

خاتمة
كتاب المحاسن

لخاتمة المحققين محمد أمين الشيرازي عابدين

على
الدر المختار: شرح تنوير الأبصار
في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

المجلد الخامس

دار الفكر
الطباعة والنشر والتوزيع

بيروت

حاشية بدر المختار

لخاتمة المحققين محمد أمين الشيرازي بن عابدين

على

الدر المختار: شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

ويليه: تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف

وقد وضع الشرح والتمن بأعلا الصحائف

وبأسفل الصحائف تقارير لبعض العلماء

الجزء الخامس

الطبعة الثانية

١٣٨٦ هـ = ١٩٦٦ م

دار الفكر

١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م

« مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ شَيْئاً يَفْقَهُهُ فِي الدِّينِ »
(حديث شريف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

باب خيار العيب

هو لغة ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة ؛

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

باب خيار العيب

تقدم وجه ترتيب الخيارات، والإضافة فيه من إضافة الشيء إلى سببه، والعيب والعيبة والعياب بمعنى واحد، يقال عاب المتاع: أي صار ذاعيب وعابه زيد بتعدى ولا بتعدى فهو معيب ومعيوب أيضا على الأصل اه فتح. ثم إن خيار العيب يثبت بلا شرط، ولا يتوقت، ولا يمنع وقوع الملك للمشتري، ويورث، ويثبت في الشراء والمهر وبدل انخلع وبدل الصلح عن دم العمد، وفي الإجارة ولو حدث بعد العقد والقبض، بخلاف البيع، وفي القسمة والصلح عن المال ويسط ذلك في جامع الفصولين (قوله ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة) زاد في الفتح مما يعد به ناقصا اه أي لأن ما لا يتقصه لا يعد عيبا. قال في الشرنبلالية: والفطرة الخلقية التي هي أساس الأصل (١) ألا ترى أنه لو قال (٢) بعثك هذه الخنطة وأشار إليها فوجدتها المشتري رذينة لم يكن علمها ليس له خيار الرد بالعيب لأن الخنطة تخاق جيدة

(١) (قوله هي أساس الأصل) الأساس والأصل بمعنى واحد، فالإضافة بهائية، والمذكور في عبارات المفاتيح أساس الفهم فكان الأول له موافقته اه.

(٢) (قوله ألا ترى أنه لو قال الخ) هذا من كلام الشرنبلالي، وهو تنوير على ما في عبارته من تعريف العيب وتقصده بما قاله للكمال لا على ما ذكره المحقق من تعريف الفطرة فقط اه.

وشرها ما أفاده بقوله

وردية ووسطا ، والعيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة عن الآفات العارضة لها ، فالخنطة المصابة بهواء منعها تمام بلوغها الإدراك حتى صارت رقيقة الحب معيبة كالعفن والبلل والسوس اه .

قلت : وعن هذا قال في جامع الفصولين : لا يرد البر برداءته لأنها ليست بعيب ويرد المسوس والعفن ، وكذا لا يرد إناء فضة برداءته بلا غش ، وكذا الأمة لا ترد بقبح الوجه وسواده ، ولو كانت محترقة الوجه لا يستبين لها قبح ولا جمال فله ردها اه . وفيه واقعة : شري فرسا فوجده كبير السن ، قيل ينبغي أن لا يكون له الرد إلا إذا شراه على أنه صغير السن ، لما مر من مسألة حمار وجده بطيء السير اه (قوله وشرها ما أفاده الخ) أى المراد في هرف أهل الشرع بالعيب الذى يرد به المبيع ما ينقص الثمن أى الذى اشترى به كما فى الفتح ، قال لأن ثبوت الرد بالعيب لضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به اه . وعبارة الهداية : وما أوجب نقصان الثمن فى عادة التجار فهو عيب ، لأن الضرر بنقصان المالمية وذلك بانقصان القيمة اه . ومفاده أن المراد بالثمن القيمة لأن الثمن الذى اشتراه به قد يكون أقل من قيمته بحيث لا يؤدي نقصانها بالعيب إلى نقصان الثمن به : والظاهر أن الثمن لما كان فى الغالب مساويا للقيمة عبروا به تأمل . والضابط عند الشافعية أنه المنقص للقيمة أو ما يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب فى أمثال المبيع عدمه ، فأخرجوا بفوات الغرض الصحيح مالمو بان فوات قطعة يسيرة من فخذة أو ساقه ، بخلاف مالمو قطع من أذن الشاة ما يمنع التضحية فله ردها ، وبالغالب مالمو كانت الأمة ثيبا مع أن الثيبا تنقص القيمة لكنه ليس الغالب عدم الثيبا اه . قال فى البحر : وقواعدنا لا تأباه للمتأمل اه .

قلت : ويؤيده ما فى الخانية : وجد الشاة مقطوعة الأذن إن اشتراها للأضححية له الرد ، وكذا كل ما يمنع التضحية وإن غيرها فلا مالم يعده الناس عيبا ، والقول للمشتري أنه اشتراها للأضححية أو فى زمانها وكان من أهل أن يضحى اه . وكذا ما فى البزازية : اشترى شجرة ليأخذ منها الباب فوجدها بعد القطع لا تصلح لذلك رجع بالنقص إلا أن يأخذ البائع الشجرة كما هى اه فقد اعتبر عدم غرض المشتري عيبا موجبا للرد ولكنه يرجع بالنقص ، لأن القطع مانع من الرد . وفيها أيضا : اشترى ثوبا أو خفا أو قلنسوة فوجده صغيرا له الرد اه أى لا يصلح لغرضه : وفيها : لو كانت الدابة بطيئة السير لا يرد إلا إذا شرط أنها عجول اه أى لأن بطء السير ليس الغالب عدمه ، فإن كلا من البطء والعجلة يكون فى أصل الفطرة السليمة . وفيها : اشترى دابة فوجدها كبيرة السن ليس له الرد إلا إذا شرط صغرها وسيأتى أن الثيبا ليست بعيب إلا إذا شرط عدمها أى فله الرد لفقد الوصف المرغوب وبما ذكرنا (١) من الفروع ظهر أن قولهم فى ضابط العيب ما ينقص الثمن عند التجار مبنى على الغالب وإلا فهو غير جامع وغير مانع : أما الأول فلأنه لا يشمل مسألة الشجرة والثوب والخف والقلنسوة وشاة الأضححية ، لأن ذلك وإن لم يصلح لهذا المشتري يصلح لغيره فلا ينقص الثمن مطلقا . وأما الثانى فلأنه يدخل فيه مسألة الدابة والأمة الثيب فإن ذلك ينقص الثمن مع أنه غير

(١) (قوله وبما ذكرنا الخ) فيه أنا لانسلم ما استعجبه بل التعريف جامع ومانع إذ لا يتصور خفلة المشايخ عنه من زمن الإمام إلى أن جاء ، وقيد بكلام الغير . أما ما أورده على عدم المنع فدفع بما نقله ط من أن التعريف اللغوى ملحوظ فى الشرع ، إذ كبر سن الدابة وثيبا الأمة يوجدان فى الفطرة الأصلية ، إذ ليس بقولهم ما تخلو المراد عند الفطرة السليمة أنه يوجد خالها من هذا الوصف ، بل المراد أنه لا يقال إنه على الفطرة السليمة حيث كان متصفا بهذا الوصف ، ولا شك أنه يقال فى الدابة الكبيرة والأمة الثيبا إنهما على الفطرة الأصلية . وأما ما أورده على عدم الجمع من الفروع فلا نسلم أن الرد فيها بخيار العيب بل الرد بسبب فوات الوصف المرغوب ، وقوله والظاهر أنهم لم يقصدوا حصر العيب غير مسلم بل الحصر ملحوظ فى التعاريف البنية ، وقوله فإن هذه العبارة الخ ممنوع بأنها جملة موصولة وقعت خبرا عن العيب المعرف بأل للمهذبة فكيف لا تفيد الحصر اه .

(من وجد بمشربه ما ينقص الثمن) ولو يسيرا جوهره (هند العجار) المراد بهم أرباب المعرفة بكل تجارة وصناعة
قاله المصنف (أخذه بكل الثمن أورده)

عيب، فعلم أنه لا بد من تقييد الضابط بما ذكره الشافعية : والظاهر أنهم لم يقصدوا حصر العيب فيما ذكر، لأن عبارة
الهداية والكنز، وما أوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب، فإن هذه العبارة لا تدل على أن غير ذلك لا يسمى
عيبا، فاغتنم هذا التحرير :

ثم اعلم أنه لا بد أن يكون العيب في نفس المبيع، لما في الخالية وغيرها : رجل باع سكنى له في حانوت لغيره
فأخبر المشتري أن أجرة الحانوت كذا فظهر أنها أكثر قالوا ليس له الردها لهذا السبب، لأن هذا ليس بعيب في المبيع اهـ :
قلت : المراد بالسكنى ما يبنىه المستأجر في الحانوت ويسمى ، زماننا بالكسك كما مر أول البيوع ، لكنه
اليوم تختلف قيمته بكثرة أجرة الحانوت وقتها ، فينبغي أن يكون ذلك عيبا تأمل (قوله من وجد بمشربه الخ)
أطلقه فشمّل ما إذا كان به عند البيع أو حدث بعده في يد البائع بجر ، بخلاف ما إذا كان قبله وزال ثم عاد
عند المشتري ؛ لما في البرزاية : لو كان به عرج فبرأ بمعالجة البائع ثم عاد عند المشتري لا يردّه ، وقيل يردّه إن عاد
بالسبب الأول :

[تنبيه] لا بد في العيب أن لا يمكن من إزالته بلا مشقة فخرج لإحرام الجارية، ونجاسة ثوب لا ينقص بالغسل
لممكنه من تحليها وغسله، وأن يكون عند البائع ولم يعلم به المشتري، ولم يكن البائع شرط البراءة منه خاصا أو عاما
ولم يزل قبل الفسخ كيباض أنجلى وحى زالت نهر، فالقبود خمسة، وجعلها في البحر ستة فقال : الثاني أن لا يعلم به
المشتري عند البيع : الثالث أن لا يعلم به عند القبض وهي في الهداية اهـ لكن قال في الشرنبلالية إنه يقتضى أن مجرد
الرؤية رضا ويخالفه قول الزيلعي : ولم يوجد من المشتري ما يدل على الرضا به بعد العلم بالعيب اهـ وكذا قول المجمع
ولم يرض به بعد رؤيته اهـ :

قلت : صرح في الذخيرة بأن قبض المبيع مع العلم بالعيب رضا بالعيب، فما في الزيلعي والمجمع لا يخالف مامر
عن الهداية، لأن ذلك جعل نفس القبض بعد رؤية العيب رضا وما في الزيلعي صادق عليه، ويدل عليه أن الزيلعي
قال : والمراد به عيب كان عند البائع وقبضه المشتري من غير أن يعلم به ولم يوجد من المشتري ما يدل على الرضا به
بعد العلم بالعيب، فقوله وقبضه الخ يدل على أنه لو قبضه عالما بالعيب كان قبضه رضا فقوله ولم يوجد من المشتري الخ
أعم مما قبله، أو أراد به ما لو علم بالعيب بعد القبض :

[تنمة] في جامع الفصولين : لو علم المشتري إلا أنه لم يعلم أنه عيب ثم علم بنظر، إن كان عيبا بينا لا يخفى
على الناس كالغدة ونحوها لم يكن له الرد، وإن خفى فله الرد، ويعلم منه كثير من المسائل اهـ . وفي الخالية :
إن اختلف التجار فقال بعضهم إنه عيب وبعضهم لا ليس له الرد إذا لم يكن عيبا بينا عند الكل اهـ (قوله
ولو يسيرا) في البرزاية اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين، وتفسيره أن يقوم سلبا بالف ومع العيب بأقل،
وقومه آخر مع العيب بالف أيضا . والفاحش ما لو قوم سلبا بالف وكل قوموه مع العيب بأقل اهـ (قوله بكل تجارة)
الأولى من كل تجارة : قال ح : يعني أنه يعتبر في كل تجارة أهلها وفي كل صناعة أهلها (قوله أخذه بكل الثمن
أورده) أطلقه فشمّل ما إذا رده فوراً أو بعد مدة لأنه على التراخي كما سيذكره المصنف . ونقل ابن الشحنة (١)

(١) (قوله ونقل ابن الشحنة الخ) عبارته في شرح الوهبانية من فصل الرد بالعيب : رجل اشترى شيئا فلم يبيع قبل القبض
فقال أبطلت البيع بطل البيع لو بمحض من البائع وإن لم يقبل البائع : وإن قال ذلك في غيبة البائع لا يبطل البيع ، وإن علم ببيع بعد
القبض فقال أبطلت البيع الصحيح أنه لا يبطل إلا بقضاء أو رضا اهـ .

مالم يتعين إمساكه كحلالين أحرمًا أو أحدهما . وفي المحيط : وصى أو وكبل أو عبد مأذون شري شينا بألف وقيمته ثلاثة آلاف لم يرد به عيب للإضرار ببيعهم وموكل ومولى ، بخلاف خيار الشرط والرؤية أشباهه ، وفي النهر : وينبغي الرجوع بالنقصان كوارث اشترى من التركة كفناء ووجد به عيبا ، ولو تبرع بالسكنن أجنبي لا يرجع ،

عن الخالية : لو علم بالعيب قبل القبض فقال أبطلت البيع بطل لو بحضرة البائع ، وإن لم يقبل ولو في غيبته لا يبطل إلا بقضاء أو رضا اه . وفي جامع الفصولين : ولو رده بعد قبضه لا يفسخ إلا برضا البائع أو بحكم . قال الرملي : وقوله إلا برضا البائع يدل على أنه لو وجد الرضا بالفعل كتسلمه من المشتري حين طلبه الرد يفسخ البيع ، لأن من المقرر عندهم أن الرضا يثبت تارة بالقول وتارة بالفعل ؛ وقدم في بيع التعاطى : لو ردها بخيار عيب والبائع متيقن أنها ليست فأخذها ورضى فهي بيع بالتعاطى كما في الفتح وفيه أيضا أن المعنى يقوم مقام النظم في البيع ونحوه اه . وأما ما يقع كثيرا من أنه إذا اطلع على عيب يرد المبيع إلى منزل البائع ويقول دونك دابلك لا أريدها فليس برد ، وتهلك على المشتري ولو تعهدا البائع حيث لم يوجد بينهما فسخ قولاً أو فعلاً (قوله مالم يتعين إمساكه) قيد للتخيير بين الأخذ والرد ، فإذا وجد ما يمنع الرد تعين الأخذ ، لكن في بعض الصور يرجع بنقصان العيب ، وفي بعضها لا يرجع كما يأتي قريبا ، وكذا سيأتي عند قول المصنف : حدث عيب آخر عند المشتري رجوع بنقصاله .

ومما يمنع الرد ما في الذخيرة : اشترى من آخر عبدا وباعه من غيره ثم اشتراه من ذلك الغير قرأى عيبا كان عند البائع الأول لم يردده على الذي اشتراه منه لأنه غير مفيد ، إذ لو رده الآخر عليه ، ولا على البائع الأول لأن هذا الملك غير مستفاد من جهته اه . ولو وهبه البائع الثمن ثم وجد بالمبيع عيبا ، قيل لا يرد ، وقيل يرد ، ولو قبل القبض يردده اتفاقا خانية ، ثم جزم بالقول الثاني ، وجزم في البرازية بالأول . ومن ذلك ما في كافي الحاكم اشترى جاريا فوجد بها عيبا فرضى أحدهما لم يكن الآخر ردها عنده وله رد حصته عندهما (قوله كحلالين أحرمًا أو أحدهما) يعني إذا اشترى أحد الحلالين من الآخر صيدا ثم أحرمًا أو أحدهما ثم وجد المشتري به عيبا امتنع رده ورجع بالنقصان اه خ عن البحر ، فالمراد بتعين إمساكه عدم رده على البائع ، فلا ينافي وجوب إرساله كما مر في الحج (قوله وقيمته ثلاثة آلاف) الظاهر أن المدار على الزيادة التي تركها يكون مضرا اه ط (قوله للإضرار الخ) قلت : قد يكون العيب مرضا يفضي إلى الهلاك فيجب أن يستثنى مقدسى ، وفيه نظر لأن فرض المسألة فيها قيمته زائدة على ثمنه مع وجود ذلك العيب فيه ، ومثله لا يكون عيبه مفضيا إلى الهلاك (١) تأمل (قوله بخلاف خيار الشرط والرؤية) أي حيث يكون لهم الرد لعدم تمام الصفقة كما في البحر خ (قوله وينبغي الرجوع بالنقصان) عبارة النهر وفي مهر فتح القدير : لو اشترى الذي خرا وقبضها وبها عيب ثم أسلم سقط خيار الرد اه . وفي المحيط : وصى أو وكبل الخ ثم قال في النهر : وينبغي الرجوع بالنقصان في المسألتين اه أي مسألة مهر الفتح ومسألة المحيط (قوله كوارث الخ) أي فإنه يمتنع الرد ويرجع بالنقصان كما في البحر خ (قوله اشترى من التركة) أي بثمن من تركة الميت (قوله لا يرجع) أي الأجنبي على بائعه . قال في السراج لأنه لما اشترى الثوب ملكه

(١) (قوله ومثله لا يكون عيبه مفضيا إلى الهلاك) قال شيخنا : قد يكون عيبه مفضيا إلى الهلاك ، بأن يكون عبدا يساوى ألفا ثم اعتراه داء يفضي إلى الهلاك غالبا فنزلت قيمته إلى مائة مثلا وبيع بنصف القيمة بصد العيب فهذا قيمته أكثر من ثمنه ودأبه مفض إلى الهلاك ، إذ ما دام حيا هو مال متقوم لتوهم شفاء ، سبحانه من يحبس العظام من رميم .

وهذه إحدى ست مسائل لارجوع فيها بالنقصان المذكورة في البرازية ، وذكرنا في شرحنا للملتقى معزيا للقنية أنه قد يرد بالعيب ولا يرجع بالثمن (كالإباق) إذا أبق من المشتري إلى البائع في البلدة

وبالتكفين يزول ملكه عنه (١). وزوال الملك بفعل مضمون يسقط الأرض. وأما ما في الوجه الأول فإن مقدار الكفن لا يملكه الوارث من التركة ، فإذا اشتراه وكفن به لم ينتقل بالتكفين عن الملك الذي أوجبه العقد ، وقد تعذر فيه الرد فرجع بالأرض اه ومثله في الذخيرة (قوله وهذه إحدى ست مسائل الخ) تبع في ذلك صاحب النهر حيث قال : لا يرجع بالنقصان في مسائل ، ثم نقل ست مسائل عن البرازية ليس فيها التصريح بعدم الرجوع إلا في مسألة واحدة ، وهي لو باع الوارث من مورثه إقامات المشتري وورثه البائع ووجد به عيبا رد إلى الوارث (٢) الآخر إن كان ، فإن لم يكن له سواه لا يرد ولا يرجع بالنقصان فافهم : وزاد في البحر مسألة أخرى عن المحيط : لو اشترى المولى من مكاتبه فوجد عيبا لا يرد ولا يرجع ولا يخاصم بانه لكونه عبده اه وسيأتي مسائل أخرى في الشرح والمن عند قول المصنف حدث عيب آخر عند المشتري رجع بنقصانه الخ . وذكر الشارح في كتاب الغصب مسألة أخرى عند قول المصنف خرق ثوبا ، وهي مالو شري حياصة فضة موهة بالذهب بوزنها فضة فزال تمويهها عند المشتري ثم وجد بها عيبا فلا يرجع بالعيب القديم لتعييبها . زوال التمويه ولا بالنقصان للزوم الربا . ومنها ما في البرازية : كل تصرف يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والرجوع بالنقص (قوله معزيا للقنية) قال فيها : وفي تسمية الفتاوى الصغرى : باع عبدا وسلمه ووكل رجلا بقبض ثمنه فقال الوكيل قبضته فضاع أو دفعته إلى الأمر ووجد الأمر كله فالقول للوكيل مع يمينه وبرئ المشتري من الثمن ، فلو وجد به عيبا ورده لا يرجع بالثمن على البائع لعدم ثبوت القبض في زعمه ، لا على الوكيل لأنه لا عقد بينهما وإنما هو أمين في قبض الثمن ، وإنما يصدق في دفع الضمان عن نفسه : قال رضي الله عنه : وعرف به أنه إذا صدق الأمر الوكيل في الدفع إليه يرجع المشتري بعد الرد بالعيب بالثمن على الأمر دون القابض اه ح (قوله كالإباق) بالكسر اسم ، يقال أبق أبقا من باب تعب وقتل وضرب وهو الأكثر كما في المصباح . وفي الجوهرة عن الثعالبي : الأبق الهارب من غير ظلم السيد ، فلو من ظلمه سمي هاربا فعلى هذا الإباق عيب لا الهرب ، أطلقه فشمّل مالو كان من المولى أو من مودعه أو المستعير عنه أو المستأجر ، وما إذا كان مسيرة سفر أولا ، خرج من البلدة أولا . قال الزيلعي : والأشبه أن البلدة لو كبيرة كالقاهرة كان عيبا وإلا لا بأن كان لا يمتحن عليه أهلها أو بيوتها فلا يكون عيبا نهر ، ويأتي أنه لا بد من تكرره بأن يوجد عند البائع وعند المشتري (قوله إلا إذا أبق من المشتري إلى البائع) وكذا لو أبق من الغاصب إلى المولى أو إلى غيره إذا لم يعرف بيت المالك ، أو لم يقو على الرجوع (٣) . إليه نهر (قوله في البلدة) قيد به لما في النهر عن القنية : لو أبق من قرية

(١) (قوله وبالتكفين يزول ملكه عنه) ناقشة شيخنا بما صرحوا به في الجناز : لو تبرع بالكفن شخص لم يخرج الكفن بالكفين عن ملك المتبرع ، حتى لو افتقر الميت سبع فالكفن للمتبرع فينبغي المصير إلى ما قاله العلامة ط . وعبارته هكذا : قوله ولو تبرع بالكفن أجنبي لا يرجع ، يعني أو اشترى أجنبي كفننا من ماله تبرعا للميت ثم وجد به عيبا لا يرد ولا يرجع ، والتعبير بالأجنبي اتفاق . قال المقدسي في شرح الكنز : ولو اشترى كفننا لميت ثم وجد به عيبا لا يرد ، وكذا في الخلاصة وفي حاشيتها لتعلق حق الميت ولا يرجع بنقص العيب لاحتمال أن يفترسه سبع فيعود الملك للمشتري فيتمكن من الرد ، وما لم يقع بأس من الرد لا يرجع بنقصه اه فهذا صريح أيضا فيما قاله شيخنا من عدم زوال ملك المتبرع بالتكفين اه .

(٢) (قوله ووجد به عيبا رد إلى الوارث الخ) للصواب إسقاط إلى وصل للضمير بالفعل ، أي رده الوارث الآخر إلى الوارث البائع اه .

(٣) (قوله (أو لم يقو على الرجوع الخ) أي بأن عظمت المسافة بينه وبين المولى فلا اه .

ولم يختص عنده فإنه ليس بعيب :

واختلف في الثور ، والأحسن أنه عيب ، وليس للمشتري مطالبة البائع بالثمن قبل عودته من الإباق ابن ملك قنية (والبول في الفراش والسرقة) إلا إذا سرق شيئا للأكل من المولى أو يسيرا كفلس أو فلسين ؛ ولو سرق عند المشتري أيضا فقطع رجوع ربع الثمن لقطعه بالسرقتين جميعا ؛ ولو رضى البائع بأخذه رجوع بثلاثة أرباع ثمنه عيني (وكلها تختلف صفرا) أى مع التمييز وقدره بخمس سنين ، أو أن يأكل ويلبس وحده ، وتماه في الجوهرة فلو لم يأكل ولم يلبس وحده لم يكن عيبا ابن ملك (وكبرا) لأنها في الصغر

المشتري إلى قرية البائع يكون عيبا (قوله ولم يختص) فلو اختفى عند البائع يكون عيبا لأنه دليل الترد (قوله والأحسن أنه عيب) وقيل لا مطلقا ، وقيل إن دام على هذا الفعل فعيب لا لو مرتين أو ثلاثا ، والظاهر أن غير الثور من البهائم كالثور ط (قوله قبل عودته من الإباق) ومثله قبل موته كما في البحر ، فإن مات أبقا يرجع بنقصان العيب كما في الهندية ومؤنة الرد على المشتري فيما له حمل ومؤنة بحر . ويرده في موضع العقد زادت قيمته أو نقصت أو في موضع التسليم لو اختلف عن موضع العقد كما في الخانية سائحاني (قوله ابن ملك قنية) في بعض النسخ وقنية بزيادة واو العطف وهي أحسن ، وذكر المسألة أيضا في البحر عن جامع الفصولين (قوله والسرقة) سواء أوجبت قطعا أولا كالنباش والطرار وأسبابها في حكمها ، كما إذا نقب البيت وإطلاقهم بعم الكبرى كما في الظهيرية ح عن النهر (قوله إلا إذا سرق شيئا للأكل من المولى) أى فإنه لا يكون عيبا ، بخلاف ما إذا سرق ليمنعه أو سرقه من غير المولى ليأكله فإنه عيب فيهما بحر فافهم ، وظاهره قصر ذلك على المأكول ، ويفيده قول البزازية : وسرقة النقد مطلقا عيب وسرقة المأكولات الأكل من المولى لا يكون عيبا : قال في النهر : وينبغي أنه لو سرق من المولى زيادة على ما يأكله عرفا يكون عيبا (قوله أو يسيرا كفلس أو فلسين) جزم به لازليعى ، وظاهر ما في المعراج أنها قويلة وأن المذهب الإطلاق ، وعلى هذا القول مادون الدرهم كذلك كما ذكره فيه بحر (قوله ولو سرق الخ) ستأني هذه المسألة أو آخر الباب عند قول المصنف قتل المقبوض أو قطع الخ وهي مذكورة في الهداية (قوله أيضا) أى بعد ما سرق عند البائع (قوله رجوع ربع الثمن) سواء كانت السرقة متكررة عندهما ، أو اتحدت عند أحدهما وتكررت عند الآخر كما يفيد التعليل .

ووجه الرجوع بالربع أن دية اليد في الحر نصف دية النفس ، وفي الرقيق نصف القيمة ، وقد تلف هذا النصف بسببين : تحقق أحدهما عند البائع والآخر عند المشتري فيتنصف الموجب فيرجع بنصف النصف وهو الربع ، وأطلق فيه فشمّل ما إذا طلب رب المال المسروق في السرقتين أو في إحداهما دون الأخرى ، وهذا التعليل يفيد اعتبار القيمة لا الثمن . وقد يقال : إنما عبر به نظرا إلى أن الغالب أن الثمن قدر القيمة ط (قوله رجوع بثلاثة أرباع ثمنه) أى رجوع المشتري عليه بذلك ، لأن ربع الثمن سقط عن البائع بالسرقة الثانية (قوله أو أن يأكل الخ) قال في النهر : وفسره أى التمييز بعضهم بأن يأكل ويشرب ويستنجى وحده ، وهذا يقتضى أن يكون ابن سبع لأنهم قدره بذلك في الحضائنة ، لكن وقع البصريع في غير موضع بتقديره بخمس سنين فما فوقها ، وما دون ذلك لا يكون عيبا اه .

قلت : والفرق بين البابين أن المدار هنا على الإدراك وهناك على الاستغناء عن النساء تأمل (قوله وتماه في الجوهرة) لم أر فيها زيادة على ما هنا إلا أنه ذكر فيها التقدير الأول عند قوله والبول في الفراش ، والثاني عند قوله والسرقة ، وظاهر البحر وغيره عدم الفرق بين الموضعين (قوله لأنها) أى هذه العيوب الثلاثة

لفصوّر عقل وضعف مثانة عيب ، وفي الكبر لسوء اختيار وداء باطن عيب آخر ، فعند اتحاد الحالة بأن ثبت إباقه عند بائعه ثم مشتريه كلاهما في صغره أو كبره له الرد لاتحاد السبب ، وعند الاختلاف لا يكونه عيباً حادثاً كعيب حم عند بائعه ثم حم عند مشتريه ، إن من نوعه له رده وإلا لا عيب .

بقي لو وجده يبول ثم تعيب حتى يرجع بالنقصان ثم بلغ هل للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ ينبغي نعم فتح .

(والجنون) هو اختلاف القوة التي بها إدراك الكليات تلويح ، وبه علم تعريف العقل أنه القوة المذكورة ، ومعدنه القلب وشعاعه في الدماغ درر (وهو لا يختلف بهما) لاتحاد سببه ، بخلاف مامر : وقيل يختلف عيني ،

(قوله لفصوّر عقل) يرجع إلى الإباق والسرقة ، كما أن قوله بعده لسوء اختيار يرجع إليهما أيضاً ط (قوله فعند اتحاد الحالة الخ) تفرغ على اختلافها صغراً وكبراً (قوله بأن ثبت إباقه) أي أو بوله أو سرقته (قوله عند بائعه) أو عند بائع بائعه (قوله ثم مشتريه) أفاد أنه لو ثبت عند البائع ولم يعد عند المشتري لا يرد ، وهو الصحيح كما في جامع الفصولين (قوله إن من نوعه) بأن حم في الوقت الذي كان يحم فيه عند البائع كما في النهرح (قوله لو وجده يبول) أي وهو صغير وثبت بوله عند بائعه أيضاً (قوله حتى يرجع بالنقصان) أي نقصان البول ، لأنه بالعيب الحادث امتنع الرد ، فتعين الرجوع بالنقصان . والظاهر أن العيب الحادث غير قيد ، بل مثله مالمو أراد الرد فصالحه البائع عن العيب على شيء معلوم .

ثم رأيت في النهر عن الخانية : اشترى جارية وادعى أنها لا تحيض واسترد بعض الثمن ثم جاضت ، قالوا : إن كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع أن يسترد ذلك أو وسيأتي آخر الباب تقييد الشارح ذلك بما إذا زال العيب بلا علاجه (قوله ينبغي نعم) نقل ذلك في الفتح عن والد صاحب الفوائد الظهيرية ، وأنه قال لارواية فيه ، وأنه استدل لذلك بمسألتين : إحداهما إذا اشترى جارية ذات زوج كان له ردّها ، وأو تعيبت بعيب آخر رجع بالنقصان ؛ فلو أبانها زوجها كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب ، فيكذا فيما نحن فيه . والثانية إذا اشترى عبداً فوجده مريضاً كان له الرد ، ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان ، فإذا رجع ثم برى بالمداواة لا يسترد وإلا استرد ، والبلوغ هنا لا بالمداواة فينبغي أن يسترد اه (قوله تلويح) قال في البحر : وفي التلويح : الجنون اختلال القوة المميزة بين الأشياء الحسنة والقييحة المدركة للعواقب انتهى : والأخصر اختلال القوة التي بها إدراك الكليات اه وأشار بقوله والأخصر إلى أن المؤدى واحد ، فما عزاه الشارح إلى التلويح نقل بالمعنى فافهم (قوله ومعدنه القلب الخ) مثل على رضى الله تعالى عنه عن معدن العقل ، فقال : القلب ، وإشراقه إلى الدماغ ، وهو خلاف ما ذكره الحكماء ، وقول على أعلى عند العلماء من بشرح بدء الأملى للتمارى (قوله وهو لا يختلف بهما) فلو جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري في الصغر أو في الكبر يرد له لأنه عين الأول لأن سبب الجنون في حال الصغر والكبر متحد ، وهو فساد الباطن : أي باطن الدماغ ، وهذا معنى قول محمد رحمه الله تعالى : والجنون عيب أبداً ، لا ما قبل إن معناه أنه لا تشترط الملوذة للجنون في يد المشتري فيرد بمجرد وجوده عند البائع فإنه غلط ، لأن الله تعالى قادر على إزالته بإزالة سببه وإن كان قلماً يزول ، فإذا لم يعاوده جاز كون البيع صدر بعد الإزالة ، فلا يرد بلا تحقق قيام العيب فلا بد من المعاودة ، وهذا هو الصحيح ، وهو المذكور في الأصل والجامع الكبير ، واختاره الإسيبجاني فتح (قوله وقيل يختلف) فيكون مثل مامر من الإباق

ومقداره فوق يوم وليلة ، ولا بد من معاودته عند المشتري في الأصح ، وإلا فلا رد إلا في ثلاث : زنا الجارية ، والتولد من الزنا ، والولادة فتح .

قلت : لكن في البزازية الولادة ليست بعيب إلا أن توجب نقصانا وعليه الفتوى ، واعتمده في النهر : وفيه : الحبل عيب في بنات آدم لا في البهائم والجدام والبرص والعمى والعمور والحول والصمم والخرس والقروح والأمراض عيوب ، وكذا الأدر وهو انتفاخ الأنثيين والعنين والخصى عيب ، وإن اشترى على أنه خصى فوجده فحلا

ونحوه فلا بد من تكرره في الصغر أو في الكبر وهذا قول ثالث (قوله ومقداره فوق يوم وليلة) جزم به الزبلي وقيل هو عيب ولو ساعة ، وقيل المطبق نهر ، والمطبق بفتح الباء بحر ، ومر تعريفه في الصوم (قوله في الأصح) قد علمت أن مقابله غلط (قوله إلا في ثلاث الخ) فيه أن الكلام في معاودة الجنون وهذه ليست منه ، وهي مستثناة من اشتراط المعاودة مطلقا . وعبارة البحر : الأصل أن المعاودة عند المشتري بعد الوجود عند البائع شرط للرد إلا في مسائل الخ (قوله والتولد من الزنا) بأن يكون الرقيق متولدا من الزنا ، لكن هذا مما لا يمكن معاودته ط (قوله والولادة) قال في الفتح : إذا ولدت الجارية عند البائع لامن البائع أو عند آخر فإنها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وإن لم تلد ثانيا عند المشتري ، لأن الولادة عيب لازم ، لأن الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول أبدا ، وعليه الفتوى . وفي رواية كتاب البيوع لا ترد اه وقوله لامن البائع لأنها لو ولدت منه صارت أم ولده فلا يصح بيعها . قال في الشرنبلالية : وقوله وإن لم تلد ليس المراد ما يوهم الرد بعد ولادتها عند المشتري لامتناعه بتعيها عنده بالولادة ثانيا مع العيب السابق بها اه .

قلت : هذا مسلم إن حصل بالولادة الثانية عيب زائد على الأول فتأمل (قوله فتح) صوابه بحر لأنه في الفتح لم يذكر إلا الأخيذة (قوله واعتمده في النهر) حيث قال : وعندى أن رواية البيوع أوجه ، لأن الله تعالى قادر على إزالة الضعف الحاصل بالولادة . ثم رأيت في البزازية عن النهاية : الولادة ليست بعيب إلا أن توجب نقصانا وعليه الفتوى اه وهذا هو الذي ينبغي أن يعول عليه اه كلام النهر .

أقول : الذي رأيت في نسختين من البزازية ، وكذا في غيرها نقلها عنها مالمصه : اشتراها وقبضها ثم ظهر ولادتها عند البائع لامن البائع وهو لا يعلم ، في رواية المضاربة عيب مطلقا لأن التكسر الحاصل بالولادة لا يزول أبدا وعليه الفتوى . وفي رواية إن نقصتها الولادة عيب ، وفي البهائم ليست بعيب إلا أن توجب نقصانا وعليه الفتوى اه فقوله . وفي البهائم كأنه وقع في نسخة صاحب النهر ، وفي النهاية فظنه تصحيحا للرواية الثانية في مسألة الجارية ، وهو تصحيح من الكاتب بنى عليه مازعمه وليس كذلك ، فلم يكن في المسألة اختلاف تصحيح ، بل التصحيح الثاني لولادة البهيمة فافهم (قوله الحبل عيب الخ) نص على هذا التفصيل في كافي الحاكم فصار الحبل في حكم الولادة على ما عرفته وعلمه في السراج بأن الجارية تراد للوطء والتزويج والحبل يمنع من ذلك ، وأما في البهائم فهو زيادة فيها (قوله وكذا الأدر) بفتح الهمزة والبدال مع القصر ، أما ممدود الهمزة فهو من به الأدر وفعله كفرح والاسم الأدرة بالضم ، وقوله الأنثيين غير شرط بل انتفاخ أحدهما كاف فيها بظهور ط (قوله والعنين) الظاهر أن الباء زائدة من النساخ والأصل والعن بنونين فيكون قوله والخصى بكسر ففتح (١) وعبارة الخانية والعنة عيب وكذا الخصى والأدر (قوله عيب) مصدر يصدق بالمتعدد وغيره فلا ينافي جعله خبرا عن شيئين ، وعلى

(١) (قوله فيكون قوله والخصى بكسر ففتح) يلزم عليه أنه مقصور مع أنه ممدود ككسائه كافي المصباح وبه تعلم ما في قوله بمد في عبارة الخانية ، وكذا الخصى تأمل اه مصححه .

فلا خيار له جزهرة (والبخر) نتن القم (والذفر) نتن الإبط ، وكذا نتن الأنف بزازية (والزنا والتولد منه) كلها عيب (فيها) لافيه ولو أمرد في الأصح خلاصة (إلا أن يفحش الأولان فيه) بحيث يمنع القرب من المولى (أو يكون الزناعادة له) بأن يتكرر أكثر من مرتين ، والواطية بها عيب مطلقاً ، وبه إن مجانا لأنه دليل الأئمة وإن بأجر لافنية. وفيها : شري حمارا تعلوه الحمر إن طاع فعيب وإلا لا ، وأما التخذت بلين صوت وتكسر مشى فإن كثر رد ، لا إن قل بزازية (والكفر) بأقسامه وكذا الرفض والاعتزال بحر بحثنا

كون النسخة العين والخصى بالتشديد فيهما يكون التقدير ذوا عيب (قوله فلا خيار له) لأن الخصاص عند الإمام في العبد عيب فكأنه شرط العيب فبان سليماً . وقال الثاني : الخصى أفضل لرغبة الناس فيه فيخير بزازية ، وجزم في الفتح بقول الثاني ، ومقتضاه جريان الخلاف أيضا فيما لو شري الجارية على أنها مغنية لأن الغناء عيب شرعا كالخصاص كما قدمناه قبيل خيار الرؤية (قوله والبخر) بالوحدة المفتوحة والخاء المعجمة من حد تعب . أما بالجيم فانتفاخ ماتحت السرة ، وهو عيب في الغلام أيضا . وفي الفتح : البخر الذي هو العيب الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون لقلح في الأسنان فإن ذلك يزول بتنظيفها اه نهر : والقاح بالقاف والخاء المهملة محركا : صفرة الأسنان كما في القاموس ، وهذا أولى مما قيل إنه بالفاء والجيم : وهو تباعد ما بين الأسنان (قوله والذفر) بفتح الدال المهملة والفاء وسكونها أيضا ، أما بالذال المعجمة فبفتح الفاء لا غير ، وهو حدة من طيب أو نتن . قال في العناية : منه قولهم مسك أذفر وإبط ذفر ، وهو مراد الفقهاء من قولهم : الذفر عيب في الجارية اه وأصله في المغرب إلا أن كونه مراد الفقهاء لا غير فيه نظر ، إذ لا يشترط في كونه عيبا شدته ، فالأولى كونه بالمهملة فتدبر نهر (قوله وكذا نتن الأنف) الظاهر أنه يقال فيه ذفر بالمعجمة وندن ربح الإبط بهما نهر (قوله كأنها عيب فيها لافيه) أي في الجارية لافى الغلام ، لأن الجارية قد يراد منها الاستفراش ، وهذه المعاني تمنع منه ، بخلاف الغلام لأنه للاستخدام ، وكذا التولد من الزنا ، لأن الولد يعبر بالأُم التي هي ولد الزنا كما في العزيمة عن المعراج (قوله خلاصة) نص عبارتها : والأصح أن الأمرد وغيره سواء اه ، وبه سقط ما في حاشية نوح أفندي والوفاي أنه في الخلاصة جعل البخر في الغلام الأمرد عيبا فتدبر (قوله بأن يتكرر) لأن أتباعه نحل بالخدمة درر (قوله والواطية بها) أي بالمرأة بأن كانت تطلب من الناس ذلك (قوله عيب مطلقا) أي مجانا أو بأجرة لأنه يفسد الفراش بحر (قوله وبه إن مجانا) الظاهر تقييده بما إذا تكرر (قوله لأنه دليل الأئمة) في القاموس : الأئمة بالضم العقدة في العود والعيب اه والمراد هنا عيب خاص ، وهو داء في الدبر تنفعه اللواطة (قوله والكفر) لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته ولأنه يمنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة ، فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لا يرد. لأنه زوال العيب هداية : زاد في الشرنبلالية : أي ولو كان المشتري كافرا ذكره في المنبع شرح المجمع والسراج الوهاج كذا بخط العلامة الشيخ علي المقدسي اه ، أي لأن الإسلام خير محض وإن شرط المشتري الكافر عدمه (قوله بحر بحثنا) حيث قال : ولم أر مالو وجده خارجا عن مذهب أهل السنة كالمعتزلي والرافضي ، وينبغي أن يكون كالكافر ، لأن السني ينفر عن صحبته وربما قتله الرافضي ، لأن الرافضة يستحاون قتلنا اه . وأنت خير بأن الصحيح في المعتزلة والرافضة وغيرهم من المبتدعة أنه لا يحكم بكفرهم وإن سبوا الصحابة أو استحلوا قتلنا بشبهة دليل كالمعراج الذين استحلوا قتل الصحابة ، بخلاف الغلاة منهم كالمعتزليين بالنبوة لعلى والقاذفين للصديقة فإنه ليس لهم شبهة دليل فهم كفار كالفلاسفة كما بسطناه في كتابنا [تنبيه الولاة والحكام على حكم شاتم خير الأنام] وقدما بعضه في باب الردة . وبه ظهر أن مراد البحر غير الكافر منهم ولذا شبهه بالكافر ، وبه سقط اعتراض

عيب (فيهما) ولو المشتري ذمها سراج (وعدم الحيض) لبنت سبعة عشر وعندهما خمسة عشر ، ويعرف بقولها إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح ما تقي .

النهر بأن الرافضى الساب للشيخين داخل في الكافر ، وكذا ما أجاب به بعضهم من أن مراد البحر المفضل لا الساب فافهم (قوله عيب فيهما) أي في الجارية والغلام (قوله ولو المشتري ذمها سراج) عبارة السراج على ماني البحر الكفر عيب ، ولو اشتراها مسلم أو ذمي . قال في البحر : وهو غريب في الذمي اه وكذا قال في النهر : ولم أره في كلام غير السراج ، كيف ولا نفع للذمي بالمسلم لأنه يجز على إخراجها عن ملكه اه يعني أنه لو ظهر مشري الذمي مسلماً ليس له الرد كما قدمناه مع أنه لا يمكن من إبقائه على ملكه فإذا ظهر كافراً يكون عدم الرد بالأولى لأنه يبقى على ملكه فهو أنفع له من المسلم فكيف يكون كفره عيباً في حق الذمي دون إسلامه ، هذا تقرير كلامه فافهم . وقد يجاب بأن الإسلام نفع محض شرعاً وعقلاً فلا يكون عيباً في حق أحد أصلاً ، بخلاف الكفر فإنه أقبح العيوب شرعاً وعقلاً فهو عيب محض في حق الكل ، ولذا قال المصنف في المنح بعد ما مر عن البحر .

أقول : ليس بغريب ، لما علم من أن العيب ما ينتقص الثمن عند التجار ، ولا شك أن الكفر بهذه المثابة ، لأن المسلم ينفر عنه وغيره لا يرغب في شرائه لعدم الرغبة فيه من الكل وهو أقبح العيوب ، لأن المسلم ينفر عن صحبته ولا يصلح الاعتاق في بعض الكفارات فتختل الرغبة اه .

قلت : ويؤيده أنها لو ظهرت مغنية له الرد مع أن بعض الفسقة يرغب فيها ويزيد في ثمنها لأنه عيب شرعاً ، وكذا لو ظهر الأمر أبحر ليس له الرد مع أنه عيب عند بعض الفسقة ، لكنه ليس بعيب شرعاً ، لأنه لا يخل بالاستخدام وإن أخل بغرض المشتري الفاسق ، نعم بشكل عليه ماني الخانية : يهودى باع يهوداً زيتاً وقعت فيه قطرات خمر جاز البيع ، وليس له الرد لأن هذا ليس بعيب عندهم اه تأمل (قوله وعدم الحيض) لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ، لأن الحيض مركب في بنات آدم ، فإذا لم تحض فالظاهر أنه لداء فيها وذلك الداء هو العيب ، وكذا الاستحاضة لداء فيها زيلعى (قوله وعندهما خمسة عشر) ويقولها يفتى ط ، فانقطاع الحيض لا يكون عيباً إلا إذا كان في أوانه ، أما انقطاعه في سن الصغر أو الإياس فلا اتفاقاً كما في البحر عن المعراج . قال في النهر : ويجب أن يكون معناه إذا اشتراها عالماً بذلك . وفي المحيط : اشتراها على أنها تحيض فوجدها لا تحيض إن تصادقا على أنها لا تحيض بسبب الإياس فله الرد لأنه عيب لأنه اشتراها للحبل والآيسة لا تحبل اه .

قلت : ماني المحيط ظاهر لأنه حيث اشترط حيضها كان فوات البوصف المرغوب ، أما إذا لم يشترطه فالظاهر أنها لا ترد لما قدمناه عن البرازية : أو وجد الدابة كبيرة السن لا ترد إلا إذا شرط صغرها فتدبر . وفي القنية : وجدها تحيض كل ستة أشهر مرة فله الرد (قوله ويعرف بقولها الخ) قال في الهداية : ويعرف ذلك بقول الأمة فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح اه ومثله في متن الملتقى . وذكر الزيلعى تبعاً للنهابة وغيرها من شروح الهداية أنه لا تسمع دعواه بأنه ارتفع حيضها إلا إذا ذكر سببه وهو الداء أو الحبل فالتم يذكر أحدهما لا تسمع دعواه ، ويعرف ذلك بقول الأمة لأنه لا يعرفه غيرها ويستحلف البائع مع ذلك فترد بنكوله لو بعد القبض ، وكذا قبله في الصحيح . وعن أبي يوسف ترد بلا يمين البائع . قالوا في ظاهر الرواية : لا يقبل قول الأمة فيه (١) كما في الكافي ، والمرجع في الحبل إلى قول النساء ، وفي الداء إلى قول الأطباء ، واشترط لثبوت

(١) (قوله لا يقبل قول الأمة فيه) للظاهر أن مرجع التفسير هو الرد ، وهو مقتضى جملة مقابلاً لقول أبي يوسف ، وهذا تعلم ماني قول الحشى الآق ، لكن ينافيه ما مر من قوله قالوا الخ إذ معنى الرجوع إلى قول الأمة الذى هو مقتضى كلام النهر ، إنما هو اعتبار قولها في توجه الخصومة على البائع . ولا منافاة بين هذا وبين قولهم لا يعتبر قول الأمة فيه : أى في الرد ، بمعنى أنها لا ترد بمجرد قولها لم أحض ، وحينئذ لا حاجة إلى حمل صفة ، قالوا على التبرى المشعر بالضعف اه .

