضي به لا يقبله ولو قال الشهود وهم رجل لا نعرفه لكن نعرف عنه الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا الذي كان ماله الى سعيد ليكون اذا من اتباعه فلو اندفعت الخصومة بهذا لكان لكل احد ان يقول لا نعرفه بوجهه ولا نعرف باسمه ونسبه فكذا الجواب عندهما وهو الوجه الثاني

يلزم اثبات اقرار نفسه بينه وهو غير مسموع في الشرع لانا نقول البينة لاثبات اليد الحافظة التي انكرها المدعي لا لاثبات الاقرار كذا في العناية واستشكل بعض الفضلاء قول في السؤال هو غير مسموع في الشرع حيث قال قد سبق في اول كتاب الدعوى ان اليد لا يثبت في العقار الا بالبينة ولا يعتبر اقرار المدعى عليه باليد انتهى اقول نعم ليس شيء اذ ليس مراد صاحب العناية ان عدم اعتبار اقرار المدعى عليه لم يعد في الشرع كيف لا يخفى على مثلك ان عدم اعتبار ذلك كثير في المسائل الشرعية لعل منها كعدم اعتبار اقرار المريض للوارث وعدم اعتبار اقراره بعين في يده لآخر في حق غرماء الصحة كعدم اعتبار اقرار الرجل نسيب من غير الوالدين كالاخ والعم وكعدم اعتبار اقرار المرأة بالولد الصغير الى غير ذلك انما مراده ان اثبات اقرار نفسه بالبينة لم يعد في الشرع وليس فيما ذكر من صورة دعوى العقار اثبات المقر اقرار نفسه بالبينة لان اثبات اليد بالبينة في دعوى العقار انما يجب على المدعي لا على المدعى عليه الذي هو المقر فقول ابو يوسف رح ان كان الرجل معلوما فالجواب اي جواز المسألة كما افتاه اي يندفع عنه الخصومة باقامة البينة وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة وان اقام البينة كما قال ابن شبرمة لان المتحيل ربما يتمكن في مال سوالي مسافر يودعه اياه ويشهد عليه المشهود فيتحيل لابطال حق غيره اي كيلا يتضرر المودع من ذلك لان الاضرار بالمدعي ليتعذر عليه اثبات حقه بالبينة فاذا اتى المدعي القاضي به اي بالاقتيال لا يقبله اي لا يقبل بينته قال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه ما ذهب اليه ابو يوسف رح استحسان وبه اليه بعد ما ابتلي بالقضاء ما رأى قضاء فوقف على احوال الناس ولم يعرفه غيره وما قالاه قياس لان البينات حجج شرعت لاظهار الحق فاستوجب العمل بها ولا يجوز ابطالها بمجرد الوهم كذا في غاية البيان واعلم ان هذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه واليه اشار بقوله هذا اذا شيء اودعه فان الاشارة اليه لا يكون الا الى موجود في الحال واما اذا هلكت فلا يندفع الخصومة وان اقام البينة لانه اذا كانت قائمة قد والبينة تنصب خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك لا انه يحتمل غيره فيندفع عنه الخصومة بالجهالة على الاحتمال واما اذا هلكت فالدعوى تقع في الدين ومحل الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعي نيابة وبالاقام المدعي عليه من البينة على ان العين كانت في يده وديعة لا يتبين ان ذمته كانت لغيره فلا تحول عنه الخصومة كذا في العناية وكثير من الشروح تبعا لما ذكر في الكتاب اذا قال الشهود او هو رجل نعرفه باسمه ونسبه ولو قال الشهود او هو رجل نعرفه اي اصلا لا باسمه ولا بنسبه فلا يوجبه لا يندفع الخصومة عندي بالاجماع كذا في الكافي والشروح والظاهر ان مراده بالاجماع ههنا اجماع اثنتا الثلثة او اجماع ما عدا ابن ابي ليلى فان شهادة الشهود ليست بشرط عنده في اندفاع الخصومة كما سيقال في تعليل المسألة الآتية حيث قال لان المودع هو المدعى حيث لم يعرفوه ولانه اي ذو اليد ما حال اي ما حال المدعي الى ان يتبين المدعي ابتاعه فلو اندفعت اي الخصومة لتضرر به المودع اقول في تعليله الثاني قصور اما من حيث اللفظ فلانه اضمر فيه المدعي اولا حيث قال ما حاله واظهره ثانيا حيث قال يتبين للمدعي ابتاعه ولا يخفى على من له ادنى تمرن باساليب الكلام سماجة ذلك وكون الوجه اما العكس وما الاضمار في المقامين واما من حيث المعنى فلانه جعله دليلا مستقلا على المسألة الاجماعية مع انه منتقض على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله بالمسألة الآتية وهي ما لو قال الشهود نعرفه بوجهه لا نعرفه باسمه ونسبه فان الحكم المذكور يتخلف عنه هناك عندهما وكان الامام الزيلعي بنى له فحمل الدليلين دليلا واحدا حيث قال في تعليل تلك المسألة في التبيين لانهم ما حالوا المدعي على رجل معروف يمكن مخاصمته ليتعلق المدعي هو ذلك الرجل فلو اندفعت الحيل حتى انتفى تحمل ان الظاهر كان ان يقول المصنف ايضا لانهم ما حالوه بدل قوله لانه ما حال لان المسألة في ان لا يعرفه الشهود لا في ان لا يعرفه ذو اليد كما لا يخفى وتوجيه ما قاله المصنف ان شهادة الشهود لما كانت لاجل ذي اليد نسب حالهم اليه ويحتمل ان يكون الضمير البارز في قوله لانه راجعا الى المدعي بتأويل ان يقال والشهود انما شهدوا على اقرار ذي اليد لان المدعي هو الذي اودعه بوجه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب اي جواب المسألة عند محمد رح للوجه الثاني وهو قوله ولانه ما حاله على حسب الخصماء بمنزلة ما لو قالوا اودعه رجل لا نعرفه وذلك لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن

وعند ابي حنيفة رح تندفع لانها ثابتة ببينته لان العين وصل اليه من جهة غير جهة المشهود به بخلاف الفصل الاول فلم يكن يده خصومة في حق المقضي له والله اعلم وانما نفسه حيث خصما واخوه شهود دون المدعى عليه بهذه المسئلة تمت كتاب الدعوى فهرس الاقوال الخمسة ان قال اتبعت من قال الخ فهو خصم لانه ما زعم ان يده يد ما اعترف بكونه خصما ان قال المدعى غصبته شيئا او سرقته منى اندفع الخصومة ان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانها صار خصما بدعوى الفعل عليه بكيفية تخالف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يد لا حق لغيره دعوته على غير ذي اليد لم يصر دعوى الفعل ان قال المدعى غصبته شيئا او سرقته فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب على عبدا لم يسم فاعلا ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل حقيقة والظاهر انه هو الذي باشره الا اذا لم يعينه حقا للحق شفقة عليه فاشبه الستر

رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرجل لا تعرف فلانا قال نعم فقال بل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه ومن حلف لا يعرف فلانا وهو يعرفه وهو لا يعرف اسمه ونسبه لا يحنث كذا في الكافي والشروح وعند ابي حنيفة رح ينبغي لانه اي المدعى عليه اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة غير اي غير الجهة التي يعترف المشهود به حتى يحصل العلم بتعين ان المدعوع غير هذا المدعى بخلاف الفصل الاول وهو ما قال الشهود اودعه رجل لا تعرفه اصلا فلم يكن يده اي لم يكن يد المدعى عليه في الفصل الثاني يد خصومة لعدم كونه ملكا بل يد حفظ هو المقصود اي لا يكون يده يد خصومة بل يد حفظ هو مقصوده فقط افاده الشارح في الحديث الملائمان على نفي المعرفة حتى لا يمين على ذي اليد لتعريف خصم المدعي تعريفا تاما فانما عليه ان ثبتت ان ليس بخصم وقد اثبتت والمدعي هو الذي ان سكت خلي وسكوته اي ان سكت المدعي عن الخصومة خلي وترك الخصومة لتقرير يد المدعى وهو جواب عن قول محمد رح خلوا ترفعت الخصومة لتقرير يد المدعى وهو جواب ان الضرر اللاحق بالمدعي انما هو من جهة تفسيق نفسه حيث نفى خصما وهو شهود اي شهود المدعى عليه لا من جهة شهود المدعى عليه لانه من جهة ذي اليد وهذه المسئلة من تتمة كتاب الدعوى اي هذه المسئلة من تتمة مسائل الدعوى سميت بكتاب الدعوى وان كان فيها خمسة اقوال كما اشار اليه بقوله فذكرنا الاقوال الخمسة وهي قول ابن شبرمة وقول ابن ابي ليلى وقول ابي يوسف وقول محمد وقول ابي حنيفة رحمهم الله وان كان فيها خمس صور وهي الايداع والاعارة والاجارة والرهن والغصب كما ذكره ايضا وان قال اتبعته من الغائب فهو خصم هذا لفظ القدوري يعني ان قال المدعى عليه اشتريت هذا الشيء من الغائب فهو خصم للمدعي لانه اي المدعى عليه لما زعم ان يده يد ملك لما اعترف بكونه خصما كما لو اقر بالملك مطلقا وان قال المدعي غصبته مني او سرقته لا يندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه اي لان ذا اليد انما صار خصما بدعوى الفعل وهو الغصب والسرقة على ذي اليد لا بيده اي لم يصر ذو اليد في دعوى الفعل خصما بيده ثم ان ضاق ذي اليد لا بد من ان يكون لغيره وحتى يقال اثبت البينة ان فعلا قبل غيره وهذا فعل متصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق لانه اي ذا اليد خصم فيما في دعوى الملك المطلق بتأويل الاطلاق باعتبار يده حتى لا يصح دعواه اي دعوى الملك المطلق على غير ذي اليد بيده مترددين ان يكون له فيكون خصما وبين ان يكون لغيره فلا يكون خصما وبالبينة اثبت ان يده لغيره فلا يكون خصما ليصح دعوى الفعل على غير ذي اليد كما يصح دعواه على ذي اليد وان قال المدعي سرق مني اي ان قال المدعي سرق مني هذا الشيء على صيغة المجهول قال صاحب البداية وعينه فلان واقام البينة اي على ان فلانا اودعه اياه لم تندفع الخصومة هذا ايضا لفظ القدوري قال المصنف رح وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو استحسان وقال محمد رح تندفع اي الخصومة وهو القياس لانه اي المدعي لم يدع الفعل عليه اي على ذي اليد كما اذا قال اي المدعي غصب مني على بالم يسم فاعله يعني عن التحويل اذ دعوى السرقة فيقبل دعوى الملك فيندفع الخصومة باثبات الوديعة كما لو جعل الغصب قال غصب مني على بالم يسم فاعله واقام ذو اليد البينة على الوديعة من آخر فانه تندفع الخصومة هناك كذا في غاية البيان ولهما ان لابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان ذكر الفعل وهو السرقة يستدعي الفاعل لا محالة لان الفعل بدون الفاعل لا يتصور والظاهر انه اي الفاعل هو الذي في يده الا انه اي المدعي لم يعينه اي لم يعين الفاعل صار الحق شفقة عليه اي على ذي اليد واقامة لحقه اي لاجل السرقة قال صاحب الغاية فان قيل اذا لم تندفع الخصومة فربما يقضي بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقا فاجاب حينئذ اجيب بان جهالة ذي اليد تنفي عليه تسليم العين الى المدعي على ان انه سرقه بعد ذلك يتعين لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول السروق الى المالك ولو لم يجعل سارقا انتفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعي حتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيمين قطعت يده لظهور قبل ان يصل العين الى المالك فكان في جعله سارقا احتياطا للامر وانتهى اقول في كل واحد من السؤال والجواب نظر اما في السؤال فلانه ان اراد بقوله وفي ذلك جعله سارقا ان في ذلك الحكم عليه بموجب السرقة وهو القطع فهو ممنوع وانما هو عند تعيين كونه السارق وان اراد بان في ذلك مجرد جعله خصما في دعوى كونه في ذلك الشيء

فصار كما اذا قال سرقت بخمار الفصيل لا الجمل فانه يقبل كما مر ولو قال لا بل ابتعته من فلان فان ذلك يسقط خصومته بغير بينة لانه اقر انه لا حق له فيه لكن لا يكون حجة على فلان حتى لو اقام فلان البينة انه له او ادعى انه ابتاعه من فلان فان ذلك يسقط خصومته ولا يكون له ان يقيم البينة على فلان فان اقام بينة قضى له لان البينة اقوى من الاقرار

باب ما يدعيه الرجلان

قال وادا ادعى رجلان عينا في يد رجل كل واحد منهما انه له واقام البينة قضى بها بينهما وقال الشافعي رحمه الله في قول آخر يقرع بينهما لان احد البينتين كاذبة بيقين واحتمال كل واحدة منهما للكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فيتعين القرعة لان النبي عليه السلام اقرع فيما تنازعوا وقال اللهم انت الحكم بينهما ولنا ما روينا من قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في حالة وقام كل واحد منهما بينة فقضى بينهما ولان القرعة كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ

مقصود المدعي فهو سلم كل الجارية وحينئذ لقوله فما وجه الدرء حينئذ اذ وجه ظاهر وهو سقوط القطع لعدم التعيين لشبهة كون السارق غيره وما في الجواب فان مقتضاه ان جانبي اليد قضاء وانقضاء على سبيل التعيين الى المدعي في مسئلتنا نحن اذ كان لاجل الاحتيال لدرء الحدود فان الاحتيال لدرئه انما نشأ من قبل الشرع لا من قبل المدعي وهذا مع كونه مخالفا لمقتضى الدليل المذكور في الكتاب كما ترى غير تام في نفسه لان ظهور سرقة ذي اليد بعد ذلك يتعين امره وهو وجوب الضمان على ذي اليد بطلب المدعي من يده على تقدير القضاء عليه بالملك المحقق فكيف يتكبد الضرر المحقق لدفع الضرر الموهوم سيما اذا اعترف بانها ملك الغير او غصبها عنده فان اتلاف مال احد لدفع ضرر متوهم عن غيره غير معهود في الشرع فصار اي فصار ما اذا قال الشراء منه بصفة المجهول كما اذا قال سرقت بالنصب على الحال من الضمير المنصوب اي بخلاف ما اذا قال غصب مني بصفة المجهول حيث تقبل البينة على اصل الغصب اثبات الوديعة بالاتفاق لانه لا حد فيه اي في الغصب فلا يحتاج عن الشبهة فلم يكن المدعي معذورا في التعجيل ولو قال المدعي اشتريته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان الذي تقول اشتريته منه اسقط الخصومة اي اسقط صاحب اليد الخصومة عن نفسه بغير بينة هذا لفظ القدوري قال الجصاص لانهما توافقا على ان اصل الملك لغيره اي في الشيء المدعى لغيره اي لغير صاحب اليد فكان في حكم وصول العين المدعاة فكان الطارئ للصار السابقة ان يقول المدعي فيكون وصولا كما قاله صاحب العناية ولكنه يشبه انه قصد انه يحيح العبارة الى ذي اليد من جهة الغير فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم اي المدعي البينة ان فلانا اي فلانا المذكور وكله يقبض اي يقبض الشيء المدعى لانه اي المدعى اثبت بينة كونه احق باسكاكها اي باسكاك العين المدعاة كانه قصد التعيين بهذا ايضا حيث قال او لا يقبضه بالتذكير وثانيا باسكاكها بالتانيث

باب ما يدعيه الرجلان

لما ذكر حكم دعوى واحد شرع في ذكر حكم دعوى الاثنين لان الاثنين بعد الواحد قال اي القدوري في مختصره واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما ينعم انها اي العين له واقاما البينة اي على ما ادعاه قضى بها بينهما اي نصفين في انشاء وضع السكاكة في دعوى ملك العين لانهما تعارضا في ملك امراة واقام كل واحد منهما بينة على انها امراته لم تقض لواحد منهما بالاتفاق ففي دعوى النتاجين لان الدعوى لو كانت بين النتاج وصاحب اليد واقاما بينة فبينة النتاج اولى عندنا وفي احد قولي الشافعي رحمه الله تتعارضان ويكون المدعى الذي اليد تركا في يده وهو قضاء بترك لا قضاء بملك وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضي به لذي اليد قضاء بملك في الملك لا طلق لان في اقامة البينة اثباتا للسبب اي بالتاريخ تفصيلا وطلاقا كما سيجيء ان شاء الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله اي في المسئلة التي نحن فيها في قول تتعارضان اي تساقطا وبطلتا ماخوذ من البتة بكسر الباء وهو السقط من الكلام والخطاء فيكون في القول الاول وفي قول يقرع بينهما اي بين المدعيين فيقضي لمن خرجت قرعته لان احد البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل اي في كل العين في حالة واحدة وقد تعذر التمييز اي بين الصادقة منهما والكاذبة فيصار الى القرعة كما لو شهد شاهدان ان احدهما طلق امراته يوم النحر بمكة وآخران انه اعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم ولنا ان بينة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتحق بها اولى كذا في النهاية والكفاية ولهذا يصار الى القرعة لانه عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت الحكم بينهما وروى عليه السلام انه قال لرجلين ادعيا دابة بين يديه رسول الله صلى الله عليه وسلم انها بينة فاقم بينتك والا فاحلف فقضى بها للمشتري بقرعة وان حديث تميم الطائي رواه ابو داود وان رجلين جاءا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة واقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين عن ابي الدرداء رضي الله تعالى عنه ان رجلين اختصما بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء واقام احدهما البينة فقضى لسلسلة بني اسرائيل كان اول ما علم الله اجلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء لا تطيق الا القائم ثم قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين حديث ضعيف كان في الابتداء ثم نسخ هذا جواب عن حديث القرعة يعني انه كان في الابتداء وقت ابانة القاء ثم نسخ بحرمة القاء ثم تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء كما

وهل المطلق الشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتقد احدهما سبب الملك والآخر اليد ثم شهدت الشهادتان بسبب العمل به ما لم يكن وقت اكتساب التهمة بيعا او نحوه او اعتاض عنه فلا تسمع الا ان تحققت

تعليق الاستحقاق بخروج القرعة تمام فكذلك تعيين المستحق بخلاف قسمة المال المشترك لان القاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة وانما يفزع تطييبا للقلوب ونفيا للتهمة السبيل عن نفسه فلا يكون في ذلك في معنى القمار كذا في الكافي وسائر الشروح وقال المطلق بكسر اللام اي المجوز للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بفتح الميم بان يعتقد احدهما سبب الملك كالشراء والآخر اليد صحت الشهادتان قال صاحب العناية في حل هذا المقام ولا نم كذب احدهما يقينين لان المطلق الشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود فان صحة ادا الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز ان يكون احدهما اعتمد سبب الملك بان اذا اشترى شهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين انتهى اقول انظاره من تقريره انه قد حمل قول المصنف ولان المطلق للشهادة الخ على منع قول الشافعي رح ان احدى البينتين كاذبة بيقين فيرد عليه ان لا محال لمنع ذلك على ما ذهب اليه الجمهور المحققين من ان معنى صدق الخبر مطابقته للواقع ومعنى كذبه عدم مطابقته لان استحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة ضرورية فكذب احدهما اي عدم مطابقتها للواقع متعين بلا ريب وما ذكره في معرض السند للمنع لا يجدي طائلا في دفع ما ذكرنا لا يخفى والوجه عندي ان لا يكون مراد المصنف بقوله المذكور منع قول الشافعي رح ذلك بل ان يكون مراده به القول بالموجب اي اثبات مدعاه مع التسليم ما قاله الخصم وتقريره ان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك والآخر اليد وكل شاهد لهما مطلق كذلك فهي صحيحة سواء طابقت الواقع او لا طابقته لان صحة الشهادة لا يعتمد تحقق المشهود به في الواقع فان ذلك عيب لا يطلع عليه العباد بل انما تعتمد ظاهر احوال الشاهد فان سبب العمل بها من الامر البينات حجج الله تعالى اجل بها عباده معاملة لهم في الدنيا بالتسهيل اذا لحمل يقبل التخصيص اذا لحمل يقبل التخصيص وانما يضعف لاستوائهما اي لاستواء الامرين في استواء الاستحقاق وهو الشهادة فحاصل كلام المصنف هنا على ما وجهناه ان مدار العمل بالشهادتين صحتهما لاحتمال كل منهما خفاء لا يطلع عليه العباد وان وجه صحتهما ما ذكر يرشد اليه انه قال في التفريع فصحت الشهادتان ولم يقل فصدقت الشهادتان نعم ان بعض الفضلاء اعترض على قول صاحب العناية ولا نم كذب احدهما بيقين واجاب عنه حيث قال فيه بحث فان الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع وعدم مطابقة كلام احدهما للنفس الامر من اجل الواجبات فكيف يمنع وليس فيما ذكره في معرض السند ما ينفع ذلك كما لا يخفى والجواب ان المانع عن تسمية الشهادة وهو كذبا هنا وهو مفقود شرعا والمانع اجتماع اطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا فالذي لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعي فليتامل انتهى اقول في الجواب بحث اذ الظاهر ان مراده بكذبها شرعا عدم مطابقتها للاعتقاد لانه هو الذي يمكن ان اريد بلفظ الكذب هنا بعد ان لا يكون المراد به عدم مطابقة الحكم للواقع ولكنه ليس بوجه لان كون صدق الخبر مطابقة للاعتقاد والخبر وكذبه عدم مطابقته للاعتقاد مذهب النظام ومن تابعه وقد ابطله المحققون باجماع المسلمين على تصديق اليهودي في قوله الاسلام حق مع مخالفته لاعتقاده وتكذيبه في قوله الاسلام باطل مع مطابقته لاعتقاده فكيف يحمل الكذب الشرعي على مثل هذا المذهب الباطل ويحمل معنى الاستدلال الآتي في هذه المسئلة ايضا ولم يكن الكذب الشرعي عدم المطابقة للواقع بل كان عدم المطابقة للاعتقاد كما كان وارد في قواعد الشرع من ان نعت الكذب لم تتعده معنى لان الكذب بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد لا يتصور بدون التعمد ايضا لا يندفع قول الشافعي رح بمنع كذب احدى البينتين بيقين بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد اذ يكفي لكذب احدهما بيقين بمعنى عدم المطابقة للواقع فان التزم جواز الحمل بها عند تيقن عدم مطابقة احدهما للواقع فلم يابى جواز الحمل بها عند تيقن كذب احدهما بمعنى عدم المطابقة للواقع والفرق بجواز اطلاق لفظ الكذب وعدم اطلاقه لا يوثر في تحقيق معنى المسئلة فانا نواعتنا بلفظ فلا ينبغي ان يتحرك القول المعول عليه في الصدق والكذب ثم على تقدير الالتزام اجتماع اطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا ان اريد به يلزم اجتماع اطلاق كل واحدة من الشهادتين وتكذيبها بالعينية فمسلم لكن لا نم الحذور فيه اذ الكذب بالنسبة الى كل واحد منهما بالعينية انما كان محتملا الاعتقاد حتى قال على تقدير

قال فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك
قال ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم يوقت البينتان فاما اذا وقتا
فصاحب الوقت الاول اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما وان اقام الآخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار

في مختصره فان ادعى كل واحد منهما اي من الرجلين نكاح امرأة واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك ويرجع الى تصديق
المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وحكي عن ركن الاسلام علي السغدي انه لا يترجح احدهما الا باحدى معان ثلث احدها اقرار المرأة والثانية كونها
في يد احدهما والثالثة دخول احدهما بها الا ان الآخر يقيم البينة ان نكاحه اسبق كذا في الشروح نقلا عن الخلاصة قال المصنف وهذا اي الحكم المذكور اذا لم توقت
البينتان واما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول اولى لما فيه من زيادة الاثبات كذا في الكافي قال صاحب العناية ولقائل ان يقول قوله فصاحب الوقت
الاول اولى ليس بجلي لانه انما يكون اولى اذا كان الثاني بعده بمدة لا يحتمل انقضاء العدة فيها اما اذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز ان الاول طلقها وتزوج بها
الثاني والجواب ان ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام في ذلك ايضا قد ذكرنا آنفا ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا و
لو عاينا تقدم الاول حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة انتهى اقول في الجواب الاول نظر لانه اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول واقيم البينة عليها كان صاحب
الوقت الثاني اولى قطعا وليس مدار السؤال على دعوى اولوية الثاني بل على منع اولوية الاول وهذا المنع لا يتوقف على كون دعوى النكاح بعد طلاق الاول
بل يتوجه ايضا على تقدير دعوى النكاح مطلقا اي من غير تقييد بكونه بعد طلاق الاول فيما اذا احتملت المدة التي بين الوقتين انقضاء العدة لجواز ان الاول
طلقها وانقضت عدتها فتزوج بها الثاني كما ذكر في السؤال فلم يثبت الاولوية في الاول مطلقا واما الجواب الثاني فهو ان كان صحيحا في نفسه الا ان فيه نوع
احتياج الى بيان لمية الحكم بالاول فيما عاينا تقدمه ايضا مع الاحتمال المذكور فالاحسن ههنا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال فان قلت امكن العمل بالبينتين بتخلل الطلاق
قلت لا يمكن لان النكاح الثاني يحتمل ان يكون بعد الطلاق ويحتمل ان يكون مع بقاء الطلاق فلا يبطل النكاح الثابت للاول بالشك لا يقال يحمل امرها
على الصلاح لان هذا انما يعتبر في الدفع لا في ابطال حق الغير وههنا الحاجة الى الابطال انتهى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما فان اقام
الآخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار اذ البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة وذكر في نكاح المبسوط ولو تنازع رجلان في امرأة كل واحد منهما يدعي
انها امرأته ويقيم البينة فان كانت في بيت احدهما او كان دخل بها فهي امرأته لان التبيين في التعارضتا على العقد يترجح احدهما بالقبض كما لو ادعى رجلان تلقي
الملك في عين ثالث بالشراء واحدهما قابض واقاما البينة كانت بينة صاحب اليد اولى ولان فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما امكن والامكان ثابت ههنا بان
يجعل نكاح الذي دخل بها ثالثا حين دخل وهذا لان تمكنه من الدخول بها او من نقلها الى بيته دليل سبق عقده ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ الا ان
يقيم الآخر البينة انه تزوجها قبله فح سقطا عتبار الدليل في مقابلة التصريح بالسبق وان لم تكن في يد احدهما فايهما اقام البينة انه اول فهو احق بها لان شهوده
شهدوا بسبق التاريخ في عقده والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة او باقرار الخصم وان لم يكن لهما على ذلك بينة فايهما اقرت المرأة انه تزوجها قبله او انه تزوجها دون
الآخر فهي امرأته اما لان بينته ترجح باقرارها له كما بيناه في جانب الزوج او لان البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقي تصادق احد الزوجين مع المرأة على النكاح
فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما كذا في النهاية وانت تعلم ان هذا بمنزلة الشرح لما في الكتاب انه يظهر منه ان قول القدوري فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة
واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين فيما اذا لم تكن المرأة في بيت احدهما ولم يكن احدهما دخل بها واعلم ان هذا كله اذا كان التنازع حال حيوة المرأة واما
اذا كان بعد وفاتها فهو على وجوه ولا يعتبر فيه الاقرار واليد فان ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى بالنكاح والميراث له ويجب عليه تمام المهر وان لم يؤرخا او ارخا
على السواء فانه يقضى بالنكاح بينهما ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر ويرثان منها ميراث زوج واحد فرق بين الدعوى حالة الحيوة وبين الدعوى حالة
الوفاة والفرق ان المقصود في حال الحيوة هي المرأة وهي لا تصلح الشركة بينهما والمقصود بعد الوفات هو الميراث وهو مال فيقبل الشركة فان جاءت بولد يثبت النسب

ولو نفرد احدهما بالدعوى والمرأة بالنكاح فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى الآخر وأقام البينة قضى بالنكاح لان القضاء الاول قد صح وتم فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه لان بوقت شهود الثاني سابقا على وقت شهود الاول كما لو كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر فاقام الاجنبي البينة انه تزوجها قبل ابينة الزوج تقبل بينة الاجنبي وهذا لان البينة قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معينا من صاحب اليد وأقام كل واحد منهما بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كما لو قضى لهما ان اباع كل واحد منهما من رجل واجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما لانه تعذر عليه شرط عقده فلعل رغبته في ملك الكل لم تبق وله ان يأخذ كل الثمن لو اداه

من الاصل وهو يحتمل شاهدين من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لان البينة لا تتجزى كذا في غاية البيان نقلا عن الفصول وفي الفصول نقلا عن المحيط ولو نفرد احدهما بالدعوى يعني الذي ذكر من قبل فيما اذا ادعيا معا ولو نفرد احدهما بالدعوى والمرأة بالنكاح فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى الآخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بتلك اي بما ادعاه الثاني لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه اي لا ينقض القضاء بالبينة الثانية التي هي مثل الاولى بل هو دونها لان الاولى تاكدت بالقضاء بها لان في القضايا لا ينقض المثل بالمثل لعدم الاولى اي كذا في غاية البيان الا ان بوقت شهود الثاني سابقا اي وقتا سابقا فاما فقط يقضي حينئذ بما ادعاه الثاني لانظر انعطاف في الاول يتعين حيث ظهر انه تزوج منكوحة الغير اقول في قول المص متعين تسامح لان البينات من الظنيات لا من اليقينيات على ما مر جوابا على ما صاحب الكافي تبعا حيث ترك لفظ متعين في بيوعه وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الاعلى وجه سبق قريبا في المسئلة على الوجه الاتم فيما ذكرناه من قبل عن المبسوط قال الى القدوري في مختصره ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد قال المص منا اي في قوله من صاحب اليد وانما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فعلا يخفى ما لان دعوى الشراء من واحد واثنين فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب كذا في النهاية وغيرها ثم ان تمام قول القدوري واقام كل واحد منهما بينة اي قام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه جعل صاحب النهاية هذا القول على ما اذا قاما معا من غير توقيت حيث قال في شرح المقام واما على ذلك بينة من غير توقيت فكذا اخذ ذلك من تصريح صاحب الكافي هنا حيث قال ولم توقت واحد من البينتين وقتا واقول الاولى تعميم لما لم يوقتا ولما وقتا ووقتا هما على السواء لان حكم هاتين الصورتين سواء على ما صرح به في مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة وفتاوى قاضيخان وسائر المعتبرات ولفظ الكتاب مساعد للتعميم لهما ولو لم يعمم لزم ان يكون صورة ما وقتا وقتها على السواء وتركه في الكتاب بالكلية من بين اقسامه هذه المسئلة المهمة المنشعبة من هذه المسئلة ولا يخفى بعد ذلك كل واحد منهما بالخيار ان شاء نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك قال المص لانه تغير عليه شرط عقده وهو رضاه لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع فاذا لم يسلم له اختل رضاه فتغير الصفقة عليه كذا في معراج الدراية اخذا من الكافي وفسر صاحب النهاية شرط عقده باتحاد الصفقة حيث قال لان شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه فلعل رغبته في تلك الكل لم تبق فيرده وياخذ كل الثمن قال بعض الفضلاء رد على صاحب النهاية الظاهر ان المراد من شرط العقد هو الرضا وقد علم انه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع واذا لم يسلم اختل رضاه فتغير الصفقة كما صرح به العلامة الاكمالي ويؤيده قول المص فلعل رغبته في تلك الكل ايضا الاتحاد وصف العقد فكيف يكون شرطا انتهى اقول الذي هو يعرف نفس ذلك المتأمل هنا ساقطا ما قاله ويؤيده قول المص فلعل رغبته في تلك الكل فان في هذا ايضا يؤيد ما ذكره صاحب النهاية اكثر من ان يؤيده ما ذكره العلامة الاكمالي صاحب معراج الدراية كما نظر بالتامل الصادق واما قوله ايضا الاتحاد وصف العقد فسخ فان مراد صاحب النهاية ان اتحاد الصفقة شرط صحة العقد لا انه شرط نفس العقد كما ان التراضي ايضا كذلك فتحقق نفس العقد فاسدا في بيع المكره مع انعقاد الرضى فيه وان مراد المص انه لتغير شرط صحة عقده لانه تغير شرط نفس عقده والا فلا يساغ لان يأخذ نصف العبد بنصف الثمن بحكم ذلك العقد ثم ان صحة العقد وصف للعقد كما الصفقة وانه لا محذور في كون احد وصفيه شرطا لآخر قال صاحب النهاية فان قيل صدى البينتين متفقتين لاستحالة تواردهما على عين واحدة كما في وقت واحد فينبغي ان يطل البينات اجيب بانهم لم يشهدوا بالكمون في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهم عند سبب في وقت اطلق الشهادة انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء على ما رايته حيث قال فيه بحث فانهما اذا شهدا بالكمون في وقت واحد فالجواب كذلك ايضا ويجيء من الشارح التصريح به في الورق الاتي ذكره الاتقاني هنا نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فجواب الشارح لا يفي بدفع ما اذا ورد عليه انتهى اقول مبنى جواب صاحب النهاية هنا تقييد مسئلة الكتاب فيما سبق فلو من حيث لو وقتت حينئذ يتم جوابه فان يحتاج اليه من الجواب هنا انما هو مقدار ما يدفع السوال عن مسئلة الكتاب قد حصل فيرد على ذلك التقييد وما دفع السوال عن مسئلة

وان قبل القاضي بعضه فقال احدهما اختار النصف ليس لكل الآخران يأخذ الكل لان قبضه اقتضاء النصف فانتفع النصف وهذا لانه خصم في اظهار استحقاقه بالبينة لولاية صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم يقتض شيئا والحق في النصف للزحمة ولم يوجد تظهير تسليم احد الشفيعين قبل القضاء ونظير الاول تسليمه بعد القضاء ولو ذكر كل واحد منهما ان الحاصل هو الاول سقط لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فان دفع الآخر به ولو وقت احدهما اولم يوقت لآخر ي فهو لصاحب الوقت لثبوت الملك في ذلك الوقت واحتمل الآخران يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكر ان تاريخ احدهما قبل فهو الاول ومعناه انه في يده

اخرى نحيل عليه في الكتاب فتقاصرا عن الكلام هنا فلا خير في صدر وقاجوابه بذلك نعم تقييده هناك ليس بمناسب اسكنا بناء ولكنه كلام آخر يوضعه ثم ان هنا جوابا آخر فانا للسوال على الحالتين معا وذكره ايضا صاحب الكافي وعامة الشراح وهو ان التعيين يتصور وقوعه في وقت واحد بان وكل المالك جليسين كل واحد منهما على الانفراد بان بيع عبده فباعه كل واحد من الوكيلين بمحاسن بحيث لا يخفى يجوز وعقد الوكيل كعقد المالك ويضاف عقده الى الموكل مجازا فثبت انه لا تعيين وسواء عين في زمان واحد من جلوس احد على عين واحدة كملا وان قضى القاضي به اي بالعبد بينهما اي بين المدعيين فقال احدهما لا اختار الا اخذ ولم يكن للآخران يأخذ جميعه لانه اي الآخر صار مقضيا عليه في النصف فالتسليم في النصف تسليم فيه اي في بدل النصف والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بعقد جديد ولا يوجد فان قيل هو مبيع فكيف يكون مقضيا عليه اجاب بقوله وهذا لانه خصم فيه اي في النصف المقضي به لظهور استحقاقه بالبينة لولاية صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك اي بخلاف ما اذا قال احدهما لا اختار الا قبل تخيير القاضي اي قبل القضاء عليه بالخيار حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل وهي شيئا والعود الى النصف للزحمة ولم توجد يعني امكان القضاء له بالنصف لمانع وهو مزاحمة صاحبه له فاذا زال المانع حيث لم توجد المزاحمة قضي له بالكل ونظيره اي نظير ما قال احدهما عيني الثاني لا اختار الا اخذ قبل تخيير القاضي تسليم احد الشفيعين قبل القضاء اي تسليم احدهما الشفعة قبل قضاء القاضي بها لهما حيث يكون للآخران يأخذ جميع الدار وقيد بقوله قبل اي قبل قضاء القاضي لانه لو قال احدهما لا اختار الا اخذ بعد قضاء القاضي لهما بالخيار يسلم بعد القضاء اي تسليم احد الشفيعين الشفعة بعد قضاء القاضي بها لهما حيث لا يكون للآخران يأخذ جميع الدار لانه لما سلم احدهما بعد القضاء صار كما لو سلم قبل القضاء لان القضاء لم يتجزأ في حق كل واحد منهما لان كل واحد منهما خصم عن صاحبه في اثبات حقه في الكل وانما يتجزأ في حق كل واحد منهما في حق صاحبه وهو ظاهر وقد ذكر في بعض شروح الجامع شرحه في بعض الشروح ووقع في بعضها ونحن اخذنا شرحه والتنبيه على عدم وجوده في بعض النسخ ولو ذكر كل واحد منهما بالخيا هو للاول منهما بلفظ القدوري في مختصره قال لهما لانه ثبت الخيار في زمان لا ينازعه فيه احد فاستحقاقه من ذلك الوقت فاندفع الآخر به اذ قد تبين به ان الآخر اشترى من غير المالك فكان شراؤه باطلا ولو وقت احدهما اي احد الشفيعين ولم يوقت الآخر ي فهو لصاحب الوقت لثبوت الملك في ذلك الوقت واحتمل الآخران يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك اقول فيه شيء وهو ان الآخر اثبت الملك ايضا وانما الشك في سبق ذلك الوقت او بعده وذا يحتمل تبلية يتقاسمان بحيث على صاحب الوقت واحتمال بعدية يتساقطان فبقي الوجه في العمل بالاحتمال الثاني على ان الشك في ان احدهما مقدم على الآخر او متأخر عنه يستلزم الشك ايضا في ان الآخر متقدم عليه او متأخر عنه فلم يظهر الرجحان في جانب فالوجه ما ذكره صاحب الكافي حيث قال ولو وقت احدهما ولم يوقت الآخر ي قضي به لصاحب الوقت لانه ثبت الملك في ذلك الوقت والذي لم يوقت يثبت الملك في الحال لان شراءه حادث فيضاف حدوثه الى اقرب الاوقات مما ثبت التاريخ فكان شراء الموقت سابقا فكان اولى انتهى وان لم يذكر انا ريخا حدهما قبض هو اولى هذا لفظ القدوري في مختصره قال لهما لانه ومعناه اي ومعنى قوله ومع احدهما قبض اذ في يده اي القبض ثابت في يده معاينة وانما احتاج الى التفسير هذا لان قوله ومع احدهما قبض يجوز ان يحمل على ان يكون معناه اثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان هو في الحال في يد البائع مجازا ان يكون الحكم هنا على خلاف ما حيث ذكر في الغصب ثبوت اليد ما لا كما ذكر بالمعاينة كذا في النهاية وغيرها اقول بقي هنا كلام وهو ان ظاهر ان هذه المسئلة المسئلة السابقة التي كانت مذكورة ايضا في مختصره القدوري وهي قوله ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما وكذا المسئلة التي ذكرها المصنف في التبيين وهو قوله ولو وقت احدهما ولم يوقت الآخر ي فهو لصاحب الوقت كلها من شعب المسئلة الثانية وهي قوله ولو ذكر ان كل واحد منهما اشترى من هذا العبد ومتقرر عادة السادة انه لم يعد في شيء منها لفظا لا واحدا فذكر اقامة البينة كما كان الاسلوب المطلوب هنا فلا انتقال الى مسئلة مستقلة وقد قال المصنف في صدر المسئلة معناه مع صاحبه فيقتضي ذلك ان يكون موضع المسئلة فيما اذا كان المدعى في يد البائع وقال هنا ومعناه انه في يده اي في يد احد المدعيين فاقتضى هذا ان يكون المدعى في يد المشتري فكان مخالفا لموضع المسئلة فليتامل في التوجيه لان يكون من قبيل حمل على

لان الحدوث في ملكه على سبب تراخيه لا يمنع التقدم والاجان فالاولى نقض البينة بالملك كما لو ذكر وقتا سابقا الا ان يشهدوا

سبق شرائه لتعليل المسئلة المذكورة قال صاحب العناية وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احدهما ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات والثانى بان مانع البعد بينة ثانية فلو بعد فاذا عرفت هذا فالقبض القابض مبنى على شرائه وما تقرر عندنا ظاهرا فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك ان يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراءه اقدم تاريخا وقد تقدم ان التاريخ المتقدم اولى انتهى اقول قد اخذ هذا التحقيق من تقرير صاحب الكافى وعلى حاشية الشراح لكن لا يخفى على ذى فطرة سليمة ان ما جرت عليه المصنف فى اسلوب تحريره من ايجاز الكلام وتنقيح المرام بالى ان يكون مراده ذلك اذ لو اراد ذلك لاكتفى بان قال لان قبضه بنا على سبق شرائه اذ يحصل ما هو مدار ذلك التحقيق فلا يتجه لذكر يكنه من قبضه موقع حسن فعندى ان تحقق مراده هو ان يكون احدهما من قبيل المدعى بدل على كون شرائه اياه سابقا اذ لو كان شراء غير القابض اياه سابقا لما تمكن القابض من قبضه فانه حينئذ ملك الغير والقابض لا يتمكن عادة من قبض ملك الغير بل انما يتمكن من قبض ملك نفسه فلما تمكن القابض من قبضه دل تمكنه منه على سبق شرائه وهذا المعنى مع كونه ظاهرا من عبارة المصنف بلا كلفة وبلا توقف على بسط مقدمة اجنبية سيظهر فرعيتها الجلية عن قريب ان شاء الله تعالى لانها سنوافى الاثبات اى دلالة القابض وغير القابض استوافى اثبات الشراء بالبينة والقابض اولى رجح وهذه بينة الخارجية بالمعاينة لان غير القابض يمكن ان يكون قبل القابض فى العقد فينقض يد القابض وان يكون بعده فى العقد فلا ينقض يده فصار امره مشكوكا فلا ينقض ليد الثابتة بالشك فلا يقال بينة الخارج اولى من بينة ذى اليد فينبغى ان ترجح بينة غير القابض لانا نقول بينة الخارج انما تكون اولى من بينة ذى اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا اما اذا ادعيا الملك بسبب فهما سيان نص عليه صاحب الكافى هنا وقد صرحوا به فى مواضع منها مر فى اوائل باب اليمين قال صاحب العناية وطولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا ادعيا الشراء من اثنين واقاما البينة واحد هما قابض فان الخارج هناك اولى والجواب ان كلا واحد من المدعيين ثمة يحتاج الى اثبات الملك لبائعه اولا فاجتمع فى حق البائعين بينة الخارج وذى اليد وكان بينة الخارج اولى وهنا ليس كذلك انتهى وقد سبقه الى هذا السؤال والجواب صاحب النهاية وزاد فى البيان حيث قال فاما هنا فلا يحتاجان الى اثبات الملك بل هو ثابت بيد هما عليه انما حاجتهما الى اثبات سبب الاستحقاق عليه سبب القابض اقوى تأكده بالقبض وكان هو اولى انتهى اقول فى الجواب بحث وهو ان الذى يثبت كل واحد من المدعيين للملك لنفسه وهو بائع كل واحد منهما ليس بيد ى بيد هو خارج لغير القابض من المدعيين فيكون بينة الخارج اولى من بينة ذى اليد فيما اذا اثبتنا الملك لانفسهما مسلما واما فيما اذا اثبتناه لخارج آخر فممنوع الا يرى ان اليد ليس الذى ذكروا الاثبات كون بينة الخارج اولى من بينة ذى اليد وهو ان الخارج اكثر اثباتا او اظهر اثباتا فان قد رما اثبتته اليد لا بينة ذى اليد وليس مطلق الملك حتى انما يجرى فيما اذا اثبتنا الملك لهما فيما اثبتناه لخارج آخر كما لا يخفى فتامل هذا ما ذكرناه لا ذكر الآخر وقتا اى ذكر غير القابض وقت كان لعبد الذى اليد ايضا لما بناه قال مسكينه عفا الله عنه فى الشراح قوله لما بناه اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه اقول يرد عليه انهم صرحوا اقول المصنف فى الدلائل تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على التحقيق المبنى على المقدمتين كما مر وذلك التحقيق لا يجرى فيما اذا ذكر الآخر وقتا لانه لما ثبت شراء الآخر الذى هو غير القابض فى وقت معين لم يبق مجال لان يضاف الى اقرب الاوقات لان اضافة الحادث الى اقرب الاوقات انما تتصور فيما اذا لم يثبت التاريخ فلم يثبت المقدمة الاولى ولما لم يثبت تاريخ قبض القابض اضيف الى اقرب الاوقات الذى هو الحال فلم يكن مع شراء غير القابض فلم تحصل المقدمة الثانية واما شراء القابض فانه وان كان سابقا على قبضه فهو اظاهر لا يصلح ان يكون معارضا لشراء غير القابض كما مر فيما اذا لم يكن لاحدهما قبض فالصواب ان يقال قول المصنف فيما مر لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على المعنى الذى ذكرناه هناك ثم يقال قوله هنا لما بناه اشارة الى ذلك القول اذا لمعنى المذكورة ثمة هنا ايضا كما لا يخفى وهذا هو الثمرة التى اشرنا اليها فيما مر والا ان يشهدوا

وان شراء وكان ابن شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة قال وان ادعى احدهما الشراء والآخر الهبة وقبضا معا منه من واحد واقاما البينة كانت عن
معهما فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك نفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة
مع القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى تتخير بينهما لاستوائهما في وجه التبرع كما ترجح بالزوم كذلك يرجح باعتبار
في الحال وهذا بخلاف ما اذا عقد الصدقة صحيحة وكذا بينهما عند البعض لان الشيوع طارئ عند البعض لانه تنفيذ الهبة في الشائع قال او
ادعى احدهما الشراء واقامت امرأة البينة تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في التزوج فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه

اي شهود النكاح ان شراه اي شراء النكاح قبل شراء صاحب اليد فحينئذ يكون النكاح اولى لان التصريح يفوق الدلالة يعني ان تقدم عقد النكاح حينئذ تثبت بتصريح
شهوده وتقدم عقد الآخر بالدلالة حيث دلت تكنه من قبضه على سبق شرائه كما مر ولا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح قال اي القدوري في مختصره وان ادعى احدهما
شراء والآخر هبة وقبضا قال المصنف معناه من احدهما معنى ما قال القدوري ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا من شخص احدهما انما قيد باحراز اعما اذا
كان في ملك من اثنين فان المدعيين حينئذ سواء ولا اولوية للشراء على الهبة كما سيجيء بعد ثم ان تمام لفظ القدوري واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى وكذا
الحكم اذا اقاما بينة عليهما على السواء كما ذكر في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام لان الشري اقوى من الهبة لكونه معاوضة من الجانبين والهبة تبرع يوجب
الاستحقاق من جانب فكانت بينة الشراء مثبتة للاكثر فكانت اولى لان البينات تترجح بكثرة الاثبات ولانه تثبت الملك بنفسه عطف على قوله لكونه معاوضة من الجانبين
لا على قوله لان الشري اقوى اي ولان الشري يثبت الملك بنفسه من غير توقف على شيء والملك في الهبة يتوقف على القبض ولا شك ان ما تثبت الملك بذاته اقوى
مما يثبته بواسطة الغير فكان دليلا آخر على كون الشري اقوى من الهبة فيحمل ذلك قول المصنف فيما سياتي لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة
فيثبت الملك بنفسه انتهى قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لانه لكونه معاوضة من الجانبين كان اقوى ولان الشراء تثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبت الا
بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا والشراء مثبت للملك دون الهبة لتوقفها على القبض انتهى اقول الظاهر من تحريره هذا كما ترى انه جعل قول المصنف
ولانه يثبت الملك بنفسه معطوفا على قوله لان الشري اقوى فجعل كلا منهما دليلا مستقلا على اصل المسئلة وهو اولوية الشري كما هو صريح كلام صاحب الكافي هنا
لكن للشيخ علي فوي سكتة ان قول صاحب العناية بعيد هذا وقوله لما بيناه اشارة الى ما ذكر من ان الهبة يفيد ان الشري اقوى انتهى ظاهر الدلالة على ان يكون قول المصنف
ولانه يثبت الملك الخ معطوفا على قوله لكونه معاوضة من الجانبين ويكون كل منهما وجها مستقلا لكون الشري اقوى كما قررناه فيما قبل فتبين كلامية دافع
لا تخفى وكذا الشراء والصدقة مع القبض اي كذا الحكم اذا ادعى احدهما الشراء والآخر الصدقة مع القبض لما بيناه اشارة الى ما ذكره في المسئلة السابقة من ان الهبة
تكون الشراء اقوى والهبة والقبض والصدقة سواء يعني اذا ادعى احدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء حتى تقضي بينهما اي نصفين كذا في الكافي وغيره
لاستوائهما في وجه التبرع كان قبل الانعام التساوي فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة اجاب بقوله ولا ترجيح بالزوم لانه يرجع الى المال اي لان اللزوم
يرجع الى المال اي الى عينه اثره في المآل اي اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل والترجيح بمعنى قائم في الحال اي الترجيح انما يقع بمعنى قائم في الحال لا
يرجع الى المال اجيب ايضا بان المآل الرجوع في الصدقة لحصول المقصود بها وهو الثواب لا القوة لسبب لذا الوقوع الهبة لذي رحم محرم لا رجوع فيها ايضا
لحصول المقصود وهو صلة الرحم بذا اي القضاء بالتنصيف بينهما فيما لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى صحيح وكذا فيما يحتمل اي فيما يحتمل الانقسام كالدار والبستان
عند البعض لان الشيوع طارئ يعني ان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل لانه لم يسلم البعض لم احد منهما بكمال الشيوع طارئا وذا لا يمنع الهبة والصدقة وعند
البعض لا يصح ولا يقضى لهما بشيء لانه تتفيذ الهبة في الشائع فصار كما قامت البينتان على الانتاج قبل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فينبغي
ان تقضي لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين لان الاصح انه لا فرق في قولهم جميعا الا انا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف خالفنا ما يقتضيه العقد الذي شهدت
شهوده وعند اختلاف العقدين لا يجوز للهبة لرجلين عندهم جميعا انما تثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشيوع في الملك المستفاد من الهبة مانع منها كذا في العناية
وغيرها قال اي القدوري في مختصره واذا ادعى احدهما الشراء اي شراء شيء كعبد مثلا من رجل وادعت امرأة انه اي ذلك الرجل تزوجها عليه اي تزوج المرأة المدعية
على ذلك المدعى فهما سواء اي فتقضي بذلك المدعى بينهما نصفين لاستوائهما اي تساوي الشراء والنكاح في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه

وهذا عند ابي يوسف رح وقال محمد رح الشراء اولى ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه

هذا اذا لم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء واما اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق فالاسبق اولى كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده وعن هذا قال صاحب العناية في تقرير مسئلة الكتاب اذا ادعى احدهما الشراء وادعت المرأة انه تزوجها عليه واقاما البينة ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما انتهى وفي التبيين الامام الزيلعي ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق الآخر نصف المسمى وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه انتهى وهذا اي الحكم المذكور وهو التسوية بينهما عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رح الشراء اولى ولها على الزوج القيمة اي وللمرأة على الزوج تمام قيمة العين المدعاة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء يعني ان العمل بالبينات مهما امكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فان قدمنا النكاح بطل العمل بها لان الشراء بعده يبطل اذا لم يجبره المرأة وان قدمنا الشراء صح العمل بها اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه بان لا يجبر صاحبه فتعين تقديم الشراء اقول ههنا اشكال ظاهر وهو ان العمل بالبينتين بتقديم الشراء انما يتصور فيما اذا لم يورخا واما اذا ارخا وتاريخهما على السواء فلا كما لا يخفى والمسئلة تعم الصورتين كما مر آنفا فكيف يتم خلاف محمد رح ودليله المذكور في الصورة الثانية ولم يرد عن احد تخصيص الخلاف بالصورة الاولى وقد تحمل بعضهم في دفعه فقال ويمكن ان يقال معنى الشهادة على التاريخين المتحدين ان يقول الشهود مثلا كان العقد في اول الظهر من اليوم الفلاني وظاهر انه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر اذ لم ير شاهدين يشهدان على عقد مضيق لا يسع فيه عقدان انتهى فتامل صاحب العناية وذكر في الاسرار جواب ابي يوسف رح عما قاله محمد رح ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تأخر الشراء فهما سواء في حق تملك العين انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث اذ لا يندفع لهذا ما ذكره محمد رح فانه اذا تأخر النكاح ثبت ملك العين في المسمى لمدعي الشراء صورة ومعنى ولمدعيه المهر معنى فوجد العمل بالبينتين بقدر الامكان بخلاف ما اذا سويناهما انتهى اقول هذا البحث ساقط لانه لا يثبت ملك العين لمدعيه المهر عند تأخر النكاح لا صورة ولا معنى اذ لم يسمع جعل ملك القيمة ملك العين لا بحسب اللغة ولا بحسب العرف ولئن سلم ذلك فلابي يوسف رح ان يقول المقصود من ذكر السبب ملك العين صورة اذ لولاه لاكتفى في الدعوى بذكر مبلغ القيمة فهما سواء في حق ذلك وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص هذا استحسان وفي القياس الهبة اولى وهو رواية كتاب الشهادات كذا في النهاية ومعراج الدراية وجه القياس قوله لانها اي لان وجه الهبة تثبت الملك اي ملك العين والرهن لا يثبته فكانت بينة الهبة اكثر اثباتا فهو اولى وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون ولهذا قالوا ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وبحكم الهبة اي المقبوض بحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى اي من عقد التبرع ولان بينة الرهن تثبت بدلين المرهون والدين والهبة لا تثبت الا بدلا واحدا فكانت اكثر اثباتا وكانت اولى كذا في الشروح بخلاف الهبة بشرط العوض يعني لا يرد الهبة بشرط العوض نقضا حيث كانت اولى من الرهن لانه بيع انتهاء اي لان الهبة بيع انتهاء وتذكير الضمير الراجع الى الهبة باعتبار الخبر او بتاويل العقد والبيع اولى من الرهن لانه اي البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض اي فكذا الهبة بشرط العوض اولى من الرهن لكونها بيعا انتهاء فان قلت الترجيح بمعنى قائم في الحال والهبة بشرط العوض بيع انتهاء تبرع ابتداء فيكون كالهبة مع الصدقة قلت نعم هي معاوضة انتهاء ولكن ذلك المعنى مقصود العاقد في الابتداء عادة فتكون معاوضة ابتداء نظرا الى المقصود بخلاف اللزوم في الصدقة فانه غير مقصود للمتصدق فلا يكون اللزوم قائما في الحال لا نظرا الى العقد ولا الى العاقد ومقصوده كذا في شرح تاج الشريعة وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص في تعليله لانه اي لان صاحب التاريخ الاقدم اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه اي والغرض ان الآخر

قال ولو ادعیا الشراء من واحد فمناء من صاحب الید واقاما البینۃ علی تاریخین فالاول اولی لما بینا الا ان یکون فی وقت لا منازع لہ فیہ وان اقام کل واحد منھما البینۃ علی الشراء من آخر وذکر احد التاریخین فھما سواء

ثم تعلیق منہ ھذا قول ابی حنیفۃ رح وقول ابی یوسف رح آخرا وبہ قال محمد رح اولا واما علی قول محمد رح آخرا فیقضی بینھما ولا یکون لتاریخ عبرۃ وان اخ احدھما علم یورخ الآخر فعلی التواد عن ابی حنیفۃ رح انہ یقضی بینھما لانہ لا عبرۃ للتاریخ عندہ حالۃ الانفراد فی دعوی الملک المطلق فی اصح الروایات وعلی ھذا قول ابی یوسف رح یقضی للذی ارخ وعلی قول محمد رح یقضی للذی لم یورخ لانہ یدعی اولویۃ الملک کذا فی النھایۃ نقلا عن الذخیرۃ وسیاتی تمام بیانہ فی الکتاب ان شاء اللہ تعالی قال فی القدوری فی مختصرہ ولو ادعیا الشراء من واحد قال المصنف معناہ من غیر صاحب الید ای معنی قولہ من واحد من غیر صاحب الید قال صاحب النھایۃ لیست فی تقییدہ بقولہ معناہ من غیر صاحب الید فائدۃ فان فی ھذا الحکم الترتب علیہ فی سائر الاحکام لا یتفاوت ان یکون دعواھما الشراء من صاحب الید او من غیرہ بعد ان یکون البائع واحدا لانہ ذکر فی الذخیرۃ وان فی ید رجل او عامۃ رجلان کل واحد منھما یدعی انہ اشتراھا من صاحب الید بکذا فان ارخا فارخ احدھما علی السواء او لم یورخا فالدار بینھما نصفان لانھما استویا فی الدعوی والحجۃ وان ارخا وتاریخ احدھما اسبق فالسابق اولی لانہ اثبت شراءہ فی وقت لا ینازعہ فیہ فثبت شراؤہ من ذلک الوقت تبین ان الآخر اشتراھا من غیر المالک وان اخ احدھما او لم یورخ الآخر فالمورخ اولی تعلیلا للنقض ما ھو ثابت لانا اذا جعلنا المورخ اولی فقد نقضنا شراء الآخر لا غیر وانما اذا قضینا الذی لا تاریخ لہ نقضنا علی صاحب تاریخ شراءہ وتاریخہ بعد ما ثبت الامران بالبینۃ او ادعی انھما جاءا تلقی الملک من احد آخر بان ادعی رجل انہ اشتری ھذہ الدار من فلان بکذا سمی رجلا آخر وجاء رجل آخر وادعی انہ اشتری ھذہ الدار من فلان فی ذلک بعینہ فان لم یورخا او ارخا وتاریخھما علی السواء او تعینی بالدار بینھما وان ارخا وتاریخ احدھما اسبق تعینی لاسبقھما تاریخا وان اخ احدھما ولم یورخ الآخر فالمورخ اولی لما قلنا انتھی وقد اتفق اکثر الشراح انہ صاحب النھایۃ فی مواقفۃ المصنف ھنا بالوجہ المذکور وقال صاحب الکفایۃ فیہ بقولہ معناہ من غیر صاحب الید کیلا یلزم التکرار لانہ قال اولا ولو ادعی اثنان کل واحد منھما انہ اشتری منہ ھذا العبد معناہ من صاحب الید ورتب علیہ الاحکام وذکر من جملتھا ھذا الحکم المذکور ھنا فیثبت بذلک انہ لا فرق بین ان یدعیا الشراء من صاحب الید او من غیرہ فی ھذا الحکم انتھی اقول الحق ما قال صاحب الکفایۃ وتوضیحہ ان الامام القدوری لما ذکر ھذا الحکم فی مختصرہ من احد شقیہ ھما ھنا والاخری فی اثناء الاحکام المنشعبۃ من قولہ ولیس لہ ان یحلف احدھما ولو ادعی اثنان کل واحد منھما انہ اشتری من حیث قال ھناک ولو ذکر کل منھما تاریخا فھو للاول منھما فلم التکرار من کلامہ فی النظام فصرف المصنف قولہ الاول الی ما اذا ادعیا من صاحب الید وقولہ الثانی الی ما اذا ادعیا من غیر صاحب الید احتراز عن التکرار علی تقدیر حمل المؤمن علیہ الصلاۃ فلا غبار فیہ اصلا والعجب ممن طعن فیہ انھم قالوا البعد وشرح قول المصنف فمعناہ من صاحب الید انما قید بہ لان کل واحد منھما لو ادعی الشراء من غیر صاحب الید فھو لا یخلو اما اذا ادعیا الشراء من احد اثنین فالحکم علی التفصیل یجی بعد ھذا فی الکتاب انتھی وذلک الکلام منھم اعتراف بان معنی قولہ ھنا ولو ادعیا الشراء من واحد ادعیاہ من غیر صاحب الید فلا یجی فی الکتاب مسئلۃ ان ادعیا الشراء من واحد من غیر صاحب الید فافھم قولہ ھذا وبان فائدۃ التقیید ھنا الاحتراز عن التکرار کما علمت لم تتبین لہ وتکون فائدۃ التقیید ھنا ایضا الاحتراز عن التکرار واما البینۃ علی تاریخین ھذا من تتمۃ ما سبق ای لو ادعیا الشراء من واحد غیر صاحب الید واقاما البینۃ علی تاریخین فالاول اولی من غیر صاحب تاریخ الاول اولی لما بیناہ ای فی مسئلۃ ای ادعیا الشراء من صاحب الید او اثبتہ ای ان صاحب التاریخ الاول اثبت الشراء فی وقت لا منازع لہ فیہ ای فی ذلک الوقت فاندفع الاعتراض بان ما فاقم کل واحد منھما علی الشراء من آخر کان اقامۃ احدھما البینۃ علی الشراء من زید مثلا والآخر علی الشراء من [illegible] وذکر تاریخا فھما سواء قال صاحب النھایۃ وھو اجود الدرایۃ ذکر تاریخا واحدا او ما لو ذکر تاریخین فالسابق اولی لاثبات الملک لہ فی وقت لا ینازعہ فیہ ویرجح الآخر بالثمن علیہ بما بعد لاستحقاق المبیع من یدہ کذا فی المبسوط انتھی وقد سلک صاحب الھدایۃ مسلکھا فی شرح المقام حیث قال وذکر تاریخا واحدا او ما ذکر [illegible] انتھی فقول صاحب الکفایۃ اخذا من الکافی ای سواء کان

لانهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضى بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره

تاريخهما واحدا او كان احدهما اسبق تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ لملك البائعين فيصير كانهما حضرا واقاما البينة على الملك بدون التاريخ كان الملك بينهما فكذا فيمن تلقى الملك منهما بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد معين لانهما اتفقا ان الملك كان له وانما يختلفان في التلقي منه واسبقهما تاريخا اثبت التلقي لنفسه في زمان لا ينازعه فيه صاحبه فيقضى له بذلك ولا يقضى للغير بعد ذلك الا اذا ادعى التلقي منه والآخر لا يدعي التلقي منه انتهى وقد سلك الامام الزيلعي هذا المسلك في شرح هذا المقام من الكنز اقول السر في اختلاف كلمات الثقات من شراح هذا الكتاب وغيره في حل هذه المسئلة هو اختلاف الروايتين على المجتهدين فيما اذا ادعيا الشراء من اثنين وكان احدهما اسبق تاريخا كما صرح به في معتبرات الفتاوى حيث قال في فتاوى قاضيخان وان ادعيا الشراء كل واحد منهما من رجل آخر انه اشتراها من فلان وهو يملكها واقام آخر البينة انه اشتراها من فلان آخر وهو يملكها فان القاضي يقضي بينهما وان وقتا فصاحب الوقت الاول اولى في ظاهر الرواية وعن محمد رح انه لا يعتبر التاريخ وان ارخ احدهما دون الآخر يقضي بينهما اتفاقا انتهى وقال في البدائع اما اذا ادعيا الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت واقاما البينة على ذلك يقضي بينهما نصفين وان كان وقتهما واحدا فكذلك وان كان احدهما اسبق من الآخر فالاسبق تاريخا اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وكذا عند محمد رح في رواية الاصول بخلاف الميراث فانه يكون بينهما نصفين عنده وعن محمد رح في الاملاء انه يستوي بين الميراث وبين الشرى وقال لا عبرة بالتاريخ في الشراء ايضا الا ان يورخا ملك البائعين انتهى وذكر في الذخيرة ايضا كذلك مع نوع تفصيل وكذا في غيرها ثم اقول الذي يظهر من نقل تلك المعتبرات ان كون صاحب التاريخ الاسبق اولى فيما اذا ادعيا الشراء من اثنين ظاهر الرواية وانه قول اكثر المجتهدين واكبرهم فحمل مسئلة الكتاب على ما لا ينافيه اولى كما لا يخفى قال المص في تعليل المسئلة المذكورة لانهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كانهما حضرا اي فيصير كان البائعين حضرا وادعيا وارخا تاريخا واحدا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ان كل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك ولو وقت احدى البينتين وقتا ولم يوقت الاخرى قضى بينهما نصفين يعني اذا ادعى الخارجان شراء كل واحد من رجل آخر واقاما البينة ووقتت احدى البينتين دون الاخرى قضى بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك اي على تقدم ملك بائعه يعني ان كل واحد من المدعيين ههنا خصم عن بائعه في اثبات الملك له وتوقيت احدهما لا يدل على تقدم ملك بائعه لجواز ان يكون الآخر اقدم اي لجواز ان يكون البائع الآخر اقدم في الملك بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اي المدعيين اتفقا في هذه الصورة على ان الملك لا يتلقى اي لا يؤخذ الا من جهته اي من جهة البائع الواحد فحاجة كل واحد منهما الى اثبات سبب الانتقال اليه وهو الشراء لا الى اثبات الملك للبائع فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه يقدمه شراء غيره قال صاحب العناية لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا اذا ثبت البينة الا اذا تبين انه تقدم عليه شراء غيره انتهى اقول فيه نظر لان الكلام في توقيت احدى البينتين لا في اثباتها اليد فلا يلزم من كون الثابت بالبينة كالثابت عيانا ان يكون الثابت بالبينة الموقتة كالملك المعاين باليد فلا تعلق لقوله ولو عاينا بيده الملك حكمنا به بالمقام وانما اللازم من كون الثابت بالبينة كالثابت عيانا ان يكون شراء من وقتت بينته كالشراء المعاين لثبوته بالبينة وليكن الآخر مشتركا في هذا اللازم لثبوت شرائه ايضا بالبينة نعم بينهما فرق من حيث ان الاول يصير بمنزلة من عاينا شراءه ووقته معلوم متعين عندنا الآن والثاني يصير بمنزلة من عاينا شراءه ايضا ولكن وقته غير معلوم عندنا الآن بل يحتمل المتقدم على الآخر والتاخير عنه الا ان هذا الفرق لا يجدي نفعا اذ الظاهر انا لا نحكم في هذه الصورة ايضا لصاحب الوقت المعين ما لم يعرف انه اسبق من الآخر فالوجه في تعليل كلام المص رح ههنا ان يقال لان الشراء امر حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات ما لم يتبين وقته على ما هو القاعدة المقررة عندهم فشراء غير الموقت يضاف الى اقرب الاوقات وهو الحال فيتاخر عن شراء [illegible]

ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والآخر هبة ... سنين من غيره والثالث ميراثا من ابيه والرابع الصدقة والقبض من اخر فقضى بينهم ارباعا انهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق قال فان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى وهذا ظاهر الرواية وفي رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو رواية عن محمد رحمه الله انه لا يقبل بينة ذي اليد لان البينتين كانتا قامتا على مطلق الملك لم تعرضا لجهة الملك وكان التقدم والتأخر سواء ولهذا ان البينة مع التاريخ متهمة مؤرخة دفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بانتقاله من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة

وللقائل ان يقول ما وجه الفرق بين المسئلتين بما ذكر من قوله لانهما اتفقا على ان الملك لا ينتفي الا من جهة والباقي مشترك بين المسئلتين وذلك لا مدخل له في الفرق يجوز ان يقال من ثبت له الملك فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم للاذا تبين تقدم شراء غيره والجواب ان ذلك مدخل في الفرق لان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما البينة تلك في وقت وملك غيره مشكوك ان تأخر لم يضر وان تقدم ملك فتعارضا فيرجح بالوقت واما اذا كان متعددا فانه جاز ان يتعاقبا متعاقبين جاز ان يقيما معا وفي ذلك تعارض ايضا فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض انتهى اقول في الجواب بحث اما اولا فلان قولك ان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا ممنوع جواز ان يوكل واحد رجلين ببيع عبده مثلا فيبيع كل واحد منهما من رجل في وقت واحد وعقد الوكيل كعقد المالك فيضاف عقده الى الموكل مجازا كما ذكرنا فيما مر فتأمل عن الكافي وعامة الشراح لدفع السؤال بتعين كذب احدى البينتين واما ثانيا فلان قولك فيرجح بالوقت غير تام لان الشك في ملك غير الوقت يستلزم الشك في ملك الوقت لان تقدم احدهما على الآخر يستلزم تأخر الآخر عنه وكذا تأخره عن الآخر يستلزم تقدم الآخر عليه فاحتمال تقدم احدهما على الآخر وتأخره عنه وهو سبب الشك في ملك يستلزم احتمال تقدم الآخر عليه وتأخره عنه فيلزم الشك في ملك ايضا والشك ان الوقت من حيث هو وقت لا مدخل له في ترجيح الملك لاحدهما بل انما يتصور الترجيح به لتقدمه على وقت الآخر فاذا كان هذا مشكوكا فلا مجال للترجيح به اصلا واما ثالثا فلان قولك فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض غير معقول لان التعارض متى تضاعف لا يزيد شيئا على التساوي والتساقط فما يصلح للترجيح في مرتبة التعارض ينبغي ان يصلح لذلك في سائر المراتب مسندا ومرسلا ثم اعلم ان صاحب العناية قد تصنع في حل هذا المقام زيادة على سائر الشراح ولكن ما اتى بشيء يعتد به كما عرفت وان فيما ذكرناه من الوجه في تعليل كلام المصنف هنا مندوحة عن جميع ما ذكره فتفكر ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر واقاموا البينة قضى بينهم ارباعا وعند زفر بينهما اثلاثا وقد مر في مسائل المبسوط ذكر هذا الخلاف وقال في تعليله لانهم يتلقون الملك من باعتهم وفي بعض النسخ من بائعهم وكلاهما بطريق التطليب لان البائع واحد من الملاك الاربعة فكان المراد منه من ملكهم وفي بعض النسخ من ملكهم بدلا من باعتهم يتلقون كذا في النهاية ومعراج الدراية فيجعل كأنهم اي الملاك حضروا واقاموا البينة لانفسهم ثم تقضي بينهما ارباعا فكذا بينا قال اي القدوري في مختصره وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد البينة على ملك اقدم تاريخا كان ولي اي كان صاحب اليد اولى قال المصنف وهذا اي ما ذكر الحكم عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو رواية عن محمد رح وعنه اي عن محمد رح انه لا يقبل بينة ذي اليد رجع اليه يعني ان هذا قول الآخر الراجع اليه وفي المبسوط ذكر ابو سليمان في نوادره عن محمد رح انه رجع عن هذا القول وهو ان بينة ذي اليد اذا كانت اقدم تاريخا من بينة الخارج كانت اولى بعد انصرافه من الرقة وقال لا اقبل من ذي اليد بينة على تاريخ ولا غيره الا للنتاج وما في معناه لان التاريخ ليس بسبب لاولية الملك بخلاف النتاج كذا في النهاية ومعراج الدراية قال المصنف رح في تعليل ذلك لان البينتين قامتا على مطلق الملك لم تعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء قال بعض الفضلاء انما يحتاج الى البيان اقول في البيان لما لم تتعرض البينتان لجهة الملك جاز ان يكون جهة الملك اي سببه في حق صاحب التاريخ المؤخر اقدم في نفس الامر فيكون صاحب التاريخ المؤخر اسبق من الآخر في الملك لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الآخر بخلاف ما اذا قامت البينتان بالتاريخ على الشراء واحد لهما اسبق من الاخرى حيث كان الاسبق اولى لتقدم سبب ملكه حد المشتري هو الشراء فلم يتحقق احتمال ان يكون الآخر اسبق في الملك لهما اي ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بانتقاله من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فان من ادعى على ذي اليد شيئا وأقام البينة انه اشتراه منه فدفع البينة وقد قبل بينة ذي اليد في ان العين في يده ودفع

وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بينا ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقت احدهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رح الخارج اولى وقال ابو يوسف رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احدهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته

حتى يندفع عنه دعوى المدعي عند اقامة البينة ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت ههنا بينة ذي اليد بذكر التاريخ الاقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله فتقبل لكونها لدفع كذا في النهاية والعناية وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما اي لو كانت الدار في ايديهما كان صاحب الوقت الاول اولى في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وفي قول محمد رح لا يعتبر الوقت وكانهما قامتا على مطلق الملك فيكون بينهما كذا في النهاية نقلا عن الايضاح والمعنى ما بيناه وهو ما ذكره من الدليل في الطرفين ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق اي من غير ذكر سبب ووقت احدهما اي احدى البينتين دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج اولى وقال ابو يوسف رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح صاحب الوقت اولى انما قيد بالتوقيت لان الخارج وذو اليد اذا اقاما بينة على الملك المطلق بلا ذكر تاريخ لا تقبل بينة ذي اليد عند علمائنا كلهم وانما وقع الاختلاف بين علمائنا في دعوى الملك المطلق بين الخارج وذي اليد عند ذكر التاريخ كذا في النهاية ومعراج الدراية لانه اقدم دليل على ما قاله ابو يوسف رح اي لان صاحب الوقت اقدم وصار كما في دعوى الشراء اي فصار الجواب في هذه المسئلة كالجواب في دعوى الشراء اذا ارخت احدهما اي اذا ارخت احدى البينتين هناك كان صاحب التاريخ اولى فكذا هنا والجواب ان الشراء معنى حادث فاذا لم يورخ حكم بوقوعه في الحال وكان اولى منه والملك ليس بمعنى حادث فلا يحكم بوقوعه في الحال كذا في غاية البيان ولهما اي ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه اي لتضمن البينة بتاويل الشاهد معنى الدفع لما مر آنفا ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته اي من جهة ذي اليد لان بذكر تاريخ احدهما لا يحصل اليقين بان الآخر تلقاه من جهته لاحتمال ان الاخرى لو وقت كان اقدم تاريخا بخلاف ما اذا ارخا وكان تاريخ ذي اليد اقدم كما تقدم قال صاحب العناية قيل الاستدلال بقوله ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد رح لانه لا يقول بذلك والا لزمه المسئلة الاولى واجيب بان ذلك يجوز ان يكون على قول الاول انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء على هذا الجواب حيث قال فيه بحث فان اولوية الخارج على قوله الآخر الذي لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الاتقاني في غاية البيان فراجعه انتهى اقول هذا الاعتراض ليس بشيء اذ ليس مراد المجيب ان قول محمد رح في مسئلتنا هذه اعني اولوية الخارج فيما اذا وقت احدهما دون الاخرى يجوز ان يكون قوله الاول حتى ينافيه نص العلامة الاتقاني على انه قوله الآخر بل مراده ان قول المص ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع بصدد الاستدلال على قول ابي حنيفة رح ومحمد رح في مسئلتنا هذه يجوز ان يكون بينا على محمد رح الاول في المسئلة الاولى فلا يلزمه المسئلة الاولى على قوله الثاني هناك وتوضيح المقام ان لمحمد رح في مسئلتنا هذه قولين قوله الاول انه يقضي للذي لم يوقت وهذا مبني على اعتبار التاريخ حالة الانفراد على خلاف ما عليه ابو حنيفة رح ووجهه ان غير الموقت اسبقهما تاريخا باعتبار المعنى وهو دعوى اولية الملك وقوله الآخر ان الخارج اولى وهذا مبني على انه لا عبرة للتاريخ فكان الموقت لم يوقت فتكون بينة الخارج اولى لكونها اكثر اثباتا على ما هو المعروف من مذهبنا وهو في قوله الآخر في هذه المسئلة مع ابي حنيفة رح كما انه في قوله الاول في المسئلة الاولى معه وهذا كله مما يفصح عنه ما ذكر في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فاذا عرفت هذا فنقول لو اريد الاستدلال على قول محمد الثاني في هذه المسئلة مع رعاية قوله الثاني في المسئلة الاولى لم يحتج الى ذكر المقدمة المقابلة ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع بل كفى ان يقال ان بينة ذي اليد لا تقبل عنده اصلا في غير النتاج وما في معناه لما مر له من الدليل في المسئلة الاولى ولكن المص رح لما قصد الجمع بين ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في دليل واحد يستغني عن ذكر دليل آخر لمحمد رح استدل على قول ابي حنيفة رح وقول محمد رح الآخر في هذه المسئلة بما يجمعهما مراعيا قول ابي حنيفة رح وقول محمد رح الاول في المسئلة الاولى فاحتاج الى ذكر تلك المسئلة وهذا هو المراد بالجواب الذي ذكره صاحب العناية فاين هذا مما فهمه ذلك المعترض عليه وقال ذلك البعض ويجوز ان يكون النكتة لابي حنيفة رح ووجه محمد رح غير مذكور هنا وقوله لهما من قبيل يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة

على هذا اذا كانت الدار في يد احدهما ولو كانت في يد ثالث وللمسئلة بحثان سواء عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح الذي وقت اولى وقال محمد رح الذي اطلق اولى لان دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع البائعة بعضهم على بعض كما في ابي يوسف رح ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين ولا اطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح باليقين كما لو ادعيا الشراء ولابي حنيفة رح ان التاريخ ايضا محتمل لعدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما اذا اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانها وحادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيرجح صاحب التاريخ قال ان اقام الخارج في حصة احدهما بينة على التتابع فصاحب اليد اولى لان البينة قامت على الملك المطلق لان من ملك اليوم ملك امس فاستويا وترجحت بينة ذي اليد بالبد فيقضى له

ان مثل هذا التوجيه في مثل هذا المقام مستبعد جدا من وجوه شتى مختصرة وعلى هذا اي على خلاف المذكور اذا كانت الدار في ايديهما واقاما البينة على الملك المطلق فوقت بينة احدهما دون بينة الآخر يعني لا عبرة للتاريخ عندهما والدار للمؤرخ عند ابي يوسف رح ولو كانت في يد ثالث اي ولو كانت الدار المدعاة في يد ثالث والمسئلة بحالها اي وقت بينة احد الخارجين في الملك المطلق دون الاخرى فهما سواء اي فالخارجان سواء يعني تقضي بينتهما نصفين عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح الذي وقت اولى وقال محمد رح الذي اطلق اولى اي لم يوقت اولى لانه اي الاطلاق دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد كالاولاد والاكساب ورجوع البائعة بعضهم على بعض اي وبدليل رجوع البائعة بعضهم على بعض فان من اقام بينة على مطلق الملك في جارية مثلا واستحقها زيد يرجع باعتها بعضهم على بعض فكان مدعي مطلق الملك مدعيا للملك من الاصل وملك الاصل اولى من التاريخ ولابي يوسف رح ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح باليقين يعني الى الاصل باليقين راجح على الاصل بالبحث كما لو ادعيا الشراء اي ادعياه من بائع واحد وارخ احدهما دون الآخر كان صاحب التاريخ اولى كما مر ولابي حنيفة رح ان التاريخ ايضا محتمل اي عنده احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره اي اعتبار التاريخ يعني انه يحتمل ان يكون تاريخ الذي ارخ سابقا على تاريخ صاحبه ويحتمل ان يكون متأخرا عنه فزلناه مقام الدعاية للاحتمالين كذا في شرح تاج الشريعة وغيره فصار اي فصار حكم هذه المسئلة كما لو اقاما البينة على ملك مطلق اي بدون ان يذكر التاريخ اصلا بخلاف الشراء جواب عن قول ابي يوسف رح كما لو ادعيا الشراء لانه اي الشراء امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات وهو الحال فيترجح جانب صاحب التاريخ لكون شراء صاحب التاريخ ح سابقا على شراء الآخر من زمان التاريخ بالمائة اقول الان تحصص الحق من المصنف فانه قد كان استدل على مسئلة الشراء فجاء مرتبا هو في حمت دليل ابي يوسف رحمه الله هنا وكنت اشكله هناك واخبرت ما ذكره صاحب الكافي هناك مرافقا لما ذكره المصنف في خاتمة الكتاب هنا فتذكر قال اي القدوري في مختصره وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على التتابع فصاحب اليد اولى سواء اقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج او بعده وهذا جواب الاستحسان واما جواب القياس فالخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى ووجه ان بينة الخارج اكثر اثباتا من بينة ذي اليد لان الخارج ببينته كما يثبت استحقاق اولية الملك بالنتاج تثبت استحقاق الملك الثابت لذي اليد ظاهرا ويده واليد بينة لا تثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه فكان بينة الخارج اولى بالقبول كما في دعوى الملك المطلق كذا في النهاية وكثير من الشروح ووجه الاستحسان ما اشار اليه المصنف بقوله لان البينة اي بينة ذي اليد قامت على ما لا يدل عليه اليد وهو اولية الملك بالنتاج كبينة الخارج فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له اي لذي اليد سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج او بعده اما قبله فظاهر واما بعده فلان ذا اليد لم يقض عليه لان بينته في نفس الامر واقعة لبينة الخارج لان النتاج لا ينكر رفاذا تكررت بينة واقعة تبين ان الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا كذا قرر في النهاية واكتفى به اقول يرد عليهما ان وجه الاستحسان بهذا التقرير لا يدفع ما ذكر وا من وجه القياس لان نسبة البينتين من جهة دلالة كل واحدة منهما على اولية الملك بالنتاج لا ينافي ان تكون بينة الخارج اكثر اثباتا للاستحقاق من بينة ذي اليد من جهة اثبات بينة الخارج استحقاق الملك الثابت لذي اليد ظاهرا ويده وصحة اثبات بينة ذي اليد استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما على ما صرح به في وجه القياس فينبغي ان يكون بينة الخارج اولى بناء على زيادة الاثبات وقد كان صاحب النهاية والكفاية نحا كذلك قد ارى في تقرير هما شيئا لم نصه حيث قال وما قوله ان بينة الخارج اكثر اثباتا قلنا نعم كذلك الا ان في بينة ذي اليد سبق التاريخ لانها تثبت اولية الملك على وجه لا يحتمل النقض من جهة الغير فكان اولى الا ترى انهما لو ادعيا ملكا مطلقا وارخا احدهما واليد لهما تاريخ يقضي لذي اليد وان كانت في بينة الخارج زيادة استحقاق على ذي اليد انتهى اقول يريد عليه ان كون بينة ذي اليد مثبتة لاولية الملك

هذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يديه على طريق القضاء

على وجه لا يحتمل الشك من جهة الغير فانشأ من اثباتها النتاج الذي لا يتكرر وهذا المعنى ببينة ذي اليد موجود في بينة الخارج ايضا لان كلا منا فيما اذا اقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة على النتاج كما هو صريح مسئلة الكتاب ههنا وفيما اذا لم يذكرا تاريخا فان ما اذا ذكرا تاريخا مسئلة اخرى لها اقسام واحكام آخر كما سيجئ في آخر هذا الباب فاذن لا معنى لسبق التاريخ في بينة ذي اليد في مسئلتنا هذه فالتمسك للتوجيه الذي ذكره ههنا واعلم انه وجه الاستحسان لذلك لا يحوم حوله شائبة استشكال ههنا ما روى ابو حنيفة رحمه الله عن الهيثم عن رجل عن علي بن عبد الله رضي الله تعالى عنه ان رجلا ادعى نتاجا في يد رجل واقام البينة انها نتجتها واقام ذو اليد البينة انها نتجتها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذي هي في يده ثم اعلم انه ذكر في الشروح اقتداء بما في الذخيرة ان بينة ذي اليد على النتاج انما ترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعله نحو الغصب او العارية او الاجارة او الرهن او ما اشبه ذلك واما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج اولى لان ذا اليد ببينته اثبت ما هو ثابت بظاهر يده من وجه والخارج ببينته يثبت الفعل وهو غير ثابت اصلا فكانت بينة الخارج اكثر اثباتا انتهى ولكن قال عماد الدين رحمه الله في فصوله بعد نقل ما في الشروح عن دعوى الذخيرة وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله في باب دعوى النتاج من المبسوط ما يخالف المذكور في الذخيرة فقال دابة في يدي رجل اقام آخر بينة انها نتجت من مربوطة في يدي اليد او عارية منه او رهنها اياه وصاحب اليد اقام بينة انها دابته نتجت عنده فانه يقضي بها لصاحب اليد لانه يدعي ملك النتاج والآخر يدعي الاعارة او الاجارة او الرهن والنتاج اسبق من الاعارة والاجارة والرهن فيقضي لذي اليد وهذا خلاف ما ذكر في الذخيرة انتهى وهذا هو الصحيح اي ما ذكر من القضاء لذي اليد هو الصحيح واليه ذهب عامة المشايخ خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان وتترك في يده اي يترك المتنازع فيه في يدي اليد لا على طريق القضاء اي لا على طريق فضاء الاستحقاق بل على طريق قضاء الترك وجه قوله ان القاضي تيقن بكذب احد الفريقين اذ لا يتصور نتاج دابة من واحد بتين في مثل هذا تتهاتر البينتان كما في مسئلة كوفة ومكة على ما مر في اول هذا الباب ووجه صحة ما ذهب اليه العامة ان محمدا رحمه الله ذكر في الخارجين اقاما البينة على النتاج انه يقضي به بينهما نصفين لو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يدي اليد وكذلك قال لو كانت الشاة المذبوحة في يد احدهما وسواطها في يد الآخر واقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيما يقضي بها وبالسواطة لمن في يده اصل الشاة ولو كان الطريق تهاتر البينتين لكان يترك في يد كل واحد منهما ما في يده والجواب عن قوله ان القاضي تيقن بكذب احد الفريقين بما ذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين بان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لاداء الشهادة وهذا لان الشهادة على النتاج لا يلزم فيها معاينة الانفصال من الام بل يكفي رؤية القصيل بتلك الناقة فكل من الفريقين في شهادته على النتاج يجوز ان يعتمد سببا ظاهرا لاداء الشهادة فيجب العمل بهما ولا يصار الى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا تتهاتر البينتان مع ان العين لواحد لا تتصور ان يكون مملوكا لشخصين في زمان واحد لكل واحد منهما بكماله ولكن لما وجد القاضي لشهادة كل واحد من الفريقين مجملا يطلق لاداء الشهادة بان عاين احد الفريقين احد الخصمين يباشر سبب الملك وعاين الفريق الآخر الخصم الآخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين كذا ههنا وعن هذا خرج الجواب عن مسئلة الكوفة لان القاضي لم يجد لشهادة الفريقين هناك مجملا يطلق لكل واحد منهما اداء الشهادة لان المطلق بالشهادة بالطلاق والعتاق معاينة ايقاع الطلاق والعتاق ولا يتصور سماع الفريقين ايقاع الطلاق والعتاق في يوم واحد من شخص واحد بمكة وكوفة لان الشخص الواحد في يوم واحد لا يكون في مثل ذينك المكانين عادة فتهاترت البينتان هناك لذلك ما ههنا فخلافه ثم ان ثمرة اختلاف انما تظهر في حق تحليف ذي اليد وعند عيسى بن ابان يحلف ذو اليد للخارج لان البينتين لما تهاترتا كان البينتين لم تقوما بالشهادة اصلا فيقضي لذي اليد قضاء

ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل وأقام البينة على النتاج عند هو بمنزلة اذا قامها على النتاج في يد نفسه ولو اقام احد ذي البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى لانه كان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت الملك للآخر الا بالتلقي من جهته وكذلك اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له لانه اثبت ما لم يثبته الاولان فيكون الثالث اولى ولا يقضى عليه بشيء لان القضية كانت للقضي عليه بالملك المطلق واقام البينة على النتاج لم يقبل ونقض القضاء لانه بمنزلة النص الاول بمنزلة

ترك بعد ما حلف للنتاج وعند العامة لا يحلف كذا في المبسوط والذخيرة ولو تلقى كل واحد منهما اي ولو اخذ كل واحد من النتاج وذي اليد الملك من رجل على حدة فكان هناك ملكان وقد اقام البينة على النتاج عنده اي واقام كل واحد منهما البينة على النتاج عند من تلقى الملك منه فهو بمنزلة اذا قامها على النتاج في يد نفسه فيقضي به الذي اليد لان كل واحد منهما خصم عمن تلقى الملك منه فكان الملكين قد حضر اذا قاما على ذلك بينة فانه يقضي ثم لصاحب اليد كذلك هنا ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى سواء كان اي خارجا كان صاحب النتاج او ذا اليد لان بينة اي لان بينة صاحب اليد قامت على اولية الملك فلا يثبت اي فلا يثبت الملك للآخر الا بالتلقي من جهته اي من جهة صاحب النتاج والفرض ان الآخر لم يتلق منه وكذا اذا كان الدعوى بين خارجين بان ادعى احدهما الملك والآخر النتاج فبينة النتاج اولى لما ذكرنا من ان بينته تدل على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له اي للثالث الا ان يعيد ها اي البينة ذو اليد فحينئذ يقضى له لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية لان المقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقضي بثبوته في حق آخر فان حاذ ذو اليد بينة قضى له بها تقديما لبينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعد قضى بها الثالث قال في البدائع فرق بين الملك وبين العتق ان القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة لانهم لا قضاء بالملك على شخص لا يكون قضاء على غيره وان كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار لكن العتق وجه الفرق ان العتق حق الله تعالى الا ترى ان العبد لا يقدر على ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان حق العبد يقدر على ابطاله اذا كان حق الله تعالى فالناس في اثبات حق الله تعالى خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم في العبودية بمنزلة الورثة لما قاموا مقام الميت في اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفا قام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم في الخلافة بخلاف الملك فانه لما كان حق العبد فالحاضر فيه لا يتضمن خصما عن الغائب الا بالنيابة حقيقة او بثبوت النيابة شرعا او اتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف لا توجد شيء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر فلهذا لا يجوز انتهى وكذا اذا قضى عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل اي تقبل بينته وينقض القضاء اي ينقض القضاء الاول صورته اما اذا اقام النتاج البينة على ذي اليد في دابة معينة بالملك المطلق فقضى القاضي له ثم اقام ذو اليد البينة على النتاج يقضي بها وينقض القضاء الاول كذا في النهاية والكفاية لانه بمنزلة النص اي لان قامت البينة على النتاج بمنزلة النص في الدلالة على الاولية قطعا فكان القضاء الواقع على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص والقضاء ينقض هناك كذا هنا وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل بينة لانه صار مقضيا عليه بالملك فلا تقبل الا ان يدعي تلقي الملك من جهة المقضي له وجه الاستحسان ان بينة لم تصر مقضيا عليه لان بينة البينة على النتاج تبين ان الدافع لبينة المدعي كان موجودا والقضاء كان خطأ فكان ينبغي ان يكون مقضيا عليه كذا في العناية ذخيرة وانت خبير بان هذا الجواب انما يتجه على ما عن اسلة التي نحن بصدده فان عبارة الاسلة هكذا وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج يقبل وينقض القضاء وقد صرح فيما يكون مقضيا عليه وينقض القضاء فانكار كونه مقضيا عليه بنافيه ظاهرا فالاولى في الجواب ان يقال ان كونه مقضيا عليه لا يقتضي قبول البينة لان تقبل البينة على النتاج تبين ان الدافع لبينة المدعي كان موجودا في نفس الامر ولكن لم يكن ظاهرا عند القاضي فاذا ظهر تبين خطأ القضاء الاول فلم يكن بمنزلة النص فينقض كالقضاء الظاهر في خلاف نص قول الشرنبلالي فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج يحتمد فيه فان جواب ابي ليلى بترجيح بينة الخارج فينبغي ان لا ينقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد قلنا انما يكون قضاؤه عن اجتهاد اذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء فترجح باجتهاده بينة الخارج عليها وبينة ذي اليد

قال وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق

ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن قضاؤه عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد فاذا اقام ما يدفع به انتقض القضاء الاول انتهى اقول لا يدفع
السؤال راسا لان كلامنا في ان المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء وترجيح ابن ابي ليلى بينة الخارج فيما اذا ادعى كل
واحد من الخارج وذي اليد النتاج على ما بين فيما قبل ذلك غير ما نحن فيه اذ ترجيح بينة الخارج فيما اذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد النتاج كما نحن
فيه غير ثابت وقد تتبعت الكتب ولم اظفر بالتصريح بذلك من احد قط وما ذكروا فيما مر من وجه جواب القياس الذي اخذ به ابن ابي ليلى يأبى عن ذلك جدا كما لا
يخفى على المتأمل قال اي القدوري في مختصره وكذلك النسج اي النسج كالنتاج في انه لا يتكرر وكل حكم عرفته في النتاج فهو في النسج كذلك وصورة المسألة اذا ادعى
رجل ثوبا في يد رجل انه ملكه بانه نسجه في ملكه واقام على ذلك بينة واقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك قضى بالثوب لصاحب اليد كذا في النهاية في الثياب التي لا تنسج
الا مرة واحدة كغزل القطن هذا احتراز عن الثياب التي تنسج مرة بعد اخرى كالخز وفي المبسوط النسج في الثوب موجب لاولية الملك فيه وهو مما لا يتكرر كالنتاج في
الدابة الا ان يكون الثوب بحيث ينسج مرة بعد اخرى كالخز ينسج ثم ينكث فيغزل وينسج ثانيا فحينئذ يقضى للخارج وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى
النتاج قد تقدم ان القياس في دعوى النتاج ما ذهب اليه ابن ابي ليلى من ان بينة الخارج اولى وان ما ذهبنا اليه من كون بينة ذي اليد اولى استحسان
تركنا القياس فيه بالسنة وهي حديث جابر رضي الله عنه كما رويناه من قبل فلا يلحق بالنتاج الا ما كان في معناه من كل وجه وكل ما لا يتكرر من اسباب الملك
فهو في معناه من كل وجه فيلحق به بدلالة النص كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد اي واتخاذ اللبد والمرعزى اي وجز المرعزى اذا شددت الزاي قصرت واذا
خففت مددت والميم والعين مكسورتان وقد يقال مرعزى بفتح الميم مخففا ممدودا وهي كالصوف تحت شعر العنز كذا في المغرب وجز الصوف فاذا ادعى كل واحد
من الخارج وذي اليد لبنا انه ملكه حلبه من شاته او ادعى جبنا اي ملكه صنعه في ملكه او ادعى لبدا انه ملكه صنعه في ملكه او ادعى مرعزى انها ملكه جزها من عنزه
او ادعى صوفا انه ملكه جزه من غنمه واقاما على ذلك بينة فانه يقضى بذلك لذي اليد في هذه الصورة كلها لان اسباب الملك فيها لا يكون الا مرة واحدة فكانت
في معنى النتاج من كل وجه فالحقت به وان كان يتكرر اي وان كان سبب الملك يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق قال صاحب النهاية والمعنى فيه
ان الثوب الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز ان يصير لذي اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة اخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعد ما كان ملكا
لذي اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه بخلاف الفصل الاول فان الثوب الذي لا ينسج الا مرة لما صار لذي اليد بنسجه لا يتصور ان يكون للخارج
بنسجه فكان في معنى النتاج انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث اما اولا فلان السبب يراد لحكمه كما سيجيء بعد اسطر واما ثانيا فلانه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك
انتهى اقول كلا بحثيه ساقط جدا اما الاول فلانا لا نقضي ههنا بالبينتين بناء على اعتبار السببين حتى يقال ان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولم يثبت الملك بالنسج
الى ذي اليد حتى كان المدعي للخارج بل انما نقضي ههنا ببينة الخارج فقط بناء على كونها اكثر اثباتا كما في الملك المطلق فلم يعتبر الا سبب احدهما للخارج بخلاف
ما سيجيء بعد اسطر حيث نقضي هناك على قول محمد رحمه الله بالبينتين على اعتبار السببين ويكون المدعي للخارج فيتجه اليه من قبل الامين ان يقال ان السبب يراد
لحكمه وهو الملك حيث لم يثبت الملك لذي اليد لم يكن السبب مفيدا الحكم بالنسبة اليه فلم يعتبر وسيتضح لك الامر هناك ان شاء الله تعالى واما الثاني
فلان ما ذكره صاحب النهاية من المعنى ليس علة للقضاء للخارج فيما يتكرر من الاسباب حتى يقال كيف تنقض اليد الثابتة بالمحتمل المشكوك بل هو مجرد بيان
لكون دعوى الملك بسبب يتكرر في معنى دعوى الملك المطلق دون معنى دعوى النتاج حيث لا يدل السبب الذي يتكرر على اولية الملك كالنتاج بل يحتمل ان
يثبت به الملك اولا وثانيا كالملك المطلق وانما علة القضاء للخارج بعد تقرر ذلك المعنى كون بينة الخارج اكثر اثباتا من بينة ذي اليد كما تحقق في مسألة

وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان الشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بالنتاج لم يعلم يرجع الى الاصل قال وان اقام الخارج البينة على الملك والطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد اولى ان كان الاول ان كان يثبت ولاية الملك فقد تلقى منه وهذا اذا اقر ان الملك لهم او ادعى الشراء منه

وهو الملك المطلق الجهة اذ بها يندفع التناقض مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان واستشكل ذلك بعض قول المصنف وان كان يتكرر قضى به للخارج حيث قال فيه ان الشراء سبب يتكرر مع ان بينة ذي اليد اولى فلابد من الفرق اقول اذا ادعى الخارج الشراء من رجل وادعاه ذو اليد من رجل آخر فانه يتكرر فيه الحكم اذا ادعيا الملك المطلق بالتفاوت بيناه على ما صرح به في خاتمة المعتبرات وذكره الشارح الاتقاني فيما مر نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فافهم واغتنم هناك واما اذا ادعيا الشراء من واحد فبينة ذي اليد اولى كما في الكتاب فوجه الفرق بينه وبين ما نحن فيه هو ان كلا من الخارج وذي اليد هناك اثبت بينته الاستحقاق على ثالث حيث ادعيا تلقي الملك من جهته كما مر آنفا فكان ما ادعيا سبب الاستحقاق على الغير لا سبب الملك وحده فلم يكن في معنى الملك المطلق بخلاف ما نحن فيه ولعل في كلام المصنف ايماء الى ذلك حيث قال وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر ثم قال وان كان يتكرر قضى به للخارج فاعتبر اختلاف حكمي بما يتكرر وما لا يتكرر في سبب الملك احترازا عن سبب الاستحقاق وهو اي السبب المتكرر في الملك نحو الخز اي مثل نسج الخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا كذا في المغرب قيل هو نسج خاذا بلى يغزل مرة اخرى وينسج والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب اي وزراعة الحنطة وسائر الحبوب فاذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ثوبا انه ملكه نسجه من خزه او ادعى دارا انها ملكه بناها بالها او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او ادعى حنطة انها ملكه زرعها او حبا آخر من الحبوب كذلك اقاما على ذلك بينة قضى بملك الخارج في هذه الصور كلها لان اسباب الملك فيها ليست في معنى النتاج لتكررها اما الخز فلما نقلنا واما البناء فلانه يكون مرة بعد اخرى واما الغرس فكذلك واما الحنطة والحبوب فلانها تزرع ثم يغربل التراب فتبقى الحنطة والحبوب ثم تزرع ثانية فاذا لم يكن في معناه لم يلحق به بل صارت بمنزلة الملك المطلق فكان اشكالا في كان شكل شيئا ما يتيقن بالتكرار وعدمه فيه يرجع الى اهل الخبرة اي يسأل القاضي اهل العلم عن ذلك ليعمل العدول منهم بيقيني الحكم على قولهم لانهم اعرف به قال الله تعالى فاسألوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون الواحد منهم كفى والاثنان احوط كذا في النهاية نقلا عن المبسوط والذخيرة فان اشكل ذلك على اهل الخبرة ايضا قضى به اي بالمشكل للخارج لان القضاء ببينة اي بينة الخارج هو الاصل لان القياس العدول عنه بحجة النتاج اي والعدول عن الاصل كان بخبر النتاج اي بحديث النتاج وهو حديث جابر رضي الله عنه كما رويناه من قبل في وجه الاستحسان

فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل الذي هو القياس قال اي القدوري في مختصره وان اقام الخارج البينة على الملك وصاحب اليد البينة على الشراء منه اي من ذلك الخارج كان صاحب اليد اولى لان الاول اي الخارج وان كان يدعي اولية الملك وفي بعض النسخ ان كان يثبت اولية الملك فهذا اي فصاحب اليد يلقى منه اي تلقى الملك من ذلك الخارج وفي هذا الاتفاق كما الا يخفى فصار اي فصار حكم هذه المسألة كما اذا اقر بالملك له اي كما اذا اقر صاحب اليد بالملك للخارج ثم ادعى اي صاحب اليد الشراء منه اي من الخارج قال صاحب النهاية ذكر في الفصول والحاصل ان الخارج مع ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا فمتى كانت الصورة ما الخارج اولى الا اذا اقام صاحب اليد بينة على النتاج او ارخا وتاريخ صاحب اليد اسبق وفي هذه الصورة التي ذكرها في الكتاب يترجح بينة صاحب اليد ايضا وهي فيما اذا اقام الخارج البينة على الملك واقام صاحب اليد البينة على انه اشتراه من المدعى لان المدعى ان كان اثبت اولية الملك فهذا تلقى منه فحصل من هذا ان بينة ذي اليد ترجح على بينة الخارج في هذه الصور الثلث التي ذكرناها انتهى اقول لا سابق لهذه الصورة التي ذكرت في الكتاب بل ذكر في الفصول الآتية فيما اذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ملكا مطلقا على ما هو مدلول صريح قول صاحب الفصول والحاصل ان الخارج مع ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا انتهى وما ذكر في الكتاب فيما اذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الملك المقيد بالشراء فضم هذه الصورة الى الصورتين المذكورتين في الفصول بطريق الاستثناء وجعل ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج صورا ثلثا كما فعله صاحب النهاية مما لا حاصل له لانه ان اراد ان ما يترجح فيه بينة ذي اليد

قال وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد قال رض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعلى قول محمد رح يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع ولم يسلم لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رح للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد رح لجواز كل واحد من البيعين

على بينة الخارج فيما اذا ادعيا الملك المطلق بهذه الصور الثلث فليس بصحيح كما لا يخفى وان اراد ان ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج فيما اذا ادعيا الملك المطلق او غيره بهذه الصورة الثلث فليس بتام لان ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج مطلقا غير منحصر في هذه الصور الثلث بل متحقق في غيرها كما اذا ادعيا الشراء من واحد ولم يكن تاريخ احدهما اسبق على ما سبق في الكتاب قال اي القدوري في مختصره وان اقام كل واحد منهما اي الخارج وذي اليد البينة على الشراء من الآخر اي اقام الخارج البينة على انه اشترى هذه الدار مثلا من ذي اليد واقامها ذو اليد على انه اشتراها من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد بغير قضاء قال رضي الله عنه اي قال المص رح وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعلى قول محمد رحمه الله يقضى بالبينتين وتكون اي وتكون الدار للخارج لان العمل بهما اي بالبينتين ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد مع الآخر وقبض ثم باع اي ثم باع ذو اليد من الخارج ولم يقبض الخارج لان القبض دلالة السبق اي لان قبض ذي اليد دليل سبقه في الشراء كما مر اشارة الى قوله وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى لان يمكنه عن قبضه يدل على سبق شرائه انتهى ولا يعكس الامر اي لا يجعل كان الخارج اشتراها من ذي اليد اولا ثم باعها اياه لان البيع قبل القبض لا يجوز يعني ان العكس يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز وان كان اي وان كان البيع في العقار عنده اي عند محمد رح ولهما اي ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الاقدام على الشراء اقرار منه اي من المشتري بالملك للبائع فصار اي فصار امر هذه المسئلة كانهما اي البينتين قامتا على الاقرارين اي على الاقرارين من الطرفين وفيه التهاتر بالاجماع فكذا ههنا اي فيما نحن فيه ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك هذا دليل آخر لهما متضمن للجواب عما قاله محمد رح ان العمل بالبينتين ممكن يعني ان السبب لا يراد لنفسه وانما يراد لحكمه فاذا كان مفيدا لحكمه كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق اي مستحق للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذي اليد فانما يقضى ليزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب الذي هو البينة ههنا مفيدا لحكمه بالنسبة اليه فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده فلم يكن معتبرا فلم يكن العمل بالبينتين اقول لمطالب ان يطالب بالفرق بين مسئلتنا هذه على قولهما وبين ما اذا اقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة على النتاج ولا تاريخ معهما حيث لم تتهاتر البينتان هناك عند ائمتنا الثلثة على ما هو الصحيح بل قضى ببينة ذي اليد له بناء على ان البينتين استويا في الاثبات وترجحت بينة ذي اليد باليد كما مر وتهاترتا ههنا عندهما مع الاشتراك في العلة المذكورة هناك فتامل في الفرق ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا اي اذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب لعدم القضاء بشيء من العقدين عندهما وان كان احد الثمنين اكثر رجع بالزيادة كذا في شرح الكنز للزيلعي ثم ان هذا اي القصاص اذا كان المقبوض هالكا وان كان قائما وجب رده كذا في الكافي فان قلت تهاترت البينتان في الشراء عندهما فينبغي ان يكون كذلك في حق النقد لانه في ضمنه قلت امكن ان لا تقبل البينة في حق شيء وتقبل في حق شيء آخر كالمرأة اذا اقامت البينة على وكيل زوجها بنقلها على تطليق زوجها لا تقبل في حق الطلاق وتقبل في حق قصر يد الوكيل كذا في شرح تاج الشريعة وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رح للوجوب عنده اي لوجوب الثمن عند محمد رح فان البينتين لما تبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيقاص الوجوب بالوجوب ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا اي البينتان بالاجماع لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار ان دعواهما مثل هذا البيع اقرار من كل واحد منهما بالملك لصاحبه وفي مثل هذا الاقرار يتهاتر الشهود فكذلك ههنا وعند محمد رح باعتبار ان بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل احدهما سابقا والآخر لاحقا فاذا جاز البيعان ولم يكن احدهما اولى من الآخر في القبول تساقطا للتعارض فبقي العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قول المص لان الجمع غير ممكن عند محمد رح اي لان العمل بهما غير ممكن عنده لجواز كل واحد من البيعين مع عدم اولوية احدهما على الآخر لعدم ذكر التاريخ ولا دلالة فكانت شهادة الفريقين بمنزلة تعارض النصين

بخلاف الاول وان وقتت البينتان سنة العقار ولم يؤرخا قضيا ووقت الخارج اسبق يقضي لصاحب اليد عند ح ويجعل كان الخارج اشتراه واعتقه باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عند ح ومن قضى بقضاء لخارج لانه يجعل بيعه بعد القبض فسخا على ما مر وان اثبتا قبضا قضيا لصاحب اليد لان البينتين حينئذ على القولين واذا كان وقت صاحب اليد اسبق يقضي للخارج في الوجهين ويجعل كان صاحب اليد اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر **قال** وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين حجة تامة كما في حالة الانفراد والترجح لا يقع بكثرة العدد بل بقوة في احد الطرفين على ما عرف **قال** واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان كل واحد منهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة قضي بها بينهما نصفين لان البينة حجة الخارج لاثبات ما لا يملكه ولا يد لاحدهما عليه فكانت حجتهما سواء ولان كل واحد منهما يثبت النصف لنفسه ويزعم ان صاحبه يشارك في النصف الآخر وهو ينازعه في ذلك فيقضي بالنصف بينهما كما لو ادعيا نصفا شائعا في الكل

بحيث متى لم يمكن الترجيح ولا العمل على الحالتين سقط العمل بهما فبعد ذلك كان العمل بما بعدهما من الحجة على ما عرف وههنا ايضا لما سقطت شهادتهما بالتعارض بقي العين في يد صاحب اليد كما كانت بخلاف ما اذا لم يذكر القبض في شهادتهما حيث يجعل هناك شراء صاحب اليد سابقا ببيعه لاحتمال ان القبض على السبق اذ لو جعل شراء الخارج سابقا لزم البيع قبل القبض كما مر بيانه في جملة الشروط في حل هذا المقام اقول لقائل ان يقول لم لا يجوز ان يجمع بينهما ويعمل بهما بجعل العين المدعاة بين المدعيين نصفين كما جعلتها كذلك فيما اذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما جميعها واقاما البينة ولا تاريخ معهما حيث قضينا هناك بالعين بينهما نصفين كما مر في صدر هذا الباب وايضا فلانا اذا ادعى اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يدعي انه اشتراها منه واقاما بينة ولا تاريخ معهما فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العين بنصف الثمن وان شاء ترك وقد مرت هذه المسئلة ايضا في هذا الباب ومرت فيه ايضا مسائل اخرى مشتركة في هذا الحكم اعني التنصيف بلا خلاف بين ائمتنا ولا يخفى ان ما ذكره ههنا التخريج محمد رحمه الله ينقض لكل واحد منهما نصف بروفق الكافي وما ذكر في النهاية من ان ذو اليد اولى لان البيع والقبض تساويا بالاجماع لان الحق لغير مكلف عند محمد رح بجواز كل واحد من البيعين بخلاف ما ذكر في البسوط والاجماع لا يكون على غير ما ان شاهدوا بالبيع والقبض يقضي للبينتين عند محمد رح فقضى بالدار لذي اليد لان البينات حجج الشرع فيجب العمل بها ما امكن فيقع العمل بكل منها اثبتا العقد ين والقبض فيجعل كان ذا اليد اشتراها واعتقها ثم الخارج اشتراها منه واقاما البينتين وقت العتاق فيقضي بالعتاق لذي اليد خرجه الخلاف كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية ولم يثبتا قبضا اي لم يثبت البينتان قبضا وفي بعض النسخ ولم يثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق اي والحال ان وقت الخارج

اسبق يقضي لصاحب اليد عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح فيجعل كان الخارج اشترى ولم يقبض ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فسخا عاد بغير قضاء عند ابي حنيفة رح وعند محمد رح يقضي للخارج لانه لا يصح بيعه اي بيع العقار قبل القبض عنده فبقي على ملكه اي فاذا البيع بيعه قبل القبض بقي على ملك الخارج وان اثبتا البينتان قبضا وباقي المسئلة على حاله وفي بعض النسخ وان بينتا قبضا يقضي لصاحب اليد اي بالاجماع فيجعل ان الخارج باع ذلك من بائعه بعد ما قبضه لان البينتين بالوجه المزبور جائزتان على القولين اي على قولهما وقول محمد رح وان كان وقت صاحب اليد اسبق وباقي المسئلة على حاله يقضي للخارج في الوجهين اي سواء اثبت البينتان القبض او لم تثبتا فيجعل كان ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم اليه ثم باع ذو اليد من الخارج ولكن لم يسلم اليه هذا باعتبار عدم اثبات القبض او سلم اي سلم ذو اليد الى الخارج ثم وصل اليه اي الى ذي اليد بسبب آخر من اجارة او اعارة او غير هما وهذا باعتبار اثبات القبض فقد جمع المصنف الوجهين في تقريره هذا كما ترى فان قلت بقيت من اقسام المسئلة المارة صورتان لم تذكرا في الكتاب احدهما ان وقت البينتان وقتا واحدا وثانيهما ان وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى فما حكمهما قلت حكم كل واحدة منهما كحكم ما اذا لم توقتا اصلا نص عليه في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام قال اي القدوري في مختصره وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء اي الاثنان والاربعة من الشهود سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة لو صولها الى حد النصاب لكمال كما في حالة الانفراد في غير الشهادة في الزنا والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل يقع بقوة فيها اي في العلة الا ترى ان الخبر لا يترجح بكثرة الآيات بآية اخرى لان كل واحد منها علة بنفسه والمفسر ترجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة على ما عرف اي في علم اصول الفقه وكذلك الشهادتان اذا تعارضتا واحدى هما مستورة والاخرى عادلة ترجحت العادلة على المستورة بالعدالة لا لان صفة الشهادة ولا ترجح بزيادة عدد الشهود لانها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل هي شطر شهادة وشهادة كل عدد ركن كامل الا ان يكون بعضها صفة للبعض الى هذا اشار في التقويم لكن قال اي القدوري في مختصره واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فهي لصاحب الجميع ثلثاها باربعة اسباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رح اعتبارا بالطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فيسلم له بلا منازعة ويتنازعان في النصف الآخر فيقسم

بينهما وقسمه بينهما اثلاثا فاعتبر طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه بسهمين وصاحب النصف بسهم فالقسمة اثلاثا وهذه المسئلة نظائر واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرنا هاتين الزيادات قال وكانت الدار بيد رجل سلم الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها على وجه الشراء ثم سلم في النصف الذي في يديه جميع الدار لان مدعاه النصف الذي في يده سالم له

بينهما تجعل الدار على اربعة سهام لانا نحتاج الى حساب النصف والنصف نصف واقلها اربعة كذا في الكافي وقالا اي ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هي اي الدار بينهما اي بين المدعيين اثلاثا فاعتبر بطريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه بسهمين اي يأخذ بحسب كل حقه سهمين وفي المغرب وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث اي يأخذ منه شيئا بحكم ماله من الثلث كذا في النهاية ومعراج الدراية وصاحب النصف بسهم واحد اي وصاحب النصف يضرب بكل حقه ايضا وهو سهم واحد اذ الدار تجعل سهمين لحاجتنا الى عدد نصف صحيح واقله اثنان فيضرب صاحب الجميع بذلك وصاحب النصف بسهم واحد فتقسم بينهما اثلاثا اي فيقسم الدار بين المدعيين اثلاثا ثلثها بالمدعى الجميع وثلثاها المدعى النصف واعلم ان اصل ابي حنيفة رح ان المدلى بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام شيء آخر اليه يضرب بجميع حقه كاصحاب العول الموصى له بالثلث فانه وهو ما اذا اضافت التركة عن يونه والمدلى بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصير له بالاخر كالموصى له بالكسر من الثلث واصل ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق كل في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان على غير ذلك على طريق المنازعة كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير امره وفضولي آخر باع نصفه واجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة اربعا فعلى هذا الاصلين يكمن الاتفاق بين الائمة الثلثة على العول وعلى المنازعة ويكمن الافتراق فما اتفقوا على العول فيه العول على التركة اما على اصله فلان السبب لا يحتاج الى ضم شيء واما على اصلهما فلانه وجبت بسبب حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة وما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي اما على اصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه واما على اصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحول بالشراء الى المبيع وما افترقوا فيه مسلتنا هذه فعلى اصله سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة وهي تحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة كما بين في الكتاب وعلى اصلهما حق كل واحد من المدعيين في العين بمعنى ان حق كل منهما شائع فيها فاما من جزء الا وصاحب الكثير يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول كما ذكر في الكتاب ثم اعلم ان اصلهما ينتقض بحق الغرماء في التركة فان قسمة العين بينهم بسبب حق كان في الذمة لا في العين مع ذلك كانت القسمة عولية كذا في المبسوط قال المصنف ولهذه المسئلة نظائر واضداد اي للمسئلة المذكورة اشباه حكم فيها ابو حنيفة رح بالمنازعة وصاحباه بالعول كما في هذه المسئلة واضداد حكم فيها ابو حنيفة رح بالعول وصاحباه بالمنازعة على عكس ما في هذه المسئلة لا يحتملها اي النظائر والاضداد هذا المختصر يعني الهداية وقال وقد ذكرنا ما في الزيادات فمن نظائر الموصى له بجميع المال ونصفه عند اجازة الورثة والموصى لهما بالثلث على السواء ومن اضداد ما لو اقر لرجل بمائة درهم ثم اقر بمائتي درهم فالقسمة بين المقر له والاجنبي عند ابي حنيفة رح بطريق العول ثلاثا وعند بطريق المنازعة اربعا وكذا المدبر اذا قتل جلا خطا ورقا عين آخر وغرم المولى قيمته لهما كذا في الكافي والشروح فتذكر الاصلين المذكورين يسهل عليك استخراج هذه الصورة قال اي القدوري في مختصره ولو كانت الدار في يد احدهما اي احد المدعيين المسئلة بحالها سلم لصاحب الجميع اي لمدعي الجميع نصفا على وجه القضاء وهو الذي كان بيده آخرا ونصفا لاخر على وجه القضاء وهو الذي كان بيده لانه خارج في النصف اي لان صاحب الجميع وهو مدعي الجميع خارج في نصف الذي باع مدعي النصف فتقضي بينة صاحب الجميع في حق ذلك النصف بناء على ان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فتم دليل قوله نصفا على وجه القضاء وبقي دليل قوله ونصفا لاخر على وجه القضاء وهو قوله فالنصف الذي في يديه اي في يدي صاحب الجميع صاحبه لا يدعيه اي صاحب الجميع اي خصمه وهو مدعي النصف لا يدعي ذلك النصف لان مدعاه اي مدعى صاحب الجميع وهو مدعي النصف اي النصف الذي هو في يده سالم له فتوضيحه ان دعوى مدعي النصف متصرفة الى ما في يده ليكون يده يدا محقة في حقه لان حمل امور المسلمين على الصحة واجب فدعوى النصف لا يدعي شيئا في يد صاحب الجميع لان مدعاه النصف وهو في يده فسلم النصف

ولو لم یدع فیه شیئا کان ظالما باساکه والقضاء بدون الدعوی لم یترک فی یده قال وان تنازعا فی دابة فاقام کل واحد منهما بینة انتجت عنه وذکر انا ریخها وفی الدابة یوافق احد التاریخین فهو اولی ان الحال الشهد له فیترجح ان اشکل ذلک کانت بینهما نصفین لانها تنتج عنه وذکر انا ریخها وان خالف سن الدابة الوقتین بطلت البینتان کذا ذکر الحاکم الشهید لان ظهر التاریخین یتناقضان فکانا بین ذلک

لدعی الجمیع بلا منازعة کذا فی الکافی ولو لم یضف الیه دعواه ای ولو لم یضف دعوی مدعی النصف الی النصف الذی فی یده کان ظالما باساکه ای کان مدعی النصف ظالما باساکه ما فی یده وقضیته وجوب حمل امر المسلم علی الصحة قاضیته بخلافه ولا قضاء بدون الدعوی فیترک فی یده ای واذا لم یدع مدعی النصف النصف الذی فی ید مدعی الجمیع ولا قضاء بدون الدعوی فیترک ذلک النصف فی ید مدعی الجمیع بلا قضاء فتم دلیل تحوله ونصفها لاجل وجه القضاء ایضا فثبت المدعی بشقیه قال صاحب النهایة الاصل فی هذه المسئلة ان دعوی کل واحد من المدعیین منصرف الی ما فی یده کیلا یکون فی اساکه ظالما حملا لامور المسلمین علی الصحة وان بینة الخارج اولی من بینة ذی الید انتهی اقول فیه نظر وهو ان انصراف دعوی مدعی الجمیع من المدعیین الی ما فی یده غیر معقول لانه ان جعل الذی فی یده الکل لا یبقی للمقدمة القابلة وان بینة الخارج اولی من بینة ذی الید محل فی هذه المسئلة ولا یصح قول المصنف علانه خارج فی النصف ولا قول صاحب النهایة فی اثناء الشروح ومدعی الکل یدعی علیه النصف وهو خارج عن النصف وان جعل الذی فی یده النصف کما هو الظاهر الحق ظاهر معنی لانصراف دعواه الی ما فی یده لانه یدعی الکل وهو لیس فی یده وایضا لا یتم قوله کیلا یکون فی اساکه ظالما بالنسبة الیه لان الانسان لا یکون ظالما باساکه حقه وان کان فی ید غیره ومدعی الکل یدعی ان جمیع ما فی ایدیهما حقه فالحق ان الذی ینصرف دعواه الی ما فی یده انما هو مدعی النصف منهما کما هو المذکور فی الکافی وغیره وقدم مناسف اثناء شرح کلام المصنف قال ای القدوری فی مختصره واذا تنازعا ای تنازع اثنان فی دابة واقام کل واحد منهما البینة انها نتجت عنده وذکرا تاریخا وسن الدابة یوافق احد التاریخین فهو اولی ای الذی یوافق سن الدابة تاریخا اولی من الآخر لان الحال تشهد له یعنی ان علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال فیترجح ای فیترجح من یوافق سن الدابة تاریخه واعلم انه لا فرق فی هذا بین ان یکون الدابة فی ایدیهما او فی ید احدهما او فی ید ثالث لان المعنی لا یختلف بخلاف ما اذا کانت الدعوی فی النتاج من غیر تاریخ حیث یحکم بها للذی الیدان کانت فی ید احدهما اولهما ان کانت فی ایدیهما او ید ثالث کذا ذکره الامام الزاهدی فی شرح الکنز وان اشکل ذلک ای سن الدابة کانت بینهما اگانت الدابة بینهما نصفین لانه سقط التوقیت وصار کانهما لم یذکرا تاریخا هذا الجواب فی الخارجین عن ان کان احدهما صاحب الید ودعواهما فی النتاج ووقتت البینتان وقتین فان کانت الدابة علی وقت بینة الخارج قضیت بها لظهور علامة الصدق فی بینته وعلامة الکذب فی بینة ذی الید وان کانت الدابة علی وقت بینة ذی الید او کانت مشکلة قضیت بها لذی الید لظهور علامة الصدق فی بینته او سقوط اعتبار التوقیت اذا کانت مشکلة کذا فی المبسوط ولم یذکر فیه ما اذا کان سن الدابة بین الوقتین وذکر فی الذخیرة فی ذلک تهاترت البینتان عند عامة المشائخ وتترک الدابة فی ید صاحب الید کذا فی النهایة ومعراج الدرایة وان خالف سن الدابة الوقتین قال الشراح ای فی دعوی الخارجین اقول لم یظهر لی فائدة هذا التقیید کما سیاتی بطلت البینتان کذا ذکره الحاکم لانه ظهر کذب الوقتین وذلک مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فیمنع حالة الاجتماع ایضا فترک ای الدابة فی ید من کانت فی یده والظاهر ان هذا یعم الصور الثلث اعنی ما اذا کانت الدابة فی ید ثالث وما اذا کانت فی ایدیهما او ما اذا کانت فی ید احدهما اذ لا فارق بینهن فی الوجه الذی ذکر من قبل الحاکم فلا فائدة فی التقیید الذی فی المبسوط من مشائخنا من قال تبطل البینتان والاصح ما قاله محمد من الجواب وهو ان یکون الدابة بینهما فی الفصلین یعنی فیما اذا کان سن الدابة مشکلا وفیما اذا کان علی غیر الوقتین فی دعوی الخارجین اما اذا کان سن الدابة مشکلا فلا شک فیه وکذلک اذا کان علی غیر الوقتین لان اعتبار ذکر الوقت لحقهما وفی هذا الموضع فی اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار ذکر الوقت اصلا ونظیر الی مقصود هما هو اثبات الملک فی الدابة وقد استویا فی ذلک فوجب القضاء بینهما نصفین وهذا لانا اعتبرنا التوقیت لبطلت البینتان وهی فی ید ذی الید وقد اتفق الفریقان علی استحقاقها علی ذی الید فکیف تترک فی یده مع قیام حجة الاستحقاق کذا ذکر فی اکثر الشروح قال صاحب النهایة لعید نقل ذلک وفیه الروایة مخالفة لما سدی ابو اللیث

قال واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة لاحدهما انه غصبه والآخر وديعة فهو بينهما لاستوائهما **فصل** في التنازع بالايدي

قال واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب في السرج اولى بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وحمل احدهما والآخر راكبه فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف وكذا اذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما معنا على طريق القضاء لان العقود ليس بيد على فاستويا

عن محمد رحمه الله قال اذا كان سن الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضي لما بشيء ويترك في يدي اليد قضاء تركا فكانهما لم يقيما بينة ولعل هذا هو الاصح وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشيء لان مقصود المدعي ليس بمعتبر في الدعاوى بالاجماع واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذي اليد غير معتبر لانه يجر مع وجود المكذب انتهى اقول يمكن ان يجاب عن قوله وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشيء في قوله لانه ليس بحجة مع وجود المكذب بان الموجود مكذب لاحد الوقتين لا مكذب لاصل البينتين فالملازمة ممنوعة سقوطا عتبار ذكر الوقت لاستوطا عتبار اصل البينتين وهو اثبات استحقاق للمدعيين على ذي اليد فلا قارح لما في المبسوط ويرشد الى هذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وان خالف بينهما الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكر في ظاهر الرواية لانه لما بطلان التوقيت فكانهما لم يوقتا فثبتت البينتان قائمتين على طلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم في مختصره ان في رواية ابي الليث تهاترت البينتان قال وهو الصحيح ووجهه ان سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقنا بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان والجواب ان مخالفة السن الوقتين توجب كذب الوقتين لا كذب البينتين اصلا ورأسا انتهى كلامه فتامل شتقال ابي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب القضاء واذا كان العبد في يدي رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما انه غصبه والآخر وديعة فهو بينهما اي العبد بين المدعيين لاستوائهما لان الموضوع لما جحد الوديعة صار غاصبا فصار دعوى الوديعة والغصب سواء والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيكون العبد بينهما نصفين

فصل في التنازع بالايدي لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في بيان وقوعه باظهر السببين في هذا الفصل لما ان الاول اقوى ولهذا اذا اقامت البينة لا يلتفت الى اليد قال اي القدوري في مختصره واذا تنازعا اي تنازع اثنان في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اي تصرف الراكب اظهر فانه اعلى الركوب يختص الملك يعني غالبا قال الامام الزيلعي في شرح الكنز بخلاف ما اذا اقاما البينة حيث يكون بينهما لان البينة حجة مطلقة وبينة الخارج اكثر اثباتا على ما بيناه واما التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على انه كان في يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى يقوم بحجة والترجيح انتهى وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب اي في السرج اولى لان العادة جرت بان الملاك يركبون في السرج وغيرهم يكون رديفا كذا في الكافي وغيره واعلم انه ذكر في الكتاب مسئلة ان يكون الراكب في السرج اولى من رديفه على رواية نقلها الناطفي رح في الاجناس عن نوادر المعلى واما في ظاهر الرواية فالدابة بينهما نصفان كذا في غاية البيان والعناية بخلاف ما اذا كانا راكبين يعني في السرج حيث تكون اي الدابة بينهما قولا واحدا لاستوائهما في التصرف اما اذا كان احدهما ممسكا بلجام الدابة والآخر متعلقا بذنبها قال مشائخنا ينبغي ان يقضي للذي هو ممسك بلجامها لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك او المذنب فانه كما يتعلق به المالك يتعلق بغيره كذا في النهاية نقلا عن الذخيرة وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف فهو واليد واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولهذا لو تعارضا يترجح به غالبا كذا في الشروح

ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما كذا لو كانا جالسين عليه وادعياه فهو بينهما كذا في الشروح قال المصنف رح معناه لا على طريق القضاء اي معنى قوله فهو بينهما انه بينهما لا على طريق القضاء وعلل المسئلة بقوله لان العقود ليس بيد على اي على البساط حتى لا يصير غاصبا بمقتضى اي فاستوى المتنازعان فيجعل في ايديهما لعدم المرجح لهما قال صاحب النهاية هذا فاسد لان اليد على البساط لا يثبت الا باحد امرين اما باثبات اليد عليه حسا بالنقل والتحويل واما بكونه في بيته وحكما بان كان في بيته وليس شيء من ذلك في البساط فانه موضوع على

قال (وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لأن الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق

قارئة الطريق ولما علم أنه ليس في يد غيرهما ولا في يد هما يد عيان يقضي بينهما لاستوائهما في الدعوى انتهى أقول يرد عليه أن هذا الشرح لا يطابق المشروح لأن المصنف قال معناه لا على طريق القضاء وهو يقول يقضي بينهما فبينهما تدافع ظاهر فإن قلت يجوز أن يكون مراد المصنف لا على طريق قضاء الاستحقاق ومراد الشارح يقضي بينهما قضاء الترك أيضا فلا بد في قضاء الترك أيضا فلا تدافع بينهما قلت لا يجوز أن يكون المراد بالقضاء بينهما هنا قضاء الترك أيضا فلا بد في قضاء الترك من أن يكون المدعي في يد المدعى عليه كما ذكره صاحب النهاية فضلا عن الذخيرة فيما يجيء في مسألة التنازع في المحائط حيث قال ومعنى القضاء بينهما أنه إذا عرف كون في يد يهما قضاء بينهما قضاء بترك وإن لم يعرف كون في يد يهما وادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفي يد يه يجعل في يد يهما لأنه لا مزاحم لهما إلا أنه يقضي بينهما انتهى فانظر إلى هذا الفرق بين قضاء الترك بينهما وبين الجعل في يد يهما من جهة أن الأول فيما عرف كون المدعي في يد يهما وأشار فيما لم يعرف ذلك وفيما لم يعرف كونه في يد يهما يتحقق يد واحد من المدعيين على ما تقرر آنفا فلم يعرف كون المدعي في يد يهما فلم تتصور القضاء بينهما قضاء الترك أيضا فلم يستقم التوفيق المذكور وكان صاحب العناية تنبه لهذا فقال لأن اليد على البساط إما بالتقرر أو التحويل أو بكونه في بيته والجلوس عليه ليس شيء من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس بيد يهما ولا في يد غيرهما ويد عيانه على السوار فيترك في يد يهما انتهى حيث ترك ذكر القضاء بينهما وذكر الترك في يد يهما لكن هذا أيضا لا يخلو عن نظر لأن استعمال الترك في اليد يقتضي سبق تحقق اليد وهنا ليس كذلك كما تبين فتحقق الكلام في هذا المقام أن تعيين في يد يهما يوضع فيما لم يعرف كون المدعي في يد هما ويجعل في يد يهما فيما عرف كونه في يد هما ويطابق الشرح المشروح ويطابق المتقدم عما يجيء في مسألة التنازع في المحائط من الفرق بين محل القضاء بينهما قضاء ترك وبين محل الجعل في يد يهما لما قضاء وأيضا لا تبقى الحاجة إلى ما ذكره صاحب النهاية وغيرها من الفرق بين مسئلتنا هذه وبين مسئلة الدار إذا تنازعا فيها وكانا قاعدين فيها حيث لا يقضي بها بينهما ولا إلى ما ارتكبوا في وجه الفرق بينهما من التكلف على ما لا يخفى على الفطن المناظر في كلامهم وتفطن حينئذ أن حكم كل واحدة من المسئلتين أن لا يقضي بين المدعيين بالمدعى بنا على أن ليس لأحد منهما يد على شيء تصير دليل الملك وسبب القضاء بل أن يجعل المدعى في يد يهما بالقضاء لعدم المنازع لهما واستوائهما في الدعوى فقد قال أي محمد رح في كتاب القضاء من الجامع الصغير وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لأن الزيادة من جنس الحجة فإن كل واحد منهما متمسك باليد إلا أن إحديهما أكثر تمسكا فلا توجب زيادة في الاستحقاق يعني أن مثل تلك الزيادة لا توجب الرجحان إذ لا ترجيح بكثرة العلل كما مر فصار كما لو تنازعا في بعير ولإحديهما عليه خمسون منا وللأخرى ممن كان بينهما نصفين ولا يعتبر للتفاوت بالقلة والكثرة وكما لو أقام إحديهما اثنين من الشهود والأخرى الأربعة وفيما أشار إلى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص التي ذكرت من قبل لأن الزيادة هناك ليست من جنس الحجة فإن الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال كذا في العناية ثم إن هذا يدل على أن جميع الثوب لو كان في يد رجل وادعى أنه له كان القول قوله لكن هذا إذا عرف أن مثل هذا الثوب كان له في العادة وإلا فلا لأنه ذكر في المحيط والذخيرة لو خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فإن كان هذا الرجل الذي على عاتقه هذا المتاع يعرف ببيعه وحمله فهو له وإن لم يعرف بذلك فهو لرب الدار وفي القدوري لو أن خياطا يخيط ثوبا في دار رجل وتنازعا في الثوب فالقول قول صاحب الدار وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رح رجل دخل دار رجل فوجد معه مالا فقال رب الدار هذا مالي أخذته من منزلي قال أبو حنيفة رح القول قول رب الدار ولا يصدق الداخل في شيء ما فلا شيء له التي عليه إن كانت الثياب معه يلبسه وقال أبو يوسف رح إن كان الداخل رجلا يعرف بصناعة شيء من الأشياء بأن كان مثلا حاملا لحبل الزيت فدخل دار رجل وعلى رقبته زق زيت أو كان ممن يبيع ويطوف بالمتاع في الأسواق فالقول قوله ولا أصدق

قال فان كان الحيوان فى يد رجل وهو يعبر عن نفسه فيقال انه فى يد نفسه ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد الذى هو فى يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذى هو فى يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة متاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبروا دعى الحرية لا يكون القول قوله لان ظهر الرق عليه فى حال صغره قال وان كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه او آخر عليه فهو لصاحب الجذوع والاتصال والمراد ليست بشئ لان صاحب الجذوع صاحب استعمال

قوله لدلالة عليه والا فلا فاثبت فى هذه المسائل ان صاحب اليد انما يقبض يده وان كانت فى المنقولات عند دلالة الدليل على ان ذلك له عادة والا فلا كذا فى النهاية ومعراج الدراية قال اى محمد رح فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء واذا كان الصبى فى يد رجل وهو يعبر عن نفسه اى يعقل مجرى ما يجرى على لسانه كذا فى الكافى وفى معناه قول الشراح اى يتكلم ويعقل ما يقول فقال اى الصبى انا حر فالقول قوله لانه فى يد نفسه فكان هو صاحب اليد وكان المدعى خارجا والقول قول صاحب اليد وهذا لان الاصل ان يكون لكل انسان يد على نفسه اما بمعنى الكرامة اذ كونه فى يد غيره دليل الاهانة مع قيام يده على نفسه لا يثبت يد الغير عليه للتنافى بين اليدين الا اذا سقط اعتبار يده شرعا حينئذ يقبض يد الغير عليه وسقوط اعتبار يده قد يكون لعدم اهليته بان كان صغيرا لا يعبر عن نفسه اى لا يعقل ان يقول فحينئذ يثبت الرق عليه لان الرق عبارة عن عجز حكمى واليد عبارة عن القدرة وبينهما تناف فاذا ثبت الضعف انتفت القدرة كذا فى الكافى ولو قال انا عبد لفلان اى لو قال الصبى الذى يعبر عن نفسه انا عبد لفلان غير ذى اليد وقال الذى فى يده انه عبدى فهو عبد للذى فى يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول لذى اليد انه له ولا يقبل بينة الاخر بينة واليد ليست بحجة كذا فى الكافى فان قيل الاقرار بالرق من المملوك لا من المالك لانه انما اقر ان الصبى فيما غيره موجبة وان كان عاقلا كالطلاق والعتاق والهبة والاقرار بالدين فان الصبى ابدا يعد من الصغار ويقرب من الصبا فكان الرق ههنا لا يثبت باقراره بل بيد ذى اليد الا ان معارضته اياه بدعوى الحرية لا تقرر يده عليه عند صدها يتقرر كما فى الصبى الذى لا يعقل فيكون القول قوله فى رقه كذا فى الشرح وان كان اى الصبى لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذى هو فى يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها اى عن نفسه وهو بمنزلة متاع فى ان لا يكون له يد على نفسه فكان يد صاحب اليد ثابتة عليه شرعا فيكون القول قوله انه ملكه بخلاف ما اذا كان يعبر اى بخلاف ما اذا كان الصبى يعبر عن نفسه ولم يقر بالرق لما مر فان قيل بالفرق بين هذا وبين اللقيط الذى لا يعبر عن نفسه فان الملتقط هناك وهو صاحب اليد لو ادعى انه عبده لا يصدق وههنا يصدق قلنا الفرق هو ان صاحب اليد انما يصدق فى دعوى الرق باعتبار يده ويد الملتقط على اللقيط ثابتة من وجه دون وجه لانها ثابتة حقيقة وليست ثابتة حكما لان الملتقط امين فى اللقيط ويد الامين فى الحكم يد غيره فاذا كانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يصح دعواه مع الشك فان قيل وجب ان لا يصدق فى دعوى الرق لان الحرية ثابتة بالاصل اذ الاصل فى بنى آدم الحرية لانهم اولاد آدم وحوا عليهما السلام وهما كانا حرين فكان ما يدعيه من الرق امرا عارضا فلا يقبل قوله الا بحجة قلنا ما هو الاصل اذا عارض عليه ما يدل على خلافه يبطل والسبى على ان هذا الشئ دليل على خلاف ذلك الاصل لانها دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل كذا فى النهاية وغيرها نقلا عن الفوائد الظهيرية فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لان ظهر الرق عليه فى حال صغره فلا ينقض الامر الثابت ظاهرا بالحجة قال اى محمد رح فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه او آخر عليه اى على الحائط هو اوى الهاوى بفتح الهاء جمع هرية بضمها وفى المغرب الهرية عن الليث قصبات تضم بلونه بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم وقال ابن السكيت هو الحوى ولا يقال هروى انتهى وفى الصحاح الحوى من القصب بنطى معرب ولا يقال الهروى انتهى وصحح فى الديوان الهاء والحاء جميعا وكذا فى القاموس قال فى غاية البيان الرواية فى الاصل والكافى للحاكم الشهيد بالحاء فى الجامع الصغير وشرح الكافى وقعت بالهاء لا غير انتهى فهو اى الحائط لصاحب الجذوع والاتصال والهاوى ليس بشئ لان صاحب الجذوع صاحب استعمال اى هو صاحب استعمال للحائط بوضع الجذوع عليه لان الحائط انما بنى للتسقيف فذا يضع الجذوع

والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع هذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض هذا الحائط

عليه والآخر يعني صاحب الهرادي صاحب تعلق لا صاحب استعمال لان الحائط لا يبنى لوضع الهرادي عليه والاستعمال يد وعند تعارض الدعويين القول قول صاحب اليد فصار اي فصار الحائط في مسئلتنا هذه كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليه حمل وللآخر كوز معلق فانها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز كذا ههنا والمراد بالاتصال اي المراد بالاتصال المذكور في قوله او متصل ببنائه مداخلة لبن جداره اي جدار صاحب البناء فيه اي في الحائط المتنازع فيه ولبن هذا اي مداخلة لبن هذا اي الحائط المتنازع فيه في جداره اي في جدار صاحب البناء وقد يسمى اتصال تربيع اي ويسمى اتصال مداخلة لبن اتصال تربيع وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر او آجر ان يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في انصاف لبن غير المتنازع فيه وانصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة في المتنازع فيه وان كان من خشب فالتربيع ان يكون ساحة احدهما مركبة في الاخرى واما اذا ثقب فادخل لا يكون تربيعا كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام وفي النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة قال صدر الشريعة وانما سمي هذا اتصال التربيع لانهما انما يثبتان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع انتهى وكان الكرخي يقول صفة هذا الاتصال ان يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين لاحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعا شبه القبة فح يكون الكل في حكم شيء واحد والمروي عن ابي يوسف رح ان اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بحائطين لاحدهما يكفي ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه وعليه اكثر مشائخنا لان الرجحان يقع بكون ملكه مختصا بالحائط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحائط المتنازع فيه كذا في شرح الكنز للامام الزيلعي وفي شرح الهداية لتاج الشريعة وهذا اي اتصال التربيع شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه اي بعض بناء صاحبه على بعض هذا الحائط اي على بعض هذا الحائط المتنازع فيه فصار الكل في حكم حائط واحد بهذا النوع من الاتصال وبعضه متفق عليه لاحدهما فيرد المختلف فيه الى المتفق عليه ولان الظاهر انه هو الذي بناه مع حائطه فمداخلة انصاف اللبن لا يتصور الا عند بناء الحائطين معا فكان هو اولى كذا ذكره صاحب النهاية وعزاه الى المبسوط اقول بقي لي ههنا كلام وهو ان المص رح حمل المراد بالاتصال المذكور في مسئلتنا هذه على اتصال التربيع وتبعه في هذا عامة ثقات المتاخرين كصاحب الكافي والامام الزيلعي وشراح الهداية قاطبة وغيرهم حتى ان كثيرا من اصحاب المتون صرحوا بتقييد الاتصال ههنا بالتربيع منهم صاحب الوقاية حيث قال والحائط لمن جذوعه عليه او متصل بنائه اتصال تربيع لا لمن عليه هرادي انتهى ولكن لم يظهر لي وجه هذا التقييد ههنا لان معنى مسئلتنا هذه ان صاحب الجذوع اولى من صاحب الهرادي وكذا صاحب الاتصال اولى من صاحب الهرادي وفي الحكم يكون صاحب الحكم اولى من صاحب الهرادي لا احتياج الى تقييد الاتصال بالتربيع بل كل واحد من ضربي الاتصال اعني اتصال التربيع واتصال الملازقة مشتركان في هذا الحكم فان الهرادي مما لا اعتبار له اصلا بل هي في حكم المعدوم حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر شيء فهو بينهما على ما سياتي في الكتاب وقد ذكر في معتبرات الفتاوى انه اذا كان لاحدهما اتصال ملازقة ولم يكن للآخر اتصال ولا [illegible] وذكر هذا ايضا في النهاية نقلا عن الذخيرة اما اذا كان الحائط المتنازع فيه متصلا ببنائهما ان كان اتصالهما اتصال تربيع او اتصال ملازقة فانه يقضي بينهما نصفين لانهما استويا في الدعوى والاتصال واما اذا كان اتصال احدهما اتصال تربيع واتصال الآخر اتصال ملازقة فصاحب التربيع اولى لان صاحب التربيع مستعمل الحائط المتنازع فيه لان قوام حائط بقدر التربيع بالحائط المتنازع فيه لما ذكرنا من تفسير التربيع فكان لصاحب التربيع على ذلك التفسير مع الاتصال نوع استعمال وللآخر مجرد اتصال من غير استعمال فيكون الاتصال مع الاستعمال اولى فكان بمنزلة الراكب على الدابة المتعلق [illegible] ولو كان لاحدهما اتصال بناء اتصال [illegible] اتصال تربيع وليس للآخر اتصال ولا له عليه جذوع فانه يقضي لصاحب الاتصال لانهما استويا في حق الاتصال [illegible] اتصال بالبناء فيه حجة على الآخر انتهى وقال في البدائع ولو كان

وقوله الهرادي ليست بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لهما اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما هرادي وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلثة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة وللآخر موضع جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبه ثم قيل ما بين الخشب الى الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس ان يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة

الحائط متصلا ببناء احدى الدارين اتصال التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لانه كالمتغير به ولو كان لاحدهما اتصال التزاق وللآخر جذوع فصاحب الجذوع اولى لانه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ولو كان لاحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التربيع ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع انتهى فتلخص من هذا كله ان فائدة تقييد الاتصال بالتربيع انما تظهر لو كان للآخر اتصال ملازقة كما ذكر في الذخيرة او كان للآخر جذوع كما ذكر في البدائع واما اذا كان للآخر هرادي كما فيما نحن فيه فلا فائدة في ذلك التقييد بل فيه اخلال لعموم جواب المسئلة كما تبين مما ذكرنا فتنبه فان كشف القناع عن وجه هذا المقام مما تفردت به بعون الملك العلام وقوله الهرادي ليس بشيء اي قول محمد رح في الجامع الصغير الهرادي ليس بشيء لانه يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا بل هي في الحكم المعدوم وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا اي ان الحائط لا يبنى لاجل الهرادي والبواري لانه انما يبنى للمستقيف وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادي والبواري وانما يوضع الهرادي والبواري للاستظلال والحائط لا يبنى عليه حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر شيء فهو بينهما معناه اذا عرف كونه في ايديهما قضى بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه في ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي يديه يجعل في ايديهما لانه لا منازع لهما لا انه يقضي بينهما كذا في العناية وكذا في النهاية نقلا عن الذخيرة ويعرف منه الفرق بين قضاء الترك والجعل في اليد بلا قضاء كما نبهنا عليه فيما مر فلا تغفل عنه ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة اي لو كان لكل واحد من المدعيين على الحائط جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما اي في اصل العلة وهو ان يكون لكل واحد منهما حمل مقصودة يبنى الحائط لاجله وفي نصاب الحجة وهو الثلثة لانها اقل الجميع ولا معتبر اي ولا اعتبار بالاكثر منها اي من الجذوع بعد الثلثة لان الزيادة من جنس الحجة فان الحائط يبنى للجذوع الثلثة كما يبنى لاكثر منها قال في معراج الدراية قوله ولا معتبر بالاكثر منها اي من الثلثة اقول تفسيره ليس بسديد اما اولا فلانه يقتضي ان يكون كلمة من في قوله منها تفضيلية فيلزم اجتماع لام التعريف ومن التفضيلية في اسم التفضيل وهو لا يجوز على ما عرف في موضعه واما ثانيا فلانه يستلزم ان يكون قوله من الثلثة لغوا لان ما هو اكثر من الثلثة لا يكون الا بعد الثلثة فالصواب ان كلمة من ههنا تبيينية لا تفضيلية وان ضمير منها راجع الى الجذوع كما اشرنا اليه فيما مر آنفا لا الى الثلثة فيصير المعنى ولا اعتبار بالاكثر الكائن من جنس الجذوع بعد الثلثة فلا يلزم شيء من المحذورين المذكورين وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو اي الحائط كله لصاحب الثلثة وللآخر اي ولصاحب الجذع الواحد او الاثنين موضع جذعه في رواية وهي رواية كتاب الاقرار من الاصل حيث قال فيه الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه قالوا يريد به حق الموضع وقال في النهاية ثم اعلم ان هذا فيما اذا ثبت ملكه بسبب العلامة وهي الجذوع الثلثة لا بالبينة اما اذا ثبت بالبينة كان لصاحب الملك ان يمنع صاحب الجذع الواحد من وضع جذعه على جداره كذا في المبسوط وغيره انتهى وفي رواية وهي رواية كتاب الدعوى من الاصل لكل واحد منهما ما تحت خشبته حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الاقرار اصح وقال قاضيخان والصحيح ان ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب الخشبة كما ذكر في الدعوى كذا في التبيين للامام الزيلعي ثم قيل اي على هذه الرواية يعني اختلف المشائخ على رواية كتاب الدعوى في حكم ما بين الخشب فقيل ما بين الخشب بينهما اي يكون بين المدعيين نصفين لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب ابيات على ما سيذكر وقيل على قدر خشبتها اي وقيل ما بين الخشب يكون على قدر خشبتيهما اعتبارا لما بين الخشبات بما هو تحت كل خشبة ثم ان هذين القولين موافقان لما ذكر في الذخيرة وقال في المبسوط في موضع القبل الاول واكثرهم على انه يقضي به لصاحب الكثير لان الحائط يبنى للخشاب لا لخشبة واحدة والقياس ان يكون بينهما نصفين هذا ناظر الى قوله فهو لصاحب الثلثة الى آخره يعني ان ذلك استحسان والقياس ان يكون الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الثلثة نصفين وهو رواية عن ابي حنيفة رح كما ذكر في الكافي وغيره لانه لا معتبر اي لا اعتبار بالكثرة في نفس الحجة

ووجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبتة ووجه الاول ان الحائط اسم لموضع كثير الجذوع دون الواحد فالمكنة فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يد ولو كان لاحدهما جذوع والآخر اتصال كان الاتصال اقوى وبروى ان الثاني اولى ووجه الاول ان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى ووجه الثاني ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له بعضه القضاء بكله

يعني انهما استويا في اصل الاستعمال والزيادة من حيث الحجية والترجيح لا يقع بالكثرة بل كانهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين ولم يجعلوا بينهما تصفيتين كما في النهاية وغيره ووجه الثاني يعني ان وجه الرواية الثانية وهي قوله لكل واحد منهما تحت خشبته ولكن ذكر الثاني انما تاويل المصدر الذي هو الرواية بالفعل وان كما هو المشهور في نظائرها واما تاويل الرواية بالنقل والقول ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته والاستحقاق بحسب الاستعمال قال بعض الفضلاء ولم نظير من جواب وجه القياس القول نظير ذلك بالتامل فيه فان المراد ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته وهو ما تحت خشبته لا بعده والغير فلم يكونا مستعملين بشيء بواحد مع زيادة الاستعمال في احدهما بل كان كل واحد مستعملا لما كان تحت خشبته فقط فكانت حجة كل واحد قائمة على غيره فاستحقا عليه حجة اقوى فرغلم كمن الامر من قبيل الترجيح بالكثرة في نفس الحجة لان هذا فيما اذا اتحد محل الحجتين يرشد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال واما وجه رواية كتاب الدعوى ان الحائط اذا كان يستحق بوضع الجذع فذلك الموضع الذي هو مشغول بجذعه في يده حقيقة باعتبار الاستعمال وقد انعدم دليل الاستعمال في الباقي فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق في ذلك الموضع فصار بمنزلة الدار الواحدة اذا كان فيها احد عشر بيتا لاحد عشر نفسا في يدي رجل وواحد في يدي رجل تنازعا في الدار فانه يقضى لكل واحد منهما بما في يده كذا هنا انتهى ووجه الاول اي وجه الرواية الاولى وهي قوله فهو لصاحب الثلثة وتذكير الاول لتاويل ما ذكرناه في الثاني ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى بناء على ان الحائط مبني للتسقيف والتسقيف لا يحصل بخشبة ولا بخشبتين وانما يحصل بالخشبة والخشبتين اي بسطوانة او بسطوانتين فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى بإزاء الوضع اي يبقى لصاحب الاقل حق وضع جذعه لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده يعني انا حكمنا بالحائط لصاحب الاكثر بالظاهر وهو يصلح حجة للدفع دون الاستحقاق فلا يستحق به لصاحب الاكثر يد صاحب الاقل حتى يرفع خشبة الموضوعة ومن الجائز ان يكون اصل الحائط لصاحب الاقل ويثبت للآخر حق الوضع فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا فاعلم ان ما اختاره البعض من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض المشائخ باعتبار ان التسقيف بهما كجذع واحد وقال بعضهم الخشبتان بمنزلة الثلث لامكان التسقيف بهما كذا في العناية وغيرها ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع وفي بعض النسخ لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فعلى الاول وقع في الدليل وجه الاول وعلى الثانية وقع فيه وجه الثاني كذا في العناية وقال صاحب النهاية ومن يجيء هذه من التفريع في النسخة الاولى هو الصحيح ليكون الدليل موافقا للمدعى وفي الثانية ليس بصحيح لان الدليل لا يوافق ذلك الترتيب فكانهم لم يصلوا الى النسخة وقع في ذكر الدليل فيما وجه الثاني فتتبع فالاول اولى ويروى الثاني فعلى وجه الاول ان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى لانه المقصود باليد كذا في الكافي وقال التصرف لا يكون بدون اليد واليدان اذا تعارضا سقط التصرف عن المعارض فصلح مرجحا كذا في شرح تاج الشريعة ورجح بهذه الرواية شمس الائمة السرخسي وجه الاول في بعض النسخ وجه الثاني وذلك ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له بعضه القضاء له بكله اقول يرد عليه منع قوله ومن ضرورة القضاء له بعضه القضاء له بكله بجواز ان يقضي بعض الشيء لواحد بل بعضه الآخر لآخر لما بالتجزية ان قبل لقيمتها وان لم تقبلها كيف ولو اثبت صاحب الجذوع بالبينة كون الحائط المتنازع فيه ملكه قضي له به بلا شبهة مع بقاء الحائط الآخر في ملك صاحب الاتصال فلو تمت تلك الضرورة لما جاز هذا القضاء وكان صاحب العناية تنبه لهذا وقصد دفعه فعلل قول الخصم ومن ضرورة القضاء له بعضه القضاء بكله بقوله لعدم القائل بالاشتراك ولكن يرد عليه ايضا انه ان اراد بعدم القائل بالاشتراك عدم القائل به من المتنازعين فهو ممنوع لان صاحب الجذوع قائل به فانه يدعي ان الحائط المتنازع فيه له ويقر بان الحائط الآخر لصاحب الاتصال فيصير البناء المركب من بناءين الحائطين مشتركا بينهما عنده وان اراد به ذلك عدم القائل من المجتهدين فهو ايضا ممنوع فان من يقول يكون الحائط المتنازع فيه لصاحب الجذوع على ما هو موجب احدى الروايتين يقول يكون البناء المركب من الحائطين

ثم بقي الآخر وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني قال واذا كانت دار في يدي رجل عشرة أبيات في يد كل واحد بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو الدور فيها قال واذا ادعى الرجلان دارا في يدي كل واحد منهما الغالب في يد القاضي الغالب في يد احدهما حكم بها بينهما لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته

والحائط المتصل به مشترك بين صاحب الجذوع وصاحب الاتصال قطعا ثم بقي للآخر حق وضع جذوعه اي على رواية ان الحائط المتنازع فيه لصاحب الاتصال انما قلنا اشارة الى قوله لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يد حتى قالوا لو ثبت ذلك بالبينة امر برفع الجذوع لكون البينة حجة مطلقة صالحة للدفع والاستحقاق وفيه اي رواية ان صاحب الاتصال اولى رواية الطحاوي وصححها الجرجاني وهو الفقيه ابو عبد الله المرشد وجهها بما سبق لان التربيع يكون حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع وكان يده ثابتا قبل وضع الآخر الجذوع فصار نظير سبق التاريخ كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين ثم اعلم ان الاتصال الذي وقع الاختلاف في ترجيح صاحبه على صاحب الجذوع او على العكس هو الاتصال الذي وقع في احد طرفي الحائط المتنازع فيه واما اذا وقع اتصال التربيع في طرفيه فصاحب الاتصال اولى وعلى هذا عامة المشايخ كذا في النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية وقال في الذخيرة وان كان الاتصال في طرف واحد ذكر شيخ الاسلام انهما سواء والاتصال اولى وبه اخذ الطحاوي والشيخ الفقيه ابو عبد الله المرشد وذكر شمس الائمة السرخسي ان صاحب الجذوع اولى وقال فيما قيل هذا اذا كان الاتصال في طرف الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال اولى به وعليه عامة المشايخ وبهذا روى عن ابي يوسف رحمه الله في الامالي كذا في النهاية وغيرها قال ابي محمد في الجامع الصغير واذا كانت دار بين رجلين عشرة ابيات وفي يد الآخر بيت فالساحة بالحصا المعلمة وهي عرصة الدار بينهما كذا في معراج الدراية نصفان لاستوائهما في استعمالها اي استعمال الساحة وهو المرور فيها ووضع الاستعمة وصب الوضوء وكسر الحطب وما اشبه ذلك فلما كانا في ذلك سواء كانا في استحقاق الساحة ايضا سواء ولعل مرور صاحب القليل اكثر من مرور صاحب الكثير لزنا صاحب الكثير وكون صاحب القليل ولاجا وخراجا على السواء لتقوم الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس العلة وصار هذا كالطريق يستوي فيه صاحب الدار والمنزل والبيت وان كان بعضها اكثر من بعض هذا لان الاستحقاق باعتبار اصل اليد كذا في النهاية ومعراج الدراية اخذا من الكافي وطولب بالفرق بين ما اذا تنازعا في ثوب في يد احدهما جميع الثوب وفي يد الآخر بيت حيث يقضى بالثوب لصاحب الكل وما اذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الاراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة اجيب بان الكل ليس بثوب لكون الثوب اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد احدهما والآخر كالاجنبي فانه في الشرب يحتاج اليه الاراضي دون الارباب فكثرة الاراضي كثرة الاحتياج الى الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه وانا في الساحة فالاحتياج للارباب بما فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار نظير تنازعهما في سقف الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار كذا في العناية والى هذا اشار الامام المحبوبي والامام التمرتاشي كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية قال اي محمد رح في كتاب القضاء من الجامع الصغير واذا ادعى الرجلان ارضا يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده فقضى انها في يد احدهما حتى يقيما البينة انها في يديهما اقول في عبارة الكتاب ههنا مسامحة وكان الظاهر ان يقال حتى يقيم البينة انها في يده لان القضاء بانها في يد احدهما انما يتوقف على اقامة احدهما البينة انها في يده لا على اقامتهما البينة انها في يديهما وانما التوقف عليهما القضاء بانها في ايديهما معا كما لا يخفى وسيجيء من التفصيل الآتي في الكتاب ما يؤيد ما حسن صاحب الكافي ههنا حيث قال لم يقض بانها في يد احدهما الا بالبينة انتهى فان هذه كلمة جامعة ههنا لان اليد فيما اي في الارض غير مشاهدة لتعذر احضارها فقد غاب عن علم القاضي وما غاب عن علم القاضي اي والذي غاب عن علمه فالبينة تثبته فلا بد من اقامة البينة عليه حتى يمكن القضاء به والا فيجوز ان تكون في يد ثالث او تقضي لهما او لاحدهما بالسبب الباطل حق صاحب السبب بلا حجة وانه لا يجوز كذا في الكافي قال في الفوائد الظهيرية ههنا مسئلة تقضي منها القضاة يجيء انه لو ادعى ارضا والمدعى عليه يزعم انها في يده واقام المدعي بينة على الملك فالقاضي لا يقضي ببينة بجواز ان تكون الارض في يد ثالث والمدعي والمدعى عليه اجنبيا عن ذلك هذه حيلة يحيلها القاضي في يد احدهما فانه يشبه ان تكون الارض في يد المدعى عليه بالبينة لا يقضي الا انه يمنع المقر من ان يزعم انها

القضاء

وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا فلا تستحق لاحدهما من غير حجة وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

قال واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رح دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا

فيها لان اقراره حجة في حقه كذا في معراج الدراية وان اقام احدهما البينة اي على انها في يده جعلت في يده لقيام الحجة ويجعل الآخر خارجا كذا في الكافي وغيره فان قيل البينة تقام على الخصم واذا لم يثبت كونها في يد الآخر لا يكون خصما فكيف يقضى للذي اقام البينة قلنا هو خصم باعتبار منازعته في اليد ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة كذا في عامة الشروح وقال صاحب العناية وقد اشار الى ذلك بقوله لان اليد حق مقصود يعني فيجوز ان يكون مدعيه خصما انتهى وان اقاما البينة اي على انها في ايديهما جعلت في ايديهما لما بينا اشارة الى قوله لقيام الحجة وذكر الامام التمرتاشي فان طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان نكلا قضي لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما فقضي عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله كذا في الشروح فلا يستحق بصيغة المجهول اي فلا يستحق اليد لاحدهما من غير حجة قال بعض الفضلاء ولا يخفى عليك ان هذا الكلام في غير محله اقول انما يكون كذلك لو كان متفرعا على قوله وان اقاما البينة الخ اذ لا ارتباط بينهما او على قوله لان اليد حق مقصود اذ يلزم الفصل بينهما بالاجنبي واما اذا كان متفرعا على مجموع ما ذكر في مسئلتنا هذه من قوله واذا ادعى الرجلان ارضا الى هنا بان كان فذلكة الكلام في هذا المقام فقد كان في محله كما لا يخفى فان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر يعني اذا ادعى كل واحد منهما ارضا شجرا انها في يده واحدهما لبن فيها او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب كذا ذكره فخر الاسلام

باب دعوى النسب لما فرغ عن بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى النسب وقدم الاول لانه اكثر وقوعا وكان اهم ذكرا قال اي القدوري في مختصره واذا باع جارية بولد فادعاه البائع اعلم ان صاحب العناية قصد بيان ضابطة جنس هذه المسائل في ابتداء الكلام فقال اخذا من غاية البيان اعلم ان البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة او المشتري فاما ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وكل وجه على اربعة اوجه اما ان ادعى البائع وحده او المشتري وحده او ادعياه معا او على التعاقب انتهى اقول يرى فيه اختلال من وجهين الاول انه قسم ادعى البائع او المشتري ولد الجارية المبيعة الى ثلثة اوجه وهي ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وقسم كل وجه منها الى اربعة اوجه وهي ان ادعى البائع وحده او المشتري وحده او ادعياه معا او على التعاقب فيلزم منه ان يكون الشيء قسم قسمه حيث جعل ادعى البائع او المشتري مقسما ثم جعله قسما من كل واحد من اقسامه الثلثة والثاني ان كلمة او الداخلة على المشتري في قوله ان البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة او المشتري تابى دخول ادعائهما معا او على التعاقب في المقسم فكيف يجعل هذا ان الوجهان داخلين في اقسام اقسامه ويمكن ان يتمحل عن الاول بان المقسم ادعى البائع او المشتري مطلقا اي اعم من ادعى احدهما منفردا ومن ادعى هما منضما الى الآخر بالمعية او التعاقب وقسم القسم هو ادعى احدهما وحده او ادعائهما معا او على التعاقب فتكون قسم القسم اخص من المقسم لا عينه وعن الثاني بان يحمل كلمة او المذكورة على منع الخلو دون منع الجمع والاولى عندي في بيان الضابطة ههنا ان يقال اعلم ان الجارية اذا بيعت فجاءت بولد فاما ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وكل وجه من الاوجه الثلثة على اربعة اوجه اما ان ادعى ذلك الولد البائع وحده او الشرعا وحده او ادعياه معا او على التعاقب فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع وقد ادعاه البائع وحده كما مر في الكتاب فهو اي الولد ابن البائع وامه اي ام الولد ام ولد له اي للبائع وفي القياس وهو قول زفر رح والشافعي رح دعوته اي دعوة البائع باطلة لان البيع اعتراف منه اي من البائع بانه اي الولد عبد وكان اي البائع في دعواه مناقضا والتناقض يبطل الدعوى فلا تسمع دعواه

نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا و
مبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد
لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده فدعوة البائع اولى لانها اسبق لاستنادها الى وقت العلوق
وهذه دعوة استيلاد وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم يصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد
والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه

كما لو قال كنت اعتقتها او دبرتها قبل ان ابيعها ولا نسب بدون الدعوى اي ولا ثبوت النسب بدون الدعوى الصحيحة وجه الاستحسان اي وجه الاستحسان الذي
تعمل به في هذه المسئلة ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه يعني انا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد
من البائع لان الظاهر عدم الزنا فنزل ذلك منزلة البينة في ابطال حق الغير عنها وعن ولدها ومبنى النسب على الخفاء هذا جواب عن التناقض وبيانه ان
الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم تبين انه منه فيعفى فيه التناقض اي لا يمنع صحة الدعوى كما ان الزوج اذا اكذب نفسه بعد قضاء القاضي
بنفي النسب باللعان يثبت منه النسب ويبطل حكم الحاكم ولا ينظر الى التناقض لمكان الخفاء في امر العلوق وصار كالمكاتب اذا اقام البينة ان مولاه كان
اعتقه قبل الكتابة فانه تقبل بينته وتبطل الكتابة ولا يعتبر التناقض لخفاء الاعتاق حيث ينفرد المولى به وكالمختلعة اذا اقامت البينة ان الزوج كان طلقها
ثلثا قبل الخلع فان بينتها تقبل مع التناقض لخفاء الطلاق حيث ينفرد الزوج به بخلاف دعوى البائع الاعتاق او التدبير بعد البيع فان كل واحد من
الاعتاق والتدبير فعل نفسه فلا يخفى عليه كذا حققوا واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد
لا يجوز ويرد الثمن اي وان كان منقودا لانه قبضه بغير حق فان سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع كذا في الكافي وان ادعاه المشتري وحده صحت دعوته
وثبت النسب منه لان دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية ويثبت لها امية الولد باقراره ثم لا يصح
البائع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول صحة التحرير من المشتري ظاهرة ان
الجارية مملوكته في الحال فيملك اعتاقها واعتاق ولدها كما صرح به في النهاية وغيرها واما صحة دعوته لحاجة الولد الى النسب فمشكلة بما مر في وجه الاستحسان
من ان تيقنا باتصال العلوق بملك البائع شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع فان مجرد حاجة الولد الى النسب كيف تفيد ثبوت النسب من المشتري
عنده تحقق الشهادة الظاهرة على خلاف ذلك ويمكن ان يجاب بان تيقنا باتصال العلوق بملك البائع انما يكون شهادة ظاهرة على كون الولد من
البائع اذا ادعاه البائع واما اذا لم يدعه البائع فلا لجواز ان يكون الولد من غيره بالنكاح فاذا ادعاه المشتري وحده يحمل على كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء
لحاجة الولد الى النسب فصارت علة صحة دعوة المشتري وثبوت النسب منه في هذه الصورة حاجة الولد الى النسب مع امكان كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء
ويؤيد هذا ما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال حتى لو ادعى المشتري قبل دعوة البائع يثبت النسب من المشتري ويحمل على ان المشتري نكحها واستولدها
ثم اشتراها انتهى وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده اي بعد دعوة البائع ذكر الضمير بتاويل الادعاء فدعوة البائع اولى لانها اسبق اما اذا كانت
قبل دعوة المشتري فالامر ظاهر واما اذا كانت مع دعوة المشتري فلما اشار اليه بقوله لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد يعني ان دعوة البائع
مستندة الى وقت العلوق لانها دعوة استيلاد ودعوة المشتري مقتصرة على الحال لانها دعوة تحرير فكانت دعوة البائع سابقة معنى فكانت اولى ثم انه
ضمن قوله وهذه دعوة استيلاد الجواب عن دخل مقدر تقريره كيف تصح دعوة البائع وهو غير مالك في الحال وجه الجواب ان دعوته دعوة استيلاد وهي لا تقتصر
الى قيام الملك في الحال لانها تستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما يجيء وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم يصح دعوة البائع لانه لم يوجد
يصح اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة يعني ان الشاهد على كون الولد منه انما هو اتصال العلوق بملكه تيقنا ولم يولد ذلك ههنا فلم يصح دعوته الا اذا
صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصلاح وقول المشتري على الصدق ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه
فلا يثبت حقيقة العتق اي للولد ولا حقه اي ولا يثبت حق العتق وهو امومية الولد للام فيبقى الولد عبدا للمشتري ولا تصير الام ام ولد للبائع كما اذا ادعاه اجنبي

وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع قال من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه لان يصدقه المشتري لان احتمال ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه فاذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في ملكه قال فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت النسب لانه تبين انها كانت ام ولد له يوم مات ولدها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يثبت استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت النسب للولد لان اخذه البائع كان الولد هو الاصل في النسب فاقتضى فوات البيع فيهما كان تبعا له ويقال ام الولد تنفيذا لحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية

اقول كذا في الكافي وغيره وفيه ان دعوة البائع بناء دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهل التحرير فالبائع ليس بمالك فالبيع ودعوة التحرير منه باطلة ان الدعوة نوعان دعوة استيلاد ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاد هي ان يكون علوق المدعى في ملك المدعى وهذه الدعوى يستند الى وقت العلوق ويقتضي الاقرار بالوطي فيتبين ان علوق ولده ودعوة التحرير ان يكون علوق المدعى في غير ملك المدعى وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطي لعدم تصور الاستيلاد لعدم الملك وقت العلوق كذا في العناية وغيره وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه اي في هذا الوجه الا ان يصدقه المشتري كالاجنبي كذا في العناية وغيره وان جاءت به لاكثر من سنتين اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه اي في هذا الوجه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمال ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة وهي اتصال العلوق بملكه يقينا فلا بد من تصديقه اي من تصديق المشتري اياه فاذا صدقه ثبت النسب ويطل البيع والولد حر والام ام ولد له في المسئلة الاولى وهي ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك وان جاءت به لاقل من ستة اشهر ولكن هذا لا يمنع دعوة المشتري وان ادعياه معا فالبيع دعوة واحدة منهما ويكون الولد عبدا للمشتري لانها ان جاءت به لاقل من ستة اشهر كان النسب للبائع وان جاءت به لاكثر من اقل لمدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت وان ادعياه جميعا فان سبق المشتري بالدعوة ثبت النسب منه لان سبق البائع لم يصح دعوة واحدة منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده وقال الاتقاني في الكافي وفي المنتقى ابن سماعة عن محمد في المشتري اذا باع امة فولدت عند المشتري فقال البائع بعتها منك منذ شهر والولد مني وقال المشتري بل منذ ستة اشهر والولد ليس منك فالقول للمشتري بالاتفاق لان البائع يدعي انتقاض البيع والمشتري ينكر فان اقاما البينة فالبينة بينة المشتري ايضا عند ابي حنيفة لانها اثبتت زيادة مدة في الشراء وعند محمد البينة بينة البائع لانها تثبت نسب الولد واستيلاد الامة وانتقاض البيع فكان اكثر اثباتا انتهى فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر اي والحال انها جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الامة هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله لانها اي لان الامة تابعة للولد اي في هذا الباب على ما يجيء بيانه ولم يثبت نسبه اي نسب الولد بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك اي لعدم حاجة الولد الى النسب بعد الموت فلا يثبت استيلاد الام لعدم تصور ثبوت الحكم في التبع بدون ثبوته في المتبوع وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت النسب في الولد واخذه البائع هذا ايضا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله لان الولد هو الاصل في النسب فلا يفيده فوات التبع يعني ان الولد لما كان هو الاصل كان لم يعتبر بقاؤه بحاجة الى ثبوت النسب لا يفيده فوات البيع لان تعذر الفرع لا يبطل الاصل بخلاف العكس وانما كان الولد اصلا لانها اي لان الام تضاف اليه اي الى الولد حيث يقال ام الولد فالمضاف الى الشيء امارة اصالة المضاف اليه ويستفيد الحرية من جهته عطف على قوله فلا يفيده اي ويستفيد الام الحرية من جهة الولد لقوله عليه السلام اعتقها ولدها قال في حسن قيل ان قد ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا عتقها والثابت لها اي ولان الثابت للام حق الحرية وهو امومية

لانه حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رح وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده ومالية ام الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها قال وفي الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري اعتق الولد فدعواه باطلة ووجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضروراته كما في ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح

الولد وله اي والثابت للولد حقيقتها اي حقيقة الحرية والادنى يتبع الاعلى وانما دون العكس لحق الحرية [illegible] والادنى تتبع حقيقة الحرية التي هي الاعلى دون العكس ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام هذا من تمام لفظ القدوري الذي ذكر فيما مر انفا قال المص رح لانه تبين انه باع ام ولده اي تبين بثبوت نسب الولد من البائع انه باع ام ولده وبيعها باطل ومالية ام الولد غير متقومة عنده اي عند ابي حنيفة رح في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما اي عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله متقومة فيضمنها اي فيضمنها المشتري فاذا رد الولد ونها يجب على البائع رد حصة ما سلم وهو الولد كيلا يجتمع البدل والمبدل ولا يجب عليه رد ما سلم وهي الام قال الامام الزيلعي رح في التبيين بعد ما بين المقام بهذا المنوال هكذا ذكروا والحكم في قولهما كان ينبغي ان يرد البائع جميع الثمن عندهما ايضا [illegible] لانه لما ثبت نسب الولد منه تبين انه باع ام ولده وبيع ام الولد غير صحيح بالاجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لاجل المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه ان كان باقيا والا فبدله انتهى قال وفي الجامع الصغير ذكر رواية الجامع الصغير اعلاما بان حكم الاعتاق فيما نحن فيه كحكم الموت واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه اي فالولد ابن البائع يرد عليه بحصته من الثمن اي يرد على البائع بحصة الولد من الثمن الذي وقع [illegible] البائع فيقسم الثمن على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم الولادة فما اصاب الام لزم المشتري وما اصاب الولد سقط عنه [illegible] للبائع لان [illegible] فيها للمشتري بالاعتاق لا يحتمل الابطال وهو الولاء كذا في الشرح وسائر الشروح ولو كان المشتري انما اعتق الولد فدعواه اي دعوة البائع باطلة اي ان اعتق المشتري في دعواه كذا في الشرح ووجه الفرق انما ذكره استظهارا اذ قد كان معلوما من مسئلة الموت ان الاصل في هذا الباب الولد قال صاحب النهاية اي الاصل في باب ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد وهو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب انتهى وقد اقتفى اثره في هذا [illegible] صاحب معراج الدراية وصاحب العناية اقول لا يخفى ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ والمعنى فالاوجه في التفسير ان يقال اي الاصل في باب [illegible] والاستيلاد هو الولد والام تابعة له على ما مر في مسئلة الموت انفا وفي الفصل الاول وهو ما اذا ادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام [illegible] في الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو اي المانع منهما العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته اي ثبوت ما ذكر [illegible] لان امتناع الحكم في التبع لا يوجب امتناعه في الاصل [illegible] العلوق في ملكه بيقين لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبوت نسب الولد [illegible] المشتري اجاب بقوله وليس من ضروراته اي وليس ثبوت الاستيلاد في حق الام من ضرورات ثبوت نسب الولد وحريته يعني ان ذلك ان كان من احكامه الا انه ليس من ضروراته بحيث لا ينفصل عنه لجواز انفكاكه عنه كما في ولد المغرور وهو ولد من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق كذا ذكره المص رح فيما يجيء في آخر هذا الباب فانه اي ولد المغرور حر اي حر الاصل ثابت النسب من المستولد وامه امة لمولاها فلا تصير ام ولد للمستولد بل يكون رقيقة حتى تباع في السوق وكما في المستولدة بالنكاح يعني اذا تزوج جارية الغير فولدت له يثبت نسب الولد ولا يثبت امية الولد كذا في النهاية ويطابقه ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وكما في المستولدة بالنكاح فانه اذا استولد امة الغير بنكاح يثبت نسبه ولا تصير الامة ام ولده انتهى وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال كمن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه ولا تصير الجارية ام ولد له للحال الا ان يملكها بوجه من الوجوه وقال صاحب العناية في شرح قول المص رح وكما في المستولدة بالنكاح بان تزوج امرأة على انها حرة فولدت فاذا هي امة انتهى اقول هذا المعنى ههنا غير صحيح لان الصورة

وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فمنع ثبوته فيه فبقي النسب وانما كان الاعتاق مانعا لان لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه

الخ ذكر باقسم بقسمي ولد المغرور كما سيظهر من مذاكرة المصنف في آخر هذا الباب وبنت عليه فيما تراه فالاوجه ان يذكر بالمصنف في مقابلة ولد المغرور كما لا يخفى فان قلت ان صاحبي النهاية والعناية فسرا ولد المغرور في قول المصنف كما في ولد المغرور لقولها وهو اذا اشترى الرجل امة من يعلم انها ملك غيره فاستولدها ثم استحقت انتهى فحينئذ يكون المراد بولد المغرور في كلام المصنف احد قسميه وهو الحاصل بالاعتماد على ملك اليمين وبالمذكور في مقابلة خصمه الآخر وهو الحاصل بالاعتماد على ملك النكاح فلا محذور قلت ذلك التفسير منهما لقصور آخر فانه مع كونه تقييدا للكلام المطلق بلا مقتض يؤدي الى تقليل الاشتراك في مقام يطلب فيه التكثير فلا يندفع به المحذور بل يتأكد وفي الفصل الثاني وهو اذا اعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته اي ثبوت ما ذكر من الدعوة والاستيلاد فيه اي في الاصل وفي التبيين لان امتناع الحكم في الاصل يوجب امتناعه في الفرع ايضا وانما كان الاعتاق مانعا قال متقدمو الشراح اي وانما كان اعتاق المشتري الولد مانعا لدعوة البائع اياه وقال صاحب العناية اخذا من قوله وانما كان الاعتاق مانعا بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع انتهى اقول بل هذا بيان لمانعية عتق الام عن ثبوت الاستيلاد في حقها بدعوة البائع ولمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب في حقه بدعوة البائع ايضا ولا يخفى انما كان اعتاق المشتري الام او الولد مانعا عن دعوة الاستيلاد او دعوة النسب فيشتمل الفعلين معا كما ينادي عليه عبارات المصنف في اثناء البيان على ما مر وفيما ذهب اليه الشراح تخصيص البيان بالفصل الثاني وهو تقصير في حق المقام وشرح الكلام

استحقاقه اي لان الاعتاق لا يحتمل النقض كحق استحقاق الولد وحق الاستيلاد يعني ان العتاق من المشتري كحق استحقاق نسب البائع في الولد وحق الاستيلاد من البائع في الام فان كل واحد منهما لا يحتمل النقض فاستويا اي استوى اعتاق المشتري وحق البائع استحقاقا واستيلادا من هذا الوجه اي من حيث انهما لا يحتملان النقض فليس لفصل احدهما ترجيح على فصل الآخر من هذا الوجه تأمل وقد بالغ صاحب العناية وقال اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لاقل من ستة اشهر فاعتق المشتري احدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيه بيانه ان يبطل عتق المشتري وذلك نقض العتق كما ترى واجيب بان التوامين في حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب واحد منهما والحكم بحريته ثبوت النسب الآخر والحاصل ان يقول اذا كان كذلك وقد ثبت العتق في احدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في احدهما ثبوته في الآخر والاولى ان يجاب بترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه ويمكن ان يجاب عنه بانه ان ثبت العتق في الآخر لزم ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد انتهى اقول [illegible] وفيما ذكر بعض الشراح ايضا ولهما وجه وجيه واما السوال الثاني وجوابه فمما لم يختر عانه وليس بشئ اما السوال فلان عدم الوجوب عند [illegible] في حكم ولد واحد في باب النسب بناء على ان مدار النسب على العلوق وعلوقهما واحد كذا بناء على ولد واحد فيصير وقت ثبوت نسب [illegible] النسب الآخر وليس مراده انهما في حكم ولد واحد في جميع الاحوال حتى يتوجه السوال كيف وعدم العتق على الآخر مما لا شك ان وقتهما مختلف [illegible] ان يترتب على احدهما ما لا يلزم ان يترتب على الآخر كما لا يخفى واما الجواب فلانه ان اراد انه ان ثبت العتق في الآخر لزم الآخر ضمان قيمته كما اذا اعتق المشتري احدهما عند ابي حنيفة رحمه الله حيث يلزم المشتري عنده ضمان قيمة لعبده الآخر اي السعاية في بقية قيمة المولاة فلانه ان في ذلك ضررا زائدا [illegible] ما لا يخفى وان اراد انه ان ثبت العتق بالنسب فانه اذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان ثمنه اي ضمان حصته من الثمن على المشتري فيلزم [illegible] ايضا ضرر زائد وان اراد انه ان ثبت العتق في الآخر لزم المشتري ضمان قيمته اي اتلاف قيمته فتعارض بالنسب ايضا قطعا فانه اذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان حصته من الثمن كما يلزم المشتري على تقدير ثبوت العتق في الآخر ضمان قيمته فيتحقق هنا ايضا ضرر زائد فما يتصور التوجيه في صورة التوامين ايضا والغرض خلافه ثم اقول بدل السوال الثاني وجوابه ولقائل ان يقول اذا كان الحكم

٢٠

ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الاول يرد عليه حصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قال ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه يبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض

في التوأمين كذلك كان عتق المشتري مما يحتمل النقض وهو المطلوب والفرض خلافه ويمكن ان يجاب عنه بان مرادنا من قولنا العتق لا يحتمل النقض انه لا يحتمله قصدا واللازم في مسئلة التوأمين احتمال النقض ضمنا وكم من شيء لا يثبت قصدا ويثبت ضمنا ويجيء في الكتاب هذا الفرق بين المسئلتين ثم ان صاحب العناية قال بعد ما سبق من سؤاله الثاني وجوابه فان عورض بان البائع اذا ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سعيا في نقض ما تم من جهته اجيب بانه غير مقصود فلا معتبر به انتهى اقول فيه بحث اذ يعارض بان الضرر الزائد الذي يلزم على تقدير ثبوت العتق في الآخر غير مقصود ايضا فلا معتبر به ايضا فلا يخلو الجواب عن معارضة فتأمل قوله الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق يريد بيان رجحان ما في جانب المشتري الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة لان الحقيقة اقوى من الحق قال صاحب العناية ونوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو فان المالك القديم يأخذه بالقيمة وان كان له حق الملك وللمشتري حقيقته واجيب بانه ليس ترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الغرض ان الحقيقة اولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن ان يجاب عنه بان هذه الحقيقة فيها شبهة لان مبناها على تملك اهل الحرب ما استولوا عليه من اموالنا بدارهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فقلنا يأخذه بالقيمة جمعا بينهما انتهى اقول النقض مع جوابه مما ذكره الشارح تاج الشريعة وقوله فيه نظر مع جوابه فمن عند نفسه وليسا بصحيحين اما النظر فلانا لا نسلم ان مجرد الجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح الا يرى انا نجمع بين الفرائض والواجبات والمستحبات في العمل مع تقرر رجحان البعض على البعض بحاله وانما يظهر اثر الرجحان عند تعارض الراجح والمرجوح بان لا يمكن العمل بهما والجمع بينهما كما لا يخفى واما الجواب فلان المجتهد بخلافنا في مسئلة تملك اهل الحرب ما استولوا عليه من اموالنا بدارهم هو الشافعي وهو متأخر الزمان عن اجتهاد ائمتنا فكيف يوقع اجتهاده شبهة فيما اجتهدوا فيه حتى تنحط بها هذه الحقيقة من رتبة الحقائق عند ائمتنا فيصح بناء الجواب عليه قوله والتدبير بمنزلة الاعتاق اي في الحكم المذكور وكذا الاستيلاد بمنزلته في ذلك الحكم على ما صرح به صاحبا النهاية ومعراج الدراية في صدر مسئلتنا هذه نقلا عن الامام التمرتاشي لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك قوله في الفصل الاول يرد عليه حصته من الثمن قولهما يعني ان ما ذكر في الجامع الصغير من قوله وقد عتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه حصته من الثمن هو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وعنده اي عند ابي حنيفة رح يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قوله هو الصحيح احتراز عما ذكره شمس الائمة في المبسوط والامام قاضيخان والامام المحبوبي في الجامع الصغير انه يرد حصة الولد من الثمن لا بكل الثمن عند ابي حنيفة رح ايضا بخلاف فصل الموت وذكروا الفرق بينهما بان في الاعتاق كذب القاضي البائع فيما يزعم انها ام ولده حين جعلها معتقة المشتري او مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة واما في فصل الموت فبموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقي زعمه معتبرا في حقه فرد جميع الثمن ثم اعلم ان الذي اختاره المص وصححه هو ما ذكره شمس الائمة في الجامع الصغير بناء على ان ام الولد لا قيمة لها ولكن قالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية لعدم بطلان اعتاق المشتري فان قيل ينبغي ان لا يكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري لان لا حصة للولد الحادث بعد القبض قلنا الولد انما حدث بعد القبض من حيث الصورة واما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض لثبوت علوقه في ملك البائع ولهذا كان للبائع سبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وان قبضه المشتري وما هو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه هنا بالدعوة كذا في الشروح قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن باع عبدا ولد عنده اي كان اصل العلوق في ملكه وباعه المشتري اي ثم باعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه اي الولد ابن البائع الاول ويبطل البيع اي يبطل البيع الاول والثاني لان البيع يحتمل النقض وما له اي وما للبائع من حق الدعوة لا يحتمله اي لا يحتمل النقض فينتقض البيع لاجله اي لاجل ما للبائع من حق الدعوة قال المص وكذلك اي وكحكم المسئلة السابقة الحكم اذا كاتب الولد اي اذا كاتب المشتري الولد او رهنه او آجره او كاتب الام اي كاتب المشتري الام فيما اذا اشترى الام مع ولدها او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة اي ثم وجدت دعوة البائع لان هذه العوارض تحتمل النقض

فيه نقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر بخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كالاعتاق قال ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه لانهما من ماء واحد فامكن ثبوت نسب احدهما بثبوت نسب الآخر وهذا لان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر ولا يتصور علوق الثاني حادثا لان احبل لاقل من ستة اشهر في الجامع الصغير الا ان يدعي غلام ان توأمان ولدا عند فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده انهما ابناه وبطل عتق المشتري لانه ثبت نسب الولد الذي عنده بمصادقة العلوق والدعوة ملكا اذ المسئلة مفروضة فيه ثبت نسب الآخر وهو حر لانه ولد الحر فيثبت حريته الاصل فيثبت نسب الآخر وهو حر لانه ولد الحر فيثبت حريته الاصل فيثبت نسب الآخر وهو حر لانه ولد الحر فيثبت حريته الاصل

كالبيع فينقض ذلك كله اي فينقض تلك العوارض كلها ذكر اسم الاشارة باعتبار تاويل ما ذكر وتصح الدعوة لكونها مما لا يحتمل النقض واعلم ان هذه المسائل من مسائل المبسوط ذكر المصنف رحمه الله هنا على سبيل الجامع الصغير بخلاف الاعتاق والتدبير فانهما لا يحتملان النقض على ما مر آنفا بخلاف ما اذا ادعاه اي الولد المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كالاعتاق اي كالاعتاق المشتري قال صاحب العناية ولقائل ان يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية والدعوة حقا فاني تتساويان ولما الدعوة من المشتري ومن البائع فيتساويان في ان الثابت بهما حق الحرية فاين المرجح ويمكن ان يجاب عنه بان التساوي بين الحق والدعوة في عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجيح دعوة المشتري على دعوة البائع من حيث ان الولد قد استغنى بالاول عن ثبوت النسب في وقت لاحاجة له بالثاني انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله في السوال الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقا بان قال فيه بحث فان الثابت بهما في حق الولد حقيقة الحرية ايضا على حرية الاصل كما يجيء انتهى اقول هذا مندفع لان حقيقة حرية الاصل انما تثبت بالدعوة للولد ومراد صاحب العناية ان الثابت بالدعوة للبائع حقا لان مدار الكلام في هذا الجنس ما نحن فيه من المسائل على ان الترجيح هل هو في جانب البائع او في جانب المشتري ولا شك ان الثابت بالدعوة للبائع على كل حال انما هو الحق وهو حق الالحاق بالنسب في الولد وحق الاستيلاد في الام كما مر في الكتاب وقد مر هذا غير صاحب العناية ههنا بحق الحرية لتبادرها الى الحرية ولكن الحال بالنظر الى دعوة المشتري فانتظر السوال والجواب وان كان في تقرير نوع ضيق وضطراب قال ابي الفضل الكرماني في مختصره بين ادعى نسب احد التوامين التوام اسم للولد اذا كان معه آخر في بطن واحد يقال هما توامان كما يقال هما زوجان وهم توامه هما زوج خطا ويقال للانثى توامة كذا في المغرب ولكن الامام شمس الائمة السرخسي ذكر في المبسوط ان ذكر التوام مكان التوامين صحيح في اللغة حتى لو قال غلامان توام وغلامان توامان كلاهما صحيح عند اهل اللغة كذا في العناية وغيره اثبت نسبهما منه اي ثبت نسب التوامين معا من مدعي نسبه سواء كانا من ماء واحد او من مياه شتى بدليل قوله لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر منه اي كونهما من ماء واحد لان التوامين لدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا بعد ولادة الاول لانه لا يحبل لاقل من ستة اشهر لان اقل مدة الحمل ستة اشهر ولا يتصور علوق الثاني على علوق الاول لانها اذا حبلت يسد فم الرحم كذا في الكافي وغيره وكان المصنف لم يتعرض لدفع هذا الاحتمال لكونه امرا معلوما في غير هذا الفن وفي الجامع الصغير قال في العناية ذكر في رواية الجامع الصغير لانتسابها الى صورة بيع احدهما ودعوى النسب في الآخر بعد اعتاق المشتري انتهى وقال في معراج الدراية انما اعاد لفظ الجامع لما فيه زيادة وهو قوله ولدا عنده وفيه اشارة الى كون العلوق في ملك المدعي انتهى اذا كان في يده غلامان توامان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري ان كانت الرواية بكسر الراء فالحق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى الاضمار كذا في العناية قال المصنف في التعليل لانه ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكا اذ المسئلة مفروضة فيما اي في ان يصادف العلوق والدعوة ملكه فان في قوله ولدا عنده اشارة الى مصادفة العلوق ملكه وفي قوله ثم ادعى البائع الذي في يده تصريح بمصادفة الدعوة ملكه ثبت حرية الاصل بجواب لما ثبت نسب الولد الذي عنده اي ثبت حرية الاصل في هذا الوجه فيثبت نسب الآخر اي فيثبت نسب الولد الآخر الذي كان باعه واعتقه المشتري في حرية الاصل فيما اي ثبت حرية الاصل في ذلك الولد ايضا ضرورة لانهما توامان هما من ماء واحد فتبين ان عتق المشتري وشراءه لاقى حرا لاصل فبطل اي فبطل كل واحد من عتقه وشرائه قال في الكافي وكان هذا النقض للاعتاق بامر فوقه وهي الحرية الثابتة بامر دونه انتهى بخلاف ما اذا كان الولد واحدا حيث لا يبطل فيه اعتاق المشتري بدعوى البائع نسبه كما مر لان هناك اي في مسئلة الولد الواحد يبطل العتق فيه اي في الولد المقصود يعني لو صحت الدعوة من البائع هناك لبطل العتق في الولد المقصود الحق

دعوة البائع وههنا ثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينقض البيع فيما باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته

دعوة البائع وانه لا يجوز لما تقدم ان حق الدعوة لا يعارض حقيقة الاعتاق وههنا اي في مسئلة التوامين يثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل اي يثبت بطلان اعتاق المشتري فيما اشتراه تبعا لحريته حرية الاصل لا حرية التحرير فالضمير في حريته راجع الى المشتري بالفتح وقوله فيه متعلق بقوله يثبت والضمير راجع الى المشتري كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله حريته وانما ابدل به اشارة الى سبقها ليتبين بذلك ان البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محله فكان خليقا بالرد والابطال كذا في العناية اقول هذا شرح صحيح الا انه يكون في كلام المص حينئذ تعقيد لفظي بالتقديم والتاخير حيث كان حق الاداء على هذا المعنى ان يقال وههنا يثبت فيه تبعا لحريته حرية الاصل كما لا يخفى وكان متقدمي الشراح هربوا عنه حيث قال صاحبا النهاية والكفاية في بيان معنى كلام المص ههنا اي يثبت بطلان اعتاق المشتري بطريق التبعية لحرية المشتري الذي كانت الحرية فيه حرية الاصل انتهى وقال صاحب غاية البيان يعني فيما نحن فيه يثبت بطلان اعتاق المشتري لا مقصودا بل تبعا لثبوت الحرية الاصلية الثابتة في الذي باعه انتهى فان الظاهر مما بينوا من المعنى ان لا يكون قول المص فيه متعلقا بقوله يثبت بل ان يكون متعلقا بمقدر وهو الكائنة او الثابتة على انه صفة لحريته فلا يلزم التعقيد اقول لعل المحذور فيه اشد من الاول فان الحرية بعد ان تضاف الى الضمير الراجع الى المشتري لا يبقى احتمال ان لا يكون ولا تثبت فيه فيلزم ان يكون قول المص فيه على المعنى الذي ذكروه لغوا من الكلام وانما يتم ذلك المعنى ان لو كان كلام المص وههنا تثبت تبعا للحرية فيه بدون الاضافة كما لا يخفى فافترقا اي فافترق ما نحن فيه من مسئلة التوامين وما اذا كان الولد واحدا حيث لزم بطلان العتق هناك اصالة وقصدا وفيما نحن فيه ضمنا وتبعا وكم من شيء يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت اصالة وقصدا قال في معراج الدراية الى هذا اشار قاضيخان والمرغيناني في فوائده والسرخسي في جامعه وقال في النهاية بعد شرح كلام المص على هذا المنوال او نقول في مسئلتنا لا يبطل عتق المشتري الذي يثبت منه بل يظهر بدعوة البائع لما في يده من احد التوامين ان اعتاق المشتري لم يلاق محله لانه ظهر انه كان حرا لاصل وتحريره باطل لان فيه اثبات الثابت وذلك لا يصح كما ذكرناه من الفوائد الظهيرية ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه يعني ان الذي ذكر من قبل اذا كان اصل العلوق في ملك المدعي ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه والمسئلة بحالها ثبت نسب الولد الذي عنده اي ثبت نسب الولد الذي عند البائع بمصادقة الدعوة ملكه فيثبت النسب للولد الآخر ايضا ضرورة لان التوامين لا ينفكان نسبا ولا ينقض البيع فيما باع ولا يبطل عتق المشتري فيه لان هذه اي لان دعوة البائع ههنا دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لانعدام شاهد الاتصال اي لانعدام شاهد اتصال العلوق بملك المدعي حيث لم يكن اصل العلوق في ملكه ومن شرط دعوة الاستيلاد اتصال العلوق بملك المدعي فيقتصر على محل ولايته اي اذا كانت هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولاية المدعي وصار كان البائع اعتقهما فيعتق من في ملكه عليه فحسب وليس من ضرورة حرية احد التوامين بعتق عارض حرية الآخر فلهذا لا يعتق الذي عند المشتري على البائع كذا في الكافي وقال كثير من الشراح في شروح قول المص لان هذه دعوة تحرير الخ لانه لما لم يكن اصل علوقهما في ملك البائع كانت دعوته دعوة تحرير فكان قوله هذا ابني مجازا عن قوله هذا حر ولو قال لاحد التوامين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته فكذا دعوة التحرير اقول يرد على قولهم فكان قوله هذا ابني مجازا عن قوله هذا حر انه لو كان كذلك لما ثبت نسب احد من الولدين منه لان المصير الى المجاز عند تعذر اعمال الحقيقة وقد صرحوا بثبوت نسبهما منه وتفصيل المقام انه قد مر في كتاب العتاق انه قال لعبد يولد مثله لمثله هذا ابني فان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق فان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله في حقيقته وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رح لهم انه كلام محال فيرد ويلغو ولابي حنيفة رح انه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب الحرية واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولان الحرية