ولا تسمع في أقل من ثلاثة أشهر عند الثاني

العيب قول عدلين منهم اه ملخصا . واعترضهم في الفتح بأن اشتراط ذكر السبب مناف لتقرير الهداية بأنه يعرف بقول الأمة ، وكذا قال العتابي وغيره ، وهو الذي يجب أن يعول عليه إذ لو لزم دعوى الداء أو الحبل لم يتصور أن يثبت بقولها توجه اليمين على البائع ، بل لا يرجع إلا إلى قول الأطباء أو النساء ، ولذا لم يتعرض له فقيه النفس قاضيخان . فظهر أن اشتراطه قول مشايخ آخرين يغلب على الظن خطأهم اه ملخصا . واعترضه في البحر بأن قاضيخان صرح أولا بالاشتراط نقلا عن الإمام ابن الفضل ، ثم نقل عنه أيضا بعد صفحة اعزاد صاحب الفتح إلى الخانية . ولا منافاة بين قولهم يعتبر قول الأمة وقولهم والمرجع إلى النساء في الحبل وإلى الأطباء في الداء لأن الأول إنما هو لأجل انقطاع الدم لتوجه الخصومة إلى البائع ، فإذا توجهت إليه بقولها وعين المشتري أنه عن حبل رجعنا إلى النساء العلامات بالحبل لتوجه اليمين على البائع وإن عين أنه عن داء رجعنا إلى قول الأطباء كذلك كما لا يخفى اه ، لكن قال في النهر : ورأيت في المحيط أن اشتراط ذكر السبب رواية النوادر ، وعليه يحمل ما في الخانية اه . ومقتضاه تعيين الرجوع إلى قول الأمة لكن ينافيه ما مر من قوله قالوا ظاهر الرواية أنه لا يقبل قولها فيه ، إلا أن يقال إن لفظ قالوا يشير إلى الضعف . ونقل العلامة المقدسي عن الرئيس الشيخ قاسم أنه ذكر عبارتي الخانية وقال إن الثانية أي التي اقتصر عليها في الفتح أوجه .

قلت : وهذا ترجيح منه لما اختاره في الفتح ، وإليه يشير كلام النهر أيضا .

[تنبيه] في صفة الخصومة في ذلك . أما على ما ذكره الشراح فهي أنه بعد بيان السبب والرجوع إلى النساء أو الأطباء ومضى المدة الآتي بيانها يسأل القاضي البائع ، فإن صدق المشتري ردها عليه ، وإن قال هي كذلك للحال ، وما كانت كذلك عندي توجهت الخصومة على البائع لنصها دقهما على قيامه للحال فله المشتري تحايفه ، فإن حلف برى وإلا ردت عليه ، وإن أنكر الانقطاع للحال لا يستحلف عنده ، وعندهما يستحلف . قال في النهاية : ويجب كونه على العلم بالله ما يعلم انقطاعه عند المشتري . وتعقبه في الفتح بأنه لو حلف كذلك لا يكون إلا بارا ، إذ من أين يعلم أنها لم تحض عند المشتري اه . وأما صفتها على ما صححه في الفتح فقال بأن يدعى الانقطاع للحال ووجوده عند البائع ، فإن اعترف البائع به ردت عليه ، وإن اعترف به للحال وأنكر وجوده عنده استخبرت الجارية ، فإن ذكرت أنها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلفه بالله ما وجد عنده ، فإن لكل ردت عليه ، وإن اعترف بوجوده عنده وأنكر الانقطاع للحال فاستخبرت فأنكرت الانقطاع لا يستحلف عنده ، وعندهما يستحلف اه (قوله ولا تسمع في أقل من ثلاثة أشهر عند الثاني) اعلم أن الزيلعي ذكر هنا أيضا تبعا لشرح الهداية أنه لو ادعى انقطاعه في مدة قصيرة لا تسمع دعواه ، وفي المدينة تسمع ، وأقلها ثلاثة أشهر عند أبي يوسف ، وأربعة أشهر وعشر عند محمد . وعن أبي جنيفة وزفر أنها سنتان اه . وفي رواية تسمع دعوى الحبل بعد شهرين وخمسة أيام ، وعليه عمل الناس بزازية وغيرها . وذكر في البحر أن ابتداء المدة من وقت الشراء . ورجح في الفتح ما في الخانية من تقديرها بشهر . وردت عليه في البحر بأنه خبط عجيب وغلط فاحش ، لأنه لا اعتبار بما في الخانية مع صريح النقل عن أئمتنا الثلاثة ، وأقره في النهر .

قلت : وهو مدفوع ، فقد قال في الذخيرة : أما إذا ادعى المشتري انقطاع حيضها وأراد ردها بهذا السبب لا يوجد لهذا رواية في المشاهير ، ثم قال بعد كلام : ويحتاج بعد هذا إلى بيان الحد الفاصل بين المدة اليسيرة والكثيرة قالوا : ويجب أن يكون هذا كسألة مدة الاستبراء إذا انقطع الحيض ، والروايات فيها مختلفة ثم ذكر الروايات

(والاستحاضة والسعال القديم) لا المعتاد (والدين) الذي يطالب به في الحال لا المؤجل لعنقه فإنه ليس بعيب كما نقله مسكين عن الذخيرة ، لكن عم الكمال وعمله بنقصان ولانه وميراثه (والشعر والماء في العين وكذا كل مرض فيها) فهو عيب معراج كسبل وحوض وكثرة دمع (والثؤلول) بمثلثة كزنبور بثر صغار صلب مستدير على صورشتي جمعه تأليل قاموس وقيدته بالكثرة بعض شراح الهداية (وكذا الكي) عيب (لو عن داء وإلا لا) وقطع الأصبع عيب ، والأصبعان عيبان ، والأصابع مع الكف عيب واحد ، والعسر وهو من يعمل بيساره فقط إلا أن يعمل باليمين أيضا كعمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ،

السابقة . فعلم أن مذكروه هنا من المدة إنما ذكروه بطريق القياس على مسألة استبراء ممتدة الطهر ، وقد نبه على ذلك المحقق صاحب الفتح ، ورد القياس بإبداء الفارق بين المسألتين فإنه نقل ما في الخانية من تقدير المدة بشهر . ثم قال : وينبغي أن يعول عليه ، وما تقدم هو خلاف بينهم في استبراء ممتدة الطهر ، والروايات هناك تستدعي ذلك الاعتبار ، فإن الوطء ممنوع شرعا إلى الحيض لاحتمال الحمل فيكون ماؤه ساقيا زرع غيره : فقدره أبو حنيفة وزفر بسنتين لأنه أكثر مدة الحمل وهو أفيس . وقدره محمد وأبو حنيفة في رواية بعدة الوفاة ، لأنه يظهر فيها الحمل غالبا . وأبو يوسف بثلاثة أشهر لأنها عدة من لا تحيض . وفي رواية عن محمد : شهران وخمسة أيام وعليه الفتوى ، والحكم هنا ليس إلا كون الامتداد عيبا فلا يتجه إناطته بسنتين أو غيرهما من المدد اهـ . لمخصا : فقد ظهر لك أنه لا يصح في مسألتنا دعوى النقل عن أئمتنا الثلاثة لأن المنقول عنهم ذلك إنما هو في مسألة الاستبراء المذكورة أما مسألة العيب فلا ذكر لها في المشاهير وإنما اختلف المشايخ فيها قياسا على مسألة الاستبراء والإمام فقيه النفس قاضيه خان اختار تقدير المدة بشهر لتوجه الخصومة بالعيب المذكور ، لأنه يظهر للقوابل أو الأطباء في شهر فلا حاجة إلى الأكثر ، ورجحه خاتمة المحققين وهو من أهل الترجيح ، فالقول بأنه خبط عجيب هو العجيب ، فاغتم هذا التحقيق ، والله تعالى ولي التوفيق (قوله والاستحاضة) بالجر عطفًا على المضاف الذي هو عدم ط (قوله والسعال القديم) أي إذا كان عن داء ، فأما القدر المعتاد منه فلا فتح . وظاهره أن الحادث غير عيب ولو وجد عندهما ، لكن المنظور إليه كونه عن داء لا القدم ، ولذا قال في الفصولين : السعال عيب إن فحش وإلا فلا أفاده في البحر (قوله والدين) لأن ماليتنه تكون مشغولة به والغرماء مقدمون على المولى ، وكذا لو في رقبته جنابة . قال في السراج لأنه يدفع فيها فتستحق رقبته بذلك ، وهذا يتصور فيما لو حدثت بعد العقد قبل القبض ، فلو قبل العقد فبالبيع صار البائع مختارا للفداء (١) ولو قضى المولى الدين قبل الرد سقط الرد لزوال الموجب له اهـ وكذا لو أبرأه الغريم بزازية . وفي القنية : الدين عيب إلا إذا كان يسيرا لا بعد مثله نقصانا بحر (قوله لا المؤجل لعنقه) اللام بمعنى إلى ، والمراد الذي تتأخر المطالبة به إلى ما بعد عنقه كدين لزمه بالمبايعة بلا إذن المولى (قوله لكن عم الكمال) هو بحث منه مخالف للنقل بحر (قوله وعمله بنقصان ولانه وميراثه) لم يظهر وجه نقصان الولاء إلا أن يراد نقصان الولاء بنقصان ثمرته وهي الميراث تأمل اهـ ح (قوله كسبل) هو داء في العين يشبه غشاوة كأنها لسج العنكبوت بعروق حمراء ح عن جامع اللغة (قوله وحوض) بفتحين والحاء والصاد مهماتان : ضيق في آخر العين وبابه ضرب ح عن جامع اللغة ونحوه في القاموس والمصباح . وفي الفتح أنه نوع من الحول (قوله بثر) بضم الباء وتسكين المثلة يفرق بينه وبين واحده بالتاء ويذكر لكونه اسم جنس ويؤنث نظرا إلى الجمعية فإنه اسم جنس وضعا جمعي استعمالا على المختار ط (قوله والأصبعان عيبان الخ) أي قطعهما ، فأو باعها بشرط البراءة

(١) (قوله مختارا للفداء) أي إذا كان عالما به وإلا فلا يكون بالبيع مختارا للفداء اهـ .

والشيخ ، وشرب خمر جهرا وقمار إن عد عيبا ، وعدم هختانها لو كبيرين مولدين وهدم نهق حمار ، وقلة أكل دواب ، ونكاح ، وكذب ونميمة ، وترك صلاة ، لكن في القنية تركها في العبد لا يوجب الرد . وفيها : لو ظهر أن الدار مشثومة ينبغي أن يتمكن من الرد لأن الناس لا يرغبون فيها . وفي المنظومة الهيمية : والخال عيب لو على الذقن أو الشفة لا الخلد ، والعيوب كثيرة برأنا الله منها .

من عيب واحد في يدها فإذا هي مقطوعة أصبع واحدة برى لآلو أصبعين لأنهما عيبان ، وإن كانت الأصابع كلها مقطوعة مع نصف الكف فهو عيب واحد ، ولو مقطوعة الكف لا يبرأ لأن البراءة عن عيب اليد والعيب يكون حال قيامها لأحال عدمها كما في الخانية . ومفاده أنه لو لم يقل في يدها يبرأ لو مقطوعة الكف ، وعليه يحمل كلام الشارح ، وكان الأنسب ذكر هذه المسألة فيما سيأتي عند ذكر اشتراط البراءة (قوله والشيب) ومثله الشمط : وهو اختلاط البياض بالسواد ، وغلوه بأنه في أوانه للكبر ، وفي غير أوانه للداء . قال في جامع الفصولين : أقول : جعل الكبر هنا عيبا لآفي عدم الحيض ؛ حتى لو ادعى عدم الحيض للكبر لم يسمع على ما يدل عليه ، امر من قوله لا تسمع دعوى عدم الحيض ، إلا أن يدعيه بحيل أو داء وبينهما منافاة اه (قوله وشرب خمر جهرا) أي مع الإدمان ، فلو على الكتمان أحيانا فليس بعيب كما في جامع الفصولين : أي لأنه لا ينقص الثمن وإن كان عيبا في الدين (قوله إن عد عيبا) كقمار بنرد وشطرنج ونحوهما لا إن كان لا يعد عيبا عرفا كقمار بجزر وبطيخ جامع الفصولين : فالمدار على العرف (قوله لو كبيرين مولدين) بخلافه في الصغيرين . وفي الجلباب من دار الحرب لا يكون عيبا مطلقا . قال في الخانية : وهذا عندهم ، يعني عدم الختان في الجارية المولدة ، أما عندنا عدم الخفض في الجارية لا يكون عيبا بحر (قوله وعدم نهق حمار) لأنه يدل على عيب فيه ط (قوله وقلة أكل دواب) احتراز عن الإنسان فكثرت فيه عيب ، وقيل في الجارية عيب لا الغلام ، ولا شك أنه لا فرق إذا أفرط فتح (قوله ونكاح) أي في العبد والجارية خانية لأن العبد يلزمه نفقة الزوجة ، والجارية يحرم وطؤها على السيد قال في الخانية : وكذا لو كانت الجارية في العدة عن طلاق رجعي لا عن طلاق بائن والإحرام ليس بعيب فيها ، وكذا لو كانت محرمة عليه (١) رضاع أو صهرية (قوله وكذب ونميمة) ينبغي تقيدهما بالكثير المضر (قوله وترك صلاة) وكذا غيرها من الذنوب (٢) بحر (قوله لكن في القنية الخ) يؤيده ما في جامع الفصولين رامزا إلى الأصل الزنا في القن ليس بعيب لأنه نوع فسق فلا يوجب خلاكا كونه أكل الحرام أو تارك الصلاة اه فافهم (قوله ينبغي أن يتمكن من الرد الخ) أقره في البحر والنهر . وفي الولوالجية : والتهوع عيب ، وهو مأخوذ من الهتعة ، وهي دائرة بيضاء تكون في صدر الحيوان إلى جانب نحره يتشاءم به فيوجب نقصانا في الثمن بسبب تشاؤم الناس اه (قوله لو على الذقن الخ) عبارة البحر : وكذا الحال إن كان قبيحا منقصا اه . وفي البرازية : والخال والثؤلول لوف موضع مغل بالزينة ، أما في موضع لا يخل بها كتحت الإبط والركبة لا (قوله والعيوب كثيرة) منها الأدرة في الغلام والعقلة وهي ورم في فرج الجارية ، والسن الساقطة والخضراء والسوداء ضرسا أولا .

واختلف في الصفرة ومنها الظفر الأسود إن نقص القيمة ، وعدم استمسك البول ، والحرن في الدابة : وهو أن تقف ولا تنقاد ، والجموح : وهو أن لا تقف عند الإلجام ، وخلع الرمن واللجام ، وكذا لو اشترى كرما

(١) (قوله وكذا لو كانت محرمة عليه) أي لا تكون معيبة فليس له الرد لأن له الانتفاع بتزويجها وإذا كانت مطلقة بائنا ليس لزوج سبيل عليها قال شيخنا والظاهر أن الحرمة لرضاع أو مصاهرة عيب إذا كان الشراء للتسرى فليتأمل .

(٢) (قوله وكذا غيرها من الذنوب) مكذبا بخطه ولعل الأول وكذا غيره أي الترك أو وكذا غيرها من الفرائض مثلا تأمل ادمصحه .

(حدث عيب آخر عند المشتري) بغير فعل البائع ، فلو به بعد القبض رجع بحصته من الثمن ووجب الأرش وأما قبله فله أخذه أو رده بكل الثمن مطلقا ، ولو برهن البائع على حدوثه والمشتري على قدمه فالقول للبائع والبينة للمشتري ، ولا يرد جبراً ماله حمل ومؤنة إلا في بلد العقد بحر .

فوجد فيه ممرا أو مسيلا للغير أو كان مرتفعا لا يصل إليه الماء إلا بالسكر أو لاشرب له بزازية . وذكر في البحر زيادة على ذلك فراجعه (قوله حدث عيب آخر عند المشتري) من ذلك ما إذا اشترى حديدا ليتخذ منه آلات النجارين وجعله في الكور ليجره بالنار فوجد به عيبا ولا يصاح لتلك الآلات يرجع بالنقصان ولا يردده (١) . ومنه أيضا بل الجلود أو الإبريسم فإنه عيب آخر يمنع الرد ، وتماه في البحر (قوله بغير فعل البائع) ومثله الأجنبي فبقى كلام المصنف شاهلا إذا كان بفعل المشتري أو بفعل المعقود عليه أو بأفة سماوية ، ففي هذه الثلاث لا يردده بالعيب القديم ، لأنه يلزم رده بعين ، وإنما يرجع بحصة العيب إلا إذا رضى البائع به ناقصا أفاده في البحر (قوله فلو به) أي بفعل البائع ومثله الأجنبي ، وقوله بعد القبض يغني عنه قول المصنف عند المشتري لكنه صرح به ليقابله بقوله وأما قبله فافهم (قوله رجع بحصته) أي حصة العيب الأول واستنع الرد بحر (قوله ووجب الأرش) أي أرش العيب الحادث بفعل البائع ، فحينئذ يرجع على البائع بشئين : الأول حصة العيب الأول من الثمن . والثاني أرش العيب الثاني ط ولو كان العيب الثاني بفعل أجنبي رجع بالأرش عليه (قوله وأما قبله الخ) أي وأما إذا كان حدوث العيب الثاني بفعل البائع قبل القبض خير المشتري سواء وجد به عيبا أولا بين أخذه أي مع طرح حصة النقصان من الثمن وبين رده وأخذ كل الثمن ، وكذا لو كان بفعل أجنبي فإنه يخير . ولكنه إن اختار الأخذ يرجع بالأرش على الجاني ، وإن كان بفعل المشتري لزمه بجميع الثمن ، وليس له أن يمسكه ويطلب النقصان أفاده في البحر . وقوله وي طرح عنه حصة جنابة المعقود عليه ظاهره أنه لا يطرح عنه شيء لو النقصان بأفة سماوية . ثم رأيت في جامع الفصولين قال : ولو بأفة سماوية ، فإن كان النقصان قادرا يطرح عن المشتري حصته من الثمن وهو يخير في الباقي أخذه بحصته أو تركه ككون المبيع كيايا أو وزنيا أو عدديا . تقاربا وفات بعض من القادر ، وإن كان النقصان وصفا لا يطرح عن المشتري شيء من الثمن وهو يخير أخذه بكل ثمنه أو تركه ، والوصف ما يدخل في المبيع بلا ذكر كشجر وبناء في الأرض وأطراف في الحيوان وجودة في الكبلي والوزني ، إذ الأوصاف لا قسط لها من الثمن إلا إذا ورد عليها الجنابة أو القبض ؛ يعني إذا قبض ثم استحق شيء من الأوصاف يرجع بحصته من الثمن اه (قوله بكل الثمن) متعلق بقوله أورده ، ولا يصح تعلقه أيضا بقوله فله أخذه أفاده ح (قوله مطلقا) أي سواء وجد به عيبا أولا ح ومثله مامر عن البحر . ولا يخفى أن المراد العيب القديم وإلا فالكلام فيما إذا حدث به عيب ، وأشار إلى أن حدوثه قبل القبض بفعل كاف في التخيير بين الأخذ والرد سواء كان به عيب قديم أولا فافهم (قوله فالقول للبائع) لا يناسب قوله ولو برهن الخ فكان المناسب أن يقول أولا ولو ادعى البائع حدوثه الخ أفاده ح (قوله إلا في بلد العقد) الأولى أن يقول في موضع العقد ليضمحل ما لو نقله إلى بيته في بلد العقد ، وأشار إلى أن تحميلة بمنزلة حدوث عيب لما فيه من مؤنة الرد إلى موضع العقد ، لكن هذا العيب غير مانع لأن مؤنة الرد على المشتري

(١) (قوله ولا يردده الخ) أي لأن الحديد ينتص بالوضع في النار والفضة مثله ، بخلاف الذهب .

أقول : الذهب ينتص بالنار إذا ذاب ، اللهم إلا أن يكون قبل الذوب . ولو حدد سكتنا فرأى عيبه . فإن حدده بحجر فله الرد .

لا لو حدده بحجر لأنه ينتص منه اه .

(رجع بنقصانه) إلا فيما استثنى؛ ومنه مالو شراه تولية أو خاظه لطفله زيلعى أو رضى به البائع جوهره

فلا ضرر فيه على البائع، وقد منا الكلام على هذه المسألة أول باب خيار الرؤية (قوله رجع بنقصانه) بأن يقوم بلا عيب ثم مع العيب؛ وينظر في التفاوت، فإن كان مقدار عشر القيمة رجع بعشر الثمن، وإن كان أقل أو أكثر فعلى هذا الطريق، حتى لو اشتراه بعشرة وقيمته مائة وقد نقصه العيب عشرة رجع بعشر الثمن وهو درهم. قال البزازى وفى المقايضة إن كان النقصان عشر القيمة رجع بنقصان ما جعل ثمننا يعنى ما دخل عليه الباء، ولا بد أن يكون المقوم اثنين بخبر ان بافظ الشهادة بحضرة البائع والمشتري، والمقوم الأهل فى كل حرفة، ولو زال الحادث كان له رد المبيع مع النقصان، وقيل لا، وقيل لا إن كان بدل النقصان قائما رد وإلا لا، وكذا فى القنية، والأول بالقواعد أليق نهر (قوله إلا فيما استثنى) أى من المسائل الست المتقدمة أول الباب ط، وقد علمت ما فيها وكتبنا هناك مسائل أخر منها ما يأتى قريبا فى كلام المصنف من مسألة البعير وغيرها: وفى فتح القدير: ثم الرجوع بالنقصان إذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون (١) من جهة المشتري: أما إذا كان بفعل من جهة كذلك كأن قتل المبيع أو باعه أو وهبه وسلمه أو أعتقه على مال أو كاتبه ثم اطلع على عيب فليس له الرجوع بالنقصان، وكذا إذا قتل عند المشتري خطأ، لأنه لما وصل البديل إليه صار كأنه ملكه من القاتل بالبديل، فكان كما لو باعه ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع (قوله ومنه مالو شراه تولية) هذه إحدى مسألتين ذكرهما فى البحر بقوله يستثنى مسألتان: إحداهما بيع التولية لو باع شيئا تولية ثم حدث به عيب عند المشتري وبه عيب قديم لا رجوع ولا رد، لأنه لو رجع صار الثمن الثانى أنقص من الأول، وقضية التولية أن يكون مثل الأول الثانية لو قبض المسلم فيه فوجد به عيبا كان عند المسلم إليه وحدث به عيب عند رب السلم: قال الإمام: بخير المسلم إليه إن شاء قبله معيبا بالعيب الحادث، وإن شاء لم يقبل، ولا شىء عليه من رأس المال ولا من نقصان العيب، لأنه لو غرم نقصان العيب من رأس المال كان اعتياضا عن الجودة (٢) فيكون ربا اه ملخصا (قوله أو خاظه لطفله) الأولى أن يقول أو قطعه لطفله، لأن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لطفله وخاظه صار مملكا له بالقطع قبل الخياطة، فإذا وجد به عيبا لا يرجع بنقصانه: أما لو كان الولد كبيرا يرجع بالعيب لأنه لا يصير ملكا له إلا بقبضه فإذا خاظه قبل القبض امتنع الرد بالخياطة فإذا حصل التملك بعد ذلك بالتسليم لا يمتنع الرجوع بالنقصان بناء على ما سياتى من أن كل موضع للبائع أخذه معيبا لا يرجع بإخراجه عن ملكه وإلا رجع؛ ففى الأول أخرجته عن ملكه قبل امتناع الرد وفى الثانى بعده، إذ ليس للبائع أخذه معيبا بعد الخياطة كما يأتى، وتماه فى الزيلعى:

وبما قررناه ظهر أن التقييد بالخياطة تبعا للهداية احترازا فى الكبير اتفاقا فى الصغير كما نبه عليه فى البحر (قوله أو رضى به البائع) يعنى أنه لو أراد الرجوع بنقصان العيب ورضى البائع بأخذه منه معيبا امتنع رجوع المشتري بالنقصان، بل إما أن يمسكه بلا رجوع، وإما له سرده:

(١) (قوله بفعل مضمون) أى لو حصل فى ملك الغير، كما لو غصب مال شخص ووهبه أو باعه مثلا يكون مضمونا عليه وإلا فلا معنى، لأنه يقال تصرف الإنسان فى ملكه مضمون أو غير مضمون اه .
(٢) (قوله كان اعتياضا عن الجودة) أى وهى وصف والأوصاف لا يقابلها شىء من الثمن مالم تقصد. وفيه أن هذا وجود فى جميع المسائل التى حكم فيها بالرجوع، مثلا لو اشترى عبدا فوجده يبول وامتنع الرد بسبب حدث عيب عند المشتري قلنا له الرجوع بحصته من الثمن، ففى هذا ما يفرمه البائع إنما هو فى مقابلة الوصف وهو السلامة، فلم يكن للم مميذا عن غيره فى شىء من العلة. وأجاب شيخنا بما حاصله أن الرجوع بنقصان العيب فى معنى التملك الوصف للفاتح للبائع، والوصف كالجزم من المبيع فيكون تصرفا فى المبيع قبل قبضه وهو لا يجوز فى السلم ولو من هو عليه، بخلاف غيره من التصرفات، فثبت السلم متميذا عن غيره بذلك اه .

(٣ - حاشية ابن عابد - ٥)

(وله الرد برضا البائع) إلا لمانع عيب أو زيادة

لا يقال : لأحاجة إلى هذه المسألة مع قول المتن وله الرد برضا البائع ، لأن مافي المتن لبيان أنه مخير بين الرجوع بالنقصان والرد برضا البائع ، وهذا لا يدل على أن رضا البائع بالرد يبطل اختيار المشتري الرجوع بالنقصان ، فلذا ذكر الشارح هذه المسألة مبطلات الرجوع ، فله دره بما حواه دره فافهم (قوله وله الرد برضا البائع) لأن في الرد إضرار بالبائع لكونه خرج عن ملكه سالما عن العيب الحادث ، فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى بالضرر فيخير المشتري حينئذ بين الرد والإمساك من غير رجوع بنقصان ، وهذا المعنى لا يستفاد من المتن ؛ فلو قال ولم يرجع بنقصان لكان أولى نهر .

قلت : وقد أفاد الشارح هذا المعنى بذكر المسألة التي قبله كما قررناه آنفا ، ثم إن مقتضى قولهم إلا أن يرضى بالضرر أن المشتري يرجع عليه بجميع الثمن كاملا ، وبه صرح القهستاني حيث قال غير طالب : أي البائع لحصة النقصان اه فدل على أن البائع ليس له طلب حصة النقصان الحادث فيرد كل الثمن . ثم رأيت أيضا في حاشية نوح أفندي حيث قال لسقوط حقه برضاه بالضرر فلا يرجع على المشتري بنقصان العيب الحادث اه : ولينظر الفرق بين هذا وبين ما قدمه الشارح عن العيني عند قوله والسرقة .

[تنبيه] أشار المصنف باشتراط رضا البائع إلى فرع في القنية لورد المبيع بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو تقايلا ثم ظفر البائع بعيب حدث عند المشتري فللبائع الرد اه يعني لعدم رضاه به أولا وفي البرازية : رده المشتري بعيب وعلم البائع بحدوث عيب آخر عند المشتري رد على المشتري مع أرش العيب القديم أو رضى بالردود ولا شيء به وإن حدث فيه عيب آخر عند البائع رجوع البائع على المشتري بأرش العيب الثاني إلا أن يرضى أن يقبله بعيبه الثالث أيضا اه بحر : هذا ، وسيدكر المصنف أنه يعود الرد بالعيب القديم بعد زوال العيب الحادث (قوله إلا لمانع عيب) أي إلا لعيب مانع من الرد ؛ كما لو قتل المبيع عند المشتري رجلا خطأ ثم ظهر أنه قتل آخر عند البائع قبله البائع بالجنايتين لا يجبر المشتري على ذلك ، وإنما يرجع بالنقصان على الجناية الأولى دفعا للضرر عنه ، لأنه لو رده على بائعه كان مختارا للداء فيهما ؛ وكما لو اشترى عصيرا فتخمر بعدم قبضه ثم وجد فيه عيبا لا يردده وإن رضى البائع ، وإنما ترجع بالنقصان كذا في النهرح (قوله أو زيادة) أي أو لإلزيادة مانعة كما سيأتي في نحو الخياطة ح ؟

مطلب في أنواع زيادة البيع

ثم اعلم أن الزيادة في المبيع إما قبل القبض أو بعده ، وكل منهما نوعان : متصلة ومنفصلة . والمتصلة نوعان : متولدة كسمن وجمال (١) فلا تمنع الرد قبل القبض ، وكذا بعده في ظاهر الرواية ، وللمشتري الرجوع بالنقصان ، وليس للبائع قبوله عندهما ، وعند محمد له ذلك . وغير متولدة كفروس وبناء وصنع وخياطة فتمنع الرد مطلقا .

والمنفصلة نوعان : متولدة كالولد والثر والأرض ، فقبل القبض لا تمنع ، فإن شاء ردهما أو رضى بهما بجميع

(١) (قوله والمتصلة نوعان : متولدة كسمن وجمال الخ) حاصل الكلام في الزيادة المتصلة المتولدة أنها لا تمنع الرد قبل القبض أولا واحدا . وأما بعد القبض ، فقال محمد هي كذلك ، وقال الشبخان هي مانعة من الرد ، فعمل هذا لو أراد المشتري الرجوع بالنقصان فقال البائع أنا أقبل المبيع يكون له ذلك عند محمد خلافا لهما ، هذا حاصل ما في البحر ، وبه تعلم ما في عبارة المحقق من الإحصار الخلاء .

(كأن اشترى ثوبا فقطعه فاطلع على عيب رجع به) أى بنقصانه لتعذر الرد بالقطع (فإن قبله البائع كذلك له ذلك) لأنه أسقط حقه .
(ولو اشترى بعيرا فنحرفه فوجد أمعاه فاسدا لا) يرجع لإفساد ماليته (كما) لا يرجع (لو باع المشتري الثوب) كاله

الثن ، وبعد القبض يمتنع الرد ويرجع بحصة العيب . وغير متولدة ككسب وغلة وهبة وصدقة ، فقبل القبض لا تمتنع الرد فإذا رد فهي للمشتري بلا ثمن عنده ولا تطيب له : وعندهما للبائع ولا تطيب له ، وبعد القبض لا تمتنع الرد أيضا وتطيب له الزيادة ، وتماه في البحر عن القنية .
وحاصله أنه يمتنع الرد في موضعين في المتصلة الغير المتولدة مطلقا ، وفي المنفصلة المتولدة لو بعد القبض كما في البزازية وغيرها . ووقع في الفتح أن المنفصلة المتولدة تمتنع الرد ، لكنه قال بعده إنه قبل القبض يخير كما مر ، وبعد القبض يرد المبيع وحده بحصته من الثمن .
واعترضه في البحر بأنه سهو ، إذ هذا التفصيل لا يناسب قوله تمتنع الرد ، وإنما يناسب الرد ، وهو خلاف ما مر عن القنية والبزازية وغيرها ، وذكر نحوه في نور العين : وأجاب في النهر بأن قول الفتح تمتنع الرد معناه تمتنع رد الأصل وحده .

قلت : ولا يخفى ما فيه ، فإن قول الفتح وبعد القبض يرد المبيع وحده ينافيه ، وقد صرح في الذخيرة أيضا بأنه لا يرد ، لأن الولد يصير ربا لكونه صار للمشتري بلا عوض ، بخلاف غير المتولدة كالكسب لأنها لم تتولد من المبيع بل من منافعه ، فلم تكن مبيعة فأمكن أن تسلم للمشتري مجانا . أما الولد فإنه مبيع من وجه لتولده من المبيع فله صفته ، فلو سلم للمشتري مجانا كان ربا ونحوه في الزياحي (قوله كأن اشترى ثوبا) تمثيل لأصل المسألة لا للزيادة قال في البحر : وهو تكرار ، لأن رجوعه وجواز رده برضا بائعه في الثوب من أفراد ما قدمه ، ولم تظهر فائدة لإفراد الثوب إلا ليترتب عليه مسألة ما إذا خاطه فإنه يمتنع الرد ولو برضاه اه ط (قوله فقطعه) ووطء الجارية كالقطع بكرا كانت أو ثيبا نهر ، وسقاني مسألة الجارية في المتن (قوله فاطلع على عيب) ذكر الفاء يفيد أن القطع لو كان بعد الاطلاع على العيب لا يرجع بالنقصان ، ووجهه ظاهر فليراجع اه ح ، ويشهد به قول المصنف الآتي واللبس والركوب والمداواة رضا بالعيب الخ (قوله فاسدا) الأولى فاسدة (قوله لا يرجع لإفساد ماليته) أشار به إلى الفرق بين هذه المسألة وما قبلها ، وهو أن النحر لإفساد للمالية لصيرورة المبيع به عرضة للثمن والفساد ، ولذا لا يقطع السارق به فاختلف معنى قيام المبيع كما في النهرح وعدم الرجوع قول الإمام . وفي الخانية وجامع الفصولين : لو اشترى بعيرا فلما أدخله داره سقط فذبحه فظهر عيبه يرجع بنقصانه عندهما وبه أخذ المشايخ كما لو أكل طعاما فوجد به عيبا ، ولو علم عيبه قبل الذبح فذبحه لا يرجع اه : قال في البحر : وفي الواقعات : الفتوى على قولها في الأكل فكذا هنا اه : قال الخيرو الرملي : ويجب تقييد المسألة بما إذا نحره وحياته مرجوة ، أما إذا أيس من حياته فله الرجوع بالنقصان عند الإمام أيضا ، لأن النحر في هذه الحالة ليس لإفسادا للمالية تأمل اه (قوله كما لا يرجع لو باع المشتري الثوب الخ) أى أخرجه عن ملكه والبيع مثال ، فعم مالو وهبه أو أقر به لغيره ولا فرق بين ما إذا كان بعد رؤية العيب أو قبله (١) . كما في الفتح ، وسواء كان ذلك تلخوف تلفه أولا ، حتى لو وجد السمكة المبيعة معيبة وغاب البائع بحيث أو انتظره لفسدت فباعها لم يرجع أيضا بشئ . كما في القنية نهر :
ثم اعلم أن البيع ونحوه مانع من الرجوع بالنقصان سواء كان بعد حدوث عيب عند المشتري أو قبله ، إلا

(١) (قوله أو قبله) هكذا بخطه ، والأولى أو قبلها : أى رؤية العيب اه مصححه .

أو بعضه أو وهبه (بعد القطع) لجواز رده مقطوعا لا مخيطا كما أفاده بقوله (فلو قطعه) المشتري (وخاطه أو صبغه) بأى صبغ كان عينى أولت السويق بسمن أو خبز الدقيق أو غرس أو بنى (ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) لامتناع للرد بسبب الزيادة لحق الشرع لحصول الربا حتى لو تراضيا على الرد لا يقضى القاضى به درر

إذا كان بعد زيادة كخيطة ونحوها كما يأتى ، ولذا قال فى المحيط ، ولو أخرج المبيع عن ملكه بحيث لا يبقى للملك أثر ، بأن باعه أو وهبه أو أقر به لغيره ثم علم بالعيب لا يرجع بالنقصان ، وكذا لو باع بعضه ، وإن تصرف تصرفا لا يخرج عن ملكه بأن أجره أو رهنه أو كان طعاما فطبخه أو سويقا فلقه بسمن أو بنى فى العرصة أو نحوه ثم علم بالعيب فإنه لا يرجع بالنقصان إلا فى الكتابة بجر ، لكن فى جامع الفصولين شراه فأجره فوجد عيبه فله نقض الإجارة ورده بعيبه ، بخلاف رهنه من غيره فإنه يرد به بعه فكه اه : والظاهر (١) أن ما فى المحيط من عدم رجوعه بالنقصان بعد الإجارة والرهن المراد به إذا رضيه البائع معيبا ، فحينئذ لا يرجع بل يردده تأمل (قوله أو بعضه) ظاهره أنه ليس له رد ما بقى لتعيبه بالقطع أو الشركة ، وكذا ليس له الرجوع بنقصان الباقي كما يفيد ما نقلناه عن المحيط . ثم رأيت فى القهستاني : لو باع بعضه لم يرجع بالنقصان بخصه ماباع ، وكذا بخصه ما بقى على الصحيح ولم يردده عنده كما فى المحيط اه وهذا بخلاف مالو كان أثوابا فباع بعضها فإن له رد الباقي كما مر متنا قبيل هذا الباب وسيأتى أيضا فى قوله اشترى عبد بن الخ ، وبخلاف مالو كان المبيع طعاما ويأتى الكلام عليه (قوله لجواز رده متطوعا لا مخيطا) يعنى أن الرد بعد القطع غير ممتنع برضا البائع ، فلما باعه المشتري صار حابسا للمبيع بالبيع فلا يرجع بالنقصان لكونه صار مفوتا للرد ، بخلاف مالو خاطه قبل العلم بالعيب ، ثم باعه فإنه لا يبطل الرجوع بالنقصان لأن الخياطة مانعة من الرد كما يأتى ، فبيعه بعد امتناع الرد لا تأثير له ، لأنه لم يصر حابسا له بالبيع كما أفاده الزيلعى وغيره : والأصل كما فى الذخيرة أنه فى كل وضع أمكن المشتري رد المبيع القائم فى ملكه على البائع برضاه أو بدونه ، فإذا أزاله عن ملكه يبيع أو شبهة لا يرجع بالنقصان وفى كل موضع لا يمكنه رده على البائع ، فإذا أزاله عن ملكه يرجع بالنقصان ونحوه فى الزيلعى ونهى عليه مسألة مالو خاط الثوب لطفله وقد مرت (قوله وخاطه) أشار به مع ما عطف عليه إلى الزيادة المتصلة الغير المتولدة وقدمنا بيانها (قوله بأى صبغ كان) ولو أسود وعند أبى حنيفة السواد نقصان فيكون للبائع أخذه وهو اختلاف زمان اه ح (قوله أولت السويق بسمن) أى خاطه به ، ومثله لو اتخذ الزيت المبيع صابونا وهى واقعة الحال رملى (قوله أو غرس أو بنى) أى فى الأرض المبيعة ط (قوله ثم اطلع على عيب) أى فى السويق أو الثوب بعد هذه الأشياء منح : قال ح ، وهو يفيد أن الزيادة لو كانت بعد الاطلاع على العيب لا يرجع بالنقصان ووجه ظاهر ، ويبدل عليه أيضا قول مسكين ولم يكن عالما وقت الصبغ واللث اه (قوله بسبب الزيادة) لأنه لا وجه للفسخ فى الأصل دونها لأنها لا تنفك عنه ، ولا وجه إليه معها لحق الشرع المنع (قوله لحصول الربا) فإن الزيادة حينئذ تكون فضلا مستحقا فى عقد المعاوضة بلامقابل وهو معنى الربا أو شبهته ، ولشبهة الربا حكم الربا فتح : وبه اندفع ما فى الدر المنتقى عن الوافى من قوله : وفيه أن حرمة الربا بالقدر والجنس وهما مفقودان ههنا فتأمل اه : ويوضح الدفع قوله فى العزيمة إنه كلام غير محرو ، فإن

(١) (قوله والظاهر الخ) لا حاجة إلى هذه التكررات بما نقل ط عبارة المحيط بالإثبات . قال شيخنا ، وعلى الإثبات يكون

ما فى جامع الفصولين تقييدا لما فى المحيط فإنه سكت فيه عن الرد . وأنت غير بأن عبارة المحيط لا يصح تقييدها إلا بالنسبة لمسألة الرهن والإجارة كما وقع فى الفصولين تأمل اه .

ابن كمال (كما) يرجع (لو باعه) أى الممتنع رده (فى هذه الصور بعد رؤية العيب) قبل الرضا به صريحا أو دلالة (أو مات العبد) المراد هلاك المبيع عند المشتري (أو أعتقه) أو دبر أو استولد أو وقف قبل علمه بعيبه

الربا ليس بمنحصر عندهم فى الصورة المذكورة ، لقولهم إن الشروط الفاسدة من الربا ، وهى فى المعاوضات المالية وغيرها (١) لأن الربا هو الفضل الخالى عن العوض : وحقيقة الشروط الفاسدة هى زيادة مالا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، ففيها فضل خال عن العوض وهو الربا كما فى الزيلعى وغيره قبيل كتاب الصرف (قوله أى الممتنع رده فى هذه الصور) أى صور الزيادة المتصلة من خياطة ونجوها . وأفاد أن امتناع الرد سابق على البيع بسبب الزيادة فتقرر بها الرجوع بالنقصان قبل البيع فيبقى له الرجوع بعد البيع أيضا وإن كان البيع بعد رؤية العيب : قال فى الفتح : وإذا امتنع الرد بالفسخ ، فلو باعه المشتري رجع بالنقصان ، لأن الرد لما امتنع لم يكن المشتري يبيعه حابسا له (قوله بعد رؤية العيب) وكذا قبلها بالأولى ح (قوله قبل الرضا به صريحا أو دلالة) لم أر من ذكر هذا القيد هنا بعد مراجعة كثير من كتب المذهب ، وإنما رأيت فى حواشى المنح للخير الرملى ذكره بعد قوله أو مات العبد وهو فى محله كما تعرفه قريبا . أما هنا فلا محل له (٢) لأن العرض على البيع رضا بالعيب كما سأتى ، وهنا وجد البيع حقيقة ولم يمتنع الرجوع بالنقصان لتقرر الرجوع قبله كما علمته آنفا ، فكأن الشارح رأى هذا القيد فى حواشى شيخه فسبق قلمه فكتبه فى غير محله فتأمل (قوله أو مات العبد) لأن الملك ينتهى بالموت ، والشئ بانتهائه يتقرر فكان بقاء الملك قائما والرد متعذر وذلك لوجب للرجوع ، وتماه فى ح عن الفتح . قال فى النهر : ولا فرق فى هذا : أى موت العبد بين أن يكون بعد رؤية العيب أو قبلها اه ، لكن إذا كان الموت بعد رؤية العيب لا بد أن يكون قبل الرضا به صريحا أو دلالة كما ذكره الخير الرملى ووجهه ظاهر لأنه إذا رأى العيب وقال رضيت به أو عرضة على البيع أو استخدمه مرارا أو نحو ذلك مما يكون دلالة على الرضا بامتنع رده والرجوع بنقصانه أو بقى العبد حيا ، فكذا لو مات بالأولى (قوله المراد هلاك المبيع الخ) قال فى النهر : ولو قال أو هلك المبيع لكان أفود ، إذ لا فرق بين الآدمى وغيره ، ومن ثم قال فى الفصول : ذهب إلى بائعه ليرده بعيبه فهلك فى الطريق هلك على المشتري ويرجع بنقصه : وفى القنية : اشترى جدارا مائلا فلم يعلم به حتى سقط فله الرجوع بالنقصان اه . وفى الحاوى : اشترى أثوابا على أن كل واحد منها ستة عشر ذراعا فباع بها إلى بغداد فإذا هى ثلاثة عشر فرجع بها ليردها وهلك فى الطريق يرجع بنقصان القيمة فى ظاهر المذهب (قوله أو أعتقه) قال فى الهداية ، وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع ، لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل . وفى الاستحسان : يرجع لأن العتق لإنهاء الملك ، لأن الآدمى ما خلق فى الأصل محلا للملك وإنما ثبت الملك فيه مؤتمنا إلى الإعتاق لإنهاء كالموت ، وهذا لأن الشئ يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر ، والتدبير والاستيلاء بمنزلته لأنه تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكيم اه ح (قوله أو وقف) فإذا وقف المشتري الأرض ثم علم بالعيب رجع بالنقصان ، وفى جعلها مسجدا اختلاف ، والمختار الرجوع بالنقصان كما فى جامع الفصولين : وفى البرازية : وعليه الفتوى ، وما رجع به يسلم إليه ، لأن النقصان لم يدخل تحت الوقف اه نهر (قوله قبل عامه) ظرف لأعتقه وما بعده اه ح ،

(١) (قوله وهى فى المعاوضات المالية وغيرها) صوابه دون غيرها كما فى الزيلعى ، والمراد بالغير التبرعات والمعاوضات الغير

المالية كالنكاح اه .

(٢) (قوله أما هنا فلا محل له الخ) غير ظاهر ، إذ هو قيد مفيد ، ألا ترى لو قال بعد ما خاطه رضيت بالعيب ثم باه لا يكون له الرجوع قطعا ، ولولا هذا القيد لم يعلم الحكم وكذا لو وجد الرضا دلالة كان سلم الثمن بعمامة بعد ما اطلع على العيب ، وأما قول المحشى لأن العرض على البيع الخ فهو غير محرم ، لأنه بالخياطة تقرر ملكه فيه وتأكده بتلك الزيادة حقه فى حصة العيب ، وإنما يكون البيع رضا فيما يمكن فيه للرد على البائع اه .

(أو كان) المبيع (طعاما فأكله أو بعضه) أو أطعمه عبده أو مدبره أو أم ولده أو لبس الثوب حتى تخرق فإنه يرجع بالنقصان استحسانا عندهما ، وعليه الفتوى بحر

والحاصل أن هلاك المبيع ليس كإعتاقه ، فإنه إذا هلك المبيع يرجع بنقصان العيب سواء كان بعد العلم به أو قبله : وأما الإعتاق بعد العلم به فمانع من الرجوع بنقصانه بخلافه قبله ، وليس إعتاقه كاستهلاكه ، فإنه إذا استهلكه فلا رجوع مطلقا إلا في الأكل عندهما بحرط (قوله أو كان المبيع طعاما فأكله) احترز بالأكل عن استهلاكه بغيره ، ففي الذخيرة ، قال القدوري : ولو اشترى ثوبا أو طعاما وأحرق الثوب أو استهلك الطعام ثم اطلع على عيب لا يرجع بشيء بالنقصان بلا خلاف اه وكذا لو باعه أو وهبه ثم اطلع على عيب لم يرجع إجماعا كما في السراج لكن في بيع بعضه الخلاف الآتي ، وأراد بالطعام المكبل والموزون كما يعلم من الذخيرة والحانية .

مطالب فيما لو أكل بعض الطعام

(قوله فأكله أو بعضه) أي ثم علم بالعيب كما في الهداية ، وهذا يدل على أن الرجوع فيما إذا أطعمه عبده أو مدبره أو أم ولده أو لبس الثوب حتى تخرق مقيد بما قبل العلم بالعيب ، فلو أخرج الشارح قوله قبل علمه بعيبه عن قوله أو لبس الثوب حتى تخرق ليكون قييدا في المسائل العشرة لكان أولى ح .

قلت : ويؤيده أنه في الفتح قال بعد هذه المسائل : وفي الكفاية كل تصرف يسقط خيار العيب إذا وجدته في ملكه بعد العلم بالعيب فلا رد ولا أرش لأنه كالرضا به .

[تنبيه] وقع في المنع أو أكله بعد اطلاعه على العيب ، وهو سبق قلم كما نبه عليه الرمي (قوله أو أطعمه عبده أو مدبره أو أم ولده) إنما يرجع في هذه المسائل لأن ملكه باق كما في البحر ، يعني أن العبد والمدبر وأم الولد إنما أكلوا الطعام على ملك السيد لأنهم لا يملكون ، وإن ملكوا فكان ملكه باقيا في الطعام والرد متعذر كما قررناه في الإعتاق ، بخلاف ما إذا أطعمه طفله وما عطف عليه مما سيأتي حيث لا يرجع لأن فيه حبس المبيع بالتملك من دؤلاء فإنهم من أهل الملك اه ح (قوله فإنه يرجع بالنقصان استحسانا عندهما) الذي في الهداية والعناية والفتح والتبيين أن الاستحسان عدم الرجوع وهو قول الإمام فليحذر اه ح .

قلت : ما ذكره الشارح من أن الاستحسان قولها ذكره في الاختيار ، وتبعه في البحر وكذا نقله عنه العلامة قاسم ونبه على أنه عكس ما في الهداية وسكت عليه فلذا مشى عليه المصنف في متنه : وذكر في الفتح عن الخلاصة أن عليه الفتوى وبه أخذ الطحاوي ، لكن قال في الفتح بعده : إن جعل الهداية قول الإمام استحسانا مع تأخيره . وجوابه عن دليلهما يفيد مخالفته في كون الفتوى على قولها اه .

قلت : ويؤيده أنه في الكنز والمقتى وغيرهما مشوا على قول الإمام . وفي الذخيرة : ولو لبس الثوب حتى تخرق من اللبس أو أكل الطعام لا يرجع عنده هو الصحيح خلافا لما اه .

والحاصل أنهما قولان مصححان ولكن صححوا قولها بأن عليه الفتوى ، ولفظ الفتوى أكد ألفاظ التصحيح ولا سيما هو أرفق بالناس كما يأتي فلذا اختاره المصنف في متنه وهذا في الأكل : أما البيع ونحوه فلا رجوع فيه إجماعا كما علمت ، وبأني وجه الفرق .

[تنبيه] ظاهر كلام الشارح أن الخلاف جار في جميع المسائل التي ذكرها مع أنهم لم يذكروه إلا في أكل الطعام ولبس الثوب أفاده ح .

وغيرهما يرد ما بقى ويرجع بنقصان ما أكل وعليه الفتوى واختيار وقهستاني ولو كان في وعاءين فله رد الباقي بحصته من الثمن انفاقا ابن كمال وابن ملك

قلت : الظاهر جريان الخلاف في مسائل الإطعام أيضا ، لأنه لو أكل الطعام لا يرجع عند الإمام ، فكذا إذا أطعمه عبده بالأولى تأمل (قوله و غيرهما يرد ما بقى ويرجع بنقصان ما أكل) هذه رواية ثانية عنهما في صورة أكل البعض ، والأولى أنه يرجع بنقصان العيب في الكل ، فلا يرد ما بقى هكذا نقل عنهما القدوري في التقريب وتبعه في الهداية : وذكر في شرح الطحاوي أن الأولى قول أبي يوسف ، والثانية قول محمد كما في الذم . وأما عند الإمام فلا يرد ما بقى ولا يرجع بنقصان ما أكل ولا ما بقى . في الذخيرة والفتوى على قول محمد كما نقله في البحر عن الاختيار والخلاصة ، ومثله في النهاية وغاية البيان وجامع الفصولين والخانية والمجتبي ، فلذا اقتصر عليه الشارح وهذا كله في أكل البعض : أما لو باع بعض المكيل والموزون ففي الذخيرة أنه عندهما لا يرد ما بقى ولا يرجع بشيء وعن محمد يرد ما بقى ولا يرجع بنقصان ما باع هكذا ذكره في الأصل . وكان الفقيه أبو جعفر وأبو الليث يفتيان في هذه المسائل بقول محمد رفقا بالناس ، واختاره الصدر الشهيد اه . وفي جامع الفصولين عن الخانية : وعن محمد لا يرجع بنقص ما باع ويرد الباقي بحصته من الثمن وعليه الفتوى اه ومثله في الوالوجية والمجتبي والمواهب والحاصل (١) أن المفتي به أنه لو باع البعض أو أكله يرد الباقي ويرجع بنقص ما أكل لا ينقص ما باع . والفرق كما في الوالوجية أنه بالأكل تقرر العقد ، فتقرر أحكامه ، وبالبيع ينقطع الملك فتقطع أحكامه . قال فصار بمنزلة مالو اشترى غلامين فقبضهما وباع أحدهما ثم وجد بهما عيبا يرد ما بقى ولا يرجع بنقصان ما باع بالإجماع ، فكذا هنا عند محمد اه :

قلت : لكن سيذكر المصنف تبعا لغيره من المتون لو وجد ببعض المكيل أو الموزون عيبا له رد كله أو أخذه فإن مقتضاه أنه ليس له رد المعيب وحده : إلا أن يقال إنه محمول على ما إذا كان كله باقيا في ملكه لم يتصرف في شيء منه بقرينة قوله له رد كله ، فيفرق بين ما إذا بقى كله وبين ما إذا تصرف ببعضه ببيع أو أكل . أو يقال هو مبنى على قول غير محمد تأمل :

[تنبيه] الطعام في عرفهم البر ، والمراد به هنا هو وما كان مثله من مكيل وموزون كما علم مما نقلناه آنفا عن الذخيرة وفي البحر عن القنية : ولو كان غزلا فنسجه أو فيلقا فجعله لإبريسا ثم ظهر أنه كان رطبا وانقص وزنه رجع بنقصان العيب بخلاف ما إذا باع اه : وبه علم أن الأكل غير قيد بل مثله كل تصرف لا يخرج عن ملكه كما يعلم مما قدمناه عن المحيط ، وتقدم حكم القيمي عند قوله كما لا يرجع لو باع المشتري الثوب الخ (قوله ابن كمال) حيث قال والخلاف فيما إذا كان الطعام في وعاء واحد أو لم يكن في وعاء ، فإن كان في وعاءين فله رد الباقي بحصته من الثمن في قولهم كذا في الحقائق والخانية اه .

قلت : ولفظ الخانية ، فإن كان في وعاءين فأكل ما في أحدهما أو باع ثم علم بعيب كان له أن يرد الباقي بحصته من الثمن في قولهم لأن المكيل والموزون بمنزلة أشياء مختلفة ، فكان الحكم فيه ما هو الحكم في العبدین والثوبين ونحو ذلك اه . ومقتضاه أنه لا خلاف في ثبوت رد المعيب وحده ، نعم نقل العلامة قاسم في تصحيحه عن الذخيرة

(١) قوله (والحاصل الخ) أقول : قد نظمت هذه المسألة التي قبلها ليسهل حفظهما نقلت :

وإن يبيع كل المكيل أو أكل ثم رأى عيبا فلا رجوع بل يرجع إن كان لبعض كلا بنقصه . وإن يبيع بعضا فلا وما بقى من أكل أو يبيع يرد عند محمد وذلك المتمد اه منه

وسيجيء : قلت : فعلى ما في الاختيار والقهستاني يترجح القياس قنية :
(ولو أعتقه على مال) أو كاتبه (أو قفله) أو أبق (١) أو أطعمه طفله أو امرأته أو مكانه أو ضيفه مجتبي بعد
اطلاعه على عيب ، كذا ذكره المصنف

ان من المشايخ من قال لافرق بين الوعاء والأوعية ليس له أن يرد البعض بالعيب ، وإطلاق محمد في الأصل
يدل عليه وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي . ثم قال العلامة قاسم والأول أقيس وأرفق (قوله وسيجيء) أي
قبيل قوله اشترى جارية ، لكن للذي سيجيء هو ترجيح عدم الفرق بين الوعاء والأكثر (قوله فعلى ما في
الاختيار الخ) أي من قوله وعنهما يرد ما بقي ويرجع الخ فإنه يفيد أنه قياس لذكره له بعد قوله فإنه يرجع بالنقصان
استحسانا عندهما :

مطلب يرجح القياس

وحاصله أن إحدى الروايتين عنهما استحسانا والثانية قياس ، فيكون ترجيح الثانية كما وقع في الاختيار والقهستاني
من ترجيح القياس عن الاستحسان ، هذا تقرير كلام الشارح ، وبه اندفع ما قيل إن الشارح وافق هنا ما في الهداية
وغيرها من أن القياس قولها فافهم ، نعم ما فهمه الشارح على ما قررناه خلاف المفهوم من كلامهم ، فقد قال في الهداية
وأما الأكل فعلى الخلاف ، عندهما يرجع ، وعنده لا يرجع استحسانا ، وإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا
الجواب عنده : وعنهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل : وعنهما أنه يرد ما بقي اه : وقال في الاختيار : عندهما
يرجع استحسانا ، وعنده لا يرجع الخ فإنه المفهوم من هذا أنه في الهداية جعل الرجوع بالنقصان عندهما قياسا ، وعنده
عنده استحسانا : وفي الاختيار بالعكس .

وحاصله أن الرجوع بالنقصان عندهما قيل إنه قياس ، وقيل إنه استحسان ، ثم يعد قولها بالرجوع بالنقصان
في صورة أكل البعض عنهما روايتان : الأولى يرجع بنقصان الكل فلا يرد الباقي ، والثانية يرجع بنقصان ما أكل
فقط ويرد ما بقي ، وأنت خبير بأنه ليس في هذا ما يفيد أن إحدى هاتين الروايتين قياس والأخرى استحسان
كما فهمه الشارح ، بل كل منهما قياس على ما في الهداية ، والاستحسان قول الإمام بعدم الرجوع بشيء أصلا ،
وكل منهما استحسان على ما في الاختيار ، والقياس قول الإمام المذكور فتنبه (قوله ولو أعتقه على مال) أي
لا يرجع لأنه حبس بدله وحبس البديل كحبس المبدل . وعنه أنه يرجع لأنه إنهاء للملك وإن كان بعوض خ ،
عن الهداية : وعند أبي يوسف يرجع في هذه المسائل (قوله أو كاتبه) هي بمعنى الإعتاق على مال كما في البحر ،
والكلام فيه مغن عن الكلام فيها (قوله أو قفله) هو ظاهر الرواية عن أصحابنا : ووجهه أن القتل لم يعهد شرعا
إلا مضمونا ، وإنما سقط عن المولى بسبب الملك فصار كالمستفيد به هوضا ، وهو سلامة نفسه عن القتل إن كان عمدا
أو الدية إن كان خطأ فكأنه باعه نهر (قوله طفله) ليس بقيد ، بل المصرح به في البحر والفتح الولد الصغير
والكبير والعلة وهي أهلية الملك كما قدمناه تشملهما اه خ (قوله كذا ذكره المصنف) حيث قال ، فلو أعتقه
على مال أو قتله بعد اطلاعه على عيب : وقال محشبه الرمي : صوابه قبل اطلاعه إذ هو محل الخلاف إذ بعده

(١) (قول الشارح أو أبق الخ) قال ط ظاهره أنه لا يرجع بالنقصان مطلقا ، وقد تقدم لصاحب النهر في ذكر الإباق ما نصه :
ولو أراد المشتري أن يرجع بنقصان العيب ليس له ذلك قبل عوده أو موته . والجواب أن ذلك في إباق ثبت عندهما أنه هو الذي يرجع
الرجوع أو الرد ، وما هنا مفروض فيما إذا حصل عند المشتري بعد تحقق عيب فيه آخر قديم عند البائع اه .

تبعاً للعيني في الرمز ، لكن ذكر في المجمع في الجميع قبل الرؤية وأقره شراحه حتى العيني ، فيفيد البعدية بالأولوية فتنبه (لا) يرجع بشئ لامتناع الرد بفعله ، والأصل أن كل وضع للبائع أخذه معيباً لا يرجع بإخراجه عن ملكه ، وإلا يرجع اختيار . وفيه الفتوى على قولها في الأكل وأقره القهستاني .

(شري نحوبيض وبطيخ) كجوز وقثاء (فكسره فوجده فاسداً ينتفع به) ولو علفاً للدواب (فله) إن لم يتناول منه شيئاً بعد علمه بعيبه (نقصاله) إلا إذا رضى البائع به ، ولو علم بعيبه قبل كسره فله رده (وإن لم ينتفع به أصلاً

لا يرجع إجماعاً ، ولهذا لم يقيد به الزيلعي وأكثر الشراح ، وكأنه تبع العيني فيه وهو سهو (قوله في الرمز) أي شرح الكنز (قوله لكن ذكر في المجمع في الجميع) أي في جميع المسائل المذكورة ، وهي : العتق على مال والكتابة والإباق وهذا هو الصواب ، لما علمت من أنه لا رجوع إجماعاً لو بعد الاطلاع على العيب ، لا لما قيل من أنه يلزم أن لا يبقى فرق بين هذه المسائل والمسائل المتقدمة فإنه ممنوع ، إذ الفرق واضح وهو ثبوت الرجوع في المسائل المتقدمة وعدمه في هذه إجماعاً فافهم (قوله حتى العيني) أي في شرحه على نظم المجمع ، أي فناقض كلامه في الرمز (قوله بالأولوية) أي لأنه إذا امتنع الرجوع إذا كانت هذه الأشياء قبل الاطلاع على العيب يمتنع بعد الاطلاع بالأولى لأنها دليل الرضا (قوله والأصل الخ) قدمنا بيانه عند قوله لجواز رده مقطوعاً لا مخيطة وقد مناهنا هناك بناء على أصل آخر (قوله وفيه الخ) مكرر مع ما قدمه قريباً (قوله فوجده فاسداً الخ) لو قال فوجده معيباً لكان أولى ، لأن من عيب الجوز قلة لبه وسواده كما في البرازية ، وصرح في الذخيرة بأنه عيب لا فساد . واحترز بقوله فوجده أي المبيع عما إذا كسر البعض فوجده فاسداً فإنه يرد أو يرجع بنقصه فقط ولا يقبس الباقي عليه ، ولذا قال في الذخيرة ولا يرد الباقي إلا أن يبرهن أن الباقي فاسد أه أفاده في البحر ، وقوله فإنه يرد الخ أي يرد ما كسره لو غير منتفع به أو يرجع بنقصه فقط لو ينتفع به (قوله إن لم يتناول منه شيئاً) فلو كسره فذاقه ثم تناول منه شيئاً لم يرجع بنقصانه لرضاه به ، وينبغي جريان الخلاف فيما لو أكل الطعام بحر ، وأصل البحث للزيلعي : واعترضه ط بأن الخلاف في الطعام إذا علم بالعيب بعد الأكل لا قبله (قوله نقصانه) أي له نقصان عيبه لارده ، لأن الكسر عيب حادث بحر وغيره .

قلت : الكسر في الجوز (١) يزيد في ثمنه ، فهو زيادة لا عيب تأمل (قوله إلا إذا رضى البائع به) أي بأخذه . معيباً بالكسر ، فلا رجوع للمشتري بنقصانه (قوله ولو علم) أي المشتري بعيبه قبل كسره : أي ولم يكسره . قال في النهر : فلو كسره بعد العلم بالعيب لا يرد لأنه صار راضياً به ونبه على ذلك الزيلعي أيضاً فقال لا يرد ولا يرجع بالنقصان ، لأن كسره بعد العلم به دليل الرضا انتهى ، لكن الزيلعي ذكر هذا بعد قوله وإن لم ينتفع به أصلاً : واعترض بأن محله هنا ، لأنه إن لم ينتفع به أصلاً يرد (٢) : ويرجع بكل الثمن (قوله وإن لم ينتفع به أصلاً) بأن كان البيض متناً والقثاء مرا والجوز خاوياء ، وما في العيني أو مزناً ففيه نظر لأنه يأكله الفقراء نهر :

قلت : وكذا ينتفع به باستخراج دهنه ، لكن هذا لو كان كثيراً ، بل قد يقال ولو قليلاً لأنه يباع

(١) (قوله قلت الكسر في الجوز الخ) فيه أن موضوع المسألة في الذي وجد فاسداً وهو إذا كسر ينكشف حاله فلا يرغب فيه ، وأما قبل الكسر فيرغب فيه لتوهم عدم الفساد أه .

(٢) (قوله يرد) أي ولو كسره ، فلا يصح تقييده بما قبل الكسر كما فعل الزيلعي أه .

(٤ - حاشية ابن عايد - ٥)

فله كل الثمن) لبطلان البيع ، ولو كان أكثره فاسدا جاز بحصته عندهما نهر . وفي المجتبى : لو كان سبنا ذائبا فأكله ثم أقر بانه بوقوع فأرة فيه رجع بنقصان العيب عندهما ، وبه يفتى .
(باع ما اشتراه فرد) المشتري الثاني (عليه بعيب رده على بائعه)

لمن يستخرج دهنه فيكون له قيمة إلا أن يكون جوزة أو جوزتين مثلا (قوله فله كل الثمن الخ) لأنه تبين بالكسر أنه ليس بمال ، فكان البيع باطلا قبل هذا صحيح في الجوز الذي لا قيمة لقشره . أما إذا كان له قيمة بأن كان في موضع يباع فيه قشره يرجع بحصة اللب فقط ، وقيل يردده ويرجع بكل الثمن لأن ماليته باعتبار اللب ، وظاهر الهداية يفيد ترجيحه ، وكذا في البيض . أما بيض النعامة إذا وجد فاسدا بعد الكسر فإنه يرجع بنقصان العيب : قال في العناية : وعليه جرى في الفتح أن هذا يجب أن يكون بلا خلاف لأن مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا . قال ابن وهبان : وينبغي أن يفصل ، بأن يقال هذا في موضع يقصد فيه الانتفاع بالقشر . أما إذا كان لا يقصد الانتفاع إلا بالمح بأن كان في بربة والقشر لا ينتقل كان كغيره . قال الشيخ عبد البر : ولا يفتى عليك فساد هذا التفصيل ، فإن هذا القشر مقصود بالشراء في نفسه ينتفع به في سائر المواضع ، وما ذكره لا ينهض لأنه قد يفتق في كثير مما اتفقوا على صحة بيعه ولا يكون ذلك موجبا لفساد البيع اه نهر (قوله ولو كان أكثره فاسدا جاز بحصته) أي بحصة الصحيح منه ، وهذا عندهما وهو الأصح كما في الفتح . وكذا في النهر عن النهاية : أما عنده فلا يصح في الصحيح منه أيضا لأنه كالجمع بين الحر والعبد في صفقة واحدة : ووجه الأصح كما في الزيلعي أنه بمنزلة الوفصل ثمنه لأنه ينقسم ثمنه على أجزائه كالكييل والموزون لأعلى قيمته اه أي بخلاف الحر مع العبد .

[تنبيه] عز بالأكثر تبعا للعيني : واعترض بأنه مختل ، والصواب تعبير النهر وغيره بالكثير .

قلت : وهو مدفوع لأنه إذا صح فيما يكون أكثره فاسدا يصح فيما يكون الكثير منه فاسدا بالأولى فافهم ، نعم الأولى التعبير بالكثير ليفيد صحة البيع في الكل إذا كان الفاسد منه قليلا لأنه لا يمكن التحرز عنه ، إذ لا يخلو عن قليل فاسد فكان كقاييل التراب في الحنطة فلا يرجع بشيء أصلا ، وفي القياس يفسد كما في الفتح . قال في النهر والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة ، كذا في الهداية ، وهو ظاهر في أن الواحد في العشرة كثير ، وبه صرح في القنية . وقال السرخسي : الثلاثة عفو يعني في المائة اه . وفي البحر : القليل الثلاثة ومادونها في المائة والكثير ما زاد اه . وفي الفتح : وجعل الفقيه أبو الليث الخمسة والستة في المائة من الجوز عفو اه .

مطلب وجد في الحنطة ترابا

[فرع] اشترى أفضرة حنطة أو سمسم فوجد فيه ترابا ، إن كان يوجد مثله في ذلك عادة لا يرد ، وإلا فإن أمكنه رد كل المبيع يردده ، ولو أراد حبس الحنطة ورد التراب أو المعيب مميرا ليس له ذلك فإن ميز التراب وأراد أن يخلطه ويرد إن أمكنه الرد على ذلك الكيل رده وإلا بأن نقص من ذلك الكيل شيء لا يرجع بنقصان الحنطة إلا أن يرضى البائع بأخذها ناقصة بزازية : وفي الخالية : لو لم يعد ذلك التراب عيبا فلا رد ، وإلا فإن لم يفحش يرد ، وإن فحش خير المشتري بين أخذ الحنطة بحصتها من الثمن أو ردها وأخذ كل الثمن (قوله وفي المجتبى الخ) هذه من أفراد مسألة لا كل السابقة ط فكان الأولى ذكرها هناك (قوله رده على بائعه) معناه أن له أن يخاصم الأول ويفعل ما يجب أن يفعل عند قصد الرد ولا يكون الرد عليه ردا على بائعه ، بخلاف الوكيل بالبيع حيث يكون

لو ردّ عليه بقضاء) لأنه فسخ ما لم يحدث به عيب آخر عنده فيرجع بالنقصان ، وهذا (لو بعد قبضه) فلو قبله رده مطلقا في غير العقار كالرد بخيار الرؤية أو الشرط درر ، وهذا إذا باعه قبل اطلاعه على العيب ، فلو بعده فلا رد مطلقا بحر ،

الرد عليه بالعيب القضاء ردا على موكله ؛ لأن البيع واحد ، فإذا ارتفع رجع إلى الموكل بحر ، وتماه فيه ، وبخلاف الاستحقاق فإنه إذا حكم به على المشتري الأخير يكون حكما على كل الباعة كما سيأتي في بابه . قال في النهر : وهذا الإطلاق قيده في المبسوط بما إذا ادعى المشتري العيب عند البائع الأول ، أما إذا أقام البينة أن العيب كان عند المشتري ولم يشهدا أنه كان عند البائع الأول ليس للمشتري الأول أن يرده إجماعا ، كذا في الفتح تبعا للدراية اه . وأقره في البحر أيضا :

قلت : وهو مقيد أيضا بما إذا لم يعترف بالعيب بعد الرد . قال في الفتح : لو قال بعد الرد ليس به عيب لا يردده على البائع الأول بالاتفاق (قوله لو رد عليه بقضاء) شامل لما إذا أقر بالعيب وامتنع من القبول فرد عليه القاضي جبرا كما إذا أنكر للعيب فأثبتته بالبينة أو النكول عن التيمين أو بالبينة على إقرار البائع بالعيب مع إنكاره الإفراجه فإنه يرد على بائعه في الصور الأربع لكون القضاء فسخا فيها شر نبلاية :

[تنبيه] للبائع أن يمتنع عن القبول مع علمه بالعيب حتى يقضى عليه ليتعدى إلى بائعه بحر عن البزازية (قوله لأنه فسخ) أي لأن الرد بالقضاء فسخ من الأصل فجعل البيع كأن لم يكن غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكتبه صار مكذبا شرعا بالقضاء هداية ، والمراد أنه فسخ فيما يستقبل لافي الأحكام الماضية بدليل أن زوائد المبيع للمشتري ولا يرد ما مع الأصل ، وتماه في البحر وسيد ذكر الشارح آخر الباب أنه فسخ في حق الكل إلا في مسألتي الخ ، ويأتي تمامه .

مطلب لا يرجع البائع على بائعه بنقصان العيب

(قوله ما لم يحدث به عيب آخر عنده) أي عند البائع الثاني ، قيد لقوله رده على بائعه ؛ وقوله فيرجع تفريع على مفهوم القيد المذكور ، أي فإن حدث عيب آخر عند البائع الثاني ثم رده عليه المشتري منه بالعيب القديم فلا يردده على بائعه بل يرجع عليه بنقصان العيب القديم ، لأن العيب الحادث عنده يمنعه من الرد ، وما قلناه من إرجاع ضمير عنده إلى البائع الثاني أصوب من إرجاعه إلى المشتري الثاني لثلاث مخالفات قول الإمام : لما في البحر : لو باعه فأطاع مشتريه على عيب قديم به لا يحدث مثله ويحدث عنده عيب ورجع بنقصان العيب القديم ؛ فعنده لا يرجع البائع على بائعه بنقصان العيب القديم ؛ وعندهما يرجع ، كذا ذكره الإسبيجاني ، ومثله في الصغرى اه فافهم (قوله وهذا) أي اشتراط القضاء للرد اه ح (قوله لو بعد قبضه) أي قبض المشتري الثاني المبيع ط (قوله فلو قبله الخ) أي فلو كان الرد قبل قبضه فللمشتري الأول أن يرده على البائع الأول مطلقا سواء كان رده عليه بقضاء أو برضا المشتري الأول الذي هو البائع الثاني ، لأن بيع المبيع قبل قبضه لا يجوز فلا يمكن جعله بيعا جديدا في حق غيرهما فجعل فسخا من الأصل في حق الكل ، فصار كما لو باع المشتري الأول للثاني بشرط الخيار له أو بيعا فيه خيار رؤية فإنه إذا فسخ المشتري الثاني بحكم الخيار كان للأول أن يرده مطلقا ، والفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء ؛ قال الزيلعي : وفي العقار اختلاف المشايخ على قول أبي حنيفة : والأظهر أنه يبيع جديد في حق البائع الأول ، لأن العقار يجوز بيعه قبل القبض عنده فليس له أن يرده على بائعه كأنه اشتراه بعد ما باعه ؛ وعند محمد فسخ لأنه لا يجوز بيعه قبل القبض عنده ؛ وعند أبي يوسف يبيع في حق الكل اه من حاشية نوح أفندي (قوله وهذا) الإشارة إلى قوله رده على بائعه (قوله فلا رد مطلقا)

وهذا في غير التقدين لعدم تعيينهما فله الرد مطلقا شرح مجمع : (ولو) رده (برضاه) بلا قضاء (لا) وإن لم يحدث مثله في الأصح لأنه إقالة :

(ادعى عيبا) موجبا لفسخ أو حط ثمن

أى لا بقضاء ولا رضيا ، لأن بيعه بعد رؤية العيب دليل الرضا به (قوله وهذا) أى اشتراط القضاء للرد (قوله في غير التقدين) قال في البحر : وقيد بالمبيع وهو العين احترازا عن الصرق فإنه يجعل فسخا إذ رد بعيب لا فرق بين القضاء والرضا لأنه لا يمكن أنه يجعل بيعا جديدا لأن الدينار هنا لا يتعين في العقود فإذا اشترى دينارا بدراهم . ثم باع الدينار من آخر ثم وجد المشتري الثاني بالدينار عيبا ورده المشتري بغير قضاء فإنه يرده على بائعه لما ذكرنا . ووجهه في الكافي بأن المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المبيع ملك البائع فإذا رده على المشتري يرده على بائعه أما هنا المبيعان موجودان .

مطلب مهم ، قبض من غريمه دراهم فوجدها زيوفا فردها عليه بلا قضاء

وذكر في الظهيرية : وعلى هذا إذا قبض رجل دراهم على رجل وقضاها من غريمه فوجدها الغريم زيوفا فردها عليه بلا قضاء فله ردها على الأول اه ، وما ذكره في الظهيرية أفقته به الخير الرملي تبعا لما في فتاوى قارىء الهداية وفتاوى ابن نجيم ، وهذا إذا لم يكن أقرب قبض حقه أو الثمن أو الدين ، فلو أقر بذلك ثم جاء ليرده لم يقبل منه لتناقضه كما أوضح ذلك العلامة الطرسوسى في أنفع الوسائل ، ولخصت ذلك في تنقيح الحامدية :

وبتى ما إذا تصرف فيه القابض بعد علمه بعيبه فإنه لا يردده إذا رد عليه ، لما في القنية برمز القاضى عبد الجبار إذا أخذ من دينه دينارا فجعله في الروث ليروج أو جعل الدرهم في البصل ونحوه ليس له الرد كما لو داوى عيب مشريه ليس له الرد اه فليحفظ ، لكن سيد ذكر الشارح من موانع الرد العرض على البيع إلا الدراهم إذا وجدها زيوفا فعرضها على البيع فليس برضا ، وسيد ذكره أيضا في آخر متفرقات البيوع : وعلة في البحر بأن حقه في الجهاد فلم تدخل الزيوف في ملكه ، لكن صرحوا بأنه لو تجوزها ملكها وصارت عين حقه فصار الحاصل أنه لو رضى بها امتنع الرد وإلا فله ردها وإن عرضها على البيع ، وبه يظهر أن عرضها على البيع لا يكون دليل الرضا بها فيحمل مامر عن القنية على ما إذا رضى بها صريحا فليعامل ، وسيأتى في متفرقات البيوع مقناوشرحا لو قبض زيفا بدل جيد كان له على آخر جاهلا به ، فلو علم وأنفقه كان قضاء اتفاقا ونفق أو أنفقه فهو قضاء لحقه ، فلو قاما رده اتفاقا . وقال أبو يوسف : إذا لم يعلم يرد مثل زيفه ويرجع بجيده استحسانا كما لو كانت ستوة أو بهرجة واختاروه للفتوى اه (قوله ولو رده برضاه الخ) أى لو رد المشتري الثاني على الأول برضاه ليس له رده على بائعه سواء كان العيب يحدث مثله في المدة كالمرض أولا كالأصعب الزائدة ، لأن الرد بالعيب بعد القبض إقالة وهى بيع جديد في حق الثالث وفسخ في حق المتعاقدين والبائع الأول ثالثهما فصارت حقه كأن المشتري الأول اشتراه من الثاني فلا خصومة له مع بائعه لا في الرد ولا في الرجوع بالنقصان ، بخلاف الرد بقضاء القاضى فإنه فسخ في حق الكل لعدم ولايته فيصير كأن البائع الأول لم يبعه ، أفاده نوح أفندى :

[تنبيه] الوكيل بالمبيع على هذا التفصيل فإذا رد عليه المبيع بقضاء لزم الموكل ولو بدونه لزمه دون الموكل ، وليس له أن يخاصم الموكل وإن كان العيب لا يحدث مثله هو الصحيح ، لأن الرد بقضاء في حق الموكل بمنزلة الإقالة وتماه في الخاتبة (قوله أو حط ثمن) فما إذا حدث عنده عيب آخر فإنه يحط من الثمن لقصان العيب كما مر

(بعد قبضه المبيع لم يجبر) المشتري (على دفع الثمن) للبائع (بل يبرهن) المشتري لإثبات العيب (أو يحلف بانه) على نفيه وبدفع الثمن إن لم يكن شهود (وإن ادعى غيبة شهوده دفع) الثمن (إن حلف بانه) ولو قال أحضرهم إلى ثلاثة أيام أجله ، ولو قال لا بينة لي فحلفه ثم أتى بها تقبل خلافا لها فتح (ولزم العيب بنكوله) أى البائع عن الحلف : (ادعى) المشتري (إياقا) ونحوه مما يشترط لرده وجود العيب عندهما كقبول وسرقة وجنون (لم يحلف بانه)

(قوله بعد قبضه المبيع) قيد اتفاق لأن البائع له المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع ، فإذا ادعى المشتري عيبا لم يجبر فصدق عدم الجبر قبل القبض أيضا بحر واعتراض بأنه لا يجبر وإن ثبتت المطالبة :

قلت : وهو ممنوع وإلا فما فائدة المطالبة فافهم (قوله لم يجبر المشتري) لاحتمال صدقه عيني ، والأولى للشارح ذكر المشتري عقب قوله ادعى لتسحب الضمائر كلها عليه (قوله لإثبات العيب) أى إثبات وجوده عنده وعند البائع فإذا أثبتته كذلك رد المبيع على البائع أو قبله ودفع ثمنه (قوله أو يحلف بانه على نفيه) أى نفي العيب عنده : أى عند البائع ، وقوله وبدفع الثمن : أى المشتري بعد أن حلف البائع ، وقوله إن لم يكن شهود مرتبط بقوله ويحلفه (١) أو بقوله وبدفع ، والأولى إسقاطه للعلم به من عطف أو يحلف على يبرهن .

ثم اعلم أن المتبادر من هذا أن له تحليف البائع قبل إقامة البينة على قيام العيب للحال ، وهذا قولها ورواية ضعيفة عن الإمام ، والصحيح عنده ما ذكره عتيقه في مسألة دعوى الإباق مع أنه لا يحلف بانه حتى يبرهن المشتري أنه أبق عنده كما يأتي بيانه ، وعن هذا أول الزيلعي قول الكنز أو يحلف بانه بقوله أى بعد إقامة المشتري البينة أنه وجد فيه عنده : أى عند المشتري ، وأوله في البحر بما إذا أقر البائع بقيام العيب به ، ولكن الكر قدمه :

واعترضه في النهر بأنه مما لا دليل في كلامه عليه ، ثم قال : وقد ظهر لي أن موضوع هذه المسألة في عيب لا يشترط تكراره كالولادة ؛ فإذا ادعاه المشتري ولا برهان له حلف بانه ، وقوله بعده : ولو ادعى إياقايان لما يشترط تكراره وإلا كان الثاني حشوا ، فتدبره فلاني لم أر من عرج عليه اه :

قلت : وأشار إليه الشارح بقوله الآتي مما يشترط الخ (قوله وإن ادعى غيبة شهوده) أى عدم حضورهم في المصر ، أما لو قال لي بينة حاضرة أمهله القاضي إلى المجلس الثاني إذ لا ضرر فيه على البائع بحر (قوله تقبل خلافا لها فتح) عبارة الفتح : تقبل في قول أبي حنيفة ، وعند محمد لا تقبل ، ولا يحفظ في هذا رواية عن أبي يوسف اه . وذكر قبله أنه لو قال لي بينة حاضرة ثم أتى بها تقبل بلا خلاف (قوله ولزم العيب بنكوله) أى لزمه حكمه ، لأن النكول حجة في المال لأنه بذل أو إقرار (قوله إياقا ونحوه الخ) احتراز عما لا يشترط تكراره وهو ثلاث : زنا الجارية ، والتولد من الزنا ، والولادة كما قدمه أول الباب ، ففيها لا يشترط إقامة البينة على وجودها عند المشتري بل يحلف عليها البائع ابتداء كما في البحر (قوله عندهما) أى عند البائع والمشتري (قوله وجنون) قبل هذا على القول الضعيف المتقول عن العيني فيما تقدم اه ،

قلت : الذي تقدم هو أن الجنون مما يختلف صغرا وكبرا ، بمعنى أنه إذا وجد في يد البائع في الصغرو في يد المشتري في الكبر لا يكون عيبا كالإباق وأخويه ، والكلام هنا في اشتراط المعاودة عند المشتري ، وهو القول الأصح كما قدمه الشارح ، وهذا غير ذلك كما لا يخفى ولبه عليه ط أيضا فافهم (قوله لم يحلف بانه) قال في البحر : أى إذا ادعى عيبا يطلع عليه الرجال ويمكن حدوثه فلا بد من إقامة البينة أولا على قيامه بالمبيع مع قطع النظر

(١) قوله مرتبط بقوله ويحلفه هكذا بخطه مع أن الذي في الشارح أو يحلف بانه على نفيه كما في صدر القولة ، فتأمل اتمصححه .

إذا أنكر قيامه للحال (حتى يبرهن المشتري أنه) قد أبق عنده (فإن يبرهن حلف بلأعنه) عندهما (بالله ما أبق) وما سرق وما جن (قط) وفي الكبير : بالله ما أبق مذ بلغ مبلغ الرجال لاختلافه صفرا وكبرا .
واعلم أن العيوب أنواع خفي كإباق وعلم حكمه وظاهر كعور وصمم وأصبع زائدة أو ناقصة . فيقضى بالرد

عن قدمه وحدوثه لينتصب البائع خصما ، فإن لم يبرهن لايمين على البائع عند الإمام على الصحيح : وعندهما يحلف على نفي العلم ، وتماه فيه (قوله إذا أنكر قيامه للحال) أما لو اعترف بذلك فإنه يسأل عن وجوده عنده فإن اعترف به ردد عليه بالتماس من المشتري ، وإن أنكر طولب المشتري بالبينة على أن الإباق وجد عند البائع ، فإن أفامها رده وإلا حلف نهر (قوله أنه قد أبق عنده) أي عند المشتري نفسه ، لأن القول وإن كان قول البائع لكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفة تكون بالبينة درر (قوله فإن يبرهن) أي المشتري على قيامه للحال نهر (قوله حلف بائع عندهما) صوابه اتفاقا ، لأن الخلاف في تحليف البائع إنما هو قبل برهان المشتري كما علمت ، أما بعده فإنه يحلف اتفاقا لأنه انتصب خصما حين أثبت المشتري قيام العيب عنده عند الإمام فكلا عندهما بالأولى (قوله بالله ما أبق قط) عدل عن قول الكنز وغيره بالله ما أبق عندك قط بزيادة الظرف ، لما قاله الزيلعي من أن فيه ترك النظر للمشتري ، لأنه يحتمل أنه باعه وقد كان أبق عند غيره وبه ردد عليه ، فالأحوط أن يحلف ما أبق قط أو ما يستحق عليك الرد من الوجه الذي ذكره أو لقد سلمه وما به هذا العيب :

قال في التهر إلا أن كون حذف الظرف أحوط بالنظر إلى المشتري مسلم لا بالنظر إلى البائع ، إذ يجوز أنه أبق عند الغاصب ولم يعلم منزل المولى ولم يقدر عليه ، وقد مر أنه ليس بعيب فالأحوط بالله ما يستحق عايات الرد الخ وما بعده . وفي البرازية والاعتقاد على المروى عن الثاني : بالله ما لهذا المشتري قبلك حق الرد بالوجه الذي يدعيه تحليفا على الحاصل اه ، ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب لأن فيه ترك النظر للمشتري لجواز حدوثه بعد البيع قبل التسليم فيكون بارا مع أنه بوجب الرد ، قيل كيف يحلف على البتات مع أنه فعل الغير ، والتحليف فيه إنما يكون على العلم ؛ وأجيب بأنه فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سايا كما التزمه قوله السرخسي :

قال في الفتح : ومما تطارحناه أنه لو لم يأبق عند البائع وأبق عند المشتري وكان أبق عند آخر قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري بذلك وأثبتته يرده به ، ولو لم يقدر على إثباته له أن يحلفه على العلم ، وكذا في كل عيب يرد في تكرره اه . والمطارحة إلقاء المسائل ، وهي هنا ليست في أصل الرد كما ظنه في البحر فقال إنه منقول في القنية ، بل في تحليفه على عدم العلم أخذنا من قولهم إنما يحلف على البتات لادعائه العلم به ، والغرض هنا أنه لا علم له به فتدبره اه ما في النهر ملخصا ، وتماه فيه (قوله وما جن) الأولى إسقاطه كما تعرفه (قوله وفي الكبير الخ) عطف على محذوف تقديره هذه الكيفية في إباق الصغير وفي الكبير الخ ط (قوله لاختلافه صفرا وكبرا) فيحتمل أنه أبق عنده في الصغير فقط ثم أبق عند المشتري بعد البلوغ وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم ، فلما ألزمناه الحلف على ما أبق عنده قط أضربنا به والزمناه ما لا يازمه ، وأو لم يحلف أصلا أضربنا بالمشتري فيحلف كما ذكر ، وكذا في كل عيب يختلف فيه الحال فيما بعد البلوغ وقبله ، بخلاف ما لا يختلف كالجنون فتح ، فعلى ذلك كان الأولى إسقاط قوله وما جن لأنه لا يناسب قوله وفي الكبير الخ (قوله خفي كإباق) أي من كل عيب لا يعرف إلا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا فتح (قوله وعلم حكمه) أي حكم رده

بلا يمين للتيقن به إذا لم يدع الرضا به . وما لا يعرفه إلا الأطباء ككبد ، فيكفي قول عدل وإثباته عند بائعه عدلين
وما لا يعرفه إلا النساء كرتق فيكفي قول الواحدة ثم يحلف البائع عيني .

بما ذكره المصنف آنفا (قوله للتيقن به) أي في يد البائع والمشتري فتح (قوله إذا لم يدع الرضا به) أي رضا
المشتري به ، أو العلم به عند الشراء ، أو الإبراء منه ، فإن ادعاه سأل المشتري ، فإن اعترف امتنع الرد ، وإن أنكر
أقام البينة عليه ، فإن عجز يستحلف ما علم به وقت البيع أو ما رضى ونحوه ، فإن حلف رده ، وإن نكل امتنع
الرد فتح (قوله ككبد) أي كوجع كبد وطحال فتح . وفي بعض النسخ ككبدى بياء النسب : أي كداء منسوب
إلى الكبد (قوله فيكفي قول عدل) أي لتوجه الخصومة : قال في الفتح : فإن اعترف به عندهما رده ، وكذا
إذا أنكره فأقام المشتري البينة أو حلف البائع فنكل ، إلا إن ادعى الرضا فيعمل ما ذكرناه ، وإن أنكره عند المشتري
يريه طبيبين مسلمين عدلين ، والواحد يكفي والاثنان أحوط ، فإذا قال به ذلك يخاصمه في أنه كان عنده اه ،
واشترط العدلين منهم إنما هو للرد والواحد لتوجه الخصومة فيحلف البائع كما في البدائع ، ولكن في أدب القاضي
ما يخالفه بحر .

قال في البرازية : وفي أدب القاضي الذي يرجع فيه إلى الأطباء لا يثبت في حق توجه الخصومة ما لم يثبت
عدلان بخلاف ، لا يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول المرأة الواحدة في حق الخصومة لافي حق الرد اه .
قلت : الأول أظهر ، لأن العدلين يكتفي بهما للإثبات ، فيكفي الواحد لتوجه الخصومة ، ولذا جزم به
في الخانية ، حيث قال : إن أخبر بذلك واحد يثبت العيب في حق الخصومة والدهوى ، وإن شهد عدلان أنه قديم
كان عند البائع رده على البائع .

مطلب فيما لا يطلع عليه إلا النساء

(قوله فيكفي قول الواحدة) أي لإثبات العيب في حق الخصومة لافي الرد في ظاهر الرواية خانية ، وقد أشار
إلى هذا بقوله فيحلف البائع ، إذ لو ثبت الرد بقولها لم يحتج إلى التحليف ، وهذا إذا كان بعد القبض بالاتفاق
كما في شرح الجامع لقاضي خان ، فلو قبله ففيه اختلاف الروايات :

ففي الخانية : إن آخر ما روى عن محمد وأبي يوسف أنه يرد بشهادتهن ، إلا في الحبل فلا ترد بشهادتهن .
وفي الذخيرة : الواحدة العدة تكفي والثنتان أحوط ، فإذا قالت واحدة عدلة أو ثنتان إنها حبل يثبت العيب
في حق توجه الخصومة ، ثم إن قالت أو قالتا كان ذلك عند البائع ، إن كان ذلك بعد القبض لا ترد بل يحلف
البائع لأن شهادة النساء حجة ضعيفة والعقد بعد القبض قوى ولا يفسخ العقد القوي بحجة ضعيفة ، وإن قبل
القبض فكذلك لا رد بقول الواحدة ، أما المثني فقبل على قياس قوله لا ترد وعلى قياس قولها ترد : وذكر
الخصاف أنها لا ترد في ظاهر رواية أصحابنا . وفي القدوري إنه المشهور من قولها ، لأن ثبوت العيب بشهادتهن
ضروري ومن ضرورة ثبوته توجه الخصومة دون الرد فيحلف البائع ، فإن نكل تأيدت شهادتهن بنكوله فيثبت
الرد . وروى الحسن عن الإمام ثبوت الرد بشهادتهن إلا في الحبل لأنه تعالى تولى علمه بنفسه اه مافي الذخيرة ملخصا
ثم ذكر روايات أخر .

والحاصل أن شهادة الواحدة أو الثنتين يثبت بها العيب المذكور في حق توجه الخصومة لافي حق الرد سواء
كان ذلك قبل القبض أو بعده في ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة وهو المشهور فكان هو المذهب المعتمد وإن اقتصر

قلت : وبقي خامس مالا ينظره الرجال والنساء ، ففي شرح قاضيخان : شري جارية وادعى أنها لعني حلف
البائع (استحق بعض المبيع ، فإن) كان استحقاقه (قبل القبض) للكل (خير في الكل) لتفرق الصفقة (وإن بعده
خير في القيمي لاني غيره) لأن تبعض القيمي عيب لا المثل كما سيجيء ،
(وإن شري شيئين فقبض أحدهما دون الآخر فحكمه حكم ما قبل قبضهما) فلو استحق أو تعيب أحدهما خير
(وهو) أي خيار العيب بعد رؤية العيب (على التراخي) على المعتمد .

في كثير من الكتب على خلافه ، وقد منا ما يؤيد ذلك عن الفتح في آخر خيار الشرط ، ولا ينافي ذلك ما اتفق عليه
أصحاب المتون في أول كتاب الشهادة من قبول شهادة الواحدة في البكارة والعيوب التي لا يطلع عليها إلا النساء ،
لأن المراد به أن العيب يثبت بقولهن ليحلف البائع كما نص عليه في الهداية هناك ، وهذا معنى قولهم هنا يثبت في حق
توجه الخصومة ، فاغتنم تحقيق هذا المحل فإنك لا تجده في غير هذا الكتاب ، والحمد لله الملك الوهاب (قوله قلت
وبقي خامس الخ) هذا الفرع المذكور في الفتح والبحر والنهر ، لكنهم اقتصروا على عدد الألواع أربعة فلما رأى الشارح
مخالفة حكمه لهذه الأربعة جعله نوعا خامسا فكان من زياداته الحسنة فافهم .