قال واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا جحد العبد كونه ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار بحرية العبد فضا كان لم يكن اقرارا والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض لانه يجعل لغيره الاكراه والحمل فصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال انا اعتقته يحمل الولاء لغيره بخلاف ما اذا صدقه لانه سيدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف

ملازمة للبنوة في الملوك المشابهة في وصف ملازم من طرف المجاز على ما عرف فيجعل عليه تحرزا عن الالغاء انتهى فلقد تلخص من ذلك كله ان ثبوت النسب فيما اذا قال الغلام هذا ابني انما يكون في صورة واحدة من الصور الثلث المذكورة وهي ان يكون الغلام من يولد مثله لمثله ولا يكون معروف النسب لكن يجري اللفظ في هذه الصورة على حقيقته واما في الصورتين الاخيرتين فيسير اللفظ محمولا على مجازه لكن لا يثبت النسب فيهما فلم توجد صورة تثبت فيها النسب ويكون اللفظ مهملا فافهم ما قاله هؤلاء الشراح قال ابي محمد في الجامع الصغير واذا كان الصبي في يد رجل فقال ابي ذلك الرجل هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن انبه ابدا اي لم يكن في ذلك الصبي ابن ذلك الرجل ابدا قال صاحب النهاية ومعراج الدراية يعني سواء صدقه العبد الغائب او كذبه او لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب وقال تاج الشريعة يعني وان جحد العبد ان يكون انبه اقول لا يخفى على الفطن انه لا يلزم على هذا المعنى استدراك قول المصنف وان جحد العبد ان يكون انبه يدل على ما قاله تاج الشريعة اللهم الا ان يحمل على التاكيد تقريرا لكون المعنى هذا لكن فيه ما فيه وقد اشار صاحب العناية الى كون المعنى لم يكن انبه ابدا اي في وقت من الاوقات لا حالا ولا استقبالا حيث قال في تقرير المسئلتين اذا كان الصبي في يد رجل اقر انه ابن عبده فلان او ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الاوقات لا حالا ولا استقبالا انتهى اقول الحق ان المراد ههنا بهذا المعنى لوجوه احدها اندفاع الاستدراك المذكور به وهو ظاهر وثانيها ان الابد على هذا المعنى يكون على اصل معناه وهو عموم الاوقات وعلى المعنى الاول يصير مصروفا عنه الى عموم الاحوال كما مر وثالثها انه يظهر فائدة تقييد فلان بالغائب في وضع مسئلتنا دون المعنى الاول فان المقر له الحاضر والغائب سيان بالنظر الى الاحوال المذكورة في المعنى الاول اعني التصديق والتكذيب والسكوت عنها اذ يتصور من كل واحد منهما كل واحدة من تلك الاحوال في وقت ما فلا فائدة في التقييد بالغائب على ارادة عموم الاحوال واما بالنظر الى الاوقات المذكورة في هذا المعنى اعني الحال والاوقات المستقبلة فهما اي المقر له الحاضر والغائب متفاوتان حيث لا يتصور الجحود من الغائب في الحال لعدم علمه بما اقر به المقر ويتصور ذلك منه في الاستقبال بان يعلم بعد ان كان حاضرا بخلاف الحاضر فانه يتصور منه الجحود في الحال الاستقبال فلما تفاوتا هناك جعل التقييد بالغائب اختصاصا للحكم لعدم كون ابن المقر بوقت لا يتصور فيه الجحود من المقر له وهو الحال ولم يحتمل ذلك في حق الحاضر فاطلق فلانا ولم يقيد بالغائب على ارادة عموم الاوقات لتبادر الى الفهم كون الحكم المذكور عند كون المقر له حاضرا فقط ولما قيد بالغائب علم ثبوت الحكم المذكور عند كون المقر له غائبا عبارة وثبوته عند كونه حاضرا ايضا ولا فظ فائدة التقييد بالغائب على هذا المعنى ثم اعلم انه لا يشترط لهذا الحكم ان يكون الصبي في يده وذكره في الكتاب وقع اتفاقا فانص عليه الامام الزيلعي في التبيين هذا عند ابي حنيفة رح اي حكم المسئلة المذكورة على الاطلاق انما هو عند ابي حنيفة رح كما قدمنا في البسيط لكن يتفق عليه وان لم يثبت نسبه من المولى كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال اذا جحد العبد فهو اي الصبي ابن المولى يعني اذا ادعى المولى لنفسه بعد جحود العبد نسبه كذا في النهاية قال المصنف وعلى هذا الخلاف اذا قال اي ذا قال الذي في يده الصبي هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه هذه من مسائل البسيط ذكرها المصنف تفريعا كذا في غاية البيان فصار اي الاقرار اي الاقرار بالنسب هو قوله هو ابن عبدي فلان الغائب اقتدر العبد فصاكان لم يكن الاقرار اي صار كانه لم يقل اصلا وادعاه لنفسه الاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض اي وان كان النسب لا يحتمل النقض الا يرى انه اي الاقرار بالنسب يحمل فيه الاكراه والهزل حتى لو اكره بضرب عبدا فاقر بها لا يثبت النسب كذا لو اقر بها هازلا فصار اي فصار حكم هذه المسئلة كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري بفتح الراء فكذبه البائع ثم قال اعتقته المشتري انا اعتقت بقول المولا اليه اي فانه يقول المولا الى المشتري وصار كانه لم يقر مولى اصلا بخلاف ما اذا صدقه اي بخلاف ما اذا صدق المقر له المقر في مسئلتنا حيث لا يصح فيه دعوة المولا بالاتفاق لانه اي المقر بعد ذلك اي بعد تصديق المقر اياه نسبا ثابتا من الغير وهو الابن وبخلاف

ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه بل سكت على التصديق والتكذيب حيث لا يصح فيما نحن فيه دعوة المولى بالاتفاق لانه تعلق به اى بالنسب حق المقر له على اعتبار تصديقه اى على اعتبار احتمال تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه يعنى ان الاحتمال جانب التكذيب تأثيره فى ولد الملاعنة والابى حنيفة رح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته ابدا بالاتفاق والاقرار بمثله اى بمثل ما لا يحتمل النقض بعد ثبوته لا يرتد بالرد يعنى اذا كان كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد اى لا يبطل بالتكذيب كمن اقر بحرية عبد انسان كذب المولى لا يبطل اقراره حتى لو اشتراه بعد ذلك عتق عليه كما ذكره الامام قاضيخان وذكر فى الشروح يعنى اى فى حق المقر وان لم يثبت فى حق المقر كذا فى الكفاية وشرح تاج الشريعة يعنى حتى لا يرتد بعد الرد ايضا كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته بالتهمة كالفسق والقرابة ثم ادعاه اى ثم ادعاه الشاهد لنفسه يصح لان دعوته صحيحة واعلم ان الامام فخر الاسلام ذكر هذه المسئلة فى شرح الجامع الصغير على هذا السؤال حيث قال وكذلك من شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته بعد ثم ادعاه الشاهد لم يصح انتهى فانظر ايها الناظر فاوردنا ها هنا كذلك واما شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فقد ذكرها ايضا على هذا الخلاف حيث قال فى شرح الكافى للحاكم الشهيد وعلى هذا الخلاف اذا شهد ابن فلان فلم تقبل هذه الشهادة ثم ادعاه لنفسه لا يقبل عند ابى حنيفة رح خلافا لهما انتهى وهذا اشارة الى قول الاقرار يبطله الا يرتد بالرد لانه تعلق به اى بالنسب حق المقر حتى لو صدق ابدا التكذيب يثبت النسب اى من المقر له وانما جاز ان يثبت النسب منه بعد التكذيب بقى لان الدعوة وهى بقاء معتبرة لا تصح دعوة المقر كما اذا لم يصدقه ولم يكذبه وكذا تعلق به حق الولد من جهة احتياجه الى النسب فلا يرتد بالرد لتعلق حقه وحق الولد هكذا ينبغى ان يشرح هذا المقام ولا يلتفت الى ما فى النهاية وغيره مما لا يساعده تقرير المصنف ولا يطابقه تحريره كما لا يخفى على ذى فطرة سليمة ومسئلة الولاء على هذا الخلاف اشارة الى الجواب عن استشهاد بمسئلة الولاء بانها ايضا على هذا الخلاف فلا تنهض شاهدة لما قاله وحجة على ما قاله ولو سلم اى ولو سلم كون مسئلة الولاء على الاتفاق قلنا لا نسلم انه يبطل بما ذكرتم الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب صورته معتقة تزوجت بعبد وولدت منه اولادا فجنى الاولاد وكان عقل جنايتهم على موالى الام لان الاب ليس من اهل الولاء وكان الولد ملحقا بقوم الام فان اعتق العبد جر ولاء الاولاد الى نفسه هكذا روى عن عمر رضى الله عنه ذكره قاضيخان كذا فى النهاية ومعراج الدراية وقد اعترض على الولاء الموقوف وهو الولاء من جانب البائع وانما سماه موقوفا لانه على عرضة التصديق بعد التكذيب كذا فى النهاية فهذا ما هو الاقوى وهو دعوى المشترى لان الملك له قائم فى الحال فكان دعوى الولاء مصادفا للمحل لوجود شرطه وهو قيام الملك كذا فى العناية وهو اكثر الشروح وقال بعض الفضلاء فيه بحث لانه كيف يقوم الملك هو مقرا بانه معتق قال فى الكافى ان المشترى اذا اقر ان البائع كان اعتق ما باعه وكذبه البائع فانه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقر انتهى ولا يخفى دلالته على ما قلناه الى هنا كلام ذلك البعض اقول بحثه ظاهر السقوط لان المشترى انما اقر اولا بان ما اشتراه معتق البائع لا بانه معتق نفسه وقد كذبه البائع وهذا لا ينافى قيام الملك له فى الحال اى فى حال دعوى الاعتاق لنفسه ثانيا وانما لا يقوم الملك له فى الحال لو كان اقر ابتداء بانه معتق نفسه وكان اقر انه معتق البائع وصدقه البائع وليس فليس والما ذكر فى الكافى فعلى تقدير تسليم ان يكون بناء على كون الولاء ايضا على هذا الخلاف كما ذكره المصنف اولا حيث قال ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولا يخفى ان مبنى الكلام ههنا على تسليم كون بطلان الاقرار بتحول الولاء فى مسئلة الولاء متفقا عليه كما يفصح عنه قول المصنف ولو سلم آنفا وحينئذ لا شك فى قيام الملك للمشترى الى حال دعوى الاعتاق لنفسه فلا وجه لاشتباه القيام وغلط الكلام فيبطل اى فبطل الولاء الموقوف باعتراض ما هو الاقوى اى هو دعوى المشترى بخلاف النسب يعنى انه لا يبطل باعتراض شئ اصلا على ما مر آنفا الى محل ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وعليه اخذ اكثر الشراح قال فى الكافى بخلاف النسب كما فى ولد الملاعنة فانه لما ثبت نسبه من غير الملاعن

وهذا يصلح مرجحا على اصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة ليسوغ له فرقهم دعوته بالاولى بالنسب لغيره
قال واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر
لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا اولى لانه نيال شرف الحرية تحقيقا وشرف الاسلام
ملاذ لان الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وهو اثبات الحرية لانه ابقى وفي حقه اكمل لها

لاحتمال ثبوته من الملاعن انتهى وحمل عليه صاحب الكفاية مراد المصنف ايضا والحاصل ان النسب الزم من الولاء فان الولاء يقبل البطلان في ابتداء الامر بالاسقاط بالاتفاق فلان لا يقبل البطلان في ابتداء الامر بالنسب اولى بالقبول اصلا فالصحيح قياسا النسب على الولاء وهذا اي اقرار البائع بنسبه باعه لغيره يصلح مرجحا اي حيلة على اصلنا اي على اصل ابي حنيفة رحمه الله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه اي يخاف المشتري على الولد الدعوة بعد ذلك من البائع فيقطع دعواه اي فانه يقطع دعوى البائع باقراره بالنسب لغيره قال الامام المحبوبي صورته رجل في يده صبي ولد في ملكه وهو يبيعه ولا يامن المشتري ان يدعيه البائع يوما فينتقض البيع فينتقل البائع يكون الصبي ابن عبده الغائب حتى يامن المشتري من انتقاض البيع بالدعوى عند ابي حنيفة رحمه الله فان هذا يكون حيلة عنده وفي الفوائد الظهيرية الحيلة في هذه المسئلة على قول الكل ان يقر البائع ان هذا ابن عبده الميت حتى لا يتاتى فيه تكذيب فيكون مخرجا على قول الكل كذا في النهاية قال اي محمد رح في الجامع الصغير وان كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر وفي الفوائد الظهيرية وغيرها هو ابن النصراني اذا كانت الدعوتان معا لكان قوله معا شارة الى ان دعوى المسلم لو سبقت على دعوى النصراني يكون عبد المسلم كذا في النهاية قال المصنف لان الاسلام مرجح بكسر الجيم فيستدعي تعارضا يعني الى الاسلام مرجح اينما كان والترجيح يستدعي تعارضا ولا تعارض اي لا تعارض ههنا لان التعارض انما يكون عند وجود المساواة ولا مساواة ههنا لان نظر الصبي ههنا اولى يعني ان نظر الصبي للصبي اولى من نظير وفيما ذكرناه اي وقوله لانه نيال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه اي وفي عكس ما ذكرنا الحكم بالاسلام تبعا اي نيال الحكم بالاسلام تبعا وهو اثبات الحرية لانه ليس في وسعه اكتساب اي ليس في وسع الصبي اكتساب الحرية فانتفى المساواة كذا اي اكثر الشراح في حل هذا المقام وهو التحقيق عندي ايضا بان يراد من الكلام قال صاحب النهاية بعد شرح المقام بهذا المنوال فان قيل ان يقول هذا مخالف لما في الكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلائل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوي الا يرى الى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد قد تقدم في الحضانة ان الذمية احق بولدها المسلم بالعقل لا بالاديان او يخاف ان يالف الكافر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله وقائل ان يقول هذا مخالف للكتاب هو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك بان قال فيه بحث لانا لا نقول ان الايمان ليس خيرا على الاشراك حتى يخالف بل نقول كما ان ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقية وكسب الاسلام في وسعه دون كسب الحرية فالنظر للصبي لتقضي الحكم بحريته انتهى اقول ليس يرد على صاحب النهاية ان هذا مخالف للكتاب بمجرد دلائل الباب على اصل الايمان خير من صفة الاشراك حتى يفيد ما ذكره ذلك البعض بل مراده انه مخالف للكتاب لدلالته على ان العبد المؤمن خير ان كان رقيقا خير من المشرك ان كان حرا اما على كون الامة والعبد في قوله تعالى ولامة مؤمنة خير من مشرك وقوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك محمولين على ظاهرهما اعني الرقيق والرقيقة كما يشعر به قول بعض كبار المفسرين في تفسير ذلك المقام من النظم الشريف يعني ان المؤمن ولو كان معه خسات الرق خير من الكافر ولو كان معه شرف الحرية فان شرفها لا يجدي نفعا مع الكفر ودناءة الرق لا يضر مع شرف الايمان انتهى فالاظهر ما على كون الامة والعبد فيما يتعلق بعبد الله ودامة عابدين للحر والحرة ايضا كما ذهب اليه صاحب الكشاف واصر اجيث قال والى تفسير الآية بما ذكرنا ذهب المذكورون من ابي الامة مؤمنة حرة كانت او مملوكة وكذلك لعبد مؤمن لان الناس كلهم عبيد الله ودامة انتهى فلان الرقيق المؤمن يندرج حينئذ في عبد مؤمن قطعا فيكون خيرا من مشرك كذلك كان حرا او دلالة ظاهر الدليل المذكور في مسئلتنا على ان الكافر النائل شرف الحرية مع كون كسب الايمان في وسعه خير من الرقيق المحكوم باسلامه تبعا مع حرمانه عن شرف الحرية فتضم المخالفة للكتاب هذا توجيه كلام صاحب النهاية على وفق مرامه فلا توجه حينئذ الى البحث المذكور ثم قال صاحب النهاية ويمكن ان يجاب عنه بان قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك لا يفهم منه وجوب دعوة الاولاد لا باسهم ولا معنى لنسب سلطان محمود لاحتمال التقض فتعارضت الآيتان في الاحاديث الدالة على الرجحة بالصبيان نظرا للاكثرية فكانت

ولو كانت دعوى احدهما دعوى النبوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو او فى النظرين قال واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم يجز دعوتها حتى تصدقه امرأة تحمل الولادة وهذه المسئلة ان يكون المرأة ذات زوج بحيث تدعى تحميل النسب على الغير فلا تصدق بلا حجة بخلاف الرجل

اقوى من المانع وكذا الاباحة والاصل عدمها لا يرى الى انتشار الاسلام بعد الكفر فى الآفاق ويترك الاحصاء لا يزيد بعد ويقبل منها بخلاف تركه لانه يجب بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة انتهى اقول فيه بحث لان كون سعى النسب اولا هو المسئلة فذكره ههنا ودالى المصادرة وقوله لان دعوته لا تحتمل النقض ليس بشئ لان دعوته انما لا تحتمل النقض بعد ان كانت مقبولة بحسب الشرع راجحة على دعوى المسلم وهو اول المسئلة ايضا وقوله فى الاحاديث الدالة على ارجحية الصبيان نظرا لاكثرة فكانت اقوى من المانع كلام خال عن التحصيل جدا لان وجوب ارجحية الصبيان فى النظر لهم مما لا شبهة فيه لاحد لكن الكلام فيما يودى الى الالف بالكفر المانع عن الاسلام سنان للرجحية بهم فى النظر لهم فلا معنى لقوله وكانت اقوى من المانع كما لا يخفى ثم ان صاحب الكفاية وتاج الشريعة قالا فى شرح قول المصنف ولا تعارض اى بين دعوى الرق ودعوى النسب بجواز ان يكون عبدا لواحد بانا لآخر انتهى فكانهما افادا بهذا المعنى ما ذكره صاحب الكافى حيث قال ولو كان صبى فى يد مسلم ونصرانى فقال النصرانى هو ابنى وقال المسلم هو عبدى فهو ابن النصرانى ان ادعيا معا ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى والفرق انهما فى دعوى النسب استويا فرجح المسلم بالاسلام لان الاسلام يعلو ولا يعلى وفى دعوى الرق ليس لاحدهما ترجيح اى دعوى الرق ودعوى النسب لا يجوز ان يكون عبدا لواحد وابنا لآخر حتى يثبت الترجيح بالاسلام انتهى اقول فيه نظر لان الذى يدعيه النصرانى فى مسئلتنا هو بنوة الصبى لعدا الاطلاق بنوته لاوان الذى يحكم به هو ثبوت نسب الصبى منه حرا كما صرح به فى وضع المسئلة لا ثبوت نسبه منه عبدا لآخر وهو لازم الجمع بين قوليهما والحكم لهما معا بل لما تصور النزاع بينهما راسا ولا شك ان بين دعوى الرق وبين دعوى النسب على الحرية تعارضا بينا فلا تتم التقريب ثم ان فى تحرير المصنف انعا آخر عن الحمل على هذا المعنى وهو ان قوله لان نظر الصبى فى هذا اولى لا يصلح ان يكون دليلا على قوله ولا تعارض على تقدير كون مراده بوجه عدم التعارض هذا المعنى فكان صاحب الكافى تنبه لهذا حيث غير تحريره المصنف فقال بعد كلام المذكور على وجه التنوير الا يرى ان الترجيح بالاسلام واجب فى النسب نظرا للصغير ونظر الصبى فى هذا اولى آخر اما صاحب الكفاية فلم يزد على شرحه المذكور شيئا آخر وكانه غافل بالكلية واما تاج الشريعة فقد تنبه لهذا وتداركه ولهذا حيث قال على هذا ان يكون مجرد لان نظر الصبى فى هذا اولى فرد دليلا على قوله فهو ابن النصرانى لا دليلا على نفى المعارضة فقال كذا سمعته من الامام الاستاذ انتهى لكن يرد عليه ان المصنف قد ذكر الدليل على قوله فهو ابن النصرانى وهو حرا بقوله لان الاسلام مرجح فيستدعى تعارضا ولا تعارض فلو كان قوله لان نظر الصبى الخ دليلا على ذلك لكان دليلا ثانيا فكان حقه ان يذكر بالواو او لهم الا ان يحمل الثانى على تعليل المعلل فتامل ولو كانت دعوتهما اى دعوة المسلم والكافر دعوة البنوة فالمسلم اولى حيا للاسلام وهذا وفق النظرين اى الصبى فى نفسه ونظر فى بالغ ادعى على النصرانى فقال هو ابنى وادعى المسلم وسلمه انه ابنهما وادعى كل واحد من الطرفين بنوته فقد تساوت الدعوتان مع ان بنوة الغلام اولى ولم يرجح جانب الاسلام واجيب بان البينتين ان استويا فى اثبات النسب لبذا يرث النكاح لكن ترجحت بنوة الغلام من حيث انه يثبت حق النفقة لان معظم النفقة فى النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدمها بالمعروف والوالد لا يعير بعدم الولد وبنوة من تثبت حق النفقة اولى وفيه نظر لانه ضعف من الاسلام فى الترجيح لا محالة والجواب انه يقوى بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى لانه اشبه المدعين لكونه مدعى حق النفقة كذا فى العناية اقول لقائل ان يقول ان تقوى بهذا لذلك النص فقد يقوى برجحان الاسلام بالف نص منها قوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى قال اى محمد رحمه الله فى الجامع الصغير فاذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امرأة على الولادة قال المصنف افتقار اشارة الشارح فى تقييد المسئلة بهذا القيد ان معنى المسئلة ان تكون المرأة فات زوج اى معنى هذه المسئلة ان يكون المرأة ذات زوج وادعت انه ابنها من هذا الزوج وانكر الزوج ذلك لانها تدعى تحميل النسب على الغير وهو الزوج فلا تصدق الا بحجة يعنى ان المرأة تقصد الزام النسب على الزوج والالزام لا بد له من الحجة وسبب لزوم النسب كل ما كان وهو الولادة والكل لا يوجب الولادة لا محالة ولا تثبت الولادة وتعيين المولد الا بحجة فلا بد لها من حجة كذا فى الكافى وغيره بخلاف الرجل حيث يصدق فى حق الولد

لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب يثبت بالفراش القائم
وقد صح ان النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رح وقد مر في الطلاق وان لم تكن
منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها الزوج
فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما وزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما

من غير شهادة احد وان انكرت المرأة لانه يحمل نفسه النسب وفي بعض النسخ يحمل على نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها اي في دعوة المرأة في المسئلة المارة لان الحاجة
الى تعيين الولد بانه الذي ولدته تلك المرأة وشهادة القابلة حجة فيه لانه مما لا يطلع عليه الرجال فيقبل فيه قول النساء اما النسب يثبت بالفراش القائم يعني اما النسب فيثبت
بالفراش القائم في الحال فلا حاجة الى اثباته حتى يلزم الحجة التامة وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة فكانت حجة فيها ولو كانت معتدة
فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله يعني هذا الذي ذكرناه فيما اذا كانت منكوحة اما اذا لم تكن منكوحة ولكن كانت معتدة وادعت النسب على الزوج احتاجت
الى حجة تامة عند ابي حنيفة رح وهي شهادة رجلين او رجل وامرأتين الا اذا كان هناك جبل ظاهر واعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة
وقد مر في الطلاق اي في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق فان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها اي من غير بينة اصلا لان فيها
الزاما على نفسها دون غيرها وفي هذا لا فرق بين الرجل والمرأة هذا ما ذهب اليه عامة المشايخ واختاره المص ومنهم من اجرى المسئلة على اطلاقها وقال لا يقبل
قولها سواء كانت ذات زوج او لم تكن عملا باطلاق ما ذكر محمد رحمه الله وفرق بين الرجل والمرأة حيث جازت دعوة الولد منه بلا بينة ولم تجز منها بدون
البينة وجه الفرق ان الاصل ان كل من ادعى معنى لا يمكنه اثباته بالبينة لان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعي معنى يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل فيه قوله
الا بالبينة وبيان هذا ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فادعت المرأة الدخول وكذبها لا تصدق الا ببينة لامكان اثباته بالبينة ولو علق
طلاقها بحيضها والمسئلة بحالها يقبل قولها من غير بينة لمكان العجز عن الاثبات بالبينة ففي ما نحن فيه يمكن للمرأة اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد
منها مما يشاهد ويعاين فلا بد لها من بينة ولا كذلك الرجل لانه لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق والاحبال لمكان الخفاء والتغيب عن عيون الناظرين فلا يحتاج
اليها كذا في الشروح اقول فيه بحث اما اولا فلان الرجل وان لم يمكنه اثبات الاعلاق والاحبال الا انه يمكنه اثبات النسب اذ قد تقرر في كتاب الشهادة انه يجوز
للشاهد ان يشهد شيئا لم يعاينه بالسماع ممن يثق به في مواضع عديدة منها النسب وليس من ضرورة ادعاء الرجل ولد ابنه وثبوت نسبه منه ثبوت وقوع
الاعلاق والاحبال منه البتة والا لما تيسر اثبات دعوة البنوة من الرجل اصلا اي لو كان هناك منازع شرعي اذ لا يمكنه اثبات الاعلاق والاحبال قطعا مع ان
مسائل التنازع بين الرجلين في بنوة ولد واثباتها شرعا اكثر من ان تحصى فظهر ان المقصود من ادعاء الرجل بنوة ولد نسبه منه دون ثبوت وقوع الاعلاق و
الاحبال منه فلما امكنه اثبات نسبه منه لزمه ايضا اقامة البينة على الاصل المذكور في وجه الفرق فلا يتم المطلوب واما ثانيا فلان الوجه المذكور للفرق المزبور مما لا يجري
في مسئلتنا لان كون المدعي مما لا يمكن للمدعي اثباته بالبينة انما يقتضي احتياج المدعي الى اقامة البينة اذا وجد هناك من يكذبه وينكر ما ادعاه كما في الصورة المذكورة للبيان وما ادعته المرأة
في مسئلتنا وان كان مما يمكنها اثباته بالبينة انما يقتضي احتياج المدعي الى اقامة البينة كما بين الا انه مما لم ينكره احد لان كلامنا فيما اذا لم يوجد من يكذبها بان لم تكن
منكوحة ولا معتدة ولهذا قال المص في تعليل المسئلة لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها انتهى فكيف يتصور القول باحتياجها الى اقامة البينة فتدبر وان كان لها
زوج وزعمت انه ابنها منه اي ادعت ان الولد ابنها من ذلك الزوج وصدقها اي وصدق الزوج اياها فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة اي وان لم تشهد امرأة على
الولادة يعني لا حاجة ههنا الى شهادة القابلة لانه اي الزوج التزم نسبه اي نسب الولد فاغنى ذلك عن الحجة لان النسب يثبت بمجرد اقرار الزوج بلا دعوى المرأة اذ ليس
فيه تحميل النسب على الغير ومع دعوى المرأة اولى وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير وان كان الصبي في ايديهما اي في ايدي الزوجين فزعم الزوج انه ابنه من
غيرها اي زعم الزوج ان الصبي ابنه من امرأة اخرى لها وزعمت انه ابنها من غيره اي زعمت المرأة انه ابنها من زوج آخر كان لها فهو ابنهما اي لان الصبي ابنهما معا
هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر عن نفسه فالقول له ايهما صدق يثبت نسبه منه بتصديقه كذا في عامة الشروح وعزاه صاحب الغاية الى شرح الطحاوي

لان ظاهر ان الولد منهما القيام ايديهما او لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق على ما هو ظاهر ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غيرهما يكون الثوب بينهما لان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها قال من اشترى جارية فولدت له اقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها فاستحقها رجل اخذ الجارية والولد لان الولد يوجد حكما عند الشراء فان المغرور انما يرجع بما اعتلك عين او نكاح فما لم يستحق الولد لم يرجع بقيمته بالاجماع الصحابة رضوان الله عليهم ولان النظر من الجانبين واجب

ثم ان هذه المسئلة المذكورة في الكتاب هي مسائل الجامع الصغير الفيا قال المصنف في تعليلها لان الظاهر ان الولد منهما اي من الزوجين اللذين كان الولد في ايديهما لقيام ايديهما او لقيام الفراش بينهما اقول فيه شيء وهو ان قيام الفراش بينهما لا يدل على ثبوت النسب بعد تعيين الولد اي بعد ثبوت ولادته من تلك الزوجة ولهذا لو ادعت امرأة ذات زوج صبيا انه ابنها اذا لم يصدقها الزوج لم تثبت امومتها عليه مع قيام الفراش كما مر آنفا ففي مسئلتنا ايضا ينبغي ان يكون كذلك فقال ثم كل منهما اي من الزوجين يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه اي على صاحبه يعني لا يقبل قوله في حق صاحبه وهو نظير ثوب في يد رجلين يدعي كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه حيث لا يصدق واحد منهما في ابطال حق صاحبه بل يكون الثوب بينهما فكذا ههنا الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر اي يصير الحاصل للمقر بينه وبين المقر له نصفان لان المحل وهو الثوب يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها اعلم ان المنافقة في دعوى النسب غير مانعة لصحة الدعوى حتى ان الصبي اذا كان في يد امرأة فقال رجل هو ابني منك من نكاح وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح يثبت النسب منه وكذا لو قال هو ابني من نكاح منك وقالت هو ابنك مني من نكاح يثبت النسب منه لعدم المنافقة في النكاح فان قالت بعد ذلك هو ابنك مني من نكاح يثبت لما قلنا ان المناقضة لا تبطل دعوى النسب كذا ذكره الامام التمرتاشي وذكر في الايضاح ان دعوى النسب انما لا يبطل بالتناقض لان التناقض انما يكون بين المتساويين والمساواة فان دعوى النسب اقوى من النفي وذكر فيه ايضا اذا تصادق الزوجان على ان الولد من الزنا من فلان فالنسب ثابت من الزوج لان سبب ثبوت النسب قائم وهو الفراش والنسب يثبت حقا للصبي فلا يقبل تصادقهما على ابطال النسب كذلك لو كانت المنكوحة امته او كان النكاح فاسدا لان الفراش قد وجد كذا في النهاية ومعراج الدراية اقول الذي نقل عن الايضاح اولا من تعليل عدم بطلان دعوى النسب بالتناقض محل نظر منا وتعرضنا فتامل قال اي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب القضاء ومن اشترى جارية فولدت ولدا اعتد يعني ولدت ولدا من المشتري فاستحقها رجل عرض الاب قيمة الولد يوم الخصومة وكذا اذا ملكها بسبب آخر غير الشري اي سبب كان وكذا اذا تزوجها على انها حرة فولدت له ثم استحقت يعني على ما في شرح الكنز وسيفهم من نفس الكتاب لانه ولد المغرور فان المغرور من يباشر امرأة معتدا على ملك نكاح او على ما يجري مجراه من سبب كان مثل الشري والهبة والصدقة والوصية كذا في معراج الدراية وغيرها او نكاح عطف على يمين والمعنى اي سبب كان معتدا على ملك نكاح فتلد منه اي تلد المرأة من يطأها ثم يستحق بان يظهر بالبينة كونها امته ههنا ثم تفسير ولد المغرور وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضوان الله عنهم فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقهاء الامصار ان ولد المغرور حر الاصل لا خلاف ايضا بين السلف انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ينكح الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه عليه قيمة الولد والية ذهب صحابنا لانه قد ثبت بالنص ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل فتاويل حديث عمر رض ينكح الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية كذا في العناية اقول يرد على ظاهره الى خلاف السلف في كيفية ضمان ولد المغرور وقول عمر رض بضمان مثله دون قيمته بناء على ما ذكر من ان ولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة فكيف يصلح ما ذكر في العناية لان يكون شرحا وبيانا لما ذكره المص ويمكن الجواب عنه بان يقال ان خلافهم في كيفية ضمانه اختلاف بحسب الظاهر دون الحقيقة بناء على احتمال ان يكون المراد بحديث عمر رض ينكح الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية فحاصل الشرح والبيان ههنا ان السلف وان اختلفوا في كيفية ضمانه بحسب الظاهر من اقوالهم الا ان الخلاف مرتفع في الحقيقة بتاويل كلام عمر رض وتعيين مراده على وفق ما يقتضيه النص الدال على ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل ولان النظر من الجانبين واجب اذ المغرور ربما يأمره على سبب صحيح في الشرع فاستوجب النظر لانه لم يلتزم الا سلامة ولده مقرونا عن ملكه فاستوجب النظر ايضا فوجب الجمع بين حقيهما بقدر الامكان وذلك بان يجعل حق المستحق في معنى المملوك ويجعل حق المغرور في حق

فحصل الولد حرا لاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ودفعا للضرر عنهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه لانه لا يلتزم كما في الغصب فاذا ضمن قيمة الولد يوم الخصومة تكون يوم المنع ولو مات الولد لا شئ عليه لانه لا ضمان بالمنع ولكن لو مات هو لان لا ارث ليس ببدل عنه وللاب ان يحلف في حقه فيرثه ولو قتله لان يغرم قيمته لوجود المنع ولكن الوقت له غير فيأخذ بتلك ان سلامة بدل لهم كسلامته لانه منع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه

كذا في الكافي فحصل الولد حرا لاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ودفعا للضرر عنهما ثم الولد حاصل في يده اي في يد المغرور من غير صنعه اي من غير تعد كذا في العناية فلا يضمن الا بالمنع كما في ولد المنصوبة فانه اذا مات في يد الغاصب عندنا لا يضمن الغاصب الا بالمنع فلهذا اي فلان المغرور لا يضمن لو لد الا بالمنع قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع وذكر في شرح الطحاوي يغرم قيمة الولد يوم القضا لان الحكم يتعلق في حق المستولد حرا ويتعلق في حق المستحق رقيقا فلا يتحول حقه من العين الى البدل الا بالقضا فيعتبر قيمة الولد يوم القضا وكذلك كذا في النهاية ومعراج الدراية ثم اعلم ان ولد المغرور انما يكون حرا بالقيمة اذا كان المغرور حرا اما اذا كان مكاتبا او عبدا ماذونا في التزوج يكون ولده عبد المستحق خلافا لهم وسيجئ ذلك في كتاب المكاتب كذا في غاية البيان ولو مات الولد اي ولد المغرور قبل الخصومة لا شئ على الاب اي ليس على الاب شئ من قيمته لانعدام المنع اذ المنع انما يتصور بعد الطلب فاذا هلك قبل الطلب لم يوجد سبب ضمانه كما لو هلك ولد المنصوبة عند الغاصب فانه لا يضمن قيمته كذا في الكافي وكذا لو ترك مالا اي وكذا لو ترك ولد المغرور سواء كان ابوه لا يجب على الاب شئ من قيمة الولد شئ لان المنع لم يتحقق الا عن الولد لما مر ولا عن بدله لان الوارث ليس ببدل عنه فلم يحصل سلامة الارث كسلامة نفقة المال لابيه لانه اي لولد الاصل في حق ابيه كما مر فيرثه فان قيل الولد وان كان حرا الاصل في حق ابيه الا انه رقيق في حق مدعيه فينبغي ان يكون المال مشتركا بينهما قلنا الولد حر الاصل في حق المدعى ايضا ولهذا لا يكون الولا لهما وانما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضا بالقيمة وانما تثبت بالضرورة لا بعد وموضعها كذا في الشروح والكافي لقوله ينافي هذا الجواب ظاهرا ذكر في شرح الطحاوي على ما نقلناه آنفا فليتأمل في التوفيق او الترجيح ولو قتله الاب يغرم قيمته اي لقيمته لوجود المنع بالقتل وكذا لو غيره فاخذ ديته اي فاخذ الاب ديته لان سلامته بدله اي لان سلامته بدل الولد وهو ديته للاب كسلامة اي كسلامة الولد نفسه ومنع بدله كمنعه اي منع بدل الولد كمنع الولد نفسه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا وانما اخذ الاب ديته من القاتل خلافا لمن ضمن شيئا لانه لم يمنع الولد اصلا اي لا حقيقة ولا حكما نص عليه فخر الدين قاضيخان وغيره في شروح الجامع الصغير وذكر في المبسوط فان قضى له بالدية فلم يقبضها لم يرجع بالقيمة لان المنع لم يتحقق فيما لم يصل الى يده من البدل فان قبض من الدية قدر قيمته المقتول قضى عليه بالقيمة للمستحق لان المنع تحقق بوصول يده الى البدل فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد كذا في النهاية والكفاية ويرجع بقيمة الولد على بائعه اي ويرجع الاب بما غرم من قيمة الولد على بائعه لانه اي بائعه ضمن له اي للمشتري سلامته اي سلامة المبيع عن العيب لا العيب فوق الاستحقاق كذا في معراج الدراية وبما صدره تقرير صاحب النهاية اقول يرد على ظاهر هذا الشرح انه لا شبهة في ان البائع ضامن للمشتري سلامة المبيع عن العيب الا ان المبيع في مسئلتنا هي الام دون الولد فلا تتم التقريب فكان كثيرا من الشراح قصدوا دفع هذا فقالوا في بيان قول المصنف لانه ضمن له سلامته يعني ان الام جزء الام والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع اجزائه انتهى اقول ويرد على هذا الشرح ان البائع انما ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع اجزائه الموجودة عند البيع لا بجميع الذي يحدث بعد البيع لان مثل هذا الجزء معدوم حين البيع ولا يصح اضافة المعدوم في عقد البيع اصلا فضلا عن ضمان سلامته عن العيب ولا شك ان الولد في مسئلتنا من حدث بعد البيع والحق عندي في هذا المقام ان يطرح حديث الجزئية من البين ويقال في بيان مراد المصنف من قوله المذكور ان البائع ضمن للمشتري سلامة الولد بواسطة ضمانه سلامة المبيع الذي هو الام عن العيب فان كان الجارية غير سالم عن عيب الاستحقاق وجب ان يثبت بالمجانية ايضا لان من منافعها الاستيلاد وكون ولدها من مولاها الاصل من غير ان يستحقه احد فكان سلامتها عن العيب بتلك السلامة ولهذا ضمن البائع سلامتها ضمان سلامة كما يرجع بثمنه قال صاحب الكفاية اي بالثمن الذي اداه المشتري الى البائع فالضمير للمشتري وقيل ثمن للمشتري اذا استحق او ثمن الولد فقط ان استحقه احد لنفسه واختار صاحب العناية من بين هذه المعاني الثلثة المعنى الوسطاني حيث قال كما يرجع بثمنه اي ثمن المبيع وهو الام

بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع والله اعلم بالصواب

كتاب الاقرار

لان الغرور يشملها انتهى واقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان هذا هو المعنى الوجيه ههنا ولكن في تذكير الضمير نوع عدول عن الظاهر ولهذا قال في الوقاية وغيرها ورجع بها كثمنها بتانيث الضمير اي ورجع بقيمة الولد كثمن الام بخلاف العقر يعني ان المغرور لا يرجع على بائعه بعقر وجب عليه واخذ منه المستحق لانه اي لان العقر لزمه اي لزم المغرور لاستيفاء منافعها اي لاستيفاء منافع الجارية المستحقة اي منافع نصفها فلا يرجع به على البائع اذ لو رجع به سلم له المستوفى مجانا والوطي في ملك الغير لا يجوز ان يسلم للواطي مجانا كذا في النهاية وغيرها

كتاب الاقرار

ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب وذلك لان دعوى المدعي اذا توجهت الى المدعى عليه فامره لا يخلو اما ان يقر او ينكر وانكاره بسبب الخصومة والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وبعد ما حصل له من المال اما بالاقرار او بالصلح فامر صاحب المال بماله لا يخلو اما ان يستريح منه او لا فان استريح فلا يخلو اما ان يستريح بنفسه او بغيره وقد ذكر استرباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرناها هناك بما قبله وذكر ههنا استرباحه بغيره وهو المضاربة وان لم يستريح فلا يخلو اما ان يحفظه بنفسه او بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم في المعاملات فبقي حفظه بغيره وهو الوديعة كذا في الشروح ثم ان محاسن الاقرار كثيرة منها اسقاط واجب الناس عن ذمته وقطع السنتهم عن مذمته ومنها ايصال الحق الى صاحبه وتبليغ المكسوب الى كاسبه فكان فيه انتفاع صاحب الحق وارضاء خالق الخلق ومنها احماد الناس المقر بصدق القول ووصفهم اياه بوفاء العهد وانالة النول ثم ان للنول ههنا احتياجا الى بيان الاقرار لغة وشريعة وبيان قوله وسببه وشرطه وركنه وحكمه ودليل كونه حجة اما الاقرار لغة فهو افعال من قر الشيء اذا ثبت فالاقرار اثبات لما كان متزلزلا بين الاقرار والجحود كذا في النهاية ومعراج الدراية واما شريعة فهو اخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه كذا في الكافي وعامة المتون والشروح وقال في العناية الاقرار مشتق من القرار فكان في اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزلزلا وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق انتهى اقول لقد اصاب صاحب العناية في بيان معنى الاقرار لغة ولم يصب في بيان معناه شريعة اما الاول فلان اخذ الاقرار في تعريف معنى الاقرار لغة كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدراية مع كونه مؤديا الى المصادرة فما يختل المعنى اذ لا معنى لكون اثبات ما كان متزلزلا بين الشيئين المخصوصين هو احد ذينك الشيئين كما لا يخفى وايضا الظاهر ان الاقرار في اللغة ليس بمخصوص باثبات تزلزل بين الشيئين المخصوصين بل هو عام لاثبات كل ما تزلزل بين الشيئين مطلقا كما يدل عليه ماخذ اشتقاقه وهو القرار بمعنى الثبوت مطلقا واما الثاني فلان الاخبار عن ثبوت الحق يتناول الدعوة والشهادة ايضا وانما يمتاز الاقرار الشرعي عنهما بقيد الغير على نفسه فان الدعوى اخبار عن ثبوت الحق لنفسه على الغير والشهادة اخبار عن ثبوت الحق للغير على الغير فاذا زيد في تعريف الاقرار الشرعي قيد للغير على نفسه كما فعله عامة الفقهاء يخرج عنه الدعوى والشهادة واما اذا اطلق وقيل هو عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق كما فعله صاحب العناية فيدخل فيه الدعوى والشهادة فيختل التعريف ثم اقول في تعريف العامة ايضا شيء اما اولا فلانه قد تقرر في كتب الاصول ان التصرفات اما اثبات كالبيع والاجارة والهبة ونحوها واما اسقاطات كالطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ونحوها ولا يخفى ان الاخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه لا يصدق على الاقرار بقسم الاسقاطات مطلقا فيلزم ان لا يكون تعريفهم المذكور جامعا واما ثانيا فلان اقرار المكره لآخر بشيء من الحقوق غير صحيح شرعا على ما صرحوا به مع انه يصدق عليه انه اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه فيلزم ان لا يكون تعريفهم المزبور مانعا ويمكن ان يجاب عن الثاني بان كون اقرار المكره غير صحيح شرعا انما يقتضي ان لا يكون اقرارا صحيحا شرعا لا ان لا يكون اقرارا مطلقا في الشرع فيجوز ان يكون مقصودهم تعريف ما يطلق عليه الاقرار في الشرع سواء كان صحيحا او فاسدا وعن هذا ترى التعريفات الشرعية

قال واذا اقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق

لكثير من العقود كالبيع والاجارة ونحوهما يتناول الصحيح منه والفاسد حتى ان كثيرا منهم تركوا قيد التراضي في تعريف البيع بحسب الشرع ليتناول بيع المكره كسائر البياعات الفاسدة كما صرحوا به في موضعه واما سبب الاقرار فارادة اسقاط الواجب عن ذمته باخباره واعلامه لئلا يبقى في تبعة الواجب واما شرطه فسياتي في الكتاب واما ركنه فالالفاظ المذكورة فيما يجب به موجب الاقرار واما حكمه فظهور ما اقر به لا ثبوته ابتداء الا يرى انه لا يصح الاقرار بالطلاق والعتاق مع الاكراه والانشاء يصح مع الاكراه عندنا ولهذا قالوا لو اقر لغيره بمال والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له اخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا انه يسلمه بطيب من نفسه فيكون تمليكا مبتدأ على سبيل الهبة والملك يثبت للمقر له بلا تصديق وقبول ولكن يبطل برده والمقر له اذا صدقه ثم رده لا يصح رده كذا في الكافي وغيره وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه وحكمه لزوم ما اقر به على المقر وعمله اظهار المخبر به لغيره لا التمليك به ابتداء ويدل عليه مسائل احدها ان الرجل اذا اقر بعين لا يملكه لا يصح اقراره حتى لو ملكه المقر يوما من الدهر يؤمر بتسليمه الى المقر له ولو كان الاقرار تمليكا مبتدأ لما صح ذلك لانه لا يصح تمليك ما ليس بمملوك له والثانية ان الاقرار بالخمر للمسلم يصح حتى يؤمر بالتسليم اليه ولو كان تمليكا مبتدأ لم يصح والثالثة ان المريض الذي لا دين عليه اذا اقر بجميع ماله لاجنبي صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة ولو كان تمليكا مبتدأ لم ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم اجازتهم والرابعة ان العبد المأذون اذا اقر لرجل بعين في يده صح اقراره ولو كان الاقرار سببا للملك ابتداء كان تبرعا من العبد وهو لا يجوز في الكثير واما دليل كونه حجة على المقر فالكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول اما الكتاب فقوله تعالى وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا بيانه ان تعالى امر باملاء من عليه الحق فلو لم يلزمه بالاملاء شيء لما امر به والاملاء لا يتحقق الا بالاقرار وايضا نهى عن الكتمان وهو آية على لزوم ما اقر به كما في نهي الشهود عن كتمان الشهادة وقوله تعالى قال اقررتم واخذتم على ذلكم اصري قالوا اقررنا بيانه انه طلب منهم الاقرار فلو لم يكن الاقرار حجة لما طلبه وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم قال المفسرون شهادة المرء على نفسه اقرار وقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة قال ابن عباس رضي الله عنه اي شاهد بالحق واما السنة فما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا باقراره بالزنا والغامدية باعترافها وقال في قصة العسيف واغد يا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاثبت الحد بالاعتراف والحديثان مشهوران في كتب الحديث فلو لم يكن الاقرار حجة لما ثبت الحد به واذا كان حجة فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون حجة في غيره اولى واما الاجماع فان المسلمين اجمعوا على كون الاقرار حجة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير واما المعقول فان الخبر كان مترددا بين الصدق والكذب في الاصل ولكن ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعي الى الصدق والصارف عن الكذب لان عقله ودينه يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب ونفسه الامارة بالسوء بما تحمله على الكذب في حق الغير اما في حق نفسه فلا فصار عقله ودينه وطبعه دواعي الى الصدق زواجر عن الكذب فكان الصدق ظاهرا فيما اقر به على نفسه فوجب قبوله والعمل قال اي القدوري في مختصره واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اي لزم المقر اقراره اي موجب اقراره او ما اقر به اقول يرد عليه النقض بما اذا اقر الحر البالغ العاقل بحق مكرها فانه لا يلزمه اقراره فكان لا بد من ذكر الطائع ايضا لا يقال تركه اعتمادا على ظهور كون الطوع والرضى من شروط صحة الاقرار لانا نقول ليس ظهوره بمثابة ظهور اشتراط العقل والبلوغ اللذين هما مدار الاحكام كلها ولم يتركهما مجهولا كان ما اقر به او معلوما هذا ايضا لفظ القدوري يعني لا فرق في صحة الاقرار ولزومه بين ان يكون ما اقر به معلوما او مجهولا كما سياتي تفصيله قال المص رحمه الله اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق اراد بهذا التنبيه على ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيما مضى لا انشاء الحق ابتداء لئلا

وانه ملزم لو فوعه فكان لا تزر كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ماعزا الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وبرجمة قاصرة لقصوره ولاية المقر من غير فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون لهان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص

يرد الاشكال بصحة الاقرار بخمر للمسلم وغير ذلك من المسائل المبنية على كون الاقرار اخبارا عما ثبت فيما مضى لا انشاء في الحال كما بينا فيما مر ولم يرد ذلك تعريف الاقرار حتى يرد عليه انه يتناول الدعوى والشهادة ايضا فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار كما توهمه بعض الشراح وانه يلزم ان لا يكون الاقرار ملزما على المقر بما اقر به لوقوعه اي لوقوع الاقرار دلالة اي دليلا على وجود المخبر به كما يشهد به الكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول على ما فصلناه فيما مر وقد اشار المصنف رح الى بعض ههنا بقوله الآتي كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا الرجم باقراره اي باقراره بالزنا وتلك المرأة اي كيف الزم تلك المرأة وهي الغامدية الرجم باعترافها اي باعترافها بالزنا ايضا فاذا كان ملزما فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما في غيره اولى كذا قالوا اقول يرد على ظاهره منع الملازمة هذه الاولوية فان العبد المحجور عليه يصح اقراره بالحدود والقصاص مع انه لا يصح اقراره بالمال على ما ذكره المصنف رح فيما ياتي فكان ملزما في حقها يندرئ بالشبهات دون غيره فتامل في الدفع وهو اي الاقرار حجة قاصرة على نفس المقر غير متعدية الى الغير لقصور ولاية المقر على غيره فيقتصر عليه اي على المقر نفسه حتى لو اقر بمجهول الاصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على اولاده واصهاتهم ومدبرته ومكاتبته لانه قد ثبت حق الحرية او استحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم بخلاف البينة فانها تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فيتعدى الى الكل اما الاقرار فلا يقتصر الى القضاء فينفذ في حق المقر وحده كذا في الكافي وغيره واعلم ان هذا لا ينافي ما ذكروا ان الاقرار حجة شرعية فوق الشهادة بنا على انتفاء التهمة فيه لان القوة والضعف وراء التعدية والاقتصار فاتصاف الاقرار بالاقتصار على نفس المقر والشهادة بالتعدية الى الغير لا ينافي اتصافه بالقوة واتصافها بالضعف بالنسبة اليه بنا على انتفاء التهمة فيه ودونها وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا اي في المال وغيره فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار حتى اذا اقر بدين لرجل او بوديعة او عارية او غصب يصح لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص قال صاحب العناية وكان هذا اعتذارا عن قولنا اذا اقر بحر ولعله لا يحتاج اليه لانه قال انما اقر بحق لزمه وهذا صحيح واما ان غير الحر اذا اقر لزم او لم يلزم فسكت عنه ولا يرد عليه شيء اقول ليس ما ذكره بصحيح اذ قد صرحوا في مواضع شتى من هذا الكتاب وغيره بان التخصيص بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق حتى ان الشارح المذكور قال في اواخر فصل القراءة من باب النوافل من كتاب الصلوة فان قيل التخصيص بالذكر لا يدل على النفي قلنا ذلك في المنصوص عن الروايات ينتفي فكيف يصح قوله ههنا واما ان غير الحر اذا اقر لزم او لم يلزم فسكت عنه ولو سلم ان لزوم اقرار غير الحر وعدم لزوم سكوت عنه لا بقصد نفي لزوم ذلك بطريق مفهوم المخالفة لم يصح قوله فلا يرد عليه شيء اذ يرد عليه حينئذ استدراك قيد الحر فيحتاج الى الاعتذار عن ذكره وقال صاحب العناية ويصح ان يقال ليس بمعذرة وانما هو لبيان التفرقة بين العبد في صحة اقاريهم بالحدود والقصاص حجر المحجور عن الاقرار بالمال دون المأذون انتهى اقول ليس هذا ايضا بصحيح اما اولا فلانه لا يشكك العاقل الناظر الى قول المصنف رح ويشترط الحرية ليصح اقراره مطلقا الى اقواره في ان مراده به هو المعذرة عن ذكر قيد الحر لا البيان التفرقة بين العبد واما ثانيا فلانه لو كان قول المصنف رح هذا لبيان التفرقة بين العبد لما كان لذكر قوله ويصح بالحدود والقصاص موقع اذ لا مدخل له في الفرق بينهما بل هو محل به لانهم متحدون في صحة اقاريهم بالحدود والقصاص فالحمل الصحيح لكلام المصنف ههنا على فرض ان لا يكون المقصود منه المعذرة انما هو بيان الفرق بين القيود الثلثة الواقعة في كلامه اعني فان قيد الحرية شرط صحة الاقرار مطلقا لا شرط صحة مطلق الاقرار بخلاف القيدين الآخرين اعني البلوغ والعقل تامل تقف ثم اقول بقي بحث في كلام المصنف رح اما اولا فلان كون العبد المأذون ملحقا بالحر في حق الاقرار كما يدل عليه قوله فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار غير مسلم فانهم صرحوا بان العبد المأذون لا يصح اقراره بالمهر والكفالة وقيل الخطاء وقطع يد رجل عمدا او خطاء لانها ليست تجارة وهو مسلط على التجارة لا غير ولا شك في صحة اقرار الحر

لان اقراره موجب لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون له لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبني على اصل الحرية في ذلك ولا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولابد من التوفيق والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لهما لعدم اهليته كما لا تلزم الا اذا كان الصبي مأذونا له لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن

تملك الامور وكان العبد المأذون ممن لا يصح اقراره مطلقا بخلاف الحر اللهم الا ان يحمل قوله فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار على الغرض والمبالغة وأما ثانيا فلان اقرار العبد المحجور عليه بالمال يأخذ في حق نفسه ويلزمه المال بعد الحرية وان لم يلزمه في الحال كما صرح به في كتاب الحجر في معنى نفي صحة اقراره بالمال هنا بقوله لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال الا ليقال مراده هنا ان اقراره بالمال لا يصح في الحال لا انه لا يصح مطلقا فيوافق ما ذكره في كتاب الحجر لانا نقول لا شك ان مقصوده هنا توجيه اشتراط الحرية في مسألة الكتاب المذكور في جواب هذه المسألة لزوم الاقرار مطلقا اي بالتقييد بالحال فلا يتم التقريب وايضا عدم اللزوم في الحال يوجد في الحر ايضا كما اذا اقر بالدين الموجل وكما اذا اقر لانسان بعين مملوكة للغير فانه لا يلزمه في الحال واذا ملكها يوما فيلزمه ويوسر بتسليمها الى المقر له على ان الذي ذكره المصنف رح هنا عدم صحة اقرار العبد المحجور عليه بالمال لا عدم لزومه لا يلزم من عدم لزوم المال بالمال في الحال كما ذكره في كتاب الحجر عدم صحة اقراره به في الحال فلا يتم التوفيق اللهم الا ان تحمل الصحة هنا على اللزوم قال في البدائع واما الحرية فليست بشرط لصحة الاقرار فيصح اقرار العبد المأذون بالدين والعين لما بينا في كتاب المأذون وكذا بالحدود والقصاص كذا العبد المحجور يصح اقراره بالمال لكن لا ينفذ على المولى للحال حتى لا تباع رقبته بالدين بخلاف المأذون الا انه يصح اقراره في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد الحرية لانه من اهل الاقرار لوجود العقل والبلوغ الا انه امتنع النفاذ على المولى للحال لحقه فاذا عتق فقد زال المانع فيؤاخذ به وكذا يصح اقراره بالحدود والقصاص فيؤاخذ به للحال لان نفسه في حق الحدود والقصاص كالخارج عن ملك المولى ولهذا لو اقر المولى عليه بالحدود والقصاص لا يصح انتهى وقال في التبيين ويكون المقر به بين شرط حتى يصح اقرار العبد وينفذ في الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ به في الحال لانا اقرار على الغير وهو المولى ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما لو اقر لانسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال واما اذا ملكها يوما ما يؤمر بتسليمها الى المقر له لزوال المانع انتهى قال المصنف رح في تعليل مجموع ما ذكره هنا لان اقراره اي اقرار العبد المحجور عليه عمدا اي عرف موجبا تعلق الدين برقبته لان زمنه ضعفت بالرق فصار كما لو اقر بجناية خطأ كذا في الكافي وغيره وهي اي رقبة العبد المحجور عليه مال المولى فلا يصدق عليه اي على المولى المقصور بالحجر بخلاف المأذون له لانه الى المولى مسلط عليه اي على الاقرار من جهته اي من جهة المولى لانه اذن له بالتجارة اذن له بما لا بد منه والتجارة وهو الاقرار اذ لو لم يصح اقراره لحسم عليه باب التجارة فان الناس لا يبايعونه اذا علموا ان اقراره لا يصح اذ لا يتيسر لهم الاشهاد في كل تجارة يعلمونها معه كذا في مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة وبخلاف الحد والدم اي القصاص لانه اي لان العبد يبقى على اصل الحرية في ذلك اي في الحد والدم بتأويل المذكور او بجواز استعمال ذلك في الشيء ايضا كما قالوا في قوله تعالى عوان بين ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيما ذكر من الحد والقصاص لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية لا الرقية كذا في الشروح قال بعض الفضلاء هذا الاستدلال لا يندفع ما قيل في اقراره بالقصاص انه لاستلزام الرقية التي هي مال المولى فيكون اقرارا على الغير والاولى ان يستدل عليه بما في كتب الاصول انتهى اقول بل ذلك مدفوع لان المقصود بالقصاص اتلاف النفس واتلاف مالية رقبة العبد انما هو بالتبع فلا يكون اقراره بالقصاص اقرارا على الغير بالنظر الى ما هو المقصود منه اصالة ولا يضره لزوم اتلاف الغير بالتبع لزوم شيء يثبت ضمنا ولا يثبت اصالة وذلك في كتب الاصول ان العبد يصح منه الاقرار بالحدود والقصاص والسرقة المستهلكة لان العقوبة والدم حقه لاحتياجه الى البقاء ولهذا لا يملك المولى قتله ولا يخفى ان ما قوبه ذلك القائل متوجه الى ما ذكر فيما ايضا والمخلص ما قدمناه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون لا يلزمه اذ لعدم اهليته الا تراه لا يلزمه باقرار ما شيء الا اذا كان الصبي مأذونا له فحينئذ يصح اقراره في قدر ما اذن له فيه لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن

وجهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدرى قيمته او يخرج جراحة لا يعلم ارشها او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول لا يصح مستحقا ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان **قال** فان قال لفلان على شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا **قال** والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك

لاختيار رأيه برأي الولي فيعتبر كالبالغ والنائم والمغمى عليه كالمجنون لانهما ليسا من اهل المعرفة والتمييز وهما شرطان لصحة الاقرار واقرار السكران جائز بالحقوق كلها الا بالحدود الخالصة والردة بمنزلة سائر التصرفات تنفذ من السكران كما تنفذ من الصاحي كذا في الكافي ومعراج الدراية وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار يعني لو كان المقر به مجهولا بان قال المقر لفلان على شيء او حق يصح الاقرار ويلزمه ما اقر به لان الحق قد يلزمه مجهولا يعني ان الحق قد يلزم الانسان مجهولا بان اتلف مالا لا يدرى قيمته او يخرج جراحة لا يعلم ارشها لان الواجب في الجراحات ان يستأني حولا فلا يعلم في الحال موجبه او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به اي بما بقي من الحساب علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به اي فيصح بكون المقر به مجهولا فان قلت الشهادة اخبار عن ثبوت الحق ايضا ومع ذلك تمتنع صحتها بجهالة المشهود به فما الفرق بينهما قلت الشرع لم يجعل الشهادة حجة الا بعد العلم بالمشهود به قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي صلى الله عليه وسلم اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع وان الشهادة لا توجب حقا الا بانضمام القضاء اليها والقضاء بالمجهول لا يتصور اما الاقرار فموجب بنفسه قبل اتصال القضاء به وقد امكن ازالة الجهالة بالاخبار على البيان فيصح بالمجهول ولهذا لا يصح الرجوع عن الاقرار ويصح الرجوع عن الشهادة قبل اتصال القضاء بها كذا في المبسوط بخلاف الجهالة في المقر له يعني انها تمنع صحة الاقرار فان المجهول لا يصح مستحقا ذكر شيخ الاسلام في مبسوطه والناطفي في واقعاته ان جهالة المقر له انما تمنع صحة الاقرار اذا كانت متفاحشة بان قال هذا العبد لواحد من الناس اما اذا لم يكن متفاحشة بان قال هذا العبد لاحد هذين الرجلين فلا تمنع ذلك وقال شمس الائمة السرخسي لا يصح الاقرار في هذه الصورة ايضا لانه اقرار للمجهول وانه لا يفيد لان فائدة الجبر على البيان ولا يجبر على البيان ههنا لانه انما يجبر لصاحب الحق وهو مجهول وفي الكافي والاصح انه يصح لانه يفيد اذ فائدته وصول الحق الى المسمى وطريق الوصول ثابت لانهما اذا اتفقا على اخذه فلهما حق الاخذ انتهى قال في شرح الطحاوي وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الاقرار نحو ان يقول لرجل لك على احدنا الف درهم لان المقضي عليه مجهول وهكذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب نقلا عنه اقول في تمثيل جهالة المقر بالمثال المذكور نظر اذ الظاهر ان الجهالة فيه في المقر عليه لا في المقر لانه متيقن وهو المتكلم والاولى في تمثيل ذلك ان يقال نحو ان يقول لرجل احد من جماعة او من اثنين لك على الف ولا يدرى ايهم او ايهما قال ذلك ويقال له بين المجهول هذا لفظ القدوري في مختصره يعني يقال للمقر فيما اقر بمجهول بين المجهول لان التجهيل من جهته اي من جهة المقر يعني ان الاجمال وقع من جهته فعليه البيان ولكن لا بد من ان يبين شيئا يثبت دينا في الذمة قل او كثر نحو ان يبين حبة او فلسا او جوزة او ما اشبه ذلك اما اذا بين شيئا لا يثبت في الذمة فلا يقبل منه نحو ان يقول عنيت حق الاسلام او كفى من تراب او نحوه كذا في شرح الطحاوي وذكر في غاية البيان فصار كما اذا اعتق احد عبديه اي فصار اقراره بالمجهول كما اذا اعتق احد عبديه في وجوب البيان عليه فان لم يبين اي فان لم يبين المقر ما اجمله اجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره بالباء الجارة وفي بعض النسخ بصريح اقراره وذلك اي الخروج بما لزمه بصحيح اقراره بالبيان لا غير وبه قال الشافعي رح ومالك رح واحمد رح وعن الشافعي رح في قول ان وقع الاقرار المبهم في جواب دعوى وامتنع عن التفسير يجعل ذلك انكارا منه ويعرض اليمين عليه فان اقر جعل ناكلا عن اليمين وحلف المدعي وان اقر ابتداء يقال للمقر له ادع حقك فاذا ادعى او اقر او انكر يجري عليه حكمه كذا في معراج الدراية فان قال لفلان على شيء لزمه ان يبين ما له قيمة هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف رح في تعليله لانه اخبر عن الوجوب في ذمته كما يدل عليه لفظة على لانها للايجاب والالزام وما لا قيمة له لا يجب فيها اي في الذمة فاذا بين غير ذلك اي غير ما له قيمة يكون رجوعا عن الاقرار فلا يقبل قال اي القدوري في مختصره والقول قوله اي قول المقر مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك اي مما بينه يعني اذا بين المقر ما له قيمة فما يثبت في الذمة مكيلا كان او موزونا او عدديا نحو كر حنطة او فلس او جوزة فاما ان يساعده

لان دعوى المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان على حق سلمنا ولكن الوقف اغصبت منه شيئا وجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع ويجب

المقر له او لا فان ساعده اخذه وان لم يساعده بل ادعى عليه الزيادة فالقول قول المقر مع يمينه لانه اسى لان المقر به هو المنكر فيه اى فيما يدعى عليه المقر له من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه قال المصنف وكذا اذا قال لفلان على حق اى لم يبين ههنا ايضا ان بين بالقيمة لما بينا انه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيما ذكر في المحيط والمستزاد ولو قال لرجل لفلان على حق ثم قال متصلا لا عينت بحق الاسلام لا يصدق وان قال موصولا يصدق لانه بيان يعتبر باعتبار العرف لانه لا يراد به في العرف حق الاسلام وانما يراد به حقوق مالية كذا في الكافي وكذا لو قال غصبت منه شيئا بدء من مسائل المبسوط ذكر الخصاف رحمه الله مسئلة القدوري يعني لو قال غصبت من فلان شيئا صح اقراره ولزمه البيان ايضا والحاصل ان كل تصرف لا يشترط لصحته تحقق اعلام باصافة ولكن التصرف فالاقرار مع الجهالة صحيح وذلك كالغصب والوديعة فان الجهالة لا تمنع تحقق الغصب والوديعة فان من غصب من رجل مالا مجهولا في كيس او دعه مجهولا في كيس فانه يصح الغصب الوديعة ويثبت حكمهما وكل تصرف يشترط لصحته تحقق اعلام باصافة ذلك التصرف فالاقرار مع الجهالة لا يصح وذلك كالبيع والاجارة فان من اقر انه باع من فلان شيئا او اجر من فلان شيئا او اشترى من فلان كذا شيئا لا يصح ولا يجبر المقر على تسليم شيء وهذا لان ما ثبت بالاقرار كالثابت معاينة ولو عاينا انه باع منه شيئا مجهولا لا يجب تسليم شيء بحكم هذا البيع لكونه فاسدا فكذا اذا ثبت بالاقرار ولو عاينا انه غصب شيئا مجهولا في كيس يجبر على الرد فكذا اذا ثبت بالاقرار واذا صح الاقرار بالغصب مع الجهالة تجبر المقر على البيان حتى على القول الذي ذكرنا في الكافي والمحيط البرهاني ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة اى اعتمادا عليها واعلم انه ذكر في المبسوط رجل قال غصبت من فلان شيئا فالاقرار صحيح ويلزمه بيانه وقالا يبين ما هو مال لان الشيء حقيقة اسم لما هو موجود ما لا كان او غير مال الا ان لفظ الغصب دليل على المالية فيه فان الغصب لا يرد الا على ما هو مال ثابت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيئا يكون اقرارا بشراء ما هو مال لان الشراء لا يتحقق الا فيه ولا بد ان يبين ما لا يجري فيه التمانع بين الناس حتى لو فسره بحبة حنطة لا يقبل ذلك منه لان اقراره بالغصب دليل على انه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى غلب على ظنه غصبه فهذا مما يجري فيه التمانع فاذا بين شيئا بهذه الصفة قبل بيانه لان هذا بيان مقرر لاصل كلامه وبيان التقرير يصح موصولا كان او مفصولا ويستوي ان بين شيئا يضمن بالغصب او لا يضمن بعد ان يكون بحيث يجري فيه التمانع حتى اذا بين ان المغصوب خمر فالقول قوله وكذلك ان بين ان المغصوب دار فالقول قوله وان كانت لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة رحمه الله واختلفت المشائخ فيما اذا بين ان المغصوب زوجته او ولده فمنهم من يقول بيانه مقبول لانه موافق لمبهم كلامه فان لفظ الغصب يطلق على التزوج والولد عادة والتمانع فيه يجري بين الناس اكثر مما يجري في الاموال واكثرهم على انه لا يقبل بيانه هذا لان حكم الغصب لا يتحقق الا فيما هو مال فبيانه بما ليس بمال يكون انكارا لحكم الغصب بعد اقراره بسببه وذلك غير صحيح مثل هذا لفظ المبسوط وصرح في الايضاح وغيره بان الاول وهو مقبول بيانه بان المغصوب زوجته او ولده اختيار مشائخ العراق والثاني وهو عدم قبول بيانه بذلك اختيار مشائخ ما وراء النهر واذا قد عرفت ذلك تبين لك ان المصنف رحمه الله اختار بهذا قول مشائخ ما وراء النهر حيث قال ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة يعني ان مطلق اسم الغصب يتطلق على اخذ مال متقوم في العرف هذا قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وكذا لو قال غصبت منه شيئا وجب عليه ان يبين ما هو مال حتى لو بين ان المغصوب زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار مشائخ ما وراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشائخ العراق والاول اصح لان الغصب اخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال ولا بد ان يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة او في قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت كمذبلة في بيانه ولو بين في العقار او في خمر المسلم يصح لانه مال يجري فيه التمانع فان قيل الغصب اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف او عدم قبول البيان فيهما

ولو قال لفلان علي مال قال رجع اليه في بيانه فان بين ما يجوز ان يكون مالا متقوما يصدق قليلا كان او كثيرا لان كل ذلك مال لانه اسم يشمل القليل والكثير لان كل ذلك مال وانه اسم يشمل به لا انه يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالا عرفا ولو قال مال عظيم لا يصدق في اقل من مائتي درهم لان المراد بالمال المرصوف هو النقد فلا يجوز الغاء الوصف والنقد انما يعد مالا عظيما حتى اعتبر صاحبه غنيا بها في عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لان عظيم خطير فيقدم به الخطر شرعا على ما دون ذلك

فالجواب ان ذلك حقيقة وقد ترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد اشار اليه بقوله تعويلا على العادة الى هنا كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان صحة ما ذكره في هذا الجواب من ان حقيقة الغصب تترك بدلالة العادة تنافي صحة ما ذكره في تعليل اصحية اختيار مشائخ ماوراء النهر فانه لو بين ان المغصوب دجاجا او ولدة من ان الغصب في هذا المال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال لان مشائخ العراق يقولون ان لفظ الغصب يطلق على الذبح والولد عادة والمال فيه يجري بين الناس اكثر مما يجري في الاموال كذا صرح به في المبسوط وغيره وليس معنى هذا القول سوى ان حقيقة الغصب تترك في ذلك بدلالة العادة فكيف يصح تعليل اصحية اختيار مشائخ ماوراء النهر فيه بان الغصب اخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال واما ثانيا فلان قوله وقد اشار اليه لقبوله تعويلا على العادة لا يكاد يصح لان قول المصنف تعويلا على العادة علة لوجوب ان يبين ما هو مال يجري فيه التنازع ومعناه ان حقيقة الغصب وان تناولت ما يجري فيه التنازع في الاموال وما لا يجري فيه التنازع سنا الا انا ترك حقيقة الغصب بالاول فلا بد ان يبين ذلك ومقصوده الاحتراز عما لو بين بتة او قطة او ما شابه لا يصح قطعا واما آن حقيقة الغصب تترك بدلالة العادة الى ما هو اعم منها فلا اشارة اليه في كلامه اصلا وكيف وقد صح ذلك عنده وكان في كلامه اشارة اليه لما صح القول منه بوجوب ان يبين مالا اذ العادة جارية قطعا على اطلاق لفظ الغصب على ما ليس مال كالزوجة والولد اطلاقا جاريا على اللغة لا على حقيقة اللغة حقيقة وبالجملة ان كلامه ههنا مسبوق على ما هو مختار مشائخ ماوراء النهر دون مختار مشائخ العراق وفي ما ذكره صاحب العناية خلط لما سبق حيث قال لو قال لفلان علي مال فالمرجع الى بيانه وهذا لفظ القدوري في مختصره يعني لو قال احد في اقراره لفلان علي مال فالمرجع الى المقر في بيان قدر المال قال المصنف رحمه الله في تعليله لانه اسم للجمل يعني ان المقر هو المجمل والمرجع في بيان المجمل الى المفسر ولقبول قوله في القليل والكثير وهذا من تتمة كلام القدوري قال المصنف في تعليله لان كل ذلك مال فانه اسم للمال اسم لما يشمل به وذلك موجود في القليل والكثير ثم قال المصنف رحمه الله اي الا انه اي المقر لا يصدق في اقل من درهم والقياس ان يصدق فيه ايضا لان المال في الاستحسان لا يصدق فيه وجه ترك الحقيقة بدلالة العرف وقد اشار اليه بقوله لانه اي الاقل من درهم لا يعد مالا عرفا فكان ما دون الدرهم ساقطا لكونه لا خطر له والمال اسم المال عليه عادة كذا في المبسوط قال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو قال له علي مال كان القول قوله فيه ودرهم مال ثم قال وهذا اللفظ يوهم انه لا يقبل قوله في اقل من درهم وقال بعضهم ينبغي ان يقبل قوله في البيان لان اسم المال ينطلق على نصف درهم وسدس درهم كما ينطلق على الدرهم ثم قال والصحيح انه لا يقبل لان المال الذي يدخل تحت الالتزام والاقرار لا يكون اقل من درهم وهذا ظاهر في حكم العادة فحمله عليه متعين كما لو قال لفلان علي كذا درهما في نوادر هشام قال محمد رحمه الله لو قال لفلان علي مال له ان يقدره بدرهم ثم قال في الجامع لو قال لفلان علي مال جوز على عشرة دراهم جياد ولا يصدق في اقل منه في قول ابي حنيفة رحمه الله وزفر رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يصدق في ثلثة دراهم ولا يصدق في اقل منه الى هنا لفظ الاصل ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم هذا لفظ القدوري يعني لو قال لفلان علي مال عظيم فعليه ما يجب في الزكوة وهو مائتا درهم وقال الشافعي هو مثل الاول قلنا في الغاء الوصف اعظم فلا يجوز وقد اشار المصنف رحمه الله بقوله لانه اقر بمال موصوف بما هو موصوف بمال يوصف بالعظم فلا يجوز الغاء الوصف بلا بد من البيان بما يعد عظيما عند الناس فنصاب المال عظيم في الشرع والعرف حتى اعتبر صاحبه غنيا به فاوجب عليه مواساة الفقراء والغنى عظيم عند الناس فكان فيما قلنا رعاية حكم الشرع والعرف وهذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وذكر في الاصل قول ابي حنيفة رحمه الله في هذا الفصل فاختلف رواية المشائخ عنه فيه فاراد المصنف رحمه الله بيان ذلك فقال وعن ابي حنيفة رحمه الله اي روي عنه انه اي المقر في هذا الفصل لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة ونصاب الحد ايضا لانه اي لان هذا النصاب عظيم حيث يقطع به اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم اي وعن ابي حنيفة رحمه الله مثل جواب الكتاب اي مثل ما ذكر في مختصر القدوري من انه لا يصدق في اقل من

وهذا اذا قال من الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلثة نصب من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين

مائتي درهم قال في غاية البيان وهو الصحيح لانه لم يذكر عددا حتى تجب مراعاة اللفظ فيه فاوجبنا التعظيم من حيث المعنى وهو المال الذي يجب فيه الزكوة لانه اقل ما له خطر في الشرع انتهى وذكره صاحب العناية ايضا تقبل خلافا قوله لانه اقل مال له خطر في الشرع اقول فيه بحث لان التعليل المذكور لا يفيد كون ما في هذه الرواية هو الصحيح لان ايجابنا التعظيم من حيث المعنى او مقرر على كلتي الروايتين وانما النزاع في ان ذلك العظيم ماذا هل هو نصاب الزكوة ام نصاب السرقة والمهر فقوله وهو المال الذي يجب فيه الزكوة غير مسلم على الرواية الاخرى وكذا قوله لانه اقل مال له خطر في الشرع اذ لصاحبها ان يقول هل هو المال الذي يجب فيه قطع اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم وهو اقل مال له خطر في الشرع فلم يتم التقريب قال شمس الائمة السرخسي رح والاصح على قول ابي حنيفة رح ينبني على حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني حقير وكما ان المائتين عظيم في حكم الزكوة فالعشرة عظيم في حكم قطع يد السارق وتقدير المهر بها فوقع التعارض فيرجع الى حال المقر كذا في فتاوى قاضيخان وذكر في بعض الشروح وهذا اي ما ذكر من انه لا يصدق في اقل من مائتي درهم اذا قال من الدراهم اي اذا قال على مال عظيم من الدراهم سواء قال كذلك ابتداء او قال في الابتداء له على مال عظيم ثم بين مراده من المال العظيم بالدراهم فقول صاحبي النهاية ومعراج الدراية في شرح قول المصنف رح هذا اذا قال من الدراهم اي بين وقال ان مرادي بالمال العظيم الدراهم لا يخلو عن تقصير اما اذا قال من الدنانير اي اذا قال ذلك ابتداء او ثانيا عند البيان فالتقدير فيها اي في الدنانير بالعشرين اي بعشرين مثقالا لانه نصاب الزكوة في الذهب وفي الابل بخمس وعشرين يعني وفيما اذا قال من الابل يقدر بخمس وعشرين ابلا لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه كعشرين مثقالا في الدنانير ومائتي درهم في الدراهم والحاصل انه اذا بين بجنس من الاجناس الاموال الزكوة فالمعتبر اقل ما يكون نصابا في ذلك الجنس فان قيل ينبغي ان يقدر في الابل بجنس قال لانه يجب فيها شاة فكان صاحبها بها غنيا قلنا هي مال عظيم من وجه حتى يجب فيها الزكوة وليست بمال عظيم من وجه حتى لا يجب فيها من جنسها فاعتبرنا ما ذكرنا ليكون عظيما مطلقا اذ المطلق منصرف الى الكامل كذا في الكافي وفي بعض الشروح وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب يعني وفيما اذا بين بغير مال الزكوة يقدر بقيمة النصاب اي يقدر النصاب قيمة ولو قال اموال عظام اي ولو قال على اموال عظام بصيغة الجمع فالتقدير بثلثة نصب من جنس ما سماه اي من اي نوع سماه حتى لو قال من الدراهم كان التقدير بستمائة درهم ولو قال من الدنانير كان بستين مثقالا ولو قال من الابل كان بخمس وسبعين الى غير ذلك من الاجناس وانما كان كذلك اعتبارا لادنى الجمع فان ادنى الجمع ثلثة فيحمل على ثلثة اموال عظام وهي ثلثة نصب من جنس ما سماه ولو قال على مال نفيس او كريم او خطير او جليل قال الناطفي لم اجده منصوصا وكان الجرجاني يقول يلزمه مائتان كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الايضاح والذخيرة وفي غاية البيان نقلا عن الفتاوى الصغرى قال شمس الائمة البيهقي في كفايته عن ابي يوسف رح قال لفلان علي دراهم مضاعفة يلزمه ستة لان اقل الدراهم ثلثة والتضعيف اقله مرة فيضعف مرة قال له علي دراهم اضعافا مضاعفة او قال مضاعفة اضعافا عليه ثمانية عشر لان الاضعاف جمع الضعف فيضاعف ثلثة ثلث مرات فكانت تسعة وقوله مضاعفة يقتضي ضعف ذلك فيقتضي ثمانية عشر وفي الصورة الدراهم المضاعفة ستة واضعافها ثلث مرات فيكون ثمانية عشر قال علي عشرة دراهم واضعافها مضاعفة عليه ثمانون درهما لان اضعاف العشرة ثلثون فاذا ضمت الى العشرة كان اربعين فاوجبها مضاعفة فيكون ثمانين ولو قال دراهم كثيرة اي لو قال لفلان علي دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة دراهم هذا لفظ القدوري قال المصنف رح وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يصدق في اقل من مائتين وعند الشافعي رح يصدق في ثلثة دراهم ولا يصدق في اقل من ذلك وكذلك لو قال لفلان علي دنانير كثيرة لم يصدق عند ابي حنيفة رح في اقل من عشرة دنانير وعندهما في اقل من عشرين مثقالا وعند الشافعي رح في اقل من ثلثة دنانير كذا ذكر في الخلاف شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وقال القدوري

لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه

في كتاب التقريب روى ابن سماعة عن ابي يوسف رح عن ابي حنيفة رح مثل قولهما وجه قول الشافعي رح انه وصف الدراهم مثلا بصفة لا يمكن العمل بها وهي الكثرة فيلغو ذكرها وذلك لان اثبات صفة الكثير والمقدار من المقادير الكثيرة على التعيين غير ممكن لا باعتبار الحقيقة ولا باعتبار العرف ولا باعتبار الحكم اما من حيث الحقيقة فلان الكثرة امر اضافي يصدق بعد الواحد على كل عدد واما من حيث العرف فلان الناس متفاوتون في ذلك فكم من كثير عند قوم قليل عند الآخرين واما من حيث الحكم فلان حكم الشيء يتعلق تارة بالعشرة عند البعض وبما دونه عند الآخر كما في نصاب السرقة والمهر ويتعلق تارة بالمائتين كما في نصاب الزكوة فهو حرمة الصدقة ويتعلق تارة باكثر من المائتين كما في الاستطاعة في الحج في الاماكن البعيدة فلم يكن العمل بها اصلا فاذا تعذر العمل بها لغا ذكرها فيعمل بقوله دراهم وينصرف الى ثلثة ووجه قول ابي يوسف رح ومحمد رح ما اشار اليه المصنف رح بقوله لان صاحب النصاب يعني صاحب الزكوة مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره تدفع زكوته والتصدق على الفقير بخلاف ما دونه النصاب فان صاحبه مقل ولهذا لم يلزمه مواساة غيره قال صاحب العناية في تقرير دليلهما وقالا امكن العمل بها اي بالكثرة حكما لان في النصاب كثرة حكمية فالعمل به اولى من الالغاء انتهى اقول فيه نظر لان نصاب الزكوة وان كان له كثرة في ترتب حكم وجوب الزكوة الا ان نصاب السرقة والمهر وهو العشرة عندنا له ايضا كثرة في ترتب حكم ثبوت قطع اليد واستباحة البضع وكذا الاكثر من المائتين لما يحصل به الاستطاعة في الحج من الاماكن البعيدة له كثرة في حكم ترتب وجوب الحج فوقع التعارض بين هاتيك الكثرات الحكمية فلم يكن العمل باحدها على التعيين فقوله لان في النصاب كثرة حكمية لا يجدي شيئا وهو ظاهر وكذا قوله فالعمل به اولى من الالغاء لان اولوية العمل به من الالغاء لا يستلزم اولوية العمل به من العمل لما فيه كثرة اخرى فلا يتم المطلوب قال صاحب العناية في تقرير دليلهما ولابي يوسف رح ومحمد رح ان العمل بهذه الصفة وان تعذر من حيث الحقيقة والعرف كما قال الشافعي رح امكن العمل بها حكما ولا يلغى من كلام العاقل ما امكن تصحيحه فيجب حمل الكثرة على الكثرة من حيث الحكم حتى لا تلغو هذه الصفة فصار كانه قال لفلان علي دراهم كثيرة حكما والدراهم الكثيرة حكما من كل وجه مائتا درهم لانها كثيرة شرعا في حق القطع والمهر ووجوب الزكوة وحرمة الصدقة واما العشرة ان كانت كثيرة في حق القطع وجواز النكاح ففي حق حرمة الصدقة ووجوب الزكوة قليل ومطلق الاسم ينصرف الى الكامل من ذلك الاسم لا الى الناقص واقل ما يطلق عليه اسم الكثرة حكما من كل وجه مائتا درهم فاما العشرة بين القليل والكثير من حيث الحكم فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما انتهى كلامه اقول فيه ايضا نظر لان ما بسطه وان افاد في الظاهر اولوية حمل الدراهم الكثيرة على المائتين من حملها على العشرة لكن لم يفد اولوية حملها على المائتين من حملها على الاكثر من المائتين مما يترتب عليه حكم وجوب الحج من الاماكن البعيدة كما ادرجه نفسه ايضا في تقرير دليل الشافعي رح بل افاد اولوية العكس لان الاكثر من المائتين هو الذي تحقق فيه الكثرة حكما من كل وجه فانه كثير في حق وجوب الحج ايضا من الاماكن البعيدة واما المائتان فهو بين القليل والكثير بالنظر الى حكم الحج من الاماكن البعيدة فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما فلم يتم المطلوب تامل وله اي ولابي حنيفة رحمه الله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع اي عند كونه مميزا للعدد يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما يعني ان العدد اذا جاوز العشرة يصير مميزه مفردا لا جمعا فيكون اي العشرة هو الاكثر من حيث اللفظ اي من حيث دلالة اللفظ عليه فينصرف اليه لان العمل بما دل عليه اللفظ اذا كان ممكنا ولم يوجد مانع من الصرف اليه لا يعدل الى غيره كذا في العناية لا يقال ينبغي ان يصدق فيما بين الثلثة والعشرة لانه كثير لانا نقول لما ذكر الكثرة صار كذكر الجنس فيستغرق اللفظ ما يصلح له كذا في غاية البيان اقول بقي ههنا شيء وهو ان كون العشرة اقصى ما ينتهي اسم الجمع انما هو عند اقتران اسم الجمع بالعدد بان يكون مميزا له كما نبهنا عليه آنفا لا عند انفراده عنه فانه يجوز ان يراد بجمع الكثرة حال الانفراد ما فوق العشرة الى ما لا نهاية له كما لا يخفى على العارف في اللغة ومسئلتنا مفروضة في حال انفراد الدراهم عن ذكر العدد فما معنى اعتبار حكم حال الاقتران فيها البتة قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في تعليل قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة لان جمع الكثرة اقله عشرة

ولو قال دراهم فهي ثلثة لانها اقل الجمع الصحيح لان يتيقن بكونه مرادا لان اللفظ يعتمله ويصرف الى الوزن المتعارف

قوله ليس في لكن بصحيح اما اولا فلان جميع الكثرة اقله احد عشر لاعشرة على ما نقله في علم الخوقال الفاضل الرضي قالوا مطلق الجمع على ما هو قلة وكثرة والمراد بالقلة ما دل على ثلثة الى العشرة والحدان داخلان بالكثير فوق العشرة انتهى واما ثانيا فلانه لو كانت علة قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة كون اقل جمع الكثرة عشرة لزم ان لا يصدق ايضا عنده في اقل من عشرة فيما اذا قال علي دراهم بعد ان ذكر وصف الكثرة مع انه يصدق هناك في ثلثة بالاتفاق كما ياتي والاولى في تعليل قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة ما ذكره صاحب الغاية حيث قال وانما قال ابو حنيفة رح ان الكثرة من حيث الحكم غير مذكور ايضا وانما ثبت ضرورة ان لا تصغر منه الكثرة لغوا فان العمل بها باعتبار الحقيقة والعرف متعذر وما ثبت لتصحيح الغير يثبت ادنى ما يصح به الغير وادنى ما يثبت به الكثرة من حيث الحكم عشرة دراهم فان التقطع متعلق شرعا بالكثير من المال لا بالقليل على ما روي انه كان لا يقطع في اقل من التافه ثم اعتبر النصاب في قول لا يقطع واستباحة البضع عشرة فيلزمه عشرة انتهى قال الشيخ ابو نصر البغدادي والفرق لابي حنيفة رح بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله دراهم عظيم ان قوله دراهم كثيرة يفيد ان الكثرة بكون بزيادة العدد فاعتبر الكثرة التي تليق الى العدد وقوله دراهم عظيم لا يفسر عليه فوجب ان يجاء على اقل ما يتصف به من حيث العدد وهو ثلثة انتهى ما يصير به عينا فيجب الكثرة فيه فاعتبر ذلك لو قال دراهم فوق ثلثة بلفظ القدوري في مختصره يعني لو قال له علي دراهم وجب عليه ثلثة دراهم بالاتفاق قال المصنف في تعليله لانه قال الجمع الصحيح يعني ان اقل ما هو جمع واقل الجمع الصحيح فيلزمه ثلثة لكونه متيقنا فيه بحث لانه ان كان لفظ الصحيح في قوله لانه اقل الجمع الصحيح صفة الجمع كما هو المتبادر من ظاهر تركيب يرد عليه ان اقل الدراهم ليس بجمع صحيح بل هو جمع تكسير فخلاف ما يقتضيه الدليل لعدم وجدان ما اشتق منه وان كان صفة لاقل الجمع كما هو قول صاحب الكافي لا نسلم ان اقل الجمع المتيقن عليه وقول صاحب الغاية ان اقل الجمع الذي لا خلاف فيه بخلاف المثنى يحتاج عليه ان كون اقل الجمع ثلثة انما هو في جمع القلة دون جميع الكثرة فان اقل جمع الكثرة احد عشر كما مر بيانه انفا والدراهم جمع كثرة اذ قد تقرر في كتب النحو ان جمع مثل الجمع بالكسر جمع كثرة سوى الاشكال الاربعة المعروفة وهي افعل افعال افعلة وفعلة عند الكل وسوى فعلة كما كان عند الفراء وسوى افعلا كما صدق في نقل التبريزي والفظ الدراهم ليس من احد هذه الاشكال فكان جمع كثرة قطعا فلم يتم المطلوب ثم اقول يمكن الجواب عن ذلك بوجهين من اختيار الشق الثاني من التقريب الاول ان الفاضل الرضي صرح بان كل جمع مكسر للرباعي الاصل حروفه مشتركة بين القلة والكثرة ولا شك ان الدراهم من هذا القبيل فلما اشترك بين القلة والكثرة كان اقله المتيقن هو الثلثة فتم المطلوب والثاني ان المحقق التفتازاني قال في التلويح في اوائل مباحث اللفظ العام بعد تحقيق ما ذهب اليه اكثر الصحابة والفقهاء ائمة اللغة من ان اقل الجمع ثلثة واعلم انهم لم يفرقوا في هذا المقام بين جمع القلة وجمع الكثرة فدل بظاهره على ان التفرقة بينهما انما هي في جانب الزيادة يعني ان جمع القلة مختص بالعشرة فما دونها وجمع الكثرة غير مختص لا مختص بما فوق العشرة وهذا اوفق بالاستعمالات وان صرح بخلافه كثير من الثقات انتهى كلامه فيجوز ان يكون مدار الدليل المذكور على ما هو الاوفق بالاستعمالات وتقريرات اهل الاصول من كون التفرقة بين جمعي القلة والكثرة في جانب الزيادة لا في جانب النقصان فقد ربما لا ان يسمع اكثر منه اذ من ثمة كلام القدوري في مختصره يعني الا ان يبين المقر اكثر من الثلثة فحينئذ يلزمه ما بينه قال المصنف لان اللفظ اي لفظ الجمع يحتمل الاكثر من الثلثة ولا حد فيه لكونه عليه لا ويصرف الى الوزن المتعارف اي الى الوزن المتعارف وهو غالب نقد البلد لان المطلق من الالفاظ ينصرف الى المتعارف كما مر في البيوع ولا يصدق في اقل من ذلك لانه يريد التخفيف عما اقتضاه كلامه قال في النهاية وان لم يكن فيه شيء متعارف يحمل على وزن سبعة فان الوزن المعتبر في الشرع هكذا ذكر في الغاية وقال في البدائع وان كانا لما دارا في بلد يتعاملون فيه بدراهم وزنها ينقص من وزن سبعة حتى اقراره على ذلك الوزن لانصراف مطلق الكلام الى المتعارف حتى لو ادعى وزنا

او قال كذا درهما بعد درهم او قبل درهم لا يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر عددين مختلفين بحرف العطف فاقل ما يدخل تحت المفسر احد عشر وقال زفر يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر عددين متجانسين بحرف العطف فاقل ما يدخل تحت المفسر احد عشر ونحن نجعل كل واحد منهما على انفراده وقال كذا درهما فوق درهم لانه تفسير للسبهم

اقل من وزن بلده لا يصدق لانه يكون رجوعا ولو كان في البلد اوزان مختلفة يعتبر فيه الغالب كما في نقد البلد فان استوت يحمل على اقل الاوزان لانه متيقن به والزيادة مشكوك فيها فلا يثبت مع الشك انتهى اقول بيان المذكورين في المتنة والبدائع في صورة التساوي تفاوت بل تخالف لا يخفى ولو قال كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما بهذا لفظ القدوري في مختصره يعني لو قال على كذا كذا درهما لزمه احد عشر درهما ولم يعتبر قوله في اقل من ذلك قال المصنف في تعليله اي المقرر ذكر عددين بحرفي تركيب هما كنايتان عن العدد المبهم ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك ما كان عددين ليس بينهما حرف العطف من المفسر من العدد والمفسر المصرح به احد عشر واكثر تسعة عشر فانه يقال احد عشر الى تسعة عشر فيلزمه الاقل المتيقن من غير بيان مع احتمال الزيادة توقف على بيانه ولو قال كذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين هذا ايضا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله لانه ذكر عددين بحرفي العطف واقل ذلك من المفسر وعشرون فيحمل كل واحد منه على نظيره يعني ان لفظ كذا كناية عن العدد والاصل في استعماله اعتباره بالمفسر اي بالعدد الصريح فالمراد نظير في الاعداد المفسرة يحمل على اقل ما يكون من ذلك النوع لكونه متيقنا فاذا قال له علي كذا كذا درهما فكانه قال له علي احد عشر درهما واذا قال له علي كذا وكذا درهما وكانه قال له علي احد وعشرون درهما وقوله كذا درهما فوق درهم في هذه المسئلة ذكر بالصاد المهملة وقد ذكر بالمعجمة في بعض النسخ وهو تصحيف والصواب بالمهملة كما ذكره المصنف في المتن وشرحه وذكر بالمعجمة في بعض النسخ وهو تصحيف والصواب بالمهملة كما ذكره المصنف في المتن وشرحه وذكر بالمعجمة في بعض النسخ وهو تصحيف والصواب بالمهملة كما ذكره المصنف في المتن وشرحه

كذا درهما فوق درهم في هذه المسئلة بالصاد المهملة وقد ذكر بالمعجمة في بعض النسخ وهو تصحيف والصواب بالمهملة كما ذكره المصنف في المتن وشرحه وذكر بالمعجمة في بعض النسخ وهو تصحيف والصواب بالمهملة كما ذكره المصنف في المتن وشرحه وذكر بالمعجمة في بعض النسخ وهو تصحيف والصواب بالمهملة كما ذكره المصنف في المتن وشرحه

كذا درهما فوق درهم في هذه المسئلة بالصاد المهملة وقد ذكر بالمعجمة في بعض النسخ وهو تصحيف والصواب بالمهملة كما ذكره المصنف في المتن وشرحه وذكر بالمعجمة في بعض النسخ وهو تصحيف والصواب بالمهملة كما ذكره المصنف في المتن وشرحه وذكر بالمعجمة في بعض النسخ وهو تصحيف والصواب بالمهملة كما ذكره المصنف في المتن وشرحه

كذا درهما فوق درهم في هذه المسئلة بالصاد المهملة وقد ذكر بالمعجمة في بعض النسخ وهو تصحيف والصواب بالمهملة كما ذكره المصنف في المتن وشرحه وذكر بالمعجمة في بعض النسخ وهو تصحيف والصواب بالمهملة كما ذكره المصنف في المتن وشرحه وذكر بالمعجمة في بعض النسخ وهو تصحيف والصواب بالمهملة كما ذكره المصنف في المتن وشرحه

كذا درهما فوق درهم في هذه المسئلة بالصاد المهملة وقد ذكر بالمعجمة في بعض النسخ وهو تصحيف والصواب بالمهملة كما ذكره المصنف في المتن وشرحه وذكر بالمعجمة في بعض النسخ وهو تصحيف والصواب بالمهملة كما ذكره المصنف في المتن وشرحه وذكر بالمعجمة في بعض النسخ وهو تصحيف والصواب بالمهملة كما ذكره المصنف في المتن وشرحه

ولو ثلث كذا بغير واو فالف وعشرة لانه لا نظير له سواه وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون وان ربع زيد عليها الف لان ذلك نظيره **قال** وان قال له على او قبلي فقد اقر بالدين لان على صيغة ايجاب

وذكره الامام الزيلعي رح في شرح الكنز نقلا عنه وقال صاحب معراج الدراية وبالنقل ابو نصر اقتصر في الغني وصاحب النهاية عن محمد انه ذكر اذا قال كذا درهما لزمه عشرون عنده لانه اقل عدد يفسر بالواحد المنصوب خلاف ما ذكر في الهداية والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان كما ذكرنا ولم اجد في الكتب المشهورة لاصحابنا انتهى كلامه اقول كانه لم ير ما ذكر في مختصر الاسرار وشرح المختار او لم يعد هاتين من الكتب المشهورة لاصحابنا او اراد انه لم يجده منقولا عن محمد رح في الكتب المشهورة لاصحابنا ثم ان التعليل المذكور في المنقول المزبور وهو قوله لانه اقل عدد يفسر بالواحد المنصوب قاصر في الظاهر لان اقل عدد يفسر بالواحد المنصوب انما هو احد عشر دون عشرين فكان مراده انه اقل عدد غير مركب يفسر بالواحد كما صرح بنفي غيره ان لم يكن لفظه مساعدا لذلك المراد **و لو ثلث كذا بغير واو** اي لو ذكر لفظة كذا ثلث مرات بغير واو فقال كذا كذا كذا درهما **فاحد عشر** اي فالذي يلزمه احد عشر درهما **لانه لا نظير له سواه** اي لا نظير له في الاعداد الصريحة سوى احد عشر يعني سوى ما كان في قولنا احد عشر فيحمل الاثنان من تلك الثلثة على احد عشر لكونهما نظيري عددين مركبين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك احد عشر ويحمل الواحد منها على التكرير والتاكيد لضرورة عدم الثلثة اعدادا مجتمعة وذكرت بلا عاطف كما قالوا **وان ثلث بالواو** بان قال كذا وكذا وكذا **فمائة واحد وعشرون** اي فالذي يلزمه هذا المقدار **وان ربع** بان قال كذا وكذا وكذا وكذا **زيد عليها** اي على مائة واحد وعشرين **الف** فيصير الف ومائة واحد وعشرون **لان ذلك نظيره** اي لان العدد الذي ذكرنا انه يلزم في صورتي التثليث والتربيع نظير لما ذكره المقر في تلك الصورتين اي قول كان نظيرا له فينبغي ان يكون قوله لان ذلك نظيره تعليلا لمجموع الصورتين كما هو الظاهر من ذكر التعليل في صورة التثليث وتاخيره الى ههنا ويحتمل ان يكون ذلك تعليلا للقريبة اعني صورة التربيع ويكون تعليل صورة التثليث متروكا لانفهامه مما ذكره في غيره كما صرح به تحرير صاحب الكافي حيث قال ولو قال كذا وكذا وكذا درهما فمائة واحد وعشرون لانه اقل ما يعبر عنه بثلثة اعداد مع العاطف ولو ربع يزاد عليها الالف لانه نظيره انتهى وقال الامام الزيلعي في التبيين ولو خمس بالواو ينبغي ان يزاد عشرة آلاف ولو سدس تزاد مائة الف ولو سبع يزاد الف الف وعلى هذا كلما زاد عددا معطوفا بالواو وزيد عليه ما جرت العادة به الى ما لا يتناهى انتهى وقال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه هذا كله اذا قال بالنصب اما اذا قال درهم بالخفض بان قال كذا درهم يلزمه مائة درهم وقال بكذا روي عن محمد لانه ذكر عددا مبهما مرة واحدة وذكر الدرهم عقيبه بالخفض فيعتبر بعدد واحد صريح يستقيم كذا ذكر الدرهم عقيبه بالخفض واقل ذلك مائة درهم وان قال كذا كذا درهم يلزمه ثلثمائة درهم لانه ذكر عددين مبهمين لم يذكر بينهما واو العطف وذكر الدرهم عقيبهما بالخفض واقل ذلك من العدد الصريح ثلثمائة لان ثلثا عدد ومائة عدد وليس بينهما حرف العطف ويستقيم ذكر الدرهم بالخفض عقيبهما انتهى كلامه وقال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد واذا اقر ان لفلان عليه كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا فعليه من كل واحد منهما احد عشر لانه لو افرد كل واحد منهما في الذكر لزمه احد عشر فكذلك اذا جمع بينهما يلزمه من كل واحد احد عشر ولو قال له علي كذا كذا دينارا ودرهما كان عليه احد عشر منهما جميعا وكيف يقسم القياس ان يكون خمسة ونصف من الدراهم وخمسة ونصف من الدنانير الا انا نقول لو فعلنا ذلك ادى الى الكسر وليس في لفظه ما يدل على الكسر فيجعل ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير فان قيل بل جعلت ستة من الدنانير وخمسة من الدراهم قلنا لان الدراهم اقل قيمة من الدنانير فصرفناه اليها احتياطا الى هنا كلامه **قال** اي قال محمد رح في الاصل **وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين** لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذه المسئلة في الجامع الصغير وانما ذكرها في الاصل والمراد بكونه مقرا بالدين في قوله له علي ما اشار اليه المصنف رح بقوله **لان على صيغة ايجاب** وتقريره ان على كلمة الزام لاخبار عن الواجب في الذمة واشتقاقه من العلو وانما يعلوه اذا كان دينا في ذمته لا يجد بدا من قضائه كذا في النهاية وتقرير آخر ان الدين ان لم يذكر صريحا في قوله له علي فقد ذكر اقتضاء لان كلمة على تستعمل في الايجاب قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت ومحل الايجاب الذمة والثابت في الذمة الدين لا العين فصار مقرا بالدين لا العين كذا في غاية البيان ثم ذكر في النهاية ايضا نقلا عن الامام المحبوبي وانما جعل كونه

والمال محله فيصير كأنه قال ضمن ما في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ودعها عندي وهلك كان القول قوله لأنه أقر بالأمانة لأن اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه
وفي بعض النسخ في موضعه لا مقصودا وقال زفر وفي بعض النسخ المختصر وفي قوله قبلي إقرار بالأمانة لأن اللفظ ينتظمهما حتى
لو قال لفلان قبلي ألف درهم إن برأ عن الدين فله الأمانة جميعا والأول أصح وكذا لو قال عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في
صندوقي فهو إقرار بالمال المضمون به لأن كل ذلك إقرار بكون الشيء في يده وذلك يكون في المضمون والأمانة فيثبت أقلهما

مقرا بالدين في قوله قبلي فأشار إليه بقوله قلت بعني عن الضمان لأن هذا عبارة عن اللزوم لا إلى الملك الذي هو حجة الدين يسمى قبالة وإن الكفيل يسمى قبيلا
هذا من حيث اللغة كذا في النهاية نقلا عن المبسوط على ما مر في الكفالة سواء تعقد الكفالة بقبول الأمر بالتقبيل لأن التقبيل هو الكفيل أو إن تقبل هو أن يكون بمعنى الكفيل
وتقرر معنى الضمان لا يقتضي كون قبلي بمعنى عن الضمان لأن كلمة قبل غير كلمة التقبيل ولم يذكر في كتب اللغة مجيء الأولى بمعنى الثانية فقد قال الذي ذكره أئمة اللغة في
كتبهم وإن قيل فلان بمعنى عنده وإن قبلا بمعنى مقابلة وعيانا وإن يجيء قبل بمعنى طاقة قالوا راية قبلا أي مقابلة وعيانا قال الله تعالى وما يتبع الغراب قبلا
أي عيانا وأما قبل فلان حق أي عنده وما لي قبل أي طاقة وأما استعمال كلمة قبل في معنى الضمان فلم يسمع منهم قط والحاصل أن كتب اللغة غير مساعدة لهذه
الرواية في بادئ الرأي فتأمل ولو قال المقر في قوله علي أو قبلي هو وديعة ووصل أي وصل قوله علي أو قبلي بقوله هو وديعة صدق لأن اللفظ يحتمله أي يحتمل قوله
مجازا أي من حيث المجاز حيث يكون المضمون حفظا أي حفظ المودع فإن المودع يلتزم حفظ الوديعة والمال محله أي محل الحفظ فقد ذكر المحل وهو المال الوديعة قوله أي محل الحفظ
الحال وهو حفظ فرجاز كما في قوله نهر جار للكنه تغيير عن وضعه فيصدق موصولا لا مفصولا لأنه صار بيانا لتغيير بيان التغيير يقبل موصولا لا مفصولا كما في الاستثناء بالمشيئة
قال أي قال المصنف رضي الله عنه وفي نسخ المختصر يعني مختصر القدوري في قوله قبلي أي موقع في قول المقر قبلي إنما قلنا إقرار بالأمانة لأن اللفظ ينتظمها أي ينتظم الدين قوله لبعض نسخ
والأمانة حتى صار قوله أي قول القائل للحق لي قبل فلان أبرأ عن الدين والأمانة جميعا نص عليه محمد رح في الأصل حيث قال إذا قال الحق لي على فلان أو
فلان مما هو مضمون عليه وإن قال الحق عنده فهو بري مما أصله الأمانة وإن قال الحق لي قبل فلان بريء مما عليه ومما عنده لأن ما عنده قبله وما على قبله
انتهى والأمانة أقلهما هذا تتمة الدليل يعني أن الأمانة أقل الدين والأمانة تحمل قول المقر عليها لكونها الأدنى المتيقن قال المصنف رح والأول أصح وإلى ذكر في الأصل
هو الأصح قال في الكافي والأول ذكره في المبسوط وهو الأصح لأن استعمال الديون أغلب الكثير فكان الحمل عليه أحرى وأجدر وقال في معراج الدراية والأول
وهو ما قال إقرار بالدين أصح ذكره في المبسوط وحمل باب استعمال الدين أغلب وأكثر فكان الحمل عليه أولى انتهى أقول لقائل أن يقول يقتضي هذا التعليل بأنه إذا
قال الحق لي قبل فلان فإنه لم يحمل هناك على الدين خاصة بل حمل بادئ الدين والأمانة جميعا بالاتفاق مع جريان هذا التعليل هناك أيضا ثم أقول
يمكن دفع ذلك بإمكان الفرق بين الصورتين بأن احدهما صورة الإثبات ولما لم تيسر جمع إثبات الدين وإثبات الأمانة في شيء واحد حمل على ما هو الأرجح منهما
في هذه الصورة وأما الأخرى فصورة النفي ولما تيسر جمع نفي الدين ونفي الأمانة عن شيء حمل على نفيهما معا في تلك الصورة ويؤيد هذا الفرق ما ذكره المصنف رح
في باب الوصية للأقارب في غير هم من كتاب الوصايا حيث قال ومن أوصى لمواليه ولمواليه أعتقوه فالوصية باطلة ثم قال ولأن الجهة مختلفة
لأن أحدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الإثبات بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الأعلى
والأسفل لأنه مقام النفي وهذا تمام ما في كلامه واعلم أنه كان قياس ترتيب وضع المسألة أن يذكر أولا ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكر في الأصل لأن المبدأ في
شرح البداية الذي تجمع مسائل الجامع الصغير مختصره القدوري والزوائد عليه ما ذكره على سبيل التفريع الآتي المعرف لما إلى الكلام المذكور فالأصل هو الأصح فقد
في الذكر ولهذا لم يذكر في البداية غير ما ذكر في الأصل لو قال عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في صندوقي فهو إقرار بالأمانة في يده وهذه كلها مسائل الأصل
قال المصنف رح فيحملها لأن كل ذلك إقرار بكون الشيء في يده لأنه لا يتوصل إلى مضمون إلا بعد ثبوت الأمانة فيحمل هو الأمانة توصلا إلى العمل بالدليلين بحمل الدين
يحتمل أن يكون مضمونا والأمانة أو نهايا فيحمل عليها المتيقن بها وهذا لأن الكلام عند الإقرار مع المقر لا غير فيكون من خصائص المقر لا يحتمل الدين باستعماله كونه في
هذا المكان فإن كنت من خصائص المقر فيثبت الأمانة لما ذكرنا والأن هذه الكلمات في العرف والعادة يستعمل في الأمانات ومطلق الكلام يحمل على العرف

ولو قال لرجل لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار لان المعاني كلها اقرار والشافعي كتب في
عن المذكور في الدعوى فكان قوله اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها كناية لكون اقرارا للمدعي لصيرورته
حتى يجب القضاء ويتلو الوجوب دعواه الابراء كالقضاء لما بينا فكذا ذكر الصدقة لعلك تقضي سابقة الوجوب ولو قال احلتك بها على فان لم تعطني الى

كذا في التبيين فان قلت يشكل بما اذا قال لرجل مائة درهم ودين في ذمتي او وديعة او وديعة ودين فانه اقرار بالدين لا بالامانة مع ان الامانة اقلها قلت يتنوع اللفظ الى
الضمان والامانة فيما نحن فيه انما نشأ من لفظ واحد وفي تلك المسألة من لفظين والاصل ان واحد اللفظين اذا كان للامانة والآخر للامرين فاذا جمع بينهما في الاقرار
يترجح الدين كذا في المبسوط قال في النهاية لقائل ان يقول هذا عين المبسوط وهذا المعنى وهو ان استعارة اللفظ الذي يوجب الدين لما يوجب الامانة ممكن لا على الكل لانه
حينئذ يلزم استعارة الادنى للاعلى وذلك لا يصح كما لا يصح استعارة لفظ الطلاق للعتاق لما في الاول فكان فيه استعارة الاعلى للادنى وهو صحيح كاستعارة العتق
للطلاق والاستعارة انما تصح في اللفظين لا في اللفظ الواحد المحتمل للشيئين بل انما ينظر فيه الى ما هو الاعلى لتحمل الادنى المتيقن فيحمل على الادنى المتيقن لشبوته يقينا
انتهى ولو قال الرجل لعلك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار لانه كلمة لفظ القدوري في مختصره يعني ان ما ذكره المجيب في هذه الصور
كلها يكون اقرارا بالمدعى لان بارجوبا اذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور او لانه اعادة بصريح لفظه فلما قرن كلامه في الاول والثاني بالكناية رجع
الى المذكور في الدعوى واليه اشار المصنف بقوله لان الساقي الاول والثاني اي في قوله اتزنها وفي قوله انتقدها كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال في الاول اتزن الالف
التي لك علي وفي الثاني انتقد الالف التي لك على فصار كما لو اجاب بنعم لكونه غير مستقل بنفسه وقد اخرجه مخرج الجواب حتى لو لم يذكر حرف الكناية يعني الها لا يكون كلاما
اقرارا بالمدعى لعدم انصرافه اي لعدم انصراف كلامه الى المذكور اي الى المذكور في الدعوى لكونه مستقلا بنفسه وكانه قال اقصد وزنا للناس وانفاذهم
دراهمهم واكتساب المال ولا توزن بالدعوى الباطلة والتاجيل انما يكون في حق واجب هذا اشارة الى تعليله كون قوله اجلني بها اقرارا يعني ان التاجيل
انما يكون في حق واجب لانه لا تاجيل في ما يقتضي فلك ان يكون طلب التاجيل اقرارا بحق واجب والقضاء يتلو الوجوب اي يتبع الوجوب هذا اشارة الى
تعليل كون قوله قد قضيتكها اقرارا يعني ان القضاء يقتضي سبق الوجوب لانه تسليم مثل الواجب فلا يتصور بدونه فلما ادعى قضاء الالف صار مقرا بالوجوب
ودعوى الابراء بان قال ابرأتني منها كالقضاء اي كدعوى القضاء لما بينا اشار بالى قوله والقضاء يتلو الوجوب يعني ان الابراء ايضا يتلو الوجوب
لان الابراء اسقاط وهذا انما يكون في مال واجب عليه كذا في الكافي اقول ههنا اشكال هو انه قد لطخت كلمة الفقهاء في كتاب الاقرار على ان قول المدعى عليه
بالالف للمدعي قد قضيتكها او ابرأتني منها اقرار يوجب الالف عليه وقالوا في تعليل هذا ان القضاء يتلو الوجوب وكذا الابراء يتلوه وقد صرحوا في كتاب
الدعوى في اكثر المعتبرات وفي مسائل شتى من كتاب القضاء في الهداية والوقاية ان المدعى عليه بالالف لو قال للمدعي ليس لك علي شيء قط او كان لك
علي شيء قد استوفيته او ابرأتني منه او ادى المدعى اليه او ابرأه المدعي اياه من تلك الالف واقام بينة على ذلك سمعت دعواه وقبلت بينته عند اصحابنا سوى زفر
وقالوا في تعليل ذلك ان التوفيق ممكن لان يصير الحق قد تقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة حتى قال المصنف هناك الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على
شيء فيثبت ثم يقضي ولم يتعبروا قول زفر هناك القضاء يتلو الوجوب وكذا الابراء وقد ادعى فيكون مناقضا فكان بين كلاميهم المقررين في المقامين تدافع
كما لا يخفى تدبر وكذا دعوى الصدقة والهبة يعني لو قال تصدقت بها عليك او وهبتها لك كان ذلك ايضا اقرارا لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب يعني ان الصدقة والهبة
من قبيل التمليك فدعوى الصدقة والهبة دعوى التمليك منه وذا لا يكون الا بعد وجوب المال في ذمته كما لا يخفى وكذا لو قال ما هلك بها علي فلان لي كان
هذا القول منه ايضا اقرارا لانه تحويل العين عن ملكه وذا لا يكون بدون الوجوب وكذا لو قال والله لا اقضيكها اليوم او لا ازنها لك اليوم لانه نفى القضاء
والوزن في وقت بعينه وذلك لا يكون الا بعد وجوب اصل المال عليه فاما اذا لم يكن اصل المال واجبا عليه فالقضاء يكون منتفيا ابدا فلا يحتاج الى تاكيد ففي اقتضاء
باليمين لا ينفي نفسه منتف كذا في المبسوط ولو قيل لرجل علي لفلان كذا فادعى براءة منه لا يكون اقرارا لان الاشارة من الاخرس قائمة مقام الكلام على

قال ومن اقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بمال وادعى حق النفسه فيه فضلا عما اذا اقر بعين في يده وادعى الاجنبي بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه فقدمت قال ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر وان قال له على مائة وعشرة دراهم كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد للرجوع في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي رح وان المائة والدرهم معطوف عليها بالواو والعاطفة لا تفسير لها فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدراهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العدد من غير ذكر الدراهم فيما يكثر استعماله

كذا في الكافي وغيره قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا هذا عندنا وقال الشافعي رح لا يلزمه الدين مؤجلا لانه اقر بمال موصوف بانه مؤجل الى وقت فيلزمه بالوصف الذي اقر به وهذا ليس بشيء لان الاجل حق لمن عليه المال كيف يكون صفة للمال الذي هو حق الدائن ولكنه موخر للمطالبة الى مضيه فكان دعواه الاجل كدعواه الابراء كذا ذكر في باب الاستثناء من المبسوط قال المصنف رح في تعليل قول اصحابنا لان المقر بدين مؤجل اقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه اي في ذلك المال فيصدق في الاقرار بلا حجة دون الدعوى فصار اي فصار المقر في هذه الصورة كما اذا اقر لغيره بعبد في يده اي بعبد كائن في يد نفسه بانه ملك ذلك الغير وادعى الاجارة اي ادعى انه استاجر هذا العبد من صاحبه فصدقه المقر له في الملك دون الاجارة فانه لا يصدق هناك في دعوى الاجارة فكذا ههنا في دعوى الاجل بخلاف الاقرار بالدراهم السود اي بخلاف ما لو اقر بالدراهم السود فصدقه المقر له بالدراهم دون وصف السواد حيث يلزمه الدراهم السود دون البيض لانه اي لان السواد صفة فيه اي في الدراهم او فيما اقر به فيلزمه ما اقر به على الصفة التي اقر بها واما الاجل فليس بصفة في الديون الواجبة بغير عقد الكفالة كالقرض وثمن المبيعات والمهر وقيم المتلفات بل الاجل فيها امر عارض ولهذا لا يثبت بلا شرط فالقول المنكر العارض وقد اشار اليه بقوله وقد مرت المسئلة في الكفالة فانه قال في فصل الضمان من كتاب الكفالة ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر فقال المقر له بل حالة فالقول قول المدعي وان قال خمسة لك على فلان مائة الى شهر وقال المقر له بل حالة فالقول قول الضامن قال وجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى لنفسه حقا وهو تاخير المطالبة الى الاجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بالمجيء والمطالب بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بالشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في اختيار الاجل في الكفالة نوع حتى يثبت من غير شرط بان كان موجلا على الاصيل انتهى قال اي القدوري في مختصره ويستحلف المقر له اي يستحلف القاضي المقر في مسئلتنا هذه على الاجل اي على انكار الاجل فانه منكر حقا عليه فان المقر يدعي عليه التاجيل وهو ينكر ذلك واليمين على المنكر بالحديث المشهور قال في النهاية وفي الذخيرة في الفصل الاول من كتاب الاقرار ولا يبطل الاقرار بالحلف حتى ان من اقر لرجل ثم انكر فاستحلف القاضي فحلف ثم اقام المطلب بينة على اقراره قضى له بالمقر به فان قال له على مائة درهم لزمه كلها دراهم وكذا لو قال مائة ودرهمان او مائة وثلثة دراهم ذكره الامام قاضيخان حيث قال في فتاواه ولو قال له على الف ودرهم او على الف ودرهمان او الف وثلثة دراهم كان الكل دراهم انتهى ولو قال مائة وثوب اي لو قال له على مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه اي الى المقر قال المصنف رح وهو القياس في الاول يعني ان لزوم درهم واحد الرجوع في تفسير المائة الى المقر هو القياس في الفصل الاول ايضا وهو قوله له على مائة ودرهم ونظائره وبه قال الشافعي رح اي وبالقياس اخذ الشافعي رح في هذا الفصل ايضا لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها اي على المائة بالواو والعاطفة لا تفسير لها لان العطف لم يوضع للبيان بل هو يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وهو قوله له على مائة وثوب ونحو ذلك فلا بد من المصير الى البيان ولكن علماؤنا رحمهم الله تعالى فرقوا بين الفصلين واخذوا بالاستحسان في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون فجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف فيما اذا قال له على مائة درهم ومائة ودرهم ومائة وعشرة دراهم ومائة ودينار قال المصنف رح وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين انهم اي الناس استثقلوا تكرار الدراهم في كل عدد واكتفوا بذكره اي بذكر الدراهم مرة عقيب العدد الاخير اي انهم يقولون احد عشر درهما فيكتفون بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيرا للكل وهذا اي استثقالهم فيما يكثر استعماله وذلك اي كثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك اي كثرة الوجوب بكثرة الاسباب في الدراهم والمكيل والموزون يعني فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لشبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض بها لعموم البلوى اما الثياب فلا

وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وغلائه في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون واما الثياب وكالاكيال والموزون فلا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب لان ذكر العددين يجعلهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف الجمع كله استوائهما في الحاجة الى تفسير فكان كله تفسيرا **قال** ومن اقر بقوصرة تمر القوصرة وقشرها لان الاهل يقول له غصبت مني قوصرة تمر وهما ان القوصرة وعاء وظرف له وغصب الشئ وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق

وما لا يوزن لا يكثر وجوبها فان الثياب لا يثبت في الذمة دينا الا في السلم والشاة ونحوها لا يثبت دينا في الذمة اصلا فبقي اسم بقي هذا القسم على الحقيقة اي على الاصل وهو ان يكون بيان المجمل الى المجمل الا الى المعطوف لعدم صلاحية العطف للتفسير الا عند الضرورة وقد اندفعت ههنا اقول في تقريره الاستدلال على ما ذكره المصنف نظرا اولا فلان اكتفاءهم بذكر الدراهم مرة عقيب العددين لا يجري فيما نحن فيه اذا لم يذكر الدراهم فيه عقيب احد العددين بل انما ذكر عقيب واحد وهو المائة وانما فلا نهم اكتفوا بذكر مثل الثوب ايضا عقيب العددين لا يجري الى ما سياتي انه اذا قال مائة وثلثة اثواب يكون الكل اثوابا لانصراف التفسير الى مجموع العددين المذكورين قبله ويمكن ان يجاب بان يقال مراد المصنف رحمهم اشتغلوا بذكر المميز في كل عدد بل اكتفوا بذكره مرة في بعض الاعداد وهو للاختصار لا يجري اسهم اكتفوا بذلك عقيب العددين على الاطلاق والاطراد كذلك اكتفوا بذكر في عدد واحد ايضا فيما يكثر استعماله ودورانه في الكلام كما نحن فيه نعم الاولى ههنا ان يطرح من البين حديث الذكر عقيب العددين وتقرير وجه الاستحسان على طرز ما ذكر في الكافي وغيره وهو ان قوله درهم بيان للمائة لان الناس اشتغلوا بذكر الدراهم ونحوه واكتفوا بذكره مرة ونظرا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه ودورانه في الكلام وذا فيما يثبت في الذمة كالاثمان والمكيل والموزون بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن فانه لا يكثر وجوبها وثبوتها في الذمة فبقيت على الاصل قال في النهاية وروي عن ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله في قوله مائة وثوب ان الكل من الثياب كذلك في قوله مائة وشاة ووجهه ان الثياب الغنم لا تتجانس واحدة بخلاف العبيد فانها لا تتفاوت تفاوتها ولا تقسم قسمة واحدة تتحقق في اعدادها المجانسة فيمكن ان يجعل المفسر مفسرا للبعض انتهى وقوله فيما ذكره الامام تاج الشريعة حيث قال رجل لفلان على الف وعبد عن ابي يوسف رحمه الله انه قال يقع في الاول بما شاء له لو قال الف وشاة او الف وجارية او الف وثوب او الف وفرس فهي ثياب واعلم ان هذه الصورة ولا يشبه هذا بني آدم لان بني آدم لا يقسم بعضهم الى بعض هذا كلامه قال الامام الزيلعي رحمه الله في التبيين بعد نقل ذلك عن النهاية وهذا ليس بظاهر فان عنده ما يقع العبيد كالغنم وانما لا يقع عند ابي حنيفة رحمه الله انتهى تامل قال المصنف رحمه الله وكذا اذا قال مائة وثوبان اي يرجع في بيان المائة الى المقر لما بينا من ان الثياب مما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق لانه ذكر عددين مبهمين عقيبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف حتى تحمل على المغايرة فانصرف اليهما اي فانصرف التفسير المذكور الى العددين جميعا لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكان كلها اي كل الاحاد والعشرات تحت ذينك العددين شيئا واحدا لا يقال الاثواب جمع لا يصلح مميزا للمائة لانها اذا اقترنت بالثلثة صار العدد واحدا كذا في الكافي والشروح قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بقوصرة تمر فله القوصرة بالتخفيف والتشديد وعاء للتمر تتخذ من قصب وقولهم انما يسمى بذلك اذا دام فيها التمر والا فهو زنبيل مبني على عرفهم كذا في المغرب قال صاحب الجمهرة اما القوصرة فاحسبها دخيلا وقد روى اطلع سركانت لك قوصرة ياكل منها كل يوم مرة ثم قال ولا ادري ما صحة هذا البيت كذا في غاية البيان قال المصنف رحمه الله وفسره في الاصل اي فسر الاقرار بتمر في قوصرة في الاصل وهو المبسوط بقوله اي بقول المقر غصبت تمرا في قوصرة ووجهه اي وجه جواب هذه المسئلة وهو ان ذكر التمر والقوصرة جميعا ان القوصرة وعاء للتمر ظرف له اي للتمر وغصب الشئ وهو مظروف اي والحال انه مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه اي فيلزم اقرار المقر بالتمر والقوصرة جميعا والقوصرة المقر بها كذا الطعام في السفينة اي وكذا الحكم فيما اذا قال غصبت الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق ونحو فيما اذا قال غصبت الحنطة في الجوالق والجوالق بالفتح جمع جوالق بالضم والجوالق زيادة ليا يتسامح كذا في المغرب والاصل في جنس هذه المسائل ان كان الثاني ظرفا للاول وحالا فيه لزمانه نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وحنطة في جوالق وما كان الثاني مما لا يكون وعاء للاول نحو قوله غصبت درهما في دينار لم يلزمه الثاني لانه غير صالح لان يكون ظرفا فلم تقع يده اولا على الثاني آخر كلامه كذا في المبسوط وذكر في الشروح اقول يرد على هذا الاصل النقض بما اذا اقر بدابة في اصطبل فان اللازم للمقر هناك هو الدابة فقط مع ان الاصطبل

بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع **قال** ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعلى قياس قول محمد رح يضمنهما ومثاله الطعام في البيت **قال** ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان الاسم ينطوي على الكل ومن اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لاطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه

وابي يوسف رح كما سياتي مع انه لاريب في ان الثاني فيه صالح لان يكون ظرفا للاول ويمكن ان يقال ان ذلك من باب التخلف لمانع وفيه عدم المنع في احكام الكلية غير لازم كما صرحوا به في مواضع منها اول كتاب الوكالة بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة يعني ان الحكم المذكور في كلمة في واما الحكم في كلمة من بخلافه لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع يعني ان كلمة من لابتداء الغاية فيكون اقرارا بان مبدأ الغصب من القوصرة وانما يفهم منه الانتزاع كذا في الكفاية ومعراج الدراية اخذا من الكافي وقال في النهاية لان كلمة من للتبعيض فانما يفهم منه الانتزاع انتهى وقال في غاية البيان وجه ان كلمة من تستعمل للتبعيض والتمييز فيكون الانتزاع لازما لها لا ان معناه ان من موضوعة للانتزاع انتهى اقول الحق في توجيه كلام المصنف رح ههنا ما ذهب اليه الفرقة الاولى لا ما ذهب اليه الاخرى لان كلمة من في قوله غصبت تمرا من قوصرة لا تحتمل معنى التبعيض اذ لا يصح ان يكون التمر بعض القوصرة فكيف يفهم الانتزاع من التبعيض في ذلك القول واما انفهام الانتزاع من التبعيض عند استعمال كلمة من بمعنى التبعيض في موضع آخر فلا يجدي شيئا ههنا كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة بخلاف معنى الابتداء فان كلمة من في ذلك القول تحتمل الابتداء قطعا فيتم التقريب جدا واما الحكم في كلمة على نحو ان يقول غصبت اكافا على حمار وكان اقرارا بغصب الاكاف خاصة والحمار ذكر للبيان محل المغصوب حين اخذه وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة اي لزمه الدابة خاصة وقيل كان اقرارا بالدابة خاصة لما ان هذا الكلام اقرار بهما جميعا الا ان اللزوم على قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح في الدابة خاصة واليه اشار المص رح بقوله لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولان الغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل عندهما والاصطبل مما لا ينقل ولا يحول فلا يكون مضمونا بالغصب عندهما وعلى قياس قول محمد رح يضمنهما اي يضمن الدابة والاصطبل لان محمدا رحمه الله يرى غصب العقار فيه خلافا في الضمان عنده كما فيه خلاف في الاقرار ومثله الطعام في البيت اي ومثل الاقرار بالدابة في الاصطبل الاقرار بالطعام في البيت قال في المبسوط ولو قال غصبت منك طعاما في بيت كان هو بمنزلة قوله في سفينة لان البيت قد يكون وعاء للطعام فيكون اقرارا بغصب البيت والطعام الا ان الطعام يدخل في ضمانه بالغصب والبيت لا يدخل في ضمانه في قول ابي حنيفة رح وابي يوسف لانه مما ينقل ولا يحول والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وان قال لم احول الطعام من موضعه لم يصدق في ذلك لانه اقر بغصب تام وفي الطعام يتحقق ذلك بالنقل والتحويل فكان هو في قوله لم انقله راجعا عما اقر به فلم يقبل وكان ضامنا للطعام وفي قول محمد رح هو ضامن للبيت ايضا الى هنا لفظ المبسوط قال اي القدوري في مختصره ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص قال المص رح في تعليله لان اسم الخاتم يشمل الكل اي يتناول الحلقة والفص جميعا ولهذا يدخل الفص في بيع الخاتم من غير تسمية فاذا اعتاد لما اسم الخاتم كان اقرارا بالخاتم ومن اقر له اي لغيره بسيف فله النصل وهو حديدة السيف والجفن وهو الغمد والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف لان الاسم يعني اسم السيف ينطوي اي يشتمل على الكل ومن اقر بحجلة الحجلة بفتحتين واحدة حجال العروس وهي بيت يزين بالثياب والاستر والستور كذا في الصحاح فله اي فللمقر له العيدان برفع النون جمع عود وهو الخشب كالعيدان جمع ردود والكسوة اي وله الكسوة ايضا لاطلاق الاسم اي اسم الحجلة على الكل عرفا اي كلا في وكذا لو اقر بدار او ارض لرجل دخل البناء والاشجار اذا كانا فيها حتى ان المقر لو اقام بينة بعد ذلك على ان البناء والاشجار له لم يصدق ولم تقبل بينته وكذا لو اقر بخاتم ثم ادعى ان الفص له لم تقبل بينته واما اذا قال هذا الخاتم لي وفصه لك او هذا السيف لي وحليته لك او هذه الجبة لي وبطانتها لك فالقول للمقر له الكل فالقول للمقر فبعد ذلك ينظر ان لم يكن في نزع المقر به ضرر للمقر فيؤمر المقر بالنزع والدفع الى المقر له وان كان في النزع ضرر فالواجب على المقر ان يعطيه قيمة ما اقر كذا في الذخيرة وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه اي المنديل ظرف للثوب لان الثوب يلف فيه وقد مر ان غصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون

وكذا هو قال علي ثوب في ثوب لانه ظرف عندهما فلزمه درهم في درهم حيث يلزمه واحد كذا هو ظرف وان قال ثوب في عشرة ثياب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف وقال محمد يلزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن جعله على الظرف ولابي يوسف ان في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك ولا عبرة بالذمم على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر جعله على الظرف فتعين الاول ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن رحمه

وكذا الحكم لو قال علي ثوب في ثوب الا ظرف اي لان الثوب الثاني ظرف للثوب الاول فيلزمه الثوبان جميعا بخلاف قوله درهم في درهم اي بخلاف ما لو قال علي درهم في درهم حيث يلزمه واحد اي درهم واحد لانه اي لان قوله في درهم ضرب اي ضرب حساب لا ظرف كما لا يخفى وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف رح وهو قول ابي حنيفة رح اولا وقال محمد رح يلزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن جعله على الظرف يعني ان كلمة في حقيقة في الظرف وقد امكن العمل بالحقيقة ههنا لان الثوب الواحد قد يلف لعزته ونفاسته في عشرة اثواب فلا حاجة الى المجاز فيحمل هو منقوض على اهله فانه لو قال غصبته كرباسا في عشرة اثواب حرير يلزمه الكل عند محمد رح في هذه الصورة ايضا مع ان عشرة اثواب حرير لا يحمل عادة كذا في الشروح قال في النهاية واليه اشار في المبسوط ولابي يوسف رح ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك في ان المراد بحرف في ههنا معنى الظرف او معنى البين والشك لا يثبت مازادا على الواحد والاصل براءة الذمم لانها خلقت بريئة عن الحقوق فلا يجوز شغلها الا بحجة قوية ولم توجد فيما زاد على الواحد فلم يلزمه الا ثوب واحد على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء يعني ان مجموع العشرة ليس بوعاء لكل واحد بل كل واحد منها موعى بما حواه فانه اذا لف ثوب في اثواب يكون كل ثوب موعى في حق ما وراءه ولا يكون وعاء لا الثوب الذي هو ظاهر فانه وعاء وليس بموعى فلفظ كل ههنا بمعنى الكثير لا للاستغراق كما قالوا في نظائره فاذا تحقق صدق كون العشرة وعاء للثوب الواحد لم يكن حمل كلمة في على الظرف في قوله ثوب في عشرة اثواب فتعين الاول اي المعنى الاول الذي هو البين بخلافه في قوله الدرهم في الكيس فانه قال علي ثوب بين عشرة اثواب لم يلزمه بهذا المعنى الا ثوب واحد قال كثير من الشراح في هذا المقام فاذا لم تتحقق كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وزاد على هذا بعض من تبعهم صاحب النهاية ان يقال تعين اول كلامه مجملا بعد قولك لان آخر كلامه لغو ايدل على ان العمل الاول في قول الجميع تعين الاول مجملا على اول كلام المقر وهذا مما ابى عنه جدا قيد مجملا ينافي تفسيره بقوله يعني ان يكون في معنى البين لان الكون في معنى البين انما يتصور في آخر كلام المقر وهو قوله في عشرة اثواب دون اول كلامه هو قوله علي ثوب اذ لا مساس له بمعنى البين اصلا واعلم ان الامام التاجي قال في شرح مختصر القدوري قد اشتبه علي في هذه المسائل كلها ان المراد في هذه المسائل كلها ان الظرف متعين متى شاء السيد يستوي المعين والمنكر في ذلك الى ان ظفرت لرواية بحمد الله تعالى ومنه انه يستوي فيه المعرف والمنكر ويرجع في بيان المنكر اليه وهو قال في المحيط ولو قال غصبتك ثوبا في منديل فهو اقرار بغصب الثوب والمنديل يرجع في البيان اليه ولو قال درهما في درهم او درهما في طعام لم يلزمه الا درهم لان في هذه المسائل اذا لم يبق متى دخلت على ما يصلح ظرفا عادة اقتضى غصبها والا فغصب الاول دون غيره الى هنا كلامه ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف رح في تعليله لان الضرب لا يكثر المال يعني ان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لا في تكثير المال لانه اذا ضرب خمسة دراهم وزنا وان جعل كل جزء لا يزاد فيه ووزن قيراط على ان حساب الضرب في المسوحات لا في الموزونات كذا قالوا ولان حرف في الحقيقة والدراهم لا يكون ظرفا للدراهم واستعماله في غير الظرف مجازا والمجاز قد يكون بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي وقد يكون بمعنى على كما في قوله تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل على ان الاول اي الاول هو الاول من الآخر فلزمه خمسة باول كلامه ولغا آخره كذا في المبسوط وغيره وقال الحسن يلزمه

يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال له درهم خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رح فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فيدخل الغايتان وقال زفر رح يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شئ وقد مرت المسائل في الطلاق **فصل** قال ومن قال لفلان علي الف درهم فان قال ليس له علي فان اداه ابوه او ورثه فكذا اقر بسبب صالح للثبوت للملك له ثم اذا

صاحب ابي حنيفة رح يلزمه خمسة وعشرون لانه الحاصل من ضرب خمسة في خمسة عند اهل الحساب وقد مر جوابه ايضا قال المصنف رح وقد ذكرناه في الطلاق اي في باب ايقاع الطلاق من كتاب الطلاق ولم يذكر المصنف رح هذه المسئلة ثمة صريحا فلعل ذلك سهو من الخلاف الواقع بيننا وبين زفر رح فيما لو قال انت طالق ثنتين في ثنتين ونوى الضرب الحسابي فعندنا لا يقع ثنتان وعنده يقع ثلث واما ذكر مسئلة الاقرار هنا صريحا في كتاب الطلاق في شروح الجامع الصغير كذا في غاية البيان ولو قال اردت خمسة مع خمسة اي لو قال المقارنة يقبل في خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله قال الله تعالى فادخلي في عبادي قيل مع عبادي كذا في الكافي ولو قال خمسة وخمسة لزمه عشرة ايضا لانه يستعمل في بمعنى واو العطف كذا في المبسوط وقد ذكر المصنف رح في باب ايقاع الطلاق انه لو نوى بقوله واحدة في ثنتين واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث لان في يأتي بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني الى هنا لفظه قال صاحب النهاية ولم يذكر في الكتاب ولا في المبسوط انه لو اراد به معنى على ما حكم عند علمائنا وذكر في الذخيرة ان حكمه ايضا كذلك حتى لو قال لفلان علي عشرة في عشرة ثم قال عنيت به على عشرة او قال عنيت به الضرب لزمه عشرة عند علمائنا ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رح فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية ولا يلزمه العشرة كلما فيدخل الغايتان اي الابتداء والانتهاء وقال زفر رح يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان قال في النهاية والقياس ما قاله زفر رح فانه جعل الدرهم الاول والآخر حدا ولا يدخل الحد في المحدود كمن قال لفلان من هذا الحائط الى هذا الحائط او ما بين هذين الحائطين لا يدخل الحائطان في الاقرار فكذلك هنا لا يدخل الحدان وابو يوسف رح ومحمد رح قالا هو كذلك في حقائقه كما في المحسوسات فانا فيما ليس بقائم بنفسه فلانا نتحقق كونه حدا اذا كان واجبا فاما فيما ليس بواجب فلا يتصور ان يكون حدا لما هو واجب ابو حنيفة رح استدل بقول الاصل ما قاله زفر رح من ان الحد غير المحدود والاقرار بنفسه مذكورا وان لم يكن واجبا الا ان الغاية الاولى لا بد من ادخالها لان الدرهم الثاني والثالث واجب ولا تتحقق الثاني بدون الاول لان الكلام يبتدئ ابتداء فاذا اخرجنا الاول من ان يكون واجبا صار الثاني هو الابتداء فيخرج هو من ان يكون واجبا ثم الثالث والرابع وهكذا بعده فظاهر انه ضرورة ادخلنا فيه الغاية الاولى ولا ضرورة في ادخال الغاية الثانية فاخذنا فيها بالقياس انتهى والحاصل ان ما قاله ابو حنيفة رح في الغاية الاولى استحسان فان زفر رح فيها قياس كذا في مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله اي للمقر له ما بينهما اي ما بين الحائطين وليس له من الحائطين شئ اي لا تدخل الغايتان في هذه الصورة بالاتفاق قال المصنف رح وقد مرت المسائل اي دلائل هذه المسائل في الطلاق اي في باب ايقاع الطلاق من كتاب الطلاق فمن شاء الاطلاع عليها فليراجعه

فصل لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها صورة ومعنى ذكرها في فصل على حدة والحق بها مسئلة الصبي ايتاعا للمبسوط كذا في الشروح ومن قال لحمل فلان على الف درهم فهو لا يخلو من ثلثة اوجه فانه اما ان يبين سببا او لا يبين سببا فاما ان يكون ذلك السبب صالحا او غير صالح فان كان صالحا وهو الذي ذكره بقوله فان قال اوصى بها اي بالالف له اي للحمل وهو الجنين فلان او قال مات ابوه اي ابو الحمل فورثه اي ورث الحمل الالف ضمير الالف اولا باعتبار الدرهم وذكره ثانيا باعتبار كون الالف مذكرا في الاصل قال في القاموس الالف من العدد مذكر ولو انث باعتبار الدراهم جاز انتهى فالاقرار في هذا الوجه صحيح لانه اقر بسبب صالح للثبوت الملك له اي للحمل يعني انه بين سببا صالحا للثبوت الملك للحمل فلو عاينا ه ملكناه بوجب المال عليه كذلك اذا ثبت باقراره وهذا لان الاقرار صدر مرسلا مضافا الى محله ولم يتيقن بكذبه فاقر به وكان صحيحا كما لو اقر به بعد الانفصال لان الجنين اهل لان يستحق المال بالارث او الوصية ثم اذا وجد السبب فظاهر بين

في الغاية الاولى استحسان

صالح

فان جاءت به حيا في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه وان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما

وجود المقر له عنده فان جاءت اي فلانة به اي بالولد في مدة يعلم بها انه اي الولد كان قائما اي موجودا وقت الاقرار لزمه اي لزم المقر ما اقر به والعلم بان الولد كان موجودا وقت الاقرار بطريقين احدهما حقيقي والآخر حكمي فالحقيقي ما اذا وضعته لاقل من ستة اشهر والحكمي ما اذا وضعته لاكثر من ستة اشهر الى سنتين وكانت المرأة معتدة اذ حينئذ يحكم بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده في البطن واما اذا لم يكن معتدة وجاءت به لاكثر من ستة اشهر فلم يستحق شيئا كذا قالوا ثم ان الشراح افترقوا ههنا في تعيين اول مدة يعلم بها ان الولد كان موجودا وقتئذ فمنهم من ذهب الى انه من وقت الاقرار حيث قال بان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار كما قال صدر الشريعة ايضا في شرح الوقاية ومنهم من ذهب الى انه من وقت موت الموصي او المورث حيث قال بان وضعته لاقل من ستة اشهر من مات المورث والموصي كما قاله صاحب الكافي وذكر في المبسوط ايضا اقول القول الاول وان كان اوفق بالشروح في الظاهر حيث ذكر فيه كون الولد قائما وقت الاقرار الا ان القول الثاني هو الموافق للتحقيق وهو ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق لا انشاء الحق ابتداء كما تقرر في صدر كتاب الاقرار وان مقتضى ذلك ان يتقرر وجود المقر له عند تحقق سبب الملك لا عند مجرد الاقرار وسبب الملك فيما نحن فيه انما يتحقق وقت موت الموصي او المورث فلا بد ان يعتبر اول مدة يعلم بها وجود الحمل من وقت موت الموصي او المورث ليتقرر وجوده عند تحقق سبب الملك فانه اذا جاءت بالولد في مدة هي اقل من ستة اشهر من وقت الاقرار او اكثر من سنتين من وقت الموصي او المورث في غير المعتدة فالظاهر انه لا يلزم المقر للحمل شيء اما اذا جاءت لاكثر من سنتين من وقت موت الموصي او المورث فلانه يتعين حينئذ ان الجنين لم يكن موجودا عند تحقق سبب الملك فلم يكن اهلا لاستحقاق المال ولا يفيد كونه موجودا عند مجرد الاقرار لان الاقرار اخبار عن ثبوت الملك بسبب سابق لا انشاء الملك في الحال واما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر الى سنتين من وقت موت الموصي او المورث في غير المعتدة فلانه لا يتعين حينئذ كون الجنين موجودا عند تحقق سبب الملك بل يبقى على مجرد الاحتمال ولا يثبت الحكم بالشك فلا يلزم المقر له شيء وان كان موجودا وقت الاقرار كما اذا بين سببا غير صالح على ما سيأتي لكن بقي ههنا شيء على القول الثاني ايضا وهو انه اذا حصل العلم بوجود الجنين بالطريق الحكمي لا الحقيقي وذلك بان وضعته لاكثر من ستة اشهر الى سنتين وكانت معتدة قالوا يحكم بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده في البطن حين موت المورث او الموصي ولا يخفى ان الحكم بثبوت النسب انما يكون فيما اذا ولدت لاقل من سنتين من وقت الفراق وهو لا يقتضي الحكم بوجوده في البطن حين موت المورث او الموصي لجواز ان يكون وقت موت المورث او الموصي اكثر من سنتين ووقت الفراق اقل منهما فان قيل اعتبر اول المدة في الطريق الحقيقي على القول الثاني من وقت موت المورث او الموصي ففي الطريق الحكمي ايضا كذلك فلا يتصور حينئذ ان يكون وقت موت المورث او الموصي اكثر من سنتين والا لا يكون طريقا للعلم بذلك اصلا قلنا فعلى ذلك لا يثبت الحكم بثبوت النسب راسا حتى يكون ذلك حكما بوجوده في البطن حين موت المورث او الموصي لجواز ان يكون وقت موت الموصي اقل من سنتين ووقت الفراق اكثر منهما فلا يصح الحكم حينئذ بثبوت النسب فليتأمل وان جاءت به اي ان جاءت فلانة بالولد ميتا فالمال للموصي فيما اذا قال اوصى به له فلان والمورث فيما اذا قال مات ابوه فورثه حتى يقسم بين ورثته اي يقسم المال بين ورثة كل واحد من الموصي والمورث لانه اي لان ما قاله اقرار في الحقيقة لهما اي للموصي والمورث وانما ينتقل منهما الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل اليه ههنا لانه مات قبل الولادة ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما نصفين ان كانا ذكرين او انثيين وان كان احدهما ذكرا والآخر انثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الانثيين كذا في الشروح قال بعض الفضلاء هذا اذا لم يكونا من اولاد ام الميت لما صرحوا من ان

لاكثر
ثبوت

ولو قال المقر ما عني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين سببا مستحيلا قال فان ابهم الاقرار لم يصح عندنا وقال محمد يصح لان الاقرار من يجهل فيصح لجهالته وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون وتحد التفاوض عليه فيصير كما اذا صرح بالسبب

ذكرهم وانما شرط في الاستحقاق والقسمة سواء اقتسموا لاجل هذا التقسيم او بالنظر الى وضع المسئلة وهو ان قال المقر ما عني او اقرضني اي ما عنى بالمال او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين سببا مستحيلا اي لان المقر بين سببا مستحيلا في العادة اذ لا يتصور البيع والاقراض من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا ولاية لاحد على الجنين حتى يكون تصرفه بمنزلة تصرف الجنين فيصير مضافا اليه من هذا الوجه واذا كان ما بينه من السبب مستحيلا صار كلامه لغوا فلم يلزمه شيء فان قيل فهذا يكون رجوعا عن الاقرار والرجوع عن الاقرار لا يصح وان كان موصولا قلنا ليس كذلك بل هو بيان سبب محتمل وقد شهد به على المجاهل فتبين ان الجنين يثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم تبين ذلك لما ان الجنين بناء على ظنه وبين سببه ثم بعد ان ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه هذا بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا سنذكره في المبسوط واكثر الشروح قال في العناية اجيب بانه ليس برجوع بل ظهر كذبه بتبين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا او خطأ ويد فلان صحيحة انتهى اقول فيه بحث لانا لم نظهر كذبه فانما ظهر في بيان ذلك السبب لغير الصالح لا في اصل اقراره وهذا لا ينافي كون بيان السبب ذلك الوجه رجوعا عن اصل اقراره الواقع في اول كلامه بجواز ان يكون صادقا في اصل اقراره بان يكون السبب صالحا في نفس الامر ولكن قصد الرجوع فبين سببا مستحيلا بخلاف قوله قطعت يد فلان وهي صحيحة فانه كاذب هناك في اصل اقراره بيقين فافهم هذا ظاهر في الجواب اذكر في المبسوط وغيره فان قلت كما ان البيع والاقراض لا يتصوران من الجنين كذلك لا يتصوران من الرضيع ومع ذلك لو اقر ان عليه الف درهم لهذا الصبي الرضيع بسبب البيع والاقراض والاجارة فانه صحيح يواخذ به قلت الرضيع وان كان لا يتجر بنفسه لكنه من اهل ان يستحق الدين بهذا السبب بتجارة وليه كذلك لا اقراض ان كان لا يتصور منه لكنه يتصور من نائبه وهو القاضي او الاب باذن القاضي وان تصور ذلك من نائب جاز ان يقع اضافة الاقرار اليه لان فعل النائب قد يضاف الى المنوب عنه كذا في النهاية وغيره وان لم يبين سببا اصلا وهو المراد بقولنا وان ابهم الاقرار يصح الا الاقرار عند ابي يوسف قبل ابو حنيفة رحمه قبل الشافعي في قول فالاصح عند الشافعي رحمه الله الاصح عند مالك واحمد رحمهما الله لان الاقرار من اهل الشرعية فيجب اعماله مهما امكن وذلك اذا اسند من اهله مضافا الى محل قد امكن اعماله هنا اذ لا نزاع في صدوره عن اهله لانه هو المفروض وامكن اضافته الى محله بالحمل على السبب الصالح وهو الميراث او الوصية فتصح بالجواز تصحيحا لكلام العاقل كالعبد المأذون اذا اقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه مصداقا او دين كفالة والجواز بكونه من التجارة كان تصحيحا للكلام العاقل فلابي يوسف رحمه ان الاقرار مطلقه اي مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له واحد التفاوض عليه في الشركة عليه اي على الاقرار بسبب التجارة ولم يحمل على الاقرار بغير سبب التجارة كدين المهر وارش الجناية حتى يواخذ به العبد المأذون في حال رقه والشريك الآخر في الحال والاقرار بدين المهر وارش الجناية لا يواخذ العبد المأذون في حال رقه والشريك الآخر ابدا كذا في المبسوط فيصير اي فيصير المقر فيما اذا ابهم بدلالة العرف كما اذا صرح بانه اي بسبب التجارة ولو صرح بكان فاسدا فكذا اذا ابهم قال في النهاية ولابي يوسف رحمه وجهان احدهما ذكره في الكتاب الثاني ما ذكره في الذخيرة فقال ان هذا اقرار صدر من اهله لاهله وقد احتمل الجواز والفساد كما قال محمد الا ان حمله على الجواز متعذر لان الجواز لا وجه له والميراث والجمع بينهما متعذر وليس احدهما بان يعتبر سببا اولى من الآخر فتعذر العمل على الجواز فيحكم بالفساد ونظير هذا ما قالوا فيمن اشترى عبدا بالف درهم فقبضه المشتري قبل نقد الثمن ثم باعه المشتري من آخر من البائع باكثر من الثمن او اكثر فالجمع بينهما متعذر لان البيع في الذي اشتراه من البائع فاسد وان احتمل الجواز لان للجواز وجهين بان يعتبر البيع مشتملا على الثمن او اكثر فالجمع بينهما متعذر وليس احدهما باولى من الآخر فتعذر العمل على الجواز فيحكم بالفساد ولهذا بخلاف العبد المأذون اذا اقر حيث يجوز لان للجواز جهة واحدة وهي التجارة والفساد جهات وهذا بخلاف مالو بين سببا يستقيم به وجوب المال

قال ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه

للجنين وصية او ميراثا كان الاقرار صحيحا لان جهة الجواز متعينة وهي ما صرح به فكان محكوما بالجواز انتهى كلامه اقول الوجه الذي ذكر في الذخيرة منظور فيه اما اولا فلانا لا نسلم ان كون كل واحد من الوصية والميراث وجها صالحا لجواز الاقرار للحمل مع تعذر الجمع بينهما وعدم تعين احد منهما في صورة ابهام الاقرار له يقتضي تعذر الحمل على الجواز فيلزم الحكم بالفساد ولم لا يكفي في صحة الحمل على الجواز صلاحية وجه ما من الوجهين المذكورين للجواز وان لم يتعين خصوصية واحد منهما الا يرى ان جهالة نفس المقر به لا يمنع صحة الاقرار بالاتفاق فكيف يمنعها جهالة سبب المقر به غاية الامر ان يلزم المقر بيان خصوصية وجه من ذينك الوجهين كما يلزمه من بيان خصوصية المقر به المجهول فمن اين يلزم الحكم بالفساد واما ثانيا فلان ذلك الدليل منقوض بما اذا قال لرجل لك علي الف درهم ولم يبين سببه فان هذا اقرار بالدين صحيح بلا خلاف مع انه يحتمل الجواز وهو ظاهر والفساد بان يكون بسبب ثمن خمر او خنزير او دم او ميتة ولا شك ان لجواز الدين اسبابا كثيرة متعذرة الاجتماع ليس احدها اولى من الآخر واما ثالثا فلان التنظير المذكور فيه ليس بتام لان الجهالة في مسئلة بيع العبد المشتري مع عبد آخر من البائع ليست في السبب بل في قدر ثمن العبد الذي اشتراه من البائع فانه لما جاز بيعه بوجهين بان يصرف اليه مثل الثمن الاول وبان يصرف اليه اكثر من الثمن الاول ولم يتعين احد ذينك الوجهين بخصوصه وقعت الجهالة في ثمنه وجهالة الثمن في البيع مفسدة بلا كلام بخلاف جهالة السبب في الاقرار كما تحققته على ان تعليل فساد البيع في تلك المسئلة بما ذكر ليس بتام ايضا لانه ينتقض بصحة بيع عبد آخر له فان لجواز بيعه ايضا وجهين بان يصرف اليه ما بقي من مثل الثمن الاول للعبد المشتري من البائع او ما بقي من اكثر منه فانه اذا صرف الى احد العبدين شيء من الثمن المسمى فيما يكون الباقي منه مصروفا الى الآخر ضرورة فتعدد وجه الجواز في احدهما يقتضي تعدد وجه الجواز في الآخر ايضا مع ان بيع عبد آخر له في المسئلة المزبورة ليس بفاسد اجماعا وينتقض ايضا بصحة بيع العبدين جميعا فيما اذا باع العبد المشتري بالف بعد نقد الثمن مع عبد آخر له من البائع بالف وخمسمائة فان التعليل المذكور يجري في هذه الصورة ايضا بعينه بل مع زيادة لانه يجوز ان يصرف الى العبد المشتري من البائع في هذه الصورة اقل من الثمن الاول بخلاف الصورة الاولى فازداد في هذه الصورة وجه آخر للجواز مع تخلف الحكم المذكور فيها ويمكن تعليل فساد بيع العبد المشتري من البائع في الصورة الاولى بوجه آخر لا يرد عليه شيء من مادتي النقض فتامل وراجع محلها قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه اي لزم المقر ما اقر به لان له اي لاقراره وجها صحيحا وهو الوصية به اي بالحمل من جهة غيره اي غير المقر بان اوصى بالحمل مالك الجارية او مالك الشاة لرجل ومات فاقر وارثه وهو عالم بوصية مورثه بان هذا الحمل لفلان واذا صح ذلك الوجه وجب الحمل عليه وهو المراد بقوله فحمل عليه قال الشراح ولا وجه للميراث في هذه الصورة لان من لزمه ميراث في الحمل له ميراث في الحامل اقول ليس الامر كذلك فان الفقهاء صرحوا بان من اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء وسياتي المسئلة بعينها في كتاب الوصايا من هذا الكتاب فحينئذ يجوز ان يوصي مالك الحامل بالحامل لرجل ويستثني حملها ويموت فاذن يصير الحامل للموصى له والحمل لوارث الميت فلو اقر الموصى له بعد ان قبض الحامل باستحقاقه اياها بان حمل هذه الحامل لوارث الميت المزبور صح اقراره وكان له وجه صحيح وهو الميراث فلا وجه لقولهم لا وجه للميراث في هذه الصورة ولا لتعليلهم اياه بان من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل تامل جدا فان ما ذكرته وجه حسن دقيق لم تنبه له الجمهور ثم اقول يشكل بهذه المسئلة الوجه الذي ذكر في الكتاب وفي المبسوط من قبل ابي يوسف رحمه الله في المسئلة الاولى في صورة ابهام الاقرار فان مطلق الاقرار لم يصرف ههنا الى الاقرار بسبب التجارة بان يبيع الحمل من المقر له ونحو ذلك من سبب لغير المصالحة في حق الحمل بل صرف عندهم جميعا الى الاقرار بسبب صحيح غير سبب التجارة فلم يتم ما ذكر في ذلك الوجه من ان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة فيصير كما اذا صرح به فتدبر وقد رام جماعة من الشراح بيان الفرق لابي يوسف رح بين هذه المسئلة والمسئلة الاولى فقال صاحب الغاية والفرق لابي يوسف رح بين هذه المسئلة حيث جوز الاقرار بالحمل وبين المسئلة الاولى حيث لم يجوز الاقرار بالحمل اذا ابهم الاقرار ان هنا طريق

قال ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم ينعدم بهذا الشرط الباطل

باب الاستثناء

وما في معناه قال ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي

التصحيح متعين وهو الوصية بخلاف الاولى فان طريق التصحيح غير متعين لازدحام الميراث الوصية والى ذلك اشار محمد رح في الاصل لابي يوسف رح قال ارايت لو ولدت غلاما وجارية كيف يقسم المال بينهما اثلاثا باعتبار الميراث ام نصفين باعتبار الوصية ففيه اشارة الى ان جواز الاقرار متعدد لاحتماله وجهين ارثا ووصية انتهى وقال صاحب النهاية قد ذكرنا آنفا انه اذا كانت جهة الجواز متعددة لا تحمل على الجواز لتزاحم جهات الجواز ولم تكن احداها في الحمل عليها باولى من الآخر واما اذا تعينت جهة الجواز فيحمل عليها فيصح الاقرار به كما في هذه المسئلة فان مزاحمة الميراث الوصية في حق الحمل عليه غير صحيح لان الوارث اذا كان له نصيب في الحمل كان له نصيب ايضا في الام بشيوع حقه في جميع التركة واما الوصية بحمل جارية او بحمل شاة لا تكون وصية بالام فتعينت الوصية جهة الجواز فيجوز وهذا هو الفرق لابي يوسف رح في صحة اقراره مطلقا بحمل جارية لانسان وعدم صحة اقراره مطلقا للحمل بما ذكرنا ان هناك لصحة اقراره مطلقا جهتين الميراث والوصية وليس احداهما اولى من الاخرى فيبقى على البطلان انتهى وهكذا ذكر الفرق صاحب الكفاية ايضا اقول مدار ما ذكروه من الفرق على حرفين احدهما ان تعدد جهة الجواز ينافي الحمل على الجواز وثانيهما ان جهة الجواز في هذه المسئلة منحصرة في الوصية وقد عرفت ما في كل واحد فيهما بما ذكرناه في المقامين فيما مر آنفا قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط يعني ومن اقر لرجل بشيء على انه بالخيار في اقراره ثلثة ايام صح الاقرار وبطل الشرط اما بطلان الشرط وهو الاهم بالبيان فلما ذكره المصنف بقوله لان الخيار للفسخ اي لاجل الفسخ والاخبار لا يحتمله اي لا يحتمل الفسخ يعني ان الاقرار اخبار والاخبار لا يحتمل الفسخ لان الخبر ان كان صادقا فهو واجب العمل به اختاره او لم يختره وان كان كاذبا فهو واجب الرد لا يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تاثير اشتراط الخيار في العقود ليتغير به صفة العقد ويتخير به من له الخيار بين فسخه وامضائه واما صحة الاقرار التي حكمها لزوم المقر به كما اشار اليه بقوله ولزمه المال اي ولزم المقر المال الذي اقر به فلما ذكره بقوله لوجود الصيغة الملزمة وهي قوله علي ونحو ذلك ولم ينعدم اي اللزوم وقيل اي الاخبار بهذا الشرط الباطل يعني شرط الخيار اذ لا تاثير للباطل ولان الخيار في معنى التعليق بالشرط فيما دخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار الا ان التعليق يدخل على اصل السبب فيمنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فاذا لغا بقي حكم الاقرار وهو اللزوم كما ان التعليق بالشرط يمنع وقوع الطلاق واشتراط الخيار لا يمنعه كذا في المبسوط وغيره قال في المحيط البرهاني هذا اذا اقر بالمال مطلقا ولم يبين السبب فاما اذا بين السبب بان قال لفلان علي الف درهم من قرض او غصب بعينه او مستهلك او وديعة بعينها او مستهلكة على اني بالخيار فالخيار باطل والمال لازم لانه وان بين السبب الا ان اشتراط الخيار فيما بين من السبب لا يصح لان سبب الوجوب ان كان استهلاكا فالاستهلاك بعد تحققه لا يحتمل الفسخ فلا يصح اشتراط الخيار فيه وان كان قرضا او غصبا بعينه او وديعة بعينها فكذلك لا يصح اشتراط الخيار فيه وان كان قابلا للفسخ بالرد لان حق الفسخ للمقر ثابت من غير خيار بان يرد ما قبض فينفسخ القرض والغصب فلا يكون في اشتراط الخيار فائدة ولو قال لفلان علي الف درهم من ثمن بيع على ان المقر بالخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الاصل في جانب المقر انما ذكره في جانب المقر له ولا شك ان المقر له اذا لم يصدق المقر في الخيار لا يثبت له الخيار لانه في الحاصل يدعي شراء بشرط الخيار وقد انكر البائع الخيار ولا شك انه يثبت متى صدقه المقر له في ذلك لان هذا اشتراط الخيار في سبب الوجوب وهو الشرى واشتراط الخيار في الشرى يستقيم بخلاف ما اذا ذكر المال مطلقا ولم يبين السبب لان هناك الخيار مشروط في الاقرار واشتراط الخيار في الاقرار لا يستقيم فان كذبه المقر له في الخيار فاراد هو ان يقيم بينة على الخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الاصل قالوا ويجب ان لا تسمع بينته لان البينة انما تسمع اذا ترتب على دعوى صحيحة ودعوى الخيار من المقر هنا لم تصح لمكان المناقضة الى هنا لفظ المحيط

باب الاستثناء وما في معناه لما ذكر موجب الاقرار بلا معين شرع في بيان موجبه مع المعين وهو الاستثناء وما في معناه في كونه مغيرا كالشرط وغيره لان الاصل عدم التغيير قال اي القدوري في مختصره ومن استثنى متصلا باقراره اي موصولا باقراره لا مفصولا عنه صح الاستثناء ولزمه الباقي اي لزم المقر الباقي

لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لابد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق

بعد الثنيا لان الاستثناء مع الجملة اى مع صدر الكلام عبارة عن الباقي فان معنى قوله على عشرة الا واحدا يعني على تسعة لما عرف في الاصول ولكن لا بد من الاتصال لان الاستثناء بيان تغيير فيصح بشرط الوصل وهذا قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رضي الله عنه جواز التاخير وقد عرف ذلك ايضا في الاصول وسواء استثنى الاقل اى الاقل من الباقي كما في قوله لفلان على الف الا اربعمائة او الاكثر منه كما في قوله لفلان على الف الا ستمائة يعني لا فصل بين كون المستثنى اقل او اكثر وهو ايضا قول الاكثر وفي العناية وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم تتكلم بذلك كذا في معراج الدراية وقال الفراء لا يجوز استثناء الاكثر من الاقل عن احمد رح مثله انتهى وفي الكافي عن ابي يوسف رح وهو قول مالك والفراء انه لا يصح استثناء الاكثر انتهى ويوافقه ما ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه حيث قال اما اذا قال لفلان على الف الا ستمائة وخمسين درهما فان الاستثناء يصح ويكون عليه خمسون درهما وهذا عندنا وعند مالك والفراء وهو قول ابي يوسف رح على ما روى عنه في غير رواية الاصول لا يصح الاستثناء ويلزمه الالف لانه استثنى اكثر من المستثنى منه انتهى قال جماعة من الشراح والدليل على جواز ذلك عندنا قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه اقول في كون هذه الآية الكريمة دليلا على جواز استثناء الاكثر نظر لان صاحب الكشاف قال في تفسيره نصفه بدل من الليل والا قليلا استثناء من النصف كانه قال قم اقل من نصف الليل ثم قال وان شئت جعلت نصفه بدلا من قليلا فعلى كلا الوجهين لم يكن الاستثناء المذكور من قبيل استثناء الاكثر اما على الوجه الاول فلان المستثنى لا يكون حينئذ قدرا معينا مخصوصا حتى يحكم بانه اكثر من الباقي نعم يحتمل حينئذ ان اقل النصف لكن يجوز ان يكون ذلك اقل من الباقي ايضا واما على الوجه الثاني فلان المستثنى يكون حينئذ هو النصف لا الاكثر والمدعى جواز استثناء الاكثر فالنظر في الاستدلال عليه بما ذكر في كثير من الشروح وهو ان طريق صحة الاستثناء ان يجعل عبارة عما وراء المستثنى ولا فرق في ذلك بين استثناء الاقل والاكثر وعدم تكلم العرب بلا يمنع صحته اذا كان موافقا لطريقهم الا يرى ان استثناء الكسور لم تتكلم به العرب وكان صحيحا ويوافقه ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما استثناء الكثير من القليل بان قال لفلان على عشرة دراهم الا تسعة فهو جائز في ظاهر الرواية ويلزمه درهم الا ما روى عن ابي يوسف رح انه لا يصح وعليه العشرة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المنقول عن ائمة اللغة ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وهذا المعنى كما يوجد في استثناء القليل من الكثير يوجد في استثناء الكثير من القليل الا ان في النوع من الاستثناء غير مستحسن عند اهل اللغة لانهم انما وضعوا الاستثناء لحاجتهم الى استدراك الغلط ومثل هذا الغلط يندر وقوعه غاية الندرة فلا حاجة الى استدراكه لكنه يحتمل الوقوع في الجملة فيصح انتهى كلامه ثم ان ههنا لاستثناء الاكثر دليلا آخر قويا ذكره ابن الحاجب في مختصره في اصول الفقه وهو قوله تعالى ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فان الغاوين اكثر بدليل قوله تعالى وما اكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين فان استثنى الجميع اى الكل بان قال لفلان على الف درهم الا الف درهم لزمه الاقرار اى لزم المقر جميع ما اقر به وبطل الاستثناء اى بطل ما ذكره في صورة الاستثناء لانه اى لان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا اى بالباقي بعد الثنيا ولا حاصل بعده اى ولا باقي بعد استثناء الجميع فلم يتحقق معنى الاستثناء فيكون رجوعا اى فيكون ما ذكره في صورة الاستثناء رجوعا عن الاقرار لا محالة لا استثناء حقيقيا والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد باطل وان كان موصولا لانه انما يصح موصولا ما يكون فيه معنى البيان لا ما كان ابطالا ليس من البيان في شيء كذا في المبسوط وغيره وقال في غاية البيان وكذلك اذا استثنى اكثر من الالف لانه لما لم يجز استثناء الالف من الالف فلان لا يجوز استثناء الالف وزيادة اولى قال المصنف رح وقد مر الوجه في الطلاق اى في فصل الاستثناء في كتاب الطلاق اعلم ان هذا الذي ذكره فيما اذا كان المستثنى من جنس لفظ المستثنى منه واما اذا كان المستثنى من خلاف جنس لفظ المستثنى منه صح الاستثناء وان اتى على جميع المستثنى منه نحو ان يقول نسائي طوالق الا هؤلاء ولم يكن نساء الا هؤلاء صح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن ولو قال نسائي طوالق الا نسائي لم يصح الاستثناء وطلقن كلهن وكذا لو قال عبيدي احرار الا عبيدي لم يصح الاستثناء وعتقوا

ولو قال لعلي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم لا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة رح
وابي يوسف رح ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد رح لا يصح فيهما وقال الشافعي رح
يصح فيهما لهما ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق فخلاف الجنس والشافعي رح انما اتحدا جنسا من حيث المالية

ولو قال عبدي حر ان لم اضربك اليوم فلم يضربه حتى مضى اليوم لم يعتق الا بتحقق واحد منهم وكذلك لو قال ان وصيت ثلث مالي الا الف درهم وماله ثلث ماله الف درهم صح الاستثناء
ويثبت الوصية ولو قال ان وصيت ثلث مالي لفلان الا ثلث مالي كان للموصى ثلث ماله ولا يصح الاستثناء كذا في شرح الطحاوي ولقد افصح المصنف رح عن هذا
في الباب الاول من ايمان الزيادات حيث قال استثناء الكل من الكل باطل لا يصح الا اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ اما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح كما قال النسائي طوالق
او نساؤي الا ثلاثا لا يصح الاستثناء ولو قال عمرة زينب وسعادي الى على الكل صح انتهى وقال صاحب النهاية بعد نقل ذلك ههنا وهذا الفقه وهو الاستثناء تصرف لفظي فيقتضي
صحة اللفظ لاصل صحة الحكم الا ترى انه اذا قال لامرأته انت طالق ست طلقات الا اربعا يصح الاستثناء حتى يقع تطليقتان وان كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم
لان الطلاق لا مزيد له على الثلث ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثنتا الا اربعا لما ذكرنا ان صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ دون الحكم وتخفيفه هو ان الاستثناء متى وقع
بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام المتكلم بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار كلاما ضرورة عدم ملكه فيما سواه فالامر يرجع الى ذات اللفظ وهو
ان يفيد في ملكه غير ما تناوله الجواري او العبيد واذا كان كذلك صح الاستثناء بخلاف ما اذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاخراج بعض ما تناوله الكلام
المتكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح الاستثناء انتهى كلامه افتفى اثره صاحب الكفاية في بيان الفقه والتحقيق بعين تحريره وصاحب النهاية ايضا ولكن تغير اسلوب تحريره
القول التحقيق الذي ذكره سالما ليس احد لفظ المصنف في الزيادات لان قولهم ان الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام
او المتكلم بالحاصل بعد الثنيا انما يتمشى عند كون غير اللفظ الاول اخص من اللفظ الاول بحسب المفهوم واما عند كونه مساويا له بحسب المفهوم كما قال النسائي
كذا الاحلاس والاوزاجي او كونه اعم منه بحسبه كما قال هؤلاء طوالق الا نسائي فلا يتمشى ذلك قطعا وقول المصنف رح في الزيادات اما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح
يتناول ما كان مساويا له وما كان اعم منه ايضا لان كل واحد منهما غير ذلك اللفظ لا عينه فيقتضي ان يصح الاستثناء فيهما ايضا وليس الامر كذلك كما صرحوا به
قال في التوضيح بعد ان قال الاستثناء المستغرق باطل واصحابنا قيدوه بلفظ او بما يساويه نحو عبيدي احرار الا عبيدي او الا ما لي لكن لو استثنى بلفظ يكون
اخص منه في المفهوم لكن في الوجود يساويه نحو عبيدي احرار الا هؤلاء ولا عبيد له سواهم انتهى وقال بعض الافاضل في اصوله بعد ان قال الاستثناء المستغرق
باطل بالاتفاق وقال مشائخنا هذا اذا كان بلفظ نحو نسائي طوالق الا نسائي او بما يساويه نحو نسائي طوالق الا علي او ما عمم منه وان استثنى بلفظ يكون اخص منه
في المفهوم يصح وان كان يساويه في الوجود نحو نسائي طوالق الا زينب هند هكذا وعموا الا هو لا ولد له سواهن حتى لا يطلق واحدة منهن انتهى كلامه فقد ذكرنا فيما نقلنا عن غاية البيان
عدم صحة الاستثناء فيما اذا كان المستثنى اكثر من المستثنى منه اي اعم منه وقوله له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز هذا لفظ القدوري
في مختصره يعني يصح الاستثناء ويطرح من المائة قيمة الدينار او قيمة قفيز الحنطة قال الامام وهذا اي الحكم المذكور عند ابي حنيفة ابي يوسف رحمهما الله استحسانا وقوله
له على مائة اي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء قياسا واستحسانا باتفاق اصحابنا وقال محمد رح لا يصح فيهما اي في الموجبين هو القياس به قال زفر رح واحمد رح
وقال الشافعي رح يصح فيهما اي في الموجبين به قال مالك رح لمحمد رح ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ يعني ان الاستثناء تصرف في اللفظ وهو اخراج بعض ما تناوله
صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان المستثنى داخلا تحت صدر الكلام وهذا المعنى لا تحقق في خلاف الجنس اي في استثناء خلاف الجنس واطلاق الاستثناء
على المنقطع بطريق المجاز والشافعي رح انما اتحدا عنده جنسا من المستثنى والمستثنى منه اتحادا جنسا من حيث المالية يعني ان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع
بعد تحقق المقتضي وهو التصرف اللفظي قال في الكافي والكلام مع الشافعي رح بناء على الاختلاف في كيفية عمل الاستثناء فعنده الاستثناء يمنع الحكم بطريق المعارضة
اي انما امتنع ثبوت الحكم في المستثنى لدليل معارض كدليل الخصوص في العام فتقدير قوله لفلان علي عشرة الا درهما فانه ليس على صدره لزوم الدرهم لدليل المعارضة

والمجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية وهذا في الدينين ظاهر والمكيل والموزون اذا وصفهما اثمان

الاول كلامه لانه يصير بالاستثناء كانه لم يتكلم به لان اهل اللغة اطبقوا ان الاستثناء من الاثبات نفي وهذا اجماع منهم ان للاستثناء حكما تعارض حكم الصدر ولان كلمة الشهادة كلمة توحيد بالاتفاق فلو لم يكن للاستثناء حكم ينافي حكم الصدر كان هذا نفيا للشركة لا توحيدا فاذا ثبت هذا الاصل فقال المعلول الدليل المعارض واجب بحسب الامكان وقد امكن هنا المجانسة من حيث المالية وعند الاستثناء يمنع التكلم بحكم بعد المستثنى فيصير كالتكلم بما وراء المستثنى ويخرج كما سبق في القدر المستثنى من ان يكون ايجابا بالقوة تعالى قلبت فيهم الف سنة الا خمسين عاما وامتناع ثبوت الحكم لقيام الدليل المعارض يكون في الايجاب لا في الاخبار وقد قال اهل اللغة قاطبة ان الاستثناء استخراج وتكلم الباقي بعد الثنيا يجمع بين القولين ونقول انه استخراج وتكلم بالباقي بوضعه واثبات ونفي باشارته واخيرا الاثبات في كلمة التوحيد والنفي قصدا لانه المقصود اذ الكفار يقرون به الا انهم يشركون معه غيره قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله فاذا ثبت هذا الاصل فيقول الخ وسلك صاحب النهاية هذا المسلك في حل هذا المقام الا انه قال في اثناء تقرير كلام الشافعي رح بعد قوله يجب العمل بالدليل المعارض بحسب الامكان فان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين فيمتنع العمل بقدره وان لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فيمتنع ثبوت الحكم بقدر قيمة المستثنى وقد نفى اثره بعض من الشراح وقال صاحب العناية وكلام المصنف كما ترى يشير الى ان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي رح ايضا وهو الحق وقرر الشارحون كلامه على انها ليست بشرط بناء على ان الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرط المجانسة وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول بان الاستثناء لبيان ان الصدر لم يتناول المستثنى فما احوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول هذا منتهى كلامهم قول لم يقل احد من الشارحين بان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه ليست بشرط عند الشافعي رح سوى صاحب العناية فانه قال خلافا للشافعي رح لان الاستثناء كلام آخر معارض الصدر بحكمه وليس من شرط المجانسة الا يرى الى قوله له علي مائة درهم ليس فيها الا ثلاثة عشر الا ثلاثة فانه يصح الاستثناء من خلاف الجنس وهو الثياب وهو ما قاله صاحب النهاية ومن تبعه من انه ان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين وان لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فاعلمن هذا ان قوله ان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين هو جنس صورة ومعنى لا مطلق الجنس الشامل لما هو جنس معنى فقط والا لم يتم قولهم كان الدليل المعارض في العين كما لا يخفى على المتامل فكان المراد بالجنس في قولهم وان لم يكن من جنسه ما هو جنس صورة ومعنى ايضا فالمفهوم منه انتفاء المجانسة بهذا المعنى في بعض صور الاستثناء وهذا لا ينافي كون المجانسة في الجملة شرطا لصحة الاستثناء ايضا في جميع صور الاستثناء كما بين الدراهم والثوب من حيث المالية فقول الشارح الاكمل قرر الشارحون كلامه على انها ليست بشرط ليس بتام ولهذا قال ابو حنيفة رح وابو يوسف رح ان المجانسة في الاول اي في الوجه الاول وهو قوله له علي مائة درهم الا دينارا والا تغيير خطة ثابتة من حيث الثمنية يعني ان شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في الوجه الاول ثابتة من حيث الثمنية دون الوجه الثاني وهو قوله علي مائة درهم الا ثوبا قال في العناية وتحقيقه ان عدم تناول الدراهم غير الدنانير لفظا لا يتاتى فيه احد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فعندنا يتناول ما كان على اصل وصافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتفاوت اما الدينار فظاهر يعني اما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية في صورة استثناء الدينار في الوجه الاول فظاهر لان كلا من الدينار والدرهم من جنس الاثمان من حيث الذات بلا اشتباه والمكيل والموزون اوصافهما اثمان يعني واما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية في صورة استثناء الثوب في الوجه الاول فلان المكيل والموزون اوصافهما اثمان توضيحه ان المكيلات والموزونات اثمان باوصافها وان لم يكن اثمانا من حيث الذات حتى لو عينت في العقد تعلق العقد بها الا انها اذا وصفت ثبتت في الذمة حالا ومؤجلا ويجوز السلم فيها ما كانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد يعني واذا كانت اوصافا صورة والاستثناء متحقق

اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا يصلح مقدرا لما هم فصار بقدر ما هو مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح قال ومن اقر لحق وقال ان شاء الله متصلا بإقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال او تعليق فان كان الاول فعند ابطال وان كان الثاني فكذلك اما ان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه

ولكلم بالباقي معنى لان صورته لا تكلم بالباقي بصورته كذا في الكافي والشروح اما الثوب في الوجه الثاني فليس بثمن اصلا اي لا ذاتا ولا وصفا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة بان ثبت سلما او ما هو بمعنى السلم كالبيع بثمن هو صوف موصوفا فلم يكن مستثنى من الدراهم اخرجها صورة ولا معنى فكان باطلا وما يكون ثمنا يصلح مقدرا لكونه مدارا للدراهم اما لغلبة استعمال الناس اياه في الثمنية او لنص الشارع عليه فصار بقدر ما هو مستثنى من الدراهم فصار المستثنى مجهولا فلا يصح وفي الذخيرة اذا صح الاستثناء فقدر ما يقع عليه المستثنى من المقر به اذا كانت قيمة المستثنى يستغرق ما اقر به لا يلزمه شيء وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا للدراهم لعدم المجانسة فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا وفي بعض النسخ فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح اي الاستثناء فيحكم بصحة الاقرار لما تقرر ان جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء لان جهالة المستثنى تورث جهالة في المستثنى منه فبقي المقر به مجهولا كذا في النهاية ومعراج الدراية قال في العناية ولقائل ان يقول لم ليس ثمنا لا يصلح ان يكون مقدرا من حيث اللفظ ومن حيث القيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فان المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب ان التقدير الاستثنائي يقتضي حقيقة التجانس وعنيناه بما ذكرناه من حيث اتصل الاوصاف اتحادا فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات انتهى اقول بقي هنا كلام آخر وهو انهم صرحوا بان ما يكون ثمنا بوصفه كالمكيل والموزون انما يكون ثمنا واجبا في الذمة بسبب الوصف كالحنطة الرديئة والشعير قبيلا بسبب الذات والعين حتى لو عين تتعلق العقد بعينه فيلزم ان بيع مقانفة ولا يجب في الذمة ولو وصف ولم يعين صار كحكم الدينار والدراهم يجب في الذمة فالظاهر ان مثل هذا انما يصلح ان يكون مقدرا للدراهم اذا كان موصوفا لا مطلقا وفي سلتنا هذه لم يوصف قفيز حنطة مثلا فلا يصلح ان يكون مقدرا للدراهم فيبقى المستثنى من الدراهم مجهولا في هذا الوجه ايضا فينبغي ان لا يصح الاستثناء وفي قوله الا قفيز حنطة فليتامل في الجواب قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار قال في الباب الاواخر من اقرار المبسوط ولو قال غصبتك هذا العبد امس ان شاء الله لم يلزمه شيء استحسانا وفي القياس استثناؤه باطل لان ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط وذلك انما يصح في الانشاءات دون الاخبارات ولكنه استحسن لان الاستثناء يخرج الكلام من ان يكون خبرا عزيمة لان يكون في معنى الشرط فان الله تعالى اخبر عن موسى عليه السلام حيث قال ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصر ولم يعاتب على ذلك لان الوعد من الانبياء كالوعد من غيرهم فدل على ان الاستثناء مخرج للكلام من ان يكون عزيمة وانه بنوعه عزيمة لكن انما يصل به الاستثناء اذا كان موصولا بالكلام لانه اذا كان منفصلا عنه فان المفصول بمنزلة النسخ والتبديل والمقر لا يملك ذلك في اقراره فكذا لا يملك الاستثناء المفصول وهذا بخلاف الرجوع عن الاقرار فانه لا يصح وان كان موصولا لان موجبه نفي لما اثبته فكان تناقضا ومناقضة والتناقض لا يصح منفصلا كان او موصولا اما هنا فبيان في تغيير وبيان التغيير يصح موصولا لا منفصلا لانه بمنزلة التعليق بالشرط انتهى ما في المبسوط قال المصنف رح في تعليل مسئلة الكتاب لان الاستثناء بمشيئة الله ابطال كما هو مذهب ابي يوسف رح او تعليق كما هو مذهب محمد رح كذا ذكره الامام قاضيخان رح في طلاق الجامع الكبير واختاره بعض شراح هذا الكتاب وقيل الاختلاف على العكس كما ذكر في طلاق الفتاوى الصغرى والتتمة واختاره بعض آخر من شراح هذا الكتاب وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال لغيره انت طالق عندي ان شاء الله فعلى قول من قال انه ابطال لم يقع الطلاق وعند من قال انه تعليق يقع فانه اذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فيقع وكيف ما كان لم يزد الاقرار كما بينه المصنف رح بقوله فان كان الاول وهو الابطال فقد بطل وان كان الثاني وهو التعليق وكذلك اما ان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق انما يكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بثبوت الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلغا التعليق اذ الشرط لا يوقف عليه لان الاطلاع عليه فان وقوع مشيئة الله تعالى مما لا يكاد ان يطلع عليها فصار التعليق بما لا يوقف عليه

كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا جاء رأس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الأجل يكون المال حالا قال ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فالمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ

غير صحيح لانه يكون عين ما مر الأصل كما ذكرنا في الطلاق اي في فصل الاستثناء من كتاب الطلاق ولو قال لفلان علي الف ان شاء فلان فقال فلان قد شئت فهذا اقرار باطل لانه علقه بشرط في وجوده خطر والاقرار لا يحتمل التعليق بالخطر لان التعليق بالخطر في خطر بين الاقرار لا يحلف به ولانه اخبار يتردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا يليق التعليق به اصلا وانما التعليق فيما هو ايجاب ليتبين به انه ليس بايقاع والمراد بالشرط وكذلك كل اقرار علق بالشرط او الخطر نحو قوله ان دخلت الدار وان مطرت السماء وان جاء الغيث او ان قضى الله تعالى او ان اراد الله او ان شاء زيد او قدره او ان ظهرت بذلك وان حبست مالا او ان كان كذلك وان كان حقا وانه باطل للاقرار اذا وصله بالكلام الذي ذكرنا كذا في النهاية فقلاعن المبسوط وفي غاية البيان نقلا عن شرح الكافي للحاكم الشهيد بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا جاء رأس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فهو من حيث العرف لان الناس يعدادون يذكرون به الاشياء محل الاجل فحسب لان الدين المؤجل يصير حالا بالموت ومجيء رأس الشهر والفطر سواء فالناس لما جعلوا الناس وقت الحقيقة للعرف فيكون تأجيلا اي فيكون في ذكر هذه الاشياء مدة تأجيلا اي دعوى الاجل الى الاوقات المذكورة لا تعليقا اي لا يكون تعليقا بالشرط حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا لان دعوى الاجل من المقر غير مقبولة عندنا الا ان يثبته بالبينة او يصدقه المقر له كما تقدم قال ابو الشعوري في مختصره ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه بان قال هذه الدار لفلان الا بناءها فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى اي تبعا لا قصدا اي لا مقصودا باللفظ لان البناء وصف في الدار والوصف يدخل تبعا لا قصدا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لم يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل تخير المشتري والاستثناء تصرف في الملفوظ والملفوظ عبارة عما وراء المستثنى فلا يتناول اسم الدار لا تحقق فيه عمل الاستثناء كذا قالوا اقول هذا وان كان موافقا لما ذكره الصدر وغيره في كتاب الايمان من ان اسم الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم والبناء وصف فيها الا انه مخالف لما ذكر في كتب اللغة فانه قال في المغرب الدار اسم جامع للبناء والعرصة وقال في القاموس الدار المحل البناء والعرصة والا يخفى ان الظاهر المتبادر من ذلك ان يكون الدار اسما لمجموع البناء والعرصة لا اسما للعرصة وحدها فتأمل قال في الشريعة فان قلت لشكل ما ذكرت اذا قال افلان على الف درهم الا قفيز حنطة فان الحنطة دخلت في الدراهم معنى لا لفظا حتى يصح استثناؤه قلت الدراهم بنيناول الحنطة من حيث المعنى فيتناولها اللفظ من جهة المعنى فيصح الاستثناء ولا كذلك الدار فانها ليست باسم للعرصة والبناء حتى يكون في ذكر الدار ذكر البناء بطريق التناول قصدا بل الدراهم للعرصة والبناء صفة له على ما ذكرناه والوصف يدخل تبعا لا قصدا فلا يصح استثناء الوصف فافترقا انتهى كلامه اقتفى اثره الشارح العيني اقول التعرض للفرق بين الشيئين مما لا يدمنه هنا وقد احله اكثر الشراح لكن الحرية التي ذكرها الشارحان المزبوران لا تقطع الكلام ههنا اذ لقائل ان يقول ان اريد بتناول الدراهم الحنطة من حيث المعنى تناولها اياها من حيث المعنى الوضعي للفظ الدراهم فهو ممنوع جدا الا يرى الى ما مر في تلك المسألة من ان التحقيق ان عدم تناول الدراهم غير بالفظ الا يرتاب فيه احد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فتعلقا يتناول ما كان على اخص وصافها الذي هو الثمنية وان اريد بذلك تناولها اياه من حيث الحكم فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا اذ المصنف ح مصرح ههنا بان الاستثناء تصرف في الملفوظ فتناول لفظ الدراهم الحنطة من حيث الحكم لا يكفي في صحة الاستثناء كيف ولو كفى تناول لفظ الدراهم الحنطة من حيث الحكم فقط لكفى في صحة استثناء الحنطة من الدراهم تناول اسم الدراهم لكفى تناول اسم الدار البناء من حيث الحكم فقط ايضا في صحة استثناء البناء من الدار فان البناء داخل في بيع الدار في حكم الاقرار بالدار ونحوها حتى يملك المشتري والمقر البناء ايضا غالبا من غير بيان فتقرر فيقول المراد بذلك التناول من حيث الحكم لكن قصد الاتيان والدراهم بتناول الحنطة باعتبار كونها على اخص اوصافها الذي هو الثمنية تناولا قصديا الا تيانيا فان التحقيق فيه الثمنية كالدنانير والمكيل والموزون في العدد المتقارب من قبيل الذوات فيجوز ان يكون مقصودا من الدراهم لمشاركته اياها في اخص اوصافها وهو الثمنية وكونه باعتبار ذلك بمنزلة جنس احد ولا كذلك الدار

والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثيها او الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بناء هذه الدار لي والبقعة لفلان دون البناء بخلاف ما اذا قال مكان العرصة لي حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار

مع البناء فان البناء وصف للدار فلا يدخل في حكمها الا تبعا وبالجملة فرق بين ما يتناول اللفظ حكما وبين ما يتبع متناوله في الحكم فان الاول مدلول حكمي للفظ مقصود فيه اصالة فيكون استثناؤه تصرفا في الملفوظ اي في مدلول اللفظ حكما فيصح والثاني خارج عن مدلول اللفظ وضعا وحكما غير مقصود منه اصلا لكنه تابع لمدلوله في الحكم الخ فلا يكون استثناؤه تصرفا في الملفوظ فلا يصح قال المصنف رح والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار يعني لا يصح استثناء الفص في الاقرار بالخاتم ولا استثناء النخلة في الاقرار بالبستان كما لا يصح استثناء البناء في الاقرار بالدار لانه اي كل احد من الفص النخلة يدخل فيه اي يدخل في المقر به تبعا لا قصدا فلا تصرف في الملفوظ كما مر قال بعض العلماء قول المصنف رح وهنا ان الفص يدخل تبعا لا قصدا فيه نظر لانه قال في قوله فيما مر ان اسم الخاتم شامل الكل اقول يمكن ان يقال ان مراده شمول اسم الخاتم الكل في قوله السابق اعم من الشمول القصدي والتبعي وهو ظاهر وفي دخول الفص في الخاتم نظر لما في قوله الاتي نفي الدخول القصدي فلا منافاة بينهما قال في البدائع ولو اقر الانسان بدار واستثنى بناءها نفسها فالاستثناء باطل لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة في اللغة وانما البناء فيها بمنزلة الصفة فلم يكن المستثنى من جنس المستثنى منه فلم يصح الاستثناء ويكون الدار مع البناء للمقر له لانه ان لم يكن له حقيقة تناول هذه الاخبار بطريق التضمن كما لو اقر لغيره بخاتم لم يكن له الحلقة والفص لانه اسم عام بل هو اسم لمسمى احد وهو المركب من الحلقة والفص لكنه يتناولها بطريق التضمن انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان قوله لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة مما لا يساعده كتب اللغة الا ترى الى ما قال في المغرب الدار اسم جامع للبناء والعرصة والى ما قال في القاموس الدار المحل يجمع البناء والعرصة واما ثانيا فلان قوله لان يتناول هذه الاخبار بطريق التضمن يدل على ان البناء جزء من معنى اسم الدار وهذا مع كونه مخالفا لما قالوا ولا من ان اسم الدار لا يتناول البناء لغة يقتضي صحة استثناء البناء نفسه للمقر له لان الجزء من الكل كما لو قال له على عشرة الا واحدا يقال يجوز ان يكون مراده بالتضمن معنى التبعية الا ترى الى ما قاله المصنف رح وغيره لانا نقول مع اباقوله هذه الاخبار عن ذلك التوجيه جدا يمنعه قوله في نظيره بمسئلة الاقرار بالخاتم بل هو اسم لمسمى احد وهو المركب من الحلقة والفص لكنه يتناولها بطريق التضمن فانه نص في دخول الفص كالحلقة بطريق الاصالة دون التبعية وهو خلاف ما صرح به المصنف وسائر الثقات بخلاف ما اذا قال الا ثلثيها اي اذا قال غير هذه الدار لفلان الا ثلثيها او الا بيتا منها حيث يصح الاستثناء ويكون للمقر له ما عدا ثلث الدار وما عدا البيت لانه اي لان كل واحد من الثلث والبيت داخل فيما اي في الصدر الذي هو الدار لفظا ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن كذا قالوا اقول كون البيت داخلا في الدار لفظا ومقصودا مشكل على القول بان الدار اسم للعرصة كما ذكروه في كتاب الايمان استدلوا به على ان من حلف لا يدخل هذه الدار فخلعها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حيث لا يحنث بدخولها ان يكون البيت داخلا في الدار لفظا ومقصودا ليكون جزءا من مدلول لفظ الدار حينئذ اسما للعرصة فقط بل لمجموع العرصة والثبوت فاذا انهدمت وصارت صحراء لزم ان تنعدم بانعدام بعض اجزائها فلم نظير وجه الحنث في المسئلة المذكورة والعجب من صاحب البدائع انه قال ههنا بخلاف ما اذا استثنى ربع الدار او ثلثها او بيتا منها انه يصح الاستثناء لما بينا ان الدار اسم للعرصة فكان المستثنى من جنس المستثنى منه فصح انتهى فان كون الدار اسما للعرصة يقتضي عدم صحة الاستثناء في صورة استثناء البيت مع ان البيت ليس من جنس العرصة فاذا البيت اسم لبناء مستقل داخل تحت قول الثقات على قول آخر كما عرف في الايمان في مسئلة الحلف لا يدخل بيتا فدخل صفة والعرصة هي البقعة كما سيأتي فان بناء من ذكر فاذكره يكون حجة عليه لا لي فتأمل بالصورة لو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال هذا لفظ القدوري ايضا يعني يكون البناء للمقر والعرصة لفلان قال المصنف في تعليله لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء يعني ان العرصة في اللغة عبارة عن بقعة ليس فيها بناء فلما اعتبر في معناها الخلو عن البناء لم يتبعها البناء في الحكم فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان قال المصنف رح بخلاف ما اذا قال مكان العرصة او ارضها اي بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان حيث يكون البناء للمقر مع الارض لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء بناء على ان الارض اصل والبناء تبع والاقرار بالاصل اقرار بالتبع كالاقرار