قلت : ومن هذا النوع مالا ادعى ارتفاع حيز الجارية ، فقد صرحوا بأنه لا تقبل الشهادة عليه لأنه لا يعلم
إلا منها وتوجه الخصومة بقولها على ما اختاره في الفتح ، نعم على ما اختاره غيره من أنه لا بد من دعوى المشتري
أنه عن داء فيرجع فيه إلى شهادة الأطباء أو عن حبل فيرجع إلى شهادة النساء لا يكون من هذا النوع بل من أحد
النوعين قبله :

مطلب فيما يحلف المشتري أنه لم يفعل مسقطا لخيار العيب

[فروع] لو أراد المشتري الرد ولم يدع البائع عليه مسقطا لم يحلف المشتري ، وعند الثاني يحلف . وفي الخلاصة
والبزازية أن القاضي لا يستحلف الخصم بلا طلب المدعي إلا في مسائل منها خيار العيب . وفي البدائع : لو أخبرت
امراة بالحبل وامرأتان بعدهم صحت الخصومة ولا يقبل قول النافية . وفي التهذيب : برهن البائع أنه حدث عند المشتري
وبرهن المشتري أنه كان معيبا في يد البائع تقبل بيته المشتري بحر مخصصا (قوله قبل القبض للكل) ذكر الكل
غير قيد ، فإن قبض البعض حكمه كحكم ما إذا لم يقبض الكل كما ذكره المصنف عقبه ، ولكن لما أفرد المصنف
البعض بالذكر علم أن كلامه هنا في الكل فلذا صرح به الشارح ، نعم لو قال المصنف قبل القبض ولو للبعض
لاستغنى عن قوله بعده وإن قبض أحدهما (قوله خير في الكل) أي في القيمي وغيره بقريته قوله وإن بعده خير
في القيمي لاني غيره فالمراد أنه بخير في الباقي بعد الاستحقاق بين إمساكه ورده ، فليس المراد بالكل كل المبيع
حتى برد عليه أن البيع في البعض المستحق باطل فافهم (قوله لتفرق الصفقة) أي تفرقها على المشتري قبل تمامها
لأنها قبل القبض لم تتم فلذا كان له الخيار (قوله وإن بعده الخ) أي وإن كان استحقاق البعض بعد القبض خيرا في القيمي
لاني غيره إذ لا يضره التبعض (قوله كما سيجيء) لم أره في هذا الباب صريحا تأمل (قوله فلو استحق) بيان لقوله
فحكمه حكم ما قبل قبضهما وقوله أو تعيب زيادة بيان وإلا فالكلام في الاستحقاق ؛ وأما تعيب أحد الشبيين فسيذكره
المصنف في قوله اشترى عبيد الخ .

وما في الحاوي غريب بحر (فلو خاصم ثم ترك ثم عاد وخاصم فله الرد) ما لم يوجد مبطله كدليل الرضا ففتح ه
وفي الخلاصة : لو لم يجد البائع حتى هلك رجع بالنقصان (واللبس والركوب والمداواة) له أو به عيني (رضا
بالعيب) الذي يداويه فقط

مطلب في تخيير المشتري إذا استحق بعض المبيع

[تنبيه] حاصل ما ذكره المصنف في هذه المسائل ما في جامع الفصولين عن شرح الطحاوي : لو استحق بعض
المبيع قبل قبضه بطل البيع في قدر المسحق ، ويخير المشتري في الباقي سواء أوث الاستحقاق عيبا في الباقي أولا
لتفرق الصفة قبل التمام ؛ وكذا لو استحق بعد قبض بعضه سواء استحق المقبوض أو غيره يخير لما مر من التفرق
ولو قبض كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره ، ثم لو أوث الاستحقاق عيبا فيما بقي يخير المشتري ، ولو لم يورث
عيبا فيه كثويين أو قنين استحق أحدهما أو كيلي أو وزني استحق بعضه ولا يضر تبعضه ، فالمشتري يأخذ الباقي
بلا خيار اه . وفي النهر عن العناية : حكم العيب والاستحقاق سيان قبل القبض في جميع الصور ، يعني فيما يكال
ويوزن وغيرهما ، وحكهما بعد القبض كذلك إلا في المكيل والموزون (قوله وما في الحاوي) أي من أنه إذا
أمسكه بعد الاطلاع على العيب مع قدرته على الرد كان رضا اه ح (قوله كدليل الرضا) مما يأتي قريبا ، وصرح به
بالأولى (قوله وفي الخلاصة الخ) حيث قال : وجد به عيبا ولم يجد البائع ليزده فأطعمه وأمسكه ولم يتصرف فيه
تصرفا يدل على الرضا فإنه يرد على البائع أو حضر ، ولو هلك يرجع بالنقصان اه أي ولا يرجع على بائعه بالتخير
وهذا إذا لم يرفع الأمر إلى القاضي كما سيذكره المصنف (قوله واللبس والركوب الخ) أي لو اطلع على عيب
في المبيع فلبسه أو ركبه لحاجته فهو رضا دلالة : ولو كان ركوبه للداواة لينظر إلى سيرها ولبسه الثوب لينظر إلى قدره
كما في النهر وغيره ؛

فإن قلت : إن فعل ذلك لا يبطل خيار الشرط فكذا خيار العيب . قلت : فرق في الذخيرة بأن خيار الشرط مشروع
للاختبار واللبس والركوب مرة براد به ذلك ، بخلاف خيار العيب فإنه شرع للرد ليصل إلى رأس ماله عند العجز
عن الوصول إلى الفائت فلا يحتاج إلى أن يختبر المبيع .

[تنبيه] أشار إلى أن الرضا بالعيب لا يلزم أن يكون بالقول . ثم إن الرضا بالقول لا يصح معلقا لما في البحر
عن البرازية : عثر على عيب فقال للبائع إن لم أرد إليك اليوم رضيت به : قال محمد : القول باطل وله الرد (قوله
ولداواة له أو به) أي أنه يشمل ما لو كان المبيع عبدا مثلا فداواه من عيبه أو كان دواء فداوى به نفسه أو غيره
بعد اطلاعه على عيب فيه .

مطلب فيما يكون رضا بالعيب

(قوله رضا بالعيب الذي يداويه فقط) قال في البحر : المداواة إنما تكون رضا بعيب داواه ، أما إذا داوى
المبيع من عيب قد برى منه البائع وبه عيب آخر فإنه لا يمنع رده كما في الولوجية اه . وفي جامع الفصولين :
شري معيبا فرأى عيبا آخر فعالج الأول مع علمه بالثاني لا يردده ، ولو عالج الأول ثم علم عيبا آخر فله رده اه .
قلت : بتي ما لو اطلع على العيب بعد الشراء ولم يكن قد برى البائع منه فداواه ثم اطلع على عيب آخر .
وظاهر كلام الشارح أنه يردده وهو الظاهر ، كما لو رضى بالأول صريحا ثم رأى الآخر ، إذ قد يرضى بعيب
دون عيب أو بعيب واحد لا يعين تأمل : ثم رأيت في الذخيرة عن المنتقى عن أبي يوسف : وجد بالجارية عيبا
(ه - حاشية ابن مابدين - ه)

مالم ينقصه برجندی ، وكذا كل مفيد رضا بعد العلم بالعيب يمنع الرد والأرش ، ومنه العرض على البيع إلا الدراهم إذا وجدها زيوفا فعرضها على البيع فليس برضا ؛

فداواها ، فإن كان ذلك دواء من ذلك العيب فهو رضا وإلا فلا إلا أن ينقصها اه (قوله مالم ينقصه) كما إذا داوى يده الموجوعة فشلت أو عينه من بياض بها فاعورت فإنه يمتنع رده بعيب آخر لما حدث فيه من النقص عند المشتري ط .

مطلب فيما يكون رضا بالعيب ويمنع الرد

(قوله بعد العلم بالعيب) أى علمه بكون ذلك عيبا : ففى الخانية : لو رأى بالأمة قرحة ولم يعلم أنها عيب فشرها ثم علم أنها عيب له ردها لأنه مما يشتهه على الناس فلا يثبت الرضا بالعيب اه : وقدمنا أنه لو كان مما لا يشتهه على الناس كونه عيبا ليس له الرد : وفى نور العين عن المنية قال البائع بعد تمام البيع قبل القبض تعيب المبيع فاتهمه المشتري فى إخباره ويقول إن غرضه أن أرد عليه فقبضه المشتري لا يكون رضا بالعيب ولا تصرفه إذا لم يصدقه ، لكن الاحتياط أن يقول له لا أعلم بذلك وأنا لا أرضى بالعيب ، فلو ظهر عندى أردته عليك اه (قوله والأرش) أى نقصان العيب (قوله ومنه العرض على البيع) ولو بأمر البائع ، بأن قال له اعرضه على البيع ، فإن لم يشتر منك رده على ، ولو طلب من البائع الإقالة فأبى فليس بعرض فله الرد ، ولو عرض بعض المبيع على البيع أو قال رضيت ببعضه بطل خيار الرؤية وخيار العيب جامع الفصولين ، وقدمنا عن الذخيرة أن قبض المبيع بعد العلم بالعيب رضا بالعيب : وفى جامع الفصولين : قبض بعضهم رضا ثم نقل ليس برضا حتى يسقط خياره عند أبي يوسف اه .

قلت : وهذا فى غير المثل ، لما فى البحر عن البرازية : لو عرض نصف الطعام على البيع لزمه النصف ويرد للنصف كالبيع اه وسيدكر الشارح الكلام فى الاستخدام :

[تمة] نقل فى البحر : من جملة ما يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به الإجارة والعرض عليها والمطالبة بالغلة والرهن والكتابة ، أما لو أجره ثم علم بالعيب فله نقضها للعذر ويرده ، بخلاف الرهن فلا يرد إلا بعد الفكك ، ومنه إرسال ولد البقرة عليها ليرتضع منها وحلب لبنها أو شربه ، وهل يرجع بالنقصان ؟ قولان ، وابتداء سكنى الدار لا الدوام عليها ، وسقى الأرض وزراعتها ، وكسح الكرم ، والبيع كلاً أو بعضاً ، والإعتاق ، والهبة ولو بلا نسليم لأنها أقوى من العرض ، ودفع باقى الثمن ، وجمع غلات الضيعة ، وكذا تركها لأنه تضييع ، وليس منه أكل

ثمر الشجر وغلة القن والدار وإرضاع الأمة ولد المشتري ، وضرب العبد إن لم يؤثر الضرب فيه اه ما خصنا . وفى الذخيرة إذا أطلاه (١) بعد رؤية العيب أو حجمه أو جز رأسه فليس برضا ثم ذكر تفصيلاً فى الحجامة بين كونها دواء لذلك العيب فهو رضا وإلا فلا : وفيها : أمر رجلاً ببيعه ثم علم أن به عيباً ، فإن باعه الوكيل بمحضرة الموكل ولم يقل شيئاً فهو رضا بالعيب (قوله إلا الدراهم الخ) ذكر المسألة فى الذخيرة وجامع الفصولين وغيرهما ، وسيدكرها الشارح فى آخر متفرقات البيوع عن الملتقط : ثم إنه ينبغى أن يذكر هنا أيضاً ما امتنع رده قبل البيع بزيادة ونحوها ، كما لولت السويق أو خايط الثوب ثم اطلع على عيب ثم باعه فإن بيعه بعد رؤية العيب لا يكون رضا وله الرجوع بنقصانه كما مر ، فكذا لو عرضه على البيع بالأولى (قوله فليس برضا) فلا يمنع الرد

(١) (قوله إذا أطلاه) هكذا بخطه بالألف ، وامل صوابه طلاه ، وهما كما استفاد من القاموس والمصباح اه صححه .

كعرض ثوب على خياط لينظر أيكفيه أم لا ، أو عرضه على المقتومين ليقوموا ؛ ولو قال له البائع أتبيعه قال نعم لزم ؛ ولو قال لا لا ، لأن نعم عرض على البيع ولا تقرير للملكة بزازية (لا) يكون رضا (الركوب للرد) على البائع (أو لشراء العلف) لها (أو للسقي) الخال أن المشتري (لا بد له منه) أي الركوب لعجز أو صعوبة ، وهل هو قيد للأخيرين أو الثلاثة ؟ استظهر البرجندی الثاني واعتمده المصنف تبعاً للدرر والبحر والشمسي وغيرهم الأول ؛ ولو قال البائع ركبها لحاجتك وقال المشتري بل لاردها فاقول للمشتري بحر . وفي الفتح : وجد بها عيباً في السفر فحملها فهو عذر :

على المشتري لأن ردها لكونها خلاف حقه لأن حقه في الجياد فلم تدخل الزيوف في ملكه ، بخلاف المبيع العين فإنه ملكه . فالعرض رضا بعينه بحر ، ومثل ذلك مالو باعها ثم ردت عليه بلا قضاء فله ردها على بائعه كما قدمه الشارح عند قوله باع ما اشتراه الخ ، وقد علمنا تمام الكلام على ذلك (قوله كعرض ثوب الخ) محترز قوله على البيع والتشبيه في عدم الرضا (قوله قال نعم) الأولى فقال نعم عطفاً على قال الأول (قوله لزم) جواب لو أي لزم البيع ولا يمكنه رده بالعيب : قال في نور العين : وهذه تصلح حيلة من البائع لإسقاط خيار العيب عن مشتريه (قوله ولا تقرير للملكة) لفظ لا مبدأ وتقرير خبره والضمير في ملكه للبائع كأنه يقول لا أبيع له لكونه ملكك لأنني أردته عليك . وفي البرازية : وينبغي أن يقول بدل قوله نعم الخ يريد بذلك تنبيه المشتري على لفظ يتمكن به من الرد وهو لفظ لا ويحذره من مانع الرد وهو نعم ط . وبه اندفع توقف المحشي في هذه العبارة ، وكأنه فهم أن قوله وينبغي أن يقول الخ : أي يقول الناقل لحكم المسألة فيصير المعنى ولو قال له البائع أتبيعه فقال لا لزم فيناني ما ذكره الشارح ، وليس كذلك بل ضمير يقول للمشتري : أي ينبغي للمشتري أن يقول لا بدل قوله نعم لئلا يلزم البيع فيكون تحذيراً للمشتري فافهم . ثم إن الذي رأيناه في البرازية وغالب نسخ البحر نقلاً عنها ولا تقرير لممكنته : أي تمكنه من الرد على البائع وعليه فالضمير للمشتري (قوله الركوب للرد على الهائغ) وكذا لو ركبها ليرده فعجز عن البيعة فركبها جاثياً فله الرد بحر عن جامع الفصولين : أي له رده بعد ذلك إذا وجد بينة على كون العيب قديماً ، لأن ركوبه بعد العجز ليس دليل الرضا (قوله أو لشراء العلف لها) فلو ركبها لعلف دابة أخرى فهو رضا كما في الذخيرة (قوله لعجز أو صعوبة) أي لعجزه عن المشي أو صعوبة الدابة بكونها لا تنقاد معه (قوله وهل هو) أي قوله ولا بد له منه (قوله واعتمده المصنف الخ) الذي في شرح المصنف والدرر والشمسي والبحر جعله قيداً للأخيرين فقط ، ولكن في كثير من النسخ : واعتمده المصنف بلا ضمير وهي الصواب ، فقوله وغيرهم بالجر عطفاً على مجرور اللام في قوله تبعاً للدرر الخ ، وقوله الأول بالنصب مفعول اعتمده أما على نسخة اعتمده بالضمير يكون قوله وغيرهم مرفوعاً والتقدير واعتمده غيرهم الأول ، ومشى في الفتح على الأول . وفي الذخيرة على الثاني قال : وبدل له ما ذكره محمد في السير الكبير أن جوائز العلف لو كان واحداً فركب لا يكون رضا لأنه لا يمكن حمله إلا بالركوب ، بخلاف ما إذا كان اثنين اهـ لکن قال في الفتح : إن العذر المذكور في السقي يجري فيما إذا كان العلف في عدلين فلا ينبغي إطلاق امتنا الرد فيه اهـ . وبقي قول ثالث هو ظاهر الكنز أنه غير قيد في الثلاثة ، وظاهر الزيلعي اعتماده حيث عبر عن القولين بقيل . وفي الشرنبلالية عن المواهب : الركوب للرد أو للسقي أو لشراء العلف لا يكون رضا مطلقاً في الأظهر اهـ فافهم (قوله فاقول للمشتري) لأن الظاهر يشهد له ط ، وكذا لو قال ركبها للسقي بلا حاجة لأنها تنقاد وهي ذلول ينبغي أن يسمع قول المشتري ، لأن الظاهر أن مسوغ الركوب بلا إبطال الرد هو خوف المشتري من شيء مما ذكرنا لاحقيقة الجموح والصعوبة ، والناس يختلفون في تخيل أسباب الخوف ، فرب رجل لا يخطر بخاطره شيء من تلك الأسباب وآخر بخلافه كذا في الفتح (قوله فهو عذر) قال في الشرنبلالية

(اختلافاً بعد التقابض في عدد المبيع) أو أحد أو متعدد ليتوزع الثمن على تقدير الرد (أو في) عدد (المقبوض فالقول للمشتري) لأنه قابض والقول للقابض مطلقاً قدر أو صفة أو تعييناً ،

بعد نقله : ويخالفه ما في البرازية : لو حمل عليه فاطلع على عيب في الطريق ولم يجد ما يحمله عليه ولو ألقاه في الطريق يتلف لا يتمكن من الرد ، وقيل يتمكن قياساً على ما إذا حمل عليه علفه ، قلت : الفرق واضح ، فإن علفه مما يقومه ، إذ لولاه لا يبقى ولا كذلك العدل فكان من ضرورة الرد ما في البرازية ، وهذا يفيد أن ما في الفتح ضعيف اه ط .

قلت : وذكر الفرق أيضاً في جامع الفصولين ، ويؤيده ما في الذخيرة عن السير الكبير اشترى دابة في دار الإسلام وغزا عليها فوجد بها عيباً في دار الحرب ينبغى له أن لا يركبها ، لأن الركوب بعد العلم بالعيب رخصاً منه فلا يتمكن من ردها فليحترز منه وإن لم يجد دابة غيرها ، لأن العذر الذي له غير معتبر فيما يرجع إلى البائع والركوب لحاجته دليل الرضا اه ملخصاً :

وحاصله أن الركوب دليل الرضا وإن كان لعذر ، لأن عذره ألزمه الرضا بالعيب لأنه يعتبر في حق البائع ؛ وأنت خير بأن هذا مخالف للقول الثالث الذي اعتمده الزيلعي وغيره كما قدمناه آنفاً ؛ وقد يجاب بأن العذر في ركوبها للسقي والعلف إنما هو الحق البائع إذ فيه حياتها بخلاف العذر في مسألة السير الكبير والتي قبلها .

مطلب مهم في اختلاف البائع والمشتري في عدد المقبوض أو قدره أو صفته

(قوله اختلافاً بعد التقابض الخ) أي لو اشترى جارية مثلاً فقبضها وأقبض الثمن ثم جاء ليردها بعيب واعترف به البائع إلا أنه قال بعتك هذه وأخرى معها فلك على رد حصة هذه فقط من الثمن لا كله وقال المشتري بعينها وحدها فأردد كل الثمن ولا بينة لهما فالقول للمشتري لأنه قابض ينكر زيادة يدعيها البائع ، ولأن البيع انفسخ في المردود بالرد وذلك مسقط للثمن عنه والبائع يدعى بعض الثمن بعد ظهور سبب السقوط والمشتري ينكر ، وتماه في الفتح (قوله ليتوزع الثمن الخ) علة لدعوى البائع وبيان لفائدتها على تقدير الرد : أي رد الثمن لأنه على دعواه يلزمه رد بعضه كما قررناه (قوله أو في عدد المقبوض) أي بأن اتفقا على مقدار المبيع أنه الجاريتان وقبض البائع ثمنها ثم جاء المشتري ليرد إحداها فقال البائع قبضتهما وإنما تستحق حصة هذه وقال المشتري لم أقبض سواها (قوله والقول للقابض) وتقبل بينته لإسقاط البين عنه كالمودع إذا ادعى الرد أو الهلاك وأقام بينة تقبل مع أن القول قوله والبينة لإسقاط البين مقبولة كذا في الذخيرة ، من باب الصرف بحر (قوله مطلقاً) فسره ما بعده (قوله قدراً) أي قدر المبيع أو المقبوض كما مر ، ومنه ما في النهر عن صلح الخلاصة : أو قال المشتري بعد قبض المبيع وزونا وجدته ناقصاً إلا إذا سبق منه إقرار بقبض مقدار معين (قوله أو صفة) تبع في ذلك البحر عن العمادية ؛ ويخالفه ما في الظهيرية حيث قال : وإن اختلفا في وصف من أوصاف المبيع فقال المشتري اشتريت منك هذا ما لعبد على أنه كاتب أو خباز وقال البائع لم أشرط شيئاً فالقول للبائع ولا يتحالفان اه ومثله في الذخيرة والتتارخالية وفي فتاوى قارى الهداية : اختلفا في وصف المبيع فقال المشتري ذكرت لي أن هذه السلعة شامية فقال البائع ما قلت إلا أنها بلدية . أجاب القول للبائع بيمينه لأنه ينكر حق النسخ والبينة للمشتري لأنه مدع اه ؛ وفي النهر عن الظهيرية : اشترى عبيد أحدهما بألف حالة والآخر بألف إلى سنة صفقة أو صفقةين فرد أحدهما بعيب ثم اختلفا فقال البائع رددت مؤجل الثمن وقال المشتري بل معجل فالقول للبائع سواء هلك ما في يد المشتري أولاً ولا يخالف اه

فلو جاء ليرده بخيار شرط أو رؤية فقال البائع ليس هو المبيع فالقول للمشتري في تعيينه ، ولو جاء ليرده بخيار عيب فالقول للبائع ، كما لو اختلفا في طول المبيع وعرضه فتح .
(اشترى عبدین) أى شيتين ينتفع بأحدهما وحده

ويؤيده قوله الآتي كما لو اختلفا في طول المبيع وعرضه على خلاف ما في النهر كما تعرفه فافهم (قوله فاجاء ليرده الخ) تفريع على قوله تعيينا ؛ ومثله ما في البحر وغيره : لو اختلفا في الرق فالقول للمشتري (قوله فالقول للبائع) والفرق أن المشتري في خيار الشرط والرؤية يفسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف ، وإذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلفا في المقبوض فالقول فيه قول القابض ، بخلاف الفسخ بالعيب (١) لا ينفرد المشتري بفسخه ولكنه يدعى ثبوت حق الفسخ في الذي أحضره والبائع ينكره ، كذا في الفتح من آخر خيار الرؤية .

قلت : ومقتضى هذا التعليل أنه لو كان البيع فاسدا يكون القول في تعيين المبيع للمشتري ، لأن العقد يفسخ بفسخه بلا توقف على رضا الآخر وهي واقعة الفتوى (قوله كما لو اختلفا في طول المبيع وعرضه) لم أر هذا في الفتح وإنما ذكر المسألة التي قبله مع الفرق الذي نقلناه عنه ، نعم ذكره في البحر عن الظهيرية . صرحا بأن القول للبائع ،

قلت : وهو الذي رأته في الظهيرية ومنتخبها لعيني وكذا في الذخيرة والتاريخانية ، فأنقله في النهر عن الظهيرية من أن القول للمشتري تحريف أو سبق قلم فافهم ونص الظهيرية : ابن سماعة عن محمد : رجل باع من آخر ثوبا مر ويا قبضه أو لم يقبضه حتى اختلفا فقال البائع بعته على أنه ست في سبع وقال المشتري اشتريته على أنه سبع في ثمان فالقول قول البائع مع يمينه اه .

[تنمة] قال بعثا وبها قرحة في موضع كذا فجاء المشتري ايردها بقرحة في ذلك فأنكر البائع أنها هذه القرحة بل القرحة برئت وهذه غيرها فالقول للمشتري .

والحاصل أن البائع إذا نسب العيب إلى موضع وسماه فالقول للمشتري ، وإن ذكره مطلقا فالقول للبائع ، وتماه في الذخيرة .

[خاتمة] باع ألف رطل من القطن ثم ادعى أنه لم يكن في ملكه يوم البيع قطن وعنده يوم الخصومة ألف رطل من القطن بقول أصبته بعد البيع كان القول قوله بيمينه كما في الخانية (قوله اشترى عبدین الخ) اعلم أن المبيع لا يخلو من كوله شيئا واحدا أو شيتين كواحد حكما من حيث لا يقوم أحدهما بلا صاحبه كصراعى باب وزوجى خف أو شيتين بلا اتحاد حكما كثوبين وعبدین .

ثم الحادث في المبيع نوعان : عيب واستحقاق ، والأحوال ثلاثة : قبل القبض ، وبعده ، وبعد قبض بعضه فقط : أما لو وجد في بعضه عيبا قبل قبض كله وكان العيب موجودا وقت البيع أو حدث بعده قبل قبضه فالمشتري مخير بين أخذ الكل بثمنه أو رد كله لا المعيب وحده بمحضته من الثمن ، وكذا ليس للبائع أن يقبل المعيب خاصة إلا إذا تراضيا على رد المعيب فقط وأخذ الباقي بمحضته من الثمن فلهما ذلك ، إذ الصفقة لا تتم قبل القبض بدليل انفساخ البيع برده بلا رضا ولا قضاء ؛ ولو قبض بعضه فقط فوجد فيه أو فيما بقي عيبا فحكمه حكم الفصل الأول

(١) (قوله بخلاف الفسخ بالعيب الخ) قال شيخنا : ومقتضاه أيضا أن يكون القول للمشتري إذا حصل الاختلاف بمد اتفاقهم على الفسخ في مسألة خيار العيب اه .

صفقة واحدة (وقبض أحدهما ووجد) به أو (بالآخر عيبا) لم يعلم به إلا بعد القبض (أخذها أو ردها، ولو قبضهما رد المغيب) بحصته سالما (وحده) لجواز التفريق بعد التمام (كما لو قبض كيليا أو وزنيا) أو زوجي خف ونحوه كزوجي ثور ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه (ووجد ببعضه عيبا فإن له رد كله أو أخذه)

في كل ما مر ، إذ الصفقة لا تتم بعد سواء كان المبيع واحدا أو أشياء ؛ ولو قبض كله فوجد ببعضه عيبا قديما أو حادثا بين شرائه وقبضه ، فإن كان المبيع واحدا كدار وكرم وأرض وثوب أو كيليا أو وزنيا في وعاء واحد أو صبرة واحدة أو شيئين كشيء واحد حكما ينخر بين أخذ كله ورد كله دون رد بعضه فقط ، إذ فيه زيادة عيب هو الاشتراك في الأعيان ، وإن كان شيئين أو أكثر بلا اتحاد حكما كثياب وعبيد أو كيليا أو وزنيا في أوعية مختلفة فلمشتري الرضا به بكل ثمنه أو رد المغيب فقط لا يرد كله إلا بتراضى ، ولا يرد المغيب إلا برضا أو قضاء إذ الصفقة تمت فيصح تفريقها فيرد المغيب بحصته من الثمن غير مغيب ، إذ المبيع المغيب دخل في البيع سايبا ، وفي خيار شرط ورؤية ليس له رد بعضه فقط وإن قبض الكل لأنهما يمتنعان تمام الصفقة فهي قبل تمامها لا تحتل التفريق ، وإنما قلنا إنه يمنع تمام الصفقة لأنه يرد بلا قضاء ولا رضا ، ولو قبض الكل ومتى عجز عن رد البعض لزمه الكل سواء كان المبيع واحدا أو أكثر جامع الفصولين عن شرح الطحاوى ، ثم ذكر بعد ذلك مسائل الاستحقاق وقد مرت .

والحاصل : أنه لو وجد العيب قبل قبض شيء من المبيع أو بعد قبض البعض فقط فلايس له رد المغيب وحده بلا رضا البائع ، وكذا لو بعد قبض الكل إلا إذا كان متعددا غير متحد حكما كثوبين وطعام في وعاءين على ما ذكرناه ، بخلاف ما لو كان في وعاء واحد فإنه بمنزلة المبيع الواحد وهذا ظاهر لو كان الطعام كله باقيا ، فلو باع بعضه أو أكل بعضه فقدمنا في هذا الباب أن المفتي به قول محمد أن له أن يرد الباقي ويرجع بنقصان ما أكل لا ما باع ، ومر بيانه هناك (قوله صفقة واحدة) منصوب على أنه حال من فاعل اشترى لتأوله بالمشق : أى صافقا بمعنى عاقدا أو على نزع الخافض : أى بصفقة أى عقد ، واحتراز به عما لو كان كل منهما بعقد على حدة فهو من قسم ما لو كان المبيع واحدا وقد علمته (قوله وقبض أحدهما) وكذا لو لم يقبضهما كما مر (قوله رد المغيب) احتراز عما فيه خيار شرط أو رؤية كما مر (قوله لم يعلم به إلا بعد للقبض) هذا لا يناسب إلا ما إذا وجد العيب في المقبوض كما لا يخفى اهـ ح .

قلت : بل هو في غاية الخفاء لأن كلام الشارح يصدق على ما إذا قبض السلم ولم يعلم بعيب الآخر إلا بعد قبض المقبوض ، ولذا قال في البحر : قيد بتراخي ظهور العيب عن القبض لأنه لو وجد بأحدهما عيبا قبل القبض فإن قبض المغيب منهما لزمه ، أما المغيب فلو جود الرضا به ؛ وأما الآخر فلأنه لا عيب به ، ولو قبض السلم منهما أو كانا معينين وقبض أحدهما له ردهما جميعا لأنه لا يمكن إلزام البيع في المقبوض دون الأمر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع ، ولا يمكن إسقاط حقه في غير المقبوض . لأنه لم يرض به ، كذا في المحيط فافهم (قوله كما لو قبض الخ) تشبيه بقوله أخذها أو ردها ، والأولى عدم التقييد هنا بالقبض كما في الكنز ليشمل ما قبل القبض : قال في البحر : وما وقع في الهداية من أن المراد بعد القبض وإنما هو ليقع الفرق بين القيميات والمثلثيات اهـ فإن القيميات كعبدن له رد المغيب منهما بعد قبضهما ، بخلاف المثلثيات كطعام في وعاء ، أما قبل القبض فليس له رد المغيب في الكل ، لكن هذا الاعتذار لا يتأتى في عبارة المصنف حيث أتى بكاف التشبيه (قوله ونحوه) أى من كل شيئين لا ينتفع بأحدهما بدون الآخر ، وله أحكام ذكرها في البحر عن المحيط فراجع (قوله فإن له رد كله أو أخذه)

بعبه لأنه كشيء واحد ولو في وعاءين على الأظهر عناية وهو الأصح بردان .
(اشترى جارية فوطئها أو قبلها أو مسها بشهوة ثم وجد بها عيبا لم يردّها مطلقا) ولو ثيبا خلافا للشافعي وأحمد .
ولنا أنه استوفى ماءها وهو جزؤها ؛ ولو الواطئ زوجها ، إن ثيبا ردها ، وإن بكرا لا بحر (ورجع بالنقصان)
لامتناع الرد .

أى دون أخذ المغيب وحده ، وهذا تصريح بما تضمنه التشبيه ، وعلمت أن هذا لو كان كله باقيا ، بخلاف ما لو باع
البعض أو أكله (قوله ولو في وعاءين) أى إذا كانا من جنس واحد كتمر برنى أو صيحاني أو لبانة أو حنطة
صعيدية أو بحرية فإنهما جنسان يتفاوتان في الثمن والعجين ، كذا حرره في فتح القدير (قوله على الأظهر) وقيل
إذا كان في وعاءين يكون بمنزلة عبيدين حتى يرد الوعاء الذى وجد فيه العيب وحده زيلىعى ، وقدمنا عن العلامة
قاسم أن هذا القول أرفق وأقرب اه ولذا مشى عليه في شرح الطحاوى كما علمته آنفا (قوله أو قبلها أو مسها
بشهوة) قال في البزازية ، قال التمرتاشى : قول السرخسى التقبيل بشهوة يمنع الرد محمول على ما بعد العلم
بالعيب شربلاية .

قلت : يخالف هذا الحمل ما في الذخيرة : وإذا وطئها ثم اطلع على عيب لم يردّها ويرجع بالنقصان سواء
كانت بكرا أو ثيبا إلا أن يقبلها البائع كذلك ، وكذا إذا كان قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة ، فإن وطئها أو قبلها
بشهوة أو لمسها بشهوة بعد غامه بالعيب فهو رضا بالعيب فلا رد ولا رجوع بنقصان اه . وكذا ما في الخانية :
لو قبضها فوطئها أو قبلها بشهوة ثم وجد بها عيبا لا يردّها بل يرجع بنقصان العيب الخ ، ولا يرد قوله الآتى لأنه
استوفى ماءها لأن دواعى الوطء تأخذ حكمه في مواضع كما في حرمة المصاهرة فافهم (قوله ولنا أنه استوفى ماءها
وهو جزؤها) أى فإذا ردها صار كأنه أمسك بعضها شرح المجمع : وعلل في شرح درر البحار (١) بأن الرد
بعيب فسخ العقد من أصله فيكون وطؤه في غير مماوكة له فيكون عيبا يمنع الرد وهذا في الثيب ، فاليكفر بمنع
ردها بالعيب اتفاقا اه .

قلت : وهذا التعامل أظهر لأنه يشمل دواعى الوطء (قوله ولو الواطئ زوجها) أى الزوج الذى كان من عند
البائع . أما لو زوجها المشتري لم يكن له ردها وطئها أولا وإن رضى بها البائع لحصول الزيادة المنفصلة وهى المهر
وأنها تمنع الرد كما مر (٢) كما لو وطئها أجنبي بشبهة في يد المشتري لو جوب العقر على الواطئ ، بخلاف ما لو زنى
بها فلا يرد ويرجع بالنقصان إلا أن يرضى بها البائع كذلك لأنها تعيبت بعيب الزنا ، كذا في الذخيرة (قوله إن
ثيبا ردها) أى إذا لم ينقصها الوطء وكان الزوج وطئها عند البائع أيضا ، أما إذا لم يكن وطئها إلا عند المشتري لم
يذكره محمد في الأصل : واختاف المشايخ فيه ، والصحيح أنه يردّها ذخيرة (قوله ورجع بالنقصان) كذا

(١) (قوله وعلل في شرح درر البحار الخ) في هذا التعليل نظر ، فإن الرد بالعيب فسخ فيما يستقبل من الأحكام لا في الماضي
منها كما صرح به المحشى فيما كتبه على الفروع آخر الباب عند قول الشارح رد المبيع بعيب بقضاء وفسخ ، وحينئذ فيكون للوطء في الملك
فلا يكون عيبا .

(٢) (قوله وأنها تمنع الرد كما مر الخ) الذى مر له في التنبيه الذى ذكره في خيار الشرط عند قول المصنف ويخرج من ملكه بخيار
المشتري فيهلك بيده بالثمن كبقية الزيادة المنفصلة الغير المتولدة لا تمنع الرد . وذكر في خيار العيب عن البحر عند قول الشارح : وله الرد
برضا البائع إلا لعيب أو زيادة أنها لا تمنع الرد مطلقا : يعنى قبل القبض أو بعده ، وقوله كما لو وطئها أجنبي الخ مبنى على ما فهمه في
عبارة مثلا مسكين التى نقلها في خيار الشرط ونقلنا هناك عن شيخنا تخطته فيها . ثم قال شيخنا في تقرير هذا المحل : إن المقر من الزيادة
التولدة وهى تمنع الرد ، وضمت مانقوله المحشى في التنبيه السابق عن التتارخانية من عده من الزيادة الغير المتولدة ، وصحح ما هنا أن
عبارة المشايخ مصرحة بأنه من الزيادة المتولدة ، قال لأنه في مقابلة ما هنا وهى جزء حقيقة ، واليه حكم المبدل اه .

وفي المنظومة المحببة : لو شرط بكارتها فبانت ثيبا لم يرد لها بل يرجع بأربعين درهما نقصان هذا العيب : وفي الحاوي والملتقط : الثيوبه ليست بعيب إلا إذا شرط البكارة فيردها لعدم المشروط (إلا إذا قبلها البائع) لأن الامتناع لحقه فإذا رضى زال الامتناع (ويعود الرد بالعيب القديم بعد زوال) العيب (الحادث) لعود الممنوع بزوال المانع درر ، فيرد المبيع مع النقصان

في الدرر ، ومثله في البحر عن الظهيرية عند قول الكنز : ومن اشترى ثوبا فقطعه الخ وعزاه في الشرنبلالية إلى البدائع وغيرها ، ومثله أيضا ما ذكرناه آنفا عن الذخيرة والخانية :
وفي كافي الحاكم : وطئها المشتري ثم وجد بها عيبا لا يرد لها به ، ولكن تقوم وبها العيب ، وتقوم وليس بها عيب ، فإن كان العيب ينقصها العشر يرجع بعشر الثمن اه ملخصا :
وقال في الخلاصة : وفي الأصل : رجل اشترى جارية ولم يبرأ من عيوبها فوطئها ثم وجد بها عيبا لا يملك ردها سواء كانت بكرا أو ثيبا ينقصها الوطء أولا ، بخلاف الاستخدام ، وكذا لو قبلها أو لمسها بشهوة ويرجع بالنقصان إلا أن يقول البائع أنا قبلها اه فهذا نص المذهب :

مطلب الأصل للإمام محمد من كتب ظاهر الرواية وكافي الحاكم

جمع فيه كتب ظاهر الرواية

فإن الأصل للإمام محمد من كتب ظاهر الرواية وكافي الحاكم جمع فيه كتب ظاهر الرواية للإمام كما ذكره في النسخ والبحر في مواضع متعددة ، وبه سقط ما في الشرنبلالية حيث قال : وفي البرازية ما يخالفه حيث يجوز الرجوع بالنقص مع المس والنظر ومنعه مع الوطء اه .

قلت : وسقط به أيضا ما في البرازية أيضا من أن وطئ الثيب يمنع الرد والرجوع بالنقصان وكذا التقبيل والمس بشهوة قبل العلم بالعيب وبعده ، وكذا ما يأتي قريبا عن الخانية فافهم (قوله فبانت ثيبا) أي بوطء المشتري . وفي الخانية من أول فصل العيوب : ولو اشترى جارية على أنها بكر ، ثم قال هي ثيب يريها القاضي النساء ، إن قلن بكر كان القول للبائع بلا يمين ، وإن قلن ثيب فالقول للمشتري بيمينه ، وإن وطئها المشتري : فإن زاولها كما علم أنها ليست بكرا بلا لبث وإلا لزمته هكذا ذكر الشيخ أبو القاسم اه ومشي الشارح على هذا التفصيل في خيار للشرط عند قول المصنف وتم العقد بموته الخ ، لكن علمت نص المذهب ، ولهذا ذكر في القنية التفصيل المذكور عن أبي القاسم ثم رمز لكتاب آخر الوطء يمنع الرد وهو المذهب اه (قوله بل يرجع بأربعين درهما) فيه أن هذا العيب قد ينقص القيمة أقل من هذا القدر ، وقد ينقصها أكثر منه فما وجه هذا التعمين ط .

قلت : قد يجاب بأن نقصان الثيوبه كان كذلك في زمانهم (قوله الثيوبه ليست بعيب الخ) لأنه ليس الغالب عدمها فصارت كما لو شري دابة فوجدتها كبيرة السن كما حققناه أول الباب ، نعم لو شرط البكارة ولم توجد كان له الرد لأنه من باب فوات الوصف المرغوب ، كما لو شري العبد على أنه كاتب أو خباز ، وهذا لو وجدها ثيبا بغير الوطء وإلا فالوطء يمنع الرد ، ولو نزع بلا لبث على المذهب كما علمت فافهم (قوله إلا إذا قبلها البائع) أي رضى أن يأخذها بعد ما وطئها المشتري ، وهذا استثناء من قوله ورجع بالنقصان (قوله ويعود الرد الخ) محل هذه الجملة عند قول المصنف سابقا حدث عيب آخر عند المشتري ورجع بالنقصان ط (قوله لعود الممنوع) أشار به إلى أن الرد لم يسقط وإنما منع منه مانع ، إذ لو كان ساقطا لما عاد ط (قوله مع النقصان) أي الذي يرجع به المشتري

على الراجح نهر :
 (ظهر عيب بمشري) البائع (الغائب) وأثبتته (عند القاضي فوضعه عند عدل) فإذا هلك (هلك على المشتري
 إلا إذا قضى) القاضي (بالرد على بائعه) لأن القضاء على الغائب بلا خصم ينفذ على الأظهر درر :
 (قتل) العبد (المقبوض أو قطع بسبب) كان (عند البائع) كقتل أو ردة (رد المقطوع) أو أمسكه ورجع
 بنصف ثمنه مجمع (وأخذ ثمنهما) أي ثمن المقطوع والمقتول ؛ ولو تداولته الأيدي فقطع عند الأخير أو قتل رجوع
 الباعة بعضهم على بعض ، وإن علموا بذلك لكونه كالاستحقاق لا كالعيب خلافا لهما

على البائع حين كان الرد ممنوعا ط (قوله على الراجح) بناء على أنه من زوال المانع ، وقيل لا يرد لأن الرد
 يسقط والساقط لا يعود ، وقيل إن كان بدل النقصان قائما ثبت له الرد وإلا لا ط (قوله بمشري البائع) الإضافة
 على معنى من : أي بمشري منه (قوله وأثبتته) أي المشتري (قوله فوضعه) أي القاضي عند عدل : أي عند أمين
 يحفظه لبائعه : وفي حاشية البحر للرملي : وقد سئلت عن نفقة الدابة وهي عند العدل على من تكون فأجبت أخذها
 مما في الذخيرة في آخر النفقات أنه لا يفرض القاضي لها على أحد نفقة لأن الدابة ليست من أهل الاستحقاق
 والمشتري هو المالك والمالك يفتى عليه ديانة بأن ينفق عليها ولا يجبره القاضي (قوله ينفذ على الأظهر) أي لو كان
 القاضي يرى ذلك كشافعي ونحوه ، بخلاف الحنفي كما حرره في البحر ، وقدمناه في كتاب المفتود : وميأتي تمامه
 في القضا إن شاء الله تعالى (قوله قتل العبد المقبوض أو قطع) قيد بكونه مقبوضا ، لأنه لو قتل بعد البيع في يد البائع
 رجع المشتري بكل الثمن كما هو ظاهر ، ولو قطع عند البائع ثم باعه فمات عند المشتري بسبب القطع قال في البحر
 يرجع بالنقصان اتفاقا ، وقيد بالقطع لأنه لو اشتراه مريضا فمات عند المشتري بسبب القطع قال في البحر يرجع
 بالنقصان اتفاقا وقيد بالقطع لأنه لو اشتراه مريضا فمات عند المشتري أو عبدا زني عند البائع فجلد عند المشتري
 فمات رجع بالنقصان اتفاقا أيضا ، وتمامه في البحر (قوله بسبب كان عند البائع) أي فقط ، أما لو سرق عندهما
 فقطع بالسرقين ، فعندهما يرجع بنقصان السرقة الأولى. وعنده لا يرد به بلا رضا البائع للعيب الحادث وهو السرقة
 الثانية ، فإن رضيه رده المشتري ورجع بثلاثة أرباع الثمن وإلا أمسكه ورجع بربعه لأن اليد من الآدمي نصفه وقد
 تلفت بالسرقين فيتوزع نصف الثمن بينهما فيسقط ما أصاب المشتري ويرجع بالباقي ، وتمامه في الفتح ، وقدم
 الشارح هذه المسألة عن العيني أول الباب (قوله كقتل أو ردة) أي كما لو قتل العبد رجلا عمدا أو ارتد : والأولى
 أن يقول كقتل وسرقة ليكون بيانا لسبب القتل والقطع (قوله رد المقطوع وأخذ ثمنهما) قال في المبسوط : فإن
 مات من ذلك القطع قبل أن يرد لم يرجع إلا بنصف الثمن فتح (قوله أو أمسكه) الأولى تأخيره عن قوله وأخذ
 ثمنهما ، بأن يقول وله أن يمسه المقطوع ويرجع بنصف ثمنه ط (قوله مجمع) عبارته : ولو وجد العبد مباح النذم
 فقتل عنده فله كل الثمن ، ولو قطع بسرقة فهو مخير ، إن شاء رد واسترد أو أمسك واسترد النصف وقبلا يرجع
 بالنقصان فيهما ، ولا يخفى أنها أحسن من عبارة المصنف (قوله رجع الباعة بعضهم على بعض) أي بكل الثمن كما
 في الاستحقاق عند أبي حنيفة لأنه أجراه مجرى الاستحقاق ، وهذا إن اختار الرد ، فإن أمسكه يرجع بنصف
 الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن : وعندهما يرجع الأخير بالنقصان على بائعه ، ولا يرجع بائعه على بائعه
 لأنه بمنزلة العيب : أما رجوع الأخير فلا لأنه لما لم يبعه لم يصر حابسا للمبيع فلا مانع من الرجوع وأما بائعه فلا يرجع
 لأنه بالبائع صار حابسا له مع إمكان الرد وقد علمت أن يبيع المشتري للنعيب حبس للمبيع سواء علم أولا
 فلا يمكنه الرد بعد ذلك فتح (قوله لكونه كالاستحقاق) والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع بحر

(وصح البيع بشرط البراءة من كل عيب وإن لم يسم) خلافا للشافعي لأن البراءة عن الحقوق المجهولة لا يصح عنده، ويصح عندنا لعدم إفضائه إلى المنازعة (ويدخل فيه الموجود والحادث) بعد العقد (قبل القبض فلا يرد بعيب) وخصه مالك ومحمد بالموجود كقوله من كل عيب به؛ ولو قال مما يحدث صح عند الثاني وفسد عند الثالث نهر.