بالدار حيث يكون البناء ايضا للمقر له هناك وان استثناه لنفسه كما مر فان قلت شكل على هذا ما لو قال البناء لفلان والارض لا خر فانه كما قال حتى يكون البناء للاول والارض للثاني ولم يقبل هناك لاقراره بالارض قراره بالبناء فما وجه الفرق بينهما قلت الفرق بينهما من حيث ان الاول كلامه فيما اورد ت اقراره بالبناء للاول فانه جعل آخر كلامه اقرارا بالارض والبناء للكل فقراره فيما صار مستثنى اليه لا يصح فكان الثاني الارض خاصة وانما يصح فيه اخر كلامه اقرارا بالارض والبناء وهما جميعا ملك صحيح اقراره بهما للمقر له وذلك لان اول كلامه وهو قوله بناء هذا الدار لي غير معتبر لانه قد كان له قبل ان يذكره فبقي قوله وارضها لفلان من الاقرار بالاصل يوجب ثبوت حق الاخذ في البيع توضيح الفرق ان البناء في تلك المسئلة لما صار للمقر له الاول خرج من ان يكون تبعا للارض حكما فاقراره بالارض للثاني بعد ذلك لا يتعدى الى البناء وفي مسئلتنا البناء باق على ملك المقر فكان تبعا للارض فاقراره بالارض يثبت الحق للمقر له في البناء تبعا كذا في المبسوط اعلم ان هذا الجنس خمس مسائل ونخرجها على اصلين احدهما ان الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثاني ان اقرار الانسان حجة على نفسه ليس بحجة على غيره اذا عرفت هذا فنقول اذا قال بناء هذه الدار لي وارضها لفلان كانت الارض والبناء لفلان لان بقوله البناء لي ادعى البناء وبقوله الارض لفلان اقر لفلان بالبناء تبعا لاقراره بالارض والاقرار بعد الدعوى صحيح اذا قال ارضها لي وبناؤها لفلان فهو على ما اقر لان بقوله ارضها لي ادعى البناء لنفسه تبعا وبقوله والبناء لفلان لي اقر بالبناء لفلان والاقرار بعد الدعوى صحيح وهو المقبل ينقل البناء الى نفسه وان قال ارض هذه الدار لفلان وبناؤها لي فالارض للثاني لانه اقر بان بقوله ارضها لفلان اقر لفلان بالبناء تبعا وبقوله وبناؤها لي ادعى البناء لنفسه والدعوى بعد الاقرار لا تصح واذا قال ارض هذه الدار لفلان من بنائه لفلان آخر فالارض والبناء للمقر له الاول لان بقوله الارض لفلان اقر بالبناء تبعا للارض وبقوله بناؤها لفلان آخر كان مقرا على الاول والاقرار على الغير لا يصح واذا قال بناء هذه الدار لفلان وارضها لفلان آخر فهو كما قال لان بقوله الاول لما بناء هذه الدار لفلان صار مقرا بالبناء له وبقوله وارضها لفلان آخر صار مقرا على الاول والاقرار على الغير باطل كذا في الذخيرة ولو قال لرجل على الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم يقبض فقبض ذلك العبد العيبة قيل للمقر لان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك هنا لفظ القدوري في مختصره قال اي قال المدعي حق لله هذا اي ما ذكر من المسئلة على وجوه احدها اي هذا الوجه وهو ان يصدقه اي ان يصدق المقر المقر له بسلم العبد وجوابه اي جواب هذا الوجه ما ذكر من قوله قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك قال بعض الفضلاء فيه انه اذا سلم العبد وكيف يقال له ان شئت فسلم العبد الى آخر ما قال ما ذكره انما يتجه ان لو كان لفظ يسلم في قول المصنف رح ويسلم العبد من سلمه اليه اما اذا كان من سلم اي جعله سالما له فلا لان سلامة العبد للمقر انما يحصل باعتراف المقر له بانه عبد لا عبدي فقد تحقق بذا قبل تسليم العبد الى المقر فلا يأتي ان يقال له ان شئت فسلم العبد الخ وقد استعمل المصنف رح سلمه بمعنى اعطاه في مواضع من كتابه هذا منها ما سياتي في فصل الدين الشتركين من باب الصلح في الدين حيث قال فان سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم لان بشاركه القابض لانه رضي بالتسليم لسلم له ما في ذمة الغريم وقد سلم انتهى وتحمل ان يكون لفظ يسلم هنا لا يأتي من السلامة بل التسليم ويكون العبد فاعلا لا مفعولا فحينئذ لا يتوهم المنافاة اصلا قال المصنف رح في تعليل جواب الوجه المذكور لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة يعني انهما تصادقا في هذا الوجه والثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ولو عاينا انه اشترى منه هذا العبد بالف والعبد في يده كان عليه الف درهم كذا هنا قال صاحب العناية وفيه نظر لانهما ان تصادقا ثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على المقر له والجواب ان في تلك حكم بما ادعى المقر تسليم الثمن ليس بثمن فيه كذلك فان حكمنا بذلك كان حكما بما لا يدعيه احد وذلك باطل انتهى كلامه وطعن بعض الفضلاء في جوابه بان قال وليت شعري ان ما ذكر في الكتاب حكم بتسليم الثمن ام لا فان قال حكم بتسليم الثمن فما ذكر في الكتاب حكم بتسليم العبد على المقر له لان الاقرار يفضل للاقرار فان كل واحد من العقدين المذكورين يقتضي

والثاني ان يقول للمقر له العبد عبدك ما بعتك وانما بعت عبدا غيره هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتك وحكمه ان لا يلزم المقر شئ لانه اقر بالمال لاعوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم عين عليه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ثمن غيره والآخر ينكر فاذا تحالفا يطل المال وهذا اذا ذكر عبدا بعينه فان قال من عبدي ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عبدك حنيفة لكونه موصولا ام فصل لانه رجوع فان ما قبضت اقرار بوجوب المال وهو عالى كلمة على وانكار القبض في غير المعين نافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كما او طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن وان كان كذلك كان رجوعا عن

ثبوت البيع معاينة وهذا معنى ما ذكر في الكتاب فيمن للمقر له ان تسلم العبد وهذا الالف والا فلا شئ لك لان المراد من ان تسلم العبد تمكن المقر له من تسليم العبد وعدم تسليمه اذ لا يقدر البائع على عدة تسليم المبيع الى المشتري بعد ان سلم المبيع وتم هلاكه عنده ان لزوم الالف على المقر بسبب هذا التسليم لك العبد اليه فان فوت الوصول الى حقك فسلم العبد لا بصفته وليس المراد بقوله وهذا الالف بعد تسليم العبد اذ لا دلالة على التعقيب في الواو بل هي للجمع مطلقا فلا يخالف ما تقرر في البيوع من ان اللازم في بيع ساعة ثمن تسليم الثمن او لا فخلاصة ما ذكر في الكتاب هنا ما قال في الوقاية وغيرها فان سلم المقر له لزمه الالف والا لا والثاني اي الوجه الثاني ان يقول المقر له العبد عبدك اي العبد الذي عينته عبدك ما بعتك وانما بعتك عبدا غيره هذا وسلمته اليك وفيه اي في هذا الوجه المال لازم على المقر لاقراره به اي بالمال عند سلامة العبد له وقد سلم اي قد سلم العبد له حين اعترف المقر له بانه ملكه ولا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود كما لو قال لك علي الف غصبته منك وقال لا بل استقرضت مني لان الاسباب مطلوب الاحكام لا اعيانها فلا يفيد التكاذب في السبب بعد اتفاقهما على وجوب اصل المال ولا تفاوت في هذا الوجه بين ان يكون العبد في يد المقر او في يد المقر له كذا قالوا والثالث اي الوجه الثالث ان يقول اي المقر للعبد عبدي اي العبد الذي عينته عبدي ما بعتكه وحكمه اي حكم هذا الوجه ان لا يلزم المقر شئ لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه اي فلا يلزمه المال دون العبد لانه اذا لم يسلم العبد لا يسلم للمقر له بدله ولا تفاوت في هذا الوجه ايضا بين ان يكون العبد في يد المقر او في يد المقر له لانه اذا كان في يد المقر فانما لم يلزم المقر شئ من ثمن العبد كذا قالوا ولو قال مع ذلك ولو قال المقر بعد ما اقر بالعبد انما بعتك غيره اي غير ذلك العبد يتحالفان لان المقر يدعي تسليم عين عليه اي وجوب تسليمه والآخر ينكر والمقر يدعي عليه على المقر الالف اي لزوم الالف بيع غيره اي غير من عينه والآخر ينكر فصار كل واحد منهما مدعيا ومنكرا وحكم ذلك التحالف واذا انتفى الف بطل المال اي بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن في يده هذا اي ما ذكر من العبد واذا ذكر اي المقر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد لم يعين ان قال بعد الف درهم من ثمن عبد لم يعين سمي عبدا لم يسم عينه ولم اقبضه ولم اعينه ان لم يعين المقر العبد المشتري لزمه الالف لم يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل اي سواء وصل قوله ما قبضت بكلامه السابق او فصل عنه لانه اي لان قوله لا قبضت رجوع عما اقر به فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على اي الى ما دخل عليه الكلمة التي ذكرها اولا في قوله له علي الف درهم اذ هي للايجاب وانكاره القبض في غير المعين نافي الوجوب اصلا اي بالكلية لان الجهالة اي جهالة المبيع مقارنة كانت كما في حالة العقد او طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه اي نسي المتعاقدان ذلك عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن لان نقد الثمن لا يجب الا باحضار المبيع وقد امتنع احضاره بالجهالة فامتنع وجوب نقد الثمن ايضا واذا كان كذلك كان رجوعا فان اول كلامه اقرار بوجوب الثمن وآخره يوجب سقوطه وذلك رجوع فلا يصح وان كان موصولا لانا اوجبنا عليه الاقرار باطلا مفصولا كان او موصولا اقول لقائل ان يقول الكل التعليل المذكور هنا من قبل ابي حنيفة رحمه الله بمسئلة الاستثناء بمشيئة الله تعالى فانه لم يلزم المقر هناك شئ بالاتفاق مع جريان علامة هذا التعليل هناك ايضا بان يقال ان اول الكلام اقرار بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وآخره نافي الوجوب اصلا فيجب ان يكون رجوعا فيلزم ان لا يصح ويمكن ان يجاب عنه بما اشار اليه المصنف فيما ياتي في مسئلة ما لو قال من ثمن خمر او خنزير يقبل فانه ذاك تعليق وهذا ابطال مستدركا تتمة الكلام هناك ان شاء الله تعالى ثم ان بعض الفضلاء اورد على التعليل المذكور هنا ما اورده واجاب عنه حيث قال في تمام التقريب كلام فاذا ارتفاع الجهالة لا يلزم ان يكون بالقبض بل باعتراف المشتري هذا واحضار البائع فليتامل فانه يجوز ان يقال الظاهر هو عدم الاعتراف فيبقى على الجهالة انتهى اقول لا ايراد بشئ ولا جواب بالاول فان المقر فيما نحن فيه لما لم يعين العبد فصار مجهولا لم يكلف المقر له باحضاره لتعذر احضار المجهول فانى يتصور الزامه المبيع هنا حتى يدعي استحقاقه

وقال ابو يوسف ومحمد رح ان وصل صدق والا يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر وجه قولهما ان اقراره بوجوب المال عليه بين سببا وهو البيع فان واقعه الطالب في السبب بانه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض وهو ينكره فيكون القول قوله وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان اصل كلامه الوجوب مطلقا وآخره يحتمل الانتفاء فيحمل على اعتبار عدم القبض لتغير آخر كلامه لا مفصولا ولو قال ابتعت منه عبدا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع كذا ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن **قال** وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان على

بانه خمر او ان احد المقرا عبد ابعينه من غير تكليف واعترف المقران ما اشتراه منه هذا العبد فقد صارت المسئلة من قبيل ما اذا ذكر المقر عبدا بعينه وما نحن فيه بمعزل منه اما الثاني فلانه كيف يجوز ان يقال الظاهر هو عدم الاعتراف وقد لزمه الالف بالاعتراف عند ابي حنيفة رح في هذه المسئلة وان لم يحضر البائع شيئا فضلا ان يؤثر العاقل اعطاء الالف بلا عوض على اعطائه بمقابلة ما احضره البائع فالظاهر هو الاعتراف عند احضاره بلا ريب وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان وصل صدق ولم يلتفت الى ذلك وبه قال مالك والشافعي واحمد رح وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون في ذلك من ثمن عبد اي اذا كذب المقر المقر في الجهة وهي ان يكون ذلك الالف من ثمن عبد وان قوله اي المقر له اي المقر باعه اي باع المقر متاعا يعني ان يصدق المقر له المقر في الجهة بان قال انه باعه متاعا وهو العبد كما اقر به المقر ويكون تكذيبه في انكاره قبض المبيع فالقول قول المقر سواء وصل او فصل وانما عبر المصنف رح بهذا عن البيع بالمتاع حيث قال وان اقر انه باعه متاعا وقد كان وضع مسئلة الكتاب في العبد ليعلم ان الحكم في المتاع مطلقا هو الحكم في العبد وجه ذلك اي وجه ما ذكرنا من الامان آنفا اي المقر اقر بوجوب المال عليه على نفسه حيث قال لفلان على الف درهم وبين سببا وهو البيع حيث قال من ثمن عبد اشتريته منه فان واقعه الطالب يعني المقر له في السبب وهو البيع وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض اي وبجحود وجود السبب هو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز الاحتمال لانه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري وانما يتأكد الثمن عن المشتري وانما يتأكد بالقبض والمقر له يدعي القبض والمقر ينكره فيكون القول لاي للمنكر قال صاحب العناية وفي عبارة المصنف نظر لان قوله فان واقعه الطالب في السبب بشرط فلانه من جواب وقوله وبه لا يتأكد الوجوب لا يصلح لذلك وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء وعدم الرابط فانك لو قدرت كلمة فان في الفقه الطالب في السبب فيكون القول له ليس بصحيح لانه في بيان التعليل وليس فيه اشعار بذلك قال ويمكن ان يقال جزاؤه محذوف وتقديره فان واقعه الطالب في السبب الحال انه بجحود السبب لا يتأكد لانه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض والمقر منكره فيكون القول له انتهى كلامه اقول الظرف المزبور ساقط جدا فان قول المصنف فيكون القول له صالح لان يكون جوابا للشرط المذكور قطعا ووجود الفاء فيه ليس بمانع عنه اصلا اذ قد يقترن جواب الجزاء اذا كان انشائيا او اخباريا مقرونا بالفاء او اذا كان فعلا انشائيا او اخباريا جامدا فيه الجهان وقوله انما فيه اي في قوله وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض وقوله عدم ربط فيه منع فان قوله وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض هو الرابط المقدر بعد قوله فيكون القول له وقد مر تحقيقه مفصلا فصار معنى الكلام فان واقعه الطالب في السبب الحال انه بجحود السبب لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري وانما يتأكد بالقبض وانكر القبض فالقول له وهو يخفى على ذوي فطرة سليمة ان قوله فيكون القول له مربوط بالشرط المذكور وبالقيد المذكور وان لم يكن مربوطا بهما يرد عليه ان قبض المبيع فلا حاجة الى تقدير جزاء محذوف كما تجشم ذلك الشارح ان كذبه اي وان كذب الطالب المقر في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا الان حمد كلامه وهو قوله له على الف درهم ثمن مبيع وجوب الثمن مطلقا جوابا الى كلمة على وآخره اي آخر كلامه يحتمل انتفاءه اي انتفاء الوجوب على ما بينه من القبض فصار مغيرا لمقتضى اول كلامه فيصير المغير صحيحا موصولا لا بد منه مفصولا كالاستثناء ولو قال ابتعت منه بيعا اي بيعا ما في بعض النسخ عينا الا اني لم اقبضه فالقول قوله اي قول المقر بالاجماع ذكر المصنف رح هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري وقال في تعليلها لانه ليس من ضرورة البيع القبض يعني ان المقر هنا انما اقر بحكم العقد والاقرار بالعقد لا يكون اقرارا بالقبض اذ ليس من ضرورة البيع قبض المبيع حتى يجب الثمن على المشتري بخلاف الاقرار بوجوب الثمن فان من ضرورة القبض قال صاحب العناية هذا مقدم كلام المصنف وفيه نظر فانه انما كان كذلك لو وجب تسليم المبيع اولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع انتهى اقول هذا النظر ايضا ساقط اذ الظاهر ان مراد المصنف رح هنا هو الاقرار بوجوب الثمن في المبيع المعين او هو مختلف فيه يحتاج الى الفرق وقد تقرر ان انكار القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا فلا يبقى نفاذ الاقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين من قبيله فكان من ضرورة التسليم قال اي القدوري في مختصره وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير قال المصنف رح يعني المسئلة التي ذكرها القدوري اذا قال لفلان

الف درهم من ثمن الخمر او الخنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين بآخر كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله تعالى قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال ولو قال له علي الف درهم من ثمن متاع او قال اقرضتني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة رح وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق

الف من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره يعني قوله من ثمن خمر او خنزير عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل لانه اي لان تفسيره رجوع عن اقراره لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا على المسلم واول كلامه وهو قوله علي الف للوجوب والرجوع عن الاقرار باطل وقالا اي قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا وصل لا يلزمه شيء لانه اي المقر بين بآخر كلامه انه ما اراد به اي باول كلامه الايجاب لانه يحتمل انه بنى اقراره على عادة الفسقة فان الخمر مال يجري فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها واداء ثمنها فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا كذا في الشروح اقول هذا لا يتمشى فيما اذا قال من ثمن خنزير لانه لا يحتمل في هذه الصورة ان يبني اقراره على عادة الفسقة من المسلمين كما في صورة ان قال من ثمن خمر اذ لا يقع منهم شراء الخنزير ولا اداء ثمنه اصلا فضلا عن اعتيادهم بذلك واما عادة الكفار فلا تصلح لان تجعل مبنى لكلام المسلم كما لا يخفى والدليل الذي ذكره المص ههنا من قبلها مسوق الصورتين معا فلا يتم التقريب وصار اي صار آخر كلامه فيما نحن فيه كما اذا قال في آخره ان شاء الله تعالى فانه يصدق هناك اذا وصل فكذا ههنا اجاب المص عن هذا القياس بقوله قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال يعني قوله ان شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق بالشرط من باب بيان التغيير فيصح موصولا وما نحن فيه ابطال والابطال لا يكون بيانا فلم يصح وان كان موصولا اقول فيه كلام من وجهين احدهما ان المص قال في مسئلة الاستثناء بمشية الله ان الاستثناء بمشية الله اما ابطال او تعليق وقد بينا هناك ان المذكور في بعض الكتب المعتبرة ان الاول مذهب ابي يوسف والثاني مذهب محمد رح وفي بعضها ان الامر بالعكس فاما ما كان لا يكون هذا الجواب حجة على من قال منهما يكون ذاك ايضا ابطالا وثانيهما ان المصنف قال هناك فان كان الاول يعني الابطال فقد بطل وان كان الثاني يعني التعليق فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق فحصل منه ان الاستثناء بمشية الله وان كان تعليقا في اصله الا انه ليس بتعليق في باب الاقرار بل هو ابطال على كل حال فكيف يتم قوله ههنا ذاك تعليق وهذا ابطال ويمكن ان يجاب عن الاقرار بان الجواب المذكور ههنا عن قبل ابي حنيفة رح يصير الزاميا بالنسبة الى من قال من صاحبه يكون الاستثناء بمشية الله تعليقا وتحقيقا بالنسبة الى من قال منهما يكون ذلك ابطالا ولا يجب ان يكون الجواب الزاميا بالنسبة الى كل واحد منهما وعن الثاني بان الاستثناء بمشية الله وان لم يكن في باب الاقرار تعليقا حقيقة الا انه في صورة التعليق وهذا القدر يكفي في قدح قياس هذه المسئلة على مسئلة ما اذا قال في آخره ان شاء الله فان هذه المسئلة ليست بتعليق لا صورة ولا معنى وانما هي ابطال محض واما تلك المسئلة فتعليق صورة وان كانت ابطالا معنى فافترقا تامل واعلم ان القدوري لم يذكر في مختصره خلافا في هذه المسئلة وانما ذكره الحاكم الشهيد في الكافي فاخذ المص منه ثم اعلم ان الخلاف المذكور فيها فيما اذا كذبه الطالب واما اذا صدقه في ذلك فلا يلزمهم شيء في قولهم جميعا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة وكذلك الحكم فيما اذا قال من ثمن خمر او ميتة او دم صرح به شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وذكر في بعض الشروح ولو قال له علي الف اي الف درهم من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف جمع زيف وهو ما يقبله التجار ويرده بيت المال او نبهرجة وهي دون الزيوف فانها يرده التجار ايضا وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا اي قال ابو يوسف رح ومحمد رح ان قال موصولا اي ان ذكر قوله هي زيوف او نبهرجة موصولا بكلامه السابق صدق وان قال مفصولا اي ان ذكر ذلك مفصولا عنه لا يصدق هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير اقول تحريرها على النمط المذكور لا يخلو عن النوع القصور فان قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة ان لزمه الجياد سواء وصل قوله هي زيوف او نبهرجة ام فصل كما صرحوا به ويقتضيه بيان الخلاف الا ان كلمة ثم في قوله ثم قال هي زيوف او نبهرجة يدل على الفصل كما لا يخفى فتوهم اختصاص قول ابي حنيفة رح بصورة الفصل ولا خلاف فيها بين صاحبيه فالظاهر ان يذكر الواو بدل ثم كما وقع في كلام الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال في باب الاقرار بالزيوف واذا اقر الرجل بالف درهم دين من قرض او ثمن مبيع وادعى انها زيوف او نبهرجة لم يصدق في قول ابي حنيفة رح وصل ام فصل وقال ابو يوسف رح ومحمد رح ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق وبهذا ذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي

وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة رح ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتكه معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار

في شرح الكافي وعلى هذا نص محمد رح في الاصل قال المصنف رح وعلى هذا الخلاف واذا قال هي اي الالف ستوقة وهي اردأ من البنهرجة او رصاص اي او قال هي رصاص فلا يصدق عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل ويصدق عندهما ان وصل لكن هذا على احدى الروايتين عن ابي يوسف رح وفي رواية اخرى عنه لا يصدق ههنا وان وصل كما قاله ابو حنيفة رح كذا في شرح الجامع الصغير للامام قاضيخان والامام التمرتاشي وعلى هذا اي على هذا الخلاف اذا قال الا انها زيوف بكلمة الاستثناء وعلى هذا الخلاف اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف بالجر وتجري الصفة على المجرور المعدود دون العدد كقوله تعالى سبع بقرات سمان كذا في معراج الدراية اقول فلا بد من توجيه وصف المقر بالجمع فتامل من ثمن متاع هذا تتمة كلام المقر لهما اي لابي يوسف رح ومحمد رح في هذه الصورة الخلاف فيه انه اي ما قاله المقر اخرا بيان مغير لما قاله اولا فيصح موصولا اي بشرط الوصل كالشرط والاستثناء فان كل واحد منهما يصح موصولا لا مفصولا لكونه بيان تغيير وهذا اي كون آخر كلام المقر فيما نحن فيه بيانا مغيرا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته فان الزيوف من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء في الصرف والسلم ولا يصير استدلالا والستوقة بمجازه اي ويحتمل الستوقة بمجازه لانها تسمى دراهم مجازا فامكن ان يتوقف صدر الكلام على عجزه الا ان مطلقه اي مطلق اسم الدراهم ينصرف الى الجياد لان بياعات الناس تكون بالجياد عادة فكان اي فكان ذكر الزيوف او الستوقة في آخر الكلام بيانا مغيرا لما اقتضاه اول الكلام من هذا الوجه اي من الوجه المذكور فانه كان بيانا من جهة الاحتمال مغيرا من جهة مخالفة العادة فيصح موصولا وصار اي صار حكم هذا كما اذا قال الا انها وزن خمسة او ستة ونقد بلد هم وزن سبعة صدق ان كان موصولا ولم يصدق ان كان مفصولا اقول لو تعرض المصنف رح في اثناء التعليل لذكر البنهرجة ايضا لكان اوجه لانها مذكورة ايضا في اصل المسئلة فان قلت البنهرجة كالزيوف في كونها من جنس الاثمان كما صرح به في مسائل شتى من كتاب القضاء فيجوز ان يكتفى في التعليل بذكر حال الزيوف قلت رداءة البنهرجة دون رداءة الزيوف كما نبه عليه هناك ايضا فكان الاولى الاكتفاء بذكر حال الادنى ليعلم به حال ما فوقه بالاولوية ثم اقول ان قوله لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه لا يساعده ما ذكر في معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس وغيرهما فان المذكور فيها درهم ستوق وستوق اي زيف بنهرج فكيف يكون اسم الدراهم حقيقة في المفسر مجازا في المفسر فتامل ولابي حنيفة رحمه الله ان هذا اي ما قاله الآخر رجوع عما اقر به اولا ودعوى امر عارض فلا يقبل وان وصل ذلك لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب لان موجبه سلامة البدل المستحق به عن العيب والزيافة عيب في الدراهم ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه اي عن بعض موجب العقد فاذا ادعى انها زيوف فقد رد ابطاله ما هو المستحق بالعقد فلا يصدق وان وصل وصار حكم هذا كما اذا قال البائع بعتك مغنيا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول هناك للمشتري لما بينا ان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب فكذا ههنا فحاصل اختلافهم راجع الى ان الدراهم الزيوف هل هي داخلة في مطلق اسم الدراهم ام لا فابو حنيفة رح رجح جانب العيب فيها فلم يدخلها تحت مطلق اسم الدراهم حتى كان دعوى الزيافة رجوعا اقر اولا بمطلق الدراهم وهما ادخلاها تحت مطلق اسم الدراهم على سبيل التوقف حتى كان دعوى الزيافة بعد ذكر اسم الدراهم بيان تغيير كما في الشرط والاستثناء كذا في الاسرار وغيره والستوقة ليست من الاثمان اي ليست من جنس الاثمان والبيع يرد على الثمن فلم تكن الستوقة من محتملات العقد فكان اي كان قوله الآخر رجوعا اما اقر به اولا فكان دعوى الستوقة بتاويل ادعاء رجوعا عن ذلك فلم يصح مفصولا ولا موصولا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء هذا جواب عما استشهد به تقريره ان ذلك ليس مما نحن فيه لانه يصح ان يكون استثناء لانه مقدار واستثناء بعض المقدار صحيح لان اول الكلام يتناول القدر وكان استثناء الملفوظ وهو صحيح بلا ريب بخلاف الجودة اي بخلاف ما اذا قال الا انها زيوف فان في قوله الا انها زيوف استثناء للدراهم الجيدة عن الوجوب في الذمة والجودة وصف فلا يصح استثناؤها لان استثناء الوصف لا يجوز لعدم تناول صدر الكلام اياه قصدا بل تبعا كاستثناء البناء في الدار على ما مر بيانه قال في النهاية ومعراج الدراية فان قيل استثناء الوصف لا يصح بالاجماع فكيف صحح ابو يوسف رح ومحمد رح استثناء الزيافة من الدراهم قلنا صححا ذلك من حيث المعنى والزيافة من حيث المعنى عين لا وصف فان قوله

بخلاف ما اذا قال على ان كل حنطة من ثمن عبدك انها رديئة لان الرداءة نوع عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعلى الحنطة وعلى غير رداءة الحول

فلان على الف من ثمن متاع الا انها زيوف صار بمنزلة قوله الا انها نقد بلد كذا او نقد ذلك البلد زيوف وهناك صح هذا البيان موصولا بالاجماع وهذا في معناه فيستقيم ان يصير فصار ذلك في عالم الدراهم لا وصفا بمنزلة قوله في الحنطة الا انها رديئة الى هنا كلامه وفي الاسرار والفوائد الظهيرية انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن النهاية ومعراج الدراية وهنا بحث اذ حينئذ ينبغي ان يفصل فتامل اقول لا بحث بقي لان هذا البيان وان كان عندهما بيان نوع للدراهم الا انه بيان تغيير بناء على ان مطلق العقد يقتضي السلامة والجودة عرفا فكان استثناء نوع الزيوف من الدراهم تغييرا لمقتضى العقد فكان بيان تغيير من هذا الوجه كما مر وبيان التغيير لا يصح الا موصولا وانما وقع ذلك الفاضل في الغلط من قول صاحبي النهاية ومعراج الدراية فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله في الحنطة الا انها رديئة فان قوله في الحنطة الا انها رديئة يقبل ان يفصل كما صرحوا به الا ان مرادهما ان ذلك بمنزلة قوله في الحنطة الا انها رديئة في مجرد كونه نوعا لا وصفا لا في الاتحاد في جهة البيان كيف وقد صرحوا بان هذا بيان تغيير وذاك بيان تغيير قال المصنف رح بخلاف ما اذا قال على ان كل حنطة من ثمن عبدك الا انها رديئة لان الرداءة نوع اي متنوعة لا عيب لان العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة والحنطة قد يكون رديئة في اصل الخلقة كانت الرديئة نوعا سماويا ولهذا قالوا لو اشترى حنطة سماويا فوجد بها رديئة لم يكن له خيار الرد بالعيب مقتضى العقد لا يقتضي السلامة عنها اي عن السماوية اذ ليس بمطلق العقد مقتضى في نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة مالم يبين انها جيدة او وسطا ورديئة فليس في بيانه تغيير موجب اول كلامه فصح موصولا وفصولا كذا في المبسوط وغيره وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له على كر حنطة من ثمن عبدا لا انها رديئة لان الرداءة ضد الجودة فهما صفتان تتعاقبان على موضوع واحد اجاب بقوله لان الرداءة نوع لا عيب فان قيل فالجودة كذلك لما مر انها ضدان دفعا للتحكم اجيب بان الرداءة في الحنطة متنوعة لا عيب في الدراهم عيب انتهى اقول فيه نظر لان مفاد الجواب الثاني ان الرداءة في عدد الدراهم عيب وفي الحنطة ليست بعيب لا ينافي الدراهم وصف في الحنطة ليست بوصف فلا يندفع به السؤال الا حاصله لنقض الفرق بانه يجوز استثناء الوصف الذي يجوز بجواز استثناء وصف الرداءة في الحنطة على انه لا ينفع السؤال الثاني ايضا لان حاصل طلب الفرق بين رداءة الحنطة وجودة الدراهم ومفاد الجواب عنه بيان الفرق بين رداءة الحنطة ورداءة الدراهم واقول الباعث على ترجمة المقام بالوجه المزبور هو انه حسب ان قول المصنف رح بخلاف ما اذا قال على كر حنطة الخ متعلق بما ذكره في قبيله وهو قوله لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناني الدار فوقع فيما وقع ولكن لا ينبغي على ذي فطرة سليمة ان قوله المذكور متعلق بما ذكر في اوائل مسائل ابي حنيفة وهو قوله لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب يرشدك اليه قطعا اقوله هنا فمطلق العقد لا تقتضي السلامة عنها بعد قوله لان الرداءة نوع لا عيب ثم اقول اما السوال الذي ذكره الشارح الذكي بقوله فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له على كر حنطة من ثمن عبدا لا انها رديئة فاجاب بان يقال ليس هناك استثناء حقيقة وانما قوله الا انها رديئة بيان وتغيير للحنطة التي قوله على كر حنطة في صورة الاستثناء يرشدك اليه ان صاحب الكافي قال في تقرير هذه المسئلة بخلاف ما لو قال له على كر من ثمن مبيع او قرض ثم قال هو رديء فالقول قوله في ذلك وصل منفصل لان الرداءة ليست بعيب في البر انتهى حيث ميل قوله الا انها رديئة بقوله هو رديء تنبيها على ان ليس مطمح النظر في هذه المسئلة صيغة الاستثناء بل ان الرداءة في مثل البر ليست بعيب فظهر ان جعل قول المصنف رح لان الرداءة نوع لا عيب جوابا عن السوال المزبور عن ضيق العطن فان قلت السوال المزبور جواب آخر فاظهر مما ذكرته وهو ان قوله الا انها رديئة ليس لاستثناء الوصف وهو الرداءة بل لاستثناء العين وهو الحنطة الرديئة فالمراد من الاستثناء نوع من الحنطة وهو صحيح بلا ريب فلم تركت هذا الجواب قلت لانه يناقض على اصل ابي حنيفة رح بما اذا قال الا انها زيوف فانه لا يقبل عنده مع جريان ان يقال انه ليس باستثناء الوصف وهو الزيافة بل باستثناء العين وهو الدراهم الزيوف ونحن الآن بصدد تتميم قول ابي حنيفة رح فلا مجال للتشبث بذلك الجواب هنا فتدبر وعن ابي حنيفة رح في رواية الاصول الجامعان والزيادات والمبسوط وبه عبر عنها بظاهر الروايات وعن الامالي والنوادر والرقيات والمارديتات والكيسانيات بخلاف

انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الفرق ان التعامل بالجياد انصرف مطلق
اليها وقال لفلان على الف درهم زيوف ولم يذكر البيض والقرض لا يصدق بالاجماع وان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق وان موصولا لافراد يتصرف
الى العقود لتعينها مشروعة الا الى الاحتمال الحرم ولو قال اغتصبت منه الفا او قال او وعني ثم قال هي زيوف او بهرجة صدق في الفصل
ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضاه في الجياد والتعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل

ظاهر الرواية انه يصدق في الزيوف اذا وصل يعني في القرض كذا في النهاية وقد وقع التصريح بهذا القيد في بعض النسخ بان يقال وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول
في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل يعني اذا قال لفلان على الف درهم قرض هي زيوف يصدق عنده في غير رواية الاصول اذا وصل قوله هي زيوف بقوله الف
درهم قرض اما اذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان هي زيوف لا يصدق باتفاق الروايات لان القرض يوجب مثل المقبوض يعني ان المستقرض انما يصير مضمونا على المستقرض
بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض وقد يكون المقبوض في القرض زيفا كما في الغصب فالواجب حينئذ الزيف لان القرض يقضي بالمثل كالغصب فيصدق
فيه كما يصدق في الغصب اقول لقائل ان يقول هذا التعليل يقتضي ان يصدق في الزيوف في القرض وصل ام فصل كما في الغصب على ما يأتي مع انه لا يصدق
في صورة القرض اذا فصل باتفاق الروايات كما صرحوا به وجه الظاهر اي وجه ظاهر الرواية ان التعامل بالجياد يعني ان المتعارف في التعامل هو الجياد و
المطلق ينصرف الى المتعارف فالقرض مطلقا اي مطلق القرض انما ينصرف اي الى الجياد فيجب عليه ايجاد ويبعد ذلك لا تقبل دعوى
الزيافة لانها رجوع عما اقر به ولو قال لفلان على الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض اي لو ارسل ولم يبين الجهة وارجع انما يقبل انه يصدق بالاجماع
يعني اذا وصل لان اسم الدراهم يتناولها اي يتناول الزيوف ولم يذكر ما يعينها الى الجياد وقيل لا يصدق قائل هذا هو الكرخي كما صرح به الامام قاضيخان
في شرح الجامع الصغير اي لا يصدق عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل واما عندهما فيصدق اذا وصل ولا يصدق اذا فصل فحاصل المعنى وقيل هو على الاطلاق
السابق ايضا كما صرحوا به لان مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى العقود اي الى الالزام بسبب العقود لتعينها مشروعة اي لكونها على المشروعة لا الى الالزام
المحرم اي لا ينصرف الى الالزام بسبب الاستهلاك المحرم اذ لا يجوز حمل المسلم على الحرام ما امكن فصلا بذا وما بين سبب التجارة سواء قال في الفتاوى الصغرى ولو اصل
ولم يبين الجهة ثم قال هي زيوف قال الفقيه ابو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشايخ من قال هو على هذا الاختلاف ومنهم من قال ههنا يصدق اجماعا لان يحتمل
على بعض الوجوه دون البعض فلا تحب مع الاحتمال انتهى ولو قال اغتصبت منه الفا او قال ووعني اي او وعني الف ثم قال هي زيوف او بهرجة صدق وصل ام فصل
وهذا يسأل لجامع الصغير قال المصنف في تعليلها لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له اي لوازم الغصب والايداع في الجياد بخلاف البيع
فان عقد المعاوضة يقتضيها ولا تعامل اي ولا تعامل في غصب الجياد ولا في ايداعها بخلاف القرض فان التعامل فيه بالجياد فلا يكون قوله هي زيوف بعد الاقرار
بغصب الالف او ايداعها كغيره الاول كلامه فيكون بيان النوع صحيحا وان فصل قال صاحب العناية وفيه نظر لانه قد يقدم في قول ابي حنيفة جواز الزيافة في الدراهم
عيب فيكون ذكر الزيف جوعا فلا يقبل اصلا فلا اقل من ان يكون بيانا مغيرا فلا يقبل موصولا انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط لانه انما يلزم من كون الزيافة
عيبا في الدراهم كون ذكر الزيوف جوعا او بيانا مغيرا لوكان كل عيب مغيرا وليس كذلك بل العيب على السواء بل كان خصوصا مغيرا للعيوب وهو ايجاد وامثلة
تحقق المقتضي كذا في البيع والتعامل كما في القرض فاذا قد تبين في التعليل المذكور عدم تحقق مقتضى ايجاد ولا التعامل بما في الغصب والايداع تعين تناول الكلام
المقتضي ايجاد والايجاد على السواء فلم يكن ذكر الزيوف في آخر كلامه رجوعا عما اقر به اصلا والايجاد في اول الكلام بيان النوع قطعا وقال صاحب العناية ويمكن ان يجاب
بما قدمنا ذكره انها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الجملة فيكون منوعا لما بين لا كما في الجملة وقد لا يكون فحينئذ يجوز ان يكون منوعا وعيبا والضابط
في ذلك ان ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانا لما اقتضينا تقييد بها فلا يمكن ان تكون الزيافة عيبا
مناسبة بينما لكنا نافيها نافي الاقتضاء فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب واذا لم تقتضيها كانت نوعا فيتعين لمطلق الدراهم فحالها اي بها احتمال الجنس لانواع فلا
كلامه اقول هذا كلام خال عن التحصيل اما اولا فلان الزيافة في الدراهم لا يكون الموصوف بها متصفا بها من حيث الجملة السلامة اذ هي امر عارض للدراهم تحقيقا

ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة او رصاص بعد ما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وان قال في هذا كله الفا ثم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لانها وصف واستثناء الاوصاف لا يصح واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع نفسه فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه

الدراهم في جهة نقدها وانما التي يقولون الموصوف بالصفة فانا حملنا من حيث الجيادة هي الرداءة في الخطة كما هو هي بمعزل عما نحن فيه فلا معنى لحمل ذلك عليها انتهى اذا انها فلان اذا كان في الضابط اصل الا ان الجهة الموجبة للدراهم اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا ليس بمعقول المعنى لان كون الزيادة نوعا او عيبا امر غير ثابت لاقتضاء الجهة الموجبة لها السلامة وانما اتى اقتضاء السلامة عند ابي حنيفة رح في اخراج الدراهم الموصوفة بذلك [illegible] عن مطلق الدراهم المذكور في تلك الجهة لان جيادها معيبة وكذلك كون الزيافة نوعا ممنوع [illegible] بعد اقتضاء الجهة السلامة بل الزيافة كالجودة صفة [illegible] الجياد والزيوف نوعان من مطلق الدراهم قطعا سواء اقتضت الجهة السلامة او لا فلا [illegible] وقيد بهما كما انه تبيين مطلق الدراهم انهما جنسان كانا نوعين تحت مطلق الدراهم ولم يكن الزيافة عيبا فهو ممنوع بل الزيافة عيب على كل حال وكونهما نوعين لا ينافي كونها عيبا فان كون بعض الانواع معيبا بالنسبة الى البعض الآخر [illegible] الا يكون عيبا او كان في صافية الدراهم عيب كذلك وان اراد [illegible] كانت نوعين المطلق انهما وان كانت الزيافة عيبا ايضا فلا يحصل الجواب عن النظر المذكور مما ذكره اصلا كما لا يخفى على الفطن قال المصنف رح ولهذا اي ولاجل ان [illegible] لو جاء راد المغصوب [illegible] بسبب الوديعة اي راد الوديعة والمغصوب بالمعيب متعلق بجاء اي لو جاء راد [illegible] بالمعيب كان القول له اي للراد [illegible] الاختلاف [illegible] كان القول [illegible] امينا او الى قوله انه لا يصدق فيه اي في الغصب لا في الوديعة كما صرح به [illegible] مفصولا اي اذا ادعى الزيافة مفصولا اعتبارا بالقرض [illegible] فيهما اي في الغصب والقرض هو الموجب للضمان يعني ان الجامع بينهما كون [illegible] الموجب للضمان [illegible] ولو قال هي ستوقة او رصاص بعد ما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق [illegible] المسألة [illegible] قال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان قال هي ستوقة او رصاص صدق ان وصل ولم يصدق ان فصل [illegible] في الغصب والوديعة [illegible] ليست من [illegible] وان كانت من جنسها صورة [illegible] الحقيقة [illegible] انتهى [illegible] مسألة [illegible] الامام الاسبيجابي [illegible] ليست من جنس الدراهم اي ليست من جنسها حقيقة ولهذا لا يجوز التجوز بها في باب الصرف [illegible] لكن الاسم اي اسم الدراهم يتناولها اي يتناول الستوقة مجازا [illegible] الدراهم [illegible] الصورة فكان بيانا مغيرا [illegible] اول كلامه لان اول كلامه يتناول الدراهم صورة وحقيقة وباخره [illegible] صورة لا حقيقة [illegible] الوصل لان بيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا بخلاف ما سبق [illegible] في بيانه تغيير [illegible] وان قال في هذا كله اي فيما ذكر من البيع والقرض والغصب والايداع الفا ثم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق [illegible] الجامع الصغير قال المصنف [illegible] لان هذا استثناء المقدار اي استثناء البعض [illegible] والاستثناء يصح موصولا لا مفصولا [illegible] بخلاف الزيافة لانها وصف [illegible] ان الزيافة وصف ذكر [illegible] واللفظ يتناول المقدار دون الوصف [illegible] في الاستثناء [illegible] ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام اي لضرورة انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس [illegible] فهو واصل اي هو في حكم الواصل حتى يصح استثناؤه لعدم امكان الاحتراز عنه لان الانسان قد يحتاج الى ان يتكلم بكلام كثير [illegible] الاستثناء في اخره [illegible] ذلك نفس واحد [illegible] عفوا قال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير وفصل بينهما بالفصل بطريق الضرورة بان انقطع عنه الكلام ثم وصل [illegible] استثناؤه [illegible] الانسان يحتاج الى ان يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء ولا يقدر ان يتكلم بنفس واحد فجعل ذلك عفوا انتهى كلامه وقال الكاكي في معراج الدراية وبه قال الائمة الثلاثة [illegible]

ومن اقر انه غصب ثوبا ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت فقال بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطيتنيها وديعة فقال بل غصبتنيها فالقول قوله مع يمينه والفرق ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن وانه ينكر فيكون القول له مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذلك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول منكرا مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال فالاعطاء والدفع اليس يكون الا بقبض فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالقبض ثابت ضرورة كما يظهر في انعقاده سبب الضمان فهذا ان ما اذا قال اخذتها منك وديعة وذلك لانه اقر صريحا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ منهما توافقا هناك على ان الاخذ كان بلا اذن

مالك والشافعي واحمد رحمهم الله تعالى ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله بدا بلفظ القدوري في مختصره قال المصنف رح وفي قوله لان الغصب لا يختص بالسليم فان الانسان قد يغصب ما يساوي مئين بالصحيح المعيب الجيد والرديء فكان القول قوله فيما غصب سواء وصل الامر فصل ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت فقال اي المقر له بل اخذتها غصبا فهو ضامن اي عندنا وهذه المسئلة على وجهين في وجه يكون القول قول المقر مع يمينه فالمقر ضامن الا ان يكمل المقر له عن اليمين وان قال اعطيتنيها وديعة فقال اي المقر له بل غصبتنيها لم يضمن المقر له اي لم يضمن المقر له في هذه المسئلة بل كان القول قول المقر مع يمينه وانما لم يضمن في هذه المسئلة ان سئل الجامع الصغير قال المصنف رح والفرق بينهما ان في الفصل الاول وهو قوله اخذت منك الف درهم وديعة اقر بسبب الضمان وهو الاخذ لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى يرد وهذا يتناول رد العين حال قيامها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائما مقام الاصل فصح ادعاء اي فصح ادعاء المقر له قوله وديعة ما يبرئه عن الضمان وهو الاذن بالاخذ والآخر وهو المقر له ينكره اي ينكر الاذن فيكون القول مع اليمين بدا بما قالوه اقول فيه بحث لانهم ان اراد وا ان الاخذ مطلقا بسبب الضمان فهو ممنوع بل الاخذ اذا كان باذن المالك كاخذ الوديعة باذن المودع فليس بسبب الضمان قطعا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان كما استدلوا به في كتاب الوديعة على ان الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم تضمن فيكون ما اخذته اليد بهذا الطريق مخصوصا عن قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تردوان اراد وان الاخذ بغير اذن المالك سبب الضمان فهو مسلم ولكن لا نسلم ان في الفصل الاول اقر بالاخذ بغير الاذن بل اقر بالاخذ المقيد كونه وديعة وهو الاخذ بالاذن فتامل في الجواب قال في الكفاية فان قيل ينبغي ان يصدق المقر وجعل قوله وديعة بيان تغيير كما لو قال لفلان علي الف وديعة فانه صدر الكلام هنا موجبة الغصب فلا يحتمل الوديعة فقوله وديعة يكون دعوى مبتدأة لا بيان ما اشتمل صدر الكلام واما قوله لفلان علي الف يحتمل الوديعة يعني على حفظ فيكون قوله وديعة بيان تغيير فيصدق موصولا انتهى اقول في الجواب بحث اذ لا نسلم ان صدر الكلام ههنا موجبة الغصب كيف ويجيء في كتاب الغصب ان الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وقاربه ان صدر الكلام ههنا وهو قوله اخذت منك الف درهم اعم من كل واحد من معنيي الغصب من المقرسان اما محمل على الخاص باحد الدلالات الثلاث واني يكون موجبة الغصب فكان صاحب معراج الدراية نبه لما قلنا حيث قال بعد ذكر ما في الكفاية من السوال والجواب كذا وفيه نوع تامل وفي الثاني اي وفي الفصل الثاني وهو قوله اعطيتنيها وديعة اضاف الفعل الى غيره وهو المقر له فلم يكن مقرا بسبب الضمان وذاك اي ذاك الغير يدعي عليه اي على المقر سبب الضمان وهو الغصب والمقر ينكره فكان القول لمنكره مع اليمين قال المصنف رح والقبض في هذا اي في الحكم المذكور كالاخذ يعني لو قال المقر قبضت منك الف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتنيها كان ضامنا كما لو قال اخذت منك الف درهم وديعة والدفع كالاعطاء يعني لو قال المقر دفعت الى الف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتنيها كما لو قال اعطيتنيها فان قال قابل الاعطاء والدفع اليه اي الى المقر لا يكون الا بقبضه فكان الاقرار بالاعطاء والدفع اقرارا بالقبض واذا اقر بالقبض لغير ينبغي ان يضمن اذا اقر بالاعطاء والدفع ايضا فنقول في الجواب لا نسلم ان الاعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه بل قد يكون كل واحد من الاعطاء والدفع بالتخلية والوضع بين يديه دون قبضه فلم يقبض الا اقرارهما الاقرار بالقبض ولو اقتضى ذلك اي ولين سلمنا ان يقتضي ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة والثابت بالضرورة ثبت بادنى ما يندفع به الضرورة فلا نظر في انعقاده سببا للضمان لعدم الحاجة اليه قال المصنف رح وهذا اي هذا الذي قلنا من ضمان المقر بالاخذ وديعة اذا قال المقر له اخذتها غصبا بخلاف ما اذا قال اي المقر له اخذتها منك وديعة قال الآخسر

لان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض لكن يكذبه فافترقا فان قال هذا الذي اقررت به وديعة في عندك فلم تزدها مني فالقول قوله لان في يده ما يأخذها لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر فالقول للمنكر ولو قال اجرت داري هذه فلانا فركبها ورد ها فقال انما اجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده وقال كذبت بل اجرت داري هذه فالقول قوله وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح القول قول الذي اخذ منه الدابة او الثوب وهو القياس على هذا الخلاف الكفن والاعارة والاسكان ولو قال غلام فلان هذا ثوبي هذا بعتكه بدرهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح وجه القياس ما بينا ان في الوديعة وجه لاستحسان هو الفرق ان ليس في الاجارة والاعارة ضرورية ثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فوراء الضرورة فلا يكون اقراره باليد مطلقا بخلاف الوديعة فان اليد فيها مقصودة ولا يلي اثباته فيها فيكون الاقرار به اعترافا باليد المودع ووجه آخر ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقرار

لا يكون الا بالاذن كالاخذ بالوديعة الا ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فكان القول للمنكر فافترقا اي فافترقا اذا قال المقر اخذتها غصبا واذا قال اخذتها قرضا اقول ههنا نظران الذي يدعيه المقر انما هو ما يبرئه عن الضمان كما صرح به في المسئلة الاولى وليس ذلك هو الاذن المطلق بل ذلك هو الاذن المخصوص الحاصل في كثير مما يحصل بالاذن كالبيع والقرض ونظائرهما اسباب موجبة للضمان فلا يتصور ان يكون مبرئا عن الضمان بل انما ذلك هو الاذن المخصوص الحاصل في ضمن الوديعة ولا شك ان المقر لا يوافقه على الاخذ بهذا الاذن المخصوص والا لما ادعى عليه سبب الضمان وهو القرض وانما وافقها على مطلق الاذن طلبا لنفي الفرق لان ادعاء المقر ما يبرئه عن الضمان وهو الاذن المخصوص الحاصل في ضمن الوديعة وان كان المقر لا يأباه بقوله لا يأتيان بعينهما فيما اذا قال المقر بل اخذتها قرضا غاية الامر ان المقر له ايضا يدعي سبب الضمان وهو القرض والمقر ينكره واذا تعارض دعواهما وانكار كل واحد منهما اقرار المقر له بالسبب الضمان وهو الاخذ سالما عن الدافع كما فيما اذا قال المقر بل اخذتها غصبا فلم يفترقا اقترانا يوجب اختلاف الحكم تأمل جيدا فان قال هذه الالف كانت لي وديعة عند فلان فاخذتها فقال فلان بل هي لي فانه يأخذها هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف رح في تعليله لانه اي لان المقر اقر باليد لاخيه اي لفلان وفي الكافي واقر بالاخذ منه والسبيل في الاخذ الرد على المأخوذ وادعى استحقاقها عليه اي ادعى استحقاق الالف على فلان بقوله كانت لي وديعة عند فلان وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه وان قال اجرت داري هذه فلانا فركبها ورد ها علي او قال اجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده علي فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب لي فالقول له اي للمقر وهذا اي كون القول قول المقر عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب وقول ابي حنيفة رح ههنا استحسان وقولهما القياس كذا قالوا في شروح الجامع الصغير واليه اشار المصنف رح بقوله وهو القياس اي قول ابي يوسف رح ومحمد رح هو القياس فيفهم منه ان قول ابي حنيفة رح هو الاستحسان وعنده قال فيما بعد وجه القياس وجه الاستحسان ثم ان بذكره اذا لم يكن الدابة او الثوب معروفا للمقر اما اذا كان معروفا كان القول للمقر فيما قولهم جميعا لان الملك اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه دليلا للاستحقاق عليه كذا في المبسوط والايضاح وذكر في الشروح وعلى هذا الخلاف اي على الخلاف المذكور آنفا الاعارة والاسكان بان قال اعرت داري هذه فلانا فركبها ثم رد ها علي او اجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ثم رد ه علي وبان قال اسكنت داري هذه فلانا ثم اخرجته منها فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب والدار لي ولو قال غلط فلانا ثوبي هذا بعتكه بدرهم ثم قبضته فقال فلان الثوب ثوبي على هذا الخلاف في الصحيح احترز عن قول بعضهم ان القول في هذا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا لابي حنيفة رح ولكن ذلك ليس بثابت في الاصول بل قال عامة المشايخ هو على هذا الخلاف ايضا قال المصنف رح وجه القياس ما بيناه في الوديعة اراد به قوله لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر وجه الاستحسان وهو الفرق بين مسئلة الوديعة وبين هذه المسائل ان اليد في الاجارة والاجارة ضرورية يعني ان اليد فيها ليست بمقصودة بل هي ضرورية ثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما اي فيكون اليد معدومة فيما وراء الضرورة فلا نظر في حق الاستحقاق على المقر لان ما ثبت بالضرورة يقتصر على قدر الضرورة فلا يكون اقرارا باليد والاعارة اقرار له اي للمقر له باليد مطلقا اي من كل وجه بل يكون اقرارا له باليد لا بل استيفاء المعقود عليه فقط فلا يكون مقرا بالملك لغيره ثم رد عليه الثوب بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة فان المقصود منها هو الحفظ والحفظ لا يكون بدون اليد والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اي بالايداع اعترافا باليد للمودع اقول لقائل ان يقول ان اريد ان الاقرار بالايداع يكون اعترافا باليد للمودع مطلقا اي من كل وجه كما صرح به في الكافي حيث قال فكان الاقرار بالوديعة اقرارا باليد للمقر له مطلقا فهو ممنوع اذ الايداع اثبات يد الحافظة دون اثبات يد الملك فكيف يكون الاقرار بالايداع اقرارا باليد مطلقا للمودع وان اريد ان الاقرار بالايداع اقرار باليد الحافظة للمودع فهو مسلم ولكن لا تتم به التفرقة كما لا يخفى ووجه آخر للاستحسان وهو الفرق بينهما وان في الاعارة والاسكان اقرار

بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته وكذلك في مسئلة الوديعة لو قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف ولو سمى احد الطرفين على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدم في الطرف الآخر وهو الاجارة واختاها كان له ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر وهو الاجارة في كتاب الاقرار ايضا وهذا نجز ما اذا قال اقتضيت من ثمن المبيع كذا على ما ذكرته فالقول لمن ذكر انه اخذ منه وانكر المقر له حيث يكون القول قول الذي يقضي بما شاء وذلك انما يكون بقبض مضمون

بيد ثابتة من جهته اى من جهة المقر فيكون القول قوله في كيفية ثبوت اليد له باى طريق كان كما لو كان في يده عبد وقال هذا عبدي ابعته من فلان ولم اسلم اليه بعد فقال المقر له بل كان عبدي لم اشتره منك كان القول قول المقر دون المقر له لهذا المعنى كذا في النهاية ومعراج الدراية وكما لو قال ملكت عبدي هذا منك بالف درهم الا اني لم اقبض الثمن فلي حق الحبس كان القول وان زعم الآخر خلافه كذا في العناية وشرح تاج الشريعة اخذا من الاسرار ولا كذلك في مسئلة الوديعة لانه اى المقر قال شيأ كانت وديعة وقد تكون الوديعة من غير صنعة كاللقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفعها اليه صاحبها وكذا الثوب اذا هبت الريح فالقته في دار انسان فانه يكون وديعة عند صاحب الدار وان لم يدفع اليه صاحبه كذا في غاية الشروح اقول هنا كلامان اولا فلان ظاهر قول المصنف وقد تكون من غير صنعة ينافي ما حرروا به في اول كتاب الوديعة من ان الوديعة هي التسلط على الحفظ وذلك انما يكون بالعقد والقصد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد وقصد كما اذا هبت الريح في ثوب انسان فالقته في بيت غيره ووجه المنافاة ظاهر حتى لو قال اى المقر اودعتها كان جواب هذه المسئلة ايضا على هذا الخلاف المذكور في مسائل الاجارة والاعارة والاسكان اقول بقي هنا شيء وهو ان الفرق المذكور انما يتضح لو كانت صورة مسئلة الوديعة ما لو قال هذه الالف كانت وديعة عند فلان بدون ذكر اللقطة لي واما على ما ذكرت في الكتاب من قوله فان قال هذه الالف كانت له وديعة عند فلان فيشكل ذلك اذ الظاهر ان اللقطة لا يفيد ثبوت اليد من جهة قبول معنى قوله المذكور الى معنى قوله اودعتها عند فلان وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه اى عدم ذكر الاخذ في الطرف الآخر وهو الاجارة واما باى الاعارة والاسكان قال في غاية البيان انما ذكر الضمير الراجع الى الاجارة على تاويل العقد قلت وانما قال اختاه ولم يقل واختارهما ان احدهما وهو الاسكان كان مذكرا في مثل ذلك فيغلب المذكر على المؤنث ولا يعكس او على تاويلهما بالصورتين او بالمسكنين وصار المصنف هنا كالمقر الذي ذكر من الفرق فانقال انما وجب الضمان في مسئلة الوديعة لانه قال فيما اخذ منها شيئا فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الاجارة فقال في الاجارة واختار فردا على فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع وقالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشيء لان محمدا ذكر في كتاب الاقرار لفظ الاخذ في الاجارة واختارها ايضا كما اشار بقوله لانه ذكر الاخذ في وضع الطرفين كذا وجد بخط بعض الفضلاء الذين رأيتهم وذكره الامام قاضيخان في شروح الجامع الصغير ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية وهو ان في الاجارة والاعارة واختار المؤجر المعير باقرارهما انتفع الناس عن الاجارة والاعارة فلا يؤاخذ باقرارهما استحسانا كما تنقطع الاجارة والاعارة وما في الوديعة فنفقة الايداع تعود الى المالك فلو اخذنا المالك باقراره لا ينقطع الايداع انتهى اقول يرد عليه ان يقال تعود النفقة في الاجارة ايضا الى المالك وهو المؤجر لانها عقد معاوضة لا عقد تبرع فتعود فيها نفقة الاجارة الى المؤجر قطعا كما يعود في الايداع نفقة الحفظ الى المودع فلم يتم تقرير الفرق المذكور بالنظر الى مسئلة الاجارة وان تم بالنظر الى مسئلة الاعارة اللهم الا ان يقال نفقة الاجرة وان عادت في الاجارة الى المؤجر لكن نفقة الدار ونحوها تعود الى المستاجر والمقيد المؤجر على الانتفاع بملامسة الاجارة فيتغير بها من نهيه الجهة بخلاف الايداع فانه نفع محض للمودع فافترقا في الجملة وبهذا اى الذي ذكرنا في الاجارة واخيتها بخلافها اذا قال اقتضيت اى قبضت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضتها اياه ثم اخذتها منه وانكر المقر ذلك يكون القول قوله اى قول المقر لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وذلك اى قضاء الديون بامثالها انما يكون بقبض مضمون اى بقبض مال مضمون

فاقرا ان لا قبض لها فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه على الدين مقاصة والآخر ينكره وهذا هو المقبوض بعين ما ادعى فيه الاجارة وما شابهها فافترقا وكذا لو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر له فان كان قال المقر هو لفلان استأجرته منك ففعلت او فعلته بامري فالقول للمقر لانه اقر له باليد والفعل ثم ادعى ما يجعل فعله منه وقد يكون غالبا في ملك في يد المقر وصار كما اذا قال خاط لي هذا الثوب فصيرته هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بدين وعليه دين في صحته ودين لزمه في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف بالاسباب مقدم وقال الشافعي دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين

يصير دينا على الدائن ثم عينه قصاصا بدينه على المديون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه على الدين مقاصة والآخر ينكره وهذا هو المقبوض بعين ما ادعى فيه الاجارة وما شابهها فافترقا وقال عليك بتطبيق ما ذكرنا في المتن بتقديم التقديم والتأخير الواقع في كلام المصنف بحسن التدبير ان شاء الله تعالى اقول لا نظير لذي فطرة سليمة لبقية ما ذكره هاهنا في المتن ويتدبر فيه بحسن التدبير تقديم وتأخير في كلام المصنف رح بل نظيره نوع اختلال في كلام الشارح اما الاول فلان قوله فاذا اقر بالاقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين ليس عين قوله المصنف فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان لاختلاف تاليهما فلا يقتضي تقديم ذاك تقديم هذا كما ليف ولو قدم هذا او وضع موضع ذاك فقيل لان المديون يقضى باسترداد ما اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان لم يتم التفريع استفاد من لفاني فاذا اقر بمثل ما تم في تقديم ذاك شهد بذلك كله الذوق الصحيح واما الثاني فلانه علل قوله فاذا اقر بالاقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين بقوله لان القضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ولا يخفى ان مناط هذا التعليل ان الاقرار بالاقتضاء اقرار بسبب الضمان لان الاقرار بالاقتضاء الدين اقرار بقبض مثل الدين كما هو المدعى ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر له واحال ان ذلك كله في يد المقر فالقول قول المقر له مع يمينه لانه اقر بفعل منه ثم ادعى ما يجعل فعله منه وقد يكون غالبا في ملك في يد المقر وصار كما اذا قال خاط لي هذا الثوب فصيرته هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا

باب اقرار المريض

لما فرغ من بيان احكام اقرار الصحيح شرع في بيان اقرار المريض لان المرض يعد لما فوقه باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست

للصحيح واذا اقر الرجل في مرض موته بدين اي بدين غير معلومة الاسباب وعليه ديون في صحته ودين لزمه في مرضه اي في مرض موته باسباب معلومة متعلق بلزمه اي لزمته باسباب معلومة مثل بدل مال ملكه واستهلكه او مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة فدين الصحة والدين المعروف بالاسباب مقدم على ما اقر به في مرضه الى هنا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف وقال الشافعي رحمه الله دين المرض سواء كان بسبب معلوم او باقرار ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين وانما تعرض لوصفي العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب في الذمة والمانع في ذلك بين صحة المقر ومرضه هو المرض يزداد جنحة رجحان الصدق لان المرض سبب التوجه عن المعاصي والاناية عما جرى فالاحتراز عن الكذب في هذه الحالة

وبمحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث

اكثر فكان جهة قبول الاقرار فيها اوفر كذا في الشروح واعترض بعض العلماء على تقرير دليل الشافعي رح بالوجه الذي ذكره المصنف رح حيث قال فيه كلام وهو ان هذا الدليل انما يفيد مساواة للدين الثابت بالاقرار في الصحة فلا يطابق المدعى كما لا يخفى فالاولى ان يقال وعند الشافعي رح الدين في المرض يساوي الدين في الصحة لاستوائهما في السبب المعلوم وهو الاقرار انتهى كلامه اقول يمكن ان يجاب بان هذا الدليل انما افاد مساواة دين المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة فقد افاد مساواته للدين الثابت بالمعاينة ايضا بناء على عدم القائل بالفصل بين ذينك الدينين وتعليق على شئ من ذلك للاجماع المركب كما تقرر في علم الاصول ثم ان بعض الفضلاء بحث بوجه آخر حيث قال المدعى عام للثابت بالاقرار والمعاينة والدليل خاص ثم قال ويجوز ان يكون من التنبيه بحال الادنى على حال الاعلى اقول لا حاصل له هنا لانه ان اراد انه يجوز ان يكون من التنبيه بمساواة دين المرض للادنى وهو دين الصحة وهو الدين الثابت بالاقرار في الصحة على مساواته للاعلى وهو دين الصحة وهو الدين اللازم في الصحة باسباب معلومة فليس بصحيح لانه لا يلزم من وصول الشئ الى رتبة الادنى وصوله الى رتبة الاعلى فكيف يجوز التنبيه بالاول على الثاني وان اراد انه يجوز ان يكون من التنبيه بمساواة ادنى ديني المرض وهو الدين الثابت بالاقرار في المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة على مساواة اعلى ديني المرض وهو الدين اللازم في المرض باسباب معلومة الدين الثابت بالاقرار في الصحة فهو مسلم لانه يلزم من وصول الادنى الى رتبة شئ وصول الاعلى الى رتبة ذلك الشئ بالاولوية لكنه لا يجدي شيئا هنا اذ الكلام في قصور الدليل عن افادة مساواة دين المرض للدين اللازم في الصحة باسباب معلومة مع عموم المدعى هذا لا يندفع بذلك على ان مساواة الدين اللازم في المرض باسباب معلومة لدين الصحة مما لا نزاع فيه فلا فائدة في التنبيه عليه اصلا ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق وهي ذمة العاقل البالغ العاقل وهي في حالتي الصحة والمرض سواء فتحقق دين المرض ودين الصحة في سبب الوجوب ومحله فيستويان في الوجوب واذا استويا وجوبا استويا استيفاء وصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة اي صار اقراره في المرض كانشاء التصرف بالبيع والنكاح في حالة المرض وذلك مساو لما تصرف في حالة الصحة فكذا هنا ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير اي اذا تضمن ابطال حق الغير كالوارث واجر شيئا ثم اقر انه لغيره فانه لا ينفذ اقراره في حق المستأجر لتعلق حقه به وفي اقرار المريض ذلك اي ابطال حق الغير لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال يعني مال المريض استيفاء اي من حيث الاستيفاء ولهذا منع اي المريض من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث قال الشارح اي فيما اذا لم يكن عليه دين اما اذا كانت الديون محيطة بماله فلا يجوز تبرعه اصلا في الثلث وما دونه انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في حل هذا المحل بهذا المعنى ولكن غير العبارة حيث قال ولهذا منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه ديون انتهى اقول المعنى بشرحيهم انما هو حق العبارة اذا لم يكن عليه دين فيما لم يكن عليه شئ من الديون لا يصلح لتقييد ما ذكر في بيان التعلق حق غرماء الصحة بمال المريض منع من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث فيما اذا لم يكن على المريض دين كما لا يخفى فان معنى العبارة المذكورة على ما ذكر ليس ثمة غرماء فلم يكن على المريض دين لما ذكره تعلق في حق الغرماء فالوجه في حل هذا المحل ان يقال ما ذكره المصنف هنا فيما اذا كان عليه ديون ولكن لم تحط بماله واما اذا احاطت الديون بماله فيمنع من التبرع مطلقا اي بالثلث وما دونه فيمنع المريض من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث وان لم يكن عليه دين اصلا لكن ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله بل لتعلق حق الورثة به فالمنع لاجل تعلق حق الغرماء بماله كما هو مقتضى قول المصنف رح ولهذا منع انما يتصور في صورة تحقق الدين عليه كما لا يخفى على ذي مسكة ثم ان جمهور الشراح قالوا في قول المصنف رح ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث جواب عما قاله الشافعي رح من استواء حال الصحة وحال المرض فانه لو كانا مستويين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما لا يمنع عنهما في حال الصحة اقول يرد عليه ان يقال لم لا يجوز ان يكون منعه من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث في حالة المرض لتعلق حق الورثة بماله في تلك الحالة لا لتعلق حق الغرماء به الا يرى انه يمنع من ذلك في تلك الحالة وان لم يكن عليه دين اصلا فلا يتم به جواب ادعاه الشافعي رح لان ما ادعاه

بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل بخلاف البيعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حال الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فتحقق التمييز وهذه حالة العجز وحالة المرض حالة واحدة لانه حالة العجز بخلاف حالة الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز وافتراق

حالتي الصحة والمرض في حق غرماء الصحة والمرض لافي حق الورثة فهو اقول كان احق على اخص ان يقول بدل قوله المذكور ولهذا منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله اذ تعليل بعجز الورثة عن الاكتساب حينئذ عما ذكره الشافعي رح تعليل بما لا يخفى على الفطن وكان الامام الزيلعي تنبه لتصوير ما ذكره الخصم حيث قال في شرح الكنز بدليل ذلك لانه منع من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث لكن فيما قاله اولا كما كان فيما قاله المصنف رح من ان منعه من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث ليس بمطلق بل فيما اذا احاطت الديون بماله اما اذا لم تحط فيقدر بالثلث والظاهر من كلامه المطلق فكان فيه اذ اطلاق الحق الذي لا معنى له في تصحيح الكلام ههنا لافادة تمام المقصود بما منا عليه افتراق قبيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح مع انه يبطل به حق الورثة فلم يصح الاقرار بالدين في المرض اذا كان فيه ابطال حق عزما الصحة مع استوائهما في ابطال حق الغير فانا نستحق الوارث بالمال بالنسب بالموت جميعا فالاستحقاق اضاف الى اخر اجزاء وجوده وهو الموت الا يرى ان شاهدي النسب قبل الموت اذا رجعا بعد الموت المشهود له اذا خذ المال لم يضمنا شيئا فاما الدين فلا يجب بالموت بل يجب بالاقرار كذا في المبسوط والاسرار بخلاف النكاح جواب عما استشهد به الشافعي رح من انشاء النكاح يعني لا يلزمنا ذلك لان من الحوائج الاصلية فان بقاء النفس بالتناسل والطريق للتناسل الا بالنكاح والمرء غير ممنوع عن صرف ماله الى الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية وهو اي النكاح بمهر المثل نبذ جملة حالية يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز كذا في النهاية قال بعض الفضلاء فيه بحث فان النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا اقول كون النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا ممنوع فان الحوائج الاصلية ما يكون من ضروريات الانسان والنكاح بأكثر من مهر المثل ليس من ضروريته لامكان حصوله بمهر المثل فان قيل لو تزوج وهو لا يحتاج اليه يجب لان نساء الجيران وهو شيخ كبير لا يولد لمثله عادة جاز وهي لشارك عزما الصحة مع ان هذا النكاح لم يكن من الحوائج الاصلية لانه ليس له رجاء بقاء النسل ولا احتياج قضاء الشهوة قلنا النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة وانتقل الاصل الوضع للاستحال فان الحال مما لا يوقف عليها يبتنى الامر عليها الا ترى في الاسرار وذكر في الشرح وبخلاف المبايعة بمثل القيمة جواب عما استشهد به الشافعي رح من انشاء المبايعة يعني ولا يلزمنا المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة والمالية باقية في المبايعة بمثل القيمة وان فاتت الصورة فلم يكن في انشاء ذلك ابطال شيء من حقهم بل فيه تحويل حقهم من محل الى محل بعده وللمبدل حكم المبدل كما لا يخفى ان يقال لو تعلق حق الغرماء بمال المديون لبطل اقراره بالدين حالة الصحة ايضا لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير غير معتبر كما مر مع ان ذلك ليس بمحال بالاجماع اجاب بقوله وفي حالة الصحة لم يتعلق حق الغرماء بالمال اي بمال المديون لقدرته على الاكتساب اي لقدرة المديون على الاكتساب في تلك الحالة فيتحقق التمييز اي تمييز المال وهو كثرة يقال ثمر الله ماله اي كثره فلم تقع الحاجة الى تعلق حق الغرماء بماله وهذه اي حالة المرض حالة العجز عن الاكتساب فيتعلق حقهم به في هذه الحالة حذرا عن التوى ولما استشعر ان يقال سلمنا ذلك لكن الفرق الاقرب في المرض ثانيا ينبغي ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح اقراره في المرض في حق عزما الصحة لتعلق حقهم بذلك اجاب بقوله وحالة المرض حالة واحدة اي حالة اول المرض وحالة آخره بعد ان تصير الموت حالة واحدة لانه اي لان المرض حالة الحجر ولهذا يمنع عن التبرع فكان الاقرارات في المرض بمنزلة اقرار واحد كما ان حالتي الصحة حالة واحدة فيقبل الاقرارات جميعا بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى اي حالة الصحة حالة اطلاق للتصرف وهذه اي حالة المرض حالة عجز عن التصرف قال في غاية البيان لقائل حالة الحجز كان اولى لكونه اشد مناسبة بالاطلاق فافترقا اي افترق الوجبان او الحكمان فمنع تعلق حق عزما الصحة بالدين اقراره في حالة المرض ولم تمنع الاقرارات في حالة المرض ولم يمنع الاقرار في اول المرض عن الاقرار في آخره ثم ان الدليل المذكور افاد تقديم دين الصحة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض وبقي الكلام في

وانما تقدم المعروفة الاسباب كان لا تهمة في ثبوتها اذ للمعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه وعلم سببه بغير اقراره او تزوج بها ومثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يتقدم لسد جميعها كما مر بيانه وان اقر به في حق غرمائه الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا ان له ان يقضي ما استقرض في مرضه

تقديم الديون المعروفة الاسباب عليه فقال انما تقدم المعروفة الاسباب يعني انما تقدم الديون اللازمة في حالة المرض باسباب معلومة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض لانه لا تهمة في ثبوتها اي في ثبوت تلك الديون اذ المعاين لا مرد له يعني ان ثبوتها بالمعاينة والاقرار المعاين لا مرد له فتقدم على المقر به في المرض ذلك اي ما ذكر من الديون المعروفة الاسباب مثل بدل مال ملكه لثمن المبيع وبدل القرض او استهلكه اي او بدل مال استهلكه وعلم وجوبه اي وجوب البدل بغير اقراره اي بغير اقرار المريض بان وجد سبب من موجب البدل بغير اقراره اي بغير اقرار المريض بمعاينة القاضي او بالبينة او تزوج امرأة بمهر مثلها فانه معطوف على بدل مال ملكه يعني كالاستقراض ومثل امرأة تزوجها فانها ايضا من الديون المعروفة الاسباب الى آخر ما ذكر يعني ان العلم بوجوب بغير اقرار المريض شرط في هذا المثال ايضا لان الاستقراض لا يثبت باقرار المريض فلا يصلح مثالا لما تقدم عليه من الديون المعروفة الاسباب اذا كان في ذلك شرطا ايضا فيه لا يرى في تأخير المصنف رح عن قوله وعلم وجوبه بغير اقراره وجوبه وجيه وهذا الدين يعني الدين اللازم في المرض باسباب معلومة مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا اشار به الى قوله لانه لا تهمة في ثبوتها فان تلك العلة اعني عدم التهمة في الثبوت كما تمشى في الدين اللازم في المرض باسباب معلومة بناء على ان المعاين لا مرد له كذلك تمشى في دين الصحة مطلقا اما فيما لا مرد له في الصحة باسباب معلومة فبناء على ان المعاين لا مرد له واما فيما ثبت في الصحة بالاقرار فبناء على ان لا يكون فيه ابطال حق الغير كما في اقرار المريض هذا وقال صاحب غاية البيان قوله لما بينا اشارة الى قوله اذ المعاين لا مرد له اقول ليس هذا بتام لان تلك العلة اعني قوله اذ المعاين لا مرد له لا تمشى فيما اذا ثبت دين الصحة بالاقرار اذ الثابت بالاقرار ليس من المعاين فلا يظهر بها ان لا يقدم هذا الدين على دين الصحة مطلقا بخلاف ما ذكرناه وقال صاحب العناية لما بينا انه من الحوائج الاصلية يعني في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره انتهى اقول هذا تكلف مستغنى عنه فان قول المصنف لانه لا تهمة في ثبوتها مع قرينة التذكير وشمولها في الدين اللازم بسبب النكاح والدين اللازم بسبب غيره جميعا كيف لا يكتفى به في شرح قوله ههنا لما بيناه فيصار الى توزيع قوله لما بينا الى قوله لانه لا تهمة في ثبوتها والى قوله في بعيد بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمعزل عن التقرير صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله لما بينا اشارة الى قوله لانه من الحوائج الاصلية وقوله لانه لا تهمة في ثبوتها اقول ان اراد ان قوله لما بينا اشارة الى قوليه المذكورين في الموضعين على الطريق التوزيع كما قرره صاحب العناية فغير وجيه مما يرد عليه من انه تكلف مستغنى عنه كما بيناه وان اراد انها اشارة الى قوليه المذكورين بطريق الاستقلال يعني ان كل واحد منهما يصلح ان يكون علة مستقلة لكون الديون المعروفة الاسباب مطلقا مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر فليس بصحيح لان قوله لانه من الحوائج الاصلية وهو بمعزل مخصوص بالنكاح وليس كثير من اسباب تلك الديون من الحوائج الاصلية قط فلا يتم المقصود وقوله اقر اي المريض بصيغة يده الآخر سواء كانت العين اماته او مضمونة لم يصح اقراره في حق حرمان الصحة لتعلق حقهم به اي بما اقر به ذكر المصنف هذه المسألة تفريعا على مسألة القدوري ومفادها ان الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين فيما يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض خلافا للشافعي رح ذكر المصنف هذه المسألة ايضا تفريعا على مسألة القدوري وقال في تعليلها لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين وهو لا يصح فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون ذلك بين الغرماء بالحصص عندنا نص عليه في المبسوط وغيره وقال الشافعي رح المقبوض سالم للقابض لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي دين من يخاف ان لا يساعده بالاداء بعد موته بل يخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره وهذا صحة حالة من ذلك سواء اي وهذا صحة وهذا المرض الذين كانوا معا في الديون المعروفة الاسباب سواء في عدم جواز ايثار البعض على البعض لقضاء الدين في الحالة اشتركا في الكل فتساويهم في تعلق حقهم بمال المريض لانه اذا قضى ما استقرض في مرضه هذا استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون بعض

او نقد ثمن ما اشترى في مرضه وكذا على ما ذكره في البينة **قال** واذا قضيت بعض الديون المتقدمة وفضل شيء يقسم فضل ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في تلك الحالة صحيح والمقر له في حق قرماء الصحة اذا لم يبن حقهم ظاهرا **قال** فاذا لم يكن عليه دين وهو جاز اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير وكان للمقر له اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته لان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا يقدم معالجته في التكفين

وقوله في مرضه متعلق بالفعلين جميعا اعني قضى واستقرض لما ان المعنى الا اذا قضى في مرضه ما استقرض في مرضه وكذا قوله او نقد ثمن ما اشترى في مرضه اي نقد في مرضه ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم وجوبه اي والحال انه قد علم وجوب كل واحد من القضاء والنقد بالبينة او بمعاينة القاضي فحينئذ يجوز ان يخص المريض المقرض والبائع بقضاء دينهما وليسلم المقبوض لهما او لا يشاركهما في ذلك غيرهما لانه لم يبطل حق الغرماء انما حوله من محل الى محل بعده وكان تعلق حقهم بالمالية لا بالعين والمالية لم تفت بالتحويل وفي المبسوط لو انه استقرض بعينه او فسخ البيع ورد المبيع لكان تسلم سلامة للمردود عليه حق غرماء الصحة لا يتسع ذلك فكذلك اذا قضاه بدله لان حكم البدل حكم المبدل قال في النهاية وذكر في الذخيرة بوضع من هنا فقال فان قضى المريض دينا هو لازم لغرماء الصحة ان يشاركهم فيما قبضوا فاما لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون المرأة والاجير لان المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق غرماء الصحة لما ذكرنا ان حق غرماء الصحة في معنى مال المريض لانه في اعيانها وهذا لا يكون ابطالا لحقهم بل كان نقلا لحقهم وله ولاية النقل الا ترى انه لو باع عالما لبيوعا في حقوقهم كان له ذلك فاما في النكاح والاجارة فليس له ذلك لان المهر والاجر ابطل حق غرماء الصحة عن عين المال وعن ما لتيته لان ما وصل اليه من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العوض في حقهم وعدمه بمنزلة فكان ابطالا لحقهم وليست له ولاية الابطال انتهى قال اي القدوري في مختصره فاذا قضيت على صيغة المجهول وفسر المصنف رح القائم مقام الفاعل بقوله يعني الورثة المتقدمة واراد بالديون المتقدمة ديون الصحة والديون اللازمة في المرض باسباب معلومة وفضل شيء هذا من كلام القدوري يعني وفضل شيء من التركة بعد قضاء الديون المذكورة يصرف الى ما اقر به في حال المرض قال المصنف في تعليله لان الاقرار في ذاته صحيح اي محمول على الصدق في حق المقر لصدوره عن اهله في محله اذ الكلام فيه فيكون حجة عليه انما رد في حق غرماء الصحة لكونه منافيا حق الغير فاذا لم يوجد تبين صحته اي صحة اقراره في المرض لزوال المانع قال اي القدوري في مختصره وان لم يكن عليه اي على المريض دين في صحته جاز اقراره وان كان لكل ما قال المصنف رح في تعليله لانه لم يتضمن ابطال حق الغير يعني انه انما رد لتضمنه ابطال حق الغير فاذا لم يتضمن ذلك هذا اقراره لعدم المانع اقول كان الظاهر في وضع المسئلة ان يقال وان لم يكن عليه دين في صحته ولا ديون لازمة في مرضه باسباب معلومة جاز اقراره لان الديون اللازمة في المرض باسباب معلومة متقدمة ايضا على الدين الثابت باقرار المريض كما مر فاذا كان عليه تلك الديون فالظاهر ان لا يجوز اقراره وان لم يكن عليه دين في صحته لتضمنه ابطال حق غرماء الديون اللازمة في مرضه باسباب معلومة وكان المقر اولى من المورثة هذا من كلام القدوري ايضا قال المصنف رح في تعليله لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته والاثر في شأنه كالخبر لانه من المقدرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على انه سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم كذا في التبيين قال صاحب غاية البيان فيه نظر لانه روى في مبسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لا عمر وكذا روى في الاصل حدث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبد الله عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهم انه قال اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله اقول هذا النظر غير وارد لان كونه مرويا عن ابن عمر لا ينافي كونه مرويا عن عمر ايضا فيجوز ان يسمعه بعض الصحابة وفي النقل الى احدهما كما وقع في الكتب التي ذكرنا وبعضهم الى الآخر كما وقع في الهداية والكافي وغيرهما سيما اذا اختلفت عبارة الفريقين في النقل ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولنا ما روى عن عمر وابنه عبد الله رضي الله تعالى عنهما انهما قالا اذا اقر المريض لوارثه لم يجز واذا اقر لاجنبي جاز انتهى فنقول لان قضاء الدين من الحوائج الاصلية اذ فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة قال النبي صلى الله عليه وسلم الدين حائل بينه وبين الجنة كذا في الشرح وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا تقدم حاجة الميت في التكفين بالتجهيز فحق الغرماء المتقدمين في الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج الاصلية لا تيمم ما ذكره المصنف رح من الفرق بين الدين الثابت باقرار المريض بين الدين اللازم بسببه بقوله بخلاف النكاح لانه من الحوائج

قال ولو اقر المريض لوارثه لم يصح الا ان يصدقه ورثته وقال الشافعي رحمه الله يصح لانه اظهر حق ثابت لغير وارث فصار كما لو اقر لاجنبي ولنا ان ورثته مستغنون عن ماله لكونه للوارث فلا يقبل اقراره عليهم كما لو اوصى له والاقرار له بالدين

الاصلية هو بعد التامل ثم اقول يمكن ان يقال قضاء الدين الثابت باقرار المريض يكون من الحوائج الاصلية اذا لم تحقق هناك دين الصحة والدين اللازم في المرض باسباب معلومة او تحقق لكن فضل شيء من التركة بعد قضائهما وامّا اذا تحققا ولم يفضل شيء من التركة بعد قضائهما فلا يكون الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج الاصلية لان علة كونه من الحوائج الاصلية ان يرتفع به الحائل بين المديون وبين الجنة كما مر وتلك العلة منتفية عند تحقق دين الصحة والدين اللازم في المرض باسباب معلومة مع عدم وفاء التركة بهما سواء لانهما يحولان حينئذ بينه وبين الجنة مالم يرتفعا بقضائهما بخلاف النكاح فان علة كونه من الحوائج الاصلية كونه من مصالح المعيشة وهذه العلة متحققة في كل حال اجاب بعض الفضلاء عن الايراد المذكور بانه لم يظهر ثبوت الدين فيما اذا اقر به في مرض موته اذ يحتمل ان يكون دين الصحة لكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج الاصلية اقول يرد عليه انه يصير حينئذ بدا الفرق بين ما اقر به في مرض موته وبين لزوم بينة على اصل ظهور ثبوت الاول وانتفاء التهمة بظهور ثبوت الثاني اذ المغائرة لا عدم كون الاول من الحوائج الاصلية وكون الثاني منها كما يقتضيه قول المصنف بخلاف النكاح فانه من الحوائج الاصلية وهو سوء الايراد وانما هو قول المصنف ابتداء ويمكن التوجيه فتامل قال اي القدوري في مختصره ولو اقر المريض لوارثه لا يصح سواء اقر بعين او بدين كما صرح به وعزاه قال صاحب النهاية وهو باطلاقه يتناول العين والدين الا ان يصدقه فيه اي في اقراره بذا بقية الورثة وبه قال الشافعي رح في قوليه احدهما وهو قول شريح وابراهيم النخعي ويحيى الانصاري والقاسم وسالم وابو بكر وقال الشافعي رح في احد قوليه يصح وهو قول ابي ثور والعطاء والحسن البصري وقال مالك يصح اذا تاجيم ويبطل اذا تاجم لان تهمة داين عدم فائدة لاجنبي ولو اقر لابن عم قيل لا يصح لتهمة ان يريد في نصيبه وقيل ان يزيد في نصيبه وليس بشيء قال الشافعي رح في احد قوليه ما ذكره المصنف رح بقوله لانه اي لان بذا الاقرار اظهار حق ثابت اي اخبار عن حق لازم عليه لترجيح جانب الصدق فيه اي في بذا الاقرار بدلالة الحال فان حال المرض دال على الصدق لانه حال تدارك الحقوق فلا يجوز ان يثبت الحجر عن الاقرار به وصار بذا الاقرار كالاقرار لاجنبي وليوارث آخر بخلاف اقراره لاحد الزوجين بالنسب لانه فائدة ان يضم اليه شيء من التركة اليه ولو دفعه مستهلكا للوارث اي وكالاقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فانه صحيح وصورة ذلك على ما ذكر في الجامع الكبير رجل اودع اباه الف درهم في حال صحة الاب او مرضه بمعاينة الشهود فلما حضرته الوفاة قال استهلكت بعضها ومات وانكر ذلك سائر الورثة فان قولهم ارضى جائز والالف من تركة الابن المقر خاصة قال جماعة من الشراح والجواب عندنا لو لم تعتبر اقراره ليصير ما ذهب بعضها فيجب الضمان فلا يفيد رد اقراره ولان تصرف المريض انما رد للتهمة ولا تهمة في المعاينة انتهى اقول جوابهم الثاني ليس بصحيح لان الثابت بالمعاينة في المسئلة المذكورة انما هو ايداع الوارث ملك المودعة لا استهلاك المورث اياها وانما ثبت الاستهلاك باقرار المورث لا غير كما هو المفروض في مايتك المسئلة فبقي الكلام في صحة الاقرار بالاستهلاك فالصواب من جوابهم هو الاول كما هو المفهوم مما ذكر في الجامع الكبير من تعليل المسئلة المذكورة بقوله لان تصرف المريض انما يرد للتهمة لا غير فيه ولا تهمة في بذا الايرى انه لو اكذب نفسه فمات وجب الضمان الينا في تركته لانه مات مجملا انتهى وكان تلك الجماعة من الشراح اغتروا بما في الجامع الكبير من قوله للانه لا تهمة في بذا فظنوا ان عدم التهمة في المعاينة ثبوتا بالمعاينة وليس كذلك بل وجه ذلك وجوب الضمان على المقر سواء صدق في اقراره ام كذب لانه مات مجملا كما هو الظاهر من التعبير المذكور فيه ثم ان صاحب العناية لما تصيد في تحرير بذا المقام حيث ذكر المسئلة المذكورة مع تعليلها المذكور في الجامع الكبير مقررا لدليل الشافعي مع ان التعليل المذكور حجة على الشافعي لا علينا فانا الصواب في مضمون ذلك التعليل صنا على ما بينا الجواب عن قياس الشافعي نحن فيه على تلك المسئلة كما ذكرناه غير مرة قوله عليه السلام لا وصية لوارث لا تعارضه بالدين لان المراد نفي الوصية لوارث ولا الاقرار بالدين الا ان هذه الزيادة شاذة غير مشهورة

ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه

وانما المشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك ماله وان اقر لوارث فهو باطل الا ان يصدقه الورثة وبه اخذ علمائنا وقول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس انتهى وقال صاحب البدائع بعد ذكر قول ابن عمر ولم يعرف له فيه مخالف من الصحابة فيكون اجماعا انتهى اقول كل واحد من الحديث الذي رواه الدارقطني عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والاثر الذي روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما انما يدل على بطلان اقرار المريض لوارث بالدين بدون تصديق الورثة ومسئلتنا تعم بطلان اقراره له بالدين وبالعين كما صرحوا به فكان الدليل قاصرا عن افادة تمام المدعى اللهم الا ان يلتزم ذلك بناء على افادة الدليل العقلي الاتي كلية المدعى فتامل ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع اي المريض من التبرع على الوارث كالوصية والهبة له اصلا اي بالكلية ففي تخصيص البعض به اي نفي تخصيص بعض الورثة بماله ابطال حق الباقين اي ابطال حق باقي الورثة وهو جور عليهم فيرد وتذكر ههنا ما ورد عليه من الاشكال بالاقرار في المرض بوارث آخر وجوابه فانا قد ذكرناهما فيما مر نقلا عن المبسوط والاسرار فان قيل حق الورثة انما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فاذا اقر بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لان العاقل لا يكذب على نفسه خرافا وبالمرض تزداد جهة الصدق لان الباعث الشرعي ينضم الى العقل فيبعثه على الصدق قلنا الاقرار للوارث ايصال نفع اليه من حيث الظاهر وفيه ابطال حق الباقين ووجوب الدين لم يعرف الا بقوله وهو متهم فيه لجواز انه اراد الايثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب ان يتوقف صحته على رضى الباقين دفعا للوحشة والعداوة بخلاف الاجنبي لانه غير متهم فيه لانه يملك ايصال النفع اليه بطريق الوصية وكل تصرف يتمكن المرء في تحصيل المقصود به انشاء لا يتمكن التهمة في اقراره كذا في الكفاية ومعراج الدراية ولان حالة المرض حالة الاستغناء عن المال لظهور امارات الموت الموجب لانتهاء الامال وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيها يورث تهمة تخصيصه والقرابة تمنع عن ذلك لانها سبب التعلق اي سبب تعلق حق الاقرار بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص وعلى هذا التقرير الذي هو مختار صاحب العناية يكون قول المص ولان حالة المرض حالة الاستغناء الى آخره دليلا مستقلا على اصل المسئلة وهو الظاهر من اسلوب تحريره وقال بعض الفضلاء قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء عطف على قوله ولهذا يمنع الى آخره فانه كان دليلا آتيا وهذا دليل لمي انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان تقديم قوله ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين يابى عن ذلك جدا لان قوله لانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه مقدمة لدليل اصل المسئلة وقوله ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين مقدمة اخرى مربوطة بالاولى ولو كان قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء معطوفا على قوله ولهذا يمنع من التبرع لكان دليلا على المقدمة الاولى كالمعطوف عليه فيلزم توسيط المقدمة الثانية بين دليلي المقدمة الاولى ولا يخفى ما فيه نعم يصلح قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق لان يكون دليلا على قوله ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه لولا توسط قوله ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين وعن هذا قال في الكافي ولانه اثر بعض ورثته بشيء من ماله بعد تعلق حق الكل بماله فيرد كما لو اوصى له بشيء من ماله وهذا لان حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور آثار الموت فيها والظاهر ان الانسان لا يحتاج الى ماله لانتهاء ماله عند اقباله على الآخرة فيظهر عند استغنائه حق اقربائه ولهذا منع من التبرع على وارثه اصلا فلم يصح اقراره للوارث لانه يوجب ابطال حق الباقين انتهى وقال في التبيين ولان فيه ايثار بعض الورثة بماله بعد تعلق حق جميعهم فلا يجوز لما فيه من حق البقية كالوصية وانما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لورثته كما لا يتمكن منه بالوصية لهم انتهى تبصر الا ان هذا التعلق اي تعلق حق الورثة بمال المريض في حالة المرض لم يظهر في حق الاجنبي حيث لم يمنع اقرار المريض لاجنبي لحاجته اي لحاجة الانسان الى المعاملة مع الناس في الصحة اي في حالة الصحة فلو لم يصح اقراره بالكلية في حالة المرض لم تقض حاجته في حالة الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه في الصحة بناء على جواز ان يعرضه المرض فيختل مصالحه فيقع في الحرج وهو مرفوع شرعا ولما استشعر ان يقال الحاجة موجودة في حق الوارث ايضا لان الناس كما يعاملون

وقد سبق وقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا فتعلق حق البقية الورثة فاوجب قول فقد ابطل في حق اقراره وان اقر لاجنبي جاز وان لحاط بماله عندنا والقياس ان لا يجوز لانه في الثلث كان الشروع فيه وتمهوفه عليه لانا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه بعد الدين ثم ذكر حقيقة على الكل قال ومن اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره له فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها وجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية

ع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله وقد سبق وقع المعاملة مع الوارث لان المعاملة للاستراح ولا استراح مع الوارث لانه يستحيي من الممانعة فلا يصح ولم يقل اي وكذا لم يظهر نبذا التعلق في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا اي لحاجة الانسان الى الاقرار بالوارث ايضا لان الاقرار بالنسب من حوائجه الاصلية لانه يحتاج الى اتخاذ نسابا فلا يحجر عنه لحق الورثة ثم نبذا التعلق اي تعلق الورثة بمال المريض في مرضه حق بقية الورثة فاذا صدقوه اي ذا صدق بقية الورثة المقر لوارث فقد ابطلوه اي ابطلوا حقهم فصح اقراره ونبذا الكلام من المصنف بيان لوجه الاستثناء الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله الا ان يصدقه فيه بقية الورثة واذا اقر لاجنبي جاز وان لحاط بماله لنا بينا اشارة الى قوله ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية كما ذهب اليه صاحب الدراية وصاحب العناية او الى قوله لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه كما ذهب اليه صاحب البيان ومنهم الشارح العيني وفي العناية وان كانت المسألة معلومة مما تقدم الا انه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان في القياس ان لا يجوز الا في الثلث وهو مذهب بعض الناس وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه ان شريحا قضى فيه اي تصرف المريض عليه اي على الثلث وتعلق باثنين حق الورثة ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ الا في الثلث فكذا الاقرار وجب ان ينفذ الا في الثلث كذا قالوا والاقوى ان يقول الشرع انما قصر على الثلث تصرفه الذي لم يكن من الحوائج الاصلية دون مطلق التصرف والا لم يكن لا ينفذ تصرفه في نحو ثمن الاغذية والادوية الا في مقدار الثلث ولم يقل به احد وقد تقرر فيما مر ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية فلم يجر القياس المذكور في الاقرار بالدين اللهم الا ان يعني ان كون قضاء الدين من الحوائج الاصلية على موجب الاستحسان ايضا ودون القياس الا انا نقول في وجه الاستحسان صح اقراره في الثلث لانتفاء التهمة عن اقراره في ذلك القدر لعدم تعلق الورثة به كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين في محل التصرف قطعا فينفذ الاقرار في الثلث الباقي ثم ثم حتى يأتي على الكل كذا في الايضاح وعامة المعتبرات اقول فيه شيء وهو ان الايمان على الكل غير مستقيم على الوجه الذي بينا على القول بالجزء الذي لا يتجزى كما هو مذهب المتكلمين فظاهر لان التشبيث اذا انتهى الى ثلاثة اجزاء فاخرج منها احدها وبقي جزآن امتنع بعد ذلك اخراج ثلث من ذينك الجزئين الباقيين لعدم امكان التجزي في شيء منهما واما على القول بامكان القسمة الى غير النهاية كما هو مذهب اكثر المحققين فلان الثلث في كل مرتبة لا يحتمل ان يكون عين الكل للقطع بمغايرة الجزء للكل لا يقال مراد هم الايمان على قريب من الكل لا عين الكل حقيقة لانا نقول فحمل الكلام على التقريب لان المدعى جواز الاقرار للاجنبي وان احاط بكل ماله حقيقة تدبر وتفضل لوجه المذكور بالوصية بجميع ماله اذا لم يكن عليه دين فانها لا تجوز عند تحقق الورثة مع جريان الطريق المذكور فيها لان المريض لحق التصرف في ثلث ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله كان له التصرف في ثلث الباقي لما ان جميع ماله بعد الثلث انحاج حتى كانه هو مسلى الابتداء فيجب ان ينفذ وصيته في ثلثه ايضا ثم وثم الى ان يأتي على الكل اجيب بان الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فلما اقر بدين انتقل الى محل التصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض وصيته وانما محل الوصية ثلث المجموع لا غير فافهم قال اي القدوري في مختصره ومن اقر لاجنبي في مرضه بمال ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه اي ثبت نسب المقر له من المقر وبطل اقراره بالمال حتى اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها وجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية

ع

قال من طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم اقر لها بدين ومات فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه لما بيناه ويبطل الاقرار بالمهر والوصية له لانه اقر لوارث فلا يصح لما بينا ولان الوصية تبطل بالمهر فالاقرار به اولى فصل ومن اقر بغلام يولد مثله انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به شرط ان لا يولد مثله لا يكون ولا يولد لمثله ان يكون ولدا له بان كان اكبر منه سنا او كان مساويا له في السن لم يثبت نسبه منه لان النسب لا يثبت الا بالبينة او بتصديق الابن اياه وقد وجد احدهما وهو التصديق في الفصل الاول والبينة في الثاني

على ما بقي بيانه وفي وصايا الجامع الصغير ولو ان المريض اقر بدين لابنه وهو نصراني او عبد ثم اسلم الابن او اعتق العبد ثم مات المريض فالاقرار باطل لانه حين اقر كان سبب التهمة قائما وهو القرابة التي صار بها وارثا في ثاني الحال وليس بزوجة كالذي اقر لامرأة ثم تزوجها لان سبب التهمة لم يكن هناك قائما وقت الاقرار انتهى قال اي القدوري في مختصره ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه اي من الزوج قال الامام الزيلعي في شرح الكنز واذا طلقها بسؤالها او طلقها بالايلاء فلها ما يجب لا الاقرار لها لانها وارثة اذ هو فار وقد بينا في طلاق المريض انتهى وقال نجم الدين الزاهدي في شرح مختصر القدوري وفي بعض النسخ والشروح ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا بسؤالها ثم اقر لها بدين في الوضعان صحيحان والحكم فيهما واحد على ما قرره في الجامع والمحيط غير انه لو لا الاقرار في الوجه الاول ترثه اذا مات في العدة وفي الوضع الثاني لا ترثه وسع بذا اذا اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن الميراث انتهى كلامه اقول قد اختلف رايا هاهنا في استخراج هذا المقام والذي يطابق ما مر في كتاب الطلاق في هذا الكتاب باذكره الزيلعي فانه قال هناك ان طلقها ثلاثا في مرضه بامرها ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث فكانت المسئلة مقيدة هناك بما قيده الزيلعي هنا ولا يرى للتقييد فائدة سوى الاحتراز عما اذا طلقها بغير امرها ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث حتى ان الجامع والمحيط لم يتعرضا في شيء منهما ان يكون الحكم واحدا في الموضعين المذكورين بل انما وجدت المسئلة المزورة مذكورة بحكم الصغرى وجدتها مقيدة بكون الطلاق بسؤال المرأة او بامرها فاظاهر ما ذكره الزيلعي والا عدم تعرض المصنف رح وصاحب الكافي وكثير من الشراح هنا للتقييد المذكور فيجوز ان يكون بناء على ظهوره وسلم رح في كتاب الطلاق ثم ان صاحب العناية من الشراح وان قيد المسئلة هنا ايضا بالقيد المذكور الا انه فسر بما حيث جعلها مثالا لما كان المقر به وارثا حالة الاقرار دون الميت غيرها عرضها المذكور في الكتاب فقال كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بامرها وقد اقر لها بدين فلها الاقل من الدين والمذكور في الكتاب ثم اقر لها بدين او بوصية انتهى قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب لانها اي الزوجين متهمان فيه اي في بدء الاقرار لقيام العدة اشار بهذا الى ان موضع المسئلة فيما اذا كان موت المقر قبل انقضاء العدة واما اذا كان بعد انقضائها فاقراره لها جائز وباب الاقرار مسدود للوارث فلا يرى فضل الزوج اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره بها زيادة على ميراثها فتعلق التهمة في اقراره ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت اي اقل الامرين قال علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو اقر لامرأته بدين من مهر صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتحاصص غرماء الصحة لانه اقر بما لا يملك انشاءه فانعدمت التهمة ولو اقرت المرأة في مرضها للزوج بجميع المهر لم تصدق لانها اقرت بدين لزوج لان الفرض يوجب مثل المقبوض في الذمة ثم يلتقيان قصاصا والاقرار بالدين للوارث لا يصح انتهى في الفتاوى الصغرى لو اقرت باستيفاء مهرها فان ماتت وهي منكوحة او معتدة الصحة اقراره وان بانت غير منكوحة ولا معتدة بان طلقها قبل الدخول لم يصح

فصل في بيان الاقرار بالنسب قدم الاقرار بالمال على الاقرار بالنسب لكثرة وقوع الاول وقلة وقوع الثاني ولاريب في ان هو كثير الدوران هم بالبيان الثاني بفصل على حدة لانفراده بعض الشروط والاحكام كما سيظهر ومن اقر بغلام يولد مثله اي مثل ذلك الغلام لشلا اي لمثل المقر يعني هاهنا في السن بحيث يجوز ان يولد المقر للمقر وليس لاي للغلام نسب معروف بل كان مجهول النسب انا بنه اي اقر انا بنه وصدقه الغلام اي فيما اذا كان يعبر عن نفسه اما اذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه كما صرح به قاطبة ثبت نسبه منه جواب المسئلة اي ثبت نسب الغلام من المقر وان كان المقر مريضا الى هنا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف رح في تعليل المسئلة لان النسب مما يلزمه خاصة يعني الى المنفعة في الصورة المذكورة مما يلزمه المقر خاصة ليس فيه حمل النسب على الغير فيصح اقراره به وان كان مريضا لان اقرار المريض انما لا يصح فيما فيه التهمة بحق الغير ولا تهمة هنا وشرطان يولد مثله لشله كيلا يكون مكذبا في الظاهر فلا يصح اقراره وشرطان لا يكون نسبه معروفا لانه اي لان كون نسبه معروفا يمنع ثبوته من غيره لان النسب لا يقبل النقل بعد ثبوته وانما شرط تصديقه اي تصديق الغلام لانه في يد نفسه فلا تثبت البينة عليه في حق اخذ شيء من يده بغير تصديقه لان الحق له فلا يثبت بدون تصديقه كذا ذكر في التبيين اقول يتقض هذا بالتعليل بالاقرار بغير النسب كالمال ونحوه اذ لا يشترط

بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة في الميراث لانه ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشاركه في رتبته قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقرار بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير

ن يلزم بها اقراره هناك تصديق المقر له ولكن يرد الاقرار برده على ما تقرر في صدر كتاب الاقرار مع جريان ان يقال في ذلك ايضا ان الحق له فينبغي ان لا يثبت بدون التصديقية وقال في البدائع لان اقراره يتضمن ابطال يده فلا يبطل الا برضاه انتهى اقول تضمن الاقرار بالنسب ابطال يد المقر له محل المنع فتامل وقال في التحفة لما في تحميل النسب من الزام حقوق النسب فلا يلزمه الا بالتزامه انتهى اقول بداهة الوجه وهو الحق عندي اذ لا شك انه يترتب على ثبوت النسب حقوق كثبوت الارث ولزوم النفقة بالقرابة وفي بعضها مشقة على المقر فبقي الاقرار بالنسب لازما تلك الحقوق فلا بد من التزام المقر لها حتى لا يتضرر بخلاف الاقرار بالمال ونحوه اذ هو نفع محض للمقر له فلا بد من التزامه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه لانه في يد غيره فلا يشترط تصديقه على ما مر من قبل اي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى ولا يمتنع بالمرض اي لا يمتنع الاقرار بالنسب بسبب المرض لان النسب من الحوائج الاصلية فصار كالنكاح بمهر المثل ويشارك الورثة في الميراث بدا من تتمة كلام القدوري في مختصره اي ويشارك الغلام المقر له بالنبوة سائر الورثة في ميراث المقر قال المصنف في تعليله لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشاركه ورثته اي ورثة المقر بالنسب قال اي القدوري في مختصره ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد اي بالشرائط التي مر بيانها كما صرح به في الكافي ومعراج الدراية وسائر المعتبرات اقول لا يذهب عليك ان المسئلة المتقدمة متعرضة في هذه المسئلة اذ لا دليل عليها صراحة قوله هنا والولد فاذا كانت الشرائط المعتبرة هناك معتبرة هنا ايضا لم يكن لذكر تلك المسئلة فيما قبل على الاستقلال كما وقع في مختصره القدوري وعامة المتون فائدة يعتد بها كما لا يخفى والله اعلم ولم يقع كذلك في الاصل والمحيط والمعتبرات الفتاوى والزوجة اي ويجوز اقرار الرجل بالزوجة ولكن يشترط هنا ان يكون المرأة خالية عن زوج آخر وعدته وان لا يكون تحت المقر اختها ولا الاربع سواها نص عليه في الكافي والشروح والمولى اي ويجوز اقراره بالمولى يعني مولى العتاقة سواء كان اعلى او اسفل هذا اذا لم يكن ولاؤه ثابتا من الغير لان الولاء بمنزلة النسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الاقرار بالنسب فكذلك في الولاء كذا في الذخيرة وغيرها قال صاحب النهاية اعلم ان هذا الذي ذكره هنا من صحة اقرار المقر بالامر حيث قال بالوالدين موافق لرواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين المصنف رح ومخالف لعامة النسخ من المبسوط والايضاح وجامع الصغير للامام المحبوبي وغيرها والله تعالى اعلم بصحته انتهى كلامه قال المصنف رح في تعليل مسئلة الكتاب لانه اقرار بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير متحقق المقتضي وانتفى المانع فوجب القول بجوازه قال صاحب النهاية وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام صحة اقراره بالاب ثم قال قال صاحب النهاية والله تعالى اعلم بصحته قد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور انتهى يعني ان صحته مقررة بدلالة الدليل المذكور عليها فلا وجه لتردد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله والله تعالى اعلم بصحته اقول فيه بحث اما اولا فلان دلالة الدليل المذكور على صحة اقراره بالام ممنوعة فان من شرائط صحة اقراره بالام صحة اقراره بالاب وصحة اقراره بالاب ممنوعة لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل اقراره بالولد باتفاق الروايات كما سياتي فاذا لم يجز تصديقا اياه لم يجز اقراره بالاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المشروط واما ثانيا فلان تردد صاحب النهاية في صحة اقراره بالام انما نشأ مما صرح به في عامة الروايات بان اقرار الرجل يصح بارتة نفرا بالابن والمرأة ومولى العتاقة وذكر العدد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرف في الاصول فلعله يجز اقراره بالام على مقتضى ما ذكر في تلك الروايات جاز ان يكون دليل ذلك اقوى من الدليل المذكور في الكتاب للجواز فان الدليل المذكور فيه هو القياس الجلي وجاز ان يكون دليل عدم الجواز هو نص الاجماع او القياس الخفي الذي هو الاستحسان وكل واحد منهما يترك القياس الجلي وان كان دليل ذلك هو القياس الجلي ايضا والاقل من المساواة وعدم اطلاعنا على دليل ذلك لا يقتضي عدمه شيء عند المجتهدين فالمدار في صحة احدى الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتامل واعترض بعض الفضلاء على مسئلة الكتاب الدليل المذكور فيه ان الاقرار بامومة المرأة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت متزوجة فينبغي ان لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يتفرق بينه وبين اقرارها بالولد فان اقرارها بالولد

ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد بولادته قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى

يصح ايضا اذا اخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفي ذلك انتهى اقول لا نسلم ان الاقرار بامومة المرأة فيه تحميل النسب على الغير وان كانت مترجحة بل فيه تحميل ابوة الزوج ايضا بناء على كونه الاصل في النسب فكانه اقر على نفسه بالانتساب اليه ايضا وعن هذا قالوا في الاقرار بالاب صراحة ان المقر بالاب الزم نفسه الانتساب اليه ولم يقل احد ان فيه تحميل نسب نفسه على الغير بخلاف اقرار المرأة بالولد فان فيه تحميل نسب الغير على الغير اقرار على غيره لا على نفسه فكان دعوى وشهادة والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة المفرد فيما يطلع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة كذا في البدائع وغيره ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا انه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير والابوية لا يمنع صحة اقرارها على النسب ويستوي في صحة الاقرار بالاشياء المذكورة حالة الصحة وحالة المرض لان حالة المرض انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة فما لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الاقرار به في الصحة والمرض سواء والنسب والنكاح والولاء لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كذا في المبسوط ولا يقبل اي لا يقبل اقرار المرأة بالولد وان صدقها لان فيه اي في اقرارها بالولد تحميل النسب اي تحميل نسب الولد على الغير وهو الزوج لان النسب منه اي من الزوج قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم الا ان يصدقها الزوج استثناء من قوله ولا يقبل بالولد يعني اذا صدقها الزوج يقبل اقرارها بالولد لان الحق له اي للزوج فيثبت بتصديقه او تشهد بولادته قابلة اي او الا ان تشهد قابلة بولادته اي يتولد ذلك الولد من تلك المرأة وفي بعض النسخ بولادتها اي بولادتها اياه ففي هذه النسخة اضيف المصدر الى الفاعل وترك المفعول وفي الاولى عكس الامر لان قول القابلة في هذا اي في هذا الخصوص مقبول اذ الغرض ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق اي في باب ثبوت النسب عند قوله فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت بالفراش القائم وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى من هذا الكتاب ودليل التفصيل هو ان اقرارها بالولد انما لا يصح بدون شهادة قابلة بالولادة اذا كانت المرأة ذات زوج وان كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله واما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها والاصل في جنس هذه المسائل ان من اقر بنسب يلزمه في نفسه ولا يحمله على غيره فاقراره مقبول كما يقبل اقراره على نفسه بسائر الحقوق ومن اقر بنسب يحمله على غيره فانه لا يقبل اقراره كما لا يقبل اقراره على غيره وبسائر الحقوق كذا في شرح الاقطع فان قلت لاي معنى يثبت نسب الولد من الاب دون الام مع ان الولد ولد منهما وما فائدة ثبوت نسبه من الاب دون الام وما فائدة ثبوت النسب من الرجل في الاربعة او الخمسة المذكورة دون من سواهم مع ان للرجل اذا اقر بالاخ بعد موت ابيه يشاركه في تركة ابيه على ما سيأتي في الكتاب وكذلك يجب عليه نفقة الاخ المقر له حال حيوته كما ذكر في المحيط والذخيرة قلت اما الاول فلان الولد منسوب الى الاب دون الام لقوله تعالى ادعوهم لآبائهم وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن حيث اضاف الاب الى الولد بلام التمليك ولذلك اختص الاب بالنسب واما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الاب فهي صحة اقرار الاب بالولد ووجوب نفقة الولد على الاب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه احد في نسبه واما فائدة ثبوت النسب في حق هذه الاربعة او الخمسة فهي ثبوته على طريق العموم لا على طريق الخصوص اي ان حقوق المقر له كما يلزم على المقر كذلك يلزم على غير المقر تقرير لصحة اقراره حتى انه اذا اقر بالابن مثلا فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وان جحد سائر الورثة ذلك ويرث من اب المقر وهو جد المقر له وان كان الجد يجحد بنوة لابنه واما فيما سوى الاربعة او الخمسة فلما لم يصح اقرار المقر بظهر انه في موضعين احدهما عدم اعتبار اقراره فيما يلزم غيره من الحقوق حتى ان من اقر باخ وله ورثة سواه يجحدون اخوته فمات المقر لا يرث الاخ مع سائر ورثته ولا يرث من اب المقر وامه بخلاف من صح اقراره في حقه كما ذكرناه والثاني صحة رجوع المقر

ولابد من تصديق عوكاه ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لكن النسب يبقى بعد الموت وكذا يصح تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان كلامه عند ابي حنيفة رح لا يصح لان الكلام انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها عنده ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت التصديق يستند الى اول الاقرار

عما اقر به حق من سوى الاربعة او الخمسة وعند صحتي حق هو لان فان من اقر في مرضه باخ وصدقه المقر ثم رجع عما اقر به صح حتى انه لو اوصى بماله كله لانسان بعد الاقرار باخ كان باطلا للوصي لان النسب لما ثبت كان اقراره بالاخ وقع باطلا فيصح رجوعه عما اقر وانما افتقر الاخ الى تصديق المقر لانه ترك المقر عند عدم المزاحم فلا يصير باعتبار صحة الاقرار بالنسب بل باعتبار انه ترك ما صار خالصا للموصى له بجميع المال باعتبار ان اقراره حجة في حق نفسه لا في حق غيره ولذلك قلنا باستحقاق النفقة على المقر في حال حياته الى هذا اشارة في الذخيرة وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي قال المصنف ولابد من تصديق هو لاء اي لابد من تصديق المقر لهم المذكورين لانهم في ايدي انفسهم فيتوقف نفاذ الاقرار على تصديقهم كذا في الكافي وغيره الا اذا كان المقر به صغيرا في يد المقر وهو لا يفيد عن نفسه وعبدا فثبت نسبه بجحود الاقرار لو كان عبدا لغيره ويشترط تصديق مولاه كذا في التبيين ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر يعني ان المقر له بالنسب اذا صدق في حال حياة المقر لم يصح فكذا اذا صدق بعد موته لان النسب يبقى بعد الموت فيصح تصديق المقر له بالنسب بعد موت المقر حتى يثبت باحكام النسب باسرها قال تاج الشريعة ولا اشكال هذا بما اذا مات قبل قبول المشتري لان الاقرار تام في نفسه والتصديق شرط فكان كما اذا باع بشرط الخيار للمشتري ثم مات البائع لا يبطل البيع ثم قبل المشتري تم البيع بتمام القبول ذكر انتهى وكذا تصديق الزوجة اي وكذا يصح تصديق الزوجة زوجها في الاقرار بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق حتى يكون لها الميراث لان حكم النكاح وهو العدة باق بعد الموت فان العدة واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح الا يرى انها تغسله بعد الموت لقيامها النكاح من وجه وكذا تصديق الزوج بعد موتها اي وكذا يصح تصديق الزوج المرأة بعد موتها في الاقرار بالزوجية فعليه مهرها ولا ميراث منها لان الارث من احكام اي من احكام النكاح وهو ما بقي بعد الموت كالعدة وهذا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان النكاح انقطع بالموت حتى يجوز لها ان تتزوج اختها واربعا سواها ولهذا لا يحل له غسلها بعد موتها عندنا ولا عدة عليها يصح باعتبار ما في العلن لا يصح التصديق على اعتبار الارث هذا جواب سوال مقدر على قول ابي حنيفة رح تقريره سلمنا ان تصديق الزوج اياها بعد موتها لا يصح نظرا الى انقطاع النكاح بالموت بدليل ان الزوج لا يحل له ان يغسل زوجته بعد موتها باتفاق اصحابنا ولكن لم يصح تصديقه اياها بعد موتها نظرا الى الارث الذي هو من حق آثار النكاح ايضا فقال لا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه اي لان الارث معدوم حالة الاقرار اي حالة اقرار الزوجة بالنكاح وانما يثبت اي الارث بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار قال صاحب العناية معناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن ان يثبت بالارث انتهى اقول لا يخفى على الفطن ان معنى كلام المصنف رح ههنا ان التصديق يستند الى اول الاقرار بالنكاح والارث معدوم في تلك الحالة فلا يصح اعتبار صحة التصديق باعتبار الارث المعدوم وقد ذكرنا ان المعنى الذي ذكره صاحب العناية فمع كونه مما لا يساعده عبارة المصنف رح ايضا ليس بسديد ههنا اما اولا فلانه لم يقل احد بان التصديق يثبت نفس الارث حتى يتم ان يقال في الجواب عنه لا يمكن ان يثبت التصديق بالارث لثبوت الارث بل قيل صحة التصديق باعتبار مصادفته وقت الارث الذي هو من آثار النكاح ولا ينافيه ثبوت نفس الارث بالتصديق واما ثانيا فلان ذلك ينتقض بما اذا كان التصديق قبل موتها فانه يصح اتفاقا لمصادفته وقت ثبوت النكاح مع انه يجري ان يقال ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح فلا يمكن ان يثبت بثبوت النكاح واما ثالثا فلانه يلزم حينئذ ان يكون قول المريض فانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت ضمانا مستندا كما يجري ذلك المعنى وان فرض ان الارث موجود حالة الاقرار ثابت قبل الموت تدبر فقال صاحب العناية ولقائل ان يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العلن لانها معدومة حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار وليفد بما ذكرتم ويمكن ان يجاب عنه بان العدة لازمة للموت عن نكاح

قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد كالاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولى بالميراث من المقر له لانه ملك ثبت نسبه منكر يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه فكان له

بالاجماع فجاز ان يعتبر النكاح المعين قائما باعتبار قائمه وهو الارث فليس بلازم الجواز ان يكون المراة كتابية فلا يعتبر قائما باعتباره انتهى كلامه قول جواب بتمام لان العدة ايضا غير لازمة للموت عن نكاح عند ابي حنيفة رح يجوز ان تكون المراة ذمية تحت عنانة زوجها الذمي او يكون حربية خرجت الينا مسلمة او ذمية او ذمية ثم اسلمت او صارت ذمية فانه لا عدة عليها في هذه الصورة عند ابي حنيفة رح لانه لا يمكن حمل ما ذكر في المحلة والمعاهدة المذكورة انتهى على قول ابي حنيفة رح فالجواب لم لو بلا يد فعا على صلة ثم ان بعض العلماء قال بعد نقل ما ذكره صاحب العناية في هذا المقام اقول ظاهر ان مراد صاحب الهداية ان التصديق يستند الى حالة الاقرار في تلك الحالة لا يجب الارث بل بحكم يجب يثبت بعد الموت فحتى صحنا الاقرار لم نحكم بالاثبات للارث ايضا فيكون التصديق واقعا في شيء وهو في الحال معدوم فكيف يجب به وهو النكاح وما شار الى هذا في النهاية فلا ترد المعارضة اصلا لان وجوب العدة ثابت قبل الموت فلا يكون التصديق واقعا في نكاح معدوم من كل وجه انتهى كلامه اقول فهم اشار الى ذلك المعنى في النهاية وغيرها ولكن قوله فلا يرد المعارضة اصلا ممنوع لان وجوب العدة ثابت قبل الموت ان اراد به ان وجوبها ثابت قبل الموت في العدة بالطلاق فمسلم لكن ذلك لا يجدي نفعا اذ الكلام في العدة بالموت وان اراد به ان وجوبها ثابت قبل الموت في العدة بالموت ايضا فممنوع بل وجوبها في العدة بالموت بعد الموت كما لا يخفى وصرح به في النهاية وغيرها وقال بعض الفضلاء هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف فانه لم يعين ان المراد من حكم النكاح في قوله حكم النكاح باق هو العدة فلعله اراد به مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها فانه ثابت في حال النكاح ايضا ولا يمكن ان يقال المراد بالعدة ما يلازمها من اشتمال ما ذكر بنا مجازا فلا اشكال انتهى كلامه اقول ما ذكره من مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها ليس بحكم مستقل للنكاح بعد الموت بل هو من دون متفرعات العدة كما لا يخفى على العارف بالفقه فاذا لم يصح التصديق على اعتبار العدة لم يصح ذلك على اعتبار ما هو متفرع عليها لان سقوط الاصل عن حيز الاعتبار يقتضي سقوط الفرع عن حيز ذلك ايضا فلا اشكال باق وان قيل اذا اقر رجل لرجل بعد وفات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار لمن صدقه المقر له استحق الكسب الارث في مسئلتنا كذلك قلنا الكسب يتبع الملك من الابتداء الملك الرقبة لانه في حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا بان الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد فاما الارث فانما يثبت بعد موت المراة على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار فلم يستحق عليها بالنكاح ليفوت بموتها فيثبت تصديقها بعد ذلك وهو ارث مبتدا كذا في الاسرار والايضاح وغيرهما قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بنسب من غير الوالدين المولودين كالاخ والعم ونحوهما كابن الابن كما صرح به ايضا في الكافي لا يقبل اقراره في النسب ان صدقه المقر له بل لابد فيه من البينة كما ذكر في المتقدة وغيره بالان فيه اي في هذا الاقرار حمل النسب على الغير فان في الاقرار بالاخ حمل النسب على الاب اذ المقر له بالاخوة ما لم يكن ابن اب المقر لا يكون اخا له في الاقرار بالعم حمل النسب على الجد اذ المقر له بالعمومة ما لم يكن ابن جد المقر لا يكون عما له وفي الاقرار بابن الابن حمل النسب على الابن اذ المقر له لا يكون ابن ابن المقر ما لم يثبت نبوته من ابن المقر وفي الاقرار بالجد حمل النسب على الاب اذ المقر له لا يكون جد المقر ما لم يثبت ابوته من ابيه فان كان اي المقر ميتا وذكر وارث معروف كابن او اب او زوج او اخ او عم او ابن عم او ابن اخ او عصبات او بعيد كذي الارحام فهو اي الوارث المعروف اولى بالميراث من المقر له حتى لو اقر بخال او عمة او خالة فالارث للعمة والخالة لانه لما لم يثبت نسب المقر له منه اي من المقر لا يزاحم الوارث المعروف قال في النهاية قوله فان كان له وارث بالنصب قوله لا يقبل اقراره في النسب وقع في بعض نسخ الهداية كذلك قصدوا به ذلك ان الرجل اذا اقر في مرضه باخ لم من ابيه وامه او بابن ابن له ثم مات وله عمة او خالة او مولى عتاقة والحالة هذه فالارث للعمة والخالة او المولى ولا شيء للمقر له لان النسب لا يثبت باقراره فلا يستحق المقر له مع وارث معروف انتهى وان لم يكن لما اي للمقر وارث معروف استحق المقر له ميراثه لان المقر بشيئين بالنسب باستحقاق ماله بعده وهو في الاول مقر على غيره واقراره على غيره غير معتبر اذ لا ولاية له على غيره وفي الثاني مقر على نفسه واقراره على نفسه معتبر لان له

ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصي بجميعه عند عدم الوارث فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر في مرضه باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر قرابته ثم اوصى بماله كله لانسان كان المال للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار **قال** ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا ويشاركه في الميراث لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق

ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث الا يرى ان له ان يوصي بجميعه اي بجميع ماله وقد جعل له للمقر له فيما نحن فيه باقراره باستحقاقه ذلك فيستحق المقر جميع المال وان لم يثبت نسبه من المقر لما فيه اي في الاقرار المزبور من حمل النسب على الغير وليست هذه اي هذه الصورة او القضية يعني الاقرار المذكور وصية حقيقة اوضح ذلك بقوله حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث المال ولو كان الاول يعني اي الاقرار بالاخ وصية لاشتركا اي الاخ والموصى له بجميع المال نصفين لكنه استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة اي لكن الاقرار المذكور بمنزلته اي بمنزلة الوصية بتاويل الايصاء ولعمري ان المصرح بغيرها في المسئلة في امر التذكير والتانيث في كتابه هذا كما ترى ومن ذلك انه اشار فيما مر آنفا الى الاقرار بلفظة هذه وارجع ههنا الى الوصية ضمير المذكر حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر قرابته ثم اوصى بماله كله لانسان ثم مات ولا وارث له كان ماله جميعا للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه اي رجوع المقر المزبور صحيح يعني ان انكاره رجوع والرجوع عن مثل هذا صحيح بمنزلة الرجوع عن الوصية لان النسب لم يثبت فبطل اقراره وينبغي لك ان تعرف ان الرجوع عن الاقرار بالنسب انما يصح اذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه لان النسب لم يثبت لكونه تحميلا على الغير وليس له ذلك واما اذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته قال اي القدوري في مختصره ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا ان فيه حمل النسب على الغير ويشاركه في الارث اي يشارك المقر له بالاخوة المقر في الارث من ابيه وبه قال مالك واحمد رح واكثر اهل العلم وقال الشافعي لا يشاركه في الارث لعدم ثبوت النسب وحكي ذلك عن ابن سيرين قال المصنف رح في تعليل المشاركة لان اقراره تضمن شيئين احدهما حمل النسب على الغير ولا ولاية له اي للمقر عليه اي على الغير فلا يثبت والثاني الاشتراك في المال وله فيه ولاية لانه اقرار على نفسه وله ولاية على نفسه فيثبت ومثل هذا ليس بممتنع كالمشتري اذا اقر على البائع بعتق اي بعتق ما اشتراه منه قبل ان يبيعه له البائع لم يقبل اقراره في حق الرجوع بالثمن على البائع حتى لا يرجع عليه بالثمن لكونه اقرارا على الغير في حق الرجوع بالثمن ولكن يقبل اقراره في حق العتق حتى يعتق عليه ما اشتراه لكونه اقرارا على نفسه في حق ذلك ثم اعلم انه اذا قبل اقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر عندنا وعند مالك وابن ابي ليلى يجعل اقراره شائعا في التركة فيعطى المقر له من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص مات ابوه اخ معروف فاقر باخ آخر فكذبه المعروف فيه اعطى المقر نصف ما في يده عندنا وعندهما ثلث ما في يده لان المقر قد اقر له بثلث شائع في النصفين فنفذ اقراره في حصته وبطل ما كان في حصة اخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر في نصيب اخيه فبطل اقراره فيه ونحن نقول ان في زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق وان المنكر ظالم بانكاره فيجعل ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ولو اقر باخت تاخذ ثلث ما في يده عندنا وعندهما تاخذ خمسه ولو اقر ابن ميت باخ وكذبه ابن آخر معروف فقسم نصيب المقر بين عندنا اخماسا وعندهما ارباعا والتخريج ظاهر ولو اقر بامرأة انها زوجة ابيه اخذت ثمن ما في يده ولو اقر بجدة هي ام الام اخذت سدس ما في يده فيجعل ما في يده كما يجعل لو ثبت ما اقر به ولو اقر احد الابنين المعروفين بامرأة انها زوجة ابيهما وكذبه الآخر اخذت تسعي ما في يده عندنا وعند مالك وابن ابي ليلى لها ثمن ما في يده لان في زعم المقر ان للمرأة ثمن ما في يدي الابنين الا ان اقراره صح في ما في يد نفسه ولم يصح في حق صاحبه واذا صح في حق نفسه يعطيها ثمن ما في يده ونحن نقول ان في زعم المقر ان التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة اسهم فلما اخذ اخوه اكثر من حقه في زعمهما صار ذلك كالهالك فيقسم النصف الذي في يد المقر بينه وبينها على قدر حقهما يجعل للمقر وهو سبعة على تسعة اسهم فتضرب هي بقدر حقها وهو سهمان ويضرب المقر بقدر حقه وهو سبعة اسهم كذا في التبيين والبدائع والايضاح ثم اعلم انه لا يثبت النسب في حق الميراث باقرار وارث واحد وانما يثبت باقرار رجلين او رجل وامرأتين من الورثة وقال ابو يوسف والحسن والشافعي يكتفي في مسئلة الميراث يثبت النسب بقوله وان كان واحدا والاول اصح اعتبارا للاقرار بالشهادة كذا ذكره الزاهدي في شرح مختصر القدوري نقلا عن شرح

قال ومن مات وترك ابنين فاقر احدهما ان اباهما قبض مال كذا من الدين الذي للميت على فلان وانكر ذلك الآخر فصدق المقر على حصة نفسه دون حصة اخيه لانه اقر على غيره بما لا يملك انشاءه وانما يملك ان يقر بما كان ثابتا وقت موته وهذا لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذب به اخوه استوفى الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا خلافا لابي يوسف رح لانهما تصادقا على ان المقبوض مشترك بينهما لكل المقر له وجه على القابض وهو رجحان القابض على الغريم ورجحان الغريم على المقر فيؤدي الى الدور

الا قطع وتوضيحه ذكره صاحب البدائع من ان الاقرار بخلافة الاخوة اقرار على غيره لما فيه من حمل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة بخلاف ما اذا كان الابنان فصاعدا لان شهادة رجل ورجل وامرأتين في النسب مقبولة قال ابو محمد رحمه الله في الجامع الصغير ومن مات وترك ابنين فقال احدهما لاخيه ان ابانا قبض من مال كذا درهما فاقر بذلك فهو جائز عليه في حصته وحصة نفسه ولا يجوز على اخيه في حصته لان الاب لو اقر بقبض شيء من مال الدين لكان للابن الآخر ان يحلف الغريم ببطلان اقرار الاب فاذا نكل حلف وقضى له بحصته من المائة وهي خمسون درهما الا شيئا للمقر والباقي وهو خمسون درهما الا شيئا للمقر وللابن الآخر خمسون درهما يبقى كان للابن الآخر ان يأخذ خمسين من الغريم بعد ان يحلف بالله ما يعلم ان اباه قبض من المائة لان هذا اي لان اقرار احد الابنين بما ذكر اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء اي استيفاء الدين بقبض مضمون لما مر ان الديون تقضى بامثالها فيجب للدين على صاحب الدين مثل ما لصاحب الدين عليه فيلتقيان قصاصا واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة فاذا كذبه اي كذب المقر اخوه استوفى الدين نصيبه اي نصيب المقر كما هو المذهب عندنا خلافا لزفر رح قال ابن ابي ليلى فان هلك الدين على القابض بسبب الاقرار سقط عندنا نصيب المقر وعند ابن ابي ليلى يشيع في النصيبين كذا في اكثر الشروح وقال في الكفاية خلافا للشافعي فعنده يشيع في النصيبين وقال في سراج الدراية وبما هو المذهب عندنا قال الشافعي رح في قول واحمد رح في قول وهو قياس مذهب مالك رح وبه قال النخعي والحكم والحسن واسحق وابو عبيدة وابو ثور انتهى قال صاحب العناية وهو ض بان صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا يجوز والجواب ان قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا اقر المقر بقبض خمسين قبل الوراثة لم يتثبت على زعمه ان للدين الا خمسون فلم تحقق القسمة انتهى اقول الجواب الاول ليس بثابت لان ما صلة عدم لزوم قسمة الدين قبل القبض على زعم المقر وزعم المقر انما يؤثر في حق نفسه لا في حق الغير فيكفي في الحذر لزوم ذلك على زعم الآخر فان قسمة الدين قبل القبض لا تجوز بالنظر الى كل احد قال الناظر عندي في الجواب ان يقال قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز في القسمة الحقيقة وما في القسمة الحكمية كما نحن فيه فمعدود من جوازها مسموح ويؤيده ما مر جوابه في فصل ابن المشترك من كتاب الصلح بان القسمة قبل القبض انما لا تجوز قصدا لا ضمنا فتامل قال المصنف رح غاية الامر انهما اي الابنين تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما اي على كون الخمسين الباقي على الغريم الذي قبضه الابن المنكر مشتركا بين الابن المقر والابن المنكر هذا جواب سؤال مقدر تقريره ان رجحان الدين كان مشتركا بينهما فكذلك كل جزء من اجزائه يكون مشتركا بينهما فاذا هلك سهمك مشتركا وما بقي يبقى مشتركا فالابن المنكر اذا ادعى الهلاك لم ينكر الاشتراك في ما بقي من اجزائه حالا بين المقر وان زعم ان بعض اجزائه هالك لانه لم ينكر الاشتراك فيما بقي بعد الهلاك فما تصادقا فان في الاشتراك في الباقي المقبوض فينبغي ذلك ان يكون بينهما نصفين ويرجح المقر على القابض بنصف ما قبضه فاجاب بانهما وان تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لا يرجح على القابض بشيء لعدم الفائدة اذ لو رجح على القابض شيئا رجع القابض على الغريم بقدر ذلك على زعم ان اباه لم يقبض شيئا من الغريم واتمام الخمسين بسبب ما يرجع الغريم ايضا على المقر بقدر ذلك لانتفاض المقاصة في ذلك القدر وبقائه دينا على الميت بموجب اقراره والدين مقدم على الارث فيؤدي الى الدور ولا فائدة فيه وقد قرر صاحب العناية السؤال والجواب بهذا بوجه آخر حيث قال فان قيل زعم المقر معارض بزعم المنكر فان في زعم القبوض على الشركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما فيرجح زعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما اجاب بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجح يعني ان يرجح وهو ان اعتبار زعم المنكر يؤدي الى صعود الفائدة يلزم الدور انتهى اقول كل واحد من تقرير السؤال والجواب على الوجه الذي ذكر مختل اما تقرير السؤال فلان حديث معارضة زعم المقر لزعم المنكر وترجيح زعم المقر على زعم المنكر مما لا مساس له بكلام المصنف رح هنا لانه قال غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ولا شك ان التصادق ثانيا في التعارض والترجيح فكيف يمكن ان يجعل كالاساس لذلك وايضا ليت شعري ما حاجة صاحب العناية الى ترجيح تصادقهما ايضا في اثناء تقرير السؤال وفرع على تعارض زعميهما حيث قال فاذا تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما فطالب الراجع بقوله والمقر

كتاب الصلح

الزعم المقر على زعم المنكر ولا يخفى ان في نفس تبادل التقرير تعارضا وتناقضا وانما تقرر بجواب فلان المخصوم سلم له يعني ان المرجع هو ان اعتبار زعم المنكر يودي الى عدم الفائدة بالدور وهو ان لزوم الدور انما يكون باعتبار زعم المنكر ودون زعم المقر ولكن ليس كذلك بل لزوم الدور انما يكون باعتبار زعم المقر دون زعم المنكر لان رجوع المقر به على المقر بالآخرة انما هو على زعم المقر لان اباه قبض من الخمسين الباقي عليه الخمسون المقبوض وانما على زعم المنكر وهو ان اباه لم يقبض منه شيئا فلا يرجع المقر به على المقر بشيء بل يلزمه ان يعطي المقر ايضا مثل ما اعطاه المنكر فلا يلزم الدور تدبر تنصف ثم قال صاحب العناية والقائل ان يقول اذا كان من زعم المنكر ان اباه لم يقبض شيئا كان من زعم المقر ان اخاه في اقراره ظالم وهو في القبض اخوه مظلوم فلا يرجع على المقر بشيء لان المظلوم لا يظلم غيره وانما يرجع الى المظلوم لا يظلم غيره ولكن في عدم ترجيح الرجوع بظلم كل طالب تمام حقه نظر لان الخمسين التي قبضها المنكر من المقر بعضها او لا ان كان تمام حق المنكر لم يكن لرجوعه على المقر بعد ذلك طالبا تمام حقه اذ ليس حقه في المائة زائدا على الخمسين حتى يكون طالبا تمامه وان لم يكن المقبوض او لا تمام حقه بل كان بعضه حق اخيه لم يكن هو فيما قبضه اخوه منه مظلوما وسوق الجواب المذكور على تسليم مظلوميته كما لا يخفى فالحق في الجواب ان يقال لا نسلم انه اذا كان من زعم المنكر ان اباه لم يقبض شيئا كان في زعمه فيما قبضه اخوه منه ظالما كيف وهما متعاونان على كون ما قبضه من المقر بعضا او كلا بينما كما لا يخفى نعم يجوز ان يكون من زعم المنكر ذلك ان اخاه ظالم لنفسه حيث ابطل حقه في المائة باقراره بان اباه قبض منها الخمسين

كتاب الصلح

قدم مناسبة الصلح بالاقرار على كتاب الاقرار والصلح في اللغة اسم للمصالحة التي هي المسالمة خلاف المخاصمة واصله السين للصلاح وهو استقامة الحال ومنه صلاح الاعلى حسنا اذا وفي الشريعة عبارة عن عقد يرفع المنازعة ويتعلق انعقاده بايجاب مقدر بما يؤدي معناه في سائر المعاملات وركنه الايجاب والقبول كما ذكرنا في البيوع والكافي وكثيرا ما يشتمل الصلح على اسقاط البعض وابراء البعض وركنه الايجاب طلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين فيما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقبله الصلح بقبول المدعى فعلت لا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه لانه اسقاط لان الحق وهو تيمم بالمسقط بخلاف الاول لان طلب البيع من غيره ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع بالقبول الى آخر ما ذكرت انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان ما ذكره في الكتاب البيع اذا وقع عن حق تعارفا كان عن حال بالاعتبار فيه فيعتبر في البياعات ان كان عن حال ان من صنائع واعتبار الاجارات واذا وقع عن سكوت او انكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين فتقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة فاذا تقرر به الضابطة فلو وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح عن ذلك الجنس وكان وقوع الصلح عن سكوت او انكار وجب ان لا يتم الصلح بقول المدعي فعلت لان كونه اسقاط البعض حق واستيفاء البعض الآخر فيما اذا وقع عن سكوت او انكار ما هو في حق المدعى واما في حق المدعى عليه فلافتداء اليمين فقط فلا بد من قبوله ايضا حتى تحقق الافتداء وتقطع الخصومة واما ثانيا فلانه اذا وقع الدعوى فيما يتعين بالتعيين كالدراهم فصوح على بعضها وقع ذكر البراءة عن دعوى الباقي كان الصلح صحيحا كما سيجيء فينبغي ان يتم به ذلك ايضا بقول المدعي فعلت بدون قبول المدعى عليه لكونه اسقاط الدعوى بعض ما قال فيما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فلا يتم الطلاق قوله والقبول فيما يتعين بالتعيين واما ثالثا فلانه لم يظهر لنا معنى طلب البيع من غيره الى آخره في تعليل قوله بخلاف الاول فارجع عن انك طالبا للمدعى وهو كيف الايجاب والقبول ما فيما يتعين بالتعيين طلقا فان طلب البيع من غيره لا يخيشي في كل صورة سوى ما ذكرت من حيث ان الضابطة المذكورة للصلح بل انما يخيشي في صورة واحدة منها وهي اذا كان الصلح سوى ... عن ان ... فشرط مطلق الصلح كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض ... فرسيأتي تفصيلها في الكتاب ... حكم وقوع البراءة في دعوى المدعى كذا في الكافي وفي الشروح تاما في ... واما ... المدعى الصلح ... بالمدعى الصلح عليه ... كان ... وقوعه للمدعى عليه في الصلح عن ... كان في حيز التمليك البراءة في غيره ان كان من تصرفات كل من ... حاجة التمليك لا شيء اقول فيه كلام ... وان الصلح عليه ... ليكون في حيز التمليك ... الدعوى فاشرحه ... اذا ادعى ...

قال الصلح على ثلاثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا

دار رجل ادعى المدعى عليه حقا في دار بيد المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى فانه جائز فيجعل حكم الصلح في جانب المصالح عنه تمليك ما للمدعى عليه اياه وبراءة عن دعوى المدعي وفي جانب المصالح عليه قبضا واخذا لما هو حق المدعي او ما هو دين لاحتمال التمليك عدم احتمال في الجانبين معا لا يخلو عن تحكم فان نوقش في المثال المذكور بان كون المصالح عليه ترك الدعوى في ذلك المثال مبني على المسامحة وانما المصالح عليه حقيقة في ذلك او ما كل واحد منهما من حق فيما بيد الآخر فانه يقع معاوضة بالنظر الى ذي اليد ومعاوضة بالنظر الى الآخر وهو لا يحتمل التمليك قطعا قلنا فماذا يقال فيما اذا ادعى كل واحد منهما على الآخر فاصطلحا على ترك الدعوى ثم العفو [illegible] انه كما ان ترك الدعوى والعفو مما لا يحتمل التمليك كذلك نفس القصاص مما لا يحتمله فلا يتمشى في هذه الصورة تمليك المدعي او المصالح عليه بل ما تنتفيه فيما بينهما كل واحد منهما عن الآخر بقي ههنا كلام آخر وهو ان الاستدلال لو انكر المدعى عليه دعوى المدعي الى وجه ليس ينبغي ان يلحق بالصلح واخذ المال فانه جائز كما سيأتي في الشرح في فصل المسائل بتفصيل السابع من فصول الاستروشنية [illegible] المدعى عليه [illegible] المدعي عند [illegible] في احد الجانبين حق او علما فتأمل **قوله** الصلح على ثلاثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار قال في العناية الحصر على هذه الانواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم جوابا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه فقط بقولنا جوابا انتهى أقول وفي ظاهر جوابه انه انما يفيد انحصار القسمة الثاني هو قوله وهو لا يخلو عن النفي ولا يفيد انحصار التقسيم الاول هو قوله ان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم جوابا اذ يخرج منه صورة التكلم بما لا يتصل بمحل النزاع عن قسمته فلا ينبغي الاعتراض بهذه الصورة على قوله الحصر على هذه الانواع ضروري ويمكن ان يقال المراد بالسكوت في قوله اما ان يسكت او يتكلم جوابا هو السكوت عن التكلم جوابا لا السكوت مطلقا فيدخل فيه التكلم اصلا الصورة المزبورة في القسم الاول من التقسيم الاول وهو قوله اما ان يسكت فيصح قوله الحصر على هذه الانواع ضروري وتفسير السكوت في الكتاب بقوله وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر لا يخلو عن ميل الى ان المراد بالسكوت ههنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت لان من تكلم بما لا يتصل مع كونه غنيا عن التفسير بيانا لكن في الكتاب جواب لا يتكلم اصلا **قوله** وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير قال صاحب العناية معنى الاطلاق ههنا في التعبير حيث قال لاطلاق قوله تعالى معناه لانه [illegible] فيمكن ان يقال عليه وان كان ذلك في الحقيقة من قبيل [illegible] لا الاطلاق قول الا انهم كثيرا ما يتسامحون في العبارة في امثال هذا [illegible] تعريف العلم بحصول صورة الشيء في العقل مع انه في الحقيقة هو الصورة الحاصلة في العقل على ما حققه الفاضل الشريف في بعض تصانيفه قال بعض الفضلاء في حل قوله لاطلاق قوله تعالى اي القول المطلق فالاضافة من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف انتهى اقول ليس هذا بسديد اما اولا فلان اضافة الصفة الى الموصوف ليست بجائزة كاضافة الموصوف الى الصفة على ما هو المذهب المختار المقرر في كتب النحو [illegible] جرد قطيفة واخلاق ثياب مما يخرج [illegible] من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف في معنى حمل كلام المصنف ههنا على ذلك واما ثانيا فلان الصفة في القول المطلق [illegible] فلا يجدي حديث اضافة الصفة الى الموصوف شيئا بل لا بد من المصير الى المسامحة كما ذكرنا ثم قال صاحب العناية فان قيل الاطلاق لو لم يتعلق سياق الآية في الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد اجيب بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب بان ذكر [illegible] لا جناح عليهما ان يصالحا [illegible] والصلح خير فكان حالا ولانه وقع قوله تعالى ان يصلحا في سياق الشرط وكان مستقبلا فقوله والصلح خير كان في الحال فلم يكن اياه بل جنسا انتهى اقول الجواب الاول والثالث [illegible] الثلاثة ليسا بتامين اما الاول فلان [illegible] بخصوص السبب لا يجدي شيئا في دفع السؤال المذكور لان حاصله منع عموم اللفظ بحمل اللام في قوله تعالى والصلح خير على العهد فانه حينئذ يصير خاصا [illegible] تخصيصه بخصوص السبب واما الثالث فلان كان اراد بقوله والصلح خير [illegible] في حال الكلام هذا الكلام والاخبار [illegible] كان في الحال [illegible] الآية الكريمة [illegible]

وقال الشافعي رح لا يجوز مع الانكار او السكوت وبه نأخذ وهذا بعض الصفقة لان البدل كان حلالا له على الزعم حراما عليه لاعتقاد المقر وكان المدعى عليه يدفع اليه المال لقطع الخصومة عن نفسه وشرائع الاسلام تأبى ذلك وتأويل آخر لما روينا ان الصلح عن الاعيان كالبيع لا يصح على ان لا يطأ الجارية

الذي يحدث غدا خيرا فلا شك ان يكلمك بهذا الكلام واضابك بكائن في الحال ما تحقق ذلك الامر واضافه بالجزية فيكون في المستقبل فلم تتم قوله فلم يكن اياه بل غيره وان اراد بذلك ان الصلح الذي اخبر بانه خير كان في الحال فهو ممنوع فالصواب من بين تلك الاجوبة هو الجواب الثاني وهو المذكور في الكافي وفي سائر الشروح المتداولة سؤال آخر وجه كون الصلح حراما في قوله تعالى والصلح خير على تقدير ان يكون التعليل بهذا العلة لا تفيد بحمل الحكم الذي حلل فيه بل انما وجدت العلة يتبعها حكمها كذا قالوا وهو التقرير المناسب لقواعد الاصول واما التقرير المطابق لقواعد المعقول فهو انه يكون حينئذ غارجا بالخرج الكبرى من الشكل الاول كما لا يخفى قيل فان هذا صلح والصلح خير وكلية الكبرى شرط لانتاج الشكل الاول على ما عرف في الميزان اعترض بعض الفضلاء على هذا الجواب ايضا حيث قال فيه بحث لانه لو كان تعليلا لابدال انقضاء بالوداء انتهى وليس في الشئ لان ذوات الابدال انما يلزم لو كان تعليلا من حيث اللفظ وليس كذلك بل هو تعليل من حيث المعنى وهو غير مخرج التعليل كما لا يخفى اقول ذكره كانه قال صالحوا لان الصلح خير وقال في غاية البيان هو المفهوم من لسان العرب كما يقال صل الصلوة خير على ان قوله تعالى والصلح خير بمنزلة الكبرى من القياس والصغرى مطوية كما اشرنا اليه فيما مر واداة التعليل كاللام والفاء فاذا ذكرت انما تدخل على اول الدليل وهو الصغرى دون الكبرى فلا يلزم الابدال ههنا اصلا ثم قال صاحب العناية فان قيل سلمناه بمعنى الاطلاق في قوله تعالى والصلح خير ولكن صرفوا الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار اجيب بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم ترك العمل به عند عدمه انتهى قول يرد على ظاهره قوله وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز انه خبط اذ هو مخالف لما صرح به مذكورا في عامة الكتب حتى الهداية والبداية فيما سيأتي وهو انه اذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى تترك الدعوى جاز فكان في معنى الخلع ثم اقول توجيهه ان لعدم الجواز رعاية في هذه المسئلة وان كان ظاهر الرواية بخلافها والسؤال المزبور انما اورده الشافعية فهم اخذوا في هذه المسئلة واخواتها بما هو الملائم لمذهبهم واضعفوا جانبه تارة بمنع عدم الجواز في تلك المسائل واخرى بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم ترك عند عدمه فصاحب العناية كفى بالثاني ولم يتعرض للمنع واما صاحب غاية البيان فتعرض لهما ساعتئذ ولم يأت في الجواب ههنا على انا نمنع عدم جواز الصلح في دعوى النكاح عليها اذا انكرته فصالحت على مال لانه يجوز وبه صرح القدوري في مختصره ويجيء ذلك في فصل عند انتهى وقال في ذلك الفصل وهذا الذي ذكره القدوري هو ظاهر الجواب يدل على ذلك ما ذكره في مختصر الكافي وشرحه كذلك فعلى هذا لا يرد علينا سؤال الشافعية في مسئلة الصلح عن الانكار بقوله فاذا ادعى على امرأة نكاحا فانكرت فصالحت على مال لا يجوز ولئن صحت تلك المسئلة كما اوردوه في نسخ طريقة الخلاف فالجواب عنه ما مر في تلك المسئلة انتهى قوله

وقال الشافعي رح لا يجوز مع الانكار او السكوت لما روينا قلت كان لقائل ان يقال للخصم ان ادلتك عليه لا قوله وانما تأولنا واول ما روينا كذا وكذا بالاحاديث المذكورة لقوله وتأويل آخر الى آخره والا لكفى ههنا بيان تأويلنا مع بيان ان دفع الرشوة لدفع الظلم جائز في الشرع لانه لا يصدد الجواب عما قاله الشافعي رح والجواب عنه ثم بيانهما اقول بقي ههنا اشكال في قوله واول ما روينا وهو ان المفهوم منه ان يكون اول ذلك الحديث دليلا لنا مع قطع النظر عن آخره وهذا ليس بصحيح لان آخره مستثنى من اوله وقد تقرر في علم اصول الفقه ان المذهب الصحيح المختار عند الائمة الحنفية في الاستثناء ان تأخر حكم صدر الكلام عن اخراج المستثنى من ان يستثنى منه فلا يكون الاول الا كلاما في صورة الاستثناء حكما مستقلا وان آخره بل لا تتم المعنى الا بجموع المستثنى والمستثنى منه ويمكن ان يوجه بان قوله وتأويل آخره اعم جرا العينة الى آخره متصل من حيث المعنى بقوله واول ما روينا فكانه قال ان لنا اولا وما رويناه مع تأويل آخره فالدليل مجموع الحديث بلا حفظة هذا التأويل لكن بالانصاف ان لفظة اول ههنا مع كونها لا فائدة لها ما يوهم بتبادر الكلام بدونها بالتعاكس بينها وبين لفظ الاول ان تطرح من البين قوله وتأويل آخره اعم جرا العينة كالخراج بالضمان على ان الاولى ان لا يطأ الضمير على هذا الاحق لان الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال لعينه وما ذكره غير معتمل فان الصلح مع الاقرار لا يخلو عن ذلك فان الصلح يقع على بعض الحق على

ولان هذا صلح عن دعوى صحيح فيقضي بجوازه لان المدعي يأخذ بعوضها عن حقه في زعمه وهذا مشروع ومدعى عليه يدفع لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع وانما يحرم اذا علم المال حراما لان الحرام حرام على كل احد وقال (وان وقع الصلح من اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات اذا وقع من كامل الوجود معنى البيع بمنزلة المال حتى للشفعة اذا كان عقارا ويجري فيه خيار العيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية وينفسخ بهلاك البدل لانها في المعاوضة الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال ولا اعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احد المتصالحين

فمنا دعلى هذا خوذ الى تمام الحق قال الا للمدعي اخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح كذا في الكافي وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل والحمل على ذلك اجب لئلا يبطل العمل به اصلا وذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق فمنا دعلى الماخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي اخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا ان المراد به ما كان حلالا او حراما لعينه انتهى اقول في تقريره خلل اذ لا معنى لقوله لانه لو حمل على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الكلام في حمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه فما لا في حمله على الصلح على الاقرار خاصة اذ لا فرق بين الصلح على الاقرار والصلح على غيره في الصحة على تقدير ان يحمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة ولا فرق بينهما في عدم الصحة على تقدير ان يحمل آخره على ما يعم الحرام لغيره لعينه والحلال لغير عينه ايضا فعدم التاويل والحمل في آخر الحديث انما هو لفقد الحرام والحلال دون لفظ الصلح فالحق في التقرير ان يقال لانه لو حمل على ما يعم الحرام والحلال لعينهما ولغيرهما لكان الصلح على الاقرار كالصلح على غيره في الاشتمال على حلال الحلال وتحريم الحرام ثم ان بعض الفضلاء اورد على قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق بان قال هذا مختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به اذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي كما سيجيء انتهى اقول هذا كلام خال عن التحصيل اذ لا يلزم من عدم جواز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي عدم جوازه على بعض الحق في الحق اصلا غاية الامر ان يكون جواز الصلح على بعض الحق في العين مشروطا بالابراء عن دعوى الباقي على ان ينكر ذلك ايضا اذ يجوز الصلح على بعض الحق في العين بطريق آخر وهو ان يزيد درهما في بدل الصلح وسيأتي كلا الطريقين في الكتاب وعلى كليهما يجري قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق في العين ايضا قوله ولان بدا صلح بعد دعوى صحيحة يقتضي جوازه الى قوله ودفع "شوة لدفع الظلم امر جائز بناء على اصل عقلي على ما ذهب اليه البعض منا من جواز الصلح مع الانكار وسكوت ايضا متضمن للجواب عن دليل عقلي للشافعي مذكور فيما قبل وهو قوله ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وبذل الرشوة قال الشراح لا يقال لا نسلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم لان قول النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي عام لانا نقول هذا الحديث يحمل على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في امر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى اذا خرج الوالي الى احد الورثة عن الارث والدافع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فهو جائز للدافع انتهى اعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان المعتبر هو عموم اللفظ وانما الدليل على انه يحمل على ما ذكر غير مجرى على عمومه انتهى اقول الدليل عليه ما ورد من النصوص في ان الضرورات تبيح المحظورات منها قوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج ولا شك ان في دفع الضرر عن نفسه رفع الحرج قوله فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما اعتبر في البياعات ان وقع عن مال الى آخره هذا لفظ القدوري في مختصره ولما كان الاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه كما صرح به ابن الهمام بين ضابطة يعرف بها انه على اي عقد يحمل اقول ليست هذه الضابطة تامة لان الصلح عن اقرار قد يقع عن منافع بمال كما سيجيء تفصيله اذا اوصى لرجل بسكنى داره سنة فمات وادعى الموصى له السكنى فصالحه الورثة عن ذلك على دراهم معينة او على خدمة عبده شهرا او على ركوب دابته شهرا فان كل ذلك جائز على ما صرح به في اول الفصل الآتي مع انه لم يذكر في هذه الضابطة وان كان في معنى عقد الاجارة وكذا يقع عما ليس بمال ولا منفعة كالصلح عن جناية العمد فانه جائز وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ايضا كما سيأتي في الكتاب مع انه ليس بمذكور ايضا في تلك الضابطة وليس في معنى عقد البيع ولا في معنى عقد الاجارة بل هو في معنى عقد النكاح فلم يفهم من هذه الضابطة المذكورة قط وكذا يقع الصلح عن دعوى الرق بمال فيكون في معنى الاعتاق على مال عن جهة التزوج بالنكاح بمال فيكون في معنى الخلع وليس شيء منهما بمذكور في الضابطة المذكورة ولا مفهوم منها اصلا فكانت قاصرة عن تعلم فائدة المراد لا يقال يستغنى عن ذلك كله بما ذكرنا في الفصل الآتي من قريب لانا نقول قد ذكرنا هناك ما ذكره ههنا ايضا بان قال والصلح جائز عن دعوى الاموال والمنافع فلا يلزم

قال الصلح عن [illegible] قال [illegible] قال [illegible] فصل [illegible]

ثم ان كون الصلح عن اقرار في معنى البيع اذا وقع عن مال بمال اما بوفيا اذا وقع على خلاف جنس المدعى واما فيما اذا وقع على جنسه فان كان باقل من المدعى فحط وابراء وان كان بمثله فقبض واستيفاء وان كان بالكثر منه فحصل ربوا صرح به في التبيين وغيره **قوله والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه اقتداء** اليمين مقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا الشارة الى ما ذكره بقوله لان المدعي يأخذ عوضا عن حقه في عامة اقوال هنا كلام وهو ان كون الصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه مطلقا بمعنى المعاوضة ممنوع فانه اذا ادعى عينا وانكر المدعى عليه او سكت ودفع المدعى اليه المدعى عليه شيئا بطريق الصلح واخذ العين فانه لا يكون في ذلك الصلح بمالا على لمعة خواجه مع انه في حق المدعي ليس بمعنى المعاوضة لان في زعم المدعي ان العين الذي ادعاه حقه فلا يتصور ان يجاوض انسان ملك نفسه بل هو في حق المدعي في تلك الصورة كالمقر به ايضا **قوله او يلحق به ذكر البراءة من دعوى الباقي** قال صاحب النهاية فان قلت كيف صورة البراءة قلت هي ان يقول قد برئت من هذه الدار او يقول قد برئت من دعواي في هذه الدار فهذا جائز حتى لو ادعى بعد ذلك جاز هذه لا تقبل لانه قال برئت عن هذه الدار او قال قد برئت عن خصومتي في هذه الدار فهذا والاول باطل وان يخاصمه فيما بعد ذلك وفرق بين قوله برئت وبين قوله ابرأتك فان في قوله ابرأتك انما ابرأه عن خصومته للمدعي وعن دعواه قالوا لان الابراء يستدعي سابقا حقا فلو قال رجل لرجل برئت منك كان برئ يمينه ولو قال ابرأتك منك كان لمن يدعي انما ابرأه عن خصومته كذا في الذخيرة قال في هذا كلام اقول فيه نظر اولا فلان ما بيان صورة البراءة بقوله برئت من هذه الدار مع كونه غير مطابق للمشروح وهو قول المصنف او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي يدل على صحة البراءة من العين مجلس ذلك وان من اعلم صحة الصلح على بعض المدعى في العين بعد ان الحيلة في الصحيح بما بعد الامر بيانا هو صحة البراءة من العين والصلح الصلح عن ذلك بان كان اقر بشيء ثم جحد واستقال البعض الباقي كما في الصلح على بعض المدعى في الدين فالصورة الصحيحة مطابقة للمشروح انما هو قوله برئت من دعوى في هذه الدار واما ثانيا فلان قوله فان في قوله ابرأتك انما ابرأه من خصومته للمدعي انما يتمشى في قوله ابرأتك عن هذه الدار لا في قوله ابرأتك عن خصومتي لان الابراء من الخصومة هو الابراء من الدعوى وقد صرح بان قوله ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار باطل ايضا بخلاف ما قالوا في عبدي في يد رجل فان المذكور هناك في جانب الابراء انما هو قول الآخر بريأتك منه لا غير تصير

فصل لما فرغ من مقدمات الصلح وشرائطه وانواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز **قوله الصلح جائز عن دعوى الاموال** هذا لفظ القدوري في مختصره وقال المصنف في تعليله لانه في معنى البيع على ما مر اقول ههنا شيئان وهو ان قول القدوري والصلح جائز عن دعوى الاموال مطلق شاملا دال الصلح عن مال بمال والصلح عن مال بمنفعة فان اجري على اطلاقه كما هو الظاهر لم يتم تعليل المصنف بقوله لانه في معنى البيع على ما مر لظهور ان الصلح عن مال بمنفعة ليس في معنى البيع بل هو في معنى الاجارة كما صرح به فيما مر وان قيد بما كان عن مال بمال كما فعله صاحب العناية يلزم ان لا يندرج ما كان عن مال بمنفعة في هذا الفصل مع انه معقود لبيان انواع ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز فكان تقصير من التقييد بالمنفعة لا يقال انما ترك ذلك النوع في هذا الفصل بناء على كونه معلوما فيما مر لانا نقول فينتقض ذلك بما كان عن مال بمال فانه ايضا كان معلوما فيما مر **قوله والمنافع** بالجر عطف على الاموال اي وعن دعوى المنافع وهو من تمام لفظ القدوري قال المصنف ره في تعليله لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح اقول لقائل ان يقول لم يشكل هذا التعليل بما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الصلح في الدعايا حيث قال فان اوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة هو خارج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على ان يسكنه بيته او على خدمة عبد آخر او على كسوة معلومة او على لبن ثوب شهرا فهو جائز القياس ان لا يجوز لان البدل ليس بمنفعة المستعير لانه لا يقدر على تمليك المنفعة من غير المعير بل فلهذا اجوز منهم لان الصلح الا ان نقول بان هذا ليس تمليك اياهم بدل بل هو اسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية بدل واسقاط الصلح فيجوز

والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتياطا للتصحيح تصرف العاقل فان قال ورد عن جناية العمد والخطأ الا ان قوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع الآية قال ابن عباس رضي الله عنهما نزلت في الصلح وهو منزلة النكاح حتى ان الصلح يسمى فيه صلحا بلا خلاف مساعد لكل احد من اصحابنا لان المال يغير المال الا ان عن نسلم ان التسمية ههنا يصار الى الدية لانها موجب العمد وقد صالح عنه ولا يجب بطلق العفو في النكاح يجب مهر المثل لان الله تعالى اوجب بالسكوت عنه كما ذكر في جواب الكتاب الجناية على النفس وما دونها بخلاف الصلح حيث لا يجب الشفعة على ما نبينه ان شاء الله تعالى لان الحق في الصلح قبل القتل للقاتل لانه قصاص فصار كالحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه وانما لم يصح الصلح عن الشفعة لان الحق فيها تملك بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه عيان وبطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه

التمليك

ويحمل الاسقاط فان لم يكن تصحيحا تمليكا لم يصح اسقاطا فصححناه اسقاطا وهو حق معتبر لدى الملك فاحتمل التقويم بالشرط الى هنا كلامه فان قلت قد علل على تمليك المنفعة للموصى بها من احد لم يصح تعليل جواز الصلح عن تلك المنفعة بان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح ثم اقول يمكن ان يقال ان الموصى له وان لم يقدر على تمليك المنفعة الموصى بها منفعة الا انه يقدر على تمليكها حكما من حيث انه يقدر على استقاطها بدل وقد اشار اليه الامام الاسبيجابي بقوله وهو حق معتبر لدى الملك فاحتمل التقويم يعني تعليل الممكن اي جنس المنافع تملك حقيقة بعقد الاجارة كما اذا اجر ملكه وكذا يملك حكما بالصلح كما اذا صالح عن المنفعة الموصى بها على عبد يحصل التوفيق بين كلامي الشيخين قال الامام الستغني في الكافي الصلح جائز عن دعوى المنافع بان اوصى رجل بسكنى داره سكنى سنة وصى رب الدار فجحده اوافر به وصالحه الوارث على شيء جاز لانه اجاز اخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا وفصل ما ذكره الامام الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد على ما رأيت خبيرا بما بين ما نقلناه من الامام الاسبيجابي والكافي من المخالفة ولعل في جواز الاجارة روايتين فليتامل انتهى اقول المخالفة بينهما في الفهم لا في المفهوم لان مراد صاحب الكافي بجواز اخذ العوض عن جنس المنافع بالاجارة كما اذا آجر داره فكذا جاز اخذ العوض عن جنس المنافع بالاجارة بالصلح كما اذا صالح عن منفعة الموصى بها كسكنى داره سنة مثلا وليس مراده انه كما جاز اخذ العوض عن منفعة معينة هي سكنى دار سنة وصى رب الدار بالاجارة كذلك جاز اخذ العوض عن تلك المنفعة بالصلح عنها حتى يلزم المخالفة ثم اقول بقي ههنا كلام وهو ان ما ذكره الامام الاسبيجابي في شرح الكافي من انه اذا اوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم او على سكنى بيت او على خدمة عبد آخر او على ركوب دابته او على لبس ثوب شهرا فهو جائز وما ذكره صاحب النهاية نقلا عن المغني من انه اذا اوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصالحه الوارث من الخدمة على دراهم جاز وكذلك لو صالحه على خدمة عبد آخر يخرج ايضا وكذلك لو صالحه على ركوب دابته شهرا او لبس ثوب شهرا فهو جائز انتهى مخالف لما ذكر في كثير من الكتب المعتبرة فان مدلوله جواز الصلح عن المنفعة على المنفعة وان اتحد جنس المنفعتين حيث جوز فيهما مصالحة الوارث عن خدمة عبد على خدمة عبد آخر والمصرح به في كثير من المعتبرات عدم جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة قال في البدائع فان كان المنفعتان من جنسين مختلفين كما اذا صالح من سكنى داره على خدمة عبده يجوز بالاجماع وان كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا وموضع المسئلة كتاب الاجارات واذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح بما يصح به الاجارات ويفسد بما تفسد به الاجارات انتهى وقال في التبيين انما يجوز عن المنافع على المنفعة اذا كانا جنسين مختلفين بان يصالح عن السكنى على خدمة العبد او زراعة الارض او لبس الثياب اما اذا اتحد جنسا كما اذا صالح عن السكنى على السكنى او عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز لانه لا يجوز استيجار المنفعة بجنسها فكذا الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استيجارا بالمنفعة فكذا الصلح انتهى الى غير ذلك من المعتبرات فتلزم قوله والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتياطا للتصحيح تصرف العاقل ما لم يمكن اقول لقائل ان يقول قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين ويجوز كما صرح به فلا يمكن حمل مثله على شيء من العقود بخلاف ما اذا وقع عن ترك دعوى جناية العمد من الجانبين فانه قوله وهو بمنزلة النكاح حتى ان الصلح يسمى فيه صلحا بلا خلاف احد منهما باعتبار المال بخلاف المال قال الشراح في شرح قوله حتى ان الصلح يسمى فيه صلحا هنا ولا ينعكس هذا اي لا يقال كل صلح يسمى فيه صلحا بلا في الصلح يسمى في النكاح فان هذا العكس غير لازم ولا ملزوم لان الصلح عن دم العمد على اقل من عشرة دراهم صحيح وان لم يصلح مهرا وعن المعتوه صحيحا فاسدا ولا يصلح من عليه القصاص على ان يعفو عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لان كون الصداق مالا منصوصا عليه بقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم ومبدل الصلح في القصاص ليس كذلك ليكفي كون العوض فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا فيجوز

فتدبر

واما الثاني وهو جناية الخطأ فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع ... تصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا لا يجوز ابطاله فترد الزيادة ... [illegible]

[illegible]

ان يقع عوضا عن قصاص آخر انتهى كلامه اقول هنا اشكال وهو انه اذا صح ان يكون بدل المال في جناية العمد ما ليس بمال كالعفو عن القصاص لزم ان لا يصح قول المصنف رح اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال لان الصلح عن جناية العمد في صورة ان صالح من عليه القصاص على العفو عن قصاص له على آخر ليس بمبادلة المال بغير المال بل هو هناك مبادلة غير المال بغير المال كما لا يخفى وقال الشراح تفريعا على قول المصنف رح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا فلو صالح عن دم العمد على سكنى بيت ابدا او خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا في الصلح ولو صالحه على ذلك ابدا او على ما في بطن اغنامه او على ثمرة نخيله سنين معلومة لم يجز لانه لم يصلح صداقا فكذا بدلا في الصلح انتهى اقول فيه بحث لان تعليلهم عدم جواز الصلح عن دم العمد على الاشياء المذكورة بقولهم لانه لم يصلح صداقا فكذا بدلا في الصلح ينافي قولهم بان العكس ههنا غير لازم ولا ملتزم فان صحة التعليل بما ذكروا ينبني على لزوم العكس والتزامه فالصواب تعليل عدم جواز الصلح في تلك الصور بجهالة المصالح عليه من غير تعرض لان لا يصلح صداقا فان جهالته تفسد الصلح فيما احتيج فيه الى التسليم والتسلم كما تقرر في مقامه وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية ولا يتوجه لزوم العكس فانه غير لازم ولا ملتزم لكن قال في المحيط اذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز والاصل في جنس هذه المسائل ان ما يصلح مهرا في النكاح يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد فهو جائز وما لا فلا والوصيف يصلح مهرا في النكاح وينصرف مطلقه الى الوسط فكذا يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف الى الوسط انتهى والمقصود قوله وما لا فلا ظاهره فان فيه مخالفة اخرى لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية اي هنا كلام ذلك البعض اقول لا مخالفة فيه لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية اذ لا فساد في التسمية فيما قاله صاحب المحيط لان فساد التسمية بجهالة فاحشة وليس في الوصيف جهالة فاحشة سيما اذا انصرف مطلقه الى الوسط كما صرح به ولهذا يصلح مهرا في النكاح وهذا امر لا سترة به **قوله** واما الثاني وهو جناية الخطأ فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع اقول فيه شيء وهو انهم صرحوا بان الصلح اذا كان على جنس ما استحقه المدعي على المدعى عليه لا يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه وسيأتي ذلك في الكتاب ايضا في باب الصلح في الدين ولا يخفى ان الصلح عن جناية الخطأ اذا كان على احد مقادير الدية مطلقا قبل ان يقضي القاضي باحد منها بعينه او كان على جنس ما قضى القاضي به بعد ان قضى باحد مقاديرها بعينه كان من ذلك القبيل فلم يتم اطلاق قوله فيصير بمنزلة البيع فتأمل **قوله** وجه الاول انه يجعل زيادة في مهرها اي انه يجعل كانه زاد في مهرها ثم خالعها على اصل المهر دون الزيادة فيسقط الاصل دون الزيادة كذا في الكافي وكثير من الشروح قال صاحب غاية البيان وفيه نظر عندي لانه ضعيف جدا لان الكلام في دعوى النكاح وصلح الرجل عنه على مال والصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون ذلك زيادة في المهر انتهى اقول هذا كلام خال عن التحصيل فان كون الصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال لا ينافي كون ذلك زيادة في المهر بل يقتضيه لان ترك النكاح بلا فرقة مما لا يتصور شرعا فلا بد ان يجعل ترك النكاح بمال فرقة بمال وهي الخلع ولما جعل خلعا سقط اصل المهر فلا بد ان يجعل ما بدله لها زيادة في المهر هذا وجه لا غبار عليه **قوله** فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة اذ لا يسلم له شيء في هذه الفرقة وانما الفرقة هي التي تسلم بها نفسها وتتخلص عن الزوج كذا في الكافي وكثير من الشروح اقول لمانع ان يمنع قولهم اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة فانه يسلم له منها اصل المهر اذ لولا هذه الفرقة للزمه مهرها عند اثباتها النكاح فجاز ان يعطي الزوج العوض ليسلم له اصل المهر في ضمن تلك الفرقة التي هي في معنى الخلع فان قلت يجوز ان يكون مراد المصنف فالزوج لا يعطي العوض بناء على دعوى هذه الفرقة من جانب المرأة كما يشعر به تقرير تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال يعني ان هذا الصلح ان جعل فرقة فهي في الفرقة لا عوض في الفرقة من جانبها على الزوج كالمرأة اذا مكنت ابن زوجها لا يجب عليه شيء انتهى واليه يشير قول صاحب العناية

او حطه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء وتقريره اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون لهما بعد ذلك الخيار كما في الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال (واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته والفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر بناء على ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على اقل من حقه جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال (ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه الا ان يضمنه

فان حين ترك الدعوى مسافرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا كانت ابن زوجها انتهى فاذا حال هذا المعنى فلا يرد عليه ايضا ان يقال وقوع الفرقة من جانب المرأة انما يمنع اعطاء الزوج العوض لو كانت هي مستقلة في مباشرة سبب الفرقة كما اذا كانت ابن زوجها واما اذا كانت مباشرتها السبب للفرقة برضا الزوج ورضاه كما فيما نحن فيه اذا كان تركها دعوى النكاح فيه بطلب الزوج ورضاه حيث تصالحا عنه على مال بذله لها فلا نسلم ان وقوع الفرقة من جانب المرأة في مثل ذلك يمنع اعطاء الزوج العوض الا ترى انه لو قال رجل لامرأته طلقي نفسك وقال لها اختياري فيه بذلك الطلاق فلها ان تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فان طلقت نفسها في ذلك المجلس لزمه مهرها ظاهر كون وقوع الفرقة من جانبها هناك مانعا عن وجوب المهر على الزوج كما كان مانعا عنه فيما اذا كانت ابن زوجها فكذا ههنا لا يكون وقوعها من جانبها مانعا عن لزوم اعطاء الزوج العوض فتدبر قوله او حطه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء الى آخره قال صاحب العناية وفي كلام المصنف رح تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي وذكر في الدليل المثلي فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات واما في القيميات فانما هو الى القيمة الا اذا انقطع المثلي فحينئذ يصار اليها انتهى كلامه اقول قد غلط في استخراج هذا المقام فحمل كلام المصنف رح على التسامح ومنشأ ذلك انه زعم ان مراد المصنف رح بالحق في قوله او حطه في مثله صورة ومعنى هو حق الاخذ وهذا غير متصور في القيميات لان اخذ المثل فرع وجوده ووجود المثل صورة ومعنى انما يتصور في المثليات ليس كما مر وانما مراد المصنف رح بذلك قطعا بل انما مراده بحق تعلق الملك بجهة ان الواجب في ذمة الغاصب حقا للمالك مثل ماله صورة ومعنى وهذا الحق يتصور في القيميات ايضا وان لم يتصور حق الاخذ الا في المثليات لان وجوب القيميات في الذمة ممكن كالحيوان والثوب في النكاح والدية وغيرها على ما صرحوا به ومما يفصح عما قلنا وما ذكرنا في الذخيرة ونقل عنها في النهاية بان مجال والوجه لابي حنيفة رحمه الله ان هذا الاعتياض عن الثوب والحيوان حكما فيجوز بالقليل مما بلغ كالاعتياض عن الثوب القائم والحيوان القائم حقيقة وانما قلنا ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكما لان الواجب في ذمة الغاصب حقا للمالك مثل الحيوان والثوب حين لزمه ضمان العدوان فيكون تعيينا بالمثل والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى ولما كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحيوان نحو المكيلات والموزونات وايجاب الاعتياض عن الثوب والحيوان في الذمة ممكن كما في النكاح والدية الا عند الاخذ فيصار الى القيمة ضرورة ان اخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن الا بسابقة التقويم والاخذ والدافع لا يتراضيان على ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في الوجوب لان الوجوب بايجاب الله تعالى والله تعالى اعلم بذلك فصح ما ادعيناه ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان فيجوز كيف ما كان انتهى والعجب من صاحب العناية انه بعد ما نظر الى النهاية وسائر المعتبرات واطلع على ما فيها كيف وقع في تلك الورطة ثم قال صاحب النهاية ويمكن ان يجاب عنه بان فصل ذلك اشارة الى ان المثلي اذا انقطع حكما كالقيمي لا ينتقل فيما لي القيمة الا بالقضاء فقبله ان تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون له بعد انحلال الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة انتهى اقول هذه اقبح من سبه لان المصنف رح ههنا ليس بصدد بيان المسئلة حتى يفيد اشارته الى اشتراك المسئلتين في الحكم شيئا بل هو ساق الكلام للاستدلال على قول ابي حنيفة رح في الصلح عن الثوب المستهلك على اكثر من قيمته فان لم يفد الدليل الذي ذكره هذا المعنى بنا على كون المدعى في القيمي وكون الدليل مخصوصا بالمثلي كما زعمه لا يتم المطلوب فتقبل الكلام لعدم الفائدة حق المقام ولا تجد بلى الاشارة الى امر خفي عن الصدور فضلا كما لا يخفى

باب التبرع بالصلح والتوكيل به قال صاحب النهاية لما كان تصرف المرء لنفسه اصالة اقدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لما ان الانسان في اصل لغيره متبرع وافحش اثره صاحب الغاية وصاحب النهاية اقول ان قوله وهو المراد بالتبرع بالصلح ليس بسديد اذ لو كان المراد بالتبرع بالصلح ههنا مجرد التصرف لغيره لكان قول المصنف رح والتوكيل به مستدركا لتناول التبرع بالصلح بمعنى مجرد التصرف لغيره ما حصل بالتوكيل به ايضا فالحق عندي ان المراد بالتبرع بالصلح ههنا هو الصلح عن آخر بغير امره وبالتوكيل به هو الصلح عنه بامره وكلتا الصورتين ممكنتان في هذا الباب فيصلح ما ذكر في عنوان

باب الصلح في الدين

قال

الباب عن الاستدراك بقي شيء وهو ان التوكيل بالصلح فعل الموكل وهو متصرف فيه لنفسه فلا يتم وجه التقديم الذي ذكره بالنظر الى قول المصنف رحمه الله في العنوان والتوكيل بهو الجواب ان التوكيل المذكور في العنوان مصدر من المبني للمفعول فيرجع الى معنى التوكل وهو يصرف التعبير فان قلت فلم لم يقل والتوكل به بدل قوله والتوكيل حتى لا يحتاج الى البيان بانه مصدر من المبني للمفعول قلت فائدة التعبير عن التوكل بالتوكيل هي الاشارة الى ان المراد بالتوكل المتحصل بالتوكيل هو التوكل بامر الغير الذي هو الموكل لا المباشرة بنفسه بدون امر الغير وهو الشروع بالصلح فيندفع به توهم الاستدراك تامل فانه معنى لطيف فحواله والمال لازم للموكل قال صاحب النهاية ومعراج الدراية وفي شرح الاقطع والمال لازم على الموكل انتهى وقال صاحب غاية البيان واللام في للموكل بمعنى على كما في قوله تعالى وان اسأتم فلها اي فعليها واقتفى اثره صاحب النهاية حيث قال والمال لازم للموكل اي على الموكل كما في قوله تعالى وان اسأتم فلها اي فعليها انتهى اقول لا وجه لجعل اللام في قوله المال لازم للموكل بمعنى على لان للموكل متعلق بلازم وكلمة اللزوم تتعدى بنفسها او بالباء يقال لزمه ولزم به ولا يتعدى بعلى فلو جعل اللام بمعنى على لزم تعدية اللزوم بعلى ولم تسمع قط والصحيح ان يبقى اللام في عبارة الكتاب على حالها ويكون اتيانها لتقوية العمل فان المعنى والمال يلزم الموكل او دخال اللام على جعول اسم الفاعل ومن الافعال المتعدية بانفسها لتقوية العمل شائع في كلام العرب بخلاف قوله تعالى وان اسأتم فلها لان اللام في فلها هناك متعلق بمقدر كما لا يخفى فيجوز ان يقدر ما يصلح ان تكون كلمة على صلة له فافهم فيتأمل في وجه تعلق قوله وما يلي هذه المسألة اذا كان الصلح عن دم العمد فكان الصلح عن بدل الدين الى آخره قال صاحب النهاية وهذا الذي ذكره من التأويل لا يكفي لتأويل المسألة فان فيه قيدا آخر وهو انه اذا كان الصلح على الانكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شيء وان كان الصلح في المعاوضات لانه ذكر في المبسوط في باب الصلح في العقار ولو ادعى رجل في دار رجل شائعا فصالحه عنه آخر بامره او بغير امره الى ان قال ولا يجب المال على المصالح الا ان يضمنه للذي صالحه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بمال والعفو عن القصاص بمال وذلك جائز مع الاجنبي كما يجوز مع الخصم انتهى واقتفى اثره كثير من الشراح في ان ما ذكره المصنف رحمه الله لا يكفي لتأويل المسألة بل لا بد فيه من قيد آخر وهو ان لا يكون الصلح في المعاوضات على الانكار اقول يمكن ان يقال يستغني عنه بما ذكره المصنف ره فان قوله اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل من تتمة تاويله ومقصوده من تقسيم جواب المسألة الى ان لا يكون الصلح عن مال بمال بطريق المفهوم كانه قال وفيما سوى ذلك لا يرجع الحقوق الى الوكيل بل تلزم الموكل كما ذكر في جواب المسألة وفائدة التنبيه على ان ما ذكره في ابتداء التاويل من ان الصلح عن دم العمد الصلح على بعض ما يدعيه من الدين انما هو بطريق التمثيل لا بطريق التخصيص جواب المسألة بذلك فان تخصيصه بذلك ليس بصحيح بجريانه قطعا في غير ذلك كالصلح عن جناية العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيرا محضا كالنكاح والخلع وغيرهما واذا قد تقرر هذا فقد فهم دخول الصلح على الانكار في جواب بايك المسألة وان كان الصلح في المعاوضات اذا قد تحقق فيما سوى الصلح على الانكار في حق المدعى عليه انما هو الافتداء اليمين وقطع الخصومة وانما هو معاوضة في حق المدعي وانه يجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما فلم يكن الصلح على الانكار في حق المدعى عليه وان كان الصلح في المعاوضات صلحا عن مال بمال وقد اشار اليه في المبسوط بقوله لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بمال والعفو عن القصاص بمال ولا يخفى ان ما نحن فيه هو الوكالة من قبل المدعي فيتم المطلوب بدون الاحتياج الى التصريح بقيد آخر تفكر

باب المصالح في الدين

قوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق اعتقد المدعي انه لم يحل على المعاوضة وانما يحل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه اقول فيه كلام وهو ان كلية ذلك بالنظر الى قوله لم يحل على المعاوضة مسلمة واما بالنظر الى قوله وانما يحل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه فممنوعة

وهذا لان الصلح الخ وجه التعميم ان المساومة لا تختص بما اذا كان المدعى به عينا بل تكون في الدين ايضا كما اذا كان الدين الف درهم فصالحه على خمسمائة درهم مساومة فانه يجوز ولو صالح على الف مؤجلة جاز وكان تعجيلا فلن لعجز الخ لانه يمكن جعله معاوضة كان يبيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز لحصولها على التأخير ولو صالح على مائة حال من الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة للا يمكن حمله على التأخير لانه مساومة ويجوز بيع الدراهم بالدنانير نسيئة يجوز فلم يحمل الصلح قال ولو كانت له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان الاجل خير من المال وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حط عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو ربا وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض خير من السود بعقد المداينة وهي زيادة وهذا لان خمسمائة بيض لا تساوي خمسمائة سود فلا يكون حط الخمسمائة السود بازاء الخمسمائة البيض وهذا اذا صالح على ذلك الدين بعينه وهذا لان الدين بعينه لا يحتمل المعاوضة لانه مضمون بالمثل لا معاوضة المثل بالمثل لا تصور الا في العين ولهذا لو كان له على آخر الف درهم ودينار فصالحه عن الدينار على خمسمائة درهم لا يجوز الصلح لانه اشكل ان يجعل اسقاطا للدينار بالدراهم الا مساومة وتأجيلا للباقي لانه اعتياض عن الاجل وهو ربا قال ومن ادعى على آخر مالا فصالحه منه على شيء معلوم فقد برئ من الدعوى والصلح جائز لان ما وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة اذا كان على مثل جنسه قدرا ووصفا كما اذا كان عليه الف درهم جياد فصالح عن ذلك على الف درهم جياد يدخل على استيفاء بعض حقه وحط باقيه وهو كثير من المعتبرات كالسبائع والمتقومة وغيرها وليس فيه اسقاط شيء فقط وهذا ما قال في الوقاية وصلحه على بعض من جنس ماله عليه اخذ لبعض حقه وحط باقيه لا معاوضة انتهى ويمكن ان يعتذر عما في الكتاب بانه خارج مخرج العادة فان المعتاد ان يكون الصلح على اقل من مثله بناء على صدم الغاية في عقد الصلح على مثل المدعى قال صاحب النهاية وهنا ينبغي ان يزاد في لفظ الرواية قيد آخر وهو ان يقال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة وانما قلنا ذلك لانه اذا امكن حمله على بيع الصرف يحمل على بيع الصرف وهو معاوضة وان كان من جنس ما هو مستحق بعقد المداينة فبعد ذلك ينظر ان كان موجبا يبطل الصلح والا فلا الا يرى انه لو كان عليه الف درهم سود فصالحه على الف درهم بيض الى اجل لا يجوز والبيضة اسم لما هو اجود من السود ولكن كل منهما من جنس الدراهم وانما لم يجز في هذه الصورة لان هذه معاوضة الى اجل والصرف الى اجل باطل انتهى كلامه اقول فيه بحث لان قوله في رواية الكتاب وهو مستحق بعقد المداينة يخرج ما يمكن حمله على بيع الصرف فان ما يمكن حمله على بيع الصرف عند اهل الشرع ما وقع عليه الصلح ليس مما هو مستحق بعقد المداينة وما هو مستحق بعقد المداينة ليس بما يمكن حمله على بيع الصرف عندهم يشهد بذلك كلمة الاشتراط المذكورة في المسائل الآتية في الكتاب واذا تنبه لما فصلناه فيه واما المثال الذي ذكره بقوله الا يرى انه لو كان عليه الف درهم سود فصالحه على الف درهم بيض الى اجل لا يجوز فمحل تأمل عما نحن فيه بمراحل لانه ليس مما هو مستحق بعقد المداينة ولا مما يمكن حمله على بيع الصرف اما الاول فلان البيضة اجود من السود وفيهما زيادة وصف وهي غير مستحقة بعقد المداينة بالسود وانما المستحق به السود لا غير واما الثاني فلان الاجل يمنع عن الحمل على بيع الصرف كما اعترف به نفسه حيث قال وانما لم يجز في هذه الصورة لان هذه مصارفة الى اجل والصرف الى اجل باطل قوله وهذا لان تصرف العاقل يجري على صحيح ما امكن ولا وجه لتصحيح معاوضة لاقتضائه الى الربوا اقول لقائل ان يقول انما يقضي الى الربوا لو جعل المصالح عليه وهو خمس مائة عوضا عن مجموع الالف المدعى واما اذا جعل عوضا عما سوى بعض المدعى وهو خمس مائة بناء على ان الديون تقضى باشباهها لا باعيانها فلا افضاء الى الربوا فما بالهم حملوا الصلح في مثل ذلك على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه ولم يحملوا على انه صارف بعض حقه واسقط باقيه حتى لم يشترطوا القبض في المجلس وجوزوا التأجيل فتامل في الجواب قوله ومن له على آخر الف درهم فقال ادّ لي غدا منها خمس مائة على انك بريء من الفضل فضل فهو بريء قال صاحب النهاية قيل معناه فضل فهو بريء في الحال ويجوز ان يكون معناه فاوى عليه ذلك غدا فهو بريء من الباقي انتهى اقول لا يذهب على الفطن ان قوله فان لم يدفع اليه الخمس مائة غدا عاد اليه الالف بابي المعنى الثاني وينا سب المعنى الاول لان عود الالف اليه يقتضي تحقق البراءة عنه اولا لكن يمكن توجيه على المعنى الثاني ايضا بانه لا شك ان البراءة الموقوفة على اداء الخمسمائة اليه غدا متحققة اولا وان لم تحقق البراءة المقطوعة الا باداء ذلك اليه غدا فحينما اذا لم يدفع ذلك اليه غدا فيصح ان يقال عاد اليه الالف نظرا الى تحقق البراءة الموقوفة من قبل فان نصف الالف قد كان خرج من ملكه خروجا موقوفا على ادا النصف الآخر اليه غدا فاذا لم يؤد اليه ذلك غدا عاد اليه الالف كما كان واما جعل العود مجازا عن البقاء كما كان فعله بعض الفضلاء فما لا يقبله الفطرة السليمة قوله الا ترى انه جعل اذا الخمس مائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة قلت الباقي بكلمة على في قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما في قولك بعت هذا منك بهذا المعنى حيث ذكر اداء الخمس مائة مقابلا بكلمة على التي للمعاوضة فلا حاجة الى ما تكلف به بعض الفضلاء في توجيه قوله حيث ذكره بكلمة على حيث قال اي في المعنى والا فمحل الفظ بل كلمة على في الابراء دون الاداء انتهى فكلامه محل للباحث على الالصاق فانه ذهب الى الدخول في الاداء فاحتاج الى التكلف وفيما ذكرناه مندوحة عن ذلك قوله والا داء لا يصلح عوضا الكونه مستحقا عليه

او كانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة وسيجيء البداية بالابراء ان شاء الله تعالى قال رضي الله عنه وهذه المسئلة على وجه حسن مما ذكرناه والثاني اولى فان صاحبك من كان على خمسمائة دعه فيحيا عندك بوفر من الفضل على انك ان لم تدعه الى حين اولى عند الله لانك عليك عياله وعسى ان لا يرضى الا بصريح التقييد فيحمل به والثالث اولى فان ابراءتك من خمسمائة من الف على ان تعطيني الخمسمائة عند الاجراء فيه وانع اعطى الخمسمائة ولم يعط ان اطلق الابراء واداء الخمسمائة لا يسلم عوضا لما ولكنه يسلم عوضا شرعا ولا شك في تقييد الشرط فكان يتقيد به

قال صاحب النهاية في شرحه والاداء لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة ان يستفيد كل واحد بما لم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيئا لم يكن انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بقوله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيئا لم يكن بعيد قال فنحن بل يستفاد به البراءة اقول ليس هذا بشيء لان مراد صاحب النهاية انه لم يستفد بالاداء شيئا في جانب الدائن والبراءة انما يستفاد في جانب المديون وحد المعاوضة ان يستفيد كل واحد مما لم يكن قبلها فاذا لم يستفد في جانب الدائن شيئا لم تتحقق حد المعاوضة فتم المطلب

قوله اولانه متعارف قال صاحب النهاية قوله اولانه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني ان حمل كلمة على على الشرط لاحد معنيين اما الوجه والمقابلة واما لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف اقول فيه نظر لان المعنى الثاني لا يكون علة لحمل كلمة على على الشرط لانها لما كانت موضوعة للمعاوضة لم يصح حملها على غيره الا لم يوجد بينهما علاقة المجاز ولا يخفى ان كون مثل هذا الشرط في الصلح متعارفا لا يجدي مناسبة بين ما وضعت له كلمة على وبين هذا الشرط حتى يصح علاقة للمجاز بخلاف المعنى الاول فان اشتراك المعاوضة والشرط في معنى المقابلة مناسبة معتبرة فصح ان يكون المعنى الثاني علة مرجحة للتجوز بعد ان ثبتت العلة المصححة له لكن الكلام في كونه علة مستقلة لحملها على المجاز وذلك لا يتصور الا بكونه علة مصححة للتجوز كالاول وليس فليس ثم اقول الاقرب ان يكون قوله اولانه متعارف معطوفا على الاقرب وهو قوله لتصحيح التصرف وان كان الظاهر من كلام كثير من الشراح ان يكون معطوفا على ما ذكره صاحب العناية فتبقى كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة لتصحيح تصرف العاقل اولان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بيانا للعلاقة المصححة للتجوز ويكون قوله لتصحيح التصرف وقوله اولانه متعارف بيانا للعلة المرجحة للحمل على المجاز بوجهين فينتظم اللفظ والمعنى **قوله** والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة قال صاحب العناية قوله كما في الحوالة متعلق بقوله فبفوت فبفوات فيفيد انه اذا كان متقيدا بالشرط فبفوت بفوات الشرط وان كان كالحوالة فان براءة المحيل متقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل انتهى اقول لا يخفى على ذي مسكة ان جعل قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله فبفوت بفواته مع تحقق اهل الكثرة الفاصلة بينهما بعيد عن سنن الصواب عند المحال الواضح بجعله متعلقا بتعليق وهو قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به وعن هذا قال صاحب النهاية في شرح قوله كما في الحوالة يعني ان البراءة مما لا يتقيد كالحوالة على الملاء الحوالة على نوعين مطلقة ومقيدة وقال صاحب الكافي في تقرير هذا المقام والابراء تتقيد بالشرط وان لم تتعلق به كالحوالة فانها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل انتهى وعلى هذا المنوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم ار احدا ذهب الى كون قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله فبفوت بفواته سوى صاحب النهاية والعجب منه ان ما صوره من المعنى لا يساعد ما ذهب اليه بل يناسب خلاف ذلك فانه قال يعني انه لما كان متقيدا بالشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل متقيدة بشرط السلامة ولا يخفى على الفطن ان قوله لما كان متقيدا بالشرط كان كالحوالة وقوله فان براءة المحيل متقيدة بشرط السلامة انما يناسب كون قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله والابراء مما يتقيد بالشرط وانما الساعد كما ذهب اليه الباقون يعني ان الابراء لما كان فائتا بفوات الشرط كان كالحوالة فانها تفوت بفوات شرط السلامة على ان فوات الشيء بفوات الشرط فرع لصحة تقييد ذلك الشيء بالشرط وليس هذا مستقيما في الكلام فكيف يحسن تعلق قوله كما في الحوالة بذلك دون جملة تتبعه ترشد **قوله** قال العبد الضعيف وبهذه المسئلة على وجوه مما قاله صاحب النهاية اي وجه خمسة فوجد احدها هو ان رب الدين في تعليق الابراء باداء بعض الدين لا يخلو اما ان بدأ بالاداء او بالاسقاط فان بدأ به فلا يخلو اما ان يذكر سقوط الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط او لا فان لم يذكره فالوجه الاول وان ذكره فالوجه الثاني وان لم يبدأ بالاداء فلا يخلو اما ان بدأ بالابراء او لا فان بدأ فالوجه الثالث وان لم يبدأ بالابراء فلا يخلو اما ان بدأ بحرف الشرط او لا فان لم يبدأ فالوجه الرابع وان بدأ فالوجه الخامس انتهى كلامه

وبهذا ظهر ان ما ذكره الحصر في النهاية ايضا غير صحيح قوله وان صالح عن نصيبه الخ اعلم ان الوجه الثاني قسما مما بدا بالاداء ثم انه لم يبدأ فيه بالاداء بل بدأ بالمصالحة واما ما في غاية البيان من جعل الوجه الرابع قسما مما بدأ بالاداء مع انه بدأ فيه بالاداء كما ترى ويمكن الجواب عن كل واحد منهما بنوع عناية اما عن الاول فبان قال ان المراد من الوجه الثاني ما لم يكن بالاداء صورة الا انه كان بمعنى لما حاصل معناه اداء الى قوله وانت بعد تأمل ما سمعت من الالف وانت بعد تأمل ما سمعت من الفضل على انك ان لم تفهما الى غدا فالذي اعلمك على جهة الاداء بان بدأ بالاداء ان بدأ فيما تيمم به وجه المسئلة ويمتاز عن سائر وجوهها ولا يخفى ان الوجه الثاني تبعا لأكثر الشراح حاصل المعنى ويمتاز به عن سائر الوجوه واما المصالحة فانما ذكرت فيه للحجر والتفصيل الآتيين واما عن الثاني فبان يقال ليس المراد بالاداء بالاداء في وجه الحصر الاداء بالاداء المطلق بل المراد به الاداء بالاداء الموقت ولا يخفى انه لم يبدأ في الوجه الرابع بالاداء الموقت بل انما بدأ فيه بالاداء المطلق فاستقام التقسيم واجاب بعض الفضلاء عن الاشكال الاول بوجه آخر حيث قال فان قيل لم يبدأ في الوجه الثاني بالاداء بل بالمصالحة فلا معنى لجعله قسما مما بدئ فيه بالاداء قلنا ذلك مبني على ان ما بني على شيء بناء على الشيء انما يتحقق اذا كان البناء حكما للمبني عليه والجواب بشيء لان اتحاده مع ما بدئ حكما لا يقتضي ولا يجوز جعله ما بدئ فيه بالاداء اذ الاتحاد في الحكم لا يستلزم الاتحاد في الذات والاثر والاعتبارات كثيرة ولو جاز جعل الوجه الثاني مما بدئ فيه بالاداء بناء على اتحاده في الحكم مع ما بدئ فيه بالاداء وهو الوجه الاول جاز جعل ما لم يذكر معه بناء الباقي على المديون سريحا عند عدم الوفاء بالشرط مما ذكر معه ذلك بناء على الاتحاد في الحكم ايضا فلم يتحقق وجه يجعل الوجه الاول والوجه الثاني قسمين مستقلين قوله بخلاف ما اذا ابرأه عن خمس مائة لان الابراء حصل مقرونا بمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا اقول فيه بحث لان بناء وان افاد الفرق بين الوجهين الا انه ينافي ما تقرر في تعليل المذكور من قبل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول لانه كما لا يثبت الاطلاق بالشك لا يثبت الشرط به ايضا فيلزمهما ان لا يثبت تقييد الابراء بالشرط في ذلك الوجه اذ لم يثبت تقييده اولا بذلك كما لم يثبت اطلاقه اولا في الوجه الثالث حتى لا يزول بالشك بل ان اخذ التقييد هناك فانما يؤخذ من مقارنة الابراء بالاداء واذا كان الاداء مشروطا بين ما يقتضي الاطلاق وما يقتضي التقييد كما ذكره هناك كان تقييده بالشرط مشكوكا غير ثابت وقد يدفع في التعليل المذكور هناك من قبلهما بكون الابراء مقيدا بالشرط في ذلك الوجه وبين ذلك بما لا مزيد عليه فكان بين الكلامين تناف فليتأمل في التوفيق

فصل في الدين المشترك

اذ بين حكم الدين المشترك عن المفرد ولان المركب تابع المفرد قوله واصله ان الدين المشترك بين اثنين الخ قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشارك في المقبوض قال في النهاية واما اذا اخذ بمقابلة نصيبه فليس لصاحبه ان يشاركه في المقبوض بل الخيار للقابض على ما ذكر امام فخر الاسلام في المبسوط واشار في رواية الكتاب انتهى اقول فلقائل ان يقول اذا كان قبض احد الشريكين في الدين شيئا من الدين مخالفا لقبض احدهما او بمقابلة نصيبه في حكم المشاركة في المقبوض لتحقق اتحاد في الحكم بين مسألة ما اذا قبض احد الشريكين في الدين شيئا من الدين وبين مسألة الكتاب فلم يظهر وجه الاولى اصلا في الثانية كما فعله المصنف وغيره بتبعه حسن وانما يظهر حسن ذلك فيما اذا صالح احدهما عن نصيبه على دراهم او دنانير كما ذكرت بنده الصورة ايضا في المبسوط وما نحن فيه ليس من ذلك قوله ولحق المشاركة قال بعض الفضلاء الظاهر اسقاط لفظ الحق فان التحقق في الولد والثمرة حقيقة لا احتمال انتهى اقول بل الحق اتمام لفظ الحق لان الضمير في وله عائد الى صاحب الشريك لقابض في الدين المشترك لا الى احد الشريكين في كل شيء وليس لحقيقة المشاركة في المقبوض والا لما تصور تصرف القابض فيه قبل المشاركة وانما الحق المشاركة فيه فلو اسقط لفظ الحق ههنا عسى يتوهم ان يكون لحقيقة المشاركة كما في الولد والثمرة فاتمم لفظ الحق ودفع ذلك التوهم قوله ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه فكان مشتركا

ولا ستيفاء بالمقاصة بين قسمته وبين الدين وكالهبة لان بيع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فلو لم يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم تواضعا على القويم له ان يشاركه القابض لانه انما رضي بالتسليم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم

قاطبة هذا الاستدراك جواب سؤال مقدر وهو ان يقال لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز للاحد الشريكين التصرف في الثمرة والولد بغير اذن الآخر اقول نعم كذلك لكن يرد عليه انه وان تم جوابا عن ذلك السؤال الا انه مناف لما تقرر آنفا من ان لصاحب حق المشاركة في المقبوض لانه لما قال في تعليله لان للعين غير الدين علم منه ان ما قبضه احد الشريكين يجريا اشتركا فيه لا عينه ولما قال وقد قبضه بدلا عن حقه علم منه ان ما قبضه ليس بدلا عن المشترك بينهما كما انه ليس عين ذلك بل هو بدل عن حصة القابض فقط فكيف يتصور ان يثبت للشريك المساكت حق المشاركة في المقبوض الذي ليس هو عين المشترك فيه ولا بدلا عنه فتامل فحينئذ لا مخالفة لما ذكر في شرح الاقطع في تعليل قوله وان شاء اخذ نصف الثوب في جواب مسئلة الكتاب بان قال لان الصلح وقع على نصف الدين وهو شائع لان قسمة الدين حال كونه في الذمة لا يصح وحق الشركة متعلق بكل جزء من الدين فصار كما لو كان الثوب نصفه من حقه فوقف على اجازته واخذه النصف دلالة على دلالة العقد فصح ذلك وجاز فان ضمن لشريكه بيع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لان حقه في الدين انتهى فان الظاهر من هذا ان يكون ما قبضه احد الشريكين في الدين بدلا من حقهما معا لا من حق القابض فقط قوله والاستيفاء بالمقاصة بينه وبين الدين هذا جواب عن سؤال مقدر وهو ان يقال ثبت انه ملكه بعقده ولكن كان عقده بعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض فكيف يقولون لا سبيل لشريك على الثوب في البيع فاجاب بان الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى الغريم من نصيبه عند البعض لما مر في ذلك ان النقود عينا كانت او دينا تتعين في العقود كذا في حاشية الشيخ تمام [illegible] بعد ذلك فان قيل في هذا الجواب ورد سؤال آخر وهو ان قسمة الدين قبل القبض لا تصح وفي المقاصة بدينه الخاص يلزم قسمة الدين قبل القبض قلنا قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز قصدا اما ضمنا فجائز وههنا وقعت قسمة الدين في ضمن صحة المشتري كما وقعت في المسئلة الاولى في ضمن صحة المصالحة انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب سراج الدراية وقال صاحب العناية بعد تقرير السؤال المقدر وجواب المصنف رح عنه واذا ظهرت المقاصة انفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها لزمت في ضمن المعاقدة فلا عبرة بها انتهى اقول في تحرير صاحب العناية قصور فانه يرد ان قسمة الدين قبل القبض على ظهور المقاصة من ذلك لتوهم انها نشأت من المقاصة اذ لم تتحقق المقاصة لانتفاء الاشتراك في الثوب المقبوض في البيع الصادر على الاشتراك فيما اضيف اليه العقد من بعض الدين المشترك فلا يتوهم القسمة قبل القبض اصلا ولم يندفع غيره ورد السؤال بلزوم القسمة قبل القبض على تحقق المقاصة ثم اقول لا احتياج عندي ههنا الى التشبث بجواز القسمة قبل القبض ضمنا اقول وبه للتوهم المذكور اصلا لانه ان لم يكن للشريك المساكت سبيل على الثوب في بناء على كون استيفاء الشريك القابض في البيع بالمقاصة كان له سبيل على ما استوفاه من الدين المشترك بالمقاصة حيث كان له ان يضمنه نصف دينه فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة ان لا سبيل لاحد الشريكين على شئ مما استوفاه الآخر بعد وقوع القسمة لا يقال تلك الضرورة في القسمة القضية دون الضمنية والمتوهم ههنا مطلق قسمة الدين قبل القبض فلا بد من المصير الى ان يقال قسمة الدين قبل القبض قصدا غير لازمة وامضاؤها غير لازمة ولكنها جائزة لانا نقول تلك الضرورة ثابتة قطعا في القسمة الصحيحة بعد ان وقعت سواء كانت قصدية او ضمنية فلو سلم وقوع قسمة الدين قبل القبض ضمنا ههنا واعترف بصحتها لزم ان لا يكون للشريك المساكت سبيل على ما استوفاه القابض من الدين المشترك بالمقاصة ايضا فلزم ان لا يضمنه رب الدين وقد تقرر ان له ان يضمنه ذلك فالمساك الصحيح ان لا يسلم لزوم قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لا قصدا ولا ضمنا كما قررناه قوله ولا شريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فلان لا يشاركه اقول فيه كلام وهو انه ان كان حق الشريك المساكت باقيا في ذمة الغريم وكان ما استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة

ولو وقعت المقاصة بدين كان عليهما من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتطر وكذا لو ابرأ عن نصيبه فكذلك لانه لا فرق بين قبض بعض ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما تقوم من السهام فلو اخرج احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه وفى القسمة الدين قبل القبض وتو لحق عيبا سالمة للشريك فله ان يفسخ القسمة فيما يخصه فيرجع في نصيبه فيقبض الذي اخرج عن نصيبه فيرد عليه ما اخذ وهذا كله في الاخراج عن جهة القسمة فاما لو اخرج عن جهة الصلح او الهبة والتزوج كان في حكم الوصية كذا الصلح عن جناية العمد عن ابي حنيفة رحمه الله قال ابو يوسف ومحمد رح وقال ابو يوسف يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشترى عبدا فاقال احدهما في نصيبه فيكون الصلح عن نصيبه وان لم يجز عند ابي حنيفة رح وهو

لما سكت فيما استوفاه القابض شركا غير معقول اعني بحمد الله فانه مخالف لما ذكر في غاية البيان وغيرها في صدر هذه المسائل من الاصل الصحيح المدون عليه بان قبض الاصل هنا ان الدين المشترك الذي يثبت بسبب واحد للشريكين اذا قبض احدهما شيئا منه فالمقبوض من النصيبين لانا لو جعلناه من نصيب احدهما لكنا قد قسمنا الدين مال كونه في الذمة وقسمة الدين حال كونه في الذمة لا تجوز والدليل على ذلك هو ان القسمة تميز الحقوق وذلك لا يتأتى فيما في الذمة ولان القسمة فيها معنى التمليك لان كل واحد من المقتسمين ياخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضا عما في يد الآخر وتمليك الدين من غير من في ذمته لا يجوز فاذا ثبت هذا كان المقبوض من احدهما شيعا فكان لشريكه ان ياخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتامل قال صاحب العناية في تعليل قول المصنف فلان لا فيشاركه لسلا ينقلب ماله ماحلية فانه ناقض باصل آخر فيه اشكال لانه يستلزم ان لا يثبت لاحق المشاركة اصلا بل تعين لعدم المشاركة بهذا الطريق وهو بطلان ما ذكره قوله ولو وقعت المقاصة بدين كان من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتطر اقول فيه شيء وهو انه يلزم في هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وما لا يجوز وليس ههنا عقد حتى تجوز في ضمنه كما يأتي في صورة البيع اللهم الا ان يجعل نفس المقاصة نوع عقد او شبيه عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض في ضمنها ايضا قوله ولا يصح عندهما لانه يودي الى قسمة الدين قبل القبض قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز احد النصيبين عن الآخر بانصاف احدهما بالحلول والآخر بالتاخير وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا تميز بعضه عن بعض والقائل ان يقول بتاخير البعض هل تميز احد النصيبين عن الآخر او لا فان تميز بطل قولكم وذلك لا تميز بعضه عن بعض وان لم تميز بطل قولكم لامتياز احد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا واجاب عنه بان تاخير البعض عنه يستلزم التميز بذكر ما توجبه فيما يستحيل ذلك فيه يعني قوله لامتياز احد النصيبين لاستلزام التاخير الامتياز فان قيل فقد جوزوا ابراء احدهما عن نصيبه وفي ذكر الابراء يوجب التميز يكون بعضه ظلوما وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك اجيب بان القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الابراء بموجود فاقسمة انتهى هنا كلامه اقول في الجواب الثاني بحث لان عدم تحقق القسمة في صورة الابراء بموجب عدم تحقق مقتضاها لا يدفع السؤال الثاني لان حاصله نقض ما ذكر في الجواب الاول بان ذكر ما يوجب التميز يتحقق في صورة الابراء ايضا فلو استلزم ذلك قسمة الدين قبل القبض في صورة التاخير لاستلزمها في صورة الابراء ايضا وما عدم تحقق القسمة بسبب تخلف مقتضاها فامر مشترك بين الصورتين لان القسمة كما تقتضي وجود النصيبين كذلك تقتضي كون كل واحد من النصيبين قابلا للتميز عن الآخر وتميز بعض الدين عن بعض غير متصور فلا قسمة في الدين لا في صورة الابراء ولا في صورة التاخير كيف ولو امكن القسمة في الدين لما بطلت قسمة الدين قبل القبض فاذا لم تتصور حقيقة القسمة في الدين لا في صورة الابراء ولا في صورة التاخير بقي اصل النقض على حاله فتدبر قوله وكذا الصلح عليه عن جناية العمد قال في النهاية ومعراج الدراية قيل انما قيد بجناية العمد لان في جناية الخطاء يجوز ولكن في الكرخي في الايضاح مطلقا فقال ولو شيخ الطالب المطلوب موضحة فصالحه على حصة لم يلزمه الشركة شيء لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح انتهى وقال في العناية هذا ذكره في الجامع وذكر فيها دار في رقبته بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يتضح شيء انتهى اورد بعض الفضلاء حيث قال اذا لم تحمل على العاقلة لا يحمل على بيت المال لان العاقلة انما تتحمل الا مثل الذي يجب بالصلح وهو الذي يجيء في كتاب الديات ولا يكون ذلك الا في الصلح عن جناية العمد وانما مراد صاحب العناية ههنا ان الارش قد يلزم العاقلة بجناية الخطاء ثم يصالح عنه على مال اعطاه الجاني ففي مثله اذا وقع الصلح على نصيب الجاني من الدين المشترك لم يكن الجاني الصالح مقتضيا شيء اذ الارش لم يلزمه حتى يكون مقتضيا له بل قد لزم العاقلة فاين ما اراده مما اورده ذلك الراد ثم اقول بقي كلام فيما قاله صاحب العناية اما اولا فلان القائل يدخل سلم العاقلة عندنا فيكون فيما يودي كاحدهم على ما يجيء في كتاب الماقل فلم يتم قوله فلم يكن مقتضيا الشيء اذ قد كان مقتضيا لقدر الزمه ان يوديه مع العاقلة واما ثانيا فلان

ماذكره انما يقتضي اطلاق الجناية للتقييد بالعمد فان الصلح اذا لم يكن مقتضيا الشيء لزم ان لا يرجع شريكه عليه كما في الصلح عن جناية العمد فلم يفد التقييد بذلك

قوله ولما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا يجوز من اجازة الآخر يعني انه لو جاز قاما ان جاز في نصيبه خاصة او في النصيبين فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا يظهر الا بالتعيين ولا تعيين الا بالقسمة واللازم باطل فالملزوم كذلك وان كان الثاني فلا يخفى ما في عبارة الآخرين وما يعترض به على نصيبه اقول في نظر اما اولا فلمنع الدليل المذكور وهو عدم جواز الصلح كما تقدم في وليس ابي يوسف حرفا وانيا فلان قسمة الدين في الذمة انما لا يجوز اذا كانت قصدا واما اذا كانت ضمنا فيجوز كما صرح به وقد مر من قبيل في الشق الاول على انه يمكن ان يقال ان قسمة الدين قبل القبض في ضمن عقد الصلح فلا عبرة في اللازم **قوله** ولانه لو جاز ذلك كما في التقييد فاذا شاركه في جميع المصالح على من عليه ذلك فيعود الى العهود ساقطة وقال صاحب العناية انظر من شرح تاج الشريعة واعترض بان هذا المعنى موجود في الدين المشترك اذا استوفى احدهما حصته فاذا شاركه صاحبه في جميع ما قبض ذلك على الغريم فيعود الدين بعد ان سقط بالقبض وانت تعلم ان هذا يوجب تقرير الجدل لا تحويله بل يثبت لكل واحد منهما من ذمة صاحبه لان الدين تقضى بالشائعة اذا كان في الجانبين فصار كل واحد منهما مستوفيا لا يعود دون تجديد السبب انتهى كلامه اقول لم يتعرض ان يعود ويقول بهذا المعنى موجود ايضا فيما اذا اشتريا عبدا فقال احدهما نصيبي والفرق الذي ذكره في الجواب المذكور لا يمشي فيه لان الافالة فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكر في آخر الجواب ان الفسخ لا يعود دون تجديد السبب وقد تجدد السبب بتلك الصورة قطعا فينتقض الدليل المذكور بها ويمكن الجواب عنه بمنع جريان قوله لو جاز الشركة في المقبوض في صورة الافالة في العين بناء على جواز تفرد احدهما بالقبض في العين كما فهم من قول المصنف بخلاف شراء العين فانه لا يجوز لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قائم بهما فلا ينفرد احدهما بزعم خلو بعد المعنى المذكور في تلك الصورة فلا تنتقض بها تامل وقف

فصل في التخارج التخارج تفاعل من الخروج وسببه ان يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بشيء معلوم وانما اخره لقلته وقوعه اذ قلما يتفق ان يخرج من البين بشيء استيفاء نصيبه او يوفيه حقه بعد بعيدة **قوله** وفيه اثر عثمان رضي الله عنه فانه صالح تماضر الاسدية امرأة عبد الرحمن بن عوف عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار قال في غاية البيان والاصل في جواز التخارج ما روى محمد بن الحسن في الاصل في اول كتاب الصلح عن ابي يوسف عن محمد عن عمرو بن دينار ان امرأة عبد الرحمن بن عوف صالحوا على ثلثة وثمانين الفا على ان ترجع بالميراث وقال محمد ايضا حدثنا الحجاج عن محمد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس انه قال تخارج اهل الميراث وكذلك روى الحاكم الشهيد عن عمرو بن دينار ان صدى امرأة عبد الرحمن بن عوف صالحوا على ثلثة وثمانين الفا على ان ترجع بالميراث وقد اثبت شمس الائمة السرخسي وعلاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في سنة الكافي كما في غاية البيان شمس الائمة السرخسي قال وهي تماضر بنت الاصبغ في رواية وفي رواية اخرى ان اسمها سنة فاختلف الصحابة في ميراثها فصالحوا على الثمن من ربع نسوة واولاد فصار ثمن الربع ثلثة وثلثين وثلث ثلثة وثلثين فصالحوا على ثلثة وثمانين الفا وقد ذكر محمد الالف ملفقا ولم يفسره انما ذكر هذا وذكر ثلثة قبل الثمانين ولم يذكر اسم الصالحة ولم يذكر ان عبد الرحمن عن كم فسوة مات وصاحب الهداية لم يذكر الثلثة قبل الثمانين وفسر الثمانين بالدينار الى هنا لفظ غاية البيان وهذا البسط ما ذكر في جملة الشروح هنا غير انه ذكر في سائر الشروح انه ذكر في كتب الحديث ثلثة وثمانين الف دينار

قوله واذا كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بمقابلة من التركة احترازا عن الربوا اما اذا كان ما اعطوه اقل من نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك من غير عوض خالية عن العوض

فى الوجهين غير بقية الورثة ولا وجه ان يقوم الصالح مقام نصيبه ويصالح ورثة الدين فى حياتهم على استسقاط نصيبه من الغرماء

وكذلك اذا كان المطلوب مثل نصيبه من ذلك لجنس ظاهر لانتفى الزيادة على الماخوذ من جنس ذلك من غير جنسه خالية عن العوض فتعذر تجويزه بطريق المعاوضة فى

ثلاثين الصورتين للزوم الربوا ولا يصح تجويزه بطريق الابراء عن الباقى ايضا لان الشركة صحيح بالاعيان بالاتفاق كما فى الذخيرة وذكر شيخ شيخنا الكتاب اقول ايضا صحة تجويز ذلك بطريق

الابراء عن الباقى منظور فيه عندى لان الابراء عن نفس الاعيان وان كان باطلا الا ان الابراء عن دعوى الاعيان صحيحة كما صرحوا به وقدمنا فى الكتاب

فلم لا يصح تجويز الصلح عن الاقل والمشكل فيما نحن فيه بطريق البراءة عن دعوى الباقى وحمل كلام العاقل على الصحة واجب مهما امكن فان قلت قدمت فى الكتاب

انه لو ادعى دار انسان على قطعة منها لم يصح الصلح لان قبضه عين حقه وهو على دعواه فى الباقى وما نحن فيه نظير تلك المسئلة فاذا لم يصح الصلح هناك فكيف

يصح ههنا قلت قدمت ايضا فى الشروح هناك ان ما ذكر جواب بغير ظاهر الرواية واما فى ظاهر الرواية فانه يصح وقد ذكر فى الذخيرة وفى فتاوى قاضيخان ايضا

اختلاف جواب ظاهر الرواية وجواب نظائر الرواية فى تلك المسئلة حتى قال فى الذخيرة هناك وجه ظاهر الرواية ان الابراء للباقى صيانة وهو دعوى والابراء عن

الدعوى صحيح وان كان الابراء عن العين لا يصح واما فيما نحن فيه فالجواب عدم صحة الصلح رواية واحدة لاغير على ما ذكر فى جميع الكتب فيرد عليه ما اوردناه

من النظر كما لا يخفى وقال الحاكم ابو الفضل انما يبطل الصلح على مثل نصيبه من الدراهم وعلى اقل من نصيبه من الدراهم حالة التصادق واما حالة المناكرة فالصلح

جائز لان حالة المناكرة المعطى يعطى المال لقطع المنازعة ويفدى به يمينه فلا يتمكن الربوا كذا فى الذخيرة والتتمة ونقل عنا فى النهاية ومعراج الدراية قال

الامام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد قال ابو الفضل يعنى الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على اقل من نصيبه من العين فى حالة التصادق

اما فى حالة المناكرة فالصلح جائز لانه ان لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه استقاطا ثم قال الامام الاسبيجابى والصحيح انه باطل فى الوجهين لانه لا يكون معاوضة فى

حق المدعى فيدخل فيه معنى الربوا من الوجه الذى قلنا انتهى وهكذا نقل عنه فى غاية البيان وقال الامام فخر الدين قاضيخان فى فتاواه قال الحاكم الشهيد

انما يبطل الصلح عن اقل من حصته من مال الربوا فى حالة التصادق اما فى حالة الجحود والمناكرة يجوز الصلح ووجه ذلك ان فى حالة الانكار لا يوخذ لا يكون

بدلا لا فى حق الآخذ ولا فى حق الدافع انتهى كلامه اقول فى الوجه الذى ذكره قاضيخان اشكال لان عدم كون الماخوذ بدلا فى حق الدافع ظاهر مسلم واما عدم

كونه فى حق الآخذ فممنوع فان قلت انما لا يكون الماخوذ بدلا فى حق الآخذ ايضا لامكان تصحيح هذا الصلح بدون الحط على المعاوضة بجعله على اخذ بعض

الحق فى قدر الماخوذ واسقاط الحق فى الباقى كما قالوا فى الصلح عن الدين باقل من جنسه قلت الكلام فى الصلح عن اعيان التركة والابراء عن الاعيان باطل

على ما صرحوا به فلو امكن تصحيح هذا الصلح فى حالة المناكرة بجعله على اخذ بعض الحق واسقاط بعضه الآخر لامكن تصحيحه فى حالة التصادق ايضا بذلك الطريق لعدم

الفارق من الحالتين فى ذلك المعنى قطعا وقد جعلوا عدم امكان تصحيحه اصلا فى حالة التصادق نعم بقى لنا الكلام فى هذا المقام بانه لم لا يجوز تصحيح هذا الصلح

فى الحالتين معا بحمله على البراءة عن دعوى الباقى من اعيان التركة لا عن نفس تلك الاعيان الباطل هو الثانى دون الاول كما قررناه من قبل قوله

فى الوجهين غير بقية الورثة لعدم رجوعهم على المقر كذا فى الكفاية وشرح تاج الشريعة وقالوا فى سائر الشروح اما فى الوجه الاول فان لبقية الورثة ان يرجعوا

على المقر وفى الوجه الثانى لزم النقد عليهم بمقابلة الدين الذى هو نسيئة والنقد خير من النسيئة انتهى قال بعض الفضلاء بعد نقل المعنى الاول عن الكفاية هذا

هو الحق لا ما فى سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة فى الصورة الثانية اذ لا نسيئة عند التبرع عليها انتهى اقول قد يكون التبرع فى نفس المال بان يعطيه على ان

لا ياخذ عينه ولا بدله من بعد وقد يكون فى نقده وتعجيله بان يعطيه فى الحال عند عدم وجوب اعطائه عاجلا عليه وهذا لا ينافى ان ياخذ عينه او بدله فى الآجل

فلم لا يكون قول المصنف فى الوجه الثانى متبرعين محمولا على الكل وحمله من يورق التبرع حمل بعض الشراح على الصورة الاولى لتبادر بانفسهم من بقية الورثة فى الوجهين

ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على الكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا او الصلح عنه عين وقيل لا يجوز لانه لا تقضى المنازعة بقيام الصلح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم تملكها الوارث وان كان مستغرقا لا يجوز ان يصالح عما لم يقض دينه لتقدم حق الغرماء لانه شبهة للميت ولو فعلوا قالوا لا يجوز وذكر الكرخي رحمه الله في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

معا بعدم وجوبهم على الغرماء وحملة اكثر الشراح على الصورة الثانية لقلة الضرر فيها وتفاحش الضرر في الصورة الاول ففسروا الضرر في الوجهين بالمعنيين المختلفين فقول ذلك القائل في الرد عليهم اولا انه عند التبرع ناشئ من النقول عن الصورة الثانية من التبرع واعلم ان صدر الشريعة حمل معنى الوجه الثاني في شرح الوقاية على ما حمل عليه اكثر شراح هذا الكتاب حيث قال الثانية ان لبقية الورثة ان يؤدوا الى المصالح نصيبه نقدا ويخلص لهم حصة من الدين على الغرماء وفي هذا الوجه يتضرر بقية الورثة لان التقدير من الدين انتهى ولكن خالف في توجيه الوجه الاول صاحب الهداية وشراح كتابه كالطبية وسائر المتنين كصاحب الكافي وغيره حيث قال الحيلة الاولى ان يشترطوا ان يبرئ المصالح الغرماء عن حصته من الدين ويصالح عن اعيان التركة بمال وفي هذا الوجه فائدة لبقية الورثة لان المصالح لا يبقى له على الغرماء حق لان حصته تصير لهم انتهى كلامه اقول فيه بحث لان ما ذكره انما يفيد ثبوت الفائدة للغرماء لا لبقية الورثة فان قيل اذا لم يبق للمصالح على الغرماء حق ليسهل للغرماء اداء حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة فائدة لبقية الورثة قلنا ان حصل لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم الضرر من جهة ان حصة المصالح لا تصير لهم فنقول لان حصته تصير لهم تحقيقا لا لما ذكره في تعليل فائدة بقية الورثة ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح زاد في المتن ونعم ما حيث قال في هذا المقام وفي هذا الوجه نوع ضرر لسائر الورثة حيث قال لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فتفصان ذلك الضرر بهذا النفع وقال في حاشية فيض لصاحب الهداية حيث اعتبر الضرر المذكور ولم يعتبر النفع ولصدر الشريعة حيث عكس الامر اقول فيه ايضا بحث اذ لا يخفى على الفطن ان عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وضياع ذلك القدر من مال التركة بالكلية ضرر فاحش لهم لا يخفى مجرد ان لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فان النفع في سائر الورثة امر وهمي من جهة تاديه الى سهولة اداء الغرماء حصص باقي الورثة فاين هذا من ذاك فالحق ما ذكره صاحب الهداية قوله ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا بين هذا في كثير من الشروح بان كان لفوات التركة مكيلا وموزونا ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اقل وبهذا ذكر في الذخيرة ايضا اقول فيه نظر لان نصيبه من ذلك اذا كان اقل من بدل الصلح لا يلزم الربوا اذ يكون نصيبه من ذلك حينئذ بمثله من بدل الصلح ويكون زيادة البدل بحصته من بقية التركة كما مر في الكتاب فيما اذا كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة من انه لا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحصته من بقية التركة انتهى ازاح عن الربوا فالحق في البيان ههنا ان يقال بان كان في التركة مكيلا وموزونا ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اكثر ولقد اصاب صاحب غاية البيان حيث علل قول لاحتمال الربوا بقوله لانه يجوز ان يكون في التركة كيلي او وزني وبدل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك او اقل لان ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربوا انتهى فانه اعتبر القلة في جانب بدل الصلح لا في جانب نصيب المصالح من ذلك على عكس ما اعتبره الآخرون فكان صاحب الكافي ايضا بينه لما ذكرناه من العلل فالتفى بذكر المثل حيث قال في تعليل هذا القيل لاحتمال ان يكون في التركة مكيلا وموزونا ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربوا انتهى واقتفاه اثره صاحب معراج الدراية ولكن الا وجه ان يزاد عليه قيدا واكثر كما بينا عليه انفا لان فيه توسيع دائرة احتمال الربوا كما لا يخفى قوله وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة لاحتمال ان لا يكون في التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر مما اخذه او اقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة كذا في العناية وعلى هذا السوال ذكر في الذخيرة وكثير من الشروح وكتب بعض الفضلاء على حواشي صاحب العناية فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر او اقل فيه بحث اقول لعل مراده بالبحث انه على تقدير ان يكون نصيبا اقل مما اخذه لا يلزم الربوا لما بينا في امر فلا وجه لذكره في اثناء بيان احتمال الربوا لكنه ساقط ههنا لان مراد صاحب العناية وغيره فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر فيلزم الربوا او اقل فلا يلزم

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي به

الربوا الا انه على كل تقدير يلزم الربوا فانهم بصدد بيان شبهة الشبهة التي ليست بمعتبرة فلا بد لهم من بيان احتمال كل واحد من جانبي الصحة والفساد الا يرى الى قولهم لاحتمال ان لا يكون في التركة من ذلك الجنس فان هذا الاحتمال لاحتمال جانب الصحة قطعا كيف ولو كان الاحتمال مقصورا على جانب الفساد لكان اللازم حقيقة الربوا لا شبهة الربوا فضلا عن شبهة الشبهة تامل تقف ثم اعلم ان صاحب الاصلاح والايضاح بعد ما بين الاختلاف في هذه المسئلة على ما ذكر في الكتاب قال ولقائل ان يقول حق الجواب التفصيل بان يقال ان كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز وان لم يكن يجوز وان لم يدر حال التركة فعلى الاختلاف انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلانه لا احتياج ههنا الى ما ذكره من التفصيل اصلا اذ الشقان الاولان من تفصيله قد استغنى عنهما بالمسئلتين المذكورتين سابقا على استقلال احدهما قوله وان كانت التركة فضة او ذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة الى آخره واخرهما قوله في اول الفصل واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا واما ثانيا فلان التفصيل الذي ذكره لا يخلو عن اختلال لان قوله ان كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز لا يصح على اطلاقه فانه اذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان ما اعطوه اكثر قدرا من نصيب المصالح من ذلك الجنس يجوز الصلح قطعا كما مر مفصلا ومدللا وكذا اذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم ودنانير وكان بدل الصلح دراهم ودنانير ايضا يجوز الصلح قطعا كما مر ايضا مستوفا واما ثالثا فلان مسئلتنا هذه لا يقبل التفصيل المذكور جدا اذ قد اعتبر فيها كون اعيان التركة غير معلومة فان عبارة هذا الكتاب في هذه المسئلة هكذا ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز وقيل يجوز وعبارة الوقاية وكذا عبارة متن ذلك القائل في هذه المسئلة هكذا وفي صحة الصلح عن تركة جهلت على مكيل وموزون اختلاف انتهى فكيف يتصور في هذه الصورة التفصيل المزبور فهلا هي منحصرة في الشق الثالث منه وهو ما لم يدر حال التركة فالجواب بالاختلاف لا غير على ما ذكر في الكتب المعتبرة عامة

كتاب المضاربة

قد مر وجه المناسبة في اول كتاب الاقرار والمضاربة في اللغة مفاعلة من ضرب في الارض اذا سار فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله يعني الذين يسافرون في الارض للتجارة وسمي هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا طلبا للربح وفي الشريعة عبارة عن عقد على الشركة بمال من احد الجانبين وعمل من الآخر كما سيأتي في الكتاب وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه وهي في الشريعة عبارة عن دفع المال الى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا اقول فيه فتور اذ الظاهر ان المضاربة في الشريعة ليست نفس الدفع المزبور بل هي عقد يحصل قبل ذلك او معه وركنها الايجاب والقبول بالفاظ تدل عليها مثل ان يقول رب المال دفعت هذا المال اليك مضاربة او مقارضة او معاملة او خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله فهو بيننا على كذا ويقول المضارب قبلت او ما يؤدي هذا المعنى وشروطها كثيرة تذكر في اثناء المسائل قال في العناية وشروطها نوعان صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواته وفاسدة يفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتي ذكر ذلك انتهى اقول فيه قصور لان الشروط الفاسدة ايضا نوعان نوع يفسد العقد ايضا ونوع يفسد في نفسه ويبقى العقد صحيحا نص عليه ههنا في النهاية وسيأتي التصريح به في الكتاب ايضا وعبارة العناية تشعر بانحصار الشروط الفاسدة في النوع الثاني منها فكانت قاصرة وحكمها الايداع والوكالة والشركة بحسب الاوقات كما اشير اليه في المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها على ما فصل في النهاية قال في العناية وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح اقول فيه خلل اما اولا فلان حكمها عند الدفع هو الايداع وانما الوكالة حكمها عند التصرف والعمل كما نص عليه في كثير من المعتبرات حتى المتون الا يرى الى ما قال في الوقاية وهي ايداع اولا وتوكيل عند عمله وشركة ان ربح واما ثانيا فلانه لم يذكر الايداع

كان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله في مضروبة لصاحبه ليعم فان الناس دون تخلي بالمال فلم عن التصرف فيه وبين تحتاج في استفادة البضاعة فصت الصحابة الى شرعها لهم لما فيه من التوسع لينتظم مصلحة الغني والفقير والذكي والغبي فبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه فصار به الصحابة ثم هو نوع من المضاربة بماله في يد الآخر قبضه باذنه على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه باذن مالكه اذا رأى فوق فيه لكل يجب من المال بعمله فاذا استأجره ظهر الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واو خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال المضاربة عقد يقع على الشركة بمال من احد الجانبين وعمل من الجانب الآخر ومضاربة بدونهما لان الربح لا يكون الا بالمال لان الضمان لو شرط للمضارب كان قرضا قال والمال الذي تقع به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ولانه شرط ربحا قال بعبة لعمل مضاربة وقيمته بالاتفاق لان الضمان لو كان كل المال لا يكون الربح كذلك من العصة وكذا اذا قال له اقبض مالي على ان كان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يجوز للمضاربة

عند بيان حكمها وهو حكم لها ايضا يثبت بها او لا على ما صرح به في عامة الكتب قال في الكافي والكفاية وحكمها انواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب اقول فيه ايضا خلل لان معنى الاجارة انما يظهر اذا فسدت المضاربة ومعنى الغصب انما يتحقق اذا خالف المضارب فكان متعديا كما ياتي وكلا الامرين ناشئ عن فساد المضاربة فكيف يصح ان يجعل الاجارة والغصب حكما من احكامها وحكم الشئ ما يثبت به والذي يثبت بها فيما لا يثبت به قطعا لا يقال ان الاجارة والغصب حكمان لصحتها لانا نقول لا شك ان ما ذكر في قرارها من ركنها وشرطها وغيرها انما يراد به ما كان للمضاربة الصحيحة لانه تفي احكامها ايضا لا بد ان يكون كذلك ولئن سلم صحة تعميم للمضاربة الفاسدة ايضا في الاحكام والغصب ليس من احكام المضاربة الفاسدة ايضا لان حكم المضاربة الفاسدة على ما صرح به في البدائع بل في الكتاب ايضا فيما يجئ ان يكون للعامل اجر مثل عمله ولا شك ان ليس للغاصب اجر قط لكونه متعديا ظاهرا فجعل الغصب من احكام المضاربة في شئ

قوله لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله قال الشارح العيني فيه مناقشة لان المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئا انتهى اقول ليس بداخلي لان الباقي قوله بسعيه وعمله للسببية والمعنى ان المضارب يستحق الربح بسبب سعيه ووظيفة السبب مجرد الايصال والافضاء الى المسبب في العلة لا التاثير فيه وانما التاثير وظيفة العلة وقد عرف ذلك كله في الاصول فتخلف استحقاق الربح عن سعي المضارب وعمله عند عدم ظهور الربح لا يخل بصحة الكلام المذكور اصلا

قوله ولو وقع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة قال صاحب النهاية في بيان التعليل اي لان عقد المضاربة مشتمل على الوكالة والاجارة كما عرف وكل واحد منهما يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل فيجب ان يكون المشتمل عليهما وهو عقد المضاربة قابلا للاضافة الى زمان في المستقبل ايضا بخلاف الكل الجزء انتهى وتبعه في هذا البيان غير انه قال والاجارة بالراء والاجازة بالزاي اقول فيه بحث اما اولا فلان المضاربة بالمال ليست باجارة بالراء كما صرحوا به وكما مر في الكتاب آنفا والمدعى ههنا صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة والمضاربة الصحيحة لا تشتمل على الاجارة بالراء اصلا حتى يتوجه قطعا فاسد مبني لدفع في تعليل صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة واما ثانيا فلان يلزم عدم مخالفة الكل الجزء ممنوع فانا نعلم قطعا مخالفة الكل لاجزائه الخارجية والعقلية في كثير من الاحكام الا يرى ان الواحد خير من الاثنين والاول فرد لا زوج والثاني زوج لا فرد الى غير ذلك من المخالفات البينة على ان المخالفة بين المضاربة وبين الوكالة والاجارة ايضا متحققة قطعا في كثير من الاحكام منها ان الوكيل لا يستحق الربح ولا يشترك فيه مع الموكل والمضارب يستحق ذلك ويشترك فيه مع رب المال وان الاجير يستحق به الاجر ولا يستحق الربح والمضارب على العكس الى غير ذلك واما ثالثا فلان الوكالة والاجارة لا يحتملان الجزئية من المضاربة بداهة لان الوكالة فلانهم اتفقوا على انها حكم من احكام المضاربة ولا شك ان حكم الشئ خارج عنه محمول عليه لا ركن داخل فيه واما الاجارة فلانها ايضا حكم من احكامها على ما ذكر البعض وشئ منهما لا يصحان مضافا ولا على مقتضى التحقيق كما مر وعلى كلا التقديرين لا تصلح الجزئية منها فحديث الجزئية في تمشية التعليل المذكور مما لا وجه له ولم ار احدا حام حوله سوى الشارحين المذكورين فلا وجه في تمشية ذلك تقرير صاحب الكافي حيث قال لانه لما صح المضاربة الى العرض وانما اضاف الى ثمنه والثمن مما يصح المضاربة به والاضافة الى زمان في المستقبل يجوز لانه وكالة او مضاربة او اجارة وليس في شئ من ذلك ما يمنع صحة الاضافة الى زمان في المستقبل انتهى فهم فيه ايضا شئ ما مر وهو ان المضاربة انما تصير اجارة بعد فسادها والاني حال صحتها فلا معنى لدفع الاجارة في تعليل صحتها في الصورة المذكورة اللهم الا ان يكون وجها في على سبيل المبالغة كانه قيل ليس في عقد المضاربة ما يمنع الاضافة الى زمان في المستقبل لا في حال صحته ولا بعد فساده فتامل ثم اقول بقي لي بحث قوي في هذا المقام وهو انهم اتفقوا على ان المضاربة ايداع ابتداء وتوكيل

لان عند ابي حنيفة رح يصح عقد التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع للمشتري ثم يتصير مضاربة بالعرض قال ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة من الربح لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولابد منها كما في عقد الشركة قال فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله لفساد فلعله لا يربح الا هذا القدر فيقطع الشركة في الربح وهذا لانه انتفع عن منافعه عوضا ولم ينل لفساد الربح لرب المال لانه غاء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا يجاوز به الاجر المسمى المشروط عند ابي يوسف رح خلافا لهما كما بينا في الشركة ويجب الربح وان لم يربح في رواية الا هلال لان الاجر لا يجب بتسليم المنافع لو العمل وقد وجد وعن ابي يوسف رح انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انعدامها وكذا في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة

عند العمل وشركة بعد الربح وقد صرحوا في محله بان مال الشركة لا يصح اضافته الى زمان في المستقبل لشبهة وعدوا منها الشركة فاذا لم يصح اضافة الشركة الى زمان في المستقبل فقد وجد في المضاربة بالاولى منع صحة الاضافة الى ذلك وهو الشركة فينبغي ان لا يصح عقد المضاربة في الصورة المزبورة بناء على ذلك المانع او لان رب المال ارتفاع منع امره لا يجدي عند تحقق مانع آخر قوله لان عند ابي حنيفة رح التوكيل على ما مر في البيوع واذا لم يصح هذا التوكيل كان المشتري للمشتري والعين بحالها فكان راس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح كذا في العناية والنهاية قال بعض الفضلاء الاظهر ان يقال اذا لم يصح التوكيل لم يصح المضاربة لان حق الحبس يستلزم صحة الكل انتهى اقول قد مر منا ان حديث كون الوكالة جزء من المضاربة ليس بصحيح فانهم صرحوا بان الوكالة حكم من احكام المضاربة مترتب على صحة عقد المضاربة ثابت عند تصرف المضارب في مال المضاربة لا قبله فلا جمال للان يكون جزء فيما نحن فيه فلا يبقى بيان بطلان المضاربة في الصورة المزبورة على تقدير بطلان ذلك التوكيل عند ابي حنيفة رح من المصير الى ما ذكره صاحبا العناية والنهاية نعم انهما قالا ايضا بجزئية الوكالة من المضاربة فيما مر ولكنهما اصابا في تركه وذلك هنا قوله فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله ذهب عامة الشراح الى ان هذا تفسير للمسئلة المتقدمة والفاء في قوله فان شرط للتفسير وزيادة عشرة اي على ما شرطا كالنصف والثلث فلا اي فلا عامل اقول فيه نظر لان هذه المسئلة التي هي مسئلة الجامع الصغير لا تصلح ان يكون تفسيرا للمسئلة المتقدمة التي هي مسئلة مختصر القدوري لوجهين في احدهما ان المسئلة الاولى اعم من المسئلة الثانية لان اشتراط دراهم مسماة لاحدهما يتمشى في صورة متعددة مذكورة في مصنفات الفتاوى كالبدائع والذخيرة وغيرهما منها ان شرطا ان يكون لاحدهما مائة درهم من الربح او اقل او اكثر والباقي للآخر ومنها ان شرطا لاحدهما نصف الربح او ثلثه الا عشرة دراهم منها ان شرطا لاحدهما نصف الربح او ثلثه وزيادة عشرة وفي كل ذلك تفسد المضاربة بناء على ان كل واحد من الشروط المزبورة تقطع الشركة في الربح لانه ربما لا يربح الا القدر المسمى او اقل كما صرحوا به واما اشتراط زيادة عشرة فانه يتمشى في صورة ثالثة من الصور المذكورة فكيف يكون الاخص مفسرا للاعم فانا نمنع حكم المسئلة الاولى فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لاحدهما وحكم المسئلة الثانية وجوب اجر المثل للعامل فكيف يتصور ان يكون احد المتخالفين اي الحكم مغايرا للآخر فالحق عندي ان الفاء في قوله فان شرط زيادة عشرة للتفريع والمقصود بالمسئلة الاولى بيان ان عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لاحد المتعاقدين وبالثانية بيان ان حكم المضاربة الفاسدة وجوب اجر المثل للعامل كما قال اذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لاحدهما فاعلم ان حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب اجر المثل للعامل الا انه ذكر في التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هي المذكورة في مسئلة الجامع الصغير على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر فيها ومن عادة المصنف رح ان لا يغير المسئلة التي اخذها من الجامع الصغير من مختصر القدوري ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة المذكورة بان قال بعد تعليل المسئلة وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة قوله وعن ابي يوسف رح انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها فان قلت ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل القوي لابي يوسف رح فان العقد الفاسد يوجب حكما بدلا من العقد الصحيح من جنسه في البيع الفاسد قلت جوابه هو ان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والمضاربة الفاسدة تنعقد اجارة فيعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عندنا فيما لو ان تلف المال في يده فله اجر مثله فيما عمل كذا في النهاية وغيره وصاحب النهاية الى المبسوط اقول مقتضى هذا الجواب ان لا يجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة في شيء من الاحكام مع انهم اعتبروها بالمضاربة الصحيحة في حكم كون المال غير مضمون بالهلاك كما ذكره المصنف رح مستدلا بما نحن فيه حيث قال والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة نعم يمكن اثبات ذلك الحكم بدليل آخر لا الى اعتبارها بالاجارة الصحيحة كما ذكره المصنف رح ايضا بقوله ولانه امين مستأجر في يده ولكن الكلام

ولا يده عين مستأجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسد لاختلال مقصوده وغيره ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كالشرط بالوضيعة على المضارب **قال** ولا بد أن يكون المال مسلما إلى المضارب ولا بد لرب المال فيه أن المال أمانة لا بد فيها من التسليم إليه وهذا بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ولا بد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيما هو عمله في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم ينعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد لأنه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا أو غير عاقد كالصغير لأن يد المالك ثابت له ويقام بيد وليه تتم التسليم إلى المضارب وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط العمل صاحبه لقيام المالك له وإن لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العامل مع المضارب غير مفسد لأنه لم يكن من أهل المضاربة فيه كالمأذون مع المولى لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما كما لو اشترياه عليها بخروج من المال

في جعلهم اعتبار المضاربة الصحيحة دليلا مستقلا عليها هو الظاهر من عبارة النهاية والكافي وغيرهما فتأمل ثم إن بعض الفضلاء رد على صاحب العناية في قوله وهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة بأنه يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة يشتمل على التوكيل والإجارة أقول إنما يخالف ذلك إن لو كان مراده بما أسلفه أن عقد المضاربة يشتمل عليهما حال صحة وعلى الإجارة عند فساده للمخالفة بين كلاميه والظاهر هو الثاني لكونه موافقا لما مر جوابه **قوله** ولا يصير مستأجرة في يده وفي بعض النسخ صير مستأجرا يعني أن أس المال صار مستوجرا للمضارب ليعمل به هو لا غيره فالضمير كأجير الوحد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء فيكون مستأجرة في قول المصنف ح صير مستأجرة صفة جرت على غير من هي له وهو من قبيل سيل مفعم ولعل هذا أولى انتهى أقول فيه أن قولهم سيل مفعم مبني للمفعول والإسناد إلى الفاعل أفاد المفعم انصب فعل من أفعمت الإناء إذا ملأته وقد أسند إلى الفاعل لأن السيل هو الماء الذي لا الملوء بخلاف ما نحن فيه فإن رأس المال ليس بفاعل للاستيجار قطعا كما لا يخفى بمفعول فكيف يكون هذا من قبيل ذاك اللهم إلا أن يكون مراده بقوله أو هو من قبيل سيل مفعم أو هو من قبيل الإسناد المجازي مطلقا لا من قبيل خصوص الإسناد الواقع فيه فحينئذ يجوز كما أشار إليه تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال المستأجر في الحقيقة إنما هو المضارب لكن سمي المعين مستأجر العمل المضارب فيه انتهى ثم إن جماعة من الشراح قالوا وبدأ المصنف بتشبيه المضارب بمنزلة أجير الوحد من حيث إنه أجير لا يمكن له أن يؤاجر نفسه في ذلك الوقت لأجر قال صاحب العناية والنهاية منهم في تعليل ذلك لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجرا للمستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن لأجير الوحد أن يؤجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد انتهى أقول فيه بحث لأنه إن أريد بالعين الواحد في قولهما لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجرا لمستأجرين في الوقت الواحد نفس المضارب فلا نسلم أنه لا يتصور أن يكون مستأجرا لمستأجرين في الوقت الواحد لأن الإجارة إذا كانت عقدا على العمل لا على المنفعة يجوز أن يكون هو أي نفس المضارب مستأجرا للكثير من المستأجرين في وقت واحد كالقصار والحمال للعامة ونحوهما من الأجير المشترك لإمكان العمل لكل واحد منهم في ذلك الوقت وقد وقع عقد المضاربة على العمل من المضارب فجاز أن يكون مستأجرا للكثير من واحد بخلاف أجير الواحد فإن الإجارة فيه كانت على المنفعة دون العمل فلا يقدر على أن يوجد نفسه لآخر في الوقت الواحد على ما تقرر في محله وإن أريد بالعين الواحد في قولهما الأمور برأس المال فسلم أن ذلك لا يتصور أن يكون مستأجرا المستأجرين في وقت واحد أي أن يكون في يد كل واحد منهما لجميعه في وقت واحد ولكن فيما لا يقتضي أن يكون المضارب بمنزلة أجير الواحد بجريان هذا المعنى في كل أجير مشترك فإن العمل بعض من الأعيان لا يتصور أن يكون في يده وفي يد غيره على الاستقلال في الوقت الواحد لامتناع وقوع شيئين واحد في محلين مختلفين في وقت واحد فلا يتم التشبيه **قوله** وكل شرط يوجب جهالة في البيع يفسده لاختلاف مقصوده وغيره ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كالشرط

الوضيعة على المضارب قال في النهاية فإن قلت هذا الكلي منقوض بما ذكر بعد هذا بخطوط وهو قوله وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد فإن هذا الشرط داخل تحت ذلك الكلي لأن هذا الشرط لا يوجب جهالة في البيع ومع ذلك أفسد عقد المضاربة على قضية ذلك الكلي ينبغي أن لا يفسد المضاربة لأنه غير الذي يوجب جهالة في البيع قلت نعم كذلك إلا أنه يحتمل أن يريد بقوله وغيره ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها الشرط الذي لا يمنع موجب العقد وإذا كان شرط لا يمنع موجب العقد يفسد العقد لأن العقد إنما شرع لإثبات موجبه انتهى أقول هذا الجواب لا يشفي العليل ولا يجدي طائلا لأن كون المراد بقوله وغيره ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد مع ما فيه احتمال محض لا دليل عليه اللفظ المزبور لو سلم فسدها هو المقصود في المقام إذ المقصود هنا بيان أصل يضبط به أحوال الشرط

قال واذا صحت المضاربة مطلقة فله ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لان المقصود منه لا يحصل الا بالتجارة فيثبت له ما يتعارفه التجار ومما عرف من عادتهم الشركة والايداع والتوكيل والمسافرة لان المودع له ان يسافر فكذا المضارب لان كل واحد منهما مستبد بالتصرف والسفر محل الخطر والمسافر على خطر من غير ضرورة وان ضمن لان الهلاك من غير ضرورة نادر والغالب السلامة والنادر لا حكم له والغالب ظاهر ما ذكرنا الكتاب قال الا ان يقول له اعمل برأيك فيكون له ان يفعل ما شاء لان التفويض المطلق يتضمن مثل هذا في التوكيل من التعميم ما في التفويض المطلق كان الوكيل ان يوكل غيره فيما وكل به الا اذا قال له اعمل برأيك ولا تضارب لانه نهاه عنه نصا فلا يملكه لان قبل هذا القول كان له ان يعمل برأيه لان التعميم الثابت من التفويض المطلق ثابت من طريق الدلالة والنص مقدم على الدلالة قال ولا يجوز ان يشارك او يدفع مضاربة الا بإذن رب المال لان المضاربة توكيل والوكيل لا يملك التوكيل الا بإذن ربه لان الناس يتفاوتون في الرأي والتوكيل قال ولا يخلط مال المضاربة بمال نفسه ولا بمال غيره لان الخلط يعجز عن التمييز بينهما فيتعذر عليه الوفاء بشرط الحفظ قال ولا يدفع المال مضاربة الا بإذن رب المال لان المضاربة عقد على حدة فلا يملك عقدا آخر على مال غيره بغير إذنه كما لا يملك الخلط قال ولا يشتري بالمال ولا يبيع ولا يسافر ولا يخالف شيئا مما نهاه عنه رب المال لان الشرط العام في التوكيل والمضاربة يتقيد بما يقيده به رب المال لان الناس يتفاوتون في الرأي والتوكيل قال ولا يشتري ولا يبيع الا بنقد البلد لان العرف يقيد المطلق والمعتاد كالمشروط قال ولا يشتري الا بثمن حال لان المؤجل لا يعرفه التجار وانما يعرفه الناس في ديونهم قال ولا يشتري الا بثمن معلوم من جنس رأس المال لان الثمن يلزم رب المال وهو لا يعلم ما لم يعلم جنسه وقدره وصفته قال ولا يشتري بأكثر من رأس المال عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هو مخير ان شاء اشترى بأكثر وان شاء اشترى بأقل وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وجه قول محمد ان الشراء بأكثر من رأس المال لا يضر رب المال لان الربح يزداد به وجه قولهما ان الشراء بأكثر يضر رب المال لان الربح يتأخر به لاحتياج المضارب الى بيع الزيادة ليسلم رأس المال لرب المال وهو يريد بيع الكل مرابحة على رأس المال فيتأخر ذلك الى بيع الزيادة وهذا لان الربح لا يستحق الا بالقسمة والتأخير ضرر ظاهر وانما خير محمد لان الضرر لا يتحقق في كل موضع فان الربح قد يظهر في الحال وقد يتأخر فلا يتحقق الضرر في كل موضع فلا يفسد التقييد

الفاسدة في باب المضاربة فعلى تقدير ان يكون المراد بقوله وغيره ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد يكون الشرط الذي يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة في الربح خارجا عن قسمي هذا الاخير فلا يتحقق الانضباط فالتعميم المقصود واجب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال قبيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء في القاعدة مطردة والجواب ان قال وغيره ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسد بها اي المضاربة واذا شرط العمل على رب المال فليس في ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز ان يقال زيد المعدوم ليس بجسم فقوله انجبر ان شرط العمل على رب المال يفسد العقد معناه مانع عن تحققه انتهى كلامه اقول مضمون هذا الجواب وان لم يكن فاسدا في نفسه لكن لا يصح بمعنى الاتمام لان معنى الاتمام الشائع من الاصول المذكورة على ما صرحوا به وان غير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل ينفي المضاربة صحيحة ويبطل الشرط وقد اشار اليه المصنف رح بقوله كما سنبينه على ان الوضيعة على المضارب فان الشرط هناك باطل والمضاربة صحيحة وقد كان اعترف بصاحب العناية ايضا حيث قال اولا وما كان من الشروط لا يفسد العقد وسنا ما يبطل في نفسه ويبقى المضاربة صحيحة اراد ان يشير الى ذلك بما ذكر فقال كل شرط يوجب جهالة في الربح الى آخره ولا شك ان المضاربة المعدومة لا تندرج في هذا المعنى **قوله** واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع فسر كونه الشراء المضاربة المطلقة بهذا بان لا يكون مقيدة بزمان ولا مكان اقول هذا تفسير منهم حيث لا يكون مقيدة بزمان ولا مكان اقول هذا تفسير منهم حيث لا يكون مقيدة بزمان ولا مكان فان لم يكن مقيدة بزمان ولا مكان ولكن كانت مقيدة بالمعاملة بعينها او كانت مقيدة بالمعاملة لفلان بعينه لم تكن مطلقة بل كانت مقيدة لم يكن للمضارب ان يتجاوز بها كما سيأتي وقال بعض الفضلاء والشراح في تفسير المضاربة المطلقة سنذكر اي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة اقول فيه ايضا نوع تقصير لانها قد تكون مقيدة بالمعاملة لفلان بعينه في هذا التفسير ايضا مع انها ليست بمطلقة حينئذ يصح ذلك التقييد كما سيأتي في الكتاب فالاولى في تفسيره ان يقال هي ما لم تقيد بزمان ولا بمكان ولا بنوع من التجارة ولا بشخص من المعاملين وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط اذا دفع المال مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهو مضاربة مطلقة وله ان يشتري بما شاء وباع من سائر التجارات وله ان يبيع بها ما هو من عادات التجار انتهى **قوله** ولا يناسب الا ان يأذن له رب المال او يقول له اعمل برأيك لان الشيء لا يتضمن مثله قال صاحب العناية ولا يرد جواز اذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للكاتب والاجارة للمستأجر والاعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها امثال لا يجانسها وقد تضمنت امثالها لان المضاربة تضمنت الامانة اولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره انتهى كلامه اقول الظاهر ان قوله لان المضاربة تضمنت الامانة الى آخره تعليل لقوله ولا يرد جواز اذن المأذون الى آخره لكنه منظور فيه لان حاصله اقامة دليل آخر على عدم جواز ان يضارب المضارب غيره بتضمن المضاربة الامانة والوكالة اللتين لا يجوز فيهما الايداع والتوكيل ولا يلزم منه عدم ورود النقض بالصور المذكورة على الدليل المذكور في الكتاب وهو قوله لان الشيء لا يتضمن مثله فلا يتم التقريب والوصف في الجواب عن النقض بتلك الصور ما ذكر في بعض الشروح من ان الكلام في التصرف نيابة وهؤلاء يتصرفون بحكم المالكية اما المأذون فلان الاذن فك الحجر ثم بعد ذلك فيتصرف العبد بحكم المالكية الاصلية واما المكاتب فلانه صار حرا يدا واما المستأجر والمستعير فلانهما ملكا المنفعة **قوله** ورجع المال مضاربة على حاله قال صاحب العناية فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها لم تبطل واذا زال العقد لا يرجع الا بالتعديد اجيب بانه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والغرض خلافه وانما قال رجع بناء على انه صار على شرف الزوال وفي رواية المبسوط فانه زال الا ان قوله فاحتيج ضمنه ينفي الاخراج انتهى اقول قوله اذ على رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء مخالف لما حققه المصنف رح وغيره فيما يأتي من ان شرط الشراء في رواية الجامع الصغير

تقرر الضمان لا لاصل وجوبه وانما وجوبه بنفس الاخراج اذ حينئذ تحقق الخلاف بجرد الاخراج على رعاية الجامع الصغير ايضا فالحق في الجواب ان يكتفي بان يقال ان المضاربة ترتكبه بالاخراج زوالا موقوفا فاذا لم تشر ورد المال الى البلد الذي عينه رب المال سقط الضمان وعادت المضاربة الى احسانها والعقد انما لا يرجع الا بالتجديد فيما اذا زال زوالا منقطعا غير موقوف على شئ **قوله** لانه اذا خرج بالنهي ما دخل العمل في السوق والعمل في غير السوق لا يصح بالجور والولاية اليه قال في معراج الدراية فان قيل يشكل على هذا ما ذكر في الذخيرة انه لو قال بع بالنسية ولا تبع بالنقد او على العكس حيث لو باع بالنقد او بالنسية لكان مخالفا فانه ذكر هناك انه لا يضمن اذا باع بالنقد بالنسية لانه يتفاوت قلنا بذا مخالفة بالخير فلا يكون مخالفة فالزم ذكرهما كما لو وكله بان يبيع عبده بالف فباعه بالفين يجوز عندنا خلافا لزفر حتى لا يكون مخالفة بالخير انتهى اقول في كل واحد من السؤال والجواب خبط اما في الاول فلان قوله او على العكس غير صحيح اذ لم يذكر كون الجواب في عكس قوله بع بالنسية ولا تبع بالنقد كالجواب فيه لا في الذخيرة ولا في شئ من الكتب الشرعية واما في الثاني فلان قوله بذا مخالفة بالخير مما لا يكاد يصح بعد درج العكس المذكور في الاشكال لانه اذا كان البيع بالنقد مخالفة بالخير فيما اذا كان السعر بالنقد والنسية غير متفاوت لم يتصور كون البيع بالنسية في العكس مخالفة بالخير ايضا وهذا ظاهر جدا فالصواب ان يطرح حديث العكس في السؤال كما فعله غيره **قوله** ومعنى التخصيص ان يقول على ان تعمل كذا الى آخره يعني ان معنى التخصيص يحصل بان يقول كذا وكذا اي بهذه الالفاظ ومقصوده التمييز عن التقييد التخصيص من الالفاظ ما لا يفيد ذلك منها وجملة ذلك على ما عينوا ثمانية ستة منها تفيد التخصيص فيعتبر شرطا واثنان منها لا يفيده فيعتبر شورة والضابط في التمييز بين التخصيص عما لا يفيده هو ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة بالاصح التلفظ به ابتداء وبيع متعلقا بالقبول بحيث لو تعلقا به لبطلا لفقود متى ذكر عقيبها بالاصح الابتداء به لا يجعل متعلقا بما قبله لانتفاء الضرورة بذا خلاصة ما ذكر ههنا في جملة الشرح والكافي اقول فيه شئ وهو انهم اتفقوا على ان قول رب المال لمن بذا المال تعمل به في الكوفة برفع تعمل وبجزمه من تلك الالفاظ الستة التي تفيد التخصيص مع انه يصح الابتداء بجعل مرفوعا على ان يجعل كلاما مستانفا كما يصح الابتداء بالنصب الذين حصروا فيما يصح الابتداء به في باب المضاربة وهما قوله واعمل به بالواو وقوله اعمل به بغير الواو وفعلى مقتضى الضابط المذكور ينبغي ان يكون قوله تعمل به في الكوفة بالرفع مما لا يفيد التخصيص ايضا فتامل **قوله** اما اذا قال لمن بذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة الجملة الاسمية فان قيل لماذا لم يجعلوا الواو للحال كما في قوله او الى الفاوانت حر قلنا لانه غير صالح للحال ههنا لان حال العمل لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ كذا في النهاية وعامة الشروح اقول ينتقض بذا الجواب بما اذا قال لمن بذا المال تعمل به في الكوفة بالرفع فانهم جعلوا قوله تعمل به بالكوفة مما لا يفيد التخصيص فيصح في النهاية ومعراج الدراية بان قوله تعمل على اعرابين بالرفع على الحال وبالجزم على جواب الامر مع ان العلة التي ذكروها في الجواب المزبور لعدم صلاحية قوله واعمل به بالكوفة للحال وهي كون العمل بعد الاخذ لا وقت الاخذ بعينها في قوله تعمل به بالكوفة بالرفع فيلزم ان لا يصلح للحال ايضا وان قالوا بذا حال مقدرة كما في قوله تعالى محلقين رؤسكم ومقصرين يردان يقال لم لم يكن الامر كذلك في قوله واعمل به بالكوفة فالحاصل مادة الاشكال بذلك الجواب ثم اقول الجواب التام عن اصل السؤال الحاصل مادة الاشكال ان يقال ان قوله واعمل به بالكوفة جملة انشائية وقد تقرر في العلوم العربية ان الجمل الانشائية لا يصلح ان تقع حالا سواء كانت مع الواو او بدونها ونحن نصوص جدا كيف خفي على الشراح حتى تركوه وتشبثوا بما يرد عليه الاشكال والشارح العيني قد اعترض على الجواب الذي ذكره عامة الشراح بعدان ذكره ايضا بانه لم لا يجوز ان يكون قوله واعمل به بالكوفة حالا مقدرة كما في قوله تعالى محلقين رؤسكم ومقصرين على بذا شيئا فهو ايضا غفل عن عدم صلاحية الجمل الانشائية لان تقع حالا ثم ان بعض الفضلاء ادرك ما اورده الشارح العيني وقصد توجيه الجواب الذي ذكره عامة الشراح فقال وجملة حالا مقدرة خلاف الظاهر فكانه ايضا غافل عن عدم صلاحية ذلك لان تقع حالا **قوله** والدعي موسر قال الشراح وانما قيد بقوله والمدعي

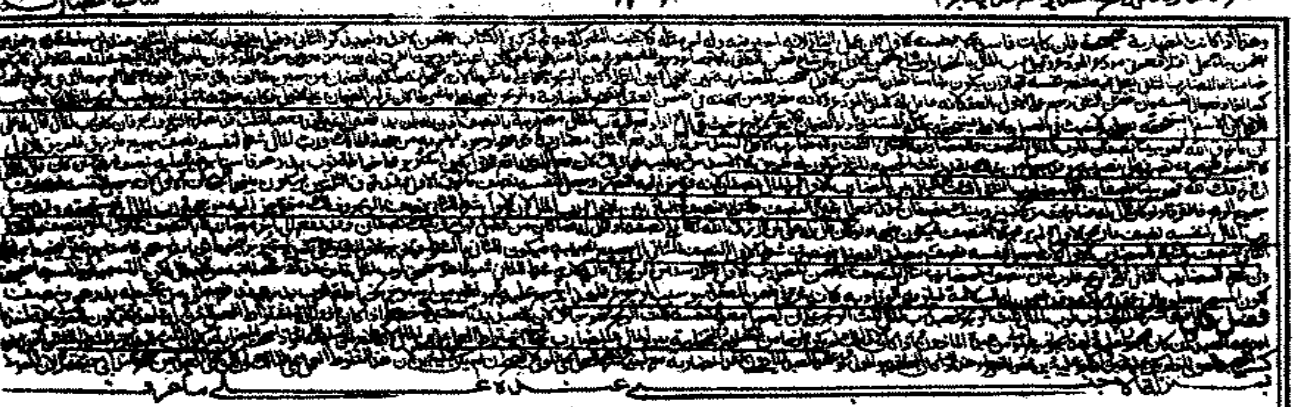
وبه نستعين قال ومن شرط رأس المال ان يكون معلوما قدرا وصفة لان الجهالة في رأس المال تفضي الى المنازعة وهذا اذا كان عينا فان كان دينا لم يجز لان الدين لا يتعين في العقود الا بالتعيين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد رح يجوز اذا كان في يد المضارب وديعة لان الدين يصير عينا عنده بالهلاك فاذا هلك قبل ان يتصرف فيه بطلت المضاربة لان الدين لا يتعين عندهما وعند ابي يوسف رح تبطل ايضا لانه لا يتعين عنده الا بالتعيين وهو ان يقول هذا رأس مال المضاربة وان كان في يد المضارب وديعة فهلك بعد ما تصرف فيه بطلت المضاربة عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح لا تبطل لان الدين يتعين عنده بالتصرف وعند محمد رح لا يتعين بالتصرف ايضا وهو قول زفر رح لان الدين لا يتعين عندهم جميعا فكان هلاكه قبل التصرف وبعده سواء وعلى هذا الخلاف اذا كان المال عروضا فباعها بالدين ثم هلك قبل ان يقبض ثمنها وان كان المال دراهم غير وديعة فهلك بعضها قبل التصرف بطلت المضاربة عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح لا تبطل وعند محمد رح تبطل بقدر الهالك وان هلك بعد التصرف لا تبطل بالاتفاق وان كان المال دنانير فهلك بعضها قبل التصرف بطلت بقدره عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح لا تبطل وعند محمد رح تبطل بقدر الهالك وان هلك بعد التصرف لا تبطل بالاتفاق وان كان المال فلوسا نافقة فهلك بعضها قبل التصرف بطلت بقدره عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح لا تبطل وعند محمد رح تبطل بقدر الهالك وان هلك بعد التصرف لا تبطل بالاتفاق وان كان المال فلوسا كاسدة فهلك بعضها قبل التصرف بطلت بقدره عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح لا تبطل وعند محمد رح تبطل بقدر الهالك وان هلك بعد التصرف لا تبطل بالاتفاق

باب المضارب يضارب

قال اذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة وقد كان رب المال لم يأذن له بذلك فالمضارب الثاني ضامن لرب المال وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح هو امين وهو رواية ابن سماعة عن محمد رح وقال زفر رح هو ضامن على كل حال وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وقال الشافعي رح هو امين على كل حال لانه عامل المضارب فيكون امينا كالمضارب الاول ولنا ان يد المضارب الثاني يد ضمان لانه اخذ المال لنفسه لا لرب المال لان المضاربة لا تتم بالعامل الثاني لانه لا يملك الربح بالشرط ولا يستحق شيئا بالعمل ولهذا لا يملك المضاربة مع رب المال ولا مع المضارب الاول ولا يملك الاستدانة على المال ولا يملك ان يدفع الى غيره مضاربة ولا يملك ان يخلط مال المضاربة بمال آخر ولا يملك ان يسافر بالمال ولا يملك ان يشتري بالنسيئة ولا يملك ان يبيع بالنسيئة ولا يملك ان يوكل بالشراء والبيع ولا يملك ان يشارك غيره شركة عنان ولا شركة مفاوضة ولا يملك ان يخلط مال المضاربة بمال غيره ولا يملك ان يدفع المال الى غيره مضاربة ولا يملك ان يرهن المال ولا يملك ان يرتهن به ولا يملك ان يهب شيئا من مال المضاربة ولا يملك ان يقرض شيئا من مال المضاربة ولا يملك ان يقرض من نفسه لنفسه ولا يملك ان يقرض من غيره لنفسه ولا يملك ان يقرض من نفسه لغيره ولا يملك ان يقرض من غيره لغيره ولا يملك ان يقرض من نفسه لنفسه ولا يملك ان يقرض من غيره لنفسه ولا يملك ان يقرض من نفسه لغيره ولا يملك ان يقرض من غيره لغيره

موسر تفي شبهته بان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب هو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار وكان الواجب ان يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن انتهى كلامهم اقول لا يذهب على ذي فطنة سليمة ان القيد المذكور لا ينفي الشبهة على التقرير المزبور بل يؤيدها اذ اجمل تعليلهم ومع ذلك لا يضمن من تمام الشبهة كما هو الظاهر من تقريرهم وانما الذي ينفي الشبهة على التقرير المزبور ما ذكره المصنف رح فيما ياتي بقوله ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان حقه ثبت بالنسب والملك آخرا فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد انتهى فالظاهر في تقرير غائمة القيد المذكور ان يقال انما قيد به تنبيها على عدم اختصاص عدم وجوب الضمان على المضارب بحالة اعساره فانه اذا لم يجب الضمان عليه في حالة يساره فلان لا يجب ذلك عليه في حالة اعساره اولى بخلاف ما لو ذكر الكلام غير مقيد بذلك فانه يحتمل ان يكون محمولا على حالة اعساره فقط قوله وتسعمائة في الف وثمانين وخمسين الالف ستون فاذا ضم الى المائتين تبلغ الربح بينهما فضة ايضا في هذا المقدار قال في الكافي فان قيل لما ذا لا تجعل لامة رأس المال جميع الولد ربحا قلنا لان يجب على الولد من السعاية في جنس رأس المال لامة ليست من جنس رأس المال فكان تسعمائة الف من السعاية لرأس المال اولى انتهى واقتفى اثره في هذا السؤال هذا الجواب عامة شراح هذا الكتاب قال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب المزبورين وفيه نظر لانا اذا جعلنا البعارية راس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجب قيمتها على المضارب وهي من جنس راس المال انتهى اقول تفرعه ساقط جدا لانا لو جعلنا البعارية راس المال لم تعتق بالاستيلاد لان من شرط كونها ام ولد للمضارب ان يكون المضارب مالكا لها وعلى تقدير ان تجعل هي راس المال تكون مملوكة لرب المال دون المضارب فلا يصير ام ولد للمضارب ولا يعتق فلا يجب قيمتها على المضارب فلا تحقق المجانسة فتدبر مع ظهوره جدا كيف خفي على صاحب العناية فادر والنظر المزبور على الجواب الذي ارتضاه جمهور الثقات كصاحب الكافي وشارح الكتاب وغيرهم ثم ان بعض الفضلاء قال في دفع النظر المزبور وجوابه ان الاستيلاد مقدم لان الولد اصل في الدعوة والحرية والام تبعية وينبغي ان يكون هذا الجواب انتهى اقول الجواب الذي ذكره هذا القائل وان كان مما لا يصلح ان يكون جوابا عن اصل السؤال كما اشار اليه المصنف رح بقوله لان الالف الماخوذ لما تعذر براس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان البعارية كالربح فيكون بينهما انتهى الا انه لا يصلح ان يكون مراد المجيب بالجواب الذي هو محل النظر اذ لو كان مراده هذا لما ترك ذكره بالكلية وتشبث بمناسبة المجانسة التي لا مدخل لها في تمشية هذا الجواب اذ التقديم في الاستيفاء والاستيفاء امر مستقبل فما اقتضاء كون الالف الماخوذ من الولد راس المال دون البعارية ونظر صاحب العناية على ذلك الجواب المبني على المجانسة فلا يدفعه هذا الجواب وانما الدافع القاطع له ما حققناه من قبل ثم ان الشارح العيني بعد ان ذكر اصل السؤال والجواب المزبورين نقلا عن الكافي وبعد ان ذكر نظر صاحب العناية على ذلك الجواب نقلا عنه قال قلت الولد زاد احمها فترجح بسبب ظهور الربح من جهته انتهى اقول لا يرى لهذا معنى مفيد فان ظهور الربح من جهته لا يقتضي رجحان كون راس المال هو الالف الماخوذ منه دون قيمة البعارية بل الالف المناسب لظهور الربح من جهته ان يكون الالف الماخوذ منه ايضا من الربح تامل

باب المضارب يضارب لما ذكر حكم المضاربة الاولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية اذا الثانية تتلو الاولى ابدا فكذا بيان حكمها في النهاية ومعراج الدراية وهو المختار عندي وذكر فيهما وجها آخر ايضا هو ان المضاربة مفردة ومضاربة المضاربة مركبة والمركب يتلو المفرد ابدا واختاره صاحب العناية والعناية اقول فيه تعسف لان مضاربة المضارب وان كانت بعد مضاربة رب المال الا انها مفردة ايضا غير مركبة من المضاربتين قطعا الا يرى ان اثاثي ابدا يتلو الاول ولكنه ليس بمركب من الاول ومن نفسه قطعا وانما المركب منهما الاثاثان نعم ان مضاربة المضارب لما اقتضت المضاربة الاولى جاز ان يحصل من مجموعهما امر مركب في المعقل لكنه ليس بهذا الحكم في هذا الباب كما لا يخفى على ذوي الالباب قوله وبعده ايضا قال بعض الفضلاء تحقيقه والظاهر ان يقال توضيحه كما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي انتهى اقول ليس الامر كما فهمه فان المحكوم عليه هنا بانه ايضا انما هو الدفع لا عقد المضاربة حالا



تنافي الايضاع فيلائم التوكيل انما هو عقد المضاربة لا الدفع نفسه فانه انما يلائم الايداع قبل العمل والايضاع بعده لا التوكيل لان التوكيل تفويض التصرف لاجل الموكل الى غيره هذا المعنى لا يحصل من الدفع نفسه بخلاف عقد المضاربة كما لا يخفى وما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي فلم يحكم على الدفع نفسه بانه توكيل فانه قال في وجه المروي عن ابي حنيفة رح ان العقد المجرد لا يوجب الضمان ولهذا لا يضمن الفضولي المجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لاجل التصرف لانه ايداع وهو تملك ذلك ولا بالتصرف لانه وكيل فيه على ما بينا من قبل انتهى ولا يخفى ان المفهوم منا ان المضارب وكيل لا ان الدفع نفسه توكيل ولا كلام في ان المضارب وكيل بحكم عقد المضاربة عاما فانه وكيل بحكم الدفع فقط فلم يقبل به احد قوله وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة قال في النهاية ومعراج الدراية اي الضمان عليهما في الربح او العمل على الاختلاف الذي ذكرنا فيما اذا كانت المضاربة صحيحة وقال في العناية وشرح العيني اي وجوب الضمان على الاول او عليهما بالربح او العمل على ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة اقول لا يتجه ان يكون المشار اليه بهذا ههنا وجوب الضمان عليهما اي على المضارب الاول والثاني بل كون المشار اليه به ههنا هو الضمان على الاول متعينا لان المذكور في الكتاب هو ضمان الاول لا غير ولم يتعرض المصنف رح الى الآن حتى يشير بضمان الثاني ايضا فكيف يصح ان يجعل كلمة هذا ههنا اشارة الى الضمان عليهما وشان اسم الاشارة ان تشير به الى المحسوس المشاهد او ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد على ما عرف في محله ووجوب الضمان على الثاني مما لم يتعرض قط الى الآن فضلا عن ان يجعل بمنزلة المحسوس المشاهد على ان المصنف رح ههنا بصدد بيان ما ذكر في الكتاب من ضمان الاول لرب المال واما ان الثاني هل يضمن ايضا لم يتعرض بعد مفصلا بقوله ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني الى آخره فهو مهنا سيتعرض له بقوله لانه ملكه بالضمان من حين حالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه اقول لقائل ان يقول هذا التعليل انما يمشي على قول زفر لان تحقق المخالفة بالدفع الى الغير انما هو قول زفر رح وعند ابي يوسف رح ومحمد رحمه الله لا تحقق المخالفة بالدفع ما لم يعمل وعند ابي حنيفة رحمه الله لا تحقق بالدفع ولا بالعمل ما لم يربح وقد مر ذلك كله ولا يخفى ان الاهم بالبيان والتعليل ههنا قول ابي حنيفة رح لكونه المذكور في الكتاب ثم قولهما لكونه ظاهر الرواية فلا ينبغي ان يساق التعليل على وجه يختص بقول زفر رح فليتامل في التوجيه

فصل قوله واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز وهذه من مسائل الجامع الصغير وقد تكلم الشراح في امر التقييد بعبد رب المال فيما فقال صاحب النهاية التقييد بعبد رب المال لا الشرط فان الحكم في عبد المضارب كذلك ايضا ونقل من الذخيرة والمعنى تفصيلا يدل على ذلك وقال صاحب معراج الدراية التقييد بعبد رب المال لا الشرط فان حكم عبد المضارب كذلك والشرط الاجنبي وكذا كل من لا يقبل شهادة المضارب او شهادة رب المال له وقيل قيد بعبد رب المال لان فيه خلافا لبعض اصحاب الشافعي رح وبعض اصحاب احمد رح وفي غيره لا خلاف وجه قول البعض ان يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء فيما ذكره فقيل حيث قال بعد نقل ذلك عنه وفيه بحث لانه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب او الاجنبي على ان يكون الثلث انتهى اقول لا يفهم لهذا البحث وجه ورد على ذلك المنقول اصلا بل هذا يؤيد ذلك لان قوله لانه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب الى آخره يصير بيانا لما قيل وفي غيره لا خلاف فلا مخالفة بين البحث ومورده فضلا عن المناقاة ثم ان حصول ذلك المنقول انما اذا كان في عبد رب المال خلاف لا في غيره وان ذكر عبد رب المال محل الاحتياط والاهتمام ودون ذكر غيره خلا ذلك قيد به وهذا مما لا يقدح فيه البحث المذكور اصلا كما لا يخفى على الفطن

فصل في العزل والقسمة قال واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة فكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل

وقال صاحب العناية قوله ولعبد رب المال في مقابلته شيئان عند المضارب والاجنبي وليس ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز ان يكون احترازا عن الثاني فانه اذا شرط ذلك الاجنبي على ان يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط الاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق براس المال او بالعمل ولم يوجد من ذلك شيء انتهى كلامه اقول فيه بحث لانه لا يكاد ان يحصل الاحتراز بقوله ولعبد رب المال عن الاجنبي اصلا اي سواء شرط ان يعمل مع المضارب او لم يشترط اما اذا شرط ذلك فلان حكم الاجنبي حينئذ عين حكم عبد رب المال حيث يصح الشرط والمضاربة جميعا فكيف يتصور الاحتراز مع الاتحاد في الحكم واما اذا لم يشترط ذلك فلانه وان تغير الحكم حينئذ حيث يبطل الشرط لكن السبب فيه عدم اشتراط العمل لا كونه اجنبيا فالاحتراز عنه انما يحصل بقوله على ان يعمل معه لا بقوله ولعبد رب المال الا يرى انه لو قال بدل قوله ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه وللاجنبي ثلث الربح على ان يعمل معه لاخرج الاجنبي الذي لم يشترط له العمل مع المضارب من حكم المسئلة ايضا فلم يكن لقوله ولعبد رب المال مدخل في الاحتراز عنه اصلا وقال صاحب الكفاية التقييد بعبد رب المال مع ان الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم ان يد العبد يد للمولى فيمتنع التخلية فقال هو جائز انتهى كلامه اقول هذا هو الحق عندي ولقد اشار اليه المصنف رح في تعليل المسئلة حيث قال لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا ثم قال واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين رب المال والمضارب

فصل في العزل والقسمة اي في عزل المضارب وقسمة الربح لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح ذكر في هذا الفصل الحكم الذي يوجد بعد ذلك لان عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح **قوله** واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل قال في العناية اخذا من النهاية ورد بانه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد اخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئا كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك ما اخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة اخرى وبانه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضا كما في الوكيل اذا علم به وبانه لو كان توكيلا لما كان المضارب على مضاربته اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سياتي انتهى كلامه يريد بالجواب الآتي عن الرد الاول ما ياتي في الكتاب قبيل فصل الاختلاف من بيان الفرق بين المضاربة والوكالة في المسئلة الاولى وبالجواب الآتي عن الرد الثاني ما ياتي في الكتاب ايضا في هذا الفصل من بيان علة عدم انعزال المضارب في المسئلة الثانية وبالجواب الآتي عن الرد الثالث ما ياتي في الشروح في المسئلة الآتية المتصلة بما نحن فيه من بيان وجه المسئلة الثالثة اقول الذي يعلم مما ذكر في المواضع الثلثة الآتية انما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل الثلث وبذلك لا يحصل الجواب عن الرد بالوجوه الثلثة المذكورة ههنا لان حاصله القدح في الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لانه توكيل بانه لو كان توكيلا لما خالف حكمه حكم التوكيل في المسائل الثلث المزبورة وبالفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل لا يظهر كون المضاربة توكيلا حتى يندفع رد الدليل المذكور ههنا بتلك المسائل بل يظهر به خلاف ذلك فيتاكد الرد والاشكال فان قلت المراد بما في الدليل المذكور ان المضاربة توكيل في بعض الاحكام دون جميعها فلا يقدح فيه اختلافهما في الوجوه الثلثة المذكورة قلت فحينئذ لا يفيد الدليل المدعى اذ لا يلزم من كون المضاربة توكيلا في بعض الاحكام كونها توكيلا فيما نحن فيه فلا يتم التقريب فان قيل المراد انها توكيل في بعض الاحكام الذي من جملة ما نحن فيه قلنا فحينئذ لا يصلح ما ذكر في معرض الدليل لان يكون دليلا اصلا لصيرورته اخفى من المدعى ولا اقل من

وان ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله وحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت لانه يورث ما اكتسبه في ردته وقبل لحوقه يوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رح فان عاد مسلما تصرف على مضاربته وان قتل او مات او لحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها لانه لما توقف في مالك رب المال فبقيت المضاربة قال فان عزل رب المال المضارب لم ينعزل حتى يعلم بعزله حتى لو اشترى شيئا وقف تصرفه حتى لو ارتد او لحق بدار الحرب يتوقف عزله على علمه لان عزله توكيل فلا ينعزل قبل العلم بعزله كالوكيل بالبيع اذا عزل لا ينعزل حتى يعلم بعزله وان علم بعزله المال او ومن يخبره بعزله وان كان فاسقا لان خبر الواحد يقبل في الوكالات قال وليس للمضارب ان يشتري ولا يبيع الا بالنقد ولا يبيع بالنسيئة ولا يسافر ولا يدفع المال مضاربة الا ان يأذن له رب المال في ذلك صريحا او دلالة فالصريح ظاهر والدلالة ان يدفع المال الى من يعلم ان التجار يدفعون المال اليه مضاربة او يسافر بالمال او يشتري بالنسيئة او يخلط مال المضاربة بماله او يدفع المال الى ابيه او ابنه او عبده التاجر او يشتري من يعتق عليه من قرابته او يشتري من يعتق عليه من قرابة رب المال فان فعل شيئا من ذلك فهو ضامن لان هذه الاشياء تخالف الاذن المطلق لانه يقتضي التجارة بالرأي والاحتياط وهذه الاشياء تخالفه لانها تعرض المال للهلاك فان ربح فله الشرط وعليه ضمان المال لانه ربح ما ليس في ضمانه وان فسخ قبل ان يشتري بالعروض او قبل ان يخلط او قبل ان يسافر رد المال الى صاحبه ولا شيء له لانه لم يربح شيئا وان اشترى بالعروض فباع بالدراهم او بالدنانير فربح فله ربحه لانه ربح في مال المضاربة وان اشترى بالدراهم او بالدنانير فباع بالعروض فربح فله ربحه لانه ربح في مال المضاربة وان اشترى بالدراهم او بالدنانير فباع بالعروض فربح فله ربحه لانه ربح في مال المضاربة وان اشترى بالدراهم او بالدنانير فباع بالعروض فربح فله ربحه لانه ربح في مال المضاربة

ان تصير مثل المدعى في المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تامل **قوله** وان ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة قال الشراح هذا اذا لم يعد مسلما اما اذا عاد مسلما قبل القضاء بلحاقه او بعده وكان عقد المضاربة على ما كان اما قبل القضاء بلحاقه فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة واما بعد القضاء بلحاقه فلكون حق المضارب كما لو مات حقيقة وعزاه جماعة منهم الى المبسوط قال فيه اشكال اما اولا فلانه لو مات حقيقة بطلت المضاربة قطعا كما مر في المسئلة المتقدمة آنفا فكيف يصح تولهم كما لو مات حقيقة اللهم الا ان يقيد قولهم كما لو مات حقيقة بحال كون المال عروضا فان المضارب لا ينعزل حينئذ كما سيأتي في الكتاب واما ثانيا فلانه ان كانت علة بقاء عقد المضاربة على حاله فيما اذا عاد مسلما بعد القضاء بلحاقه هي مكان حق المضارب كان ينبغي ان يبقى على حاله فيما اذا عاد بعيدا ايضا بهذه العلة فليتامل ثم ما قول الذي نظر من تعليل المصنف رح بهذه المسئلة وما ذكر في بعض المعتبرات ان لا يكون فرق في بطلان المضاربة بين ما اذا عاد مسلما وبين ما اذا عاد مسلما بعد لحوقه بدار الحرب مرتدا سيما بعد القضاء بلحاقه اما ظهور ذلك من تعليل المصنف بهذه المسئلة فلانه قال في تعليلها بانا لا نسلم ان اللحوق بمنزلة الموت عندنا الا يرى انه لا يقسم ماله بين ورثته ولا يخفى ان المضاربة لا تبقى بعد الموت على ما كانت بل تبطل بالموت قطعا كما مر فكذا ما هو بمنزلة الموت واما ظهوره مما ذكر في بعض المعتبرات فلانه قال في البدائع ولو ارتد رب المال فباع المضارب او اشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول ابي حنيفة رح ان رجع الى الاسلام بعد ذلك نفذ ذلك كله واللحق رده بالعدم في جميع احكام المضاربة وصار كانه لم يرتد اصلا وكذا اذا لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل ان يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وصيرورة امواله ميراثا لورثته فان مات او قتل على الردة او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة انتهى ولا يخفى ان المفهوم من قوله ثم عاد مسلما قبل ان يحكم بلحاقه بدار الحرب بطلان المضاربة لو عاد مسلما بعد ان حكم بلحاقه بدار الحرب وهو مخالف لما في الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته بطلانها لو عاد قبل ان يحكم بلحاقه على الرواية التي لم يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وان الظاهر من اطلاق قوله ان مات او قتل على الردة او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة بعد ان تعرض لعوده مسلما فيما سبق بطلانها بعد القضاء بلحاقه وان عاد مسلما قال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو ارتد رب المال ثم قتل او مات او لحق بدار الحرب فان القاضي يخير البيع والشري على المضارب بالبيع لانه بيع مال راس المال في قياس قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح ومحمد رح هو على المضاربة بالولاية الاصلية فيتوقف ويبطل بالموت او بالقضاء باللحوق ولو رفع الامر الى القاضي حتى عاد المرتد مسلما جاز جميع ذلك على المضاربة لانه انتقضت ردته قبل اتصال القضاء بها فيبطل حكمها انتهى ولا يخفى ان الظاهر من هذا ايضا انه لو عاد مسلما بعد القضاء بلحوقه بطلت المضاربة بالاتفاق **قوله** ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في معنى كلام المصنف رح هذا احتمالا كان ضعيفان احدهما ان يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وان ارتد رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد اللاحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها اي هي غير باطلة وثانيهما ان يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رح فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد قبل لحوقه فالمضاربة على حالها اي لا يتوقف تصرفه عند ابي حنيفة رح فيما بين لحوقه وجميع تصرفاته عند جميعا وقد ذهب الى المعنى الاول صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال في شرح قول صاحب الوقاية وتبطل بموت احدهما ولحاق المالك مرتدا بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتدا حيث لا تبطل المضاربة لان عبارته صحيحة انتهى واقتفى اثره من المتاخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب الاصلاح والايضاح وهو الظاهر من نفس عبارة الوقاية الا ترى كيف اضيف فيها الموت المبطل الى احدهما مطلقا واللحاق المبطل الى المالك فقط فدلت على ان لحاق المضارب لا تبطل بناء على ان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق كما نصوا عليه اقول ذلك المعنى ليس بصحيح عندي وقد تقرر في باب احكام المرتدين ان المرتد اذا لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام ولقد اشعر عنه المصنف رح في هذا الفصل ايضا حيث قال في تعليل بطلان المضاربة اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب لان اللحوق بمنزلة الموت الا ترى

وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها قال هذا الذي قالوا في المال ديون وقد بحر المضارب فيه ليتجه الحكم على اقتضاء الدين كما سيجيء ترجمة الاجهوري والبحر كما لو اعلن بالحجر بأن كان عليه دين مستغرق لكنه لم يحجر عليه بعد وكيل المتبرع لا يتصرف بعد ما علم موته ويقال في كل دين المال فلا يقتضيه لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل فلا ينعزل بموت الموكل كما في البحر وغيره حتى قال في الجامع الصغير لو قال كل دين لي على فلان فهو لفلان وكذا كل مال لي في يد فلان فهو لفلان وكذا كل وكيل لي في شيء فهو وكيل فلان ثم مات فوكيله وكيل وارثه على هذا ساتر الوكالات والهبة والوصية يجبر ان على التقاضي لانها بمنزلة الوكالة بالخصومة عادة قال ما عامة مسائل المضاربة تدور من البحر دون سائر الاربع تابعة غير مستقلة الا هو البحر اولى كما مر فتراها كلها على العقود الزكوة ان الحالك على البحر فلا تغفل عن هذا كما بين ذلك بما يتعلق بالمضاربة فصل في مال المضاربة بعد موت رب المال بعد ما ترك الربح وتوزيع المال ان قسمة الربح قبل استيفاء رأس المال لا عبرة به على الاصل وهذا بناء على ان الربح لا يملك بالظهور بل بالقسمة وان ما يقع بين الشركاء من المقاسمة على الربح في المضاربة قسمة اخرى بعد القسمة الاولى التي وقعت بين رب المال والمضارب وان رأس المال لا يسلم للمضارب الا بعد استيفاء رأس المال من الربح فلو هلك بعض المال قبل القسمة يجبر بالربح ان فضل شيء والا فعلى رب المال ان بقي شيء من رأس المال بعد القسمة والا فلا شيء على المضارب لانه اخذ حقه وهو الربح وان لم يبق شيء من المال فلا شيء على المضارب لانه لم يأخذ شيئا وهذا كله على قول ابي حنيفة رح وعند صاحبيه رح يأخذ المضارب حصته من الربح بالتنضيض الاول اذا وجد الربح ولا يجب رد شيء منه الا ان

انه يقسم الربح بينهما على شرطهما انتهى فاذا كان كذلك فاني يكون تصرف الميت حتى يصح تصرف المضارب على حاله بعد لحق بدار الحرب مرتدا على ان بطلان المضاربة اذا لحق المضارب بدار الحرب وقضى بلحاقه مصرح به في المعتبرات قال في البدائع وان مات المضارب او قتل على الردة بطلت المضاربة لان موته في الردة كموته قبل الردة وكذا اذا لحق بدار الحرب وقضى بلحاقه لان بعد اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه انتهى فالحق هو المعنى الثاني وهو مراد المصنف رح كما يرشد اليه قوله في تعليله ولا توقف في ملك رب المال اذ لا ريب ان هذا القول للاحتراز عن التوقف في ملك ربي المال عند ابي حنيفة رح اذا كان هو المرتد والتوقف في ملكه عنده انما يكون قبل اللحاق لا بعده فلا بد ان يكون المراد ههنا ايضا ما يكون قبل اللحاق لئلا يلغو هذا القول في التعليل ويشير الى زيادة الشراح فيه في قولهم جميعا بعد قولهم جميعا فالمضاربة على حالها حيث خالفوا فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا اذ لا شك ان زيادة هذا القيد للايضاح لا التحقيق اختلاف بين ائمتنا فيما اذا كان رب المال هو المرتد ولا خلاف فيه بعد اللحوق وانما الخلاف فيه قبل اللحوق حيث يتوقف تصرف مضاربته عند ابي حنيفة رح ما لم يتوقف عنده جاز نفذ فلا بد ان يكون المراد بالوفاق في بقاء المضاربة على حالها فيما اذا كان المضارب هو المرتد هو الوفاق فيه قبل اللحوق ليظهر فائدة زيادة ذلك القيد **قوله** وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها وفي بعض النسخ وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها فكلمة هذا في قوله وعلى هذا اشارة الى قوله لا يمنعه العزل من ذلك يعني لا ينعزل المضارب بالعزل الحكمي اذا كان المال عروضا بل يبيعها بعد العزل كما لا ينعزل بالعزل القصدي في تلك الصورة لان صدر العزل فيما لا يلزم ابطال حق المضارب لا فتاوت في ذلك بين تينك العزلين فتحمل ضمير المؤنث في قوله ونحوها راجع الى العروض اي ونحو العروض في حق البيع بان كان راس المال دراهم او دنانير او على القلب هذا ما ذهب اليه اكثر الشراح وهو الحق عندي واما صاحب النهاية فقال وارادوا بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب وقتل او مات مرتدا فان بضاع المضارب العرض جاز بيعه على المضاربة لما قلنا والضمير في نحوها على هذا يرجع الى موت رب المال على تاويل المبنية فينبغي ان يقال برفع الواو اقول فيه نظر لانه مع ابتنائه على تاويل بعيد من حيث اللفظ مختل من حيث المعنى اما على النسخة الثانية فظاهر لان ما هو نحو الموت انما هو اللحوق بدار الحرب مرتدا وقد ذكره صريحا في تلك النسخة بقوله ولحوقه بعد الردة فلم يبق بعد ذلك محل لان يقال ونحوها واما على النسخة الاولى فلانه قد ادرج للموت في بيان ما هو المراد بقوله ونحوها حيث قال وارادوا بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب وقتل او مات فيلزم ان يكون الموت نحو الموت وهو باطل ثم قال صاحب النهاية ويجوز ان يرجع الى بيع العروض بان يعطي المضاف حكم المؤنث باعتبار اضافته الى المؤنث كما في قوله كما شرقت صدر القناة من الدم فعلى هذا يقال بجر الواو اقول هذا ايضا كونه تعسفا من حيث اللفظ ركيك من حيث المعنى لانه لا يوهم ان يجوز للمضارب بعد موت رب المال تصرف آخر في مال المضاربة نحو تصرف بيع العروض وليس كذلك ثم قال ويجوز ان يرجع الى العروض على معنى في بيع العروض وفي بيع نحو العروض كما اذا كان راس المال دراهم والمال دنانير او على العكس لانها نحو العروض في ان المضارب لا ينعزل بموت رب المال انتهى كلامه اقول الآن تحصل الحق والصواب ان جعل هذا بعد الاحتمالات مع كونها تعسفا ركيبا لفظا ومعنى **قوله** وان لم يكن ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به قال البعض فضلا هذا منقوض بالتكفيل فانه متبرع ويجبر على ايفاء ما تبرع به فقال انتهى اقول هذا النقض مدفوع بان المراد ان المتبرع الغير اللازم لا يجبر على ايفاء ما تبرع به والتكفيل متبرع لازم يطالب به على الغير على ما عرف في محله فلا يرد النقض به وبعبارة اخرى ان المراد ان المتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به في العقود الغير اللازمة والكفالة عقد لازم على ما عرف ايضا في محله فلا انتقاض ولئن سلم اطلاق الكلام ههنا فهو مجرى على موجب القياس والتكفيل ثبت بالنص وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم على ما في كتاب الكفالة فلا ضير في خروجه عن القياس ترك فيه بالنص والباقي على حاله فيما عداه فتامل

[illegible]

فصل فيما يفعله المضارب قال في غاية البيان وكان القياس ان لا يذكر الفصل هنا بل كان ينبغي ان تذكر المسائل المذكورة فيه في اول الكتاب عند قوله واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع الا انه ذكر الفصل هنا لزيادة الافادة لانه ذكر هنا ما لم يذكر ثمه انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان ما ذكره بقوله الا انه ذكر الفصل هنا لزيادة الافادة لانه ذكر هنا ما لم يذكر ثمه لا يجدي شيئا في دفع ما ذكره اولا لان زيادة الافادة انما تقتضي ان لا يقتصر على ما ذكرنا في الكتاب بل يذكر مجموع ما ذكر هنا وما ذكر ثمه ولا يقتضي ان يذكر بعضها ثمه وبعضها هنا في فصل على حدة فبقي مقتضى القياس الذي ذكره في اول كلامه على حاله تبصر وقال في النهاية والعناية ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب زيادة للافادة وتنبيها على مقصودية افعال المضارب بالاعادة انتهى اقول لا يرد على هذا التقرير ما يرد على ذلك لكن فيه شيء آخر يجب حله وهو ان قوله وتنبيها على مقصودية افعال المضارب بالاعادة ينافي الظاهر قوله ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب لان الاعادة تقتضي الذكر مرة اولى وقد قال اولا ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب وحل ذلك ان المراد بالاعادة اعادة جنس افعال المضارب لا اعادة خصوص ما ذكر منها واعادة جنسها انما تقتضي ذكر جنسها مرة اولى لا ذكر خصوص ما يعاد من جنسها فلا منافاة تامل **قوله** لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره الى آخره اقول فيه شيء وهو ان هذا الدليل قاصر عن افادة تمام المدعى او لا يجري في صورة خلط مال المضاربة بماله وهي داخلة ايضا في المدعى كما ترى **قوله** فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة قال صاحب العناية وكلام المصنف رح يوهم اختصاص الايضاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضا او كلا وبه صرح في الذخيرة والمبسوط انتهى اقول الظاهر في بيان ابهام كلام المصنف رح اختصاص الايضاع ببعض المال ان يقال حيث قال شيئا من مال المضاربة فان منشأ الابهام انما هو مجموع قوله شيئا من مال المضاربة لا قوله من مال المضاربة فقط لجواز ان يراد بكلمة من للبيان لا التبعيض الا يرى انه لو قال فان دفع ما اخذه قبضه من مال المضاربة الى رب المال بضاعة تعين البيان وارتفع الابهام كما لا يخفى على الفطن بخلاف ما اذا قال فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فانه قريب من التصريح ببعض المال كما لا يشتبه على ذي فطرة سليمة وعن هذا قال صاحب النهاية وهذا اللفظ كما ترى يقتضي ان يكون المدفوع الى رب المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة واما صاحب الكافي فلما راى لفظ المصنف رح موهما للاختصاص بايضاع بعض المال غيره فقال فان دفع المضارب مال المضاربة او شيئا منه الى رب المال بضاعة واشترى رب المال وباع فهي مضاربة بحالها انتهى **قوله** وقال زفر رح تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه لا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتداء قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال زفر رح رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل اذ لم يصرح فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصلح اشتراط العمل عليه ابتداء اقول هذا الشرح لا يطابق المشروح فان الظاهر منه ان علة فساد المضاربة عند زفر رح في مسئلتنا هذه كون تصرف رب المال في مال نفسه بغير توكيل بناء على عدم تصريح المضارب بالتوكيل فيفهم منه ان المضارب لو صرح بالتوكيل يصح المضاربة عنده ايضا في هذه المسئلة وليس كذلك والظاهر من الشروح ان علة ذلك عنده كون رب المال متصرفا في مال نفسه غير صالح لان يكون وكيلا فيه بناء على ان المراد لا يصلح وكيلا لغيره فيما يعمل في ملك نفسه ولقد افصح عنه صاحب الكافي حيث قال قال زفر رح تفسد المضاربة لان رب المال متصرف لا في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه لان المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح وكيلا لغيره فصار مستردا انتهى **قوله** فان كان معه فاشترى بها ثيابا فقصر بها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع قال صاحب العناية

[illegible]

وانما ذكرها بعد ما مر تمهيدا لقوله وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ اقول هذا الكلام منه ليس بشيء لانه ان اراد ان هذه المسئلة مرت بعينها وخصوصا فليس كذلك قطعا وان اراد انها مرت في ضمن الاصل المذكور فيما مر حيث اندرجت تحت النوع الثالث من ذلك الاصل فهو مسلم ولكن المسئلة الثانية ايضا مرت بهذا المعنى حيث اندرجت تحت النوع الثاني من ذلك الاصل فلا وجه لجعل الاولى تمهيدا للثانية مع الاشتراك في المرور بالمعنى المزبور بل لم تكن مسئلة من مسائل ما يفعله المضارب خارجة من احد انواع ذلك الاصل فيلزم التكرار في كل واحدة منها على ما زعمه فالحق ان كل واحدة من هاتين المسئلتين مقصودة بالبيان ههنا من حيث خصوصيتها كسائر المسائل ولا ينافيه اندراجها تحت اصل كلي ما كيف وتفريع الفروع على الاصول من هذا القبيل مع انه المسلك المعتاد في عامة المواقع **قوله** واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه قال في العناية فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب ان يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما اجيب بان الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله مال المضارب فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن وقال وبهذا اندفع ما قال المضارب اما ان يكون ماذونا بهذا الفعل او غير ماذون فان كان ماذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك انتهى كلامه اقول في آخر كلامه اضطراب لان الظاهر من تعليل اندفاع ما قيل بقوله لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا انه اختار كونه غير ماذون لان كونه غاصبا انما جعل فيما قبل فرعا لكونه غير ماذون فتعليل اندفاع ذلك تبين انه خرج عن كونه غاصبا يقتضي اختيار كونه غير ماذون فحينئذ لم يحتج الى ذكر قوله لكنه لم يقع على المضاربة الى آخره لان وقوعه على المضاربة انما جعل فيما قبل فرعا لكونه ماذونا فاذا اختار كونه غير ماذون كان استدراك عدم وقوعه على المضاربة مستدركا فان قلت مراده ان لفعل المضارب ههنا وهو صبغها احمر جهتين مختلفتين اولهما خلط مال المضاربة بمال نفسه وثانيتهما الاستدانة على المالك وان المضارب ماذون بهذا الفعل وغير ماذون باعتبار تينك الجهتين المختلفتين كما ذكره صاحب النهاية وفصله بما لا مزيد عليه قلت مع عدم مساعدة آخر كلام هذا الشارح ولا اوله الذي اشار اليه بقوله وبهذا اندفع لذلك التوجيه الذي ذكره صاحب النهاية وفصله ليس ذلك بتام في نفسه اذ لا يرى وجه يقتضي ان يكون لفعل المضارب هذا جهة الاستدانة على المالك على ان الجهتين المذكورين متضادين لا يمكن اجتماعهما في فعل واحد حتى يصير المضارب باعتبارهما ماذونا في فعله هذا وغير ماذون ثم اقول الصواب عندي في دفع ما قيل المضارب اما ان يكون ماذونا بهذا الفعل او غير ماذون الى آخره ان يختار كونه ماذونا به بقوله اعمل برأيك ويمنع وقوعه على المضاربة حينئذ اذ الاذن المذكور ليس بمقصود على ان يتصرف المضارب في مال المضاربة وحده بل يعم التصرف في مال المضاربة منفردا او منضما الى غيره بماله جهة في التمييز كخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره على ما تقرر في بيان النوع الثاني من الاصل المال ذكره وقد اشار اليه المصنف رح ههنا بقوله واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه تدبر

فصل آخر لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها في فصل على حدة ولما لم تكن من نفس مسائل المضاربة التي لا بد منها للمضاربة آخر ذكرها **قوله** بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب يعني ان الغاصب اذا توكل ببيع المغصوب يعتبر وكيلا ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب عليه الضمان ولم يعتبر امينا قال صاحب العناية بعد هذا البيان وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعذر قد تقدم على قبض الامانة فيجوز ان يعتبرا جميعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكمين متنافيين ثم قال ويمكن ان يجاب عنه بان مقصود المصنف رح دفع استحالة اجتماعهما واما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذا رجع عليه بالف اخرى اصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح وحمله على الاستيفاء يضر المضارب

فصل في الاختلاف **قال** واذا كان مع المضارب الفان فقال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة رح يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات **قال** ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان وقد ربح الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تقوم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب

فاختر ما اهون الامرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري انتهى اقول في الجواب نظر اما اولا فلان قول المصنف رح لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب صريح في اثبات امكان جعله مستوفيا بمجامعة الوكالة الضمان في صورة توكل الغاصب ببيع المغصوب فكيف يمكن ان يقال مقصوده مجرد دفع استحالة اجتماعهما ولئن سلم ذلك فلا يندفع به النظر المذكور لان حاصله ان السبب في صورة توكل الغاصب ببيع المغصوب متعدد فيما نحن فيه واحد فلا يلزم من امكان اجتماعهما هناك امكان اجتماعهما ههنا واما ثانيا فلان قوله واما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل ليس بتام لان الضرر اللازم للموكل على تقدير ان يرجع عليه الوكيل بالف اخرى انما هو الضرر الضروري الغير الناشي من صنع الوكيل اذ الكلام فيما اذا هلك الثمن المدفوع الى الوكيل من غير تعد منه ولا محذور شرعا في مثل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفيا لاجل دفع ذلك عنه فيجب عليه الضمان مع كونه يده يد امانة الا يرى ان الوديعة اذا هلكت في يد المودع من غير تعد منه يلزم المودع مثل هذا الضرر مع انه لا يجب على المودع الضمان لدفع ذلك عن المودع بلا ريب واما ثالثا فلان قوله واما ههنا فحق رب المال لا يضيع الى قوله فاختر ما اهون الامرين غير مستمر فيما اذا هلك الالف والعبد معا اذ لا يبقى حينئذ شيء من راس المال حتى يلحق الهالك فيستوفيه رب المال من الربح والظاهر ان جواب المسئلة وهو دفع رب المال الثمن الهالك ورجوع المضارب عليه مرة بعد اخرى جار في هذه الصورة ايضا بناء على الدليل المذكور في الكتاب قال في النهاية ومعراج الدراية ذكر الامام المحبوبي ثلثة اوجه في الفرق بين المضارب والوكيل احدها ما ذكر في الكتاب والثاني اما لو لم يحمل ما قبضه الوكيل على الاستيفاء لابطلنا حق الموكل اصلا لانه اذا رجع عليه بالف اخرى ضاع ذلك اصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع اذا حملنا على الامانة لانه يلحق براس المال ويستوفيه من الربح ولو حمل على الاستيفاء يلحق المضارب ضرر فوجب اختيار اهون الامرين والثالث ان الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده فاما المضارب فلا ينعزل بالشراء ويتصرف في كل مرة لرب المال فيرجع عليه في كل مرة انتهى اقول في كل واحد من تلك الاوجه الثلثة نظر اما في الاول فلما عرفت انفا واما في الثاني والثالث فلان كل واحد منهما يقتضي ان لا يرجع الوكيل على الموكل في مرة اولى ايضا اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء مع انهم صرحوا برجوعه عليه في المرة الاولى في تلك الصورة اما اقتضاء الثاني ذلك فلان ابطال حق الموكل يتحقق بالرجوع في المرة الاولى ايضا لعلة مذكورة واما اقتضاء الثالث اياه فلان انعزال الوكيل عن الوكالة لما تحقق بالاشتراء كان الرجوع بالهلاك بعد الاشتراء رجوعا بما حدث بعد زوال الامانة بالانعزال ولو كان في مرة اولى وايضا يرد على الوجه الثاني ما اوردناه ثانيا وثالثا على جواب صاحب العناية عن نظره تامل تقف ثم اقول الحق عندي في الفرق بين المضارب والوكيل في مسئلتنا هذه ان يقال قبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فانه بمنزلة البائع من الموكل حيث انعقد بينهما مبادلة حكمية كما مر في كتاب الوكالة فاذا قبض الثمن بعد الشراء صار مستوفيا له فصار مضمونا عليه فاذا هلك بعده لم يكن له ان يرجع به على الموكل ولهذا لم يرجع عليه اصلا فيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه الثمن فهلك ولم يرجع عليه الا مرة فيما اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء امانة في يده وهلك بعد الشراء وقد اشار اليه المصنف رح بقوله لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعله مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

فصل في الاختلاف اي في الاختلاف بين رب المال والمضارب اخر هذا الفصل لان الاختلاف في الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين **قوله** ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب قال صاحب العناية وسماه مضاربا وان اتفق على عدمه لاحتمال ان يكون مضاربا في الاول ثم اقرضه انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة اقول تسمية احد المتخالفين مضاربا عند تحقق اتفاقهما على خلافه بمجرد احتمال ان يكون مضاربا في الاول مما لا يقبله فطرة سليمة

لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع قال لا آخره وسميت بذلك اجماعا بينهما والقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص بعارض الشروط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص فلو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته فيكون القول له ولو اقاما البينة فالبينة بينة المضارب لحاجتهم الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

جدا والاقرب عندي انه سماه مضاربا بالمشاكلة بما ذكر في جواب هذه المسئلة على طريقة قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا اعلم ما في نفسك وقول الشاعر قالوا اقترح شيئا نجد لك طبخه قلت اطبخ لي جبة وقميصا قوله لان المضارب يدعي عليه التملك هو ينكر هكذا في صاحب النهاية التملك في قول المصنف رح يدعي عليه التملك على تملك الربح حيث قال اي تملك الربح وسلك صاحب العناية ايضا هذه المسلكة حيث قال لانه يدعي عليه تمليك الربح اقول الظاهر ان مراد المصنف رح بالتملك ههنا تملك الاصل المال الذي هو الاستقراض دعوى تملك اصل المال وما تملك الربح فانما تابع لتملك اصل المال في هذه الدعوى فحمل التملك ههنا على تملك الربح لا يخلو عن قبح هذا اولا وثانيا اشرنا اليه من ان الاصل في دعوى تملك اصل المال وتملك الربح من فروع ذلك وحمل التملك في الدليل على تملك الربح يوهم خلاف الاصل وثالثا نيا فلان دعوى تملك الربح قد ينفك عن دعوى تملك اصل المال كما اذا ادعى المضاربة فان المدعى هناك استحقاق الربح دون استحقاق اصل المال فادعى هو تملك الربح لا يدل على تمام المدعى فيما نحن فيه على ان الشائع في الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون تملك الربح وما تمليك الربح كما ذكره صاحب العناية ففي نفس صحته ايضا اشكال فتدبر ذلك كله بالتامل الصادق وتتبع قواعد الفقه واقوال الائمة قوله والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة قال صاحب النهاية ورب المال ايضا محتاج الى اثبات ما ادعاه ليصل حقه اليه بل بينة رب المال اقوى بالقبول لاثباتها امرا عارضا وهو الضمان وشرعية البينات لاثبات الامر العارض غير الظاهر كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد فكان هذا مما يتامل في صحته وان كانت رواية الايضاح تساعده ايضا انتهى كلامه وقال صاحب العناية قال المصنف رح لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة واعترض عليه بان البينة للاثبات لا للنفي وبان الآخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة واجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه وذلك مما ينفي الضمان فاقام المصنف رح اللازم مقام الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة فهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى بينة الى هنا كلامه اقول جواب عن ثاني وجهي الاعتراض ليس بسديد لان ما ثبت باقرار الآخر انما هو النوع الذي يدعيه الآخر لا مخالفته لان رب المال فانما يدعي الموافقة له وسبب الضمان انما هو المخالفة فلا تغفل والصواب في الجواب عنه ان يقال عدم احتياج رب المال الى البينة في مسئلتنا هذه لا لانه ليس مما يحتاج فيه الى البينة بل لان القول قوله لكون الاذن مستفادا من جهته كما تقرر فيما مر آنفا وكان ما يدعيه ثابتا بقوله فلا يحتاج الى البينة وانه ظاهر وعدم حاجة الآخر الى البينة لم يقل وعدم قبول بينته الآخر وبهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه صاحب النهاية في استشكال ما ذكره المصنف رح ههنا فتدبر قوله ولو وقت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى اقول لقائل ان يقول هذا مناقض لما ذكره آنفا من ان البينة بينة المضارب بجواز ان يكون صاحب الوقت الاخير رب المال ويمكن التطبيق بان يحمل ما ذكره اولا على عدم التوقيت قال صاحب العناية بعد ان ذكر قول المصنف رح ولو وقت البينتان الى آخره وان لم يوقتا او وقتت احداهما دون الاخرى فالبينة لرب المال اقول يرد عليه ان هذا ينافي ما ذكره المصنف رح من ان البينة بينة المضارب اذ لا يمكن ان يحمل هذا على التوقيت وذاك على عدم التوقيت كما ترى ولقد احسن صاحب النهاية في اسلوب التحرير ههنا حيث لم يزد على قول المصنف شيئا ولو وقت البينتان الى آخر شيء مما سيأتي من المسائل التي زاد عليه صاحب العناية بل تعرض لشرحه وتمثيله فقط ولقد قال بعدما استشكل قول المصنف رح فيما قيل والبينة بينة المضارب الى آخره واما صاحب الدراية فقد اصاب وشكر مساعيه جميل حكم بين المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والعموم في دعواهما الخصوص حاصله وذكر في الذخيرة مفصلا منقحا هذه المسائل التي ذكرها صاحب العناية عقيب قول المصنف رح ولو وقت البينتان الى آخره فكان ذكر تلك المسائل في تحريره صاحب النهاية منسوبا الى صاحب الذخيرة فلا يضره مناقاة ذلك لما ذكره المصنف رح لاعترافه بان ما ذكره المصنف هنا مطابق لرواية الايضاح دون رواية الذخيرة

كتاب الوديعة

قال الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير [illegible] ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمنا يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم قال والمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في اول كتاب الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة امانة بلا تمليك شيء وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الاجارة تمليك المنفعة بعوض وهي عقد لازم واللازم اقوى واعلى فما ليس بلازم فكان في الكل الترقي من الادنى الى الاعلى كذا في الشروح ثم محاسن الوديعة ظاهرة اذ فيها اعانة عباد الله تعالى في الحفظ ووفاء الامانة وهو من اشرف الخصال عقلا وشرعا قال عليه الصلوة والسلام الامانة بحر الغنى والخيانة بحر الفقر وفي المثل الامانة اقامة للملوك مقام السلوك والخيانة اقامة الملوك مقام المملوك ثم ان الوديعة لغة فعيلة بمعنى مفعولة مشتقة من الودع وهو الترك عن ابن عباس رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لينتهين اقوام عن ودعهم الجمعات اي عن تركهم اياها قال شمر زعمت النحوية ان العرب اماتوا مصدر يدع والنبي عليه السلام افصح العرب وقد رويت عنه هذه الكلمة وسميت الوديعة بها لان شيء يترك عند الامين كذا في المغرب وبعض الشروح قال صاحب العناية وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد امين انتهى اقول فيه سماحة ظاهرة اذ ليست الوديعة في اللغة بمعنى الترك بل هي في اللغة بمعنى المتروكة وانما الذي بمعنى الترك هو الودع فلا يصح قوله وتفسيرها لغة الترك الا بتاويل بعيد لا يساعده لفظه وهو ان يراد بذلك انها مشتقة من الودع الذي هو الترك وقال جماعة من الشراح الوديعة في الشريعة عبارة عن التسليط على حفظ المال اقول الظاهر ان الوديعة في الشريعة ايضا هي المال المودع الذي يترك عند الامين لا نفس التسليط على حفظ المال وانما التسليط على حفظ المال هو الايداع وعن هذا قال صاحب الكافي والكفاية الايداع لغة تسليط الغير على حفظ اي شيء كان مالا او غير مال يقال اودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فانا مودع ومستودع بكسر الدال فيهما وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما والمال مودع ووديعة وشريعة تسليط الغير على حفظ المال انتهى حيث فسر الايداع بالتسليط المزبور دون الوديعة وقالا والمال مودع ووديعة واقول فيما ذكر في الكافي والكفاية ايضا شيء لان محصول ذلك ان معنى الايداع لغة اعم من معناه شريعة لاختصاص الثاني بالمال وتناول الاول المال وغيره ولكن المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس والمغرب وغيرها اختصاص الاول ايضا بالمال لان المذكور فيها عند بيان معناه يقال اودعته مالا اي دفعته اليه ليكون وديعة عنده فلو لم يكن له اختصاص بالمال في اللغة ايضا لما اطبق ارباب اللغة على ذكر المال في بيان معناه بل كان اللائق بهم ان يقولوا يقال اودعته شيئا اي دفعته اليه ليكون وديعة عنده والعجب من صاحبي الكافي والكفاية بعد ان قالا الايداع لغة تسليط الغير على حفظ اي شيء كان مالا او غير مال والا ايضا يقال اودعت دينا بالاداء استودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده وليس فيما استشهدوا به شيء يوهم العموم بل فيه ما يشعر بالخصوص كما عرفت آنفا فكان اللائق بهما جدا ترك ذلك **قوله** الوديعة امانة في يد المودع الى آخره قال صاحب النهاية فان قيل الوديعة والامانة كلاهما عبارتان عن معبر واحد فكيف جوز بينهما المبتدأ والخبر اذ لا يجوز ايقاع اللفظين المترادفين مبتدأ وخبرا الا على طريق التفسير كقولك الليث اسد والحبس منع ومراد المصنف ههنا ليس تفسير الوديعة بالامانة قلنا جواز ذلك ههنا بطريق العموم والخصوص فان الوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بان هبت الريح في ثوب انسان والقته في حجر غيره والحكم في الوديعة انه يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ بعد الخلاف هكذا نقل عن الامام بدر الدين الكردري الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب الكفاية قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص فالوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد

ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به

بان هبت الريح في ثوب انسان والقته في حجر غيره والحكم في الوديعة انه يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانة الى
هنا كلامه اقول يرد على الجواب المزبور والفرق المذكور ان التقرير المسفور يقتضي ان يكون بين الوديعة والامانة تباين لا عموم وخصوص فانه قد اعتبر في
الاولى القصد وفي الاخرى عدم القصد وهما لا يجتمعان في مادة اصلا وكذا جعل حكم الاولى ان يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وحكم الاخرى ان لا يبرأ
عن الضمان بالعود الى الوفاق وهما متناقضان لا يترتبان على شيء واحد فلا يتصور بينهما عموم وخصوص بل تبيين التباين وحمل احد المتباينين على الآخر
غير صحيح قطعا فلا يتم التقريب قال صاحب العناية ههنا قد ذكرنا ان الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها
قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالقته في بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان الامانة
مباين للوديعة بهذا المعنى لا انها اعم منه بل المراد بالوديعة ما يترك عند الامين انتهى اقول قد كان لاح لي ما ذكره من حيث كون الوديعة بهذا المعنى مباينا للامانة مع
كلام آخر وهو انه يلزم حينئذ انه لا يصح قول المصنف رح الوديعة امانة في يد المودع اذ التسليط على الحفظ امر معنوي لا يمكن ان يكون في يد المودع ولكن دفعتهما معا
بحمل كلام صاحب العناية على المسامحة بان يكون مراده بقوله هو التسليط على الحفظ هو ما يحصل بسبب التسليط على الحفظ فيكون حمل نفس التسليط على الوديعة
من قبيل الاسناد المجازي فلا ينافي هذا ان تكون الوديعة في الحقيقة ما يترك عند الامين فيندفع المحذوران المزبوران معا ثم ان هذا التوجيه وان كان بعيدا
عن ظاهر اللفظ الا انه لا بد من المصير اليه تصحيحا لكلمات ثقات الناظرين في هذا المقام فان ذينك المحذورين يردان على ظاهر لفظ كل واحد منهم الا يرى انه
قال في النهاية والكفاية فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي دفع في يده من غير قصد وقال في غاية البيان لان الوديعة عبارة عن كون الشيء
امانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصدا والامانة قد تكون من غير قصد الى غير ذلك من عبارات المشائخ بقي ههنا شيء وهو ان ما ذكره الشراح ههنا من ان الامانة
اعم من الوديعة بناء على اعتبار القصد في الوديعة دون الامانة مخالف لما صرحوا به في اواخر باب الاستثناء من كتاب الاقرار من ان الوديعة قد تكون
من غير صنع صاحبها كاللقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح فالقت ثوبا في دار انسان وانما مجرد ما ذكره المصنف رحمه الله
هناك من ان الوديعة قد تكون من غير صنعه فلا يقتضي المخالفة لجواز ان يكون مراده بقوله من غير صنعه من غير
صنع المقر لا من غير صنع صاحب الوديعة كما يرشد اليه قوله هناك حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وقد نبهت عليه هناك فتدبر ثم ان صاحب النهاية بعد ان
ذكر الجواب الاول ونسبه الى الامام بدر الدين الكردري كما مر قال والاولى من الجواب فيه ان يقال لفظ الامانة صار علما لما هو غير مضمون فكان قولنا هو امانة
عنده اي غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه حتى ان لفظ الامانة ينسحب استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيه واراد بالوديعة
ما وضع للامانة بالايجاب والقبول وكانا متغايرين فصح ايقاعهما مبتدأ وخبرا انتهى اقول فيه نظر اذ لو كان المراد بالامانة المذكورة في الكتاب يعني غير مضمون لما احتيج
الى ذكر قوله اذا هلكت لم يضمن للقطع بقبح ان يقال ان الوديعة غير مضمونة على المودع اذا هلكت لم يضمن لكون الثاني مستدركا ورد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال بعد
نقله وفيه ما فيه لان العلم ما وضع لشيء بعينه وغير مضمون ليس كذلك وليت شعري اي علم هذا من اقسام الاعلام انتهى كلامه اقول دفع هذا سهل لان لفظ الامانة
ان كان علما لما هو غير مضمون كان من اعلام الاجناس كاسامة فانه علم لجنس الاسد وسبحان فانه علم لجنس التسبيح الى غير ذلك من اعلام الاجناس التي ذكروها
في كتب النحو وبينوا دخولها في تعريف العلم بما وضع لشيء بعينه غير متناول بموضع واحد فمن ايقن مباحث ذلك في محالها لا يشتبه عليه الامر فيما نحن فيه **قوله** ولانه لا يجد بدا
من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به اقول فيه شيء وهو ان قوله فكان المالك راضيا به يشعر بكونه
مدار جواز دفع الوديعة الى عياله رضى المالك به وذلك يقتضي عدم جواز دفعها اليه عند عدم رضاه به وليس كذلك فان المالك اذا نهى عن دفعها الى احد
من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما سيأتي في الكتاب فالظاهر ان مدار ذلك هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله فالاولى
ان يترك قوله فكان المالك راضيا به ويقال بدله فامتناع الحفظ بعياله يقتضي سد باب الودائع وتعطل مصالح العباد كما وقع في شرح القدوري للامام الزاهدي

قوله فان حفظها بغير هم او دعها غير هم ضمن لان المالك رضي ببيده لا ببيد غيره والايدي تختلف في الامانة اقول فيه ايضا شيء وهو ان هذا التعليل ايضا يقتضي ان يضمن ايضا اذا احتفظ بيد من في عياله لا ببد نفسه لان يد هم غير يد نفسه فلا يظهر ان يقال ان المالك رضي بيد هم لا بيد غير هم على نهج قولنا في نفس المسئلة فان حفظها بغير هم ودعها غير هم على صنعة الجميع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع في شرح القدوري للامام الزيلعي حيث قال علل بان الايدي تختلف في الامانة فلا يكون رضاه ببيد هم رضي ببيد غير هم قوله ولا استبعاد في القسمة للناس موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لما قال بعض الفضلاء فيه تامل فان المعلول هنا جواز الشركة والعلة هي كون القسمة نفسا من موجبات نفس الشركة انتهى اقول هذا ساقطعان القسمة نفسها ليست من موجبات الشركة قطعا ولا شك انه لا يجب على الشريكين في شيء قسمة ذلك الشيء بل يجوز ان يتصرفا فيه على الاشتراك من غير قسمة ابدا فانما الذي من موجبات نفس الشركة وجوازها هو جواز القسمة لا القسمة نفسها فلا يصلح ان يكون جواز القسمة شيئا من فيه علة موجبة للشركة فلا يناسب المعلول علة فان المعلول هنا عندهما جواز الشركة قبل تعليق مشيته للمودع بالشركة ونفس الشركة بعد ان تعلق مشيته بها وكلاهما كانا موجبان جواز القسمة تامل قوله وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل مؤنة عند ابي حنيفة رح على آخره قال صاحب النهاية في حل هذا المحل قالوا اذا كان الطريق امنا فانما يضمن بالاتفاق واذا كان امنا وله بد من السفر فكذلك وان لم يكن وسافر بها لا يضمن عندهما خلافا لابي حنيفة رح لانه اكتسب ذكرها في البدائع انتهى اقول هذا تحرير مختل وحل فاسد لانه ان كان مقول القول في قالوا المجموع ما ذكره وبان كان قوله اذا كان الطريق امنا شرطا وما بعده جزاء فسد المعنى جدا اذ يلزم حينئذ ان يكون ما كان الطريق مخوفا قسما ما كان امنا فيلزم ان يكون ضد الشيء قسما منه وهو باطل قطعا وان كان مقول ذلك قوله اذا كان الطريق آمنا فقط بان سمعناه قالوا هذا الذي ذكر في الكتاب اذا كان الطريق امنا كما هو المطابق لما في الكافي وسائر الشروح وكان قوله فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق بيانا لحكم كون الطريق مخوفا في المسافرة بالوديعة وكان قوله واذا كان آمنا وله بد من السفر الى آخره تفصيلا لحكم كون طريق امنا في المسافرة بالوديعة فتسعين بالقائم ايضا لان ارادوا بقولهم اذا كان الطريق مخوفا قالوا اذا كان الطريق امنا ما هو علم لما كان له بد من السفر وما لم يكن كما هو الظاهر من اطلاق اللفظ كان له بد من السفر وما لم يكن كما هو الظاهر من اطلاق اللفظ كان قوله في التفصيل واذا كان امنا وله بد من السفر فكذلك منافيا لذلك قطعا وان اراد بذلك ما هو مقيد بان لم يكن له بد من السفر فمع كون اللفظ غير مساعد له ينافيه قوله في التفصيل وان سافر بنفسه ضمن لانه قسم من ذلك التفصيل كما تراه مع ان الحكم وهو الضمان يخالف لما ذكر في الكتاب على ان ما ذكر في الكتاب لم يعين المالك المصر للحفظ فيه كما يقتضيه اطلاق اللفظ ويدل عليه قطعا قول المصنف رح فيما بعد واذا اراد المودع ان يخرج بها مصرا فليس له ان يخرج بها احد من كتب الفقه ولم ينقل عن احد قط التفصيل الذي ذكره صاحب النهاية في صورة ما اذا كان الطريق آمنا وله بد من السفر ولم يعين المالك المصر للحفظ فيه واما ذكر ذلك التفصيل في صورة ان كان الطريق مخوفا او ان عين المالك المصر للحفظ فيه فالصواب في هذا المقام تحرير صاحب النهاية حيث قال هذا كله اذا كان الطريق امنا اما اذا كان مخوفا وله بد من السفر ضمن بالاتفاق وكذا لا ب والوصي وان لم يكن له بد من السفر ان يسافر بها لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه يمكنه ان يبعثه كذا في المحيط الصغير للقاضي خان انتهى وتحرير صاحبي الكفاية ومعراج الدراية حيث قالا هذا اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل اطلق فان عين الحفظ في المصر مسافرا فان كان سفر الى بلد منه فان امكنه الحفظ مع السفر بان امكنه

وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عندنا وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك هذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف فلمن كان له ان يأخذه فكذا يؤمر بالدفع اليه ولابي حنيفة رحمه الله انه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بايفاء حقه في المشاع والمقر للمصدق يشتمل على التعيين لاحتمال حصته القسمة ليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الدين تقضي بامثالها

ان يترك واحدا من عيال المستودع في المصر ضمن وان لم يكنه ذلك لم يضمن انتهى وكان صاحب العناية لم يفرق بين الحالين فخلط الكلام وافسد معنى المقام

قوله وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عندنا وقالا له ذلك قال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على ان المراد بموضع الخلاف والمذكور في مختصر القدوري من قوله ودوية المكيل والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون انتهى اقول فيه بحث اولا ليس فيما ذكره من رواية الجامع الصغير بحسب وضع المسئلة فيما اقسم حتى يدل بوضعه على ان موضع الخلاف هو المكيل والموزون قوله لان المذكور فيه الالف وهو موزون ليس بشئ اولا شك ان الالف انما ذكر فيه على سبيل التمثيل الا الحصر كيف واوافاد ذلك الحصر لكان وضع المسئلة المذكورة فيه غير متناول للمكيل اصلا بمقتضى قوله وهو موزون لا للموزون الذي هو غير الالف فوفوت المطلوب وقال في معراج الدراية قال ابو جعفر في الكشف في هذه الرواية من الفائدة ما ليس في رواية كتاب الودية وذلك ان رواية كتاب الودية القاضي لا يامر المودع بالدفع وكان يجوز ان يقول قائل ان كل القاضي لا يامر المودع بالدفع فلا ان يأخذه ديانة فلما قال في الجامع ليس له ان يأخذه زالت هذه الشبهة وفائدة اخرى ان رواية كتاب الودية في اثنين وفي رواية الجامع في الثلثة فلو لا رواية الجامع لكان لبعض ان يقول نصيب الواحد الحاضر من الثلثة اقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكا ويجعل تبعا للاكثر فلا يأخذ من المودع فاما نصيب الحاضر من الاثنين فلا يكون مستهلكا ولا تابعا فلا اخذه فتبين برواية الجامع ان كليهما سواء انتهى اقول في الفائدة الاخرى نظر لان جواب المسئلة في رواية الجامع الصغير ان ليس للحاضر ان يأخذ نصيب غائبه عند ابي حنيفة رح وعندهما يدفع توهم قائل ان علة عدم الاخذ في هذه الصورة ظن نصيب الحاضر بل يؤيده لمساعدة هذه الرواية ذلك الاحتمال وانما يدفعه رواية كتاب الودية لما ادعوى ان نصيب الحاضر ليس باقل من نصيب الغائب في تلك الرواية فلا يحتمل لتوهم ان يكون علة عدم دفع نصيب الحاضر اليه قلة نصيبه فتلك الفائدة الاخرى انما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الودية بعد ذكر رواية الجامع الصغير على عكس ما في الكتاب اللهم الا ان يكون بناء تلك الفائدة على قول ابي يوسف رح ومحمد رح في هذه المسئلة دون قول ابي حنيفة رح فحينئذ تظهر على ترتيب الكتاب تامل لتقف

قوله بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه اي حق المديون لان المديون تقضي بامثالها فلا يكون هذا قصرا في حق الغير بل يكون ايفاء لحق المديون متصرفا في مال نفسه فيجوز كذا في النهاية وغيرها قال صاحب العناية بعد ان شرح هذا المقام اولا بكذا وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط لان المديون ماموربالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك اولا شك ان يجب على المديون قضاء ودينه فلما لم تتصور قضاء الدين بعينه بل لا بد من ان يقضي بمثله وجب على المديون للدائن دفع مثل دينه من مال نفسه الى دينه فكان ماموربه وبالجملة ليس كل ما يجب على الانسان لانسان دفع عين ما اخذه منه بل قد يكون دفع مثله وبدله كما فيما نحن فيه فلا محذور قطعا ثم قال صاحب العناية والحق ان الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم اي بقضاء حقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان المديون تقضي بامثالها ومثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان كلام المصنف رح لا يساعده لان الضمير في حقه لو كان للشريك دون المديون لم يتم استدلاله على قوله لانه يطالبه بتسليم حقه بقوله لان المديون تقضي بامثالها اذ كون قضاء الديون بامثالها لا باعيانها لا يدل سلما على ان الشريك يطالب المديون بتسليم حق نفسه لان المثل مال المديون فلم يكن حق الشريك بل كان حق المديون فقضاء الدين بالمثل لا يكون تسليم حق الشريك بل يكون تسليم حق المديون نعم لا استرداد وامانا ثانيا فلان ما توهمه في نظره السابق من لزوم كون الانسان ماموربالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك اولى بالورود على تقريره دون ما ذكرنا في سقوط الانتقال وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان المديون تقضي بامثالها ومثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة

انتهى وهذا حق بما توجه كما مر والمدفع ما ذكرناه من قبل قوله ان ياخذه اى قول الخصم في هذه المسئلة كذا وهو الامام على ما مر وقد تسمح في الاشارة حيث قال والضمير في قوله يرجع الى القائل المعهود في الذهن اى قول القائل نصرة لقولها كذا انتهى ولا يخفى ما فيه وما سائر الشراح فلم يتعرض احد منهم لتوجيه اقول الضمير قوله هنا قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع الى آخره جواب عن قول الامامين له ان ياخذه فتقريره ان جواز الاخذ لا يستلزم ان يجبر المودع على الدفع اذ الجبر ليس من ضرورات الجواز اى لجواز ان لا يكون كذلك كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان وله الف غير وديعة فلغريمه اى لغريم المودع بكسر الدال ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفع اليه كذا في العناية وغيرها اقول هنا اشكال وهو ان هذا الجواب لا يمشي على رواية الجامع الصغير فان جواب المسئلة فيها فليس للمحاضر ان ياخذ نصيبه منه وهذا دال على عدم جواز اخذ احد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند ابي حنيفة رحمه الله والجواب المذكور في الكتاب شامل بجواز اخذ احد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند ابي حنيفة رحمه ايضا وان لم يجبر المودع على دفع ذلك اليه عنده كجواز اخذ غريم المودع بالكسر ما اودعه عند انسان اذا ظفر به من المودع بالفتح وان لم يكن للمودع ان يدفعه اليه اذا لمراد بالجواب المذكور تجويز اخذ الشريك المحاضر نصيبه من المودع بدون ان يجبر المودع على دفع ذلك اليه عند ابي حنيفة رحمه لما اخبج في الجواب من قبل عن قولهما ولهذا كان له ان ياخذه الى آخره بحديث ان ليس من ضرورات جواز الاخذان يجبر المودع على الدفع بل لما افاد ذلك الحديث المقصود بل كان الواجب في الجواب من قبل عن قولهما المذكور منع جواز الاخذ ايضا فالجواب الذي يوافق ما تمشى على ما ذكر في مختصر القدوري وهو المسمى عند الفقهاء برواية كتاب الدعوى كما سمعت فيما مر واعلم ان صاحب غاية البيان قال في شرح قولهما ولهذا كان له ان ياخذه فكذا هو يومر بالدفع اليه لو كان المال في ايدي الشريكين كان لواحد منهما ان ياخذ نصيبه بغير رضى الآخر فكذلك هنا له ان ياخذ نصيب من المودع وقال في شرح الجواب عنه والجواب عن قولهما لو كان في ايديهما كان ان ياخذ نصيبه نقول لا يلزم من ذلك ان ياخذ نصيب من المودع الا ترى ان الغريم اذا اخذ من مال غريمه جنس حقه جاز ولا يجبر على الرد ولا يجوز ان ياخذ حقه من مودع الغريم اذا اخذ من الغريم وهذا معنى قوله كما اذا كان له الف درهم وديعة عند انسان وعليه لغيره فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه انتهى اقول فعلى هذا الاستخراج تمشى هذا الجواب على كلتا الروايتين ولكن لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام ان تقرير المصنف رحمه لا يساعده ذلك جدا تدبر قوله وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة اى على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة ان يكون لالف الواحد سود وحامر اثنين بكمالهما كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحق عندي في معنى هذا المقام فتدبر لتعليل حينئذ لقولها لا لما ذكره الصدر الشهيد بالكلية اصلا واما بعض الفضلاء فقد قصد توجيه المقام بالحمل على صحة دعواهما على سبيل الاجتماع حيث قال في بيانه بان يودعا احدهما فيشتري المودع سلعة من الآخر ويسلمها اليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعانه ايضا انتهى اقول ليس هذا بشئ لان ما ذكر في اصل المسئلة من قولهما وادعاهما رجلان كل واحد منهما انما لا ودعا اياه يدل على ان كل واحد منهما ادعى انها ملكه في الحال وهما اياه ولا شك ان هذين الواحد لا يتصوران يكون ملكا للاثنين بكمالهما في حالة واحدة ولا ان يكون سود حامر اثنين بكمالهما في حالة واحدة وفي الصورة التي ذكرها ذلك القائل قد زال ايداع احدهما الالف من يد في يده وزال ملكه ايضا بانتقاله سببا سلعة من الآخر وتسليمها اليه فكيف يحتمل ان يصدقا معا في دعواهما الا بوجه قوله ويحلف كل واحد على الانفراد لتفاوت الكفين قال جماعة من الشراح في تعليل تفاوت الكفين لان كل واحد منهما يدعي الكل او الفاضل يدعي الفاضل ومعناه واحد هو في يد المدعى عليه كما صرح به في وضع المسئلة والنقود تتعين بتعين النوع او الجنس على ما تقرر في موضعه ونص عليه الزيلعي في شرح هذه المسئلة في تبيين قسمة ابن بدل هذا على تفاوت الكفين ثم ان بعض الفضلاء بين مغايرة الكفين بنوع آخر

بالنكول الثاني لأنه إنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني أيضا يقضي بها بينهما نصفين على ما ذكرنا لاستوائهما في الحجة كما إذا أقاما البينة ويغرم ألفا أخرى بينهما لأنه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو بإقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف إليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد منهما بنصف حق الآخر فيغرمه ولو قضى القاضي للأول حين نكل ذكر الإمام البزدوي في شرح الجامع الصغير [illegible]

كتاب العارية

قال العارية جائزة لأنه نوع إحسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي رحمه الله يقول هو إباحة الانتفاع بملك الغير لأنها تنعقد بلفظة الإباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك ولذلك يعمل فيها النهي ولا يملك الإجارة من غيره ونحن نقول إنه ينبئ عن التمليك فإن العارية من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظة التمليك والمنافع قابلة للملك كالأعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الأعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الإباحة استعيرت للتمليك

حيث قال والظاهر أن لغاية الحق المستحق فلكل منهما حق في يمينه على ما عرف في الدعوى من قوله عليه السلام لك يمينه انتهى أقول ليس هذا بمفيد ههنا لأن مقتضاه أن يكون لكل منهما حق في يمينه وهذا هو عدم الاكتفاء بتحليفه لأحدهما فقط وهذا لا يستلزم تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد كما هو المطلوب ههنا لحصول تحليفه لهما معا وهذا الأمر يقتضي تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد ضرورة أن يكون لكل واحد منهما حق في يمينه ولو ادعيا من جهة واحدة يمينا على سبيل الشيوع كان لكل منهما حق في يمينه قطعا مع أنه لا يجب تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد والأظهر في تعليل أن يحلف ههنا لكل واحد منهما على الانفراد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وإنما يحلف لكل واحد منهما بانفراده لأن كل واحد منهما ادعاه بانفراده انتهى تدبر **قوله** أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء قال صاحب العناية في بيان وجه القضاء بأن يقضي بالألف للأول أو للثاني أو لهما جميعا لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له والألف كله للأول ولو نكل للثاني أيضا كان الألف بينهما انتهى أقول لا صحة لقوله أو للثاني إذ لا احتمال للقضاء بالألف للثاني بعد نكوله في اليمين للأول والكلام فيه فالحق ههنا وجهان لا غير والعجب أنه قال في التعليل لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له والألف كله للأول ولو نكل للثاني أيضا كان الألف بينهما وهذا قطعي في أن الحق ههنا وجهان لا غير وكان منشأ زلته هو أن بعض الشراح قالوا في بيان وجه القضاء بأن يقضي بالألف لهما أو لأحدهما فتوهم الشارح المزبور أن مرادهم أو لأحدهما أيهما الأول والثاني فوقع فيما وقع مع أن مرادهم بأحدهما بعينه هو الأول

كتاب العارية

قد مر وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله في أول الوديعة ثم إنه قد وقع الاختلاف في تفسير العارية لغة وشريعة أما لغة فقد قال الجوهري في الصحاح العارية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار وعيب والعارة مثل العارية انتهى وقال المطرزي في المغرب العارية أصلها عورية فعلية منسوبة إلى العارة اسم من الإعارة كالغارة من الإغارة وأخذها من العار العيب والعري خطأ انتهى وفي بعض الشروح ما ذكر في المغرب هو المعول عليه لأن النبي صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة فلو كان في طلبها عار لما باشرها وفي القاموس والمغرب وقد يخفف العارية وفي المبسوط قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الإعارة في المكيل والموزون قرضا لأنه لا ينتفع بها إلا باستهلاك العين فلا تعود النوبة إليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة وإنما تعود النوبة إليه في مثلها وأما شريعة فقال عامة العلماء هي عبارة عن تمليك المنافع بغير عوض وقال الكرخي والشافعي رحمهما الله هي عبارة عن إباحة الانتفاع بملك الغير وسيأتي دليل الطرفين في الكتاب **قوله** ونحن نقول إنه ينبئ عن التمليك فإن العارية من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التمليك إلى آخره أقول فيه بحث من وجهين أحدهما أن للخصم أن يمنع كون العارية من العرية التي هي العطية ونقول بل هي من العار كما ذكر في الصحاح أو من العارة كما ذكر في المغرب أو من التعاور كما ذكر في المبسوط وعلى هذه الوجوه المروية عن ثقات الأئمة لا يثبت إنباء لفظ العارية عن التمليك وثانيهما أن للخصم أن يقول انعقاد العارية بلفظ التمليك لا يدل على كونها بمعنى التمليك دون الإباحة لجواز أن يكون لفظ التمليك هناك مستعارا لمعنى الإباحة لعلاقة لزوم الإباحة للتمليك كما قلتم في الجواب عن انعقادها بلفظ الإباحة أن لفظ الإباحة استعيرت للتمليك على ما سيأتي في الكتاب وقال صاحب العناية فيه بحث من وجوه الأول أنه استدلال في التعريفات وهي لا تقبل لأن المعرف إذا عرف شيئا بالجامع والمانع فإن سلم من النقض فذاك وإن انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض إن أمكن وأما الاستدلال فإنما يكون في التصديقات والثاني أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لأن من شرط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعديا إلى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الأعيان إلى هنا كلامه أقول كل واحد من وجوه بحثه ساقط أما الأول فلأن ما ذكر ليس باستدلال على نفس التعريف الذي هو من قبيل التصورات بل على الحكم الضمني الذي

والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك انما يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تعالى

يقصده المعرف كان يقال هذا التعريف هو الصحيح او هو الحق ولا شك ان مثل هذا الحكم من قبيل التصديقات التي يجري فيها الاستدلال وقد صرحوا في موضعه بان الاعتراضات الموردة في التعريفات من المنع والنقض والمعارضة انما تورد على الاحكام الضمنية بان هذا التعريف صحيح جامع مانع لا على نفس التعريفات التي هي من التصورات ولا ريب ان امر الاستدلال هنا ايضا كذلك واما الثاني فلان المصنف رح لم يقصد اثبات كون لفظ العارية موضوعا في عرف الشرع لتمليك المنافع بغير عوض بالقياس حتى يرد عليه انه قياس في الموضوعات بل اراد اثبات قبول المنافع لنوعي التمليك بالقياس على قبول الاعيان لهما وقصد باثباته هذا دفع توهم الخصم ان المنافع اعراض لا تبقى فلا يقبل التمليك كما صرح به الشارح المذكور ولا يخفى ان قبول الاعيان لنوعي التمليك حكم شرعي ثابت بالنص الدال على جواز البيع والهبة فيصح تعديته الى قبول المنافع لهما ايضا واما الثالث فلانه ان اراد بقوله والمنافع ليست نظير الاعيان انها ليست نظيرها من كل الوجوه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا اذ لا يشترط في صحة القياس اشتراك الفرع مع الاصل في جميع الجهات بل يكفي اشتراكهما في علة الحكم على ما عرف في اصول الفقه وان اراد انها ليست نظيرها في علة الحكم فهو ممنوع فان علة الحكم الذي هو القبول لنوعي التمليك فيما نحن فيه انما هي دفع الحاجة وهما اي الاعيان والمنافع مشتركتان في هذه العلة كما يفصح عنه قول المصنف رح والجامع دفع الحاجة ثم قال ويمكن ان يجاب عنها بان هذا التعريف اما لفظي او رسمي فان كان الاول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية انتهى اقول وفيه بحث من اوجه الاول ان هذا التعريف ان كان لفظيا كان قابلا للاستدلال عليه اذ قد تقرر في محله ان مآل التعريف اللفظي الى التصديق والحكم بان هذا اللفظ بازاء ذلك المعنى فلذلك كان قابلا للمنع بخلاف التعريف الحقيقي اذ لا حكم فيه بل هو تصوير ونقش فلا معنى لقوله فان كان للاول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك والثاني انه قد تقرر في موضعه ايضا ان التعريف الرسمي الذي بالخواص انما يكون بالخواص اللازمة البينة ولا شك ان اللوازم البينة لا تحتاج الى البيان فلا وجه لقوله وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية والثالث ان الظاهر ان ضمير عنها في قوله ويمكن ان يجاب عنها راجع الى اوجه بحثه مع ان ما ذكره في الجواب على تقدير تمامه انما يكون جوابا عن الوجه الاول من تلك الاوجه دون غيره كما لا يخفى على الفطن ثم قال ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بانها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في كلام المصنف رح ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه اولى انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلانه لو جعل ما ذكر في الكتاب حكم العارية لبقي البحث الثالث قطعا فلم يتم قوله كان سالما من الشكوك واما ثانيا فلان قول المصنف رح هي تمليك المنافع بغير عوض يحمل التمليك عليها بالمواظبة ينافي ظاهرا كون المذكور في الكتاب حكم العارية اذ حكم الشيء لا يحمل عليه بالمواظبة فلم يتم قوله وليس في كلام المصنف رح ما ينافيه ظاهرا واما ثالثا فلان توجيه هذا ينافي ما ذكره في اول كتاب العارية بطريق الجزم حيث قال واختلف في تعريفها اصطلاحا فقال عامة العلماء هي تمليك المنافع بغير عوض ولو كان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعي رح انتهى فان توجيه هذا يقتضي ان يكون الاختلاف المذكور في حكمها لا في تعريفها وقال بعض الفضلاء على قوله كان سالما من الشكوك اما من الاول فمسلم واما من الاخيرين فلا انتهى اقول سلامته من الثاني ايضا ظاهر اذ على تقدير ان يكون ما ذكر في الكتاب حكم العارية دون معناه شرعا لم يتصور وضع بينه وبين لفظ العارية حتى يتجه على دليل المذكور انه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح **قوله** والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا يكون ضائرة جواب عن قول الكرخي ومع الجهالة لا يصح التمليك ووجهه ان الجهالة المفضية الى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة كذا في الشروح قال صاحب الكافي في تقرير هذا المحل انما صحت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التمليك مع جهالة المدة لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان للمعير ان يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة والجهالة التي لا تفضي الى المنازعة

قال وتصح بقوله أعرتك داري هذه أو أخدمتك هذا العبد أو أركبتك هذه الدابة أو أسكنتك هذا البيت أو أطعمتك هذه الأرض لأنه صريح فيه وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة أو أسكنتك هذا البيت لأنه في إفادة المنفعة كالصريح لورود الشرع بها قال وفي أطعمتك هذا العبد كله دلالة على أنه في استخدامه وداري لك سكنى لأن سكنى الدار لا يكون إلا بسكنى بعض العبد وسكنى بعض الدار لا يكون إلا بسكنى كلها فجعل سكنى كلها كناية عن سكنى بعضها وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لأنه يحتمل تمليك المنافع فيحتاج إلى بيانه بدلالة آخره قال السغناقي وهذا يرجح في العارية وهي شاة لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولأن المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيها لا يوجد لم يتصل به القبض فلهذا يرجع عنه قال والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي رحمه الله يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق ولكن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء

لا تمنع مدة انتهى كلامه أقول فيه نوع خلل لأن قوله وإن صحت العارية مع جهالة المدة وإن لم يصح التمليك مع جهالة المدة يشعر بأن عامة العلماء قالوا بصحة العارية مع جهالة المدة وإن اعترفوا بعدم صحة التمليك أصلا مع جهالة المدة فيلزم أن لا يتم هذا الكلام جوابا عن قول الخصم ومع الجهالة لا يصح التمليك لأن مقصوده الاستدلال على أن العارية هي الإباحة دون التمليك لا على أنها غير صحيحة مع الجهالة فالأولى في العبارة أن يقول وإن صحت العارية مع جهالة المدة وإن كانت هي التمليك لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة إلى آخره تأمل قوله وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه قال صاحب العناية في تفسير قوله صريح فيه أي حقيقة في عقد العارية وفي تفسير قوله مستعمل فيه أي مجاز فيه ثم قال وفي عبارته نظر لأنه إذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول فلا فرق إذن بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز فأشار إلى الثاني بقوله مستعمل أي مجازا يعلم أن الآخر حقيقة إلى هنا كلامه ورد عليه بعض الفضلاء بأن قال فيه تأمل فإن تخصيص الأول بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك فلا يحسم مادة الإشكال انتهى أقول هذا ساقط لأن الصريح عند علماء الأصول ما انكشف المراد منه في نفسه فيتناول الحقيقة الغير المهجورة والمجاز المتعارف كما عرف في موضعه وأراد المصنف رحمه الله بالصريح ههنا الحقيقة فقط لقرينة ما ذكره في مقابلته كما بينه صاحب العناية فإن أراد ذلك بعض التخصيص الأول بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك أي ليست بصريحة بالمعنى الذي ذكره علماء الأصول فهو ممنوع وإنما يكون كذلك لو لم يكن قرينة على أنه أراد بالصريح ههنا معنى الحقيقة وليس كذلك إن أراد أن تخصيص الأول بذلك يوهم أن الثانية ليست بصريحة بمعنى الحقيقة فهو مسلم ولكن لا إشكال فيه حتى لا يحسم مادة قوله وملكتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة إلى آخره قال صاحب الكافي كان ينبغي أن يقول إذا لم يرد بها بدل قوله إذا لم يرد به الهبة وقال ويمكن أن يجاب عنه بأن الضمير يرجع إلى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل الطعن والجواب قلت المذكور شيئان بها قوله وملكتك هذا الثوب والآخر حملتك على هذه الدابة انتهى أقول مدار ما قاله على عدم الفرق بين المفهوم وبين ما صدق هو عليه فإن الشيئين المذكورين دون الأول وبين التأويل ههنا وفي قوله تعالى عوان بين ذلك هو الأول وهو شيء واحد لا محالة فلا غبار في الجواب لا يقال يجوز أن يكون مراد المجيب الواقع في الجواب لا نا نقول كون المذكور شيئين مع كونه غنيا عن البيان جدا يأبى عنه قطعا ذكره لفظة قلت سيما بعد ذكر الطعن والجواب كما لا يخفى على ذوي الألباب قوله وإنما كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولهذا أي ولكون الإذن ضروريا كان واجب الرد أي موقتة الرد واجبة على التعيين كما في الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فإنه وإن كان بإذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق إذا هلك ضمن فكذا هذا انتهى كلامه أقول حمل الشارح المذكور قول المصنف ولهذا على الإشارة إلى كون الإذن ضروريا وتفنن الشارح العيني وسكت سائر الشراح عن البيان بالكلية والحق عندي أنه إشارة إلى قوله لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء وإنما كان هذا هو الحق عندي بوجهين أحدهما أن الظاهر أن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء عطف على قوله كان واجب الرد فيقتضي كون المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله بعينه المعنى على التقديرين يكون فحوى هذا إشارة إلى كون الإذن ضروريا ولكون الإذن ضروريا صار كالمقبوض على سوم الشراء وهو الظاهر إن الإذن ليس بضروري في المقبوض على سوم الشراء وإما على تقدير أن يكون إشارة إلى ما ذكرته فيصير المعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق صار كالمقبوض على سوم الشراء ولا شك أن الأمر كذلك في المقبوض على سوم الشراء وثانيهما أن حديث كون الإذن ضروريا جواب عن سؤال متعلق بالعجزة في الاستدلال بخلاف قوله لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فلا يخفى أن أبا حنيفة في الاستدلال الحق بأن يمنع على قوله ولهذا كان واجب

ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض اولا باحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه ماذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه **قال** وليس للمستعير ان يؤاجر المستعار فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والنفقة ما هو فوقه ولو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه فان آجره ضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناوله العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ظهر انه آجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على المؤاجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم

الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ويؤيده ان صاحب الكافي اخر حديث كون الاذن ضروريا عن تفريع هذين النوعين **قوله** ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض اولا باحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه ماذونا فيه قال صاحب العناية في حل هذا المحل يعني ان الضمان ما ان يجب بالعقد او بالقبض او بالاذن وليس شيء من ذلك بموجب له اما العقد فلان اللفظ الذي تنعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض اولا باحتها على اختلاف القولين وما وضع لتمليك لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه واما القبض وانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه ماذونا فيه واما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف اليه انتهى كلامه اقول لا يذهب عليك ان احتمال كون الاذن موجبا للضمان مما لا يخطر ببال احد اصلا ولهذا لم يتعرض المصنف رح لنفي ذلك فظ في اثناء تقرير حجتنا في هذه المسئلة قدح الشارح المزبور اياه في احتمالات ايجاب الضمان ونسبة ذلك الى المصنف رح بقوله يعني خروج عن سنن الصواب **قوله** والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا جواب عن قول الشافعي رح والاذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه وتقرير القول بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يكن الا لضرورة الانتفاع لكن القبض ايضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثمة تعد ولا ضمان بدونه كذا في العناية وغيرها اقول للخصم ان يقول اذا لم يكن القبض ايضا الا لضرورة الانتفاع كان صحة القبض مقدرة بقدر الضرورة والضرورة انما هي في حالة الاستعمال فان هلكت في هذه الحالة فلا ضمان قطعا واما اذا هلكت في غيرها فينبغي ان يجب الضمان لكون هلاكها فيما وراء الضرورة فالاظهر في الجواب عن قول الشافعي رح والاذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه طريقة المنع الى القول بالموجب وقد افصح عنها صاحب غاية البيان حيث قال والجواب عن قوله والاذن لقبض العين يثبت ضرورة الانتفاع فيما قلنا لما مست الحاجة والضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في حالة الانتفاع مست الضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في غير حالة الانتفاع ايضا وهي حالة الامساك لان الانسان انما ينتفع بملك غيره كما ينتفع بملك نفسه ولا ينتفع بملك نفسه دائما اناء الليل واطراف النهار وانما ينتفع به ساعة ويمسك اخرى ولو انتفع بالعارية دائما يضمن كما اذا ركبها ليلا ونهارا فيما لا يكون العرف كذلك فثبت ان القبض في غير حالة الانتفاع ايضا ماذون فلا يوجب الضمان الى هنا كلامه واشير الى هذا الوجه من الجواب في الكافي ومعراج الدراية ايضا فتبصر **قوله** والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه جواب عن قول الشافعي رح وصار كالمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية وتقريره انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان الماخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالماخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان انتهى كلامه اقول لا يخفى على ذي فطنة ان تحرير هذا في تقرير الجواب مختل في الظاهر لان الضمير المستتر في فصار راجع الى الماخوذ بالعقد فيصير المعنى فصار الماخوذ بالعقد كالماخوذ بالعقد فيلزم تشبيه الشيء بنفسه وهو باطل ويمكن توجيهه بعناية وهي ان تحمل الباء في قوله لان الماخوذ بالعقد على الملابسة وفي قوله فصار كالماخوذ بالعقد على السببية فيصير معنى كلامه لان الماخوذ بملابسة العقد اي ما كان متعلقا بالعقد بان كان من مباديه له حكم نفس العقد فصار ذلك كالماخوذ بسبب نفس العقد فيؤول الى ما ذكر في الكافي وبعض الشروح من قولهم ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء اذ القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذا بجهته انتهى ثم اقول لا حاجة في حل كلام المصنف رح هنا الى ما ارتكبه صاحب العناية من التحرير الركيك المشعر بالاختلال كما عرفت بل له محملان صحيحان سالمان عن شائبة الخلل احدهما ان يكون معنى قوله لان الاخذ في العقد له حكم العقد لان الشروع في العقد بالمباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد وتمامه على ان يكون الاخذ من اخذ فيه بمعنى شرع فيه لا من اخذه وثانيهما ان يكون معناه لان الاخذ في العقد اي الماخوذ لاجل العقد له حكم العقد على ان تكون كلمة في في قوله في العقد بمعنى اللام كما في قوله تعالى فذلكن الذي

وقال الشافعي رحمه الله يجوز لان ما يجوز بيعه يجوز الاستئجار عليه كالثياب والعبيد ولنا ان المنافع لا تكون مقبوضة الا بمرور الزمان فهي معدومة والمعدوم لا يكون مالا متقوما ولان الاجارة لو وردت على المنافع لوجب ان لا تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع على ما ذكرنا في الهبة والمنافع اعتبرت حكما للاعيان القائمة فيملك الاجارة بملك العين ولا يملك بالعقد كما في الهبة وانما لا يجوز فيما يتفاوت باختلاف المستعمل دفعا للنزاع المفضي الى الفساد لان الاستحقاق بالعقد يقع على السواء وقد يختلف باستعمال غيره قال رضي الله عنه

لتمنى فيه وقوله عليه السلام ان امرأة دخلت النار في هرة حبستها على ما صرح به في مغني اللبيب فالاخذ حينئذ من اخذه بمعنى تناوله ثم قال صاحب النهاية اخذا من غاية البيان فان قيل سلمنا ان الاخذ في العقد لحكم العقد ولكن لا عقد ههنا اجيب بان العقد وان كان معدوما حقيقة فهو موجود تقديرا صيانة للاموال عن الضياع اذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السوال المذكور لا يتوجه ههنا اصلا اذ لا يقتضي ان يكون للاخذ في العقد حكم العقد بل يقتضي عدم تحققه اذ عند تحققه يكون الحكم لنفس العقد لا للاخذ فيه فلا معنى للقوله ولكن لا عقد ههنا ثم ان الجواب المزبور منظور فيه لانه وان كان في جعل العقد موجودا تقديرا صيانة لمال البائع عن الضياع لكن فيه تضييع مال المشتري اذ قد يكون هلاك المقبوض على سوم الشراء في يد المشتري بالعقد بل بسبب اضطراري وقد اخذه من يد المالك باذنه فلا وجب الضمان عليه خرج ماله الذي اداه من ملكه مجانا اي بلا عقد ولا تعد في شيء فيلزم النظر لاحد المتاخذين في العقد وترك النظر عن الآخر تامل **قوله** وله ان يعيره او اكان مما لا يختلف باختلاف المستعمل قال عامة الشراح كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال في النهاية ومعراج الدراية كذا ذكر الطحاوي الامام الترجماني اقول في اكثر هذه المسئلة اشكال اما في مثال الحمل فلانه وان كان مطابقا لما ذكره المصنف في آخر هذه المسئلة بقوله فلو استعار دابة وحمل عليها غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت انتهى الا انه مخالف لما سيجيء في كتاب الاجارات في باب ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز من ان الحمل كالركوب واللبس مما يختلف باختلاف المستعمل وحكم كل منها عند الاطلاق والتقييد كما ستطلع عليه وقد اضطرب كلام الفقهاء في عامة المعتبرات في شان الحمل حيث قالوا في كتاب العارية انه مما لا يتفاوت وقالوا في كتاب الاجارات انه مما يتفاوت ومن ظهر المخالفة صار بين كلامين في المقامين صاحب الكافي فانه قال ههنا سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة او لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة وقال في الاجارات ويقع التفاوت في الركوب واللبس والحمل فالمذهبين لا يصير المعقود عليه معلوما فلا يحكم بجواز الاجارة انتهى واما في مثال الزراعة فلانه سياتي في كتاب الاجارات في الباب المزبور انه لا يصح عقد الاجارة في استيجار الارض للزراعة حتى يسمي ما يزرع فيها لان ما يزرع فيها يتفاوت فلا بد من التعيين كيلا يقع المنازعة ولا يخفى ان المفهوم منه ان الزراعة مما تختلف باختلاف المستعمل وعن هذا مثل الامام الزيلعي ما يختلف باختلاف المستعمل فيما نحن فيه بمثاله وعد منها الزراعة حيث قال للمثل الركوب والزراعة واما في مثال السكنى فلان السكنى كالحمل والقصار يضر بالبناء دون السكنى غير الحائك لا يضر السكنى بها في استيجار الدور والحوانيت للسكنى كما ذكر في كتاب الاجارات فكان السكنى ايضا مما يختلف باختلاف المستعمل ويكون بمنزلة ما ذكر من ان الاضرار بالبناء اثر الحدادة والقصارة لا اثر السكنى لان مجرد السكنى لا يوثر في اندراس البناء فيضاف انهدام البناء الى الحدادة والقصارة كما بينه صاحب النهاية في كتاب الاجارة فلم يقع الاختلاف باختلاف المستعمل في نفس السكنى بل في امر خارج عنه والمثال ههنا انما هو نفس السكنى فلا اشكال فيه **قوله** والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فيجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة جواب عن قول الشافعي رح المنافع غير قابلة للملك وتقريره لا نسلم انها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة فيجعل في الاعارة كذلك دفعا للحاجة كذا في العناية وغيرها اقول فيه بحث لان حاصله القياس على الاجارة وقد تدارك الشافعي رح فمنعه حيث قال في ذيل تعليله وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة يعني ان علة اعتبار المنافع المعدومة قابلة للملك في الاجارة ضرورة دفع حاجة الناس وهذه العلة منتفية في الاعارة لاندفاع حاجتهم بالاباحة فلم تعم ما ذكره المصنف رح هنا جوابا عنه اللهم الا ان يقال الناس كما يحتاجون الى الانتفاع بالشيء لانفسهم كذلك يحتاجون الى نفع غيرهم بذلك الشيء وعند كون الاعارة اباحة لا يقدرون على نفع غيرهم بالعارية فلا يندفع حاجتهم الاخرى لضرورة دفع حاجتهم بالكلية وعت الى اعتبار المنافع قابلة للملك في العارية كما في الاجارة قال صاحب العناية بعد تقرير اولا المصنف رح هنا وقد مر الكلام فيه اقول لم يمر منه كلام مناسب للمقام سوى

وهذا اذا صدرت الاجارة مطلقة وهي على اربعة اوجه احدها ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع فللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء وفي اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان تكون مقيدة فيهما فليس له ان يجاوز فيه ما سماه الا بما هو دونه بالتقييد لا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خيرا منه كالحنطة مثل الحنطة والثالث ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا فله ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت فله ان يركب بنفسه ويركب غيره وان كان الركوب يختلف لانه لما اطلق فيه فله ان يتعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره كما لو تعين ركوبه ولو ركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمن لانه تعين لاركاب **قال** وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة عليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فيتضمن تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او القرض والقرض ادناهما فيثبت اذا كان من قضيته الاعارة والاستعارة ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة

بحثه الثالث من ابحاث الثلثة التي اوردها في صدر كتاب العارية ودفعنا كلها هناك لكنه ايضا ليس بمتمش هنا لان حاصله ان قياس المنافع على الاعيان ليس تاما لان من شرط القياس كون الفرع نظير الاصل قطعا وهنا اذا صدرت الاعارة مطلقة قال عامة الشراح اي ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة اقول فيه اشكال لان المذكور في الكتاب هو ان للمستعير ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف اختلاف المستعمل فمعناه ان للمستعير ولاية الاعارة فيما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقد تقرر في عامة كتب الفقه حتى المتون ان اختصاص ولاية الاعارة للمستعير بما اذا كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل انما هو اذا صدرت الاعارة مقيدة بان ينتفع به المستعير بنفسه واما اذا صدرت الاعارة مطلقة فللمستعير ولاية الاجارة مطلقا اي سواء كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل او مما لا يختلف وبهذا ما طبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية حتى المصنف رح نفسه حيث قال في آخر هذه المسئلة فلو استعار دابة ولم يسم شيئا لان يحمل ويعير مثله للحمل لان الحمل لا يتفاوت ولو ان يركب او يركب غيره وان كان الركوب يختلف انتهى فقول المصنف رح وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة على تقدير ان يريد بكلمة هذا الاشارة الى ما قاله عامة الشراح كما هو الظاهر انما تم لو لم تم ما ذكر في الكتاب فيما قبل مقيدا بقوله اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل ولما كان ذلك مقيدا به لم تم قول المزبور بل كان ينبغي لان يقول هذا اذا صدرت الاعارة مقيدة على ما نصوا عليه قاطبة كما بيناه والعجب من عامة الشراح انهم فسروا المشار اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف رح بما ذكروا ولم يتعرضوا لما فيه من الاشكال مع ظهوره جدا ثم ان الشارح تاج الشريعة كانه تنبه للمحذور الذي ذكرناه فقال في شرح قول المصنف رح وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة الاشارة لا تعود الى المسئلة المتقدمة بل الى ان للمستعير ان ينتفع بالعارية مثلا اذا طلقت العارية انتهى اقول هذا الذي ذكره هذا الشارح وجعله ما يعود اليه الاشارة مما لم نذكر فيما قبل قط فكيف يصح ان يكون مشارا اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف رح هنا ولا يشارك الاشارة الا الى المحسوس المشاهد والى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد كما تقرر في موضعه فكانه هرب عن ورطة ووقع في ورطة اخرى اشد من الاولى والانصاف ان المصنف رح لو ترك قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وشرع في الكلام الذي يسبطه بان يقول والاعارة على اربعة اوجه لكان احرى ولقد احسن صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال اولا ولان يعير وذكر خلاف الشافعي رح بين دليل الطرفين ثم قال ثم هذه المسئلة على وجهين اما ان حملت الاعارة مطلقة في حق المنتفع بان استعار ثوبا للبس ولم يبين اللابس او دابة للركوب ولم يبين الراكب او دابة للحمل ولم يبين الحامل وفي هذا الوجه لان يعير سواء كان المستعار شيئا تتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة او لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة بناء على اطلاق اللفظ واما اذا صحت الاعارة مقيدة بان عين المنتفع او المركب بنفسه او بغيره فليس له ان يعير غيره لان الناس يتفاوتون في الانتفاع بكل واحد منهما في الحمل وليس ان يعير فيتفاوت الناس فيما ينتفع باللبس والركوب ثم قال فهذا هو الكلام في اعارة المستعير وانما الكلام في انتفاعه في المستعار فهو على اربعة اوجه فذكر ما ذكره المصنف رح من الوجوه الاربعة **قوله** الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او الى خير منه كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من حنطة فحمل عليها قفيزا من حنطة اخرى او حمل عليها قفيزا من شعير فانه في الاستحسان وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا يتيسر للمنعة والضرر الايسر ان الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة او مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير انحف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول ما ذكروه في وجه الاستحسان ينقض بالوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار فانه لم ينفذ بيعه على ما صرحوا به مع ان ما ذكروه في وجه الاستحسان ههنا جار هناك ايضا بعينه فينبغي ان ينفذ بيعه ايضا فتامل **قوله** اعلم ان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه

اما الاعتبار لجهة بان استعار الدراهم ليبرهن بها ويزن بها كما لو لم تكن قرضا لكون له الانتفعة المسماة فصار كما اذا استعار آنية ليتجمل بها وسيجئ
يقال وان استعار رضا ليبرهن فيها او يزن بها او ليجعل فيها ويكيله فلم البناء الغرس ما لو جوع فلما بنا ولا ما لو رفعا منفعة معلومة فلم الحمار فكذا لا يجوز رجوع
الوجوع في المستعير علما ان من المعير ليكون تفريغها لم يكن وقت العارية فضمن على كان المستعير مقصرا غير معذور حيث اقدم على طلب المقصر من غير ان يستبين منه لو على ان الآن وقت العارية رجع
قبل الوقت حتى رجع لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد ومن المعير لتقصيره بالرجوع في الغرس للتكلف به مغرورا حيث قبله فالظاهر حمل لو فعله بالعصر فيرجع عليه لتقصيره عن نفسه كذا ذكره
القدوري في المختصر وذكر الحاكم الشهيد انه يضمن الاقل من المستعير قيمة غرسه وبنائه يكون الا ان يشاء المستعير ان يرفعها فليس له ذلك فيتملكه ان اراد لكنه
ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه حدث الاصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعار ارضا ليزرعها
لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت لان للمقاسمة معلومة وفي الترك بالاجر مراعاة الحقين

اقول يرد على هذا التعليل خاليا عن التحصيل لان حقيقة الاعارة متحققة في عارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود اذ قد صرحوا في صدر كتاب العارية
بان من شرطها كون المستعار قابلا للانتفاع به مع بقاء عينه وان الاشياء المذكورة لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فتقدر حقيقة الاعارة فيها فجعلنا بالكفالة
عن القرض وكذا حكم الاعارة متحقق في عارية الاشياء المذكورة اذ قد صرحوا بانها مضمونة بالهلاك من غير تعد من القابض فاذا لم تتحقق حقيقة الاعارة
ولا حكمها في عارية هذه الاشياء فلا تاثير فيها اصلا لان يكون من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين ولا اقامة دليل على عدم ثبوت هذا الحكم في هذه الاشياء
في الجملة بين العارية والقرض صالحا ان يجعل لفظ الاعارة في مستعار به مجازا كناية عن معنى الاقراض على كل منافي صلاحية ذلك لكن على اصل السنة كما هو الظاهر من اسلوب التحرير فعليك بالتامل السادس قوله
واما اذا اعير الحنطة بان استعار الدراهم ليشتري بها ويزن بها كما لم يكن قرضا لكون له الانتفاع المسماة اقول لقائل ان يفعل المفهوم من هذا الكلام امكان الانتفاع بعين الدراهم ونحوها واعتبار ذلك شرعا
ايضا فكيف يتم ما ذكرتما سابقا من انه لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها ويمكن ان يجاب بان المذكور سابقا بناء على الاكثر الاغلب فالمراد انه لا يمكن الانتفاع بنحو الدراهم
في الاعم الاغلب الا باستهلاك عينها فيدار الحكم عند الاطلاق على ما هو الاغلب واما عند تعيين الجهة فيجوز ان المقصود تمليك المنفعة مع بقاء
العين على ملكه فيحمل على ذلك فان قلت عبارة المصنف رح لا تساعد التوجيه الذي ذكرته فان الحصر المستفاد من قوله ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك
عينها يقتضي انتفاء امكان الانتفاع بها بالكلية بدون استهلاك عينها قلت يمكن حمل الحصر المذكور على الحصر الادعائي بناء على عدم الاعتداد بالاقل
فلا يقتضي انتفاء ذلك بالكلية قوله وضمن المعير نقض البناء والغرس بالقلع قال صاحب العناية اي نقصان البناء والغرس على ان ما مصدرية ويجوز ان
تكون موصولة بمعنى الذي فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين وعلى الاول يكونان مرفوعين انتهى كلامه وتبعه الشارح العيني اقول لا نظير وجه صحته
لكون البناء والغرس منصوبين ههنا لان الذي نقص البناء والغرس انما هو القلع فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعير قلع البناء
والغرس وليس هذا بصحيح لان القلع ليس من جنس ما يضمن بل هو سبب الضمان وانما المضمون قيمة البناء منتقضة بالقلع ويمنع ايضا صحة المعنى على
ذلك التقدير قوله بالقلع اذ يصير المعنى حينئذ وضمن المعير القلع بالقلع ولا يخفى ما فيه قال الوجه عندي ههنا رفع البناء والغرس لا غير اما على تقدير كون ما مصدرية
فواضح واما على تقدير كونها موصولة فتقدير الضمير الراجع اليها على ان يكون تقدير الكلام وضمن المعير ما نقص البناء والغرس فيه بالقلع وهو القيمة فيكون
كلمة نقص ههنا من نقص في دينه وعقله كما ذكر في القاموس وقال صاحب العناية ووجه قولنا نقص البناء والغرس ان يظهر كم يكون قيمة البناء والغرس
اذا بقي الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته بقلع ان كان قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا واذا قلع في الحال يكون قيمته انتقص دينارين
يرجع بهما انتهى كلامه وقد كان صاحب الكفاية وتاج الشريعة ذكرا سبق هذا الكلام مثالا على المنوال الذي ذكره صاحب العناية غير انهما قالا بدل قوله فيرجع
بثمانية دنانير فكان بعض العلماء اعتذر عما قالا لاخصة فاورد على ما ذكره صاحب العناية حيث قال فيه كلام وهو ان القلع انقص دينارين بل نقص ثمانية دنانير
فينبغي ان يرجع بها كذا لا يخفى انتهى اقول لعل صاحب العناية اراد بقيمة النقص في قوله يكون قيمة النقص دينارين نقصان القيمة على طريق القلب لا يخفى
انه اذا كان نقصان القيمة بالقلع دينارين كان التفاوت بين القيمتين بدينارين فيرجع بهما قطعا واما صاحب الكفاية وتاج الشريعة فكانهما اراد بقيمة
النقص ما به النقص فكان قيمة الناقص بالقلع دينارين يكون التفاوت بين القيمتين ثمانية دنانير فيرجع ثمانية دنانير وبهذا ظهر توجيه كلام كل من طائفتي هؤلاء الشراح
وارتفع ما اورده ذلك البعض من العلماء على ما ذكره صاحب العناية كما لا يخفى واجاب بعض الفضلاء عن ذلك بوجه آخر حيث قال فاقول الظاهر ان
قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة اي القيمة المنقوصة فلا اشكال انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد اذ لا يجوز اضافة الموصوف الى الصفة

العناية

بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال واجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مؤنة الرد فتكون عليه واجرة رد العين المستأجرة على المؤجر لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فتكون مؤنته عليه قال واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كآلة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط قال وان استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب او الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف فيه قال ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة وله ان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد ربها او اجيره لان المالك يرضى به الا ترى انه لو ردها اليه فهو يردها الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفعها اليه دائما يدفع اليه احيانا وان ردها مع اجنبي ضمن ودل على ان للمستعير ان يودع وقال بعض المشايخ ليس له ذلك لانه دون الاعارة قال ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها تختص بالزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله اعلم

ولا اضافة الصفة الى الموصوف على المذهب المنصور المتاخي تقرر في عامة متون النحو وشاع ان الموصوف لا يضاف الى صفته ولا الصفة الى موصوفها وانما جوز ذلك مذهب سخيف كوفي لا ينبغي ان يعبأ به السيد في توجيه كلام الثقات على ان النقص فيما نحن فيه لا يصلح ان يكون صفة للقيمة الا بعد ان يجعل مجازا عن المفعول فيكون بمعنى المنقوصة وهذا تعسف بعد تعسف ولعمري ان من عادة ذلك الفاضل ان يتشبث بذلك المذهب السخيف مع ركاكته في توجيه بعض المقامات وقد مر منه ذلك غير مرة ومع ذلك يزعمه معنى لطيفا ظاهرا كما يلوح به قوله ههنا فاقول الظاهر ان قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة وما كان ينبغي له ذلك **قوله** بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك اقول لقائل ان يقول اذا كان وقت في الغرس الذي ليس له نهاية معلومة بالتوقيت فينبغي ان لا يؤخذ الارض منه ههنا ايضا الى تمام ذلك الوقت مراعاة للحقين والجواب ان المراد ان الغرس ليس له في نفسه نهاية معلومة وبالتوقيت لا يتقرر له نهاية ايضا اذ لا يقلعه المستعير في تمام ذلك الوقت اما بعد سنة لحاجة نفسه او بمانع يمنعه عنه فيلزم ان يتضرر المالك بخلاف الزرع فان له في نفسه نهاية معلومة لا يتأخر عنه بالضرورة فافترقا واما ما قال بعض الفضلاء من ان الضرر لصاحب البناء والغرس متعين بعد وقت ولا دليل على ان نهاية معلومة يقينا اذ يمكن ان يتعين الضرر لصاحب البناء والغرس ممنوع اذ يجوز ان يسكن صاحب البناء في البناء شتاء ثم ينقض البناء اذا جاء الصيف وان يغرس صاحب الغرس الشجر ثم يقلعه بعد سنة ليبيعه كما هو العادة فان وقت المعير العارية بالمدة المعتادة في نقض مثل ذلك البناء وقلع مثل ذلك الشجر ولم يؤخذ الارض من المستعير الى تمام تلك المدة لم يتضرر صاحب البناء والغرس اصلا فما وجه ما ذكره صاحب الكفاية تاج الشريعة عند شرح قول المصنف رح ثم اذا لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث قال فان قيل هو مغرور لانه ان لم يوقت صريحا لكن وقت دلالة لان البناء او الغرس للدوام فكانت الاعارة له توقيتا قلنا البناء قد يبنى لسنة قليلة بان يسكن شتاء ثم ينقض اذا جاء الصيف والشجر قد يغرس ثم يقلع بعد زمان ليباع كما هو العادة انتهى كلامه تأمل ترشد ممنوع

قوله لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده قال صاحب العناية فان قيل كما ان المنفعة سالمة للمؤجر فكذلك هي سالمة للمستأجر ايضا وهي الانتفاع بمنافع العين المستأجرة قلنا ان المنفعة الحاصلة للمؤجر مال حقيقة وحكما وما حصل للمستأجر منفعة وليس بمال من كل وجه فكان اعتبار منفعة المؤجر اولى الى هذا اشار الامام المحبوبي وغيره في باب مسائل متفرقة من اجارات الجامع الصغير حيث قالوا وفي المستأجر المنفعة عائدة الى الآجر لانه يتوصل به الى ملك الآجر اكثر ما فيه ان لكل واحد منهما فيه منفعة لكن منفعة الآجر اقوى لانه مالك العين وملك المستأجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين انتهى وقد اخذ منه صاحب العناية حيث قال ولا يعارض بان المستأجر ايضا انتفع بمنافع العين المستأجرة لان منفعة الآجر عين ومنفعة المستأجر منفعة والعين لكونه متبوعا اولى من المنفعة انتهى اقول في الجواب نظر اذ الظاهر ان مرادهم بالمنفعة في قولهم ان منفعة الآجر عين هو الاجرة كما صرح به في الكافي والاجرة لا يلزم ان تكون عينا البتة اذ قد مر في كتاب الاجارات ان الاجرة قد تكون عينا وقد تكون دينا وقد تكون منفعة من خلاف جنس المعقود عليه فلم يتم القول بان منفعة الآجر عين على الكلية فلم يتم الجواب **قوله** وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها قال صاحب العناية في تحرير المقام وفي القياس هو ضامن لانه تضييع لا رد وصار كرد المغصوب او الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه ما ارتضى بالرد الى عياله لما اودعها اياه انتهى كلامه اقول هذا تحرير مختل فان قوله لان الواجب على الغاصب الى آخر كلامه المزبور يشعر بالفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا ينبغي ان يذكر في بيان وجه القياس كما لا يخفى ولهذا لم يذكره احد سواه ههنا بل انما ذكروه في تعليل ما سيأتي كما ترى

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا وتحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتجوز بالايجاب والقبول والقبض مالا يجاب والقبول فلانه عقد فلا يتم الا بهما والقبض بالاجماع والقبول القبض لان بالثبوت الملك وقال مالك وتثبت الملك فيه قبل القبض لعتباره بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا يجوز الهبة الا مقبوضة وللزوم في الملك لان الجواز بدونه ثابت

كتاب الهبة

قدمنا وجه المناسبة والترتيب في الوديعة وهو الترقي من الاوفى الى الاعلى ولان العارية كالمفرد والهبة كالمركب لان فيها تمليك العين مع المنفعة فتم بحمد الله الهبة لا تحصى ولا تخفى على ذوي النهى فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال انك انت العزيز الوهاب وفيها كفى لما سنا ثم ان الهبة في اللغة اعطاء من الوهب بالتسكين الساذج تحريكا وكذلك في كل مستقل الناكا لوعد والعدة والوعد والعطية فكانت من الصادقة التي يجذف اوائلها ويعرض في اواخرها التأدية سميا بايصال الشيء الى الغير بما ينفعه سواء كان مالا او غيره يقال وهب له مالا او هبا وهبته ويقال وهب الله فلانا ولدا صالحا ومنه قوله تعالى فهب لي من لدنك وليا يرثني ويقال وهبه مالا ولا يقال وهب عقد وبيعي الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات وهوائب تهبة منه قبله واستوهبه طلب اليه هكذا في معراج الدراية وغيره والمعنى الشرعية في تمليك المال بلا عوض كذا في عامة الشروح بل المتون اقول يرد عليه النقض عكسا بالهبة بشرط العوض كما ترى ولم ار احدا من شراح هذا الكتاب حال حل التعرض للجواب عن هذا النقض والايراد مع ظهور وروده جدا غير ان صاحب الدرر والغرر قصد الى الجواب عنه حيث قال في متنه هي تمليك عين بلا عوض وقال في شرحه اي بلا شرط عوض لان عدم العوض شرط فيه فينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر انتهى كلامه اقول فيه نظر اولا لان المراد لقولهم بلا عوض في تعريف الهبة معنى بلا شرط عوض لعمري ما كان بشرط العوض من الهبة بناء على ما تقرر من العلوم العقلية من ان بلا شيء اعم من بشرط شيء ومن بشرط لا شيء لكان تعريف الهبة صادقا على البيع ايضا كما لا يخفى فلزم ان ينتقض بطرده على عكس ما في المعنى الظاهر فلا يندفع المحذور بذلك بل يشتد ثم اقول يمكن الجواب عن اصل النقض بانه يجوز ان يكون المراد لقولهم بلا عوض في تعريف الهبة بلا اكتساب عوض فالمعنى ان الهبة هي تمليك المال بشرط عدم اكتساب العوض فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض فانها وان كانت بشرط العوض الا انها ليست بشرط الاكتساب الا يرى انهم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب فقالوا اخرج بقولنا بطريق الاكتساب الهبة بشرط العوض ثم اقول بقي في التعريف الزلور شيء وهو انه يصدق على الوصية بالمال فانها ايضا تمليك المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار فلو زاد واقيد في الحال فقالوا هي تمليك المال بلا عوض في الحال تخرج ذلك فان الوصية تمليك بعد الموت لا في الحال قوله وتصح بالايجاب والقبول الى آخره قال صاحب النهاية اي تصح بالايجاب وحده في حق الواهب وبالايجاب والقبول في حق الموهوب له لان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع فصار بوجوده منزلة الاقرار والوصية ولكن لا يملك الموهوب له الا بالقبول والقبض وثمرة ذلك تظهر فيما ذكر في سائر متفرقة من كتاب الايمان في قوله ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل فقد بر في يمينه بخلاف البيع انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المسائل ونسج صاحب غاية البيان منهى المقام على هذا المنوال ايضا وعزاه الى الحصر والمختلف ونبه صاحب النهاية اية كلام هنا على اختيار هذا المعنى حيث قال في شرح هذا المقام وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين اما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف ولهذا لو حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه بخلاف البيع واما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع انتهى والشارح العيني ايضا اقتفى اثره ولا ريب ان اكثر الشراح ههنا على ان الهبة تتم بالايجاب وحده اقول هذا الذي ذكره وان كان مطابقا لما ذكره المصنف رح في مسائل متفرقة من كتاب الايمان فانه قال هناك ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه خلافا لزفر رح فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا لو قال وهبت ولم يقبل انتهى الا انه غير مطابق لما ذكره في هذا المقام لان قولنا الايجاب والقبول فلانه عقد وهو ينعقد بالايجاب والقبول بمنزلة الصريح في ان عقد الهبة لا يتم الا بالايجاب والقبول كسائر العقود ويشهد بهذا قوله والقبض لا بد منه لثبوت الملك اذ لو كان مراده ان الهبة عقد تبرع

ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الوارث متاخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضه الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان يأذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين

فيتم بالمتبرع ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض يقال والقبول والقبض لثبوت الملك وهذا كله مما لا سترة به عند من له ذوق صحيح ثم ان صاحب النهاية ومعراج الدراية قد كان صرحا قبيل هذا الكلام بان ركن الهبة هو الايجاب والقبول ولا يخفى ان ذاك التصريح عنهما ينافي القول منهما ههنا بان الهبة يتم بالايجاب وحده اذ لا شك ان الشيء لا يتم ببعض اركانه بدون حصول الآخر ضرورة انتفاء الكل بانتفاء جزء واحد منه واعلم ان صاحب الكافي وصاحب الكفاية سلكا ههنا مسلكا آخر فقالا وركنها الايجاب والقبول لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير بدون تمليكه والزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله وانما يحنث لو حلف ان لا يهب فوهب ولم يقبل لانه انما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب والقبول لانه فعل الغير انتهى كلامهما اقول هذا التقرير وان كان مناسبا لما ذكره المصنف رح ههنا الا انه غير ملائم لما ذكره في مسائل متفرقة من كتاب الايمان كما نقلناه آنفا وايضا يرد عليه ان التعليل المذكور للحنث فيما لو حلف ان لا يهب فوهب ولم يقبل يقتضي ان يحنث ايضا فيما لو حلف ان لا يبيع فباع ولم يقبل لان المقدور له في كل عقد هو الايجاب لا القبول مع انه لا يحنث في صورة البيع كما صرحوا به والحاصل ان كلمات القوم في هذا المقام لا يخلو عن الاضطراب وعن هذا قال صاحب غاية البيان واما ركنها فقد اختلف المشائخ فيه قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه هو مجرد ايجاب الواهب وهو قوله وهبت ولم يجعل قبول الموهوب له ركنا لان العقد ينعقد بمجرد ايجاب الواهب ولهذا قال علماؤنا اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا وقال صاحب التحفة ركنها الايجاب والقبول ووجهه ان الهبة عقد والعقد هو الايجاب والقبول الى هنا كلامه وقال في البدائع اما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فاما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس ان يكون ركنا وهو قول زفر رح وفي قول قال القبض ههنا ركن وفائدة هذا الاختلاف يظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه له فلم يقبل انه يحنث استحسانا وعند زفر رح لا يحنث ما لم يقبل وفي قول ما لم يقبل ويقبض واجمعوا على انه اذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان فباعه فلم يقبل انه لا يحنث الى هنا كلامه **قوله** ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح يعني لو ثبت الملك بمجرد العقد يتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي الى ايجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به وايجاب شيء لم يتبرع يخالف موضوع التبرعات بخلاف المعاوضات كذا في الكافي وبعض الشروح ورد بان المتبرع بالشيء قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذر ان يصلي وهو يحدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم او صلاة لزمه الاتمام واجيب بانه مغالطة فان ما لا يتم الشيء الا به فهو واجب اذا كان ذلك الشيء واجبا كما ذكرت من الصور فانه يجب بالنذر او الشروع وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به كذا في العناية اخذا من النهاية اقول فيه كلام اما اولا فلان قوله فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم منقوض بالهبة للقريب وبالهبة المعوض عنها وبغيرها مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع كما سيأتي واما ثانيا فلانه اذا جاز له الرجوع قبل التسليم وبعده فلم يكن في اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم اذ بجواز الرجوع قبل التسليم ينتفي لزوم التسليم فمن اين يجب الزام التسليم فليتأمل في الدفع **قوله** ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك قال الشراح قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول فالمعنى ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث ان الحكم وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع وبه صرح في المبسوط واشار اليه في الايضاح وقال بعض الفضلاء ولا ادري ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف لا يستلزم الايجاب التام انتهى اقول لعل المانع عنه امران احدهما ان المتبادر من كون الشيء بمنزلة الشيء ان يكون قائما مقامه وهذا لا يتصور فيما اذا كانا في عقد واحد كالقبض والقبول في الهبة فان كلا منهما حينئذ يعطي حكم نفسه بنفسه فلا يأخذ احدهما حكم الآخر فلا يؤخذ نزول احدهما

وهو قول الشافعي رح لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك

منزلة الآخر وقيامه مقامه بخلاف ما اذا كانا في عقدين مختلفين كالقبض في الهبة والقبول في البيع فانه يجوز حينئذ ان يأخذ احدهما حكم الآخر فيكون بمنزلته وعن هذا قال في المبسوط ولما كان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع اخذ حكم القبول في البيع وثانيهما ان التوقف وان لم يستلزم الايجاب التام الا ان القبول في الهبة كما لا يوجب ثبوت حكم عقد الهبة وهو الملك لا يتوقف عليه ايضا ثبوت حكم عقد الهبة لثبوت حكمه بدون تحقق القبول فانه لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض نص عليه الامام الزيلعي رح في التبيين وذكر في الذخيرة ايضا فلا يصح ان يقال ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك بخلاف القبول في البيع فانه لا يثبت الملك قطعا ولا يصح عقد البيع اصلا بدون تحقق القبول فيه وهذا الوجه الثاني قطعي في المنع كما ترى وطعن صاحب الغاية في قول المصنف رح ولنا ان القبض الى آخره حيث قال وكان ينبغي ان يقول وجه الاستحسان لانه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن فلم يكن قوله ولنا مناسبا انتهى وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال بعد نقله قلت لما كان القياس وهو قول الشافعي رح ووجه الاستحسان قولنا ناسب ان يقول ولنا وان لم يصرح بذكر الشافعي رح انتهى اقول ان تحقق خصم يأخذ بالقياس في هذه المسئلة لما يجوز ان يقول ولنا ايماء الى وقوع منازع في هذه المسئلة واما مناسبة هذا القول وحسنه فانما يحصلان عند ذكر مخالفة الخصم فيما قبل كما هو المتعارف المعتاد ومراد صاحب الغاية مؤاخذة المصنف رح بتقوية المناسبة في تحريره لا نفي الصحة والجواز عن كلامه بالكلية فلا يدفعه ما قاله الشارح العيني كما لا يخفى واعترض على الدليل المزبور بانه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح امر البائع المشتري بالقبول بعد المجلس واجيب بان الايجاب من البائع شطر العقد ولهذا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحنث فاما ايجاب الواهب فعقد تام بدليل انه لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث استحسانا فيقف على ما وراء المجلس فيصح الامر بالقبض وقبضه بعد المجلس وهذا السؤال والجواب مذكوران في عامة الشروح وعزاهما في النهاية ومعراج الدراية الى المختلفات اقول في الجواب بحث اما اولا فلانه لا يدفع السؤال المذكور بل يقرره لان حاصل ذلك السؤال القدح في المقدمة القائلة ان القبض بمنزلة القبول بانه لو كان كذلك لما صح في القبض ما لا يصح في القبول من التأخير الى ما بعد المجلس وحاصل الجواب بيان الفرق بين ايجاب الواهب وايجاب البائع بان الاول عقد تام والثاني شطر العقد وجعل هذا الفرق مدارا لصحة القبض بالاذن بعد المجلس في الهبة وعدم صحة القبول بالامر بعد المجلس في امر البيع وخلاصة هذا بيان لمية صحة القبض في الهبة بعد المجلس وعدم صحة القبول في البيع بعده وهذا لا يدفع القدح في قولهم ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع بل تقرر ذلك كما لا يخفى واما ثانيا فلانهم صرحوا بان الحكم في البيع الفاسد على هذا التفصيل المذكور في الهبة لافتقاره ايضا الى القبض كما ذكر في الكافي وفي غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده ولا يخفى ان الجواب المذكور لا يتمشى في تلك الصورة راسا لان الايجاب في البيع الصحيح والايجاب في البيع الفاسد سيان في كونهما شطر العقد لا تمامه فلا يتم الفرق المزبور هناك واورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجهين آخرين حيث قال فيه بحث فانه لو صح ما ذكر لجاز القبول بعد المجلس بامر الواهب وايضا هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف رح من انه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول انتهى اقول كلا وجهي بحثه ساقط اما الاول فلان الملازمة في قوله لو صح ما ذكر لجاز القبول بعد المجلس بامر الواهب فمسلم فاما بطلان التالي فممنوع اذ قد ذكرنا فيما مر آنفا انه لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح على ما نص عليه في التبيين وذكر في الذخيرة ايضا فاذا صح عقد الهبة من غير قبول اصلا فلان يصح بالقبول بعد المجلس بامر الواهب اولى كما لا يخفى واما الثاني فلانا قد نقلنا عن البدائع فيما مر ان ركن الهبة هو الايجاب من الواهب واما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس ان يكون ركنا فمدار الجواب المذكور على الاستحسان ومدار ما تقدم من المصنف رح