مطلب في البيع بشرط البراءة من كل عيب

(قوله وصح البيع بشرط البراءة من كل عيب) بأن قال بعتك هذا العبد على أنى برى من كل عيب ووقع في العيب لفظ فيه وهو سهو لما يأتي نهر :
قلت : ولا خصوصية لهذا اللفظ ، بل مثله كل ما يؤدى معناه :

مطلب باعه على أنه كوم تراب أو حراق على الزناد أو حاضر حلال

ومنه ما تعرف في زماننا فيما إذا باع دارا مثلا فيقول بعتك هذه الدار على أنها كوم تراب ، وفي بيع الدابة يقول مكسرة محطمة ، وفي نحو الثوب يقول حراق على الزناد ويريدون بذلك أنه مشتمل على جميع العيوب فإذا رضيه المشتري لا خيار له لأنه قبله بكل عيب يظهر فيه ، وكذلك قوله بعتك على أنه حاضر حلال ويراد بيع هذا الحاضر بما فيه من أى عيب كان سوى عيب الاستحقاق : أى لو ظهر غير حلال أى مسروقا أو منصوبا يرجع عليه المشتري فهنا كله بمعنى البراءة من كل عيب : ونظيره ما فى البحر : لو قبل الثوب بعيبه يبرأ من الخروق وتدخل الرقع والرفواه أى لو كان فيه خرق لا يرده ، وكذا لو وجدته مرقوعا أو مرفوا ، وهو من باب رفوت الثوب رفوا من باب قتل : أى أصلحته ثم رأيت بعض المحشين ذكر أن العلامة إبراهيم البيهقي سئل عن باع أمة وقال أبيعك الحاضر المنظور يريد بذلك جميع العيوب : فأجاب ليس للمشتري رد الأمة التي أبرأه عن جميع عيوبها اه ملخصا (قوله وإن لم يسم) أى لم يذكر أسماء العيوب (قوله خلافا للشافعي) حيث قال لا يصح إلا أن يعد العيوب لأن فى الإبراء معنى التملك وتمليك المجهول لا يصح زيلعى (قوله لعدم إفضائه إلى المنازعة) الأولى لعدم إفضائها لأن الضمير للبراءة : قال فى الفتح : ولنا أن الإبراء إسقاط حتى يتم بلا قبول ، كما لو طلق نسوته أو أعتق عبيده ولا يدري كم هم ولا أعيانهم والإسقاط لا يبطله جهالة الساقط لأنها لا تنفضى إلى المنازعة وتماه فيه (قوله فلا يرد بعيب) أى موجود أو حادث (قوله بالموجود) لأن البراءة تتناول الثابت وهو الموجود وقت العقد فقط : ولهما أن الملاحظ هو المعنى والغرض من هذا الشرط إلزام العقد بإسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة ليلزم على كل حال ، ولا يطالب البائع بحال وذلك بالبراءة من كل عيب يوجب للمشتري الرد والحادث بعد العقد كذلك فاقضى الغرض والمعلوم دخوله فتح (قوله كقوله من كل عيب به) فإنه لا يدخل فيه الحادث إجماعا بحر (قوله ولو قال مما يحدث) أى باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض فتح (قوله صح عند الثاني الخ) هذا على رواية المبسوط ، أما على رواية شرح الطحاوى فلا يصح بالإجماع؛ وأورد على الثانية أنه لو أبرأه عن كل عيب يدخل الحادث عند أبي يوسف بلا تنصيص فكيف يبطله مع التنصيص وأجيب بمنع الإجماع لما علمت من رواية المبسوط ، ولئن سلم فالفرق أن الحادث يدخل تبعا لتقرير غرضهما وم من شيء لا يثبت مقصودا ويثبت تبعا أفاده فى الفتح : ونقل ط عن الحموى عن شرح المجمع أن الأصح وبه قطع الأكثرون أنه فاسدا اه : فهذا تصحيح لرواية شرح الطحاوى ، لكننى لم أر ذلك فى شرح

(أبراه من كل داء فهو على) المرض ، وقيل على (مافى الباطن) واعتمده المصنف تبعا للاختيار والجوهرة لأنه المعروف في العادة (وما سواه) في العرف (مرض) ولو أبراه من كل غائبة فهي السرقة والإباق والزنا .
 (اشترى عبدا فقال لمن ساومه إياه اشتره فلا عيب به فلم يتفق بينهما البيع فوجد) بشرته (به هيبا) فاه (رده على بائعه) بشرطه (ولأن يمنعه) من الرد عليه (إقراره السابق) بعدم العيب ، لأنه مجاز عن الترويح (ولو عينه) أي العيب فقال لا عور به أو لاشال (لا) يردده لإحاطة العلم به إلا أن لا يحدث مثله كالأصبع به زائدة ثم وجدها فله رده للتيقن بكذبه .

(قال) لآخر (عبيدي) هذا (آبق فاشتره مني فاشتراه وباع) من آخر (فوجده) المشتري (الثاني آبقا لا يردده) سبق من إقرار البائع (الأول) ما لم يبرهن أنه آبق عنده (لأن إقرار البائع الأول ليس بحجة على البائع الثاني الموجود منه السكوت :

(اشترى بجارية لها لبن فأرضعت صبيا له ثم وجد بها عيبا كان له أن يرددها) لأنه استخدام ،

المجمع الملاكى فلعلة في شرح آخر فليراجع ، نعم في البحر عن البدائع أن البيع بهذا الشرط فاسد عندنا لأن الإبراء لا يحتل الإضافة ، وإن كان إسقاطا ففيه معنى التملك ولهذا لا يقبل الرد (١) لا يحتل الإضافة نصا كالتعليق فكان شرطا فاسدا فأفسد البيع اه . وظاهر قوله عندنا أنه قول علمائنا الثلاثة موافقا لما في شرح الطحاوي فقول النهر إنه مبني على قول محمد غير ظاهر (قوله وقيل على مافى الباطن) من طحال أو فساد حيض منح (قوله واعتمده المصنف) حيث قال وهذا ما عولنا عليه في المختصر اعتمادا على ما هو معروف في العادة وإلا فالمشهور من المذهب الأول ، وإنما قيدنا بالعادة لأن الداء في اللغة هو المرض سواء كان بالجوف أو بغيره اه .

قلت لكن عرفنا الآن موافق في اللغة (قوله فهي السرقة والإباق والزنا) هكذا روى عن أبي يوسف فتح وفي المصباح غائبة العبد فجوره وإباقه ونحو ذلك (قوله بشرطه) أي بالبينة أو بإقرار البائع أو نكوله اه ح . ومن شروط الرد أن لا يزيد زيادة مانعة من الرد ، ولا يوجد ما هو دليل الرضا بالعيب مما مر ولا يرى البائع من عيوبه (قوله لأنه مجاز عن الترويح) رواج المتاع نفاقه أي أنه أراد رواجه ونفاقه عند المشتري قال في المنح لظهور أنه لا يخلو عن عيب ما فليقن القاضي بأن ظاهره غير مراد له اه : وفي الشرنبلالية عن المحيط : وهذا كمن قال لجاريته يا زانية يا مجنونة فليس بإقرار بالعيب ولكنه للشثيمة ، حتى قيل لو قال ذلك في الثوب أي قال لآخر اشتره فلا عيب به يكون إقرارا بنفى العيب لأن عيوب الثوب ظاهرة اه (قوله عبيدي هذا آبق) أفاد باسم الإشارة أن العبد حاضر وأن قوله آبق بمعنى الماضي ، وهذا بخلاف ما إذا قال بعثك على أنه آبق أو على أنى يرى من إباقه وقبله المشتري الأول فإن الثاني يردده عليه كما سنوضحه عند قوله باع عبدا الخ (قوله فوجده المشتري الثاني آبقا) بأن آبق عنده أيضا لأن الإباق لا يكون عيبا إلا بتكرره (قوله لا يردده) أي على البائع الثاني (قوله إنه آبق عنده) أي عند البائع الأول المقر (قوله الموجود منه السكوت) يعني والسكوت ليس تصديقا منه لبائعه فيما أقربه فأما إذا قال البائع الثاني وجدته آبقا الآن صار مصدقا للبائع في إقراره بكونه آبقا شرنبلالية (قوله اشترى بجارية الخ) قال في شرح الوهبانية : وفي البزازية : اشترى مرضعا ثم أطلع بها على عيب ثم أمرها بالإرضاع له الردل لأنه استخدام ولو حلب اللبن فأكله أو باعه لا يرد لأن اللبن جزء منها فاستيفائه دليل الرضا : وفي الفتوى : الحلب بلا أكل أو بيع لا يكون رضا ، وحلب لبن الشاة رضا شرب أم لا (قوله لأنه استخدام) والاستخدام لا يكون رضا خالية

(١) (قوله ولهذا لا يقبل الرد) لعل الصواب إسقاط لا كما لا يخفى تأمل .

بخلاف الشاة المصراة فلا يرد لها مع لبثها أو صاع تمر بل يرجع بالنقصان على المختار شروح مجمع وحررناه فيما علقناه على المنار (كما لو استخدمها) في غير ذلك ، ففي المبسوط الاستخدام بعد العلم بالعيب ليس برضا استحسانا ، لأن الناس يتوسعون فيه فهو للاختبار : وفي البرازية : الصحيح أنه رضا في المرة الثانية إلا إذا كان في نوع آخر وفي الصغرى أنه مرة ليس برضا إلا على كره من العبد بحر (قال المشتري ليس به) بالمبيع (أصبح زائدة أو نحوها مما لا يحدث) مثله في تلك المدة (ثم وجد به ذلك كان له الرد) بلا يمين لما مره .
(باع عبدا وقال) للمشتري (برئت إليك من كل عيب به إلا الإباق فوجده آبقا فله الرد ، ولو قال إلا إباقه لا) لأنه في الأول لم يصف الإباق للعبد ولا وصفه به فلم يكن إقرارا بإباقه للحال ، وفي الثاني أضافه إليه

أى في المرة الأولى ويكون رضا في الثانية كما يأتي قريبا ومقتضاه أنه لو أمره به ثانيا كان رضا لا لو أرضعته مرات بالأمر الأول تأمل :

مطلب في مسألة المصراة

(قوله بخلاف الشاة المصراة) روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لانصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ، فإن رضيها أمسكها ، وإن سخطها ردها وصاعا من تمر » متفق عليه شرح التحرير . وتصروا بضم التاء وفتح الصاد من التصرية ، وهي ربط ضرع الناقة أو الشاة وترك حلبها اليومين أو الثلاثة حتى يجتمع اللبن قال الشارح في شرحه على المنار وهو مخالف للقياس الثابت بالكتاب والسنة والإجماع من أن ضمان العدوان بالمثل أو القيمة والتمر ليس منهما فكان مخالفا للقياس ومخالفة مخالفة للكتاب والسنة وإجماع المتقدمين فلم يعمل به لما مر ، فيرد قيمة اللبن عند أبي يوسف وقال أبو حنيفة ويرجع على البائع بأرشها هـ .

وفي شرح التحرير : وقد اختلف العلماء في حكمها فذهب إلى القول بظاهر الحديث الأئمة الثلاثة أبو يوسف على ما في شرح الطحاوي للاسبيجاني نقلا عن أصحاب الأملى عنه والمذكور عنه للخطابي وابن قدامة أنه يرد مع قيمة اللبن ولم يأخذ أبو حنيفة ومحمد به لأنه خبر مخالف للأصول هـ :

والحاصل كما في الحقائق أنه إذا اشتراها فحلبها فوجدها قليلة اللبن ليس له أن يرد لها عندنا : وعند الشافعي وغيره له أن يرد مع اللبن لو قائما ومع صاع تمر لو هالكا ، وهل يرجع بالنقصان عندنا : فعلى رواية الإسراة لا . وعلى رواية الطحاوي نعم : قال في شرح المجمع : وهو المختار لأن البائع بفعل التصرية غير المشتري نصار كما إذا غره بقوله إنها لبون (قوله في غير ذلك) أى في غير الإرضاع (قوله فهو للاختبار) بالباء الموحدة : أى لأجل أن يختبره ويمتحنه ليعلم أنه مع العيب يصلح له أم لا (قوله إلا على كره من العبد) مخالف لإطلاق ما مر أنه الاستحسان مع أن وجهه خفى تأمل (قوله لما مر) أى قريبا في قوله للتيقن بكذبه (قوله فله الرد الخ) كذا في الفتح . واستشكله في الشرنبلالية بما في المحيط : لو قال على أنى برى من إباقه أو على أنه آبق وقبله المشتري الأول على ذلك يرد الثاني عليه لأنه ذكر هذا وصفا للإيجاب أو شرطا فيه والإيجاب يفتقر إلى الجواب والجواب يتضمن إعادة ما في الخطاب فإذا قال المشتري قبلت ذلك صار كأنه قال اشتريت على أنه آبق فيكون اعترافا بكونه آبقا ، بخلاف قوله على أنى برى من الإباق لأنه لم يصف الإباق إلى العبد ولا وصفه به فلم يكن اعترافا بوجود الإباق للحال لأن هذا الكلام كما يحتمل التبرى عن الإباق موجود من العبد يحتمل التبرى عن إباق سيحدث في المستقبل فلا يصير مقرا بكونه آبقا للحال بالشك فلا يثبت حق الرد بالشك هـ : وكتب الشرنبلالي في هاشم الشرنبلالية أن حق العبارة في كلام الفتح لو قال أنا برى من كل عيب إلا إباقه لا يبرأ من إباقه فيرد به ولو قال إلا الإباق فليس له الرد هـ

فكان إخباراً بأنه آبق فيكون راضياً به قبل الشراء خانية . وفيها : لو برى من كل حق له قبله دخل العيب لا للدرك (مشتري) لعبد أو أمة (قال أعتق البائع) العبد (أو دبر أو استولد) الأمة (أو هو حر الأصل وأنكر البائع حلف) لعجز المشتري عن الإثبات (فإن حلف قضي على المشتري بما قاله) من العتق ونحوه لإقراره بذلك (ورجع بالعيب إن علم به) لأن المبطل للرجوع إزالته عن ملكه إلى غيره بإنشائه أو إقراره ولم يوجد (حتى لو قال باعه وهو ملك فلان وصدقه) فلان (وأخذه لا) يرجع بالنقصان لإزالته بإقراره كأنه وهبه (وجد المشتري الغنيمة محرزة) بدارنا أو غير محرزة لو البيع (من الإمام أو أمينه) بحر :

وحاصله : أن عبارة المصنف والفتح مقالوبة لمخالفتها لما في المحيط :

أقول : لا مخالفة ولا قلب أصلاً ، وذلك أن منى المحيط فيما إذا اشتراه كذلك ثم باعه لآخر فالمشتري الآخر رده على الأول ، بخلاف مسألة المصنف : وبيانه أنه إذا قال البائع إلا إباقه باضافة الإباق إليه يكون إخباراً بإباقه ويكون المشتري راضياً به قبل الشراء فلا يردده بإباقه عنده ، بخلاف إلا الإباق بلا إضافة ولا وصف ، إذ ليس فيه إقرار بإباقه للحال فلم يوجد رضا المشتري به فاه رده ، فلو فرض أن هذا المشتري باعه لآخر فالآخر رده عليه في الصورة الأولى لا في الثانية ، وهذا هو المذكور في المحيط فتدبر (قوله لو برى من كل حق له قبله دخل العيب لا للدرك) لأن العيب حق له قبله للحال والدرك لا ، كذا في الذخيرة : وبيانه : أو قال المشتري للبائع أبرأتك من كل حق لي قبلك ثم ظهر في المبيع عيب ليس له دعوى الرد به لأن الرد بالعيب من جملة الحقوق الثابتة له وقد أبرأه منها بخلاف ما لو اشترى رجل عبداً مثلاً فضمنه له آخر الدرك أي ضمنه له الثمن إذا ظهر العبد مستحقاً ثم قال المشتري للضامن من أبرأتك من كل حق لي قبلك لا يدخل الدرك فلو استحق العبد كان للمشتري الرجوع على الضامن بالثمن لأنه لم يكن له وقت الإبراء حق الرجوع بالثمن لأنه يتوقف على وجود الاستحقاق ثم على القضاء للمستحق على البائع بالثمن لأن بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب على الأصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل كما في الهداية من الكفالة فحيث لم يثبت ذلك الحق في الحال لم يدخل في الإبراء المذكور (قوله لعجز المشتري عن الإثبات) انلام للتوقيت أي حلف البائع وقت عجز المشتري أما لو برهن المشتري فإنه يردده على البائع (قوله إن علم به) أي علم أن به عيباً بعد قوله ما ذكر (قوله لأن المبطل للرجوع إزالته عن ملكه إلى غيره بإنشائه) أي بأن باعه أو أعتقه على مال أو كاتبه ثم اطلع على عيب لأنه صار حاسباً له بحبس بدله بخلاف ما إذا أعتقه بلامال أو دبره أو استولد الأمة ثم اطلع على عيبه فإنه لا يبطل الرجوع بالنقصان لأن ذلك إنهاء للملك كما مر تقرير ذلك لكن قد يبطل الرجوع بدون إزالة عن ملكه إلى غيره كما لو استهلكه فكلامه مبني على الغالب فافهم (قوله أو إقراره) مثاله ما فرعه عليه بقوله حتى لو باع الخ (قوله وصدقه فلان) فلو كذبه رده بالعيب لبطان إقراره بتكذيبه عزيمة عن الكافي (قوله كأنه وهبه) قال في الكافي ولا نغني به أنه تمليك لكن التمليك يثبت مقتضى الإقرار ضرورة فجعل كأنه ملكه بعد الشراء ثم أقر به اه عزيمة (قوله الغنيمة) أي لشيء مغنوم من الكفار (قوله بحر) ونصه ثم اعلم أن الإمام يصح بيعه للغنائم ولو في دار الحرب كما في التلخيص وشرحه ، وقولهم لا يصح بيعها قبل القسمة وفي دار الحرب محمول على غير الإمام وأمينه اه :

قلت : لكن قيد في الذخيرة بيع الإمام بقوله لمصلحة رأها أفاد قيداً آخر وهو أنه لا يبيع لغير مصلحة

قال المصنف : فقيده محرزة غير لازم (عيبا لا يرد عليهما) لأن الأيمن لا ينتصب خصما (بل) ينصب له الإمام خصما فيرد على (منصوب الإمام ولا يخلفه) لأن فائدة الحلف النكول ولا يصح نكوله وإقراره (فإذا رد عليه) المعيب (بعد ثبوته ببيع (١) ويدفع الثمن إليه ويرد النقص والفضل إلى محله) لأن الغرم بالغرم درر .
 (وجد) المشتري (بمشريه عيبا وأراد الرد به فاصطلحا على أن يدفع البائع الدراهم إلى المشتري ولا يرد عليه جاز) ويجعل حطا من الثمن (وعلى العكس) وهو أن يصطلحا على أن يدفع المشتري الدراهم إلى البائع ويرد عليه (لا) يصح لأنه لا وجه له غير الرشوة فلا يجوز : وفي الصغيرى : ادعى عيبا فصالحه على مال ثم برأ أو ظهر أن لا عيب فالبائع أن يرجع بما أدى ، ولو زال بمعالجة المشتري لا قنية :

(قوله قال المصنف الخ) رد على صاحب الدرر (قوله لأن الأيمن لا ينتصب خصما) المراد بالأيمن ما يعم الإمام ليوافق الدليل المدعى ، لأن الإمام نفسه أمين بيت المال عزيمة ، وبين في الذخيرة وجه كونه لا ينتصب خصما بأن يبيع الإمام خرج على وجه القضاء بالنظر للغائبين ، فأوصار خصما خرج ببيعته عن أن يكون قضاء لأن القاضي لا يصاح خصما اه (قوله ولا يخلفه) أى لا يخلف منصوب الإمام لو لم يكن عند المشتري بيعة . قال في البحر : ولا يقبل إقراره بالعيب ، ولا يمين عليه لو أنكر ، وإنما هو خصم لإثباته بالبينة كالأب ووصيه في مال الصغير ، بخلاف الوكيل بالخصومة إذا أقر على موكله في غير مجلس القضاء فإنه وإن لم يصح لكنه ينزل به اه .

قلت : لكن في الذخيرة : فلو أقر منصوب الإمام لم يصح إقراره ، ويخرجه القاضي عن الخصومة وينصب للمشتري خصما آخر اه ومقتضاه (٢) أنه مثل الوكيل بالخصومة تأمل (قوله ولا يصح نكوله وإقراره) المناسب أن يقول ولا يصح نكوله لأنه إما بذل أو إقرار ، ولا يصح بذله ولا إقراره اه ح (قوله ويرد النقص والفضل إلى محله) أى إن نقص الثمن الآخر عن الأول ، إن كان المبيع من الأربعة أنحاس يعطى منها ، وإن كان من الخمس يعطى منه ، وكذا الزيادة توضع فيما كان المبيع منه ح عن الدرر (قوله لأن الغرم بالغرم) المراد به هنا أن الغرم وهو رد النقص إلى المشتري بسبب الغرم وهو رد الفضل إلى محله (قوله الدراهم) الأولى دراهم بالتنكير ط (قوله لا يصح) إلا إذا حدث به عيب عند المشتري كما بحثه الخبير الرملى :

قلت : وبسنتي أيضا ما إذا لم يقر البائع بالعيب ، لما في جامع الفصولين شراه بمائة وقبضه فطمع بعيب فتصلحا على أن يأخذه البائع ويرد مائة إلا واحدا قال إن أقر البائع أن العيب كان عنده فعليه رد باقى الثمن وإلا ملك الباقي وهو قول أبى يوسف اه (قوله لأنه لا وجه له غير الرشوة) فى جامع الفصولين لأنه ربا ولصاحب البحر رسالة فى الرشوة ذكر ط هنا حاصلها ، ومحل الكلام عليها فى القضاء ، وسند كره هناك إن شاء الله تعالى (قوله ولو زال بمعالجة لا) أى لا يرجع ، وعبر عنه فى جامع الفصولين بقيل حيث قال ولو قبض بدل الصلح وزال ذلك العيب برد بدل الصلح ، وقيل هذا لو زال بلاعلاجه ، فإن زال بعلاجه لا يرد اه .

(١) (قول الشارح بعد ثبوته ببيع الخ) أى بالبينة ، وقوله يباع : أى يبيعه الإمام لا المنصوب ، لأنه إنما نصبه الإمام

ليرده عليه اه ط .

(٢) (قوله ومقتضاه الخ) لعل المماثلة فى النزول بالإقرار لا فى جميع أحكامه ، لأن الوكيل بالخصومة إذا أقر فى مجلس الحكم بنقل إقراره على موكله ، بخلاف المنصوب فإن ظاهر قول الذخيرة لم يصح إقراره ويخرجه القاضي عن الخصومة أنه الإقرار كان أمام القاضي اه .

(رضى الوكيل بالعيب ازم الموكل إن كان المبيع مع العيب) الذى به (يساوى الثمن) المسمى (وإلا) يساوه (لا) يلزم الموكل اه .
[فروع] لا يحل كتمان العيب فى مبيع أو ثمن لأن الغش حرام إلا فى مسألتين .
الأولى : الأسير إذا شرى شيئاً ثمة ودفعت الثمن مغشوشاً جاز إن كان حراً لا عبداً .
الثانية : يجوز إعطاء الزيوف والناقص فى الجبايات أشباه :

مطلب فى الصالح عن العيب

[فرع] لو شرباه فوجد اعيباً فصالح أحدهما البائع من حصته فليس للآخر أن يخاصم ، وهذا فرع مسألة أن رجلين لو شرباه فوجد اعيباً ليس لأحدهما الرد بدون الآخر عنده وعندهما لكل منهما رد حصته جامع الفصواين (قوله رضى الوكيل بالعيب) أى الوكيل بالشراء (قوله يساوى الثمن المسمى) أى الذى اشتراه به كفاى الخانية عن المنتقى بعد ما ذكر قولاً آخر ، وهو أنه إن كان قبل قبض المبيع لزم الموكل لو العيب يسيراً وإلا فيلزم الوكيل ، وإن اليسير مالا يفوت جنس المنفعة كقطع يد واحدة وفقء عين ، بخلاف قطع اليدين وفقء العينين فهو فاحش : وذكر أن السرخسى قال إن مالا يدخل تحت تقويم المقومين فاحش ، بأن لا يقوم أحد من العيب بقيمة الصحيح ، وأن مافى المنتقى قريب من هذا . ثم قال : وفى الزيادات إن رضى قبل القبض لزم الموكل ، وإن بعده لزم الوكيل ولم يفصل بين اليسير والفاحش . والصحيح مافى المنتقى سواء كان قبل القبض أو بعده لأنه بصير كأنه اشتراه مع العلم بالعيب ، فإن كان لا يساوى ذلك الثمن لا يلزم الأمر اه فافهم .

مطلب فى جملة ما يسقط به الخيار

[تنبيه] قال فى البحر ، وإلى هنا ظهر أن خيار العيب يسقط بالعلم به وقت البيع ، أو وقت القبض أو الرضا به بعدهما أو اشترط البراءة من كل عيب ، أو الصلح على شىء أو الإقرار بأن لا عيب به إذا عينه كقوله ليس بآبق فإنه إقرار بانتفاء الإباق ، بخلاف قوله ليس به عيب كما مر اه ملاحظاً (قوله لأن الغش حرام) ذكر فى البحر أول الباب بعد ذلك عن البرازية عن الفتاوى : إذا باع سلعة معيبة عليه البيان ، وإن لم يبين قال بعض مشايخنا يفسق وترد شهادته ، قال الصدر لا تأخذ به اه : قال فى النهر : أى لا تأخذ بكونه يفسق بمجرد هذا لأنه صغيرة اه قلت : وفيه نظر لأن الغش من أكل أموال الناس بالباطل فكيف يكون صغيرة ، بل الظاهر فى تعليل كلام الصدر أن فعل ذلك مرة بلا إعلان لا بصير به مردود الشهادة وإن كان كبيرة كما فى شرب المسكر (قوله الأولى : الأسير إذا شرى شيئاً الخ) عبارة الأشباه عن الواوالية : اشترى الأسير المسلم من دار الحرب ودفعت الثمن الخ ، والمتبادر منه أن الأسير فاعل الشراء كما هو صريح عبارة الشارح ، وليس كذلك بل هو مفعوله لأن نص عبارة الواوالية هكذا رجل اشترى الأسير من أهل الحرب وأعطاهم الزيوف والستوقة أو اشترى بعروض وأعطاهم العروض المغشوشة جاز ، لأن شراء الأحرار ليس بشراء ليجب عليه المال المسمى لكنه طريق تخليصهم فكيفما استطاع تخليصهم له أن يفعل . وعلى هذا قالوا إذا اضطر المرء إلى إعطاء جعل العوان أجزاءه أن يعطيه الزيوف والستوقة وينقص الوزن بدليل مسألة الأسير ، وهذا إذا كان الأسراء أحراراً ، فإن كانوا عبداً لا يسعه شىء من ذلك إذا دخل بأمان اه . ومثله فى الخانية : رجل اشترى الأسراء من أهل الحرب جازله أن يعطيهم الزيوف والمغشوش لأن شراء الأحرار لا يكون شراء حقيقة وإن كان الأسراء عبداً لا يسعه ذلك اه (قوله فى الجبايات) جمع جباية

وفيها : رد البيع بعيب بقضاء فسخ في حق الكل إلا في مسألتين :

إحداها : لو أحال البائع بالثمن ثم رد المبيع بعيب بقضاء لم تبطل الحوالة :

الثانية : لو باعه بعد الرد بعيب بقضاء من غير المشتري وكان منقولاً لم يجز قبل قبضه ، ولو كان فسقاً لحاز وفي البزازية : شري عبداً فضمن له رجل عيوبه فاطلع على عيب ورده لم يضمن لأنه ضمان العهدة ، وضمنه الثاني لأنه ضمان العيوب ، وإن ضمن السرقة أو الحرية أو الجنون أو العمى فوجده كذلك ضمن الثمن :

بالباء الموحدة قال في فتح القدير : الجبايات الموظفة على الناس ببلاد فارس على الضياع وغيرها للسلطان في كل يوم أو شهر أو ثلاثة أشهر فإنها ظلم بيري . ونقل قبله ما قدمناه آنفاً عن الولوالجية من مسألة جعل العوان (قوله فسخ في حق الكل) أي المتبايعين وغيرهما ، وقد ذكر ذلك في البحر عند قول السكزولو باع المبيع فرد عليه الخ ثم أورد على ذلك مسائل منها مسألة الحوالة المذكورة . ومنها أنه لو كان المبيع عقاراً فرد بعيب لم يبطل حق الشفيع في الشفعة ، ولو كان فسقاً لبطلت الحوالة والشفعة ثم ذكر أنه أجاب في المعراج بأنه فسخ فيما يستقبل لافي الأحكام الماضية بدليل أن زوائد المبيع للمشتري ولا يرد لها مع الأصل .

قلت : وعايه فلا محل للاستثناء الذي ذكره الشارح تأمل (قوله أو أحال البائع بالثمن) صورة المسألة كما في الذخيرة باع عبداً من رجل بألف درهم ثم إن البائع أحال غريماً على المشتري حوالة مقدمة بالثمن فمات العبد قبل القبض حتى سقط الثمن أورد العبد بخيار رؤية أو بخيار شرط أو خيار عيب قبل القبض أو بعده لا تبطل الحوالة استحساناً لأنها تعتبر متعلقة بمثل ما أضيفت الحوالة إليه من الدين فلا تكون متعلقة بعين ذلك الدين وتعتبر مطلقة إذا ظهر أن الدين لم يكن واجباً وقت الحوالة ، وقيد بما إذا أحال البائع لأنه إذا جال المشتري البائع ثم رد المشتري بالعيب بقضاء فإن لقاضي يبطل الحوالة بيري .

قلت : ولم يذكر أن المشتري أحال البائع على آخر حوالة مقيدة فظاهره أنها مطلقة مع أنه صرح في الجوهرة من الحوالة بأن المطلقة لا تبطل بحال ولا تنقطع فيها المطالبة مع أن المقيدة هنا بقية والمطلقة بطلت ، لكن بقاء المقيدة هنا استحسان كما علمت ، والتماس بطلانها إذا ظهر بطلان المال الذي قيدت به وهو الثمن هنا ، وإنما بطلت المطلقة هنا لبطلان المال الذي كان للمحتال وهو البائع ، وإنما لا تبطل المطلقة ببطلان ما على المحتال عليه تأمل (قوله ثم رد المبيع) بالبناء للمجهول أي رده المشتري على البائع (قوله من غير المشتري) أما لو باعه منه ثانياً جازط ، ولا يرد عليه ما سيذكره المصنف في فصل التصرف في المبيع والثمن من أنه لو باع المنقول من بائعه قبل القبض لم يصح ، لأن ذلك فيما إذا كان العقد الأول باقياً بدليل ما ذكره في باب الإقالة من أنها فسخ في حقهما فيجوز للبائع بيعه من المشتري قبل قبضه (قوله وكان منقولاً) احتراز عن العقار لجواز بيعه قبل قبضه خلافاً لمحمد وزفر ، أفاده ط (قوله لأنه ضمان العهدة) وهو باطل عند الإمام للاشتباه كما سيأتي في الكفالة إن شاء الله تعالى ، وهنا لما ضمن عيوبه يحتمل أن المراد أنه يداويه منها ، ويحتمل أن يضمن له الانتصان أو أنه يضمن له الرد على البائع من غير منازعة فلذا كان الضمان فاسداً ط (قوله لأنه ضمان العيوب) أي وهو عنده ضمان الدرك كما في الهندية فهو كالمسألة المذكورة بعد ط (قوله ضمن الثمن) أي للمشتري ، ولو مات عنده قبل أن يرد وقضى على البائع بنقصان العيب كان للمشتري أن يرجع على الضامن :

وفي جواهر الفتاوى : شرى ثمرة كرم ولا يمكن قطفها لغلبة الزنابير ، إن بعد القبض لم يردده ، وإن قبله ، فإن انتقص المبيع بتناول الزنابير فله الفسخ لتفرق الصفقة عليه (١) .

باب البيع الفاسد

المراد بالفاسد الممنوع مجازا عرفيا (٢) فيعم الباطل والمكروه ، وقد يذكر فيه بعض الصحيح تبعا ،

مطلب في ضمان العيوب

ولو ضمن له بحصة ما يجد من العيوب فيه من الثمن فهو جائز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، فإن رده المشتري رجع على الضامن بذلك كما يرجع على البائع ذخيرة (قوله لم يردده) لأنه عيب حدث عند المشتري ط (قوله وإن قبله) أى وإن حصلت الغلبة قبل القبض ط (قوله لتفرق الصفقة عليه) أى بهلاك بعض المبيع قبل قبضه بأفة سائوية ، وقد منا عن جامع الفصولين أنه يطرح عن المشتري حصة النقصان من الثمن ، وهو مخير في الباقي بين أخذه بحصته أو تركه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب البيع الفاسد

آخره عن الصحيح لكونه عقدا مخالفا للدين كما أوضحه في الفتح ، وسيأتى أنه معصية يجب رفعها ، وسيأتى في باب الربا أن كل عقد فاسد فهو ربا ، يعنى إذا كان فسادا بالشرط الفاسد . وفي القاموس : فسد كنعصر وقعدوكرم فسادا وفسودا ضد صالح فهو فاسد فاسد ولم يسمع انفسد اه . ونقل في الفتح أنه يقال للحم الذى لا ينتفع به لدود ونحوه بطل ، وإذا أنتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم ، وفيه مناسبة للمعنى الشرعى ، وهو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه ، ومرادهم من مشروعية أصله كونه مالا متقوماً لأجوازه وصحته لأن فساده يمنع صحته ، أو أطلقوا المشروعية عليه نظراً إلى أنه لو خلا عن الوصف لكان مشروعاً . وأما الباطل ، ففي المصباح بطل الشيء يبطل بطلا وبطولا وبطلانا بضم الأوائل فسد أو سقط حكمه فهو باطل والجمع بواطل أو أباطيل اه . وفيه مناسبة للمعنى الشرعى وهو ما لا يكون مشروعاً لأصله ولا بوصفه . وأما المكروه ، فهو لغة خلاف المحبوب واصطلاحاً ما نهى عنه لمجاور كالبيع عند أذان الجمعة : وعرفه في البناية بما كان مشروعاً بأصله ووصفه لكن نهى عنه لمجاور ، ويمكن إدخاله تحت الفاسد أيضاً على إرادة الأعم وهو ما نهى عنه فيشمل الثلاثة كما في البحر (قوله المراد بالفاسد الممنوع الخ) قد علمت أن الفاسد مبين للباطل ، لأن ما كان مشروعاً بأصله فقط يبين ما ليس بمشروع أصلاً ، وأيضاً حكم الفاسد أنه يفيد الملك بالقبض والباطل لا يفيد أصلاً ، وتبين الحكيم دليل تباينهما ، فإطلاق الفاسد في قولهم باب البيع الفاسد على ما يشمل الباطل لا يصح على حقيقته ، فأما أن يكون لفظ الفاسد مشتركاً بين الأعم والأخص أو يجعل مجازاً عرفياً في الأعم لأنه خير من الاشتراك ، وتماه في الفتح .

مطلب في أنواع البيع

ثم اعلم أن البيع جائز وقد مر بأقسامه . وغير جائز ، وهو ثلاثة : باطل وفاسد ، وهما وقوف كذا في الفتح وأراد بالجائز النافذ ، وبمقابله غيره لا الحرام ، إذ لو أريد بذلك لخرج الموقوف لما قالوه من أن بيع مال الغير بلا إذنه بدون تسليم ليس بمعصية .

(١) (قول الشارح لتفرق الصفقة عليه) قال ط : بذهب ما تناوله الزنابير وبالعجز من جز ما غلبت عليه اه .

(٢) (قول الشارح مجازاً عرفياً) أى باعتبار عرف الفقهاء لأنهم المفرقون بينهما ، ولم يكن لغويا لعدم التفرقة عند أهل اللغة اه ط .

(٧ - حاشية ابن مابدين - ٥)

وكل ما أورث خلافاً في ركن البيع فهو مبطل؛ وما أورثه في غيره ففسد (بطل بيع ما ليس بمال) والمال ما يميل إليه الطبع ويجرى فيه البذل والمنع درر ،

مطلب لبيع الموقوف من قسم الصحيح

على أنه في المستصفي جعله من قسم الصحيح ، حيث قال : البيع نوعان : صحيح وفساد : والصحيح نوعان لازم وغير لازم نهر : وذكر في البحر أن البيع المنهي عنه ثلاثة : باطل ، وفساد ، ومكروه تحريماً ، وقد مررت : وما لا نهى فيه ثلاثة أيضاً : نافذ لازم ، ونافذ ليس بلازم ، وموقوف فالأول ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ولا خيار فيه . والثاني ما لم يتعلق به حق الغير وفيه خيار : والموقوف ما يتعلق به حق الغير ، وحصره في الخلاصة في خمسة عشر :

قلت : بل أوصله في النهر إلى نيف وثلاثين كما سيأتي في باب بيع الفضولي . ثم قال في البحر : والصحيح يشمل الثلاثة لأنه ما كان مشروعاً بأصله ووصفه والموقوف كذلك فهو قسم منه ، وهو الحق لصدق التعريف وحكمه عليه ، فإن حكمه إفادة الملك بلا توقف على القبض ، ولا يضر توقفه على الإجازة كتوقف ما فيه خيار على إسقاطه اهـ . قلت : ينبغي استثناء بيع المكروه فإنه موقوف على إجازته مع أنه فاسد كما حققناه أول البيوع ، وحررنا هناك أيضاً أن بيع الهزل فاسد لا باطل وإن كان لا يفيد الملك بالقبض لكونه أشبه البيع بالخيار ، وليس كل فاسد يملك بالقبض كما سيأتي (قوله في ركن البيع) هو الإيجاب والقبول ، بأن كان من مجنون أو صبي لا يعقل وكان عليه أن يزيد أو في محله أعني لمبيع ، فإن انحلل فيه مبطل بأن كان المبيع مبيته أودماً أو حراً أو خيراً كما في ط عن البدائع (قوله وما أورثه في غيره) أي في غير الركن وكذا في غير المحل ، وذلك بأن كان في الثمن بأن يكون خيراً مثلاً أو بأن كان من جهة كونه غير مقدور التسليم أو فيه شرط مخالف لمقتضى العقد فيكون البيع بهذه الصفة فاسداً لا باطلاً لسلامة ركنه ومحله عن الخلل كما في ط عن البدائع ، وبه ظهر أن الوصف ما كان خارجاً عن الركن والمحل :

[تبييه] في شرح مسكين : ثم الضابط في تمييز الفاسد من الباطل أن أحد العوضين إذا لم يكن مالا في دين سماوى فالبيع باطل سواء كان مبيعاً أو ثمناً ، فبيع المبيته والدم والحمر باطل ، وكذا البيع به ، وإن كان في بعض الأديان مالا دون البعض إن أمكن اعتباره ثمناً فالبيع فاسد فبيع العبد بالخمر أو الخمر بالعبد فاسد ، وإن تعين كونه مبيعاً فالبيع باطل فبيع الخمر بالدراهم أو الدراهم بالخمر باطل اهـ :

قلت : وهذا الضابط يرجع إلى الفرق بينهما من حيث المحل فقط ، وما مر من حيث الركن والمحل فهو أعم فافهم (قوله بطل بيع ما ليس بمال) أي ما ليس بمال في سائر الأديان بقريته قوله والبيع به فإن ما يبطل سواء كان مبيعاً أو ثمناً ما ليس بمال أصلاً بخلاف نحو الخمر فإن بيعه باطل إذا تعين كونه مبيعاً ، أمالو أمكن اعتباره ثمناً فبيعه فاسد كما علمته من الضابط المذكور آنفاً لأن البيع وإن كان مبناه على البدلين لكن الأصل فيه المبيع دون الثمن ولذا يفسخ البيع بهلاك المبيع دون الثمن ولأن الثمن غير مقصود بل هو وسيلة إلى المقصود وهو الانتفاع بالأعيان :

مطلب في تعريف المال

(قوله والمال) أي من حيث هو لا المذكور قبله ، لأن التعريف المذكور يدخل فيه الخمر فهي مال وإن لم تكن مقومة ، ولذا قال بعده وبطل بيع مال غير مقوم كخمر وخنزير فإن المقوم هو المال المباح الانتفاع به شرعاً ،

فخرج التراب ونحوه (كالدّم) المسفوح فجال ببيع كبد وطحال (والميتة) سوى سمك وجراد ، ولا فرق في حق المسلم بين التي ماتت حتف أنفها أو بخرق ونحوه

وقدمنا أول البيوع تعريف المال بما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ، وأنه خرج بالادخار المنفعة فهي ملك لا مال لأن الملك مامن شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص كما في التلويح ، فالأولى ما في الدرر من قوله المال وجود يميل إليه الطبع الخ فإنه يخرج بالموجود المنفعة فافهم . ولا يرد أن المنفعة تملك بالإجارة لأن ذلك تملك لا يبيع حقيقة ولذا قالوا إن الإجارة لا يبيع المنافع حكما : أي إن فيها حكم البيع وهو التملك لا حقيقته ، فاغتنم هذا التحرير (قوله فخرج التراب) أي القليل مادام في محله وإلا فقد يعرض له بالنقل ما يصير به مالا معتبرا ومثله المال ، وخرج أيضا نحو حبة من حنطة والعذرة الخالصة ، بخلاف الخلطة بتراب ولذا جاز بيعها كسرقين كما يأتي ، وخرج أيضا المنفعة على ما ذكرنا آنفا (قوله والميتة) بفتح الميم وسكون الياء التي ماتت حتف أنفها لا بسبب ، وبتشديد الياء المكسورة : التي لم تمت حتف أنفها بل بسبب غير الذكاة كالمنخنقة والموقوذة نوح أفندي ، ولم أرهذ الفرق في القاموس ولا في المصباح ولا غيرهما فراجعهم (قوله ولا فرق في حق المسلم الخ) أما في حق الذي فيراد بها الأول ، وأما الثاني فاختلف عباراتهم فيه ؛ ففي التجنيس جعله قسما من الصحيح لأنهم يدبونه ولم يحك خلافا وجعله في الإيضاح قول أبي يوسف . وعند محمد لا يجوز ، وجزم في الذخيرة بفساده ، وجعله في البحر من اختلاف الروايتين نهر .

وعبارة البحر : وحاصله أن فيما لم يمت حتف أنفه بل بسبب غير الذكاة روايتين بالنسبة إلى الكافر في رواية الجواز ، وفي رواية الفساد ، وأما البطلان فلا ، وأما في حقنا فالكل سواء اه . وذكر ط أن عدم الفرق في حقنا في المنخنقة مثلا إذا قوبلت بدراهم حتى تعين كونها مبيعا ، أما إذا قوبلت بعين أمكن اعتبارها ثمنا فكان فاسدا بالنظر إلى العوض الآخر (۱) باطلا بالنظر إليها ، وهذا ما اقتضاه الضابط السابق اه (قوله التي ماتت حتف أنفها) الحنف الملاك يقال مات حتف أنفه إذا مات بغير ضرب ولا قتل ، ومعناه أن يموت على فراشه فيتنفس حتى ينقضي رمقه ، ولهذا خص الأنف مصباح (قوله أو بخرق) مثل كتف ويسكن تخفيفا مصباح .

[تنبيه] لم يذكر حاكم دودة القرمز : أما إذا كانت حية فينبغي جريان الخلاف الآتي في دود القز وبزره وبيضه وأما إذا كانت ميتة وهو الغالب فإنها على ما بلغنا تخرق في الكلس أو الخل ، فقتضى مامر بطلان بيعها بالدراهم لأنها ميتة . وقد ذكر سيدي عبد الغني النابلسي في رسالة أن بيعها باطل ، وأنه لا يضمن متلفها لأنها غير مال ، قلت : وفيه أنها من أعز الأموال اليوم ، ويصدق عليها تعريف المال المتقدم ويحتاج إليها الناس كثير في الصباغ وغيره ، فيلغى جواز بيعها كبيع السرقين والعذرة المختلطة بالتراب كما يأتي مع أن هذه الدودة إن لم يكن لها نفس سائلة تكون ميتتها طاهرة كالذباب والبعوض وإن لم يجزأكلها ، وسيأتي أن جواز البيع يدور مع حل الانتفاع ، وأنه يجوز بيع العلق للحاجة مع أنه من الهوام ، وبيعها باطل ، وكذا بيع الحيات للتداوى : وفي القنية : وبيع غير السمك من دواب البحر لوله ثمن كالسقمقور وجلود الخنز ونحوها يجوز وإلا فلا وجل الماء قبل يجوز جبالا ميتا والحسن

(۱) (قوله فكان فاسدا بالنظر إلى العوض الآخر) أي العين التي هي مال عندنا ، وقوله باطلا بالنظر إليها : أي المنخنقة . ووجه ذلك أن المبيع والتمن إذا كان كل منهما ميتا يصح أن يكون كل منهما ثمنا ومبيعا حتى يثبت خيار الرجوع فيهما ؛ فباعتهار كون العين التي هي مال عندنا مبيعا يكون البيع فاسدا لحصول الخلل في الثمن ، وباعتبار كون المنخنقة هي المبيع يكون البيع باطلا لحصول الخلل في الثمن . قال شيخنا : وإنما يتم مقاله ط إذا ثبت مالية المنخنقة في شرعها بأن تدين ذلك نبي ، ولا نظر لاعتقادهم أصلا لأنهم ربما يعتقدون غير دين أنبيائهم ؛ ألا ترى أنهم يعتقدون بنهرة عيسى عليه الصلاة والسلام ولم يتدين ذلك نبي قط اه .

(والحر والبيع به) أى جماعه ثمنا بإدخال الباء عليه ، لأن ركن البيع مبادلة المال بالمال ولم يوجد (والمعدوم كبيع حق التعلى) أى علو سقط لأنه معدوم ، ومنه بيع ما أصله غائب كجزر وفجل ، أو بعضه معدوم كورد وياسمين وورق فرصاد . وجوزة مالك لتعامل الناس ، وبه أفتى بعض مشايخنا عملا بالاستحسان ، هذا إذا نبت ولم يعلم وجوده ، فإذا علم جاز وله خيار الرؤية وتكفى رؤية البعض عندهما وعليه الفتوى شرح مجمع

أطلق الجواز اه فتأمل ، ويأتى له مزيد بيان عند الكلام على بيع دود القز والعلقى (قوله والبيع به) أى بما ليس بمال (قوله والمعدوم كبيع حق التعلى) قال فى الفتح : وإذا كان السفلى لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز ، لأن المبيع حينئذ ليس لإحق التعلى وحق التعلى ليس بمال ، لأن المال عين يمكن إحرازها وإمسائها ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء ، وليس الهواء مالا يباع والمبيع لا بد أن يكون أحدهما ، بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للأرض ، فلو باعه قبل سقوطه جاز ، فإن سقط قبل القبض بطل البيع هلاك المبيع قبل القبض اه .