ايجاب

والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا للمشتري على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الى اوان القبول والقبول مفيد المجلس فكان تسليطا من غير عوض ما اذا اضاف عن القبض في المجلس لان الكلام في القبض في مقابلة العوض قال يتعدد الهبة بقوله وهبت وسلمت لو قبض كان الاول صريحا فيه والثاني مستعملا فيه قال عليه السلام اذا اردت عملت مثل هذا وكن الثالث يقال لمطاوعة وهبك امه بمعنى لسود كذا ينعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وحملت هذا الثوب لك وقصرتك على هذه الدابة او انوى بالحمل الهبة لما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين

على القياس فلا تناقض بينهما كيف وقد صرح المصنف رحمه الله في مسائل متفرقة من كتاب الايمان بان الهبة عقد تبرع فيتم بالتبرع ولهذا قال وهبت ثم قبل والعاقل لا يتكلم بما يناقض كلام نفسه فوجه التوفيق حمل احدهما على القياس والآخر على الاستحسان **قوله** والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض يعني ان مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض تحصيلا للمقصود وكان ذلك دلالة ونقض هذا بفصل البيع فان مقصود البائع من ايجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الايجاب والقبول هناك لم يجب ايجاب البائع تسليطا على القبض حتى ان المشتري لو قبض المبيع بغير اذن البائع قبل نقد الثمن جاز للبائع ان يسترده ويحبسه حتى يأخذ الثمن واجيب بانا لا نسلم ان مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بحائل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك للمشتري ضمني لا قصدي فلا معتبر به كما في شروح القدوري لا يرد النقض المذكور رأسا اذ لو سلم ان المقصود البائع من ايجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري فذاك المقصود يحصل بقبول المشتري من غير توقف على القبض فان القبض ليس بشرط لثبوت الملك للمشتري فلا تقتضي بحصل ايجاب البائع تسليطا على القبض لحصول مقصوده بدون ذلك بخلاف فصل الهبة كما تقرر **قوله** بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه احتراز القبول والقبول تقيد بالمجلس فكذا ما يحق به اقول لقائل ان يقول انما الحق القبض في الهبة بالقبول في البيع من حيث ان حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع كما تقرر فيما مر آنفا لا من جميع الحيثيات الا ترى ان القبض في الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك بخلاف القبول في البيع فانه ركن داخل لا يتم العقد بدونه واذا كان كذلك فلا يلزم من ان تقييد القبول بالمجلس ان يتقيد ما يلحق به من الحيثية المذكورة بالمجلس ايضا ان تقييد القبول بالمجلس من احكام كونه ركنا داخلا في العقد ولان الايجاب القبول بعد المجلس بامر البائع ايضا فلا يتعدى الى ما ليس بركن داخل في العقد وهو القبض وان كان ملحقا بالقبول من حيث كونه موقوفا عليه لثبوت حكم العقد والا يلزم ان لا يصح التسليم بعد المجلس بالاذن ايضا فتامل والاولى في تقرير وجه الاستحسان في مسئلتنا هذه ما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية وهو انه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض لان القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحا واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لاحالة كان الاقدام على الايجاب اذنا للموهوب له بالقبض اقتضاء كما في باب البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا للمشتري بالقبول مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الآن ما ثبت اقتضاء ثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الاذن في المجلس لان الايجاب يبقى صحيحا متى قبض في المجلس فلا يعتبر ثباتا فيما وراء المجلس بخلاف ما لو ثبت نصا لان الثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس انتهى **قوله** اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين قال صاحب غاية البيان وللناظر في تقرير صاحب الهداية نظر لانه قال ان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين فعلى هذا ينبغي ان يكون المراد من الاطعام في الكفارة التمليك لا الاباحة كما هو مذهب الخصم لان المراد من الاطعام في الكفارة الاطعام لا تمليك عينه فكان الاطعام في الآية مضافا الى ما يطعم عينه فافهم انتهى كلامه اقول يمكن الجواب عن هذا النظر بان مراد المصنف رحمه الله بالاضافة الى ما يطعم عينه ان يذكر ما يطعم عينه ويجعل مفعولا ثانيا للاطعام وفي آية الكفارة لم يكن الامر كذلك فكان للاطعام فيها على اصل وضعه وهو الاباحة ويرشدك الى هذا التوجيه انه قال في تنقيح الاصول في اوائل التقسيم الرابع وفي قوله تعالى اطعام عشرة مساكين اشارة الى ان الاصل فيه هو الاباحة والتمليك يلحق به لان الاطعام لغير طاعما لا جعله مالكا والحق به التمليك للاتي المقصود قضاء حوائجهم وهي كثيرة فافهم التمليك متقاسما انتهى وقال في التلويح واما قوله تعالى

بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا يطعم فيكون المراد اكل غلتها واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك والثالث فلقوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الارتكاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسى الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه

هذا الطعام فانما كان هبة وتمليكا بقرينة الحال لانه لم يجعله طاعما قالوا وايضا بطرانه اذا ذكر المفعول الثاني فهو للتمليك والا فللاباحة انتهى كلامه تامل ترشد ثم انه قد ذكر في المحيط البرهاني نقلا عن الاصل واذا قال اطعمتك هذه الارض فهو عارية ولو قال اطعمتك هذا الطعام فان قال فاقبضه فهو هبة وان لم يقل فاقبضه يكون هبة او عارية انتهى اقول لا يذهب على ذي فطنة ان اطلاق رواية الكتاب وتعليل المصنف رح بما ذكر لا يطابقان رواية الاصل لان الظاهر منهما ان يكون قوله اطعمتك هذا الطعام هبة مطلقا ورواية الاصل صريح في ان قوله المذكور انما يكون هبة اذا قيده بقوله فاقبضه واما اذا لم يقيده بذلك فيحتمل الامرين اي الهبة والعارية وان النظر المذكور لا يتجه اصلا على ما في رواية الاصل لان التمليك انما يستفاد على هاتيك الرواية من قوله فاقبضه لا من لفظة الاطعام فلا ينافي ان يكون الاطعام في آية الكفارة في اصل وضعه هو الاباحة

قوله بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد اطعام غلتها اقول لقائل ان يقول كون الارض مما لا يطعم عينه انما يقتضي ان لا يكون الاطعام المضاف اليها على حقيقته ولا يقتضي ان لا يراد به تمليك العين مجازا كما اريد به ذلك اذا اضيف الى ما يطعم عينه فانهم حملوا هناك على تمليك العين مع ان حقيقة الاطعام جعل الغير طاعما اي اكلا لاجله مالكا كما صرحوا والجواب انه وان امكن ان يراد بالاطعام المضاف الى مثل الارض تمليك العين مجازا لكن هذا التجويز ليس بمتعارف في مثل ذلك وانما المتعارف ان يراد اطعام الغلة على طريق ذكر المحل وارادة الحال كما في المتعارف فيما اذا اضيف الاطعام الى ما يطعم عينه ان يراد به تمليك العين وكلام العاقد انما يجب حمله على المتعارف ولا على كل ما احتمله اللفظ تدبر **قوله** وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا قال صاحب العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلان حرف اللام للتمليك واقتفى اثره الشارح العيني وسكت غيرهما عن البيان اقول الظاهر ان قول المصنف رح هذا اشارة الى قرينة وهو قوله فلقوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده ويدل على هذا ذكر هذه الصورة في ذيل الثالث اذ لو كان مراده ما قاله الشارحان المزبوران لذكرها في ذيل الثاني بل لو كان مراده ذلك لما ذكرها اصلا اذ قد سبق ذكر ما اذا قال جعلت هذا الثوب لك وهو الذي قال له واما الثاني ولا يرى اثره فرق بينه وبين ما اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى الا باشتمال هذه الصورة على لفظ عمرى دون ما سبق فلو كان مراده بقوله لما قلنا كون اللام في قوله لك للتمليك لا كون لفظة العمرى لاثبات الملك للمعمر له لكان ذكر هذه الصورة مستدركا كما لا يخفى فان قلت لو كان مراده ما ذكرته يقال لما روينا كما هو دابه عند قصده الاشارة الى السنة قلت كان الشارحين المزبورين اغترا بذلك ولكن يمكن التوجيه بجعل ما في قوله لما قلنا في عبارة عن قول نفسه وهو قوله فلقوله عليه السلام لا عن نفس الحديث وقد اشرنا اليه في تحرير مراده فتبصر **قوله** واما الرابع فلان الحمل هو الارتكاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته يعني ان الحمل تصرف في المنفعة فيكون عارية الا ان يقول صاحب الدابة اردت الهبة لان هذا اللفظ قد يذكر لتمليك العين فاذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه عملت نيته قال في الكفاية فان قيل كيف يستقيم قوله ان حقيقة الارتكاب وقد ذكر في العارية ان قوله حملتك لتمليك العين قلنا حقيقة الارتكاب نظرا الى الوضع وهو لتمليك العين في العرف والاستعمال لكن الحقيقة صارت مهجورة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشترك انتهى وذكر صاحب العناية فحوى ذلك بعبارة اخرى حيث قال لا يقال هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع مجازا لما اشرنا اليه هنالك ان قوله لانهما لتمليك العين يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله ههنا لان الحمل هو الارتكاب

ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما مر ينا من قبل ولو قال جاريتي لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهي عارية لان العارية تحكمة في تمليك المنفعة والهبة تحملها وتحتملها عليك العين فتحمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى وسكنى حبس وصدقة أو عارية هبة لما قدمناه ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس تفسيرا له وتفسيره على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى فانه تفسير له قال ولا يجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة قال الشافعي رحمه الله يجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في الكل وغيره كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله لانه يقتضي غيره اليه وذلك غير موهوب

حقيقته يعني في اللغة فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي انتهى أقول بقي اشكال وهو انه تقرر في كتب الاصول انه اذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا فعند ابي حنيفة رحمه الله المعنى الحقيقي اولى والعمل به وعندهما المعنى المجازي اولى والعمل به واما اذا كانت الحقيقة مهجورة فالعمل بالمجاز اتفاقا اذا عرفت ذلك ففي ما نحن فيه لم تكن الحقيقة مهجورة كما صرحوا به فعلى مقتضى الاصل المذكور يلزم ان يكون العمل عند ابي حنيفة رح بما هو حقيقة بحسب الوضع وهو الارتكاب وعندهما بما هو المستعمل فيه بحسب العرف وهو تمليك العين فينبغي ان يحمل العمل على العارية عند عدم ارادة الهبة على اصل ابي حنيفة رح وان يحمل على الهبة وان لم ينو بناء على اصلهما مع ان وضع المسئلة في هذا الكتاب وسائر الكتب المعتبرة على الاول من غير ان يذكر الخلاف في شئ منها فليتامل ثم ان قول صاحب الكفاية فكان هذا في معنى الاسم المشترك ليس بسديد لان حكم المشترك التامل فيه حتى يترجح احد معنييه او معانيه بالادلة او الامارات على ما تقرر في علم الاصول وفيما نحن فيه ان نوى الهبة يحمل عليها وان لم ينو يحمل على العارية من غير تامل ولا توقف فاين هذا من ذلك **قوله** ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما مر ينا من قبل يعني ما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة كذا في الشروح اقول ههنا كلام اما اولا فلان المتبادر من ذكر هذه المسئلة منفصلة عن مسئلة العمل عند تصريحها بعدم ارادة الهبة ان يكون قوله منحتك هذه الجارية عارية وان نوى بالمنحة الهبة وقد ذكر في كتاب العارية ان قوله منحتك هذا الثوب وقد حلتك على هذه الدابة عارية اذا لم يرد بهما الهبة وقال في التعليل لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا فكان بين كلامه في الموضعين تناقض وتدافع واما ثانيا فلان تعليل هذه المسئلة بما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة منظور فيه اذ قد ذكر في المحيط نقلا عن الاصل انه اذا قال منحتك هذه الدراهم او هذا الطعام فهو هبة ولو قال منحتك هذه الارض او هذه الجارية فهو عارية وقال فالاصل ان لفظة المنحة اذا اضيفت الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة واذا اضيفت الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو عارية انتهى وهكذا ذكر في عامة المعتبرات وقوله عليه السلام المنحة مردودة لا يفرق بين الفصلين فتعليل الفصل الثاني بما يقتضي بالفصل الاول فتامل في التوجيه **قوله** لان قوله تسكنها تفسير وليس تفسيرا اذ الفعل لا يصلح تفسيرا للاسم كذا في المبسوط والمحيط وعليه عامة الشراح قال تاج الشريعة لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا للقول الكلي وتبعه صاحب العناية بقيل بعبارة وكثير من المحشين العاملة اقول ليس هذا بصحيح لان قوله تسكنها ليس لفعل المخاطب بل هو فعل المتكلم الا ترى ان قوله تسكنها معناه اسكنك اياها والكلام في عدم صلاحية هذا اللفظ للتفسير فيقول العاقل لفظ المتكلم فعل المخاطب **قوله** هذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له لكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية قال صاحب العناية في حل هذا الكلام وهذا اي جوازه باعتبار ان المشاع قابل لحكمه اي لحكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح ان يكون محلا له لان الهبة عين المقابلة اولازم من لوازمها فكان العقد صادرا من اهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة وكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز ان يكون الشيوع مبطلا اجاب وكونه تبرعا يعني لم يعتبر ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بان دفع الف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر شركة وبان اوصى لرجلين بالف درهم كان ذلك صحيحا فدل على ان الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا انتهى كلامه اقول تعسف الشارح المذكور في بيانه هذا من وجوه الاول انه جعل لفظ هذا في قول المصنف وهذا لان المشاع اشارة الى جواز عقد الهبة فيقتضي هذا ان يكون قول المصنف رح وهذا لان المشاع الى آخره دليلا على اصل مدعى الشافعي رح وهو قوله يجوز في الوجهين فيكون دليلا على نفسه وهذا مما لا يخفى على احد والثاني انه ارتكب تقديرات

ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه بعد القسمة ولهذا امتنع جواز قبل القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف الرهن لان القبض القائم هو المكين فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة

حيث قال فكان العقد صادرا من اهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا والباعث عليه جعله لفظ هبا اشارة الى جوازه والثالث انه حمل قول المصنف وكونه تبرعا الى آخره على الجواب عن سوال يرده بطريق المنع على مقدمة من المقدمات التي قدرها وهي قوله لا مانع ثمة والحق عندي ان مقصود المصنف حمل قوله هذا لان الشاع الى آخره اثبات كبرى الدليل السابق وهو قوله شيوع في الشاع لاثبات اصل المدعى ولفظ هذا اشارة الى ان مضمون هاتيك الكبرى فالمعنى هذا اي صحة في الشاع او كونه صحيحا في الشاع لان الشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له فلا يلزم حينئذ الوجهان الاولان من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية اما الاول فظاهر جدا واما الثاني فلسقوط الاحتياج حينئذ الى ما قدره من المقدمات الزائدة كما يظهر بادنى التامل الصادق ثم ان قوله وكونه تبرعا يبطله الشيوع جواب عن سوال يرد على الدليل المذكور بطريق المعارضة وهو ان يقال ان عند انه عقد تبرع فلو قلنا بجوازه في الشاع لزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة والواهب لم يتبرع بها فيكون الزاما عليه مالم يلتزمه وهو باطل فقال كونه عقد تبرع لا يمنعه الشيوع كالقرض والوصية يعني ان الشيوع في القرض والوصية كما لا يمنع كونهما عقد تبرع كذلك لا يمنع في الهبة فلا يلزم حينئذ الوجه الثالث ايضا من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية وهو حمل الكلام المذكور على الجواب عما يرد على مقدمة غير مذكورة كما عرفت فتدبره **قوله** ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة يعني ان في تجويز عقد الهبة في الشاع الزام الواهب شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وذلك لا يجوز لزيادة الضرر ان قيل هذا ضرر مرضي لان اقدامه على هبة الشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضرر من الضرر ما لم يكن مرضيا اجيب بان المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها جوازا ان يكون راضيا بالملك الشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها كذا في العناية اخذا من شرح تاج الشريعة وتبعهما الشارح العيني اقول في الجواب بحث لانه اذا لم يكن الملك الشاع قسمة ولا مستلزما لها لم يتم بهذا الدليل اعني قوله ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة لان الذي يستلزمه تجويز هبة الشئ انما هو الزام هبة حكم الهبة وهو ثبوت الملك للموهوب له وشيئا يستلزمه حكما واما ما ليس بحكم الهبة ولا شيئا من لوازم حكمها فلا يستلزمه تجويز الهبة في شئ فاذا لم يكن القسمة نفس حكم الهبة ولا شيئا يستلزمه حكما فاين يلزم من تجويز هبة الشاع الزام الواهب مؤنة القسمة حتى يلزم الزامه مالم يلتزمه لا يقال الذي لا يستلزم القسمة هو الملك الشاع وهو الذي ذكر في الجواب وما هو حكم الهبة هو الملك المفرز وهو يستلزم القسمة لانا نقول لانسلم ان حكم الهبة مطلقا هو الملك المفرز بل حكمها هو الملك مطلقا الا يرى ان هبة الشاع الذي لا يحتمل القسمة جائزة بالاتفاق وحكما ثابت قطعا مع ان حكمها هناك ليس الملك المفرز بلا ريب بل هو الملك الشاع ولو سلم ان حكمها مطلقا هو الملك المفرز لم يسع قول المجيب ان المرضي منه ليس القسمة ولا يستلزمها لان من اقدم على الهبة يرضى بحكمها قطعا فلو كان حكمها مطلقا هو الملك المفرز تعين الرضى منه بما يستلزم القسمة وهو الملك هذا واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه يعلم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه على ان له ان يرجع عن هبته ولا يلزمه المؤنة فليتامل انتهى اقول كل واحد من اصل بحثه وعلاوته ساقط اما الاول فلانه وان علم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه الا ان طلب شريكه اياه غير متعين بل يحتمل الاقدام على الافراز ايضا والاقدام على العقد انما يقتضي الرضى بما هو من ضروريات ذلك العقد ولوازمه لا بما هو من مختلفات ذلك واما الثاني فلان في رجوعه عن هبته ضررا آخر له وهو حرمانه عن ثواب الهبة فلزم ان يتوقف في ضرورية القسمة عرفا سوى ذلك ضررا آخر لم نقف فكان في تجويز هبة الشاع الزام الواهب احد الضررين مع ذلك لا يجوز ايضا بل يجوز ان يقال ان يكون ذلك جوازا بهبة الشاع على جواز الرجوع هنا ويمنع انتفاء اللازم الذي هو الرجوع عن هبته في كثير من المواد وهي التي تحقق فيها الموانع عن الرجوع كما سيأتي

والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح والبيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه لانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع **قال** ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز لان تمامها بالقبض وعنده لا شيوع **قال** ولو وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لم يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع **قال** واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له

في الكتاب فيلزم المحذور في مثل ذلك ثم اقول بقي شيء في اصل هذا التعليل وهو ان الواهب للمشاع اما ان يرضى بالقسمة او يمتنع عنها فان رضي بها كان ملتزما اياها فلم يكن في الزامه مؤنة القسمة الزام ما لم يلتزمه وان امتنع عنها لم يلزمه مؤنة القسمة عند ابي حنيفة رح لان مؤنة القسمة على الطالب دون الممتنع عنده على ما يجيء في كتاب القسمة فلم يمش هذا التعليل على قوله **قوله** والمهاياة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين هذا جواب عن سوال مقدر تقريره انه ان لم تجز الهبة فيما يقسم لمؤنة القسمة فقد لزمته المهاياة وفيها الزام ما لم يلتزمه ومع ذلك العقد جائز فليكن مؤنة القسمة فيما يقسم كذلك فاجاب بان المهاياة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة لان المهاياة قسمة المنفعة والهبة التي هي عقد التبرع انما لاقت العين ولا الزام فيه فيما لا يقسم فلم يكن ذلك ضمانا في عين ما تبرع به بخلاف مؤنة القسمة فيما يقسم هذا خلاصة ما في جملة الشروح والكافي ههنا وقال صاحب العناية بعد ذلك ولقائل ان يقول الزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة ان كان مانعا عن جوازها فقد وجد وان خصصتم بعوده الى ما تبرع به كان تحكما والجواب تخصيصه بذلك ويدفع التحكم بان في عوده الى ذلك الزام زيادة عين هي اجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس في غيره ذلك لان المهاياة لا يحتاج اليها انتهى كلامه اقول لا يرى في الجواب الذي ذكره كثير طائل في دفع سوال سائل لان حاصله ان في عوده الى ما تبرع به الزامه اخراج عين هي اجرة القسمة عن ملكه وليس ذلك في المهاياة فلقائل ان يقول ان لم يكن في المهاياة الزامه اخراج عين في ملكه ففيه الزامه ازالة نفع في زمان معين عن تصرفه وكون الاول اكثر ضررا من الثاني مطلقا غير مسلم فكم من منفعة كمنفعة دار ونحوها يكون اعز واشرف من مقدار عين تصير اجرة قسمة فيكون ازالة التمكن عن الانتفاع بها اشق على الانسان واكثر ضررا له من اخراج مقدار عين تصير اجرة قسمة عن ملكه واما الزيادة على العين الموهوبة فمتحققة في الصورتين معا غير ان الزائد عليها في احديهما العين وفي الاخرى المنفعة والاظهر في الجواب عندي ان يقال التخصيص بذلك بما اذا عاد الى ما تبرع به ولا يلزم التحكم لان المحذور في الزامه ما لم يلتزمه فيما اذا عاد الى ما تبرع به لزوم المنافاة فان التبرع ضد الالزام فهما لا يجتمعان في محل واحد فيما اذا لم يعد الى ما تبرع به لا يلزم المنافاة فان المهاياة لاقت المنفعة والهبة لاقت العين فلم يتواردا اي الالزام والتبرع اذ ذاك محلا واحدا فلا محذور فيه ثم ان صاحب غاية البيان بعد ان بين مراد المصنف رح على النهج المذكور قال والجواب الصحيح ان يقال هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة لما لم يلزمه ههنا ضمان القسمة على الواهب ولو لم يؤدي ذلك الى الزام الثاني فقد آل الى الفساد لان الثاني ليس بواجب لان فيه اعارة كل منهما نصيبه من صاحبه والاعارة لا يكون واجبة انتهى كلامه اقول لعل هذا الجواب ليس بصحيح لان الثاني يجب ويجري فيه جبر القاضي اذا طلبه احد الشركاء سيما فيما لا يقسم نص عليه في عامة الكتب وسياتي بيان ذلك في فصل المهاياة من كتاب القسمة وما ذكره بقوله لان فيه اعارة كل واحد منهما نصيبه الى آخره يحسبه القياس وقد صرحوا بان القياس يأباه ولكنا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهاياة بعينها وللحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة فقولهم في هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة يؤدي ذلك الى الزام الثاني مما لا يقبل المنع اصلا **قوله** واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا الى قوله اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه والاصل في ذلك ان تجانس القبضين ينوب احدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان الشيء وديعة في يد شخص او عارية فوهبه اياه فلا يحتاج الى تجديد قبض لان كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوبا او بمبيع فاسد فوهبه اياه لم يحتج الى تجديده

وكذلك كل من يعوله وان وهب للصبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع واذا وهبت لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه جاز لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجر امه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا بقاء له الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي آخر ان ينتزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونها الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة **قال** واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يصح عند ابي حنيفة وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين دارا وله ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما وكذا لو كانت فيما لا يقسم فتقبل احدهما صح

لان الاول القوي فينوب عن الضعيف ولو كانت وديعة فبالهبة تصير قبضا ضمانيا فيحتاج اليه لان قبض الوديعة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان كذا في العناية وغيرها اقول يرد على ظاهر قوله او بيع فاسد فوهبه اياه ان البيع الفاسد يفيد الملك للمشتري عند اتصال القبض كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع واشار اليه المصنف رح فيما سياتي بعد اسطر بقوله او في ملك غيره على ما صرح به الشراح قاطبة هناك فكيف يتصور هبة المقبوض ببيع فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله فوهبه اياه بعد قوله او بيع فاسد فالجواب انه قد مر ايضا في باب البيع الفاسد ان لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد فسخه قبل القبض وبعده رفعا للفساد فالمراد بقوله فوهبه اياه فوهبه في البيع الفاسد بعد ان فسخ العقد ثم ينتقل الملك الى البائع فيصح هبته اياه بل لا يبعد ان يجعل نفس الهبة فسخا للبيع الفاسد اقتضاء وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا المحل بوجه آخر فقيد قول صاحب العناية او بيع فاسد بقوله بلا اذن البائع وقال فائدة ان المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكا للقابض على ما يجيء بعد اسطر فكيف يصح هبته انتهى اقول لا يخفى على ذي فطنة انه لا حاصل لما ذكره اذ لا يتصور بيع فاسد بلا اذن البائع لان البيع مطلقا لا ينعقد الا بايجاب وقبول والايجاب هو الاذن من البائع لا يقال يحتمل ان يكون مراده بالبائع في قوله بلا اذن البائع هو المالك فيجوز ان يبيع فضولي مال احد بغير اذن مالكه بيعا فاسدا ويقبضه المشتري لانا نقول اذا اذن المالك في ذلك يكون البيع باذن البائع اي المالك وان لم ياذن له فيه لا ينفذ البيع اصلا فيكون يد القابض يد الغصب او يد الامانة لا يد القبض بالبيع الفاسد والكلام فيه تدبر **قوله** وكذلك كل من يعوله اي قبض الهبة لاجل اليتيم يصح من كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي كذا في الشروح قال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه بعد هذا البيان اطلق في الكتاب جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الايضاح ومختصر الكرخي ان ولاية القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهم الاب ووصيه والجد ابو الاب بعد الاب ووصيه فاما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض او لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض لهؤلاء فاذا لم يبق واحد جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ الا يرى انه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة انتهى وقال صاحب الغاية بعد نقل ذلك يقبل واري انه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقييد وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له امه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف ايضا لكنه اقتصر عن ذكر الجد ووصيه للعلم بان الجد الصحيح مثل الاب في اكثر الاحكام ووصيه كوصي الاب انتهى كلامه اقول ليس هذا بتوجيه صحيح اذ قد تقرر في كتب العربية ان القيد اذا كان مقدما على المعطوف عليه فالظاهر تقييد المعطوف به كقولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيدا وليس ذاك بقطعي ولكنه السابق الى الفهم في الخطابيات واما اذا كان موخرا عن المعطوف عليه فلا يفهم منه تقييد المعطوف به ايضا اصلا وقيد المعطوف عليه فيما نحن فيه موخر فلا يدل على تقييد المعطوف به في شيء فيضمحل ما توهمه صاحب الغاية **قوله** ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح قال صاحب النهاية قوله في الصحيح متعلق بقوله ويملكه مع حضرة الاب اي ويملك الزوج قبض الهبة لاجل امراته الصغيرة مع حضرة ابيها في الصحيح وكان هذا احترازا عما ذكر في الايضاح بقوله وتاويل هذه المسئلة ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا وقال انما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة فليست رواية اخرى حتى يقيد قوله في الصحيح احترازا عنها انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب العناية ومعراج الدراية اقول فيه نظر لان شيخ الاسلام خواهر زاده قال في مبسوطه فمن مشائخنا

ولان الملك ثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس وثبت لكل منهما كملا شيوع لهذا الوقف بين احدهما لا يستوعب شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق على اجنبيين لصفقة واحدة بعبد لهما جاز ولو تصدق بعبد على اجنبي وعلى ابنه الصغير لا يجوز الا في نصيب الاجنبي ولو جعل كل واحد منهما جائزا على الآخر والصلاحية ثابتة لكل واحد منهما عليك بغير بدل فرق بين الهبة والصدقة في الحكم في الجامع في الاصل ثم قال الكل للواحد ثلث الثلثين وثلث الثلث للآخر وثلثا الثلث للاجنبي ثم قال هذا كله قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح الثلثان بينهما اثلاثا للذكر مثل حظ الانثيين وهو قول زفر رح وجه قول ابي يوسف ومحمد رح ان الصدقة تراد بها وجه الله تعالى وهو في الهبة يراد بها وجه الله تعالى وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح لان الولد المذكور في الاصل الصدقة على الاجنبيين وهو بينهما اثلاثا للذكر مثل حظ الانثيين ثم قال الكل للواحد ثلث الثلثين وثلث الثلث للآخر وثلثا الثلث للاجنبي ثم قال هذا كله قول ابي حنيفة رح وعن ابي يوسف رح فيه روايتان احداهما كقول ابي حنيفة رح وعن ابي يوسف رح ان التفضيل على الاجانب وجه الفرق لابي يوسف رح ان بالتفضيل على الاجانب يظهر ان قصده ثبوت ذلك في البعض فيتحقق الشيوع بخلاف الاجنبي والرحم من بين من على الاجانب

من سوى بين الزوج وبين الاجنبي والام والجد والاخ وقالوا يجوز قبض هؤلاء عن الصغير اذا كان في عيالهم وان كان الاب حاضرا كما في الزوج ومنهم من فرق وقال بان قبض الزوج يجوز على امرأته الصغيرة اذا كانت في عياله حال حضرة الاب وحال غيبته وفي الاجنبي يجوز قبضه للصغير حال عدم قريب آخر للصغير وفي عياذكر من الاقارب حق القبض حال غيبة الاب اذا كان الصغير في عيالهم فلا يكون لهم القبض عن الصغير حال حضرة الاب الى هنا كلامه فنظر منه ان في قوله بخلاف الام وكل من بعدها غير ها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة قولا آخر يخالف القول المذكور فصح ان يقع قولان في الصحيح احترازا عنه كما لا يخفى وانا اتعجب من صاحب العناية انه يعد ان رأى ما صرح به في مبسوط شيخ الاسلام من اختلاف المشايخ في هذه المسئلة مذكورا في غاية البيان مع تفصيلات اخر بطريق النقل عن مبسوط شيخ الاسلام فلك الهمام كيف جمع بين رأي صاحب النهاية في جعل قول المصنف رح في الصحيح متعلقا بقوله ويملك مع حضرة الاب مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى اما بعده من حيث اللفظ فظاهر لانه يقع حينئذ فصل كثير بين التعلق والمتعلق به من غير قرينة تدعو اليه واما بعده من حيث المعنى فلانه لو كان مراد المصنف رح بقوله في الصحيح هو الاحتراز عما ذكر في الايضاح من ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا يقال ويملك مع حيوة الاب بدل قوله ويملك مع حضرة الاب لان الحضرة انما تقابل الغيبة دون عدم الحيوة تامل **قوله** ولان الملك ثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع قال صاحب العناية في شرح هذا الدليل ولان الملك ثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع بجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعا وهو حكم التمليك ثبت التمليك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو كان تقرير الدليل ما حرره الشارح لم يقبل المصنف رد فيكون التمليك كذلك وقال والظاهر من مساق المصنف رح ان كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك انتهى اقول كانه فهم من قول صاحب العناية وهذا استدلال من جانب الملك ان مراده ان هذا الاستدلال تم بجانب الملك فقط فاورد عليه انه لغا حينئذ قول المصنف رح فيكون التمليك كذلك وليس كذلك بل مراده ان هذا بعد الاستدلال هو جانب الملك كما يفصح عنه من الابتداء بقوله من جانب الملك وهذا لا ينافي ان يتفرع عليه كون التمليك ايضا كذلك فيحصل من المجموع تمام الدليل ثم ان قوله والظاهر من مساق المصنف رح ان كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك ممنوع كما لا يخفى على الناظر في الكتاب **قوله** ولو وهب لاثنين وأحدهما ملتهما وللآخر ثلثاهما لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح يجوز ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه عن ابي يوسف رح فيه روايتان اعلم ان التفصيل في الابتداء اما ان يكون ابتداء من غير سابقة الاجمال او يكون بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفصيل كالثلث والثلثين او بالتساوي كالتنصيف وان كان الثاني لم يجز عند ابي حنيفة رح مطلقا اي سواء كان متفاضلا او متساويا وجاز عند محمد رح مطلقا وفرق ابو يوسف رح بين المفاضلة والمساواة ففي المفاضلة لم يجز وفي المساواة جوز فهذه سداسية وقد اشار اليه المصنف رح بقوله عن ابي يوسف رح فيه روايتان ثم ان صاحب النهاية جعل المصنف رح وقوله قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه عن ابي يوسف رح فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا حيث قال ولو فصل ابتداء بالتنصيف من غير سابقة الاجمال بان قال احدهما وهبت لهذا نصف الدار ولهذا نصفها لم يجز بلا خلاف هكذا ذكر في عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما وذكر في الكتاب عن ابي يوسف رح فيه روايتان انتهى كلامه وقال صاحب العناية بعد ذكر ما ذهب اليه صاحب النهاية هنا وليس هذا الظاهر لان المصنف رح عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر انه ليس ابتدائيا انتهى اقول يرشد الى ما قال صاحب العناية ان المصنف رح قال ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه

باب ما يصح رجوعه وما لا يصح

قال ولو وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي رحمه الله لا رجوع فيها لقوله عليه السلام الراجع في هبته كالراجع في قيئه ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته مالم يثب منها ولان الرجوع يعتمد الملك والعقد لا يقتضي ما فوقه فصار كهبة الولد بخلاف هبة الولد لان الرجوع فيها يعتمد الاسقاط لان حق الرجوع ثبت على اصل الشرع لتمام التمليك لكونه جزء له ولقوله عليه السلام الواهب احق بهبته مالم يثب منها او يعوض

ولم يقل ولو وهب لاحدهما نصفه وللآخر نصفه اذ لو كان مراده العطف على اول المسئلة الاولى لكانت المسئلة الثانية مسئلة مستقلة مبتدئة فيجب ان يقول ولو وهب بدل ولو قال كما في سائر مسائل الهبة ولما قال ولو قال علم ان مراده العطف على ما في آخر المسئلة الاولى من التفصيل الواقع بعد الاجمال فيكون الفرق بين المسئلتين بوقوع التفصيل بعد الاجمال في الاولى بطريق المفاضلة وفي الاخرى بطريق المساواة

باب الرجوع في الهبة لما كان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له لكنه غير لازم حتى يصح الرجوع احتاج الى بيان مواضع الرجوع وموانعه وبدأ بالاول فقوله واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها قال صاحب النهاية بدأ اللفظ يحتاج الى القيود اي اذا وهب هبة للاجنبي اولذي رحم ليس بمحرم اولذي محرم ليس برحم وسلمها اليه ولم تقترن بما يمنع الرجوع من الزوجية والعوض والزيادة وغيرها حالة عقد الهبة فله الرجوع فيها اما بالقضاء او بالرضا من غير استحباب بل هو مكروه وبين وجه كون هذه القيود محتاجا اليها بما لا مزيد عليه وقال صاحب العناية والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الاعمام والاخوال ومن كان لمحرم ليس بذي رحم كالمرضاعي وخرج بالتذكير في قوله وهب واجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين احدهما وسلمها اليه والثاني لم تقترن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على انه يفهم ذلك في اثناء كلامه انتهى اقول في قوله وخرج بالتذكير في قوله وهب واجنبي الزوجان خلل فاحش اذ لو قصد بالتذكير في قوله وهب واجنبي اخراج المونث لخرج من هذه المسئلة كل هبة كانت بين الامرأتين وكل هبة كانت بين الرجل والمرأة وانما يبقى فيها الهبة التي كانت بين الرجلين ولا يخفى فساد ذلك بل الصواب ان التذكير الواقع في هذه المسئلة ليس لاخراج المونث وانما هو للجري على ما هو المتعارف في امثالها من تغليب المذكور على الاناث كما في خطابات الشرع على ما تقرر في علم الاصول وان الزوجين انما يخرجان من هذه المسئلة بثاني القيدين اللذين اعترف الشارح المذبور ايضا بانه لا بد منهما واعتذر عن تركهما بما ذكره وذلك ان لم تقترن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة اذ لا شك ان الزوجية من جملة تلك الموانع ثم اقول لمانع ان يمنع انفهام القيد الاول من ذينك القيدين في اثناء كلام القدوري في مختصره والعمدة في هذه المسئلة على القدوري لانها من مسائل مختصره انتهى فتامل قوله ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته مالم يثب منها اي لم يعوض لا يقال يجوز ان يكون المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون حجة لانا نقول لا يصح ذلك لانه اطلق اسم الهبة على المال وذا لا يكون قبل القبض والتسليم ولانه عليه السلام جعله احق بها مطلقا فيقتضي ان يكون لغيره فيها احق وذلك انما يكون بعد القبض ولانه لو كان كذلك لخلا قوله مالم يثب منها عن الفائدة اذ هو احق وان شرط العوض قبله كذا في النهاية والكفاية وكذا ذكر في العناية ايضا الا الوجه الاول من الوجوه الثلثة المذكورة في الجواب وقد اشار في الكافي ايضا الى تلك الوجوه الثلثة حيث قال ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته مالم يثب منها اي لم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم واضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له كرجل يقول اكلنا خبز فلان انخبازه ان كان اشتراه منه ولانه اثبت الواهب حقا اغلب من حق الموهوب له ولا يجتمع الحقان وحق الواهب اغلب الا بعد تمام الهبة بالقبض اذ لا حق للموهوب له قبل القبض ولانه انما الحق الى وصول العوض اليه وذا في حق الرجوع بعد التسليم انتهى اقول في الوجه الاول والثاني من تلك الوجوه بحث اما في الاول فلان عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض والتسليم ممنوع فان القبض ليس من اركان عقد الهبة بل هو شرط تحقق حكمه كما تقرر فيما مر فكان خارجا عن حقيقة الهبة ولئن سلم عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض فلم لا يجوز اطلاق ذلك عليه مجازا باعتبار

نسائي

ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فثبت وكالة الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روى نفي استحباب الرجوع واثباته للوالد

مائل اليه كما في نجوار اني اعصر خمرا وقد جوزت اضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له وهذا ليس ببعيد من ذاك واما في الثاني فلانه قد تقرر في علم العربية انه يجوز استعمال افعل مجردا عن معنى التفضيل موصولا باسم الفاعل او الصفة المشبهة حال كونه عاريا عن اللام والاضافة ومن ذلك قوله تعالى وهو اهون عليه اي ليس شيء اهون على الله تعالى من شيء فلفظ اهون في الحديث المذكور عار عن الامور الثلثة المذكورة فلم لا يجوز ان يعبر مجردا عن معنى التفضيل فيصير المعنى الواهب حقيق بهبته ما لم يثبت منافيا فلا يقتضي ان يكون لغيره فيها حق نعم الظاهر الشائع ان يكون صيغ افعل مستعملة في معنى التفضيل لكن المعترض مانع مستند باحتمال ان لا يكون معنى التفضيل مقصودا في الحديث المذكور الذي استدلوا به على جواز الرجوع في الهبة بعد القبض ولا يخفى ان الاحتمال كاف في مقام المنع قادح في مقام الاستدلال على ان لقائل ان يقول لو كان معنى التفضيل مقصودا بالحديث المذكور فصار المراد من يثبت للواهب في هبته حقا اغلب من حق الموهوب له فيها لما كان الرجوع عنها مكروها ولما قال النبي عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه لان الرجوع ح يصير في حكم تفضيل الفاضل وترجيح الغالب فالوجه تحريم الحاق في الحديث المذكور عن معنى التفضيل تطبيقا للمقامين وتوفيقا للكلامين فتامل ثم ان بعض الفضلاء قدح في الوجه الثالث ايضا من تلك الوجوه حيث قال هذا يجري الى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح يعني صاحب العناية اقول صرح المحقق التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بان مفهوم الغاية متفق عليه فكيف ينفيه الشارح المذكور **قوله** ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله قال صاحب العناية في تعليل قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة لان العادة الظاهرة ان الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه انتهى وقال بعض الفضلاء المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالمتساويين والمدعى كان اعم انتهى وقد سبقه الى هذا الدخال الشارح العيني حيث قال بعد نقل كلام صاحب العناية قلت فعلى هذا ليس للرجوع الا في الثالث وسع هذا الرجوع في الكل مما لم يعوض انتهى اقول يمكن تصحيح ما ذكر في العناية بان المراد بالتعويض في قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض ما يعم التعويض في قوله والى من يساويه ليعوضه هذا التعويض المالي وبالتعويض في قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض ما يعم التعويض بالصيانة وبالخدمة وبالمال فالمخصوص بالمتساويين هو التعويض المالي واما التعويض المطلق فيوجد في الاعلى والادنى والمساوي والتعليل المذكور يشمل الصور الثلث فلا يضره كون المدعى اعم فانه يدل على جواز الرجوع في الكل مما لم يعوض تامل تفهم واعلم ان صاحب العناية ليس بمنفرد في ذلك التقرير بل سبقه اليه صاحب النهاية وغيره فقال في النهاية توضيحه ان المقصود من الهبة للاجانب العوض والمكافاة لان الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه ومنه يقال الايادي فروض انتهى ثم ان صاحب التسهيل اعترض على اصل هذا الدليل حيث قال اقول على هذا التعليل لو قيد نفي العوض بنفي ان يمتنع الرجوع لانه ظهر ان العوض ليس بمقصود ولكن قوله عليه السلام مما لم يعوض يدل على جواز الرجوع وان قيد نفي العوض انتهى اقول يمكن ان يجاب عنه بانا لا نسلم ظهور ان العوض ليس بمقصود عند التقييد بنفي العوض فان التعويض من الموهوب له ليس بايجاب الواهب اياه واقعا بل بسبب مروة الموهوب له وجري العادة على التعويض ونفي الواهب التعويض لا يفوت ذلك بل ربما يكون نفيه اياه سببا لايجاب مروة الموهوب له فيجوز ان تقصد الواهب بنفيه اياه ذلك المعنى ولئن سلمنا ظهور ذلك فنقول الوجه المذكور علة مقتضية لثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد في كل صورة كما قالوا مثل هذا في الوجه الثاني من وجهي عدم جواز هبة المشاع فيما يقسم فيما سيذكر

فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا الاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها **فقال** الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او يزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد **قال** او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حيوته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه او يخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه يتجدد الملك بتجدد سببه

قوله لانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا اي باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم كذا في الكافي وعامة الشروح وقال بعض الفضلاء بل شراء اضرابا عن قولهم وان لم يكن رجوعا في الحكم اقول ليس هذا بصحيح لان المراد بتملك الولد ههنا تملكه بطريق الاتفاق على نفسه لا بطريق الشراء لان الشراء مما لا مماس له بالهبة فلا يناسب تاويل الحديث المذكور قطعا ولان قولهم للحاجة تعين الاول لعدم الاحتياج الى الحاجة في تملكه بالشراء على انهم صرحوا بالاول حيث قال في البدائع فانه يحل له اخذه من غير رضى الولد ولا قضاء القاضي اذا احتاج اليه للانفاق على نفسه انتهى وقال في الكفاية من شروح هذا الكتاب فانه لينتقل بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه الى ذلك للانفاق على نفسه انتهى الى غير ذلك من المعتبرات **قوله** وقوله في الكتاب فله ان يرجع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا الاستقباحه قال الشارح العيني قيل قد استدل المصنف رح على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم يشترطون في جوازه الرضا او القضاء فاذا كان الرجوع بالرضا فلا كلام فيه ولا اشكال واما اذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضي الاعانة على مثل هذه المعصية وكيف يكون اعانة على المعصية التي هي معصية اخرى منتجة للجواز واذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعده كذلك لان قضاء القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال وانما قضاء القاضي اعانة لصاحب الحق على وصوله الى حقه فاذا كان الرجوع في الهبة لا يحل لا يصير بالقضاء حلالا وقد اعترف المصنف رح بعد ذلك بان في اصل الرجوع في الهبة وهاء فكيف يسوغ للقاضي الاقدام على امر مكروه انتهى كلامه اقول هذا الاشكال انما نشأ من عدم الوقوف على ان محل القضاء فيما نحن فيه ماذا فان الذي كان مكروها انما هو نفس الرجوع عن الهبة لا جواز الرجوع عنها والذي يكون محلا للقضاء انما هو جواز الرجوع عنها لا نفس الرجوع فان القاضي لا يقول للواهب في حكمه له عند الترافع مع الموهوب له ارجع عن هبتك بل يقول لك الرجوع عنها مع كراهة فيه وليس في قضائه هذا اعانة على امر مكروه بل فيه اجراء حكم شرعي على اصل ائمتنا وهو جواز الرجوع عن الهبة مع كراهة فيه فان رجع الواهب عنها بعد ذلك كان مرتكبا للمكروه بطوع نفسه لا باعانة القاضي عليه وان امتنع الموهوب له بعد ذلك عن دفعها اليه يلزمه للقاضي دفعها اليه وليس فيه ايضا الزام المكروه لان دفع الهبة الى الواهب ليس بمكروه بل هو واجب على الموهوب له بعد ان رجع الواهب عنها بلا مانع عن الرجوع وان كان نفس الرجوع مكروها ثم ان القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال ولكن يجعل الضعيف قويا والمختلف فيه متفقا عليه يتعلق حكمه بذلك كما تقرر في موضعه ثم ان الضعيف اذا كان ناشيا من اختلاف العلماء في مسئلة لا يمنع القاضي من الاقدام على الحكم بها سيما اذا وافق مذهبه وما نحن فيه من هذا القبيل كما ترى فاندفع الاشكال المذكور بحذافيره هكذا ينبغي ان يفهم هذا المقام **قوله** او يزيد زيادة متصلة قال صاحب العناية ولا بد من قيد آخر وهو ان يقال يورث زيادة في قيمة الموهوب انتهى اقول بل من ذلك القيد الآخر بقوله او يزيد زيادة متصلة لان ما لا يورث ذلك زيادة في قيمة الموهوب نقصان في الحقيقة وان كان في صورة الزيادة كما صرحوا به قاطبة حتى صاحب العناية نفسه حيث قال فيما بعد واما اشتراط كونها موثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم يكن كذلك عادت نقصانا فرب زيادة صورة كانت نقصانا في المعنى كالاصبع الزائدة مثلا انتهى والظاهر ان الاعتبار للمعنى دون الصورة فلا احتياج الى قيد زائد ولقد احسن صاحب النهاية في البيان ههنا حيث قال ثم اعلم ان المراد من الزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشيء يورث زيادة في قيمة الموهوب كالسمن والجمال اما لو زاد الموهوب في نفسه لكن لا يورث تلك الزيادة زيادة في قيمته فهو ليس بزيادة حقيقة فلا يمنع الرجوع فانه قد يكون الشيء زيادة صورة نقصانا معنى كالاصبع الزائدة وما اشبه ذلك وقال هذا كله في الذخيرة ثم اقول بقي ههنا شيء وهو انهم صرحوا بان الزيادة الصورية التي لا تورث زيادة في القيمة

قال وان وهب اثنان رجلين عبدا وقبضاه وكان احدهما غائبا فالهبة للحاضر جائزة وقوله وكان الغائب قبضا لانه لا يتصور قبض الشيوع الا بالتخلية وقد وجدت قال وان باع نصفه مشاعا او وهبه وسلمه فهو رجوع عن الهبة لان الرجوع عن الهبة يتم بالرجوع في بعض المتصل وقد وجد قال وان باع نصفه مشاعا او وهبه وسلمه فهو رجوع عن الهبة لان الرجوع عن الهبة يتم بالرجوع في بعض المتصل وقد وجد قال وان باع نصفه مشاعا او وهبه وسلمه فهو رجوع عن الهبة لان الرجوع عن الهبة يتم بالرجوع في بعض المتصل وقد وجد

عائد الزيادة المتصلة بطول الاقامة وبالمتصل الزائدة لا تمنع الرجوع مع ان الدليل الذي ذكره المنع الزيادة المتصلة الرجوع وهو انه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة المدبر ونحوها تحت العقد بعينه في تلك الصورة ايضا فليتامل في التوجيه **قوله** فان وهب لاجنبي ايضا قد ثبت في نادية منا خلافا قال صاحب العناية هذه نوع من الزيادة المتصلة وكان حقها التقديم انتهى اقول وجه التاخير ان المصنف رحمه الله لما فصل بين الالفاظ المذكورة بطريق الاستثناء في مسئلة مختصر القدوري ذكر مسئلة مستقلة من مسائل الجامع الصغير وهي هذه المسئلة فان المستثنى مع المستثنى منه كالكلام الواحد فلا يمكن ان يذكر بينهما كلام اجنبي فقال بعض الفضلاء في الاعتذار عنه ان المصنف رحمه الله قصد سرد اصول الموانع ثم التفريع على الترتيب فاخر التعويض لما فيه من كثرة التفصيل انتهى اقول سيجيء ما فيه فتبصر لان المصنف رحمه الله قصد سرد اصول الموانع ثم التفريع على الترتيب لما ذكر القدوري الحرمة والاولوية بين اصول الموانع بين التعريفات بقوله وان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها بقوله وكذلك ما وهب احد الزوجين للآخر تبصر تفقه **قوله** فان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي اقول قيد النصف في الكتاب بكونه غير مقسوم والظاهر عدم التقييد بذلك كما وقع في عامة المعتبرات اذ الحكم فيما اذا باع نصفها مقسوما كذلك قطعا وتخصيص الشيوع بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به وكان وجه التقييد في الكتاب ارادة اثبات الحكم في المقسوم بالطريق الاولى فاذا ثبت صحة الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها غير مقسوم كان صحة الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها مقسوما اولى كما لا يخفى وسياتي التعرض لهذا الشرح لنظير هذا في قوله وان عوض اجنبي عن الموهوب متبرعا فتبصر **قوله** وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقال زفر رحمه الله يرجع بنصف العوض اقول هذا سهو فان المراد بالنصف في قول المصنف رحمه الله وقال زفر يرجع بالنصف انما هو نصف الهبة دون نصف العوض وهذا سهو كونه ظاهرا من تقرير المصنف رحمه الله منصوص عليه في الكافي والكفاية وغاية البيان وغيرها **قوله** وفي اصله وهذا على في اصل الرجوع ضعف قال صاحب الكافي في تعليل ذلك لان الواهب ان كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع ملكه وقال تاج الشريعة لانه ثابت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع واقتفى اثره صاحب العناية والشارح العيني اقول في قولهم ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع خلل لان الرجوع ثابت بخلاف القياس في جميع الصور التي فيها يوجد فيها المانع عنه وفيما لم يوجد فيه ذلك لكونه تصرفا في ملك الغير في الجميع فلا يصح تفريع بطلانه في صور تحقق المانع عنه على كونه ثابتا بخلاف القياس اذ لو كان علة البطلان ذلك لزم ان يبطل في جميع الصور لعدم انفكاك عن تلك العلة في صورة فالصواب ان بطلانه بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع لما ذكر من الادلة المفصلة في مسائلها لا لكونه ثابتا بخلاف القياس واعترض بعض الفضلاء على قولهم لانه ثابت بخلاف القياس حيث قال فيه بحث لانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس اقول هذا ساقط لانه ان اراد بانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس انه يقتضي ان يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس موقوفا على الرضاء او القضاء فهو ممنوع وانما يكون كذلك لو كان قوله وفي اصله وهذا علة تامة لعدم صحة الرجوع بدون الرضاء او القضاء وليس كذلك بل العلة التامة لمجموع قوله لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهذا في حصول المقصود وعدم خفاء ولا يجري نحو هذه العلة فيما هو ثابت بالنص على خلاف القياس فلا تناقض به ثم ان الامام المطرزي قال في المغرب الوهبانية المذكورة ما نصه وهي مصدر وهي اصل في

بخلاف الردّ بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا **قال** واذا تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق وضمّن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لا في ضمن غيره **قال** واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في المجلس في العوضين ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تقابضا صحّ العقد وصار في حكم البيع يردّ بالعيب في خيار الرؤية والشفعة ويصير لازما حتى قال زفر رحمه الله هو في الابتداء والانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا

اذا ضعف انتهى وقد نقله عنه كثير من الشراح ههنا ولم يتعرضوا له بشيء ونقله صاحب العناية ايضا وقال وهو خطأ لان هذا المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئته ما ليس بخطأ خطأ انتهى ولا يذهب على ذي فطانة ان الخطأ ههنا انما هو في كلام صاحب العناية فانه زعم ان الوهب في قول صاحب المغرب وانما هو الوهب مقصورا الوها وليس كذلك قطعا اهل هو على وزن الفعل بفتح الواو وسكون الهاء كالرهب ومن اين فيه قول صاحب المغرب مصدر وهب الرجل اهبه وهبا حيث قال وهبا ولو كان مقصورا لقال وها كما لا يخفى وقد تفطن الشراح العيني لهذا حيث قال وقول صاحب العناية لان هذا المقصور السماعي ليس بخطأ لان جواز هذا المقصور سماعي مبني على وجود المقصور وهنا يريد المصدر ههنا على وزن فعل بتسكين العين فمن اين يتأتى الوهب انتهى ولكن خطأ صاحب المغرب بوجه آخر حيث قال فصاحب المغرب مصيب من وجه في قوله وانما هو الوهب اي بتسكين العين ومخطئ من وجه في قوله الوها بالمد خطأ لان هذا ايضا مصدر على وزن فعال كما يقال في قلى قليا وقلا على وزن فعال وهذا كذلك وقد قال الجوهري القلى البغض فان فتحت القاف مددت تقول قلاه يقليه قليا وقلا انتهى كلامه قول خطأ هذا الشارح ايضا في تخطئة صاحب المغرب لان كون الوها على وزن بعض المصادر لا يقتضي ان يكون نفسه ايضا مصدرا اذ قد تقرر في علم الادب ان مصدر الثلاثي سماعي لا يثبت بالقياس فمجيء القلا مصدرا من قلاه يقليه كما ذكره الجوهري لا يقتضي ان يكون الوها ايضا مصدرا من وهاه يهبه فان الاول مسموع دون الثاني وقول صاحب المغرب الوها بالمد خطأ بناء على انه غير مسموع فلا غبار فيه على ان تخطئته اياه في قوله الوها بالمد خطأ بناء على تصويبه اياه في قوله وانما هو الوهب لان في قوله هذا قصر مصدر وهب يهب على الوهب بتسكين العين فكون الوها ايضا مصدرا منه بناء على ذلك قطعا ثم ان صاحب الكافي ومن اخذ منه ومن الشراح كصاحبي الكفاية ومعراج الدراية استدلوا على مسئلتنا هذه بدليل آخر غير مذكور في الكتاب حيث قالوا لان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا ممن له ولاية عامة وهو القاضي او منهما ولا ولاية لهما على انفسهما كالرد بالعيب بعد القبض انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلانه منقوض بفسخ العقد في البيع الفاسد اذا قدر في فصل احكام البيع الفاسد من كتاب البيوع ان المشتري اذا قبض المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد ضمان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته ثم ان لكل واحد من المتعاقدين فيه فسخ العقد قبل القبض وكذا بعده ان كان الفساد في صلب العقد ولمن له الشرط ان كان الشرط زائدا فصح فسخ العقد هناك من احدهما بدون رضى الآخر ولا الافتقار به فصار الدليل المزبور منقوضا به بل هو منقوض ايضا بسائر العقود الغير اللازمة لان كل واحد من المتعاقدين تمكن من فسخها باشرها كما مر جوابه في مواضعه واما ثانيا فلان قولهم كالرد بالعيب بعد القبض ليس بسديد اذ الحق هناك للمشتري في وصف السلامة لا في الفسخ والحق ههنا للواهب في نفس الفسخ كما صرحوا به فيما سيأتي وفرقوا بينهما بهذا الوجه فلا يقتضي عدم انفراد المشتري هناك بالفسخ عدم انفراد الواهب ههنا به فلا تتم القياس ولا التشبيه تدبر

قوله بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا قال صاحب العناية في تعليل قوله لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقبض الفسخ انتهى اقول فيه بحث لانه ان اراد انه اذا كان العقد تاما لم يقبض ثبوت حق الفسخ بالفعل البتة فمسلم ولكن الكلام في حق الفسخ لا في ثبوت الفسخ بالفعل حتى يتم التقريب وان اراد انه اذا كان العقد تاما لم يقبض ثبوت حق الفسخ فهو ممنوع الا ترى ان عقد الهبة تم بالقبض بعد الايجاب والقبول ومع هذا يقتضي ثبوت حق الفسخ بموجب قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها ولفوات المقصود بالعقد عادة عند عدم التعويض منها كما تقرر فيما مر فلم لا يجوز ان يثبت للمشتري ايضا حق الفسخ عند تحقق العيب بناء على فوات مقصوده بالعقد وهو سلامة المبيع فلا ظهر في تعليل ذلك ان يقال لان البيع عقد لازم من الجانبين فيمتنع ان يقتضي ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين لكون ذلك منافيا للزوم العقد

ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملاً بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه **فصل قال** ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق للجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء

بخلاف عقد الهبة فانه عقد تبرع غير لازم فلا ينافيه ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين **قوله** ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن قال صاحب العناية في تقرير هذا الدليل ولنا انه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وامكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين امكن الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجهين اولى من اعمال احدهما انتهى اقول فيه مناقشة وهي ان قوله لان اعمال الشبهين ولو بوجه اولى من اعمال احدهما يفيد الوجوب اعمال الشبهين والمدعى وجوب اعمالهما كما ترى فلا تقريب ويمكن دفعها بعناية فتامل

فصل لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة **قوله** ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة توضيح هذا الدليل ان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لآخر لا يصح فكذا اذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الملك في باب الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والقبض لا يفسد بالشروط وانما يؤثر الشروط في العقود الشرعية هذا زبدة ما في الشروح وذكر صاحب الكفاية دليلا آخر على بطلان الاستثناء بعد ان ذكر ما في الكتاب حيث قال ولان الاستثناء تصرف في اللفظ فلا يعمل الا في الملفوظ والحمل جزء من اجزائها فيكون في حكم الاوصاف واللفظ يرد على الذات لا على الاوصاف فلا يصح استثناؤه ولانه ليس بملفوظ انتهى اقول فيه بحث اذ لو صح هذا الدليل لدل على بطلان استثناء الحمل في الوصية ايضا بجريانه فيها بعينه وليس كذلك قطعا على ما صرحوا به قاطبة وسيأتي في وصايا هذا الكتاب ان من اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه منه انتهى وقال في الكافي هناك فان قيل اذا لم يتناوله اللفظ فينبغي ان لا يصح الاستثناء لانه تصرف في اللفظ قلنا كفى لصحته التزيي بزيه كما في استثناء ابليس على ان صحته لا يفتقر الى التناول اللفظي بدليل صحة استثناء قفيز حنطة من الف درهم انتهى فيدل ذلك على عدم صحة ما في الكفاية ههنا وطولب بالفرق ههنا بين الحمل وبين الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع فاذا وهب لرجل ما على ظهر الغنم من الصوف او ما في الضرع من اللبن وامره بخز الصوف وحلب اللبن وقبض الموهوب له ذلك فانه جائز استحسانا وفي الحمل لا يجوز واجيب بان ما في البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن ان يجعل في ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن كذا في الشروح وعزاه في النهاية الى المبسوط اقول في كل من وجهي الجواب المذكور نظر اما في وجه الاول فلان ما في البطن لو لم يكن مالا اصلا ولم يعلم وجوده حقيقة لما صح اعتاقه وتدبيره وايصاؤه وقد صح كل منها على ما نصوا عليه في مواضعه ويدل على صحة الاولين المسئلتان الآتيتان ههنا وهما قوله ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز وقوله ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز واما في وجه الثاني فلان كون اخراج الولد ليس اليه انما يقتضي عدم صحة الهبة فيما اذا امره الواهب بقبض الحمل في الحال واما فيما اذا امره بقبضه بعد الولادة فلا اذ يمكن له حينئذ ان يقبضه بعد الولادة اصالة بدون النيابة عن الواهب ولعل هذا هو السر في ان قال بعض اصحابنا ان امره في الحمل بقبضه بعد الولادة فقبض يجوز استحسانا كما في الصوف واللبن على ما ذكره صاحب النهاية في اول الجواب المذكور وقال ولكن الاصح انه لا يجوز في الحمل اصلا لان ما في البطن ليس بمال الى آخره ثم اقول على فرض ان يكون الجواب المذكور بوجهيه سالما عما ذكرناه فلا يندفع

لا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب له دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى ان النبي عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات

به السوال المذكور لان مورد ذلك السوال قول المصنف والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع وحاصله ان الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع ايضا من اوصاف الحيوان كالحمل على ما يقرر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع فما الفرق بين الحمل وبين الصوف واللبن من هذه الحيثية حتى يصح الهبة فيما دون الحمل والجواب المذكور انما يفيد الفرق بين الفصلين من حيثية اخرى وهذا لا يجدي شيئا يندفع به مطالبة الفرق بينهما من الحيثية المذكورة في الكتاب فلا يتم المطلوب **قوله** ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك فان قيل هب انها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة اجيب بان عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا في الحال مع ان الجنين لم يخرج من ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كذا في العناية اخذا من النهاية اقول ليس الجواب بسديد اما اولا فلانه لو جعل الحمل منفصلا في الحال بناء على كونه في عرضية الانفصال في ثاني الحال كان في حكم المقرر المقسوم لا في حكم المقسوم لا في حكم المشاع المحتمل للقسمة فكان اولى بجواز هبته فلا يتم التقريب واما ثانيا فلانه لا يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كونه في حكم مشاع يحتمل القسمة اذ لا شك ان احتمال القسمة وعدم احتمالها لا يدوران على الدخول في الملك والخروج عنه بل على عدم اضرار التبعيض واضراره كما عرف فيما مر فلم يتم قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة نعم يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كون الجارية الموهوبة مشغولة بملكه كما في هبة الجوالق الذي فيه طعام الواهب ولكنه امر ورد لاحتمال القسمة فان قلت المراد بقوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة فكان من قبيل هبة مشغولة بملك الواهب لا انه كان مشاعا يحتمل القسمة حقيقة ولهذا قال فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة ولم يقل فكان مشاعا يحتمل القسمة ويرشد اليه ان صاحب النهاية قال بعد قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كما في هبة الجوالق وفيه طعام الواهب لم يصح الهبة لان هبة ما هو مشغول بملك الواهب بمنزلة الشيوع في الهبة حكما لوجود اختلاط الملك في الصورتين جميعا انتهى قلت مورد اصل السوال قول المصنف فبقي هبة المشاع لا قوله او هبة شيء هو مشغول بملك الواهب وما ذكرته انما يصلح توجيها للثاني دون الاول فلا يتم الجواب تامل تقف ثم ان صاحب العناية بعد ان ذكر السوال والجواب المزبورين قال وكان المصنف لما استشعر هذا السوال اردفه بقوله او هبة شيء مشغول بملك الواهب فهو كما اذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي انتهى اقول فيه ركاكة ظاهرة لان الجواب المزبور ان كان مقبولا عنده فاستشعار السوال المسفور لا يقتضي ارادف الوجه الاول بشيء آخر لكون ذلك السوال مندفعا عن الوجه الاول غير وارد عليه وان لم يكن مرضيا عنده كان عليه بيان خلله ولم ينبه قط **قوله** او وهب له دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل قال صاحب النهاية هذا على طرق اللف والنشر والا لا يصح اعني ان قوله على ان يرد عليه شيئا متصل بقوله او وهب دارا وقوله او يعوضه شيئا منها متصل بقوله او تصدق عليه بدار وانما قلنا هذا لانه لو وصل قوله او يعوضه شيئا منها بقوله او وهب دارا كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح كما مر وانما يصح اشتراط العوض في الصدقة لا في الهبة وذلك انما يكون ان لو كان اشتراط التعويض موصولا بقوله او تصدق عليه بدار اللهم الا ان اراد بقوله او يعوضه شيئا منها او يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار فيصح حينئذ صرف قوله او يعوضه شيئا منها الى قوله واذا وهب دارا الا انه يلزم التكرار المحض من غير فائدة لشيء بقوله على ان يرد عليه شيئا منها انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع اقول في تحريرهما قصور اذ لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان معنى قوله او يعوضه شيئا منها سيما بعد قوله على ان يرد عليه شيئا منها انما هو ان يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض عن كل الدار والمعنى الآخر مما لا يساعده اللفظ الا بتعسف بعيد وهو ان يرجع ضمير منها في قوله او يعوضه شيئا منها الى ما هو

قال ومن كان له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت بريء منها او قال اذا ادديت الي النصف فلك النصف او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء عليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء ومذا لان المال من وجه ومن هذا الوجه كان عليكا ووصف وجه ومن هذا الوجه كان ساقطا ولهذا لم يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول

غير مذكور ههنا اصلا كلفظ الاعواض فيصير المعنى او يعوضه شيئا من الاعواض ايام الدار فاتبعا دار اده اعني الاول كما يشير به لفظ الام في قولها الام الا ان اراد بقوله او يعوضه شيئا منها ان يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار مما لا يخفى بالنظر الى نفس عبارة الكتاب ثم ان هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير ولفظ جامع الصغير في هذه المسئلة قطعي فالمعنى الاول فانه قال فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الرجل يهب للرجل هبة او يتصدق عليه بصدقة على ان يرد عليه ثلثها او ربعها او بعضها او يعوضه ثلثها او ربعها قال الهبة جائزة ولا يرد عليه ولا يعوضه شيئا منها الى ههنا لفظه ولا شك ان ثلث الدار وربعها بعض منها فاتبعا دار اده ذلك لمعنى بل تجويزا ارادة معنى آخر بالنظر الى لفظ جامع الصغير الذي هو ماخذ عبارة الكتاب خطأ ظاهرا لكن بقي في لزوم التكرار ما سنذكره ما يتعلق به وكان الامام الزيلعي تنبه لسماحة الاستبعاد الذي لم يشر به لفظ الام الواقعة في كلام الشارحين المذكورين حيث غير في شرح الكنز اسلوب تحريرهما فقال وقوله او يعوضه شيئا منها فيه اشكال فانه ان اراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله لبطل الشرط وان اراد به ان يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرد عليه شيئا منها انتهى كلامه اقول ولو اطلع على اصل هذه المسئلة وهو ما ذكره في الجامع الصغير لترك التردد ايضا بل قصر على الشق الثاني لكن ذلك مضاف في هذا الشق كما نبهت عليه آنفا ثم ان صاحب العناية كانه قد اطلع على اصل المسئلة ايضا حيث لم يعترض الشق الاول اصلا بل ساق كلامه على ان يقرر الشق الثاني فلا يلزم التكرار فقال ولا يتوهم التكرار في قوله على ان يرد عليه شيئا او يعوضه لان يرد عليه لا يستلزم كونه عوضا عنها وبه صرح بالفاظه قد ذكرنا انتهى اقول فيه نظر لان الرد عليه وان لم يستلزم التعويض لكنه يستلزم الهبة بقي ان يقال لم يتحقق الا انه يشمل ذلك ويعينه ان المتصدق على كل شيء من الموهوب له واجب مضمون على الواهب فكان قوله على ان يرد عليه شيئا منها مغنيا عن قوله او يعوضه شيئا منها فلم يكن في ذكر الثاني فائدة وبهذا اندفع ما يقال على تقدير كون قوله او يعوضه شيئا منها مصرفا ايضا الى الهبة بشرط التصدق وليس اوهم التكرار المذكور في المفهوم او في التصدق بين القولين المزبورين على ذلك التقدير حتى يفيد ما ذكره صاحب العناية قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام رأيت في بعض الحواشي ان قوله او يعوضه شيئا منها يرجع الى التصدق فانه اذا تصدق بشرط العوض لبطل الشرط واذا وهب بشرط العوض فالشرط صحيح اقول اذا وهب بشرط ان يعوض شيئا فالشرط باطل بشرط العوض انما يصح اذا كان معلوما فعلم ان قوله او يعوضه يرجع الى الهبة والصدقة انتهى هذا كلامه وما تحمل التوجيه الذي ذهب اليه صدر الشريعة خلاف ما اراده واضع هذه المسئلة فان واضعها الامام محمد رحمه الله تعالى وموضعها الجامع الصغير ولفظه فيه او يعوضه ثلثها او ربعها ولا يخفى ان ثلث الجارية وربعها امر معين معلوم فكان وضع المسئلة فيما اذا كان العوض معلوما الا ان مشائخنا المصنفين لما قصدوا الاجمال غيروا عبارة الجامع الصغير في هذه المسئلة فقالوا او يعوضه شيئا منها فلفظ شيئا من كلامهم لا من كلام الواهب حتى يتوهم اشتراط العوض المجهول ثم ان بعض العلماء رد على صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال فيه كلام وهو ان المفهوم من هذا القول انه اذا وهب بشرط ان يعوضه شيئا معينا من الموهوب يصح الشرط لان العوض معلوم مع انه ليس كذلك فقد صرح في غاية البيان بانه اذا وهب بشرط ان يعوض بيتا معينا منها او دورها واحدا من تلك الدور يصح الهبة والشرط فاسد لان بعض الهبة لا يصلح ان يكون عوضا والواهب ان يرجع في هبته لانعدام العوض وقال ذلك البعض ومن هذا الظهر فساد ما في بعض الحواشي ايضا كما لا يخفى انتهى اقول كلامه ناش من عدم تحقيق المقام وعدم الالتزام فان مدار ما اراده صدر الشريعة في بعض الحواشي وما ذكره نفسه في رد ذلك على ان يكون المراد بالتعويض في قوله او يعوضه شيئا منها هو التعويض بعوض خارج عن العين الموهوبة فالمفهوم مما ذكره صدر الشريعة وما ذكر في بعض الحواشي انما هو كون شرط العوض لهبة الخارج عن العين الموهوبة صحيحا والامر كذلك بلا ريب وليس

والتعليق بالشرط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها **قال** والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده لما روينا ومعناه أن يجعل داره له مدة عمره وإذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله جائزة لأن قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما أنه عليه السلام أجاز العمرى ورد الرقبى ولأن معنى الرقبى عندهما إن مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل وإذا لم تصح تكون عارية عنده لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به

فصل في الصدقة **قال** الصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض لأنه تبرع كالهبة فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لأن المقصود هو الثواب وقد حصل وكذلك إذا تصدق على غني استحسانا لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا إذا وهب لفقير لأن المقصود الثواب وقد حصل **قال** ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة [illegible] ملكا لنفسه [illegible] ويقال له أمسك ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب فإذا اكتسب تصدق بمثل ما أنفق وقد ذكرناه من قبل

في غاية البيان بل في عامة المعتبرات وهو أنه إذا شرط الواهب أن يعوضه بعضا من العين الموهوبة تصح الهبة ويفسد الشرط وهذا أيضا أمر مقرر لا غبار
ولكن كون الشرط صحيحا في هذه الصورة ليس بمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ولا مما ذكر في بعض الحواشي فلا يرد على شيء منهما ما توهمه ذلك البعض [illegible]
أنه لما لم يساعده اللفظ أصلا في حل وضع هذه المسألة كما نبهت عليه فيما مر ولكنه كلام آخر فليتأمل جدا فإن تحقيق هذا المقام على هذا المنوال والتدقيق فيما
عن القوم من الأقوال مما لم يسبق إليه فاشكر الله تعالى وتوكل عليه **قوله** والتعليق بالشرط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها قال صاحب العناية هذا
إشارة إلى أن من الإسقاطات المحضة ما لا يحلف بها كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن الدين منها انتهى أقول في قوله والإبراء عن الدين
فيها خبط ظاهر إذ قد تقرر أن في الإبراء تمليكا من وجه وإسقاطا من وجه فكيف يكون من الإسقاطات المحضة وكأنه غفل عن قيد المحضة وهذا عجيب منه **قوله**
وقال أبو يوسف رحمه الله جائزة لأن قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وعند أبي يوسف جائزة
لأن قوله داري لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد لأنه تعليق بالخطر كأن الرقبى مأخوذ من المراقبة أو كأنه مأخوذ من الإرقاب وكأنه قال رقبة داري لك فصار كالعمرى انتهى أقول في التوجيه
الثانية بحث إذ على تقدير أن يكون معنى قوله أرقبتك جعلت رقبة داري لك كما أن الرقبى مأخوذ من الرقبة لا يثبت قوله وقوله رقبى شرط فاسد إذ لا فساد في أن يقال رقبة داري لك [illegible]
ولا يتم قوله فصار كالعمرى كما لا يخفى **قوله** ولأن معنى الرقبى عندهما إن مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة إلى آخره قال صاحب العناية يشير إلى أن أبا يوسف رحمه الله قال
بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه إن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم ينقل عن أحد من أهل اللغة [illegible]
لا بأس بالعبارة عند صحة المعنى فيستحسن إلى هنا كلامه أقول لا شك أن المصنف يشير بقوله المذكور إلى أن أبا يوسف رحمه الله قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر ولكن
ليس ذلك التفسير الآخر ما ذكره الشارح المزبور وهو أن يجعلها من الرقبة حتى يتجه عليه أن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم ينقل عن أحد بل مراده بذلك ما بينه
صاحب الكافي وجمهور الشراح بقولهم وحاصل الاختلاف بينهم راجع إلى تفسير الرقبى مع اتفاقهم أنها من المراقبة فحمل أبو يوسف رحمه الله هذا اللفظ على أنه تمليك للحال
مع انتظار الواهب في الرجوع فالتمليك جائز وانتظار الرجوع باطل كما في العمرى وقالا المراقبة في نفس التمليك لأن معنى الرقبى هذه الدار لآخرنا موتا كأنه قال
أراقب موتك وتراقب موتي فإن مت قبلك فهي لك وإن مت قبلي فهي لي وبهذا يكون هذا تعليق التمليك ابتداء بالخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل
انتهى قولهم فعلى هذا لا يتجه عليه أصلا ما ذكره صاحب العناية بقوله وقيل عليه إن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم ينقل عن أحد إلى آخره كما لا يخفى ثم إن صاحب
غاية البيان قال في هذا المقام وعندي قول أبي يوسف رحمه الله أصح إذ غاية ما في الباب أن يقال الشرط فاسد [illegible]
بالشروط الفاسدة كما في العمرى انتهى أقول فيه نظر لأن الهبة إنما لا تبطل بالشروط الفاسدة إذا لم يمنع الشرط ثبوت التمليك [illegible]
لأن [illegible] يبطل الهبة بالضرورة امتناع تحقق الهبة بدون تحقق التمليك وفيما نحن فيه يمنع الرقبى ثبوت التمليك ابتداء على تفسيرهما [illegible]
حيث قال والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده ولو قال داري لك رقبى أو حبيس فهو باطل عند أبي حنيفة ومحمد [illegible]
أن الشرط في الهبة إذا كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة وإن كان لا يمنع ذلك صح الهبة وبطل الشرط ثم تفسير العمرى أن يقول [illegible]
لك عمرك فإذا مت فهي رد علي فيصح الهبة لأن هذا الشرط لا يمنع أصل التمليك وتفسير الحبيس أن يقول هي حبيس عليك فإن مت [illegible] وتفسير الرقبى
أن يقول هذه الدار لآخرنا موتا وهي من المراقبة لأن كل واحد منهما يراقب موت صاحبه كأنه يقول أراقب موتك وتراقب موتي [illegible]
وإن مت فهي باطلة لأن هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال إلى هنا كلامه فاضمحل بما قاله صاحب الغاية .

کتاب الاجارات

الاجارۃ عقد یرد علی المنافع بعوض

کتاب الاجارات

لما فرغ من بیان احکام التملیک الاعیان بغیر عوض وھو الھبۃ شرع فی بیان احکام تملیک المنافع بعوض وھو الاجارۃ وقدم الاولی علی الثانیۃ لان الاعیان مقدمۃ علی المنافع ولان فی الاولی عدم العوض والعدم مقدم علی الوجود ثم لعقد الاجارۃ مناسبۃ خاصۃ بفصل الصدقۃ من حیث انھما یقعان لازمین فلذلک ذکر کتاب الاجارات متصلا بفصل الصدقۃ کذا فی الشروح قال صاحب العنایۃ وانما جمعھا اشارۃ الی انھا حقیقۃ ذات افراد فان لھا نوعین نوع یرد علی منافع الاعیان کاستیجار الدور والارضین والدواب ونوع یرد علی العمل کاستیجار المحترفین للاعمال کالخیاطۃ والصباغۃ وغیرھا انتھی اقول فیہ اشکال لانہ ان اراد بالافراد فی قولہ ذات افراد الاشخاص الخارجیۃ کما ھو المتبادر من لفظ الافراد لم یحصل فائدۃ فی جمعھا اذ لا یتحقق عند احد ان یکون لحقیقۃ فرد واحد شخصی او فردان شخصیان فقط حتی یجمعھا للاشارۃ الی انحصار ذات افراد کثیرۃ وعلی ان قولہ فان لھا نوعین لا یطابق المدعی حینئذ کما لا یخفی وان اراد بالافراد فی قولہ المذکور الانواع الکلیۃ لم تتم بیانہ بقولہ فان لھا نوعین الخ اذ بمجرد تحقق النوعین لھا لا یصح ایراد ھا بصیغۃ الجمع علی ما ھو المذھب المختار من کون اقل الجمع ثلاثۃ واما الحمل علی ما ھو المذھب الضعیف جدا من کون اقل الجمع اثنین فمما لا ینبغی ان یرتکب ویحمل علیہ کلام المصنف الذی ھو علم فی التحقیق فالحق عندی ان یقال جمعھا اشارۃ الی ان لھا انواعا مختلفۃ نوع یصیر المنفعۃ فیہ معلومۃ بالمدۃ کاستیجار الدار للسکنی ونوع یصیر المنفعۃ فیہ معلومۃ بالتسمیۃ کاستیجار الجمل علی ثوب او خیاطۃ ونوع یصیر المنفعۃ فیہ معلومۃ بالتعیین والاشارۃ کاستیجار الجمل لیحمل ھذا الطعام الی موضع معلوم وھذه الانواع الثلاثۃ ھی التی اشیر الیھا فی الکتاب بقولہ والمنافع تارۃ تصیر معلومۃ بالمدۃ وتارۃ تصیر معلومۃ بالتسمیۃ وتارۃ تصیر معلومۃ بالتعیین والاشارۃ علی ما سیاتی تفصیلھا عن قریب

قولہ الاجارۃ عقد علی المنافع بعوض قال بعض الفضلاء ولو قال تملیک المنافع ونحو الکان اولی لعدم تناولہ النکاح فانہ لیس تملیکا وانما ھو اباحۃ المنافع بعوض کما صرح بہ الزیلعی بخلاف تعریف الکتاب حیث یشملہ الا ان یقال المراد عقد تملیک بقرینۃ الشھرۃ علیہ تامل انتھی کلامہ اقول لیس بسدید اذ لو قال تملیک المنافع ونحوہ لم یتناول الا صرف النکاح ایضا تملیک قطعا لا اباحۃ محضۃ والا لما وجب الاعتیاض عنہ بل لما جاز وقد افصحوا عن ھذا فی اول کتاب النکاح حیث فسروا النکاح فی شرح جامع الشروح بل المتون بانہ عقد موضوع لملک المتعۃ وقال المستوفی بالنکاح مملوک للعاقد بدلالۃ جواز الاعتیاض وبدلالۃ انہ اختص بہ انتفاعا وحجرا وقالوا لا ینعقد النکاح بلفظ الاباحۃ والاحلال لانہ لیس بملک المتعۃ وقد ذکرہ الزیلعی ھھنا فی شرحہ للکنز من ان النکاح لیس تملیکا وانما ھو اباحۃ المنافع بعوض مناقض لما اجمعوا علیہ فی کتاب النکاح من ان النکاح تملیک حتی ان صاحب الکنز نفسہ صرح فی اول النکاح بانہ عقد یرد علی تملیک المتعۃ قصدا ومخالف لما تقرر عندھم من ان الاعتیاض لا یجوز فی الاباحۃ فان من اباح شیئا فانما یتلفہ علی ملک المبیح فلم یکن فی ذلک معاوضۃ بوجہ یلتفت الیہ العجب ان ذلک البعض قال بعد کلامہ المزبور ثم اعلم ان ما ذکرہ الزیلعی من قولہ النکاح لیس تملیکا بل ھو اباحۃ مخالف لما سبق فی اوائل کتاب النکاح من انہ سبب لملک المتعۃ ولھذا لا ینعقد بلفظ الاباحۃ انتھی ولا یخفی ان بین کلامیہ تدافعا فان مدار الاول صحۃ ما ذکرہ الزیلعی ومقتضی الثانی عدم صحتہ لکونہ مخالفا لما تقرر فیما سبق ثم اقول یمکن ان یقال فی تناول تعریف الکتاب وغیرہ للنکاح ان المصنف قال فی اوائل کتاب النکاح ولا ینعقد النکاح بلفظ الاجارۃ فی الصحیح لانہ لیس بسبب لملک المتعۃ وقال صاحب الکافی والشراح ھناک وعن الکرخی انہ ینعقد بلفظ الاجارۃ لان المستوفی بالنکاح منفعۃ حقیقۃ وقد سمی اللہ تعالی العوض فی النکاح اجرا بقولہ تعالی فاتوھن اجورھن وھو شعر بانہ مشاکل للاجارۃ ولنا ان المملوک بالنکاح فی حکم العین حتی لا ینعقد الا مؤبدا والاجارۃ لا تنعقد الا موقتۃ

لان الاجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يأبى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار

فبينهما منافاة فانى يصح الاستعارة انتهى كلامهم فاذا كان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الاجارة استعارة للنكاح لم يتناول تعريف الاجارة بانها عقد على المنافع بعوض او بانها تمليك المنافع بعوض او نحو ذلك للنكاح تامل تقف وقال في غاية البيان وينبغي ان يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لان التوقيت يبطله انتهى اقول وهذا ايضا ليس بسديد اذ على تقدير ان يقال كذلك يخرج من التعريف كثير من الاجارات كما يخرج النكاح فانهم صرحوا بان المنافع في الاجارات تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة وتارة تصير معلومة بالتسمية كاستيجار رجل على صبغ ثواب او خياطته وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كاستيجار رجل لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم وتعيين المدة انما يجب في القسم الاول من كتاب الاقسام الثلثة دون القسمين الاخيرين منها فتخرج الاجارات المندرجة تحت هذين القسمين من تعريف الاجارة على الوجه المذكور فتحتمل قطعا **قوله** لان الاجارة في اللغة بيع المنافع قال الشارح العيني قيل فيه نظر لان الاجارة اسم للاجرة وهي ما اعطيت من كراء الاجير كما صرحوا به قلت قد بينت لك عن قريب الاجارة يجوز ان يكون مصدرا فيستقيم الكلام انتهى اقول النظر المزبور ظاهر الورود لان المذكور في كتب اللغة انما هو ان الاجارة اسم للاجرة لا امر آخر وانما الذي هو بيع المنافع الايجار وقد كان هذا خطر ببالي حتى كتبته في مسودتي من تلقاء نفسي قبل ان ارى ما كتبه غيري واما الجواب الذي ذكره بقوله قلت قد بينت لك عن قريب الى آخره فليس بشيء لان مراده بقوله قد بينت لك عن قريب ان الاجارة يجوز ان تكون مصدرا ما ذكره في صدر كتاب الاجارات بقوله ولا يمنع ان يكون مصدرا منه كما تقول كتب يكتب كتابة بعد قوله وهو جمع اجارة على فعالة بالكسر اسم للاجر بمعنى الاجرة من اجره اذا اعطاه اجره ولا يذهب عليك ان ذلك لا يجدي شيئا في الجواب عن النظر المزبور اذ قد تقرر في علم الادب ان مصدر الثلاثي سماعي لا قياس فيه فكون الكتابة مصدرا من كتب لا يقتضي كون الاجارة ايضا مصدرا من اجر فان الكتابة سمعت مصدرا من كتب واما الاجارة فلم تسمع مصدرا قط والكلام فيما سمع من اهل اللغة لا في الاحتمال العقلي على انه لو سلم مجيء الاجارة في اللغة مصدرا من اجره اذا اعطاه اجره كمجيء الاجر مصدرا منه لم يستقم الكلام ايضا اذ لا يكون الاجارة حينئذ ايضا في اللغة بيع المنافع بل يكون اعطاء الاجر وقد قال المصنف ان الاجارة في اللغة بيع المنافع فلا استقامة ثم ان صاحب العناية قال ههنا بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي لان اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان شرعيتها فالشرعي اولى بالتقديم انتهى اقول فيه بحث لان كون المفهوم الشرعي اولى بالتقديم بناء على انه في بيان شرعيتها لو تم لاقتضى تقديم المفهوم الشرعي على المفهوم اللغوي في جميع المواضع سواء كان المعنى الشرعي موافقا للمعنى اللغوي او مخالفا له مع ان دأب المصنفين من آخرهم جرى على تقديم بيان المعنى اللغوي على بيان المعنى الشرعي لكون اللغوي هو الاصل المتقدم فالوجه عندي ههنا ان المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الاجارة في الشرع عقدا على المنافع بعوض ولكن يطوي الصغرى فكانه قال لان معنى الاجارة في الشرع هو معناها في اللغة ومعناها في اللغة بيع المنافع ولا يخفى ان هذا المسلك يقتضي تقديم مفهومها الشرعي بناء على ما اشتهر من تقديم المدعى على الدليل تدبر فانه وجه حسن **قوله** الا انها جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار قال صاحب العناية في شرح هذا المحل الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالاثر انتهى اقول في تقرير قصور اذ المتبادر من قوله الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر ومن قوله فكان استحسانا بالاثر ان ينحصر دليل شرعيتها في الاثر والا لم يكن فائدة في ذكر قيد الاثر في الموضعين وليس ذلك بمنحصر في الاثر بل الكتاب ايضا دليل عليها كقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وكقوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تأجرني ثماني حجج وكذا اجماع الامة ايضا دليل عليها

وهي قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره و
ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب
بالقبول ثم عمل يظهر في حق المنفعة عملا او استحقاقا لحال وجود المنفعة ولا يصح حتى تكون المنافع معلومة ولاجل
الما دونا ولان الجهالة في المعقود عليه وفي بدله تفضي الى المنازعة لجهالة الثمن في البيع وما جاز ان يكون ثمنا في البيع
يكون اجرا في الاجارة لان الاجرة عن المنفعة فيعتبر بثمن البيع وكل ما يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فمن اللفظ الذي صلاحيته غير

كما ذكره الكافي وغيره بخلاف تقرير المصنف كما لا يخفى على الفطن المتامل **قوله** وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه قال الشارح
فان الامر باعطاء الاجير دليل على صحة العقد اقول لقائل ان يقول سياتي في باب الاجارة الفاسدة انه يجب فيها اجر المثل اذ لا شك ان الواجب الشرعي
بامر باعطائه من قبيل الشرع فلم يكن الامر باعطاء الاجير دليل صحة العقد اللهم الا ان يقال وقع الامر في الحديث المذكور باعطاء الاجر المضاف الى الاجير
حيث قيل اعطوا الاجير اجره وذلك يفيد كون المراد بالاجر المامور باعطائه الاجر المسمى للاجير دون اجر المثل مطلقا والامر باعطاء الاجر المسمى للاجير
لا يتصور الا في الاجارة الصحيحة تدبر **قوله** وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب
بالقبول قال بعض الفضلاء لا يدان يتامل في هذا المقام فان الانعقاد هو ارتباط القبول بالايجاب فاذا حصل الارتباط فاقامة الدار مقام المنفعة
تتحقق الانعقاد فاي معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك انتهى كلامه اقول جواب هذا الاستشكال يتكشف جدا بما ذكره صاحب غاية البيان هنا حيث
قال والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشائخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها في المحل ساعة فساعة لا ترتب الايجاب
بالقبول كل ساعة وان كان ظاهر كلام مشائخنا يوهم ذلك ثم قال وفسر بعض مشائخنا على وجه آخر فقال الانعقاد ان الصادر ان منهما مضافين الى
محل المنفعة وهو الدار صحا كلاما هو عقد بنفسها اذ العقد فعلهما ولا فعل يصدر منهما سوى ترتيب القبول على الايجاب ثم الانعقاد بحكم الشرع يثبت وصفا
لكلاميهما شرعا والعلة الشرعية مغايرة للعلل العقلية فانه يجوز ان ينفك عن معلولاتها فجاز ان يقال انعقد وجدانه عبارة عن كلاميهما والانعقاد
تراخى الى وجود المنافع ساعة فساعة بخلاف العلل العقلية فان الانكسار لا يصح انفكاكه عن الكسر انتهى هنا كلام صاحب الغاية بكمالها لكن لا يتشكل لك
هذا الكلام اولا مع بعد كلاميهما كما لا يخفى ثم ان صاحب العناية جعل قول المصنف والدار اقيمت مقام المنفعة الى آخره جوابا عن السوال المقدم
حيث قال بعد شرح قوله وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يصح رجوع المستاجر في الساعة الثانية
قبل ان ينعقد العقد فيها واذا استاجر شهرا مثلا ليس له ان يمنع بالاضافة الى الايجاب بقوله والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد ليرتبط
الايجاب بالقبول التزاما للعقد في المقدار المعين انتهى كلامه وقد تبعه الشارح العيني اقول فيه نظر لانا ان نحقق انعقاد العقد في ذلك المقدار
كله بمجرد اقامة الدار مقام المنفعة في حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول لم نفهم معنى قولهم وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع
اذ يلزم حينئذ ان تنعقد في الساعة الاولى وهي ساعة العقد بالايجاب والقبول وارتباط احدهما بالآخر وان تحقق ذلك الانعقاد بمجرد ذلك
الاقامة بل حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما هو الظاهر من كلامهم يرد السوال المقدر المزبور على قولهم وتنعقد ساعة فساعة ولا يتم
قول المصنف والدار اقيمت مقام المنفعة الى آخره جوابا عن ذلك السوال بل يحتاج الى جواب آخر كما لا يخفى فالظاهر ان ليس مراد المصنف بقوله
المذكور الجواب عن السوال المزبور بل مراده به توجيه صحة العقد في المنافع المعدومة على اصل انتمنا كما فصل في الكافي وسائر الشروح
سيما في غاية البيان فانه قال فيها بيان ما قلنا هو ان العقد لا بد له من محل لان المحل شرط صحة العقد لان العقد لا يصح بلا محل ولهذا
قال قال الفقهاء المحال شرط وجود محل العقد هنا هي المنافع وهي معدومة ولا يصح المعدوم محلا للعقد فجعلت الدار محلا للعقد بإقامتها
مقام المنافع التي ستوجد لان الدار محل للمنافع تصيبها العقد حتى يرتبط الكلامان وهما الايجاب والقبول احدهما بالآخر على وجه يكون لهما
عليه صاحبة في افادة الحكم وهو ملك المنافع التي ستوجد انتهى فتدبر **قوله** وما لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة ايضا كالاعيان اي كالاعيان التي

لانه عوض مال والمنافع تابعة تصير معلومة بالمدة كما سيجيء الدور للسلف والاعيان للمنافعه فيصح العقد على معلومة معلومة اى منه كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اى منه كانت اشارة الى الشارح حيث طالت المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة الى العاصم لان في الاقالة اى في الاجارة الطويلة كما لا يخفى لانها ملكا ومن ما زاد على ثلثين وهو المختار

ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا فانها اذا كانت معينة يصلح ان يكون اجرة كما اذا استاجر دارا بثوب معين وان كان لا يصلح ثمنا لما تقرر في البيوع ان الاموال ثلثة ثمن محض كالدراهم وسلع محض كالاعيان التي ليست من ذوات الامثال وما كان بينهما كالمكيلات والموزونات كذا في الشرح قال صاحب العناية وفيه نظر فان المقابض بيع ليس فيها الا العينين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل ويمكن ان يجاب بان المنظر على المثال ليس من باب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز ان تمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فانها تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استاجر مسكنا دار بركوب دابة ولا يصلح ثمنا اصلا الى هنا كلامه اقول لا انظر شيء ولا الجواب بما انظر فلان مراد المصنف بالثمن ههنا ما يجب في الذمة وعن هذا ترى صاحب الكافي وكثيرا من الشراح يقولون بعد قولهم لان الاجرة عوض مالي فيعتمد وجود المال واما الثمن فهو ما يجب في الذمة فيختص بما ثبت في الذمة ولقد افصح عنه صاحب العناية نفسه ايضا فيما بعد حيث قال ان الثمن شرط كونه مما يجب في الذمة فيختص ذلك بخلاف الاجرة ولا شك في عدم صلاحية الاعيان التي ليست من ذوات الامثال لان تكون ثمنا بهذا المعنى لانها في حكم العاملين ليكون المساومة بيعا بلا ثمن لهذا المعنى الا يرى ان الشارح المذكور نفسه قال في اول كتاب البيوع انواع البيع تسعة بيع سلم بمثلها ويسمى مقايضة بيعا بالدين اعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما اتى حيث جعل الدين مقابلا للعين وفسر الدين بالثمن وجعل احد انواع البيع وهو اسمى بالمقايضة مالا ثمن فيه اصلا نعم الثمن بمعنى آخر وهو ما يكون عوضا عن المبيع نص عليه في المغرب وغيره وذلك المعنى يعم الدين والعين هو الذي لا يتحقق البيع بدونه ويعلل كون المقايضة بيعا بلا ثمن بذلك المعنى ولكنه لم يبين المصنف الثمن في قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فلا يرد النظر المذكور عليه بدا وانما الجواب فلان من شأن العطف اذا فيه اعترف بطلان المثال الذي ذكره المصنف وحاشاه ثم اقول بقي ههنا شيء وهو ان تقائل ان يقول لم لا يجوز ان يراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا ما يجب في الذمة وان تعليله بالا يصلح ثمنا بقوله كالاعيان صحيح على هذا المعنى المراد لان الاعيان الواقع في لفظ المصنف معنى قوله اى منه كانت فجاز ان يكون معنى البيت جاز ان يكون اجرة على المعنى الذي يعم الدين والعين وهو العوض المقابل للمبيع كما حمل الزيلعي الثمن الواقع في قول صاحب الكنز وما صح ثمنا صح اجرة على ذلك المعنى الاعم مع ان ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة القدوري بقوله لان الاجرة تثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع تجمل التسوية بين الدين والعين كما ترى ويمكن ان يجاب عنه بانه لما كان المتبادر من لفظ الثمن في عرف الفقهاء هو معنى ما يجب في الذمة وكان لفظ القدوري غير موضوع هو المقام على تقدير حمل الثمن على المعنى الاخير العام للعين ايضا فان ما لا يجوز ان يكون ثمنا في البيع على المعنى العام للعين جاز ان يكون اجرة ايضا كالمنفعة فانها لا تصلح ثمنا في البيع اصلا وتصلح اجرة فيما اذا اختلف جنس المنافع كما صرحوا به حمل المصنف لفظ الثمن الواقع في مسئلة القدوري على ما ذكره بالمعنى الذي ذكره وقال تسهيلا لهذه المسئلة وما لا يصلح اجرة ايضا كالاعيان كما قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرح مختصر القدوري وهذا الذي ذكره ليس على ما ينبغي غير ان تبين ذلك ان الاعيان لا يكون اثمانا وتكون اجرة وانما ذكر ذلك لانه هو الغالب في ههنا فتأمل وتأمل بالانصاف ان المنفعة كانت حقيقا بان يذكر في تعليل ما لا يصلح ثمنا ويصلح اجرة فان كون المنفعة مما يصلح اجرة اخفى من كون الاعيان منه وليس ذلك مما يمكن ان يستفاد من مسئلة القدوري بخلاف كون الاعيان منه فانه يمكن ان يستفاد منها بحمل الثمن على المعنى العام للعين ايضا كما عرفت انفا قوله لانه عوض مالي اى لان الاجرة على تاويل الاجر عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان مال فصح ان يكون اجرة وكذا في النهاية وغيرها قال صاحب العناية بعد ما شرح المحل على هذا المنوال وقال ان يقول الثمن عوض مالي الى آخره ويمكن ان يجاب عنه بان الثمن مشروط بكونه

قال وتارة تصير المنفعة معلومة بنفسه كما استؤجر بيتا على صبغ ثوب له صفاطية او استؤجر ظهر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولونه الصبغ وقدره وعين الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة فقد صارت المنفعة معلومة فصح العقد وبما يقال الاجارة قد يكون عقدا على العمل كما ستيقا والقصارة والخياطة وقد يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد يكون عقدا على المنفعة كما في اجير الوحد ولا بد من بيان المدة قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استأجر رجلا بان يقول له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقل والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي يجب في الذمة بخلاف الاجرة لنا هنا كلاما اقول ولقائل ان يقول اذا كان الثمن مشروطا بكونه مما يجب في الذمة كان الاجرة ايضا مشروطا بكونها ثمن المنفعة كما صرح به المصنف في تعليل مسئلة القدوري فان قيل ان الشرط بذلك ثمن البيع لا ثمن المنفعة قلنا فلقائل ان يقول اذا كان ثمن المنفعة مخالفا لثمن المبيع في ان يكون احدهما مشروطا بشيء دون الآخر فهل تم القياس المستفاد من قول المصنف لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع فليتامل وادرد بعض الفضلاء على الجواب الذي ذكره صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما اذا بيع الدار بالدار اذ لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى انتهى اقول ان كان مراد هذا الكلام مجرد الزام صاحب الغاية بما ذكر على ما قاله في تقرير السابق من انه لو لم تصلح العين ثمنا كانت المقايضة بيعا بلا ثمن وهو باطل فله وجه وان كان مراده بايراد الاشكال على ذلك الجواب في الحقيقة فليس بصحيح اذ اللازم من الجواب المسذكور خلو البيع عن الثمن بمعنى يجب في الذمة فيما اذا بيع الدار بالدار لا خلوه عن الثمن بمعنى العوض المقابل للمبيع في تلك الصورة والمحذور خلوه عن الثمن بالمعنى الثاني دون المعنى الاول كما بيناه من قبل

قوله وتارة تصير معلومة بنفسه اي بنفس عقد الاجارة كذا ذكر الشراح قاطبة ولم ينقل صاحب فسخة اخرى واما صاحب غاية البيان فقال بعد ذكر ذلك وفي بعض نسخ المختصر وتارة تصير معلومة بالتسمية اقول لعل الصواب هذه النسخة لان المنافع لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة بتسمية امور كبيان الثوب والوان الصبغ وقدره في استيجار رجل على صبغ ثوبه وبيان الثوب وجنس الخياطة في استيجار رجل على خياطة ثوب وبيان القدر المحمول وجنسه والمسافة في استيجار دابة للحمل او الركوب على ما اشار المصنف الى ذلك كله حيث قال لانه اذا بين الثوب والوان الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد وكما ان المنافع لا تصير معلومة في النوع السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط انما تصير معلومة في النوع السابق ببيان المدة في النوع اللاحق بالتعيين والاشارة كذلك لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة بتسمية لا بد منها في الامور اللازمة البيان كما اشير الى بعضها في الامثلة المذكورة فلم يكن لنسبة صيرورة المنافع معلومة في هذا النوع الى نفس العقد وجه ظاهر وعن هذا الاترى عبارة بنفسه مذكورة في شيء من الكتب المعتبرة سوى نسخة هذا الكتاب على ما ذكره الشراح وانما المذكور في سائر الكتب موضع بنفسه بالتسمية كما وقع في الكنز والمختار وغيرهما كما وقع في الوقاية وبعض المتون قوله وربما قال الاجارة قد تكون عقدا على العمل الى قوله ولا بد من بيان الوقت اقول في هذا التقسيم نوع اشكال اذ قد مر في صدر الكتاب ان الاجارة عقد على المنافع بعوض فكيف يصح تقسيمها الى العقد على العمل والى العقد على المنفعة وهذا يلزم منه تقسيم الشيء الى نفسه والى غيره اللهم الا ان يحمل عبارة التقسيم على المسامحة فيكون المراد الاجارة قد تكون عقدا على منفعة العمل او قد تكون عقدا على منفعة الاعيان لكنه غير منتظم من نفس اللفظ كما لا يخفى ثم اقول كان حقا على المصنف ان يذكر بيان هذا التقسيم الذي ذكره بعض الشراح كصاحب الاسرار وغيره عن ذكر القسم الثالث من التقسيم المذكور في نفس الكتاب وقد وسطه في البين كما ترى وكان صاحب الكافي بتنبيه لسماجة هذا التحرير حيث آخر بيان هذا التقسيم الثنى عن تمام ذكر اقسام ذلك التقسيم الثلث واعترض صاحب الغاية على قول المصنف كما في اجير الوحد حيث قال وفيه نظر لان اجارة اجير الوحد ايضا عقد على العمل ولكن يشترط فيها بيان المدة ولذا جعله صاحب التحفة احد نوعي الاستيجار على الاعمال كما ذكرناه انفا فلو قال صاحب الهداية وقد تكون عقدا على المنفعة كاستيجار الدور والحوانيت ونحوها كان اولى انتهى كلامه اقول ليس في البشاعة لان اجارة اجير الوحد ليست بعقد على العمل ولهذا لم يستحق اجير الوحد الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كما مر جوابه قائلة بيساتي في ذلك ولو كانت عقدا على العمل لما استحقها

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحدى معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه

بدون العمل بل انما هو عقد على منافع نفسه مطلقا ولهذا لا يتمكن من ايجاب منافعه لغيره وتعيين العمل في بعض الصور كرعي الغنم ونحوه لصرف المنفعة المستحقة الى تلك بجهة وسيظهر هذا كله في باب ضمان الاجير وجعل صاحب التحفة ذلك احد نوعي الاستيجار على الاعمال لا يكون حجة على المصنف ولو مثل المصنف ما يكون عقدا على المنفعة باستيجار الدور ونحوها دون اجير الواحد لذات التبنية على ان اجارة اجير الواحد من هذا القسم وهو مقصود لخفاء ذلك على البعض فتنبه

باب الاجر متى يستحق قال صاحب النهاية لما ذكر ان صحة الاجارة موقوفة على ان تكون الاجرة معلومة احتاج الى بيان وقت وجوبها فذكره وما يتعلق به من المسائل في هذا الباب انتهى كلامه واقتفى اثره في هذا التوجيه جماعة من الشراح اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة هذا التوجيه وسخافته اذ لا يستدعي ذكر مجرد ان صحة الاجارة موقوفة على كون الاجرة معلومة بيان وقت وجوبها فضلا عن الاحتياج الى بيان وقت وجوبها في باب على حدة الا يرى ان معلومية البدلين شرط في كثير من العقود ولم يحتج في شيء منها الى بيان وقت الوجوب في باب على حدة وقال صاحب العناية لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخالف الملك من العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل انتهى كلامه اقول وفيه شيء وهو ان تخلف الملك عن العقد يوجد في غيرها ايضا كالهبة فان الملك لا يثبت هناك ايضا بنفس العقد بل يتوقف على القبض لامر كالوصية فان الملك هناك ايضا يتاخر الى وقت الموت فلا يتم القول بان الاجارة تخالف غيرها في تخلفه الملك عن العقد بلا خيار شرط ثم اقول الاظهر ان يقال لما كان وقت استحقاق الاجرة فيما وقع فيه الاختلاف بين ايمة الشرع وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن افراد باب لبيان وقت استحقاق الاجرة وما يتعلق به من المسائل **قوله** الاجرة لا تجب بالعقد قال تاج الشريعة اراد وجوب الاداء اما نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد قال صاحب الكفاية المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجمالا وتفصيلا اما اجمالا فلان الاجرة لو كانت عبدا فاعتقه الموجر قبل وجود احد معان ثلثة لا يعتق فلو كان نفس الوجوب ثابتا يصح اعتاقه كما في البيع واما تفصيلا فلانه معاوضة فتعتبر المساواة ولم يوجد في جانب العقود عليه لا نفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذا في جانب العوض انتهى وقال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد اي لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد كذا وجدت بخط شيخي وذكر في الذخيرة ما يؤيد هذا فقال يجب ان يعلم ان الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عينا او دينا هكذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع وفي كتاب التحري وذكر في الاجارات ان الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد وان كانت دينا تملك بنفس العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل فعامة المشائخ على ان الصحيح ما ذكره في الجامع وكتاب التحري وقال بعضهم ما ذكره في الاجارات قول محمد اولا ما ذكره في الجامع والتحري قوله آخرا الى هنا لفظ النهاية اقول تائيده ما ذكر في الذخيرة كون معنى عبارة الكتاب ما قاله صاحب النهاية ممنوع فانه قال في الذخيرة ان الاجرة لا تملك بنفس العقد قبل ان قال ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة فعلم منه ان الاجرة لا تملك بنفس العقد عندنا كما لا يجب اداؤها بنفس العقد فتم بخلاف ما في الكتاب فانه لم يذكر فيه شيء قبل ان قال الاجرة لا يجب في العقد فلو كان معناه الاجرة لا تجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد لم يفهم منه ان الاجرة لا تملك بمجرد العقد اذ يلزم من عدم وجوب الاداء بمجرد العقد عدم تملكها بمجرده الا ترى ان الثمن مما يملك البائع بمجرد عقد البيع بلا خيار ولا يجب تسليمه واداؤه في الحال بمجرد ذلك في البياعات المؤجلة بل يتاخر الى حلول الاجل فاذا لم يفهم منه ذلك لم يفد ما هو المذهب عندنا فلزم ان لا يتم وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية الاجرة لا يجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن فالصواب

قال الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فتثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومقتضاها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل لان الاجر واذا استوفى المنفعة تثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية

ان يقال معناه ولا تملك لان معنى ما ذكرتم من ان الاجرة لا تملك وما يملك لم يجب ايضا وبما قال فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان اعم منه وذكر الاعم واراده الاخص ليس مجازا شائعا لعدم دلالة الاعم على الاخص اصلا قلت اخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان يكون الاجرة عما يثبت في الذمة وينفي الوجوب فيما وهو يستلزم نفي التملك لا محالة لئلا يتوالى سؤالان شئت قلت او الجواب انا الاول فلان ذكر الاعم واراده الاخص انما ليس مجازا شائعا اذا لم تحقق قرينة مخصصة واما اذا تحققت القرينة فذلك مجاز شائع وقوعه في كلمات القوم حتى تعرفاتهم التي يجب فيها التحرز عما يورث خفاء المراد وقعوا فيه فقد تحققت القرينة على اراده الاخص وهي قوله قال الشافعي يملك بنفس العقد كما عرفت به الشاهد بوجه حيث قال وبما بعد بدل على ما قلنا قوله قال الشافعي تملك بنفس العقد والا لكان محل الخلاف متحدا والشافعي قال ان الاجرة تجب وتنفي الوجوب فيما ازدته بقصد نفي الوجوب في الاجرة بدون ان يجعله مجازا عن نفي التملك لكن يرد على هذا التقرير والجواب ان يقال معناه يملك انما ذكر الوجوب لكونه لازما بينا لنفي الوجوب مجازا عن نفي التملك لكن يرد عليه ان الاستلزام لم يحجج اذ قد اخرج الكلام مخرج الغالب ما يكون الاجرة مما يثبت في الذمة لان الاجرة اما ان تكون دينا او عينا مما يملك وان كان مما يثبت في الذمة منها هو الدين دون العين فنفي التملك بالعقد يرد على جميع انواع الاجرة ولا يختص بما هو غالب منها وهو الدين الثابت في الذمة حتى يحتاج الى ان يقال اخرج الكلام مخرج الغالب على ان قوله وهو يستلزم نفي التملك لا محالة ممنوع فان العين لا يجب في الذمة مع انه مما يملك قطعا وقال بعضهم فان في سورة التعجيل يوجد الملك بلا وجوب

قال قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فتثبت الحكم فيما يقابله من البدل قال صاحب العناية في حل هذا المحل واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة باجرة موجلة ولولا تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام لا محالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد بوجود المقتضي وانتفاء المانع فتثبت الحكم فيما يقابله من البدل انتهى واورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله لوجود المقتضي وانتفاء المانع ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه انتهى اقول هذا لا يرد ساقطا لان المنافع المعدومة اذا جعلت موجودة في حكم الشرع يجب ان يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد ولا يبقى لانتفاء الوجود حقيقة فعلا حينئذ للمنع عنه لان الشرع انما يجعلها موجودة لاجل ان يترتب عليه ذلك الحكم فلو كان انتفاء وجودها حقيقة مانعا عنه لزم ان لا يتحقق جعل الشرع اياها موجودة وهذا خلف وعن هذا قالوا والشرع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودة كما جعل النطفة في الرحم ولاية فيها كما يحكم في حق الارث والنسب والوصية على ما ذكر في الكافي وعامة الشراح نعم يرد على استدلال الشافعي كلام آخر من قبل المتن كما اشير اليه في عامة المعتبرات وهو ان جعل المعدوم موجودا في الشرع انما يكون فيما اذا دعت الضرورة اليه وفيما نحن فيه لا تدعو الضرورة اليه لامكان تصحيح العقد بطريق آخر او ضح واوسع منه وهو اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول ثم انتفاء العقد في حق المعقود عليه على ما سيجيء ان شاء الله تعالى واقامة السبب مقام المسبب اصل شائع في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة واقامة البلوغ مقام كمال العقل وعلم جرا من الظهر ثم قال صاحب العناية فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب ان الضرورة اذا ثبت يتبع لها افادة الملك حتى يلزم الوجوب عند العقد حتى قالوا ان افادة الملك في الحال من لوازم الوجوب عند العقد فهو ممنوع كيف وقد تقرر في علم الحكم ان الحكم يجوز ان يتخلف عن سببه كالبيع بشرط الخيار فان الملك فيه يتراخى الى وقت سقوط الخيار مع وجوب البيع عند العقد وبدون افادة الملك ولو سلمنا ان من لوازم الوجوب عند العقد افادة الملك فنقول انا لا نسلم ان الاجرة تملك بنفس العقد فان صاحب العناية ان الاجرة تملك بنفس العقد فلا تتم التقريب واعترض بعض الفضلاء على الجواب المسفور بوجه آخر حيث قال

وكذا اذا شرط التعجيل او عجل من غير شرط حتى المساواة ثبت حقا له وقد ابطله

اي اراد ان افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فمسلم ولا يفيده وان اراد انها من لوازم الوجود ولو حكما فغير مسلم ومتى احتمل ذكره في كل من شقي تردده ليس سديدا والاول فالثاني مسلم لكون افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة مع ان افادة الملك في الحال كما هو مذهب الشافعي ليس من لوازم الوجود حقيقة لانه يجوز ان يكون موجودا حقيقة عند العقد مع ان البيع بشرط الخيار لا يفيد الملك في المال كما مر واما الثاني فلان الوجود الحكمي لا يكاد ان يخالف الوجود الحقيقي في اللوازم الشرعية اللهم الا ان يقال فائدة في جعل الشرع الوجود الاعتباري في حكم الوجود الحقيقي فلا نسلم اولا كون افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فلزم تسليم كونها من لوازم الوجود حكما ايضا فالوجه الوجيه في الترديد وفي المنع والتسليم ما ذكرناه من قبل **قوله** وكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة ثبت حقا له وقد ابطله قال في العناية واعترض بان شرط التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وكل ما هو كذلك فهو مفسد للعقد والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة او من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس اشتراط التعجيل باعتباره والثاني ممنوع فان تعجيل البدل لا يخالفه من حيث المعاوضة انتهى اقول في الجواب نظر اما اولا فلان حيثية كونه اجارة مع حيثية كونه معاوضة مضمومة فلا يخالف مقتضى العقد من احدى هاتين الحيثيتين يخالف مقتضاه من الحيثية الاخرى فما معنى قوله والاول مسلم والثاني ممنوع وهل يستلزم الاول تسليم الثاني ومنع الاول فان قيل مراده بالحيثية كونه معاوضة مع قطع النظر عن خصوصية فلا يلزم اتحاد الحيثيتين قلنا فيلزم ان يكون صحة اشتراط التعجيل في عقد الاجارة باعتبار كونه معاوضة مع قطع النظر عن خصوصية كونه اجارة ولا يخفى ان ذلك لا اعتبار له بل مدار صحة اشتراط التعجيل على انتفاء ما يوجب فساد العقد قطعا واما ثانيا فلان قوله فان تعجيل البدل اشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة غير تام فان من مقتضيات المعاوضة المساواة فشرط تعجيل الاجرة قبل ثبوت الملك في المعقود عليه يفوت المساواة كما لا يخفى والاولى في الجواب ما ذكره في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو ان شرط التعجيل في الاجارة لا يخالف مقتضى العقد فان عقد الاجارة يقتضي التعجيل كالبيع الا انه سقط للمانع وهو وجوب المساواة وهو حق المستاجر فاذا اسقط حقه بالتعجيل زال المانع فصح ثم قال صاحب العناية وعورض وليلنا بان الابراء عن الاجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولو لا الملك لما صحت واجيب بان صحة الابراء على قول ابي حنيفة رح وابي يوسف ممنوعة وجوزه محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذ اللفظ صالح لاثبات الحكم به عدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقها ويصح الابراء لوجوده بعد السبب كذلك الكفالة كالكفالة بالاعيان جائزة وبه على فلان صحيح الارتهان مع جهالة ثبوته للاستيفاء والاستيفاء الآن قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل واشتراطه فكذا الارتهان انتهى كلامه اقول هذا كله ما خوذ من النهاية الا ان التعليل المذكور لتجويز محمد رحمه الله الابراء عن الاجرة يفسد بدليل انه كما تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب المنفعة به كون المنافع معدومة كذلك تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب الاجرة ايضا وبه اقتضى عقد المعاوضة المساواة ومن ثمة قال المصنف والعقد معاوضة ومن مقتضاها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر فلا وجه لقوله ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقها على ان ذلك التعليل لا يتمشى اصلا فيما اذا كانت الاجرة منفعة ايضا من جنس المعقود عليه فانه صحيح بالاجماع على ما صرح به في جامة المعتبرات مع ان كلا من البدلين معدوم هناك قطعا فلا فرق في الجانبين اصلا كما لا يخفى وارد بعض الفضلاء على قوله فظهر الانعقاد بوجه آخر حيث قال ان اراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم باجماع علمائنا وان اراد غيره فليبين على انه مخالف لما سبق في كتاب الاقرار من ان قوله ابرا تمني اقرار بالمال المدعى فليتامل انتهى كلامه اقول قد اخذ هذا الايراد من السيد وانه ساقط اما بيان اخذه من البدائع فلان صاحب البدائع ذكر لقول محمد رحمه الله في جواز الابراء عن الاجرة وجهين واجاب عن الثاني بما ذكره ذلك الفاضل هناك حيث قال وجه قول محمد رح ان الابراء لا يصلح الا بالقبول فاذا قبل المستاجر فقد اصاب حقه فصار

واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره اذ الانفساخ في بعضها ومن استاجر دارا فللموجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق في العقد لانه بمنزلة التاجيل وكذلك اجارة الاراضي لما بينا ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة رح يقول اولا لا يجب الاجرة الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رح

ولا صحة الا بالملك فيثبت الملك مقتضى التصرف تصحيحا له كما في قول الرجل لغيره اعتق عبدك عني على الف درهم فقال اعتقت ولان الابراء اسقاط واسقاط الحق بعد سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب انه ان كان يعني بالانعقاد الانعقاد في حق الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بلا خلاف بين اصحابنا وان كان يعني به شيئا آخر فهو غير معقول الى هنا لفظ البدائع واما بيان انه ساقط فلانه يجوز ان يراد بالانعقاد الانعقاد في حق المتعاقدين لا في حق الحكم كما افصح عنه صاحب المحيط حيث قال ومعنى جواز الاجارة على مذهبنا انعقاد العقد فيما بين المتعاقدين وهو الدرجة الاولى وانعقاده في حق الحكم وهو الدرجة الثانية وقال الا ترى ان البيع بشرط الخيار ينعقد فيما بين المتعاقدين ولا يفيد الحكم في الحال ثم فسر انعقاد العقد في حق المتعاقدين وانعقاده في حق الحكم بما لا مزيد عليه ومن يطلب ذلك فليراجع محله وهو اواخر الفصل الاول من اجارات المحيط البرهاني واما ما ذكره ذلك المورد في علاوته من حديث المخالفة لما سبق في كتاب الاقرار فليس بتام ايضا ولا مخالفة بين المقامين اصلا كما يظهر بالتامل الصادق ثم اقول لو ترك صاحب البدائع قيد المنعقد عند تقرير الوجه الثاني من وجهي قول محمد رحمه الله بقوله وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد بل اكتفى بقوله وهو العقد لما تمشى الجواب الذي ذكره بترديد المراد بالانعقاد اصلا وكفى في اثبات قول محمد رحمه الله وكذا لو لم يتعرض صاحبا النهاية والعناية لحديث الانعقاد في حديث الاجرة دون المنفعة بل اكتفيا بان يقال ان الابراء وقع بعد وجود سبب الوجوب وهو العقد فصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح كما اكتفى به في بعض الشروح لما ورد عليه ما ذكرناه من تحقق الضرورة في جانب الاجرة ايضا وكفى في اثبات قول محمد وذلك لان العقد نفسه وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مضافين الى محل المنفعة وهو الدار مثلا مربوطا احدهما بالآخر كاف في السببية ولا حاجة الى اعتبار انعقاده في مرتبة السببية فان انعقاد حكم الشرع يثبت وصفا له وشرعا والعلل الشرعية مغايرة للعلل العقلية في جواز انفكاكها في معلولاتها فجاز ان يقال العقد وجد والانعقاد تراخى الى وجود المنافع ساعة فساعة وهذا هو رأي بعض مشايخنا في تفسير قول ائمتنا ان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما ذكره صاحب الغاية في صدر هذا الكتاب فقلنا هناك نعم يجوز ان يعتبر للعقد انعقاد قبل حدوث المنافع كما ذكره صاحب الغاية في معنى الانعقاد في حق المتعاقدين دون الانعقاد في حق الحكم كما ذكره صاحب المحيط ونقلناه عنه فيما مر آنفا لكن الاسلم في توجيه قول محمد ههنا هو الطريقة الاخرى تامل ترشد **قوله** واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها قال في النهاية هذه المسئلة مقيدة بقيود احدها التمكن من الاستيفاء حتى انه اذا لم يتمكن من الاستيفاء بان منعه المالك او الاجنبي او سلم الدار مشغولة بمتاعه لا يجب الاجر والثاني ان يكون الاجارة صحيحة فان في الاجارة الفاسدة يشترط لوجوب الاجرة حقيقة الاستيفاء ولا يجب بمجرد تمكن الاستيفاء في المدة والثالث ان التمكن من المستاجر يجب ان يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى اذا استاجر دابة الى الكوفة فسلمها الموجر وامسكها المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا اجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجب الاجر والرابع ان يكون متمكنا من الاستيفاء في المدة فانه لو استاجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم وذهب اليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الاجر وان تمكن من الاستيفاء في المكان الذي اضيف اليه العقد لانه انما تمكن بعد مضي المدة انتهى وقال صاحب العناية بعد ان تبين اعتبار القيود المذكورة بتحرير آخر فان قيل كلام المصنف ساكت عن اكثر هذه القيود فما وجهه قلت وجهه الاقتصار للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على ان يباشر العقد الصحيح والفاسد منه يمنعه عن الاقدام من الانتفاع به وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة على ان الاكراه والغصب لا يمنعان عن الانتفاع فاقتصر على ذكر ذلك اعتمادا عليها انتهى كلامه اقول في آخر جوابه خلل اما اولا فلان قوله وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع ان كان معطوفا على قوله على ان يباشر العقد الصحيح

لان المستحق عليه جعل المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المستحق عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس استحقاق المسمى بمضي شيء من المدة لان المطالبة في كل ساعة تقتضي ان لا ينتفع غيره فيتضرر به فقدرناه بما ذكرنا قال وليس للقصار والخياط ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في المصنوع لا ينتفع به فلا يستوجب الاجر به وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا قال لان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم

او على قوله وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا حتى صار المعنى فان حال السلم والا فله ايضا على ان الاكراه والغصب مما يمنعان من الانتفاع فمع كان هذا المعنى كما لا يخفى يلزم الفصل بين المعطوف والمعطوف عليه بالجنبي وهو قوله والعرف فاش الى آخره وان كان معطوفا على قوله على دلالة الحال والعرف حتى صار المعنى اعتمادا على دلالة الحال والعرف على دلالة ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يلزم ان لا يتم قوله فاقتصر سرخسي كرذلك اعتمادا عليهما اذ الظاهر ان ضمير عليهما راجع الى الحال والعرف وعلى المعنى المزبور لا تصير علة الاقتصار لانه اعتماد على الحال والعرف فقط بل يصير علة ذلك هو الاعتماد على الحال والعرف وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع ثانيا على قوله وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يدل على ان الغصب المضمن التقييد والاقتصار كما مع ان المصنف ذكر فيما يأتي ان الغصب صحة

كما ترى **قوله** لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل قال صاحب العناية في شرح المقام لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة وما هو جملة في المدة لا يكون جملة في بعضها لان اجزاء الاعواض متطابقة على اجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيئا كما في البيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجرة قبل الفراغ كما سيأتي انتهى اقول في قوله كما في البيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن بسهو ظاهر اذ قد مر في البيع انه اذا باع سلعة بثمن قبل فاشترى اوفى الثمن اولا واذا باع سلعة بسلعة او ثمن بثمن قبل لهما سلما في هذه الاولى يستحق قبض الثمن قبل تسليم المبيع وفي الاخيرين يستحق قبض البدلين معا واما ان لا يستحق قبض الثمن الا بعد تسليم المبيع فما لم نقل به احد وصواب هنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال كما في البيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل لحق حبس جملة المبيع ما بقي شيء من الثمن انتهى **قوله** وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا قال صاحب العناية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان وخزانة المفتين والفوائد الظهيرية فانه ذكر في المبسوط في باب من استأجر اجيرا ليعمل في بيته وقال لو استأجر خياطا ليخيط له في بيته المستأجر قميصا وخاطه بعضه فسرق الثوب فله الاجر بقدر ما خاط فان كل خرقة من الثوب تصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود وذكر في الفصل الثاني من الذخيرة وفي الاجارة التي ينعقد على العمل يشترط فيها تعيين العمل يجب عليه ايفاء العمل الا بعد ايفاء العمل كله الا ان يكون العمل الخياطة والصبغ في بيت صاحب المال حينئذ يكون الجواب فيه كالجواب في الخياط على قول الاجير يجب على المؤجر ايفاء الاجير بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت الحصة معلومة من الاجر كما في الكمال وذكر الامام قاضيخان وكذا لو استأجر خياطا ليخيط له ثوبا منزلة كما عمل صار يستحق الاجرة بقدره وكذا ايفاء فيه ولكن نقل من التجريد ان الحكم قد ذكر في الكتاب فيحتمل ان المصنف اتبع صاحب التجريد بالفضل الكرماني في هذا الحكم والله اعلم بما هو الحق عندي هنا انتهى صاحب العناية وقال صاحب النهاية بعد نقل ما في العناية والقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان الحصة معلومة وراء ان ذلك انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة اذ ليس الكل مثلا او البدن او الداخل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم يكن الحصة معلومة الا بتعيينها حينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله فيه وجب عوضه كما في كل الثوب ولعل هذا مقصد المصنف انتهى كلامه اقول ليس ما قاله بشيء اما اولا فلانا لا نسلم ان ما يدل عليه كلام صاحب الذخيرة من ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان الحصة معلومة انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة بل يكون ايضا اذا كان الحصة معلومة عند اهل الخبرة بتوزيع اجرة الكل على كل جزء منه بدون تعيين المتعاقدين لكل جزء منه حصة معلومة بل هو مراد صاحب الذخيرة كما سيصرح بما سنذكره وقوله اذ ليس للكم او البدن او الداخل حصة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع ايضا نعم ليس للثوب من ذلك حصة معلومة لكن الحصة معلومة انما تعتبر بالنظر الى ان يكون لكل جزء منه حصة معلومة بتوزيع اجرة الكل على الاجزاء كما لا يخفى واما ثانيا فلانه لو كان مراد صاحب الذخيرة ما ذكرت

قال ومن استاجر خياطا ليخيط له ثوبا بعينه فقطعه ثم دفعه اليه ليخيطه فلم يخطه حتى مضى الوقت فلا اجر له لانه لم يسلم ما عليه من العمل وكذلك لو استاجره ليخيط له قميصا فقطعه ثم دفعه اليه ليخيطه فلم يخطه حتى مضى الوقت فلا اجر له لانه لم يسلم ما عليه من العمل وكذلك لو استاجره ليخيط له قميصا فقطعه ثم دفعه اليه ليخيطه فلم يخطه حتى مضى الوقت فلا اجر له لانه لم يسلم ما عليه من العمل

حصة معلومة فاذا اعمل حصة معلومة وصار بمنزلة كل جزء بمنزلة ثوب على حدة اجزء معلوم فقد فرغ من عمله فاستوجب اجره كما في كل ثوب فلزم ان لا يكون فرق بين

ما اذا كان عمل الخياط او الصباغ في بيت نفسه وبين ما اذا كان عمله في بيت صاحب المال في وجوب ايفاء الاجرة اذ لا كلام لاحد في وجوب ايفاء الاجر بعد الفراغ وقد فرق

صاحب الذخيرة بينهما حيث قال وفي الاجارة التي يعقد على العمل ويبقى له اثر في العين فانه لا يجب عليه ايفاء الاجر الا بعد ايفاء العمل كله وان كانت حصة استوفى

الا ان يكون العمل للخياط او الصباغ في بيت صاحب المال فحينئذ يجب على المستاجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت حصة معلومة من الاجر كما في اكمال

المنتهى حاصله فانه لا معنى لقوله وهذا معتمد المصنف لان ما ذكره المصنف يخالف قطعا المنقول في الذخيرة وهو وجوب ايفاء الاجر على المستاجر بقدر ما استوفى

من المنفعة اذا كان العمل في بيته وليس بمطابق للايفاء المفهوم من قوله اذا كانت حصة معلومة من الاجر بيان لا يجب عليه اجر اصلا اذا لم يكن لما استوفى من المنفعة حصة معلومة

من الاجر بيان مدلول كلام المصنف ان يجب عليه الاجر مطلقا اي سواء كانت حصة معلومة من الاجر او لا فانه قال وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر

قبل الفراغ وكان فيما اذا عمل في غير بيت المستاجر لا يجب الاجر مطلقا قبل الفراغ بلا خلاف فدل قوله وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر

قبل الفراغ بلا خلاف على ان لا يجب عليه الاجر مطلقا قبل الفراغ فيما اذا عمل في بيته ايضا ولانه قال لما بينا ومراده به على

ما صرح به الشراح قاطبة هو قوله لان العمل في البعض غير منتفع به ولا شك ان ذلك يقتضي ان لا يستوجب الاجر قبل الفراغ مطلقا

فالى اصل ما في الذخيرة لا يكون معتمد المصنف في كلامه المذكور وبعمري ان جملة ما ذكره صاحب العناية ههنا سوء هوم محض فكيف ينبغي ان يصار الى مثله

في توجيه كلام المصنف مع علم التحقيق وعلم التدقيق ثم ان بعضهم لفضله ظنه انه قصد دفع الوجه الثاني من الوجوه الثلثة التي ذكرناها آنفا لاستدلال

صاحب الشامل المذكور ههنا حيث قال في حاشيته على قول ذلك الشارح وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الى آخره وجه الفرق على هذا بين ذلك

وبين ما اذا خاط في غير بيت المستاجر انه اذا خاط في بيته يوجد التسليم اذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الاجر بخلاف ما اذا خاط في غيره وقال فيه بحث فان استيجاب

الاجر بالفراغ او بالتسليم ثم قال وجوابه ظاهر فانه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب اجرا انتهى كلامه اقول جوابه عن بحثه ليس بتمام اذ لا شك ان استيجاب الاجر بتحقق

بالفراغ ولهذا الوجيس الخياط او الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل قال لا اعطيك حتى تعطيني الاجر فلهذا ذلك عند امتناع الثلثة كما ان للبائع ان يحبس

المبيع لقبض الثمن صرح بذلك في الذخيرة وعامة المعتبرات وسيأتي في الكتاب ايضا انه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط او الصباغ اياه الى صاحبه او بعد الفراغ

من العمل سقط الاجر كما انه لو هلك المبيع قبل تسليم البائع اياه الى المشتري سقط الثمن فكان ابتداء تحقق استيجاب الاجر في استيجار نحو القصار والخياط بالفراغ من العمل

وان كان بقاؤه وتقريره بتسليم المتاع الى صاحبه كما ان ابتداء تحقق استحقاق الثمن في البيع تمام العقد وان كان بقاؤه وتقريره بتسليم المبيع الى المشتري والكلام ههنا في ابتداء تحقق

الاجر لهذا قال في الكتاب ليس للقصار والخياط ان يحبس ثوبا حتى يفرغ من العمل والحمل حتى يسلم المتاع الى صاحبه فلا يرد في اندفاع الوجه الثاني من الوجوه التي اوردناها على ما ظن صاحب العناية من صيرورة الفرق بين

ما اذا عمل في بيت المستاجر وبين ما اذا عمل في غير بيته من جهة تحقق الفراغ من العمل وعدم تحققه وليس فليس تامل قوله ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته فخبز

من دقيق بدر هم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور قال في العناية ذكر هذا للبيان لكنه بين ههنا ان الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله

وقد علم ذلك من مسئلة الخياط آنفا والثاني ان فراغ العمل انما يكون انتهى اقول فيه شيء وهو انه اعلم من مسئلة الخياط آنفا ان الاجير المشترك

لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله بصير بيان ذلك ههنا تحصيل الحاصل فلا ينبغي ان يقصده العاقل فالوجه ان المقصود من ذكر هذه المسئلة انما هو بيان الحكم

الثاني وهو ان الفراغ من العمل في الخباز انما يكون بما يرشد اليه قال لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور ولم يقل حتى يفرغ من العمل لان خروج الخبز من

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال ويصح استيجارا والمعقود عليه المنافع للسكنى وان لم يبق ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه اذ لا يتفاوت فيه الا نادرا فصار كالمشروط نصا والعقد لما ان يعمل كل شئ للاطلاق لا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا

ولو كان مراده بيان الحاكمين معا قال هكذا تدبر

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها قال في النهاية وسراج الدراية لما ذكر مقدمات الاجارة ذكر في هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الاجارة وما لا يجوز فيها انتهى اقول فيه نوع خلل على ما لا يخفى لم يذكر في هذا الباب ما لا يجوز من الاجارة وانما ذكر ذلك في آخر آت عقيب هذا الباب وهو باب الاجارة الفاسدة بل انما ذكر في هذا الباب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها من الاستئجار لا غير كما وقع في عنوان الباب وقال في غاية البيان والعناية لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها وقت استحقاق الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة بالفاظ الفقه وقيده وذكر البناء من الافعال ما يعد خلافا من الاجير للموجر وما لا يعد خلافا انتهى اقول فيه ايضا شئ فتامل **قوله** ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها قال تاج الشريعة قوله للسكنى صلة للدور والحوانيت لا صلة لاستيجار يعني ويجوز استيجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لان يقول ان هذه الدار مثلا استاجرت هذه الدار للسكنى لانه لو لم يكن كذلك لم يجز ان لا يكون لان يعمل فيها غير السكنى والتعليل يدل على ما ذكرت انتهى كلامه وقال الكثر اشار الى سنة في تصوير هذه المسئلة غير ان صاحب العناية بعد ان ذكر ذلك المعنى وصححه قال ويجوز ان يتعلق قوله للسكنى بالاستئجار اي يجوز استيجار الدور والحوانيت لاجل السكنى وان لم يبين ما يعمل فيها دلالة ان يعمل كل شئ لا يهون البناء والاضرار وهو الظاهر من كلام القدوري حتى بنا كلامه اعمل فيها قاله تاج الشريعة كلام اما اولا فلانه لو كان قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت وكان المعنى ويجوز استيجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لم نفهم لتقييد بقوله للسكنى فائدة اصلا لانه سواء ان يقيد به الاحتراز عن الدور والحوانيت الغير المعدة للسكنى او يقيد به مجرد بيان حال الدور والحوانيت بانها معدة للسكنى فان كان الاول فمع عدم تحقق دار او حانوت لم يعد للسكنى في الخارج لم يصح الاحتراز اذ الظاهر ان الحكم في استيجار كل دار وحانوت ما ذكر في الكتاب وهو الجواز وان كان الثاني فهو من قبيل الغوغان كون الدور والحوانيت حاليا معدا للسكنى اخفى من البيان غير خفي واما ثانيا فلان قوله ولو لم يكن وقت العقد لا يكون له ان يعمل فيها غير السكنى ممنوع لانه لو لم يوقت وقت العقد على استيجار الدار والحوانيت لاجل السكنى وعمل فيها غير السكنى مما هو انفع للبناء من السكنى ينبغي ان يجوز لان التقييد فيما لا يتفاوت غير معتبر على ما مر آنفا ولهذا لو اخذ الخياط ثوبا ليخيطه قميصا فخاطه قباء او بالعكس او اخذ الصباغ ثوبا ليصبغه احمر فصبغه اسود او بالعكس ضمن قيمته لان التقييد فيما يتفاوت معتبر وان لم يكن في الكتاب وهذا ظاهر ولهذا اخذ الشارح المحقق في الكتاب كما سياتي في الكتاب فقيدها هو انفع مما شرط. وقت العقد او لا ان لا يعتبر التقييد ثم الانصاف انه لو لم يقع في عبارة فخر القدر رحمه الله في موضع هذه المسئلة كما لم يقع في عبارة عامة معتبرات المتون لكان اولى واحسن كما لا يخفى **قوله** لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه رد عليه صاحب الاصلاح والايضاح كما رد على صدر الشريعة حيث قال انه العمل المتعارف فيه السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فيصح العقد لانه لا يتفاوت قوله ولان يعمل كل شئ سوى ما يوهن البناء بالنصب لان الاصل ان كل عمل لا يضر البناء مستثنى مستثنى مطلق العقد انتهى كلامه اقول ليس شئ من شطري كلامه سديدا اما شطره الاول فلان مراد المصنف وغيره ان العرف بصدد مطلق العقد على السكنى وبعد ذلك يبقى اعمال السكنى على حد اتحادها فلان يعمل كل شئ سوى ما يوهن البناء لهذا الاطلاق سوى ما يوهن البناء لتحقق الضرر الظاهر فيه ولا منافاة بين القول بصرف العرف مطلق العمل الى اعمال السكنى وبين القول بان لان يعمل كل شئ من اعمال السكنى لاطلاق عمل السكنى نظرا الى انواعه المتفاوتة وعدم التفاوت فيه فلا عبارة في تعليل الدور والحوانيت بمطلق العقد بدون التعبير بالمتعارف فيها هو السكنى لزم ان يتبع العمل الذي ليس من اعمال السكنى ايضا ولم يقل به احد بل سرحوا في عامة المعتبرات بانه معروف بالعرف لا عمل السكنى فيجوز وهو لا يتفاوت فيصح العقد من غير بيان قالوا ان استحسانا وفي القياس لا يصح لان مطلق العمل والانتفاع يتناول العمل السكنى وغيره فيتفاوت فلا يكون بد من البيان للجهالة المفضية الى النزاع كما في استيجار الارض للزراعة **قوله** وانه لا يتفاوت فصح العقد قال صاحب العناية هذا جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد يتفاوت السكان فلا بد من بيانه وقال بعض الفضلاء لا مساس لهذا السؤال بالمقام اذ الكلام في وجوب بيان ما يعمل فيها لا في بيان من يسكن انتهى اقول بل لفظ السكان

لان بعضها ما يخرج من البناء فيتقيد العقد بما ذكرناه دلالة قال ويجوز استئجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وللمستاجر الشرب والطريق وان لم يشترط
لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة دون الاجارة
فلا يدخلان فيه من غير ذكر وقد مر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت
فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة قال ويجوز ان يستاجر الساحة ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لهما وفي ابقائهما اضرار بصاحب
الارض بخلاف ما اذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى زمان الادراك لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين قال الا ان يختار صاحب
الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه فله ذلك وهذا برضاء صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير رضاه قال او
يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه قال وفي الجامع الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة فانها تقلع لان
الرطاب لا نهاية لها فاشبه الشجر قال ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة معلومة معهودة فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء
عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس متفاوتون في الركوب فصار كانه نص على
ركوبه وكذلك اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فيما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها
غيره او ألبسه غيره فعطب كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف
باختلاف المستعمل لما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه

في كلام صاحب العناية وقع سهوا من الكاتب بدلا من لفظ السكنى فحينئذ يتساكل السؤال بالمقام ظاهرا واما على ما وقع في النسخ المشهورة فالمراد لكن قد يتفاوت السكنى
بتفاوت السكان في الحمل فلا بد من بيان ما يحمل فيها ولما كان تفاوت السكان في الحمل سببا لتفاوت نفس الحمل الذي هو السكنى اكتفى بذكر تفاوت السكان بعد السكنى التي
مر شيد اليه قوله ووجه ذلك ان الجواب ان السكنى لا تتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح انتهى حيث قال ان السكنى لا تتفاوت ولم يقل ان السكان لا يتفاوتون
تدبر ترشد وقال الشارح العيني وفي بعض النسخ ولانه لا يتفاوت وهكذا صححه صاحب العناية ولهذا قال هذا جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متعارف الى آخره اقول
كلامه ليس بصحيح اما اولا فلان صاحب العناية لم يصحح تلك النسخة بل لم يتعرض لها قط واما ثانيا فلان جعل صاحب العناية قول المصنف هذا جوابا عن سؤال مقدر لا يدل
على نسخة ولانه بل يأباه اذ مقتضى هذه النسخة ان يكون قول المصنف هذا دليلا آخر مستقلا والذي يكون جوابا عن سؤال مقدر انما يكون من متمات ما قبله سلم يصح ما قاله
قال هذا الجواب عما عسى ان يقال الى آخره وان اراد ان المذكور في لفظ العناية بعد لفظ الشرح عبارة هذه النسخة لا غير فليس كذلك ايضا بل المذكور فيها انه من نسخ
العناية عبارة وانه بدون اللام قوله لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءهما دلالة اقول لقائل ان يقول الظاهر من هذا الكلام ان اعمال السكنى
تتفاوت فبعضها لا يوهن البناء وبعض آخر منها يوهنه كالامثلة المذكورة فصار مخالفا لقوله فيما مر آنفا وانه يعني السكنى لا يتفاوت ويمكن ان يقال ان معنى
قوله السابق انه لا يتفاوت غالبا فالذي يضر البناء ويوهنه خارج عن العقد بدلالة الحال وذلك القسم الغالب باق على حاله فله ان يعمل من ذلك ما شاء فتامل
قوله ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة اقول لقائل ان يقول
في التعليل شائبة الاستدراك اذ يكفي تمامه ان يقال لان ما يزرع فيها متفاوت وقوله انها قد تستاجر للزراعة ولغيرها لا يثبت المدعى ولا ينفع له في اثباته
فالجواب انه لا بد في صحة عقد استئجار الاراضي للزراعة من امرين احدهما بيان انه يستاجرها للزراعة لانها قد تستاجر لغيرها ايضا فلا بد من نفي الجهالة وثانيهما
بيان ما يزرع فيها كما صرح به في الكتاب بقوله ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها ولما كان مدلول قوله حتى يسمي ما يزرع فيها بناء على ان تسمية ما يزرع
فيها فرع التسمية نفس الزراعة اشار الى تعليل كلا الامرين اما الى تعليل الاول فبقوله لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها واما الى التعليل الثاني فبقوله وما يزرع فيها متفاوت فلم
يكن التعليل المزبور مستدركا بل كان في زيادة فائدة وكان صاحب العناية تفطن لهذه الدقيقة حيث قال في تقرير المقام يجوز استئجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها لكن ينبغي
ان يذكر انه يستاجرها للزراعة لانها تستاجر لغيرها ايضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لانه يتفاوت في الضرر بالارض فلا بد
من التعيين قطعا للمنازعة انتهى قوله فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق اعلم ان استئجار الدواب للركوب على ثلاثة اوجه لانه
اما ان يقول عند العقد استاجرتها للركوب فلم يزد عليه شيئا او زاد فعلى هذا الوجه يقول على ان يركب من شاء او يقول على ان يركب فلان ففي الوجه الاول يفسد العقد
لان الركوب مما يختلف اختلافا فاحشا فيكون المعقود عليه مجهولا فان اركب شخصا ومضت المدة فالقياس ان يجب عليه اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد
فلا ينقلب الى الجواز وفي الاستحسان انه يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال وكانها ارتفعت من الابتداء لان
عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة لكل جزء منه ابتداء واذا ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا هنا وفي الوجه الثاني يصح العقد ويجب المسمى ويتعين
اول من ركب سواء كان المستاجر او غيره لانه تعين مرادا من الاصل فصار كانه نص على ركوبه ابتداء وفي الوجه الثالث ليس له ان يتعداه لان تعيين مفيد
لا بد من اعتباره فان تعدى صار ضامنا وحكم الحمل كحكم الركوب في جميع هذه الاوجه كذا قالوا ثم اعلم ان الشراح افترقوا في تعيين ان المراد بقوله
فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء اي وجه من تلك الاوجه الثلاثة فجزم فرقة منهم كتاج الشريعة وصاحب الكفاية والعناية

خلاف

قال اي صاحب الهداية وقد ظهر معنى ما يحمل على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فلان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والتبن لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضاء به وان استاجرها ليحمل عليها قطنا جاز فليس له ان يحمل عليها مثل نصفه بسبب الا انه ربما يكون اضر بالدابة قال الحدادي يجمع في موضع من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها قال وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطب ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها الخفيف ويخف عليها اركوب الثقيل لعلمنا بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يكون معروف الوزن فاعتبر حال الراكب والدابة جميعا وان تامرها ليحمل عليها مقدار ما يطيق حمله عليها اكثر من حمل ما اراد ان يحمل عليها فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بفعل هو عدوان فيه ما هو مأذون فيه فاعتبر العدوان خاصة لان الهلاك حصل بهما فيضمن كل قيمتها لعدم الاولى فيها واصلا وبعد العدوان لو ترك الدابة بلجامها او ضمن عطب نصفها عند

بان المراد بذلك في الوجه الثاني وهو ان يقول على ان يركب من شئت فان المراد بالاطلاق التعميم بدون تقييد بشخص معين كما حققه الامام الزاهدي والامام الزيلعي الا قطع في شرحه المختصر القدوري وجوز فرقة اخرى منهم كصاحب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الحمل على الوجهين احدهما آخر احوال الوجه الاول وهو انقلاب العقد الجائز بعد ما وقع فاسدا بان يكون معنى قوله فان الطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء لو اركب من شاء ينقلب العقد الى الجواز بعد ما وقع فاسدا وثانيهما الوجه الثاني كما ذكرناه من قبل اذا عرفت هذا فاقول ان تعليل المصنف هذه المسئلة اعني قوله فان الطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء بقوله علما بالاطلاق يقتضي ان يحمل المصنف على الوجه الثاني فقط لانه انما يتمشى عند الحمل على الوجه الثاني لا عند الحمل على آخر الوجه الاول اذ لا شك ان علة انقلاب العقد الى الجواز في الوجه الاول انما هي تعيين المعقود عليه بقاء لا الاطلاق علة الفساد ابتداء وعن هذا فسر صاحب الكافي معنى الاطلاق ههنا بالوجه الثاني ثم على المسئلة بما علل به المصنف حيث قال فان الطلق بان قال على ان يركب وليس من شأنه جاز له ان يركب وليس من شأنه علما بالاطلاق اللفظ انتهى قوله اذ ليس نوعا قد علم الحال عليه مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والتبن كلاهما مثال لما هو اقل في الضرر واما مثال ما هو مثل في الضرر فكما اذا قال خمسة اقفزة حنطة بعينها فحمل خمسة اقفزة حنطة اخرى وانما ترك هذا في الكتاب لظهوره قال صاحب النهاية في شرح قوله كالشعير والتبن هذا لف ونشر فان الشعير يصرف الى الاسفل والتبن يصرف الى الاقل اذا كان التقدير فيهما من حيث الكيل الا ان حيث الوزن انتهى وتبعه الشارح الكاكي كما هو دأبه في اكثر الاحوال ثم قال صاحب غاية البيان قال بعضهم فيه لف ونشر غير مرتب حيث قوله كالشعير راجع الى قوله مثل الحنطة في الضرر وقوله والتبن راجع الى قوله او اقل وليس كذلك بشيء لان الشعير ليس مثل الحنطة بل دونها ولهذا لو شرط ان يحمل عليها مائة رطل من شعير فحمل عليها مائة رطل من حنطة ضمن اذا عطبت فلو كان مثلا لما ضمن كما لو شرط ان يحمل عليها حنطة فزيد فحمل عليها عمر وبذلك الكيل بل قوله كالشعير والتبن جميعا نظير قوله اقل اي هنا كلامه قال صاحب العناية وذكر في النهاية ان في الكلام لفا ونشرا فان الشعير يصرف الى الاسفل والتبن يصرف الى الاقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان التبن ايضا مثلا اذا كان التقدير من حيث الكيل انتهى كلامه اقول فيه بعد واضح كما نبه اذا كان التقدير من حيث الكيل فانما يكون التبن مثل الحنطة في الكيل ولا شك ان المراد بالمثل ههنا ما هو مثل واقل في الضرر كما صرح به في نفس الكتاب وانما يكون المثلية في الضرر بالتساوي في الوزن والاقلية في الضرر بالقلة في الوزن مع التقارب في الوزن بين التبن والحنطة اذا كان التقدير من حيث الكيل امر بديهي فكان صاحب العناية توهم من كون التقدير من حيث الكيل كون المثلية والاقلية ايضا من حيث الكيل فتوهم من مسئلة ثم زيد على ما ذكر في النهاية منع كون الشعير مثل الحنطة في الضرر اذا كان التقدير من حيث الكيل كما افصح عنه صاحب الغاية قوله وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطب ضمن نصف قيمتها قال صاحب العناية قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه لو اردف صبيا ضمن جميعا قلت اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل انتهى وقال بعض الفضلاء الا ان قوله ولان الآدمي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام صيغة التمريض لذلك انتهى اقول ليس الامر كذلك لان الصبي الذي لا يستمسك بنفسه انما صار بمنزلة غير الآدمي فلم يدخل تحت قوله ولان الآدمي غير موزون فلم يكن مما قيل على خلاف ذلك الدليل ويرشد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ثم الفقه في اعتبار حال المركب في الآدمي لا النقل هو ان الآدمي مخصوص بعلم الفروسية وعن هذا قال شمس الائمة الحلواني هذا الذي ذكره من الجواب فيما اذا اردف مثله واما اذا اردف صبيا ضمن جميعا بعد مشكل لكن هذا في الصبي الذي لا يستمسك بنفسه وكان مثله بمنزلة الحمل كذا في التتمة انتهى ههنا لفظ النهاية تامل ترشد ثم انه لا يحمل للقصد الى تضعيف ذلك القول لانه مما تقرر في عامة المعتبرات الفتاوى فما هيك قول شمس الائمة الحلواني ذلك الامام المحقق ومن العجائب ههنا انه لما قال صاحب الكافي ولان الآدمي لا يوزن بالقياس على

برکوب

الغاية

قول صاحب الهداية ولان الآدمي غير متقوم ذكر نقله الشارح العيني وقال فيه نظر وقد شاهدنا كثيرا من الناس ترغبوا في شراء العبيد بالقباس ويعرفون ثمنها ولكن لا يضبط بوجه على ما لا يخفى انتهى وكانه زعم ان مراد صاحب الكافي انه لا يمكن ان يقوم الآدمي بالقياس اصلا وهل يوجد في العالم من الممكنات القائمة بذاتها شيء لا يمكن ان يقوم بهذا القياس الا ان يكون مجردا حسيا لطيفا هواء وقد ذكر الشارح العيني ايضا ان فعل فعلا استعار فالاستعارة مما يدخل تحت مطلق العقد الى آخره قال صاحب العناية وفي عبارته تسامح لان التعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام في التعارف للعهد اي الكيح المتعارف او الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا تحت المراد بمطلق العقد بتناول وغيره انتهى كلامه وتصرف بعض الفضلاء في كل من جانبي السوال والجواب ما في الاول فبان قال ويجوز ان يقال المراد بمطلق العقد ما يعم الخروج والى الثاني فبان قال ولعل الاولى ان يقول اي الفعل المتعارف انتهى اقول كل من تصرفيه ساقط اما الاول فلان كون المراد بالعقد ما يعم الخروج لا يدفع التسامح في العبارة فان ذلك لمعنى خلاف الظاهر من لفظ الدخول ابدا فاذا اراد ذلك منه صين التسامح في عبارته وامثاله الثاني فلانه لو قال في تفسير الضمير اي الفعل المتعارف لم يتم الجواب اذ الفعل المتعارف مطلقا مراد بمطلق العقد لا داخل تحته وانما الداخل تحته الفعل المتعارف المخصوص وهو ههنا الكيح المتعارف او الضرب المتعارف وان اراد بالفعل المتعارف في التفسير الكيح المتعارف او الضرب المتعارف ودون الفعل المتعارف مطلقا احتاج الى تفسير آخر فتسلسل الامر

قال اي على ما في العناية كما لا يخفى **قوله وفي الاجارة والاعارة يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو مامورا بالحفظ** فلا يصير ابا بالعود فانه لما جاوز الحيرة صار غاصبا للدابة ودخلت الدابة في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك او على من هو مامور بالحفظ من جهته كالمودع ولم يوجد كذا في الكافي وعامة الشروح ونقض لغاصب الغاصب اذ الراد المنصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على احد هذين واجيب عنه في العناية وكثير من الشروح بانا نريد في الماخذ فنقول بانما يبرأ بالرد الى احد هذين او الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه وعزاه في العناية ومعراج الدراية الى الفوائد الظهيرية وقال في العناية والجواب ان الرد على احدهما يوجب البراءة وليس كل ما يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على احدهما بجواز ان تحصل البراءة بسبب آخر وقصد بعض الفضلاء ان يجيب عما يرد على ما في العناية بوجه آخر حيث يقال فكيف يستقيم الحصر المذكور بقوله ولا يبرأ الا بالرد على المالك او نائبه فنقول بصحته بالنظر الى ما نحن فيه نعم قد يكون المستاجر الذي فعل ما فعل مستاجرا من غاصب الدابة فتدبر انتهى كلامه اقول ليس ذلك بمستقيم لان قولهم والغاصب لا يبرأ الا بالرد على المالك او نائبه في حيز الكبرى من الشكل الاول بان يقال المستاجر فيما نحن فيه غاصب بجاوزة الحيرة وكل غاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك او نائبه فنتج لا يبرأ عنه الا باحدهما ولم يوجد ههنا حتى منهما فظهر صحة الحصر بالنظر الى ما نحن فيه لا يفيد صحته بالنظر الى كلية الكبرى والكلام فيها ولو كان مراد صاحب العناية بقوله ولا يبرأ الا بالرد عن المالك او نائبه ان المستاجر فيما نحن فيه لا يبرأ الا بالرد على احدهما لان الغاصب مطلقا لا يبرأ الا بالرد على احدهما كان النقض بغاصب الغاصب اذ الراد المنصوب على الغاصب مساس بكلامه فلا يكون لذكره وجواب عنه وجه فان قيل يجوز ان يكون مراده حينئذ بغاصب الغاصب في النقض هو المستاجر من غاصب الدابة وفعل ما فعل لا غاصب الغاصب مطلقا فيكون النقض المزبور مساس بكلامه ايضا قلنا فاذا صح الحصر المزبور اذ ذاك بالنظر

[illegible] المسمى ... الحنطة ... [illegible] الركوب ... [illegible]

[illegible]

[illegible] فلا يعتبر ... [illegible]

[illegible] ... في اصل المنفعة ... [illegible]

باب الاجارة الفاسدة

قال الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له فيعتبر [illegible] ... [illegible]

الى ما نحن فيه ايضا فلا يتم المطلوب فالمخلص في الجواب وتصحيح ما في العناية انما هو حمل الحصر على القصر الاضافي كما نبهنا عليه من قبل قال في النهاية فان قلت الحاق الاجارة بالعارية في حكم الضمان غير مستقيم لان يد المستاجر كيد المالك حتى يرجع بما لحقه من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وكذلك مؤنة الرد على المالك في الاجارة كما في الوديعة بخلاف العارية قلت هذا هو الذي تشبث به عيسى بن ابان في الطعن في جواب الكتاب لكنا نقول رجوعه بالضمان للغرور والتسليم بعقد المعاوضة وذلك لا يدل على ان يده كيد نفسه كالمشتري يضمن للغرور وكذلك مؤنة الرد عليه لما حصل من المنفعة في الرد الى المستاجر بيد نفسه لانه هو المنتفع في امساك العين المستاجرة لو لم يكن له في امساك العين نفع لما اختار امساك العين على ماله من الاجرة انتهى وعلى هذا المنوال وذكر الطعن عيسى بن ابان والجواب عنه في كثير من الشروح وعزاه في الكفاية الى المبسوط وقال في العناية قيل الحاق العارية بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستاجر كيد المالك حيث يرجع بما لحقه من الضمان كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف العارية والجواب ان الحاق الشيء بالشيء لا يكون من كل وجه ولا يمنع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الالحاق والاتحاد في المناط كاف في الالحاق وههنا كذلك فان المناط هو التجاوز عن المسمى بتعديه ثم الرجوع اليه فيما لم يكن العقد اليه مقصودا وذلك موجود فيما الحق به انتهى اقول ليس هذا الجواب بمستقيم لان الاتحاد في المناط وان كان كافيا للالحاق على تقدير ثبوت التفرقة المذكورة في الطعن الا ان يكون ذلك الذي عدّه مناط الالحاق في حكم الضمان فان يد المستاجر ان كان كيد المالك كان تعدي المستاجر بالتجاوز عن المسمى في حكم تعدي المالك في مال نفسه فلا ينبغي ان يضمن المستاجر شيئا بخلاف المستعير فلا يتم الحاق واحد من الاجارة والعارية بالاخرى فالصواب في الجواب منع ثبوت التفرقة المذكورة بمنع دلالة ما ذكر في الطعن على كون يد المستاجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر في النهاية وسائر الشروح على ما نقلنا انفا قوله كما اذا حمل الحديد بقدر وزن الحنطة قال صاحب العناية فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثال الاول اذ جعل ذلك مثال المخالفة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل ما قاله صاحب العناية قلت ليس فيه عكس لان الحديد بقدر وزن الحنطة المشروطة لا ياخذ من ظهر الدابة قدر ما ياخذ الحنطة وهذا ظاهر انتهى اقول بل فساد كلامه ظاهر لان تعليله ينافي مدعاه فان الحديد الذي هو قدر وزن الحنطة المشروطة لما لم ياخذ من ظهر الدابة قدر ما ياخذ الحنطة المشروطة تعين العكس حيث كان ما حمله المستاجر على الدابة وهو الحديد اقل انبساطا على ظهر الدابة مما شرط له في العقد وهو الحنطة وكان فيما نحن فيه ما وضعه الكثير على الحمار وهو الاكاف اكثر انبساطا مما عين له في العقد وهو السرج وهذا العكس في ذلك لا محالة

باب الاجارة الفاسدة قد تاخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لاحتياج الى معرفة الوضوح هذا ظاهر محلها كما لا يخفى **قوله** والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى **قال** جمهور الشراح اي الواجب فيما هو الاقل من اجر المثل ومن المسمى وقالوا هذا الحكم اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا بسبب جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية لانه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الاجر بالغا ما بلغ كما صرح به في الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيخان وقال صاحب العناية والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من اجر المثل والمسمى وقال انما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد لما رايت لسياق الكلام ووضعا لما قيل الاقل من الاجر ومن المسمى انما يجب اذا فسدت بشرط اما اذا فسدت بجهالة المسمى او لعدم التسمية وجب اجر المثل بالغا ما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيخان انتهى كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلان قوله والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل الى آخره لفظ القدوري في مختصره ولا دلالة لسياق كلامه

ومن استأجر دارا كل شهر بكذا فهو على هذا العقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة الشهور معلومة لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت في الاعيان اقتضت الى الواحد لتعذر العمل بالعموم وكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتقاء العقد الصحيح فلو سمى جملة شهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة **قال** فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ليس للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي وكذلك كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشائخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني وهو مما لان في اعتبار الاول بعض الحرج

على كون اللام في قوله المذكور للعهد لان قوله الاجارة الفاسدة بالشرط كما يفسد بالبيع لم يذكر في متصرف قبيل قوله المذكور بل ذكر قبل بمقدار اوربعين ووقع بينهما مسائل كثيرة من مسائل الاجارة الصحيحة والفاسدة بحيث لم يبق بينهما ارتباط فلا معنى لان يجعل سياق الكلام جملة بحيث يجعل اللام في قوله المذكور للعهد ثم قد ذكر ذلك في الهداية والبداية قبيل قوله المذكور كما ترى لكن الكلام في تصحيح الكلام القدوري واما ثانيا فلانه لو كان الكلام في القبيل المذكور للعهد وكان المعنى ما ذكره لزم ان يكون المذكور في باب الاجارة الفاسدة حكم نوع مخصوص فقط من الاجارة الفاسدة وهو ما فسد بالشروط وان يكون حكم باقي انواعها وهو ما فسد بجهالة المسمى وما فسد لعدم التسمية بالاجماع وما فسد بالشيوع عند ابي حنيفة متروك الذكر بالكلية غير مبين اصلا لا في المختصر القدوري ولا في البداية ولا في الهداية ولا في عامة المعتبرات وبداهة العقل يقبله الفطرة السليمة واما ثالثا فلانه ان اندفع بجعل اللام في القول المذكور للعهد بما قيل على الوجه الذي ذكره يرد عليه ان يقال سمن الاجارة الفاسدة بالشروط وما يجب فيه الاقل من اجر المثل ومن المسمى بل يجب فيه اجر المثل بالغا ما بلغ كما اذا استاجر دارا او حانوتا ساعة بما لا يتغابن الناس في مثله عادة فان الواجب هناك اجر المثل بالغا ما بلغ صرح به في فتاوى قاضيخان وغيرها وذكر في النهاية ايضا نقلا عن فتاوى قاضيخان انه الى غير ذلك من النظائر التي سرح بها في المعتبرات فينتقض بمثل ذلك قوله الواجب في الاجارة اذا فسدت بالشروط الاقل من اجرة المثل والمسمى ثم اقول الحق عندي ان اللام في القول المذكور ليس للعهد كما زعمه صاحب العناية بل هو للاستغراق او الجنس وانه لا حاجة الى تقييد الحكم المذكور بما ذكره من انه اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية كما ذهب اليه جمهور الشراح وذلك لان معنى الكلام ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجرة المثل لا يجاوز به المسمى اذا كان هناك مسمى معلوم لان يجاوز به المسمى انما يتصور فيه فانه اذا لم يكن هناك اجر مسمى او كان المسمى مجهولا لا يمكن ان يجاوز المسمى شيئا اصلا فقطع بان المجاوزة تقتضي احد المعلوم فيلغو ان يقال هناك لا يجاوز به المسمى باجر المثل فصار ملخص المعنى ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل الا ان يكون هناك مسمى معلوم فحينئذ لا يجاوز به المسمى بل يجب الاقل منهما فعلم منه حكم الاجارة الفاسدة مطلقا وهو وجوب اجرة المثل بالغا ما بلغ ان لم يكن هناك مسمى معلوم ووجوب الاقل من اجرة المثل ومن المسمى ان كان هناك مسمى معلوم فالحاصل ان الشراح جعلوا وجوب الاقل من اجرة المثل ومن المسمى معنى مجموع الكلام المذكور فوقعوا فيما وقعوا واذا جعل ذلك معنى آخر الكلام المذكور وهو قولا لا يجاوز به المسمى والبقي على ظاهره وهو وجوب عين اجر المثل كما فعلنا وكان حكم الاجارة الفاسدة مطلقا مستفادا بالكلية من الكتاب ولا يلزم شيء من المحذورات فتامل لكن العالم الفهيم **قوله** ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور قال تاج الشريعة فان قلت لو كان فاسدا لجاز الفسخ في الحال قلت الاجارة مضافة وانعقادها في اول الشهر فقبل الانعقاد كيف يفسخ انتهى وتبعه الشارح العيني في السوال والجواب قول منه بجواب نظر لان انعقاد الاجارة وان كان في اول الشهر لان عقدها تحققت في الحال بالايجاب والقبول فلم لا يكفي في جواز الفسخ كون الفسخ بعد تحقق العقد وقد مر في اول كتاب الاجارة ان الاجارة ملحقا تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فقالوا في توجيه تراخي الانعقاد الى حدوث المنافع ساعة فساعة مع وجود علته في الحال وسببه العقد ان الانعقاد حكم الشرع وعلل الشرعية تغاير العلل العقلية في جواز التخلف كما من معلولا لها فلم لا يجوز الفسخ قبل اوان الانعقاد ولم لا يكفي كونه بعد تحقق العقد الذي هو سبب الانعقاد فلما جاز فسخ الاجارة الصحيحة ايضا بعذر او عيب قبل استيفاء المنافع تماما فانه اذا لم يحدث جزء من المنافع لم تتحقق الانعقاد في حقه فيلزم الفسخ قبل الانعقاد بالنظر اليه مع انه لا شك في جواز ذلك كما صرح به قاطبة وسيجيء في الكتاب **قوله** واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح قال في المحيط البرهاني

وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بل وبالتعليم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سموه ان لم يسم غيره من الوقت الذي استاجره

وفي الاصل اذا استاجر الرجل من آخر دارا كل شهر بعشرة دراهم فان ابا حنيفة قال هذا جائز ولكل واحد منهما ان ينقض الاجارة في راس الشهر فان سكن يريد اويبين لزمه الاجارة في الشهر الثاني واختلف عبارة المشائخ في تخريج المسئلة بعضهم قال اراد بقوله جائزان الاجارة في الشهر الاول جائزة فما فيه حداذ ذاك من الشبهة فالاجارة فاسدة لجهالة المدة لانه اذا جاء الشهر الثاني ولم يفسخ كل واحد منهما الاجارة في راس الشهر جازت الاجارة في الشهر الثاني ايضا كما كان الشهر الاول وبعضهم قال لابل الاجارة جائزة في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الشهر الاول واطال محمد رحمه الله في الكتاب ودليل عليه وان جازت الاجارة فيما وراء الشهر الاول وان كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير منكر واذا ثبت الخيار لكل واحد منهما راس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة فيما زاد على الشهر الاول لنوع ضرورة بيانه ان موضوع الاجارة ان لا تزيل الرقبة من ملك الموجر ولا تخلها ملكا للمستاجر ومتى لم تثبت الخيار لكل واحد منهما راس الشهر لزوال رقبة الشيء عن ملك الموجر معنى لانه لا يملك سكناها ولا بيعها ولا هبتها ابدا الدهر لانه انما يملك بجملة الشهور وهذا لا يجوز فلهذه الضرورة كان لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ والمضي في راس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة في الشهر وفيما زاد على الشهر وقال الا ان المشائخ بعد هذا اختلفوا في كيفية امكان الفسخ لكل واحد منهما راس كل شهر وانما اختلفوا الان راس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما اهل الهلال في راس الشهر فلا يمكن الفسخ لذلك لمضي وقت الهلال وبعد ذلك لا يمكنه الفسخ لانه لم يجيء وقته والصحيح في هذا احد الطرق الثلثة اما ان يقول الذي يريد الفسخ قبل مضي الليلة فسخت الاجارة فيتوقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهر فاذا انقضى الشهر واهل الهلال عمل الفسخ حينئذ عمله وتقدر انه لم يجيء نفاذا في وقته والفسخ اذا لم يجيء نفاذا في وقته يتوقف الى وقت نفاذه وبه كان يقول ابو نصر محمد بن سلام البلخي ونظير هذا ما قاله محمد رح في البيوع اشترى عبدا على انه بالخيار فمحا العبد وفسخ المشتري العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ بل يتوقف الى ان يزول المحي في مدة الخيار وقال في المضاربة رب المال اذا فسخ المضاربة وقد مر مال المضاربة عروضا لم ينفذ الفسخ للحال بل يتوقف الى ان يصير مال المضاربة دراهم او دنانير فينفذ الفسخ حينئذ كذا ههنا والقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد راس الشهر فينفسخ العقد اذا اهل الهلال ويكون هذا فسخا مضافا الى راس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه يصح مضافا والفسخ الذي يريد الفسخ في الليلة التي يهل فيها الهلال ويوجد هذا القائل يقول لم يرد محمد بقوله لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة راس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال فانه لا يتهيأ له راس الشهر من حيث العرف والعادة وهي الليلة التي يهل فيها الهلال ويوجد هذا كما قال محمد رحمه الله في كتاب الايمان اذا حلف الرجل ليقضين حق فلان راس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها الهلال الذي يرجى له بحيث يتحرى الناس الى هذا لفظ المحيط وبهذا ذكره الخجندي ايضا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة وهو جواب اجمال منه اقول لقائل ان يقول الطريق الاول والثاني من الطرق الثلثة المذكورة هما اللذان عبارة الائمة في وضع هذه المسئلة فان محمدا رح قال في الاصل ولكل واحد منهما ان ينقض الاجارة في راس الشهر والامام قاضيخان قال في فتاواه رجل اجر داره او حانوته كل شهر بدرهم كان لكل واحد منهما ان يفسخ الاجارة عند تمام الشهر والمصنف قال ههنا واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة ولا يخفى ان مقتضى هذه العبارات ان يكون ثبوت خيار الفسخ لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول راس الشهر الثاني لا بهل ذلك ودلالة ذينك الطريقين على ان ثبوت الخيار الفسخ في خلال الشهر الاول قبل تمامه واقول يمكن ان يقال نفاذ الفسخ وتاثيره في ذينك الطريقين ايضا عند ان ينقضي الشهر الاول واهل هلال الشهر الثاني وان كان التكلم بالفسخ فيهما في خلال الشهر الاول فيجوز ان تكون تلك العبارات في وضع هذه المسئلة بناء على ان ظهور اثر ثبوت الخيار لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول راس الشهر الثاني وهذا غاية ما يمكن توجيه الطريقين المذكورين وان كان

ويجوز استيجار الظئر بأجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ولان التعامل به كان خارجا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل واقره عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام بمصالحه على طريقة التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن لان الحاجة تنتابه بلبن ستة لا يستوفى الا

في الوكالة على انه لو ثبت هنا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها انتهى اقول كل من اصل ورده وعلاوته فاسد اما الاول فلان قول الماتن فان قتل الخ انما يعقد لازما نظرا الى قوله دون وجه ادائي مجموع قوله من وجه دون وجه من حيث هو مجموع لا الى قوله من وجه وحده كما توهمه صاحب العناية وبنى عليه ما ذكره فيقتضي الجواب ان بقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فان العقد الغير اللازم يكون بقاؤه حكم الابتداء من كل الوجوه فاذا لم يكن بقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه لم يكن الشيوع مقارنا للعقد من هذا الوجه فلم يكن الطارئ كالمقارن والحاصل ان مدار الجواب المذكور على الفرق بين الشيوع الطارئ والمقارن من الوجه الثاني دون الاول وصاحب العناية توهم العكس حتى بنى في تقرير الجواب قول المجيب من وجه ولم يدر ان الجواب حينئذ لا يكون وافيا للسؤال بل يكون مقويا له كما لا يخفى بالتامل الصادق واما الثاني فلان ثبوت البقاء لعقد الاجارة مما لم ينازع فيه احد فان الاصل عندنا ان العين المستاجرة اقيمت مقام المنفعة في اضافة العقد اليها وان العقد وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مع ارتباط احدهما بالآخر بالقبول شرعا بقاء العين المستاجرة على السلامة وانما الذي تجدد ساعة فساعة هو الانعقاد وفي حق المعقود عليه وهو المنفعة الحادثة شيئا فشيئا وهذا مع كونه معلوما مما تقرر في عدة كتب الفن منكشف بما ذكر هنا في الكافي وكثير من الشروح وهو ان الشيوع الطارئ بان آجر رجل من رجلين ثم مات احدهما جبرا بان آجر رجلان من رجل ثم مات احد الموجرين يفسد العقد في حق الحي في رواية الهادي عن خالد بن صبيح عن ابي حنيفة رحمه الله لان الاجارة تجدد انعقادها بحسب حدوث المنافع فكان بقاء هذا في معنى الشيوع المقترن بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الحي لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فاما اصل العقد فينعقد لازما في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع الطارئ ليس نظير المقارن كما في التبيان وهب كل الدار وسلمها ثم رجع في نصفها انتهى ما في الكافي وكثير من الشروح وكذا ذكر في المبسوط والاسرار ايضا فتبصر قوله ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة قال في النهاية علم بن القياس بالنص جواز اجارة الظئر لانها استؤجرت على استهلاك العين مقصودا وهو اللبن فكان بمنزلة ما لو استاجر شاة او بقرة مدة معلومة باجر معلوم ليشرب لبنها لكن جوازنا باستحسان لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللبن مقصودا وانما يقع على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي واللبن يدخل فيها تبعا لمنزلة الاشياء وهي جائز كما لو استاجر صباغا ليصبغ له الثوب فانها جائزة وطريق الجواز ان يجعل العقد واردا على فعل الصباغ والصبغ يدخل فيه تبعا فلم يكن الاجارة واردة على استهلاك العين مقصودا وبهذا خرج الجواب عن فصل البقرة والشاة لان هناك عقد الاجارة ترد على استهلاك العين مقصودا كذا في الذخيرة الى هنا لفظ النهاية اقول هذا تحرير ركيك بل مختل لان الشارح قد كان نوه مختلفين في ان المقصود عليه في استيجار الظئر ايتقال بعضهم هو المنافع وهي خدمتها للصبي واللبن تبع كالصبغ في الثوب وقال بعضهم هو اللبن الخ وهذه تابعة على ما يأتي لتفصيل ذلك ومدار ما ذكره في وجه القياس هو القول الثاني ومدار ما ذكره في وجه الاستحسان القول الاول فكيف يتاتى له ان يقول هذا العقد لا يرد على العين الخ وهو القول الاول فصل ينبغي ان يقال في المسئلة المتفق عليها ان القياس يابى جوازها ولكن جوزناها استحسانا فيذكر في وجه القياس ما يختص باحد القولين في معنى ما تشترك المسئلة وفي وجه الاستحسان ما يختص بالقول الآخر في معناها ولا يخفى انه لا يصح على احد القولين وجه القياس ولا يصح على القول الآخر وجه الاستحسان فلا يوجد في المسئلة قياس واستحسان على الوجه المذكور على ان ما ذكره في وجه الاستحسان لا يقتضي انتفاء ذلك القياس بالكلية بل بعد تقرر ثبوته كما هو حكم الاستحسان في مقابلة القياس على ما عرف في محله قوله لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن قال الشراح يعني بعد الطلاق اقول الاولى ان يقال يعني بعد الطلاق والعدة ليتوافق ما ذكره في الكتاب في باب النفقة من كتاب الطلاق وهو قوله وان استاجرها وهي زوجته او معتدته لم يجز انتهى وقصد بعض الفضلاء توجيه كلام الماتن قال في تفسير

والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على الاعيان فتعين كما ذكرنا ان المعقود عليه بها ما سنبقى للمستأجر لا ما ينتهي بالاستعمال

قول صاحب العناية يعني بعد الطلاق البائن وقال اذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة انتهى اقول ليس في اكثر النسخ لانه لا يجوز بعد الطلاق البائن ايضا قبل انقضاء العدة في روايته هي التي اختارها في الكتاب فيما مر وعن هذا قال الصدر هناك وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة وكذا في المبسوطة في رواية انتهى فقد يرجح قوله والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا يقع على اتلاف الاعيان بمقصود الى آخره القول اختيار صاحبي الذخيرة والمحيط واختاره المصنف ايضا كما ترى والقول الثاني اختيار شمس الائمة السرخسي حيث قال في المبسوط زعم بعض المتأخرين ان المعقود عليه المنفعة وهي القيام بخدمة الصبي وما يحتاج اليه فاما اللبن فمتبع فيه لان اللبن صين والعين لا يستحق بعقد الاجارة كلبن الانعام ثم قال والاصح ان المقدر وعلى اللبن لانه هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا ذكره ابن سماعة عن محمد رحمه الله فانه قال استحقاق لبن الآدمية بغير عقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة انتهى كلامه وتعجب صاحب العناية من اختيار المصنف ما اعرض عنه الامام الكبير شمس الائمة السرخسي بعد ان رأى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله ورد عليه صاحب العناية بعد ان رأى تعجبه من ذلك حيث قال وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مراده قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام امر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بامور وسائط منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة الكلية ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا تثبت له بما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه يجوز بيعه وجواز لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فنحن نمنع ان يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا او تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء مما ذكر في كلامه اقول خاتمة كلامه ليست بصحيحة اذ في كلام محمد ما يدل على ان استحقاقه من حيث كونه مقصودا لا محالة لانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه ولا شك انه لا دلالة على عدم جواز بيعه الا بان يكون استحقاقه من حيث كونه مقصودا الا يرى ان الصبغ في الثوب يستحق بعقد الاجارة تبعا مع انه مما يجوز بيعه قطعا ثم ان الشارح العيني هنا كلمات كثيرة مضرفة ذكرها تفويته لما ذهب اليه شمس الائمة السرخسي ورد اعلى صاحب العناية ما ذكره في رده على صاحب العناية فان ذكرنا كلها وبينا عالها التزمنا الاطناب بالاطائل ولكن لا علينا ان نذكر بعضا من اولها وآخرها قال بعد نقل ما في العناية والعناية قلت قول شمس الائمة السرخسي الاقرب الى الفقه لان الاعيان تحدث شيئا فشيئا مع بقاء اصلها بمنزلة المنافع فيجوز اجارتها كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يرده والعرية لمن يأكل ثمرة الشجرة ثم يردها والمنحة لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها ثم قال في آخر كلامه وكيف يقول صاحب العناية لما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه خلاف ظاهر الرواية وهو من كبار اصحاب محمد وابي يوسف القاضي وكان من العلماء الكبار والصالحين وكان يصلي كل يوم مائتي ركعة اقول كل ما قاله في الاول والآخر فاسد اما ما قاله في الاول فلان معنى حدوث المنافع شيئا فشيئا ان لا يكون لها بقاء اصلا بناء على عدم بقاء الاعراض زمانين عند المتكلمين ولا شك ان هذا المعنى ليس بمتحقق في الاعيان فكيف تكون الاعيان بمنزلة المنافع ولو سلم فلك لم يجز اجارة الاعيان قطعا لان حقيقة الاجارة تمليك المنافع بعوض دون تمليك الاعيان فان تمليك الاعيان بعوض هو البيع لا غير وهذا امر مقرر عند الفقهاء قاطبة وما ذكره من التنظيرات والتشبيهات مما لا يجدي شيئا اما صورة العارية فلان العين هناك باق على حاله وانما الانتفاع بالمنافع فلا مساس لها بالعين فيه واما الصور الاخر فان العين فيها وان كان مملكا للغير لكن لا بطريق الاجارة بل بطريق البيعة

واختلفت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة عتابا للاستيجار على الخدمة قال وليس بطعامها وكسوتها استحسانا وفي القياس لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها بالخبز والطبخ ولان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الخادم والولد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا الجهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضا لما قلنا:

فلا فائدة لما نحن فيه اذ الكلام في ان عقد الاجارة لا يرد على الاعيان لان شيئا من المنفعة لا يرد عليها واما قارورة الآخر فلان المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامعين والزيادات والمبسوط والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية غيرها وهذا مع كونه ساكتا فيما بينهم مذكورا في مواضع شتى قد صرح به الشراح غالبا حتى ذكر ذلك الشارح نفسه ايضا في كتاب الاقرار لا شك ان مراد صاحب العناية ايضا ههنا بقوله ان ما روى ابن سماعة عن محمد ليس من ظاهر الرواية انه ليس من رواية تلك الكتب الاربعة لتحدثه الله الى تلك الرواية المتفرد بها احد او كون ابن سماعة من كبار العلماء الصالحين مما لا يقدح في ذلك قطعا والشبهة فيما لا من الغفول عن اصطلاح الفقهاء في ظاهر الرواية وغير ظاهرها فانه ليس مما قدمت يداه **قوله** واذا اثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال جماعة من الشراح في تفسير قوله ما ذكرناه يعني من جواز الاجارة باحد الطريقين اقول فيه نظر اذ لو كان مراد المصنف بقوله ما ذكرنا هما يعم الطريقين لما تم قوله اعتبارا بالاستيجار على الخدمة لان الاعتبار بالاستيجار على الخدمة اي القياس على ذلك لا يصح على الطريق الثاني فان العقد في الاستيجار على الخدمة يقع على المنفعة مقصودا لا محالة وفي استيجار الظئر يقع على اتلاف العين مقصودا على موجب الطريق الثاني فكيف يصح اعتبار احدهما بالآخر فالحق ان مراده بقوله ما ذكرناه ما اختاره من رجحان الطريق الاول على الطريق الثاني ومن هذا قدم ذكر الكتاب والسنة في اثبات هذه المسئلة واخر ذكر القياس ثم ههنا فان اثباتها بالكتاب والسنة متفق على كلا الطريقين فناسب ذكرهما متصلا باصل المسئلة واما اثباتها بالقياس فمختص بالطريق الاول فناسب ذكره بعد تفصيل الطريقين وبيان ما هو المختار عنده موافقا للقياس فبهذا التحقيق ظهر سقوط السؤال وركاكة الجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية بقوله فان قيل قد علم من ان المسئلة جواز ها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام قلت اثبت جواز ها بالكتاب والسنة اولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس انتهى تدبر **قوله** ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها قال صاحب النهاية هذا تفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل ان يكون معناه اي سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعام ثم اعلى الطعام بازاء الدراهم المسماة انتهى اقول ليت شعري كيف لا يستفاد هذا المعنى من ذلك اللفظ حتى يصح لعنه في المعنى الذي ذكره المصنف بانه لا يستفاد من ذلك اللفظ وقوله هذا المعنى فان هذا المعنى ان لم يكن اكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف فلا اقل من المساواة لانه اذا صير الى حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه في ذلك اللفظ اي لفظ الجامع الصغير بان كان تقديره ان يسمى بدل الطعام دراهم كما حمله عليه الامام الزيلعي جاز ان يفهم منه اول المعنى الذي ذكره المصنف وهو قوله ان يجعل الاجرة دراهم ولكن لا يفهم منه اصلا آخره وهو قوله ثم يدفع الطعام مكانه كما نبه عليه الامام الزيلعي حيث قال لكن لا يفهم منه انه اعلى بدل الدراهم طعاما وانما يفهم منه انه سمى بدل الطعام دراهم انتهى واما المعنى الذي ذكره صاحب النهاية فلا اشتراك في الاجرة بين المعنى الذي ذكره المصنف وفي اوله تفصيل زائد على ما في اول المعنى الذي ذكره المصنف فان فهم ذلك التفصيل من اضافة القدر في لفظ الجامع الصغير كان المعنيان متساويين في افهام البعض الاول منهما من ذلك اللفظ وعدم افهام البعض الآخر متعسفا والا كان ذلك المعنى الذي ذكره صاحب النهاية اكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف فلا وجه لرد الشافي وقبول الاول وقال صاحب العناية بعد نقل ما قاله صاحب النهاية وهو حق ولكن لو قدر في كلام المصنف نحو ما قال ان يجعل الاجرة دراهم بدلا بل الى ذلك انتهى اقول لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام ان تقدير بدل لا يعد ان اخذت كلمة ان يجعل مفعولا ثانيا لكيف من حيث المعنى فعليك بالتامل الصادق مع ملاحظة قوله ثم يدفع الطعام مكانه وذكر البعض افضاء توجيهين آخرين للفظ الجامع الصغير حيث قال يجوز ان يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض اي للطعام او المراد بالتسمية هو التعيين اي عين الطعام بدراهم والتعديه الى احد المفعولين بنفسه يقال

لا يشترط تأجيله لان اوصافها اثمان ... عند ابي حنيفة ... ذكرنا في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم **قال** وليس للمستأجرين ان يمنعوا زوجها من وطئها لان الوطء حق الزوج فلا يتمكنون من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستأجر يمنعه عن غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم ان يفسخوا اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر اما الطعام فعلى والد الولد وما ذكره محمد ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع فانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل **قال** ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استأجر حمارا يحمل عليه طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي عليه السلام عنه وهو ان يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه

معناه الاصلي تامل انتهى كلامه اقول كلا التوجيهين خبر من اما الاول فلانه قد تقرر في علم النحو ان حذف حرف الجر بعد غير ان وان انما يجوز فيما سمع نحو استغفرت الله ذنبا اي من ذنب وبقاء الجر اي نحو الله واما فيما لا يسمع فلا يجوز ولهذا لم يجز حذف الجار من اياك من الاسد اذ لم يسمع وعن هذا قال ابن الحاجب ولا تقول اياك الاسد لامتناع تقدير من فتعين وفيما نحن فيه ايضا لم يسمع فلا يجوز نزع الخافض اي حذف حرف الجر ولهذا لم يختر من المصرح وغيره من الثقات لهذا التوجيه مع ظهوره جدا واما الثاني فلانه اذا كان المراد بالتسمية هو التعيين لا يصح تعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلي والا يلزم الجمع بين معنى التسمية وهو التعيين سواء كان اللفظ حقيقة في كل واحد من المعنيين او حقيقة في احدهما مجازا في الآخر اذ لا يجوز عموم المشترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا على ما عرف في علم الاصول **قوله** ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثمان قال كثير من ثقات الشراح في شرح قوله اوصافها اي اوصاف الطعام على تاويل الحنطة انتهى اقول فيه نظر اذ لا شك ان المراد بالطعام في مسئلتنا هذه ما يعم الحنطة وغيرها فكيف يتم تاويل ذلك بالخاص في مقام الاستدلال على العام والحق عندي ان مرجع الضمير هو الطعام بتاويل كونه اجرة في مسئلتنا هذه فالمعنى ان هذه الاجرة اوصافها اوصاف اثمان فلا يشترط تاجيلها بخلاف الكسوة كما سنذكره والعجب ان صاحب العناية بعد ان قال في تفسير قول المصنف ولا يشترط تاجيله اي تاجيل الطعام المسمى اجرة سلك في تاويل تانيث ضمير اوصافها مسلك سائر الشراح من التاويل بالحنطة وقد عرفت حاله **قوله** فان هذا ايجار وليس بارضاع في الصحاح الوجور الدواء يوجر في وسط الفم اي يصب يقول منه وجرت الصبي واوجرته بمعنى انتهى اقول لقائل ان يقول اذا كان هذا ايجارا لا ارضاعا فاي معنى لان يقول في الكتاب في وضع هذه المسئلة وان ارضعته في المدة بلبن شاة بل الظاهر ان يقول وان اوجرته بدل وان ارضعته اللهم ان يحمل على المشاكلة بجانب مسئلة استيجار الظئر التي وظيفتها الارضاع تامل فان قيل الظئر هي اجير خاص او اجير مشترك اجيب بانها اجير خاص على ما دل عليه لفظ المبسوط فانه قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها او وقع فمات او سرق من حلي الصبي او من ثيابه شيء لم تضمن الظئر شيئا لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة الا يرى انه ليس لها ان تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير امين فيما في يده انتهى ويحتمل ان تكون اجيرا خاصا وان تكون اجيرا مشتركا على ما دل عليه لفظ الذخيرة فانه قال فيها فان اجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيا لهم ولا يعلم بذلك اهلها الاولون حتى يفسخوا هذه الاجارة فارضعت كل واحد منهما وفرغت فقد اثمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين انتهى ووجه الدلالة على احتمالها انها لو كانت اجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر وعدا من كل وجه لم تستحق الاجر كاملا ولا اثمت بما صنعت ولو كانت اجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر كاملا ولا اثمت فكانت جنبتها فقلنا بانها تستحق الاجر كاملا لشبهها بالاجير المشترك وبانها تاثم لشبهها بالاجير الوحد هذا زبدة ما ذكره صاحب النهاية ههنا واقتفى اثره صاحب العناية غير انه اعترض على دلالة لفظ المبسوط على كونها اجيرا خاصا حيث قال وفيه نظر لانه قال لانها بمنزلة الاجير الخاص لا عينه انتهى اقول نظره ساقط فان المراد بدلالة لفظ المبسوط عليه دلالة قوله فان العقد ورد على منافعها في المدة وتنويره بقوله الا يرى انه ليس لها ان تؤجر نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل فان كلا منهما يدل قطعا على انها اجير خاص لان ورود العقد على المنفعة في المدة وعدم جواز ايجار النفس من غير المستاجر من خواص الاجير الخاص واما قوله بمنزلة الاجير الخاص فيجوز ان يراد به بمنزلة الاجير الخاص المعروف الذي لا اشتباه فيه لاحد وهذا لا ينافي ان تكون من جنس الاجير الخاص ثم ان بعض الفضلاء قال ولعل الاولى في الجواب ان يقال ان قدم المستاجر ذكر المدة بان يقول استاجرتك لترضع ولدي هذا يكون خاصا وان قدم ذكر العمل يكون مشتركا على قياس ما قيل في استيجار الراعي انتهى قوله ليس في ذلك الجواب تمام ما ذكره عليه

وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في حنطتنا والمعنى فيه ان المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوخ او المحلى وحصوله بفعل الاجير فلا يعد موفيا بالقدر غيره وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب الاجر لان المستأجر هناك لا اجر له في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استأجر رجلا ليحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الا اجر

ان يقال ان كانت الاجير خاصا على اثبات فيها اذا قام المستأجر بذكر المدة لما استحقت الاجر كما اذا اجرت نفسها من قوم آخرين ليرتضع صبيانهم مع انها لا تستحقه كما على الفريقين ولكن تأمل كما تعلمناه عن الذخيرة وذكره في سائر المعتبرات ايضا وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني بعد استحقاق تمام الاجر كما على الفريقين وهذا اشكل اذا قال لبن الصغير الظئر مستأجرتك لترضع ولدي هذا سنة كذا لان الظئر في هذه الصورة اجيرة مشتركة لان الاب اوقع العقد على عمل يعمل لان الشكل فيما اذا قال لما استأجرتك شهرا مضى ولدي هذا كما لا انها اجيرة وحدها في هذه الصورة لانه اوقع العقد على المدة ولا ليس للاجير الخاص ان يؤجر نفسه من آخر واذا آجر الخاص نفسه تمام الاجر على الاستأجر الاول وبيانه والوجه في ذلك ان الاجير المشترك هو الذي يؤجر نفسه لعمل معلوم من غير ان يكون له على احد منهم عمل معلوم من حيث انه يكون له ان يعمل لكل واحد منهم كما في الخياط والقصار ثم لو كانت اجيرة من كل وجه لاستحق الاجر كما علمت الآن وتأخر عن الاول وتأخر عن شبهها ولو كانت اجيرة مشتركة من كل وجه لاستحق الاجر كما علمت ولم تتأخر فلما كانت بينا قلنا بانها تستحق الاجر بقدر ما عملت لشبهها بالاجير المشترك من وجه وانها لا تستحق الاجر كما علمت لشبهها بالاجير الخاص من وجه فلا بد من التفصيل واعتبار الشبهين كما ذكرته في الذخيرة والمحيط البرهاني واختاره الشارح في الجواب فتبصر قوله في قول الصوفي الذي يعرف به شبهها بالاجير المشترك قال صاحب العناية فان قيل اذا كان ثبوت الاجر بالقياس فينبغي ان لا يستحق الاجر بالقياس لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثل هذا لا يترك بالعرف انتهى وقال بعض الفضلاء سيجيء من الشارح في اوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث اطلق القياس على ما في معنى تفويض الطحان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجعه انتهى اقول سيجيء من الشارح في اوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره صاحب العناية فان المصنف بعد ان بين في اول كتاب المزارعة ان المزارعة فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله وجائزة عند صاحبيه وذكر الدليل من الجانبين قال الاتقاني على قولهما حاجة الناس اليها ولهذا تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع انتهى ولا يقتضي ذلك ان اطلاق القياس على كل ما في معنى تفويض الطحان بل انما يقتضي ان اطلاقه على المزارعة وهي في معنى تفويض الطحان من وجه اي من حيث انها عقد شركة بين المال والعمل كما ذكره في الدليل الذي ذكره ابو حنيفة رحمه الله في فسادها وفي معنى المضاربة من وجه اي من حيث انها عقد شركة بين المال والعمل كما ذكره في الدليل الذي ذكره الصاحبان على جوازها بخلاف ما نحن فيه فانه في معنى تفويض الطحان من كل وجه لانه استيجار محض ليس فيه شائبة المضاربة فلهذا قيل بانه ثابت بدلالة النص دون القياس ولان سلم فمخالفة ما سيجيء من الفصل هناك كما ذكره صاحب العناية هنا فاضطر فيها الى ان نحن فيه قولين احدهما انه ثابت بدلالة النص فلا يترك بالعرف وهو مختار شمس الائمة السرخسي وثانيهما انه موجب بالقياس فيترك بالتعامل كالاستصناع وهو مختار شمس الائمة الحلواني واستاذه اقتفى الامام ابي علي النسفي كما فصل في المبسوط وغيره وذكر في النهاية وشرح الاقطع ايضا فاذا ذكره صاحب العناية هنا على ما اختاره شمس الائمة السرخسي قطعا وما ذكره المصنف في المزارعة يجوز ان يكون على ما اختاره شمس الائمة الحلواني واستاذه فاذا كان هذا الاختلاف بين الكلامين على اختلاف القولين في المسئلة فلا بأس بما قوله وهذا بخلاف ما اذا استأجر رجلا نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب الاجر لان المستأجر ملك الاجر بنفس العمل لان الاجر تعجيل لا تأخر وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز بعد ذكر هذه المسئلة مع دليلها المذكور هكذا قالوا وفيه اشكال لان اصحابنا ان الاجارة فاسخة والاجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت حينا او دينا على ما بيناه من قبيل تكليف الملك هنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل والثاني انه يحتمل ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجير شيئا في الملك لا يملكه اذ الملك لا يطرق الاجرة فاذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وباي سبب يملكه يستقيم كلامه اقول من كل اشكاليه ما قط اما الاول فلانه لا ريب ان وضع المسئلة فيما اذا استأجر الى الاخر كل الطعام او النصف

ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة والى هذا اشار محمد رح

وعبارة العناية والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء اثره بعد المدة وقال بعض الفضلاء وانت خبير بان الثاني ايضا من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستاجر حيث لا يتاتى زراعته الا به انتهى اقول ليس شيء من شطري كلامه بسديد اما شطره الاول فلانه اذا كانت الارض تخرج الريع بالكراب مرة ولكن كانت مدة الاجارة ثلاث سنين كما هو المراد بالثاني فلا شك ان الكراب مرتين في هذه الصورة لا يكون من مقتضيات العقد للقطع بحصول المقصود بالعقد فيها بالكراب مرة واحدة من غير حاجة الى الكراب مرة اخرى وما حصل المقصود بالعقد بدونه كيف يكون من مقتضياته واما شطره الثاني فلانه اذا كانت الارض تخرج الريع بالكراب مرة فهل يقول العاقل لا يتاتى الزراعة هناك الا بالكراب مرتين حتى يتوهم النفع للمستاجر في اشتراط الكراب مرتين في موضع تخريج الارض الريع بالكراب مرة كانت المدة ثلاث سنين ومن قال من الشراح ليس فيه منفعة لصاحب الارض فانما خص صاحب الارض بالذكر بناء على عدم احتمال النفع فيه اصلا للمستاجر لان له نفعا فيه والا لا يتم التقريب كما لا يخفى **قوله** ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة الى هذا اشار محمد رحمه الله وهو ما حكي ان ابن سماعة كتب من بلخ الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة وقال لم لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار فكتب محمد في جوابه انك اطلت الفكرة فاصابتك الحيرة وجالست الجنائي فكانت منك زلة اما علمت ان السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نساء والجنائي اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها كذا في شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام والفوائد الظهيرية وذكر في عامة شروح هذا الكتاب ايضا قال صاحب العناية في هذا الطريق من الاستدلال بحث من وجهين الاول ان النساء ما يكون عن اشتراط اجل في العقد وتاخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني عن النساء انما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدثان شيئا فشيئا واجيب عن الاول بانهما لما اقدما على عقد يتاخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئا فشيئا كان ذلك ابلغ في وجوب التاخير من المشروط فالحق به الادلة احتياطا عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فبالالحاق به يكون شبهة الشبهة وهي ليست بحرمة والجواب ان الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق تثبت الشبهة لا شبهتها وعن الثاني بان الذي لم تصحبه الباء تقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما يصحبه لفقدانها فيه ولزوم وجود احدهما حكما وعدم الآخر وتحقق النساء الى هنا كلامه اقول في الجواب عن الوجه الثاني بحث من وجهين الاول انه اذا اقيم العين مقام المنفعة في احد الطرفين دون الطرف الآخر واعتبر ذلك العين الموجود في الحال معقودا عليه في العقد لا يتحقق المجانسة بين البدلين اذ لا مجانسة بين العين والمنفعة فلا يوجد في العقد ما يحرم النساء فلا يتم المطلوب والثاني ان هذا الجواب ينافي الجواب المذكور عن الوجه الاول لان مقتضى هذا الجواب ان يكون المعقود عليه فيما نحن فيه هو العين القائم مقام المنفعة ومقتضى ذلك الجواب ان يكون المعقود عليه فيه هو نفس المنفعة لانها الذي يتاخر ويحدث شيئا فشيئا فكان بينهما تدافع فان قلت المعقود عليه فيه حقيقة نفس المنفعة وحكما العين القائم مقام المنفعة فمدار الجواب عن الاول على الحقيقة ومدار الجواب عن الثاني على الحكم فلا تنافي بينهما قلت في جعل الحكم الاول مرتبا على الحقيقة والثاني مرتبا على الحكم دون الثاني في الحكم بل احتيال لفساد العقد ولم يجعل الامر بالعكس تصحيحا للعقد حتى يكون اوفق بقاعدة الشرع وهي وجوب تصحيح تصرف العاقل مهما امكن ثم قال صاحب العناية ويجوز ان يسلك طريقا آخر وهو ان يقال المدعى ان هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما ان يكون موجودا دون الآخر او لا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه انتهى اقول فيه ايضا بحث لانه ان اراد بالمعقود عليه الذي رده ما هو المعقود عليه حقيقة وهو المنفعة يختار الشق الثاني من الترديد ويكون

ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس لان المنفعة قال واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر احدهما صاحبه او حائط صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي له المسمى لان المنفعة غير عنده وبيع الشيوع عنده كالافراز فصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب

قوله وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه غير صحيح لان ما هو المعقود عليه حقيقة معدوم في كل عقد اجارة ولهذا كان القياس يابى جوازه الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه فاقتصارا ورد شد لاقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليترتب الايجاب بالقبول كما مر في صدر كتاب الاجارات فلم يكن عدم ما هو المعقود عليه حقيقة مطلقا لعقد الاجارة قط وان اراد بذلك ما هو المعقود عليه حكما وهو العين القائم مقام المنفعة فهو احد الشقين الاولين من الترديد ويكون قوله فان كان لزم الفساد وهو باطل غير تام لان الفساد انما يبطل عند اتحاد الجنس على تقدير ان يجعل المعقود عليه هو العين القائم مقام المنفعة لا يتحقق المجانسة بين البدلين كما عرفت فيما مر آنفا واعترض بعض الفضلاء على قوله فان كان لزم الفساد وهو باطل بوجه آخر حيث قال هذا لا يتجه الزاما على الباعث فانه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه الفساد مستندا بان مثله موجود في مبادلة السكنى بالزراعة مثلا وهو جائز بالاجماع فليتامل اقول هذا في غاية السقوط اذ ليس في مبادلة السكنى بالزراعة مبادلة الشئ بجنسه والذي يحرم النساء بانفراده انما هو الجنس لا غير فلا مجال لان يقال ان مثل ما قيل فيما نحن فيه من بطلان النساء موجود في مبادلة السكنى بالزراعة وهذا مما لا يخفى على مثله ثم ان الامام الزيلعي استشكل اصل الدليل المذكور حيث قال في التبيين وهذا مشكل على القاعدة فانه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس ايضا لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس لان العقد على المنافع ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما بينا من القاعدة فتقابل وجودها لا ينعقد عليها العقد فاذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق دينا فكيف يتصور النسيئة فعلم بذلك ان الاستشكال غير خالص عن شائبة الكلام فتامل كل من وجهي الاشكال ساقط اما وجه الاول فلان الدليل المذكور لا يقتضي عدم جواز العقد بخلاف الجنس ايضا قوله ان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس مسلم ولكن ليس في مبادلة المنافع مبادلة الدين بالدين لان المنفعة ليست بدين اذ الدين ما ثبت في الذمة والمنافع لا تثبت في الذمة صرح بذلك في النهاية بل في عامة الشروح واما وجه الثاني فلان الانعقاد في العقد على المنافع وان حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنفع الا ان نفس العقد وهو الايجاب والقبول الصادران عن المتعاقدين من ارتباط احدهما بالآخر موجود بالفعل وهو علة معلولها الانعقاد وتاثير المعلول عن العلل الشرعية جائز على ما عرف فمعنى انعقاد عقد الاجارة ساعة فساعة ان كل ساعة ونفاذا في المحل يحصل ساعة فساعة وان نفس العقد يتكرر ساعة فساعة اذ لا شك ان الايجاب والقبول لا يصدران عن المتعاقدين الا مرة واحدة وهذا كله مما يقرر في صدر كتاب الاجارة فتقبل وجود المنافع وان لم يحصل الانعقاد الا انه تحقق نفس العقد فحين ان تحقق نفس العقد وهو ان صدوره عن المتعاقدين تحقق النسيئة في المنافع قطعا فيبطل العقد فيما اذا كان البدلان منفعة واحدة جنسها كما فيما نحن فيه ويبطل قوله فكيف يتصور فيها النسيئة تبصر ترشد قوله وان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس قال الشراح الحصول مقصود وبما هو له من غير مبادلة انتهى اقول للخصم ان يقول لا نسلم انتفاء الحاجة عند اتحاد الجنس لا لحصول مقصود وبما هو له من غير مبادلة ولا يخفى ان كثيرا من الناس قد يحتاج الى سكنى بعض الدور دون بعضها ولا يحصل مقصوده بسكنى بعضها دون بعض لاختلاف المقاصد باختلاف الاماكن بحسب تعدد البلاد بل بحسب تعدد المحال من بلدة واحدة فكم منهم يحتاج الى السكنى في بلدة او في محلة منه لحصول حوائجه ومهماته في ذلك ولا يحتاج الى السكنى في بلدة اخرى او في محلة اخرى من البلد الاول لعدم حصول تلك الحوائج والمهمات هناك اللهم الا ان يقال هذا القدر من الحاجة لا يكفي في ترك القياس كما اشير اليه في الكافي وغيره بان يقال والحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس وانما تمس عند اختلاف الجنس والكمال من باب الفضول والاجارة ما شرعت لانتفاء الفضول انتهى تامل تفطن قوله وهذا كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام حال صاحب العين يعني الطعام المشترك وقال بعض الفضلاء تحذير لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا فانه لو كان مستأجر خاصة يتوجه الزام الشافعي بان منع الطعام

ولنا انه استأجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هنالك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع ومن استأجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض تستأجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض ومنه ما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما

فعل حسي والمستأجر به نصيب الشائع من الدار وما لا يتصور فيه الفعل الحسي انتهى اقول ما ذكره في بيان انه لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا كلام خال عن التحصيل لان نفس الالزام في تقرير توجيه الالزام للشافعي هو ان يكون مضافا الى فاعله او الى مفعوله وعلى الوجهين لا يتم ما ذكره اما على الاول فلان في المسئلة المستشهد بها من قبل الشافعي وهي جواز استيجار الدار المشتركة بين المستأجر وغيره لوضع الطعام مخالفة بيننا وبين الشافعي رحمه الله بل هي مجمع عليها وانما ذكرت في دليله بطريق الاستشهاد علينا فكيف يتوجه الزامنا الشافعي بما يقتضي خلاف ما تقرر عندنا وهل يصير ذلك الزاما علينا ايضا واما على الثاني فلان المعقود عليه في تلك المسئلة منافع الدار دون العمل وتسليم منافع الدار يتحقق بدون وضع الطعام فلا ضير هناك في ان لا يكون نصيب الشائع محلا للفعل الحسي بخلاف ما نحن فيه فان المعقود عليه ههنا العمل الذي هو الفعل الحسي وهو لا يتصور في الشائع فلم يتوجه الالزام علينا من الشافعي اصلا ثم اقول الظاهر عندي ايضا انه لا حاجة ههنا الى تقييد الطعام بكونه مشتركا ولهذا لم يقيده بذلك سائر الشراح قط لكن لا لما ذكره ذلك القائل بل لان تشبث الاستشهاد للشافعي رحمه الله بالمسئلة المذكورة لا يتوقف على تقييد الطعام بذلك بل يحصل بمجرد اشتراك الدار بين المستأجر وغيره كاشتراك الطعام بينهما في المسئلة التي نحن فيها وكذلك الجواب الذي يأتي من قبلنا عن استشهاد الشافعي رحمه الله بتلك المسئلة لا يختص بصورة تقييد الطعام بذلك بل يتم ويجري على الاطلاق تشهد بذلك كلها بالتأمل الصادق

قوله ولنا انه استأجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع قال في العناية اذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر اجيب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس معقودا عليه انتهى اقول في الجواب نظر وهو ان عدم كون حمل الكل معقودا عليه لا يجدي شيئا في دفع السؤال لان حاصل السؤال ان حمل الكل واقع على معين قطعا فكان موجودا وحمل الكل لا يتصور بدون حمل كل جزء منه فقد استلزم وجود حمل الكل وجود حمل كل جزء منه لا محالة ومن جملة الاجزاء النصيب المستأجر فلا بد ان يجب الاجر لحمل الكل ذلك الجزء الذي هو المعقود عليه ولا شك ان عدم كون الكل معقودا عليه لا يفيد شيئا في دفع ذلك وانما يكون مفيدا لو كان المقصود من السؤال وجوب الاجر لحمل الكل وليس فليس

قوله ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم قال صاحب العناية ولقائل ان يقول لا يخلو من انه عامل لنفسه فقط او عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب انه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه اصل وهو موافق للقياس وعمله لغيره ليس باصل بل بناء على امر مخالف القياس وهو الحاجة وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه بحصول مقصود المستأجر فلا يعتبر في كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر انتهى كلامه اقول الجواب شيء وهو ان انه تندفع بجعله عاملا لنفسه بحصول مقصود المستأجر ليس بتام مع ان جعله عاملا بحاجة المستأجر وحاجة الاجير فان الحاجة الى الاجارة ان حاجة الى المنفعة وعلى تقدير جعله عاملا لنفسه فقط لا يقتضي حاجته بل انما يقتضي حاجة المستأجر فقط والظاهر ان الاجارة لم تشرع لحاجة المستأجر فقط بل انما شرعت لحاجة كل احد من المتعاقدين فلم يحصل للاجير المعاوضة فيما نحن فيه ايضا لم يندفع الحاجة التي شرع عقد الاجارة لها فلم يتم الجواب ثم يمكن بعض الفضلاء قوله فيه تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر وهو تحرز الحمل كيف في كثير من الاجير اذ العلم انه لا يطلب الاجر لاجل نصيب المستأجر بل لما تم من نصيب نفسها انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ لا يذهب عليك ان وضع مسئلتنا فيما اذا حمل الكل ولا شك في حصول مقصود المستأجر فيه واحتمال ان لا يحصل مقصوده في صورة عدم حمل الكل لا يقدح في الكلام المبني على وضع المسئلة كما لا يخفى **قوله** وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع هذا جواب عن قياس الخصم على استيجار العبد المشترك لكن فيه كلام فان عقد الاجارة تمليك المنافع بعوض على ما مر في صدر الكتاب ونصيب صاحبه انما هو في عين العبد لا في منافعه لان المنافع معدومة لا تقبل الشركة على التمام فكيف يكون المعقود عليه في استيجار العبد المشترك هو ملك نصيب صاحبه وانما يصح ان يكون المعقود عليه ذلك في البيع الذي هو تمليك العين كما هو ظاهره

فان زرعا ومضى الاجل فلا شيء عليهما استحسانا وفي القياس لا شيء وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا يفيد الا فساد ولهما انه انعقد صحيحا ثم انفسخ ان لم يزرعا اذ لا يمكنهما الزراعة بعد مضي الاجل فصار كما اذا انقضت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائل في المدة من استاجر دابة الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل الناس متفقون في بعض الطريق فلا ضمان عليه لان العين مستاجرة امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ الى بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع فسخت الاجارة دفعا للفساد اذا الفساد قائم بعد

وعن هذا ذكر في الشراح تقديرا شتى في حل هذا المحل فقال صاحب النهاية لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه اي منفعة ملك نصيب صاحبه فلما كان ذلك منفعة لا فعلا كالحمل مع ايقاعه في الشائع كما قلنا في الدار المشتركة ان العقد يرد على المنفعة انتهى اقول فيه نظر لان قياس الخصم انما هو على استيجار العبد المشترك ليخيط الثياب كما صرح به في الكتاب للانتفاع به مطلقا فيكون العبد المشترك في تلك الصورة اجيرا مشتركا ويكون المعقود عليه هو عمل الخياطة لا المنفعة مطلقا وانما يكون المعقود عليه هو المنفعة مطلقا لو كان العبد بحيث لو ذاك لم يمس عليه ولا شك ان عمل الخياطة فعل حسي كالحمل فينبغي ان لا يصح ايقاعه في الشائع كالحمل فلم يتم الفرق وقال صاحب العناية وقوله بخلاف العبد جواب عن قياس الخصم على استيجار العبد المشترك ووجه ان المستاجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كما في البيع بخلاف الحمل لانه فعل حسي انتهى اقول فيه ايضا نظر لانه ان كان مدار الفرق على ان المعقود عليه في العبد المشترك هو المنفعة وفيما نحن فيه هو الفعل الحسي كما يومي اليه اقحام المنفعة في قوله يملك منفعة نصيب صاحبه تحقيقا او تنزلا على تقرير صاحب النهاية من ان قياس الخصم على استيجار العبد المشترك على فعل حسي هو عمل الخياطة لا على استيجاره على المنفعة فلا يتم الفرق وان كان مدار الفرق على تحقق ملك المنفعة في استيجار العبد المشترك وكون الملك مما يمكن ايقاعه في الشائع كما يشعر به قوله يملك منفعة نصيب صاحبه بتقدير الملك على المنفعة على عكس ما في النهاية وقوله والملك امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كما في البيع يرد عليه ان ملك المنفعة تحقق فيما نحن فيه ايضا لان عقد الاجارة تمليك المنافع بعوض فعلى كل فسخ من فسوخ الاجارة يملك المستاجر البقية المنفعة التي وقع عليها العقد فينبغي ان يجوز ما نحن فيه ايضا باعتبار ايقاع ذلك المنفعة في الشائع لا يقال لم تتحقق تلك المنفعة فيما نحن فيه لبطلان الاجارة فيه بخلاف المقيس عليه لانا نقول لبطلان الاجارة فيما نحن فيه اول المسئلة وقد خالف فيها الشافعي ويستدل على جواز الاجارة فيه ايضا بوجوه منها قياسه على استيجار العبد المشترك للخياطة فبنى الفرق بينهما على بطلان الاجارة فيما نحن فيه مصادرة على المطلوب وقال صاحب غاية البيان قوله وبخلاف العبد جواب عما قاس عليه فيما اذا استاجر عبدا مشتركا ليخيط له الثياب يعني ان المستاجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك امر حكمي فيمكن اثباته حكما وان لم يكن حسا بخلاف المتنازع فيه لانه امر حسي لا يتصور في الشائع لعدم الامتياز حسا انتهى اقول مضمونه موافق لما في العناية فهو فيه ما فيه فتامل في التوجيه قوله فان زرعا ومضى الاجل فلا مسمى قال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام فان زرعا بعد ما فسد العقد للجهالة يتعين ذلك الزرع معقودا عليه وينقلب العقد الى الجواز ويجب اجر المسمى اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد انتهى كلامه اقول لا معنى لقوله اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد فان ما ذكر من انقلاب العقد الى الجواز ووجوب اجر المسمى انما يتصور اذا كان زرعا قبل نقض القاضي واما اذا لم يكن ذلك قبل نقضه العقد بل كان بعد ذلك فلا مجال للانقلاب الى الجواز لان المنقوض لا يعود الا بالتجديد لا محالة والصواب ان يقال اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد وان يقال اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد ولعل نقضه قبل في قوله قبل نقض القاضي وقعت سهوا من الناسخ الاول بدل نقضه بعد ويدل عليه قوله فيما بعد وان زرعا بعد نقض القاضي لا يعيد جائزا قوله وجه الاستحسان ان الاجارة انعقدت

قبل تمام العقد فينقلب جائزا قال صاحب العناية في حل قوله قبل تمام العقد نقض الحاكم وتبعه الشارح العيني اقول لا يخفى على الفطن ان جعل العقد تاما بنقض الحاكم حالا يقبله الفطرة السليمة فان العقد نفسخ من الاصل بنقض الحاكم اياه فكيف يصح ان يتم به وتمام الشيء من آثار بقائه وانقضائه واحق ان المراد بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد على ما هو الشائع من حذف المضاف ويدل عليه قوله في وضع المسئلة فان زرعا ومضى الاجل ويرشد اليه قول صاحب الكافي في تعليل ولنا ان المعقود عليه صار معلوما قبل مضي الاجل فيرتفع الفساد انتهى وقال في النهاية ومعراج الدراية

باب ضمان الاجير

قال الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار لان المعقود عليه اذا كان محمولا لا تتعين الا بتعيينها صونا عن الاضرار باحدهما ولا ينفرد احدهما بالتعيين لما ان العقد قام بهما فكذا تعيين المعقود عليه ينبغي ان يقوم بهما ثم الاستحقاق تعيين من جهتهما فلا يصح ذلك وهذا الاشكال هو الذي قاله صاحب الفوائد بقوله وفي هذا التعليل اشكال هائل ثم قال قلنا الاصل اجارة العقد عند انتفاء المانع لان عقود الانسان تصح بقدر الامكان والمانع الذي هو العقد باعتبار توقع المنازعة منهما في تعيين المعقود عليه وقد انتفيا احد النوعين من المنافع بدون هذا التوقع فيجوز هذا العقد انتهى ما في النهاية ومعراج الدراية اقول في الجواب بحث لان توقع المنازعة منهما انما يزول عند انتفاء احد النوعين من المنافع اذا لم ينفرد احدهما باستيفاء ذلك واما اذا انفرد احدهما به فلا يزول ذلك صلا وهذا محل استرواح به فالكلام الفيصل انه ان اعتبر في وضع هذه المسئلة علم رب الارض باستعمال المستاجر في الارض ورضاه به عملا فيها فلا يتجه الاشكال المذكور راسا وان لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزا بمجرد استعمال المستاجر فيها ومضي الاجل سواء علم رب الارض بذلك ورضي به اولا فالاشكال المذكور وارد جدا غير مندفع بالجواب المذكور قطعا

باب ضمان الاجير لما فرغ من ذكر انواع الاجارة صحيحها وفاسدها شرع في بيان الضمان لانه من جملة العوارض التي تترتب على عقد الاجارة فيحتاج الى بيانه كذا في غاية البيان ويقرب منه ما ذكره في معراج الدراية فقال لما ذكر انواع الاجارة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ضمان الاجير انتهى وكل من هذين التقريرين جيد واما صاحب النهاية فقال لما ذكر ابواب متعلقة الاجارات صحيحها وفاسدها تاسا قت النوبة الى ذكر احكام بعد عقد الاجارة وهي الضمان فذكر باب هذا الباب انتهى ويقرب منه ما ذكره صاحب العناية حيث قال لما فرغ من بيان انواع الاجارة شرع في بيان احكام بعد الاجارة وهي الضمان انتهى ولا يخفى على ذي فطنة ما في تقريرهما من الركاكة حيث فسر الجمع بالمفرد بقوله احدها وهي الضمان فان ضميره راجع الى الاحكام ولا يجب ان الضمان حكم واحد لا احكام ولما ذاق بعض الفضلاء هذه البشاعة توجه الى توجيه ذلك فقال اطلاق الاحكام على الضمان اما باعتبار كثرة افراده والمراد بهذا الضمان وجود واحد ما انتهى اقول توجيه الثاني ليس بجيد لان الضمان وجد واحد ما ايضا لا يصلح تفسيرا للاحكام فان اقل الجمع على الاصح والضمان باعتبار وجوده واحد ما انما يصير اثنين لا غير ثم ان صاحب معراج الدراية قال والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب اجر واسم الفاعل منه موجر لا موجر منتهى القول فيه اشكال لان قوله واسم الفاعل منه موجر لما مر بري مناقضا لقوله والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر اذ على تقدير ان يكون اسم الفاعل منه موجرا لا موجرا لم يلزم ان يكون الاجير فعيلا بمعنى مفعل لا بمعنى مفاعل فتامل ورد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال قلت هذا غلط لان فعيلا بمعنى فاعل لا يكون الا من الثلاثي وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب اجر يعني به من المزيد بدليل قوله واسم الفاعل منه موجر انتهى كلامه اقول بل الغلط انما هو في كلام نفسه فان فعيلا بمعنى الفاعل كما يكون من الثلاثي يكون من المزيد ايضا وعن هذا قال المحقق الرضي في شرح الكافية وقد جاء فعيل مبالغة مفعل كقوله تعالى عذاب اليم على اي وقال واما فعيل بمعنى الفاعل كالجليس والحسيب فليس للمبالغة فلا يعمل اتفاقا انتهى وقال الامام المطرزي في المغرب واما الاجير فهو مثل الجليس والنديم في انه فعيل بمعنى مفاعل انتهى وهذا كله صريح في خلاف ما زعم فكانه لم يذق شيئا من العربية **قوله** فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار قال صاحب العناية والسوال عن وجه تقديم المشترك على الخاص ودرى انتهى يعني ان السوال عن وجه التقديم يتوجه على تقدير العكس ايضا اي على تقدير تقديم الخاص على المشترك فلا يرجح سوى الا عتناء

قال والمتاع امانة في يده فان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رح ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا يضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع بالاجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر

وقال بعض الفضلاء يعني لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك ايضا لان التقديم كل منهما على الآخر وجها اما المشترك فلانه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه واما الخاص فلانه بمنزلة المفرد من المركب لكن تقديم المشترك هنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتامل فان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه الى هنا كلامه اقول ما ذكره بقوله لكن تقديم المشترك هنا الى آخره ليس بتام اما اولا فلان معنى باب ضمان الاجير اثباتا ونفيا كما اشار اليه نفسه ايضا فيما قيل بقوله او المراد وهي الضمان وجودا وعدما والا اي وان لم يكن معناه ذلك بل كان معناه باب اثبات الضمان لزم ان لا يصح عنوان الباب على قول ابي حنيفة رح اصلا اذ لا ضمان عنده على احد من الاجير المشترك والاجير الخاص وان لا يصح ذلك عندهما ايضا لا في بعض صور من مسائل الاجير المشترك وحده كما ستحيط به خبرا وهذا مما لا ينبغي ان يرتكب فاذا كان معنى عنوان الباب ما يعم اثبات الضمان ونفيه كان نسبته الى المشترك والخاص على السواء ثم فلا يتم قوله وذلك في المشترك واما ثانيا فلان الطرفين اذا كانا متساويين لم يحتج هناك الى وجه يرجح اختيار احد الطرفين بل لم يتصور هناك ذلك وانما يكون ذلك مرجح احد الطرفين هنالك نفس الاختيار لا غير كما اشرنا اليه في تقرير مراد صاحب العناية وقد تقرر في العلوم العقلية ان ترجيح احد المتساويين بالاختيار جائز وان المحال ترجح احدهما من غير مرجح فظهر ان قوله فان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك مما لا يضر بتمام ما ذكره وقوله وكان لا بد منه مما لا صحة له نعم يمكن منع تساوي الطرفين فيما نحن فيه لكنه امر آخر مغاير لما قاله فتدبر وقال صاحب النهاية فان قلت هذا يعني تعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل تعريف يؤول عاقبته الى الدور لان هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك ثم لو كان عارفا بالاجير المشترك لا يحتاج الى هذا التعريف ولو لم يكن عارفا به قيل هذا لا يحصل له تعريف الاجير المشترك لانه يحتاج الى السؤال عمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل بمن هو فلا بد للمعرف ان يقول هو الاجير المشترك وهو عين الدور قلت نعم كذلك الا ان هذا تعريف للخفي بما هو اشهر منه في فهوم المتعلمين او هو تعريف لما لم يذكر فيما قد سبق ذكره لانه ذكر قبل هذا استحقاق الاجير بالعمل بقوله او باستيفاء المعقود عليه في باب الاجير متى يستحق وصار كانه قال وما عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهذا الاجير المشترك الى هنا كلامه اقول في الجواب خلل اما اولا فلان قوله في اول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور وما يستلزم الدور يتعين فساده ولا يمكن اصلاحه فما معنى قوله بعد ذلك الا ان هذا تعريف للخفي الى آخره واما ثانيا فلان كون الاجير المشترك خفيا وما ذكر في التعريف اشهر منه ممنوع كيف ولو كان كذلك لما صح الجواب اذا سئل عمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل بمن هو الاجير المشترك واما ثالثا فلان المذكور في باب الاجير متى يستحق بقوله او باستيفاء المعقود عليه غير مختص بالاجير المشترك بل هو حكم مشترك بين الاجير المشترك والاجير الخاص فانهم صرحوا هناك بسبب استحقاق الاجير مطلقا للاجرة في معان ثلثة هي شرط التعجيل والتعجيل من غير شرط استيفاء المعقود عليه ولو كان هذا المعنى الثالث مختصا بالاجير المشترك لزم ان لا يستحق الاجير الخاص الاجرة اصلا فيما اذا لم يشترط التعجيل ولم يعجل وهو ظاهر البطلان واذا كان المذكور فيما سبق بقوله او باستيفاء المعقود عليه حكما عاما للاجير الخاص ايضا فكيف يصح ان يقال في توجيه معنى تعريف الاجير المشترك ههنا بما ذكر فصار كانه قال وما عرفته ان الاجير الذي لا يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك ثم ان صاحب العناية ذكر خلاصة السؤال والجواب المذكورين في النهاية بعبارة اخرى حيث قال قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل ايضا تعريف دوري لانه لا يعلم من يستحقها قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور واجيب بانه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجر يستحق الاجرة بالعمل فلم يتوقف معرفته على معرفة المعرف انتهى اقول اصلح الجواب في الجملة كما ترى ولكن فيه ايضا خلل لانه ان اراد بما علم مما سبق في ذلك الباب

النهاية

فقال ما تلف بعمله كخرق الثوب من دقه ودق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد بالمكاري الحمل وعرقبة دابته من مقدم ظهر فقال زفر رحمه الله لا ضمان عليه لانه امين بالفعل مطلقا فيتقيد بنوعيه للسبب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار

ما ذكر هناك بقوله او استيفاء المعقود عليه كما صرح به في النهاية يرد عليه ما ذكرناه فيما مر آنفا من ان ذلك حكم عام للاجير الخاص ايضا فكيف يتم تعريف الاجير المشترك بذلك وان اراد به ما ذكر هناك بقوله وليس للقصار والخياط ان يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل كما يشعر به قوله في تقرير هذا الجواب قد علم مما سبق ان بعض الاجير يستحق الاجرة بالعمل حيث زاد قيد البعض يتجه عليه ان المعلوم من ذلك حكم مادة مخصوصة فكيف يحصل بذلك معرفة مطلق من لا يستحق الاجرة حتى يعمل حتى يصلح تعريفا لمطلق الاجير المشترك فتامل وقال بعض الفضلاء وانت خبير بان قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل او اثره متكفل لدفع هذا السوال فانه يعلم به تعريف من لا يستحق الاجرة حتى يعمل بمن يستوجر على العمل او اثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة انتهى كلامه اقول ليس هذا بشيء لان تعريف الاجير المشترك بمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل مما اختاره القدوري وذكره في مختصره ولم يذكر معه شيئا آخر يحصل به معرفة من لا يستحقها حتى يعمل والمصنف ايضا ذكره ومده في البداية وانما اراد عليه التعليل المذكور في الهداية والسوال المذكور انما يتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير ان يذكر معه ما يفيد معرفته وزيادة المصنف شيئا يفيد معرفته كيف يصلح كلام من لم يزنه ومات قبل ولادة المصنف بسنين كثيرة فاذا لم يذكر معه شيء يحصل معرفتها ان تحمل معرفة الاجير المشترك الذي هو المعرف على معرفة الاجير المشترك الذي هو المعرف فيلزم الدور ولا يحتاج اليها بل حصلت بما هو معلوم ومعهود فيما سبق فلا يرد في الجواب عن الحوالة عليه فلم تتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة نعم تمام الحوالة غير سلم عندنا كما قررنا فيما قبل ولكنه كلام آخر ثم قال في ذلك البعض من الفضلاء ما هو قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل منقوض بالاجير المشترك اذا عجل له الاجر او شرط التعجيل فيحتاج الى نوع عناية كان يقال لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه اجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجة انتهى اقول انما يتوهم الانتقاض بذلك ويحتاج الى نوع عناية في دفعه لو كان معنى قوله المذكور المشترك من لا يستحق الاجرة قبل ان يعمل وامااذا كان معناه المشترك من لا يستحقها بدل العمل اصلا كما يستحقها الاجير الخاص تسليم نفسه في المدة وان لم يعمل اصلا على ما سيجيء فلا انتقاض بذلك اصلا لان الاجير المشترك اذا لم يقع منه العمل اصلا لا يستحق الاجرة حتى لو كان اخذ بالطريق التعجيل يلزمه رد ما على المستاجر وكان الامام الزيلعي تدارك هذا المعنى حيث قال في شرح قول صاحب الكنز ولا يستحق الاجر حتى يعمل يعني الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الا اذا عمل انتهى فتبصر ثم ان صاحب العناية قال وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز ان يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح لكن قوله لان المعقود عليه بناء في ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وقال وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل كان العمل للعامة لان منافعه لم تستحق لواحد بيان لمناسبة التسمية وكانه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل سمي بالاجير المشترك لان المعقود عليه الى آخره ويؤيده قوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء وعندي انه قوله لان المعقود عليه الى آخره تعليل للحكم يعني استفادوا من التعريف بان لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استوجر على العمل قبله يلزم المساواة فهذا هو مراد المصنف الا ان المصرح على ذلك التعليل قوله فكان له ان يعمل للعامة لبيان المناسبة فليتامل الى هنا كلامه اقول مدار استخراج ذلك البعض ورائه في هذا المقام على ان يكون عبارة المصنف هنا لان المعقود عليه انما هو العمل او اثره وكان لان يعمل للعامة وليست كذلك بل عبارته هنا لان المعقود عليه اذا كان العمل او اثره ويمكن ان يقال ان قوله لان يعمل للعامة بدل من قوله كان له ان يعمل للعامة بدل كل مستقل بل هو جزء الشرط المذكور فيما قبله ومجموع الشرط والجزاء في التعليل غير مستحق لبيان مناسبة التسمية فالحق ما ذكرناه وان كانت عبارة المصنف ما ذكر فذلك لقائل ان يقول ان المعقود عليه انما هو العمل او اثره تعليلا لما ذهب اليه ذلك القائل على ما قررناه

وذكر ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل الصالح لانه هو الذي يصلح ان يكون معقودا عليه حقيقة حتى لو حصل بعمل الغير يجب الاجر فلم يكن للفساد ماذونا فيه بخلاف الامين لانه متبرع فلا يكون تقييده بالمصلح كذلك لانه يمنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فما امكن تقييده كذلك لا جرم اورد على ما ذكره انشاء الله واتضح الدليل من قوله عما يكون صنيعه **قال** الا ان لا يضمن به بفساد صنع كما في السفينة او سقط حمل الدابة وان كان بسوقه

تفريع لمصدر قوله فكان ان يعمل للعامة على ذلك التعليل لا يجوز ذلك التعليل على ما قرره وذلك لان قائل ان تكون قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولا ريب ان هذه القضية كما تتحقق فيما اذا كان الاجير مشتركا تتحقق فيما اذا كان الاجير خاصا ايضا فصح تفريع قوله فكان له ان يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز ان يعمل الاجير الخاص ايضا للعامة وليس كذلك قطعا **قوله** قلنا ان الداخل تحت الاذن هو الداخل تحت العقد وهو عمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حتى لو عمل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا فيما قال في تعليل كون الداخل تحت العقد هو عمل المصلح بما ذكره المصنف قصور لان كون عمل وسيلة الى الاثر انما يتصور في سورة تحريق الثوب مثلا من صور مسئلتنا هذه دون الصور الثلث الباقية منها او قد يقرر في او اخر باب الاجير متى يستحق ان كل صانع لعمله اثر في عين كالقصار والصباغ فلان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع وكل صانع ليس لعمله اثر في عين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو عين قائم في عين فلا يتصور بعد انتهائه فقد تخلص منه ان العمل على نوعين نوع له اثر في عين كعمل الصباغ والقصار ونوع ليس له اثر في عين كعمل الحمال والملاح لان المعقود عليه في النوع الاول هو الاثر وهو الوصف القائم في الثوب والمعقود عليه في النوع الثاني نفس العمل لا غير لانك قد علمت ان كلا من الثلاث فيما نحن فيه من مسائل الحمال والملاح واذا لم يكن لعمل الصانع فيها اثر في عين فكيف يتصور ان يكون عمله وسيلة الى الاثر وكيف يصح ان يقال فيها الاثر هو المعقود عليه حقيقة وقد صرح فيما مر بان المعقود عليه هناك نفس العمل وكذا قوله حتى لو حصل لفعل الغير يجب الاجر لتعين استقامة على اطلاقه او قيد به ايضا في الباب المرقوم انه اذا اشترط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه نعم اذا اطلق العمل فله ان يستأجر من يعمله كما مر هناك ايضا فكان الدليل خاصا والمدعى عاما والاولى في التعليل هنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو عمل المصلح لان الاذن انما ثبت ضمنا للعقد والعقد انعقد على التسليم لان مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن المبيع كما مر في البيوع فاذا ثبت ان المعقود عليه العمل التسليم ثبت ان المفسد غير معقود عليه فلا يكون ماذونا فيه كما لو وصف نوعا من الدقيق فجاء بنوع آخر انتهى **قوله** بخلاف الامين لانه متبرع فلا يكون تقييده بالمصلح لانه يمنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده قال صاحب العناية والملتزم ان يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له انتهى وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال الحكم مدار على دليله وان كانت الحكمة خص كما سبق نظيره في الايمان فقوله لانه يمتنع عن التبرع بيان لحكمة عدم التضمين انتهى اقول هذا لا يجدي شيئا لان صاحب العناية لم يف لزوم الامتناع عن التبرع في صورة حصول المضرة بالغير من تبرع له بل اراد منع بطلان ذلك اللازم بناء على التزام جواز ذلك دفعا للضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة ههنا لحديث جواز كون الحكمة خص على ان صاحب العناية ان يقول لا يصلح قوله لانه يمتنع عن التبرع بيانا لحكمة عدم التضمين ايضا فانه اذا جاز التزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم تكن حكمة عدم التضمين بل كان ظاهرا حينئذ هو التضمين كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية وانما علل بالتبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة فكان سلم انتهى اقول ولقائل ان يقول ههنا ايضا كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر الى من تبرع له لا يقتضي جواز ذلك اذا تضمن ضمان الغير من تبرع له الا يرى انه اذا غاد احد ملكا لآخر وتبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك انه يلزمه الضمان فلم لا يلزمه الضمان اذا عمل في ملك انسان بغير اذنه وتبرع بالعمل للاجير فتلف بعمله ملك المستأجر فليتأمل **قوله** وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه هذا جواب عما يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فاجاب بانه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول لم لا يكفل على هذا ما مر من ان الاجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة فانه

باب الاجارة على احد الشرطين

يجوز ان يقال هنا ايضا ان الهلاك من قبله اتجاه حيث لم يتمكن الاستاذ عنه فكان من ضمنه فينبغي ان يضمن بالاتفاق ثم اقول يمكن الفرق بان التقصير هناك في امر هو مستحق عليه تجاه المقصود اكمامر فلا عبرة له واما هنا فالتقصير في نفس العمل الذي هو مستحق عليه مقصودا فلا عبرة له حكم **قوله** لان الواجب ضمان الادمي وانه لا يجب بالتسبيب وانما يجب بالجناية قال في الكفاية لا يقال ان ضمان بني آدم يجب بالتسبيب قد وجد لان المسبب انما يضمن اذا تعدى وكلامنا فيما اذا لم يوجد التعدي انتهى اقول فيه بحث وهو انه كيف يكون كلامنا فيما اذا لم يوجد التعدي وقد وجب على الاجير المشترك في مسئلتنا هذه ضمان المتاع الهالك بعلة عندنا وعندهما التعدي ولو لا التعدي لما ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله فان الاصل عنده ان المتاع امانة في يد الاجير ان هلك لم يضمن شيئا كما مر وجد التعدي فيجب ان يتحقق الخلاف فيه فهم من الدليل المذكور من قبل انهما هو مخالفة الاجير لاذن المستاجر حيث اتى بعمل مفسد مع ان الداخل تحت اذنه انما هو العمل المصلح وسيجيء من المصنف التصريح بوقوع التعدي في المسئلة الآتية وهي نظير ما نحن فيه في الاحكام **قوله** وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان لانه ذكر في مسئلة القدوري عدم التجاوز عن الموضع المعاوم حتى انه اذا تجاوز يجب الضمان وذكر في مسئلة الجامع الصغير الاجود وجماعة العيد بامر المولى حتى انه اذا لم يكن بامره يجب الضمان فيجعل المذكور في احدهما مذكورا في الاخر كذا في النهاية ومعراج الدراية واحسن من ذلك في البيان عبارة الكفاية فانه قال فيها لان رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فعملنا بما نطق به رواية المختصر بيانا لما سكت عنه رواية الجامع الصغير وعملنا بما نطق به رواية الجامع الصغير بيانا لما سكت عنه رواية المختصر فيتبين باجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم احدهما او كلاهما يجب الضمان انتهى واما صاحب العناية فقال وكل منهما يشتمل على نوع من البيان اما في القدوري فانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد وفيد انه ان تجاوز ضمن واما في الجامع الصغير فلانه بين الاجرة وكون الجماعة بامر المولى والهلاك وفيد انها اذا لم تكن بامره ضمن انتهى كلامه اقول في بيانه خلل فانه جعل الهلاك ايضا من البيان الذي في عبارة الجامع الصغير وليس بسديد اذ لا شك ان مراد المصنف بقوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ان في كل واحد منهما نوعا من البيان مخصوصا بالهلاك مذكورا في كل واحد منهما غير مخصوص باحدهما فانه قال في مختصر القدوري فيما عطف من ذلك وقال في الجامع الصغير فتفقت وفي كل واحد منهما معنى الهلاك بل ما في مختصر القدوري صرح في ذلك بما في الجامع الصغير فان اهل اللغة فسروا عطب بهلك ونفق بمات **قوله** والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل قال صاحب العناية وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله هنا انتهى اقول لا يذهب على فطن ان مثل الجواب المذكور هناك عن الايراد على تعريف الاجير المشترك بانه تعريف دور لا يتمشى هنا فيطرق ذلك باد فتوجه قدحه فكان صاحب النهاية تدارك هذا حيث قال وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة انتهى ولم يتعرض للجواب لكن في تحريره ايضا كما تقدم تعريف الاجير المشترك للتعريف الاجير الخاص وما ورد فيه فما معنى قوله وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة اللهم الا ان يصار الى حذف المضاف فيكون التقدير قد ذكرنا مسئلته وما ورد فيه من الشبهة **قوله** لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة اموال الناس فانه يقبل اعمالا كثيرة رغبة في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء الحق فيضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ الا ما يقدر على حفظه كذا في العناية انتهى من الكافي قال بعض الفضلاء فيه بحث فان حكمهما بالضمان انما تشاءم الدليلين المذكورين في الكتاب ما ذكر هنا يدل على ان ذلك لسكان يقصر الآخراني الخ ظ انتهى اقول هذا البحث ساقط جدا اذ الظاهر ان ما ذكر هنا حكمة تحكمهما بضمان الاجير المشترك وما ذكر فيما في الكتاب من الدليلين انما هو دليل حكمهما بذلك فلا ينافي ذكر هنا الصيانة على انه لو كان ما ذكر هنا ايضا دليلا لا حكم لم يلزم منه رفع ذلك اذ لا تنافي بين ما ذكر هنا وما ذكر فيما

ولا تعارض فلا مانع من كون هذا وذاك معا دليلا على الحكم

باب الاجارة على احد الشرطين لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على احد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين

تسليم المبيع من شرط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يقتضيه ذلك لان الاجر عما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة المفضية الى النزاع وهذا لا يرتفع لما ذكرنا ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة رح لانه جعل له بدرهم ونصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد رح الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياط شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للتاخير فيه اجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق ولا تجتمع في كل يوم تسميتان ولا تاجيل والتاخير مقصودان فينزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة رح ان ذكر الغد للتعليق حقيقة

قوله حيث انه لا يمنع من شرط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك الى قوله فيتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع بالمنازعة الا باثبات الخيار الشكل صاحب التسهيل وغيره حيث قال قول الجهالة التي في طرف الاجرة ترتفع كما ذكره واما الجهالة التي في طرف المعين للاستاجرة في نحو قوله اجرتك هذه الدار سنة بمائة او هذه الدار عشرة فشهر بمائة وهو تقف الى النزاع في تسليم المعين فان المستاجر يريد هذا والموجر يدفع الآخر فيتحقق النزاع فينبغي ان لا يصح بدون شرط الخيار للتعيين انتهى كلامه واجاب عنه بعض العلماء حيث قال بعد ذكر ذلك استشكال في محله ان يكون من عين نفسه ويمكن الجواب بان يقال ان الثمن يجب بالبيع بمجرد العقد فلا ترتفع الجهالة المفضية الى النزاع حين يجب الثمن الا باثبات الخيار والاجرة في باب الاجارة لا تجب بمجرد العقد بل بالعمل عند وجود العمل ترتفع الجهالة لامحالة فلا حاجة الى اثبات الخيار الى هنا كلامه اقول ليس في الجواب الذي ليس فيه شيء زائد على ما ذكره وفي الفرق هنا والاشكال المذكور انما يتجه بعد ذلك فان الجهالة التي في طرف المعين للاستاجرة تفضي الى النزاع في تسليم المعين فلا يتحقق الجهالة المفضية الى النزاع في الاجرة الا اذا عمل في نحو ثوب اما اذا لم يعمل بعد تحقق تسليم المعين للاستاجرة وتسلمها وعند النزاع لا يتحقق ذلك فلا يفيد القول بان الجهالة ترتفع عند وجود العمل كما لا يخفى فليتامل في رفع اصل الاشكال **قوله** وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للتاخير فيه فيجتمع في كل يوم تسميتان بيان ذلك ان ذكر اليوم للتعجيل للاتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بان قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للاتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بان قال خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا اذ ليس للعقد او الشرط اثر في تغيير ذلك فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان لعقد المضاف الى غد ثابتا باليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غد واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد بدلين على سبيل البدل فصار كانه قال خطه بدرهم او نصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا وذلك يفضي الى النزاع كذا في الشروح والكافي قال صاحب العناية بعد ذلك لبيان ما في الجواب بان الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر للزومه عند العمل كما تقدم انتهى اقول فيه نظر لان زوال الجهالة بوقوع العمل انما يتصور اذا لم يجتمع في كل يوم تسميتان ومدار دليل زفر على اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فحينئذ لا تزول الجهالة فتعالان العمل الشروط امر واحد فلم يقع يلزم ان يكون في مقابلته بدلان على سبيل البدل فالوجه في الجواب عن دليل زفر منع لزوم اجتماع التسميتين في كل يوم كما سبقهم من تقرير دليل سائر الائمة ولهذا لم يتعرض المصنف للجواب عنه صريحا **قوله** ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان قال بعض العلماء بعد نقل دليلهما هذا عن الهداية وفيه كلام وهو ان الامامين جعلا اليوم في مسئلة ان يستاجر ليخيط اليوم كذا بلفظ التعجيل هربا عن بطلان العمل على التوقيت فكيف يلتزمان الامر بالعمل ههنا انتهى اقول هذا الكلام ظاهر الاندفاع لان الامامين انما حملا اليوم ههنا على التوقيت ليكون التوقيت حقيقة وعدم تحقق المصارف عنها الى المجاز عندهما كما صرح به في الكافي والشروح وانما جعلا اليوم في مسئلة الخبز للتعجيل لتحقق المصارف عن الحقيقة الى المجاز هناك وهو تصحيح العقد فان الاصل تصحيح تصرف العاقل ما امكن وانما امكن هناك بجعل اليوم للتعجيل فلا منافات بين المقامين على ما لا يخفى على المتامل وقد اتضح مما ذكرنا توجيه قول الامامين في مسئلة الخبز ايضا حيث قال فان قلت قد جعلا ذكر اليوم في مسئلة الخبز للتعجيل فلما لم يجعلا كذلك ههنا قلت ههنا لك حملا على المجاز تصحيحا للعقد وههنا حملا على الحقيقة للتصحيح ايضا ولو عكس الامر في الفصلين يلزم ابطال ما قصد العاقدان من صحة العقد فلا تصحيح تصرف العاقل ما امكن انتهى كلامه **قوله** ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة مراده بتعليق الاضافة اسناد الاضافة حقيقة لان الاجارة لا تقبل التعليق ولكن تقبل الاضافة الى وقت في المستقبل فيكون مراده كذا ذكره صاحب النهاية وغيره وقال في بعض النسخ ذكر الغد للاضافة وقال صاحب العناية بعد تفسير التعليق ههنا بالاضافة وفيه ما فيه ان قيل عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى النصف في الغد لتسمية جديدة لان تسمية الاولى باقية وانما هو بحط النصف الآخر بالتاخير فيكون معناه ذكر الغد تعليق الحط

ولا یکون جعل الیوم علی التاخیر لان فیہ فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا کان کذلک یجتمع فی العقد تسمیتان دون الیوم فیصح الاول ویجب المسمی ویفسد الثانی ویجب اجر المثل لاجاورہ بصحیح ہو مطلوبہ فی الیوم الثانی

وہو یقبل التاخیر الی ہنا کلامہ اقول فیہ بحث اذ لو لم یکن للنصف فی العقد تسمیۃ جدیدۃ بل کان ذکرہ العقد بمجرد تعلیق حط النصف الاخر بالتاخیر لما صح قول ابی حنیفۃ رحمہ اللہ تعالی یجتمع فی العقد تسمیتان دون الیوم فیصح الاول الخ اذ علی ذلک التقدیر لا یکون فی العقد الا تسمیۃ واحدۃ ہی التسمیۃ الاولی ولکن یحط نصف المسمی بالتاخیر فیجوز ذلک المعنی ہنا افساد لدلیل ابی حنیفۃ رح بل لم یجر ہذا ایضا فانہ انما اختار ما ذکرہ صاحب غایۃ البیان فانہ قال فی شرح قول القدوری وذکر العقد للتعلیق اثنا التقریر دلیل الامامین المراد من تعلیل الاضافۃ لان تعلیق الاجارۃ لا یجوز وقال او نقول المراد بہ تعلیق حط النصف بالتاخیر الی الغد وذلک جائز لا تعلیق الاجارۃ انتہی ولکن لا یخفی علی المنصف ان تجویز ذلک المعنی اثنا تقریر دلیل الامامین لا یستلزم مخالفۃ ابی حنیفۃ رح فانہما یقولان لا یجتمع فی کل یوم تسمیتان فلا ینافیہ تجویز ذلک بخلاف قول ابی حنیفۃ کما عرفت **قولہ** ولا یحمل جعل الیوم علی التاخیر لان فیہ فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل فانا اذا نظرنا الی ذکر العمل کان الاجیر مشترکا واذا نظرنا الی ذکر الیوم کان اجیر وحد وہما متنافیان فتنافیا فان ذکر العمل یوجب عدم وجوب الاجرۃ ما لم یعمل وذکر الوقت یوجب وجوبہا عند تسلیم النفس فی المدۃ وتنافی اللوازم یدل علی تنافی الملزومات ولذلک عدلنا عن الحقیقۃ التی ہی الثانیۃ علی المجاز الذی ہو التعجیل کما فی العنایۃ وغیرہا اقول لشکل ہذا بمسئلۃ الراعی فانہ یجتمع فیہا ذکر العمل والوقت وتصح الاجارۃ بالاتفاق ولا یحمل الوقت علی غیر معناہ الحقیقی فی قول احد بل یعتبر الاجیر اجیر اشتراک ان وقع ذکر العمل اولا واجیر وحد ان وقع ذکر المدۃ اولا وصرح بذلک فی عامۃ المعتبرات کما فی الذخیرۃ والمحیط البرہانی قال صاحب الکافی وفی المسئلۃ اشکال ہائل علی قول ابی حنیفۃ رحمہ اللہ فانہ جعل ذکر الیوم للتعجیل ہنا حتی اجاز العقد فی مسئلۃ الخاتم جعل ذکر الیوم للتوقیت فاسد العقد علی ما سبق تقریرہ والجواب ان ذکر الیوم حقیقۃ للتوقیت فیحمل علیہ حتی یقوم الدلیل علی المجاز وہنا قام الدلیل علی المجاز وہو نقصان الاجر بسبب التاخیر فعدلنا عن الحقیقۃ وصرنا الی المجاز بہذا الدلیل ولم نقم مثل ہذا الدلیل ثمہ وکان التوقیت مراد انتہی قلت وقد اجاب عنہ مولانا تاج الشریعۃ سوالا وجوابا ناخصہما صاحب العنایۃ فقال بعد ذکر ذلک الاشکال والجواب ورد بان الدلیل المجاز قائم ثمہ وہو تصحیح العقد علی تقدیر التعجیل فیکون مرادا نظرا الی ظاہر الحال والجواب ان الجواز بظاہر الحال انما یصیر دلیلا زائدا علی ذلک لیس بموجود بخلاف ما نحن فیہ فان نقصان الاجر دلیل زائد علی الجواز بظاہر الحال انتہی اقول الاشکال الجواب المذکور عن ذلک الاشکال بمسئلۃ اخری مذکورۃ فی المحیط البرہانی وہو ما قال فیہ ولو قال ان خطتہ الیوم فلک درہم وان خطتہ غدا فلا اجر لک قال محمد فی الاصل ان خاطہ فی الیوم الاول فلہ درہم وان خاطہ فی الیوم الثانی فلہ اجر مثلہ لا یزاد علی درہم فی قولہم جمیعا لان الاستقلال الاجر فی الیوم الثانی لا ینفی وجوبہ فی الیوم الاول ونفی التسمیۃ فی الیوم الثانی لا ینفی اصل العقد فکان فی الیوم الثانی عقد الا تسمیۃ فیہ فیجب اجر المثل انتہی لفظ المحیط قال ابو حنیفۃ رحمہ اللہ لم یفسد العقد فی الیوم الاول فی باتیک کما انہ فسد فی حالۃ الافراد مع انہ لم یقم فیہا دلیل علی المجاز کما قام دلیل علیہ فیما نحن فیہ اذ الشک انما ہو ان خطتہ غدا فلا اجر لک لا یکون دلیلا علی عدم العقد اصلا کان ذکر الیوم حقیقۃ فی التوقیت بل یکون دلیلا علی ارادۃ حقیقۃ ذلک فلو لم یکن مرادہ التوقیت لما یفی الاجر بالکلیۃ فی الغد واذا کان التوقیت مرادا عند ذکر الیوم فی تلک الصورۃ تشکل الفرق بینہما وبین مسئلۃ الخاتم جدا علی قول ابی حنیفۃ فلیتامل واستشکل الجواب المذکور بعض الفضلاء بوجہ اخر حیث قال ولا یرد لابی حنیفۃ رح من بیان دلیل المجاز فیما اذا قبل خطہ الیوم بدرہم حیث حمل ذکر الیوم علی التعجیل مع قیام الدلیل علی خلافہ ویجوز ان یقال الدلیل علیہ صیغۃ الامر فانہ تدل علی کون الخیاطۃ مطلوبۃ فلا یکون ذکر الیوم للتوقیت قال فیہ تامل انتہی اقول لا یتوجہ ہذا الاشکال اساسا اولا نسلم ان ابا حنیفۃ رح حمل ذکر الیوم علی التعجیل فی الصورۃ المذکورۃ بل الظاہر انہ علی اصلہ ہناک ایضا من ان الجمع بین ذکر الوقت وذکر العمل مفسد للعقد حالۃ الافراد وانی تتبعت عامۃ المعتبرات ولم اجد فی شیء منہا ما یدل علی صحۃ العقد فی الصورۃ المذکورۃ عند ابی حنیفۃ رحمہ اللہ

وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لم تصح في اليوم الثاني فيجب اتباع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان
فيجب خمسة ايام والموجب الثالث لا يجاوز نصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح الا بالتقدير لان الزيادة على ما بعد الغد اول ما وجد فيها ان سكن
فعلى الاقل عند ابي يوسف ومحمد وان لم يسكن فعلى الاكثر عند ابي حنيفة رحمه الله وقال زفر في الوجهين جميعا على الاقل لان الاجارة فاسدة والزيادة
في الفاسد لا تكون الا على الاقل وهما يقولان ان الزيادة في الفاسد تكون على الاكثر كما في الصحيح وهذا لان الزيادة تابعة للاصل فتأخذ حكمه وهو
في معنى الصحيح ولابي حنيفة رحمه الله ان الزيادة في الفاسد لا تكون الا على الاقل لان الاكثر لا يكون تابعا للاقل وهو في معنى الصحيح من وجه
بالعمل وصار كما اذا وقع الجهالة اما في صلب العقد كما اذا تسمى له درهما او في الخرج وهو اصل عندهما ولابي حنيفة رحمه الله ان بين عقدين
مختلفين نسبة كما في مسئلة الرومية والفارسية وهما لان حكما ينفسه يخالف حكم الآخر الا ترى انه لا يدخل في مطلق العقد وكذا
ان اختلفا قدرا والاجارة تنعقد للانتفاع وعند ابي يوسف ترتفع الجهالة وفي اشتراط الى الايجاب بحرف التسليم يجب اقل الاجرين المسمى

باب اجارة العبد

بل وجدت في بعض نسخ الصحيح بعدم صحة العقد في تلك الصورة فان الامام الزاهدي قال في شرح مختصر القدوري نقلا عن شرح الاقطع لو قال
خط هذا الثوب اليوم ولك درهم لم يصح لجهالة المعقود عليه انه المدة او العمل انتهى نعم قد قيل في الكافي وكثير من الشروح في اثنا بيان دليل
زفر رحمه الله في المسئلة التي نحن بصددها قوله ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت ولهذا لو افرد العقد في اليوم بان قال خط اليوم بدرهم كان
للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا انتهى لكن الظاهر ان ذلك القياس المذكور فيه دليل زفر رحمه الله انما ينتهض حجة الامام
فانهما يقولان التعجيل حالة الافراد على ابي حنيفة رحمه الله فتدبر **قوله** وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم لان التسمية الاولى لما تعذر
التسمية الثانية فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان اقول فيه نظر اذ قد تقرر في اول باب الاجارة الفاسدة ان التسمية في الاجارة الفاسدة توجب المسمى عندنا
ولا تمنع النقصان اصلا بل يجب اجر المثل وان نقص من المسمى فما معنى ان تعتبر التسمية الثانية ههنا لمنع النقصان وهذا خلاف ما تقرر **قوله** اما في هذه المسائل يجب الاقل
بالتخلية والتسليم فيبقى الجهالة وهذا الحرف هو الدليل عند جماعة صاحب التسهيل يرد على اصلها مسئلة التخيير بين مسافتين مختلفتين فان الاجر يجب بالتسليم
من غير عمل فيلزم ان يفسد عقد الاجارة ثم عند جامع انه جائز عند اصحابنا وفاقا الا عند زفر انتهى كلامه اقول يمكن ان يجاب
عنه بان الاجر وان يجب في الصورة المذكورة بالتسليم لكن يجب بالعمل الا انه لا يجب بمجرد التسليم والتخلية بل لا بد في وجوبه من قطع المسافة
المعينة في ذلك العقد فافهم صرحوا بانه اذا استاجره الى الكوفة فسلمها الموجر له حكما المتاع ببغداد حتى مضت مدة يمكنه السير فيها الى الكوفة فلا اجر عليه
وان سافر معه الى الكوفة فعلم بهذا وجبت الاجرة انتهى ففي مسئلة التخيير بين مسافتين مختلفتين ترتفع الجهالة بقطع مسافة من تلك المسافتين مخالفا
ما نحن فيه على اصلها **قوله** ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين المتيقن به يعني ولو احتيج الى ايجاب الاجير بمجرد التخلية والتسليم بان سلم العين المستاجرة
الى المستاجر ولم ينتفع به قط حتى يعلم المنفعة يجب اقل الاجرين اللذين يسميان في العقد المتيقن به اقول لقائل ان يقول لو جاز ايجاب الاقل في دفع الجهالة
الواقعة في باب الاجارة بناء على كونه متيقنا لصحة الاجارة فيما اذا سمى اجل معين او منفعة معينة اجرين متفاوتين على سبيل البدل كان قائل ان قال هذا الثوب
بدرهم او بنصف درهم او قال اسكن في هذا البيت بدرهم او بنصف درهم يجب اقل الاجرين اللذين سماهما ولم يقل به احد فتامل في الدفع

باب اجارة العبد قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان احكام يتعلق بالحر شرع في بيان احكام تتعلق بالعبد اذ العبد منحط الدرجة عن الحر
فاخطر ذكره عن ذكر الحر لذلك انتهى واقتفى اثره كثير من الشراح في ذكر هذا الوجه وقال صاحب غاية البيان لما كان اجارة الرقيق نوعا من انواع الاجارة
وبالرقيق مسائل خاصة يتعلق به ذكرها في باب على حدة واخر ذكرها لان الجنس مقدم على النوع وقال الامام التمرتاشي في من وجه المناسبة وقيل في بعض الشروح
ان العبد منحط الدرجة عن الحر فاخطر ذكره عن ذكر الحر انتهى فعليه نظر لان صاحب الهداية ذكر قبل هذا استيجار الدور والحوانيت والحمام والدواب
وذكر ههنا استيجار الرقيق لاختصاصه بالمسائل المذكورة في هذا الباب ترجم الباب بباب اجارة العبد كما ترجم في الاصل بباب اجارة الرقيق للاجنبية
وغيرها ظاهر كلام هذا الشارح يفهم منه ان العبد منحط الدرجة عن الحر لانه لا ولاية له اصلا ولا يصح تصرفه في شيء الا باذن المولى وهذا مسلم ولكن
لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ اول الباب باستيجار العبد لانه لم يوجد منه تصرف اصلا في عقد الاجارة لا اصالة ولا نيابة بل هو محل التصرف ومتعلق
عقد الاجارة كالدابة ونحو ذلك فعلم بهذا ان غرض المصنف لم يكن الا تنويع المسائل فتنبه فيما ههنا كلام اقول في الوجه الذي لاح له نظر لان مجرد
كون الجنس مقدما على النوع لا يقتضي تاخير مسائل هذا الباب الى ههنا فان مسائل كثيرة من الابواب السابقة مختصة ايضا بالنوع الاحاطة للجنس الا ترى
ان مسائل باب الاجارة الفاسدة مختصة بالنوع الفاسد من جنس الاجارة وكذا مسائل باب الاجارة على احد الشرطين مختصة بالنوع الذي

باب الاختلاف

قال وإذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط قميصا أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر فقال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب لأن الإذن يستفاد من جهته ألا ترى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله فكذا إذا أنكر صفته لكن يحلف لأنه أنكر شيئا لو أقر به لزمه قال وإذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار إن شاء ضمنه وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله وكذا يخير في مسألة الصبغ إذا حلف إن شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى وقد ذكرنا في الصبغ بمنزلة الغاصب قال وإن قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب لأنه ينكر تقوم عمله إذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال أبو يوسف إن كان الرجل حريفا له أي خليطا له فله الأجر وإلا فلا لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جريا على معتادهما وقال محمد إن كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالأجر فالقول قوله لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة لأنه منكر

بأربعة وشهر الخمسة انتهى كلامه أقول لا اشتباه شيء ولا الجواب أما الاشتباه فلأن التعليل المذكور يستقيم ويتم في تنكير شهر في شهرا بأربعة وشهرا بخمسة ولا يتوقف على شهرين إذ على تقدير تعريف الشهرين يعنيه المتعين مجموع الشهرين من حيث هو مجموع وهذا لا يقتضي أن يتعين الأول منهما بأربعة والثاني بخمسة لاحتمال أن يكون الأمر بالعكس بناء على تنكير كل واحد منهما وإبهامه فلا يتيح إلى الاستدلال على كون الأول منهما بأربعة والثاني بخمسة دون العكس بالتعليل الذي ذكره المصنف ولا غبار عليه أصلا وأما الجواب فلأنه لو كان المذكور في الكتاب قول المستأجر لما صح تنكير شهرا في قوله ومن استأجر عبدا هذين الشهرين بل كان هو الحق بالتعريف هو الشهرين لأن بذلك يعلم أن الذي استأجره هو العبد الذي أجره المؤجر منه على أن كون اللام في قول المستأجر للعهد إنما يتصور فيما إذا كان كلام المؤجر متقدما على كلام المستأجر في العقد وليس له ذلك بلازم فإن أيا من المتعاقدين تكلم أولا يصير كلامه إيجابا فإذا قبل الآخر يتم به العقد فحمل المذكور في الكتاب على قول المستأجر لا يقتضي تعريف الشهرين في هذه المسألة على الإطلاق فيلزم تخصيص مسألة الكتاب ببعض الصورة ولا يخفى ما فيه ثم أقول لعل المصنف إنما عرف الشهرين في تقرير هذه المسألة اتباعا لما وقع في عامة الكتب من تنكير ذلك إشعارا بأن جواب هذه المسألة لا يتغير بتعريف لفظ الشهرين من تنكير ذلك وتعريفه سيان عند تنكير شهرا في شهرا بأربعة وشهرا بخمسة لما بيناه في رد الشبهة الأولى وقال بعض الفضلاء يجوز أن يكون وضع المسألة فيما إذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالتنكير وإنما ذكر المصنف معرفا نظرا إلى تعيينه المالي حيث ينصرف إلى ما يلي العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين

كان نسخ من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف انتهى أقول ليس هذا بشيء أيضا إذ لا يذهب عليك أن قوله شهرا بأربعة وشهرا بخمسة من كلام المستأجر وأنه تفصيل الشهرين ولو لم يكن قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل كان من لفظ المصنف لزم أن يكون المجمل لفظ المصنف والمفصل لفظ المستأجر وهذا محال يقتضيه العاقل ثم أقول بقي هاهنا كلام وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسألة غير مختص بصورة أن يكون الأجير عبدا بل هو متمش في صورة أن كان حرا أيضا لعين الدليل المذكور في الكتاب فوجه ذكر هذه المسألة في باب إجارة العبد غير واضح فإن المناسب أن يذكر فيه ما له اختصاص بالعبد من الأحكام وإلا فكثير من الأحكام المذكورة في الأبواب السابقة مشتركة بين الحر والعبد ولا يقال إن كون الأجير عبدا أكثر من كونه حرا فبني الأمر على الأكثر إذ لا نسلم أن ذلك أكثر بل الظاهر أن كون الأجير حرا أكثر لاستقلاله وكثرة احتياجه إلى الأجرة لإنفاق نفسه وعياله وأيضا لو كان بناء الأمر على ذلك لذكر سائر مسائل الأجير أيضا في هذا الباب

باب الاختلاف في الإجارة لما فرغ من بيان أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الأصل ذكر في هذا الباب أحكام اختلافهما وهو الفرع إذ الاختلاف إنما يكون بعارض **قوله** وإذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار إلخ يعني به ما مر من قبل باب الإجارة الفاسدة في مسألة ومن دفع إلى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء كذا في الشروح واعترض بأن المتعاقدين كانا هناك متفقين على أن المأمور به خياطة القميص والأجير خالف فخاطه قباء وهاهنا قد اختلفا في أصل المأمور به فعند اختلاف المسألتين كيف يتحد الجواب وأجيب بأنه اختلفت صورتا المسألتين ابتداء ولكن اتحدتا انتهاء لأنه ذكر هذا الحكم هاهنا بعد حلف صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فظهر حينئذ خلاف الأجير اعتبارا فكانتا في الحكم في الانتهاء سواء هذا خلاصة ما في النهاية والعناية وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن هذا الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ولك أن تقول إذا كان الحكم ذلك إذا اتفقا فبالطريق الأولى إذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس انتهى أقول ليس ذاك بسديد لأنهما إذا اتفقا على مخالفة المأمور به كان التعدي مقررا عندهما فيجب الضمان قطعا وأما إذا اختلفا في المخالفة فلا تعدي على زعم الأجير فنفي وجوب الضمان عليه من غير

والجواب عن استدلالهم ما ذكره الظاهر ان غير واحد منهم هو قائل بالاستحقاق والله اعلم

باب فسخ الاجارة

قال من استاجر دارا فوجد بها عيبا فله ان يفسخ قالوا انما يفسخ لان المعقود عليه لم يسلم والتاخير لحدوث عيب فيما اشتراه كان له الفسخ فوجب الضرار كذا في الهداية ثم المستاجر يستوفي المنفعة فقد رضي بالعيب قوله كما لو اشترى طعاما فاكل البعض ثم وجد بالباقي عيبا ليس له الرد قال واذا حدث بالدار انهدام بعد ما سكنها شهرا او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى فالمستاجر بالخيار ان شاء فسخ الاجارة وان شاء مضى على الاجارة وليس عليه من الاجر شيء وهذا استحسان والقياس ان عليه اجر ما سكن لان المنافع قد تلفت في يده وهو ما اشبه انهدام الدار قبل القبض ووجه الاستحسان ان المعقود عليه لم يسلم له لان المنافع لا تستوفى الا بالاجزاء والاجزاء تحدث شيئا فشيئا فكان المعقود عليه حادثا قبل القبض فوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر يستوفي المنفعة فقد رضي بالعيب في حق المنافع الحادثة قبل القبض كما في البيع وما تلف قبل القبض فهو من مال المؤجر لان المعقود عليه لم يسلم له قوله بخلاف ما اذا هلك بعض الدار قبل القبض حيث لا يتخير لان المعقود عليه هناك لم يفت شيء منه وانما فات ما هو شائع في المعقود عليه وهو ما اشبه ما لو اشترى نصف عبد فهلك نصفه قبل القبض فان للمشتري ان يأخذ النصف الباقي بحصته من الثمن ولا خيار له قال واذا انقطع ماء الرحى او الضيعة او انهدم المسناة فالمستاجر بالخيار ان شاء فسخ الاجارة وان شاء مضى على الاجارة ولا شيء عليه من الاجر لما بينا قال واذا انقطع الماء عن الضيعة بعد ما زرعها فالمستاجر بالخيار ان شاء فسخ الاجارة وان شاء مضى على الاجارة وعليه من الاجر بحصته لان الفوات لم يتحقق الا في جزء من المعقود عليه وهو مقدار مدة الانقطاع فصار كما لو استاجر ارضا شهرا فزرعها فمضى الشهر وحصد الزرع وسلمها فارغة فعليه الاجر كله لان المعقود عليه قد سلم له وانما الفوات حدث في ملكه قال واذا استاجر ارضا ليزرعها فزرع غيره فان كان الذي زرع لا يضر بالارض كالحنطة والشعير فعليه المسمى وان كان يضر بالارض فللمؤجر ان يضمنه ما نقصها ويكون الخيار للمستاجر ان شاء اجاز الزرع وان شاء قلعه وعليه المسمى وان كان الزرع لا يضر بالارض الا انه يخالف الزرع المشروط في الاجارة فالمؤجر بالخيار ان شاء اجاز الزرع وان شاء قلعه وعليه المسمى وان كان الزرع يخالف المشروط ويضر بالارض فالمؤجر بالخيار ان شاء قلع الزرع وضمن ما نقص الارض وان شاء اجاز الزرع وعليه المسمى وهذا استحسان والقياس ان يكون له ان يقلع الزرع ويضمن ما نقص الارض لان المعقود عليه لم يسلم له لان المنافع لا تستوفى الا بالاجزاء والاجزاء تحدث شيئا فشيئا فكان المعقود عليه حادثا قبل القبض فوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر يستوفي المنفعة فقد رضي بالعيب في حق المنافع الحادثة قبل القبض كما في البيع وما تلف قبل القبض فهو من مال المؤجر لان المعقود عليه لم يسلم له وما اشبه ما لو اشترى نصف عبد فهلك نصفه قبل القبض فان للمشتري ان يأخذ النصف الباقي بحصته من الثمن ولا خيار له قال واذا انقطع ماء الرحى او الضيعة او انهدم المسناة فالمستاجر بالخيار ان شاء فسخ الاجارة وان شاء مضى على الاجارة وليس عليه من الاجر شيء وهذا استحسان والقياس ان عليه اجر ما سكن لان المنافع قد تلفت في يده وهو ما اشبه انهدام الدار قبل القبض ووجه الاستحسان ان المعقود عليه لم يسلم له لان المنافع لا تستوفى الا بالاجزاء والاجزاء تحدث شيئا فشيئا فكان المعقود عليه حادثا قبل القبض فوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر يستوفي المنفعة فقد رضي بالعيب في حق المنافع الحادثة قبل القبض كما في البيع وما تلف قبل القبض فهو من مال المؤجر لان المعقود عليه لم يسلم له وما اشبه ما لو اشترى نصف عبد فهلك نصفه قبل القبض فان للمشتري ان يأخذ النصف الباقي بحصته من الثمن ولا خيار له قال واذا انقطع ماء الرحى او الضيعة او انهدم المسناة فالمستاجر بالخيار ان شاء فسخ الاجارة وان شاء مضى على الاجارة وليس عليه من الاجر شيء وهذا استحسان والقياس ان عليه اجر ما سكن لان المنافع قد تلفت في يده وهو ما اشبه انهدام الدار قبل القبض ووجه الاستحسان ان المعقود عليه لم يسلم له لان المنافع لا تستوفى الا بالاجزاء والاجزاء تحدث شيئا فشيئا فكان المعقود عليه حادثا قبل القبض فوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر يستوفي المنفعة فقد رضي بالعيب في حق المنافع الحادثة قبل القبض كما في البيع وما تلف قبل القبض فهو من مال المؤجر لان المعقود عليه لم يسلم له وما اشبه ما لو اشترى نصف عبد فهلك نصفه قبل القبض فان للمشتري ان يأخذ النصف الباقي بحصته من الثمن ولا خيار له قال واذا انقطع ماء الرحى او الضيعة او انهدم المسناة فالمستاجر بالخيار ان شاء فسخ الاجارة وان شاء مضى على الاجارة وليس عليه من الاجر شيء وهذا استحسان والقياس ان عليه اجر ما سكن لان المنافع قد تلفت في يده وهو ما اشبه انهدام الدار قبل القبض ووجه الاستحسان ان المعقود عليه لم يسلم له لان المنافع لا تستوفى الا بالاجزاء والاجزاء تحدث شيئا فشيئا فكان المعقود عليه حادثا قبل القبض فوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر يستوفي المنفعة فقد رضي بالعيب في حق المنافع الحادثة قبل القبض كما في البيع وما تلف قبل القبض فهو من مال المؤجر لان المعقود عليه لم يسلم له وما اشبه ما لو اشترى نصف عبد فهلك نصفه قبل القبض فان للمشتري ان يأخذ النصف الباقي بحصته من الثمن ولا خيار له قال واذا انقطع ماء الرحى او الضيعة او انهدم المسناة فالمستاجر بالخيار ان شاء فسخ الاجارة وان شاء مضى على الاجارة وليس عليه من الاجر شيء وهذا استحسان والقياس ان عليه اجر ما سكن لان المنافع قد تلفت في يده وهو ما اشبه انهدام الدار قبل القبض ووجه الاستحسان ان المعقود عليه لم يسلم له لان المنافع لا تستوفى الا بالاجزاء والاجزاء تحدث شيئا فشيئا فكان المعقود عليه حادثا قبل القبض فوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر يستوفي المنفعة فقد رضي بالعيب في حق المنافع الحادثة قبل القبض كما في البيع وما تلف قبل القبض فهو من مال المؤجر لان المعقود عليه لم يسلم له وما اشبه ما لو اشترى نصف عبد فهلك نصفه قبل القبض فان للمشتري ان يأخذ النصف الباقي بحصته من الثمن ولا خيار له

فكيف يصح ان يقال فاذا كان الحكم كذلك اي الضمان اذا انفسخت فبالطريق الاولى اذا اختلفا وانما قلنا فلان مورد الاعتراض هو قول المصنف ومنا من قبل والمفهوم منه هو الاستحقاق في الحكم لا التشبيه في حتى قوله ان التشبيه يقتضي القياس فيما لو فسخ هنا قوله والجواب عن تمسكهم الى آخره بالظاهر بالدفع والحاجة الى الاستحقاق يعني ان الحاجة هنا الى الاستحقاق لا الى الدفع والظاهر انما يكون حجة للدفع دون الاستحقاق قال بعض الفضلاء فرق بين الظاهر والاستصحاب فالاول يصلح للاستحقاق كاخبار الآحاد انتهى اقول المراد بالظاهر هنا ظاهر الحال وكون مثل هذا الظاهر حجة للاستحقاق ممنوع لما اخبار الآحاد فهو دليل هناك من الادلة الظنية بالظنية توجب العمل دون العلم عند الجمهور على ما عرف في الاصول

باب فسخ الاجارة

ذكر باب الفسخ آخرا لان فسخ العقد بعد وجوده اذ العقد لا محالة مناسب كره اخرا قوله اذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه صح لانه لو بقي العقد لتعلق بالمنفعة الملوكة لغير العاقد لتعلقه بالعقد لانه ينتقل بالموت على الوارث وذلك لا يجوز قال في العناية لان الانتقال من الموروث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة الملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال ما يملك الموروث الى الوارث انتهى كلامه قول فيه بحث وهو انه قدم في اول باب الاجر متى يستحق ان الاجرة تملك باحد معان ثلثة ما بشرط التعجيل او التعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه فلو قلنا بالانتقال في العصور الاولين فيما اذا مات المؤجر لم يلزم القول بانتقال ما يملك الموروث الى الوارث لان الموروث قد كان ملك الاجرة في حال حيوته بتعجيل الاجرة او بشرط تعجيلها فالتعجيل الذي ذكره صاحب العناية وان تم في حق المنفعة لم يتم في حق الاجرة والاظهر في تعليل هذه المسئلة ان يقال ان الاجارة بموت كل واحد من المؤجر والمستاجر تنفسخ كما مر قريبا في الكافي بكثير من الشراح وبه صرح في التلخيص من المبسوط حيث قال فيها واما اذا مات احدهما في موت المؤجر فيقول استحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك المؤجر وقد فات ذلك بموته فيبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان قبله الوارث انتقل اليه الوارث المنفعة محدثة على ملك صاحب الرقبة لما ان الاجارة تجدد في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة وليس لولاية الزام العقد في ملك الغير والطريق الآخر في موت المستاجر انه لو بقي العقد بعد موته انما يبقى على ان يخلفه الوارث والمنفعة الموجودة لا تورث الا ان يستعير اذ لا خلافة وارثه في المنفعة وقد بينا ان المستعير لا يملك المنفعة وهذا لان الوراثة خلافة ولا تصور ذلك لانها تبقى وتتعين فيكون ملك المورث في الوقت الاول وخلافة الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حيوة المستاجر لا تبقى للتورث والتي تحدث بعد ما لم تكن مملوكة له لخلافة الوارث فيها فالملك لا يتبين الوجود واذا ثبت انتفاء الارث تعين لبطلان العقد كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه كذا في المبسوط الى هنا لفظ الكافي قوله وقال الشافعي لا يصح لان المستاجر لا يملك رد المعقود عليه بحاله لو كان له الخيار لفوات بعضه ولو كان المؤجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك ضرر الخيار اقول في هذا الدليل الشافعي شيء وهو انه قد تقرر عندهم ان الاجارة على نوعين نوع يرد العقد فيه على العمل كاستيجار رجل على صبغ ثوب وخياطته ونوع يرد العقد فيه على المنفعة كاستيجار الدار للسكنى وارض للزراعة والدليل المزبور لا يتمشى في النوع الاول اصلا لان عدم امكان والمعقود عليه بكماله وعدم امكان تسليمه ايضا على الكمال انما ينشأ من ان تتلف شيء من المعقود عليه يعني مدة الخيار كما نبه عليه في الكافي وشروع في العقد على العمل لا يتلف شيء من المعقود عليه قبل العمل قطعا وكذا لا يتمشى في بعض من النوع الثاني وهو ما لا تتعين المعقود عليه فيه بالمدة قبل تعيين بالتسمية كاستيجار دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما الى موضع كذا ساعة ساعا وانما يتمشى ذلك فيما تتعين المعقود عليه فيه بالمدة من النوع الثاني كاستيجار الدار ونحوه وكان الدليل المزبور قاصرا عن افادة ما ادعاه الشافعي من عدم صحة شرط الخيار في عقد الاجارة مطلقا فليتامل

قوله لنا ان المنافع غير متقومة وهي المعقود عليه فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فينفسخ الخ اقول هذا التعليل انما يتم على القول بان الاجارة تنفسخ بالاعذار من غير قضاء ولا اجماع لاقول صاحبي بل يجوز الاعتياض عنها بالعين فيظهر عدم لزوم الاجارة بالاعذار ويتحقق الفسخ بالتعاقد قبل انقضاء المدة ولم ينقل عن صاحبي الفسخ بذلك لو كانت الاجارة تنفسخ بذلك لنقل لتوفر الهمم على نقل مثله فحيث لم ينقل مثله عن احد من الصحابة وقد نقل عنهم ما هو في ذلك كما مر علم ان القول بعدم الفسخ للعذر وان كان قد اعتبره بعض الكاملين فيما لو اكترى بيتا ليسكنه فسرق متاعه او انقطع قبل قلعه او اكترى دكانا ليعمل فيه فبارت فلا يقاس عليه ما هنا كما لا يخفى على من له ادنى تتبع لكن لما لم يتحقق الاجماع لاقول صاحبي في حق فسخ الاجارة بالاعذار لم يلزم من عدم القول بذلك فان القياس على الاصول المقررة في علم الاصول يكفي في تحقق ذلك في اثبات حكم شرعي وقد يكفي فيما نحن فيه كما اشار اليه المصنف بقوله فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فينفسخ به وبين الجامع بقوله اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الاتجل عذر زائد لا يتسع بالعقد وانما لا يجوز الاستدلال بالقياس لورود نص يدل على خلاف ذلك او انعقد اجماع على خلاف ذلك ولم يقع شيء منهما فيما نحن فيه وكون عقد الاجارة عقد الازما وكثرة حدوث الاعذار في عقود الاجارات مما لا يقتضي اصلا في العمل بالقياس في حكم فسخ عقد الاجارة بالاعذار وكذا ما يجوز ان لا ينقل الفسخ بذلك عن الصحابة لا يقدح في صحة القياس عند تحقق شرائطه والحاصل ان جملة ما تشبث به في ترويج نظره هنا بيت العنكبوت ثم ان ذكره رضي الله عنه ان الاعذار الكاملة معتبرة فانه لم يرد في ذلك الاعذار الناقص ولم ينعقد عليه اجماع ولم ينقل عن الصحابة فيه شيء فالذي بقي فذلك ايضا هو القياس

مسائل منثوره اي مسائل نثرت عن اماكنها وذكرت هنا تلافيا لما فات قوله واذا تعهد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه بالنصف فهو جائز صورة المسئلة اذا كان للخياط او الصباغ دكان معروف وهو جعل مشهور عند الناس له دجابة ولكنه غير حاذق فيقعد في دكانه جالسا حاذقا يتقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على ان ما اصابه من شيء فهو بينهما نصفان فهذا في القياس فاسد لان اسم صاحب الدكان المنفعة والمنفعة لا تصلح راس مال الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل اجيره بالنصف وهو مجهول لان الاجرة اذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة للجهالة وان كان المتقبل هو العامل فهو مستاجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك ايضا مجهول والطحاوي اخذ في هذه المسئلة بالقياس وقال القياس عندي هو الاستحسان وفي الاستحسان يجوز هذه الشركة التقبيل في العمل بان اعانها سواء فيصير راس مال احدهما التقبل وراس مال الآخر العمل وكل واحد منهما يستحق به الاجر فيجوز كذا في النهاية والكفاية وقال صاحب العناية وبه لا استحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لان شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها المتعامل بهما انتهى كلامه وأورد عليه بعض الفضلاء قوله احدهما يتولى القبول من الناس حيث قال فيبحث فان تعيين احدهما يتولى القبول ليس بلازم في شركة التقبل ولعل مراده كونه من جنسها ولا تنافي العبارة مسامحة انتهى اقول هذا قول ابن الهمام وفي قول صاحب العناية واحدهما يتولى القبول للعطف وحمل المعنى على بيان تعيين احدهما يتولى القبول في شركة التقبل وليس شيء من ذلك بمراد بل الواو فيه للحال ان المعنى ان شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما حال كون احدهما يتولى القبول من الناس فيكون ضمان كل منهما بطريق الالزامية كون الضمان عليهما حال ان يتولى احدهما القبول من الناس معا فيصير قوله صاحب العناية هنا بمنزلة قول صاحب الكافي ان تفسير شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما وان كان احدهما يتولى القبول من الناس لصاحبه والآخر يتولى العمل لحذاقته انتهى فلا محذور في عبارة صاحب العناية ولا مسامحة ثم اعلم ان صاحب العناية ليس بمنفرد في التعبير تلك العبارة بل تبعه اليه صاحب معراج الدراية حيث قال ان تفسير شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف وجب القول بصحته انتهى

لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل قال ومن استأجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا تفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر قال وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقيق الرضاء قال وان استأجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا

قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل قال الامام الزيلعي في شرح الكنز قال صاحب الهداية هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه ان يشتركا على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف تتصور ان يكون شركة الوجوه وانما هي شركة الصنائع على ما بينا الى هنا كلامه اقول الظاهر ان مراد المصنف بشركة الوجوه في قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة هو المصطلح عليها المار في كتاب الشركة بل مراده بها ههنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة كما يشهد اليه قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيندفع الاشكال ولا تمتنع كونها شركة الصنائع والتقبل على انه المصطلح عليه في كتاب الشركة وقد قال صاحب الغاية بعد نقل ما في شرح الوقاية يعني الهداية هذه على شركة الوجوه فيه نظر لانه شركة الصنائع والتقبل وكان من صاحب الهداية انه اراد بشركة الوجوه لان احدهما يتقبل العمل بجاهه بناء على ما ذكرنا فكان صاحب الهداية اطلق على هذا المعنى لفظ الوجوه كما ذكره صدر الشريعة ولا يخفى عليك ان في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا التوجيه اقول ان قيد المصنف بالحقيقة ليس للاحتراز عن كونها شركة اخرى بل هو للاحتراز عن كونها اجارة وان مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر والصورة لا ما يقابل المجاز فالمعنى ان هذه المعاقدة وان كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقد اجارة بالنصف الا انها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه

اي عقد شركة التقبل بالوجاهة فلا نبوة عن هذا في شيء تامل تقف

كتاب المكاتب

قال صاحب النهاية اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق انتهى اقول ان قوله وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق مستدرك بل مختل لانه يرد عليه ان يقال ان وقع الاحتراز بهذا الذي ذكره عن غير تلك الاشياء الثلاثة ايضا فما معنى تخصيص تلك الثلاثة بالذكر وان لم يقع الاحتراز به عن غيرها فما فائدة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلاثة فقط اذ ينتقض حينئذ ما ذكره في وجه المناسبة بغير الثلاثة من الاغيار وبعبارة اخرى انه ان وجب الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن لزم ان لا يتحقق شيء من تلك الوجوه في غير ما ذكر فيه فيلزم فيما نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداه فلا معنى لتخصيص الاحتراز عن تلك الاشياء الثلاثة بالذكر وان لم يجب الاطراد فيها بل يكفي تحقق كل منها فيما ذكر فيه سواء تحقق ذلك في غيره ايضا ام لا لم يكن فائدة في بيان وقوع الاحتراز بما ذكره فيما نحن فيه عن تلك الاشياء الثلاثة سيما اذا لم ينحصر ما يقع الاحتراز بذلك عنه في تلك الثلاثة والتحقيق ان المناسب في وجوه المناسبات بين هذه الكتب هو الاطراد وان الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ههنا ليس بمتحقق في غير ما نحن فيه اصلا كما يظهر بالتامل الصادق وكان مطردا فلا وجه لتخصيص تلك الاشياء الثلاثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه ثم ان صاحب العناية نقل ما ذكر في النهاية وبين المراد منه حيث قال قال في النهاية اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعني ان قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة الى هنا لفظ العناية اقول في كل واحد من نقله وبيانه اختلال اما في نقله فلان الهبة

اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا

غير مذكورة في شيء من نسخ النهاية وقد ضمنها في النقل في البيع والطلاق والعتاق واما في بيانه فلانه قيد الهبة في البيان بشرط العوض واطلقها في اثناء النقل ولا شك ان قوله بمقابلة ما ليس بمال تخرجها على الاطلاق اذ الهبة بلا شرط عوض لا مقابلة فيها اصلا فيخرج بقوله بمقابلة ما ليس بمال حتى يخرج به الهبة بشرط العوض فلا وجه للتقييد في البيان ايضا لم يكن النكاح مذكور في نسخ النهاية ولا فيما نقله عنها وقد تعرض في البيان بخروج النكاح ايضا لقوله بطريق الاصالة ولا يخفى ما فيه وايضا كان الطلاق والعتاق مطلقين في المنقول وقد قيدهما في البيان بكونهما على مال وجعلهما خارجين بقوله بطريق الاصالة ولم يذكر خروج الطلاق والعتاق بغير مال بشيء من القيدين مع انهما يخرجان بقيد المقابلة في قوله بمقابلة ما ليس بمال كما ذكرناه في الهبة بلا شرط عوض فتامل وقال صاحب غاية البيان ذكر المكاتب عقيب كتاب العتاق كان انسب لهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق لان الكتابة ما لها العتق بمال والولاء حكم من احكام العتق ايضا انتهى ونقله صاحب العناية قريبه حيث قال وذكر في بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان انسب لهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق لان الكتابة ما لها الولاء والولاء حكم من احكام العتق ايضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو انسب للاجارة لان نسبة الذاتيات اولى من العرضيات الى هنا لفظ العناية اقول في نقله خطأ لان المذكور في كلام صاحب الغاية لان الكتابة ما لها العتق وقد قال صاحب العناية في النقل لان الكتابة ما لها الولاء وبينهما بون ولا يخفى ان مقصود صاحب الغاية بقوله لان الكتابة ما لها العتق بيان المناسبة بين العتاق والكتابة وبقوله والولاء حكم من احكام العتق ايضا بيان المناسبة بين العتاق والولاء ايضا وكان صاحب العناية حسب مجموع الكلامين بيانا للمناسبة بين العتاق والكتابة فوقع فيما وقع من تغيير العبارة في النقل تدبر ثم ان بعض الفضلاء بعد ما نبه لما في نقل صاحب العناية من الخروج عن سنن السداد قصد رد تزييفه ايضا فقال وقوله والكتابة ليست كذلك ان اراد به انها لا اخراج فيه فهو كالمكابرة الا يرى انه اخراج اليد حالا والرقبة مالا وان اراد انها ليست بلا عوض فمسلم ولا تمس الحاجة الى المناسبة في جميع اجزاء مفهومه مع ان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم ايضا وكيف والعتق على مال باب من ابوابه وقوله لان نسبة الذاتيات اولى من نسبة العرضيات محل تامل الى هنا كلامه اقول يمكن دفع ذلك كله بان مراد صاحب العناية ان العتق اخراج الرقبة عن الملك حالا ويقبض بلا شرط عوض والكتابة ليست كذلك اي ليس فيها اخراج الرقبة عن الملك حالا وليست بلا شرط عوض بل هي بشرط عوض فيسقط ما ذكره ذلك القائل في كل من شقي ترديده اما سقوط ما ذكره في شقه الاول فلانه لا شك في ان ليس في الكتابة خراج الرقبة عن الملك حالا وان وجد فيها مطلق الاخراج واما سقوط ما ذكره في شقه الثاني فلان الكلام في الانسبة لا في مجرد المناسبة فلا تمشية لقوله ولا تمس الحاجة الى المناسبة في جميع اجزاء مفهومه ثم انه لما كان مراد صاحب العناية بقوله بلا عوض بلا شرط عوض لا بشرط لا عوض كما نبهنا عليه من قبل لم يفد قول ذلك القائل مع ان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم لان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق مما لا يدعيه احد وانما يلزم ذلك ان لو كان المراد بقوله بلا عوض بشرط لا عوض واما اذا كان المراد به بلا شرط عوض فيعم ما بشرط العوض ايضا اذ قد تقرر في موضعه ان بلا شرط شيء اعم من شرط شيء ومن شرط لا شيء فيصير المعتبر في مفهوم العتق انتفاء اعتبار العوض لا اعتبار انتفاء العوض فيدخل فيه العتق على مال لان عدم اعتبار شيء ليس اعتبار عدمه على ما عرف ثم ان مراد صاحب العناية بالذاتيات في قوله لان نسبة الذاتيات اولى

وهذا ليس امرا يجاب باجماع بين الفقهاء

من نسبة العرضيات ما هو الداخل في المفهوم وبالعرضيات ما هو اخارج عنه او قد تقرر في موضعه ان الذاتيات في الامور الاعتبارية ما اعتبره المعتبر داخلا فيها والعرضيات ما اعتبره خارجا عنها بخلاف الحقائق النفس الامرية ففي الكتابة كون ملك الرقبة لشخص وهو المولى وكون المنفعة لغيره وهو المكاتب داخل في مفهومها المعتبر عند اهل الشرع واما العتق فامر خارج عن مفهومها وانما هو امر الحاصل عنده والحال لسبب وكذا الولاء امر خارج عنه فانه حكم من احكام العتق فكان نسبة الكتابة بالاجارة من حيث الذاتية وبالعتق من حيث العرضية فكانت النسبة بالاجارة من حيث الذاتية اتم ان كثيرا من الشراح قالوا وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك وما اشتمل الكلام نسبة التقديم اقول هذا امر عجيب منهم فان جزئيات البيع من بعض الوجوه اشبه بالبيع الذي من بينه وبينها كتب كثيرة غير شبيهة بالبيع من ملك اليمين ات وغير ذلك مما هو اشبه بالبيع من الكتابة وهل تقتضيه الفطرة السليمة والحق عندي ان وجه تقديم الاجارة هو المناسبة الكائنة بينها وبين ما ذكر تحويلها المبينة في صدر كتاب الاجارات فان تلك المناسبة لما اقتضت ذكر الاجارة عقيب ما ذكر قبيلها وهو الهبة اقتضت ايضا بالضرورة تقديم الاجارة على المكاتب ولا يخفى امر التعقيب ثم ان صاحب العناية قال الكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او ما يودي معناه من كل وجه انتهى اقول هذا تعريف من تعريف الشيء بنفسه فان من لا يعلم معنى الكتابة في الشرع لا يعلم ان العقد الجاري بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او ما يودي معناه ما ذا بل معرفة الثاني تتوقف على معرفة الاول كما لا يخفى ولعل الباعث على وقوع صاحب العناية في هذا المضيق ان صاحب النهاية لما قال ان اما الكتابة شرعا فانها عبارة عن عقد بين المولى والعبد بلفظ الكتابة او بلفظ يودي معناه من كل وجه على ما يجيء على اداء العبد المال معلوما بمقابلة عتق يحصل له عند اداءه انتهى حسب صاحب العناية ان تعريف الكتابة شرعا قد انتهى عند قوله او بلفظ يودي معناه من كل وجه فقطع به الكلام في كتابة وليس الامر كما حسبه فان قول صاحب النهاية على اداء العبد المال وما ذكر في الوقاية وغيرها بان يقال الكتابة اعتاق المالك رقبته مالا فليتنبه **قوله** هذا ليس امرا يجاب باجماع بين الفقهاء قال تاج الشريعة وصاحب الكفاية حصل الفقهاء ان عند اصحاب الظواهر كذا ورد الاصفهاني ومن تابعه ان هذا امر ايجاب حتى اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه ان يكاتبه انتهى اقول بقي الاشكال وهو ان صاحب الكشاف قال في تفسير هذه الآية وهذا الامر للندب عند عامة العلماء ومن الحسن ليس بواجب ان شاء كاتب وان شاء لم يكاتب وعن عمر رضي الله عنه هي عزمة من عزمات الله ومن ابن سيرين مثله وهو مذهب داود انتهى فعلى هذا كيف تم القول بان هذا الامر ليس للايجاب باجماع بين الفقهاء وعمر رضي الله عنه من جملة الصحابة المعروفين بالفقه والرواية وابن سيرين رحمه الله تعالى من اعيان التابعين فكيف وعن هذا قالوا اجالس الحسن وابن سيرين فقول عمرو ابن سيرين بالوجوب ينافي ادعاء الاجماع بين الفقهاء في ليس هذا الامر للايجاب اللهم الا ان يقال ان ما ذكر في الكشاف انما يدل على ان الوجوب في هذا الامر رواية محققة عن عمر وابن سيرين لانه مذهبهما المقرر وكلام المصنف بناء على ما كان مذهبا مقررا بين الفقهاء فتامل وقال صاحب معراج الدراية ويقول باجماع الفقهاء يستثنى عن قول داود ومن تابعه وعمرو بن دينار وعطاء ورواية صاحب التقريب من اصحاب الشافعي ورواية ابن المنذر عن اصحابنا فانهم قالوا يجب الكتابة اذا سال العبد اذا كان ذا مالة وذا كسب لان الامر يفيد الوجوب على تقدير عدم الخير انتهى كلامه اقول فيه نظر فان كثيرا

وانما اوردنا هذا الصحيح لئلا يحمل على الاباحة لانتفاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية فمعلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يتحقق الا بادائه كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام للمكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد رضي الله عنه ويعتق بادائه وان لم يؤد حتى مات المولى اذا ادى بقيتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع

من هو لا فتصار سيما الشافعي واحمد فكيف يتم الاحتراز بقوله باجماع الفقهاء من قولهم بالايجاب في هذا الامر وقولهم بذلك ينافي ادعاء اجماع الفقهاء على عدم الايجاب في هذا الامر فاني لصحيح الاحتراز به عنه اللهم الا ان يقال لكون الا احتراز على عدم تسليم فقد بعضهم وعلى عدم تسليم ثبوت قول بعضهم بذلك بناء على عدم الاعتداد برواية القول بذلك فتامل **قوله** وانما هو امر ندب هو الصحيح هذا الاحتراز انما قال بعض مشائخنا ان الامر للاباحة للندب كما في قوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله تعالى ان علمتم فيهم خيرا ندب كورهم على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا كثيرا كذا في الشرح اقول هذا وما مر انفا من قول بعض العلماء بكون الامر فيه للوجوب لظهر اختلال ما ذكره الامام الزاهدي في شرح مختصر القدوري في هذا المقام حيث قال وانه للندب باجماع الامة انتهى اذ قد علم منها ان كون الامر للندب في مكاتبتهم ليس مما وقع عليه اجماع الامة بل مما وقع فيه اختلافهم ولكن المختار هو القول بانه للندب كما هو مذهب اكثر العلماء **قوله** وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه تقريره ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط وهو قوله ان علمتم فيهم خيرا لان الاباحة ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله منزه عن ذلك كذا في العناية وغيره ولا اعتراض عليه بعض الفضلاء حيث قال انتفى المفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا انتهى اقول هذا ساقط لان معنى عدم اعتبار مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا ان التقييد بالشرط لا دل على نفي الحكم فيما عداه لان لم يسق ذكره فائدة اصلا فان هذا لا يليق بكلام البشر فضلا عن كلام خالق القوى والقدر نعم يرد ذلك منع ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط المذكور بل فيه فائدة وهي اخراج الكلام على مجرى العادة كما صرح به من قال بالاباحة على ما ذكر في عامة الشروح **قوله** والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لعله اقول لقائل ان يقول نعم هذا لا يكون في اصل الاباحة الغاء الشرط لان عقد الكتابة يصير بدون الشرط حينئذ مكروها لا مباحا وقد تقرر في علم الاصول ان المباح ما استوى طرفا فعله وتركه وان المكروه ما كان طرف تركه اولى واذا كان الافضل عند انتفاء الشرط المذكور على المعنى المذكور ان لا يكاتبه كان جانب الترك اولى فيصير عقد الكتابة اذ ذاك مكروها لا مباحا فتبين في قوله فيما قبل وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه فليتامل **قوله** لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد الى آخره قال تاج الشريعة فان قلت اختلاف الصحابة في المسئلة وتكلمهم فيها بالراي يدل على زيادة الحديث كما عرف ولهذا ان يقتنا ما روى اصحاب الشافعي انه عليه السلام قال ابتغوا في اموال اليتامى خيرا كيلا يذكلها الزكوة في ايجاب الزكوة في مال الصبي بان الصحابة رضي الله تعالى عنهم اختلفوا في هذه المسئلة ولم يتمسك احد منهم بهذا الحديث قلت جاز انه ما بلغ اليهم انتهى كلامه اقول في الجواب بحث لانه مشترك الالزام اذ يجري في كل موضع وقع فيه اختلاف الصحابة فيقال جاز ان لم يبلغ اليهم الحديث فيلزم ان لا يتم الاستدلال باختلاف الصحابة في المسئلة وتكلمهم فيها بالراي على زيادة حديث قطع انه خلاف ما عرف والظاهر في الجواب ان يمنع كون اختلاف الصحابة في هذه المسئلة بالراي ويقال يجوز ان يكون اختلافهم فيها باعتبار ورود حديث آخر بخلاف ذلك كما روي انه عليه السلام قال اذا اصاب المكاتب ميراثا ورث بحساب ما عتق منه وروي انه عليه السلام قال يؤدي المكاتب بحصة ما ادى دية حر وما بقي دية عبد كما ذكر في بعض الكتب الذي يدل على زيادة الحديث انما هو اختلافهم بالراي لان استعمال الراي في موضع النص لا يجوز على ما عرف في الاصول

قوله ويعتق بادائه وان لم يؤد حتى مات المولى اذا ادى بقيتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير تصريح كما في البيع وعند الشافعي لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على انك ان اديت الي فانت حر قال كثير من الشراح وهذا ليس اختلافا بيننا وبينه راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا هو تحرير العبد الى حرية الرقبة

ولا يصح حط شئ من البدل اعتبارا بالبيع **قال** ويجوز ان تشترط الحال حالا ومؤجلا وصحيحا ومثل الشايع لانه يجوز ان لا يجوز لانه عاجز عن التسليم في الحال فاشبه ما لو باعه عبدا آبقا **قال** ولا يجوز ان تشترط الاجل في بعض البدل لان الكتابة تحتمل الفسخ والاجل لا يحتمله **قال** ولا يجوز ان تشترط الاجل في بعض البدل لان الكتابة تحتمل الفسخ والاجل لا يحتمله

عند الاداء وكانه قال وجبت حرية اليد في الحال وحرية الرقبة عند الاداء ولو نص على هذا عتق كذا هذا وعند الشافعي تفسير بالعتق حتى لو نص عليه بان قال ضربت عليك الف على ان تؤديها الى كل شهر كذا لم يعتق كذا هذا انتهى كلامهم وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا من الحواشي الحجاوية ينبغي ان يكون فيما من المبسوط ولا يخفى عليك ان ما ذكره من الضمير ليس تفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف انتهى اقول تخصيص المنص عليه ممنوع كما لا يخفى على الناظر في عبارته بهنا بل لا بعد ان يدعي تخصيصه على خلافه بعد صحيحة حيث قال اما الخروج من يده فمتحقق معنى الكتابة وهو الضمن انتهى ولئن سلم ذلك فلك ان تقول الضمن المذكور موجب العقد لا ينافي كونه تفسيرا للكتابة لان موجب الشئ من لوازمه تفسير الشئ بلازمه ليس بعزيز كما هو حال الرسوم عامة لئن سلم ذلك ايضا فيجوز ان يكون معنى قولهم راجع الى تفسير موجب الكتابة على حذف المضاف كما هو الطريقة الشائعة اسماعه بالمجاز بالحذف ومنها قوله تعالى وجاء ذلك اى امر ربك وقوله تعالى واسأل القرية اى اهل القرية الى غير ذلك فلا معنى لرد كلام الثقات بما هو وهم محض **قوله** ولا يجب حط شئ من البدل اعتبارا بالبيع وقال الشافعي يستحب عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى واتوهم من مال الله الذي اتاكم فان الامر المطلق للوجوب ولنا ان دلالة الآية على ذلك ممنوعة لانه قال من مال الله وهو يطلق على موال القرب كالصدقات والزكوة وكان الله تعالى امرنا ان نعطي المكاتبين من صدقاتنا يستعينوا بها على داء الكتابة والمامور به الايتاء وهو الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذي اتانا الله هو ما في ايدينا لا الوصف الثابت في ذمتهم المكاتبين فحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به الندب كالذي في قوله فكاتبوهم لا يقال القرآن في الحكم لا يعمل القرآن موجبا بل نقول الامر المطلق من قرينة غير الموجب للوجوب قد يوجد فكاتبوهم قرينة لذلك كذا في العناية اقول فيه نظر لان قوله تعالى فكاتبوهم لا يصلح ان يكون قرينة لكون الامر في قوله واتوهم لغير الوجوب بدون ملاحظة ايجاب بالقرآن نعم نظم القرآن في الحكم اذ لا دلالة في مجرد كون امر لغير الوجوب على كون امر آخر ايضا لذلك حتى يعمل كون الامر في فكاتبوهم للندب قرينة لكون الامر في واتوهم ايضا كذلك **قوله** بخلاف السلم على اصله لانه ابل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فثبت قال صاحب العناية وللقائل ان يقول احتمال القدرة في حق المكاتب ثبت لان المسلمين مامورين بمعاملة الطرق متسعة بهلي سنة واستقراض واستيهاب والزكوة والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها فثبت انتهى وتبعه في اثره الشارح العيني اقول هذا السؤال ليس لوارد فلانه ان اريد بان احتمال القدرة قبل العقد ثبت في حق المكاتب فليس بذاك قطعا اذ لا اهلية فيه للملك قبل العقد قط فاني تثبت لاحتمال القدرة على المال قبله فان اريد بان احتمال القدرة عقيب العقد ثبت في حقه فمسلم ولكن لا يجدي نفعا لان مدار فرق الشافعي بين الكتابة وبين السلم على اصله انما هو ثبوت احتمال القدرة على المبيع للعاقد قبل العقد في السلم لكون العاقد فيه ابلا للملك قبل العقد بخلاف الكتابة فان العاقد فيها ليس بابل للملك قطعا قبل العقد فلا يتصور ثبوت القدر على البدل قبل العقد وهذا امر ضروري لا مجال للكلام فلا وجه للمناقشة فيه كما فعله الشارحان المزبوران والحق في الجواب ما قاله الشافعي ههنا ان يسلك طريقة القول بالموجب فيقال سلمنا ان العبد قبل عقد الكتابة لا يملك شيئا من الاموال ولا يقدر عليه لعدم اهليته للملك قبله ولكن ثبوت الملك والقدرة عليه حال العقد انما يشترط في حق المعقود عليه دون المعقود به الا ترى ان المفلس لو اشترى اموالا عظيمة يصح شراؤه وان لم يكن هو مالكا يقضي من الثمن وبدل الكتابة معقود به فلا يلزم ان يكون العبد مالكا حال عقد الكتابة بخلاف السلم فيه فانه معقود عليه وقد اشار اليه المصنف فيما بعد حيث قال ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في ان لم يشترط القدرة عليه بخلاف السلم على هذا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه حتى يتحقق معنى الكتابة وهي الضمن فيضمن مالا كسبه كما لا نفسه **قوله** لما مر من تحقق معنى الكتابة وهي الضمن فيضمن مالا كسبه كما لا نفسه

فصل فی الکتابۃ الفاسدۃ **قال** اذا کاتب المسلم عبدہ علی خمر او خنزیر او علی قیمتہ فالکتابۃ فاسدۃ اما الاول فلان الخمر والخنزیر لا یستحقہ المسلم لانہ لیس بمال فی حقہ فاشبہ ما لیس بمال اصلا بخلاف ما اذا کاتبہ علی عبد او ثوب حیث یصح لان العقد یفسد بالجہالۃ وامثالہا لا بانعدام المالیۃ وامثالہا قد یراد وصفا فتقاصرت الجہالۃ وصار کما اذا کاتب علی ثوب او دابۃ ولانہ تنصیص علی ما ہو موجب العقد الفاسد لانہ موجب للقیمۃ **قال** فان ادی الخمر عتق وقال زفر لا یعتق لانہ اداء قیمۃ الخمر لان البدل ہو القیمۃ وعن ابی یوسف رح انہ یعتق باداء الخمر لانہ بدل صورۃ ویعتق باداء القیمۃ ایضا لانہ ہو البدل معنی وعن ابی حنیفۃ رح انہ انما یعتق باداء عین الخمر اذا قال ان بیّنا فانت حر لانہ حینئذ یکون العتق بالشرط لا بعقد الکتابۃ وصار کما اذا کاتبہ علی خمر او دم ولا فصل فی ظاہر الروایۃ ووجہ الفرق بینہ وبین الخنزیر ما ذکرنا فی الجملۃ فاما علی اعتبار معنی العقد فہی واجبۃ فتعتق عند اداء العوض المشروط واما القیمۃ فلیست بمال اصلا ولو سلم فانما یعتبر فیہ معنی الشرط وذلک بالتضمین علیہ واذا تعتق بادائہ عین الخمر لزمہ ان یسعی فی قیمتہ لانہ وجب علیہ بدلا عن رقبتہ لفساد العقد وقد تعین بالقبض فیجب قیمتہ کما فی البیع الفاسد اذا تلف المبیع **قال** لا یتعلق عتق المسمی بادائہ علیہ لانہ عقد فاسد فیجب القیمۃ عند ابی حنیفۃ رح کما فی البیع الفاسد

قال صاحب العنایۃ فی شرح ہذا المحل اما الخروج من یدہ فلیتحقق حسنہ الکتابۃ لغۃ وہو الضم فہی ملکیۃ یدہ اسحاصلۃ فی الحال الی ملکیۃ نفسہ التی تحصل عند الاداء قال فان قیل ضم الشیء الی الشیء یقتضی وجودہما وملکیۃ النفس فی المال لیست بموجودۃ فکیف تحقق الضم اجیب بان ملکیۃ النفس قبل الاداء ثابتۃ سرجیہ ولہذا لو جنی علیہ المولی وجب علیہ الارش ولو وطی المکاتبۃ لزمہ العقر فیتحقق الضم انتہی کلامہ اقول فیہ خلل لان ہذا الجواب ینافی قولہ فیما قیل الی ملکیۃ نفسہ التی تحصل عند الاداء لان مقتضی ہذا الجواب ان یکون المضموم والمضموم الیہ موجودین فی الحال مدلولا قالہ اولا ان یکون المضموم الیہ حاصلا عند الاداء لا فی الحال والا یلزم ان تکون قولہ التی تحصل عند الاداء لغوا محضا کما لا یخفی ثم ان بعض الفضلاء بعد ان تبینہ لما قلنا قال لا یخفی علیک ایضا ان الجواب عن ہذا السوال لا یحتاج الی ہذا بل یجوز ان یقال الضم انما یتحقق حین وجود ملکیۃ النفس علی قیاس ضم النجم الی النجم انتہی اقول لیس ہذا بسدید اذ لو کفی تحقق الضم حین ملکیۃ النفس لبطل اصل کلام المصنف وہو قولہ اما الخروج من یدہ فلتحقیق معنی الکتابۃ وہو الضم فان تحقق الضم حین ملکیۃ النفس لا یتوقف علی الخروج من یدہ فی الحال بل تیسیر الخروج من یدہ حین ملکیۃ النفس التی تحصل عند الاداء علی ما مر وسبق السوال والجواب علی تصحیح کلام المص فلا بد لہ من المصیر الی تحقیق معنی الضم فی الحال

فصل فی الکتابۃ الفاسدۃ آخر الکتابۃ الفاسدۃ عن الصحیحۃ لاختلاط رتبۃ الفاسدۃ عن الصحیحۃ **قولہ** اما الاول فلان الخمر والخنزیر لا یستحقہ المسلم غیر عن مسئلتی الکتابۃ علی الخمر والکتابۃ علی الخنزیر بالاول دون الاولین لاتحادہما فی جہۃ الفساد وہی عدم تحقق المالیۃ فی شیء من الخمر والخنزیر فی حق المسلم فکانہما صارا مسئلۃ واحدۃ والا فہما مسئلتان مستقلتان فی الحقیقۃ کمسئلۃ الکتابۃ علی القیمۃ وقد اوحی الی ہذہ النکتۃ فی بسط فصل المسائل ایضاحیث اعاد کلامہ علی عند ذکر القیمۃ دون ذکر الخنزیر کما تری ومن ہذا عبر عن عقد الکتابۃ علی قیمۃ العبد بالثانی فقال واما الثانی فلان القیمۃ مجہولۃ الی آخرہ مع انہ فی الحقیقۃ مسئلۃ ثالثۃ بلا ریب **قولہ** وعن ابی یوسف انہ یعتق باداء الخمر لانہ بدل صورۃ ویعتق باداء القیمۃ ایضا لانہ ہو البدل معنی قال صاحب النہایۃ وہذا الحکم الذی ذکرہ ہو ظاہر الروایۃ عند علمائنا الثلثۃ علی ما ذکرہ فی المبسوط والذخیرۃ فعلی ہذا کان من حقہ ان لا یخص ابا یوسف وان لا یذکر بکلمۃ عن انتہی وقال صاحب العنایۃ بعد نقل ما فی النہایۃ والعنایۃ جمیعا قلت سواء جعل اللام والالف فی القیمۃ بدلا عن نفسہ او عن الخمر فعتقہ باداء الخمر ہو ظاہر الروایۃ عندہم وشراح ما جعلوا الالف واللام فی القیمۃ الا بدلا عن نفسہ کما صرح بہ تاج الشریعۃ وغیرہ انتہی اقول ما قالہ الشارح العینی لیس بشیء ما اولا فلان ظاہر الروایۃ انما ہو عتقہ باداء الخمر وباداء قیمۃ نفسہ المروی عن ابی یوسف ہہنا بکلمۃ من علی تقدیر ان یجعل الالف واللام فی القیمۃ بدلا من الخمر انما یکون عتقہ باداء عین الخمر وباداء قیمۃ الخمر وہذا غیر ظاہر الروایۃ قطعا اذ لا یلزم من اشتراک الروایتین فی احد الجزئین وہو عتقہ باداء عین الخمر اتحادہما صورۃ اختلافہما بالجزء الآخر وہو عتقہ باداء قیمۃ نفسہ فی ظاہر الروایۃ وعتقہ باداء قیمۃ الخمر فی الروایۃ الاخری فقولہ سواء جعل الالف واللام فی القیمۃ بدلا من نفسہ او من الخمر فعتقہ باداء الخمر ہو ظاہر الروایۃ عندہم لغو محض واما ثانیا فلان صاحب غایۃ البیان من الشراح جعل الالف واللام فی القیمۃ بدلا من الخمر حیث قال فی شرح المقام وابو یوسف قال ان کل واحد من عین الخمر وقیمتہا بدل الخمر باعتبار الصیرورۃ والقیمۃ باعتبار المعنی فتعتق اذا ادی ایہما کان انتہی واشار الی ذلک صاحب العنایۃ بقولہ واما اذا کان بدلا من الخمر کما ذکر فی

وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب القيمة بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب

بعض الشروح فقول العيني والشراح ما جعلوا الالف واللام في القيمة الا بدلا عن نفسه ان اراد به الكلية كما هو الظاهر فليس بصحيح والا فليس بمفيد

قوله وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب القيمة بالغة ما بلغت قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وهذا اي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضي بالزيادة سواء كانت في القيمة او اخراج في المسمى كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فانه ان لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فتفوت له ادراك شرف الحرية انتهى كلامه اقول هذا الشرح غير مطابق للمشروح وغير تام في نفسه اما الاول فلان الظاهر ان كلمة هذا في قول المصنف وهذا اشارة الى مضمون قوله ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه والمعنى هذا اي ما ذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه لان المولى ما رضي بالنقصان عن المسمى والعبد رضي بالزيادة عليه كيلا يبطل حقه في العتق بالكلية فحينئذ ينتظم الدليل والمدعى بلا كلفة اصلا وترشد اليه هي تحرير صاحب الكافي حيث قال ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه لان المكاتب رضي بالمسمى وزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا والمولى ما رضي بالنقصان عنه انتهى واما على ما ذكره صاحب العناية من كون كلمة هذا اشارة الى وجوب القيمة بالغة ما بلغت فيحتمل كلام المصنف لانه اما ان يكون المراد بالنقصان في قوله لان المولى ما رضي بالنقصان هو النقصان عن القيمة فيلزم ان يكون قوله فيما قبل ولا تنقص عن المسمى خاليا عن التعليل والبيان عن الكلية مع انه مطلب مقصود بالبيان ههنا كما لا يخفى او يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى فيلزم ان لا يطابق الدليل المدعى وان لا يفيده اذ لا يستدعي عدم رضى المولى بالنقصان عن المسمى الا وجوب المسمى دون وجوب القيمة بالغة ما بلغت لجواز ان تكون القيمة اكثر من المسمى او يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى والقيمة جميعا كما يفصح عنه قول الشارح المزبور لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة فيرد عليه ان يقال ان عدم رضاه بالنقصان عن المسمى مما لا مدخل له في وجوب القيمة بالغة ما بلغت فما معنى تعميم النقصان ههنا للنقصان عن المسمى لعل الشارح المسطور انما اغتر بقول المصنف في آخر كلامه فتجب بالغة ما بلغت ولكنه تفريع على قوله والعبد رضي بالزيادة الى آخره لا على مجموع الدليل فلا وجه للاغترار بذلك ايضا واما الثاني اي انه غير تام في نفسه فلان قوله لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة ممنوع كيف وتنصيص المولى على قدر معين مسمى دليل على رضاه به قطعا سواء كان ناقصا عن القيمة ام لا فما يخالف رضاه انما هو النقصان عن المسمى لا غير ولئن سلم ذلك فينتقض بالكتابة الصحيحة اذا كان البدل المسمى فيها اقل من القيمة فانه لا يجب هناك الزيادة على المسمى من القيمة قطعا مع جريان الدليل المذكور ههنا في تلك الصورة ايضا على تقدير صحة تعميم النقصان في قوله لان المولى ما رضي بالنقصان النقصان الكائن في المسمى وفي القيمة تامل تقف ثم قال صاحب العناية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق باداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق اصلا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان الذي يلزم من عدم الرضا بالزيادة عند ابتداء العقد انما هو عدم ثبوت العتق له راسا لا بطلان حقه في العتق بعد ثبوت حقه فيه كما يقتضيه عبارة المصنف وهي قوله كيلا يبطل حقه في العتق اذ الظاهر ان بطلان حق شخص في شيء انما يكون بعد تعلق حقه به اولا ومورد ما قيل انما هو قول المصنف كيلا يبطل حقه في العتق اصلا كما صرح به في النهاية وغيرها فكيف يسقط ذلك باعتبار الشارح المزبور الزيادة والنقصان عند ابتداء العقد واجاب جماعة من الشراح عن ذلك السؤال بوجه آخر حيث قالوا فان قيل ما وجه قوله كيلا

یبطل حقہ فی العتق واعتبار القیمۃ بعد وقوع العتق بادار الخمر وانہ لا یقبل البطلان فکیف یتصور بطلان حقہ فی العتق قلت یحتمل ان القاضی یری صحۃ ماروی عن ابی حنیفۃ انہ اذا کاتبہ علی الخمر ولم یقبل ان ادیتہا فانت حر فادی الخمر لا یعتق فلا یقضی القاضی بتلک الروایۃ یبطل حقہ فی العتق انتہی اقول فیہ بحث اما اولا فلان مقتضی ہذا الجواب ان یکون قولہ کیلا یبطل حقہ فی العتق علۃ لعدم قضاء القاضی بتلک الروایۃ لا لرضاء العبد بالزیادۃ والمذکور فی الکتاب خلافہ والکلام فیما ذکر فی الکتاب فلا یتم ذاک الجواب واما ثانیا فلان ذلک علی تقدیر تمامہ انما یتمشی فی صورۃ ان لم یقبل المولی للمکاتب علی الخمر ان ادیتہا فانت حر لانی صورۃ ان قال لہ ذلک اذ لا روایۃ لعدم العتق عند اداء الخمر فی ہذہ الصورۃ فلا رای للقاضی فیما مع ان ما نحن فیہ یعم الصورتین کما لا یخفی فیبقی السوال فی صورۃ نعم ان صاحبی النہایۃ ومعراج الدرایۃ ردا علی المصنف ہہنا حیث قالا ثم قولہ کیلا یبطل حقہ فی العتق لا یصلح تعلیلا لقولہ والعبد رضی بالزیادۃ لانہ یحتمل ان یکون العبد غیر راض بالزیادۃ علی المسمی وان یبطل حقہ لان ذلک نفع مشوبا بالضرر لان تحمل الزیادۃ ضرر علیہ وان کان حقہ تعالی انتہی اقول لیس ذاک بسدید لان تحمل الزیادۃ انما یکون ضررا علیہ لو کانت الزیادۃ باقیۃ علی ملکہ عند عدم تحمل تلک الزیادۃ واختیار الرق ولیس کذلک لامحالۃ فانہ اذا اختار الرق یتقرر جمیع ما اکتسبہ لمکاتبہ لمولاہ ویتقرر المولی بعد ذلک علی ان یستعمل کیف یشاء فیحصل بہ اکثر من تلک الزیادۃ فلم نتصور فی رضی العبد بالزیادۃ ضرر علیہ ولا فی عدم رضاہ بہا فتامل واصلا ثم قالا والاولی فی تعلیل ذلک ان یقال لان العبد لما عقد عقد الکتابۃ الفاسدۃ مع مولاہ کان قابلا لقیمۃ نفسہ بالغۃ ما بلغت لان ذلک موجب عقد الکتابۃ الفاسدۃ وہو اقدم علیہ باختیارہ ورضاہ ثم قیمۃ نفسہ قد تربو علی المسمی وکان راضیا بالزیادۃ علی المسمی ضرورۃ انتہی اقول وہو ایضا لیس بسدید لان فی التعلیل بما ذکرہ مصادرۃ علی المطلوب فانا نعم ان العبد راض بالزیادۃ علی المسمی ضرورۃ ان موجب عقد الکتابۃ الفاسدۃ قیمۃ نفس العبد بالغۃ ما بلغت ومن جملۃ مقدمات ذلک قولہ والعبد رضی بذلک الزیادۃ فلو علمنا ہذہ المقدمۃ بما تبنی علی کون الواجب فی عقد الکتابۃ الفاسدۃ قیمۃ نفس العبد بالغۃ ما بلغت لزم المصادرۃ قطعا ثم اقول بقی شیء فی کلام المنصف وہو ان قولہ لان المولی ما رضی بالنقصان الی آخرہ دلیل شاف منیع لتمام المدعی وہو ان لا تنقص القیمۃ من المسمی وتزاد علیہ الا ان قولہ لانہ عقد فاسد فیجب القیمۃ عند ہلاک المبدل بالغۃ ما بلغت کما فی البیع الفاسد یری مستدرکا منہا لانہ صار مستغنی عنہ بما ذکر قبلہ من قولہ لانہ وجب علیہ رد رقبۃ لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فیجب رد قیمتہ کما فی البیع الفاسد اذا تلف المبیع لیس لہ دلالۃ علی تمام المدعی فانہ لا یدل علی ان لا تنقص القیمۃ من المسمی فلم یکن فی ذکرہ فائدۃ وکان الاولی طرحہ من البین کما فی الکافی قولہ لانہ لا یوقف فیہ علی مراد العاقد لاختلاف اجناسہ فلا یثبت العتق بدون ارادتہ قال صاحب العنایۃ وتقریرہ ان الثوب موض والعوض یقتضی ان یکون مرادا والمطلق منہ لیس بموجود فی الخارج فلا یکون مرادا فتعین ان یکون المتعین مرادا والاطلاع علی ذلک متعذر لاختلاف اجناسہ فلا یعتق بدون ارادتہ بخلاف القیمۃ فانہا وان کانت مجہولۃ یمکن استدراک مرادہ بتقویم المقومین انتہی کلامہ اقول فیہ کلام اما اولا فلانہ ان اراد بالمطلق فی قولہ والمطلق منہ لیس بموجود فی الخارج ذرۃ ایہا من الثوب فلا نسلم انہ لیس بموجود فی الخارج اذ الابہام انما ہو فی التعیین لا الوجود فی الخارج وکم من شیء یجزم بوجودہ فی الخارج وان لم تتعین خصوصیتہ عندنا وان اراد بذلک مفہومہ الکلی فنسلم انہ لیس بموجود فی الخارج ولکن لا نسلم حینئذ قولہ فتعین ان یکون المتعین مرادا لجواز ان یکون المراد ہو المبہم فلا یتم من بیان بطلان ہذا الاحتمال ایضا واما ثانیا فلان المانع ان یمنع امکان استدراک مراد المقومین فی صورۃ الکتابۃ علی القیمۃ بناء علی تقریرہ فی صحۃ کتابۃ علی الثوب اذ قد حکم فیہ بتعین کون المتعین مرادا ویتعذر الاطلاع

ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى **قال** واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحسانا ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشتمل اجناسا مختلفة فيتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رح لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع

على ذلك لاختلاف اجناسه ولا شك ان الامر كذلك في صورة الكتابة على القيمة ايضا الا يرى الى قول المصنف فيما مر واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كانت على ثوب او دابة انتهى فكيف يمكن اطلاع المقومين على مراده في صورة الكتابة على القيمة حين تعين تعيينهم فتامل **قوله** ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى يعني انهما يسلمان الاصل المذكور ولكن يقولان ذلك فيما صح استثناؤه من غير ان يورد فساد العقد وههنا استثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح لاختلاف الجنس وانما يصح استثناؤه منها باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدل الكتابة لتفاحش جهالتها قدرا وجنسا ووصفا كما مر في اول الفصل فكذلك لا يصلح ان يقع مستثنى من بدل الكتابة كذا في الشروح والكافي اقول يرد على هذا التعليل انه يقتضي ان لا يصح الكتابة فيما اذا شرط ان يرد المولى عليه عبدا معينا ايضا لجريانه فيها ايضا بعينه فان قيمة العبد المعين ايضا مجهولة جهالة فاحشة ولهذا لو كاتب عليها لم يصح كما مر في اول الفصل وعدم المجانسة بين عين العبد المعين وبين الدراهم ايضا ظاهر مع انهم صرحوا بان الكتابة صحيحة بالاتفاق فيما اذا شرط ان يرد عليه عبدا معينا والعجب من صاحب الدرر والغرر انه علل هذه المسئلة بوجه آخر وعزاه الى الزيلعي واورد عليه النقض بما اذا شرط ان يرد عليه عبدا معينا وجعل الوجه المذكور في الكتاب هو الصواب وعزاه الى الكافي حيث قال لان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من المائة بازاء الوصيف الذي يرده المولى بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب كتابة فيكون صفقة في صفقة فلا يجوز النهي عنها كذا قال الزيلعي ويرد عليه انه يقتضي عدم صحة العقد اذا شرط ان يرد عليه عبدا معينا او امة معينة والقوم صرحوا بخلافه والصواب ما في الكافي وهو ان بدل الكتابة ما في هذه الصورة مجهول القدر فلا يصح كما لو كاتبه على قيمة الوصيف وهذا لان العبد لا يمكن استثناؤه من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح ان تكون بدل الكتابة لجهالتها فكذا لا تصلح ان تكون مستثنى من بدل الكتابة انتهى ولا يخفى على ذي فطانة انه لا فرق بين الوجه الذي عزاه الى الزيلعي والوجه الذي عزاه الى الكافي في ورود النقض بالصورة المزبورة عليهما فرد الاول بورود ذلك عليه واستصواب الثاني ليس بمعقول المعنى **قوله** اما اذا لم يبين مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشتمل اجناسا فيتفاحش الجهالة بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة قال في العناية واعترض على المصنف بان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز ما جازت فيما اذا كانت على عبد لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء المعبد والجواب ان اللفظ ان شمل اجناسا عالية كالدابة مثلا او متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل اجناسا سافلة كالعبد منعه فيما بني على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بني على المسامحة كالكتابة والنكاح انتهى اقول ليس السؤال بشيء ولا الجواب اما الاول فلانا لا نسلم ان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز ما جازت فيما اذا كاتب على عبده وقوله لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد فرية بلا مرية لان المصنف ما ذكر قط في كتاب الوكالة ولا في موضع آخر ان العبد يتناول اجناسا والذي ذكره في كتاب الوكالة انما هو ان العبد يشمل انواعا وان ما يشمل انواعا لا يصح التوكيل بشرائه الا ببيان الثمن او النوع فانه قال هناك ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الامر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع نقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن

وقلنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبقى على المسامحة بخلاف البيع كان مبناه على المماكسة **قال** واذا كاتب المتصرف عبده على خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لانها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وانما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر فملكها هاهنا في التسليم ذلك اذ الخمر غير متعين فيعجز عن تسليم العبد فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع عما قالوا لان المعقود عليه ثمة تسلم بكل في الكتابة في الجواز فانه لو كاتب على وصيف واتى بالقيمة يصير على الفور فجاز ان يبقى العقد على تقدير ما لا يبقى البيع لا يبقى صحيحا على القيمة فافترقا **قال** واذا قبض بعضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم المعوض للآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم يجز الكتابة لان المسلم ممن اهل التزام الخمر ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل والله اعلم

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

لما كان منتهى فعل يتوهم انه قابل لان العبد يتناول جنايات ساحتى يحتاج الى بيانه ولما كان الاعتراض على المصنف بهذا التوهم ساقطا بالنهاية وغيرها اذ المراد انه من العجائب من استدلال بقول الفقهاء ان الكتابة معاوضة مال بمال فلان الجواب المذكور ان ابتناءه على القول بتراجع الاجانب عن المتلفات بعضهم على بعض وان اصطلاحات اهل الفقه بمعزل عما يفهم من كلام المصنف في المقامين اي في كتاب الوكالة وفيما نحن فيه ما يعلم مما عرفت آنفا وما في الكافي من قصور فانه لو كان مراده ما في الجواب المذكور لزمه ان يقيد الجنس في قوله ومعناه ان تعيين الجنس ليكون معاوضة مال بمال الخ وان استطراد البيان لا يوجب على مقتضى ذلك الجواب فلا يدفع ما بين البيان قوله وذلك انه معاوضة مال بغير مال الخ ان كان مبنى على ان الكتابة فيها شبه النكاح والبيع فلا يدفع ما بين ان يبنى على المماكسة بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام ولهذا كان للمولى ان يطالبه بالكتابة في الحال قياسا على البيع الا ان يكون مؤجلا من حيث الابتداء ساقطا من حيث الانتهاء والاول للبيع لان البيع معاوضة مال بمال الكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في مقابلة فك الحجر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال فهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح في الانتهاء ان بنى كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف في الحاقهما بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة زيادة استظهار انتهى كلامه قول فيه نظر اما اولا فلان قول المصنف فاشبه النكاح متفرع على الشق الثاني فقط حيث قال فاشبه النكاح في الانتهاء وليس بتام لان كون النكاح في الابتداء معاوضة مال وجه المغايرة بال وهو منتفء البضع ظاهر فتعين ان يكون في الانتهاء معاوضة مال بمال فتغاير ظاهر وسالم يقل احد من الشراح بهذا سوى تاج الشريعة والعيني فانهما قالا في تعليل قول المصنف فاشبه النكاح لان منافع البضع مال عند الدخول فتكون معاوضة مال بمال انتهى وكان حق الكلام ان يقول فاشبه النكاح متفرعا على الشق الاول فقط او على مجموع الشقين وما ذكره فلانه قال وهذا المقدار كاف في الحاقهما بالنكاح وقول المصنف بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة لزيادة الاستظهار وليس هذا ايضا بتام لان صحة مشابهة شيء لشيء في وجه لا تنافي مشابهته لغيره في ذلك الوجه او في وجه آخر فمشابهته عند الكتابة للنكاح فيما ذكرنا لا تنافي مشابهته للبيع ايضا فليتأمل وأما ثانيا فلان قوله بخلاف البيع الخ لما لم يظهر خصائص ما يمنع المشابهة بالنكاح حتى يثبت عدم صحة قياس الشافعي عقد الكتابة على البيع كما هو المطلوب على ما يوضح عنه قول الشارح المذكور ولنا ان هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع انما ان يكون من حيث الابتداء او من حيث الانتهاء الى آخره فكان قوله بخلاف المدة عمدة في اثبات المطلوب ولم يكن لزيادة الاستظهار قط ✦ ✦

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله الظاهر ان اقتصار المصنف في عنوان هذا الباب بما يجوز للمكاتب ان يفعله لكونه العمدة المقصود بالذات والا فقد كتب في هذا الباب كثيرا مما لا يجوز للمكاتب ان يفعله كما يرى ثم ان صاحب العناية قال لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف مبني على العقد الصحيح انتهى وتبعه على هذا التعليل لتأخير هذا الباب عن احكام الكتابة الفاسدة بل تقديمه عليها فلا يتم التقريب وقال صاحب النهاية لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وان لا يفعله انتهى اقول هذا سالم مما يتجه على ما ذكره الشارحان المذكوران لكن فيه ايضا سماجة فان قوله وان لا يفعله في تعبير يجوز وعطفه على ان لا يفعله فصلا لمعنى شرع في بيان ما يجوز ان يفعله المكاتب وما يجوز ان لا يفعله لا يكاد يذكر في هذا الباب وقصد بيانه انما هو ما لا يجوز ان يفعله المكاتب وما لا يجوز ان يفعله كما يفصح عنه قوله ولا يتزوج ولا يسافر ولا يتصدق ولا يتكفل

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا بدليل انه يصير حرا بدون ذلك بالكتابة التصرف مستبدا به تصرف المولى مقصورا وهو مثل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة وملك البيع بالحياة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى قال فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو ملكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فيبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لا يمكن في صلب العقد وعثله لا يفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يمكن في صلبه هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط ينقص العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال ولا يتزوج الا باذن المولى

ولا يعرض لا مجوز ولا يجوز ان لا يفعله فان جواز ان لا يفعل شيا لا ينافي جواز ان يفعله ايضا كما في الاشياء المباحة التي يستوي فيها جانبا الفعل والترك وما نحن فيه ليس كذلك قطعا قوله ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر قال صاحب العناية قد تقدم هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكانه اعاد باتمهيد القواعد فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا فانه لم يبين ذلك هناك انتهى اقول للاخفى عليك ان الاصلح ان يكون تمهيد القاعدة المذكورة انما هو جواز السفر للمكاتب لا جواز البيع والشراء فتدبر حيث الحاجة للتمهيد لا تتم مذكرا بالنظر الى مسئلتي البيع والشراء كما تبين وقال بعض الفضلاء لا يخفى عليك ان ما ذكره هناك استطرادا انما يحتاج ذكره هنا وبالنظر الذي ذكره هنا انتهى اقول وهذا الذي ذكره هنا ليس بملحوظ القدوري وانما لفظه فيجوز البيع والشراء والسفر فانما التفريع على قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وبالنظر الى المكاتب دون اطلاقه والذي ذكره هنا بالواو بدل الفاء التفريع وبالنظر لفظ المكاتب انما هو لفظ الهداية فتدبر هذا ما يحتاج اليه لشرحها واحد لكن بذا تحقق فيما ذكره المصنف فيما مر انفا فانه قال هناك فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر ولا شك ان فاعل معناه ملتبسا بما ذكره هنا وعن هذا قال في غاية البيان وهذه المسئلة وقع بيانها مذكورا لانه ذكر بانفي اوائل كتاب المكاتب عند قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه الا انه لم يذكر في الهداية ثمة قوله فيجوز له البيع والشراء والسفر وذكر جواز البيع والشراء والسفر في هذا الموضع في الهداية فلما بلغ في الهداية وهي شرح الهداية هذا الموضع ساق الكلام كما ساق من غير اخلال وان كان ذكر جواز البيع والشراء والسفر في الهداية قبل هذا انتهى فيقتصر قوله وصح العقد لانه شرط لم يمكن في صلب العقد جعله لا يعتد الكتابة قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني ان الشرط الباطل انما يبطل الكتابة انما تمكن في صلب العقد وهو ان يدخل في احد البدلين كما اذا قال كاتبتك على ان تخدمني مدة او زنانا وهذا ليس كذلك لانه لا شرط لا في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا يفسد به الكتابة انتهى ورد عليه البعض الفضلاء حيث قال قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابلة فك الحجر والحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص الفك والحرية فليتامل فان مراده بما يقابله هو المكاتب الان هذا الشرط لا يختص به ايضا كما سيجئ بعد اسطر انتهى اقول ليس في الك يشتفي لان كون المنع من الخروج من تخصيص الفك والحرية لا يقتضي كونه داخلا فيهما فان تخصيص الشئ قد يكون بامر خارج عنه اخص منه كما اذا عرفت الانسان بالحيوان الضاحك فان قيد الضاحك تخصيص الحيوان بالانسان مع انه خارج عنه قطعا وما نحن فيه من قبيل ذلك ايضا فلا يلزم ان المنع من الخروج خارج عن حقيقة الفك والحرية وكذا لا يحال لو كان المراد ما يقابله هو المكاتب فان اختصاص هذا الشرط به لا يقتضي دخوله فيه بل لا مجال لدخوله فيه اصلا كما لا يخفى والذي نقله صاحب العناية انما هو دخول هذا الشرط في بدل الكتابة او فيما يقابله اذ تحقق التمكن في صلب العقد كما عليه قوله وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يمكن في صلبه هذا هو الاصل قول قائل ان يقول قد مر قبيل هذا الباب في مسئلة جواز الكتابة على عبدان غير موصوف ان استحقا قالوا بمشابهة عقد الكتابة للنكاح وعللوا بها ورد وا على الشافعي قوله بمشابهة البيع فكيف يصح منهم الحمل هنا بشبهة البيع ايضا يمكن ان يجاب عنه بان الحمل بالشبهين معا فيما يمكن الحمل بهما كما فيما نحن فيه لا ينافي الحمل باحدهما بعينه دون الآخر لجواز الاول على الثاني فيما لا يمكن الحمل بهما معا كما في تلك المسئلة المارة فتامل قوله او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وبهذا الشرط ينقص العبد الى آخره قال صاحب

لان الكتابة عقد يجرم قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له ولا يجب به يتصدق لا بالنفي البسير لان الهبة والصدقة تتوعد وهو غير مالك ليملكه لان النفع اليسير من ضرورات التجارة لانه لا بد منه من ضيافة واعارة يعتمد عليه الجاهز ون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضرورة بانه وتوابعه ولا يتكفل لانه نوع محض فليس من ضرورات التجارة ولا اكتساب فلا يملكه بنوعيه نفسا وما لان كلا ذلك تبرع ولا يفرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب فان هب عبدا عرض لم يصح لانه تبرع ابتداء فان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه تملك به المهر فدخل تحت العقد قال وكذلك ان كاتب عبده وانما سمات لا يجوز هو قول زفر لانه انشاء فيرده لان ماله اعتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتسبا للمال فملكه كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو المقصود لان البيع لا يتم الا بقبض المبيع والثمن فيملكه الاب والوصي شرعا وجب المملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب قوة ما هو ثابت له قال فان ادى المكاتب عتق الاول ولاؤه للاول لان ما قبضه فهو ملك مولاه بسبب اضافة الاعتاق اليه في الحالة فاذا انعقد واضافته الى صار الحق لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا ثبت الملك للمولى قال فولاء الثاني بعد ذلك وعتق لانه تعلق الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل من المعتق وان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له

غاية البيان لو قال في جانب المولى اعتاق او قال في جانب العبد عتق كان اولى انتهى اقول كل من شقي كلامه منظور فيه اما شقه الاول فلانه لو قال في جانب المولى اعتاق لم يتم المطلوب لان هذا الشرط لا يخص العبد كما صرح به المصنف فلا يلزم من كون الكتابة اعتاقا في جانب المولى ان لا يكون هذا الشرط المذكور مفسدا في جانب العبد بخلاف ما اذا كانت اعتاقا في جانب العبد كما لا يخفى فلهذا قال ان الكتابة في جانب العبد اعتاق واما شقه الثاني فلان الاعتاق في قوله في جانب العبد اعتاق مصدر من المبني للمفعول دون المبني للفاعل فيؤول الى العتق وكان قوله في جانب العبد عتاق وقوله في جانب العبد عتق بمنزلة واحدة كما لا يخفى ثم قال صاحب الغاية وهذا الذي قالوه ضعيف اذ حاصل كلامهم ان الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا تفسد الكتابة ايضا بالشروط الفاسدة لشبهه بالعتق والقائل ان يقول اذا كان شبهه بالعتق اثر ينبغي ان لا يفسد الكتابة ايضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم ان ما في الهداية من البيان ضعيف والاولى ما بيناه انتهى كلامه قال الفاضل المحشي بعد نقل اعتراض صاحب الغاية على هذا الوجه ولا يخفى عليك انه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانه من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالدخل في صلب العقد او نقول يندفع بقوله في حق هذا الشرط انتهى اقول كل من وجهي دفعه غير سالم اما وجه الاول فلان كون الكتابة من جانب المولى معاوضة تحقق في كل صورة من الكتابة فلو كان ذلك علة للفساد لفسدت بغير الدخل في صلب العقد ايضا وان رجع الى الحمل بكونها معاوضة فيما دخل في صلب العقد بكونها اعتاقا في غير ما دخل فيه رعاية للشبهين رجع هذا الوجه الى الوجه الاول واما وجه الثاني فلان التقييد بقوله في حق هذا الشرط لا يدفع الاشكال المذكور اذ القائل ان يقول اذا كان شبهه بالعتق اثر ينبغي ان يعتبر اعتاقا في غير هذا الشرط ايضا قوله لان الكتابة تملك المجوز تحمل المكاتب ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه قال بعض الفضلاء تامل بل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها وقال المحشي انه لا يمكن انتهى اقول بل يمكن تعميمه لما ذا الظاهر ان مدار حكمه بانه لا يمكن هو ان الكتابة تبطل تزويج نفسها تملك المهر فيصير ذلك وسيلة الى اكتساب المال الذي هو المقصود بالكتابة وما خذ ذلك ما ذكره المصنف فيما سياتي في تعليل مسئلة جواز تزويج المكاتب امته بقوله لانه اكتساب للمال فانه تملك به المهر فيدخل تحت العقد انتهى لكنه ليس بتام فان تزويج المكاتبة نفسها وتزويج المكاتب امته فرقا كما سيجيء في اثناء شرح مسئلة تزويج المكاتب امته فيما سياتي وقد اوضحه صاحب النهاية حيث سئل هناك بان المكاتب لما ملك تزويج امته بهذه العلة ينبغي ان تملك المكاتبة تزويج نفسها لوجود هذه العلة فيها ينبغي ان تملك المكاتبة لانها تملك المهر فيسقط نفقتها فاجاب لكنها فيما تملك جناية رقيق المكاتب وولده من كتابة عتاق الملبوط ان المكاتبة لا تزوج بغير اذن المولى واجاب بان تزويج المكاتبة نفسها ليس لاكتساب المال بل للتحصين والعلة فان مقصودها من تزويج نفسها شيء آخر سوى المال فلذلك لم تزوج هذا الاعتبار بما قلناه وله الفرق الثابت بالكتابة وتامل وبهذا وقع الفرق بين هذا وبين تزويج الامة وعزاه الى الملبوط المتحصل من ذلك الجواب ان الدليل المذكور ههنا يمكن تعميمه لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها ايضا كما لا يخفى تامل تقف نعم قول جماعة من الشراح ومنهم صاحب الكافي بعد قول المصنف والتزوج ليس وسيلة اليه بل فيه التزام المهر والنفقة انتهى يشعر باختصاص هذا الدليل بالمكاتب ان التزام المهر والنفقة انما يتصور في حق المكاتب دون المكاتبة ويمكن الكلام في امكان تعميم الدليل الواقع في عبارة المصنف ثم ان الدليل الاظهر المتبادر من شانه توهم الاختصاص بل الذي ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يجوز للمكاتب ان يتزوج بغير اذن مولاه وكذا المكاتبة لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان المولى يملك رقبة المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار

قال وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده او زوج امته لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعها الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس فاشبه الزوال بغير عوض وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة عجز وفي تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب كان في تزويج الامة والكتابة نظر له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية قال فاما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف له ان يزوج امته على هذا الخلاف وللمضارب والشريك مثل ذلك

بمنزلة عبد مشترك بين اثنين اذ لا ينفرد احدهما بالنكاح انتهى كلامه نعم ما ذكره من الدليلين بعبارته ورد في الذكر ولكن بدل التزويج الموت او نحوه فالله تعالى قوله وان اعتق عبده على مال او باعه نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه قال صاحب العناية في حل هذا المحل قد تقدم ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة او من ضروراتها واعتاق العبد على مال ونحوه مما ذكره هنا ليس من ذلك فلا يملكه انتهى اقول فذهل الشارح المذكور عن المقام في تقريره الكلام حيث قال ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة او من ضروراتها مع انه يملك ايضا ما كان من الاكتساب دون التجارة وضروراتها كتزويج امته وكتابة عبده على ما مر فان الاكتساب اعم من التجارة كما يجيء فالحق ههنا عبارة المصنف حيث قال لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه لا يقال ان مثل تزويج امته من ضروريات التجارة وان لم يكن من نفس التجارة فاندرج في قوله او من ضروراتها لانا نقول ليس ذلك من ضروراتها ايضا لان المأذون لا يملك التجارة اجماعا ولا يملك تزويج امته عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما سيأتي وقد تقرر عندهما ان من ملك شيأ يملك ما هو من ضروراته كما مر من قبل فلو كان ذلك من ضروراتها لملكه المأذون ايضا اجماعا فلا محيص عن الحذر في كلام الشارح المزبور الا بان يجعل لفظ التجارة في كلامه مجازا عن مطلق الكسب اطلاقا للخاص على العام قوله كذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب يعني يملك الاب والوصي في رقيق الصغير ما يملكه المكاتب في رقيق نفسه لا يملكان في رقيق الصغير الا يملكه في رقيق نفسه فيملكان تزويج امته الصغير وكتابته عنده لا تزويجه ولا بيعه من نفسه ولا اعتاقه على مال كذا قالوا واعترض عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فيما نقل عنه في الحاشية لقائل ان يقول الاعتاق على مال انفع من البيع على ما مر ولا مانع ههنا بخلاف المكاتب فان كون العتق فوق الكتابة مانع ثمة فاذا ملكا البيع كان ينبغي ان يملكا العتق على مال ايضا انتهى اقول لا يمر في هذا الكتاب في كتابة ولا في شيء من العتق انفع من البيع وانما الذي مر وتقرر في عامة الكتب ان الكتابة انفع من البيع لانها لا تخرج الملك الا بعد وصول البدل الى المالك والبيع يزيله قبله ولا شك ان الاعتاق على مال يزيله قبله ايضا مع ما فيه من اشغال الدين في ذمة المفلس كما مر انفا فلم يكن انفع من البيع لا محالة ولا نظير البيع فيبطل قوله فاذا ملكا البيع كان ينبغي ان يملكا العتق على مال ايضا قوله واما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف له ان يزوج امته اقول في هذا التحرير نوع اشكال فان كان المشار اليه بذلك في قوله فلا يجوز له شيء من ذلك ما ذكر قبيل هذه المسئلة من قوله وان اعتق عبده على مال او باعه نفسه او زوج عبده لم يجز فيشكل كون كلمة اما في قوله واما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك مما يأباه اذ حكم ما ذكر قبيله ايضا عدم الجواز مع ما فيه قوله وقال ابو يوسف له ان يزوج امته فان تزويجه الامة ليس بداخل في ما يتبادر الى الصور المذكورة قبيل هذه المسئلة فما معنى بيان خلاف ابي يوسف فيه وان كان المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب فيجب عليه ان يجوز له بعض ذلك كالبيع والشراء فانهما يجوزان للمأذون له قطعا كما يجوزان للمكاتب فلا معنى للسلب الكلي فان قلت المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب اصالة ومسئلة بيع المأذون وشرائه والسفر انما ذكرت في اثناء هذا الباب تمهيدا لقوله فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة الى آخره كما ذكره صاحب العناية قلت قد عرفت هناك ان البيع للتمهيد انما هو مسئلة مجاز المفردون مسئلتي جواز البيع وجواز الشراء فحديث الذكر للتمهيد دون الاصالة لا يتم عذر الاهتمام ولا يهتدي الى صاحب العناية وقاية ذكر في هذا الباب ولا الباب من تصرفات المكاتب بقوله بيعه وشراؤه وسفره وان شرط عدمه والنكاح امته وكتابة عبده وثانيا ما البيع منها بقوله لانه من التجارة ولا يتجه على بعض وتصدقا بالبيسير وتكفله واقراضه واعتاق عبده ولو بمال ثم لما قال شيء من ذلك البيع سرا دون مضاربة وشركة تنطح فيها صدور الشريعة لما في المشار اليه من الاشتباه فالاشكال محل الاشارة على المنفيات فقط وهي من قوله لانه من التجارة الى آخره لكونها على قرن واحد ثم حملها على مجموع المنفيات والمثبتات لعدم تمامها في صورتي البيع والشراء من المثبتات وما في الكتاب فلا تيسير ذلك التوجيه اما اولا فلان المنفيات لم تذكر

هو قياسه على المكاتب واعتبره بالاجارة وليس المأذون له بملك التجارة وهذا ليس بجيد فاما المكاتب فيملك الكتابة

فيه على قرع احد بابي كرت كل واحدة من المنبات المنتظمة مع الاخرى فلا يتم الاشارة الى البعض دون الآخر من الفظ وانا بينا خلاف قوله وقال ابو يوسف له ان تزوج امته بخلاف ذلك لان تزويج الامة من قبيل المنبات في المكاتب وانا اتعجب من شراح هذا الكتاب كيف لم يتفطنوا لهذا التوجيه لاجل الاشكال مع ظهور الكلمة في التحرير قوله هو قاسه على المكاتب اعتبره بالاجارة اي ابي يوسف رحمه الله قاس المأذون له على المكاتب فان المكاتب يجوز ان يتزوج امته فكذلك المأذون له اذا عتبر التزويج بالاجارة فان المأذون لا يجوز ان يزوج عبده امته فكذلك يجوز ان يتزوج امته كذا في الشروح الاول في كل من قياسه واعتباره نظرا في الاول فلانه ليس قياس المأذون له على المكاتب فيما يجوز ليصح قياسه عليه في كتابة عبده ايضا فان المكاتب يجوز ان يكاتب عبده فينبغي ان يجوز للمأذون ايضا ان يكاتب عبده بطريق القياس مع ان كتابة المأذون له عبده ما لا يجوز بالاتفاق واما في الثاني فلانه لو تم اعتبار التزويج بالاجارة من حيث ان جواز ها للمأذون له لا يقتضي جوازه لا يضا لانه لا يجوز تزويج عبده ايضا كما يجوز اجارته عبده وانما على النص واعلم انه لا يجوز تزويج عبده بالاجماع ثم ان صاحب النهاية قال ثم استعمل لفظ القياس في الجنسين فيما المأذون والمكاتب لفظ الاعتبار في الفعلين وهما التزويج والاجارة لان المماثلة بين بذين الجنسين ظاهرة الخ في كل منهما فكيف يجوز اطلاق التصرف فكان شرط القياس من جواز ان استعمال لفظ القياس لذلك واما في بذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير لما ان الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين لان المنفعة حكم المالية الا ترى ان يصلح ان يكون الشيء صداقا في الذمة بمقابلة المنافع كما لا يثبت دينا بمقابلة الاموال الحقيقة في البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هنا كما ليق انتهى كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلانه ان اراد بقوله اما في كل منهما فكيف يجوز اطلاق التصرفات ان في كل منهما فكيف يجوز اطلاق جميع التصرفات فليس كذلك قطعا اذ لا يجوز لكل احد منهما كثير من التصرفات على تأمل في كتابهما وان اراد ان في كل منهما فكيف يجوز اطلاق التصرف الذي اطلق في الآخر ايضا فليس كذلك ايضا لانه يجوز للمكاتب ان يكاتب عبده ولا يجوز ذلك للمأذون له بالاتفاق وان اراد ان ذلك ان في كل منهما فكيف يجوز اطلاق بعض من التصرفات في الجملة فمسلم لا نه لا يتجه على المماثلة المعتبرة في القياس فضلا من ظهورها وانا بينا فلان قوله لما ان الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين الخ لا يدل على ان يكون المماثلة بين الفعلين من حيث الفعلية لا غير فان استعمال المماثلة في الفعلية بهذا المعنى من الخصوصية لا يستدعي اتحادها من كل الجهات الاخر التي من جملتها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتجه التعرض لقوله في النهاية بعد نقل ما في العناية وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين فعلين وان كان غيره ذلك فلا يسلم انتهى قول هذا النظر مندفع فان المراد بالقياس هو الشرعي كما يشهد عليه بحثه دليلا على المسئلة الشرعية قوله فذلك لا يكون بين فعلين الخ قد علمت ان ذلك لا يضر بالمماثلة المعتبرة في القياس من حيث الفعلية قوله وانما على النص لانه لا يجوز تزويج عبده بالاجماع الخ اقول فيه بحث اما اولا فلان الاجماع المذكور لا يصلح مستندا لما ذكره من التعليل بل مراده بذلك ما علمه منها من حيث علمه وقصر فهما وادراكه في بيان القياس الشرعي بينهما من هذه الحيثية وان اراد به انه لا يكون بين الجنسين بهذه الحيثية من الحيثيات فهو فاسد لاستلزامه على انه لو كان المراد ما ذكر من القياس بينهما غير الشرعي كان منع الملازمة ايضا ساقطا لان لفظ القياس اكثر واشهر استعمالا في نفي المماثلة من لفظ الاعتبار حتى ان نفي المماثلة كان يعتبر في اكثر نفي القياس من حيث الاشتهار ومن هذا قال في بعض الحواشي لا يجوز نفي غيره قاس الشيء بالشيء قدره على مثاله فكان استعمال لفظ القياس في الشيئين اللذين بينهما مماثلة ظاهرة واستعمال لفظ الاعتبار في الامرين اللذين بينهما مماثلة خفية تحكم لكن يمكن ان يقال قد يقطعان فيه توفيقا بالاولوي والانصف للانصف ثم ان صاحب النهاية بنى ان يكون لفظ القياس والفظ الاعتبار مترادفين حيث قال قبل نقل ما في النهاية وقاسه اعتبره مترادفان قول ان اراد انهما مترادفان من حيث اللغة فهو ممنوع جدا وان اراد انهما مترادفان في عرف الفقهاء والمصنفين فلا نسلم قوله فليتتبع قوله ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة اقول كان الظاهر ان يقال ان المأذون له

بعض الشبه ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال وبهذا لا يملكه الماذون لانه لا يملك الا التجارة **فصل قال** واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا ترى ان الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رح وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة يشملهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما حتى لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه **قال** واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولدها اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رح لانها ام ولد خلافا لابي حنيفة رح

لا يملك الا التجارة بالعقد حتى يلزم من ضم المقدمة الثانية وهي قوله هذا اي تزويج الامة ليس بتجارة ان لا يملك الماذون له تزويج الامة فان مجرد ان يملك التجارة لا ينافي ان يملك غيرها ايضا فلا يلزم منه ان لا يكون تزويج الامة تجارة ان لا يملكه الماذون له فلا يتم التقريب **قوله** ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال اقول يرد على قوله اذ هي اي الاجارة مبادلة المال بالمال انه يلزم حينئذ ان ينتقض تعريف البيع بمبادلة المال بالمال بالاجارة مع ان تعريف مسلم متفق عليه وقد رد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث لانه مخالف لما ذكره الشارحون في وجه مناسبة الكتابة بالاجارة فليتامل انتهى اقول يمكن التوفيق بين ما ذكره المصنف هنا وبين ما ذكره الشراح في وجه مناسبة الكتابة بالاجارة في صدر كتاب المكاتب وقد قالوا ورد عليه الكتابة بعد عقد الاجارة قلنا مناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال انتهى بان مرادهم بما ليس بمال ما ليس بمال حقيقة ومراد المصنف بالمال في قوله اذ هي مبادلة المال بالمال ما هو مال حكما وان لم يكن مالا حقيقة فان احد البدلين في عقد الاجارة وهو المنفعة جعل في حكم المال وتسليم رقبة العين واقاما مقام المنفعة بخلاف عقد الكتابة ويفصح عن كون المراد بالمال في قوله اذ هي مبادلة المال بالمال ما قلنا قول صاحب معراج الدراية في تعليل ذلك لما ذكر فلان المنفعة في الاجارة في حكم المال انتهى ثم اقول ويمكن ان يحمل المال في تعريف البيع بمبادلة المال بالمال على المال الحقيقي دون ما يتناول الحكمي بناء على قاعدة انصراف المطلق الى الكامل فحينئذ لا يرد انتقاض تعريف البيع بالاجارة لان احد البدلين هناك مال حكما لا حقيقة كما عرفته انفا ثم ان عامة الشراح قالوا في تعليل قول المصنف اذ هي مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال حتى قال صاحب النهاية بعد ذكر التعليل لان المنافع في باب الاجارة تصلح مهرا في النكاح مع ان النكاح شرع ابتغاؤه بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم انتهى وكذا قال صاحب الغاية ايضا غير انه لم يذكر الواو في قوله لان المنافع في باب الاجارة تصلح مهرا في باب النكاح بل جعله علة لما قبلها اقول فيه بحث لانه مخالف لما ذكره المصنف في باب المهر من كتاب النكاح في تعليل قوله وان تزوج حر امراة على خدمته سنة او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها حيث قال بعد بيان خلاف الشافعي في ذلك لنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا انتهى فانه صريح في ان المنافع ليست بمال على اصلنا سيما في باب النكاح فتامل

فصل لما فرغ من ذكر مسائل نوع الكتابة بطريق الاصالة شرع في ذكر مسائل نوعها بطريق التبعية ووجه تعقيبها ان التبع يتلو الاصل **قوله** واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها هذا لفظ القدوري قال المصنف ومعناه اذا كان معها ولده وقال صاحب النهاية في شرح المقام امراة المكاتب لعقته اذا ولدت قبل ان يملكها المكاتب بوجه من الوجوه ثم ملكها فان ملكها مع الولد فليس له ان يبيعها بالاتفاق والقول في عبارة تخلل لان المعتقة بالتاء في وصف المراة يخالف اللغة اذ قد يقع في كتب اللغة ان الحامل المعقدة اشتمل يستوي فيه الاثنان والجمع والمؤنث حتى قال صاحب المغرب الامة قد نسخه انتهى **قوله** واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها قال الشراح في الشريعة فان قلت اذا ثبت للولد حقيقة الحرية يثبت للام حقها وهنا ثبت للولد حق الحرية فينبغي ان لا يثبت للام حقها تحقيقا لانحطاط رتبتها عن الولد قلت للكتابة احكام منها عدم جواز البيع فيثبت للام هذا الحكم دون الكتابة تحقيقا لانحطاط الرتبة فان قلت لم لا يصير مكاتبة تبعا للولد قلت لان العقد ما ورد عليها انتهى اقول فيه نظر لان عدم ورود العقد عليها لا يقتضي ان لا تصير مكاتبة تبعا للولد وانما يقتضي ان لا تصير مكاتبة اصالة الا يرى ان المكاتب اذا اشترى اباه او ابنه دخل في كتابته وصار مكاتبا تبعا لولده كما مر مع ان العقد ما ورد على الاب ونحوه ايضا قطعا فالصواب في الجواب عن السؤال الثاني ان يقال انها لا تصير مكاتبة تبعا لولدها تحقيقا لانحطاط رتبتها عن ولدها في حق الحرية الا يرى انها لا تصير حرة في الحال تبعا لحرية ولدها في الحال بل يثبت لها حق العتق معلقا بموت سيدها على ما عرف في موضعه فلذا لا تصير مكاتبة تبعا لولدها بل يثبت لها بعض احكام الكتابة كما ذكر في الجواب عن السؤال الاول بخلاف الاب اذا ملكه ولده فانه يدخل في عين حرية ولده سواء كان حقيقة

[illegible]

الحرية او حتما تحقيقا للصلة بعد الامكان على ما مر ثم قال في الشريعة فان قلت العقد ما ورد على الولد ايضا قلت ورد على المكاتبة الولد جزؤه فيكون وارد اعليه بالتبعية الا ترى انه ينتفي قوله فيما يخصه نظرا لان كون قرابة الولد قرابة جزئية لا تقتضي ان يكون ورود العقد على الاب ورودا على الولد ايضا والا يلزم ان يكون كتابة الولد ايضا فيما نحن فيه اصالة لا تبعا لوالده فلا يصح قول المصنف ما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا كما لا يخفى ويلزم ايضا ان لا تثبت فروع صدر ابي حنيفة رحمه الله بين ما اذا كان ولدها معها في الاشتراء وبين ما اذا لم يكن ولدها معها فيه تدبر تفقه قوله ولان القياس ان لا يجوز بيعها وان كان معها ولدها الى قوله وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء القياس في فيه قال صاحب العناية فلقائل ان يقول القياس كما يأتي فيه ابتداء فيه مع الولد على ما مر في اول الدليل فتخصيص نفسه بالابتداع انه مناف لصدر الكلام تحكم والجواب انه ليس تحكما وانما هو من باب الاستحسان بالاثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله القياس في فيه يعني والنص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها الولد الى هنا كلامه اقول في الجواب بحث وهو ان الاثر المذكور لا يفرق بين ما اذا كان معها ولدها وبين ما اذا لم يكن معها ولد بل هو بظاهر اطلاقه يتناول الصورتين معا فعوله ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ان اراد ان الاثر المذكور يدل عليه فهو ممنوع جدا وان اراد به ان ذلك امر ثابت مقرر بدون دلالة الاثر المذكور عليه فهو يرد على المصادح اذ هو اول المسئلة فان الامامين لم يقبلاه فلم لم يجز بيع المكاتب امرأة المشتراة التي ولدت منه قبل ان يملكها بناء على انها ام ولده وان لم يملك ولدها قط على ان قوله ولا شك ان الولد انما يعتق بالام اذا ملكه الاب ليس بتام على قول اصحابنا لانه ان اراد بالملك في قوله اذا ملكه الاب ملك اليمين فهو ليس بشرط في عتاق الولد امها عند احد من اصحابنا الا ترى ان حر اذا استولد امة فضلا لا يجوز بيعها بالاثر المزبور حتى ان الولد هنا ملك اليمين بملوكية الاب ملك التصرف في امه بالوطء عليه فهو ايضا ليس بشرط في اعتاق الولد امها عند اصحابنا فان من استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولده عند اصحابنا جميعا على ما مر في باب الاستيلاد من كتاب العتاق فلا يجوز بيعها عندهم مع ان التصرف في امولك الولد والولاية عليها انما هو لذلك الغير الذي كان مولى ذلك الولد بسبب ان كانت الامة مملوكة له عند الاستيلاد والا بيه فظهر ان قوله ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتام على كل حال قوله ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتهما وكان كسبها وفي بعض النسخ دخل في كتابتها وكان كسبها اي في الدخول تبعا وفي الكسب تبعا خانية الولد الاول بالغ لان فائدة الدخول هو الكسب كذا في العناية وغيرها قال بعض الافاضل فيه تأمل لانه لا فرق بين ان يكون الولد بالغا او صغيرا لان الصغير لا يتبع الاب في الرق والحرية فلما كان كسب الام خالصة لم تتحقق فائدة قط في دخول الولد في كتابة ابيه كان القول بدخوله في كتابة امه فقط جوابه ثم ان عتق الولد يعتق امه انما يكون فائدة للولد لو لم يدخل في كتابة امه فقط فلا يناسب في فيه الكلام في الثاني وليس كذلك فتدبر الا ان يقال ان جعل فائدة الولد فائدة الام ايضا فلا فائدة ايضا انما تتحقق بالنظر الى دخوله في كتابة امه فقط فلا يناسب في كون الاول هو الوجه بل يؤيده وما حديث ان لا يبلغ الولد مبلغ الكسب فلا فائدة له هنا لان المراد فائدة الدخول ما يصلح ان يكون فائدة في الجملة والكسب كذلك فانه على تقدير حصوله يصير فائدة

فصل

فصل سائل جامع فصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول فصلها عما قبل وصلها بما ذكر كذا في الشروح قوله ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة قال في الشريعة فان قلت ينبغي ان لا يسقط لان الاكساب تسلم لمولاه كذا اولادها التي اشتراها بعد الكتابة فيه نظر اما اولا فلان الكتابة صحت اتفاقا بشبهة المعاوضة وبالنظر اليه لا يسقط البدل وبشبهة الشرط وبالنظر اليه يسقط الا ترى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها

قال واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لا يمكن توفير العرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها من غير فائدة غير انه تسلم لها الاكساب والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرنا ولو ادت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قال وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق وان مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة

ثلاثا يبطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بجهة المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بجهة الشرط انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب العناية والشارح العيني في هذا السؤال والجواب اقول في الجواب نظر اما اولا فلانه قد تقرر فيما مر مرارا ان العمل بالشبهين انما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين وههنا ليس كذلك لان جهة كون الكتابة معاوضة يستلزم عدم سقوط البدل وجهة كونها شرطا يستلزم سقوطه وهما اي السقوط وعدمه متنافيان قطعا لا يمكن اجتماعهما في محل واحد في حالة واحدة تنافي اللازمين يوجب تنافي الملزومين فلا يمكن اجتماعهما كذلك واما ثانيا فلان العمل بالشبهين يتصور ههنا فانما يتصور عند ثبوت الكتابة لانها هي المشابه لكل من المعاوضة والشرط لا عند بطلانها لانه ينتفي حينئذ محل المشابهة بالكلية فما معنى قول هؤلاء الشراح فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط ثم اقول الحق في الجواب عن ذلك السؤال ما اشار اليه المصنف في المسئلة الآتية بقوله غير انه تسلم لها الاولاد والاكساب لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه انتهى تامل **قوله** واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية قال صاحب العناية لا يقال احدهما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت لها وكانا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقاها على سبيل البدل انتهى ورد بعض الفضلاء قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين بان قال ان اراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفي العتق بالكتابة يسلم اما الاكساب بخلاف العتق بامومية الولد وان اراد النوعية فلا تنافي انتهى اقول وهو مردود بشقيه اما شقه الاول فلان صاحب العناية ان اراد بقوله والعتق الواحد لا يثبت بهما الوحدة الشخصية كما هو الظاهر فلا مجال لعدم تسليمه لانه ما قال العتق الواحد يثبت بهما حتى لا يسلم ذلك ويجعل اختلاف العتق بالكتابة والعتق بامومية الولد في اللوازم سند المنع ذلك بل قال العتق الواحد لا يثبت بهما وعدم ثبوت العتق الواحد الشخصي بالسببين المختلفين في اللوازم امر جلي لا يقبل المنع وما ذكره ذلك البعض في معرض السند بقوله كيف وفي العتق بالكتابة الى آخره لا يصلح ان يكون سند المنع ذلك بل انما يكون علة لسقوط المنع عنه واما شقه الثاني فلانه ان اراد بقوله فلا تنافي في قوله وان اراد النوعية فلا تنافي انه لا تنافي بينهما من حيث الاجتماع فهو ممنوع كيف والعتق بالكتابة يستلزم سلامة الاسباب لها بخلاف العتق بامومية الولد فانهما يجتمعان معا وان اراد بذلك انه لا تنافي بينهما من حيث التلقي على سبيل البدل فهو عين ما قاله صاحب العناية في تعليل لا يقال **قوله** غير انه تسلم لها الاولاد والاكساب لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه قال صاحب غاية البيان ولقائل ان يقول النظر لها في ايفاء حقها اليها وحقها الحرية وقد حصل لا في ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم يعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي ان يكون الكسب للمولى لا لها لانها عتقت بالاستيلاد لا بالكتابة انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا الايراد عن الشارح المزبور وانت خبير انه ليس فيه ابطال حق الغير فانها عتقت وهي مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تامل انتهى اقول ليس هذا بدفع صحيح لان ملك المكاتب والمكاتبة في اكسابهما انما هو يد الا رقبة ولهذا لا يملكان التبرع فيها وانما رقبة اكسابهما ملك مولاهما كرقبة انفسهما ما لم يؤديا بدل كتابتهما بالتمام كما يفهم هذا كله مما سبق ومما يأتي فقوله وملكها يمنع ملك الغير فيه ليس بجيد لان ملكها في كسبها يدا لا يمنع ملك الغير الذي هو المولى فيه رقبة فلا يندفع الاستشكال بلزوم ابطال حق الغير بالنظر الى ملك الرقبة ثم قال صاحب الغاية ولنا في قوله تسلم لها الاولاد ايضا نظر لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالتعليل المزبور الذي ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة ايضا في حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد ام الولد حكم الام لانه تابع للام حالة الولادة انتهى كلامه اقول هذا النظر ساقط جدا لان المراد بالاولاد التي ذكرت

وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح تسعى في الاقل منهما وقال محمد رح تسعى في الاقل من ثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار فابو يوسف مع ابي حنيفة رح في المقدار ومع محمد رح في نفي الخيار اما الخيار ففرع تجزي الاعتاق والاعتاق عنده لما تجزي بقي الثلثان رقيقا وقد تلقتها جهتا حرية ببدلين معجلة بالتدبير ومؤجلة بالكتابة فتخير

بالتعليل المذكور هي الاولاد التي ولدت قبل كتابة امها من غير مولى وقد اشترتها امها حال الكتابة كما صرح به تاج الشريعة حيث فسر الاولاد في قول المصنف تسلم لها الاولاد والاكساب بقوله اي الاولاد التي اشترتها المكاتبة في حال الكتابة لا الاولاد التي ولدت من مولاها انتهى ولا شك في الحاجة الى التعليل الذي ذكره المصنف في بيان سلامة امثال تلك الاولاد بها اذ لو اعتبرت الكتابة مفسوخة ايضا في حق امثالهم لكانوا ارقاء لورثة المولى فلم يكن النظر لها باقيا في حقهم اذ ذاك قطعا وقال صاحب العناية في هذا المقام ولقائل ان يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب ان تحقيق كلامه ان بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين احدهما ان يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل والثاني ان يبطل لانتهائه بايفائه وبالاول يعود رقيقا فاولاده واكسابه لمولاه وبالثاني يعتق هو واولاده وتخلص له ما بقي من اكسابه حيث احتجنا الى ابطال الكتابة نظرا للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الاول منها اليه انتهى اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلان كون الكتابة عقدا واحدا لا ينافي تصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة اذا كانا من جهتين مختلفتين فانهم شرطوا في تحقق التناقض امورا منها وحدة الجهة وههنا لم تتحقق تلك الوحدة لان بطلان عقد الكتابة من جهة البدل وعدم بطلانه من جهة الاولاد والاكساب كما يفصح عنه قول المصنف لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد فلا محذور اصلا واما الثاني فلوجود احدها ان انتهاء الكتابة بايفاء البدل انما هو بتمامها وتقررها فجعله احد طريقي بطلانها مما لا يساعده العقل والنقل وثانيها ان المكاتبة في مسئلتنا هذه ممن لم يقع منه ايفاء البدل فكيف يحمل بطلان الكتابة في حقها على ايفائه واعتبار غير الواقع واقعا المجرد النظر لها مما لا نظير له في قواعد الشرع وثالثها ان قول المص لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد فيها في المعنى الذي عده الشارح المزبور تحقيق كلامه لانه على تقدير ان يحمل المقام على انتهاء الكتابة بايفاء تمام البدل يصير امر الكتابة في حق البدل وفي حق الاكساب والاولاد على السواء كما هو الحال عند ايفاء البدل حقيقة فلا يكون لاعتبار انفساخ الكتابة في حق البدل وبقائها في حق الاكساب والاولاد وجه ورابعها ان حمل بطلان عقد الكتابة ههنا على المعنى الثاني الذي تخيله هذا الشارح لا يدفع اصل السؤال لان البطلان على اي معنى كان وعدمه في حالة واحدة متنافيان قطعا اذا كانا من جهة واحدة وان صير الى اختلاف الجهتين لا يبقى احتياج الى مقدمة من مقدمات الجواب المذكور اصلا ثم قال صاحب العناية لا يقال في كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين لان الكتابة جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه وعلل الثانية بالاولى والاولى بالثانية فتامل فلعله سديد الى هنا كلامه اقول هذا السؤال ايضا ليس بشيء وجوابه ليس بسديد اما الاول فلان المعلول الواحد بالشخص انما لا يعلل بعلتين مستقلتين على سبيل الاجتماع واما على سبيل البدل فيعلل بهما قطعا على ما تبين في موضعه والامر فيما نحن فيه وفي سائر المسائل التي يذكر لها دليلان او ادلة كذلك فان المقصود في امثال ذلك التنبيه على ان كل واحد من الدليلين او الادلة مما يصح ان يعلل به المطلوب بدلا عن الآخر واما الثاني فلان كون المعلل بالعلة الاولى الجهة التي هي على المكاتب ممنوع لان تلك الجهة ان تلزمه ايفاء البدل وقوله لامتناع ايفائها من غير فائدة لا يدل على ذلك بل يدل على خلافه لان عدم الفائدة لسقوط بدل الكتابة عنها واذا سقط عنها البدل لا يلزمها ايفاؤه قطعا فلم يكن ما ذكره من توزيع التعليلين على ما لها وما عليها سديدا كما لا يخفى قوله عنده لما تجزي بقي الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير لان في التخيير فائدة وان كان جنس المال متحدا لجواز ان يكون اداء اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واداء اقلهما اعسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا كذا في عامة الشروح وعزاه معراج الدراية الى مبسوط فخر الاسلام اقول فيه شيء وهو ان الفائدة المذكورة انما يتصور في صورة ان كان البدل المعجل بالتدبير اقل من البدل المؤجل بالكتابة واما في العكس فلا اذ لا شك ان اداء الاقل المؤجل ايسر من كل وجه من اداء الاكثر المؤجل فلا فائدة في التخيير في هذه الصورة

وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها في حرة وجب عليها احد المالين فمختار الاقل لانها لما ملكت الخيار صار المال مجهولا فلا معنى للتخيير واما المقدار فمعلوم انه قابل للبدل بالكل وقد سلمها الثلث بالتدبير فبقي المال بمقابلته الا ترى انه لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث بسقط كل بدل الكتابة فصار كما اذا مات المولى بدئ بعتق الكتابة وهذا لان جميع البدل مقابل بشيء وقد سلمها فلا يسقط منه شيء وعن هذا لا يبدل له ان قويل بالكل سعت فيه بما ذكرنا معنى وزيادة لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا وباطنا فان لا يلزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار هذا كما اذا اعتق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة البائنة لان الاربعة كذا هنا فظهر ما ذكرنا ان معرفة الكتابة وهي المسئلة التي قبلها لان البدل مقابل بالكل اذ لو استحق عنده في شيء فانه ربما قال وان ادى جميع ما بقي عليه وعجز نفسه صح التدبير لما بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المولى فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيره فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة رح وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا ان الثلث قد استحق عليه وجه ما بينا **قال** واذا اعتق المولى مكاتبة عتق باعتاقه لقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة لانه لا يلزم لا مقابله بالعتق وقد حصل له ما هو خير منه وهو الكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى لكن نفسخ رضاء المولى رضاء العبد وسلوا الى سقطه بغير بدل مراعاة لجانب المكاتب لانها بنيت على المكايسة وحقه **قال** واذا كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة نقدا جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال كالدين بالدين وجه القياس ظاهر لان الاجل ليس بمال والمال لا يقابل ما ليس بمال كالحر والمدبر والام الولد وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب خير لان العجز يسقط عنه بالتاخير والمال يجب عليه بالتعجيل فكان التاخير في حقه كالابراء عن بعض المال ولو ابرأه عن بعض المال جاز فكذا هذا

اصلا لتعيين اختياره الاقل لامحالة كما قال صاحباه مع ان الحكم باختيارهم الصورتين عنده كما هو الظاهر من اطلاق المسئلة في الكتب باسرها **قوله** وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها في حرة وجب عليها احد المالين فمختار الاقل لامحالة فلا معنى للتخيير واعترض عليه بان لا عتاق للمالك تجزء منه هما عتق كلها بالتدبير بعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لا غير فاجيب بانا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فتبقيها لذلك فلو هلك يهلك اقل فيحصل النظر لوجوه كذا في العناية اخذا من شيخ شيوخ الشريعة اقول في الجواب اشكال لان القول بابقاء الكتابة فيما بعد ان عتق كلها بالتدبير ينافي قول المصنف وعندهما لما عتق كلها يعتق بعضها في حرة اذ الظاهر ان الحرية والكتابة لا يجتمعان في شخص واحد في حالة واحدة فانى تتصور ابقاء الكتابة فيما بعد ان صارت حرة عندهما فان قلت المراد ابقاء حكم الكتابة لا ابقاء حقيقتها وهو المنافي للحرية هو الثاني دون الاول حملت لو ابقى حكم الكتابة لا تاجيلها لانه من خصائصها ولهذا قال في الكافي في تقرير دليل الامامين بناء عندهما كما اعتق كلها يعتق ثلثه لان الاعتاق لا تجزى عندهما بطلت الكتابة وبطل الاجل لانه من خصائص الكتابة وبقي اصل المال عليه غير موجل الى غيره ولو ابقى تاجيلها لزم ان لا يتم قولهما فمختار الاقل لامحالة فلا معنى للتخيير يجوز ان تختار الاكثر الموجل لكون وائله يسر مما داما الاقل فالاجل كما مر في بيان دليل ابي حنيفة فيكون هذا هو المعنى للتخيير فلا ينقطع مادة الاشكال **قوله** والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته اقول لمانع ان يمنع هذه المغايرة فانه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية والثابت في المدبر في المال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقتها نعم يجوز ان يصار الى استفادة حقيقتها عاجلا فتلتزم المال بمقابلتها الا ترى انه يجوز للمولى ان يكاتب ام ولده بالاجماع مع استحقاقها حرية الكل قطعا عند موت مولاها من جميع المال دون ثلثه فاذا جاز التزام المال من ام الولد بمقابلة ما يستحق حريته كلا للاصباح الى استفادة الحرية قبل موت المولى كما مر فلان جاز ذلك من المدبرة بمقابلة ما يستحق حريته بعضا لملك العلة بعينها اولى كما لا يخفى فلينامل واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل بوجه آخر حيث قال لا يتمشى على اصل ابي يوسف فانه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزي الاعتاق انتهى اقول ذلك ساقط لانا لا نسلم ان المكاتبة والمدبرة يستحقان بالتدبير حرية الكل عنده بل الظاهر انهما تستحقان بحرية الثلث عندهم جميعا ولهذا يتفقان عند موت المولى عن ثلث ماله ويسعيان في ثلثيهما اذا لم يكن له مال غيرهما بالاجماع وثبوت عتق الكل متبعض عند موت المولى على اصل الامامين هو عدم تجزي الاعتاق لا نفي استحقاق حرية الثلث بنفس التدبير عندهما ايضا ولئن سلم استحقاق المدبرة والمدبرة بنفس التدبير حرية الكل عندهما فالمراد بقوله لانهما استحقت حرية الثلث ظاهرا بيان انهما استحقتها مجانا من غير ان يلزمهما سعاية في ذلك الثلث كما يلزمهما في الثلثين الاخرين وبقوله والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته هو ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته مجانا بخلاف ما لا يستحق حريته اصلا ولكن يلزمه اذا مال السعاية فانه يجوز ان يستلزم المال بمقابلته ولا يخفى ان هذا المعنى تمشى على اصل ابي حنيفة وعلى اصل ابي يوسف ايضا تفكر تفهم **قوله** وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكانا ربوا قال صاحب العناية في شرح هذا الكلام القياس ان لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال لان الاجل ليس بمال والدين مال فكان في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة بعقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا من الف وذلك ربوا انتهى وقال بعض الفضلاء اشار بقوله وذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال لكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق الا ان يقال ذلك على خلاف القياس بالنص انتهى اقول ليس ذلك منقوضا بالمهر والمال المقابل بالطلاق لان المراد بعقد المعاوضة في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكر المعوض فيه بالايجاب والقبول بطريق الاصالة فيخرج منه النكاح والطلاق على مال ونحوهما لان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة وقد صرح الشراح بمثل هذا

[illegible] قال [illegible]

باب من يكاتب عن العبد قال واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم [illegible] قال [illegible] قال [illegible]

المعنى في صدر كتاب المكاتب حيث قالوا ورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وقالوا احترز بقوله بمقابلة ما ليس بمال البيع والهبة بشرط العوض وخرج بقولنا بطريق الاصالة النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة انتهى ثم قال صاحب النهاية لا يقال بل جعلت اسقاطا لبعض الحق لا يجوز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا انتهى وقال في ذلك البعض من الفضلاء لو صح هذا لم يجز هبة المهر المؤجل واسقاط الديون المؤجلة انتهى اقول ليس هذا بسديد لان المستحق في كل منهما هو المؤجل المسقط ايضا هو المؤجل ليس هناك شرط شيء معجل في المقابلة فلم يوجد التصرف في غير المستحق اصلا بخلاف ما نحن فيه فان الخمسمائة المعجلة التي وقع عليها الصلح ليست كذلك بعقد الكتابة فلم يمكن جعل الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر لان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا فلا يمكن الاستيفاء نعم لو قال صاحب العناية لا يقال بل جعلت الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء للبعض الآخر لان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا لكان له وجه لان تاثير قوله والمعجل لم يكن مستحقا في حق انتفاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انتفاء الاسقاط فيه كما لا يخفى وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قول المصنف لانه اعتياض عن الاجل لان المعجل غير مستحق بالسبب السابق فلا يمكن جعل الصلح اسقاطا للبعض واستيفاء للبعض فلو جعل شيء كذلك اعتياضا عن بعض الخمسمائة بخمسمائة اخرى والاعتياض عن الاجل لا يجوز انتهى **قوله** وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به قال بعض العلماء فيه مناقشة ظاهرة قد يصح ان الاستقراض جائز وبذلك لا يصح الكتابة الحالة فليتامل انتهى اقول هذه المناقشة انما تنشأ لو اريد وانتفى بالقدرة على الاداء الا بنفي القدرة الممكنة وهي ادنى ما يتمكن به من الاداء وانما اذا اريد بذلك نفي القدرة الميسرة وهي ما يوجب اليسر على الاداء كما هو الظاهر فلا يكون للمناقشة مجال لظهور ان اليسر على الاداء في حق المكاتب انما يحصل بالاجل لانه يخرج من يد المولى مفلسا فيمتنع الناس عادة عن اقراضه المال في الحال فيعسر الاداء عليه جدا بدون الاجل وان امكن في الجملة على ان المصنف واضرابه لم يتشبثوا في تعليل صحة الكتابة الحالة عند جواز الاستقراض بل قالوا ان عقد الكتابة عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه الا ان معنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ومتى امتنع من الاداء في الحالة يرد الى الرق انتهى فلم يتم قول ذلك المناقش وبذلك لا يصح الكتابة الحالة فتدبر

باب من يكاتب عن العبد لما فرغ من ذكر احكام تتعلق بالاصل في الكتابة ذكر في هذا الباب احكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم احكام الاصل لان الاصل في تصرف المرء انما يكون لنفسه **قوله** وهي ولي بذلك من الاجنبي يعني ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلان يجوز في حق ولده اولى لان ولده اقرب اليه من الاجنبي كذا في الشرح قال صاحب العناية بعد ان ذكر ذلك اقول ولعله اشارة الى ما ذهب اليه بعض المشائخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي وما رايته الحق انتهى وانا اقول ارى ان الحق خلافه وهو ان يكون ثبوت الجواز ههنا ايضا على وجه الاستحسان دون القياس كما يدل عليه ما ذكره الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير وما ذكره صاحب الكافي وبعض من شراح هذا الكتاب في ذلك المقام من ان ثبوت الجواز ههنا وجه القياس والاستحسان ان اراد بوجه القياس ههنا كون الولد تابعا للام كما هو الظاهر من قول صاحب العناية لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي فليس بتام لان تبعية الولد للام في الكتابة مطلقا انما تكون في الولد الذي ولدته في حال الكتابة والولد الذي اشترته في حال الكتابة لا في الولد الذي ولدته قبل الكتابة كما لا يخفى على من احاط بمسائل كتاب المكاتب خبرا ولا شك ان موضع مسئلتنا هذه في الكتابة الامة من نفسها ومن ابنين لها موجودين قبل الكتابة فلا يتصور ههنا التبعية المطلقة واما التبعية الحاصلة بالشرط ايضا في عقد الكتابة فتشمل هذه التبعية متحققة في المسئلة الاولى ايضا بلا تفاوت كما صرح به المصنف هناك وقال ههنا الاستحسان

قال وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه لأن الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر إليه قال وليس للمولى أن يأخذ العبد الغائب بشيء لما بينا فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد لأن الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه فكذا هاهنا قال وإذا كاتبت الأمة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لأنها جعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا في المسألة الأولى وهي أولى بذلك من الأجنبي

باب كتابة العبد المشترك

قال وإذا كان العبد بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما وأصله أن الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الإذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن وإذنه له بقبض البدل إذن للعبد بالأداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز قال وإذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد للأول لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه أم ولد له لأن المكاتبة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة وإذا ادعى الثاني ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق ويضمن لشريكه نصف قيمتها لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد ويكون ابنه لأنه بمنزلة المغرور لأنه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وأيهما دفع العقر إلى المكاتبة جاز لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها وإذا عجزت ترد العقر إلى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هي أم ولد للأول ولا يجوز وطء الآخر لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولد له لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن وقد أمكن بفسخ الكتابة لأنها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لأنه لا يقبل الفسخ

نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا في المسألة الأولى انتهى مع أن ثبوت الجواز هناك على وجه الاستحسان دون القياس بالاتفاق وإن لها بوجه القياس هنا ثبوت ولاية المكاتبة على أولادها كثبوتها على نفسها فلم يصح إذ قد صرحوا قاطبة بأن الأم الحرة لا ولاية لها على أولادها فكيف بالأمة وقال هذا أبو يوسف رحمه الله وضع هذه المسألة في الأمة إذ لو وضعها في العبد فربما توهم أن الجواز لثبوت ولاية الأب عليهما فلا ليعلم تساوي العبد والأمة في حكم هذه المسألة

باب كتابة العبد المشترك لما فرغ من كتابة عبد غير مشترك شرع في كتابة العبد المشترك لأن الأصل عدم الاشتراك كذا في غاية البيان وقال أكثر الشراح ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لأن الاثنين بعد الواحد أقول الوجه الأول هو الأوجه لأن الوجه الثاني لا يتمشى في المسألة الأولى من هذا الباب على قول أبي حنيفة بخلاف الوجه الأول فتأمل تقف **قوله** وإذا كان العبد بين رجلين قال بعض الشراح وفي بعض النسخ بين شريكين وهي أولى انتهى أقول وجه الأولوية أن حكم هذه المسألة يعم ما إذا كان العبد بين رجلين وما إذا كان بين رجل وامرأة أو بين امرأتين ولفظ شريكين ينتظم الكل إذ يجعل الشريك فعيلا بمعنى المفعول من شركه أي إذا كان كلاهما شاركين في أمر شارك فيه مشروك وفعيل بمعنى المفعول يستوي فيه المذكر والمؤنث أو بصيرورة لفظ الشريك من جملة الأسماء كما قالوا في لفظ التابع ونحوه حتى جمعوا التابع جمع تابع من هذه الحيثية فيتناول المذكر والمؤنث على السوية ثم إن صاحب العناية لما أخذ بنسخة بين شريكين حيث قال إذا كان العبد بين شريكين فسر بعض الفضلاء قوله شريكين برجلين حيث قال أي بين رجلين أقول هذا أمر عجيب إذ لا شك أن حكم هذه المسألة غير مختص بما إذا كان العبد بين رجلين فتخصيص لفظ يحتمل العموم للرجلين وغيرهما مما لا وجه له هاهنا أصلا ولو فسر لفظ رجلين في نسخة بين رجلين بالشريكين مطلقا تغليبا للذكور على الإناث لكان له وجه وجيه لاقتضاء المقام إياه فكيف بالعكس **قوله** وأصله أن الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة الإعتاق لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الإذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وأصل هذا الاختلاف أن الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما كالإعتاق لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده والإذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة وإنما يكون فائدة انتفاء ما كان له من حق الفسخ إن كاتبه بغير إذنه انتهى كلامه قال بعض الفضلاء في تفسير قوله والإذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة أي على مذهبهما انتهى أقول هذا خبط ظاهر لأن الإذن يفيد الاشتراك في الكتابة على مذهبهما قطعا ألا يرى إلى قولهما في تعليل مذهبهما في هذه المسألة أن الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز انتهى ولعل قوله على مذهبهما وقع سهوا من قلم الناسخ وكان الصحيح على مذهبه ثم إن صاحب العناية بعد أن شرح دليلي الطرفين في هذه المسألة بالتمام قال وكان المصنف مال إلى قولهما حيث أخره انتهى وقال بعض الفضلاء فيه كلام لأن الشائع عنه ترجيح قول أبي حنيفة كما في كتاب العتاق انتهى أقول الذي في كتاب الإعتاق مسألة الإعتاق والمذكور هاهنا مسألة الكتابة واستلزام ترجيح قول أبي حنيفة في مسألة الإعتاق ترجيحه في مسألة الكتابة ممنوع سيما إذا كانت كتابة أحد الشريكين بإذن الآخر كما نحن فيه فليس بين شيئا الاستلزام وليس الاستلزام بناء على كون الأصل في كلتا المسألتين هو التجزي عنده فترجيح قوله لم يبن على ترجيح ذلك الأصل فيهما فلم يتم بلا دليل في البيان وقد عكس الأمر هاهنا وقد فهم منه ترجيح قولهما ولما وقع التأخير في الكلامين حمله الشارح على الرجوع عن الأول كما هو المشهور في مثال ذلك فلا يحذو وتدبر **قوله** ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد قيل ينبغي أن لا يضمن شريكه قيمة الولد عند أبي حنيفة لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لأم الولد عنده فكذا لابنها وأجيب بأن هذا على قولهما وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك السؤال وهذا الجواب وليس بشيء أقول يعني أن هذا الجواب ليس بشيء لأن ما ذكره المصنف فيما سيأتي بقوله وهذا الذي ذكرناه كله قول أبي حنيفة رحمه الله ينافي هذا الجواب قطعا ثم قال صاحب العناية وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على إحداهما فكان حرا بالقيمة انتهى وقال بعض المشايخ هذا مخالف لما أسلفه

وتعتبر في بيع المكاتب لان في تجويز ابطال الكتابة اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صارت كلها اتم ودلالة فانها على اهله عليه فلا يثبت نسب اولاده ولا يكون حرا عليه بالادا نيه فلو انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقود التي لا تتم عن المولى كالتزويج واذا فسخت الكتابة وعادت كلها مكاتبة لا تحل بها نصف بدل الكتابة كان الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة وكان سقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل كان الكتابة لم تفسخ لان في حق العتاق ظهرة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي ايفائه في حقه نظر لان كان لا يظهر المكاتبة فسقوطه والمكاتبة هي التي تعطى العتق كاخصاصها بادا بدل منافعها