والحاصل أن بيع العلو صحيح قبل سقوطه لا بعده لأن بيعه بعد سقوطه بيع لحق التعلى وهو ليس بمال ، والذاعبر فى الكنز بقوله وعلو سقط ، وعبر فى الدرر بحق التعلى لأنه المراد من قول الكنز وعلو سقط كما علمته من عبارة الفتح ، فالمراد من العبارتين واحد فلذا فسر الشارح إحداهما بالأخرى دفعا لما يتوهم من اختلاف المراد منهما فافهم .

[تنبيه] لو كان العلو لصاحب السفلى فقال بعثك علو هذا السفلى بكذا صحح ويكون سطح السفلى لصاحب السفلى وللمشترى حق القرار ، حتى لو انهدم العلو كان له أن يبني عليه علوا آخر مثل الأول لأن السفلى اسم لمبنى مسقف فكان سطح السفلى سقفا للسفلى خانية (قوله لأنه معدوم) يغنى عنه قول المصنف والمعدوم أفاده ط (قوله ومنه) أى من بيع المعدوم .

مطلب فى بيع المغيب فى الأرض

(قوله بيع ما أصله غائب) أى ما ينبت فى باطن الأرض ، وهذا إذا كان لم ينبت أو نبت ولم يعلم وجوده وقت البيع وإلا جاز بيعه كما يأتى قريبا (قوله وفجل) بضم الفاء وبضمه متين قاموس (قوله كورد وياسمين) فإنه يخرج بالتدريج ط (قوله وورق فرصاد) قيل هو التوت الأحمر . وقال أبو عبيد : هو التوت . وفى التهذيب : قال الليث : الفرصاد الشجر معروف مصباح (قوله وبه أفتى بعض مشايخنا) بالباء فى مشايخننا لا بالهمزة . قال القهستاني : وأفتى العقيلي وغيره بجوازه بتبعية الموجود إذا كان أكثر من المعدوم اه ط .

قلت : وهو رواية عن محمد ، وقد مننا الكلام عليه فى فصل ما يدخل تبعا (قوله هذا إذا نبت الخ) الإشارة إلى قوله ما أصله غائب وكان الأولى أن يقول هذا إذا لم ينبت أو نبت ولم يعلم وجوده فإنه لا يجوز بيعه فيهما كما فى ط عن الهندية (قوله وله خيار الرؤية الخ) قال فى الهندية إن كان المبيع فى الأرض مما يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والجزر والبصل فقلع المشتري شيئا بإذن البائع أو قلع البائع ، إن كان المقلوع مما يدخل تحت الكيل أو الوزن إذا رأى المقلوع ورضى به لزم البيع فى الكل وتكون رؤية البعض كروية الكل إذا وجد الباقي كذلك ، وإن كان المقلوع شيئا يسيرا لا يدخل تحت الوزن لا يبطل خياره . قال فى البحر : وإن كان يباع بعد القلع عددا كالقفل فقلع البائع أو قلع المشتري بإذن البائع لا يلزم الكل لأنه من العدييات المتفاوتة بمنزلة الثياب والعبيد ، وإن قلعه بلا إذن البائع لزمه الكل إلا أن يكون ذلك شيئا يسيرا ، وإن أبى كل القلع تبرع متبرع بالقلع أو فسخ القاهى العقد اه ط .

(والمضامين) مافى ظهور الآباء من المني (والملاقيح) جمع ملقوحة : مافى البطن من الجنين (والنتاج) بكسر النون : جبل الحبله أى نتاج النتاج لدابة أو آدمى (وبيع أمة تبين أنه) ذكر الضمير لتذكير الخبر (عبد وعكسه) بخلاف البهائم ، والأصل أن الذكر والأنثى من بنى آدم جنسان حكما فيبطل ، وفي سائر الحيوانات جنس واحد فيصح ويتخير لفوات الوصف

مطلب في بيع أصل الفصفصة

قلت : بقي شيء لم أر من نبه عليه ، وهو ما يكون أصله تحت الأرض ويبقى سنين متعددة مثل الفصفصة تزرع في أرض الوقف وتكون كالكردار للمستأجر في زماننا فإذا باع ذلك الأصل وعلم وجوده في الأرض صح بيعه لكنه لا يرى ولا يقصد قلعه لأنه أعد للبقاء فهل للمشتري فسخ البيع بخيار الرؤية الظاهر نعم ، لأن خيار الرؤية يثبت قبل الرؤية تأمل (قوله مافى ظهور الآباء من المني) موافق لما فى الدرر والمنح . وعبارة البحر : المضامين جمع مضمونة مافى أصلاب الإبل والملاقيح : جمع ملقوح مافى بطونها ، وقيل بالعكس (قوله والملاقيح الخ) يجب أن يحمل ههنا على ماسيكون (١) وإلا كان حملا ، وسيأتى أن بيع الحمل فاسد لا باطل درر :

قلت : وفي فساده كلام سيأتى (قوله والنتاج بكسر النون) كذا ضبطه النووي ، واختاره المصنف يعنى صاحب الدرر ، وضبطه الكاكي بفتح النون ، وهو مصدر نتجت الناقة على البناء للمفعول ، والمراد به هنا المنتوج ، وفسره الزيلعي والرازي ومسكين بجبل الحبله وتبعهم المصنف نوح (قوله جبل الحبله) بالفتحتين فهما قال فى المغرب : مصدر جبلت المرأة جبلا فهى جبلى سمي به المحمول كما سمي بالحمل وإنما أدخل عليه التاء للإشعار بمعنى الأنوثة لأن معناه النهى عن بيع ماسوف يحمله الجنين إن كان أنثى ، ومن روى الحبله بكسر الياء فقد أخطأ اه لوح : (قوله وبيع أمة الخ) علله فى الدرر بأنه بيع معدوم ، ومقتضاه أن يكون معطوفا على قوله حق التعليل أو قوله والنتاج فكان الواجب إسقاط لفظ بيع نوح (قوله ذكر الضمير) أى أتى به مذكرا مع أن الأمة مؤنثة مراعاة لتذكير الخبر وهو عبد أو باعتبار الواقع (قوله وعكسه) بالرفع عطفا على قوله بيع وبالجاء عطفا على أمة ط (قوله بخلاف البهائم) كما إذا باع كبشا فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير بحر :

مطلب فيما إذا اجتمعت الإشارة مع التسمية

(قوله والأصل الخ) قال فى الهداية : والفرق يبنى على الأصل الذى ذكرناه فى النكاح لمحمد رحمه الله تعالى ، وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا فى مختلفي المجلس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لاعدامه ، وفى متحدى الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لو وجوده ويتخير لفوات الوصف ، كمن اشترى عبدا على أنه خباز فإذا هو كاتب ، وفى مسألنا الذكر والأنثى من بنى آدم جنسان للفتاوى فى الأغراض ، وفى الحيوانات جلس واحد للتقارب فيها اه قال فى البحر والأصل المذكور متفق عليه هنا ، ويجرى فى سائر العقود من النكاح والإجارة والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال ، وبه ظهر أن الذكر والأنثى فى آدمى جنسان فى الفقه وإن اتحد جنسا فى المنطق لأنه الذاتى المقول على كثيرين مختلفين بـمميز داخل ، وفى الفقه المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشا قال فى الفتح

(١) (قوله على ماسيكون) أى ماسيكون من المني الواقع فى الرحم قبل أن يكون حلقة أو مضغة بما لا يصدق عليه اسم الحمل وإلا كان حملا اه .

(ومتروك التسمية عمدا) ولو من كافر بزازية ، وكذا ماضم إليه لأن حرمة بالنص (وبيع السكراب وكري الأنهار) لأنه ليس بمال متقوم ، بخلاف بناء وشجر فيصح إذا لم يشترط تركها ولو الجية (وما في حكمه) أي حكم ما ليس بمال (كأم الولد والمكاتب والمدبر المطلق) فإن بيع هؤلاء باطل : أي بقاء ، فلم يملكوا بالقبض (١) لا ابتداء فصح بيعهم من أنفسهم (٢) وبيع قن ضم إليهم درر .

ومن المختلفي المجلس ما إذا باع فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل ، ولو باعه ليلا على أنه ياقوت أحر فظهر أصفر صح البيع ويخبر (قوله ولو من كافر) نقله في البحر أيضا عن البرازية وأقره .
قلت : وينبغي أن يجري فيه الخلاف الميار فيما ماتت بسبب غير الذبح مما يدين به أهل الذمة ، بل هذا بالأولى لأنه مما يدين به بعض المجتهدين ، وكون حرمة بالنص لا يقتضي بطلان بيعه بين أهل الذمة لأن حرمة المنخقة بالنص أيضا ، ولما اعتقدوا حلها لم نحكم بطلاق بيعها بينهم ، نعم لو باع متروك التسمية عمدا مسلم يقول بحله كشافني نحكم ببطالان بيعه لأنه ملتزم لأحكامنا ومعتقدنا لطلان ما خالف النص فتلزمه ببطالان البيع بالنص ، بخلاف أهل الذمة لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون ، فيكون بيعه بينهم صحيحا أو فاسدا لا باطلا كما مر ، ويؤيده ما مر في شركة المفاوضات من عدم صحتها بين مسلم وذمي لعدم التساوي في التصرف ، وتصح بين جنتي وشافعي وإن كان يتصرف في متروك التسمية وعلوه بأن ولاية الإلزام قائمة ، ومعناه ما ذكرنا فتدبر (قوله وكذا ماضم إليه) قال في النهر : ومتروك التسمية عمدا كالذي مات حتف أنفه حتى يسرى الفساد إلى ماضم إليه ، وكان ينبغي أن لا يسرى لأنه مجتهد فيه كالمدبر فينعتد فيه البيع بالقضاء . وأجاب في الكافي بأن حرمة منصوص عليها ، فلا يعتبر خلافه ولا ينفذ بالقضاء (قوله وبيع السكراب وكري الأنهار) في المصباح : كريت الأرض من باب قتل كرابا بالكسر قلبتها للحرث ، وفيه أيضا : كرى النهر كريا من باب رمى حفرة فيه جديدة (قوله ولو الجية) قال فيها : ولو كان لرجل عمارة في أرض رجل فباعها ، إن كان بناء أو أشجارا جاز بيعه إذا لم يشترط تركها وإن كرابا أو كرى الأنهار ونحوه فلم يكن ذلك بمال ولا بمعنى مال لا يجوز اه يعنى يبطل ، فإنه داخل تحت قولنا بطل بيع ما ليس بمال كما لا يخفى وبعدم الجواز في الكراب وكري الأنهار ونحو ذلك صرح في الخانية معللا بأنه ليس بمال متقوم منح ، وتقدمت المسألة أول البيوع مع الكلام على مشد المسكة وبيع البراءات والجامكية والنزول عن الوظائف ، وأشبعنا الكلام على ذلك كله (قوله فإن بيع هؤلاء باطل) كذا في الهداية . وأورد أنه لو كان باطلا يسرى البطلان إلى ماضم إليهم كالمضموم إلى الحر ، وسألتني أنه لا يسرى . وقال بعضهم فاسد .

وأورد أنه يلزم أن يملكوا بالقبض مع أنهم لم يملكوا به اتفاقا . وأجيب عنهما بادعاء التخصيص ، وهو أن من الباطل ما لا يسرى حكمه إلى المضموم لضعفه ومن الفاسد ما لا يملك بالقبض . وذكر في الفتح أن الحق أنه باطل ولا تخصيص لجواز تخلف بعض الأفراد لخصوصية .

قلت : وما ذكره الشارح يصلح بيانا للخصوصية ، وذلك أن بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم محليته للبيع

(١) (قول للشارح فلم يملكوا بالقبض) أي لأن استحقاق العتق قد ثبت في حق أم الولد بقوله عليه الصلاة والسلام «أعتقها ولدها» وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الأهلية بعد الموت ، والمكاتب استحق هذا على نفسه لازمة في حق المولى ، ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله اه عن أبي السعود .

(٢) (قول للشارح فصح بيعهم من أنفسهم) قال البرجندی في شرح النقاية : ولا يرد على هذا بيع المدبر من نفسه أو بيع أم

للولد من نفسها لأن ليس بيما حقيقة بل إعتاق على مال فلا يرد نقضا اه .

وقول ابن الكمال بيع هؤلاء باطل موقوف ضعفه في البحر بأن المرجح اشتراط رضا المكاتب قبل البيع وعدم نفاذ القضاء ببيع أم الولد (١) وصحح في الفتح نفاذه ، قلت : الأوجه توقفه على قضاء آخر إمضاء أو ردا عيني ونهر ، فليكن التوفيق . وفي السراج : ولد هؤلاء كههم ، وبيع مبعوض كحر (و) بطل (بيع مال غير مقوم) أي غير مباح الانتفاع به ابن كمال فليحفظ (كخمر وخزير ومبقة لم تمت حتف أنفها)

أصلا بثبوت حقيقة الحرية ، وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية فلذا لم يملكوا بالقبض ، لا ابتداء لعدم حقيقتها فلذا جاز بيعهم من أنفسهم ، ولا يلزم بطلان بيع قن ضم إليهم لأنهم دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلاله في الجملة ثم خرجوا منه بتعلق حقهم ، فيبقى القن بخصته من الثمن ، وتماه في الدرر (قوله وقول ابن الكمال) عبارته : البيع في هؤلاء باطل موقوف ينتقل جائزا بالرضا في المكاتب وبالقضاء في الآخرين لقيام المالية اهـ (قوله قبل البيع) وتنسخ الكتابة في ضمنه لأن اللزوم كان لحقه وقد رضى بإسقاطه ، أما إذا باعه بغير رضاه فأجازه لم يجز رواية واحدة لأن إجازته لم تتضمن فسخ الكتابة قبل العقد كذا في السراج وفي الخانية لو بيع بغير رضاه فأجاز بيع مولاه لم ينفذ في الصحيح من الرواية وعليه عامة المشايخ نهر :

قلت : لكن ذكر في الهداية آخر الباب فيما لو جمع بين عبد ومدبر ، وتبعه في البحر والفتح أن البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية : ولهذا ينفذ في المكاتب برضاه في الأصح ، وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف اهـ ، فقوله موقوف مخالف لقوله هنا باطل ، وقوله ينفذ في المكاتب برضاه في الأصح مخالف للمذكور عن السراج والخانية ، وبهذا يتأيد ما ذكره ابن الكمال . وقد يجاب بأن قوله ينفذ في المكاتب برضاه في الأصح أي رضاه وقت البيع فيكون موقفا في الابتداء على رضاه فلو لم يرض كأن باطلا ، وبهذا تنتفي المخالفة بين كلاميه ، لكن هذا الجواب لا يتأني في عبارة ابن الكمال فتأمل (قوله قلت الأوجه الخ) أي إذا قضى بنفاذ بيع أم الولد قاض يراه لا ينفذ فإذا رفع إلى قاض آخر فأمضاه نفذ الأول وإن رده ارتد وقد منا تحقيق ذلك في باب الاستيلاء (قوله فليكن التوفيق) بحمل ما في البحر على ما قبل الإمضاء ، وما في الفتح على ما بعده (قوله ولد هؤلاء كههم) أي ولد أم الولد من غير سيدها ، بأن زوجها فولدت بعد ما ولدت من سيدها وكذا ولد المدبر أو المكاتب المولود بعد التدبير والكتابة ، وقوله كههم : أي في حكمهم ، وفيه إدخال الكاف على الضمير وهو قليل (قوله وبيع مبعوض) أي معتق البعض كبيع الحر (قوله ابن كمال) ونصه التقوم على ما ذكر في التلويح ضربان : عرفي وهو بالإحراز ، فقير المحرز كالضبيد والحشيش ليس بمقوم . وشرعي وهو باباحة الانتفاع به وهو المراد ههنا منقبا اهـ أي هو المراد بالتقوم المنقبي هنا (قوله كخمر) قيد بها لأن بيع ماسواها من الأشربة المحرمة جائز عنده خلافا لهما ، كذا في البدائع نهر (قوله ومبقة لم تمت حتف أنفها) هذا في حق المسلم ، أما الذي قفي رواية بيعها صحيح وفي أخرى فاسد كما قدمناه عن البحر ، وظاهره أن اختلاف الرواية

(١) (قول للشارح وعدم نفاذ القضاء ببيع أم الولد) قال البدر العيني : هذه المسألة كانت مختلفا فيها في الصدر الأول ، وكان هر لا يميز بينها وكان على يميز بينها ، ثم أجمع التاهرون هل عدم جواز بيعها ، فإذا قضى قاض بعد ذلك بجواز بيعها هل يقع ذلك في موضع الإجماع أو في موضع الخلاف ؟ وذلك بناء على أن الإجماع المتأخر هل يرفع الخلاف السابق أولا ؛ فعند البعض لا يرفع الخلاف السابق ، وعندنا ينعقد ويرتفع الخلاف السابق ، وقد استدلل صاحب التقوم على هذا بقوله : وقد روى محمد بن الحسن عنهم جميعا أن القاضي إذا قضى ببيع أم الولد لم يجز . وفي فصول الاستروشنى : وفي قضاء القاضي ببيع أم الولد روايتان أظهرهما أنه لا ينفذ . وفي لسان الجامع أنه يتوقف على إمضاء قاض آخر ، إن أمضاه نفذ ، وإن أبطله بطل ، وهذا الوجه الأقاريل اهـ ط عن أبي السمود .

بل بالحق ونحوه فإنها مال عند الذمی كخمر وخنزیر ، وهذا إن بیعت (بالتن) أي بالدين كدراهم ودنانیر وهكیل وموزون بطل في الكل ، وإن بیعت بعین كعرض بطل في الخمر وفسد في العرض فيملكه بالقبض بقيمته ابن كمال (و) بطل (بیع قن ضم إلى حر) وذکية ضمت إلى مائة ماتت حتف أنفها) قيد به لتكون كالحر (وإن سمي ثمن كل) أي فصل الثمن خلافا لهما ، ومبنى الخلاف أن الصفقة لاتعدد بمجرد تفصيل الثمن بل لا بد من تكرار لفظ العقد عنده خلافا لهما ، وظاهر النهاية يفيد أنه فاسد (بخلاف بیع قن ضم إلى مدبر) أو نحوه فإنه یصح

المائة فقط ، أما الخمر فصحيح (قوله ونحوه) كالجرح ، والضرب من أسباب الموت سوى الذکاة الشرعية (قوله فإنها) أي المائة المذكورة ، أما التي ماتت حتف أنفها فهي غير مال عند الكل فلذا بطل بیعها في حق الكل كما مر (قوله وهذا) أي الحكم المذكور ببطلان البيع بلا تفصيل (قوله أي بالدين) أي ما یصح أن یثبت دینا في الذمة ، قال ابن كمال : إنما قال بالدين دون الثمن لأن الدين أعم منه ، والمعتبر المقابل به دون الثمن (قوله بطل في الكل) لأن المبیع هو الأصل وليس محلا للتملیک فبطل فيه فكذا في الثمن ، بخلاف ما إذا كان الثمن عینا فإنه مبیع من وجه مقصود بالتملك ولكن فسد التسمية فوجب قیمته دون الخمر المسمى (قوله بطل في الخمر) أي وفي أخويه كما یتفاد من المتن والزیلعی سائحانی ،

قال في البحر : والحاصل أن بیع الخمر باطل مطلقا ، وإنما الكلام فيما قابله فإن دینا كان باطلا أيضا ، وإن هرضا كان فاسدا ثم قال ، وقیدنا بالمسلم لأن أهل الذمة لا یمنعون من بیعها لاعتقادهم الحل والتمول وقد أمرنا بتركهم وما یدینون ، كذا في البدائع اه ملاحظا . وظاهره الحكم بصحة بیعها فيما بینهم ولو بیعت بالتن ، وبشهاد له فروع ذکرها بعده (قوله بقيمته) لم یذكر ابن كمال القيمة وإن كانت مرادة ط (قوله ضم إلى حر) ولو مبعضا كعتق البعض كما مر في باب عتق البعض (قوله لتكون كالحر) أي فلا تكون مالا أصلا ، أما لو ماتت بنحق أو نحوه فهي مال غیر مقوم كما مر آنفا فینبغي أن یصح البيع فيما ضم إليها کبیع قن ضم إلى مدبر تأمل (قوله خلافا لهما) فعندهما إذا فصل ثمن كل جاز في القن والذکية بحصتها من الثمن ، لأن الصفقة (۱) تصیر متعددة معنی فلا یسرى الفساد من إحداهما إلى الأخرى (قوله وظاهر النهاية يفيد أنه فاسد) أي ما ضم إلى الحر والمائة وهو القن والذکية ، وعزاه القهستانی للمحیط والمبسوط وغيرهما . والظاهر أن المراد بالفساد الباطل ، فیوافق ما فی الهدایة وغيرها من التصريح بالبطلان تأمل (قوله بخلاف بیع قن ضم إلى مدبر) كمكانب وأم ولد كما في الفتح أي فیصح في القن بحصته ، لأن المدبر محل للبیع عند البعض فیدخل في العقد ثم ینخرج فیكون البیع بالحصة في البقاء دون الابتداء ، وفائدة ذلك تصحیح كلام العاقل من رعاية حق المدبر ابن كمال :

قلت : ومعنی البیع بالحصة بقاء أنه لما خرج المدبر صار القن مبیعا بحصته مع الثمن ، بأن یقسم الثمن على قیمته وقيمة المدبر فما أصاب القن فهو ثمنه وهذا بخلاف ضم القن إلى الحرفان فيه البیع بالحصة ابتداء ، لأن الحر لم یدخل في العقد لعدم مالیه .

[تنبيه] تقدم أن بیع المدبر ونحوه باطل لعدم دخوله في العقد ، وههنا إنما دخل لتصحیح العقد فيما ضم إليه

(۱) (قوله لأن الصفقة الخ) وللإمام أن الصفقة متحدة ، والحر والمائة لا یدخلان تحت العقد لأنهما لیسا بمال فمكان القبول في الحر والمائة شرطا للبیع في القن والذکية وهو شرط فاسد فیبطل البیع في القن والذکية اه ط عن العلامة نوح أفندی ، لکن مقتضى قوله فكان القبول الخ أن یكون البیع فاسدا لا باطلا فیوافق ظاهر النهاية ، ولعل في المسألة قولین ، ولا حاجة إلى حمل المعنى الفساد في عبارة للنهاية وغيرها على البطلان ، على أن تعلیلهم البطلان بأنه بیع بالحصة ابتداء يقتضى الفساد أيضا ، لأن بیع الحصة لیس فيه إلا الخلل في الثمن وهو يقتضى الفساد ، فالظاهر أن یحمل البطلان على الفساد لا العکس اه .

(أو قن غيره وملك ضم إلى وقف) غير المسجد العامر فإنه كالخر بخلاف الغامر : بالمعجمة الخراب فكبدبر
أشبه : من قاعدة : إذا اجتمع الحرام والحلال (ولو محكوما به) في الأصح

قال في الهداية هناك : فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضم
إليه أي إذا ضم البائع إليه مال نفسه وباعهما له صفقة واحدة يجوز البيع في المضموم بالحصصة من الثمن المسمى
على الأصح وإن قيل إنه لا يصح أصلا في شيء فتح :

مطلب فيما إذا اشترى أحد الشريكين جميع الدار المشتركة من شريكه

قلت : علم من هذا ما يقع كثيرا ، وهو أن أحد الشريكين في دار ونحوها يشترى من شريكه جميع الدار بثمن
معلوم فانه يصح على الأصح بحصة شريكه من الثمن وهي حادثة الفتوى فلتحفظ وأصرح من ذلك ماسياتي في المراجعة
في مسألة شراء رب المال من المضارب مع أن الكل ماله (قوله أو قن غيره) معطوف على مدبر. (قوله فإنه) أي المسجد
العامر قوله بخلاف الغامر المعجمة الخراب) بخر الخراب عل أنه بدل من الغامر وكان الأولى أن يقول وغيره .
أي من سائر الأوقاف .

مطلب في بطلان بيع الوقف وصحة بيع الملك المضموم إليه

وحاصله أن المسجد قبل خرابه كالخر ليس بمال من كل وجه ، بخلافه بعد خرابه لجواز بيعه إذا خرب في
أحد القولين فصار مجتهدا فيه كالمدبر فيصح بيع ما ضم إليه ومثله سائر الأوقاف ولو عامرة فإنه يجوز بيعها عند
الحنابلة ليشتري بثمنها ما هو خير منها كما في المعراج (قوله فكمدبر) أي فهو باطل أيضا قال في الشرنبلالية
صرح رحمه الله تعالى ببطلان بيع الوقف ، وأحسن بذلك إذ جعله في قسم البيع الباطل ، إذ لا خلاف في بطلان
بيع الوقف لأنه لا يقبل التملك والتملك ، وغلط من جعله فاسدا ، وأفتى به من علماء القرن العاشر ورد كلامه
بجملة رسائل : ولنا فيه رسالة هي حساب الحكام متضمنة لبيان فساد قوله وبطلان فتواه اهـ ، والغلط المذكور
هو قاضي القضاة نور الدين الطرابلسي والعلامة أحمد بن يونس الشلبي كما ذكره الشرنبلالي في رسالته المذكورة
(قوله ولو محكوما به الخ) قال في النهر تكميل : قد علمت أن الأصح في الجمع بين الوقف والملك أنه يصح في
الملك ، وقيد به بعض موالى الروم هو مولانا أبو السعود جامع أمثبات العلوم ، تغمده الله تعالى برضوانه بما إذا لم
يحكم بلزومه فأفتى بفساد البيع في هذه الصورة ، ووافق به بعض علماء العصر من المصريين ومنهم شيخنا الأخ إلا أنه
قال في شرحه هنا : يرد عليه ما صرح به قاضيخان من أن الوقف بعد القضاء تسمع دعوى الملك فيه وليس هو
كالخر : بدليل أنه لو تم إلى ملك لا يفسد البيع في الملك وهكذا في الظهيرية ، وهذا لا يمكن تأويله فوجب الرجوع
إلى الحق وهو إطلاق الوقف لأنه بعد القضاء وإن صار لازما بالإجماع ، لكنه يقبل البيع بعد لزومه إما بشرط
الاستبدال على المفقى به من قول أبي يوسف أو بورود غصب عليه ولا يمكن انتزاعه ونحو ذلك ، والله الموفق
للصواب ، وإليه المرجع والمآب اهـ .

والحاصل أن ههنا مسألتين

الأولى أن بيع الوقف باطل ولو غير مسجد بخلاف ما أفتى بفساده ، لكن المسجد العامر كالخر وغيره كالمدبر :
المسألة الثانية أنه إذا كان كالمدبر يكون بيع ما ضم إليه صحيحا ولو كان الوقف محكوما بلزومه بخلافه لما أفتى به

خلافاً لما أفتى به المنلا أبو السعود فيصح بحصته في القن وعنده والمملك لأنها مال في الجملة ؛ ولو باع قرية ولم يستثن المساجد والمقابر لم يصح عيني (كما بطل ببيع صبي لا يعقل ومجنون) شيئاً وبول (ورجيع آدمي لم يغلب عليه التراب) فلو مغلوباً به جاز (۱) كسرقين وبعر ، واكتفى في البحر بمجرد خاظه بتراب (وشعر الإنسان) لكرامة الآدمي ولو كافراً ذكره المصنف وغيره في بحث شعر الخنزير (وبيع ماليس في ملكه) لبطلان ببيع المعدوم

المفتي أبو السعود (قوله فيصح) تفريع على قول المصنف فيصح الخ على وجه الترتيب (قوله لأنها) أي المدبر وقن الغير والوقف (قوله لم يصح) لما مر من أن المسجد العام كالحرف فيبطل ببيع ماضم إليه ، لكن نقل في البحر عن المحيط أن الأصح الصحة في الملك لأن ما فيها من المساجد والمقابر مستثنى عادة اه أي فلم يوجد ضم الملك إلى المسجد بل البيع واقع على الملك وحده (قوله لا يعقل) قيد به لأن الصبي العاقل إذا باع أو اشترى انعقد بيعه وشراؤه موقوفاً على إجازة وليه إن كان لنفسه ، وناظراً بلا عهدة عليه إن كان لغيره بطريق الولاية ط عن المنح ، وهذا إذا باع المصبي العاقل ماله واشترى بدون غبن فاحش وإلا لم يتوقف لأنه حينئذ لا يصح من وليه عليه كما يأتي فلا يصح منه بالأولى (قوله شيئاً) قدره للإشارة إلى أن الإضافة في بيع صبي من إضافة المصدر إلى فاعله ط (قوله جاز) أي بيعه ط (قوله كسرقين وبعر) في القاموس : السرجين والسرقين بكسرهما معربا سركين بالفتح وفسره في المعصم بالزبل ، قال ط : والمراد أنه يجوز بيعهما ولو خالصين اه : وفي البحر عن السراج ويجوز بيع السرقين والبعر والانتفاع به والوقود به (قوله واكتفى في البحر) حيث قال كما نقله عنه في المنح : ولم ينعقد بيع النحل ودود القز إلا تبعاً ، ولا يبيع العذرة خالصة بخلاف بيع السرقين والمخلوطة بتراب اه (قوله وشعر الإنسان) ولا يجوز الانتفاع به للحديث « لعن الله الواصلة والمستوصلة » وإنما يرخص (۲) فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذواتهن هداية .

[فرع] لو أخذ شعر النبي صلى الله عليه وسلم ممن عنده وأعطاه هدية عظيمة لأعلى وجه البيع فلا بأس به
سأتحافى عن الفتاوى الهندية ٥

مطلب الآدمي مكرم شرعاً ولو كافراً

(قوله ذكره المصنف) حيث قال : والآدمي مكرم شرعاً وإن كان كافراً فايراد العقد عليه وابتدأ له به وإلحاقه بالجمادات إذلال له اه أي وهو غير جائز وبعضه في حكمه وصرح في فتح القدير ببطلانه ط . قلت وفيه أنه يجوز استرقاق الحربى وبيعه وشراؤه وإن أسلم بعد الاسترقاق ، إلا أن يجاب بأن المراد تكريم صورته وخلقه ، ولذا لم يجز كسر عظام ميت كافر ، وليس ذلك محل الاسترقاق والبيع والشراء ، بل محله النفس الحيوانية فلذا لا يملك ببيع لبن أمته في ظاهر الرواية كما سيأتى فليتأمل (قوله وبيع ماليس في ملكه) فيه أنه يشمل بيع ملك الغير لو كالة أو بدونها مع أن الأول صحيح نافذ والثاني صحيح موقوف . وقد يجاب بأن المراد ببيع ماسيملكه قبل ملكه له ثم رأيت كذلك في الفتح في أول فصل ببيع الفضولى ، وذكر أن سبب النهي في الحديث ذلك (قوله لبطلان ببيع المعدوم) إذ من شرط المعقود عليه : أن يكون موجوداً مالا متقوماً بمالوكا في نفسه ، وأن يكون ملك

(۱) (قول الشارح فلو مغلوباً به جاز) فيه أن العذرة وحدها والتراب وحده ليسا بمال فكيف حدثت المالية باجتماعهما .

قلت : إن جواز البيع يتبع جل الانتفاع ، وبالخلط محل الانتفاع وبدونه لا اه ط .

(۲) (قوله وإنما يرخص الخ) كالأستثناء من الحديث ، إذ ظاهره عموم العنة للواصلة والمستوصلة ، فاستثنى منه الواصلة بما

يعتد من وبر الإبل فإنه جائز اه .

وماله خطر العدم (لا بطريق السلم) فإنه صحيح ، لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ،
ورخص في السلم (و) بطل (بيع صراح بنى الثمن فيه) لانعدام الركن وهو المال ؛
(و) البيع الباطل (حكمه عدم ملك المشتري إياه) إذا قبضه (فلا ضمان لو هلك) المبيع (عنده) لأنه أمانة
وصحح في القنية ضمانه ، قيل وعليه الفتوى : وفيها بيع الحربى أباه أو ابنه ، قيل باطل ، وقيل فاسد ؛ وفي وصاياها
بيع الوصى مال اليتيم بغبن فاحش باطل وقيل فاسد ورجح : وفي التنف : بيع المضطر وشراؤه فاسد

البائع فيما يبيعه لنفسه ، وأن يكون مقدور التسليم . منح (قوله وماله خطر العدم) كالحمل واللبن في الضرع (۱) فإنه
على احتمال عدم الوجود ، وأما بيع نواح التناج فهو من أمثلة المعدوم فافهم (قوله لا بطريق السلم) فلو بطريق
السلم جاز وكذا لو باع ما غصبه ثم أدى ضمانه كما قدمناه أول البيوع (قوله لانعدام الركن وهو المال) أى من أحد
الجانبيين فلم يكن بيعا ، وقيل ينعقد لأن نفيه لم يصح لأنه نفي العقد فصار كأنه سكت عن ذكر الثمن ، وفيه ينعقد
البيع ويثبت الملك بالقبض كما يأتي قريبا أفاده في الدرر (قوله لأنه أمانة) وذلك لأن العقد إذا بطل بقى مجرد
القبض بإذن المالك وهو لا يوجب الضمان إلا بالتعدي درر (قوله وصحح في القنية ضمانه الخ) قال في الدرر وقيل
يكون مضمونا لأنه يصير كالمقبوض على سوم الشراء ، وهو أن يسمى الثمن فيقول اذهب بهذا فإن رضيت به
اشتريته بما ذكر أما إذا لم يسمه فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه أبو الليث ، قيل وعليه الفتوى
كذا في العناية اه قال في العزيمة : الذى يظهر من شروح الهداية عود الضميرين في عليه ، وعليه إلى أن حكم
المقبوض على سوم الشراء ذلك تعويلا على كلام الفقيه ، إلا أن القول الثانى فى مسألتنا مرجح على القول الأول اه
لكن فى النهر واختار السرخسى وغيره أن يكون مضمونا بالمثل أو بالقيمة لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض
على سوم الشراء ، وهو قول الأئمة الثلاثة : وفى القنية أنه الصحيح لكونه قبضه لنفسه فشابه الغصب ، وقيل
الأول قول أبى حنيفة ، والثانى ، قولهما ، وتماه فيه (قوله بغبن فاحش) المشهور فى تفسيره أنه ما لا يدخل
تحت تقويم المقومين (قوله ورجح) رجحه فى البحر حيث قال : ينبغى أن يجرى القولان فى بيع الوقف المشروط
استبداله أو الخراب الذى جاز استبداله إذا بيع بغبن فاحش ، وينبغى ترجيح الثانى فىهما لأنه إذا ملك بالقبض
وجبت قيمته فلا ضرر على اليتيم والوقف اه .

قلت وينبغى ترجيح الأول حيث لزم الضرر (۲) بأن كان المشتري مفلسا أو مماطلا تأمل :

مطلب بيع المضطر وشراؤه فاسد

(قوله بيع المضطر وشراؤه فاسد) هو أن يضطر الرجل إلى طعام أو شراب أو لباس أو غيرها ولا يبيعها
البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير ، وكذلك فى الشراء منه كذا فى المنح اه ح وفيه لف ونشر غير مرتب ، لأن
قوله وكذا فى الشراء منه : أى من المضطر مثال لبيع المضطر أى بأن اضطر إلى بيع شيء من ماله ولم يرض
المشتري إلا بشرائه بدون ثمن المثل بغبن فاحش . ومثاله مالو ألزمه القاضى ببيع ماله لإيفاء دينه أو ألزم الذى
يبيع مصحف أو عبد مسلم ونحو ذلك ، لكن سيد ذكر المصنف فى الإكراه أو صادرة الساطان ولم يعين ببيع ماله
فباع صح . قال الشارح هناك : والحيلة أن يقول من أين أعطى فإذا قال الظالم بع كذا فقد صار مكرها فيه اه
فأفاد أنه بمجرد المصادرة لا يكون مكرها بل يضح بيعه إلا إذا أمره بالبيع مع أنه بدون أمر . يضطر إلى البيع

(۱) (قوله والبن فى الضرع) أى وكذا التمر والزرع قبل للظهور والبرز فى الطبخ والنوى فى التمر والحم فى الشاة الحية والشحم
والألية فيها وأكارعها ورأسها والشيرج فى الصمم اه ط .

(۲) (قوله حيث لزم الضرر) أى إذا تبين لزوم الضرر بإملاص المشتري أو مطلق فيكون هذا تقييدا لترجيح العلامة صاحب البحر اه .

(وفسد) بيع (ماسكت) أى وقع السكوت (فيه عن الثمن) كبيعه بقيمته (و) فسد (بيع عرض) هو المتاع القيمي، ابن كمال (بظمر وعكسه) فيعتقد في العرض لا الخمر كما مر (و) فسد (بيعه) أى العرض (بأم الولد والمكاتب والمدير حتى لو تقابضا ملك المشتري) للعرض (العرض) لما مر أنهم مال في الجملة (و) فسد (بيع سمك لم يصد) لو بالعرض وإلا فباطل لعدم الملك صدر الشريعة (أو صيد ثم ألقى في مكان لا يؤخذ منه إلا بحيلة) للعجز عن التسليم (وإن أخذ بدونها صح) وله خيار الرؤية (إلا إذا دخل بنفسه ولم يسد مدخله) فلو سده ملكه (١)

حيث لا يمكنه غيره وقد يجاب بأن هذا ليس فيه أنه باع بغبن فاحش عن ثمن المثل نعم العبارة مطلقة فيمكن تقييدها بأنه إنما يصح لو باع بثمن المثل أو غبن يسير توفيقا بين العبارتين فتأمل .

مطلب في البيع الفاسد

(قوله وفسد الخ) شروع في البيع الفاسد بعد الفراغ من الباطل وحكمه (قوله ماسكت فيه عن الثمن) لأن مطلق البيع يقتضى المعاوضة فإذا سكت كان غرضه القيمة فكأنه باع بقيمته فيفسد ولا يبطل درر : أى بخلاف ما إذا صرح بنفى الثمن كما قدمه قريبا (قوله وعكسه) أى بيع الخمر بالعرض ، بأن أدخل الباء على العرض فيعتقد في العرض أى لأنه أمكن اعتبار الخمر ثمنا وهى مال في الجملة ، بخلاف بيع العرض بدم أو ميتة (قوله كما مر) أى في قوله وإن بيعت بعين كعرض بطل في الخمر وفسد في العرض فيملكه بالقبض بقيمته ، وهذا في حق المسلم كما قدمناه (قوله ملك المشتري للعرض) قيد به لأن المشتري لأم الولد وأخويها لا يملكهم بالقبض لبطان بيعهم بقاء كما مر (قوله لما مر أنهم مال في الجملة) أى فيدخلون في العقد ولذا لا يبطل العقد فهاضم إلى واحد منهم وبيع معهم ، ولو كانوا كالحجر لبطل كما في الدرر (قوله وفسد بيع سمك لم يصد أو بالعرض الخ) ظاهره أن الفاسد بيع السمك وأنه يملك بالقبض ، وفيه أن يبيع ما ليس في ملكه باطل كما تقدم ، لأنه بيع المعدوم والمعدوم ليس بمال فينبغى أن يكون بيعه باطلا ، وأن يكون الفاسد هو بيع العرض لأنه مبيع من وجه وإن دخلت عليه الباء ويكون السمك ثمنا فيصير كأنه باع العرض وسكت عن الثمن أو باعه بأم الوالد ، بل يمكن أن يقال إن بيع العرض أيضا باطل لأن السمك ليس بمال فيكون كبيع العرض بميتة أودم ، لكن جعله كأم الولد أظهر لأنه مال في الجملة ، فإنه لو صاد بعد ملكه ، نعم هذا يظهر لو باع سمكة بعينها قبل صيدها ، أما لو كانت غير ميتة ثم صاد سمكة لم تكن عين ما جعلت ثمن العرض حتى يقال إنها ملكت بالصيد .

والحاصل أنه لو باع سمكة مطلقة بعرض ينبغى أن يكون البيع باطلا من الجانبين كبيع ميتة بعرض أو عكسه ولو كانت السمكة معينة بطل فيها لأنها غير مملوكة ، وفسد في العرض لأن السمكة مال في الجملة ، ومثلها مالو كان البيع على لحم سمك لأنه مثل ، ولو باعها بدراهم بطل البيع لتعين كونها مبيعة وهى غير مملوكة ، هذا ما ظهر لي في تقرير هذا المحل ، ولم أر من تعرض لشيء منه (قوله صدر الشريعة) حيث قال : ففي السمك الذى لم يصد ينبغى أن يكون البيع باطلا إذا كان بالدراهم والدنانير ، ويكون فاسدا إذا كان بالعرض لأنه مال غير متقوم لأن التقويم الإحراز والإحراز منتف (قوله وله خيار الرؤية) ولا يعتد برؤيته وهو في الماء لأنه يتفاوت في الماء وخارجه شربلاية (قوله إلا إذا دخل بنفسه الخ) استثناء منقطع من قوله وإن أخذ بدونها صح ، يعنى أنه لو صيد فألقى في مكان يؤخذ منه بدون حيلة كان صحيحا ، وأما إذا دخل بنفسه ولم يسد مدخله يكون باطلا لعدم الملك بقريضة قوله فلو سده ملكه فافهم (قوله فلو سده ملكه) أى فيصح بيعه إن أمكن أخذه بلا حيلة وإلا فلا لعدم القدرة على التسليم .

(١) (قول الشارح فلو سده ملكه) أى لأن السد فعل اختياري موجب للملك كما لو وقع في شبكته وفي شرح الوافي لا يجوز بيعه لأن السد ليس بإحراز فصار كطير وقع في بيت إنسان فسد الباب والكورة فإنه لا يصير محرزا له ما لم يأخذه أو ط من نوح أفندي .

ولم تجز إجارة بركة ليصاد منها السمك بحر (و) بيع (طير في الهواء (١) لا يرجع) بعد إرساله من يده، أما قبل صيده فباطل أصلاً لعدم الملك (وإن) كان (يطير ويرجع) كالحمام (صح) وقيل لا يرجعه في النهر

والحاصل كما في الفتح أنه إذا دخل السمك في حظيرة: فإما أن بعدها ذلك أولاً في الأول بملكه وليس لأحد أخذه ثم إن أمكن أخذه بلا حيلة جاز بيعه لأنه مملوك مقدور التسليم والإلمح لعدم القدرة على التسليم: وفي الثاني لا يملكه فلا يجوز بيعه لعدم الملك إلا أن يسد الحظيرة إذا دخل فحينئذ يملكه، ثم إن أمكن أخذه بلا حيلة جاز بيعه وإلا فلا وإن لم بعدها لذلك لكنه أخذه وأرسله فيها ملكه، فإن أمكن أخذه بلا حيلة جاز بيعه لأنه مقدور التسليم أو بحيلة لم يجوز لأنه وإن كان مملوكاً فليس مقدور التسليم اهـ:

مطلب في حكم إيجار البرك للاصطياد

(قوله ولم تجز إجارة بركة الخ) قال في النهر: اعلم أن في مصر بركا صغيرة بركة الفهادة تجتمع فيها الأسماك هل تجوز إيجارها لصيد السمك منها نقل في البحر عن الإيضاح عدم جوازها. ونقل أولاً عن أبي يوسف في كتاب الخراج عن أبي الزناد قال: كتبت إلى عمر بن الخطاب في بحيرة يجتمع فيها السمك بأرض العراق أنؤجرها؟ فكتب إلى أن افعلوا، وما في الإيضاح بالقواعد الفقهية أليق اهـ. ونقل في البحر أيضاً عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن حماد عن عبد الحميد بن عبد الرحمن أنه كتب إلى عمر بن عبد العزيز يسأله عن بيع صيد الآجام، فكتب إليه عمر إنه لا بأس به وسماه الحبس اهـ. ثم قال في البحر: فعلى هذا لا يجوز بيع السمك في الآجام إلا إذا كان في أرض بيت المال، ويلحق به أرض الوقف. وقال الخليل الرمي: أقول: الذي علم مما تقدم عدم جواز البيع مطلقاً سواء كان في بحر أو نهر أو أجمة، وهو بإطلاقه أعم من أن يكون في أرض بيت المال أو أرض الوقف، وما تقدم عن كتاب الخراج غير بعيد أيضاً عن القواعد، ومرجعه إلى إجارة موضع مخصوص لمنفعة معلومة هي الاصطياد، وما حدثت أبو حنيفة عن حماد مشكل فإنه بيع السمك قبل الصيد: ويجاب بأنه في آجام هيئت لذلك وكان السمك فيها مقدور التسليم، فتأمل واعتن بهذا التحرير فإن المسألة كثيرة الوقوع ويكثر السؤال عنها اهـ، لكن قوله غير بعيد الخ فيه نظر، لأن الإجارة واقعة على استهلاك العين، وسيأتي التصريح بأنه لا يصح إجارة المراعى وهذا كذلك، ولذا جزم المقدسي بعدم الصحة. واعترض البحر بما قلنا، والله أعلم (قوله وبيع طير) جمع طائر، وقد يقع على الواحد والجمع طيور وأطياف بحر عن القاموس (قوله لا يرجع بعد إرساله من يده) أشار إلى أنه مملوك له ولكن علة الفساد كونه غير مقدور التسليم، فلو سلمه بعد البيع لا يعود إلى الجواز عند مشايخ بلخ: وعلى قول الكرخي يعود، وكذا عن الطحاوي، وأطلقه فشمّل ما إذا كان الطير مبيعاً أو ثمناً بحر (قوله أما قبل صيده فباطل أصلاً) ينبغي أن يجري فيه الكلام الذي ذكرناه في السمك (قوله صح) ذكره في الهداية والخانية، وكذا في الذخيرة عن المنتقى بحر. قال في الفتح لأن المعلوم عادة كالواقع، وتجويز كونها لا تعود أو عرض عدم عودها لا يمنع جواز البيع كتجويز هلاك المبيع قبل القبض، ثم إذا عرض الهلاك انفسخ كذا هنا إذا فرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ اهـ (قوله وقيل لا) في البحر والشرابلاية أنه ظاهر الرواية (قوله ورجعه في النهر) حيث ذكر أمر عن الفتح ثم قال: وأقول فيه نظر لأن من شروط صحة البيع القدرة على التسليم عقبه ولذا يجوز بيع الآبق اهـ.

(١) (قول الشارح في الهواء) هو بالمد: الجسم المسخر بين السماء والأرض والجمع أهوية. وقد قيل إنه الدنيا، ويقال هل الله الخالي. والهوى: بالقصر ميل النفس نحو الشيء، ثم اصطلح في ميل مذموم، يقال أتبع هواه وهو من أهل الهوى اه نوح أنندي.

(و) بيع (الحمل) أى الجنين ، وجزم فى البحر ببطلانه كالتأج (وأمة إلا حملها) انفساده بالشرط ، بخلاف هبة ووصية (ولبن فى ضرع)

قال ح : أقول : فرق ما بين الحمام الآبق فإن العادة لم تقبض بعوده غالبا ، بخلاف الحمام ، وما ادعاه من اشتراط القدرة على التسليم عقبه ، إن أراد به القدرة حقيقة فهو ممنوع وإلا لاشتراط حضور المبيع مجاس العقد وأحد لا يقول به وإن أراد به القدرة حكما كما ذكره بعد هذا ، فما نحن فيه كذلك لحكم العادة بعوده اه :

قلت : وهو وجيه فهو نظير العبد المرسل فى حاجة المولى فإنه يجوز بيعه ، وعلوه بأنه مقدور التسليم وقت العقد حكما إذ الظاهر عوده ، ولو أبق بعد البيع قبل القبض خير المشتري فى فسخ العقد كما فى البحر وهنا كذلك ، لكن لينظر منى يحكم بفسخ العقد لعدم عود ذلك الطائر فإنه مادام محتمل الحياة يحتمل عوده : [تنبيه] فى الذخيرة : باع برج حمام ، فإن ليلا جاز ، ولو نهرا فلا لأن بعضه يكون خارج البيت فلا يمكن أخذه إلا بالاحتياط اه . والظاهر أنه مبنى على ظاهر الرواية تأمل ، وفيه ألغز بعضهم فقال :

يا إماما فى فقه نعمان أضحى

حائز السبق مفردا لا يجارى

أى بيت يجوز بيعك إيا ه بليل ولا يجوز نهرا ؟

(قوله وبيع الحمل) بسكون الميم (قوله وجزم فى البحر ببطلانه) لئنه صلى الله عليه وسلم عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلية ، ولما فيه من الغرر وتقدم أن بيع الثلاثة باطل (١) واعترض فى اليعقوبية التعليل بالغرر وهو الشك فى وجوده بأنه ينبغى عليه أن لا يجوز بيع الشيء الملقوف الموصوف . لأنه يحتمل أن لا يوجد شيء أو وصفه المذكور مع تصريحهم بجوازه اه .

قلت : فيه أنه لا غرر فيه لأنه سهل الاطلاع عليه ، بخلاف الحمل فتدبر : وفى البحر عن السراج : فلو باع الحمل وولدت قبل الافتراق وسلم لا يجوز (قوله لفساده بالشرط) لأن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناءه منه ، والحمل لا يجوز إفراده بالبيع فكذا استثناءه لأنه بمنزلة الأطراف فصار شرطا فاسدا ، وفيه منفعة للبائع فيفسد البيع :

مطلب استثناء الحمل فى العقود على ثلاث مراتب

ثم استثناء الحمل فى العقود على ثلاث مراتب .

فى وجه بفسد العقد والاستثناء كالبيع والإجارة والرهن لأنها تبطلها الشروط الفاسدة :

وفى وجه العقد جائز والاستثناء باطل كالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد :

وفى وجه يجوزان وهو الوصية ، كما لو أوصى بجارية لإحلمها ، وكذا الوصى بحملها لآخر صرح ، لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجرى فى الحمل فكذا الوصية ، بخلاف الخدمة زيلى ما خصا أى لو أوصى له بأمة لإخدمتها لا يصح الاستثناء ، لأن الميراث لا يجرى فيها والغاة كالخدمة بحر (قوله بخلاف هبة ووصية) أى حيث يصح العقد

(١) (قوله وتقدم أن بيع الثلاثة باطل) أى فى قول المصنف والمضامين والملاقيح والنتاج ، وفسر الشارح هناك الملاقيح بما فى

البطن فهاتى ما هنا ، لكن تقدم حله على ما فى البطن من المنى قبل أن يطلق عليه اسم الحمل ، وحينئذ فلا مخالفة لاختلاف الموضع اه .

وجزم البرجندي ببطلانه (وؤلؤ في صدف) للغرر (وصوف على ظهر غنم) وجوزة الثاني ومالك . وفي العراج :
لو سلم الصوف واللبن بعد العقد لم ينقلب صحيحا ، وكذا كل ما اتصالة خالق كجلد حيوان ونوى تمر وبن وبطيخ ،
لما مر أنه معدوم عرفا ، وإنما صححوا بيع الكرات

فيهما ، الكن الاستثناء باطل في الهبة جائز في الوصية كما علمت فافهم (قوله وجزم البرجندي ببطلانه) قال صدر
الشرية : ذكروا في فساد عاتين : إحداهما أنه لا يعلم أنه لبن أودم أوريح ، وهذه تقتضي بطلان البيع لأنه
مشكوك الوجود فلا يكون مالا ، والأخرى أن اللبن يوجد شيئا فشيئا فيختلط ملك المشتري بملك البائع اه أي وهذه
تقتضي الفساد .

قلت : مقتضى الفساد لا ينافي مقتضى البطلان بل بالعكس ، لأن ما يقتضي البطلان يدل على عدم المشروعية
أصلا (١) فلذا جزم ببطلانه فتأمل (قوله للغرر) لأنه لا يعلم وجوده ، وينبغي أن يكون باطلا للعلة المذكورة ،
فهو مثل اللبن رملي :

قلت : ويؤيده ما في التمجيس : رجل اشترى لؤلؤة في صدف قال أبو يوسف البيع جائز ، وله الخيار إذا رآه
وقال محمد البيع باطل (٢) وعليه الفتوى اه قال الزيلعي بخلاف ما إذا باع تراب الذهب والحبوب في غلافها حيث
يجوز لكونها معلومة ويمكن تجربتها بالبعض أيضا اه قال في النهر وينبغي أن يكون من ذلك الجوز الهندي (قوله
وصوف على ظهر غنم) للنهي عنه ولأنه قبل الجزليس بمال متقوم في نفسه لأنه بمنزلة وصف الحيوان لقباه به
كسائر أطرافه ولأنه يزيد من أسفل فيختلط المبيع بغيره كما قلنا في اللبن زيلعي (قوله وجوزة الثاني) هو رواية عنه
كما في الهداية (قوله لم ينقلب صحيحا) مقتضاه أنه وقع باطلا (٣) وإلا لصح بزوال المفسد كما سينضح في بيع الآبق
وهو أيضا مقتضى التعامل بأنه ليس بمال متقوم فكان على المصنف ذكره في الباطل (قوله وكذا كل ما اتصالة
خالق) بخلاف اتصال الجذع والثوب فإنه بصنع العباد ابن ملك (قوله لما مر أنه معدوم عرفا) أي مر في فصل ما يدخل
في البيع تبعا عند أوله كبيع برقي سنبله ، وبيناه هناك بأنه يقال هذا تمر وقطن ، ولا يقال هذا نوى في تمره ولا حب
في قطنه ، ويقال هذه حنطة في سنبلها وهذا لوز وفستق في قشره ، ولا يقال هذه قشور فيهما نوز (قوله وإنما
صححوا الخ) جواب عما استدل به أبو يوسف من جواز بيع الصوف على ظهر الغنم كما في الكرات وقوائم الخلاف ،
بالكسر وتخفيف اللام نوع من الصنف أي مع أنها تزيد . والجواب كما في الزيلعي أنه أجيز في الكرات والقوائم
للتعامل ، إذ لانس فيه فلا يلحق به المنصوص عليه اه . وأيضا فالقوائم تزيد من أعلاها أي فلا يحصل اختلاط
المبيع بغيره ، بخلاف الصوف ويعرف ذلك بالخصاب كما أفاده الزيلعي . وفي البحر من نصل فيما يدخل في البيع تبعا

(١) (قوله أصلا) أي ووصفا والفساد يقتضي عدم مشروعية الوصف ، فهو يؤكد مقتضى البطلان من جهة إفادته عدم مشروعية
الوصف ينقلب صحيحا ، ابن كمال لا يذاهيه . هذا معنى كلام المحشي . وفيه أن الفساد كما يقتضي عدم مشروعية الوصف كذلك يقتضي
مشروعية الأصل ، والبطلان يقتضي عدم تلك المشروعية فكيف لا يذاهيه ؟ ولعل المحشي نظر إلى أن مشروعية الأصل في الفساد مسكوت عنها
لكن يكثر عليه ملاحظتها في الشق الثاني فتأمل اه .

(٢) (قوله باطل) أي للجهل وعدم القدرة على الاطلاع ، إذ لا يمكن الاطلاع إلا بكسر الصدف ، وفي ذلك ضرر على صاحبه ،
إذ يحتمل أن لا يوافق رغبة المشتري . وقال أبو يوسف : لا ضرر في كسر الصدف ، إذ لا يفتنع به إلا بالكسر فكأن مثل
غلاف الحبوب اه .

(٣) (قوله مقتضاه أنه وقع باطلا) فيه أنه نقل الخلاف بين الكرخي والبلخيني في حود بيع الطير المرسل صحيحا بتسليمه مع
الاتفاق على فساد ، فكيف يكون القول بعدم الانقلاب إلى الصحة مقتضيا لبطلان حتى يتفرغ إلزام المصنف بذكره في الباطل ، ثم
هذا يتفرغ على التعامل بأنه ليس بمال متقوم ، إذ مقتضاه البطلان اه .

وشجر الصفصاف وأوراق التوت بأغصانها للتعامل : وفي القنية : باع أوراق توت (١) لم تقطع قبله بسنة جاز وبسنتين لا ، لأنه يشبهه ووضع قطعه عرفا (وجذع) معين (في سقف) أما غير المعين فلا (وذراع من ثوب يضره التبعض) فلو قطع وسلم قبل فسح المشتري عاد صحيحا ، ولو لم يضره القمع ككرباس جاز لانتفاء المانع (وضربة القانص) بقاف ونون الصائد

عن الظهيرية : اشترى رطبة من البقول أو قثاء أو شيئا ينمو ساعة فساعة لا يجوز كبيع الصوف وبيع قوائم الخلاف يجوز وإن كان ينمو لأن نموها من الأعلى ، بخلاف الرطبات إلا الكراث للتعامل وما لا تعامل فيه لا يجوز اه .

قلت : وقوله للتعامل علة لقوله إلا الكراث فقط ، وإلا فكون قوائم الخلاف تنمو من الأعلى ، بخلاف الرطبات يفيد الجواز بلا حاجة إلى التعليل بالتعامل : وذكر في البحر هنا عن الفضلي تصحيح عدم الجواز في قوائم الخلاف لأنه وإن كان ينمو من أعلاه فوضع القمع مجهول ، كمن اشترى شجرة للقطع لا يجوز لجهالة وضع القمع لكن في الفتح أن منهم من منع إذ لا بد للقطع من حفر الأرض ، ومنهم من أجاز للتعامل . وفي الصغرى القياس في بيع القوائم المنع ، لكن جاز للتعامل ، وبيع الكراث يجوز وإن كان ينمو من أسفله للتعامل أيضا ، وبه يحصل الجواب عما استدل به الفضلي على المنع في القوائم لمن تأمل نهر (قوله وشجر الصفصاف) أي قوائم شجره أي أغصانه (قوله وفي القنية باع أوراق توت) أي مع أغصانها . قال في القنية : اشترى أوراق التوت ولم يبين موضع القمع لكنه معارم عرفاصح ، ولوترك الأغصان له أن يقطعها في السنة الثانية ، ولو باع أوراق توت لم يقطع قبل بسنة يجوز ، وبسنتين لا يجوز لأنه بسنة يعلم موضع قطعها عرفا اه (قوله وجذع) هو القطعة من النخل أو غيره توضع عليها الأخشاب نهر ، لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر ، ولو لم يكن معيننا لا يجوز أيضا لما ذكرنا وللجهالة أيضا هداية ، فقوله معين ليس للاحتراز عن الفساد بل لما ذكره بعده (قوله أما غير المعين الخ) الأولى ذكره بعد قوله فلو قطع وسلم ط (قوله فلا ينقلب صحيحا) قال في النهر : وذكر الزاهدي عن شرح الطحاوي أنه في غير المعين لا ينقلب بالتسليم صحيحا ، وجزم به في إيضاح الإصلاح ، وهو ضعيف لأنه في غير المعين معال بازوم الضرر والجهالة فإذا تحمل البائع الضرر وسامه زال الفساد وارتفعت الجهالة أيضا ، ومن ثم جزم في الفتح لأنه يعود صحيحا اه .

قلت : والذي نقله العلامة نوح عن الزاهدي عن شرح مختصر الطحاوي عكس ما نقله عنه في النهر فليراجع ، نعم عبارة ابن كمال في إيضاح الإصلاح أن غير المعين لا يعود صحيحا ، وعزاه إلى الزاهدي في شرح القدوري (قوله يضره التبعض) كالثوب المهيب اللبس زيعلى ، وأشار المصنف إلى عدم جواز بيع حلية من سيف أو نصف زرع لم يدرك لأنه لا يمكن تسليمه إلا بقطع جميعه ، وكذا بيع فص خاتم مركب فيه ، وكذا نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للضرر في تسليم ذلك ، ولا اعتبار بما التزمه من الضرر لأنه إنما التزم العقد ولا ضرر فيه بحر وفتح . وفي بيع نصف الزرع ونحوه كلام طويل قدماه أول كتاب الشركة (قوله جاز) كما يجوز بيع قفيز من صبزة بحر (قوله لانتفاء المانع) علة للمسألين (قوله وضربة القانص) من قنص قنصا على حد ضرب صاد كما في الصحاح

(١) (قول الشارح باع أوراق توت) أي بأغصانها ، وقوله لم تقطع : أي أغصانها ، ففسر لم تقطع إلى إلا أغصان وإن لم تذكر ، وجملة لم تقطع صفة أوراق ، وقوله جاز وجهه أن موضع القمع معارم عرفا ، وقوله سنتين أي إذا كانت الأغصان قبل وقت البيع بسنتين ، والمسألة بما لا يجوز البيع لاقتناء محل القمع اه ط .

(والغائص) بغين معجمة الغواص ، والبيع فيهما باطل للغرر بحر ونهر والكمال وابن الكمال : قال المصنف : وقد نظمه من لا نحسرو في سلك المقاصد فتبعته في المختصر ، ويجب أن يراد به الباطل لأنه مما ليس في ملكه كما مر (والمزابنة) هي بيع الرطب على النخل بتمر مقطوع مثل كيله تقديرا شروح مجمع ، ومثله العنب بالزبيب عناية للنهي ولشبهة الربا . قال المصنف : فلو لم يكن رطبا جاز لاختلاف الجنس (والملازمة) للساعة (والمنازعة) أي لبذها للمشتري (وإلقاء الحجر) عليها ، وهي من ببوع الجاهلية فنهى عنها كلها عيني

بأن يقول بعثك ما يخرج من إلقاء هذه الشبكة مرة بكذا نهر (قوله والغائص) بأن يقول أغوص غوصة فما أخرجته من الآلية فهو لك بكذا كما في تهذيب الأزهري ، ومقتضاه المباشرة بين القانص بالقاف والغائص بالغين ، وفسر الزيلعي ضربة القانص بالقاف بما يخرج من الصيد بضربة الشبكة أو بغوص الصائد في الماء . قال في النهر : وهذا يوهم شمول القانص بالقاف للغائص والواقع ما قد علمته . وجعل في السراج القانص صياد البر والغائص صياد البحر ، والحق أن الصائد بالآلة وهو القانص بالقاف أعم من كونه في البحر أو البر بخلاف الغائص اهـ .

وحاصله أن القانص بالقاف من يصطاد (١) الصيدرا أو بحرا ، وأما الغائص بالغين فهو من يغوص لأستخراج الآلية مثلا (قوله كما مر) أي في قول المصنف وبيع ما ليس في ملكه (قوله والمزابنة) من الزبن : وهو الدفع لأنها تؤدي إلى النزاع والمدافعة كما في البحر عن الفائق (قوله مثل كيله تقديرا) أي بأن يقدر الرطب الذي على النخل بمقدار مائة صاع مثلا بطريق الظن والخزر فيبيعه بقدره من التمر (قوله ومثله العنب) أي على الكرم (قوله واشبهة الربا) لأنه يبيع مكيل بمكيل من جنسه مع احتمال عدم المساواة بينهما بالكيل (قوله فلو لم يكن) أي ما يبيع بالتمر المقطوع .

قال في البحر : ثم اعلم أن تعريف المزابنة بأنها يبيع التمر بالتمر : أي بالثلثة في الأول والثلثة في الثاني خلاف التحقيق ، والأولى أن يقال يبيع الرطب بتمر الخ لأن التمر بالثلثة حمل الشجر رطبا أو غيره ، وإذا لم يكن رطبا جاز لاختلاف المجلس ، ولو كان الرطب على الأرض كالتمر لم يجوز بيعه متساويا عند العلماء إلا أبا حنيفة لماسياتي في باب الزبا اهـ (قوله فنهى عنها كلها) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملازمة والمنازعة » زاد مسلم (٢) أما الملازمة : فإن يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل ليلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية ، وهذا بأن يكون مثلا في ظلمة أو يكون الثوب مطويا مرثيا يتفقان على أنه إذا لمسه فقد باعه منه ، وفساده لتعليق التمليك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس .

والمنازعة : أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر ولا ينظر كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه على جعل النبد ببعاء وهذه كالت ببوعا يتعارفونها في الجاهلية ؛ وكذا إلقاء الحجر أن ياتي حصاة وثمة أثواب فأى ثوب وقع عليه كان المبيع بلا تأمل ورؤية ولا خيار بعد ذلك ، ولا بد أن يسبق تراوضهما على الثمن ، ولا فرق بين كون المبيع معيناً أو غير معين : ومعنى النهى ما في كل من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر فإنه في معنى إذا وقع حجري على ثوب فقد بعته منك أو بعثته بكذا أو إذا لبذته أو لمسته كذا في الفتح : وذكر في الدرر أن النهى عن إلقاء الحجر الحق

(١) (قوله من يصطاد الخ) أي بالآلة ، وقوله من يغوص : أي بنفسه ، ففيهما التباين اهـ .

(٢) (قوله زاد مسلم) أي أسماء أخر ذكرها في الفتح ، فقولها زاد محذوف ، وقوله أما الملازمة الخ تفسير لما وقع في الحديث لا لمعناه زاد كما وهم اهـ .

لوجود القمار ، فكانت فاسدة إن سبق ذكر الثمن بحر (و) بيع (ثوب من ثوبين) أو عبد من عبيد بلهالة المبيع ، فلو قبضهما وهلكا ، ما ضمن نصف قيمة كل إذ الفاسد ، معتبر بالصحيح ولو مرتين ، فقيمة الأول لتعذر رده والقول للضامن ، وهذا إذا لم يشترط خيار التعيين ، فلو شرط أخذ أيهما شاء جاز لما مر (والمراعى) أى الكلا (وإجارتها) أما بطلان بيعها فلعدم الملك لحديث « الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلا والنار »

بالأولين دلالة (قوله لوجود القمار) أى بسبب تعليق التملك بأحد هذه الأفعال اهـ (قوله إن سبق ذكر الثمن) عبارة البحر : ولا بد في هذه البيوع أن يسبق الكلام منهما على الثمن اهـ أى لتكون علة الفساد ما ذكر وإلا كان الفساد لعدم ذكر الثمن إن سكتا عنه ، لما مر أن البيع مع نفي الثمن باطل ومع السكوت عنه فاسد (قوله وثوب من ثوبين) قيد بالقيمي ، إذ بيع المبهم في المثلي جائز كقفيز من صبرة (قوله ضمن نصف قيمة كل) لأن أحدهما مضمون بالقيمة لأنه مقبوض بحكم البيع الفاسد والآخر أمانة ، وليس أحدهما بأولى من الآخر فشاعت الأمانة والضمان بحر (قوله إذ الفاسد معتبر بالصحيح) أى ملحق به فإنه لو كان البيع صحيحا بأن يقبض ثوبين على أنه بالخيار في أحدهما صح ، فإذا هلكا ضمن نصف ثمن كل واحد والقيمة في الفاسد كالثمن في البيع الصحيح كما في البحر (قوله لتعذر رده) أى رد ما هلك أولا فتعين مضمونا بحر (قوله والقول للضامن) أى في تعيين الهالك ، وذلك بأن اختلف الثوبان أو العبدان وادعى الضامن أن الهالك هو الأقل قيمة وعكس الآخر ، ولو برهنا فبرهان البائع أولى فيما يظهر كما قدمنا التصريح به في خيار التعيين (قوله وهذا) أى الفساد فيما إذا باع ثوبين مثلا (قوله إذا لم يشترط خيار التعيين) أى فيما دون الأربعة ، وقول البحر فيما دون الثلاثة فيه قصور (قوله فلو شرط أخذ أيهما شاء) بنصب أخذ مصدرا على أنه مفعول به لشرط ، بأن قال بعثك واجدا منهما على أنك بالخيار تأخذ أيهما شئت فإنه يجوز استحسانا ، وتقدم ذكر المسألة بفروعها في خيار الشرط فتح (قوله لما مر) أى في باب خيار الشرط والتعيين (قوله والمراعى) في المصباح : الرعى بالكسر والمرعى بمعنى واحد ، وهو مراعاه الدواب والجمع المراعى بحر (قوله أى الكلا) فسرهما بالكلا دفعا لوهم أن يراد مكان الرعى فإنه جائز فتح : أى إذا كان مملوكا كما لا يخفى ،

والكلا كجبل : العشب رطبه ويابس قاه وس : قال في البحر : ويدخل فيه جميع أنواع مراعاه المواشى وطبا كان أو يابسا ، بخلاف الأشجار ، لأن الكلا مالا ساق له والشجر له ساق فلا تدخل فيه ، حتى يجوز بيعها إذا نبتت في أرضه لكونها ملكه والكمأة كالكلا اهـ (قوله أما بطلانها (١)) هذا مخالف لسوق كلام المصنف ، لأن كلامه في ذكر الفاسد ، فراده أن بيعها فاسد ، وبه صرح في شرحه ، ثم قال بعد ذلك : وصرح من لا يخسر بفساد هذا البيع ، وصرح في شرح الوقاية ببطلانه وعلة بعدم الإحراز اهـ فكان المناسب شرح كلامه على وفق مراده مع بيان القول الآخر ، وكان الشارح لما رأى القول بالفساد معللا بعدم الملك حمله على أن المراد به البطلان ، لأن بيع ما لا يملك باطل كما علم مما مر لكنه لا يوافق غرض المصنف كما علمت (قوله فلعدم الملك) لاشتراك الناس فيه اشتراك إباحة لملك ، ولأنه لا يحصل للمشتري فيه فائدة لأنه لا يملكه بدون بيع فتح (قوله لحديث الناس شركاء في ثلاث) أخرجه الطبراني بلفظ « المسلمون شركاء في ثلاث » الخ ، وكذا أخرجه ابن ماجه وفي آخره « وثمنه حرام » أى ثمن كل واحد منها ، وأخرجه أبو داود وأحمد وابن أبي شيبة وابن عدى : قال الحافظ ابن حجر : ورجاله ثقات لوح أفندي ، ومعنى الشركة في النار الاصطلاء بها وتجفيف الثياب لا أخذ الجمر

(١) (قوله أما بطلانها) هكذا بخطه ، والذي في نسخ الشارح : أما بطلان بيعها ، وهو المناسب لمقابلة قوله بعد وأما بطلان إجارتها ، ولغيره اهـ مصححه .

وأما بطلان إجارتها فلأنها على استهلاك عين ابن كمال ، وهذا إذا نبت بنفسه وإن أنبت بسقى وتربية ملكه وجاز بيعه عيني ، وقيل لا . قال وبيع القصب والرطوبة على ثلاثة أوجه إن ليقطعه أو ليرسل دابته فتأكله جاز (١) وإن ليتركه لم يجز ، وحيلته أن يستأجر الأرض لضرب فسطاطه أو لإيقاف دوابه أو لمنفعة أخرى كتحليل ومراح ، وتماه في وقف الأشباه :

إلا بإذن صاحبه ، وفي الماء سقى الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والأنهار المملوكة ، وفي الكلا الاحتشاش ولو في أرض مملوكة غير أن لصاحب الأرض المنع من دخوله ، ولغيره أن يقول إن لي في أرضك حقا فلما أن توصاني إليه أو تحشه أو تستقي وتدفعه لي ، وصار كثوب رجل وقع في دار رجل إما أن يأذن للمالك في دخوله ليأخذه ، وإما أن يخرج به إليه فتح ملخصا (قوله وأما بطلان إجارتها) ما ذكره عن ابن الكمال من بطلان إجارتها مخالف لسوق كلام المصنف أيضا . وقال في فتح القدير : وهل الإجارة فاسدة أو باطلة ذكر في الشرب أنها فاسدة حتى يملك الآجر الأجرة بالقبض وينفذ عتقه فيه اه . قال في النهر : فيحتاج إلى الفرق بين البيع والإجارة اه (قوله وهذا) أي بطلان بيع الكلا (قوله وقيل لا) أي لا يملكه ، وهو اختيار القدوري لأن الشركة ثابتة ، وإنما تنقطع بالحيازة وسوق الماء ليس بمجازة وعلى الجواز أكثر المشايخ ، واختاره الشهيد : قال في الفتح : وعليه فلنائل أن يقول ينبغي أن حافر البئر يملك الماء بتكلفه الحفر والطي لتحصيل الماء كما يملك الكلا بتكلفه سوق الماء إلى الأرض لينبت فله منع المستقي وإن لم يكن في أرض مملوكة له اه :

وأقول : يمكن أن يفرق بينهما بأن سقى الكلا كان سببا في إنباته فنبت ، بخلاف الماء فإنه موجود قبل حفره فلا يملكه بالحفر نهر :

مطلب صاحب البئر لا يملك الماء

وقال الرملي : إن صاحب البئر لا يملك الماء كما قدمه في البحر في كتاب الطهارة في شرح قوله وانتفاخ حيوان عن الولوالجية فراجعه ، وهذا مادام في البئر ، أما إذا أخرجه منها بالاحتتيال كما في السواني فلا شك في ملكه له لحيازته له في الكيزان ثم صبه في البرك بعد حيازته تأمل ، ثم حرر الفرق بين ماني البئر وماني الحباب والصهاريج الموضوع في البيوت لجمع ماء الشتاء بأنها أعدت لإحراز الماء فيملك مانيها ، فلو آجر الدار لا يباح للمستأجر ماؤها إلا باباحة المؤجر اه ملخصا (قوله قال) أي العيني (قوله وبيع القصب والرطوبة) في المصباح فصله قصلا من باب ضرب قطته فهو قصب ومقصود : ومنه القصبيل : وهو الشعير يجر إذا خضر لعلف الدواب والرطوبة الغضة خاصة قبل أن يجف والجمع رطاب مثل كلبة وكلاب ، والرطب وزان قفل : المرعى الأخضر من بقول الربيع : وبعضهم يقول الرطوبة وزان غرفة : الخلا ، وهو الغض من الكلا (قوله وحيلته) أي حيلة جواز بيع الكلا وكذا إجارتها : قال في البحر : والحيلة في جواز إجارتها أن يستأجرها أرضا لإيقاف الدواب فيها أو لمنفعة أخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن أو الأجرة فيحصل به غرضهما اه : وفي الفتح : والحيلة أن يستأجر الأرض لضرب فسطاطه أو ليجعله حظيرة لغنمه ثم يستبيح المرعى فيحصل مقصودهما (قوله كتحليل ومراح) المقييل : مكان القيلولة ، وهي النوم نصف النهار . والمراح : بالضم (١) حيث تأوى الماشية بالليل وبالفتح اسم الموضع .

(١) (قول الشارح فأكله جاز) أي لا اقتضاء المقعد هذا للشرط ، وقوله وإن لم يتركه لم يجز : أي لعدم اقتضاء المقعد له اه ط .

(٢) (قوله والمراح بالضم) أي من أراح إبله : ردها للمأوى وفتح الميم بهذا المعنى خطأ ، بل هو اسم مكان من راح بدون

الف لآه اسم المكان والزمان والحدث من أراح مفعل بالضم لا غير وبدون ألف بالفتح اه وبهذا تعلم ماني عبارة المحقق اه .

(وبيع دود القز) أى الإبريسم (وبيضه) أى بزره ، وهو بزر الفيلىق الذى فيه الدود (والنحل) المحرز ، وهو دود العسل ، وهذا عند محمد ، وبه قالت الثلاثة ، وبه يفتى عيني وابن ملك وخلاصة وغيرها . وجوز أبو الليث بيع العلق ، وبه يفتى للحاجة مجتبي (بخلاف غيرها من الحوام) فلا يجوز اتفاقا كحيات وضب وما فى بحر كسرطان ، إلا السمك وما جاز الانتفاع بجلده أو عظمه :

مطلب فى بيع دودة القرمز

(قوله أى الإبريسم) فى المصباح : القز معرب . قال الليث : هو ما يعمل منه الإبريسم ، ولهذا قال بعضهم القز والإبريسم مثل الحنطة والدقيق اه . وأما الخرفاسم دابة ثم أطلق على الثوب المتخذ من وبرها بحر (قوله أى بزره) أى البزر الذى يكون منه الدود قهستاني ، وهو بالزراى : قال فى المصباح : بذرت الحب بذرا أى بذال . معجمة من باب قتل : إذا ألقته فى الأرض للزراعة . والبذر : المبدور . قال بعضهم : البذر فى الحبوب كالحنطة والشعير : والبزر : أى بالزراى فى الرياحين والبقول ، وهذا هو المشهور فى الاستعمال . ونقل عن الخليل كل حب يبذر فهو بذر وبزر ثم قال فى اجتماع الباء مع الزى البزر من البقل ونحوه بالكسر والفتح لغة ، وقولهم لبيض الدود بزر القز مجاز على التشبيه بزر البقل لصغره (قوله وهو بزر الفيلىق) هو المسمى الآن بالشرانق (قوله المحرز) قال فى البحر : وهو معنى ما فى الذخيرة إذا كان مجموعا لأنه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل كما بغل والحمار (قوله وهذا) أى ما ذكره المصنف من جواز بيع الثلاث : وأما اقتصار صاحب الكنز على جواز الأولين دون النخل فلعل وجهه كما أفاده الخيز الرملى أن إحرازه متعسر فترجع عنده قولهما : ولذا قال بعضهم يجوز بيعه ليلا لأنها لتفرقه حال النهار فى المراعى : وأما اعتذار البحر عنه بأنه لعله لم يطلع على أن الفتوى على قول محمد فهو بعيد (قوله بيع العلق) فى المصباح : العلق شىء أسود شبيه الدود يكون فى الماء يعلق بأفواه الإبل عند الشرب (قوله وبه يفتى للحاجة) فى البحر عن الذخيرة إذا اشترى العلق الذى يقال له بالفارسية مرعل يجوز ، وبه أخذ الصدر الشهيد لحاجة الناس إليه لتمويل الناس له اه :

أقول : العلق فى زماننا يحتاج إليه للتداوى بمصه الدم ، وحيث كان متمولا ليجرد ذلك دل على جواز بيع دودة القرمز فإن تموتها الآن أعظم إذ هى من أعز الأموال ، وبيع منها فى كل سنة قناطير بثمان عظيم ، ولعلها هى المرادة بالعلق فى عبارة الذخيرة بقريئة التعليل ، فتكون مستثناة من بيع المبيقة كما تقدمنا ، ويؤيده أن الاحتياج إليه للتداوى لا يقتضى جواز بيعه كما فى لبن المرأة وكالاحتياج إلى الخرز بشعر الخنزير فإنه لا يسوغ بيعه كما يأتى ، فعلم أن المراد به علقى خاص متمول عند الناس وذلك متحقق فى دود القرمز ، وهو أولى من دود القز وبيضه فإنه ينتفع به فى الحال ودود القز فى المال ، والله سبحانه أعلم (قوله من الحوام) جمع هامة مثل دابة ودواب : وهى ماله سم يقتل كالحية قالة الأزهرى : وقد يطلق على ما يؤذى ولا يقتل كالحشرات مصباح ، والمراد هنا ما يشمل المؤذى وغيره مما لا ينتفع به بقريئة ما بعده (قوله فلا يجوز) وبيعها باطل ذكره قاضيخانط (قوله كحيات) فى الحاوى الزاهدى : يجوز بيع الحيات إذا كان ينتفع بها للأدوية ، وما جاز الانتفاع بجلده أو عظمه أى من حيوانات البحر أو غيرها . قال فى الحاوى : ولا يجوز بيع الحوام كالحية والفأرة والوزغة والنصب والسلحفاة والقنفذ وكل ما لا ينتفع به ولا يجلده : وبيع غير السمك من دواب البحر ، إن كان له ثمن كالسقفنقور وجلود الخرز ونحوها يجوز ، وإلا فلا كالصفدع والسرطان وذكر قبله . ويبطل بيع الأسد والذئب وسائر الحوام والحشرات ، ولا يضمن متلفها . ويجوز بيع البازى والشاهين والصقر وأمثالها والهرة ، ويضمن متلفها ، لا يبيع الحدأة والرخمة وأمثالها : ويجوز بيع ريشها اه لكن فى الخانية :

والحاصل أن جواز البيع يدور مع حل الانتفاع مجتبي ، واعتمده المصنف وسيجيء في المتفرقات :
[فرع] إنما تجوز الشركة في القز إذا كان البيض منها والعمل منهما وهو بينهما أنصافا لا أثلاثا ، فلو دفع
بزر القز أو بقرة أو دجاجة لآخر بالعلف مناصفة فالخارج كله للمالك لحدوثه من ملكه وعليه قيمة العلف وأجر
مثل العامل عيني ما خصا ، ومثله دفع البيض كما لا يخفى (والآبق) ولو لطفله أو ليتيم في حجره ، ولو وهبه لهما
صح عيني ؛

بيع الكلاب المعلم عندنا جائز وكذا السنور ، وسباع الوحش والطيور جوائز معلما أو غير معلم ، وبيع الفيل جائز ؛
وفي القرد روايتان عن أبي حنيفة اه ونقل السائحاني عن الهندية : ويجوز بيع سائر الحيوانات سوى الخنزير وهو
المختار اه وعليه مشى في الهداية وغيرها من باب المتفرقات كما سيأتي (قوله والحاصل الخ) ويرد عليه شعر الخنزير (١)
فإنه يحل الانتفاع به ، ولا يجوز بيعه كما يأتي : وقد يجاب بأن حل الانتفاع به للضرورة ، والكلام عند عدمها
(قوله واعتمده المصنف) حيث قال وهو ظاهر ، فليكن المهرول عليه (قوله وهو بينهما أنصافا) الضمير هائد
إلى القز الخارج من البيض ؛ والظاهر أن اشتراط كونه بينهما أنصافا إذا كان البيض منهما كذلك فلو كان ثلثه من
واحد والثلثان من آخر يكون القز بينهما أثلاثا اعتبار بأصل الملك ، كما لو زرع أرضا ببذر منهما فالخارج على قدر
البذر وإن شرط خلافه (قوله بالعلف مناصفة) متعلق بدفع : أي دفع ذلك ليكون الخارج من البزر والبقرة والدجاج
بينهما مناصفة بشرط أن يعلف ذلك من ورق التوت ونحوه (قوله فالخارج كله للمالك) أي الخارج : وهو القز
واللبن والسمن والبيض كله للمالك ، فإن استهلكه العامل ضمنه (قوله وعليه قيمة العلف) أي إن كان مملوكا
(قوله وأجر مثل العامل) الظاهر أن له الأجر بالغاما بلغ لجهالة التسمية ، وانظر ما كتبناه في إجازات تنقيح الحامدية
(قوله ومثله دفع البيض) قال في النهر : والمتعارف في أرياف مصر دفع البيض ليكون الخارج منه بالنصف مثلا ،
وهو على وزن دفع القز بالنصف ، فالخارج كله لصاحب البيض وللعامل أجر مثله اه .

قلت : ويتعارف الآن دفع المهر أو العجل أو لجحش إربيته بنصفه فيبقى على ملك الدافع وللعامل أجر مثله وقيمة
علقه : والحيلة فيه أن يبيعه نصف المهر بثمن يسير فيصير مشتركا بينهما : ويتعارف أيضا ما سيذكره المصنف في كتاب
المساقاة : وهو دفع الأرض مدة معاومة ليغرسها وتكون الأرض والشجر بينهما فإنه لا يصح الثمر والغرس لرب
الأرض تبعا لأرضه وللآخر قيمة غرسه يوم غرسه وأجر مثل عمله اه (قوله والآبق) أي المطلق (٢) وهو الذي أبق
من يد مالكة : ولم يزعم المشتري أنه عنده فهذا يبيعه فاسد أو باطل على الخلاف الذي حكاه المصنف بعد ، أما لو
أبق من يد غاصبه وباعه المالك منه أو من يد مالكة وباعه ممن يزعم أنه عنده فيبيعه صحيح كما يأتي : وأما لو باعه ممن
يزعم أنه عند غيره ، ففي النهر أن يبيعه فاسد اتفاقا ، وعلله في الفتح بأن تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل
غيره فلا يجوز : وفي النهر أيضا : خرج بالآبق المرسل في حاجة المولى فإنه يجوز بيعه لأنه مقدور التسليم وقت
العقد حكما ، إذ الظاهر عوده (قوله ولو وهبه لهما صح) والفرق أن شرط البيع القدرة على التسليم عقب البيع
وهو منتف ، وما بقي له من اليد يصلح لقبض الهبة لقبض البيع لأنه قبض بأداء مال مقبوض من مال الابن

(١) (قوله ويرد عليه شعر الخنزير الخ) كذلك يرد عليه ما أورده صاحب النهر على عبارة الكمال ابن الهمام المماثلة لهذه من
أن الصحيح عند الإمام جواز الانتفاع بالمذرة الخالصة مع عدم جواز بيعها بدون الخلط اه .

(٢) (قوله أي المطلق الخ) أي الآبق في حقهما : أي البائع والمشتري . وأما في الصور المستثنيات فالإباق ليس بمطلق لعدم إباقه
في حق المشتري ، وهذا معنى قول المحشي : وهو أي المطلق الذي أبق من يد مالكة ولم يزعم المشتري أنه عنده ، وينبغي أن يزداد أيضا
ما لزعم المشتري أنه عند غيره فإن حكاه يخالف المطلق للاتفاق على فساد بيعه ، بخلاف ذلك لحصول الخلاف في بطلانه وفساده اه .

وما في الأشباه تحريف نهر (إلا ممن يزعم أنه) أي الآبق (عنده) فحينئذ يجوز لعدم المانع وهل يصير قابضا إن قبضه لنفسه أو قبضه ولم يشهد ؟ نعم وإن أشهد لا لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الضمان لأنه أقوى عناية و

وهذا قبض ليس بازائه مال من الولد فكفت تلك اليد له نظرا للصغير ، لأنه لو عاد عاد إلى ملك الصغير هكذا في الفتح والتبيين بحر : وفيه عن الذخيرة تقييد صحة الهبة بما دام العبد في دار الإسلام (قوله وما في الأشباه تحريف نهر) اعترض من وجهين :

الأول أن ما في الأشباه موافق لما هنا ، وهذا نصه : يبيع الآبق لا يجوز إلا لمن يزعم أنه عنده ولو لولده الصغير كما في الخانية :

الثاني أنه في النهر لم يتعرض للأشباه ، بل حكم بالتحريف على ما في بعض نسخ الخانية المنقول في البحر وهو جواز بيع الآبق لطفله لاهبته له والمعول عليه النسخ الأخرى :

قلت : الذي رأيت في الأشباه ولولد بدون لو وعليها كتب الحموى : واعترضها بما مر عن الفتح والتبيين ولما كان ما في الأشباه معزيا إلى الخانية ورد عليها ما ورد على الخانية فساغ ذكرها بدل الخانية لأنها أكثر تداولاً في أيدي الطلبة من الخانية فافهم :

ثم اعلم أن في عبارة البحر هنا تناقضا فإنه ذكر نسخة الخانية المحرفة وقال إنه عكس ما ذكره الشارحون : ثم قال إن الحق ما ذكره قاضيخان ، لما في المعراج : لو باعه لطفله لا يجوز ، ولو وهبه له جاز الخ والصواب أن يقول والحق خلاف ما ذكره قاضيخان فتنبه (قوله إلا ممن يزعم أنه عنده) مفاده أن النظر لزعم المشتري أن الآبق عنده لأنه يزعم أن التسليم حاصل فانتفى المانع وهو عدم قدرة البائع على التسليم عقب البيع (قوله عنده) شامل لما إذا كان في منزله ، أو كان يقدر على أخذه ممن هو عنده ، فإن كان لا يقدر على الأخذ إلا بخصومة عند الحاكم لم يجز بيعه كما في السراج نهر ، وهذا مخالف لما قدمناه عن النهر من أنه لو باعه ممن يزعم أنه عند غيره فهو فاسد اتفاقا : وأجاب بحمل ما تقدم على ما إذا لم يقدر على أخذه إلا بخصومة ما .

قلت : راجعت عبارة السراج فلم أرفيها قوله ممن هو عنده ، ومثله في الجوهرة ، وحينئذ فقوله (١) أو كان يقدر على أخذه أي في حال إباقه قبل أن يأخذه أحد ، أما إذا أخذه أحد فلا يجوز لما عامته من تعليل الفتح السابق وقد صور المسألة في الفتح بما إذا كان ذلك الأخذ له معترفا بأخذه فافهم (قوله وهل يصير قابضا الخ) أي لو اشتراه من زعم أنه عنده هل يصير قابضا في الحال ، حتى أو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع أم لا (قوله إن قبضه) أي قبض الآبق حين وجده لنفسه لا ليرده على سيده ، وهذا يعني عنه قوله أو قبضه ولم يشهد : أي على أنه قبضه لسيده (قوله نعم) أي يصير قابضا ، لأن قبضه هذا قبض خصب وهو قبض ضمان كقبض البيع كما في الفتح (قوله وإن أشهد لا الخ) أي لا يصير قابضا لأن قبضه هذا قبض أمانة ، حتى لو هلك قبل أن يصل إلى سيده لا يضمه فتح (قوله فلا ينوب عن قبض الضمان) أي عن قبض البيع فإنه مضمون بالثمن قال في الفتح : فإن هلك قبل أن يرجع إليه انفسخ البيع ورجع بالثمن اه - وأشار بهذا إلى ما في البحر عن الذخيرة إذا اشترى ما هو أمانة في يده من وديعة أو عارية لا يكون قابضا إلا إذا ذهب إلى العين إلى مكان يتمكن من قبضها

(١) (قوله وحينئذ فقوله الخ) لكن يكرر عليه قول السراج فإن كان لا يقدر على أخذه إلا بخصومة فإنه يقتضى خصما ،

وما هو إلا من عنده الآبق إلا أن يقال بخصومة مع الآبق نفسه بأن كان مقردا وأنكر شراءه وسبق به البائع عليه فحينئذ يصح لرفعه للحاكم حتى يلزمه بالانقياد مع اه .

وإلا إذا أبق من الغاصب فباعه المالك منه فإنه يصح لعدم لزوم التسليم ذخيرة (ولو باعه ثم عاد) وسلمه (بتم البيع) على القول بفساده ، ورجحه الكمال (وقيل لا) يتم (على) القول ببطلانه وهو (الأظهر) من الرواية واختاره في الهداية وغيرها ، وبه كان يفتي البلخي وغيره بحر وابن كمال (ولبن امرأة) ولو (في وعاء ولو أمة) على الأظهر لأنه جزء آدمي والرق مختص بالحى ولا حياة في اللبن فلا يحمله الرق (وشعر الخنزير) لنجاسة عينه

فيصير الآن قابضا بالتخلية ، فإذا هلك بعده هلك من ماله وليس للبائع حبس العين بالثمن لأنه صار راضيا بقبض المشتري دلالة امله خصا (قوله وإلا إذا أبق البخ) عطف على قوله إلا ممن يزعم أنه عنده (قوله ذخيرة) قال فيها : والأصل أن الإباق إنما يمنع جواز البيع إذا كان التسليم محتاجا إليه بأن أبق من يد المالك ثم باعه المالك ، فأما إذا لم يكن محتاجا إليه كما في مسألتنا يجوز البيع اه (قوله يتم البيع) هو رواية عن أبي حنيفة ومحمد لقيام الملك والمالية في الأبق ولذا صح عنقه وبه أخذ الكرخي وجماعة من المشايخ حتى أجبر البائع على تسليمه ، لأن صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجدت قبل الفسخ ، بخلاف ما إذا رجع بعد أن فسخ القاضى البيع أو تخاصما (١) فلا يعود صحيحا اتفاقا فتح (قوله على القول بفساده) قال في الفتح : والحق أن الاختلاف فيه بناء على الاختلاف في أنه باطل أو فاسد وأنت علمت أن ارتفاع المفسد في الفاسد يردده صحيحا لأن البيع قائم مع الفساد ومع البطلان لم يكن قائما بصفة البطلان بل معدوما فوجه البطلان عدم قدرة التسليم ، ووجه الفساد قيام المالية والملك (قوله ورجحه الكمال) حيث قال والوجه عندي أن عدم القدرة على التسليم مفسد لا يبطل وأطال في تحقيقه (قوله وهو الأظهر من الرواية) قال في البحر : وأووا تلك الرواية بأن المراد منها انعقاد البيع بالتعاطى الآن اه .

قلت : وهذا ينفي ما تقدم أول البيوع من أن البيع لا ينعقد بعد بيع باطل أو فاسد إلا بعد تاركة الأول (قوله وبه كان يفتي البلخي) الذي في الفتح وهو مختار مشايخ باخ والتلجى بالثناء والجيم ط .