و (يجوز بيعه من المكاتب ظهورا واختصاصا على ما بينا) قال (ويصير الاول فسخا وقال زفر لا يكون فسخا وهو قول ابي يوسف اذا باعه نصف قيمته مكاتبة لانه قد اثبت نصيب شريكه وهي مكاتبة فيصفه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد لا يكون الا فسخا لان من يملك نصفها ومن يملك نصفها لا يملك بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء والمتردد بينهما يجعل كالمعدوم قال (وان كان الثاني ابا لها وكاتب) وقد اشتملت بطل التدبير لانه لما صادف الملك اعتمده حرا فظهر ان الاستيلاد سبقه لان ابا حنيفة رحمه الله قال بنبغي ان عتق نصفه من قبل الاول ينبغي ان يصادف ملك فيبطل التدبير ويعتق الملك خلافا في نصف لانه يعتمد الغرر وعلى ما روى قال (في ام ولد لان ولاء ولد لان نصيب شريكه وغير الاستيلاد وعلى ما بيناه يصير نصفه عزها وطبه جارية مشتركة نصف قيمتها بالاستيلاد وهو عتق بالعقد والولد ولد لان ولاء صحيح

الشارح في باب البيع الفاسد ان الروايتين في حق المدبر وامائي حق ام الولد فاختلفت الروايات عن ابي حنيفة انه لا يصح بيع ولا يجب لانه لا تقوم لما لتها انتهى اقول لا ضير في مخالفة ما ذكر في هذا الجواب الثاني لما اسلفه هناك تبعا لصاحب العناية في باب البيع الفاسد فانه وان اسلفه هناك تبعا لصاحب النهاية الا ان الذي صرح هناك بتحقق الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله في تقوم ام الولد ايضا حيث قال وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقال عليه قيمتها وهو رواية عنه انتهى والمجيب بهذا الجواب الثاني انما هو تلميذ الشارح وصاحب الكفاية وهما لم يذكرا في باب البيع الفاسد عدم تحقق الروايتين عن ابي حنيفة في حق ام الولد واما صاحب العناية فليس من يجيب بهذا الجواب من عند نفسه بل هو ناقل محض فلا ينبغي ما اختاره هناك قوله وبخلاف بيع المكاتب الى آخره هذا جواب عما يقال بانا قلتم بفسخ الكتابة فيما تحتمل الفسخ وهو بيع المكاتب فما قلتم في بيع المكاتب ينافي ما قلتم في بيع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة فيما تضر به الاستيلاد وجه الجواب ان في تجويز البيع ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو ابطلنا بالتضرر به المكاتب في فسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب البيع هذا ما عليه جمهور الشراح في حل مراد المصنف بهذا العنوان وقد ذكر هذا السؤال والجواب صراحة في الكافي بان قيل تقدم ان صاحب العناية بعد ان ذكر هذا العنوان لكلام المصنف هذا قيل قال يجوز ان يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وما لا يتضرر به فان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت انتهى اقول لا يخفى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فليتفكر وقال بعض الفضلاء قول المصنف هذا جواب عند عن قياس ابي حنيفة نقل الكتابة المفروضة من ملك الثاني الى الملك الاول على بيعها وهو ان في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما في نفس بخلاف البيع الى هنا كلامه اقول انت خبير بان القياس الذي ذكره لم يقع من ابي حنيفة قط فكيف يكون بجوابه جوابا من ذلك قوله وتضمين الاول شريكه في قياس قول ابي يوسف نصف قيمتها مكاتبة الى قوله فلانه وهو بينهما يجب اقول هذا كما قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق احدهما نصيبه يضمن المعتق شريكه نصف قيمته مكاتبا عند ابي يوسف موسرا كان او معسرا لان ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلا يضمن بينهما لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل درهم يكون حصة نصف درهم وقد تملكها احدهما بالاستيلاد فيستحيل ان يجب عليه نصف القيمة وهو نصف مائة اذا كانت قيمتها الف درهم وقد وصل اليه بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا اوجبنا الاقل هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه على هذا القياس بسر قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول ابي يوسف يضمن الاول شريكه نصف قيمتها مكاتبا على قياس محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل الى آخره قد ذكرناه الى هنا كلام صاحب العناية اقول هذا شرح فاسد وتحرير مختل اما اولا فلان قوله اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق احدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند ابي يوسف موسرا كان او معسرا غلط فاحش اذ قد صرح في عامة المعتبرات حتى الهداية نفسها فيما سياتي بعد نصف صفحة بان قال ابو يوسف في تلك المسئلة الا يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا او يستسعى العبد ان كان معسرا بناء على ان ضمان العتاق مختلف باليسار والاعسار ومن العجائب قول صاحب العناية في الاستدلال على قول ابي يوسف في تلك المسئلة لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار اذ لا يخفى على احد ان ضمان الاعتاق ضمان افساد التملك لا ضمان التملك اولا يرى قول صاحب الكفاية بعد سرد شرح قول المص هنا لانه ضمان

[illegible] قال [illegible]

تملك فاما اذا اعتقها احدهما اولا كان هذا ضمان افساد الملك واما ثانيا فلان قوله هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه يدل على ان ما ذكره فيما قبل باسره كان في حق المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه مع ان ما نقله عن صدر الاسلام فيما قبل صريح في انه في حق المكاتبة المشتركة اذا تملكها احدهما بالاستيلاد واما ثالثا فلانه صرف القياس في كلام المصنف هذا الى قول ابي يوسف ومحمد معا حيث قال وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول ابي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل انتهى مع ان كلام المصنف في المقيس عليه هو مسئلة الاعتاق على ما سياتي صريح في ان محمدا مع ابي يوسف هناك في ان يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبا اذا كان موسرا دون الاقل منها ومن نصف ما بقي من البدل فكيف يتم القياس على قول محمد رحمه الله نعم يجوز ان يكون عن محمد روايتان في مسئلة اعتاق واحد الشريكين المكاتب المشترك بينهما احدهما ما ذكره المصنف فيما سياتي والاخرى ما يوافق قياس ما ذكره في مسئلة الاستيلاد ويدل عليه ما ذكر في بعض الكتب المعتبرة كالكافي والبدائع وان المذكور فيها في مسئلة الاعتاق على قول محمد هي الرواية الاخرى وهي ضمان الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لكن كلامنا في عدم مساعدة كلام المصنف نفسه لصرف القياس الذي اتخذه في لفظ الجامع الصغير الى قولهما معا ثم اقول الوجه عندي ان يكون مراد المصنف في لفظ الجامع الصغير هنا ان قول ابي يوسف فيما نحن فيه من مسئلة الاستيلاد على قياس قوله في مسئلة الاعتاق واما قول محمد فيه فعلى خلاف قوله في تلك المسئلة يرشدك الى هذا المعنى قطعا اسلوب تحرير المصنف حيث قال في قياس قول ابي يوسف وفي قول محمد بزيادة لفظ قياس في الاول وحذفه في الثاني تدبر ترشد **قوله** وهذا قولهم جميعا لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وههنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره كذا في العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه انه ينبغي ان يملكها عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتامل انتهى اقول يمكن الفرق بين وجه قول محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فيما اذا بقيت الكتابة هو ان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فليتردد بينهما يجب اقلهما وهذا الوجه غير متمش فيما اذا لم تبق الكتابة لان كون حق شريكه في نصف البدل على اعتبار الاداء انما يتصور عند بقاء الكتابة واما بعد زوالها فيصير ما ادته الى شريكه بمنزلة العدم كما هو الحال في كل مكاتب عجز عن اداء تمام البدل فانفسخت الكتابة فحينئذ يتعين في حق شريكه نصف الرقبة فيضمن نصف قيمتها بالاتفاق فليتامل +

باب موت المكاتب وعجزه وموت مولى العتاقة تاخير باب احكام هذه الاشياء ظاهر للتناسب لان هذه الاشياء متاخرة عن عقد الكتابة فكذا بيان احكامها **قوله** والثلث هي المدة التي ضربت لايلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء قال صاحب العناية والمديون بالجر عطف على كامهال اقول هذا بحسب ظاهره غير صحيح قطعا اذ لا شك ان المديون معطوف على الخصم والمعنى وكامهال المديون لاجل القضاء **قوله** ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين اقول فيه شيء وهو ان دليلهما هذا لا يتمشى في صورة ان عجز عن اداء اجر النجوم التي توافقا عليه بعد ان ادى سائر النجوم باسرها اذ لا يلزمه حينئذ سوى اداء نجم واحد حتى يجتمع عليه نجمان عند امهاله مدة نجم فيكون اعجز عن ادائها بل يكون عليه حينئذ ان يؤدي نجما واحدا في ضعف مدته ولا ريب انه ايسر له كما قال ابو يوسف رحمه الله وقال بعض الفضلاء فيه تامل فانه اذا كان له دين يقبضه او مال يقدم عليه لا يسلم هذه الشرطية انتهى اقول ان قوله هذه الشرطية ليس بسديد اذ الظاهر ان من في قوله من عجز

وهذا عند ابی حنیفة ومحمد رح وقال ابو یوسف رح لا یعجز حتی یتوالی علیه نجمان یقول علی ما اذا قال علی المکاتب نجمان رح فی الوقت علیه هذا الشرط ولکنه عتق رقاق حتی کان احسنه موجلة حالة لوجوب بعد حلول نجم فلا بد من مطالبة مؤدیة واستیفاء اداء ولهذا ما اتفق علیه المتعاقدان فوقان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز عن اداء نجم واحد یکون العجز عن اداء نجمین وهذا لان مقصود المولی الوصول الی المال عند حلول نجم وقد فات فینفسخ اذا لم یکن له شیء بدونه بخلاف الیومین الثلثة لانه لا بد منه لامکان الاداء ولو فعل لکن تاخیر الاداء متعارفة فان الوعی عن ابن عمر رض ان مکاتبة له عجزت عن نجم فرده فاستفضل اجتهاجها **قال** ما اخر عجزه عند غیر السلطان عجز برده مولاه برضاه فهو جائز لان الکتابة تفسخ بالقاضی من غیر عذر فبالعذر اولی ولانه لا یخلو بعد الحلول من القضاء او الرضاء کالرد بالعیب بعد القبض **قال** واذا عجز المکاتب عاد الی مکاتبته لان الفسخ الذی لا یفتقر الی القضاء وهو الکتابة وما کان فی یده من الکسب فهو له کسب عبد وهذا لانه بالعجز تاخر حقه الی ما بعد ولا یتاخر حق المولی بالتوقف **قال** فان مات المکاتب ولم یترک الا ما اخذ منه فلا سعایة علیه فی شیء من مال دین حق بعقده فی اجزه من اجزاء حیوانه وما بقی فهو میراث لورثته وحق اولاده وهذا قول ابی حنیفة وابن مسعود رض وبه اخذ علی رض وقال الشافعی رح تبطل الکتابة وعبرت عبدا وما ترک لمولاه واحتج فی ذلک بزید بن ثابت رض ولان الاقصر من الکتابة معقود فقبل ان یفسخ بالعجز لا یعتق لانه لا یعتق ما لم یؤد ما التزمه وبعد ما فسخ بالعجز لا یعتق لانه لا یعتق ما لم یشت بعد الموت مقصورا ولا یثبت الا بعد موت مستند الی اول الامر لعدم الحاجة والثانی لا یعتق لعدم شرط الاول وهو الادا الی ان مات حتی ثبت ان لا حق للورثة فیه لان حقهم انما یثبت بعد موت المکاتب عاجزا وقد تبین ان لا حق للمولی فیه لان حقه انما یثبت بعد موت المکاتب عبدا وقد تبین انه مات حرا ولنا ان عقد الکتابة عقد معاوضة ولا یبطل بموت احد المتعاقدین وهو المولی فکذا بموت الآخر والمراد من بینهما الحاجة الی ابقاء العقد لا حاجة المکاتب الی العتق بل الولاء الذی کان حقه الذی حق المولی حق لزم العقد فی جانبه ولهذا لو ابرأ المکاتب عن بدل الکتابة

عن ادائهم واحد موصولة وان تولد یکون الی عجز عن ادائهم خبران فی قوله لان فلا شرط ولا جزا فی الکلام حتی یکون الجملة شرطیة **قوله** والآثار متعارضة قال المروی عن ابن عمر رضی الله عنهما ان مکاتبة له عجزت عن ادائهم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها بهذا جواب عن استدلال الی توقف بالاثر علی رضی الله عنه بان الاثر المروی عن ابن عمر رضی الله عنهما علی ما ذکر فی الکتاب یعارضه فسقط الاحتجاج بهما علی ما الآثار للتعارض لان الآثار اذا تعارضت وجهل التاریخ تساقطت فیصار الی ما بعد هما من حجة نفیا قالا وهو من الدلیل بان سبب الفسخ قد تحقق الی آخره سالما عن المعارض فیثبت الفسخ به کذا فی عامة الشروح اقول بنا اشکال لان ما قالا وهو من الدلیل المعقول اجیب الی القیاس علی ما تقتضیه ما صرحوا به فی کتب الاصول عند بیان انحصار الادلة الشرعیة فی الاربعة من ان الاستدلال بالمعقول راجع الی القیاس وقد صرح به صاحب غایة البیان ههنا ایضا حیث قال ان الآثار متعارضة والتاریخ مجهول فیصار الی ما بعد هما من الدلیل وهو القیاس انتهی وقد تقرر فی الاصول ایضا ان القیاس لا یجری فی المقادیر ونحن فیه من قبیل المقادیر کما افصح عنه کثیر من الشراح حیث قالوا وما رویناه من حدیث ابن عمر کما مروی عن النبی علیه السلام لان ما یقوله الصحابی من المقادیر یحمل علی السماع لانه لا یدرک القیاس انتهی فاذا تعارضت الآثار فیما نحن فیه وتساقطت کما قالوا ولم یصح القیاس فی المقادیر کما تقرر فی الاصول الفروع فکیف یتعین ما قالا من الدلیل المعقول الذی مرجعه الی القیاس حجة لما فی اثبات ما ذهبا الیه فی جواب هذه المسئلة فلیتامل **قوله** وقال الشافعی تبطل الکتابة وبموت عبدا وما ترک لمولاه وامامه فی ذلک زید بن ثابت رض الله عنه ولان المقصود من الکتابة عتقه وقد تعذر اثباته فبطل قال صاحب الغایة فی شرح هذا المحل وقال الشافعی تبطل الکتابة وبموت عبدا وما ترک فلمولاه وهو قول زید بن ثابت رض واستدل لذلک بالمعقول بان المقصود من الکتابة عتقه وعتقه باطل والمقصود منها کذلک انتهی ورد علیه بعض الفضلا بان قوله واستدل لذلک بالمعقول الی آخره لا یطابق الشرح لان الشرح یدل علی ان استدلال الشافعی بالمعقول حیث قال المصنف ولان المقصود بالواو العاطفة انتهی اقول بل هو مطابق للشرح فان الواو فی قوله واستدل العطف ایضا والمعطوف علیه معنی قوله وهو قول زید بن ثابت رض کانه قال هذا یقول زید بن ثابت واستدل لمدعاه بالمعقول ایضا کما ان قول المصنف ولان المقصود بالکتابة عطف علی معنی قوله وامامه فی ذلک زید بن ثابت رضی الله عنه کانه قال لاشرز زید بن ثابت ولان المقصود بالکتابة الی آخره والعطف بحسب المعنی شائع فی کلام الثقات وقد صرح بجواز ذلک کثیر من المحققین فی مواضع شتی من کتب البلاغة فتطابق الشرح والمشروح فی حامل المعنی کما ترسی فتبین ان ذلک لبعض قال والموافق للمشروح فتبطل الکتابة لان العقود انما شرعت لاحکامها فبطلان الحکم یلزمه بطلان العقد انتهی اقول هذا الکلام خال عن التحصیل لانه کان مدار رده علی صاحب الغایة بعدم مطابقة شرحه للمشروح علی تحقق الواو العاطفة فی المشروح وعدم تحققه فی الشرح علی ما عرفت وقد تحقق ذلک فیما ذکره نفسه قطعا فما معنی عدم مطابقة ذلک للمشروح وموافقة هذا له وایضا ان نافی قوله فتبطل الکتابة مما لا محل له فی المشروح کما لا یخفی علی الفطن الناظر فی عبارة المشروح **قوله** بل ولی لان عقد المکاتب من حق المولی قال صاحب العنایة بل ولی یجوز ان یکون جوابا عما یقال المسرحت المکاتب بموت العاقد لان العقد یبطل بموت المعقود علیه وهو المکاتب وحق العاقد وهو ذلک الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الی ذلک بعد موت المکاتب اعنی من حیث المعنی والمانع الی آخره اقول لا یذهب علی ذی فطرة سلیمة ان قول المص هذا انما هو لمجرد المبالغة فی تحقق الحاجة المذکورة فی جانب المکاتب وهو موت المکاتب من المتعاقدین ولا وجه لتجویز کونه جوابا عما یقال من طرف المصنف لیس موت المکاتب کموت العاقد لان العقد یبطل بموت المعقود علیه وهو المکاتب وحق العاقد لان الجواب عنه انما یتصور بمنع کون المکاتب

فينزل حيا تقديرا ويستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداؤه خلفا كما اذا وكل ذلك ممكن على ما عرف قال وان ترك وفاء وولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى عتقا بسعي ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد الخ في كتابته وكسبه كسبه ضعفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء وولدا مشتريا في الكتابة قيل له اما ان تؤدي بدل الكتابة حالة او تحدر فيقاعند ابي حنيفة واما عندهما فهو على اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه مكاتب عليه بتعالله وهذا يدل على ان الحلول ليس بلازم في اكسابه كما في حنيفة رح والفرق بين الفصلين على ما بينا في العتق غير خاف في الفصل الثاني لان الحق ثبت قبل العقد والشيوع لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا شك ان حكم العقد لا يضاف اليه بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيثبت حكمها فيه وحيث دخل في حكم سعي في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء وورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حياته حكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون هذا جوابا عن حيث كان للاب كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعله كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب بحكم بحريته في ذلك الحال على ما مر قال فان مات المكاتب وترك ولدا مولودا من جرية وكاتب دينارا وفاء لكتابته فجني الولد فقضى به على عاقلة الاب لم يكن ذلك قضاء بعتق المكاتب نفسه معقود عليه بيان المعقود عليه انما هو سلامة مالا يتبدل لما مر حوالة المصنف لم ينوص في كلامه بدليل ما مر ذلك قط ولا بيان ان المعقود عليه اذا

الايد

فلا مجال لان يكون كلامه هذا جوابا عن ذلك السؤال لان بطلان العقد بهلاك المعقود عليه امر مجمع عليه لا تأمل جوازه يكون لحاجة او عدم الايفاء بعد ان هلك المعقود عليه فلا يفيد المقدمات المذكورة بهنا شيئا في دفع ذلك السؤال اصلا ثم ان بعض الفضلاء قدح فيما جوزه صاحب العناية من كون كلام المصنف هذا جوابا عما ذكر بوجه آخر حيث قال الخ لكن عن بعد قوله لا يبطل بموت احد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فانه صحيح في عدم كون المكاتب معقودا عليه الا ان يحمل على الكلام التنزلي انتهى اقول ليس في اتمام لان كون قوله لا يبطل بموت احد المتعاقدين فكذا بموت الآخر صريحا في عدم كون المكاتب معقودا عليه ممنوع لاحتمال ان يكون المكاتب مع كونه احد المتعاقدين معقودا عليه ايضا لوقوع العقد على نفسه الا يرى ان قولهم في تصوير مسئلة كتابة العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب بان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وقبل سلم كونه صريحا في ذلك فعدم كون المكاتب معقودا عليه عندنا لا يستدعي عدم كونه كذلك عند الخصم ايضا والسؤال المذكور انما يتوجه من قبل الخصم فلو قصد المصنف بقوله بل ولي الجواب عنه لم يكن منافيا لقوله السابق بل يكون مقررا له فلا احتياج الى التنزل بل الاستغنى لا يظهر ذلك كله بالتامل الصادق **قوله** فينزل حيا تقديرا او يستند الحرية باسناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداؤه خلفا كما اذا الخ اشارة الى الجواب عما ذكره الخصم من الترديد بين ذهاب الى كل واحد منهما جماعة من اصحابنا احدهما انه يعتق بعد الموت بان ينزل حيا تقديرا كما انزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة في حق ملكه فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز وتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث وكما قد بالمولى حيا وما لكا ومعتقا في فصل موت المولى وثانيهما انه يعتق في آخر جزء من اجزاء حياته بان يستند الحرية باسناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويجعل اداؤه خلفا كما ذكره بدائرة ما في شرح هذا الكتاب وغيره بما في هذا المقام ثم اقول من العجائب بمكان ان صاحب الاصلاح والايضاح بدل كلمة او في او يستند الحرية بكلمة الواو فقال في شرحه في اثناء تقرير تعليل المتن في هذه المسئلة فينزل حيا تقديرا او يستند الحرية باسناد سبب الاداء الى ما قبل الموت وقال في حاشيته على قوله او يستند الحرية هذا من تمام التعليل فمن قال او يستند فقد اخطا انتهى وفسر القائل في حاشية صغرى كصاحب الهداية ولا يخفى على الناظر في شروح الهداية وغيرها من المبسوطة ان المخطئ هو هذا المخطئ فان المقصود من كلمة او هو الاشارة الى المسلكين المختارين من المتاخرين في اثبات قولنا المتنازع في مسئلتنا هذه فحق التعبير ان يذكر كلمة او دون كلمة الواو وجعل منشأ غلط ذاك المخطئ انه زعم ان قول صاحب الهداية او يستند الحرية الى آخره معطوف على اول التعليل وهو قوله ولنا انه عقد معاوضة فيحظى بانه من تمام التعليل المذكور فكيف يعطف عليه بكلمة او ولا يجب انه معطوف على قوله فينزل حيا تقديرا وانه لا محذور في اتمام التعليل باحد الامرين بل فيه تربية الفائدة توسيع الدائرة **قوله** ولا سبيل عليه لانفصاله قال بعض الفضلاء فيه بحث انتهى اقول الظاهر ان مراده بالبحث هو انه لو لم يسر حكم عقد الكتابة اليه لما عتق عبد ولا دخل في كتابته بقيد مر في اول فصل اول من باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله اذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته وايضا لو لم يسر حكمه اليه لما سقط عنه بدل الكتابة حالا لكنه ساقط بوجه ما سقوط وجه لا اول فلان قول المشتري في كتابة ابيس لسرايته حكم عقد الكتابة الذي جرى بين المكاتب ومولاه اليه بل بجعل المكاتب مكاتبا لولده باشتراء اياه تحقيقا للمصلحة بقدر الامكان كما ان اجراء اشتري في ولده يصير متقالة بالاشتراء واما سقوط وجه الثاني فلان عتق المولد الذي هو ولد الكتابة حالا ليس لاجل السرايته ايضا بل لصيرورة المكاتب فداء كما مر مرارا وقد فصح عنه صاحب الكافي حيث قال الكاتب ينبغي ان يباع بعد موته لغرمائه المتبوع ولكن انما يعجل صاحبه ما مات عن وفاء انتهى **قوله** وان مات المكاتب وله ولد من حرة الى آخره قال صاحب العناية ذكر هذه المسئلة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما اقول هذا كلام لا محصل لان الفرق تحقق بين كل مسئلتين فما الامر تكونا مسئلتين بل صارتا مسئلة واحدة فكل مسئلتين اذا ذكرتا

لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان معنى قضيتها اعتاق الولد مع الاب والايجاب المتعلق عليهم لكن على وجه يجوز ان يتفق فيه عجز الاداء الى مولى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تجويزا واذا خصم مولى الام ومولى الاب ولاء فقضى به لمولى الام لم يجز لان هذا قضاء بما لم يقع فيه اختلاف في الولاء مقصورا على ذلك يبتني على قبول الكتابة وافتراقهما اذا فسخ حال عجز الاداء واستقر الولاء على مولى الام ولو ابق بقي مع الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى مولى الاب وهذا افصل محقق فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تجويزا **قال** وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه فهو طيب للمولى لقبول الملك فان العبد يملك صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها هو لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للفقراء والغني لان الاباحة له بناء له على ملك المبيح فلم يفد الملك فلا تطيبه ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح فيه لا يطيب له ولو ملكه طاب له الاداء الى المولى ذكر الجواب هذا عند محمد رحمه الله ظاهر لان الملك عنده يقف على الاداء وكذا عند ابي يوسف رحمه الله لان كان بالعتق يتقرر ملك المولى عنده

يعرف الفرق بينهما فما وجه تخصيص هذا بيان الفرق بل كان قبيل الفرق بين البيتين ان يقال الفرق بين البيتين كذا بل هذا ليس بفرق فيما نحن فيه كما لا يخفى على المتأمل الفرق الذي تحقق في كثير من المسائل بين المسئلتين لكن لما كان الفرق بينهما مما وقع فيه الاشتباه ولو كان في ذكر ما يدل على بيان الفرق بينهما التحقت هذه المسئلة بالمسائل المعدودة من المشكلات فلذا خصها بالذكر بالبيان المذكور ان الفرق بين فحوى البيتين ظاهر حتى من البيان انما الحاجة الى البيان هو الفرق بين علتيهما وبيان الفرق بين علتيهما انما وقع في المدبرية وام الولد لا في المسئلة التي نحن فيها مذكورا ان في المدبرية ايضا بيان علته فلم يكن ذكر ما البيان الفرق بينهما بل كان لبيان حكمها في نفسها وتعميم الفرق بينهما حيث يحكم كما في سائر المسائل **قوله** لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان فيهما من حيث انه يحتمل ان يعجز فيعود المولى الام والاب الى مولى الاب وبما تقرر حكمه لا يكون تجويزا قال صاحب العناية في حل هذا الحل لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر حكمها لا يعطلها فانه يقرر حكم الكتابة فلان الكتابة تستلزم استحقاق المولى الاداء ايجاب العقل عليهم على تقدير ان يعتق المكاتب فيعود الاداء الى مولاه لان الولاء كالنسب ثم ما ثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو امتنع الاداء من اثباته من كما اذا كان الاب ملاعنا فنفى نسبه فكذا الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه واما ان كل ما يقرر شيئا لا يعطله فعلى وضعه يحتاج الى تقرير وتتمة الكلام على طريقة اهل المعقول فان قولنا ثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه ممنوع اذ لا يلزم من ثبوت اللازم ثبوت الملزوم بجواز ان يكون اللازم اعم من الملزوم لامكان ان تتحقق الاعم والظاهر فيما نحن فيه عموم اللازم لان ايجاب العقل على مولى الام تحقق في صورة ان يعجز المكاتب فيعود الى مولى الاب كما تحقق في صورة ان يتقرب على كتابته فلا تلزم التقريب ثم اقول يمكن دفعه بان اللازم هنا ليس مطلق ايجاب العقل على مولى الام والاب بل ايجابه على تقدير ان يعتق المكاتب فيعود الولاء الى مولى الاب ولا شك ان ايجاب العقل على هذا التقدير لازم مساو لصورة ابقاء الكتابة اذ في صورة القضاء بالعجز ينتفي هذا اللازم بانتفاء ملزومه وبالجملة اللازم هو المسئلة الاخيرة لكن يبقى ما نحن فيه لان منع ثبوت هذا اللازم المقيد فيما نحن فيه لان ثبوته فيه يتوقف على ان لا يكون القضاء بعجزه مبطلا لكتابته الا ترى ان القضاء بالعجز يبطل الكتابة فلا يحتاج هذا الى تعليل المذكور من نوع المصادرة فتامل **قوله** وما ادى المكاتب الى مولاه فهو طيب له لتبدل الملك فان الملك الذي كان للمولى في رقبته تبدل في الشريعة كذا في الكافي وعامة الشروح فان قيل ان ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتصور تبدل الملك قلنا ملك الرقبة للمولى كان مقابلا بملك اليد للمكاتب حتى كان للمكاتب ان يمنع مولاه عن التصرف في ملكه ولم يكن للمولى ان يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه شرعا بخلاف الامر في سائر الاملاك فتبدل الملك للمولى كذا قال مولانا الشراح وعرض صاحب العناية على هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب فيه نظر لان المسئول في الحقيقة تبدل ملك فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين انتهى قصد الشارح العيني دفع ذلك فقال قلت اول كلامه ممنوع مجرد وثانيا دعوى بلا دليل ثم قال لا يسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين فان المنع مع السند كلاهما من دلائل المناظرين غاية الامر ان الثاني اقوى من الاول فلا يفيد قوله الاول كلامه ممنوع مجرد وثانيا دعوى بلا برهان فتامل انتهى اقول لا دعوى لا في الثاني بل هذا ايضا منع مفصل كما ترى فلا يرد عليه ما ذكر بان منع الصلوحي دفع ذلك ان يقال ان منع البدلية كما هو ظاهر الا ان الانصاف ان هذا لا يتم الا بان يقال ان منع كون مثل هذا التبدل بمنزلة تبدل العين ساقط لان كونه بمنزلة تبدل العين انما هو في حكم الشرع دون الحقيقة وكونه بمنزلته ذلك في حكم الشرع منصوص عليه من قبل اهل الشرع فلا مجال للمنع ثم قال صاحب العناية وقيل الاولى ان يقال المولى لم يكن ملك يد فصل به وكان تبدل انتهى ورد عليه الشارح العيني بانه ان لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة اقول هذا ايضا كلام لغو اذ ان يكون له ملك رقبة قبل العجز لا ينافي تحقق التبدل بالنظر الى ملك اليد بعد العجز في كون ما ادى المكاتب من الصدقات طيبا للمولى كما مر وجه الطيب في الرد عليه هنا ان يقال هذا الذي ذكره في الجواب الذي اختاره جمهور الشراح وارد هو لو نظر عليه بعد ذلك الجواب الذي هو الاشارة الى وجه اعتبارهم تبدل الملك الى قوله ان يقال هذا الذي ذكره في الجواب

لانه لاخبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلالا به فلا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة حيث يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده قال واذا جنى عبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدي لان هذا موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا الفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما قلنا من زوال المانع وان قضى به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقد رجع ابو يوسف الى هذا وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضاء وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كي لا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له اد المال الى ورثته على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة وان اعتقوه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث فاذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة عتق كما اذا اداه الى المولى او ابرأه منه الا انه اذا اعتقه احدهم لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا للعتق والاعتاق لا يثبت باعتاق البعض او الكل لا في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة والله اعلم

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة

ملك الرقبة مغلوب فيه مقابلة ملك اليد فكان اعتبار حال الغالب في التبدل وفي حق عتبار حال الاخذ بتبادلا وجه لا يرد لو انتظر على ذلك اجوابه ذكره

من تبع نفسه اوما انه اولى من ذلك قوله لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ الى قوله والاخذ لم يوجد من المولى قال بعض الفضلاء فعلى هذا لو اباح الفقير للغني او الهاشمي ينبغي ان يطيب لهما عنده ما فلا ايضا ينبغي كما لا يخفى انتهى اقول ان لم يوجد منهما الاخذ من يد الفقير بل من يده وجد منهما الاخذ من يد الفقير بل ما كان في يده وملكه فقد تحقق في حقهما سبب الخبث اذ لا فرق في ايراث الخبث بين اخذ من يده او من يد غيره وجد الاخذ لانه بخلاف المولى فيما نحن فيه فانه لم يوجد منه الاخذ من يد المتصدق وهو ظاهر لا من يد العبد فان اكسابه ملك مولاه عند ابي يوسف فبالعجز لا يتبدل الملك فلا يوجد منه الاخذ بل تبقى ملكه في يده على ما كان وان التبس المر

او اوصل الى حلمه الفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة قال قلت لا شك انه كان للمكاتب ملك لتبدل العجز بالاتفاق ولهذا كان لم يتبع المولى عن تصرف فيما في يده فبالعجز انتقل ذلك الملك الى المولى فوجد من المولى الاخذ من يد العبد حكما لا اختيارا قلت انما الانتقال حكمي والاخذ فعل اختياري فلا يعد ذلك اخذا ولو سلم ان يعد ذلك اخذا فاللازم فيما نحن فيه عند ابي يوسف اخذ المولى ملك نفسه من يد عبده والذي كان سببا للخبث انما هو اخذ ملك الغير من يده حتى يتحقق بيد اباحة الفقير للغني او الهاشمي فوضح الفرق بين ذلك وبين ما نحن فيه قوله ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضاء او اصاحب العناية فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في محل النزاع فيه لان مذهبه في جناية المكاتب تصير لازمة في الحال بين تمير توقف على القضاء او الرضاء اجاب بانه في الدليل ظهور فان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال الا بكائع والموجب الاصلي انتهى كلامه اقول فيه بحث اذ للمانع ان يمنع ان يجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال كيف وقد التردد متحقق فيها اذا حكم بالقضاء ايضا مع ثبوت الانتقال هناك بالانتقال بالاتفاق فلم لا يجوز ان لا يمنع ههنا ايضا كما هو مذهب زفر وقول ابي يوسف اولا اين ثبوت الظهور ولو سلم ان مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال في الحال لزم ان يكون قول الخصم لم يثبت الانتقال في الحال مستدلا بيان قال ان المانع قابل للزوال للتردد وكان حقه ان يقول فلم يثبت الانتقال في الحال بالتفريع على ما قبله كما لا يخفى ثم ان مسلك صاحب الكافي ههنا احسن حيث قال ولنا ان المانع متردد لم يثبت الانتقال في الحال ووجب ان لا يثبت الا بالقضاء او الرضاء

كتاب الولاء

اورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب لان الولاء من آثار المكاتب بزوال ملك الرقبة عند اداء بدل الكتابة وهو ان كان من آثار الاعتاق ايضا الا ان صحبات ترتيب السابقة من اقتضت المكاتب الى هذا الموضع فوجب تاخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لتقديم الاثر على المؤثر ثم ان الولاء لغة مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وسمي ولاء العتاقة وولاء الموالاة به لان حكمها وهو الارث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتق وولاء الموالاة فالولاء شرعا عبارة عن التناصر سواء كان بالاعتاق او بعقد الموالاة ولهذا قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كذا في النهاية ومعراج الدراية اقول فيه نظر اما اولا فلان الظاهر ان الولاء بمعنى الثاني من المعنيين كما يفصح عنه قوله وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل فهو غير ما نحن فيه بمعنى حكم ولاء العتاقة وولاء الموالاة لا معنى نفسهما فكيف يتيسر تسميتهما بالولاء بمعنى مأخذ اشتقاقه بمقابل بما هو خارج عنهما وهو حكمهما واما ثانيا فلان ما ذكر في المبسوط من ان المطلوب بكل واحد منهما التناصر انما يدل على كون التناصر غيرهما لا نفسهما اذ لا يخفى على احد ان المطلوب بالشيء لا يكون نفسه بل يكون امرا مغايرا له اذ لا معنى لكون الشيء وسيلة الى نفسه فكيف يتم الاستشهاد على كون ولاء العتاقة وولاء الموالاة في الشرع عبارة عن التناصر بان قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر وقال في العناية الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل انتهى اقول فيه

وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وكذا مولاة وسببه العقد وهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة وللكل يضاف الى سببه والاصل فيها التناصر كانت العرب تتناصر بالشيام وقريش تتناصر بالدين فجاء الاسلام بتوحيد القبائل ان جرير القدوم منهم حليف منهم والمراد بالحليف من والى الموالاة لاحد كما نوا يفعلونه في الجاهلية كذا في المصنف قال واذا عتق الرجل عبده او امته فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق

ان لان الولاء اشتق من الولى الذى هو القرب لا يكون عبارة عن النصرة والمحبة بل يكون عبارة عن القرابة لان الاشتقاق ان تجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى ولا تناسب في المعنى بين الولى الذى معناه القرب وبين الولاء بمعنى النصرة وانما التناسب في اللفظ والمعنى بين الولى بمعنى القرب وبين الولاء بمعنى القرابة وعن هذا قال في الكافي والكفاية هو من الولى بمعنى القرب ويقال بينهما ولاء اى قرابة ومنه قوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب اى صلة كصلة النسب انتهى فالولاء الذى يكون عبارة عن النصرة والمحبة انما يشتق من الولاية بالفتح بمعنى النصرة وعن هذا قال في النهاية ومعراج الدراية بعد بيان كون الولاء في اللغة مشتقا من الولى بمعنى القرب وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة انتهى وقال في التبيين هو من الولى بمعنى القرب خصوصا حكمية حاصلة من العتق او الموالاة ثم قال ومن الموالاة وهي مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة انتهى فقد ظهر ان قول صاحب النهاية الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولى وهو القرب غلط بين الفاحش واخلال بحق البيان **قوله** وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له انما قيد بقوله في الصحيح احترازا عن قول الكرخي فانهم يقولون سببه الاعتاق ويستدلون بقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان الولاء له ولا اعتاق هناك فالصحيح ان سببه العتق على ملكه لا يرى انه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق والحكم يضاف الى سببه واما قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق فالمراد به ان الولاء بسبب العتق لا بسبب الاعتاق فان في الاعتاق عتقا بدون العكس هذا زيادة ما في جملة الشروح هنا وقال في البدائع اما سببه فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصنعه وهو الاعتاق او بما يجري مجرى الاعتاق شرعا كالتدبير والكتابة والاستيلاد او بغير صنعه بان ورث قريبه سواء عتقا معا او عتق هو عليه كالاعتاق عن كفارة القتل والظهار والافطار واليمين والنذر وسواء كان الاعتاق بغير بدل وبدل وهو الاعتاق على مال او كاتبه جزاء او معلقا بشرط او مضافا الى وقت وسواء كان صريحا او كناية وهي مجرد الكتابة وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاد والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق سمى فعلى الى هنا لفظ البدائع اقول كون الحديث المذكور اصلا في حق الصور المذكورة كلها محل نظر فان في صورة ان كان العتق حاصلا بغير صنعه كما اذا ورث قريبه لا يوجد الاعتاق فلا يندرج تحت قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق فليتامل في الدفع **قوله** والمعنى فيها التناصر قال صاحب النهاية قوله والمعنى فيهما التناصر بيان مفهومهما الشرعي انتهى اقول فيه بحث اذ ليس مفهومهما الشرعي مطلق التناصر بل تناصر يوجب الارث والعقل كما صرح به الشراح المذكورون وغيرهم وبهذا القيد يمتاز مفهومهما الشرعي عن مفهومهما اللغوي كما عرفت فلو كان مراد المصنف بقوله المذكور بيان مفهومهما الشرعي لما اطلق التناصر بل قيده بما يوجب بمفهومهما الشرعي على انه لو كان مراده بيان مفهومهما اللغوي كان او شرعيا لقال ومعناهما التناصر ولم يقل والمعنى فيهما التناصر كما لا يخفى على من له ادنى دربة باساليب الكلام ثم ان مراد المصنف بقوله المذكور بيان المقصود منهما بيان مفهومهما وعن هذا قال صاحب الكافي بدل قول المصنف والمعنى فيهما التناصر المطلوب بكل واحد منهما التناصر كما قال في المبسوط ايضا كذلك على ما تقرر شد **قوله** واذا اعتق المولى مملوكه لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق قال صاحب النهاية وبالاستدلال بهذا الحكم اشار على ان العتق سبب لهذا الحكم انتهى اقول لا يذهب عليك ان جعل هذا الحديث سندا واذلا شك ان المطلوب بسند المسئلة بيان سبب الولاء لا بيان علة الولاء والحديث المذكور انما يفيد الثاني دون الاول فلا يتم التقريب المطلوب في مجال الاستدلال هنا بل ان الاتم ان يقال في قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق

ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير لمولاه كالولاء ولان الغنم بالغرم ولذلك المرأة تشفع لما روينا ومات معتق لابنة حي نصفه وعن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما ذكرناه **قال** فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط على المعتق فلا يصح **قال** واذا ادى المكاتب عتق والولاء للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بسابق من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد المولى يعتقه او يشتريه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبروه وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاءه له لوجود السبب وهو العتق عليه

في قوله لمن اعتق تدلان على ان جنس الولاء لمن اعتق دون غيره كما قالوا في قوله تعالى اسجدوا لادم يدل بلامي الجنس والاختصاص على اختصاص جنس الحامد بالله تعالى ثم قال صاحب العناية فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لان عتق مشتق من الاعتاق فالجواب ان الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق انتهى كلامه اقول في جوابه نظر لان كون مصدر الثلاثي اصلا في الاشتقاق لا يستدعي كونه اصلا في العلية لترتب الحكم على المشتق من المزيد عليه كما فيما نحن فان كثيرا من مصادر المزيدات يصلح علة لما لا يصلح له مصادر الثلاثي الا ترى ان الاعتاق مثلا يكون علة للعتق ولا ريب ان العتق لا يكون علة لنفسه لغير ذلك من الصور ومدار السوال على العلية فلا يدفعه الجواب المزبور **قال** ولان التناصر به فيعقله وقد احياه

معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاء قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان التناصر اي بسبب الاعتاق دليل على الامرين الثابتين اي بعد العتق وهما الميراث وتقرير المولى بعقله لا لاجل سبب العتق ومن يتعصر شخص من قبله لان الغنم بالغرم فحيث يغنم بنصره بغرم عقله المولى احياه معنى بازالة الرق عنه لان الرق بالك حكما الا ترى انه لا يثبت في كثير من الاحكام التي تعلقت بالاحياء نحن القصاص والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين وغير ذلك فاذا ثبت هذه الاحكام في العتق ثبت هذه الاحكام وكان احياء معنى ومن احياه غيره معنى ورثه كالولاء فيصير الولاء يوجب الارث فكذلك الولاء انتهى كلامه اقول ان ما ذكره من التقرير الدليل على الامر الاول اعني كون المولى معتقا والانتصار في جانب المولى بمعنى المعتق بالكسر كما لا يخفى على من تامل في سياق كلامه حيث قال لان الغنم بالغرم وهو يقتضي ان يكون الانتصار في جانب المعتق بالكسر لا المعتق بالفتح فان الغنم انما يناسب المعتق بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب اعتاق ذلك اياه فهو الغانم ايضا فاستدل على ان من يتعصر شخص يعقله بان الغنم بالغرم وليس صحيحا لانه ان رجع ضمير الفاعل المستتر في تعقله اي من يتعصر كما هو الظاهر من سوق كلامه لم يصح المعنى في نفسه مع ذلك لا يطابق الدليل المذكور ما عدا وجه الدعوى في نفسه فان العاقل في الشرع هو الناصر لا المنتصر على ما تقرر في موضعه وما عدم مطابقة الدليل المذكور اياه فلان المدعى حينئذ وجوب العقل الذي هو الغرم بالانتصار الذي هو الغنم والدليل المذكور انما يفيد عكس ذلك فالدليل المطابق له عكس ما ذكر هو الغنم بالغرم كما ينطق به الحديث الشريف على ما ذكر في كتب الحديث ومر في هذا الكتاب ايضا في باب النفقة من كتاب الطلاق وان رجع ذلك الضمير الى شخص في قوله من يتعصر شخص لم يصح الدليل المذكور اصلا لان الغانم هو المنتصر بشخص والغارم هو ذلك الشخص الناصر فلم يجتمع الغنم والغرم في شخص واحد حتى يصح الاستدلال بان الغنم بالغرم اذ لا شك ان غنم شخص لا يكون سببا لغرم شخص آخر ولا العكس ثم اقول الصواب ان مراد المصنف ره بقوله ولان التناصر به فيعقله هو ان المعتق بالفتح يتعصر بنصر المعتق بالكسر بسبب اعتاقه اياه فيعقله اي فيعقل المعتق بالكسر المعتق بالفتح بنا على ان مدار العقل ان يكون ناصرا كما تقرر في كتاب العواقل حيث صرحوا فيه بان وجه ضم العاقلة الى الجاني في الدية دون غيرهم هو ان الجاني انما تقوى فيه وذلك بانصارهم وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا بالضم اليه **قوله** ولان الغنم بالغرم قال صاحب العناية قوله ولان الغنم بالغرم يحتمل الوجهين فلهذا اخره انتهى اقول يريد بالوجهين العقل والارث لكنه منظور فيه اما اولا فلما بيناه علية فيما مر انفا من ان الدليل على ان يعقل العتق انما هو كون الغرم بالغنم لكون الغنم بالغرم والمذكور ههنا هو الثاني فكيف يخدم الوجه الاول واما ثانيا فلانه جعل قول المصنف ره فيما قبل ولان التناصر به فيعقله مبنيا على كون الغنم بالغرم كما عرفت فكيف ينتظم حينئذ واو العطف في قول المصنف ره ولان الغنم بالغرم بالنظر الى الوجه الاول والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه انا لو جعلنا قول المصنف ره ولان الغنم بالغرم دليلا على الوجهين معا ان امكن المعنى الى الاشارة لا يفيد لانه يرثه وانما يرثه لانه يعقله فاوى الى الدور كما لا يخفى فالصواب عندي ان قول المصنف ره ولان الغنم بالغرم دليل على الوجه الثاني وهو الارث معطوف بحسب المعنى على قوله وقد احياه معنى بازالة الرق وكانه قال لانه احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ولان الغنم بالغرم حيث يغرم عقله يرث ماله كما ان ما سياتي ومات معتق لابنة حمزة الى آخره معطوف على قوله لما روينا معنى كما صرح به الشارح ره المزبور وغيره هناك ونظائر هذا اكثر من ان تحصى

وإذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة الأمة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبدا لأنه عتق على معتق الأم مقصودا إذ هو جزء منها يقبل الإعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا وكذلك إذا ولدت ولدا لأقل من ستة أشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الإعتاق [illegible]

[illegible]

قوله وإذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة الأمة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبدا هذا لفظ القدوري قال المصنف في تعليله لأنه عتق على معتق الأم مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما رويناه وقال الشراح إنما صار الحمل معتقا مقصودا لأن المولى قصد إعتاق الأم والقصد إليها بالإعتاق قصد إلى جميع أجزائها والحمل جزء منها فصار معتقا مقصودا انتهى أقول يرى المخالفة بين ما ذكروا ههنا وبين ما ذكره المصنف رحمه الله في كتاب العتاق فإنه قال هناك وإن أعتق حاملا عتق حملها تبعا لها إذ هو متصل بها انتهى والظاهر منه أن يصير الحمل معتقا تبعا البتة لا مقصودا فليتأمل في التوفيق قوله فإن أعتق الأب جر الأب ولاء ابنه وانتقل عن موالي الأم إلى موالي الأب قال في الكافي فإن قيل الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء يجب أن لا ينفسخ بعد ثبوته قلنا لا ينفسخ ولكن حدث ما هو أولى منه فقدم عليه كما نقول في الأخ إنه عصبة فإذا حدث من هو أولى منه في الإرث لا يبطل تعصيبه ولكن تقدم عليه انتهى وذكر في غاية البيان أيضا هذا السؤال والجواب نقلا عن الشيخ أبي نصر أقول في الجواب إشكال وهو أنه لو لم ينفسخ الولاء بل قدم عليه ما هو أولى منه في الإرث لزم أن يرث موالي الأم عند انقطاع موالي الأب بعد انتقال الولاء عن موالي الأم إليهم كما هو الحال في العصبة الأدنى عند انقطاع العصبة الأولى منه كالأخ عند عدم الابن والأب ولم يرو عن أحد أن يرث موالي الأم بالولاء في حال بعد أن انتقل عنهم الولاء بالجر قوله بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق إلى آخره قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قول المصنف هذا إلى آخره يتعلق بقوله فإذا صار إلا عاد الولاء إليه يعني إذا ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ثم أعتق الأب يجر ولاء ابنه من موالي الأم إلى موالي نفسه بخلاف ما إذا ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ثم أعتق بعد موت أو طلاق حيث لا يجر ولاء ابنه إلى موالي نفسه وإن كانت الولادة بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر بل يكون ولاء الولد لموالي أمه وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت لاستحالته من الميت وإلى ما بعد الطلاق إذا كان بائنا لحرمة الوطء بعده وأما إذا كان رجعيا فلئلا يصير مراجعا بالشك فاستند إلى حالة النكاح فكان الحمل موجودا عند إعتاق الأم فعتق مقصودا فلا ينتقل انتهى وذكر صاحب العناية أيضا هذا المعنى ولكن بطريق النقض والجواب حيث قال ونوقض بقوله فإذا صار إلا عاد الولاء إليه بما إذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الأمة امرأة مكاتب فمات عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الأم لا ينتقل عنهم إن أعتق الأب والجواب أن العود إليهم والإبانة ما ثبتت بعد العتق للأب البتة لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت وهو ظاهر وإلى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك في الطلاق الرجعي لما فيه من صيرورته مراجعا بالشك إذ الولادة جاءت به لأقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج إلى إثباتها ليثبت النسب وإذا تعذر إضافته إلى ما بعد ذلك استند إلى حالة النكاح فإن كان الولد موجودا عند الإعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم انتهى كلامه أقول بل الأظهر عندي أن يكون قول المصنف بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق إلى آخره متعلقا بقوله فإذا صار إلا عاد الولاء إليه لكنه محل بحث فإن العود إنما يتصور فيما إذا ثبت الولاء أولا لموالي الأم ثم انتقل إلى موالي الأب بحصول حرية الأب وذا إنما يتحقق فيما إذا تقدم عتق الأم على عتق الأب ولا يخفى أن عتق الأب مقدم على عتق الأم في صورة أن أعتقت المعتدة عن موت إذ لا مجال لحدوث العتق في الميت فلا يتصور في تلك الصورة العود أصلا فلا يتوهم ثمة النقض بها على قوله فإذا صار إلا عاد الولاء إليه حتى يحتاج إلى دفعه بقوله بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت وبالجملة لا مساس لتلك الصورة أصلا بمسألة انتقال الولاء بالجر بخلاف الصورة الثانية أعني إذا أعتقت المعتدة عن طلاق فإنه يجوز هناك أن يقع عتق الأب بعد عتق الأم فتصير فيها مظنة النقض بها على مسألة جر الولاء فيحسن تداركه ودفعه فإن قلت

صاحب النهاية في العصبة الاولى ايضا بما نحن فيه حيث قال في تصويرها بالكاتبة الامة امرأة مكاتب ماتت عن وفاء فامرأة تأخر عتق الاب عن عتق الام

قلت لا يتيسر الا نادرا فانا لا نعلم اذ قد مر في كتاب المكاتب ان في المكاتب الذي مات عن وفاء قولين عن اصحابنا احدهما مذهب الجمهور وهو انه يعتق في آخر جزء من اجزاء حياته فعلى هذا يتعين تقدم عتق الاب على عتق الام فيما صوره ايضا والثاني مذهب بعض وهو انه يعتق بعد الموت وذلك بان ينزل حياته تقديرا في حق الاداء كما ينزل الميت حيا في حق التجهيز والتكفين فعلى هذا ان الامر فيما صوره باعتبار عتقه بعد موته لا باعتبار عتقه بعد عتق امرأته المستدة عن سيد حتى يتأخر عتقه عن عتقها اللهم الا ان يفرض تحقق الاداء عما ترك المكاتب وفاء بعد ما عتقت امرأته ويسير عتقه متبينا تحقق الاداء بعد الموت على مذهب البعض

قال **قوله** بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه لا ملك له معنى لانه لا يملك شيئا ولان الرق اثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى اومن كان ميتا فاحييناه اي كافرا فاسلم فصار بذا الولد كانه لا اب له فينسب الى موالي الام ضرورة كذا في الشروح اقول بهذا شيء وهو انه ان كان المراد بكون العبد لا كالا معنى انه كالميت كما هو الظاهر من قولهم لان الرق من اثر الكفر والكفر موت حكمي يرد عليه ان مجرد موت الاب لا يمنع ثبوت الولاء الموالي بل انما يظهر اثر الولاء لهم بموته اذ عند حياته هو متقدم عليهم وان كان المراد بذلك انه في حكم مجهول الابوة وان ولده في حكم مجهول النسب كما هو المتبادر من قولهم فصار بذا الولد كانه لا اب له يرد عليه انه يلزم حينئذ ان لا يرث من هذا الولد من ينتمي اليه بابيه العبد من الاقارب الاحرار كالاجداد والجدات على تقدير ان يبقى ابوه ذلك على كونه في حكم مجهول النسب على الفرض المذكور والظاهر ان الامر ليس كذلك اذ قد تقرر في كتب الفرائض ان المحروم عن الميراث كالكافر والقاتل والرقيق لا يحجب من هو ابعد منه عن الميت بل هو يرث الابعد عن حرمان الاقرب فالاولى ههنا ان يقال بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه لا ابوة له لرقه كما مر فيما يجهل الابوة بوجه آخر لا يثبت الولاء للمولى اليه سواء كان حيا او ميتا تدبر **قوله** ولما ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه بالنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم يعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف اقول لقائل ان يقول ظاهر هذا التعليل يقتضي ان يكون موالي الام في هذه الصورة مقدمين في الارث على العصبات النسبية الا ولاء بل على اصحاب الفرائض لهم اذ لا شك ان استحقاق كل من العصبات النسبية واصحاب الفرائض بالقرابة النسبية واذا كان النسب في حق العجم ضعيفا لا يصلح ان يعارض ولاء العتاقة تقديرا ان لا يعارض احد من العجم في الارث بجهة نسب وان كانت تلك بجهة العصوبة او جهة الفرض وولاء العتاقة قوية ولاء العتاقة وضعف النسب في حق العجم ان سلمنا فهو لا يستلزم ان يكون كذلك اذ قد تقرر في كتب الفرائض وسيجيء في نفس هذا الكتاب ايضا ان ولاء العتاقة ملحقا موخرون في الارث عن اصحاب الفرائض عن العصبات النسبية وانما يقدمون على ذوي الارحام فليتأمل في التوجيه

فصل

في ولاء الموالاة اخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة اقوى لانه غير قابل للتحول والانتقال اذ في جميع الاحوال بخلاف ولاء الموالاة فان للمولى فيه ان ينتقل قبل العقل ولانه يوجد في ولاء العتاقة الاجماع الحكمي ولا يوجد في ولاء الموالاة اصلا ولان ولاء العتاقة متفق عليه في تقديم سبب الارث وانه مقدم على ذوي الارحام بخلاف ولاء الموالاة فان الشعبي لم يقل بولاء الموالاة وقال لا ولاء الا ولاء العتاقة وبه اخذ الشافعي واحمد رحمهما الله ثم ان معنى مطلق الولاء لغة وشريعة قد تقدم في صدر كتاب الولاء وتفسير هذا الولاء على ما ذكر في الذخيرة وغيرها هو ان يسلم رجل على يد رجل فيقول للذي اسلم على يده والاك على ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقيل الآخر منسوخ قال في العناية والنهاية ولا شك ان شرائط احدهما ان يكون مجهول النسب بان لا ينسب الى غيره بانتسابه غيره اليه فيخرج ما تبع والثانية ان لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع احد وقد عقل عنه والثالثة ان لا يكون عربيا انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان الشريطة الاولى تغني عن الشريطة الثالثة اذ لا عبرة في نسب العرب فيظهر باشتراط كون الموالي مجهول النسب اشتراط ان لا يكون

Marked by Noor Foundation

ولابد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وجوب الشرط ومن شرطه ان لا يكون للمولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة قال وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره مالم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرء عن ولائه لعدم اللزوم

غير بالان يكون ذكر ابالفظة استقلالا من قبيل التصريح بما علم التزاما واما ثانيا فلانه ان اريد حصر شرائط الولاء في هذه الثلث كما هو المتبادر من ذكر العدد في امثال هذا المقام فليس بصحيح اذ من شرائطه ايضا شرط الارث والعقل كما صرح به المصرح فيما بعد حيث قال ولابد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب وصرح بهذا الكافي ايضا حيث قال وانما يصح ولاء الموالاة بشرائط منها ان يشترط الميراث والعقل وصرح به صاحب الكفاية ايضا حيث قال له شرائط وعد منها ان يشترط الارث والعقل وان لم يرد حصر شرائطه في هذه الثلث يكون تخصيص هذه الثلث بالذكر خاليا عن الفائدة ويكون ذكر العدد عبثا ولا يكون السؤال والجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية متصلا بذلك كما ستعرف فيما وجه لان مدارهما على ارادة الحصر والا لا يتوجه ذلك السؤال راسا فلا يحتاج الى الجواب عنه اصلا وقال في العناية فان قيل هي شرط العقد عقل الاعلى وحريته فان مولاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلثا اجيب بان المذكور انما هي الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحد من صور الموالاة واما ما ذكرت فانما هو شرائط خاصة بصورة واحدة فلم يذكره انتهى اقول لا صحة لهذا الجواب جدا فان عقل الاعلى وحريته ايضا من الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحد من صور الموالاة اذ لا شك ان [illegible] لا يصح بدون عقل المتعاقدين في شيء من الصور اذ لا تصور للايجاب والقبول بدون العقل وكذا لا يجوز مولاة العبد سواء كان الاعلى عبدا مولاه او حرا في القبول كذا في [illegible] ويكون الولاء للمولى الذي عليه في البسوط وغيره فانما معنى لقوله واما ما ذكرت فانما هو شرط وغلم يذكره في تقرير السؤال فلا فائدة في تقييده بما عقل الاعلى في قوله من شرائط العقد عقل الاعلى مما لا وجه له لان عقل الاعلى ايضا شرط العقد اذ لا تصور للايجاب بدون العقل كما لا تصور للقبول به وما ذكر عن صاحب البيان حيث قال واما شرائط عقد الموالاة فمنها عقل المتعاقدين اذ لا صحة للايجاب والقبول بدون العقل وكذا تقييد الحرية بالاضافة الى الاعلى في قوله [illegible] ايضا شرط بل الظاهر ان شرطية الاسلام ايضا كذلك اذ لا يجوز ايجاب العبد عن [illegible] المولاة ولا ان يكون [illegible] ويجوز قبوله بدون مولاه ويصير الولاء لمولاه كما صرح به ايضا لا وجه له لترك ذكر البلوغ في اثناء تقرير السؤال فانه من شرائط عقد الموالاة كالعقل فالتفاوت بين الشرطين مع ان قوله فان مولاة الصبي في قوله فان مولاة الصبي والعبد باطلة او فوري باشتراط البلوغ من اشتراط العقل فان الصبي قد يكون عاقلا فلا تبين بهذا ان مولاته لعدم عقله بل كان لعدم بلوغه كما ذكر في الكتاب اشارة الى ذكره القدوري في مختصره بقوله واذا اسلم الرجل على يد رجل وتوالاه على ان يرثه ويعقل عنه وقبل من قبل واعترض صاحب غاية البيان على وجوب اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة حيث قال قال الحاكم الشهيد في مختصره الكافي قال ابراهيم النخعي اذا اسلم الرجل على يد رجل فانه يرثه ويعقل عنه وله ان يحول ولايته الى غيره مالم يعقل عنه فاذا اعتقل عنه لم يكن له ان يتحول الى غيره وبهذا نقول الى ضيفة رح وابي يوسف رح ومحمد رح بهذا اللفظ الكافي بعينه وهذا يدل على ان شرط الارث والعقل ليس بموقوف عليه صحة المولاة بل بعد العقد [illegible] بان يقول بعد ما عاد الى بلده او بعد ما مضت مدة طويلة فله ان يتحول لان الحاكم لم يذكر الارث والعقل شرطا في صحة المولاة بل جعلها حكما لها بعد صحتها فافهم ويدل على ما قلنا قول القدوري في مختصره واذا اسلم على يد غيره ووالاه يوضح تحول صاحب التحفة وتفسير عقد المولاة ان يسلم على يد رجل ويقال له انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت ويقال الآخر قبلت فبهذا ينعقد بينهما عقد المولاة وكذلك اذا قال والبتك والآخر قبلت وكذا اذا عقد مع رجل غير الذي اسلم على يديه الى هنا لفظ التحفة انتهى كلام صاحب الغاية اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان شيئا مما ذكره لا يدل على عدم اشتراط الارث والعقل في صحة عقد المولاة اما ما نقله عن الحاكم الشهيد فلانه يجوز ان يكون عدم وقوع التصريح باشتراط الحاكم بناء على ظهور تضمن المولاة اشتراطها فيكون قوله ووالاه في قوله اذا اسلم الرجل على يد رجل ووالاه مغنيا عن ذكر ذلك فلا يدل على ان يجوز ان يقول احد بهذا وبقوله والآخر قبلت كاف في تمام عقد المولاة وجعل نفس الارث والعقل حكما للمولاة لا يناسب كون ذكرهما في العقد شرطا لصحته الا كما لا يخفى واما قول القدوري في مختصره واذا اسلم على يد غيره ووالاه فلانه لا شك ان مراد القدوري بقوله ذلك انما هو بيان الاسلام على يده ليس بشرط في صحت

الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة **قال** واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهما في حق الولاء كشخص واحد **قال** وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

عقد الموالاة لا ان ذكر الارث والعقل ليس بشرط فيها واما قول صاحب التحفة فلان محل توهم عدم اشتراط الارث والعقل انما هو قوله وكذلك اذا قال واليتك والآخر قبلت ويجوز ان يكون مراده بذلك كذلك اذا قال واليتك بدل قوله انت مولاي فقط لا بدل مجموع قوله انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت فلا دلالة على عدم اشتراطهما وبالجملة ان عدم التصريح يشترط عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورة الموالاة لا يدل على عدم اشتراط ذلك اذ يجوز ان يكون عدم التصريح به بناء على ظهوره من بيانهم اياه على الاستقلال لا يرى ان لصحة عقد الموالاة شرائط كثيرة ككون الموالي مجهول النسب وكونه غير معتق وكونه غير عربي وغير ذلك مع انهم لم يصرحوا بشيء من ذلك عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورته **قوله** الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا اورد عليه بان سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل على ما مر في الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الاعلى والاسفل واجيب عنه بوجهين احدهما ان سبب الاشتراط ههنا هو السبب هناك وهو دفع الضرر فان العقد كان بينهما وفي تفرد احدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه ونفس الزام احدهما حكم الفسخ على الآخر بدون علمه ضرر لا محالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد وفيه ابطال فعله فلا يجوز بدون العلم كذا في الشروح وقال في النهاية وهذا الوجه هو الذي اختاره في المبسوط وقصر صاحب العناية ذكر الجواب على هذا الوجه فكانه اختاره ايضا اقول هذا الوجه مخل للكلام فان كون نفس الزام الفسخ على الآخر ضررا امر ظاهر لما ذكر من ان فيه ابطال فعل العاقل البالغ واما مدخلية عدم علم الآخر بذلك الالزام في كونه ضررا فغير ظاهرة اذ على تقدير علم الآخر به ليس له قدرة على دفع ذلك عن نفسه لاستقلال كل واحد منهما في فسخ العقد عند علم الآخر بلا ريب فيتحقق ابطال فعل الآخر في صورة العلم ايضا بالضرورة والظاهر ان علم الانسان بالامر الذي يكرهه ولا يقدر على دفعه لا يجدي شيئا فاذن لم يظهر كون سبب اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد منهما دفع الضرر على هذا الوجه اللهم الا ان يقال دفع الضرر وان لم يتعين ههنا كما تعين في صورة العزل عن الوكالة الا انه يحتمل بارضاء الآخر بالبر والمجازات لكنه فيه ما فيه فتامل وثانيهما ان فسخ احدهما هذا العقد بغير محضر من صاحبه يتضمن اضرارا بصاحبه اما اذا كان الفسخ من الاسفل فلانه ربما يموت الاسفل فيحسب الاعلى ان ماله صار ميراثا له فيتصرف فيه فيصير مضمونا عليه واما اذا كان الفسخ من الاعلى فلان الاسفل ربما يعتق عبيدا على حسبان ان عقل عبيده على مولاه ولو صح فسخ الاعلى تجب العقل على الاسفل بدون علمه فتبصر كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الذخيرة اقول هذا الوجه في الجواب هو الصواب لان حاصله ان في الفسخ بدون علم صاحبه ضرر الاغترار وفي الاعلام دفع ذلك فلا بد منه ولا ريب ان هذا معقول المعنى **قوله** لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قيل عليه لما لم يجعل صحة العقد مع الثاني موجبة لفسخ العقد الاول واجيب بان الولاء كالنسب والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره وكذلك الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول كذا في عامة الشروح والكافي وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط اقول في الجواب بحث من وجهين الاول ان قولهم والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره ممنوع فانه اذا كانت الامة بين شريكين فجاءت بولد فادعياه ثبت نسبه منهما عندنا كما مر في باب الاستيلاد من كتاب العتاق مدللا ومشروحا والثاني ان قياس الولاء على النسب يقتضي ان لا يصح عقد الولاء مع الثاني بعد ان يصح مع الاول اذ النسب لا يتصور ثبوته من انسان بعد ثبوته من آخر فينبغي ان يكون الولاء كذلك على مقتضى القياس فمن اين يتصور الاستدلال بصحة عقد الولاء مع الثاني على بطلان عقده مع الاول ثم اقول يمكن ان يجاب عن الاول بان المراد ان النسب ما دام ثابتا من انسان اولا لا يتصور ثبوته من غيره ثانيا وثبوت نسب ولد الامة المشتركة بين رجلين منهما انما هو فيما ادعياه معا واما اذا ادعاه احدهما اولا والآخر ثانيا فانما يثبت نسبه من الاول دون الثاني كما فصل في باب الاستيلاد من كتاب العتاق وعن الثاني بان القياس في مجرد عدم صحة اجتماع ثبوته للشخصين في حالة واحدة اذا كان ثبوته لهما على سبيل التعاقب لا في عدم صحة الانتقال من احدهما الى الآخر فساد امر آخر ناشئ

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فيفقد به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما يوعد به وذلك انما يكون من القادر او السلطان دون غيره سيان عند تحقق القدرة والذي قاله ابو حنيفة رحمه الله ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لان المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان اختلاف حجة وبرهان لكن القدرة عنده للسلطان ثم يعدى ذلك تبعا لزمان واهله ثم كما يشترط قدرة المكره تحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يوعد به ذلك بان يغلب على ظنه انه يفعل ما يسعه به محرما على ما دعي اليه من الفعل قال واذا اكره الرجل على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او اجره اكراه على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او اشترى وهو مكره او اقر بالمال طائعا او اجر نفسه او ماله او اقر بالقصاص او بالطلاق او بالعتاق او بالنكاح فهو كله جائز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز شيء من هذا كله الا ان يكون تجارة عن تراض

من كون الثابت بالاستلحاد كالثابت بالعقد الولاء عقد غير لازم فيجاز العقد النسب من تلك الجهة الجهالة فلذا يصح الانتقال فيه دون النسب فتامل

كتاب الاكراه

قيل في مناسبة الوضع لما ذكر ولاء القاذف لمناسبة المكاتب ذكر ولاء الموالاة لمناسبة ولاء المعاقدة لان ايراد الاكراه عقيب ولاء الموالاة لمناسبة ان كلا منهما تغير حال المخاطب من الجهة الى الاصل فان ولاء الموالاة بتغير حال المخاطب الذي هو المولى الاعلى من جهة تناول مال المولى الاسفل بعد موته الى حالة لا تملك الاداء بتغير حال المخاطب الذي هو المكره من جهة المباشرة الى حالة اخرى هي عامة المواضع ثم ان الاكراه في اللغة عبارة عن حمل الانسان على شيء يكرهه يقال اكرهت فلانا اكراها اي حملته على امر يكرهه واما في اصطلاح الفقهاء فقد ذكر في المبسوط ان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره من غير ان يسد به الالجئ في حق المكره او يسقط عنه الخطاب لان المكره مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب الا ترى انه مترددين فرض فخير اباحة ورخصة وياثم مرة ويؤجر اخرى وهو موجب الخطاب وذكر في الايضاح ان الاكراه فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعا الى الفعل الذي طلب منه وذكر في الوافي انه عبارة عن فعل يفعله المكره على ما هدده به فيفقد به الرضا وكذا في النهاية ومعراج الدراية قال في النهاية ولكن يختار الشر الذي سيا فعلت فعلت وهو الصحيح وعبارة المبسوط كما ترى وحتى ما يتعلق بتفسيره او ما شابهه وكذا في الكفاية في اثناء المسائل قوله لان الاكراه اسم لفعل الى قوله ولا يفسد به اختياره مع بقاء اهليته قال صاحب النهاية وتفسيره ان يحمل المرء غيره على المباشرة حملا ينتفي به رضاه وهو غير راض بكونه مباشرا واختياره مع عدمه وهو اشارة الى نوع الاكراه او يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو اشارة الى القسم الآخر ليكون لا حصرا في القسمين باعتبار ذلك انواع الاكراه الثلثة وهو موضوع اصول الفقه انتهى كلامه اقول تدبر في الشارح المذكور في تفسير كلام المصنف حيث جعل قوله او يفسد به اختياره من قوله او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وجعل قوله او يسقط عنه الخطاب من قوله او يسقط عنه الخطاب كما لا يخفى على ذوي الالباب وان شئت ما هو التحقيق في هذا المقام فاستمع الى ما يتلى عليك من الكلام فاعلم ان الاكراه الذي ذكر في عامة الكتب من الاصول والفروع هو ان الاكراه نوعان نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وذلك بان يكون بقتل او بقطع عضو وهو الاكراه الملجئ ونوع يعدم الرضى ولا يفسد الاختيار وذلك بان يكون بضرب او بقيد او بحبس وهو الاكراه الغير الملجئ وكل منهما لا ينافي الاهلية ولا الخطاب وامافخر الاسلام البزدوي فقال في اصوله الاكراه ثلثة انواع نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو الملجئ ونوع يعدم الرضى ولا يفسد الاختيار وهو الذي دون الملجئ ونوع آخر يعدم الرضى وهو ان يهدد بحبس ابيه او ولده او ما يجري مجراه والاكراه بجملته لا ينافي الاهلية ولا يوجب وضع الخطاب انتهى قال صاحب الكشف في شرح هذا الكلام من اصول فخر الاسلام الاكراه حمل الغير على امر يكرهه ولا يريده مباشرته لولا الحمل عليه ويدخل في هذا التعريف الاقسام الثلثة المذكورة في الكتاب قال شمس الائمة هو اسم لفعل يفعله الانسان بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره ولم يدخل فيه القسم الثالث الذي ذكر في الكتاب كانه لم يجعله من اقسام الاكراه لعدم ترتب حكمه عليه الى هنا كلام صاحب الكشف واعترض بانه قد ظهر لك ان ما ذكره المصنف رحمه هنا من معنى الاكراه هو الذي ذكره شمس الائمة في المبسوط حيث قال ان القسم الثالث من الاقسام الثلثة المذكورة في اصول فخر الاسلام غير داخل في هذا المعنى كما توهمه صاحب النهاية وانما هو داخل في معنى الاكراه فتكلما اشار اليه صاحب الكشف وان وجه عدم ادخال ذلك القسم في معنى الاكراه شرعا عدم ترتب احكام الاكراه عليه في عرف الشرع كما ترتب عليه احكامه في الكشف عندك ايضا شارحا وقع في عامة الكتب من تقسيم الاكراه الى نوعين فقط فان المقصود بالبيان في الكتب الشرعية احوال الاكراه الذي يترتب عليه الحكم الشرعي ثم ان الاتكلا صاحب النهاية في تفسيره ذكر المصنف رحمه سماع كونه خلاف ما هو الواقع كما عرفت تصحيح في نفسه اما ولا خلاف حمل قول المصنف رحمه ينتفي به رضاه او يفسد به

والاكراه بهذه الاشياء يتبع الرضا او يعدمه فاذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه واذا كان الرجل صانعا منصبا بحلف انه يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جهة الصدق فيه على جهة الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع الضرر ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لان التسليم موقوف على الاجازة لانه حق المكره فصار كما اذا باع الفضولي ثم سلم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كالبيع الفاسد والشرط المفسد فيثبت الملك عن القبض حتى لو قبضه واعتقه وتصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز بخلاف ما اذا باع ملك الغير فاجازه المالك ونفذ لان الفساد لعدم الولاية لا لعدم الرضا والتسليم حق المكره فيملك ابطاله ما لم يزل ملكه عنه ويزول الفساد بالاجازة لانها بمنزلة الامر بالتسليم ابتداء وبالتسليم لا يزول الملك عنه فكذا بالاجازة ولو هلك في يد المشتري هلك بالثمن المسمى لان القبض حصل بحكم البيع الفاسد وهو كالصحيح في حق الهلاك وكذا لو هلك في يد البائع لان الفاسخ رده بحكم الفساد وهو كالمستوفي المثل في حق الهلاك وكذا لو استهلكه المشتري او باعه ثم هلك في يد المشتري الثاني لان الفسخ لا يتحقق بعد الاستهلاك والبيع وكذا لو اعتقه المشتري او كاتبه او دبره او استولد جاريته لان الفسخ يبطل هذه التصرفات لانها تصرفات في ملكه وكذا لو زوج العبد او الجارية لان الفسخ يبطل النكاح لانه فسخ من الاصل وكذا لو آجر الدار او الارض لان الفسخ يبطل الاجارة لانها تابعة للملك وكذا لو رهنه او آجره ثم فسخ البيع لان الفسخ يبطل الرهن والاجارة لانهما تابعان للملك وكذا لو كاتب العبد او آجره ثم فسخ البيع لان الفسخ يبطل الكتابة والاجارة لانهما تابعان للملك وكذا لو زوج الامة ثم فسخ البيع لان الفسخ يبطل النكاح لانه فسخ من الاصل وكذا لو آجر الدار او الارض لان الفسخ يبطل الاجارة لانها تابعة للملك وكذا لو رهنه او آجره ثم فسخ البيع لان الفسخ يبطل الرهن والاجارة لانهما تابعان للملك وكذا لو كاتب العبد او آجره ثم فسخ البيع لان الفسخ يبطل الكتابة والاجارة لانهما تابعان للملك وكذا لو زوج الامة ثم فسخ البيع لان الفسخ يبطل النكاح لانه فسخ من الاصل

مع فساد اختيارا وعدمه مع ان مقابلة قوله او يفسد به رضاه تمنعه قطعا واما ثانيا فلانه قال ابن قول المصنف رح او يفسد به اختياره يستلزم نفي صدم الرضاء ولا معنى له لانه هي الارادة بحسب ظاهره اي بدون تقدير شيء آخر يستلزم ذلك فليس كذلك قطعا لان فساد الاختيار انما يستلزم صدم الرضاء لا نفي صدوره وثبوت الرضاء وان اراد انه اذا اخرج عن ظاهره بتقدير لا كما ذكر فيما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك ايضا اذ بتقدير لا يصير المعنى او لا يفسد به اختياره وذلك بان يصح اختياره سعه ولا شك ان صحة الاختيار لا يستلزم نفي صدم الرضاء وهو ثبوت صدم الرضاء بجواز ان يصح الاختيار وتعدم الرضاء كما في النوع الغير الملجئ من نوع الاكراه على ما مر واما ثالثا فلانه قال وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا يدرى تقدير لا اي او يفسد به اختياره وهو ايضا مختل لان هذا التقدير مع كونه خلاف الظاهر جدا يأبى في مقام التعريف لا يجدي ما ذكره من كون قصود المصنف رح الاشارة الى الانواع الثلثة للاكراه لان نفي فساد الاختيار انما ينفي صحة الاختيار وهي لا تقتضي الرضا بل تتحقق مع صدم الرضاء ايضا كما عرفت آنفا فلا يحصل الاشارة بقوله او يفسد به الاختيار على تقدير لا فيه الى القسم الثالث من الاكراه لصدقه على القسم الثاني من النوعين الاولين كما لا يخفى على ذي مسكة ان المعنى الذي نسبه الشارح المذكور ههنا الى المصنف رح كان يحصل بان يقول بدل قوله او يفسد به اختياره او لا يمضي او لا ينفي برضاه فهل يجوز العاقل لمثل المصنف رح ان يترك ذاك اللفظ الاقصر الخالي عن التعلقات بالكلية ويرتكب هذا اللفظ الاطول المشتمل على تعلقات كثيرة في افادة ذلك المعنى ولعمري ان نسبة المصنف رح معزل عن مثل ذلك فالحق ان مراده بقوله فينتفي به رضاه اي ينتفي به رضاه بدون فساد اختياره تقوية لمقابلة قوله او يفسد به اختياره فان العام اذا قوبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى وكان قوله فينتفي به رضاه اشارة الى احد نوعي الاكراه وهو غير الملجئ وقوله او يفسد به اختياره اشارة الى النوع الآخر منهما وهو الملجئ فانتظم كلامه من حيث كلتا اصلا وانطبق لما في عامة الكتب

قوله والاكراه بهذه الاشياء يعلم ان رضاه اراد بهذه الاشياء القتل والضرب الشديد بدليل المثل به وهذا ظاهر كونه اظهر من ان يخفى قد خفي على الشارح العيني فقال في تفسير قول المصنف رح بهذه الاشياء اي بالبيع واخواته ولم يدر ان البيع واخواته مما لا يكره عليه لان المكره به وهذا نظير سائر سقطاته في كتابه هذا **قوله** بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه اقول يرد على ظاهر هذا التحرير ان آخر الكلام ينافي اوله فلانه قال في اوله بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم فعدل ذلك على تحقق الاكراه في هذه الصور ايضا والا لما قال بخلاف ما اذا اكره بل كان ينبغي ان يقول بخلاف ما اذا ضرب بسوط او حبس يوما او قيد يوما وقال في آخره فلا يتحقق به الاكراه وهذا صريح في عدم تحقق الاكراه في باقي الصور فتناقضا والجواب ان المراد بالاكراه في قوله بخلاف ما اذا اكره معناه اللغوي وهو جعل الانسان على امر كيفما كان مرضيا او لا شك في تحقق هذا المعنى في باقي الصور الذي نفاه في آخر الكلام انما هو تحقق الاكراه على معناه الشرعي الذي يترتب عليه احكامه ولا تناقض ولك ان تقول التغيير بالاكراه في قوله بخلاف ما اذا اكره لك كما في قولك تعلم ما في نفسي ولا اعلم ما في نفسك فحينئذ لا يكون لفظ الاكراه هناك حقيقة لا لغوية ولا شرعية بل يصير مجازا اطلاقا تناقض اصلا **قوله** وكذا الاقرار حجة الى آخره قال في النهاية والعناية قوله وكذا الاقرار حجة معطوف على قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد اي والاقرار ايضا يفسد بالاكراه بهذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة في غير الاكراه لترجح جهة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة انتهى اقول الظاهر عندي ان قوله وكذا الاقرار حجة الى غير معطوف على قوله لان من شروط صحة هذه العقود التراضي الى قوله فيفسد لا على قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد لان قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا على تقدير ان يكون بمنزلة الكبرى من غير الشكل الاول فعطف قوله وكذا الاقرار حجة الى آخره على تلك المقدمة من الدليل يقتضي المشاركة في المقدمة الاولى مع ان المذكور في حيز قوله وكذا الاقرار

ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل وهذا ضعيف ويمكن ان يجعله بيعا باطلا اصلا لفقد الرضا بالحكم على ما هو المتبادر للحاجة اليه **قال** فان كان قبض المشتري طوعا فقد اجاز البيع لانه دليل الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على التسليم لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة والتسليم فوهب وسلم حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا عين اللفظ وذلك في البيع بالقبض وما هو الاصل من غير الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع **قال** ان فعله مكرها فليس ذلك باجارة وعليه رد العين ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا وقد تقدم الكلام في هذا العقد **قال** وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره فعليه قيمته للبائع معتبرة يوم قبضه لانه مضمون عليه بالقبض بالعقد الفاسد والمكره ان يضمن المكره اذا كان هو الذي اكرهه وهو ما لم يؤد الى المشتري ويضمن المشتري ايضا ما دام قائما لان المكره كالغاصب غاصب غاصب فيخير المالك في تضمين اي منهما شاء لان كل واحد منهما متلف ملكه بالقبض والاتلاف ثم رجوع المكره على المشتري بالقيمة قضاء لحق المالك ثم رجوع المشتري على المكره ان كان هو الذي اكرهه لان كل شيء كان سببا في تلف شيء وتسلطه المتلف عليه بامره ملكه لانه ظلمه بذلك فكان ضمان ما تلف عليه وان كان المشتري قد باعه قبل ان يستحق فهلك عند المشتري الثاني فان شاء المالك ضمن المكره لانه متلف ملكه بالقبض وان شاء ضمن المشتري الثاني لان يده يد ضمان وان شاء ضمن المشتري الاول لان يده يد ضمان لانه قبض ملكه بغير اذنه وان ضمن المشتري الاول لم يرجع على احد لانه ملكه بالقبض وتسليمه الى الثاني كان بامر المالك فلا يكون سببا موجبا للضمان على احد **فصل** ثم اذا ثبت ان الاكراه يمنع جواز البيع فالمكره بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه لان الامتناع لحقه وهو الفرار عن الرضا بالتزام الضرر وقد حصل وان شاء اجاز البيع لان المنع لحقه وقد زال برضاه وهذا اذا كان المكره هو البائع فان كان المشتري فله الخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه لان الاكراه يمنع الرضا بالتزام الضرر وقد حصل وان شاء اجاز البيع لان المنع لحقه وقد زال برضاه وهذا اذا كان المكره هو البائع فان كان المشتري فله الخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه لان الاكراه يمنع الرضا بالتزام الضرر وقد حصل وان شاء اجاز البيع لان المنع لحقه وقد زال برضاه وهذا اذا كان المكره هو البائع فان كان المشتري فله الخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه لان الاكراه يمنع الرضا بالتزام الضرر وقد حصل وان شاء اجاز البيع لان المنع لحقه وقد زال برضاه

حجة دليل مستقل في حق فساد الاقرار بالاكراه يحتمد بقدرته من الدليل السابق كما يصح عنه التقرير المذكور في النهاية والعناية فالوجه ان يكون معطوفا على مجموع الدليل السابق لا على بعضه والذوق الصحيح يشهد بما ذكرناه كلمة تدبر ترشد **قوله** ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل قال بعض الفضلاء لا يخفى على من يدري معنى الهزل ان هذا القدر لا يكون التكلم به هازلا انتهى اقول لم يقل من جعله باطلا ان التكلم به هازل حقيقة حتى يجيء عليه ما ذكره ذلك القائل بل قال انه كالهازل بناء على ان التكلم بلفظ البيع هناك لا يقصد معنى البيع والافلا شك ان من شروط كون التكلم هازلا حقيقة ان يجري المواضعة قبل العقد بان يقال نحن نتكلم بلفظ العقد هازلا كما تقرر في علم الاصول وفي صورة تبايع الوفاء لا يوجد ذلك الشرط قطعا ويرشد الى كون المراد ما ذكرناه قوله اعتبارا بالهازل فان معناه

فياسا على الهازل ولا ريب ان القياس انما يصور بين الشيئين المتغايرين بحسب الذات المشتركين في العلة

فصل قال اكثر الشراح لما ذكر حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد يقبل المعاوضة ولحاجته انتهى اقول فيه كلام وهو انه قد ذكر في هذا الفصل حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد ايضا كما في مسئلة الاكراه على اتلاف مال مسلم بامر مخيف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وكما في مسئلة الاكراه بقتل على قتل غيره فلم يتم ما ذكره بالنظر الى شل ذلك الا شبه ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال انما فصل الفصل لان ما تقدم مما يحل فعله قبل الاكراه ومسائل الفصل ليست كذلك لانها محظورة قبل الاكراه في حالة السعة **قوله** حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك اقول في قوله يباح له ذلك اشكال بان المباح ما استوى طرفا فعله وتركه كما تقرر في علم الاصول وفيما نحن فيه اذا خيف على النفس او على العضو كان طرف الفعل راجحا بل فرضا كما صرح به في كتب الاصول فاطلاق المباح على ذلك مع كونه منافيا كما تقرر عندهم في تفسير معنى المباح مخالف لما صرحوا به في كتب الاصول من كون ذلك فرضا فتامل **قوله** ولا يسعه ان يصبر الى ما توعده به فان صبر حتى اوقعوا به حلم يأكل فهو اثم قال في العناية فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب ان المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لان ما افضى الى الحرام حرام انتهى اقول في الجواب بحث لانا ان اردنا به ان المباح ههنا حال كونه سببا حاصله تركه حراما لافضائه الى الحرام فهو ممنوع عند الكيف والمباح ما استوى طرفا فعله وتركه وما صار طرف تركه حراما لا يستوي طرفاه قطعا فلو صار تركه حراما حال كونه سببا حال لزم اجتماع استواء الطرفين وعدمه في محل واحد في حالة واحدة وهو محال وان اريد به ان ما كان سببا في حالة قد اعيد تركه حراما في حالة اخرى لعلة تقتضي ذلك فيقلب اجابة مسلم لكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل لان نحو اكل الميتة وشرب الخمر انما كان سببا في حالة الاضطرار دون حالة الاختيار كما صرحوا به ولا شك ان صيرورة تركه حراما انما هي في حالة الاضطرار ايضا في حالة الاختيار يصير تركه واجبا قطعا فلزم ان يجتمع اباحة وحرمة تركه في حالة واحدة فلم تصور الانقلاب من الاباحة الى الوجوب بحسب الحالتين فما نحن فيه يقال بسبب استواء الطرفين فيه هو الاباحة الاصلية حيث لم تتناولها النهي المحرم باستثناء حالة الاضطرار وبسبب حرمة الترك فيه مستلزمة لعدم استواء الطرفين انما هو افضاء الترك فيه الى قتل النفس المحرم ادى الى قطع العضو المحرم فلا اتحاد في اجتماع استواء الطرفين وعدمه استواؤهما فيه في حالة واحدة لانا نقول استواء الطرفين وعدم استوائهما متناقضان قطعا فيستحيل اجتماعهما في شيء واحد في حالة واحدة سواء كانا مستندين الى سبب واحد او الى سببين ونظير هذا ما حققه الفاضل الشريف في شرح المواقف في مباحث العلة والمعلول فانه لما استدلوا على ان الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مستقلتين بانه لو علل بهما كان محتاجا الى كل واحدة منهما ومستغنيا عن كل واحدة منهما في زمان واحد قال لا يقال منشاء الاحتياج الى كل واحدة منهما هو عليتها له ومنشاء عدم الاحتياج اليها عليته الاخرى له فلا استحالة في اتصافها بالامرين المتقابلين الاحتياج الشيء الى اخر في وجوده وعدم احتياجه اليه شيئا فضلا عن احتياجه الى كل واحدة منهما بل يجوز ان يكون محتاجا الى كل واحدة منهما لو انفردت ومستغنيا عنهما لو اجتمعتا لانا نقول الاحتياج الى كل واحدة منهما هو عليتها له ومنشاء عدم الاحتياج اليها عليته الاخرى له فلا استحالة في اتصافها بالامرين المتقابلين انتهى كلامه فقد ظهر لك ان كلام

الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب **قال** وان اكره على الكفر بالله تعالى والعياذ بالله او بسب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بقيد او بحبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى **قال** فاذا خاف على ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويؤدي فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر رض حين ابتلي به وقد قال له النبي عليه السلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال عليه السلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه **قال** فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ماجورا لان حبيبا رض صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله عليه السلام سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة

بعض الفضلاء ايضا في هذا المقام فلينظر اليه وليتامل فيه **قوله** الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة قال تاج الشريعة هذا جواب اشكال كانه يقول اذا ثبت اباحته ينبغي ان لا يأثم اذ الانسان لا يأثم بترك المباح فاجاب بانه يأثم اذا علم بالاباحة ولم يأكل حتى تلف لانه يصير ساعيا في اتلاف نفسه انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان كلام المصنف هذا لا يصلح ان يكون جوابا عن ذلك الاشكال اذ لا ممانعة في العلم ان لا يأثم الانسان بترك المباح فان المباح من حيث انه مباح لا يأثم الانسان بتركه وان علم اباحته بل بالعلم باباحته ينكشف عدم العلم في تركه فكيف يحصل الجواب بقوله الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة عما يقال اذا ثبت اباحته ينبغي ان لا يأثم اذ الانسان لا يأثم بترك المباح فالوجه ان قول المصنف رح هذا انما هو لبيان ان الحكم بالاثم على تقدير الصبر وترك الاكل في مسئلتنا هذه ليس على اطلاقه بل فيما اذا علم بالاباحة في هذه الحالة واما اذا لم يعلم بها فلا اثم عليه في تركه لكونه معذورا بالجهل في امثال هذا بناء على الخفاء **قوله** فقال فان عادوا فعد قال جمهور الشراح معنى قوله عليه السلام فان عادوا فعد ان عادوا الى الاكراه فعد الى طمانينة القلب لا الى اجراء كلمة الكفر والطمانينة جميعا كما زعمه البعض لان ادنى درجات الامر الاباحة فيلزم ان يكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لانه لا ينكشف حرمته اصلا انتهى وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام واورد عليه بعض الفضلاء بان قال فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفي في اول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشيء لا ينفي الحظر فان المحظور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محظور فوقه كالحنث في اليمين وقطع الصلوة الى آخر ما ذكره هناك فلم لا يجوز ان يكون هنا كذلك انتهى اقول مراد الشراح ان ادنى درجات ما استعمل فيه صيغة الامر حقيقة هو الاباحة وانما يستعمل في الترخيص ونحوه مجازا ولا بد في المجاز من قرينة صارفة عن الحمل على الحقيقة وفيما نحن فيه لم توجد تلك القرينة فلا جرم نحملها على الحقيقة وحقيقة الامر انما يتصور ههنا بصرف الاعادة الى الطمانينة دون اجراء كلمة الكفر لما بينوا وعن هذا قال العلامة النسفي ههنا اي عد الى طمانينة القلب بالايمان وما قيل فعد الى ما كان منك من النيل مني وذكر الهتم بخير فغلط لانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم انه يأمر بالتكلم بكلمة الشرك الى هنا كلامه **قوله** ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان بهذا الاظهار دليل معقول ووجهه ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة وكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما فيسعه الميل الى احياء حقه انتهى كلامه اقول في تقريره خلل اما اولا فلان قوله فان التكرار ليس بشرط في تعليل قوله وهو قائم تقديرا ليس بسديد لان عدم اشتراط التكرار لا يستدعي قيام الاقرار تقديرا اذ لا بد فيه من ان لا يطرأ عليه ما يضاده كما تقرر في موضعه والمفروض ههنا طريانه عليه اذ الكلام في اظهار كلمة الكفر وهو مضاد للاقرار باللسان فان قلت اظهارها اكراها لا يضاد الاقرار طواعية وانما يضاده اظهارها طواعية قلت هذا مبني على جواز اظهارها حالة الاكراه وهو اول المسئلة فاخذه في اثناء اقامة الدليل عليها مصادرة فبهذا ظهر سقوط ما قاله بعض الفضلاء ههنا انه ككلام الناشي وجوده بمنزلة العدم فانه ايضا مبني على اول المسئلة فيستلزم المصادرة واما ثانيا فلان قوله فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما يشعر بعدم فوت حق الله تعالى حقيقة ههنا اصلا وليس كذلك اذ لولا فوت حقه تعالى حقيقة اصلا لما كان ماجورا فيما اذا صبر حتى قتل ولما تم قول المصنف فيما سياتي ولان الحرمة باقية اذ الظاهر ان الحرمة لا تثبت بمجرد توهم فوت حقه تعالى بدون ان يفوت حقيقة بل التحقيق ان اجراء كلمة الكفر على اللسان حرام في كل حال لا يسقط عنه الحرمة اصلا وان فيه ترك حق من حقوق الله تعالى بل هو كفر صورة في حالة الاكراه وكفر صورة ومعنى في حالة صحة الاختيار كما صرح به في كتب الاصول الا ان المبتلى بالاكراه عليه يصير معذورا حالة الاكراه

ولان الحرمة باقية والاستباح لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم ولكنه استثناء **قال** ان اكره على الكفر فاجرى كلمته وهو مطمئن بالايمان فلا اثم عليه وان صبر حتى قتل فهو مأجور لان مسيلمة اخذ رجلين فقال لاحدهما ما تقول في قال انت صادق وقال للآخر ما تقول في قال انا مثله فخلى عن الاول وقتل الثاني وقال عليه السلام فاما هذا فقد اخذ برخصة الله تعالى واما هذا فقد صدع بالحق فهنيئا له **اقول** ولان الحرمة باقية والاستباح لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء واعترض عليه بان اجراء كلمة الكفر ايضا استثنى بقوله الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان مع انه ليس كفرا بعد من بعد ايمانه فينبغي ان يكون سببا حاكما كاكل الميتة وشرب الخمر واجيب بان في الآية تقديما وتاخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان فان الله تعالى بالغ في اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما دفع عنهم العذاب والغضب ليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متاخر فيجوز ان يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهو الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر كذا في غاية الشروح وغيره في النهاية الى مبسوط شيخ الاسلام قال صاحب العناية بعد ذكر السوال والجواب وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذاك متنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانه يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تاخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر والدليل فيما نحن فيه على ذلك انتهى اقول هذا النظر ساقط جدا فانه يصح ان يمثل كل واحد من شقي الترديد ولا يلزم محذور اصلا ويجوز ان يراد بالعلة ما هو المصطلح عليه في علم الاصول وهو ما كان خارجا عن الشيء مؤثرا فيه قوله فذاك متنع التخلف عن الحكم الذي وهو معلوله ممنوع فان وجوب مقارنة العلة الشرعية للمعلول انما هو في بعض اقسامها وهو ما كان علة اسما ومعنى وحكما دون البعض الآخر وهو ما كان علة اسما فقط او اسما ومعنى كما تقرر ذلك كله في علم الاصول فيجوز ان يكون العلة فيما نحن فيه من قبيل الثاني فلا يمتنع التخلف ويجوز ان يراد بها السبب الشرعي كما هو الظاهر من التمثيل وهو ما كان خارجا عن الشيء ولم يكن مؤثرا فيه بل كان موصلا اليه في الجملة قوله فانما تخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تاخيره ممنوع بل السبب الشرعي مطلقا من حيث انه سبب يجوز تخلف الحكم عنه اذ لا بد ان تتوسط بينه وبين الحكم علة فاذا تحقق ذلك العلة لا تحقق الحكم بمجرد السبب وهذا ايضا مع كونه مقررا في علم الاصول مفهوم من نفس معنى السبب الشرعي فان الايصال في الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم والمثال المذكور في الجواب ليس في معرض التعليل ليتخلف الحكم عن السبب الشرعي بل هو سوق للمجرد التمثيل فتحقق دليل شرعي مبيح على جواز ذلك في كل صورة على حدة على انه يمكن ان يجعل حديث خبيب دليلا على اعتبار الحرمة فيما نحن فيه بعد ان نفي حكمه وهو الغضب فان خبيبا لما اكره على اظهار كلمة الكفر فصبر ولم يظهرها حتى قتل بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم حين سماه سيد الشهداء وقال هو رفيقي في الجنة ولو لم تعتبر الحرمة ابدا في تلك الكلمة لما سوغ له الصبر على القتل لما استحق المدح في ذلك لان في الاستباح عن المباح في تلك الحالة اعانة الغير على اهلاك نفسه وهو حرام فيلزم ان لا يثاب على ذلك **قوله** متفق عليه الخ يعني على الذكر بقيته البيع لا صلة له فيه من حيث الاتلاف فان خلاف ايقال في الغاية ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يتحقق بهذا اللفظ كما لا يخفى على احد في حق التلفظ وكذا في حق ما يثبت في ضمنه واجيب بان الاعتاق ايلاف وبه يصلح آلة فيه والتلفظ قد يتمسك به في الجملة كما في اعتاق الصبي فيصح ان يكون آلة بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ انتهى اقول فيه نظر لان الانفكاك في اعتاق الصبي انما هو من جهة ثبوت التلفظ بدون ثبوت الاعتاق وذلك لا ينافي ثبوت التلازم بين التلفظ والاعتاق في ضمن التلفظ بهما نعم يمكن ان يقال ان ثبوت التلفظ فيه متحقق في صورة اعتاق الصبي فلم يتم التعليل ولا التقريب لكن يرد عليه ان الفرض ان التلفظ بهذا حيث يقال انه متى ما ثبوت الاعتاق لا يتضمن الحكم كما اذا ورث القريب وقد اقول لكن يرد ايضا على قوله ان يتحقق صورة ان يشتري القريب ويعتق من غير ان يتلفظ بالاعتاق كما هو عادة والحيلة وقد مر في كتاب الولاء مفصلا والكلام ههنا في الاعتاق دون التحقق كما لا يخفى فلا يتم التعليل بتلك الصورة ايضا ولا التقريب ثم اقول لا فائدة لحديث الانفكاك اصلا في الجواب ههنا فان ثبوت الاتلاف فيما نحن فيه في ضمن التلفظ امر مقرر لا يقبل الانكار فيكون مدارا للورود السوال المذكور لا محالة ولا يجدي شيئا في دفعه انفكاك الاتلاف

فلو اتلف شيئا منه فهو بمثله كالمستهلك او مستعيرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتوصل الى الحرية او لتعلق حق الغير وهو المرتهن وكل واحد منهما لا يوجد هنا اصلا بخلاف المكره على العبد بالضمان لانه قوى باكراه فه **قال** ويجب نصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن العقد مسمى يجب على المكره بما اوجب من النقصة لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها واما بتلك الطلاق فكان اتلافا لما زال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه تلف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول ولو اكره على التوكيل بالطلاق فطلق الوكيل بالاكراه استحسانا لان الاكراه مؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالفساد بخلاف الفاسدة ورجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره ان يملكه اذا باشر الوكيل والمنذور لا يحل به الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالبة له في الدنيا فلا يطالب فيها كالمحلوف عليه اذا حنث المكره لا يحل فيه الاكراه لعدم احتمالها الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها نعم عن الزوال والحلف من جانبه طلاق وعتق لا يحل عليه الاكراه بالمكاره كما ذكرنا والحلف على الفعل لا يمنعها البدل لرضاها بالالتزام **قال** وان اكره على الزنا وجب الحد عند ابي حنيفة رح الا ان يكرهه السلطان قال ابو يوسف ومحمد رح لا يلزمه الحد وقد ذكرناه في الحدود **قال** واذا اكره على الردة لم تبن امرأته منه

عن التلفظ في صورة اخرى فالحق عندي في الجواب ان يقال لا يلزم من عدم صلاحية المكره للالتزام في حق التلفظ عدم صلاحيته لما في حق ما ثبت في ضمنه وهو الاتلاف لان عدم صلاحيته لما في حق التلفظ لعلة امتناع التكلم بلسان الغير وهي غير متحققة في حق ما ثبت في ضمنه من الاتلاف فان المكره يمكنه ان يأخذ المكره ويتلفه على المالك فيتلف كما صرحوا به فيما مر **قوله** فلان بضمنه موسرا كان او معسرا لان ضمان اتلاف فلا يختلف بالايسار والاعسار كذا في الكافي وغيره فان قيل ينبغي ان لا يضمن المكره لانه اتلف بعوض حصل للمكره وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا اتلاف اجيب بان الاتلاف بعوض انما يكون كلا اتلاف اذا كان العوض مالا كما لو اكره على اكل طعام الغير فاكل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض او كان في حكم المال كما في منافع البضع اذا اتلفها مكرها لان منافعه تعد مالا عند الاجل والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب الا يرى ان شاهدي الولاء اذا رجعا لا يضمنان كذا في الشروح وانما يرد هذا الجواب لو كان الاكراه على شراء ذي رحم محرم فعتق عليه فان المكره لا يرجع هناك لقيمة العبد على المكره بناء على انه حصل له عوض فهو صيانة المال نفس عليه في الاب والابن ولانه يجب عليه ان يعتق الرحم ليست بمال كالولاء ما حقيقة فظاهر ولا حكما فلانه لم يقل به احد كذا قالوا في منافع البضع عند الدخول فقال **قوله** والسعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتوصل الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما بخلاف المرتهن اذا اعتق عبده وعليه دين لان السعاية تجب ثم تحق العزماء ويجب بخلاف الراهن اذا اعتق المرهون وهو معسر فانه يجب السعاية لحق المرتهن كذا في الكافي وعامة الشروح قال صاحب العناية يدل ذلك بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به انتهى اقول لم ار ما ذكره من وجوب السعاية على العبد اذا اكره الراهن على اعتاقه في شيء من كتب الفقه سوى شرح تاج الشريعة لهذا الكتاب فانه قال فيه هنا ولا تعلق بالعبد حق الغير ايضا حتى تجب السعاية لذلك بمثل ان يكون مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه وهو معسر فحينئذ يجب على العبد السعاية لتعلق حق المرتهن برقبته واما هنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شيء انتهى ولعله غلط وقع من تاج الشريعة فاغتر به صاحب العناية لان مجرد تعلق حق الغير بالعبد المعتق لا يوجب السعاية عليه بل لا بد من ان لا يقدر معتقه على ايفاء ذلك الحق ولهذا قالوا اذا اعتق الراهن العبد المرهون وهو معسر يجب السعاية على العبد لحق المرتهن حيث زادوا قيد الاعسار ولا يخفى ان الراهن فيما اذا اكره على اعتاق عبده المرهون فضل يقدر على ايفاء حق المرتهن بما ضمنه المكره من قيمة ذلك العبد فان لزم في الكتاب فكان ينبغي ان لا يجب السعاية على العبد ثم ان قول صاحب العناية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه الى آخره لا يكاد يصح هنا لان تلك الصورة داخلة في اطلاق ما نحن فيه من مسئلة الكتاب فكيف يصح الحكم بالمخالفة بينها وبين ما نحن فيه بخلاف الصورتين المذكورتين في الكافي وعامة الشروح فانهما مسئلتان مغايرتان لما نحن فيه فيصح الحكم بالمخالفة بينهما وبين ما نحن فيه وكذا قول تاج الشريعة واما هنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد الى آخره ليس ببعيد فانه ليشعر المخالفة ايضا بين تلك الصورة وبين ما نحن فيه مع انها داخلة في اطلاق ما نحن فيه كما لا يخفى وايضا الوجب السعاية على العبد في الصورة المزبورة لا تنقص بها ما ذهب اليه ابو حنيفة رحمه الله من ان السعاية انما يجب على العبد للتخريج الى الحرية اذ لا تخريج الى الحرية في تلك الصورة لما ذكروا ان العبد قد خرج الى الحرية بالاعتاق فلا يمكن تخريجه ثانيا فلزم ان لا يتم قول تاج الشريعة وصاحب العناية وغيرهما في ذيل شرح هذا المحل وهذا القدر من التعليل كاف على مذهب ابي حنيفة رح سالم عن النقض واما على مذهبهما فمنتقض بما اذا اعتق المجبور عليه بالسفه فانه يعتق ويجب عليه السعاية عندهما وقد عتق ملكه ولا حق لاحد فيه فيزاد لهما في التعليل وهو غير محجور عليه تامل لتعلم **قوله** وان اكره على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجب الحد وجه قولهما ان المعتبر في الاكراه كونه ملجيا وذلك بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان اكثر تحقق لان السلطان يعلم انه لا قدرة له فهو ذو اناة في امره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء الى

لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلو يثبت البينونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا لانه اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله

السلطان فيجعل في الامتناع وجه قوله ان المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجئ اليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو اما لا حكم له فلا يسقط به الحد كذا في العناية والنهاية وهو المطابق لما ذكره المصنف في كتاب الحدود واقول يتجه على الوجه الاول من قول ابي حنيفة رحمه الله ان يقال ندرة ذلك ممنوع كيف وقوع ظفر اللصوص وقطاع الطريق بالناس ويعجزهم عن دفع شرهم ولا سيما في المواضع الشاسعة عن العمران اكثر من ان تحصى ولئن سلم الندرة فان لا يكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات من الحدود وسيما في حد الزنا كما نحن فيه ممنوع اذ لا شك ان يجوز الاحتمال يثبت الشبهة فضلا عن الوقوع بطريق الندرة قال في غاية البيان في هذا المقام ودليلنا ظاهر لان الكلام فيما اذا جاء من غير السلطان ما بقي من السلطان في موضع لا دفع عادة وفي مثل هذا السلطان في حقه لا سواء لانه لو كان في غير المصر عتبر بالاجماع وللبي حنيفة رحمه الله ان هذا مما يغلب عادة اذا كان في المصر لان الظاهر انه يعجز الغوث من الناس او من السلطان فيندفع والحكم لا يبنى على النادر حتى لو كان في موضع يغلب كما في غير المصر يعتبر وكذا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ثم قال على هذا التقرير يمكن ان يندفع منع الندرة ولكن يبقى منع ان لا يكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات كما نحن فيه على حاله ثم اقول اطلاق مسئلة الكتاب واطلاقات عامة المعتبرات في ان حكم الاكراه مخصوص بالسلطان عنده وعامة لكل متغلب يقدر على تحقيق ما هدد به عندهما مما لا يساعد القول بان الاكراه من غير السلطان في غير المصر معتبر بالاجماع يظهر ذلك بالتامل في عبارات الكتاب وسائر المعتبرات قال الامام قاضيخان رحمه الله في اول كتاب الاكراه من فتاواه الاكراه لا يتحقق الا من السلطان في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قول صاحبيه يتحقق من كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدد به وعليه الفتوى انتهى وقال من الذخيرة والمحيط الحاكم ومن شرطه عندنا ان يكون الاكراه من السلطان عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا جاء من غير السلطان الكبير من السلطان فهو اكراه صحيح شرعا والاختلاف على نحو الاختلاف المذكور في مسئلة الزنا وصورتها غير السلطان اذا اكره رجلا على الزنا فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله يجب الحد على الذي كانه باشر الزنا طوعا وعلى قولهما لا حد عليه فيظهر بعض مشائخنا ان الخلاف بينهم في الزنا خاصة وما في غيره فاكراه غير السلطان واكراه السلطان سواء عندهم جميعا ومنهم من قال الخلاف في الزنا وغيره من الاحكام ايضا سواء واختلفوا فيما بينهم بعضهم قالوا هذا اختلاف عصر وزمان وبعضهم قالوا هذا اختلاف حجة وبرهان انتهى فقد بر قوله لان الردة تتعلق بالاعتقاد اقول يرد عليه لانه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك لا يثبت البينونة بالشك قال صاحب العناية ويجوز ان يعلل كلامه بدليلين احدهما ان قوله ان الردة تتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس كذلك بثبات شيء مما يدل عليه الاكراه والثاني ان ابتداء الردة بالاعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه امر غيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن حقه الترجمة فلا يثبت البينونة بالشك انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان ما قاله لغو من الكلام لان ما عمد دليلين متحدان في المعنى وانما الاختلاف بينهما في بعض الالفاظ وهو تبدل الاعتقاد في الاول واعتقاد الكفر في الثاني ولا ريب ان تبدل اعتقاد المسلم انما يكون باعتقاد الكفر فاتحاد معنى الدليلين مما لا يخفى على احد فكيف يجعل كلامه مشتملا على دليلين ايضا ان الواقع في كلام المصنف هو اللفظ الثاني دون الاول كما مر قوله لانه اقول لانه لان اللفظ غير موضوع للفرقة يرد عليه ان تبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا لانه اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله

من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالته عليها من حيث ان اللفظ دليل راجح لها في القلب فان دل على تبدل الاعتقاد استلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا عن ان يكون صريحا فيه ليقوم لفظة مقام معناه فلهذا كان القول قوله اقول فيه خلل فان قوله فان دل على تبدل الاعتقاد استلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية لا يخفى وتيقن اذ لا يبقى المجاز من كون اللفظ مستعملا

تجدد في الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى عليه هذا بيان الحكم
اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه فمات حين لم يقتل لم يصل عليه
لتمكن الشبهة وهو ارتداد لكن قال الكرخي على اجراء حكم الكفر اخبرت عن احر ما تتم به لكن نفسك بانت منه حكما ولو بانا لا تقر ثم عاد مسلما لا يبانها عليه
وحكم هذا الطلاق ما ذكرنا ولو تزوج ما طلقها حتى تحيض حيضة ثم تطهر ثم تحيض حيضة اخرى ثم تطهر ثم تحيض حيضة اخرى فتبين منه بالثالثة
على الف تخلصا فجبره وعلى هذا ذكر الصلوة على الصلوة على الصليب وسب محمد النبي عليه السلام فعن ابي يوسف رحمه الله انه سئل عن الرجل يمر بالصليب فيقول صلى الله على محمد
ولو صلى للصليب سب محمد النبي عليه السلام او سب محمدا عليه السلام بايمانه وهو مسلم فانه يكفر وان قاله مازحا او مخطئا في كلامه لان هذا كفر بالاتفاق والله اعلم

كتاب الحجر

قوله الحجر في اللغة المنع ومنه سمي العقل حجرا لانه يمنع صاحبه من الوقوع في القبيح وسمي الحرام حجرا لانه يمنع من الاقدام عليه ومنه سمي
الحطيم حجرا لان الجاهلية كانوا يتحالفون عنده فيمنع من الظلم وفي الشرع منع مخصوص على شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون
والاصل في الحجر قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح
فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم ولا تأكلوها اسرافا وبدارا ان يكبروا ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف فاذا دفعتم اليهم اموالهم فاشهدوا عليهم
وقوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وقوله عليه السلام لا يجوز امر السفيه في ماله اذا
افسده ومنعه عن تبذيره وقوله عليه السلام من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه وقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام والحجر ضرر بالمحجور عليه
لانه يمنعه عن التصرف في ماله وضرار بالناس لانه يتصرف في مال غيره بالاتلاف والاصل ان كل من يتصرف لغيره لا يتصرف الا على الوجه الذي فيه نظر
لان تصرفه لغيره لا لنفسه فلا يتصرف الا على الوجه الذي فيه نظر لان تصرفه لغيره لا لنفسه فلا يتصرف الا على الوجه الذي فيه نظر لان تصرفه لغيره لا لنفسه
فلا يتصرف الا على الوجه الذي فيه نظر لان تصرفه لغيره لا لنفسه فلا يتصرف الا على الوجه الذي فيه نظر لان تصرفه لغيره لا لنفسه فلا يتصرف الا على الوجه الذي فيه نظر

كتاب الحجر

اعلم ان الحجر عند الائمة الثلاثة في كل من اسلب لاية المختار عن الحجر على ما عرف في موضعه وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يثبت الحجر على الحر البالغ العاقل
كاملة بخلاف الحجر كان ابو حنيفة رحمه الله يقول ان الله تعالى خلق الدنيا وما فيها لمنافع العباد وجعل بعضهم اولى بالدنيا وانفع بسعيهم واهداهم الى مصالح الدنيا وجعل بعضهم تبعا لهم
وتحقيق ذلك ان الله تعالى خلق الورى وفاوت بينهم في العقل فجعل بعضهم اولى بالرأي وانفع بسعيهم واهداهم الى مصالح الدنيا وجعل بعضهم تبعا لهم بحيث لا يستغنون عن رأيهم
الرديء فيما يرجع الى معاملات الدنيا كالصبيان الذين هو عديم العقل والمجنون الذي فقد عقله فاثبت الشرع الحجر عليهم عن التصرفات تداركا لما يلحقهم من الضرر
الظاهر من تصرفهم فيما يضرهم لانعدام كامل رأيهم وتمييزهم واما العبد المحجور فانه وان كان ناقص الرأي بالنسبة الى رأي الحر العاقل البالغ لكنه ليس بعديم الرأي
فما هو المتوقع من ضرر بما يتوقع في حق الصبي والمجنون فانه يتصرف في مال غيره ولا مال له يتدارك به ما يتلف في مال الغير بخلاف العبد المحجور فانه يتصرف في مال نفسه
فساغ له التصرف على الرقيق بالحجر لقوة نظر المولى فثبت ان الحجر في اللغة هو المنع فانه يقال حجر عليه القاضي اذا منعه من التصرف في ماله والحجر في الشرع هو المنع عن التصرف في حق شخص
مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون كذا في النهاية والعناية اقول فيه قصور اما اولا فلان الحجر في الشرع ليس هو المنع عن التصرف مطلقا بل هو منع

قال الاسباب الموجبة للحجر ثلثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون بحال اما الصبي فلنقصان عقله بغير ان اذن الولي لاية اهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك ما تجب متعلق القرض به بغير اذن المولى بالاذن بشيء بقوات حقه والجنون لا يجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد فلانه في نفسه والصبي يجب بقلب اهليته فلعدام فهم الفرق **قال** من باع من هذا لا شيئا او اشترى وهو يعقل البيع ويقصد فالولي بالخيار ان شاء اجاز اذا كان فيه مصلحة وان شاء ضمنه كان التوقف في العبد حق المولى فيخير فيه وفي الصبي المحجور نظرا لما ضرر في مصلحتها فيه وكذا ان سقاه البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون غير يعقل البيع بقصد اذ ان كان لا يوجد المصلحة على الفسدة وهو المعتوه الذي يصرع وكيلوه عن فيه كما بينا في الكفالة فان قيل التوقف عندكم في البيع ما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر فلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وههنا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية فلو نفذ للزم الولي فرقناه **قال** هذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لانه لا ضرر في الافعال وجودا حتى ضمنا ضرره

عن التصرف قولا وفعلا كما يصح عنه ما سياتي في الكتاب من ان هذه المعاني الثلثة اعني الصغر والرق والجنون يوجب الحجر في الاقوال دون الافعال واما ثاني فلان الحجر عليه غير منحصر في الصغير والرقيق والمجنون بل المفتي الماجن المتطبب الجاهل والمكاري المفلس محجور عليه ايضا بالاتفاق والسفيه والمغفل والمديون ايضا محجور عليه عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله كما سيجيء ذلك كله في غاية المعتبرات وسياتي في الكتاب شيئا فشيئا منقولا في تاويل التعريف وهو الصغير والرق والجنون تفسير زائد وتقييد كاسد وبالحجر في التعريف المذكور تقصير من حيث اطلاق المقيد وتقييد المطلق وقال في الكافي الحجر في اللغة المنع وفي الشرع منع التصرف قولا بصغر ورق وجنون انتهى اقول فيه تدارك للمحذورين الاول ولكن يبقى المحذور الثاني على حاله كما لا يخفى فالاولى ما ذكره في سراج الدراية فانه قال فيه الحجر لغة المنع مصدر حجر عليه وشرعا منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولا لشخص مخصوص بوصف مخصوص بسبب كان انتهى **قوله** الاسباب الموجبة للحجر ثلثة الصغر والرق والجنون هذه الثلثة بالاتفاق والحق بها اشتق سنة ثالثة اخرى بالاتفاق ايضا وهي المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس والمديون والسفيه بعد بالغ رشيد فعلى قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله كذا في الشروح اقول قد اطبقت كلمة الفقهاء في كتب الفروع على ادراج المعتوه والمجنون والعبد في الاسباب الاصلية المتفق عليها ثلثة وهي الصغر والرق والجنون وفي كتب الاصول على جعل العتة قسيما للجنون كسائر الامور المتعرضة على الاهلية وهي مخالفة في اكثر الاحكام فتخالفت اصطلاحهم في الفروع اصطلاحهم في الاصول وهذا من الشواذ **قوله** وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال اي هذه المعاني الثلثة التي هي الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الاقوال حتى اوجب التوقف في الاقوال التي تتردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء بخلاف الافعال المحضة كالصغير والمجنون والعبد اوجب الحجر من الاصل بالاعدام في حكم اقوال تمحض ضررا كالطلاق والعتاق في حق الصغير والمجنون دون العبد فانه يملك الطلاق كذا في النهاية والكفاية قال صاحب النهاية في حل هذا المحل وهذه المعاني الثلثة يعني الصغر والرق والجنون يوجب الحجر في الاقوال يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء اي هذه المعاني يوجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد واما تمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانها يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد واما تمحض منها نفعا كقبول الهبة والصدقة فانه لا حجر فيه على العموم انتهى كلامه فقوله خصص الشارح المزبور الاقوال المذكورة في مسئلة الكتاب باقوال تتردد بين النفع والضرر حيث قال يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء فلما خرج حينئذ عن الاقوال ما تمحض نفعا وما تمحض ضررا فكان فائدة اخراج الاول ظاهرة لعدم ثبوت الحجر فيه اصلا ودون فائدة اخراج الثاني لثبوت الحجر فيه ايضا في حق الصغير والمجنون فخصص معنى ايجاب الحجر ايضا حيث قال اي هذه المعاني يوجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد اشارة بذلك الى عدم ثبوت الحجر بسبب الاخير المخصوص فيما تمحض ضررا من الاقوال بنية عليه قوله وهذا ما تمحض فيه [illegible] فيوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد ولا يذهب عليك ان عبارة الكتاب مع عدم مساعدة الشيء من التخصيص [illegible] فكان [illegible] الشارح المزبور يصير [illegible] قوله وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال [illegible] من تبع من هذا شيئا او اشترى وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه فلا يكون في هذه الثانية فائدة الا الحجر عليها قولية اقوله دون الافعال وثانيهما انه لا يناسب ادراج [illegible] الاقوال كالطلاق والعتاق والاقرار في المسائل المتفرعة على هذا الاصل وهو قوله وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال [illegible] الكتاب حيث قال فيما يلي الصبي والمجنون لا يقع طلاقهما ولا عتاقهما وصرح الشارح المزبور وغيره وهناك بان ذلك لسائر ذكره [illegible] الاصل المذكور وقد وقع التصريح بناء على التفريع في مختصر القدوري في قوله

بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه الا ترى ان فعلا يتعلق به حكم يدرئ بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما لما بينا ولا يصح طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه

فالصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما لا يقع طلاقهما ولا عتاقهما بعد قوله وبهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال بتعيين التفريع بنفس عبارته فالوجه عندي ان اللام في الاقوال في قوله توجب الحجر في الاقوال للجنس ان المراد ايجاب الجنس قوله توجب الحجر في الاقوال ما يعم ايجاب التوقف على الاجازة كما في الاقوال المتردد بين النفع والضرر ايجاب الاعدام من الاصل كما في الاقوال المتمحضة للضرر فلا يحتاج الى اخراج هذا القسم اعني المتمحض ضررا من الاقوال المذكورة في الاصل المسفور بل هذا القسم ايضا داخل في جنس الاقوال فيشمله ذلك الاصل فيناسب تفريع المسائل الآتية بادراجها عليه ولا يضر عدم تحقق الحجر في الاقوال التي تتمحض نفعا لان تحقق الحجر في جنس الاقوال لا يقتضي تحققه في جميع افرادها نعم الاصل المزبور مجملا وما فرع عليه من المسائل مبينا فاجعل في تلك المسائل ما يخرج فردا داخل تحت حكم الحجر والا فلا تامل قوله بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد شرطه اقول فيه اشكال لان الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص من الصبي مثلا كلها من الاقوال المعتبرة في الشرع مع ان القصد ليس بشرط لاعتبارها في الشرع الا يرى ان طلاق العاقل البالغ نازلا كذا يمينه نازلا وكذا يمينه نازلا وقد صرحوا به في مواضعها سيما في مباحث النزل من كتب الاصول مع ان النزل ينافي القصد لاحتمالة فان عدم القصد والارادة معتبر في نفس مفهوم النزل حتى قال في النهاية فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين احدهما ان الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن ان يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينا فبعدما وجدت لا يمكن ان تجعل غير موجودة والثاني ان القول قد يقع عمدا وقد يقع كذبا وقد يقع بيعا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد لا يرى ان القول من العاقل البالغ اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا اذا وجد من غيره الثلثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها انتهى اقول في كل من وجهي الجواب نظر اما في الاول فلانه غير متمش في الانشاآت من الاقوال كالبيع والنكاح والطلاق والعتاق ونحوها فان الانشاآت ايجادات لا يمكن تخلف مدلولاتها عنها ولا يخفى ان اكثر الاقوال المعتبرة في الشرع في افادة الاحكام الشرعية من قبيل الانشاآت فلا يتم التقريب وامّا في الثاني فلانه منتقض بما لو باع عبدا من عبيد غيره شيئا فاضولي بالنجارة اذا اجاز المسئلة تفريعا على الاصل المذكور توجب ان يحكم في الثلثة توجب الحجر عن الاقوال التي من قبيل التصرفات في موضع واحد كذا في النهاية والغاية قال ابن الهمام والمراد بالصبي والمجنون الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج الى تاويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف رح عن وصمة التكرار نعم وقد انتدبا لاحسن من آخر وهو ما في غاية البيان هنا فان قال اراد بقوله لا يصح لا ينفذ لان بينهما ما تيصره فانهما الذي يتردد بين النفع والضرر فوقف على اجازة الولي الا يرى الى ما قال في قوله ومن باع من هذا الصبي شيئا وهو يعقل البيع وقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه والا فله ان يرده انتهى ومن لا يعقل صلاة وقبوله والمجنون المغلوب لا يليق صلاحيته تدبيرا في قوله والبيع على ظاهره وانتفى كلامه اقول لا مساغ لذلك ان حمال لان حمل الصبي والمجنون في قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما على الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب فقط مما لا يساعده القاعدة فان المعرف بلام التعريف اذا لم يكن هناك معهود انما يحمل على الجنس في قاعدة اهل العربية وعلى الاستغراق في قاعدة اهل الاصول كما تقرر كذا في موضعه فهنا الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لم يصر معهودا فضلا فلا بد ان يراد الصبي والمجنون المذكورين هنا جنسهما او جميع افرادهما على احدى القاعدتين لا محصورة منهما كما توهم ولئن سلم مساعدة القاعدة لذلك فلو اريد بهما هنا ذلك القسم المعين حينما لزم ان لا يكون احكام معتوه الصبي العاقل والمجنون الغير المغلوب الذي هو المعتوه والاحكام اقرارهما وطلاقهما وعتاقهما

والاعتاق بمحض مضرة ولا توقف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا توقف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على [illegible] في سائر العقود وان اتلف شيئا لزمه ضمانه احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا [illegible] والمجانين الا بعد الاشهاد [illegible] على ما بيناه قال فاما العبد فاقراره نافذ [illegible] لحق الموالي [illegible] نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين [illegible] او كسب وكل ذلك [illegible] في الحال [illegible] وان قر بحد او [illegible] لو صح [illegible] لا يصح اقرار المولى عليه [illegible] عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا [illegible] الا ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ والله اعلم

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة [illegible] لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد [illegible] يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله

[illegible] ان يكون [illegible] والحجر [illegible]

وحكم [illegible] في حقه عدم تصرفه في حقها على [illegible]

[illegible] قوله [illegible] المصلحة في الطلاق لعدم الشهوة [illegible] على عدم التوافق على

اعتبار بلوغه [illegible] في شرح [illegible] تحقق عدم الاعتاق والطلاق وان كان [illegible] بين النفع والضرر اعتبار موافقة الا

بعد البلوغ [illegible] على المصلحة في الطلاق بحال اما في الحال فلعدم الشهوة واما في المآل فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق

[illegible] والمعتبر عند بلوغه حد الشهوة [illegible] والولي وان امكن ان يقف على مصلحة في الحال [illegible] وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه

حد الشهوة [illegible] ما يتمحض ضررا للصغير لا

ان يحمل كلامه هنا على التنزل والتسليم [illegible] ان اريد بالمصلحة في قوله والولي [illegible] على مصلحة في الحال مصلحة للصبي في الطلاق

كما هو المتبادر [illegible] الطلاق [illegible] على المصلحة في الطلاق [illegible] وان امكن ان يقف على مصلحة في

الحال لان علة عدم الوقوف على مصلحة في الطلاق في الحال [illegible] المذكور في تعليل عدم وقوف

الصبي على تلك المصلحة [illegible] على تلك المصلحة وان اريد بالمصلحة المذكورة مصلحة في غير الطلاق

[illegible]

باب الحجر للفساد

[illegible] فكان بالتقديم اولى وفي الحجر في الاول [illegible] اعترض على الاثبات [illegible] العقل والشرع انتهى

اقول في تفسير كلامه معنى السفه على الوجه المذكور [illegible] موجب العقل مشكل اذ الظاهر ان موجب الشيء لا يتخلف عنه [illegible] في المبسوط [illegible] ما يدل عليه الحجر واما في الثاني فهو انه ان كان معنى السفه في عرف الفقهاء [illegible] القول من ابي حنيفة رحمه الله بعدم الحجر على السفيه [illegible] خلاف موجب حكم العقل لا خلاف موجب نفس العقل [illegible] حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة وفي الثاني بان [illegible] ابطال حكم التصرف بالكلية وان كان ذلك التصرف في [illegible] من اتلاف المال كما سياتي بيانه في الكتاب وقال في النهاية [illegible] على قول ابي حنيفة رحمه الله فانه لا يرى الحجر للفساد اصلا انتهى اقول ليس هذا الكلام [illegible] كقوله وان اعتق عبدا نفذ عتقه وقوله ولو دبر عبده جاز وقوله ولو جاءت جاريته بولد [illegible] وان تزوج امراة جاز نكاحها وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها

لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولابي حنيفة رح انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع ضرر الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة باعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والتبرعات والصدقات وذلك يقف على اليد **قال** واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا يرى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة رح اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يونس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يونس رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا

وقوله ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف وقوله وتخرج الزكوة من مال السفيه وينفق على اولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي ارحامه وقوله اذا حج حجة الاسلام لم يمنع منها ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها وقوله فان مرض واوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلث ماله وقوله ولو حجر الفاسق عندنا اذا كان مصلحا لماله واما المسائل الخلافية بين ابي حنيفة رح وصاحبيه من مسائل هذا الباب فثلث ثنتان منها مذكورتان في اول الباب في الهداية والبداية احدىهما مسئلة انه لا يحجر السفيه عند ابي حنيفة رح ويحجر عندهما وآخرهما مسئلة ان الغلام البالغ غير رشيد اذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله عند ابي حنيفة رحمه الله وان لم يونس منه رشد وعندهما لا يدفع اليه ماله حتى يونس منه رشده وواحدة منها مذكورة في آخر الباب في الهداية وحدها وهي مسئلة ان يحجر القاضي بسبب الغفلة عندهما ومع ذلك جعل قول ابي حنيفة رح في المسئلتين الاوليين اصلا في الذكر وقولهما تبعا له فمن اين ان مسائل هذا الباب ما هي مبنية على قولهما لا على قوله الا المسئلة الاخيرة المذكورة في الهداية وحدها فكيف يصح القول بان مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول ابي يوسف رح ومحمد رح لا على قول ابي حنيفة رح ثم اقول لو قال بدل ذلك الكلام ثم اعلم ان تلقيب هذا الباب بباب الحجر للفساد مبني على قول ابي يوسف رح ومحمد رح لا على قول ابي حنيفة رح فانه لا يرى الحجر للفساد والسفه اصلا لكان له وجه صحيح كما لا يخفى **قوله** لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي قال صاحب العناية استدل المصنف رح بقوله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يحجر عليه نظرا له كالصبي فهذا يحجر عليه انتهى اقول تقريره غير مطابق للمشروح اذ لا يخفى ان حاصل كلام المصنف رح هنا قياس السفيه على الصبي قياسا فقهيا في وجوب الحجر عليه نظرا له ويرشد اليه قطعا قوله فيما سياتي من قبل ابي حنيفة رح ولا يصح القياس على منع المال ولا على الصبي وقد قرره الشارح المذكور على القياس المنطقي حيث قدر الكبرى الكلية وجعل قوله فيحجر عليه نتيجة القياس كما ترى ثم ان صاحبي النهاية والعناية قالا هذا الدليل الذي ذكره المصنف رح انما يصح على قول ابي يوسف رح ومحمد رح لا على قول الشافعي رح لان حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة لا بطريق النظر له وقالا وفائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا في دينه مصلحا في ماله كالفاسق فعند الشافعي رح يحجر عليه زجرا وعقوبة وعندهما لا يحجر عليه انتهى اقول فيه نظر لان من كان مصلحا في ماله لا يسمى سفيها في عرف الفقهاء كما افصح عنه صاحب العناية فيما مر حيث قال وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع واما كون المصلح في ماله اذا كان مفسدا في دينه يسمى بالسفيه على معناه الاصلي فلا يجدي نفعا ههنا اذ نحن بصدد بيان حكم السفيه في عرف الفقهاء بانه لا يحجر عليه عند ابي حنيفة رح ويحجر عليه عند ابي يوسف رح ومحمد رح والشافعي رح ولو كان الفاسق داخلا في السفيه في عرفهم لما صح بيان الحكم بالوجه المذكور فان الفاسق لا يحجر عليه عند احد من ائمتنا كما سياتي في الكتاب **قوله** ولابي حنيفة رح انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد قيل يشكل هذا بالعبد فانه مخاطب عاقل ايضا ومع ذلك يحجر عليه واجيب بوجهين احدهما انه ذكر المخاطب مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بمخاطب كامل لسقوط الخطابات المالية عنه كالزكوة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وسقوط بعض الخطابات الغير المالية كالحج وصلوة الجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها والثاني ان المراد بالمخاطب في قوله انه مخاطب هو المخاطب بالتصرفات المالية بدلالة سوق الكلام لان الكلام في الحجر عن التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات فحينئذ لا يتناول قوله انه مخاطب العبد لانه لا مال له فلا تصرف في المال ولا خطاب فيه هذا زبدة ما في النهاية وغيرها اقول بقي في كلام المصنف رح شيء وهو ان قوله عاقل بعد قوله انه مخاطب مستدرك لان المخاطب لا يكون الا عاقلا فان ما ليس بعاقل كالصبي والمجنون ليس بمخاطب لا محالة **قوله** وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يونس منه رشده قال صاحب العناية وتسامح عبارته في الجمع بين لا وابدا وحتى ظاهر انتهى اقول يمكن توجيه عبارته بان يحمل الابد على الزمان الطويل الممتد كما حمل بعض المفسرين الخلود في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا

ولابي حنيفة رحمه الله ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا ترى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار اثر الصبا وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتاتى التفريع على قوله وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف رحمه الله لانه لابد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلابد من فعل القاضي وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي رحمه الله لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذلك من السفيه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد رحمه الله انه لا يجب السعاية لانها لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل

شعوا الحجر اوه حينئذ خالدا فيها على المكث الطويل فحينئذ لا مدافع بين الا بد وحتى كما لا يخفى **قوله** ولابي حنيفة ان منع المال عنه بطريق التاديب لا يتادب بعدها ظاهرا وغالبا الا يرى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع قال صاحب العناية وهذا الدليل يمكن ان يوجه على وجهين احدهما ان يقال سلمنا ان علة المنع السفه لكن المعلول المنع من حيث التاديب وهذا يقتضي ان يكون محلا للتاديب ولا تاديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لانه في هذه المدة يصير جدا باعتبار اقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنا عشر سنة واقل مدة الحمل وهو ستة اشهر واذا لم يبق قابلا للتاديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني ان يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو ان منع المال عنه بطريق التاديب الى آخره انتهى كلامه وقد اقتفى اثره الشارح العيني اقول في تقرير الوجه الاول على ما ذكره خلل اذ على تقدير تسليم كون علة المنع السفه وادعاء ان المعلول هو المنع من حيث التاديب دون المنع المطلق يلزم ان يتخلف المعلول عن العلة بعد تلك المدة لعدم تحقق المنع من حيث التاديب بعدها بناء على عدم كون المحل قابلا للتاديب مع تحقق السفه بعدها ايضا ولا شك ان تخلف المعلول عن العلة باطل ولهذا قال في دليل الامامين فيبقى ما بقي العلة فاعتبار التاديب مع المنع في جانب المعلول لا يجدي ايضا لاستلزامه ذلك الباطل المحال والصواب عندي في تقرير الوجه الاول ان يقال لا نسلم ان علة المنع هو السفه وحده بل هو مع قصد التاديب فاذا لم يبق المحل قابلا للتاديب بعد تلك المدة لم يقصد التاديب بعدها فانتفت العلة بانتفاء احد جزئيها وهو قصد التاديب فلزم انتفاء المعلول الذي هو المنع ايضا بعدها فوجب الدفع فصار حاصل هذا الدليل على هذا الوجه هو المنع لا التسليم كما توهم **قوله** ولان المنع باعتبار اثر الصبي وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع قيل المنع معلق بايناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه اجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به ادنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذ وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورته فرعه اصلا وكان متناهيا في الاصالة كذا في العناية وغيرها اقول في الجواب بحث لان كونه متناهيا في الاصالة عند وصوله الى تلك المدة لا يقتضي رشده لحصول ذلك في المجنون ايضا مع عدم تصور الرشد فيه سلمناه لكنه لا يطابق قول ابي حنيفة رح في وضع المسالة من انه اذا بلغ خمسا وعشرين سنة سلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد اللهم الا ان يراد بالرشد هناك الرشد الكامل لكن لا يساعده اللفظ وياباه دليله تامل تقف **قوله** لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا فيتحرى المصلحة فيه قال في العناية استدل على الجواز والتوقف بقوله لانه ركن وذلك يوجب الجواز وسد باب ركن التصرف اذا وجد من اهله يوجب ذلك والسفيه ليس باهل واجيب بانه اهل لان الاهلية بالعقل والسفه لا ينفيه فان قيل فعلام التوقف اجاب بقوله للنظر له فان الحاكم نصيب ناظر فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده الى هنا لفظ العناية ورد بعض الفضلاء قوله استدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف وجد حيث قال هذا انما يدل على الجواز فقط انتهى اقول يمكن ان يحمل كلام صاحب العناية ههنا ان المصنف رح استدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد الى آخره اي استدل على الجواز بقوله لان ركن التصرف قد وجد وعلى التوقف بقوله والتوقف للنظر له الى آخره فحصل من المجموع الاستدلال على الجواز والتوقف معا وان كان الحاصل من اول قوله هو الاستدلال على الجواز فقط ولما اتجه على اول استدلاله سوال ظاهر الورود تصدى الشارح لذلك مع جوابه فوقع الفصل بين دليل الجواز ودليل التوقف في البيان فتبصر **قوله** والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا الى قوله والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه قال في العناية فيه بحث من وجهين الاول ان السفيه لو حنث في يمينه واعتق رقبة لم ينفذ القاضي كذا الوندر بشيء كذا ذكره ولم ينفذه عندنا ما لا يؤثر فيه الهزل لقوله عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد وقد اثر فيه الحجر بالسفه والثاني ان الهازل اذا اعتق عبده عتق ولم يجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا اعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في

قال ان عدد زوجات امرأة جاز لانه لا يؤدي الى ضياع الاصل بخلاف ما اذا تزوج اربعا في عقد واحد لانه لا مزية لبعضهن على بعض فيؤدي الى ضياع الاصل **قال** ويحجر على المفلس بطلب غرمائه لان فيه نظرا لهم لزيادة حقوقهم بزيادة ديونهم وطلقها قبل الدخول بها وجب نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح وهو الزوج وبالعفو يسقط الكل لان الزوج لا يستوجب على نفسه شيئا بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تعتبر زيادة قضاء كالمرض المزيد وطلقها قبل ان تحل بها وجب نصف المسمى لما بينا **قال** ويحجر المفلس ويمنع من التصرف في ماله لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه حين بعثه الى اليمن ان اخبرهم انه قد افترض عليهم صدقة تؤخذ من اغنيائهم وترد على فقرائهم ولان الحجر لحق الغرماء وانما يتحقق بالمنع من التصرف في ماله **قال** ويحجر على الكبير والصغير والعاقل والمجنون لان الحجر لحق الغرماء وانما يتحقق بالمنع من التصرف في ماله **قال** ولا يحجر على العبد لان الحجر لحق المولى وانما يتحقق بالمنع من التصرف في رقبته **قال** ولا يحجر على المكاتب لان الحجر لحق المولى وانما يتحقق بالمنع من التصرف في رقبته **قال** ولا يحجر على المأذون له في التجارة لان الحجر لحق المولى وانما يتحقق بالمنع من التصرف في رقبته **قال** ولا يحجر على المريض لان الحجر لحق الورثة وانما يتحقق بالمنع من التصرف في رقبته **قال** ولا يحجر على الصبي في شيء من تصرفاته لان الحجر لحق الصبي وانما يتحقق بالمنع من التصرف في رقبته **قال** ولا يحجر على الصبي في شيء من تصرفاته لان الحجر لحق الصبي وانما يتحقق بالمنع من التصرف في رقبته

وجوب السعاية والحجر الترفيه والثالث ان التعليل المذكور انما يصح في حق السفيه لا في حق العاقل والصحيح فيه ان يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لانتقضان في العقل والجواب عن الاول ان القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لان في تنفيذهما اضاعة المقصود من الحجر لامكان ان يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر عن الثاني ما سيجيء في الكتاب وعن الثالث ان قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما انتهى اقول في الجواب عن الاول وعن الثاني على الوجه المذكور بحث ايضا اما في الجواب عن الاول فلان حاصل ذلك الجواب بيان وجه عدم تنفيذ الكفارات والنذور الواقعة من السفيه وهذا لا يجدي شيئا في دفع البحث الاول ان حاصل ذلك البحث كما مر هي تنقص كلية قولهما ان كل تصرف يؤثر فيه الحجر وما لا فلا بعدم تنفيذ القاضي تصرف السفيه في الكفارات والنذور مع عدم تاثير الحجر في شيء منهما فاذكر في الجواب يقوى البحث فضلا عن ان يدفعه واما في الجواب عن الثاني فلان ما سيجيء في الكتاب هو قول المصنف رحمه الله ان الحجر لمعنى انتظروا ذلك في رد العتق الا انه متعذر فتجب رد بدل القيمة كما في الحجر على المريض ولا يرد عليك ان هذا ايضا لا يدفع نقض الكلية المتقدمة في نفسها كما هو حاصل البحث الثاني ايضا بل يقول كما عرفت آنفا ثم ان بعض الفضلاء اورد على قول صاحب العناية في البحث الثالث والصحيح فيه ان يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال فيه بحث اذ هذا المعنى لا يوجد في السفيه ولا يرد من الاشتراك انتهى اقول كانه غلط في الاستخراج فتوهم ان الضمير المجرور في قوله والصحيح فيه راجع الى التعليل فاعترض عليه بانه لا يرد في تمام التعليل ههنا من الاشتراك في العلة وهذا المعنى يعني قصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا يوجد في السفيه كما ان المعنى المذكور في الكتاب لا يوجد في العاقل على زعم صاحب البحث الثالث ولكن لا يخفى على الفطن ان الضمير المجرور راجع الى حق العاقل في قوله لا في حق العاقل فالمعنى والذي يصح في حق العاقل ان يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له ما ذكر في الكتاب فانه انما يصح في حق السفيه فقط فحينئذ لا يكون البحث ذلك الا عامل وجه كما لا يخفى **قوله** لقوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم وقد اوجد نوع رشد فينبغي ان لا تكون النكرة المطلقة قال في النهاية وفي المبسوط انفق رشد انكر في موضع الاثبات والنكرة في موضع الاثبات تخص لا تعم فاذا وجد رشدا ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال اليه انتهى اقول تقرير دليل الاستدلال في هذه المسئلة على الوجه المذكور في الكافي وفي المبسوط منتقض بقول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في السفيه المصلح في دينه دون ماله فانه يحجر عليه عندهما كما مر مع انه قد وجد منه نوع رشد وهو الرشد في دينه فينبغي ان لا تكون النكرة المطلقة فيجب ان يدفع اليه ايضا ماله والاظهر في تقرير استدلال الاستدلال بالآية الكريمة المذكورة ما ذكره صاحب الكفاية بعد ذكره في الكتاب شرحه على وفق ما في المبسوط حيث قال لان الرشد في المال مراد بالاجماع فلا يكون الرشد في الدين مرادا كيلا تعم النكرة المطلقة او لان الدفع معلق بايناس رشد واحد لانه نكرة في موضع الاثبات فلا يكون الرشد مرادا لانه حينئذ يكون معلقا بارشدين انتهى فتدبر **قوله** ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لان اسلامه فيكون في اليا للتصرف اقول يرد عليه النقض بالسفيه المصلح في دينه دون ماله على قوله لامحالة لان الاسلام فيه ايضا متحقق بل هو اقوى فلزم ان يكون من اهل الولاية فينبغي ان يكون اليا للتصرف ايضا غير محجور عليه كما ذهب اليه ابو حنيفة رحمه الله **قوله** ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي رحمه الله بسبب الغفلة وهو ان يعين في التجارات الى آخره واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فانه ما حجر على حبان بن منقذ وكان يغبن في المعاملات بل خاطبه بقوله اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام ما ثبت له البيع بشرط الخيار وما حجره واجيب بان الحجر على المتفق ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم لما انه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد كذا ذكره تاج الشريعة قال صاحب العناية بعد ذكر الاعتراض الجواب وسوء بان ذلك لمنع المال ليس النزاع فيه انتهى وقال بعض الفضلاء ويجوز ان يقال يعم سند الحجر ايضا بطريق الدلالة والالم يفد المنع كما سبق من دليلهما انتهى اقول ويجوز ان يرد هذا ايضا بان الحجر

فصل في حد البلوغ **قال** بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند ابي حنيفة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا تم الغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو قول الشافعي وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن في التاسع عشرة سنة ويتم له ثماني عشرة سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما السن فلهم العادة الفاشية ان البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس وتابعه القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوءهن وادراكهن اسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة **قال** واذا راهق الغلام او الجارية الحلم واشكل امره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله واحكامه احكام البالغين لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض

باب الحجر بسبب الدين

قال ابو حنيفة رحمه الله لا احجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه لان في الحجر اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص

ابلغ من منع المال في العقوبة كما مر في دليل ابي حنيفة رحمه الله على عدم الحجر على السفيه فاني يفهم من منع المال الحجر بطريق الدلالة وان منع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يتوقف على اليد كما مر هذا ايضا في دليله جوابا عن قولهما المنع لا يفيد بدون الحجر فيسقط قول ذلك القائل ههنا والالم يفد المنع كما تقرر من دليلهما وقال الشارح العيني بعد نقل ما ذكره تاج الشريعة وصاحب العناية قلت فيه نظر لان في حديث حبان بن منقذ نوع حجر لانه عليه السلام اطلق له البيوع كلها بالخيار فصار كالمحجور في البيوع المطلقة فافهم انتهى اقول ليس ما قاله بشيء اذ لا شك انه لا حجر في الحديث المزبور على حبان في شيء بل فيه ارشاده الى الطريق بحيا من شرط الخيار في البيع وقول الشارح المذكور فصار كالمحجور في البيع المطلقة يشعر باعترافه ايضا بانه لم يصر محجورا عليه حقيقة في شيء فلا يجدي ما قاله شيئا ههنا ولو سلم دلالة الحديث على كونه محجورا عليه في البيوع المطلقة اي في البيوع التي لم يشترط فيها الخيار فلا يقطع لسان دفع مادة الاعتراض ههنا فان مدعى ابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله ان يحجر القاضي على السفيه المفسد في بيوعه مطلقا اي سواء شرط فيها الخيار ام لا فيرد عليهم ان الحجر على المفسد في البيوع التي شرط فيها الخيار خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث حبان بن منقذ

فصل في حد البلوغ البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء الصغر ولما كان الصغر احد اسباب الحجر لم يكن بد من بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك **قوله** وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به اقول يرد على قوله للتيقن به اعتراض قوي وهو انه لا شك ان المتيقن به في بلوغ الصبي اشده انما هو اكثر ما قيل في اشده لا اقل ما قيل فيه لانه اذا بلغ الاكثر منها فقد بلغ الاقل منها دون العكس نعم وجود الاقل في نفسه لا يستلزم وجود الاكثر بخلاف العكس لكن ليس الكلام ههنا في وجود مدة في نفسها بل في كون تلك المدة اشد الصبي المتيقن به فيه انما هو اكثر ما قيل في اشده بلا ريب ثم اني لم ار احدا من الشراح حام حول هذا الاشكال سوى تاج الشريعة وصاحب الكفاية فانهما قالا فان قيل ينبغي ان يقال بالاكثر لانه المتيقن لان الادنى يكون في الاكثر دون العكس قلنا اول الآية ولا تقربوا مال اليتيم الى قوله حتى يبلغ اشده والله تعالى مد الحكم الى غاية الاشد واقل ما قيل في تفسيره ثماني عشرة وهو المتيقن انه لو مد الى اقصاه لا يبان مدة الى ثماني عشرة ولو مد اليها لا يكون ممتدا الى اقصاه وكانت ثماني عشرة متيقنا في كون الحكم ممتدا اليها فيبنى الحكم عليها اقول في الجواب نظر لان الاشد في الآية الكريمة المذكورة منتهى الحكم السابق وغايته كما يدل عليه قطعا قوله تعالى حتى يبلغ اشده ومجرد دخول مدة الحكم السابق الى ثماني عشرة في مدة الى اقصى ما قيل في تفسير الاشد لا يلزم كون ثماني عشرة منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها اشده فيما افاده الحكم الى اقصاه ايضا وانما يلزم وجودها في نفسها في ضمن وجود مدة اكثر منها فلم يكن متيقنا بها من حيث كونها الاشد بل من حيث وجودها في نفسها والمطلوب ههنا هو الاول دون الثاني فلا يتم التقريب والحق في اصل التعليل ان يقال وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه الاحتياطا كما وقع في الكافي والتبيين الا انه قال في الكافي بعد قوله للاحتياط ولانه متيقن به واما في التبيين فقد اكتفى بقوله للاحتياط وهو الاصوب

باب الحجر بسبب الدين عقب هذا الباب بالحجر بسبب الدين وما قبله بالحجر للفساد واما على قولهما فقط كما قالوا في فصل تكبيرات التشريق من كتاب الصلوة وفي باب مقاسمة الجد من علم الفرائض لان ابا حنيفة رحمه الله لا يرى شيئا منهما واما على قولهم جميعا بناء على تعلق نظر كلهم بذلك اثباتا منهما ونفيا منه ثم ان الحجر بسبب الدين لما كان مشروطا بطلب الغرماء كان فيه وصف زائد فصار بالنظر الى ما قبله بمنزلة المركب من المفرد فلذلك اخر تأخيره عنه **قوله** قال ابو حنيفة رحمه الله لا احجر في الدين اذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لا احجر عليه لان في الحجر اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص قال صاحب العناية في هذا المقام وابو حنيفة رحمه الله لا يجوزه لان فيه اهدار اهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الاعلى للادنى انتهى اقول لا يذهب عليك ان قوله فلا يترك الاعلى للادنى لا يناسب ما قبله من المقدمتين بل ينافيه في الظاهر فكان حق العبارة

فان كان له مال لم يترك فيه الحاكم لاجله نوع حجر

ان يقال فالتعليل الاصلي لدفع الادنى كما قاله المصنف في اوائل باب الحجر للفساد، واذا اليه ذهب قوله فلا يجوز تلدفع ضرر خاص وهو ما قال بعض الفضلاء بعد ما تعقبه بما تقدم
وقوله فلا يترك سهو من الناسخ انتهى نعم اقول يمكن توجيه على النسخ الآن بوجوه الاول ان يقال ان قوله الاعلى في قوله فلا يترك الاعلى للادنى على الاهلية المديون للاعلى ابقاء
الاهلية وبالادنى على المال نفسه للاعلى ضرر يشير اليه انه قال للادنى وقد يقال لدفع الادنى كما قاله المصنف وهذا مشكل ان كون ابقاء الاهلية ضررا فوق ضرر المال المحجور
كون الاهلية اصلي اي اشرف وكون المال ادنى اي اخس كان ضرر فوت الاشرف فوق ضرر فوت الاخس لا محالة فان قلت السابق لقوله في السوال الآتي و
انما يكون الاول اصلي ان لو كان في شخص واحد ان يكون المراد بالاعلى ابقاء الاهلية وبالادنى ضررا يقابله قلت التطبيق بافي الموضعين في حين المراد غير لازم
فان حاصل نفس الاهلية شرفا وحاصل ابقاء ضرر الاستلزام ان كذا ذاك نفس المال وذاك ضرر فيجاز ان يراد بالاعلى والادنى في موضع نفس الاهلية ونفس المال وفي
موضع آخر ضرر حاصل بسبيل بهذا القدر وما هو المقصود في كل من الموضعين كما لا يخفى على المتامل والثاني ان يجعل الترك الاتي في قوله فلا يترك على معنى الاتباع كما
سبق في قوله فلا يترك الاعلى للادنى فلا يبقى الضرر الاعلى الاجل الضرر الادنى اي لاجل دفعه ويجيء الترك بمعنى الابقاء واقع في التنزيل كقوله تعالى وتركنا عليه في
الآخرين اي ابقينا الثناء عليه في القاموس وشايع في كلام المصنفين حيث يقولون ترك على حاله ووقع في كلام المصنف ايضا في هذا الباب حيث قال و
يترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي فان قلت معنى الاتباع لا يناسب هذا المحل لان المتبادر من نفي اتباع اهلية تحقق اهليته والاذن اتباع
فرع التحقق ومذهب ابي حنيفة رح ان لا يجوز اهلية الانسان راسا لان فيه الحاقه بالبهائم قلت لا نسلم تبادر ذلك في صورة انتفى بل يكون اتباعا فرع التحقق
انما هو في الثبوت ولئن سلم ذلك فيمكن ان يلزم الحمل على خلاف المتبادر من ظاهر اللفظ بقرينة المقام والثالث ان يجعل كلمة لا في قوله فلا يترك على الزائدة كما في
قوله تعالى لئلا يعلم اهل الكتاب وقوله تعالى لا اقسم بهذا البلد وغيرهما من الاشعة فان قلت قد عدت مواقع زيادة لا في اكثر كتب النحو احدها مع الواو بعد
النفي وثانيها بعد ان المصدرية وثالثها قبل القسم على قلة ورابعها مع المضاف على الشذوذ وما نحن فيه ليس منها في شيء قلت ذكر ابن هشام في مغني اللبيب
وجوح لا الزائدة في مواضع من التنزيل وعد منها قوله تعالى وحرام على قرية اهلكناها انهم لا يرجعون وقال فقيل لا زائدة والمعنى حتم على قرية قدرنا اهلاكهم لكفرهم انهم
لا يكفرون عن الكفر الى قيام الساعة انتهى ولا يخفى ان هذين الوضعين ليسا من المواقع الاربعة المعينة وموافقين لما نحن فيه فكفى بها حجة لهذا الوجه الثالث
فان قلت لا يخلو حينئذ عن نوع الكلام وهو قوله للادنى اذ لا معنى لان يقال يترك الضرر الاعلى للضرر الادنى فان ترك الضرر الاعلى ليس للضرر الادنى بل لكونه
اشد وافحش منه شرعا فالاولى ان لا يكون معنى قوله للادنى لدفع الادنى واما اذا كان معناه ذاك كما هو الظاهر فتساوا المعنى انتهى اذ ذاك فيترك الضرر الاعلى
لدفع الضرر الادنى فيلزم ان لا يحصل شيء من الضررين وليس كذلك قطعا قلت يمكن نظم ذلك بان يجعل اللام في قوله للادنى على معنى عند فيكون معنى الكلام
فيترك الضرر الاعلى عند تيسير الضرر الادنى لوجوب اختيار احد الشرين وهذا معنى مستقيم كما ترى ويجيء اللام بمعنى عند قد ذكره ابن هشام في مغني اللبيب وشاهد
بقولهم كتبته لخمس خلون وقال وجعل منه ابن جني قراءة قوله تعالى بل كذبوا بالحق لما جاءهم بكسر اللام وتخفيف الميم انتهى والانصاف ان هذا الوجه بعيد الغاية
التي ذكرنا التوجيه كلام صاحب العناية ههنا لكن بمقصود وتابيان جملة الوجوه من الاحتمالات في توجيه كلامه بحسب الامكان على القواعد العقلية والنقلية
ثم قال صاحب العناية فان قيل اهلية المديون وتركه الحجر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول اصلي لو كانا في شخص واحد فالجواب ان ضرر
الدائن يندفع بالحبس لا محالة والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولم يكن اصلي ما اندفع به ضرر الدائن واهلية اصلي من الحبس فيكون اصلي من

ولانہ حجر لا عن تراض فیکون باطلا بالنقد

ضرر الدائن انتہی کلامہ اقول بحصل السوال منع کون ہذا الحبس لتحصیل ما ہو دفع ضرر الدائن مستندا کیف ونافی شخصین دون شخص واحد وحاصل الجواب اثبات المقدمۃ المنوعۃ بطریق قیاس المساواۃ بتحقیق مناطہ بطلان السند ایضا تقریرہ ان ہذا الحبس اعلی ضررا من الحبس والحبس اعلی ضررا من ضرر الدائن بملاحظۃ مقدمۃ مقررۃ وہی ان الاعلی من الاعلی من الشیء اعلی من ذلک الشیء ولا شک ان ہذا القیاس یقتضی کون ابتداء الحبس اعلی ضررا من ضرر الدائن لو کان فی شخصین فیسقط المنع ویبطل السند ولکن لا یلائم فی المقدمۃ الثانیۃ من القیاس المزبور وہی قولنا والحبس اعلی ضررا من ضرر الدائن نوع خفاء بینا الشارح المذکور اولا بما حاصلہ ان ضرر الدائن یندفع بالحبس فلم یکن الحبس اعلی ضررا من ضرر الدائن لما اندفع بہذا بداک ثم ذکر المقدمۃ الاولی والنتیجۃ المطلوبۃ بالبیان ثم اخذ فی الجواب بحث اما اولا فلان قولہ ان ظلم المدین یندفع بالحبس لامحالۃ فی حیز المنع بجواز ان یختار المدیون الحبس ابدا ولا یوفی حق الدائن فلا یندفع حینئذ ضرر الدائن واما ثانیا فلان الحبس لو کان اعلی ضررا من ضرر الدائن لما جاز الحبس عندنا وعند ائمتنا رحمہم اللہ تعالی علی مقتضی قولہ لاتحمیل الضرر الاعلی لدفع ضرر الادنی وہذا ہو الاساس فی اثبات مذہبہ فی ہذہ المسئلۃ مع ان الحبس جائز بالاجماع ومتعین عندنا وعند ائمتنا رحمہم اللہ تعالی علی ما مر بیانہ ثم قدرتہ علی ادائہ بیعہ بالغبن الفاحش فی المدۃ القلیلۃ وبنی الاحکام الشرعیۃ علی الغالب الشائع وعن الثانی بان الحبس لیس بمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل ہو مع ذلک جزاء لظلم المدیون الدائن بالمماطلۃ وقد صرح بہ فی فصل الحبس من کتاب القضاء یکون الحبس جزاء المماطلۃ حیث قال اذا ثبت الحق عند القاضی وطلب صاحب الحق حبس غریمہ لیعین بہ علیہ امر بدفع ما علیہ فان الحبس جزاء المماطلۃ فلا بد من ظہورہا وشار الیہ الشارح المذکور فی اثناء الجواب المزبور بقولہ والحبس ضرر یلحق المدیون بجہۃ المماطلۃ وہو حاصل قصدہ الاشارۃ الی کون باعثا علی ذکرہ ہذہ المقدمۃ اثناء الجواب والاظہر فی جعلہا اصلا فی الجواب المقدمۃ المنوعۃ فی السوال کما ظہر من تقریرنا السابق فاذا کان کذلک فاختیار الحبس للمجازاۃ والشرعیۃ مع انتفاع المال عن الدائن بہ ایضا لمجرد دفع ہذا الضرر الذی ہو ادنی من ضرر الحبس حتی ینتقض بہ قول ابی حنیفۃ رح لاتحمیل الاعلی لدفع الادنی فان قلت ہب ان الحبس لیس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل لہ ولجزاء ظلم المماطلۃ معا لکن یندفع بہ ظلم المماطلۃ ایضا کما یشعر بہ قول المصنف رح فیما بعد ولکن یحبسہ ابدا حتی یتبین فی دینہ افلاس الخ وحینئذ فلا یتم الاستدلال بالمقدمۃ المذکورۃ فی الجواب الثانیۃ ولم یکن علی ما اندفع بہ ضرر الدائن یقال ولعلم یکن الحبس اعلی من ظلم المماطلۃ لما اندفع ذلک الظلم فیلزم ان یکون الحبس اعلی من ظلم المماطلۃ ایضا فیعود النقاض قولنا لاتحمیل الاعلی لدفع الادنی یا بعد قلت المندفع بالحبس ظلم آتی الجواب بقول المصنف رح فیما بعد ودفعا لظلمہ لاظلمہ الماضی اذ لا مجال لدفع ما تحقق فیما مضی من المماطلۃ لانتفاء عرض لا یبقی والذی جعل الحبس جزاء انما ہو ظلمہ الماضی واختیار الحبس لمجازاۃ ظلمہ الماضی مع دفع ظلمہ الآتی ودفع ضرر المال عن الدائن ایضا لا ینافی انتقض بالنظر الی مجازاۃ ظلمہ الماضی کما لا یخفی ولئن سلم کون الحبس اعلی من ظلمہ مطلقا ومن ضرر الدائن فنقول ان قولہ لاتحمیل الاعلی لدفع الادنی فی قول علی موجب القیاس والحبس قد ثبت بالنص من کتاب وسنۃ علی ما مر جوابہ فی فصلہ وفصلوہ فیترک بہ القیاس بخلاف الحجر لسبب الدین فانہ لم یثبت بنص فیجری فیہ القیاس ویسقط النقض بہ قطعا لا یقال الحجر لسبب الدین ایضا ثبت بالنص وہو ما روی ابن ماجۃ عن معاذ ان رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم حجر مالہ وقسم ثمنہ بین غرمائہ بالحصص کما ذکر فی البدائع والتبیین وبعض شروح ہذا الکتاب دلیلا علی قول الامامین فی ہذہ المسئلۃ لانا نقول اجابوا عنہ فی تلک الکتب ایضا من قبل ابی حنیفۃ رح بان بیع النبی صلی اللہ علیہ وسلم مال معاذ کان باذنہ استعان بالنبی علیہ السلام وقالوا الدلیل علیہ ان بیع مال المحجور حتی یامرہ ولیہ ولا یظن بمعاذ رضی اللہ عنہ ان یخالف امر رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم وقال فی البدائع مع ما روی انہ طلب من رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم

ولكن يجعل ابدا حتى يبيعه في حينه ايفاء لحق الغرماء وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف ولا اقرار حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوز نظرا له وفي هذا الحجر نظر لهم فتعين ما قالاه فيحرر حتى يستفيد من قوله حتى ويحتمل ان يكون بالواو بمعنى ثم لان الحجر ثم قال لا يبطل حتى الغرماء والمشتري فلو باع فالمذهب انه لا ينفذ لتعلق حق الغرماء به لا بالحجر حتى عند الامام لان البيع مستحق عليه لايفاء ديونه حتى يجبر عليه فاذا امتنع باع القاضي ماله كما في باب المعسر من كتاب القضاء والدين البيع ليس بطريق متعين لذلك فجاز في الجملة والحبس بقضاء الدين عارضا من الطريق كيف ما ان غم البيع كان الحبس افراد ابعاد حق الغرماء في دينهم ولهذا لو ظهر غريم آخر لهم ولد مع القاضي بيع ماله وهذا بالاجماع كان للغرماء حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي اولى بخلاف ما اذا كان دينهم ولد مع ذلك عالجها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة استحسان والقياس ان لا يبيعه كما في المرض هذا لان لصاحب الدين ان يأخذ بجنس حقه لا استحسان لهما مختصرات الخانية وللشافعية مختلفان في الصورة فيما ينظر الى الاختلاف يسأل عن الدائن ولا بد لاحد هما ان يشهد بخلاف المفرغ على ان الغرض يتعين بصورها ولهما انها المفرغ فرسائل ثانية فباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار بدأ بالاسهل لقلة الضرر على المديون ويترك عليه ما يتعلق به حوائجه من ثياب بدنه ودابة يركبها لان بها كفاية وخادم يستأنس به لانه من مفاليس كذا اذا غسل ثيابه لانه لا بد له من ملبس قال فان ظهر في حال الحجر غرماء لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه متعلق بهذا المال حتى لا طالبين فلو يكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم

ان بيع ماله للمال بركة فيصير دينه متقضيا بركته انتهى فظهر انه لا نص يدل على جواز الحجر بسبب الدين فتعين ان المدار فيه هو القياس وتحقيق هذا المقام على هذا المنوال من الاسرار التي وفقت لها بتوفيق الله تعالى ثم ان من العجائب هنا اني قد اتيت في زمان من الازمان بان امتحن مع بعض من عدس للاولى والاعيان لاجل بعض من المدارس في يوم واحد من كتب ثلثة البداية وشرح المواقف وشرح المفتاح فاتفق ان وقع البحث من هذا الكتاب في اول هذا الباب فكان استخراج بعض من اصحاب الامتحان في هذا المقام على ان تكون كلمة لو في قول صاحب العناية في الجواب ولو لم يكن اعلى لما اندفع به ضرر الدائن اصلية فجعل كلمة اعلى مضافة الى كلمة ما وجعل كلمة ما موصولة ينجني على هذا الاستخراج خرافات من الاوهام فلما عرض ذلك على الصدرين اللذين كانا حكمين في ذلك الامتحان بنيا بطلانه وشنعا عليه جدا ومع ذلك لم يرجع عن رأيه الباطل بل اصر عليه وراج بعض الوزراء واستعان بشهادة بعض من جملة المدرسين بالمدارس الحالية فوقع النزاع وشاع الامر حتى كاد تقع فتنة عظيمة وقد رمن قال نعم الله اسراعرف قدره ولم يتعد طوره **قوله** ولكن يجعل ابدا حتى يبيعه في دينه اقول يرد على ظاهر عادة المصنف رح هنا ما اورده صاحب العناية على نظيره في اوائل باب الحجر للفساد بان قال تسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر ويمكن توجيه عبارته هنا ايضا بما وجه به عبارته هناك من حمل الابد على الزمان الطويل المتد ويمكن ههنا توجيه آخر وهو ان تكون كلمة حتى ههنا بمعنى كي ودون الى فيصير معنى الكلام ولكن يجعل ابدا للبيعه فلا مسامحة في الجمع اصلا اذ المسامحة انما هي في الجمع بين الابد وحتى بمعنى الانتهاء دون السببية كما لا يخفى نعم لا يقصد بالابد معنى الدوام البتة ولكنه امر آخر والمسامحة في الجمع تأمل تعرف **قوله** وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه اقول لقائل ان يقول لا يجب ان يكون الحجر عليه منفسا حتى يجوز للحجر على الفتى ايضا عند هما نظرا للغرماء بل الحجر بسبب الدين انما تفيد فائدته في حق الفتى دون المفلس كما لا يخفى على الفطن فذكر المفلس في وضع المسئلة بحق سبق اللسان قال قد ذكر في النهاية وغيرها فضلا عن الذخيرة ان من مشائخنا من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس حتى لو حجر عليه ابتداء من غير ان يقضي عليه بالافلاس لا يصح حجره بلا خلاف والخلاف عندهما تحقق في حالة الحيوة فيكون للقاضي القضاء بالافلاس والحجر بناء عليه وعند ابي حنيفة رح الافلاس في حال الحيوة لا يتحقق فلا يكنه القضاء بالافلاس اولا والحجر بناء عليه ومنهم من جعل هذه المسئلة مبتدأة فعلى هذا القول المانع من الحجر عند ابي حنيفة رح كون الحجر متضمنا لالحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء بالافلاس انتهى فيجوز ان يكون ذكر المفلس في وضع المسئلة في الكتاب بناء على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس لانا نقول ما ذكر في الكتاب في تضاعيف بيان المذهبين في هذه المسئلة وتقريرهما كقوله في مذهب ابي حنيفة رح وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر وقوله في مذهبهما لانه عساه يلحق بالمفلوت حتمه وقوله فيه ايضا وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه فوضعه بين عزائه بالخصص بل قطعا على ان ليس مدار ما في الكتاب على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بناء على مسئلة القضاء بالافلاس اذ القضاء بالافلاس لا يتصور فيما اذا ظهر له وتلك الاقوال المذكورة في الكتاب صريحة في ظهور ماله بل مدار ما في الكتاب على اختيار قول من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة غير مبنية على مسئلة القضاء بالافلاس كما لا يخفى فالجواب ان يقال ليس المراد بالمفلس في قوله اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه معناه الحقيقي بل المراد به اما من يدعي الافلاس فيتناول الفتى ايضا اذا ظاهر ان المديون الذي لا يودي دينه يدعي الافلاس وان كان غنيا في نفسه واما من حاله حال المفلس ولا شك ان الفتى الذي لا يودي دينه عالما في عدم اداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسئلة بما هو مفلس حقيقة **قوله** ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء فيه نظر لانه يمكن ان يقال ذكر التصرف المطلق بين البيع والاقرار يسع انهما من جنس التصرف ايضا غير واضح والعمدة في ذلك على النقل وفي ذلك ان هذه العبارة عبارة القدوري والمصنف رح متبع عنه ولكنه لو اسقطها بتصرف لكان اصلح كما لا يخفى **قوله** وهذا عند ابي حنيفة رح استحسانا قال كثير من الشراح انما خص

بخلاف الاستهلاك لانه منشأها الا قوله ولو استهلك الخ فقد اقر انه ليس عليه ان يضمن له الا ما صدقت به الخ قال ويحبس على المفلس من ماله دون نفقته بعد له ولا لصغار ولده وامرأته عن يجب نفقته عليه لان حاجتهم الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولا نفقة لثالث اصلا الخ وهذا لو تزوج امرأة كانت في مقدار يجب مثلها النبوة للغرماء قال لان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو قول الائمة الثلاثة رحمهم الله لقوله عليه الصلاة والسلام لي الواجد يحل عرضه وعقوبته والكفالة كالدين بالاجماع وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيده قال ان قال ذكرت ان اتمام البينة انه لا مال له يعني في سبيله لوجوب النظر الى الميسرة وعرض في الحبس يتفي فيه ان كان له خادم يقوم بحوائجه وان لم يكن اخرجه القاضي ذكره عن هلال عنه ولا يعرف فيه خلاف عن ابي حنيفة رح ولا عن اصحابه رح وهو الصحيح لان الاستغلال بعمل واجب عليه فيفتح على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وقيمة موضع ملكه فيه وطئها لا يسع عندنا لانه يفتح اعضاء اصلي الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى قال لا يحبس بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا ينتهي عن التعرض له السوء لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان اي يدا بين الملازمة وباللسان التقاضي قال باجتهاد من فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا افلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه لان يقسم البينة انه لا مال له الا من القضاء بالافلاس عندهما يعم فيطلب الصبر ويضرب القرار الى الميسرة وعند ابي حنيفة رح لا يتحقق القضاء بالافلاس كما مال الله تعالى غائبا وداخل وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق لاظهار ابصارهم الا ترى انه لا يقبل حتى يلازمه وقوله لان يقيم البينة اشارة الى ان بينة

ابا حنيفة رح بالذكر وان كان نبدا بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض وكان ينبغي ان لا يجوز في النقدين ايضا لانه نوع من البيع وبيع العروض انتهى اقول ما ذكروه انما يتم ان لو كان عبارة المصنف رح وغيره عن ابي حنيفة رح بدون ذكر قوله استحسانا واما عند ذكره فلا كما هو الواقع في كلام المصنف رح فانه يعلم من ذلك مخصوصا بابي حنيفة رحمه الله في الحقيقة فان كون بيع النقدين بطريق الاستحسان دون القياس انما هو قول ابي حنيفة رح فقط واما عندهما فيجوز بيع النقدين بطريق القياس فلا احتياج الى الاعتذار بقوله بخلاف الاستهلاك قال جماعة من الشراح قوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر واخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء انتهى كلامهم اقول في تفسيرهم نوع خلل اذ في صورة استهلاك مال الغير ليست المواخذة بضمانه متقدمة على قضاء الديون كما يوهمه قولهم يواخذ بضمانه قبل قضاء الديون بل المواخذة بذلك مع قضاء الديون برتبة واحدة نعم قد يلزم فكان المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء بيع الجميع برتبة واحدة لكن الكلام في استدراك اول كلامهم بل اختلالا فالاظهر الاخصر ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال في شرح قول المصنف رح بخلاف الاستهلاك حيث يصير المتلف عليه اسوة للغرماء بلا خلاف انتهى او ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال في شرح ذلك حيث يلزمه ضمانه في الحال ويكون المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء تفهم

قوله ويتعلق على المفلس بماله وعلى زوجته وولده الصغار اقول ليس المفلس ههنا على معناه الحقيقي كما لا يخفى بل هو مصادرة على المطلوب اذ الحقيقة ههنا انما هو من لا مال له يابى اداء ما التزمه قطعا وهذا وقع في الكافي وغيره بدل المفلس المديون فالمراد بلفظ المفلس في عبارة الكتاب المعنى المجازي على احد التوجيهين اللذين ذكرتهما فيما مر من قبل فتذكر **قوله** فان لم يعرف للمفلس مال يطلب عزاؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة اقول كان لفظ مختصر القدوري والبداية ههنا كذا فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع وبدل القرض وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة انتهى وقد ترك المصنف رح فيما نقل بعض ذلك من البين كما ترى ولم يظهر لي وجه لذلك سوى الحمل على النسيان من المصنف رح عند كتب هذه المسئلة في البداية لا سيما يعتري الانسان في بعض الاحيان على مقتضى البشرية **قوله** الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له قوله الى ان قال متعلق بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال يعني قال القدوري في مختصره فان لم يعرف للمفلس مال الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له وقوله يعني على سبيل تفسير من المصنف لمراد القدوري بقوله وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له وقوله لوجوب النظر الى الميسرة تعليل لذلك اقول كان الاولى والاظهر ان يقدم المصنف رح قوله الى ان قال على قوله وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب القاضي ليتلاءم غرض كلام نفسه اثناء نقل كلام القدوري فيورث التشويش للناظر في تعلق قوله الى ان قال بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال الا ان يترك قوله الى ان قال وبقوله قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له كما هو عادته في سائر المواضع حتى يكون كلاما مستقلا كنظائره ولا يكون قلقا كما ذكره بعد تفهم قوله

وياخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة اقول لقائل ان يقول هذا التعليل قاصر عن افادة تمام المدعى لان استواء حقوقهم في القوة انما يفيد عدم جواز تقديم بعضهم على البعض الآخر فيستدعي وجوب القسمة بينهم ولا يفيد ان تكون القسمة بينهم بالحصص اي بقدر حصة كل واحد منهم من الدين بل يلزم لزوم الاستواء فيما اخذوه وتمام المدعى ههنا وجوب القسمة بينهم بالحصص لا مجرد وجوب القسمة بينهم فليتامل **قوله** لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن يوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع فيها لانه عقد معاوضة ومن قضية المساواة قال صاحب العناية في تقريره الحمل لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن عما لعجز عن ايفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما انه عقد معاوضة ومن قضية المساواة انتهى ورد بعض الفضلاء قوله

اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا واما اذا اقام هو البينة وقوله في المذكرة لا يمنعه من التصرف والسفر دليل على ما ذكرنا ايضا

اداء لا لحبسه في موضع لانه حبس فيه وتوجد حل في داره لحاجته لا يمنعه بل يخلى على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه انظر في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه ١٢ اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخول داره فحينئذ بحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للرجل على امرأة لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة امينة تلازمها قال ومن افلس عنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي رحمه الله يحبس القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عين معاوضة وتضليته للمشتري ان الامتناع يجب التوفيق بينهما وهو غير ممكن فلا بد من فسخ احدهما ثم الفسخ حق الشرع بدليل انه يثبت للوكيل والوصي وفيه حق العبد ايضا لان فيه دفع الضرر عنه ولهذا يثبت للمرتهن والمودع ولنا ان الثمن دين والدين لا يتعين في العقود المطلقة وانما يتعين بالتعيين ولهذا يجوز استبداله ممن هو عليه فاعطى للدين حكم الدين والايفاء

كتاب الماذون

الاذن هو الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا

والجامع بينهما انه عقد معاوضة حيث قال فيه بحبس بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم وقوله وهذا لانه عقد معاوضة الى آخره لبيان صحة القياس فليتامل انتهى اقول لمين ذاك بسديد لان مجرد العجز عن التسليم لا يكفي ان يكون علة جامعة في صحة القياس هنا بدون ملاحظة كون العقد عقد معاوضة والا لزم ان يوجب العجز عن التسليم حق الفسخ في غير عقد المعاوضة ايضا ولم يقل به احد فالمدار في تحقق العلة الجامعة هنا كون البيع عقد معاوضة وهو الوجه لبيان المصنف رح صحة القياس هنا بقوله وهذا لانه عقد معاوضة دون قضية المساواة والقول بان الجامع بينهما انه عقد معاوضة دون قضية المساواة ليس بما تفرد به صاحب النهاية بل اطبقت على التصريح بكلمة انشقات هنا كصاحب الكافي وصاحب سراج الدراية والامام الزيلعي وغيرهم

كتاب الماذون

ايراد كتاب الماذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة لان الاذن يقتضي سبق الحجر فلما ترتبا وجودا ترتبا ايضا ذكرا ورد المناسب **قوله** الاذن الاعلام لغة اقول لم ار قط في كتب اللغة المتداولة بين الثقات يجئ الاذن بمعنى الاعلام وانما المذكور فيها كون الاذان بمعنى الاعلام فقول الاذن الاعلام لغة محل نظر ينظره لكل من يراجع كتب اللغة نعم قد وقع في كلام كثير من الشارح في كتب اللغة تفسير معنى الاذن لغة بالاعلام كما ذكره المصنف رح ولعلهم تسامحوا في التعبير واعن معنى الاذن من اذن له في الشئ اذنا اي اباحه كما هو جواب في القاموس بما يلازمه عادة من الاعلام ولا يخلو عن نوع الايماء اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال يحتاج هنا الى بيان الاذن لغة وشرعا ثم قال اما اللغة فالاذن في الشئ رفع المانع لمن هو محجور عنه واعلام باطلاقه فيما حجر عنه من اذن له في الشئ اذنا انتهى ثم ان من المستبعد هنا ما ذكره الامام الزيلعي حيث قال في التبيين والاذن في اللغة الاعلام ومنه الاذان وهو الاعلام بدخول الوقت انتهى وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال في فصل شرائط الركن من كتاب الماذون لان الاذن هو الاعلام قال الله تعالى واذان من الله ورسوله اي اعلام انتهى فان مدار ما ذكره اتحاد الاذن والاذان حيث استشهد لاحدهما على الآخر وليس كذلك قطعا والاظهر في تفسير معنى الاذن لغة ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه حيث قال اما الاذن فهو الاطلاق لغة لانه ضد الحجر وهو المنع فكان اطلاقا عن شئ اي شئ كان انتهى **قوله** وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا قال في غاية البيان يعني ان العبد كان محجورا عن التصرف لحق المولى فاذا اذن المولى اسقط حق نفسه انتهى وقال في النهاية اي اذن المولى لعبده في التجارة واسقاط الحق نفسه الذي كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه وبالاذن اسقط حق نفسه عنده انتهى وقال في العناية فان المولى اذا اذن عبده في التجارة اسقط حق نفسه الذي كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه انتهى وقال تاج الشريعة لا شك ان المولى حق في رقبة العبد فحين الاذن لا يتعلق الديون برقبته ولا يكسب بعد الاذن يسقط هذا الحق وتعلق الديون بما يكتسب وقال في الكفاية وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق وهو حق المولى مالية الكسب لا الرقبة فانه حين تعلق حق الغير لم يصر الحق المولى وانه بالاذن اسقط حقا انتهى فيتلخص من المجموع ان المراد بالحق هنا حق المولى وقد افصح عنه المصنف رح فيما بعد حيث قال والتجارة عن التصرف لحق المولى لانه ما عين فيه الا موجبا تعلق الدين برقبته او بكسبه فيتولك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه انتهى قال صاحب الاصلاح والايضاح المراد بالحق هنا حق المنع لا حق المولى لانه مع اختصاصه باذن العبد غير صحيح لان حق المولى لا يسقط بالاذن ولذلك ما اخذ من كسبه جبرا على ما سياتي والمسقط هو المولى ان كان الماذون رقيقا والولي ان كان صبيا انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان كون المراد بالحق هنا حق المنع لا ينافي كونه حق المولى بل يقتضيه لان حق المنع المتعلق بالعبد هو حق المولى لا حق غيره فان معنى حق المنع حق هو منع عن التصرف على ان تكون الاضافة بيانية ومعنى حق المولى حق هو للمولى على ان يكون اللام

والعبدُ بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز والحجرُ كان عن التصرف لحق المولى لانه ما تحقق تصرفه الا مرجحا لتعلق الدين برقبته او كسبه وذلك زال المولى فلا يبقى حقٌ من ثم كيلا يبطل حقٌ من يلزمه دفع الدين بما تحقق من التعدي على المولى

بمعنى اللام ولا ريب ان الحق الذي هو منع العبد عن التصرف انما يكون للمولى لا لغيره فكان حقا قطعا واما ثانيا فلانه ان اراد بقولك لان حق المولى لا يسقط بالاذن انه لا يسقط به اصلا فممنوع كيف وانه اذا ازمنه دين محيط كسبه ورقبته تعلقت بكسبه ورقبته جميعا فيباع في كل ذلك للغرماء فيسقط حق المولى في كسبه ورقبته جميعا لا محالة وان اراد بذلك انه لا يسقط في الجملة كما اذا لم يحط دينه بماله وكسبه لكن لا يجدي نفعا اذ ليس المراد باسقاط الحق في معنى الاذن شرعا اسقاطه بالكلية البتة بل المراد به اسقاطه في الجملة وذلك تحقق في صورة احاطة الدين بل في صورة عدم احاطته ايضا بالنظر الى البعض الساقط بمقدار الدين كما لا يخفى واما اختصاص حق المولى باذن العبد فلا يفيد اذ المقصود بالذات في كتاب الماذون بيان اذن العبد وانما يبين فيه اذن الصبي ايضا على سبيل التبعية فيجوز ان يكون ما ذكره في الاذن في الشرع على ما هو المقصود بالذات في كتاب الماذون ثم ان صاحب النهاية قال واما حكمه فما هو التفسير الشرعي وهو فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما يتناول لا الاذن لا الاناية والتوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة وقال نحوا مما ذكره في المبسوط والايضاح والذخيرة والمغني وغيرها انتهى وقد اقتفى اثره الامام الزيلعي حيث قال في التبيين وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من فك الحجر انتهى اقول كون حكم الاذن ما هو تفسيره الشرعي غير معقول المعنى لان حكم الشيء على ما تقرر عندهم انما هو اثره الثابت به الترتب عليه وقد اشار اليه صاحب النهاية ايضا بقوله لان حكم الشيء ما يثبت به ولا يذهب على ذي مسكة ان ما يثبت بالشيء ويصير اثرا مترتبا عليه لا يصلح ان يكون تفسيرا لذلك الشيء محمولا عليه بالمواطاة ثم اقول ليس المذكور في الذخيرة ونحوها ان حكمه ما هو تفسيره الشرعي بل المذكور فيها كهذا واما بيان حكمه فيقول حكمه شرعا عند نا فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما يتناول لا الاذن لا الاناية والتوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت في الاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة انتهى فحينئذ ان يكون المراد بفك الحجر المذكور فيها ما هو مصدر من المبني للمفعول فيؤول الى معنى انفكاك الحجر فيصير صفة للحجر ولا شك ان المراد بفك الحجر المذكور في تفسير الاذن شرعا هو مصدر من المبني للفاعل وصفة للاذن فصح ان يكون المذكور في تلك الكتب حكما للاذن الشرعي اذ لا ريب ان الانفكاك اثر ثابت بالفك كالانكسار مع الكسر ثم ان الانظر في بيان حكم الاذن ما ذكره صاحب غاية البيان وعزاه الى التحفة حيث قال واما حكمه فملك الماذون ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وضروراتها وعمد ملكه لم يكن كذلك الى هنا اشار في التحفة وذلك لان حكم الشيء ما يثبت بالشيء والثابت بالاذن ما قلنا وكان حكما الى هنا كلامه **قوله** العبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بالاهلية لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز فان قيل الماذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي ان لا يكون اهلا للنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس بأهل للملك فلا يكون اهلا لسببه اجيب بان حكم التصرف ملك السيد والرقيق اهل لذلك لا يرى ان استحقاق ملك السيد يثبت للمكاتب مع قيام الرق فيه وهذا لانه بالرق اهل للحاجة فيكون اهلا لقضائها واداء طريق قضائها ملك السيد فهو الحكم الاصلي للتصرف وملك العين شرع للتوصل اليه فما هو الحكم الاصلي يثبت للعبد وما وراء ذلك تخلف المولى فيه هو نظير من اشترى شيئا على ان البائع بالخيار ثم مات فمتى اختار البائع البيع تثبت ملكية العين للوارث على سبيل الخلافة عن المورث يتصرف باشره الوارث بنفسه كذا ذكر في كثير من شروح الجامع الكبير وفي عامة كتب الاصول اقول فيه بحث لانهم ان اراد وا ان الرقيق لملك السيد بالاهلية الاصلية الذاتية كما هو المتبادر من كلامهم كما تقرر عندهم من ان المكاتب مملوك لمولاه رقبة لا يدا والمدبر مملوك له رقبة ويدا فان الرقيق اذا كان مالكا يده فكيف يكون مملوكا للاهلية في صورة ان كان قنا او مدبرا وان اراد وا ان لملك السيد بالاهلية المكتسبة من مولاه بالاذن او الكتابة فلا يتم التقريب او كلام المصنف رح وغيره صريح في ان اصل اصحابنا ان العبد الماذون له متصرف لنفسه بالاهلية الاصلية اثباته له بلسانه الناطق وعقله المميز فليتأمل في الحجية **قوله** ولهذا لا يرجع بالعهدة على المولى قال في العناية صحح المصنف رح كونه يتصرف بالاهلية نفسه بقبوله ولهذا لا يرجع بالعهدة على المولى وهذا لان اذن التصرف

وهذا لما يقبل التوقيت حتى لو اذن لعبده يوما كان ماذونا ابدا حتى يجر عليه كان الاسقاط لا التوقيت كما يثبت بالصريح بخلاف الوكالة كما اذا رأى عبده لا يبيع ويشترى فسكت يصير ماذونا عند ناخلافا للشافعي هو الفرق بين ان يبيع عينا عملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا

يباشره العبد المأذون بالشراء لانه للمال اي حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه للمولى لانه يتصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء حال الطالب بحبس ذمته خالص حقه لا حاجة الى ان الواقع على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشراء كما قاله وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الاذن ايضا لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه انتهى وهذا حاصل ما ذكره صاحب النهاية ناقلا عن الذخيرة اقول يرد على ظاهر قوله لان اول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لانه للمال الخ يجب انه لا يلزم من ان لا يكون لمال بيعه ان يكون اول تصرفه الشراء بجواز ان يكون اول تصرفه اخذ المضاربة او ايجاد نفسه فانه يملك كل واحد من ذينك التصرفين كما سياتي في الكتاب ولا يقتضي شئ منهما ان يكون لمال كما لا يخفى ويمكن ان يقال يجوز بناء قوله المرموز على هو الاصل في التجارة وما هو الغالب وقوعا فيها ولا يخفى ان الاصل في التجارة هو البيع والشراء كما سياتي التصريح به من المصنف رح وانما هو الغالب وقوعا في باب التجارة فعلى مقتضى ذلك البناء اذا لم يكن للعبد المأذون في اول تصرفه مال بيعه تعين الشراء ثم قال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب النهاية لان اول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء بل اول تصرف يباشره مواجرة نفسه والجواب انه عند الحصر فان مواجرة نفسه غير جائزة عندي احد قوليه على ما يجيء انتهى اقول في كل من ما يراده وجوابه بقامته اما في الاول فلانه قال بل اول تصرف يباشره مواجرة نفسه بطريق الجزم وكان الظاهر ان يقول بل يجوز ان يكون اول تصرف يباشره مواجرة نفسه على ان قوله مواجرة نفسه خطا على ما ذكر في الاسكار والمغرب وكان الصواب ان يقول بدل ذلك ايجاد نفسه كما قلت فيما مر وفي الثاني فلانا نعلم ان العبد المأذون لا تتصرف بعد الاذن لنفسه بالبيعة لا بعد الجواب عما قاله الخصم بل لم يقع التصريح من المصنف رح هنا بما قاله الخصم اصلا فكيف يصح ان تحمل المقدمة المذكورة على مذهب الخصم في احد قوليه دون هذا بناء على انا لو حملت على مذهب الخصم لم تسلم ايضا بجواز ان يكون اول تصرف يباشره اخذ المضاربة كما ذكرنا من قبل والخصم لا ينكر جواز ذلك فلم يقل الحمل على مذهبه فالذي يمكن في الجواب ما قدمناه لا غير قوله ولهذا لا يقبل التاقيت قال صاحب النهاية وصحح المصنف رح كونه اسقاطا عندنا قبوله ولهذا لا يقبل التاقيت ثم قال فان قيل قولوا فك الحجر واسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين احدهما ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا معروف بذلك كما اشرنا اليه والثاني ان حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا انتهى كلامه اقول في كل من جهتي الجواب نظر اما في الاول فلان تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا معروف بذلك عين الاستدلال على ان ما يدل على ذلك هو الدليل وتصحيح النقل الثاني هو الاستدلال فما معنى قوله انه ليس باستدلال واما في الثاني فلان كون حكمه الشرعي هو تعريفه مما لا يكاد يصح لان حكم الشئ ما هو خارج عنه مباين له وان كان اثرا منتزعا عليه وتعريف الشئ انما هو محمول عليه الذاتية متحد به في الذات فاني يكون احدهما هو الآخر فضلا عن مثل ذلك من قبل والحق في الجواب ان يقال ليس الاستدلال المذكور على نفس التعريف حتى يرد ان التعريف لا يقبل الاستدلال عليه لانه تصور والتصور لا يكتسب من التصديق بل على الحكم الضمني كان يقال هذا التعريف صحيح فان التعريف مطابق للمعرف او نحو ذلك ولا يخفى ان تلك الاحكام تصديقات تقبل الاستدلال عليها قطعا ونظير هذا ما حققوا في قدسر ان المنع والنقض والمعارضة في التعريفات انما تتوجه الى الاحكام الضمنية لا الى نفس التعريفات تدبر ترشد قوله ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا قال الامام الزيلعي في التبيين بعد ان قال مثل هذا هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضي خان في فتاواه اذا رأى الراهن بيع المرتهن فسكت لا يبطل الرهن انتهى اقول كانه فهم المخالفة بين ما ذكره صاحب الهداية وغيره وبين ما ذكره قاضي خان في فتاواه وليس الامر كما فهمه اذ الظاهر ان مراد الامام قاضي خان ان سكوت المالك فيما اذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان ماله لا يعسر اذنا في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت لا في حق سائر تصرفات ذلك العبد في التجارة مطلقا ويرشد اليه قوله وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع المرتهن فسكت لا يبطل الرهن فان المراد هناك عدم صحة التصرف الذي صادفه السكوت بلا ريب ولا شك فكذا

ولا فرق بين ان يبيع عينا من اعيان ماله او دينا في ذمة احد او منفعة من منافعه كما لو اجر نفسه او داره او ارضه او اعار شيئا من ذلك او اودع او رهن او ارتهن او وكل بشئ من ذلك او وكل غيره بالخصومة عند القاضي او قبل الوكالة عن غيره بالخصومة عند القاضي او اقر بدين او بغصب او بوديعة او بمضاربة او بشركة او بوكالة او بوصية او بجناية خطأ او بجناية عمد فيما دون النفس او بقصاص في النفس او بحد قذف او بسرقة او بشرب خمر او بزنا او بنكاح او بطلاق او بعتاق او بكتابة او بتدبير او بولاء او بمال الكتابة او بجعل او بدم او بصلح عن دم او بصلح عن انكار او بصلح عن سكوت او بصلح عن مال او بصلح عن دين او بصلح عن عين او بصلح عن منفعة او بصلح عن شفعة او بصلح عن حد او بصلح عن قصاص او بصلح عن جناية او بصلح عن جراحة او بصلح عن قتل او بصلح عن ضرب او بصلح عن حبس او بصلح عن قيد او بصلح عن سجن او بصلح عن نفي او بصلح عن تعزير او بصلح عن ادب او بصلح عن امر او بصلح عن نهي او بصلح عن وعظ او بصلح عن تذكير او بصلح عن تبشير او بصلح عن انذار او بصلح عن تحذير او بصلح عن ترغيب او بصلح عن ترهيب او بصلح عن وعد او بصلح عن وعيد او بصلح عن بشارة او بصلح عن نذارة او بصلح عن تحذير او بصلح عن ترغيب او بصلح عن ترهيب او بصلح عن وعد او بصلح عن وعيد او بصلح عن بشارة او بصلح عن نذارة

لأن كل من رآه يظنه مأذوناً له فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذوناً ولو لم يكن المولى راضياً به لمنعه دفعاً للضرر عنهم **قال** وإذا أذن المولى لعبده في التجارة إذناً عاماً جاز له أن يتصرف في سائر التجارات ومعنى هذه المسألة أن يقول له أذنت لك في التجارة ولا يقيده ووجهه أن اسم التجارة عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من أنواع الأعيان لأنه أصل التجارة ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة خلافاً لهما هما يقولان إن البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الإذن كالهبة وله أنه تجارة والعبد متصرف بأهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع ماله إذا لم يكن عليه دين وإن كان فمن جميع ما بقي لأن الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وإذا كان الدين محيطاً بما في يده يقال للمشتري أد جميع المحاباة وإلا فاردد البيع كما في الحر وله أن يسلم ويقبل السلم لأنه تجارة وله أن يوكل بالبيع والشراء لأنه قد لا يتفرغ بنفسه **قال** ويرهن ويرتهن لأنهما من توابع التجارة فإنه إيفاء واستيفاء ويملك أن يتقبل الأرض ويستأجر الأجراء والبيوت لأن كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الأرض مزارعة لأن فيه تحصيل الربح ويشتري طعاماً فيزرعه في أرضه لأنه يقصد به الربح قال عليه السلام الزارع يتاجر ربه وله أن يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها لأنه من عادة التجار وله أن يؤاجر نفسه عندنا خلافاً للشافعي هو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعها لأنها تابعة لها ولنا أن نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه إلا إذا كان يتضمن إبطال الإذن كالبيع لأنه يحجر به والرهن لأنه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى أما الإجارة لا يحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه **قال** فإن أذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها وقال زفر والشافعي لا يكون مأذوناً إلا في ذلك النوع

صاحب الهداية وغيره على كون السكوت إذناً في حق التصرف الذي صادفه السكوت فيما إذا باع عيناً مملوكاً للمولى بغير رضاه بل خلافه مصرح به في أكثر الشروح وعامة المعتبرات قال في البدائع وأما الإذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع ويشتري فلا ينهاه فيصير مأذوناً في التجارة عندنا إلا في البيع الذي صادفه السكوت وأما في الشراء فيصير مأذوناً وعند زفر والشافعي لا يصير مأذوناً انتهى وقال في المحيط البرهاني قال محمد رحمه الله في الأصل إذا نظر الرجل إلى عبده وهو يبيع ويشتري فلم ينهه عن ذلك يصير العبد مأذوناً في التجارة عند علمائنا الثلاثة وإذا رأى عبده يبيع عيناً من أعيان المالك فسكت يصير مأذوناً في التجارة ولكن لا يجوز بيعه إلا المولى قال محمد رحمه الله وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشتري شيئاً بالخمر والخنزير فسكت يصير العبد مأذوناً في التجارة وإن كان لا يجوز هذا الشراء كذا هنا انتهى فكيف يجوز حمل كلام قاضي خان في فتاواه على خلاف ما نص عليه محمد رحمه الله في الأصل فليتدبر وإذا رأى عبده يبيع عيناً من أعيان المالك فسكت يصير مأذوناً في التجارة فالوجه أن يحمل على تحرير

قوله ولكن لا يجوز بيعه إلا المولى كما بيناه **قوله** لأن كل من رآه يظنه مأذوناً له فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذوناً ولو لم يكن المولى راضياً به لمنعه دفعاً للضرر عنهم قال صاحب العناية في تفصيل هذا التعليل فقد جعل سكوته حجة لأنه موضع بيان إذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضي إلى لحوق ديون عليه فلو لم يكن مأذوناً يتأخر المطالبة إلى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك إضرار بالمسلمين بإتواء حقهم ولا إضرار في الإسلام وليس للمولى فيه ضرر محقق لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان أنه راض به أو لا والسكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله والناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى حيث قال لم لا يجوز أن لا يعاملوه لذلك لحماقة العاقل حيث اغتر بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر انتهى أقول ليس هذا بوارد لأن العاقل لا يغتر بمجرد السكوت بل يعتمد على ما جرى عليه العرف من أن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويرد عليه تصرفه كما في الكافي وغيره حيث قالوا وهذا لأن العادة جرت بأن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويرد عليه فإذا لم يرده علم أنه رضي فجعل سكوته إذناً دلالة دفعاً للغرور عن الناس فإنهم يعتمدون على ذلك فيما يعاملونه فحمل الفعل على ما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه الصلاة والسلام عند أمر يعاينه من تغيير وسكوت البكر وسكوت الشفيع انتهى فبعد ذلك كيف يحتاج إلى السؤال من المولى وكيف يحمل العاقل عدم سؤاله على حماقته وهل يكون النظائر إلا على مقالة ثم أقول بقي شيء في تقرير صاحب العناية وهو أنه جعل ضرر المولى غير معتبر لكونه غير محقق بناء على أن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه وجعل ضرر المسلمين معتبراً مع أنه غير محقق بناء على أن الديون قد يلحقه وقد لا يلحقه في الفرق والرجحان ولا بد من البيان ثم أقول في العناية فإن قال حين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا إذا رأى أجنبياً يبيع من ماله فسكت لم يكن إذناً والمرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لم يكن إذناً وإذا رأى رقيقه يزوج نفسه فسكت لم يكن إذناً فما الفرق أجيب بأن الضرر في التصرف الذي رآه يتحقق بإزالة ملكه عما يبيعه في الحال ولا يثبت ولا ليس في ثبوت الإذن في غيره وذلك لما قلنا إن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت إذناً بالنظر إلى ضرر متوهم كونه إذناً بالنظر إلى متحقق وهو الجواب عن بيع الأجنبي وفي الرهن لم يصر سكوته إذناً لأن جعله إذناً يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل إلى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر محقق لا يقال الراهن أيضاً يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فترجيح ضرر المرتهن تحكم لأن بطلان ملكه عن الثمن موقوف لأن بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد سابق فكان أقوى وأما الرقيق عبداً كان أو أمة إذا زوج نفسه فإنما لم يجعل السكوت فيه إذناً قال بعض الشارحين ناقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام إن السكوت إنما يصير إذناً وجوازه دفعاً للغرر والضرر على أحد في نكاح العبد والأمة لأن النكاح يكون موقوفاً لأن نكاح المملوك مملوك للمولى لما فيه من إصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لأحد إبطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفاً ما لم يفسخه فلا يتضرر أحد بقبيل فينظر لأنه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على إذن المولى ابتداء وأما

وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر وهما أن الإذن توكيل وإنابة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب ولنا أنه إسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لأنه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه **قال** وإن أذن له في شيء بعينه فليس بمأذون لأنه استخدام ومعناه أن يأمره بشراء ثوب للكسوة أو طعام رزقا لأهله وهذا لأنه لو صار مأذونا ينسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما إذا قال أد إلي الغلة كل شهر كذا أو قال أد إلي ألفا وأنت حر لأنه طلب منه المال ولا يحصل إلا بالكسب إلا إذا قعد صباغا أو قصارا لأنه أذن بشراء ما لا بد منه لعمله وهو نوع فيصير مأذونا في الأنواع **قال** وإقرار المأذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع لأن الإقرار من توابع التجارة إذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحته وإن كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الإقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لأنه كالمحجور في حقه **قال** وليس له أن يتزوج لأنه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه وقال أبو يوسف يزوج الأمة لأنه تحصيل المال بمنافعها فأشبه إجارتها ولهما أن الإذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملكه الأب والوصي وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصي **قال** ولا يكاتب لأنه ليس بتجارة إذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة إلا أن يجيزه المولى ولا دين عليه لأن المولى قد ملكه وتصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق إلى المولى لأن الوكيل في الكتابة سفير

في أن سكوته إجازة أو لا ولعل الصواب أن يقال إن في ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت إذنا إلى هنا لفظ العناية وقال بعض الفضلاء وعندي أن النظر غير وارد لأن كون السكوت إذنا كان لأجل دفع الضرر بحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل إذنا انتهى أقول كأنه لم يفهم مراد من أورد النظر إذ لا كلام في أن كون السكوت إذنا كان لأجل دفع الضرر وإنما هو في أن نكاح الرقيق هل فيه ضرر أم لا إذ لا شك أنه موقوف على إذن المولى فإن كان سكوته إذنا تحقق الضرر فيه وإلا فلا فحيث احتمل أن يكون سكوته إذنا في صورة تزويج الرقيق نفسه لم يفد كون نكاحه موقوفا على إذنه عدم ثبوت الضرر فيها وإن بني عدم ثبوت الضرر فيها على عدم كون سكوته فيها إذنا لزم المصادرة إذ هو أول الكلام الذي طولب الفرق بينه وبين ما نحن فيه في أصل السؤال وهذا هو المراد بقوله ففي النظر وإنما يتوجه أن سكوته إجازة أو لا تأمل تفهم **قوله** وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر من التجارة بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها فالخلاف فيه كالخلاف فيما إذا سكت عن النهي عن التصرف في نوع آخر منها بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها والحاصل أنه سواء نهى عن ذلك النوع أو سكت عنه يكون مأذونا في جميع التجارات خلافا لزفر والشافعي رحمه الله كما ذكر في الإيضاح ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية في هذا المقام وكذا لو كان أذن له إذنا عاما ثم نهاه عن نوع أقول هذا الشرح لا يطابق المشروح إذ المراد به ما قررناه آنفا يدل عليه لفظ آخر في قول المصنف رحمه الله إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر ويأباه ذلك ما قاله صاحب العناية قطعا وكيف ومسألة الإذن العام مرت مع تفرعاتها في الصحيفة الأولى ونحن الآن بصدد بيان مسألة الإذن في نوع خاص فلا معنى لخلط حديث الإذن العام هنا كما لا يخفى **قوله** ولنا أنه إسقاط الحق وفك الحجر على ما بينا وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع أقول لقائل أن يقول إن أريد أنه إسقاط الحق بكليته وفك الحجر برمته فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لصح هبته وإقراضه ونحوهما من التبرعات وليس كذلك قطعا كما سيأتي في الكتاب وإن أريد أنه إسقاط الحق وفك الحجر في بعض التصرفات فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعى إذ لا يلزم منه إسقاط وفك في جميع التصرفات حتى يلزم أن يكون مأذونا له في جميعها كما هو المدعى فإن قلت المراد أنه إسقاط الحق وفك الحجر في بعض معين من التصرفات وهو جنس التجارة والمدعى كونه مأذونا له في جميع هذا الجنس لا في جميع أنواع أجناس التصرفات فلا يرد النقض بالتبرعات ولا عدم ثبوت المدعى قلت فلقائل أن يقول إن أريد بقوله فلا يتخصص بنوع دون نوع أنه لا يتخصص بذلك إذا أطلقه ولم يقيده بنوع فهو مسلم لكن لا يجدي طائلا لأن ما نحن فيه صورة التقييد وإن أريد بذلك أنه لا يتخصص بنوع دون نوع وإن قيده بذلك فهو ممنوع كيف وبالتقييد تمامه على أول المسألة وهو أن يكون الإذن في نوع من التجارة إذنا في جميعها فيؤدي إلى المصادرة على المطلوب فإن قلت علل صاحب العناية قول المصنف رحمه الله فلا يتخصص بنوع دون نوع بقوله لكون التخصيص إذ ذاك تصرفا في ملك الغير أن لو أطلق الإذن أولا فتحقق إسقاط الحق وفك الحجر على الإطلاق وظهر مالكية العبد في التجارات مطلقا ثم خصصه بنوع منها فما نحن فيه ليس كذلك إذ الكلام فيما إذا قيده أولا فقال أذنت لك في هذا النوع فقط ولا شك أن مثل هذا الكلام كلام واحد ليس لأوله حكم مستقل ولآخره الذي هو قيده حكم آخر بل المجموع حكم واحد يتم أوله بآخره فمن أين يلزم التصرف في ملك الغير تأمل جدا ثم قال صاحب العناية ونوقض بالإذن في النكاح فإنه فك الحجر وإسقاط الحق ولو أذن للعبد أن يتزوج فلانة ليس له أن يتزوج غيرها وأجيب بأن الإذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لأن النكاح تصرف مملوك للمولى لأنه لا يجوز إلا بولي والرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا كان له أن يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به فإن قيل قد تقدم أن الضرر اللاحق بالمولى يمنع الإذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف بجواز أن يكون العبد عالما بالتجارة في البز دون الخز أجيب بأنه ضرر غير متحقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به حتى إن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله يدفع ذلك

وفي الجملة اذا ثبت بالدليل انه تصرف بالبيعية بالكلية فما سيأتي للسوال وارد على بناء كلامه الاول ان قوله وفي الجملة الخ انه ليس تحتي اذا ما فلان حاصل السؤال انه قد يلحق الضرر بالمولى عند البيع بالغبن الفاحش فينبغي ان لا يجوز وانت خبير بان ثبوت كون العبد متصرفا بالبيعية والكلية لا يدفع ورود ذلك اذ لا شك ان الضرر بالبيعية والكلية لا يلزم ان ينشأ من الضرر بالمولى عند البيع بالغبن الفاحش في الاسلام وانا ثانيا فلانه يرد السؤال بطريق المعارضة على ما ثبت بالدليل لاحالة والا يلزم ان ينشأ باب المعارضة بالكلية لانها اقامة الدليل على خلاف ما اقام عليه الخصم الدليل مع انها طريق مقبول لم ينكره احد وثالثا شك ان السؤال المزبور معارضة فالوجه في الجواب عنه ما ذكره في اوائل جوابه دون ما قوله ويلزم من متعلق برقبته بيع القاضي لدين العبد بغير رضى المولى فان قيل ما وجه البيع على قول ابي حنيفة رح وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل لسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير رضى مولاه حجر عليه اجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك ممنوعا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضى الغرماء وحجر الحجر غير متصور فكان كالتركة المستغرقة بالدين في جواز ان يبيعها القاضي على الورثة اذا امتنعوا من قضاء الدين فانه لا يعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضى الغرماء كذا في العناية وعامة الشروح وغيرها في النهاية وسراج الدراية الى آخره اقول في الجواب نظر لانه لا يحسم مادة الاشكال اذ لسائل ان يعيد الكلام الى كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك فانه يقتضي الحجر على الحر العاقل لسبب الدين فيشكل على اصل ابي حنيفة رح ثم ان الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر اذ لا يثبت الملك للورثة في التركة المستغرقة بالدين لان حق الغريم متقدم على حق الوارث ولهذا اذا اعتق الورثة عبدا من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ بخلاف العبد المأذون لغان ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه اياه وسياتي ذلك كله في الكتاب فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين انما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا ينتقض باصل ابي حنيفة رح وهو ان لا يرى الحجر بسبب الدين وانا كون المولى محجورا عن بيع عبده المأذون له فلا كسب لسوى الدين فيلزم ان ينتقض به اصلا كما لا يخفى فتامل قوله الا ان يفديه المولى قال صاحب العناية وقوله الا ان يفديه المولى اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور انتهى اقول فيه بحث لان قوله الا ان يفديه المولى انما يشير الى ان عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء وانما يتصور اذا كان المولى حاضرا بناء على ان اختيار الفداء من الغائب غير متصور واما ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا فانما هو بالاشارة في قوله المذكور اليه لان الفداء من المولى اذا تعذر عند حضور المولى او نائبه كذلك يتصور عند غيبتهما ايضا كما لا يخفى والبيع انما يجوز فيما اذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد الثنيا في المسئلة المذكورة فلما تصور عدم الفداء في كل من صورتي الحضور والغيبة احتمل جواز البيع في كل من تينك الصورتين ايضا فمن اين حصلت الاشارة الى انحصاره انه في صورة حضور المولى فتم البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا كما صرحوا به في الشروح وعامة الكتب حيث قالوا انما اذا كان المولى حاضرا فاما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته او بحضرة نائبه بخلاف المكسب فانه يباع بالدين وان كان المولى غائبا لان الخصم فيه هو العبد انتهى لكن الكلام في حصول الاشارة اليه في قول المصنف رح الا ان يفديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر قوله وهما لان سبب التجارة وهي داخلة تحت الاذن قال صاحب العناية قوله وهنا اشارة الى دفع الضرر بيانه ان سبب نهما الدين بالتجارة لانه المفروض دخلها تحت الاذن بلا خلاف فسببه داخل تحته واذا كان داخلا تحته كان فيما فعلوه تعلق برقبته استغراقا كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد لحق كذلك يسوي حقوق الناس وقال ويجوز ان يكون بيانا لقوله لظهور وجوبه في حق المولى انتهى اقول لا يخفى على فطن سليمة ان الاوجه هو الذي ذكره ثانيا بقوله ويجوز ان يكون بيانا الى آخره وان كان اسلوب تحريره يشعر بخلافه وذلك لان كون سبب الدين التجارة

قال ويسلم قنه بثمنهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة قضاء وتعلقها بالتركة فقط فلو مات وعليه طلب بعضها لم تقرر الدين في قنه وهم وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا كما لو اعتقه البيع او فعل الضرر عن المشتري وتعلق دينه كسبه سواء حصل قبل الحجر او بعده وتعلق بما يقبل من هبته كان المولى او غيره وتعلق بما اتلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما تلفه المولى من عبده لان الحق لا يعدوه ولو اخذ المولى له دون ما اخذ الدين لا يكون مستوفيا ولم يكن منه حجر عليه فلو حصل اكسب آخر زيادة على المثل رجعوا على المولى لعدم الضرر وقت فيها وتقدم حقهم على بقية الغرماء حتى يقضى كل دينه قال ومن حجر عليه القاضي حجر حتى يشهد بحجره عدلان عند اهل سوقه لانه لو لم يحجر تضرر الناس به لانه يوجد في ثاني الحال ما يبعد العتق لما يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على ما هو الظاهر من حاله ويشترط على اكثر اهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لم يحجر وهو بايعه او علم بحجره او حجر عليه في بيته بحضرة من اكثر اهل سوقه يحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فقام ذلك مقام الطرق عند ابي حنيفة رحمه الله كما في تبيين الوسائل ثم بقي العبد ماذونا الى ان يعلم بالحجر كما لو لم يعلم بالحجر حتى لا يتصرف به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما في يده وان شرط السعاية في الحجر او كان الاذن شائعا اما اذا لم يعلم به الا العبد فقط لم يحجر عليه بعلم عبده بحجره لانه لا ضرر فيه قال وان مات المولى او جن او لحق بدار الحرب ثم ظهر المأذون محجورا عليه لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما يكون لا على التراخي فيحتمل الفسخ في كل وقت وهذا لان ابتداءه من الاصل انما كان لحاجة المولى الى ما يفوت بالموت والجنون وذا مما يفوت بالموت حكما حتى يقسم ما دون ثلثه قال واذا اعتق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رحمه الله لا يلحق لانه لا يلحق باذونا في ابتداء الاذن فكذا لا يلحق في البقاء وصار كالتعصيب ولنا ان الالحاق حجر لانه انهاء فيكون ساذونا على ما هو الظاهر من حاله فيلحق به بخلاف التعصيب لانه لا يعتبر بما عن وجود التصرف بخلاف ما نحن فيه لان الانهاء من يدل الناطق منزلة

ويكون التجارة داخلة تحت الاذن لان من ضرورة صحة شيء شيء فان الناس فانهم يتصرفون بنوعي حقوقهم سواء كان سبب الدين التجارة او غيرها كما اذا لحق المرأة تزوجها العبد المأذون بغير اذن المولى وسواء كانت التجارة تجارة داخلة تحت الاذن او تجارة غير داخلة تحته كما اذا لحق بالعبد المحجور دين بسبب التجارة واما في حق ظهور وجوب الدين في حق المولى فلخصوصية كل واحد منهما دخل لاحتمال فيحمل على المعنى الاول لانه اليقين والتقريب واما يحمل على المعنى الثاني فيتم كل ذلك لان المانع عن تعلق الدين برقبة العبد المحجور كان لزوم ابطال حق المولى من غير رضاه واذا ظهر وجوب الدين في ذمة العبد المأذون في حق المولى بدخول سببه تحت اذن المولى زال ذلك المانع قطعا فتعلق الدين برقبته وما يقرر المعنى الثاني في تحرير صاحب الكافي ولينا هنا حيث قال ولنا ان هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى لانه وجب بسبب التجارة واذنه قد ظهر في حق التجارة فيباع رقبة العبد فيه كدين الاستهلاك وفعا للضرر عن الناس وكذا تحرير صاحب النهاية اياه حيث قال ولنا انه دين واجب على العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته قياسا على دين الاستهلاك اما وجوبه على العبد فظاهر واما ظهوره في حق المولى فلان سبب الدين هو التجارة باذون المولى وكان ظاهرا في حق المولى لاصالته واذا ظهر في حق المولى تعلق برقبته استيفاء كما في دين الاستهلاك بخلاف ما اذا اقر المحجور حيث تثبت الدين عليه ولا يظهر في حق المولى لعدم اذنه انتهى كلامه ثم ان بعض الفضلاء قال ههنا ولعل الاولى ان يكون قول المصنف رحمه وهذا اشارة الى تعلق الدين برقبته انتهى وكانه اخذ هذا المعنى مما ذكره صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل حيث قال قوله وهذا اي كون دين تجارته متعلقا برقبته باعتبار ان سبب التجارة وهي اي التجارة داخلة تحت الاذن انتهى اقول هذا الاحتمال ههنا ليس بشيء لان تعلق الدين برقبته اصل المدعى الذي وقع فيه الخلاف لزفر رحمه والشافعي رحمه ولو كفى في اثبات ذلك قوله لان سبب التجارة وهي داخلة تحت الاذن لكان باقي المقدمات المذكورة في دليلنا الزور مستدركة ولا يخفى ان العمدة في اثبات مطلوبنا هذا انما هي قوله ظهر وجوبه في حق المولى فهو المحتاج الى البيان وتعلق الدين برقبته نتيجة متفرعة عليه ولذلك فرع عليه المصنف رحمه اياه بقوله فيتعلق برقبته فالوجه ان تكون كلمة هذا في قوله وهذا اشارة الى ظهور وجوب ذلك الدين في حق المولى لا غير وهذا كله يظهر بالتامل الصادق **قوله** ويسلم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء فان بقي عليه شيء من ديونه اي ديون العبد طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة انتهى كلامه اقول في تقريره خلل فان ذكره قوله فان بقي عليه شيء من ديونه بطريق الشرطية سيما مع اداة التفريع بعد ان قال وان لم يكن بالثمن وفاء ليس بمستقيم لانه اذا لم يكن بالثمن وفاء تبين بقاء شيء من ديونه عليه فما معنى الشرطية وكان حق التحرير ان يقول فما بقي عليه شيء من ديونه طولب بعد الحرية فانه في موضعه اذ لم يتبين فيما قبله عدم وفاء الثمن بالديون بل انما ذكر تقسيم عنه بينهم بالحصص فاعرف ان يكون بالثمن وفاء وان لا يكون فحسنت الشرطية واداة التفريع كما لا يخفى **قوله** لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ وقال صاحب العناية بعد قوله ولم يفرغ وكان مكسوبا غير متبرع انتهى اقول هذا دخل بحق مقام بازاده فان التشبيه بكسب غير متبرع يشعر بكون التعليل المذكور في الكتاب مختصا بما يقبل العبد الى التبرع انه يعم تعلق دينه بكسبه وتعلقه بما يقبله من الهبة بجريانه في الصورتين معا بالتفاوت كيفا لو كان مخصوصا بصورة قبول الهبة حيث لم يتعلق دينه بكسبه بالذكر دليل على سماع كون هذه العمدة في المقام مع ما شاركه المصنف رحمه **قوله** بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا تعتبر بها عند وجود الصريح بخلافها اقول تامل ان يقال اذا لم يكن الدلالة اعتبارا عند وجود التصريح بخلافها فينبغي ان لا يصير الحق مجبورا في البقاء

قال اذا اذن لعبده الماذون نهاه عن ذلك حجر عليه خلافا لزفر وهو يبتني البقاء بالابتداء وقلنا ان الظاهر انه يحتمل ابتداء الارادة فيكون كلامه الحجر حالة عدم الاستدامة لان الصريح خاص على الدلالة وتفصيل الوجه فيهما ان كل ما يتوقف على الاذن لا يتوقف بقاؤه عليه حتى ان ما اذن به يتقرر البيع به حتى لا يملك حقه قال واذا استدانت الامة الماذون لها اكثر من قيمتها ثم جاء مولاها فاقر بذلك لزمه ما استدانت خلافا لابي يوسف ومحمد لان اقرار المولى تعلق بحق المولى وهو رقبتها ولا منافاة بين حكمهما ايضا لان المولى ضمن قيمتها لما مر في ام الولد قال فان اجر جاز اقراره على الماذون لان الاجارة من اعمال التجارة ومعناه ان يقر بها في يده انه امانة لغيره او غصب منه او قبضه فيقضي عليه فيقضي عليه وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز اقراره لانه ان كان هو الاذن فقد زال بالحجر وان كان الدين ما حجر ابطلها لان بالحجر تعلق حق المولى كسبه من يده قبل اقراره اذ ثبت بحق سابق من غير جهته وهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعين الحجر لانه ان صح هو البدء وهذا لا يصح اقرار الماذون فيما في يده والبدء بافية حقيقة وحكما فبطل اقراره فيما في يده بالحجر حكما فيما في حقيقة واقر بدين يتعلق بكسبه فاقراره صحيح لان بالحجر تعلق حق المولى بكسبه من يده قبل اقراره وكان اسبق فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا اقر بعد ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يتعلق حق المولى بالكسب الذي في يد المشتري فصار من اقر

ايضا اذ قد وجد الصريح بالاذن من المولى بالابتداء وكانت دلالة الاباق على الحجر في البقاء مخالفة لذلك الصريح ينبغي ان لا يقبل ثم اقول يمكن ان يجاب بان وجود التصريح بالاذن في الابتداء لا يقتضي وجوده الى حال الاباق فالمعلوم قطعا انما هو وجوده في الابتداء وما وجوده في البقاء فانما يعرف باستصحاب الحال وهو حجة ضعيفة ولذلك تكون دافعة لا مثبتة فيجوز ان ترجح الدلالة عليها وعن هذا اعتبرت في البقاء دون الابتداء تامل قوله لهما ان الصحيح لاقراره انه كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة قال صاحب النهاية فان قلت يشكل على هذا ما ذكره في وديعة المبسوط لو اعاد عبد مستودع رجلا وديعة ثم حاب لم يكن لمولاه ان ياخذ الوديعة تاجرا كان العبد او محجورا عليه فلو لم يكن ليد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته بل جعل ما اودعه بمنزلة ثوب وجد بالبيع والقته في حجر رجل لان غائلة عدم اعتبار اليد هي ان يكون وجودها وعدمها بمنزلة فلم يجعل كذلك فعلم بهذا ان ليده اعتبارا وان كان محجورا والدليل على هذا ما ذكره الامام الاسترو شني في وديعة احكام الصغار في تعليل هذه المسئلة فقال لان العبد آدمي له يد حكمية فلا يكون لمولاه ان ياخذه من المودع تامل قلت العبد قلت تلك المسئلة هو لة ذكرنا دليلها في الفصل السادس عشر من وديعة الذخيرة فقال وهذا اذا لم يعلم المودع ان الوديعة كسب العبد واما اذا علم انه كسبه فللمولى حق الاخذ وكذلك اذا لم يعلم انها كسب العبد ولكن علم انها مال المولى كان للمولى ان ياخذ الى هنا كلام صاحب النهاية وقد قفى اثره صاحب العناية في ذكر هذا السوال والجواب لكن بعبارة اخرى اخصر من الاولى اقول ذاك الجواب لا يسمن ولا يغني من جوع فان تاويل تلك المسئلة بما ذكر مع كونه مما يابا قطعا ما ذكره الامام الاسترو شني في وديعة احكام الصغار في تعليل تلك المسئلة بما مر في آخر السوال لا يجدي نفعا في رفع الاشكال الناشي من المقدمة القائلة ان يد المحجور غير معتبرة وقد تقرر بعد ذلك التاويل ان في صورة ان لا يعلم المودع ان الوديعة التي اودعها العبد المحجور كسب ذلك العبد او مال مولاه ليس للمولى ان ياخذها بل نهاية ما ذكر ان العبد قد تحقق ان يكون لليد المحجور يد معتبرة في بعض الصور فلم يكن في تلك المقدمة كلية والم يكن فيها كلية لا يثبت مدعى الامامين في مسئلتنا فلا يتم التقريب لا يقال يجوز ان يكون المراد بقولهما في التعليل لان يد المحجور غير معتبرة ان يده غير معتبرة في شئ من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه وهذا القدر من الكلية يكفي في اثبات دعاهما هنا لانا نقول هذا القدر من الكلية ايضا غير متحقق لان من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه اقراره بعد الحجر بان ما في يده امانة لغيره ففي هذه الصورة اذا لم يعلم ان ما في يده كسب اوان مولاه فلا جرم يكون يده اذ ذاك معتبرة على مقتضى ما مر من مسئلة المبسوط وتقرر بعدنا ويلها من تلك الصور ايضا اقراره بعد الحجر بان ما في يده غصب من غيره ففي هذه الصورة ايضا اذا لم يعلم انه كسب اوان مولاه يكون يده معتبرة على مقتضى ذلك ان لم يكن عين المغصوب متغيرا بفعله بان لم يزل اسمه وعلم منافعه لان يد حينئذ ملك المغصوب منكما سيجي في كتاب الغصب فلا تصور ان يكون من كسب ذي اليد تدبر تفهم قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك قال في العناية يعني به الاذن فانه ثبت العبد بحكم انه ملك المولى وقد زال ذلك الملك انتهى وعلى هذا المعنى استخرج سائر الشراح ايضا هذا الحل وان اختلفت عباراتهم منها ما ذكره صاحب النهاية فانه قال اي لا يبقى للعبد الماذون بعد بيعه ما ثبت له من الاذن قبل البيع بحكم انه ملك المولى فلا جرم لم يصح اقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء الاذن انتهى اقول فيه نظر لان عدم بقاء الاذن مقرر فيما نحن فيه ايضا وهو اذا اجر المولى على الماذون لعبده ان يبيعه والمصنف رح ههنا بصدد الفرق من قبل ابي حنيفة رح بين ما نحن فيه وبين ما اذا باعه فلو كان مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك هو الاذن لما كان لذكر بعد المقدمات اعني قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك فائدة ههنا اصلا لعدم اختصاص عدم بقاء الاذن بما اذا باعه دون ما نحن فيه فليتدبر

الماذون

قال واذا زمنته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبد الدين عند ابي حنيفة رح وقالا يملك ما في يده ويتبع رقبته لانه وجد سبب الملك فكسبه وهو الرقبة ولهذا يملك اعتاقه وعلى هذا الخلاف المأذون لها وهذا لان كما يملك المولى بالاذن يملك الملك له نظر للمورث والنظر في ضده عند احاطة الدين بتركته لما ملك المولى ما ثبت نظر للعبد قلنا ان الملك للمولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلف فيه واذا لم تثبت الملك وعدمه فالعتق فرينة فاذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال الا ان لا يكون الدين محيطا بماله جاز عتقه وقوم جميعا اما عندهما فظاهر لانه لا يتعلق عن قليله فلو جعل فيما لا نسلم له لا نتفاع بكسبه فيختل المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث المستغرق بخلاف ما اذا كان الدين لا جنبي عن كسبه واما عند ابي حنيفة رح فلانه لا تهمة فيه وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا حابى الاجنبي فانه يجوز عند ابي حنيفة رح لانه لا تهمة فيه

ان يكون قوله المذكور لتتمة من الكلام الذي ذكر لمثل المصنف رح هو الوجه عندي ان يكون مراده باثبات حكم الملك في قوله المذكور يده الحكمية كما هو المناسب لقوله فيما قبل اليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغه عن حاجته فاذا كان تبدل الملك فيما اذا باعه بقرينة تبدل الذات لم يبق ما ثبت بحكم الملك الاول من يده الحكمية بخلاف ما نحن فيه فان اليد فيه باقية حقيقة وحكما لم تفرغ عن حاجته وعلى هذا المعنى تظهر فائدة ذكر التعليل المتقدم بعد قوله لان الدين الخ فتدبر قوله واذا زمنته ديون تحيط بماله ورقبته الى آخره قال في النهاية اذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته فان لم يكن عليه دين غير ذلك لا يملك المولى ما في يده ولا شيئا من رقبته اه لا تحيط بشيء من ذلك وعلله بما ذكرنا من ان المأذون لم يملك كما اذا اذن للعبد غير التاجر وعلله في الغاية والمأذون ايضا يساوي الغاء وعليه الغاء درهم والثاني بان يكون عليه خمسمائة درهم والثالث ان يكون عليه الف درهم انتهى اقول لقائل ان يقول هذه القسمة ليست محاصرة اذ هنا احتمال قسم رابع وهو ان يحيط الدين برقبته دون ماله على عكس القسم الثالث فالجواب انه تقدم قريبا ان العبد المأذون المديون في الاشباه وعند انه اذا كسب شيئا في سن رقبته فصار سنه ان تعلق الدين بكسبه كان مقدما على تعلقه برقبته فلم تتصور في الشرع ان تحيط ديون برقبته دون ماله الذي هو بكسبه وكانت الاقسام التي يمكن تحققها في الشرح منحصرة في الثلاثة فيما اذا لم تزد ديون المديون على قيمته فلم تتعرض للقسم الرابع قوله وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا اقول يعلم من مراده اذا لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته جاز عتقه في قولهم جميعا كما صرح به في الكافي وسائر الكتب المتبرة الا انه اكتفى بذكر قوله بماله ولم يذكر رقبته بناء على ما ذكرناه آنفا من ان تعلق الدين بكسبه مقدم على تعلقه برقبته فاذا لم يحط الديون بماله لم تحط برقبته فلم يحتج الى ذكر الثاني بعد ذكر الاول وما وقع في عامة الكتب فمن قبيل التنصيص بما علم التزاما بوجه الاحتياط ثم علم ان هذا الذي ذكره المصنف هو سنا هو حكم القسم الثاني من الاقسام الثلاثة المار ذكرها في التقسيم الذي نقلناه عن النهاية فيما قبل وحكم القسم الاول منها ما ذكر في الكتاب من قبل بقوله واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبد التبع عند ابي حنيفة رح وقالا يملك ما في يده ويتبع رقبته وحكم القسم الثالث منها فلم يذكر في الكتاب صفة ولا حكما عن هذا قال صاحب النهاية واما الثالث فلم يذكره في الكتاب ولا نقل بعض الشارحين عن جوامع الجامع الصغير ان العتق فيه جائز انتهى وقد رد بعض الشارحين صاحب غاية البيان فانه قال قال في جوامع الجامع الصغير محمد رح عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رح في رجل مأذون لعبده في التجارة فاشترى عبدا يساوي الفا وهو يساوي الفا وعلى الاول الف درهم دين فاعتق المولى العبد المشترى فعتقه جائز دان كان الدين الذي درهم مثل قيمتهما لم يجز عتقه وقال ابو يوسف رح ومحمد رح عتقه جائز في الوجهين جميعا انتهى اقول في جواز عتقه عند ابي حنيفة رح في الوجه الاول من هذين الوجهين المذكورين في جوامع الجامع الصغير وهو القسم الثالث من الاقسام المار ذكرها اشكال على مقتضى دليله المذكور في الكتاب لاثبات مذهبه في القسم الخلافي الذي ذكره في الكتاب اولا وفي الجامع الصغير ثانيا فان حاصل ذاك الدليل ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته والمال الذي احاط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه فيه فلا يثبت فيه الملك واذا لم يثبت فيه الملك لم يجز اعتاقه ولا يخفى ان تسليم مقدمات ذلك الدليل جارية بعينها فيما اذا احاط الديون بكسبه دون رقبته فينبغي ان لا يجوز اعتاقه فيه ايضا قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين اقول في هذا التعليل شيء وبيان الظاهر ان جواب هذه المسئلة باتفاق اصحابنا كما يدل عليه عدم ذكر الخلاف في الكتاب وقد صرح به في غاية البيان حيث قال اعلم ان العبد المأذون المديون اذا باع من مولاه شيئا بمثل قيمته جاز باتفاق اصحابنا جميعا انتهى وكونه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين غير ظاهر على اصل ابي يوسف رح ومحمد رح اذ قد مر في المسئلة الاولى باتفاقهم ان المولى لا يملك ما في يد العبد المأذون ولو احاط الديون بماله ورقبته ولهذا لو اعتق من كسبه عبد لم يتبع عندهما فكيف يتم القول بان المولى كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على اصلهما حتى يتمشى التعليل المذكور على قولهما جميعا فليتامل حتى التوجيه

بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاسترداد من يد المشتري فيمتنع نفاذه اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقالا ان باعه بنقصان يجوز المحاباة والمولى بالخيار ان شاء ارضى المحاباة وان شاء فسخ البيع وعلى المذهبين البيع من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر من الغرماء وهذا يندفع بالضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة البسيرة حيث يصح ولا يتمكن باذالة المحاباة والمولى بخير به

قوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته الخ لا يجوز عنده قال صاحب النهاية وبهذا الخلاف تعلق باول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز بهذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف انتهى ورد عليه صاحب العناية حيث قال بعد نقل ذلك عنه وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو انتهى اقول بل قوله لانه معطوف بلا معطوف عليه ليس بصحيح فانه معطوف حينئذ على قوله بخلاف ما اذا حاباني الاجنبي عند ابي حنيفة رح على ان يكون معنى الكلام وبالتالي المسئلتان اعني قول القدوري واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز وقوله وان باعه بنقصان لم يجز بالاستثناء بخلاف ما اذا حاباني الاجنبي وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لكن على التوزيع بطريق اللف والنشر المرتب اي المسئلة الثانية بالاستثناء بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لان كلتا المسئلتين بالاستثناء بكلا الخلافين فاذن تحقق المعطوف عليه واتضح المعنى كما لا يخفى ثم ان في تصحيح العطف على تقدير الواو توجيه آخر اشار اليه صاحب معراج الدراية حيث قال قوله بخلاف ما اذا باع المريض متعلق بقول المسئلة ومعطوف على قوله وان باعه بنقصان لم يجز من حيث المعنى تقدير الكلام وان باع من المولى بمثل قيمته جاز بخلاف ما اذا باع بالنقصان حيث لم يجز بخلاف ما اذا باع المريض بذا على تقدير الواو في قوله بخلاف انتهى وانت خبير بان صاحب العناية وان لم يطلع على ما ذكرناه او لا من التوجيه العتيد الا ان الظاهر انه اطلع على توجيه صاحب معراج الدراية مع ذلك جزما بانه معطوف بلا معطوف عليه بدون ان يبين الفساد في توجيه صاحب معراج الدراية ثم في توجيهه تحمل لا يخفى ايضا اذ ليس ما بعد اقحم ما اختاره صاحب العناية نفسه حيث قال الى ظاهر بعد الواو وسيجيء تعلقا باول المسئلة وفي كلامه تعقيد الى آخر ما ذكره كما سياتي نقله وبيان حاله وقال صاحب النهاية بعد كلامه السابق ويجوز ان يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما اذا حاباني الاجنبي اي انه يجوز في كل حال يعني اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة اذ كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند ابي حنيفة رح في كل حال من هذه الاحوال وهذا هو الذي استفيد من الاياه انتهى كلامه وقد رد عليه صاحب العناية كلامه هذا ايضا حيث قال بعد نقله ايضا عن غاية ذلك او جز من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا حاباني الاجنبي جواز المحاباة سواء مطلقا والبيع المريض من وارثه بمثل القيمة انما لا يجوز عنده اذا كانت المحاباة فاحشة لا يسيرة فيحتاج الى الجواب انتهى اقول ليس هذا ايضا جوابا لانه كما يفهم من قوله بخلاف ما اذا حاباني الاجنبي جواز المحاباة سواء مطلقا كذلك يفهم منه جواز بيعه بمثل القيمة غير ان الاول مفهوم بالمباشرة والثاني مفهوم بالدلالة لانه اذا جاز المحاباة سواء مطلقا جاز البيع بمثل القيمة اولى كما لا يخفى على من له ادنى تامل قال صاحب النهاية في تفسير قوله بخلاف ما اذا حاباني الاجنبي اي انه يجوز في كل حال اعني اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة وكان البيع بمثل القيمة فاذن ثبت الفرق بين بيع العبد من الاجنبي وبين بيع المريض من الوارث حيث جاز الاول دون الثاني مع ان في كل منهما تعلق حق الغير بالمبيع فاحتاج الى الجواب عنهما بقوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق الورثة تعلق بعينه يعني انه لا يجوز عنده بيع المريض من الوارث بمثل قيمته المبيع بناء على تعلق حق الغير بعينه فكيف يجوز بعينه مسلكا بالمحاباة وقد سلك هنا ايضا مسلك الدلالة فلا حاجة الى ترك الواو من حيث المعنى على ان تحمل قوله المذكور متعلقا بحكم قوله المتصل به وقال تاج الشريعة تعلق بقوله ينبغي ان يأتي بالمسئلة بالواو لانه اول مسئلة يورد نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما اذا حاباني الاجنبي لانه لبيان الفرق بين ما اذا باعه من المولى بنقصان لم يجز وبين ما اذا حاباني الاجنبي جاز وانما اورد على الواو فيكون كلامه انه ينقض على بيع المريض من الاجنبي بالمحاباة فاورد على الواو لانه لا يتم الا به انتهى اقول ليس هذا بسديد ولا فان قوله لان اول مسئلة يورد نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما اذا حاباني الاجنبي لانه لبيان الفرق بين ما اذا باعه من المولى بنقصان لم يجز وبين الاجنبي جاز كلام خال عن التحصيل ان مسئلة الكتاب ههنا اثنتان او لا هما قوله واذا باع من المولى

لان البيع بالعيب مما يتردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في حق الاجنبي لانه لا ولاية له في حق الاجنبي ومعاوضة في حق المولى لانه لا ولاية له في حقه فيجوز ويتمكن المولى من رد المبيع بالعيب بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالاكثر من المحاباة حيث لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى يجوز ويتمكن من رد المحاباة لان المحاباة لا تجري من السيد المأذون على اصلهما الا بإذن المولى ولا اذن في البيع مع الاجنبي وهو أولى فيما اشرنا اليه بنفسه غير ان ازالة المحاباة تلحق الضرر بالمولى وهذا ان القرار على اصلهما

شيئا بمثل قيمته جاز وان اخر بها قوله وان باعه بنقصان لم يجز فكان ان قوله وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لدفع توهم انتقاض المسئلة الاولى بمسئلة بيع المريض الوارث بمثل القيمة كذلك قوله وبخلاف ما اذا باعه الاجنبي لدفع توهم انتقاض المسئلة الاخرى بمسئلة محاباة المأذون مع الاجنبي وكان قوله بخلاف ما اذا باعه الاجنبي لبيان الفرق بين اذا باع المأذون من مولاه شيئا بنقصان وبين ما اذا باعه من الاجنبي بنقصان كذلك قوله وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لبيان الفرق بين ما اذا باع المأذون من مولاه شيئا بمثل قيمته وبين ما اذا باعه المريض من وارثه بمثل قيمته فان اراد بالاشارة بقوله المذكورات الاولى من المسئلتين المزبورتين مسئلة الكتاب اي مختصر القدوري دون الاخرى منهما فليس بصحيح اذ كلتاهما مسئلتان مذكورتان في مختصر القدوري وان اراد بذلك انهما وان كانتا مسطورتين في الكتاب الا ان قوله وبخلاف ما اذا باع المريض الى آخره ولدفع توهم الانتقاض دون قوله بخلاف ما اذا باعه الاجنبي فانه لبيان الفرق فليس بصحيح ايضا لان دفع توهم الانتقاض انما يكون ببيان الفرق فتصدا احدهما يستلزم قصد الاخرى لانه لا معنى لبيان المسئلة بالواو كما لا يخفى على الفطن فلا تثبت مدعاه وان ابديه ان قوله بخلاف ما اذا باع المريض متعلق باول مسئلتي الكتاب وقوله بخلاف ما اذا باعه الاجنبي متعلق باخريهما فلا حاجة الى الواو فيما متعلق بالاولى قلنا قد تقرر في علم الادب ان الواو المطلق الجمع لا الترتيب فيصح ما ذكرنا ولا يقتضي الاتحاد في الوقوع ولا في التعلق فلا محذور في اتيان الواو هنا اصلا واما ما نبه فلان قوله وانما دخل الواو فيما سلف يوهم انه نقض على بيع المريض من الاجنبي بالمحاباة فاصل الواو لدفع هذا الوهم ليس تاما ايضا الا ان كان الواو فيه للعطف كما هو الظاهر بل متعينا فان كان المحل صالحا للعطف فما معنى قوله من قبل ينبغي ان يأتي بالمسئلة الاولى الى آخره وان لم يكن صالحا فكيف يصح ادخال واو العطف فيما لا يصلح للعطف لجرد دفع توهم شيء وان لم يكن الواو للعطف فمن اين يندفع ذلك التوهم وقال صاحب العناية والظاهر عدم الواو ليجعله متعلقا باول المسئلة وفي كلامه تعقيد وتقدير كلام بكذا وان باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعين مال الميت حتى لو كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فاخرقا اي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الى آخره انتهى كلامه اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان جعل الظاهر هنا عدم الواو ينادي على خلل كلام المصنف على مثل هذا التقدير القبيح عدول عن سنن الصواب وخروج عن جادة الانصاف ولعل هذا القبيح الاحتمالات المذكورة في حل هذا المحل ثم ان في تقريره خللا آخر فانه قال في تفسير قول المصنف فاخرقا اي المولى والمريض وكان الصواب ان يقول اي باعتبار المريض كما لا يخفى على المتامل والسبب انه قال بعد ذلك في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث فيحمل المعنى على هذا الى ان يقال في جواز بيع المولى من المولى دون جواز بيع المريض من الوارث وهو لا يخفى ما فيه قوله وان باعه المولى وعليه دين محيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوه البائع قيمته وان شاؤا ضمنوه المشتري قال الشراح انما قيد بسبب ضمان كل واحد من البائع والمشتري بما ذكر من التسليم والتغييب لم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهما لا يضمنان بمجرد هما بل بتغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه ويبيعونه كما يريدون وذلك انما يحصل بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والشراء انتهى اقول القائل ان يقول فاذن ينبغي ان يكون الضمان في هذه المسئلة على المشتري فقط فان تغييب العبد الذي فيه حق الغرماء انما وقع من المشتري دون البائع ولو لا التغييب لامكن لهم ان يردوا البيع فيستردوا العبد ويبيعوه فلا ضمان حينئذ على احد كما يجيء في المسئلة الآتية فان قلت تغييب ذلك العبد وان وقع من المشتري دون البائع لكن في البائع ايضا سببية لذلك وهو تسليمه اياه الى المشتري قلت نعم لكن سببية ذلك جعيدة وقد تقرر عندهم مرارا ان الحكم يضاف الى اقرب الاسباب فتامل ثم ان صاحب العناية قال وكان بقي شيء وهو ان حكم ان في بيع العبد

والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصي اذا باع التركة بغير اذن الغرماء واجيب عن ذلك بان حقهم لم يتعلق بالمبيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع وحق الغرماء منحصر في بيع التركة فافترقا انتهى كلامه اقول لا تتجه السوال المذكور على مسئلتنا هذه اصلا لان وضعها فيما اذا كان ثمن العبد اقل من قيمته واما اذا كان ثمنه اكثر من قيمته او مساويا لها فلا ثبت للغرماء الخيارين الاشياء الثلثة المذكورة في هذه المسئلة بل حتمين ثم اذا ذاك اجازة البيع واخذ الثمن لعدم الفائدة في التضمين وقد صرح بذلك كثير من الثقات منهم تاج الشريعة حيث قال بعد الخيار اذا كان الثمن اقل من القيمة اما اذا كان اكثر او مساويا فلا خيار لهم انتهى ومنهم صاحب النهاية حيث قال بعد ذكر تمام المسئلة وبيان ان لفظ محمد في الجامع الصغير هذا اذا باعه باقل من قيمته فاما اذا باعه بقيمته او باكثر من قيمته وقبض وهو في يده فلا فائدة في التضمين ولكن يدفع الثمن اليهم انتهى فاذا كانت مسئلتنا هذه فيما اذا كان ثمن العبد الذي باعه المولى به اقل من قيمته لم يتجه ان يقال ان حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان لان حقهم كان في بيع العبد بقيمته والمولى قد باعه باقل منها فقد قصر وتعدى فوجب عليه الضمان تامل ثم اقول في الجواب المذكور نظر لان حاصله ان سبب وجوب الضمان على المولى تفويته حق الاستسعاء للغرماء بسببه ومقتضى هذا ان يجب على المولى ضمان الديون بالتمام دون زائد قيمته العبد فقط لانه كان لهم ان يستسعوا العبد في جميع ديونهم لا في مقدار قيمته فقط وقد فات بالبيع والتضمين حق الاستسعاء بالكلية فينبغي ان يضمن البائع والمشتري جميع ما فوته وهو جميع ما يمكن استيفاؤه بالاستسعاء من الديون ولم يقل به احد وانما الذي قالوا به ان يجب عليه ضمان مقدار قيمة العبد لا غير فتدبر قوله قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل فلا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قال صاحب النهاية في هذا اللفظ نوع نظر اذ كان من حقه ان يقال وتاويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم كما هو المذكور في باب جناية العبد من كتاب الجامع الكبير للامام الاسلام وما ذكر في الجامع الصغير لقاضي خان والذخيرة وذلك لانه اذا لم يكن في البيع محاباة لكن الثمن اذا كان لا يفي بديونهم كان لهم ان يردوا البيع لفوات حقهم في الاستيفاء فيما بقي من ديونهم على العبد وما ذكر في الكتاب لا يحصل هذا المعنى اصلا فلا باب الرد لهم لانه يحتمل ان لا يفي الثمن بديونهم وان لم يكن في البيع محاباة فيبقى لهم ولاية الرد لاستيفاء باقي الديون لهم الا ان يريد بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع رضا الغرماء باتباعهم الثمن فانهم اذا اخذوا الثمن كان ذلك اراضين بالبيع فيسقط حينئذ باب الرد ولكن احتمال ارادة احضار الثمن والتخلية بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا ينتفي ذلك اللفظ ايضا بما ذكر فتدبر ثم اقول لم لا يجوز ان يكون المستدل بما ذكره الامام قاضي خان في جامعه تعليلا لقوله وتاويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم لانه كان لهم حق الاستسعاء الى ان يصل اليهم ديونهم وبعد البيع فاتهم الاستسعاء في ملك المشتري فكان لهم ان ينقضوا البيع ولا يكون كان بالثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع الى هنا كلام صاحب النهاية وقد نقله صاحب سراج الدراية بعين عبارته واما صاحب النهاية فقد ابدى الاحتمال وادرد النظر على الجواب حيث قال قيل في عبارته نظر لان وصول الثمن اليهم مع وقوع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز ان يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد للاستسعاء في الديون واجيب بانهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يجب بمقابلة قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا به فقط حقهم وان كان فيه محاباة الى هنا كلامه اقول والى الجواب المذكور نظر آخر وهو انه لو كان مراد المصنف بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع ما ذكر في ذلك الجواب لما احتاج الى تعليله بقوله لوصول حقهم اليهم فانه اذا لم يكن في الثمن فضل بديونهم لم يصل اليهم حقهم بالتمام ووصول بعض حقهم اليهم لم يفد شيئا في نفي رد هم البيع كما بين في السوال بل كان حق التعليل ان يقال لرضائهم بسقوط حقهم واقول ثانيا يمكن ان يجاب عن النظر الذي اورده صاحب النهاية بان فائدة قوله ولا محاباة في البيع حينئذ هي ان لهم ان يقولوا في صورة المحاباة انما قبضنا الثمن على اعتقاد ان لا محاباة في البيع فاذا علمنا المحاباة فيه لا نرضى بها بل نرد البيع فيسترد العبد بتمام القيمة بخلاف ما اذا لم يكن في البيع محاباة فانه لا تمشي فيه هذه المقدمة فتامل فانه دقيق

قال ومن قدم مصرا فقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر فقال هو ماذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله لانه متمسك بالاصل

فصل واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد الماذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة فصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلاة لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصله تنفذ بالضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشراء يتولاه الولي فلا ضرورة ههنا ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلاف

ولعل الصواب ان يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه ان الثمن يعني بديونهم بدليل قولهم والثاني ان الثمن حل فانه انما يكون ناقصا اذا لم يف بالديون انتهى اقول وفيه نظر اما اولا فلانه لو كان معنى قوله ولا محاباة في البيع ان الثمن يفي بديونهم لما بقي فائدة قوله اذا لم يصل اليهم الثمن في قوله وتاويله اذا لم يصل اليهم الثمن اذ لا شك ان الثمن اذا كان يفي بديونهم لم يكن لهم ان يردوا البيع سواء وصل اليهم الثمن او لم يصل اذ لا يبقى لهم حينئذ حق الاستسعاء ليتعين حق الاستيفاء من رقبته فلا يقصد فائدة في الرد فلا يثبت لهم الخيرة واما ثانيا فلان معنى انتفاء المحاباة في البيع ليس بعين معنى وفاء الثمن بديونهم ... ان الثمن يفي بديونهم لا بحسب الحقيقة وهو ظاهر ولا بحسب التجوز والكناية لعدم العلاقة المعتبرة لذلك بينها **قوله** ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز قال في النهاية اي فتصرفه دليل على انه ماذون في التجارة ... واما جواب القياس فان لا يقبل قوله لانه اخبر عن شيئين احدهما اخبر انه مملوك وهذا اقرار على نفسه والثاني اخبر انه ماذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه لا يكون حجة واما وجه الاستحسان فما ذكره في الكتاب انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في شرح هذا المقام اثر ذلك اقول تحرير هذا المحل على هذا المنوال ... فان قولهما في تقرير وجه القياس والثاني اخبر انه ماذون في التجارة وهذا اقرار على المولى غير تمشي في حادثتي هذه المسئلة وهو ما اذا اخبر بالاذن ... في هذه الصورة فلا اقرار على المولى فيها واما محل الاخبار في قولهما والثاني اخبر انه ماذون في التجارة اعم من الاخبار الحقيقي والحكمي ... حكميا عن كونه ماذونا وهو تصرفه تصرف الماذون فمحتمل جدا لكنه لا يخفى فالاولى ههنا تحرير صاحب الكافي فانه حمل هذه المسئلة على وجهين ... قياس ووجه استحسان على الاستقلال حيث قال هو المسئلة على وجهين احدهما ان يخبر ان مولاه اذن له فيصدق استحسانا عدلا كان او غير عدل والقياس ان لا يصدق لانه مجرد دعوى منه فلا يصدق الا بحجة لقوله عليه السلام البينة على المدعي وجه الاستحسان ان الناس تعاملوا ذلك واجماع المسلمين حجة يترك بها الاثر والقياس والنظر ولان في ذلك ضرورة وبلوى فان الاذن لا بد منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن والاصل ان ما ضاق على الناس امره اتسع حكمه ... ثانيهما ان يبيع ويشتري ولا يخبر بشيء والقياس فيه ان لا يثبت الاذن لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر انه ماذون لان امور المسلمين محمولة على الصلاح ما امكن ولا يثبت الجواز الا بالاذن فوجب ان يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا للضرر عن الناس والقياس ان يشترط عدالة المخبر ... في الاستحسان لا يشترط للضرورة والبلوى الى هنا كلامه واقتفى اثره صاحب معراج الدراية في شرح هذا الكتاب والامام الزيلعي في شرح الكنز **قوله** الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا اقول لقائل ان يقول ان اراد بقوله لانها خالص حق المولى انه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع ... بتعلق برقبة العبد الماذون ... كان لهم ان يبيعوه لاستيفاء ديونهم الا ان يفدي المولى ديونهم وان اراد بذلك انه ليس فيها حق العبد ... بخلاف الكسب لانه حق العبد فمسلم لكن لا يتم به التعليل حينئذ على ان لا يقبل قوله في الرقبة اصلا لانه لا يمنع ان يقبل قوله فيها لتعلق حق الغرماء بها كما يقبل قوله في ثبوت الاذن له ... من التجارة لئلا يضيق الامر على الناس فليتامل والاظهر في تعليل قوله لا يقبل قوله في الرقبة ... ان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن في التجارة الا ترى انه اذا اذن المدبر وام الولد ... الدين لا يباعان ... ماذونان كما ذكر في النهاية وغيرها

فصل لما فرغ من بيان احكام اذن العبد في التجارة شرع في بيان احكام اذن الصبي والمعتوه وقدم الاول لكثرة ...

والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبت نظرا الى اذن الولي بقاء ولانه نظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريق وهو تقرر تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلا يقبل لهما النافي المحض كما يقبل الهبة والصدقة يقبل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضر فيحصل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتماله وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب يتناول الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والمولى بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تعليل القضاء والظاهر ان يقع البيع بالغبن الفاحش والتشبيه بالعبد المأذون يفيد ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه ببيع دون بيع ويصير مأذونا بالسكوت كما في العبد

ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه اقول كان الظاهر من القول في جواب المسئلة فهو في التجارة كالعبد المأذون ليطابق ما قبله من قوله في التجارة وليعم غير البيع والشراء من سائر اسباب التجارات لنفوذ تصرفه في سائرها ايضا وكانه قصد الاكتفاء بذكر البيع والشراء لكونهما من اصول اسباب التجارات الا ان اثر اللفظ الكثير على اللفظ القليل يكون لثالثي عدم الظرفي فائدة تامة لم اره في عبارة منتقد القدوري ولذا عبر المصنف رح من جهة اخرى حيث قصر في البداية على قوله اذا كان يعقل البيع والشراء حصر عليه ذلك في الهداية ليس بنظر مرضية اما في عبارة المختصر الان تعقل البيع فقط غير كاف في كون الصبي المأذون ناظرا للتصرف في باب التجارة بطريق المقابل لابد من ان يعقل الشراء ايضا بان يعرف ان البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما صرح به **قوله** والصبي سبب الحجر لعدم الهداية الخ وقد ثبت نظرا الى اذن الولي بدليل اجابته عن قول الشافعي رح لان حجره لصباه فيبقى بعد اذنه تقرر ان الصبي سبب الحجر لعدم هداية الصبي في امور التجارة لا لذاته فصار كالعبد في كون حجره لغيره فاذا اذن المولى زال ذلك الغير الذي يستدل بنفسه على ثبوت الهداية في امور التجارة اذ لو لم يكن هاديا فيها لما اذن له الولي فينفذ تصرفه كما لو اذن المولى للعبد كذا في الشروح اقول يرد على ظاهر هذا الجواب ان يقال لو كان الامر كذلك لنفذ تصرف الصبي بدون اذن الولي اذا علم هدايته في امور التجارة بدليل من الدلائل غير اذن الولي لحصول العلم اذ ذاك ايضا بزوال ذلك الغير الذي حجر الصبي بسببه وهو عدم الهداية مع ان المفهوم من الكتب عدم نفاذ تصرفه بغير اذن الولي اصلا فيما هو دائر بين النفع والضر كالبيع والشراء ونحوهما فتامل **قوله** وبقاء ولاية النظر للصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال قال صاحب النهاية وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبتت له الهداية بالاذن لم يبق الولي وليا وتقريره ان بقاء ولايته بعد ذلك لامرين للنظر لان الصبي من اسباب الرحمة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين اي بمباشرة وليه لا بمباشرة نفسه فكان مرحمة في حقه فوجب اعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل ان يتبدل من الهداية الى غيرها فيقينا ولاية الولي ليدارك ذلك انتهى كلامه اقول في تقريره شيء اما اولا فلان قوله وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض غير مسلم لان الكلام في التصرف دائر بين النفع والضر فان تصرفه الذي هو نافع محض كقبول الهبة والصدقة ينفذ بغير اذن الولي ايضا وتصرفه الذي هو ضار محض كالطلاق والعتاق لا ينفذ باذن الولي ايضا وانما الذي يتوقف نفاذه على اذن الولي عندنا تصرفه الدائر بين النفع والضر كالبيع والشراء فكيف يكون في اعتبار كلامه في مثل ذلك التصرف نفع محض فالوجه ان يقال بدل قوله المذكور وفي اعتبار كلامه في التصرف نظر له واما ثانيا فلان تقرير المرام ان يكون قول المصنف رح واحتمال تبدل الحال معطوفا على قوله لنظر الصبي كما لا يخفى على الناظر في مقدمات تقديره وليس بذاك فانه معطوف على قوله لاستيفاء المصلحة بطريقين داخل معه في حيز قوله لنظر الصبي اذ لا شك ان تدارك احتمال تبدل الحال ايضا نظر للصبي فلا وجه لجعله مقابلا بالثم اعلم ان قول المصنف رح وبقاء ولايته الى آخره يحتمل الوجهين احدهما ان يكون جوابا عن قول الشافعي رح ولانه مولى عليه الى آخره وثانيهما ان يكون جوابا عن سؤال مقدر وهو ان يقال لو صار الصبي وليا للتصرف باذن وليه لكان ينبغي ان لا يبقى وليه وليا في التصرف في ماله فصاحب النهاية ذكر كلا الوجهين وصاحب العناية اختار الثاني كما ترى وكثير من الشراح اختاروا الاول فعليك الاختيار ثم الاختيار **قوله** والتشبيه بالعبد المأذون يفيد ان ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه اي في حق الصبي اراد به قوله فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون كذا في غاية البيان وغيرها اقول القائل ان يقول تشبيه الصبي بالعبد المأذون انما يفيد ثبوت احكام العبد عامة في حقه ان كان التشبيه على العموم او على الاطلاق واما اذا عين ما فيه المشابهة كما وقع في الكتاب حيث قال فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون فافادة المأذون التعميم ممنوع جدا فتامل قال صاحب النهاية فان قلت كيف

ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بالمهر وبثمن في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد بكل ما لا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمتوسط الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذونا بإذن الأب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه وحكم حكم الصبي والله أعلم

يستقيم تعميم قوله ان ما ثبت في العبد من الاحكام ثبت في حق الصبي المأذون مع اختلاف في بعضها وهو ان المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله والولي ليس بمحجور عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله والرواية عن المبسوط قلت الجواب عن هذين احدهما ان ما ذكرته من الحجر وعدمه هو في الحجر المولى وعدم الحجر الولي في المال وما ذكره في الكتاب من التعميم في تصرف العبد في ماله وتصرف الصبي في ماله فلا يقتضي الاختلاف المصنفين والثاني هو ما ذكره في المبسوط وانما يملك الاب او الوصي التصرف في مال الصبي سواء كان على الصبي دين او لا لان دين الحر في ذمته لا تعلق له بماله بخلاف دين العبد المأذون فانه يتعلق بكسبه فيصير المولى من التصرف كأنه هو فاحتيج الى ذكر ذاك السوال وهو الجواب ولكن سلك مسلك الاجمال فقول الوجه الثاني لا يصلح جوابا عن السوال المذكور لان حاصل هذا الوجه بيان علة الحجر المولى عن التصرف في مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله وعدم الحجر الولي عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله وذلك لا يفيد استقامة التعميم في قول المصنف رح ان ما ثبت في العبد من الاحكام ثبت في حق الصبي المأذون بل يؤيد عدم استقامته كما لا يخفى ومدار السوال المذكور على التعميم المستفاد من كلام المصنف رح فافهم وقال بعض الفضلاء لعل علامة الجواب الثاني في منع دلالة كلام المصنف رح على العموم قول المستدل بل ابدا دلالة كلام المصنف رح هو قوله انما ثبت في العبد من الاحكام ثبت في حقه على العموم ظاهر لا يقبل المنع لان كلة ما من الفاظ العموم على ما تقرر في علم الاصول وقد تاكد بيانها بقوله من الاحكام فان الجمع المعرف باللام ايضا من الفاظ العموم والاستغراق اذا لم يكن هناك معهود كما تقرر هذا ايضا في علم الاصول واما ثانيا فلان دلالة في الجواب الثاني اصلا على منع دلالة كلام المصنف رح على العموم ولا تعرض له فيه بوجه من الوجوه وانما مضمونه مجرد بيان العلة في انحجار المولى عن التصرف في مال العبد وعدم انحجار المولى عن التصرف في مال الصبي فحمل ذلك الجواب على منع دلالة الكلام على العموم مما لا سبيل اليه اصلا **قوله** ويصح اقراره بما في يده من كسبه اورد عليه بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف يملكه الصبي باذن الولي واجيب عنه في النهاية وسراج الدراية بان الولي انما لا يملك ذلك لانه لا تحقق منه لان الاقرار قول من المرء على نفسه وما يثبت على الغير بقوله فهو شهادة واقرار الولي على الصغير قول على الغير فيكون شهادة وشهادة الفرد لا يكون حجة واما قول الصبي بعد الاذن فهو اقرار منه على نفسه وهو من صنيع التجار ومما لا يتم التجارة الا به لان الناس اذا علموا ان اقراره لا يصح يتحرزون عن معاملته فان من يعامله لا يتمكن من ان يشهد عليه شاهدين فلهذا جاز اقراره اقول هذا الجواب لا يدفع السوال المذكور لان ما ثبت بالبينة عدم صحة اقرار الولي على مال الصبي وصحة اقرار الصبي بنفسه على مال نفسه وهذا مما لا يؤثر كما ترى في اندفاع الايراد بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة فكيف يتحقق الولاية المتعدية وكان صاحب العناية تنبه لما في الجواب المزبور حيث لم يذكر بل قال بدله والجواب بانه افاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها انتهى اقول هذا الجواب ايضا غير مستقيم لانه ان اراد ان الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها فيملك ايضا نفس التجارة وتوابعها التي من جملتها اقراره على مال الصبي فممنوع اذ لا شك ان اقرار الولي على مال الصبي ليس من توابع التجارة بل ليس مما يصح اصلا فانى يملك الولي وان اراد ان الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها التي من جملتها اقرار الصبي على مال نفسه وان لم يملك نفس الاقرار عليه فمسلم ولكن لا يجدي هذا شيئا في دفع السوال المذكور لان اللازم منه ان يملك الولي الاذن الصبي بالاقرار فلا كلام فيه وانما الكلام في ان يملك الصبي الاقرار على نفسه باذن الولي ولاية متعدية من الولي الى الصبي والولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك نفس الاقرار على الصبي بالاجماع فكيف يملك ولاية قائمة في حق نفس الاقرار على الصبي فكيف يتعدى منه الولاية الى الصبي في حق ذلك ولا يخفى ان حديث ان يملك الولي الاذن بالتجارة وتوابعها

كتاب الغصب

الغصب في اللغة عبارة عن اخذ الشيء من الغير

في اثناء الجواب عن هذا الاشكال الصير لنوا من الكلام ثم اقول لعل الصواب في الجواب منع كون ولاية الصبي ولاية متعدية اذ قد تقرر فيما مر ان الصبي ينصرف باهلية نفسه والصبي ليس بسبب الحجر لذاته بل لعدم الهداية واذن الولي انما يكون دليلا على زوال ذلك المانع كما كان البلوغ دليلا عليه لا انه يكتسب الولاية من اذنه الا ان الصبي لما كان من اسباب المرحمة بالحديث لم يؤهل الصبي اصلا لما هو ضار محض واهل لما هو نافع محض قبل الاذن وبعده واهل لما هو دائر بين النفع والضرر بعد الاذن فقط والاقرار لما كان من توابع التجارة دائرا بين النفع والضرر اذ من القبيل اقراره يحترز الناس عن معاملته فيتضرر به فاهل الصبي له بعد الاذن وكانت ولاية عليه ذاتية لا متعدية من الولي فتامل فان هذا توجيه حسن وجواب شاف يحسم مادة الاشكال بالكلية

كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين احدهما ان الغصب من انواع التجارة حتى ان اقرار المأذون لما صح بديون التجارة يؤاخذ بها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثاني ان المغصوب مادام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون للغاصب الا تصرفا كالعبد المأذون فانه غير مالك رقبة ما في يده من اموال التجارة وان كان له فيه تصرف الملاك فذكر احد المتناسبين متصلا بالآخر من المناسبة الا انه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع كذا في النهاية والعناية اقول في الوجه الاول بحث من وجهين احدهما ان كون الغصب من انواع التجارة لو تم انما يقتضي المناسبة بين الغصب وبين جنس التجارة لا بين الغصب وبين الاذن في التجارة لان الاذن نفسه ليس من جنس التجارة قطعا بل هو فك الحجر واسقاط الحق عندنا على ما صرح به في صدر كتاب المأذون والمذكور في كتاب المأذون مسائل نفس الاذن لا مسائل جنس التجارة فلا يتم التقريب والثاني ان مناسبة ذكر النوع بعد ذكر الجنس تتحقق في سائر انواع التجارة ايضا فينتقض ذلك الوجه بها ويمكن ان يجاب عن كل منهما اما عن الاول فبان يقال ان الاذن نفسه وان لم يكن من جنس التجارة الا انه متعلق بجنس التجارة فبهذا الاعتبار يكون للغصب مناسبة للاذن ايضا بواسطة تعلقه بجنس التجارة واما عن الثاني فبان يدعى عدم لزوم الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن ويقال ان ذلك الوجه من المرجحات [illegible] في تحققها في غيرها سبقت [illegible] ان الاكثر في وجه المناسبة بما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال وجه المناسبة بين الكتابين عندي ان المأذون يتصرف في الشيء بالاذن الشرعي والغاصب يتصرف لا باذن شرعي فكان بينهما مناسبة المقابلة الا انه قدم كتاب المأذون لانه مشروع والغصب ليس بمشروع انتهى واعلم ان محاسن الغصب من حيث الاحكام لا من حيث الاقدام كما في الجنايات والديانات فان المقصود من بيان كتاب الغصب هو بيان الحكم المترتب عليه اذ ليس في الغصب شيء من الاباحة فضلا عن الحسن والطاعة بل هو عدوان محض وظلم صريح كذا في النهاية وغيرها قوله وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده اقول لا بد من ان يزاد على هذا التعريف قيد اخر وهو قيد التقصير بان يقال على وجه يزيل يده او يقصر يده [illegible] ازالة الغاصب من يد غير المالك كما اذا اخذه من يد المستأجر او من يد المرتهن او من يد المودع فان الغاصب في هذه الصورة وان لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه في يده وقت الغصب وازالة اليد لا تتحقق الا انه قصر يده عن ماله في تلك [illegible] الغصب شرعا اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يد المالك ان كان في يده او يقصر يده ان لم يكن

على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده ه

في يده انتهى وكذا قال في الكافي ايضا وثانيا قيد على سبيل المجاهرة كما وقع في البدائع لئلا يدخل في تعريف الغصب شرعية السرقة فان الامتياز بين السرقة والغصب في الشرع انما يكون بان كان الغصب على سبيل المجاهرة والسرقة على سبيل الخفية والاستسرار مع الاشتراك بينهما في جميع ما ذكر لتعريف الغصب شرعية في الكتاب ثم اعلم ان صدر الشريعة قد تنبه للزوم زيادة القيد الثاني على هذا التعريف حيث قال في شرح الوقاية ثم لا بد ان يزاد على هذا التعريف لا على سبيل الخفية ليخرج السرقة انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فان قلت اليس يصدق الحد المذكور على السرقة قلت نعم الا ان في السرقة خصوصية بها كانت من جملة اسباب الحد فدخل مسائلها باعتبار تلك الخصوصية في الحدود وذلك لا ينافي دخولها باعتبار اصلها في الغصب كالشراء من الفضولي فانه غصب مع انه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها صارت من مسائله ومن ذهب عليه هذه الدقيقة تصدى لاخراجها عن الحد المذكور بزيادة قوله لا على سبيل الخفية ولم يدر انه حينئذ يخرج عنه بعض افراد الغصب كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية الى هنا كلامه اقول فيه خلل من وجوه الاول ان السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة اسباب الحد داخلة في التعريف المذكور اذ لا منع لشيء من خصوصياتها عن صدق التعريف المذكور عليها كما لا يخفى على ذي فطنة وانما تكون خصوصيتها مانعة عن صدق تعريف الغصب عليها لو زيد على التعريف المذكور قيد على سبيل المجاهرة او لا على سبيل الخفية فان من خصوصيتها ان تكون على سبيل الخفية كما تقرر في كتابها ولا شك ان قيد اولا على سبيل المجاهرة او سبيل الخفية فاذا كانت السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة اسباب الحد داخلة في التعريف المذكور لم يكن ذلك التعريف صالحا لان يكون حدا للغصب في الشرع والا لزم ان تكون السرقة بخصوصيتها غصبا شرعيا وليس كذلك لا محالة لتباين حكمي السرقة والغصب في الشرع قطعا فتأمل وذلك لا ينافي دخولها باعتبار اصلها في الغصب كما لا يخفى والثاني ان قوله كالشراء من الفضولي فانه غصب مع انه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع ليس بسديد لان مجرد الشراء من الفضولي ليس بغصب قطعا وانما الذي يشبه الغصب اخذ المشتري من يد الفضولي بغير اذن المالك وهو ليس ببيع جزما وليس بمذكور في كتاب البيوع اصلا وانما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولي فلا صحة في التمثيل ولا في التعليل والثالث ان قوله كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية في قوله ولم يدر انه حينئذ يخرج عنه بعض افراد الغصب كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية ليس بصحيح لان ما كان غير محرز كيف يتصور اخذه على سبيل الخفية فان عدم الاحراز ينافي الاختفاء وعن هذا قال صاحب النهاية في فصل الحرز والاخذ منه من كتاب السرقة الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق بدونه انتهى ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح غير التعريف المذكور رأسا حيث قال بدل قوله بغير اذن المالك بلا اذن من له الاذن وقال في شرحه وانما لم يقل بلا اذن مالكه لان كون المأخوذ ملكا ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك اصلا صرح به في البدائع انتهى اقول وفيه ايضا خلل لان الوقف في الشرع عند ابي حنيفة رحمه الله حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف الى الله تعالى على وجه تعود منفعته على العباد وهذا كله مما تقرر في اول كتاب الوقف فعلى كلا القولين يكون الموقوف مملوكا فكيف يتم قوله ان الموقوف ليس بمملوك اصلا ولئن سلم تمام ذلك فكون الموقوف مضمونا بالاتلاف لا يقتضي كونه مغصوبا شرعيا فان وجوب الضمان ليس بحكم مخصوص بالغصب الشرعي بل يتحقق ذلك في غيره ايضا بنوع من التعدي والجناية الا يرى ان زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان المغصوب ليست بمغصوبة عندنا شرعا لعدم تحقق ازالة يد المالك عنها بناء على ان يد المالك ما كانت ثابتة عليها حتى يزيلها الغاصب بل هي امانة في يد الغاصب ان هلكت لا يضمنها عندنا كما صرحوا به قاطبة وسيجيء في الكتاب مع انها اذا تعدى فيها يجب عليه الضمان بالاتفاق على ما صرحوا به قاطبة وسيأتي في الكتاب وكذا لو قتل رجل عبد رجل خطأ في يد مالكه يجب عليه ضمان قيمة العبد بلا خلاف مع ان ذلك ليس بغصب في الشرع عند احد وبالجملة فرق بين ضمان الغصب وضمان

حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع **قال** ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر **قال** فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يوم الغصب وقال محمد رح يوم الانقطاع لابي يوسف رح انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد رح ان الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة رح ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء

الاتلاف كما نصوا عليه فمن اين ثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعي في اتلاف الموقوف حتى يرد به النقض على ما ذكره ثقات المشائخ في تعريف الغصب فيحتاج الى تغييره **قوله** حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط لانه بالاستخدام والحمل اثبت يد التصرف عليه ومن ضرورته ازالة يد المالك عنه فتحقق الغصب بخلاف الجلوس على البساط لان البسط فعل المالك وقد بقي اثر فعله في الاستعمال وما بقي اثر فعله تبقى يده فلم توجد ازالة يد المالك فلم يتحقق الغصب كذا قالوا قال ابن الفرو في كلام المصنف رح هنا مواخذة لفظية وهي في قوله وحمل الدابة يعني والحمل عليها وحقه ان يقول وتحميل الدابة لا حمل لا يتعدى بنفسه الى اثنين وانما يتعدى بنفسه الى واحد والى آخر بحرف الجر تقول حملت المتاع على الدابة فيصح اضافة المصدر منه الى المتاع لا الى الدابة فتقول حمل المتاع ولا تقول حمل الدابة الا ان يضعف الفعل فيتعدى الى اثنين بنفسه فتقول حملت الدابة المتاع فحينئذ تصح اضافة مصدره الى الدابة فتقول تحميل الدابة لان التحميل مصدر حمل المضعف للتعدية انتهى كلامه اقول هذا الذي ذكره ظاهر وكان صاحب الكافي عن هذا غير عبارة المصنف رح هنا فقال حتى كان استخدام عبد الغير والحمل على دابة الغير غصبا ولكن يمكن توجيه كلام المصنف رح هنا بما وجه به الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة السكاكي افتخارا بمواظبتها حيث قال والاصل ان يقال بالمواظبة عليها اي على العبادة الا انه نزع الخافض وعدى المصدر بالايصال انتهى وقصد به الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك وفي تعدية المواظبة بنفسها نظر والصواب بالمواظبة عليها انتهى تامل **قوله** ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان اقول هذا انما يتم فيما اذا هلك المغصوب في يد الغاصب واما اذا كان قائما في يده فحكمه رد العين كما سيأتي في الكتاب وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه الخاص بصورة الهلاك اللهم ان يبنى كلامه هنا على ما قيل ان الموجب الاصلي للغصب مطلقا هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء ذكره لكنه قول ضعيف جدا على ما يدل تقرير المصنف رح فيما بعد وصرحوا به في الشروح ثمة فكيف يليق بمثل المصنف رح بناء كلامه على ذلك **قوله** ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية قال في النهاية والعناية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية انتهى اقول الظاهر ان المقصود من التعرض هنا لبيان كون الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية وقع ورود سؤال على ان يكون في ايجاب المثل مراعاة المالية بظهور تحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة ولكن اندفاعه بذلك غير واضح عندي لانه اريد بكون الجودة ساقطة العبرة في الاموال المزبورة انه لا تفاوت بين جيدها ورديها في المالية فهو ممنوع اذ التفاضل في القيمة بينهما في المتعارف ظاهر جدا وان اريد بذلك انه لا عبرة بالتفاوت بين الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند اهل الشرع لقول النبي صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء فهو مسلم لا كلام فيه لكن لا يندفع به السؤال المتجه على قول المصنف رح هنا لما فيه من مراعاة الجنس والمالية بان مراعاة المالية في ايجاب المثل غير مسلم لتحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة وذلك يقتضي التفاوت بينهما في المالية بل لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان عدم الاعتبار لتفاوت الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند اهل الشرع يؤيد ورود ذلك السؤال هنا اذ لو كان عندهم اعتبار لتفاوتها في ذلك لما تصور التفاوت في المالية عند مراعاة التساوي في الوصف ايضا تامل تقف **قوله** لابي يوسف رح انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب قال صاحب النهاية فان قلت لم قدم قول ابي يوسف رح في التعليل ولم يوسطه كما هو حقه قلت يحتمل ان يكون ذلك لوجهين احدهما ان يكون المختار قوله لقوة دليله اذ فيه اثبات الحكم بحسب ثبوت الموجب لان المغصوب دخل في ضمان الغاصب من وقت الغصب فيجب ان يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب والثاني لاثبات الاقوال الثلثة بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان اول الاوقات من هذه الاقوال الثلثة يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة فايراد الاقوال على ترتيب هذه الازمنة لم يتأت الا بتقديم قول ابي يوسف رح ثم بقول محمد رح ثم بقول ابي حنيفة رحمه الله انتهى كلامه وقد ذكر الوجه الثاني فقط بطريق الاجمال في معراج الدراية ايضا وكذا ذكر ذلك الوجه فقط في العناية

بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان

ايضا ولكن بطريق النقل ثقيل اقول كل واحد من ذينك الوجهين منظور فيه اما الوجه الاول فلان ما ذكر فيه لا يدل على قوة دليل ابي يوسف رح لان المغصوب المثلي انما دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب بضمان المثل ثم انتقل الى ضمان القيمة بالانقطاع كما افصح عنه المصنف رح في ذكر دليل محمد رح فمن اين يجب ان يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب دون وقت الانقطاع حتى يلزم قوة دليله ولو سلم قوة دليله فهي تقتضي تاخير دليله اذ من عادة المصنف رح المستمرة ان يؤخر القوي عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليقع المؤخر بمنزلة الجواب عن المقدم وان كان يقدم القوي في الاكثر عند نقل اصل الاقوال وهذا مما لا سترة به عند من له قدم راسخ في معرفة اساليب كلام المصنف رح واما الوجه الثاني فلان اثبات تلك الاقوال بحسب الترتيب الزماني مما لا يتعلق به نظر فقهي اصلا فتعبير المصنف رح اسلوبه المقرر لمجرد ذلك الامر الوهمي مما لا يناسب بشانه الرفيع فالوجه عندي ان المصنف رح جرى ههنا ايضا على عادته المقررة من تاخير الاقوى فالاقوى عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليحصل الجواب من المتاخر للمتقدم كما حصل ههنا ايضا ذلك على ما يشهد به المتامل الصادق قال صدر الشريعة في شرح الوقاية اقول قول ابي يوسف رح اعدل لانه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقلتها وفي المعدوم هذا متعذر او متعسر ويوم الانقطاع لا ضبط له وايضا لم ينتقل الى القيمة في هذا اليوم اذا لم يوجد من المالك طلب وايضا عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل كلام صدر الشريعة ويمكن ان يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وجد الانقطاع ما ذكره ابو بكر البلخي وهو ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم انتهى وقد سبقه الى هذا الجواب صاحب الاصلاح والايضاح اقول يمكن رد هذا الجواب بانه يجوز ان يكون مراد صدر الشريعة بالمعدوم ما هو معدوم في السوق الذي يباع فيه لا المعدوم في الخارج مطلقا وكانه لهذا قال وفي المعدوم هذا متعذر او متعسر يعني انه بعد ما عدم في السوق الذي يباع فيه ان لم يوجد في البيوت ايضا يتعذر التقويم وان وجد فيها يتعسر التقويم لان معيار تقويم المقومين هو السوق الذي يباع فيها الاشياء وفي غير ذلك لا يتيسر التقويم العادل وكذا مراده بعدم بقاء شيء في قوله لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة عدم بقائه في السوق الذي يباع فيه فعلى هذا لا يمكن الجواب عنه بما ذكره ابو بكر البلخي في حد الانقطاع كما لا يخفى **قوله** بخلاف ما لا مثل له لانه يطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك اقول فيه اشكال لان هذا لا يتم على ما سيجيء عن قريب من ان الموجب الاصلي في الغصب على ما قالوا هو رد العين لانه الواجب وانما رد القيمة مخلص خلفا اذ المطالب باصل السبب حينئذ فيما لا مثل له ايضا انما هو رد العين لانه الواجب الاصلي مطلقا وانما ينتقل الى القيمة بهلاك العين فينبغي ان يعتبر قيمته وقت هلاك عينه لا وقت وجود اصل السبب وهو الغصب الا يرى ان الواجب بعد هلاك العين فيما له مثل هو المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع عند محمد رح فيعتبر قيمته وقت الانقطاع عنده وبقضاء القاضي عند ابي حنيفة رح فيعتبر قيمته وقت الخصومة والقضاء عنده لا يعتبر قيمته وقت وجود اصل السبب عند احد منهما وبالجملة الفرق بين ما لا مثل له وبين ما له مثل على قول ابي حنيفة رح ومحمد رح بان القيمة تعتبر في الاول عند وجود اصل السبب وفي الثاني عند الانتقال الى القيمة غير واضح على ما قالوا ان الموجب الاصلي في الغصب مطلقا هو رد العين وانما رد القيمة مخلص خلفا كما سيجيء واما على ما قيل ان الموجب الاصلي فيه هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء ايضا فلا يتم دليل ابي حنيفة رح ولا دليل محمد رح راسا اذ في كل منهما تصريح بان الموجب الاصلي في الغصب غير القيمة وانما ينتقل اليها بامر عارض فالمقام لا يخلو عن الاشكال على كل حال **قوله** وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة يعني معنى قول القدوري في مختصره وما لا مثل له العدديات المتفاوتة قال صاحب العناية اخذ من النهاية وتحقيقه ان معناه الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب انتهى اقول هذا الذي عده تحقيقا مما لا طائل تحته بل لا حاصل له لانه ان اراد بالشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه ما لا يكون له مثل من جنسه ولا يضمن بمثله من جنسه فينافيه تعليله بقوله لان الذي

أما بدون [illegible] فهو كما ذكر [illegible] وفي الزيادات جاء [illegible] القيمة لأنه لا مثل له قال وعلى الغاصب رد العين المغصوبة ومؤنة رده لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدي وقال عليه السلام لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا فمن أخذه فليرده عليه ولأن لليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه وهو الموجب الأصلي عندنا قالوا ورد القيمة مخلص لما فيه من تكميل حق المالك في عين القيمة والمالية وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص وهذا يظهر ذلك في بعض الأحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيمة بتفاوت الأماكن فإن ادعى هلاكه حبسه أبدا حتى يعلم أنه هلك لأنها لو كانت باقية لأظهرها أو تقوم بينة ثم تقضي عليه بدلها لأن الواجب رد العين الهالك بعارض فيجوز أن يدعي عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما إذا ادعى الإفلاس وعليه ثمن متاع فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه فإذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة **قال** والغصب فيما ينقل و**يحول**

لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى لأن المثل لا يكون إلا مثل من جنسه لا يكون المثل من خير جنس أيضا بالأولوية فلا يكون له مثل أصلا وقد قال في التعليل إن الذي لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى فكيف يتصور أن يكون ذلك معنى قوله ما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فما تعبيره يوم عصيره وإن أراد بذلك ما لا مثل من جنسه ولكن له مثل من جنس آخر فهو بعينه معنى قوله بقيمته كما هو الظاهر من تعليله فعلى تقدير أن يكون هذا معنى قول القدوري ما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فما تعبيره يلزم الاستدلال في وضع المسألة أو يصير بيانا لمعنى المسألة وما لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته فعلى تقديره فيحتاج جواب المسألة بلفظ من الكلام لكونه معلولا بما يصدر المسألة وبالجملة تفسير ما لا مثل له في هذه المسألة بما لا يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية والنهاية وكذا تفسير المثل في المسألة الأولى بما يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية مما لا يقبله فطرة سليمة لاستلزامه اعتبار جواب المسألة في صدر المسألة فيكون معنى قوله في المسألة الأولى أيضا ومن غصب شيئا له مثل فهلك في يده فعليه ضمان مثله من غصب شيئا يضمن بمثله في الغصب فهلكت في يده فعليه ضمان مثله وهذا تكرير يقبح من الأستاذ والأحسن هو الحق عندي أن المراد بما له مثل في المسألة الأولى ما له مثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذي لا يتصرف إليه المثل عند الإطلاق وبما لا مثل له في هذه المسألة ما لا مثل له صورة ومعنى وإن كان له شبه فقط وهو القيمة التي هي المثل الظاهر وقد أشير عن قريب إلى المثل في الكافي حيث قال من قبل أن المثل نوعان كامل هو المثل صورة ومعنى وهو الأصل في ضمان العدوان حتى صار بمنزلة الأصل قاصر هو المثل معنى وهو القيمة وإنما سمي قاصرا لاحتمال الأصل لأنه خلف عن المثل الكامل انتهى فيصير معنى هذه المسألة وما لا يكون له مثل كامل فعليه مثله القاصر وهو القيمة فينتظم المقام بلا كلفة قال في الكافي بعد ذكر مسألتنا هذه وقال مالك يضمن بمثله صورة من جنس ذلك لما روينا وما روي عن شريح من كسر عصا فعليه قيمتها وهو المراد بالمثل المذكور في النص انتهى أقول يرد عليه أنه لو كانت القيمة هي المراد بالمثل المذكور في النص وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان المثل صورة ومعنى على من غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده وقد مر الاستدلال به على ذلك في المسألة الأولى وهو الذي أشار إليه في الكافي بقوله لما تلونا فقد قوله أما الذي يتقارب فيكال قال في النهاية وإنما اقتصر على المكيل والموزون لأن ما سواهما من المعدودات المتقاربة ليس بمثلي وهو الذي في تصنيف شيخ الإسلام انتهى أقول لقائل أن يقول لو كان اقتصاره على المكيل لذلك الشيء الذي ذكره لاقتصر عليه فيما بعد حيث قال من غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وليس فليس وأورد عليه صاحب العناية أيضا حيث قال بعد نقل ما في النهاية يقبل وليس بواضح لأن من المكيل ما هو كذلك كالبر المخلوط بالشعير فإنه لا مثل له فيه انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه بأن الظاهر أن مراد المصنف به بالمكيل في قوله وإما الذي يتقارب فيكال المكيل حتى يجب مثله عند التفاوت هو المكيل من جنس واحد بقرينة قوله بعده وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له بقرينة شمول غير الجنس مع المكيل في تحقق المماثلة في المكيل كما تقرر في باب الربا من البيوع **قوله** والغصب فيما ينقل ويحول أي الغصب يتحقق فيما ينقل ويحول **دليله** قوله لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه كذا في معراج الدراية ثم إن المقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا بيان مجرد تحققه في المنقول إذ لا خلاف فيه ولا اشتباه وإنما الخلاف والاشتباه في عدم تحققه في غير المنقول فهو المقصود الأصلي بالبيان وهذا هو المستفاد من تركيب المذكور أعني قوله والغصب فيما ينقل ويحول كما أشار إليه تاج الشريعة حيث قال في تفسيره كما يتحقق الغصب في المنقول دون غيره وأشار إليه صاحب العناية أيضا حيث قال الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار بل شارة إليه المصنف رحمه الله حيث قال في تعليل ذلك لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره قلت بقي الكلام في أن أداة القصر في التركيب المزبور ما فائدتها في تعريف المسند إليه بلام الجنس فإنه يفيد قصر المسند إليه

لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واخذ المنقول في يده او ضمنه وهذا عند ابي حنيفة ره وابي يوسف ره وقال محمد لا يضمنه وهو قول الشافعي ره الاول وبه قال الشافعي ره تحقق اثبات اليد من غير تفويت يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة تحقق الموجب الغصب ما يناه وهو الغصب ما يناه صار كالمتلف وهو التوجيه وانما ان الغصب اثبت اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا اقعد المالك عن ملكه في المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب مسئلة الحجر ممنهة ولو سئلت فالضمان هنا لك بترك الحفظ الملتزم وبالحجر ترك ذلك الحفظ قال ما نقص منه بفعله او بسكناه ضمنه في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا اتلفه بانه لانه فعل في العين وقد دخل على ما قاله اذا اقعد ست الدار بسكناه وعمله فلو غصب منه دارا وباعها او سلمها واتى المالك المشتري بملك غصب الجامع ولا بينة اصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال وان استغل بالتوسع بعد القضاء لانه اتلف البعض فيما زاد اثر جانه ويتصدق بالفضل على ما مر وهذا عند ابي حنيفة ره ومحمد ره وقال ابو يوسف ره لا يتصدق بالفضل وسئل ابو حنيفة عن الحائن قال اذا دوات التقل في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه

على السند كما صرحا به في علم الادب وشاهده بخوا توكل على الله وكفى به في العرب والامام من قريش **قوله** لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل او بغيره قال القائل ان يقول هذا القدر من الدليل يدرجن التفصيل الآتي في دليل عدم الضمان في غصب العقار لا يفيد المدعى هنا كما لا يخفى على من احاط بحقيقة المقام خبرا وبذكر التفصيل الآتي هناك يستغني عن ذكر هذا الدليل هنا فالاحسن ان يكتفي بما سياتي في تعليل جواب مسئلة غصب العقار المتفرعة على الاصل المذكور هنا كما اكتفى ببيان الخلاف هناك عن بيانه هنا فان الخلاف المذكور هناك يتحقق هنا ايضا لا محالة **قوله** واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه اقول كان اللائق بالصنعة ان يذكر الفاء بدل الواو في قوله واذا غصب عقارا الى آخره لان هذه المسئلة متفرعة على ما سبق من الاصل فينبغي ان يظهر علامة التفريع في اللفظ كما وقع في سائر الكتب فقد ذكرت كلمة الفاء في عامتها وكذا حتى في المحيط حيث قال فيه وشرط عند ابي حنيفة ره كون المأخوذ منقولا وهو قول ابي يوسف ره الآخر حتى ان غصب العقار عند ابي حنيفة ره وابي يوسف ره الآخر لا يضمن وجبا للضمان انتهى والسبب ان كلمة الفاء كانت مذكورة في مختصر القدوري قبل المصنف رح بالواو في البداية والسراج فتوهم القائل المراد بالغصب في قوله واذا غصب عقارا هو الغصب اللغوي دون الغصب الشرعي فلا يتجه ان يقال قد تقرر فيما مر ان حكم الغصب ملقا عند هلاك العين المغصوبة في يد الغاصب هو الضمان فكيف يصح الحكم هنا بعدم الضمان في غصب العقار وهلاكه في يد الغاصب لان الضمان انما هو حكم الغصب الشرعي دون اللغوي والمتحقق هنا هو الثاني دون الاول فلا منافاة قال بعض الفضلاء اطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة انتهى اقول فيه ان المصير الى المجاز انما هو عند تعذر الحقيقة وهنا الحقيقة ممكنة متيسرة فلا يصار الى المجاز اللهم الا ان يريد بالمجاز المجاز بالنظر الى الوضع الشرعي دون المجاز المطلق فلا ينافي كونه حقيقة بالنظر الى الوضع اللغوي ولكن حق الاداء ان يقال كما لا يخفى وقال صاحب غاية البيان وقد اختلفت عبارات مشائخنا في غصب الدور والعقار على مذهب ابي حنيفة ره وابي يوسف ره فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان وهو مال القدوري في قوله واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه عند ابي حنيفة رح وابي يوسف ره لانه اثبت الغصب ونفى الضمان وقال بعضهم لا يتحقق اصلا وهو مال اكثر المشائخ انتهى كلامه اقول فيه نظر لانه ان اراد ان بعضهم قال بتحقق فيها الغصب الشرعي على مذهب ابي حنيفة ره وابي يوسف ره فلا نسلم ذلك اذ لم يقل احد ان الغصب الشرعي يتحقق عندهما فيها كيف ولو قاله لم يصح منه ان يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند احد وانما المراد بالغصب في عبارة من اطلق الغصب ونفى الضمان هو الغصب اللغوي دون الشرعي كما مياه وان اراد ان بعضهم فلا يتحقق فيها الغصب اللغوي ولا يوجب الضمان وبعضهم قال لا يتحقق فيها الغصب اللغوي ايضا فلا نسلم ان احدا قال ان الغصب اللغوي لا يتحقق فيها لان الغصب اللغوي على ما مر في صدر الكتاب اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب ولا شك في تحقق هذا المعنى في العقار اذ لم يتيسر ازالة يد المالك اصلا فضلا عن ازالة يده بفعل في العين كما هو المانع عن تحقق الغصب الشرعي عند بقاء العقار على ما ستعرف فلا يمكن ان يقال ان الغصب اللغوي لا يتحقق في العقار فضلا عن مثل مشائخنا هو لا الاجلاء **قوله** ولما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار قال صاحب العناية حمل هذا الحمل على قول ابي يوسف ره لان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين عنده ايضا كما مر وعلى قول ابي حنيفة ره لان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين او في حكم العين والعقار ليس بعين ولا في حكم العين لا يتصور فيه الغصب الشرعي اصلا لان يد المالك لا تزول الا باخراجه اي اخراج المالك عنها اي عن العقار يعني الضيعة او الدار وهو ليس بفعل في المالك لا في العقار فلا تتحقق ازالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه انتهى اقول في تقرير قصور انما او لا فلانه سهل الباقي قول المصنف رح بازالة يد المالك للسببية وليس بواضح اذ على تقدير تحقق السببية بين اثبات يد الغاصب وبين ازالة يد المالك لكون الاول وجوديا واصلا صادرا من الغاصب والثاني امرا عدميا مستمرا على الاول وايضا لو كان المراد المذكورة للسببية كان معنى كلام المصنف رح ولما ان الغصب اثبات اليد المسبب عن ازالة يد المالك بفعل في العين فلا يتم كون الغصب

وفي اكثر نسخ المختصر فاذا هلك النصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق فهو السبب عند العجز عن رده بخلاف العقار لان ذلك السبب وهو تفويت قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تلف منه فهو عينه يجب رده فيه بخلاف الجمع الشعر لانه في محل الغصب لانه عبارة عن تقرر الزيادات من فوق الجزء بخلاف البيع لانه ضمان عقد لا غصب فيتقيد بالفعل ثم ان ضمن النقصان بالغصب فان دفع العين وقبضها المالك لا يبرأ عن الضمان لان القبض وقع على الناقص فاستحق الفائت فكان له ان يضمنه ولو ضمنه ثم وجد العين لم يكن له ان يستردها لان الضمان تملك بالاداء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يستردها ويرد ما اخذ لان الضمان يملك بالقضاء والقضاء لم يوجد وهذا لان الضمان خلف عن العين فيقوم مقامها كالمبدل في باب الربا والسلم والخلف يقوم مقام الاصل في حكمه لا في وصفه ولهما ان الضمان تملك بالاداء لانه عوض فاستحال نقضه لتعذر الفسخ لما فيه من الضرر بالمعطي ولهذا لا يملك بالقضاء عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يفيد الملك مع قيام العين وعلى هذا الخلاف اذا اخذ الجارية المستعارة

من جملتها مجموع اثبات اليد العادية وازالة يد المالك بفعل في العين كما هو المقصود فالوجه ان يكون الباء للمصاحبة فيكون المعنى وكما ان الغصب اثبات اليد مع ازالة يد المالك بفعل في العين فحينئذ ينتظم المعنى ويحصل المقصود وانما قلنا ذلك لما قدمنا من قوله فانتفى ازالة اليد بدون التقييد ان لا يتحقق ازالة اليد اصلا في غصب العقار وهو ليس كذلك اذ قد ذكر في تعليل قول محمد رحمه الله ان من ضرورة اثبات اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة وفي تعليل قولهما يتعرض لنفي تلك المقدمة ليست بمثابة للنفي والمثبت يكفي بايراد بينة واحدة فكيف بتقرير دليلهما بوجه يشعر بانتفاء ازالة اليد اصلا في غصب العقار فالاولى في تقرير دليلهما ما ذكرنا هنا الى قوله وهما ان الغصب اثبات اليد العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين لان ازالة يد المالك طلقا اي سواء كانت بفعل في العين او بفعل في المالك وهو كاف من غير حاجة الى اثبات اليد انما هو زوال يد المالك طلقا لازما والبا بوجه خاص وهو ان يكون بفعل في العين وهذا بمعنى مجموع ما اعتبر في حقيقة الغصب من ازالة اليد العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين لا يتصور في العقار لان يد المالك في العقار لا تزول الا باخراج المالك عنها اي عن العين المغصوبة وهو اي ذلك الاخراج فعل في العين لا في العقار فلم يوجد فيه ازالة يد المالك بفعل في العين فلم تتحقق فيه حقيقة الغصب فلم يلزمه الضمان عند ابي حنيفة في يد الاخذ وبهذا التقرير ثبت مدعى الامام الاعظم رضي الله عنه الثاني ويتجه الجواب عما ذكر في دليل امامنا الثالث والشافعي رحمه الله لا يخفى على ذي فطنة واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل حيث قال وليت شعري بأي دليل ثبت كون ازالة يد المالك بفعل في العين وبتحقق بل مفهوم ازالة اليد تحقق في اخراج المالك انتهى اقول قد ثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال واما ابو حنيفة رحمه الله وابو يوسف رحمه الله فعلى اصلهما ان الغصب ازالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم يوجد في العقار الدليل على ان هذا شرط تحقق الغصب الاستدلال بضمان الغصب فان اخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل في الضمان فيستدعي وجود مثله منفي في المغصوب ليكون معتدا بالمثل الى هنا كلامه فتامل ثم اورد ذلك البعض على قول المصنف رحمه الله في تعليل قولهما وهذا لا يتصور في العقار بان قال للخصم ان يقول انما لم يتصور فيه لانتفاء اثبات اليد فتامل انتهى اقول ليس هذا الشق ازليس في المنظوم من يذكر تحقيق اثبات اليد فيه ولا من يقول بعدم الضمان فيه كما عرفت انفا فكيف يتصور ان يقول الخصم انما لم يتصور فيه لانتفاء اثبات اليد **قوله** وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل اقول لقائل ان يقول ان اراد ان الغصب لغة شرعا فيما ينقل فهو مسلم ولكن لا يسلم كون المنقول هو المراد بالغصب المذكور هنا في اكثر نسخ المختصر لجواز ان يكون المراد بذلك الغصب اللغوي وهو يعم المنقول وغيره الا يرى انه ذكر الغصب فيما مر في قوله واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه والمراد هناك اللغوي لا محالة وان اراد ان الغصب مطلقا فيما ينقل فهو ممنوع جدا ويمكن ان يجاب عنه بان المراد هو الاول ولا يرد جواز ان يكون المراد بالغصب المذكور هنا في اكثر نسخ المختصر الغصب اللغوي دون الشرعي لان المعنى اللغوي في المنقولات الشرعية مبني مجازي بالنظر الى وضع اهل الشرع على ما عرف في علم الاصول بل في علم البيان ايضا فلا بد في ارادة المعنى اللغوي بالمنقولات الشرعية في تخاطب اهل الشرع من قرينة وهنا القرينة منتفية فوجب الحمل على المعنى الشرعي بخلاف قوله فيما مر واذا غصب عقارا فان قوله قبيل ذلك والغصب فيما ينقل ويحول قرينة على ان يكون المراد بالغصب في قوله غصب عقارا معناه اللغوي دون الشرعي تدبر **قوله** ولهذا اعتبر قيمته يوم الغصب اقول فيه شيء وهو ان الظاهر ان يمثلنا هو يعم المثلي وغير المثلي من المنقولات لعموم الحكم المذكور في جوابها كما مر منا ان قوله ولهذا اعتبر قيمته يوم الغصب لا يتمشى في صورة المثلي على قول ابي حنيفة رحمه الله او قد تقرر فيما ان المعتبر في ماتيك الصورة عند ابي حنيفة رحمه الله قيمته يوم الخصومة وعند محمد رحمه الله قيمته يوم الانقطاع فلم يتم التقريب لكون المسألة اتفاقية **قوله** فان نقص في يده ضمن النقصان لانه يدخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تلف منه رده عينه يجب رد قيمته اقول في هذا التعليل تصور لو قد

لا في يوسف رح انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر وكذلك الملك لان المضمونات تملك بادا الضمان مستندا الى وقت الغصب عندنا وله ان الغصب سبب خبيث موجب
في حالة الغير وما هذا حاله فسببه التصدق اذ الفرع يحسب عن وصف الاصل والملك المستند يأخذ حكم الحالة التي وجد الغصب خلوا عنها في يد الغاصب حتى له ان يستعين بالمرأة في اداء الضمان لان
الغصب لا يحل الا في هذا الوادي الذي يسلم له التأول فيؤمر بالخبث لا داء الى المالك ما اذا باعه فملك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليرجع ان يستعين بالغلة في اداء الغرامة لان
المشتري اذا كان لا يجد غيره لانه مضطر اليه فله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا يتصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شئ عليه
لما ذكرنا **قال** ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالفين جارية فباعها بثلثة الاف درهم فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما وقال
ان الناسب للمودع اذا تصرف في الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف رح وقد مرت المسألة وجوابهما في الوديعة والظاهر
لانه لا يعتقد الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكهم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالنقدين

او قد صرح في عامة الشروح بان مسلمتنا وهو ما كان النقصان في بدن المغصوب مثل ان كان جارية فاعورت او ثابة الشيبين فانكسر يده او ما كان في
غير بدنه مثل ان كان عبدا محترفا فنسي الحرفة ولا يخفى ان التمثيل المذكور لا يتمشى في الصورة الثانية لان النقصان فيها من حيث الاوصاف دون الاجزاء فالاولى
في التمثيل ان يقال لانه يدخل حسي اجزائه او اوصافه في ضمانه بالغصب فانه اوفى بالصورتين معا ودافع لقوله الآتي وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فتقرير
الاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف تأمل تفقه و مراده بغير الربوي ما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربا
يعني ان مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي وما في الربويات اي في الاموال الربويات التي لا يجب بجنسها متفاضلا اذا كان المالك يطالبه
النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربا هذا فحوى كلامه اقول لقائل ان يقول عدم امكان ذلك مسلم فيما اذا كان نقصان الربويات في الاوصاف كما
اذا غصب حنطة فعفنت في يده ازلا اعتبارا لتفاوت في الوصف عندنا في الاموال الربوية فيؤدي تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الاصل الى الربا الا محالة
واما فيما اذا كان نقصانها في الاجزاء كما اذا غصب كيليا او وزنيا فتلف بعض اجزائه فنقص قدرا كيلا او وزنا فيكن لصاحب المال تضمين النقصان مع استرداد
الباقي من الاصل بلا ناد الى الربوا اصلا كما لا يخفى فما معنى تخصيص مراد القدوري بغير الربوي والقول بعدم امكان تضمين النقصان مع استرداد الاصل في
الربويات مطلقا تأمل وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال المصرح ومراده اي مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي ما في
الربويات كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده او انا رفضة فانتشر في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا لكن صاحب الخيار ان شاء
اخذ ذلك بعينه ولا شئ لغيره وان شاء ترك وضمنه مثله الى هنا كلامه اقول تقرير صاحب العناية هنا وان كان مطابقا لما ذكر في الكافي وما نقل في العناية نقلا
عن الايضاح الا انه منظور فيه عندي اما اولا فلانه قد صرح في شرح الهداية فيما حتى العناية نفسها وفي سائر المعتبرات ايضا بان الوزني الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ
من المتمقرم والملسات ليس بمثلي بل هو من ذوات القيم ولا شك ان انا رفضة من ذلك القبيل فكيف يتم تمثيل الربويات هنا بانا رفضة انتشر في يده واما ثانيا فلانه
كيف يصح قوله وان شاء ترك وضمنه مثله وتضمين المثل انما يتصور في المثليات دون ذوات القيم التي منها انا رفضة على مقتضى ما صرحوا به كما مر آنفا فاعمل الحق في
حكم غصب انا رفضة اذا نقص في يده ما نقله صاحب العناية عن مختصر الشيخ ابي الحسن الكرخي رح من ان صاحبه بالخيار ان شاء اخذه بعينه ولا شئ لغيره
وان شاء ضمنه قيمته من الذهب وعبارة الكرخي رح هكذا وان كان انا رفضة فهو بالخيار ان شاء اخذه بعينه ولا شئ لغيره ذلك وان شاء ضمنه قيمته من الذهب
وكذلك ان كان الانا من ذهب فهو بالخيار ان شاء اخذه بعينه وان شاء اخذ قيمته من الفضة انتهت ونقل صاحب النهاية مثل ذلك عن المبسوط بطريق
التفصيل غير ان الواقع فيه قلب فضة بدل انا رفضة حيث قال في المبسوط وان استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وعند الشافعي رح يضمن
قيمته من جنسه بناء على اصله ان للجودة والرداءة والصنعة في الاموال الربوية قيمة وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها ظاهرا وبينا مثل قيمتها من جنسها اذ في
الربوا ولو اجب مثل ذلك فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة ظاهرا عادة حقه والتحرز عن الربوا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا انتهى **قوله**
لابي يوسف رح انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك بادا الضمان مستندا عندنا اقول فيه نوع تأمل لان الذي حصل
في ضمانه وملكه انما هو البعض الفائت من المغصوب دون مجموع المغصوب لان الكلام فيما اذا نقصت العلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الاصل
والظاهر ان الغلة اي الاجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المغصوب المشتمل لا بمقابلة منفعة وصفة الفائت فقط فما وجه القول بان لا يتصدق بشئ من الغلة
اصلا فتأمل **قوله** فلو اصاب الا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شئ عليه لما ذكرنا فحسبه جمهور الشراح وقت الاستعمال فوت

قوله في كتاب الشرب بما اشار الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها الثمن اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقدها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي لان الاشارة اذا كانت لاتفيد التعيين لايدان يتاكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشائخنا لايطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمبسوط قال وان اشترى بالنقد جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشئ وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عنه اتحاد الجنس

فصل فيما يتغير بفعل الغاصب

استهلاك الثمن ونقل صاحب النهاية هذه المسئلة عن المبسوط بعبارة صريحة فيما فسرناه به وقت الاستعمال حيث قال وفي المبسوط فاذا اصاب بعد ذلك مالا يتصدق بمثله ان كان استهلاك الثمن يوم استهلكه وهو غني وان كان محتاجا يوم استهلاك الثمن لم يكن عليه ان يتصدق بشئ من ذلك انتهى اقول فيه اشكال فانه يجوز ان يكون غنيا وقت استهلاك الثمن ويصير فقيرا وقت الاستعانة بالغلة في ادار الثمن الى المشتري في هذه الصورة كيف يؤثر الغنى السابق الثابت وقت استهلاك الثمن في حق الغلة المصروفة الى حاجته في حال فقره اللاحق حتى يلزمه التصدق بمثلها عند اصابته مالا واولى بانه لو صرفها الى حاجة غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصدق بمثلها من بعد اصلا فقياسا اذا صرفها الى حاجة نفسه حال فقره كان اولى بذلك كما صرحوا به فيما قبل اللهم الا ان يقال وجه التاثير الغنى السابق في تلك الصورة هو انه لو لم يستهلك الثمن حال غناه بلا ضرورة لاحتمال ان يبقى ذلك الثمن الى وقت لزوم ادار الثمن الى المشتري فلا يحتاج الى الاستعانة بالغلة لكن ذلك الاحتمال امر موهوم يجدان يكون مدار الحكم الشرعي فتدبره فستاتي الشريعة وقت الاستعمال المذكور في كلام المصنف رح بوقت الصرف الى حاجة نفسه اقول هذا هو الظاهر ولكن فيه ايضا شئ وهو ان الصرف الى حاجة نفسه انما يجوز رأسا اذا كان لايجد غير تلك الغلة كما افصح عنه المصنف رح بقوله ليس له ان يستعين بالغلة في ادار الثمن اليه الا اذا كان لايجد غيره ولا يخفى انه اذا كان لايجد غير ذلك كان فقيرا البتة فلم يكن وجه لترديد المصنف رح حينئذ بقوله فلو اصاب مالا تصدق بمثلها ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شئ عليه اذ سياتي فيما لو صرفها الى حاجة نفسه لو اصاب مالا الى آخره اللهم الا ان يقال يجوز ان يكون غنيا ولا يجد غير ذلك بان كان ابن السبيل فتامل **قوله** فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها وقد منا انقول في عبارة المصنف رح هنا تسامح لان حاصل ما اول الى ان يقال فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى نفسه والى غيره لان قوله اشترى بها في قوله انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها نص بانى الكتاب وقوله ونقد منها امر متمايز له ولا سبق للقول بان في الشئ اشارة الى نفسه والى غيره مما لا يخفى فالظاهر ان يقال فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصادق انما يجب اذا اشار اليها ونقد منها اذ حينئذ لا يلزم المحذور المذكور وتكلم المقابلة بقوله بعده واما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها كما لا يذهب على ذي مسكة ثم ان ماخذ قول المصنف رح ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة الى قوله وهو المختار للاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة ما ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ولفظه اذا اشار اليها ونقد منها بدل قول المصنف رح اذا اشترى بها ونقد منها فانه قال هناك وهذا واضح فيما يتعين بالاشارة اليه فاما في الدراهم والدنانير فقد ذكر في الكتاب اذا اشترى بها يتصدق بالربح وظاهر هذه العبارة يدل على انه اراد بها اذا اشار اليها ونقد منها وكان الكرخي رح يقول في المسئلة ان ذلك على اوجه اما ان يشير اليها ونقد منها واما ان يشير اليها ونقد من غيرها واما ان يطلق الاطلاق ونقد منها او يشير الى غيرها ويقد منها وفي كل ذلك يطيب الا ان يشير اليها ونقد منها فان الاشارة اليها لا يفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها الا ان يتاكد بالنقد منها قال مشائخنا رح بل لا يطيب بكل حال ان تناول من المشتري قبل ان يضمن بعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال واطلاق الجواب هنا والمضاربة والجامع الكبير دليل على هذا القول وهو المختار الى هنا لفظ فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قال في الذخيرة قال مشائخنا رح الفتوى اليوم على قول الكرخي رح لكثرة الحرام فيما للحرج عن الناس وعلى هذا القدر اتصد الشيخ الامام الاجل السرخسي

فصل فيما يتغير بفعل الغاصب

مثال في النهاية لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين او المثل او القيمة عقيبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان ما يزول به ملك المالك وان كان عارضا لكن الغصب الا ان رد المثل او القيمة يتفرع على تحقق هذا العارض فان موجب اصل الغصب انما هو رد العين ولا يصار الى رد المثل او القيمة الا بعد هلاك العين

قال واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة فذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي رح لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف رح غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا وعند الشافعي رح يضمنه وعن ابي يوسف رح انه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته للشافعي رح ان العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة الغير فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها واربها ولنا انه احدث صنعة متقومة فصير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه تبدل الاسم وفات عظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل الذي هو ذات من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة

كما تقرر فيما مر فلم يكن رد المثل والقيمة الا بعد هلاك العين حكم الغصب الا بعد حدوث ذلك العارض فكان بالتاخير احرى منه واما ثانيا فلان كون ما يزول به ملك المالك عارض انما يقتضي استحقاقه للتاخير لا لفصله عما قبله بان يورد في فصل على حدة فلم يتم قوله وحقه الفصل عما قبله وكان صاحب العناية تداركه حيث قال لانه عارض فناسب ان يذكر بعد ذلك لكن لا يتم به تمام التقريب اذ المقصود بيان وجه ذكر ما يتعلق بذلك العارض من المسائل في فصل على حدة لا بيان وجه مجرد ما ذكره متاخرا عما قبله **قوله** واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها قال في العناية قوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل ان صار العنب زبيبا بنفسه او خلا او الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها ليتناول الحنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونسا وبذرا وغيرها تزول بالطحن والظاهر انه تاكيد لان قوله زال اسمها تناوله فانها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا حنطة الى هنا لفظ العناية اقول فيه نظر فان كون قيد وعظم منافعها في هذه المسئلة مذكورا لمجرد التاكيد مع وقوعه في عبارات عامة المعتبرات من المطولات والمختصرات على الاطراد بعيد جدا لا يقبله الطباع السليمة فالحمل عليه من ضيق العطن والصواب انه احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها واربها فانه لا يزول بالذبح والتاريب ملك مالك كما سيأتي في الكتاب مع انه زال اسمها بعد التاريب ولكن لم يزل عظم منافعها وهو الحمية كما سيأتي التصريح في عامة الشروح حتى العناية نفسها ولهذا لم يزل ملك مالكها عنها تدبر **قوله** غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده قال بعض الفضلاء الظاهر ان المراد نقصان القيمة اقول ظهوره ممنوع كيف وقد قال عامة الشراح في بيان قول المصنف رح فيما سيأتي ولنا انه احدث صنعة متقومة لان قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا وكذا قيمة الشاة تزداد بطبخها فاذا ازداد قيمة الحنطة بجعلها دقيقا فاني يتصور هناك نقصان القيمة بل الظاهر ان المراد نقصان الوصف كما اذا عفنت وقد افصح عنه صاحب النهاية حيث قال لان الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له ان يأخذه كما قبل الطحن ثم قال والدليل على بقاء جنس الحنطة فيه جريان الربوا بينهما ولا يجري الربوا الا باعتبار المجانسة وقال فلما ثبت المجانسة بين الحنطة ودقيقها كان اخذ الدقيق بمنزلة اخذ عين الحنطة ولو اخذ عين الحنطة كان لا يجوز ان يأخذ معها شيئا آخر لنقصان صفتها بسبب العفونة لادائه الى الربوا على ما مر فكذلك ههنا انتهى اللهم الا ان يكون مراد ذلك القائل ايضا بنقصان القيمة نقصانها بسبب فوات الوصف لا نقصانها بمجرد الطحن من غير نقصان الوصف لكن الظاهر في مثله اضافة النقصان الى الوصف لا الى القيمة كما لا يخفى **قوله** للشافعي رح ان العين باق الى آخره قال صاحب العناية قوله وللشافعي رح عطف على قوله لانه يؤدي الى الربوا اقول ليس هذا بسديد فان الواو غير موجودة ههنا في نسخ الهداية الصحيحة اصلا ولو سلم وجودها فالظاهر انها للابتداء اذ لو كانت للعطف على قوله لانه يؤدي الى الربوا لزم الفصل بين المعطوفين بكلام اجنبي وهو قوله وعند الشافعي رح يضمنه وقوله وعن ابي يوسف رح انه يزول ملكه عنه الى آخره ولا يخفى على من له دربة باساليب الكلام ركاكة ذلك جدا وكونه بمعزل عن شان صاحب الهداية ورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيلزم ان يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند ابي يوسف رح هذا خلف انتهى اقول ليس هذا بشيء لان معنى قوله للشافعي رح ان العين باق ان له في اثبات مذهبه كذا وهذا هو المعنى ايضا على تقدير ان يكون وللشافعي رح عطفا على قوله لانه يؤدي الى الربوا الا ان له في اثبات مذهب ابي يوسف رح كذا حتى يلزم ان يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند ابي يوسف رح كيف ولو لزم ما توهم من المحذور ههنا للزم ذلك في كل موضع الخلاف يقال عند اقامة ادلة المذاهب له كذا وله كذا ولنا كذا اذ لا شك ان المذكور ثانيا او ثالثا من تلك الادلة بالواو معطوف على الاول مع ان مدعى كل واحد منها يخالف الآخر ومن جملة ذلك قوله فيما نحن فيه

بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتقدم عليه غيرها فاحفظه وقوله لا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحسانا والقياس ان يملكه لو هلك وهو قول محمد رحمه الله وروي عن ابي يوسف رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وجه القياس ان الملك المطلق للمتقوم يثبت بالاتلاف الحقي وجه الاستحسان قول النبي عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تؤدي ولان الاصل في الشاة المذبوحة بقاء صفة اللحمية فيها الا ان الاهم هو التصدق لبقاء ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب فصار كالاعيان المغصوبة اذا هلكت في يد الغاصب قبل الاعراض حتما لمادة الفساد وقطعا لسبيل التعدي وهذا بخلاف ما اذا ذبح الشاة وشواها او طبخها حيث يملكها لان الملك الفاسد ثم لزوال الملك بالمنزل وكذا اذا ابرأ المستودع عن الوديعة او وكل المودع بالبيع او باعها المودع بنفسه او وكل المالك بالبيع او باعها المالك بنفسه او ضمن المالك الغاصب قيمتها او رضي بالبيع او بالاستهلاك او بالهلاك او بالاعتاق او بالتدبير او بالاستيلاد او بالكتابة او بالتزويج او بالاجارة او بالرهن او بالتسليم الى المشتري بالشراء الفاسد او بالهبة والتسليم او بالصدقة والتسليم او بالرجوع في الهبة بعد التسليم او بالرد بالعيب بقضاء او بغير قضاء او بالاقالة او بالفسخ بخيار او بغير خيار او بالرد بخيار الرؤية او بالرد بخيار الشرط او بالرد بخيار العيب او بالرد بخيار الشركة او بالرد بخيار التولية او بالرد بخيار المرابحة او بالرد بخيار التخالف او بالرد بخيار الكفالة او بالرد بخيار الاستحقاق او بالرد بخيار الشفعة او بالرد بخيار الاجازة او بالرد بخيار الاجارة او بالرد بخيار الرهن او بالرد بخيار التسليم او بالرد بخيار الهبة والتسليم او بالرد بخيار الصدقة والتسليم او بالرد بخيار الرجوع في الهبة بعد التسليم او بالرد بخيار العيب بقضاء او بغير قضاء او بالاقالة او بالفسخ بخيار او بغير خيار او بالرد بخيار الرؤية او بالرد بخيار الشرط او بالرد بخيار الشركة او بالرد بخيار التولية او بالرد بخيار المرابحة او بالرد بخيار التخالف او بالرد بخيار الكفالة او بالرد بخيار الاستحقاق او بالرد بخيار الشفعة او بالرد بخيار الاجازة او بالرد بخيار الاجارة او بالرد بخيار الرهن او بالرد بخيار التسليم

ولنا انه احدث صنعة متقومة فاشبه المعطوف عطفا على قوله للشافعي رح ان العين باق مع انه ليس بتعليل لما علله الشافعي رح بالمأثوب فالوجه في صحة العطف في امثال ذلك كلها ان المعنى انه لنا في اثبات مذهبنا كذا ولنا في اثبات مذهبنا كذا ولا محذور فيه اصلا فاحفظ هذا فانه ينفعك في مواضع شتى **قوله** بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ هذا جواب عن قول الشافعي رح وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها واريها وتقريره ان الصفة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل به الاسم واسم الشاة بعد الذبح باق لانه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيما يعد التأديب ولا يقال شاة مذبوحة بل يقال لحم مذبوح فقد فصل الفعل وتبدل اللحم ولم ينقطع حق المالك اجيب بانه كذلك الا انه لما جمعا فقد بقي اسم الشاة فيما ترجح جانب اللحمية فيها اذ مقام المقصود منها اللحم ثم السلخ والتأديب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل تحققه فلا يكون دليل تبديل العين كذا في العناية وغيرها اقول الجواب المذكور لا يدفع السؤال الوارد على المصنف رح فيما ذكره جوابا عما استشهد الشافعي رح من سلخ ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وتاديبها فانه على المخالف بينها وبين ما نحن فيه بقاء اسم الشاة فيها بعد الذبح والسلخ فورد عليه قلبا ان يقال الكلام في الشاة التي ذبحت ثم اربت ولا شك ان اسم الشاة لم يبق بعد التأديب فلم يتحقق المخالفة بينها وبين ما نحن فيه من حيث تبدل الاسم وعدم تبدله فلم يصلح ما ذكره المصنف رح جوابا عما استشهد به الشافعي رح ثم لم يكن ان يجاب عما استشهد به الشافعي رح رأسا بما قررنا في الجواب المذكور لكنه لا يرفع تصورا اجاب به المصنف رح عنه ودار السؤال المزبور على ذلك فلا يتم التقريب **قوله** وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقتضي الا بطلبه في المعنى المراد من قوله او ضمنه الحاكم ومن قوله او ضمنه المالك نوع اشتباه وعن هذا اختلفت عبارات الشراح في تفسيره فقال صاحب الكفاية في شرح قوله او ضمنه الحاكم يحتمل ان يكون المنصوب منه من كان القاضي وليا له او ان يكون المراد منه قضى بالضمان بدليل قوله لانه لا يقتضي الا بطلبه انتهى واختار تاج الشريعة الاحتمال الاول حيث قال في بيان قوله او ضمنه الحاكم بان كان المنصوب مال اليتيم او النائب وكذا اختاره صاحب العناية حيث قال في تفسير ذلك يعني اذا كان مال اليتيم او قول يرد على الاحتمال الاول ان قول المصنف رح في التعليل لانه لا يقتضي الا بطلبه غير مساعد لذلك لان من كان القاضي وليا له لا يلزمه الطلب في قضاء القاضي له بحقه بل قد لا يتصور منه الطلب كما اذا كان اليتيم صغيرا جدا وكما اذا كان الغائب عبدا غير عالم بالقضية اصلا ويرد على الاحتمال الثاني ان قول المصنف رح قبيل هذا وكذا اذا ادى بالقضاء او بغير ذلك اذ حينئذ يلزم التكرار ويمكن ان يجاب عن الاول بان طلب القاضي في حكم طلب من كان القاضي وليا له لكونه نائبا منابه فكان القضاء بناء ايضا بطلب المنصوب منه حكما وعن الثاني بانه يجوز ان يكون المراد بالقضاء على تقدير ان يكون معنى قوله ضمنه الحاكم قضى بالضمان مجرد القضاء بالضمان بدون وقوع الاداء من الغاصب والمراد بقوله قبيل ذلك وكذا اذا ادى بالقضاء ادى بنوابه بالقضاء فاغتنم فانه قد تكرر ثم قال صاحب الكفاية ومعنى قوله او ضمنه المالك اخذ الضمان او تراضيا على مقدار من الضمان انتهى اقول يرد عليه ايضا ان قول المصنف رح فيما قبيل واذا ادى البدل يباع يعني عن هذا المعنى لان او الناصب البدل ليستلزم اخذ المنصوب منه الضمان فيلزم ان يكون قوله او ضمنه المالك مستدركا ويمكن ان يجاب عنه بانه يجوز ان يكون المراد بتضمين المالك اخذه الضمان من غير خصومة الغاصب ومن غير القضاء ودون طلق اخذ الضمان والمراد فيما قبيل واذا ادى البدل اخذه وقبضه دون طلق الاداء فلا يلزم استدراك قوله كذا اذا ادى بالقضاء او اداه بالرضا اذ لا يستلزم اخذ الضمان بعد اخذه بغير رضاه فلا يستدرك به بقي الكلام في قول صاحب الكفاية او تراضيا على مقدار من الضمان فانه يقتضي الاستدراك اذ التراضي كان مستفادا في قول المصنف رح واذا ادى البدل يباع كما يدل عليه تعليله بانك بقولك ان المالك صار راضيا بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي ويمكن ان يجاب عنه ايضا بان المراد هناك التراضي على مقدار من الضمان على بعض ما سنذكره والمراد فيما تقدم التراضي على اداء كل الضمان فتحصل المغايرة بين هذه الصحيحة وان دفع الاستدراك لكن لا يخفى على ذوي فطرة سليمة ان حمل قول المصنف رح او ضمنه المالك على التراضي على مقدار من اللفظ مما لا يساعده اللفظ جدا ولا يفهم من ذلك المعنى من حيث العربية اصلا وقال تاج الشريعة حتى قوله او ضمنه المالك اي طلب المالك من الغاصب الضمان قبل الانتفاع قبل اداء الضمان انتهى

قال ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك المالك عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي رحمه الله للمالك اخذها والوجه عن الجانبين ما سنناه وجه آخر لنا فيه إن فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير حلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه محبور بالقيمة فصار كما اذا اخاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر الهندواني رحمه الله لا ينقض اذا بنى في حولي الساجة اما اذا بقي على نفر الساجة ينقض لزوجة فيه وجوابا للكتاب في ذلك وهو ظاهر

واختفى اثره الشارح العيني اقول فيه ايضا بحث من حيث اللفظ والمعنى كما لا يخفى فتامل **قوله** ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها ذكره في الذخيرة ان ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساجة واما اذا كانت قيمة الساجة اكثر من البناء فلم يزل ملك مالكها انتهى قال صاحب النهاية بعد نقل ما في الذخيرة وينظر ذلك ان تاملت في قوله وجه آخر لنا فيه انتهى اقول لا يذهب على من له ذوق صحيح انه لا يظهر وجه ذلك بالتامل في قوله وجه آخر لنا فيه لان حاصله ان ضرر الغاصب فيما ذهب اليه الشافعي رحمه الله ضرر من غير حلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه محبور بالقيمة ولا يخفى ان الضرر المحبور دون الضرر المحض فلا يترك الضرر الاعلى عند امكان العمل بالضرر الادنى ولا يخفى على ذي فطرة سليمة انه لا فرق في هذا المعنى بين ان يكون قيمة البناء اكثر من قيمة الساجة وبين العكس اذ لا شك ان الضرر المحض اشد واثقل من الضرر المحبور على كل حال فلا بد ان يحمل الثاني دفع الاول على كل حال عملا باختيار اهون الشرين كما هو القاعدة المقررة وانما كان يظهر وجه ذلك لو كان كلا الضررين محبورين بالقيمة ما هو اقل قيمة حينئذ يكون اخف واليسر تحملا وليس فليس ثم اقول لعل وجه ذلك يظهر بالتامل في قوله والوجه من الجانبين قد سناه فان ما قدمه من جانبنا هو قوله ولنا انه احدث صنعة متقومة صيرها احق للمالك كما لا شك ان قيمة البناء اذا كانت اكثر من قيمة الساجة كان البناء غالبا على الساجة فيصح اذ ذاك ان يقال ان الغاصب احدث صنعة متقومة صيرها احق للمالك مالكا من وجه لظهور صفة الغالب المغلوب مالكا من وجه واما اذا كانت قيمة الساجة اكثر من قيمة البناء فانما يكون الساجة غالبة على البناء فيشكل هناك ان يقال انه احدث صنعة متقومة صيرها احق للمالك مالكا من وجه اذ تصير المغلوب الغالب مالكا غير ظاهر تامل تفهم **قوله** ووجه آخر لنا فيه ان فيما ذهب اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير حلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه محبور بالقيمة بيانه ان فيما قاله الشافعي رحمه الله اضرارا بالغاصب لان فيه البطال حقه وفيما قلنا اضرار بالمالك ولكن ضرر المالك مجبور بالعوض وهو القيمة فكان فوات حقه كلا فوات وضرر الغاصب ليس بمجبور بشيء فيفوت حقه الى خلف فكان قطع حق المالك اولى من قطع حق الغاصب كذا في غاية البيان اقول لقائل ان يقول لا يشكل هذا الوجه من التعليل بما اذا غصب ساجة بالحار المهملة فبنى عليها فانه لا يزول ملك المالك عنها كما سياتي في الكتاب مع جريان الوجه المذكور بعينه هناك ايضا كما لا يخفى نعم يوجد هناك وجه آخر فارق بينهما لكن الكلام في انتقاض هذا الوجه المذكور في مسئلتنا هذه بتلك المسئلة الآتية فتامل **قوله** كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته قال في العناية فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث ان فيه تلف الناس الا ان المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلنا ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره اولى لان بابطال الزيادة ضررا بالنسبة الى ضرر المالك فكانت متساويتين انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بان قال كيف يقاس ذلك ولو كان البناء والساجة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بنائه واخراج الساجة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فانها لو كانت لمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح فليتامل انتهى اقول ليس ذاك لشيء اذ لا يجب في صحة القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه في جميع الاحوال بل يكفي اشتراكهما في العلة التي هي مناط الحكم وهنا كذلك فان العلة في المقيس عليه لحوق زيادة ضرر لغير المالك على تقدير ابطال حقه وهو متحقق في المقيس ايضا بلا ريب على انه لو كان البناء والساجة كلاهما لشخص واحد صار بمعزل عما نحن فيه اذ لا يتحقق الغصب هناك ولا يكون صاحب البناء متصرفا في ملك الغير حينئذ فلا يكون داخلا فيما وقع مقيسا هنا ولا يتحقق فيه العلة المعتبرة عليه في المقيس وهي لحوق زيادة ضرر لغير المالك على تقدير ابطال حقه فلم يكن له تعلق بما نحن فيه ولا بالقياس المذكور فيه اصلا **قوله** وجواب الكتاب يرد ذلك قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله وجواب الكتاب يرد ذلك

قال ومن ذبح شاة غيره فماتت بين الخيار انشاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وانشاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكل اذا قطع بحيث يحل اكله هذا هو ظاهر الرواية ووجهه انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب فلو كانت الماية غير مأكول اللحم تقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لاستهلاك الوجود من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث يأخذه مع ارش النقصان لان الاخير بقي منتفعا به بعض المنفعة **قال** ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق خرقا كثيرا استبطل عامة منافعه فللمالك ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه كانه اخرقه قال رضي الله عنه ويترك الثوب عليه وانشاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعيب من وجه من حيث ان العين باقية وفات بعض المنافع قال رحمه الله اشارة الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة بالبسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يبقى فيه النقصان لانه جعله جزءا في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع فيصير فواتا وفي قليله قطع البناء الغرز رحمهما

جواب منتقد القدوري يرد ما قاله الكرخي رحمه الله نظر لان القدوري يروي عن ابي عبد الله البرجاني عن ابي بكر الرازي عن ابي الحسن الكرخي رحمه الله كيف يرد مجرد جواب القدوري قول الكرخي رحمه الله وسند روايته اليهم يجوز رجحان قول المتاخر على المتقدم باقامة الدليل اما بمجرد الرواية فلا انتهى كلامه اقول فظهر ساقط لانه ان اراد ان استناد رواية القدوري في جميع مسائل مختصره او في المسألة التي نحن بصدد بانا الى الكرخي رحمه الله فهو ممنوع كيف وقد صرح بذا الشارح نفسه بان القدوري قال في شرح المختصر القدوري الكرخي وكان ابو الحسن الكرخي رحمه الله يقول المسألة موضوعة على انه بنى على حوالي الساحة لانه غير متعد في البناء على ملكه فلا ينقص واما اذا بنى على نفس الساحة ينقص بناؤه لانه تعدى فيه وكان السند والذي يختار هذا القول وقد ذكرنا في كتاب الصرف فيمن غصب درهما فجعل عوضه مزاحمة سقط حق المالك والفضة لا يسقط حق المالك فيها بالصياغة وانما يسقط لكونها مالية للمزاحمة وبذا لا يكون الابعد يوفقيها على وجه التعدي فدل على ان المسألة على اطلاقها وانه لا حق للمالك في الساحة في الوجهين وقال الى هنا لفظ القدوري ولا يذهب عليك ان ما نقله عن القدوري صريح في ان القدوري لا يقبل رواية الكرخي في هذه المسألة على تقييد انه بنى على حوالي الساحة ويستدل على اطلاقها بمسألة كتاب الصرف كما ترى فتعين ان رواية القدوري هذه المسألة بما اطلق فمن عليها لا يستند الى الكرخي حتى يرد بان هذه الرواية مخالف له وتمسك بمسألة كتاب الصرف وان اراد ان استناد رواية القدوري في اكثر المسائل الى الكرخي رحمه الله فمع الاغماض عن ان هذا ليس بمسلم لكن لا يجدي ذلك ههنا شيئا فان الكلام في مسألة الساحة وهو في روايتها يخالف الكرخي رحمه الله كما عرفت **قوله** ومن ذبح شاة غيره فماتت بين الخيار ان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وهو ما عد للذبح من الابل من الجزر وهو القطع يقع على الذكر والانثى وهي تونث كذا قالوا وانما ذكر الجزور بعد ما ذكر الحكم في الشاة من الخيارين تضمين القيمة وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد على اخيار تضمين النقصان بان يقال النقصان بالذبح في الشاة انما كان بسبب تفويت صلاحيتها للدر والنسل والجزور هي التي اعدت للذبح فلم يكن الدر والنسل مطلوبين ههنا فينبغي ان لا يغرم الغاصب النقصان بل استحق اجر المثل من زاد ته على المالك لانه حق مقصوده فيها فكان زيادة لا نقصانا كما اذا غصب ثوبا فصبغه احمر حيث يضمن المالك للغاصب ما زاد الصبغ اذا اختار اخذ الثوب لكون صبغ الحمرة زيادة فدفع تلك الشبهة بقوله وكذا الجزور وذلك لان نفس ازالة الحيوة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لانه يحتمل ان يكون للمالك مقصود فيها سوى الدر والنسل من الاسمان وتبقيتها الى زمان يحصل مقاصده منها كذا في النهاية ومعراج الدراية وافاد صاحب العناية خلاصة هذا المعنى بعبارة اخرى حيث قال وانما خصه لدفع ما عسى ان يتوهم ان غاصبه يجب ان يستحق اجر المثل بالحرمة على المالك لانه حق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصانا حيث اعد للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحيوة عن الحيوان نقصان وكان للمالك الخيار لاحتمال ان يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتاخير الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء قوله وانما خصه لدفع ما عسى ان يتوهم ان غاصبه يجب ان يستحق اجر المثل حيث قال لا مجال لهذا التوهم اصلا لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر وقال فالاولى في تعليله استحقاق اجر المثل من البين ويقوم مقامه ان ذا الجزء يجب ان لا يكون غاصبا انتهى اقول ان قوله لا مجال لهذا التوهم اصلا لكم وقوله لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر غير سلم فانه اذا لم يكن معتبرا لما زاده الصبغ فيما اذا اخذ ثوب غيره فصبغه احمر بل ضمنه للمالك اذا اختار اخذ الثوب كما سيأتي فلم يجز ان لا يكون متبوعا لما زاده الذبح فيما اذا ذبح جزور غيره بل استحق اجر المثل بنا على انه حق مقصود المالك وبهذا القدر من التعليل الذي ذكرناه فلا احتياج الى ما تكلفه من ان يكون منشأ التوهم فلا بد من دفع ذلك التوهم فاشار المصنف رحمه الله الى دفعه بقوله وكذا الجزور وبهذا ظهر مراد الشراح سهلنا لا خيار عليه **قوله** وهو كان الدابة غير ما كول اللحم تقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه قال صاحب العناية قيل ليس لتقييده

قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق

غير ماكول اللحم فائدة فان حكم ماكوله ايضا كذلك لانه عطف قوله وكذلك اذا قطع يدها على قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها قول انهما في الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيما يبنى في ماكول اللحم وغير ماكوله اذا قطع طرفه وكان فائدة ذكره ورود ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين احدهما انه لو كان كذلك لكفى ان يقول وكذلك اذا كانت غير ماكول اللحم والثاني ان التمثيل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف ماكول اللحم غير ماكوله حيث قال في الاول انه اتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه الى هنا لفظ العناية اقول القائل بهما فائدة التقييد بغير ماكول اللحم انما هو صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية واما الذي قال في قوله ومن الشارحين من قال فالظاهر انه هو صاحب غاية البيان انما لم يقل احد من الشارحين ما يشبه القول المذكور سوى صاحب العناية الا ان ما نقله صاحب العناية ليس عين عبارة صاحب العناية ايضا فان عين عبارته هكذا هذا الفرق بين ماكول اللحم وغير ماكول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيما بلا خيار وقد سمعت آنفا [illegible] لا يخفى على ذي مسكة انه لا يزيد على ما تنبئ العبارة شيئا من وجهي نظر صاحب العناية لان ثمة ورودهما على حمل مراد المصنف رح [illegible] وغير ماكوله في الحكم وعبارة صاحب العناية تنادي على حمل مراده على الفرق بينهما حيث قال هذا الفرق بين ماكول اللحم وغير ماكول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية بتصرف ثم قال صاحب العناية والظاهر من كلام المصنف رح نفي خيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك العبد وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في الذخيرة والمنتقى فقال وفي المنتقى هشام عن محمد رجل قطع يد جارية رجل فان كان لما بقي قيمة فلمولاها ان يمسك ويأخذ النقصان انتهى كلامه اقول للمانع ان يمنع مخالفة ما اختاره المصنف رح لنقل الكتب المذكورة لان مراده شيئا عن محمد رحمه الله من جواز اختيار الامساك واخذ النقصان فيما اذا قطع طرفا من غير ماكول اللحم مقيدا بان كان لما بقي قيمة كما ترى ويجوز ان يكون ما اختاره المصنف رح وجوب تضمين جميع القيمة فيما اذا لم يكن لما بقي بعد قطع الطرف قيمة بدلالة قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لانه لا يوجد الاستهلاك من كل وجه فيما اذا كان لما بقي بعد قطع الطرف قيمة بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصير هالكا من وجه دون وجه وكان صاحب الكفاية تنبه لذلك حيث قال في شرح قول المصرح ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها اي الواجب هنا جميع القيمة اذا لم يكن للدابة منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه اما اذا كان لما بقي قيمة فله ان يمسك ويأخذ النقصان ونقل ما في المنتقى من رواية هشام عن محمد رحمه الله

قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق صحيح في المغرب بتنوين عرق حيث قال اي الذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجب به وصف العرق بالظلم الذي هو وصف صاحب مجازا وقد يروى بالاضافة اي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه كذا في العناية وغيرها اقول فيه ذكر في المغرب شيء وهو انه قد يراد المضاف او لا حيث قال اي الذي عرق ظالم وجعل وصف العرق بالظلم تجوزا ثانيا وبينهما تنافر لانه اذا قدر المضاف يصير ظالم صفة له لا للعرق كما قالوا في قول النبي صلى الله عليه وسلم من بنى مسجدا رحم محرم عليه ان قوله بجرم صفة ذا وجره لجواز غيتم معنى الكلام على حقيقته فلا تكون للصيرورة التي هي وجه هذا ذكر الزمخشري في الفائق ما ذكره المطرزي في المغرب خلافا لقول بوصف العرق بالظلم على سبيل التجوز اللهم الا ان يقال مراد صاحب المغرب قوله اي الذي عرق ظالم جره وتصييره لمعنى لان هناك مضافا مقدرا وقال بعض الفضلاء

[illegible]

فصل ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي رح لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بحاله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه قال صاحب العناية بعد شرح كلام المصنف رح وكلامه يشير الى ان سبب الملك هو الغصب والا لم يكن تعليل للشافعي رح بذلك مناسبا انتهى واورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان عدم مناسبته لا يهمنا غاية ان يكون وجها آخر لنا في الجواب انتهى اقول كيف لا يهمنا فانه عدم مناسبة تعليله وهو خصمنا في هذه المسئلة وتزييف دليل خصمنا لا يهمنا لا محالة فلو لم يكن سبب الملك

ولا مجال لكون ظالم نعتا لذي لانه معرفة انتهى اقول هذا الكلام من مثل ذلك امر عجيب فان ذا الذي بمعنى صاحب لا يكون الا مضافا ويكون نكرة ان اضيف الى نكرة ومعرفة ان اضيف الى معرفة ومن هذا قال العلامة الجوهري في صحاحه واما ذو الذي بمعنى صاحب فلا يكون الا مضافا فان وصفت به نكرة اضفته الى نكرة وان وصفت به معرفة اضفته الى الالف واللام ولا يجوز ان تضيفه الى مضمر ولا الى زيد وما اشبهه انتهى ولا ريب ان المضاف اليه لذي فيما نحن فيه وهو عرف نكرة فيكون المضاف ايضا نكرة فلا معنى لقوله ولا مجال لكون ظالم نعتا لذي لانه معرفة وكان وهمه ذهب الى ذي التي هي مؤنث ذا من اسماء الاشارة التي هي من انواع المعارف ونعم ما قالوا لكل جواد كبوة ولكل صارم هفوة **قوله** ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها الى آخره اقول لمتوهم ان يتوهم ان قوله في التعليل والغصب لا يتحقق فيها ينافي وضع المسئلة في الغصب بان قال ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى فالجواب ان المراد بالغصب المذكور في وضع المسئلة هو معناه اللغوي وبالغصب المنفي محققة في الارض في اثناء التعليل هو معناه الشرعي على اصل ائمتنا فلا منافاة وقال صاحب غاية البيان قد مر في اوائل كتاب الغصب عند قوله والغصب فيما ينقل ويحول ان عبارات مشائخنا اختلفت في غصب الدور والعقار على مذهب ابي حنيفة رح وابي يوسف رح فقال بعضهم يتحقق فيها الغاصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه مال القدوري في قوله واذا غصب عقارا فهلك لم يضمنه عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح فعلى هذا لا يرد السؤال على قوله ومن غصب ارضا وقال بعضهم لا يتحقق فيجاب عنه ان يقال لما تصور بصورة الغصب سماه غصبا كما في قوله تعالى الا ابليس لانه تصور بصورة الملائكة انتهى كلامه اقول قد مر منا ايضا هناك انه لم يقل احد من مشائخنا ان الغصب الشرعي يتحقق عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح في العقار ولو قال ذلك لما صح منه ان يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند احد وانما اغتر صاحب الغاية باستعمال بعض المشائخ لفظ الغصب في العقار وتوجيه ذلك على طرف التمام بحمله على المعنى اللغوي كما قررناه آنفا فلا وجه لبناء عدم ورود السؤال على قوله ومن غصب ارضا على القول بتحقق الغصب الشرعي في العقار على انه لو بني عليه لورود السؤال على قول المصنف رح في تعليل ذلك والغصب لا يتحقق فيها اذ يلزم حينئذ ان لا يطابق التعليل المعلل واما الجواب الذي ذكره صاحب العناية على تقدير عدم القول بتحقق الغصب في العقار بانه لما كان في صورة الغصب سماه غصبا فله وجه ولكن فيما ذكرناه من الحمل على المعنى اللغوي مندرجة عنه كما لا يخفى

فصل لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة يتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين كذا في النهاية وذكره صاحب العناية ايضا بعبارة اقصر اقول فيه كلام وهو ان المذكور في الفصل السابق ما يوجب الملك للغاصب بفعله وعمله لا بالضمان كما يشعر به هناك عنوان الفصل حيث قال فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ويدل عليه قطعا قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب ولو سلم ذلك كان ينبغي ان يذكر في الفصل السابق ما ذكر في صدر هذا الفصل وهو قوله ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها فانه من قبيل ما يوجب الملك للغاصب بالضمان صريحا **قوله** وقال الشافعي رح لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بحاله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه قال صاحب العناية بعد شرح كلام المصنف رح وكلامه يشير الى ان سبب الملك هو الغصب والا لم يكن تعليل للشافعي رح بذلك مناسبا انتهى واورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان عدم مناسبته لا يهمنا غاية ان يكون وجها آخر لنا في الجواب انتهى اقول كيف لا يهمنا فانه عدم مناسبة تعليله وهو خصمنا في هذه المسئلة وتزييف دليل خصمنا لا يهمنا لا محالة فلو لم يكن سبب الملك

الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك لانه اثبته بالحجة الملزمة قال فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة قامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لانه تولى الملك بسبب الصلح فاعطاء المالك حيث ادعى هذا المقدار قال فان كان ضمنه بقول الغاصب فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير كذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح وانما قاله الكرخي رح انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يطلبه ما يدعيه والخيار لفوات الرضاء قال ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه لم يضمن لان الملك الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكتساب دون الاولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق وكذلك المكاتب قال وولد المغصوب ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها ليمنعها اياه وقال الشافعي رح زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه فاكله او باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا اكثر مشايخنا ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية

هو الغصب عندنا لكان ينبغي على المصنف رح بيان عدم مناسبة تعليله لما قلنا ليتزيف به دليله فان قيل قد استغنى المصنف رح عن تزييف دليله بهذا الوجه بما ذكره بقوله ولنا انه ملك البدل بكماله الى آخره كما اشار اليه ذلك البعض بقوله غايته ان يكون وجها آخر لنا في الجواب قلنا ما ذكره بقوله ولنا انه ملك البدل الى آخره لا يصلح جوابا عما قاله الشافعي رح الا بطريق المعارضة باقامة دليل على ما قاله الشافعي رح ولا يندفع به اشكال ان يكون ما هو عدوان محض سببا للملك كما ذكره الشافعي رح في تعليله فلو لم يكن سبب الملك عندنا هو الغصب لما ترك منع كون الغصب سببا للملك عندنا في الجواب عما قاله الخصم فهل يستغني العاقل عن مثل هذا الامر الجلي القاطع عند امكان التشبث به بمثل ما ذكره المصنف رح لما هو كثير المقدمات خفي الدلالة على دفع ما قاله الخصم كما ترى فصح ما ذهب اليه صاحب العناية من ان سوق كلام المصنف رح ههنا يشير الى ان سبب الملك عندنا هو الغصب كما صرح به القاضي ابو زيد في الاسرار حيث قال قال علماؤنا الغصب تقييد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان او التراضي عليه **قوله** الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك فان عجز المالك عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا ينبغي ان تقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي ابو علي النسفي يقول هذه المسئلة عدت مشكلة وعن المشايخ من فرق بين هذه والمسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين فاقامة البينة اسقطها وارتفع الخصومة واما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون في معنى المودع كذا في العناية وغيرها اقول فيما ذكروا من وجه الفرق نظر فانه انما يفيد ان لا يكون الغاصب في هذه المسئلة كالمودع من جميع الوجوه حيث وجب على الغاصب اليمين والقيمة ولم يجب على المودع الا اليمين وهذا لا ينافي صحة قياس هذه المسئلة على مسئلة الوديعة في قبول البينة لاسقاط اليمين لان الاتحاد بينهما في هذه الجهة كاف في صحة القياس ولا يضرها وجوب القيمة على الغاصب لان الواجب عليه فيما اذا عجز المالك عن اقامة البينة على الاكثر انما هو الاقل الذي كان معترفا به وليس مقصوده من اقامة البينة عليه الا مجرد اسقاط اليمين على الزيادة عن نفسه واذا حصل له هذه الفائدة صار في معنى المودع من جهة اتحاد فائدة قبول البينة فتدبر **قوله** ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب واعترض بان هذا يقتضي ان يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار واجيب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير كذا في العناية وكثير من الشروح اقول في الجواب بحث لان الحمل قبل الانفصال لو لم يكن مالا لما صح اعتاقه وتدبيره اذ الظاهر ان محل الاعتاق والتدبير لا يكون الا مالا ومملوكا وقد تقرر في محله انه يصح اعتاقه وتدبيره فيلزم ان يكون مالا ولئن سلم ان محل الاعتاق والتدبير لا يلزم ان يكون مالا بل يكفي ان يكون ملكا وان الملك يجوز ان يتحقق في غير المال ايضا فالجواب المذكور لا يصلح عبارة الكتاب لان الحاصل منه ان وجه عدم ضمان الولد فيما اذا غصب الجارية حاملا هو عدم كون الحمل قبل الانفصال مالا لا ان يد المالك ما كانت ثابتة عليه وقد قال في الكتاب ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولا شك ان هذه العبارة لا تتناول ما اذا غصب الجارية حاملا مع انه لا يضمن الزيادة في هاتيك الصورة ايضا كما ذكر في الاسرار فلم يندفع ورود الاعتراض المذكور على عبارة الكتاب كما لا يخفى **قوله** ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع اقول هذا انما يتم فيما اذا غصب الجارية غير حامل فحبلت في يد الغاصب واما فيما اذا غصبها حاملا فلا لان الولد في هذه الصورة كان جزءا من امه حين الغصب وكان ازالة يد المالك عن امه مستلزما لازالتها عنه ايضا ضرورة استلزام ازالة اليد عن الكل ازالتها عن اجزائه فلا يتصور اذ ذاك ان يقال ولو اعتبرت ثابتة على

ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى واخرت **قال** وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي رح لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة غيره او قطع قوائم شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه الحرفة فاضناه التعليم

الولد لا يزيلها ولا يصح التعليل بان يقال اذ الظاهر عدم المنع لان منع الكل بازالة يد المالك عنه منع لجزئه ايضا وقد صرحوا بانه لا فرق بين ما اذا غصبها حاملا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب في كون الولد غير مضمون عندنا فكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة تمام المسئلة قال صاحب العناية وعورض بان الام مضمونة البتة والاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد كالحرية والرق والملك في الشراء واجيب بان الضمان ليس لصفة قارة في الام بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا انتهى كلامه وقد سبقه الى ذكر مضمون هذا السوال والجواب صاحب النهاية ومعراج الدراية اقول في الجواب نظر لان الضمان مصدر للفعل المتعدي يقال ضمنه ضمانا ولمثل هذا المصدر تعلق بالفاعل وهذا الاعتبار يصير وصفا له وتعلق بالمفعول به وهذا الاعتبار يصير وصفا له ايضا وقد صرح به المحقق التفتازاني في التلويح في فصل الفاظ العام وحققه حيث قال ان الفعل المتعدي يحتاج الى المفعول به في التعقل والوجود جميعا والى المفعول فيه في الوجود فقط وقال وله تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار هو وصف له وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار هو وصف له وقال ولا امتناع في قيام الاضافيات بالمضافين ورد به قول صاحب الكشف ان الضرب قائم بالضارب فلا يقوم بالمضروب لامتناع قيام الوصف الواحد بشخصين فقد ظهر منه ان الضمان كما يوصف به الغاصب حقيقة فيقال هو ضامن يوصف به المال ايضا حقيقة فيقال هو مضمون فقول هؤلاء الشراح فان وصف به المال كان مجازا ممنوع جدا وقال صاحب العناية فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم يتحقق العلة المذكورة فيها فكان امارة ريفها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل به يد المالك بل ازال يد الغاصب وكالملتقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يدا والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يدا في حق الولد ويضمن الاموال بالاتلاف تسبيبا كحفر البير في غير الملك وليس ثمة ازالة يد احد ولا اثباتها فالجواب ان ما قلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة واما ان كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك لجواز ان يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة فما يكون تعديا الى هنا كلامه اقول هذا الجواب ليس بتام لانه انما يفيد ان لو كان المراد بالسوال المذكور ان قولك الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان غير منعكس لتحقق وجوب الضمان في الصور المزبورة بدون تحقق الغصب على التفسير المذكور فيها واما اذا كان المراد بذلك ان تعليل مسئلتنا بالعلة المذكورة في الكتاب منتقض بالصور المزبورة لان حاصل هذه العلة ان تفسير الغصب بما ذكرنا لم يتحقق في زوائد المغصوب فلم يجب الضمان فيها ولا شك ان ذلك التفسير غير متحقق في الصور المزبورة ايضا مع وجوب الضمان فيها فلا يدفع ذلك الجواب المذكور ذلك السوال كما لا يخفى على الفطن فالاولى في السوال والجواب ما فصل في النهاية ومعراج الدراية فان شئت فراجعها **قوله** ولهذا يتكرر بتكررها قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل اي يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله في الحرم ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر كذا وجدت بخط شيخي ولكن يحتمل ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وهذا اولى لانه اوفق لرواية المبسوط في المناسك حيث جعل هناك ايصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه في الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب فكذا هنا الى هنا لفظ النهاية واقتفى اثره اكثر الشراح في تجويز المعنيين المذكورين ههنا ولكن لم يقل احد سواه بترجيح المعنى الثاني على الاول ومنهم صاحب العناية حيث قال في شرح هذا المحل ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله فيه ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم انتهى كلامه اقول لا جواز عندي للمعنى الثاني ههنا اصلا فضلا عن ان يكون هو الاولى كما زعمه صاحب النهاية فان قول المصنف رح ولهذا يتكرر بتكررها متفرع على قوله فهو ضمان جناية

ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ الولادة لا تفضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد اصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم **قال** ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة هذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن في الامة ايضا لهما ان الرد قد صح

كما ترى ولا يصح هذا التفريع على تقدير حمل قوله بتكرر بتكررها على المعنى الثاني لان تكرر وجوب الارسال بتكرر الاخراج من الحرم لا يكون امارة على كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية لا ضمان غصب فان تكرر وجوب الارسال بتكرر الاخراج من الحرم ينتظم كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية وكونه ضمان غصب على السواء كما لا يخفى بل رواية المبسوط في المناسك اوفق لكونه ضمان غصب على ما قرره صاحب النهاية حيث قال جعل هناك صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب فكذا هنا انتهى تدبر تقف **قوله** ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة والعلوق على ما عرف ذهبت جماعة من الشراح وهم اصحاب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الى ان قول المصنف رح على ما عرف اشارة الى ما يجيء في مسئلة من غصب جارية فزنى بها وذهب بعضهم وهو صاحب غاية البيان الى انه اشارة الى ما ذكر في طريقة الخلاف واختار صاحب العناية الثاني وذكر الاول ايضا بطريق النقل حيث قال يعني في طريقة الخلاف وقيل في مسئلة من غصب جارية فزنى بها على ما يجيء انتهى اقول لا مجال عندي للحمل على الاول اصلا لان المراد بالسبب ههنا سبب الزيادة والنقصان وبما يجيء في مسئلة من غصب جارية فزنى بها سبب الموت ولا شك ان ما هو سبب لاحدهما لا يصلح ان يكون سببا للآخر ايضا البتة حتى يصح حوالة معرفة احدهما على معرفة الآخر الا يرى الى قول المصنف رح فيما سيأتي وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا انتهى فان ذلك صريح في ان الولادة لا يكون سببا لموت الام ويعلم منه دلالة ان العلوق ايضا لا يكون سببا له لان افضاءه الى الموت ابعد من افضاء الولادة اليه كما لا يخفى مع انه حكم ههنا بان سبب الزيادة والنقصان هو الولادة او العلوق ثم ان المعروف في الحوالة على ما يجيء ان يقال على ما سيجيء او على ما ستعرف بصيغة المضارع واما ان يقال في مثل ذلك على ما عرف فلم يعرف قط فالوجه هو الحمل على ما عرف في طريقة الخلاف لا غير **قوله** وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما ازال المبيع عن ملك البائع ادخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئا وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات كذا في الشروح اعترض بانه لم يخرج جواب للخصم عن اصل دليله وهو ان الولد ملك المولى فلا يصلح ان يكون جابرا لنقصان وقع في ملكه بل هو على حاله واجيب بان المصنف رح اشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا فانه اذا لم يعد نقصانا لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع هذا زبدة ما في النهاية والعناية اقول الجواب منظور فيه فان النقصان امر محقق لا مجال لانكار وقوعه اذ وضع مسئلتنا فيما اذا نقصت الجارية بالولادة ولا يرى وجه لان لا يعد ذلك النقصان المحقق نقصانا سواء انجبار ذلك النقصان بالزيادة التي هي الولد كما يدل عليه كلام الشراح قاطبة في شرح قول المصنف رح وعند ذلك لا يعد نقصانا كما مر ويدل عليه قوله في اصل المسئلة فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب ولو كان اطلاق الجابر عليه توسعا ولم يوجد الجبر حقيقة لم يظهر وجه لان يعد نقصان المغصوب الواقع في يد الغاصب نقصانا موجبا للضمان في سائر المواضع وان لا يعد نقصانه الواقع في يد الغاصب فيما نحن فيه نقصانا موجبا للضمان عندنا بل يلزم ان يكون ذلك تحكما بحتا وحاشا لا يمتنا من ذلك فليتامل **قوله** وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت اقول لقائل ان يقول لا اتحاد في السبب في هاتين الصورتين اذ لا شك ان سبب النقصان وهو الهزال في الصورة الاولى وسقوط الثنية في الصورة الثانية تغاير سبب الزيادة وهي الثمن في الاولى وتنبت الثنية في الثانية وقد رد المصنف رح فيما بعد قياس الخصم على نحو جز صوف شاة وقطع قوائم شجر بعدم الاتحاد في السبب في المقيس عليه فكيف تشبث ههنا بالقياس على تينك الصورتين مع عدم الاتحاد في السبب فيهما ايضا ثم اقول في الجواب ان الفرق باتحاد السبب وعدم اتحاده انما يؤثر في قدح القياس في عدم سقوط الضمان كما هو مدعى الخصم اذ لا يلزم من عدم سقوطه عند عدم اتحاد السبب عدم سقوطه عند اتحاده اذ يمكن عند اتحاده ان لا يعد النقصان نقصانا كما ذكروه بخلاف عدم

والهلاك بعده بسبب حادث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم هلكت وكما اذا زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت في يد البائع ولم يعلم به المشتري فماتت في يده بالولادة لا يرجع على البائع بالثمن وله انه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذه فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب **قال** ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بين ما اذا عطلها او سكنها وقال مالك ان سكنها فمثل قوله وان عطلها فمثل قولنا له ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصب ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان

اتحاد ذا الوجه عندهما اصلا لان لا يعد النقصان نقصانا ولا يتبع ذلك الفرق في القياس في سقوط الضمان كما هو مدعاه الا انه اذا سقط الضمان عند اتحاد السبب مع عدم جواز ان لا يعد النقصان هناك نقصانا فلان سقط الضمان عند اتحاد السبب مع جواز ان لا يعد النقصان هنا نقصانا اولى كما لا يخفى فتدبر فانه وجه لطيف في الفرق بين القياسين ولم اسبق الى كشفه وبيانه وقال بعض الفضلاء والفرق ان الثنية لا قيمة لها بخلاف القوائم والصدف انتهى اقول ليس هذا بشيء لان الثنية وان لم يكن لها قيمة الا ان سقوطها يورث نقصانا في الجارية بلا ريب والكلام في نقصان الجارية المغصوبة فلا يفيد ذلك الفرق شيئا فيما نحن فيه **قوله** والهلاك بعده بسبب حادث في يد المالك وهو الولادة اقول يرد عليه في الظاهر انه جعل الولادة ههنا سببا للهلاك وقد صرح فيما مر انها ليست بسبب للموت حيث قال وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب للموت غالبا اذ لا يفضي اليه غالبا فكان بين الكلامين تدافع فليتأمل في التوجيه **قوله** ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه لقائل ان يقول مقتضى هذا الدليل ان لا تجب الاجرة على المستأجر فيما اذا احدث المنافع في يده كما في استيجار الدور والاراضي والدواب ونحوها لان الانسان كما لا يضمن ملكه لا يجب عليه الاجرة بمقابلة ملكه مع انه يجب عليه الاجرة في ذلك بالاجماع ولم ار احدا حام حول هذا الاشكال مع ظهور وروده الا صاحب غاية البيان فانه قال والجواب عن مسئلة الايجار انا لا نوجب الاجرة عندنا بمقابلة المنافع بل بمقابلة التمكين من جهة المالك لانه لما تمكن من استيفاء المنافع الا بتمكينه كان ذلك طريقا للوصول الى استيفاء المنافع فاعطى لما هو وسيلة الى المنفعة حكم المنفعة في حق وجوب الاجرة باعتبار الحاجة انتهى اقول هذا الجواب وان كان مما يصلح ان يكون مخلصا ههنا الا انه يستدعي ترك ظاهر كثير مما ذكروه في كتاب الاجارات كقولهم الاجارة تمليك المنافع بعوض وقولهم والقياس يابى جوازها لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة وقولهم وينعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لان المعاوضة تقتضي التساوي والملك في المنفعة التي هي المعقود عليه يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الاجرة وقولهم والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة الى غير ذلك من الاقوال الدالة على كون الاجرة بمقابلة المنافع ولعل تأويل كلها متعسر بل متعذر تأمل تقف ثم اقول الاولى في الجواب ان يقال اقتضاء الدليل المذكور عدم وجوب الاجرة على المستأجر فيما اذا حدثت المنافع في يده ان يقال انما هو على موجب القياس وقد تقرر في اول كتاب الاجارات ان القياس يابى جوازها الا انها جوزت على خلاف القياس بالنص استحسانا لحاجة الناس اليها وان جوزناها عندنا باعتبار اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول فيجوز في الاجارة ان يجب الاجرة على المستأجر بمقابلة المنافع التي حصلت على ملكه بحدوثها في يده اذا وقع العقد عليها باعتبار اقامة العين التي هي ملك المؤجر وسبب لوجود المنفعة مقام المنفعة على موجب الاستحسان بالنص بخلاف الغصب فانه غير جائز قياسا واستحسانا فلا يرتكب فيه ما يخالف القياس فتدبر **قوله** ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان اقول لقائل ان يقول هذا الدليل انما يدل على ان منافع المغصوب لا تضمن بالاعيان لعدم المماثلة بينهما ولا يدل على انها لا تضمن بالمنافع المماثلة لها والمدعى عدم مضمونيتها اصلا فلا يتم التقريب ويمكن الجواب عنه بان مبنى تقرير المصنف هذا الدليل على الوجه المزبور تقرر عدم مضمونيتها بالمنافع بالاجماع وكانه لم يتعرض لنفي هذا الاحتمال لظهوره ويرشد الى ذلك تقرير صاحب الكافي هذا الدليل حيث قال ولئن سلمنا تصور غصبها فلا يمكن تضمينها لانها لو صارت مضمونة على الغاصب فاما ان تضمن بالمنافع وهو باطل ولم يقل به احد او بالاعيان وهو باطل ايضا لانها لا تماثل الاعيان لان المنافع اعراض لا تبقى وقتين والعين تبقى اوقاتا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمان العدوان مبني على المماثلة بالنص والاجماع ويرشد اليه ايضا تقرير صاحب غاية البيان ذلك الدليل حيث قال ولان المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يخلو اما ان تكون مضمونة بامثالها من المنافع او بغيرها

وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا أدري أنها مستقيمة في المقابل فقوله في عدم وجوب القيمة بهلاك المغصوب لا يستلزم نفي الضمان بالنقص لجواز أن ما يتقوم لا يستلزم نفي ما لا يتقوم

من الأعيان كالدراهم والدنانير فلا يجوز أن يكون مضمونة بالامثال بين المنافع فإنه لا قائل بذلك لا يجوز أن يكون مضمونة بالأعيان لعدم المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان لتقوم أحد العوضين دون الآخر فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم حتى قال صاحب النهاية اعترض بما إذا أتلف ما يسرع إليه الفساد فإنه يضمنه بالدراهم التي تبقى على أن المماثلة من حيث اقتضاء البقاء غير معتبرة وبما إذا استأجر الوصي لليتيم المحتاج إليه بدراهم اليتيم فإنه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز إلا بالوجه الأحسن وأجيب عن الأول بأن المماثلة المعتبرة هي أن يكون بين الباقي والباقي فكان السؤال غير وارد وبهذا رجع الى أنها تعتبر بين جوهر وجوهر لا بين جوهر وعرض لأنه يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز وإن كان أحدهما يبقى دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا أن شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل أن القربان بالأحسن في مال اليتيم هو الذي يعتبر في التصرفات انتهى كلامه أقول فيما ذكره في كل من الجوابين شيء أما في الأول فلان تحرير قوله لأنه يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز وإن كان أحدهما يبقى دون الآخر ليس بصحيح لان جواز نوع من التفاوت بين البدلين في البيع لا يدل على جواز ذلك في ضمان العدوان لان للعقد والرضا تأثيرا في تجويز كثير من التفاوت وعن هذا قالوا بجواز بيع عبد قيمته ألف بألوف ولا يجوز ذلك التفاوت في ضمان العدوان فظهر لك أن التفاوت بين جوهر وعرض يجوز أيضا بالعقد كما إذا استأجر منفعة دار مثلا بدراهم معينة مع أن المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان أن لا يتصور بين جوهر وعرض كما صرح به وأما في الثاني فلان جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي لا يدل على جواز استيجار الوصي لليتيم ما يحتاج إليه بدراهمه لان التفاوت في الأول بين جوهر وجوهر هو تفاوت غير فاحش والتفاوت في الثاني بين جوهر وعرض هو تفاوت فاحش لا شك أن جواز تصرف الوصي في مال اليتيم بالتفاوت الغير الفاحش لا يدل على جواز تصرفه فيه بالتفاوت الفاحش الا ترى أن التفاوت الفاحش الذي بين جوهر وعرض يمنع المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان دون التفاوت غير الفاحش الذي بين جوهر وجوهر فلم لا يجوز أن يكون الأمر في تصرف الوصي في مال اليتيم أيضا كذلك فمن أين يثبت دلالة جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي على أن القربان بالأحسن في مال اليتيم هو مجرد ما لا بد منه في التصرفات ثم يجوز أن يكون المعتبر في التصرفات بالقربان بالأحسن في قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ذلك المعنى لكنه إنما يعرف بدليل آخر لا بما ذكره من جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي **قوله** وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف قال صاحب النهاية في تصنيف المآخذ إلى العلل التي هي مناط الحكم أو ما ذكره أولا بقوله لأنها حصلت في ملك الغاصب وثانيا بقوله لأنها لا تتحقق غصبها وثالثا بقوله لأنها كالأعيان انتهى أقول فيه نوع خلل لأنه قال أو ما ذكره بكلمة أو وهي لأحد الأمرين ولا شك أن العلل التي كانت مناط الحكم ههنا واشار إليها المصنف غير هذه المآخذ التي ما ذكره أولا وثانيا وثالثا بأحد الأمور الآخر فكيف يصح العطف بكلمة أو وقال صاحب العناية ههنا أراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم وأراد بالمآخذ ما ذكره أولا بقوله لأنها حصلت في ملك الغاصب وثانيا لأنها لا تتحقق غصبها وثالثا لأنها كالأعيان وهذا شطر في ضمان العدوان والمماثلة بالنقص أحق أقول يرد على ظاهر أن العلل التي هي مناط الحكم ههنا هي ما ذكره المصنف أولا وثانيا وثالثا بعينه كما عرفت آنفا فما معنى قول الشارح أراد بالمآخذ هذا وأراد بما ذكره العطف يقتضي التغاير بين المعطوفين لكن يمكن توجيه بأن يكون مقصوده بقوله أراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم تفسير معنى المآخذ ههنا وتعيينه وكأنه قال أراد بمعنى المآخذ ههنا هذا أراد بما صدق عليه المآخذ ههنا ذاك والمغايرة بين المفهوم وما صدق هو عليه ظاهر فصح العطف الا أنه لو قال في الثاني وأراد بهذه المآخذ ما ذكره الى آخره لكان أحسن لكونه دالا على أراده ما صدق عليه المآخذ كما لا يخفى على الفطن ثم أقول القلم في هذا المقام بحث قوي وهو أنه قد صرح في مستجرات الفتاوى بأن منافع الغصب مضمونة عندنا أيضا في الوقف ومال اليتيم وما كان معدا للاجارة مع أن العلل المذكورة التي هي مناط الحكم بعدم ضمان منافع الغصب جارية بعينها في تلك الصور أيضا فان قلت العلل المذكورة على وفق القياس والقول بضمان المنافع في تلك الصور بوجب الاستحسان نظرا للوقف ومال اليتيم ونحو ذلك ويجوز ترك القياس بالاستحسان قلت ذلك فيما يتصور ويمكن وتلك العلل بعضها يدل على عدم تصور الغصب والعدوان في المنافع وبعضها يدل على عدم امكان تضمين المنافع بالأعيان لعدم المماثلة بينهما وبناء ضمان العدوان على المماثلة بالنص والاجماع فاجر الاستحسان في خلاف ذلك مشكل جدا

فصل في غصب ما لا يتقوم **قال** واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن فان اتلفها المسلم لا يضمن وقال الشافعي رح لا يضمنها للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفها مسلم على ذمي او باعها الذمي من الذمي له انه سقط تقومها في حق المسلم فكذا في حق الذمي لان التقوم حق الشرع لنا ان حق الاحكام فلا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا ولهذا يرثونها كالشاة لنا

فصل في غصب ما لا يتقوم قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان احكام غصب ما يتقوم وهو الاصل لان الغصب يرجع الى الذي ذكرنا انما يتحقق فيه شرع في بيان احكام غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضيته ان يصير متقوما اما باعتبار ديانة المغصوب منه انه متقوم او تغيير في نفسه الى التقوم انتهى كلامه وقد اتى في اثره صاحب العناية اقول لا يذهب عليك لا حاجة هنا الى المصير الى اعتبار عرضية ان يصير ما لا يتقوم متقوما بأحد الاعتبارين المذكورين بل لا وجه له عند النظر الدقيق لان المبين في هذا الفصل ضمان ما لا يتقوم في بعض المسائل وعدمه بيانا في بعضها فمتى ما لا ضمان فيه كاتلاف خمر المسلم وخنزيره لا وجه لاعتبار عرضية ان يصير متقوما باعتباره اصلا فان اعتبار عرضية ان يصير متقوما مما لا تاثير له في حكم عدم الضمان قطعا بل له نوع ابهام عنه ولعل بعض الشراح تنبه لهذا فحرك حاشية اعتبار عرضية ان يصير متقوما منهم الشارح الاتقاني حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم انتهى ومنهم الشارح الاتقاني حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم كالخمر الخ في حق المسلم لان حد الضمان لم الا انتهى **قوله** لان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة اقول فيه اشكال بين لا يخفى احدهما ان الخصم قال انهم اتباع لنا في الاحكام تمسكا بقوله عليه الصلوة والسلام اذا قبلوا عقد الذمة فاعلم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين كما مر به في الكافي وعامة الشروح فكيف يتم التعليل بان التقوم باق في حقهم في مقابلة ذلك الحديث الدال على كونهم اتباعا لنا في الاحكام والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الاصول فان قلت نحن لا نسلم ان تركهم وما يدينون كما ذكر في اثبار التعليل من قبلنا فيدل النص المتضمن لهذا الامر وهو قوله عليه الصلوة والسلام اتركهم وما يدينون على مدعانا بهذا قلت للخصم ان يقول الزم بما يدينون الديانات دون المعاملات وما نحن فيه من المعاملات ولئن سلم العموم للمعاملات ايضا فيتحقق التعارض بين النصين فمن اين يثبت الرجحان والثاني انه قد تقرر في علم الاصول انه لا خلاف في ان الكفار مخاطبون بالايمان والعقوبات والمعاملات وبالعبادات ايضا في حق المؤاخذة في الآخرة وانما في حق وجوب الاداء في الدنيا فنحن فيه وما نحن فيه من المعاملات فينبغي ان يكونوا مخاطبين بالخطاب الدال على عدم تقوم الخمر والخنزير ايضا اقول يمكن الجواب عن كل واحد منهما اما عن الاول فبان يقال ما نحن فيه مخصص بالاجماع سيما مع عموم النص الدال على كونهم اتباعا لنا في الاحكام فان عمر رضي الله عنه لما سأل عاملا اذا تصدقون بما يربي الذمة من الخمور قالوا نعشرها فقال لا تفعلوا ولو بعتموها فاعشروا ثمنها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جوز بيعها وامر باخذ العشر من ثمنها ولم ينكره احد فحل محل الاجماع وقد صرح ببعض الشراح واما عن الثاني فبان يقال كون الكفار مخاطبين بالمعاملات ونحوها فيما يحتمل الخطاب التعميم لهم ايضا واما فيما لا يحتمل فلا يكونون مخاطبين بالمعاملات بذلك قطعا وما نحن فيه من قبيل الثاني لان الخمر كانت متقومة في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا والاصل ان ما ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل وهو قوله تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وجد في حقنا بدليل السياق والسباق فيبقى في حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل كما صرح به في الكافي والكفاية فلم يبق مجال للتعميم للكفاية ايضا وكذا الحال في الخنزير على ما حققه صاحب غاية البيان حيث قال تحقيق ذلك ان الخمر والخنزير كانا حلالين في الامم الماضية وكذلك في حق هذه الامة في ابتداء الاسلام ثم ورد الخطاب بالحرمة خاصا في حق المسلمين فكانا حراما عليهم وبقيا حلالا على الكفار كنكاح المشركات كان حلالا في حق الناس كافة ثم ورد التحريم خاصا في حق المسلمين فبقي حلالا في حق الكفار وكذا ههنا الا ترى الى خطاب الله تعالى المؤمنين في سورة المائدة بقوله يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون وقال من هو الذي يفلح اذا اجتنب الخمر وقال تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى هنا لفظ غاية البيان ثم ان التحقيق الذي لا محيد عنه هنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما الكلام في المسئلة من حيث المعنى فبعض مشائخنا قالوا الخمر مباح في حق اهل الذمة وكذلك الخنزير والخمر في حقهم كالخل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الاباحة غير انها ان كانا في حق الاباحة سواء فلكل واحد منهما الانتفاع في حقهم ودليل الاباحة في حقهم ان كل واحد منهما منتفع به حقيقة صالح لاقامة مصلحة البقاء

ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكها لكونه اعزازا لها بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين

والاصل في اسباب البقاء هو الاطلاق الا ان الحرمة في حق المسلم ثبتت نصا غير معقول المعنى او معقول المعنى لا يوجد ههنا او يوجد لكنه يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله تعالى انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله ومن الصلوة لان الصد لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع لانها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا ان الحرمة ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين لان الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمات عندنا هو الصحيح من الاقوال على ما عرف في اصول الفقه وعلى هذا طريق الضمان وجهان احدهما ان الخمر وان لم تكن مالا متقوما في الحال فهي يعرض ان يصير مالا متقوما في الثاني بالتخلل والتخليل ووجوب ضمان الغصب والاتلاف يعتمد كون المحل المغصوب والمتلف مالا متقوما في الجملة ولا يقف على ذلك الحال الا يرى ان المهر والجحش وما لا منفعة له في الحال مضمون بالغصب والاتلاف والثاني ان الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر واكل الخنزير حسا لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال امرنا ان نتركهم وما يدينون ومثله لا يكذب وقد دانوا شرب الخمر واكل الخنزير فلزمنا ترك التعرض لهم في ذلك ونفي الضمان بالغصب والاتلاف يفضي الى التعرض لان السفينة اذا علم انه اذا غصب او اتلف لا يؤاخذ بالضمان يقدم على ذلك وفي ذلك منعهم والتعرض لهم من حيث المعنى والله اعلم الى هنا عبارة البدائع **قوله** ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون اقول لقائل ان يقول فلم لا نتركهم وما يدينون في بعض الامور كاحداث البيعة والكنيسة وركوب الخيل وحمل السلاح فانهم يمنعون منها على ما مر في كتاب السير والجواب ان امثالها مستثنى مما يدينون بدلائل ذكرت في موضعها كما ان الربوا مستثنى من عقودهم بقوله عليه الصلوة والسلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد على ما سياتي بيانه عن قريب قال صاحب العناية اخذا من النهاية ونوقض بما اذا مات المجوسي عن ابنتين احداهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الاديان اذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون واجيب بانا لا نسلم انهم يعتقدون التوريث بانكحة المحارم فلا بد له من بيان انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان مراد الناقض انا اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام يطلبهم ذلك لا نورثها انتهى اقول ليس فيما ذكره كثير حاصل اذ مراد المجيب ايضا ان عدم توريثنا اياها اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام يطلبهم ذلك لعدم ثبوت اعتقادهم التوريث بانكحة المحارم نعم يعتقد المجوس صحة نكاح المحارم وليس من ضرورة اعتقاد صحة النكاح اعتقاد استحقاق الميراث الا يرى ان الميراث يمتنع بالرق واختلاف الدين مع صحة النكاح وقد صرح بهذا التفصيل في النهاية وان اراد ذلك القائل انهم لو اعتقدوا التوريث بانكحة المحارم وطلبوا ذلك لم نحكم بينهم بذلك ايضا على شرع الاسلام فلا فائدة فيه لان ما يضرنا انما هو النقض بما هو امر واقع لا بما هو فرض محض ثم اقول بقي ههنا كلام آخر وهو ان المسائل ان يورد النقض حينئذ بمسلم مات عن زوجة كافرة فانها لا تستحق شيئا من الميراث عندنا لاختلاف الدينين مع ان وجوب توريث الزوجة من زوجها مقرر في جميع الاديان اذا لم يوجد مانع والظاهر ان الكفر ليس بمانع عن الارث في اعتقاد الكفرة ولم نتركهم وما يدينون هناك فتامل في الجواب **قوله** وهذا بخلاف الربوا متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كذا قاله جماعة من الشراح وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك والاولى ان يتعلق بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون الخ لاتساق ما بعده من عطف حينئذ انتهى اقول تعلقه بما ذكره صاحب العناية غير ظاهر السداد لان كلمة هذا مع كونها مما يأبى عن ذلك جدا لا يستقيم ان يكون الربوا في خلاف قوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون لان الربوا لما كان مستثنى من عقودهم وكان ذلك فسقا منهم لا تدينا لثبوت حرمة الربوا في دينهم بقوله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه كما صرحوا به قاطبة حتى صاحب العناية نفسه لم يكن منعنا اياهم عن الربوا مخالفا لقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون كما لا يخفى على ذي مسكة وعلى تقدير ان يكون قول المصنف رح وهذا بخلاف الربوا متعلقا بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون يصير المعنى وهذا اي قوله ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون ملتبس بخلاف الربوا وليس هذا المعنى بسديد لعدم ملابسة الخلاف بينهما كما بينا آنفا واما على تقدير ان يكون قوله وهذا بخلاف الربوا متعلقا بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كما ذهب اليه جماعة من الشراح فيصير المعنى وهذا اي وعدم كون الذمي ممنوعا عن تمليك الخمر وتملكها ملتبس بخلاف الربوا لكونهم ممنوعين عن الربوا ولا يخفى

وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان لمن يبيحه لان ولاية الحاجة ثابتة **قال** فان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بماله قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا يثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع **قال** وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عن ابي حنيفة رح وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه

ان هذا المعنى سديد وان كلمة هذا التي يشار بها الى القريب في محلها حينئذ وقال بعض الفضلاء بل الاولى ان يتعلق بقوله فيضمنه والاشارة الى ما ذكره من الخمر والخنزير انتهى اقول هذا اقبح مما قاله صاحب العناية لانه ان كانت الاشارة بهذا الى الخمر والخنزير بتأويل ما ذكر كما زعمه يصير المعنى وهذا الذي اي ما ذكر من الخمر والخنزير يلتبس بخلاف الربوا فلا يبقى لتعلق قوله وهذا بخلاف الربوا بقوله فيضمنه معنى وان صير الى التقرير بان يقال المراد وهذا بخلاف الربوا في الضمان لتحصيل نوع تعلق بقوله فيضمنه فلا يكون سديدا ايضا لان الضمان انما يتصور في الاتلاف ومسئلة الربوا مما لا مساس بذلك تدبر تفهم **قوله** وبخلاف متروك التسمية لمن يبيحه لان ولاية الحاجة ثابتة قال في العناية يعني لما امرنا ان نترك اهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا ان نترك اهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ يجب ان نقول بموجب الضمان على من اتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رح ووجه الجواب ما قاله ان ولاية الحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل ان يقول لا نسلم ان ولاية الحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك الحاجة مع اهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب ان الدليل هو قوله عليه السلام اتركوهم وما يدينون وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين الى هنا لفظ العناية واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور في الآخر حيث قال فيه بحث فان القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه انتهى اقول هذا ساقط جدا اما اولا فلان القاضي انما ينفذ ما حكم به قاض آخر اذا لم يكن ما حكم به مما يخالف الكتاب والسنة المشهورة او الاجماع واما اذا كان ما حكم به مما يخالف شيئا من هاتيك الثلثة فلا يصح ان ينفذه القاضي اصلا كما صرحوا بذلك كله في كتاب القضاء ومثلوا ما يخالف الكتاب بالحكم بحل متروك التسمية عامدا فانه مخالف لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه والكلام ههنا في متروك التسمية عامدا فكيف يتصور فيه التنفيذ واما ثانيا فلان حاصل الجواب المذكور ان علة الامر بالترك في قوله عليه الصلوة والسلام اتركوهم وما يدينون هي عقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين فلا يتصور الحاق المجتهدين باهل الذمة في ترك الحاجة لا دلالة ولا قياسا ولا يخفى ان هذا يدفع السؤال بان الدليل الدال على ترك الحاجة مع اهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى وان حديث تنفيذ القاضي ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه لا يقدح في دفع الجواب المذكور السؤال المزبور بل هو كلام آخر معلوم وجهه في محله **قوله** ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع قال صاحب العناية والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف رح انتهى اقول ليس هذا بسديد لان الذي لا يحتاج الى دليل ما اجمع عليه الامة بالاجماع الذي هو احد الادلة الاربعة الشرعية فان الاجماع عليه بالمعنى المذكور يكفي دليلا عليه والظاهر ان مراد المصنف رح بالاجماع ههنا هو اجماع ائمتنا الثلاثة الذين وقع الخلاف بين اعظمهم وبين صاحبيه فيما ذكر آنفا من مسئلة الاستهلاك لا اجماع الامة الذي هو من الادلة لان هذا الاجماع انما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين في عصر من امة محمد صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي وهو غير ثابت فيما نحن فيه كيف وقد قال في معراج الدراية ههنا وعند الائمة الثلثة يعني مالكا والشافعي رح واحمد رح لو تخللت الخمر بنفسها وهلكت في يد الغاصب يضمن واما اذا تخللت بفعل الغاصب لا يضمن وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه رده لا يضمن وفي قول وجب رده يضمن انتهى فظهر منه مخالفة هؤلاء الائمة الثلثة لائمتنا في بعض صور الهلاك فيما نحن فيه مع ان مالكا من معاصري ابي حنيفة رح والشافعي رح من معاصري محمد رح فلم يتحقق اجماع الامة في زمنهم على عدم الضمان في بعض صور هذه المسئلة قطعا ولم ينقل اجماع امة اخرى من قبل فلم يكن حمل الاجماع المذكور على اجماع الامة كما لا يخفى وقال صاحب النهاية ههنا ولم يذكر الدليل لقوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع لان دليله ظاهر وهو انه لو ضمن لا يخلو اما ان يضمن قيمته يوم الغصب او يوم الهلاك ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب لانه لم يكن لكل واحد من الخمر وجلد الميتة قيمته يوم الغصب ولا وجه لضمان قيمته يوم الهلاك ايضا لانه لم يوجد منه فعل في هلاكه والضمان لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي انتهى كلامه اقول ظهور هذا الدليل المفصل الدائر على الترديد غير مسلم ولو سلم فكونه اظهر من سائر الادلة التي ذكرها لسائر المسائل سيما دليل وجوب الضمان

كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه بنفسه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ولانه واجب ورد فاذا تعذر عليه يقيمه كما في استهلاك وجلد الماكل اعلاه بفتح الباء وقومها يعني ما زاد الدباغ فيه يحكى على اختلاف الجنس اما عند نحاده يطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم نفاذه في الاخذ منه لان الرد عليه وله ان التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستهلاك ما لا متقوما فيه وهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فيكون حقه والجلد بينهما اه في حق التقوم تبع الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فذا التابع كما اذا هلك من غير صنعة بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكاة والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الذبح والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة

في استهلاك الخل ممنوع ولو سلم فليس من دأب المصنف رح ترك ذكر الدليل بالكلية في شيء من المسائل ثم اقول لعل وجه عدم ذكر المصنف رح دليل هذه المسئلة هنا انفهامه مما ذكر في دليل مسئلة الاستهلاك يرشدك اليه قطعا قوله في اثناء دليل وبهذا فارق الملاك بقسمة تبصرة يرشد قوله كما اذا غصب عصيرا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه قال صاحب العناية فيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المنازع فيه انتهى اقول فيه نظر اقول جدا اذا لا نسلم اولا ان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان فان نفس الغصب انما يوجب رد العين على ما عرف في صدر كتاب الغصب وانما يجب ضمان المثل او القيمة بالهلاك او الاستهلاك ولئن سلم ذلك فكون نفس الغصب سببا للضمان لا ينافي كون الاستهلاك ايضا سببا والمقصود للمصنف رح قياس المتنازع فيه على تلك الصورة في كون التعدي بالاستهلاك سببا لضمان المتعدى ما استهلكه واعطاء المالك ما زاد الصنعة وبهذا المعنى متحدين المقيس والمقيس عليه غاية الامر ان في جانب المقيس عليه سببا آخر للضمان وهذا لا ينافي صحة القياس عليه في السبب المشترك وقد اشار اليه صاحب النهاية حيث قال في حل هذا المحل ان الاستهلاك جناية موجبة للضمان في محل حال متقوم وقد وجد ذلك لما بقي الجلد على ملك صاحبه بعد ما صار مالا متقوما كما في الثوب الا ان هناك السبب الاول وهو الغصب موجب للضمان ايضا فلا تضمين باي السببين شاء وهنا السبب الاول وهو الغصب غير موجب للضمان فتعين التضمين بالسبب الثاني فكان هو في هذا السبب كغيره ولو استهلك فيكون للمغصب منه ان يضمن المستهلك ويعطي الغاصب ما زاد الدباغ فيه الى هنا كلامه قوله ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعة قال صاحب العناية في شرح قوله كما اذا هلك من غير صنعة فان عدم الضمان هناك باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك انتهى كلامه واعتنى اثره الشارح العيني اقول فيه نظر اذ لا شك ان عدم الضمان في صورة الهلاك من غير صنعة لا يجب ان يكون باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد كما يقتضيه قول الشارحين المزبورين والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك بل الظاهر ان عدم الضمان هناك باعتبار عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي هناك كما تحقق في صورة الاستهلاك على ما اشار اليه صاحب النهاية وصاحب العناية ايضا في تعليل تلك المسئلة فيما مر وكون الغصب موجبا للضمان في كل من صورتي الهلاك والاستهلاك انما هو عند تحقق الغصب الشرعي وفيما نحن فيه لم تحقق ذلك لان كون الماخوذ مالا متقوما معتبر في حقيقة الغصب الشرعي كما تقرر في صدر الكتاب وجلد الميتة ليس بمال متقوم قبل الدباغ قطعا وانما يصير متقوما بالدباغ وكلامنا فيما اذا غصب جلد الميتة فدبغ فعين الاخذ لم تحقق الغصب الشرعي الموجب للضمان فيما نحن فيه بالاريب ويؤيد ما قلنا ان الخمر المتخللة بنفسها ايضا غير مضمونة في صورة الهلاك بالاجماع كما مر وليس فيها صنعة متقومة بسببها تقوما لاحقا بجوهرة الغصب وهي الاخذ جبرا بدون تحقق الغصب الشرعي موجبا للضمان في الهلاك والاستهلاك فكان مجرد حصول التقويم للماخوذ بعد الاخذ كما في تحقق الغصب الشرعي لوجوب الضمان في صورة هلاك الخمر المتخللة بنفسها في يد الاخذ جبرا مع انه خلاف ما عليه الاجماع ثم اقول الظاهر بناء ان كون مراد المصنف رح بقوله كما اذا هلك من غير صنعة ما ذكره الشارحان المزبوران مما لا يليق بقدرة الجليل بل ان كان في ظاهر لفظه مساعدة لذلك كان حقا علينا ان نحمل كلامه على خلاف ذلك فنقول يجوز ان يكون مراده بقوله كما اذا هلك من غير صنعة هو التنظير في مجرد عدم وجوب الضمان وان كان السبب مختلفا في الصورتين ويجوز ان يكون مراده بقوله المذكور هو القياس على تلك الصورة في صلاحية السبب وهو كون الاصل الذي هو الصنعة غير مضمون فكذا التابع لكن من حيث جواز ان يكون هذا السبب سببا ايضا في صورة هلاك المدبوغ فيه من غير صنعة لا من حيث وجوب ان يكون هذا

[illegible]

بذا السبب هو السبب في تلك الصورة كما يقتضيه قولهما والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك فاذا لم يجب ان يكون بذا السبب هو السبب لعدم الضمان في صورة الهلاك بل جاز ان يكون له فيها سبب آخر وهو عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي كما مر بيانه لم يجب الضمان هناك بانتفاء بذا السبب لجواز انتفاء احد السببين المستقلين لا يوجب انتفاء السبب فيلزم ان لا يصح قولهما والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك تامل تقف **قوله ولو ان** قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في بذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة قال الشراح في تفسير قوله قيل ليس له ذلك هو مطلق بالاضافة يقتضي بذا التفسير مقابلة قوله وقيل ليس له بذا عند ابي حنيفة رح وعند هما ذلك كما لا يخفى اقول تعليل بذا القول المتقابل في قوله لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان لصبغ قيمة كلي جدا فانه لا يتمشى على اصل الامامين اذ قد مر ان اصلهما ان الجلد باق على ملك المالك وهو مال تقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه والتعليل المذكور هنا صريح في خلاف ذلك كما ترى اللهم الا ان يراد هنا ان الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان له قيمة ويقيد والمراد هما ان الجلد بال تقوم بعد الدباغ فصار كالثوب بعده فلا سناقاة لانا نقول الكلام فيما اذا اراد المالك ان يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته بعد ان صار مالا متقوما بالدباغ كما اشار اليه المصنف رح بقوله في بذا الوجه فلا وجه لتعليل ما قيل ليس له ذلك بلا خلاف بان الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان عدم تقوم جلد الميتة وقت الغصب لا ينافي عندهما كونه مضمونا على الغاصب بعد ان صار مالا متقوما بالدباغ كما يجب على الضمان عندهما بالاستهلاك في بذه الصورة بناء على كونه مالا متقوما بالدباغ باقيا على ملك المالك كما مر على انه لو كان المراد هنا ان الجلد لا قيمة له وقت الغصب يقال المصنف رح بخلاف الثوب دون ان يقول بخلاف صبغ الثوب لان الصبغ في الثوب بمنزلة الدباغ في الجلد تامل **قوله** لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وبو على بذا الخلاف على ما بيناه قال صاحب العناية فيه نظر لان العجز في الاستهلاك لما مر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك انتهى اقول يمكن ان يجاب عن بذا النظر بان العجز في الاستهلاك لما كان الامر من جهة الغاصب لذلك العجز خير المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان الامر من جهة الغاصب فان المالك انما تركه عليه وضمنه القيمة لسبب ان الغاصب زاد عليه ما زاد الدباغ فيه وجب على المالك على تقدير اخذه وعطاء ما يقابل ذلك الزائد وبو لا يقدر على اعطائه او لا يسهل ذلك فكان الاولى ان يجاب عن هذا النظر بان الغاصب حين رجع وفعل نفسه لا يرى انه لو دبغه بنفسه لكان سبولة المالك بلا شيء كما سيجيء لم يكن للمالك تركه عليه وضمنه القيمة عند هما اصلا **قوله** ثم قيل يضمن قيمته جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ يعني اختلفت المشايخ في كيفية التضمين على قولهما فقال بعضهم يضمن قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في صورة الاستهلاك وقال بعضهم يضمن قيمة جلد ذكي غير مدبوغ كذا في الشروح اقول تمشي بذا الاختلاف غير ظاهر بو عند ي فان قيمة جلد مدبوغ بعد ان طرح عنها قدر ما زاد الدباغ فيه بي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ بعينها اذ قد قال المصنف رح فيما مر في بيان ان بذا الجلد باعطاء ما زاد الدباغ فيه اذ ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن ما بينهما وذلك سيجيء في ان الباقي من قيمة جلد مدبوغ بعد اعطاء ما زاد الدباغ فيه قيمة جلد ذكي بعينها فلا خلاف بما ذكر والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

قد تم التكملة للمجلد الثالث من فتح القدير الشهير بنتائج الافكار ويتلوه التكملة للمجلد الرابع بمشيئة الله العزيز القدير