قلت : والأول هو أبو مطيع البلخي من أصحاب أبي حنيفة توفي سنة ١٩٧ والثاني هو محمد بن شجاع الثلجى من أصحاب الحسن بن زياد توفي وهو ساجد سنة ٢٣٦ (قوله ولو في وعاء) أتى بلو إشارة إلى أنه غير قيد ، وما في البحر من أن الأولى تقيده بذلك لأن حكم اللبن في الضرع تقدم دفعه في النهر بأن الضرع خاص بنوات الأربع كاللدى للمرأة ، فالأولى عدم التقييد ليعم ما قبل الانفصال وما بعده (قوله على الأظهر) أى ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف جواز بيع لبن الأمة لجواز إيراد البيع على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق حل نفسها فأما اللبن فلارق فيه لأنه يختص بمحل تتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحى ، ولا حياة في اللبن فلا يكون محلا للعتق ولا للرق فكذا البيع . وأشار إلى أنه لا يضمن متلفه لكونه ليس بمال ، وإلى أنه لا يحل القداوى به في العين الرمضاء . وفيه قولان : قبل بالمنع ، وقبل بالجواز إذا علم فيه الشفاء كما في الفتح هنا :

مطلب في التداوى بلبن البنت للرمذ قولان

وقال في موضع آخر : إن أهل الطب يثبتون نفعاً لبني البنت للعين وهي من أفراد مسألة الانتفاع بالمحرم للتداوى كالخمر ، واختار في النهاية والحنائية الجواز إذا علم فيه الشفاء ولم يجد دواء غيره بحر ، وسيأتى إن شاء الله تعالى تمامه في متفرقات البيوع ، وكذا في الحظر والإباحة (قوله لنجاسة عينه) أى عين الخنزير أى بجميع أجزائه . وأورد

(١) (قوله أو تخاصما) قال شيخنا : ظاهره أن مجرد التخاصم قبل للفسخ مانع من انقلاب البيع صحيحا ويحرم ، إذ لا وجه له يظهر اه .

فيبطل بيعه ابن كمال (و) إن (جاز الانتفاع به) لضرورة الخرز ؛ حتى لو لم يوجد (١) بلا ثمن جاز الشراء للضرورة وكره البيع فلا يطيب ثمنه ويفسد الماء على الصحيح خلافاً لمحمد ، قيل هذا في المنتوف ، أما المجزوز فظاهر عناية . وعن أبي يوسف يكره الخرز به لأنه نجس ، ولذا لم يلبس الساف مثل هذا الخلف ذكره القهستاني

في الفتح (٢) . على هذا التعليل يبيع السرقي فإنه جاز للانتفاع به مع أنه نجس العين اه . قال في النهر : بل الصحيح عن الإمام أن الانتفاع بالعدرة الخالصة جاز كما سيأتي إن شاء الله تعالى في الكراهية اه أى مع أنه لا يجوز بيعها خالصة كما مر (قوله فيبطل بيعه) نقله في الشرنبلالية أيضا عن البرهان ، وفيه تورك على المصنف حيث عده في الفاسد ، لكن قد يقال إنه مال في الجملة حتى قال محمد بطهارته لضرورة الخرز به للنعال والأخفاف تأمل (قوله لضرورة الخرز) فإن في مبدأ شعره صلابة قدر أصبع وبعده لين يصلح لوصل الخيط به قهستاني ط (قوله وكره البيع) لأنه لا حاجة إليه للبائع زيلعي ، وظاهره أن البيع صحيح ؛ وفيه أن جواز إقدام المشتري (٣) على الشراء للضرورة لا يفيد صحة البيع ، كما لو اضطر إلى دفع مرشوة لإحياء حتمه جاز له الدفع وحرم على القابض ، وكذا لو اضطر إلى شراء ماله من غاصب متغلب لا يفيد ذلك صحة البيع حتى لا يملك البائع الثمن فتأمل (قوله فلا يطيب ثمنه) مقتضى ما بحثناه أنه لا يملكه (قوله على الصحيح) أى عند أبي يوسف ، لأن حكم الضرورة لا يتعداها وهي في الخرز فتكون بالنسبة إليه فقط كذلك ، وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وإن كان أكثر من قدر الدرهم ينبغي أن يخرج على القول بطهارته في حقهم . أما على قول أبي يوسف فلا وهو الوجه فإن الضرورة لم تدعهم إلى أن يعاقبهم بحيث لا يقدر على الامتناع منه ويجمع في ثيابهم هذا المقدار فتح (قوله خلافاً لمحمد) راجع إلى قوله ويفسد الماء أى فإنه لا يفسد عنده . قال الزيلعي لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته اه وهذا يفيد عدم تقييد حل الانتفاع به بالضرورة ويفيد جواز بيعه ؛ ولذا قال في النهر : وينبغي أن يطيب للبائع الثمن على قول محمد (قوله قيل هذا) أى الخلاف المذكور في نجاسته وطهارته ، وأشار بقيل إلى ضعفه إذ المنتوف يفسد الماء ولو من غير الخنزير لاتصال اللحم النجس بمحل التنف منه ، ولو قيل إن الخلاف في المجزوز ، أما المنتوف فغير ظاهر لكان له وجه (قوله وعن أبي يوسف الخ) مقابل قول المتن وجاز الانتفاع به . قال الزيلعي : والأول هو الظاهر لأن الضرورة تبيح لحمه فالشعر أولى اه (قوله لأنه نجس) فيه أن النجاسة لاتنفي حل الانتفاع عند الضرورة كما علمت ، لكن حل الزيلعي للكراهية بأن الخرز يتأني بغيره ، ومثله في الفتح ؛ وحيث تأني بغيره فلا ضرورة فلا يحل الانتفاع بالنجس . قال في الفتح : إلا أن يقال ذلك فرد تحمل مشقة في خاصة نفسه فلا يجوز أن يلزم العموم حرجاً مثله اه .

وحاصله أن تأني الخرز بغيره من شخص حمل نفسه مشقة في ذلك لا تزول به ضرورة الاحتياج إليه من عامة

(١) (قول الشارح حتى لو لم يوجد الخ) قال ط : هذا يقتضى تفصيلاً عند الضرورة ، وهو أن الشعر إن وجد بغير شراء انتفع

به ونفسه بيعه ، وإن لم يوجد إلا بالشراء جاز شراؤه وكره بيعه ، وهكذا في التبين اه .

(٢) (قوله وأورد في الفتح) حيث قال لا ينبغي أن يعمل بطلان البيع بالنجاسة أصلاً ، فإن بطلان البيع دأب مع حرمة الانتفاع

أى وصحته مع حله وإن كان نجساً ، فإن بيع السرقي جاز وهو نجس العين للانتفاع به اه . ورد في النهر التعليل بالانتفاع وعده لصحة

البيع وبطلانه بحل الانتفاع بالعدرة مع عدم جواز بيعها اه .

(٣) (قوله وفيه أن جواز إقدام المشتري الخ) قال شيخنا : هذا بحث مصادم للمنقول في السكيب فلا يصل به ، فإن صاحب

العناية نقل الحكم هكذا عن قاضيخان ، وكذا وجد الحكم في غيره من معبراته المذهب اه .

ولعل هذا في زمانهم ، وأما في زماننا فلا حاجة إليه كما لا يخفى (و جلد ميتة قبل الدبغ) لو بالعرض ، ولو بالثمن فباطل ، ولم يفصله ههنا اعتمادا على ما سبق قاله الوائى فليحفظ (وبعده) أى الدبغ (يباع) لإجلد إنسان وخنزير وحية (١) (وينتفع به) لطهارته حينئذ (غير الأكل) ولو جلد ما كول على الصحيح سراج ، لقوله تعالى - حرمت عليكم الميتة - وهذا جزؤها : وفي المجمع : ونجيز بيع الدهن المتنجس والانتفاع به في غير الأكل بخلاف الودك (كما ينتفع بما لا تحل حياة منها) كعصها وصفها كما مر في الطهارة : (و) فسد (شراء ما باع

الناس (قوله ولعل هذا) أى حل الانتفاع به لضرورة الخرز (قوله أما في زماننا فلا حاجة إليه) للاستغناء عنه بالخارز والإبر : قال في البحر : ظاهر كلامهم منع الانتفاع به عند عدم الضرورة بأن أمكن الخرز بغيره ط ، (قوله و جلد ميتة) قيد بها ، لأنها لو كانت مذبوحة فباع لحمها أو جلدها جاز لأنه يطهر بالذكاة إلا الخنزير خانية (قوله لو بالعرض الخ) أى أن بيعه فاسد لو يبيع بالعرض : وذكر في شرح المجمع قولين في فساد البيع وبطلانه :

قلت : وما ذكره الشارح من التفصيل يصلح توفيقا بين القولين ، لكنه يتوقف على ثبوت كونه مالا في الجملة كالخمر والميتة لا يحتف أنفها ، مع أن الزيلعي علق عدم جواز بيعه بأن نجاسته من الرطوبة المتصلة به بأصل الحلقة فصار حكم الميتة : زاد في الفتح : فيكون نجس العين ، بخلاف الثوب أو الدهن المتنجس حيث جاز بيعه لعروض نجاسته ، وهذا يفيد بطلان بيعه مطلقا ، ولذا ذكر في الشرنبلالية عن البرهان أن الأظهر البطلان تأمل (قوله اعتمادا على ما سبق) أى في قول المصنف تبعا للدرر وبطل بيع مال غير متقوم كخمر وخنزير وميتة لم تمت حتف أنفها بالثمن (قوله إلا جلد إنسان الخ) فلا يباع وإن دبغ لكرامته ، وفي الباقي لإهانتها ولعدم عمل الدباغة فيه كما مر في محله (قوله وينتفع به) أى بالجلد بعد دبغه (قوله ولو جلد ما كول على الصحيح) وقال بعضهم : يجوز أكله لأنه ظاهر كجلد الشاة المذكاة ، أما جلد غير المأكول كالخمار لا يجوز أكله إجماعا لأن الدبغ فيه ليس بأقوى من الذكاة وذكاته لا يبيحه فكذا دبغه أفاده المصنف ط (قوله ونجيز بيع الدهن المتنجس) عبارة المجمع النجس ، لكن مراده المتنجس : أى ما عرضت له النجاسة ، وأشار بالفعل المضارع المسند لضمير الجماعة إلى خلاف الشافعي كما هو اصطلاحه (قوله في غير الأكل) كالاستصباح والدباغة وغيرهما ابن ملك ، وقيدوا الاستصباح بغير المسجد (قوله بخلاف الودك) أى دهن الميتة لأنه جزؤها فلا يكون مالا ابن ملك : أى فلا يجوز بيعه اتفاقا ، وكذا الانتفاع به لحديث البخاري « إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، قيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس ؟ قال : لا ، هو حرام » الحديث (قوله كعصها وصفها) أدخلت الكاف عظمها وشعرها وريشها ومنقارها وظلفها وحافرهما فإن هذه الأشياء طاهرة لا تحلها الحياة فلا يحملها الموت ، ويجوز بيع عظم الفيل والانتفاع به في الحمل والركوب والمقاتلة منع ملخصا ط . (قوله وفسد شراء ما باع الخ) أى لو باع شيئا وقبضه المشتري ولم يقبض البائع الثمن فاشتراه بأقل من الثمن الأول لا يجوز زيلعي : أى سواء كان الثمن الأول حالا أو مؤجلا هداية ، وقيد بقوله وقبضه لأن بيع المنقول قبل قبضه لا يجوز ولو من بائعه كما سيأتي في بابه ، والمقصود بيان الفساد بالشراء بالأقل من الثمن الأول قال في البحر

(١) (قول الشارح وحية) قال ط : ينبى تقييده بالحية الصغيرة التي لها دم فإن جلدتها لرقته لا يحتمل الدبغ ، وما لادم لها طاهرة لعدم حلول الحياة فيها ، والكبيرة ينبى طهارة جلدتها بالدبغ حيث أحتمله ، ويجوز بيعه للانتفاع به كما يدل عليه ظاهر كلامهم في الطهارة عند ذكر الدبغ وحرره اه .

بنفسه أو بوكيله) من الذى اشتراه واو حكما كوارثه (بالأقل) من قدر الثمن الأول (قبل نقد) كل (الثنى) الأول . صورته : باع شيئا بعشرة ولم يقبض الثمن ثم شره بخمسة لم يجوز وإن رخص السعر للربا خلافا للشافعى (وشراء من لا تجوز شهادته له) كاتبه وأبيه (كشرايه بنفسه) فلا يجوز أيضا خلافا لهما فى غير عبده ومكاتبه (ولابد) لعدم الجواز (من اتحاد جنس الثمن) وكون المبيع بحاله (فإن اختلف) جنس الثمن أو تعيب المبيع (جواز مطلقا)

وشمل شراء الكل أو البعض (قوله بنفسه أو بوكيله) تنازع فيه كل من شراء وباع : قال فى البحر : وأطلق فيما باع فشملى ما باعه بنفسه أو وكيله وما باعه أصالة أو وكالة كما شمل الشراء لنفسه أو لغيره إذا كان هو البائع اه . فأفاد أنه لو باع شيئا أصالة بنفسه أو وكيله أو وكالة عن غيره ليس له شراؤه بالأقل لا لنفسه ولا لغيره ، لأن بيع وكيله بإذنه كبيعته بنفسه . والوكيل بالبيع أصيل فى حق الحقوق ، فلا يصح شراؤه لنفسه لأنه شراء البائع من وجه ولا لغيره لأن الشراء واقع له من حيث الحقوق فكان هذا شراء ما باع لنفسه من وجه ، كذا يفاد من الزيلى أيضا (قوله من الذى اشتراه) متعلق بشراء ، وخرج به مالو باعه المشتري لرجل أو وهبه له أو وصى له به ثم اشتراه البائع الأول من ذلك الرجل فإنه يجوز ، لأن اختلاف سبب الملك كاختلاف العين زيلى ؛ ولو خرج عن ملك المشتري ثم عاد إليه بحكم ملك جديد كإقالة أو شراء أو هبة أو إرث فشراء البائع منه بالأقل جائز لا إن عاد إليه بما هو فسح بخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده بجر عن السراج (قوله ولو حكما) تعميم لقوله من الذى اشتراه (قوله كوارثه) أى وارث المشتري : أى فلو اشتري من وارث مشتريه بأقل مما اشتري به المورث لم يجوز لقيام الوارث مقام المورث بخلاف ما إذا اشتري وارث البائع بأقل مما باع به مورثه فإنه يجوز إن كان ممن تجوز شهادته له : والفرق أن وارث البائع إنما يقوم مقامه فيما يورث . وهذا مما لا يورث ، ووارث المشتري قام مقامه فى ملك العين أفاده فى البحر (قوله بالأقل من قدر الثمن الأول) وكالقدر الوصف ، كما لو باع بألف سنة فاشتراه به إلى سنتين بحر (قوله قبل نقد كل الثمن الأول) قيد به لأن بعده لافساد ، ولا يجوز قبل النقد وإن بقى درهم : وفى القنية : لو قبض نصف الثمن ثم اشتري النصف بأقل من نصف الثمن لم يجوز بحر .

قلت : وبه يظهر أن إدخال الشارح لفظة كل لا محل له لأنه يفهم أن قبل نقد البعض لا يفسد وهو خلاف الواقع . والحاصل أن نقد كل الثمن شرط لصحة الشراء لا لفساده لأنه يفسد قبل نقد الكل أو البعض فتأمل (قوله وإن رخص السعر) لأن تغير السعر غير معتبر فى حق الأحكام كما فى حق الغاصب وغيره فعاد إليه المبيع كما خرج عن ملكه فيظهر الربح زيلى (قوله للربا) علة لقوله لم يجوز : أى لأن الثمن لم يدخل فى ضمان البائع قبل قبضه ، فإذا عاد إليه عين ماله بالصفة التى خرج عن ملكه وصار بعض الثمن قصاصا ببعض بقى له عليه فضلا بلاعوض فكان ذلك ربح مالم يضمن وهو حرام بالنص زيلى (قوله كاتبه وأبيه) وكعبده ومكاتبه لأن شراء هؤلاء كشراء البائع بنفسه لاتصال منافع المال بينهم ، وهو نظير الوكيل فى البيع إذا قدم مع هؤلاء زيلى : أى نظير مالو باع الوكيل مع ابنه ونحوه . ثم لا يخفى أن المراد شراء هؤلاء بالأقل لأنفسهم ، أما لو اشتروا بالوكالة عن البائع لا يجوز ولو كانوا أجنب عنه كما مر فى قول المصنف أو بوكيله (قوله فى غير عبده ومكاتبه) فشراؤهما متفق على عدم جوازه : قال الزيلى لأن كسب العبد لسيدته وله فى كسب مكاتبه حق الملك فكان تصرفه كصرفه (قوله بجواز مطلقا) أى سواء كان الثمن الثانى أقل من الأول أولا لأن الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس اه منع ، ولأن المبيع لو انتقص يكون النقصان من الثمن فى مقابلة ما نقص من العين سواء كان النقصان

كما لو شراه بأزيد أو بعد النقد :
(والدراهم والدنانير جنس واحد) في ثمان مسائل منها (هنا) وفي قضاء دين وشفعة وإكراه ومضاربة ابتداء
وانتهاء وبقاء

من الثمن بقدر ما نقص منها أو بأكثر منه بجر عن الفتح (قوله كما لو شراه الخ) تشبيه في الجواز مع قطع النظر
عن قوله مطلقا (قوله بأزيد أو بعد النقد) ومثل الأزيد المساوي كما في الزيلى ، وهذا قول المصنف بالأقل
قبل نقد الثمن .

مطلب الدراهم والدنانير جنس واحد في مسائل

(قوله والدراهم والدنانير جنس واحد) حتى لو كان العقد الأول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن
الأول لم يجز استحسانا ، لأنهما جنسان صورة وجنس واحد معنى ، لأن المقصود بهما واحد وهو الثنية ، فبالنظر
إلى الأول يصح ، وبالنظر إلى الثاني لا يصح فغلبنا المحرم على المبيح زيلى ملخصا (قوله في ثمان مسائل) الذى
في المنع عن العمادية أن المسائل سبع غير الأربعة المزيدة اه ح ؛ وزاد الشارح مسألة المضاربة ابتداء (قوله منها هنا)
من اسم بمعنى بعض مبتدأ مضاف إلى الضمير ، وهنا اسم مكان مجازى مبنى على السكون لتضمنه معنى الإشارة
في محل نصب بمحذوف خبر المبتدأ ولا يصح جعل منها خبرا عن هنا ، لأنه لتضمنه معنى غير مستقل لا يصح الابتداء به
ولو قال منها ما هنا لكان أولى اه ح :

قلت : ما ذكره من عدم صحة الابتداء بهنا صحيح ، ولكن علته أنه من الظروف التى لا تتصرف كما فى المعنى
لا ما ذكره ، وإلا لزم أن لا يصح الابتداء بأما الإشارة كلها فافهم (قوله وفى قضاء دين) صورته : عليه
دين دراهم وقد امتنع من القضاء فوق من ماله فى يد القاضى دنانير كان له أن يصرفها بالدراهم حتى يقضى
غيره ولا يفعل ذلك فى غير الدنانير عند الإمام ، وعندهما غير الدنانير كذلك ط (قوله وشفعة) صورته أخبر
الشفيع أن المشتري اشترى الدار بألف درهم فسلم الشفيع الشفعة ثم تبين أنه قد اشترىها بدنانير قيمتها ألف درهم
أو أكثر ليس له طلبها وسقطت بالنسليم الأول ط (قوله وإكراه) كما لو أكره على بيع عبده بألف درهم
فباعه بخمسين دينارا قيمتها ألف درهم كان البيع على حكم الإكراه لا لو باعه بكبلى أو وزنى أو عرض
والقيمة كذلك (قوله ومضاربة ابتداء وانتهاء وبقاء) لم يذكر ذلك التقسيم فى العمادية ، وإنما ذكر صورتين
فى المضاربة .

إحداهما ما إذا كانت المضاربة دراهم فأترب المال أو عزل المضارب عن المضاربة وفى يده دنانير لم يكن للمضارب
أن يشتري بها شيئا ، ولكن يصرف الدنانير بالدراهم ، ولو كان ماني يده عروض أو مكيل (١) أو موزون له
أن يحوط له إلى رأس المال ، ولو باع المتاع بالدنانير لم يكن له أن يشتري بها إلا الدراهم .
ثانيتها لو كانت المضاربة دراهم فى يد المضارب فاشترى متاعا بكبلى أو وزنى لزمه ، ولو اشترى بالدنانير
فهو على المضاربة استحسانا عندهما اه ملخصا ؛ فالصورة الأولى تصح مثلا للإنتهاء والثانية للبقاء ، لكن لم يظهر لى
كون الأولى مما نحن فيه ، إذ لو كانت الدراهم والدنانير فيها جنسا واحدا ما كان يلزمه أن يصرف الدنانير بالدراهم
تأمل . ثم رأيت الشارح فى باب المضاربة جعلهما جنسين فى هذه المسألة ، وهذا عين ما فهمته ، والله تعالى الحمد .

(١) (قوله عروض أو مكيل الخ) هكذا بخطه ، ولعل الأصوب عروض الخ كما لا يخفى اه .

وامتناع مراوحة، ويزاد زكاة وشركات وقيم المتلفات وأروش جنامات كما بسطه المصنف معزيا للعادية وفي الخلاصة :
كل عوض ملك بعقد يفسخ بهلاكه قبل قبضه لم يجز التصرف فيه قبل قبضه (وضح) البيع (فيما ضم إليه)
كان باع بعشرة ولم يقبضها ثم اشتراه مع شيء آخر بعشرة فسد في الأول وجاز في الآخر فيقسم الثمن على قيمتهما
ولا يشيع الفساد لأنه طارىء (١) : ولمكان الاجتهاد (و) بيع (زيت على أن يزنه بظرفه ويطرح عنه بكل
ظرف كذا رطلا)

وأما مسألة المضاربة ابتداء فقد زادها الشارح : وقال ط : صورته عقد مائة المضاربة على ألف دينار وبين الربح
فدفع له دراهم قيمتها من الذهب تلك الدنانير صحبت المضاربة والربح على ما شرطنا أولا ، كذا ظهر لى (٢) (قوله وامتناع
مراوحة) صورته : اشترى ثوبا بعشرة دراهم وباعه مراوحة باثني عشر درهما ثم اشتراه أيضا بدنانير لا يبيعه مراوحة
لأنه يحتاج إلى أن يحط من الدنانير ربحه ، وهو درهمان في قول الإمام ، ولا يدرك ذلك إلا بالخزر والظن ، ولو اشتراه
بغير ذلك من الكبلى أو الوزنى أو العروض باعه مراوحة على الثمن الثانى اه ، وقوله ولا يدرك الخ أى لأنه يحتاج
إلى تقويم الدنانير بالدرهم وهو مجرد ظن ، ومبنى المراوحة كالتولية والوضعية على اليقين بما قام عليه لتنتفى شبهة
الحيانة اه ح (قوله ويزاد زكاة) فإنه يضم أحد الجنسين إلى الآخر ويكمل به النصاب ويخرج زكاة أحد الجنسين
من الآخر ط (قوله وشركات) أى إذا كان مال أحدهما دراهم ومال الآخر دنانير فإنها تنعقد شركة العنان بينهما ط
(قوله وقيم المتلفات) يعنى أن المقوم ، إن شاء قوم بدراهم ، وإن شاء قوم بدنانير ولا يتعين أحد الجنسين ط
(قوله وأروش جنایات) كالموضحة يجب فيها نصف عشر الدية . وفي الهاشمة العشر ، وفي المنقلة عشر ونصف عشر
وفي الجائفة ثلث الدية : والدية إما ألف دينار أو عشرة آلاف درهم من الورق فيجوز التقدير في هذه الأشياء
من أى الجنسين ط (قوله وفي الخلاصة الخ) لا محل لهذه الجملة هنا ، وستأتى بعينها في محلها ، وهو فصل التصرف
في المبيع والثمن عقب باب المراوحة ح (قوله كل عوض الخ) كالمقول إذا اشتراه لا يجوز له التصرف فيه قبل قبضه
بالبیع ، بخلاف ما إذا أعتقه أو دبره أو وهبه أو تصدق به أو أقرضه من غير بائعه فإنه يصح على ما سبأنى ،
وقوله يفسخ : أى العقد بهلاكه : أى هلاك العوض والجملة صفة عقد : قال ط : أخرج به الثمن فإنه يجوز
التصرف فيه بهبة أو بيع أو غيرهما قبل قبضه ، سواء تعين بالتعيين ككسب أو لا كنفود ، لأن العقد لا يفسخ
بهلاكه ، لأن الأصل وهو المبيع موجود ، ويأتى إيضاحه إن شاء الله تعالى في محله (قوله وضح البيع فيما ضم إليه)
أى إلى شراء ما باعه بأقل قبل نقد الثمن منح (قوله ثم اشتراه مع شيء آخر بعشرة) وكذا لو اشتراها بخمسة عشر
كما في النهر والفتح : ويظهر منه أنه لو اشتراها بخمسة مثلا أى بأقل من الثمن الأول فهو كذلك بالأولى فافهم
(قوله لأنه طارىء) لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسرى زيلعى (قوله ولمكان الاجتهاد) أى فكان الفساد

(١) (قول للشارح لأنه طارىء) أى لأن الفساد طار وذلك لأنه قابل الثمن بالمبيعين ، وهى مقابلة صحيحة إذ لم يشترط فيها أن
يكون بإزاء ما باعه أقل من الثمن الأول ، لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار للبعض بإزاء ما باع والبعض بإزاء ما لم يبيع ففسخ
البيع بإزاء ما باع ، ولا شك في كونه طارئا فلا يعتمد على البعض الآخر اه ج عن العناية اه . قال شيخنا : هذا لا يظهر إلا في صورة
شراء الثوبين بزيادة عن الثمن الأول ، إذ هى التى يمكن أن يقال فيها المقابلة صحيحة في أول الأمر وللفساد إنما جاء من التقسيم . وأما
إذا اشترى المبيع والمضروب بمثل الثمن الأول يكون الثمن في مقابلتهما جزما فيكون المبيع مقابلا بأقل من ثمنه من أول الأمر فلا يكون
الفساد طارئا ، ولعل الشارح لما رأى التعليل بالطرف غير مجز لعدم شموله جميع المسائل أردفه بقوله ولمكان الاجتهاد اه .

(٢) (قوله كذا ظهر لى) قال ط : ويمكن تصويرها بما رأيت في بعض التقارير عن العلامة عهد البر أنه إذا كان رأس المال في
المضاربة دنانير فاشترى المضارب بها دراهم يملك رب المال نهبه من شراء الأعيان ، وذلك لأن رب المال فسخ المضاربة بنير رضا المضارب
إذا لم يعرض حق المضارب : أى فكان الدنانير باقية بينهما بخلاف ما لو اشترى بها عرضا فإن حق المضارب ينبت فيها فلا يملك
نهبه إلا إن صار المال نفا : أى نقودا اه .

لأن مقتضى العقد طرح مقدار وزنه كما أفاده بقوله (بخلاف شرط طرح وزن الظرف) فإنه يجوز كما لو عرف قدر وزنه (ولو اختلفا في نفس الظرف وقدره فالقول للمشتري) بيمينه لأنه قابض أو منكر .
(وصح بيع الطريق)

فما بيع أو لضعيفا لاختلاف العلماء فيه فلا يسرى ، كما إذا اشترى عبدين فإذا أحدهما مدبر لا يفسد في الآخر لذلك بخلاف الجمع بين حر وعبد ، وتماه في الفتح ولأنه إنما منع في الأول باعتبار شبهة الربا ، فلو اعتبرت في المضموم لكان اعتبار الشبهة الشبهة وهي غير معتبرة درر (قوله لأن مقتضى العقد الخ) أي وهذا الشرط ليس مقتضى العقد فيفسد به ، لأن فيه تقعا لأحد العاقدين لأنه قد يكون أكثر مما شرط أو أقل : قال ط : والحيلة في جوازه أن لا يعقد العقد إلا بعد وزنه تحريا للصحة فيقول بعد الوزن بعنك ماني هذا الظرف بكذا ويقول الآخر قبلت فيكون هذا من بيع الخراف وهو صحيح حموي عن شرح ابن الشلبي (قوله فإنه يجوز) فلو باع المشتري السلعة قبل أن يزن الظرف عن أبي حنيفة لا يجوز بيع المشتري : وقال أبو يوسف : يجوز خائفة (قوله كما لو عرف قدر وزنه) ببناء عرف للمجهول : أي لو عرفاه وشرطا طرح قدره فإنه مقتضى العقد فيجوز (قوله وقدره) الواو بمعنى أو ط (قوله لأنه قابض أو منكر) لف ونشر مرتب : قال في البحر لأنه إن اعتبر اختلافًا في تعيين الزق المقبوض فالقول للقابض ضمينا كان أو أمينا ، وإن اعتبر اختلافًا في الزيت فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري لأنه ينكر الزيادة .

وإذا برهن البائع قبلت بينته : وأورد عليه مسألتان :

إحداهما لو باع عبدين ومات أحدهما عند المشتري وجاء بالآخر يرد به بعيب واختلفا في قيمة الميت فالقول للبائع :

والثانية أن الاختلاف في الثمن يوجب التحالف : وأجيب عن الأول بأن القول فيه للبائع لإنكاره الزيادة أيضا وعن الثاني بأن التحالف على خلاف القياس عند الاختلاف في الثمن قصدا ، وهنا الاختلاف فيه تباع لاختلافهما في الزق المقبوض أهو هذا أم لا فلا يوجب التحالف ، كذا في الفتح . والزق : بالكسر الظرف .

مطلب في بيع الطريق

(قوله وصح بيع الطريق) ذكر في الهداية أنه يحتمل بيع رقبة الطريق وبيع حق المرور ، وفي الثاني روايتان اه : ولما ذكر المصنف الثاني فيما يأتي علم أن مراده هنا الأول : ثم في الدرر عن التارخائية : الطرق ثلاثة : طريق إلى الطريق الأعظم : وطريق إلى سكة غير نافذة ، وطريق خاص في ملك إنسان فالأخير لا يدخل في البيع بلا ذكره أو ذكر الحقوق أو المرافق ، والأولان يدخلان بلا ذكر اه ملخصا .

وحاصله : لو باع دارا مثلا دخل فيها الأولان تبعا بلا ذكر بخلاف الثالث : والظاهر أن المراد هنا هو الثالث ، وقد علمت أيضا أن المراد ببيع رقبة الطريق لا حق المرور ، لأن الثاني يأتي في كلام المصنف ، فإذا كانت داره داخل دار رجل وكان له طريق في دار ذلك الرجل إلى داره ، فلما أن يكون له فيها حق المرور فقط ، وإما أن يكون له رقبة الطريق فإذا باع رقبة الطريق صح ، فإن حد فظاهر ، وإلا فله بقدر عرض باب الدار العظمى كما يأتي . والفرق بين هذا الطريق والطريق الثاني وهو ما يكون في سكة غير نافذة أن هذا ملك للبائع وحده والذامى خاصا ، بخلاف الثاني فإنه مشترك بين جميع أهل السكة ، وفيه أيضا حق للعامة كما يأتي بيانه قريبا ، وقد أشبهه ذلك

وفي الشرنبلالية عن الخانية : لا يصح ومن قسمة الوهبانية :

وليس لهم قال الإمام تقاسم بدرب ولم ينفذ كذا البيع يذكر

وفي معانيها

على الشرنبلالي فراجعه يظهر لك ما فيه بعد فهمك ماقررناه ، والحمد لله (قوله وفي الشرنبلالية عن الخانية لا يصح) نقل في الشرنبلالية عن الخانية الصحيحة عن مشايخ بلخ فما هنا بناء عليه اه ح :

قلت : عبارة الشرنبلالية هكذا : قوله وصح بيع الطريق بخالفه ما قال في الخانية : ولا يجوز بيع مسيل الماء وهبته ، ولا بيع الطريق بدون الأرض ، وكذلك بيع الشرب . وقال مشايخ باخ جائز ، وبخالفه أيضا قوله الآتي في رواية الزبادات اه كلام الشرنبلالية ، والمتبادر من قول الخانية : وقال مشايخ بلخ جائز أن خلافهم في بيع الشرب : أي بدون أرض لاني جميع المسائل المذكورة بدليل فصله بقوله وكذلك الخ : وقد ذكر في الدرر خلافهم في مسألة الشرب فقط ، ولم أر من ذكر خلافهم في بيع المسيل والطريق فافهم :

ثم اعلم أن ما ادعاه في الشرنبلالية من المخالفة غير مسلم لأن قول المصنف وصح بيع الطريق مراده به رقبة الطريق بدليل تعليل الدرر بأنه عين معلوم وبدليل ذكره بيع حق المرور بعده وإلا كان تكرارا وقد تابعه المصنف هنا ، ومراد الخانية ببيع الطريق بيع حق المرور بدليل قوله بدون الأرض ، وقوله وبخالفه أيضا الخ غير مسلم حق المرور لاني بيع أيضا لأن رواية الزبادات إنما ذكرها في الدرر في بيع الطريق فمن أين المخالفة ؟ وما ذكره المصنف من جواز بيع الطريق وهبته مشى عليه في الملتقى أيضا بلا ذكر خلاف ، وكذا في الهداية وغيرها ، وإنما ذكروا اختلاف الرواية في بيع حق المرور كما يأتي .

[تنبيه] باع رقبة الطريق على أن له : أي للبائع حق المرور ، أو السفلى على أن له إقرار العلو جاز فتح قبيل قوله والبيع إلى النيروز (قوله ومن قسمة الوهبانية) خبر مقدم والبيت مبتدأ مؤخر : أي هذا البيت منقول منها ط (قوله وليس لهم الخ) جملة قال الإمام معترضة بين بعض المقول وهو خبر ليس المقدم واسمها المؤخر ، والواو في ولم ينفذ للحال : أي والحال أن الدرب ليس ينفذ : قال ابن الشحنة : والمسألة هي التتمة عن نوادر ابن رستم (١) قال أبو حنيفة في سكة غير نافذة : ليس لأصحابها أن يبيعوها ولو اجتمعوا على ذلك ولا أن يقسموها فيما بينهم ، لأن الطريق الأعظم إذا كثرت الناس فيه كان لهم أن يدخلوا هذه السكة حتى يحف هذا الزحام . قال الناطقي : وقال شداد في دور بين خمسة : باع أحدهم نصيبه من الطريق فالبيع جائز ، وليس للمشتري المرور فيه إلا أن يشتري دار البائع وإذا أرادوا أن ينصبوا على رأس سكتهم دربا ويسدوا رأس السكة ليس لهم ذلك ، لأنها وإن كانت ملكا لهم ظاهرا لكن للعامة فيها نوع حتى اه ملخصا ثم أفاد أن ماتوهم الناظم في شرحه من اختلاف الروايتين مدفوع ، فإن ما ذكره ابن رستم في بيع السكك ، وما ذكره شداد في بيع البعض . والفرق أن الثاني لا يفضى إلى إبطال حق العامة ، بخلاف الأول .

هذا ، وقد علمت مما قررنا سابقا أن ما في الوهبانية غير ما ذكره المصنف لأن مراد المصنف الطريق الخاص المملوك لواحد وهذا طريق مشترك في سكة مشتركة (قوله وفي معانيها) خبر مقدم والبيت مبتدأ مؤخر وجملة

(١) ابن رستم وهو أبو بكر المروزي أحد الأعلام تفقه على محمد بن الحسن وروى عنه النوادر وشداد هو ابن حكيم من أصحاب زفر مات سنة عشر ومائتين تراجم العلامة قام اه مه .

وارتضاه في الغاز الأشباه :

ومالك أرض ليس يملك بيعها لغير شريك ثم لو منه ينظر
(حد) أي بين له طول وعرض (أولا وهبته) وإن لم يبين يقدر بعرض باب الدار العظمى (لا يبيع مسيل الماء
وهبته) لجهايته، إذ لا يدري قدر ما يشغله من الماء :

وارتضاه الخ معترضة والضمير للوهبانية وهي مفاعلة ، من عاياه : إذا سأله عن شيء يظن عجزه عن جوابه
من قولهم عني عن جوابه : إذا عجز ، وتمامه في ط (١) عن ابن الشحنة : قال السائحاني : والمعایاة عند
الفرضيين كالغاز عند الفقهاء والأجاجي عند أهل اللغة لأن ما يستخرج بالجزر يقوى الحجبي : أي العقل :
والالغاز : جمع لغز بضم اللام ، وقيل بفتحها وبفتح الغين المعجمة (قوله وارتنضاه في الغاز الأشباه) حقه
أن يذكر عند البيت الأول ، فإن الذي في الغاز الأشباه هكذا أي شركاء فيما يمكن قسمته إذا طلبوها لم يقسم فقل
السكة الغير النافذة ليس لهم أن يقتسموها وإن أجمعوا على ذلك اه (قوله ومالك أرض الخ) هي الأرض المملوكة
من السكة الغير النافذة فإنه لا يملك بيعها من غير شريكه . قال : ولو باعها البعض الشركاء هل يجوز فيه نظر ولم
أقف على الجواب فيه اه .

قلت . ظاهر قولهم إنه لا يجوز بيع الطريق يقتضى المنع مطلقا حالة الافراد ، وإنما يجوز بالتبعية فيما إذا باع
الدار وطريقها قاله عبد البر بن الشحنة :

قلت : الذي تقدم عن شداد جواز البيع ، ثم عدم الجواز إنما هو على ما في الخالية : وقال
مشايخ بلخ بالجواز ط :

قلت : قدمنا الكلام على ما في الخالية فافهم (قوله وإن لم يبين الخ) بيان لقوله أولا وكان الأولى تقديمه
على قوله وهبته كما فعل في الدرر (قوله يقدر بعرض باب الدار العظمى) عزاه في الدرر إلى النهاية ، ومثله في الفتح
بزيادة قوله وطوله إلى السكة النافذة ثم قال في الدرر : وعلى التقديرين يكون عينا معلوما فيصح بيعه وهبته اه :

قلت : والظاهر أن العظمى صفة لباب وأنها لا كتساب الباب التأنيث بإضافته إلى الدار المؤنثة ، ومعناه أنه
لو كان له دار في داخل دار جاره مثلا وطريق في دار الجار فباع الطريق وحده ولم يبين قدره كان للمشتري من دار الجار
بعرض باب دار البائع ، فلو كان لها بابان الأول أعظم من الثاني كان له بقدر الباب الأعظم ، هذا ما ظهر لي ؛
وفي القهستاني : وطريق الدار عرضه عرض الباب الذي هو مدخلها وطوله منه إلى الشارع اه : وفي الفتح عند
قوله : ولو اشترى جارية لإحملها الخ ، ولو قال بعثك الدار الخارجة على أن تجعل لي طريقا إلى داري هذه
الداخلة فسد البيع ، ولو قال لإطريقا إلى داري الداخلة جاز وطريقه بعرض باب الدار الخارجة اه :

[فرع] في الخالية : باع نخلة في أرض صحراء بطريقها من الأرض ولم يبين موضع الطريق : قال أبو يوسف : يجوز ،
وله أن يذهب إلى النخلة من أي النواحي شاء اه فأفاد جواز بيع الطريق تبعا وإن لم يكن له ما يقدر به تأمل .

مطلب في بيع المسيل

(قوله لا يبيع مسيل الماء) هذا أيضا يحتمل بيع رقبة المسيل وبيع حق التسبيل كما في الهداية ، ولكن لما
قال المصنف بعده لا يبيع حق التسبيل علم أن مراده هنا بيع رقبة المسيل .

(١) (قوله وتمامه في ط) حيث قال : وهو مباح إذا كان المقصد منه تشجيع الأذمان واستعمال القرائح ، والأصل فيه سؤاله
صل الله عليه وسلم الصحابة رضی الله تعالى عنهم عن الشجرة التي لا يسقط ورقها ذكره العلامة عبد البر اه .

(وضح بيع حق المرور تبعا) للأرض (بلا خلاف و) مقصودا (وحده في رواية) وبه أخذ عامة المشايخ
شمي وفي أخرى لا ، وصححه أبو الليث (وكذا) بيع (الشرب) وظاهر الرواية فساده إلا تبعا خانية وشرح
وهبانية ، وسنحقه في إحياء الموات (لا) بضح (بيع حق التسييل وهبته) سواء كان على الأرض لجهاالة محله
كما مر أو على السطح

ووجه الفرق بينه وبين بيع رقبة الطريق كما في الهداية أن الطريق معلوم لأن له طولاً وعرضاً معلوماً كما مر :
وأما المسيل فجهدول لأنه لا يدري قدر ما يشغله من الماء اه . قال في الفتح : ومن هنا عرف أن المراد ما إذا لم
يبين مقدار الطريق والمسيل ، أما لو بين حداً يسيل فيه الماء أو باع أرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار
حق التسييل فهو جائز بعد أن يبين حدوده اه (قوله تبعا للأرض) يحتمل أن يكون المراد تبعا لأرض الطريق ،
بأن باع الطريق وحق المرور فيه ، وأن يكون المراد ما إذا كان له حق المرور في أرض غيره إلى أرضه فباع أرضه
مع حق مرورها الذي في أرض الغير والظاهر أن المراد الثاني لأن الأول ظاهر لا يحتاج إلى التنصيص عليه ، ولقولهم
إنه لا يدخل إلا بذكره أو بذكر كل حق لها وهذا خاص بالثاني كما لا يخفى (قوله وبه أخذ عامة المشايخ) قال السائحاني
وهو الصحيح ، وعليه الفتوى مضمرة اه . والفرق بينه وبين حق التعلّي حيث لا يجوز هو أن حق المرور حق
يتعلق برقبة الأرض ، وهي مال هو عين ، فما يتعلق به له حكم العين . أما حق التعلّي فتعلق بالهواء وهو ليس
بعين مال اه فتح (قوله وفي أخرى لا) قال في الدرر : وفي رواية الزبادات لا يجوز وصححه الفقيه أبو الليث بأنه
حق من الحقوق وبيع الحقوق بانفراده لا يجوز اه وهذه الرواية التي توهم في الشرب ليلية مخالفتها لقول المصنف
والدرر : وضح بيع الطريق ، وقدمنا ما فيه :

مطلب في بيع الشرب

(قوله وكذا بيع الشرب) أي فإنه يجوز تبعا للأرض بالإجماع ، وحده في رواية وهو اختيار باخ لأنه نصيب
من الماء درر ، ومحل الاتفاق ما إذا كان شرب تلك الأرض ، فلو شرب غيرها ففيه اختلاف المشايخ كما في الفتح
والنهر (قوله وظاهر الرواية فساده) إلا تبعا ، وهو الصحيح كما في الفتح ، وظاهر كلامهم أنه باطل : قال في
الخانية : وينبغي أن يكون فاسداً لا باطلاً لأن بيعه يجوز في رواية ، وبه أخذ بعض المشايخ ، وجرت العادة ببيعه
في بعض البلدان فكان حكمه حكم الفاسد يملك بالقبض ، فإذا باعه بعده أي مع أرض له ينبغي أن يجوز ، ويؤيده
ما في الأصل : لو باعه بعبد وقبض العبد وأعتقه جاز عتقه ، ولو لم يكن الشرب محلاً للبيع لما جاز عتقه ، كما لو
اشترى بمينة أو دم فأعتقه لا يجوز اه . وأما ضمانه بالإنلاف بأن يسقى أرضه بشرب غيره فهو لإحدى الروايتين ،
والفتوى على عدمه كما في الذخيرة ، وهو صح كما في الظهيرية ، وتأممه في النهر (قوله وسنحقه في إحياء الموات) حيث
قال هو والمصنف هناك : ولا يباع الشرب ، ولا يوهب ، ولا يؤجر ولا يتصدق به لأنه ليس بمال متقوم في ظاهر
الرواية ، وعليه الفتوى ثم نقل عن شرح الوهبانية أن بعضهم جوز بيعه ثم قال : وينفذ الحكم بصحة بيعه اه ط
(قوله لا يضح بيع حق التسييل الخ) أي باتفاق المشايخ :

ووجه الفرق بينه وبين حق المرور على رواية جوازه أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق ،
أما التسييل ، فإن كان على السطح فهو نظير حق التعلّي وبيع حق التعلّي لا يجوز باتفاق الروايات ومر وجهه ، وهو ليس
حقاً متعلقاً بما هو مال بل بالهواء وإن كان على الأرض ، وهو أن يسيل الماء عن أرضه كي لا يفسد ما في أرضه

لأنه حق التعلي ، وقد مر بطلانه (و) لا (البيع) بثمن مؤجل (إلى النيروز) هو أول يوم من الربيع تحل فيه الشمس برج الحمل وهذا نيروز السلطان ، ونيروز المجوس يوم تحل في الحوت ، وعده البرجندي سبعة (۱) فإذا لم يبيننا فالعقد فاسد ابن كمال (والمهرجان) هو أول يوم من الحريف تحل فيه الشمس برج الميزان (وصوم النصارى) فطرهم (وفطر اليهود) وصومهم فاكتفى بذكر أحدهما سراج (إذا لم يذكره المتعاقدان) النيروز وما بعده ، فلو عرفاه جاز (بخلاف فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم) للعلم به وهو خمسون يوما (۲)

لغيره فهو مجهول لجهالة محله الذي يأخذه ، وتماه في الفتح (قوله لأنه حق التعلي) أي نظيره (قوله بثمن مؤجل) أي ثمن دين ، أما تأجيل المبيع والثن العين فمفسد مطلقا كما سيذكره الشارح (قوله إلى النيروز) أصله نوروز عرب ، وقد تكلم به عمر رضى الله تعالى عنه فقال : كل يوم لنا نوروز ، حين كان الكفار يتهمجون به فتح (قوله في الحوت) الذي في الحموى عن البرجندي الجدى ط .

قلت : وهذا أول فصل الشتاء ، وما ذكره الشارح مذكور في القهستاني (قوله فإذا لم يبيننا الخ) أي إذا لم يبين العاقدان واحدا من السبعة فسد ، أما إذا بيناه اعتبر معرفة وقته فإن عرف صح وإلا فسد وهو ما ذكره المصنف (قوله والمهرجان) بكسر الميم وسكون الهاء ط عن المفتاح . وفي القهستاني أنه نوعان (۳) عامة ، وهو أول يوم من الحريف أعني اليوم السادس عشر من مهر ماه . وخاصة ، وهو اليوم السادس والعشرون منه (قوله فاكتفى بذكر أحدهما) ولكن إنما عبر المصنف بذلك كغيره لما قاله في السراج (۴) أيضا إن صوم النصارى غير معلوم وفطرهم معلوم ، واليهود بعكسه اه .

والحاصل أن المدار على العلم وعاديه كما أفاده المصنف بقوله إذا لم يذكر المتعاقدان (قوله فلو عرفاه جاز) أي عرفه كل منهما ، فلو عرفه أحدهما فلا أفاده الرملى (قوله للعلم به) قال في الهداية لأن مدة صومهم بالأيام ، فهي معاومة فلا جهالة فلا اه . ومفاده أن صوم اليهود ليس كذلك . قال في الفتح : والحاصل أن المفسد الجهالة ، فإذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الأوقات جاز (قوله وهو خمسون يوما) كذا في الدرر عن التمرتاشي : وفي الفتح والنهر خمسة وخمسون يوما : وفي القهستاني : صوم النصارى سبعة وثلاثون يوما مدة ثمانية وأربعين يوما ، فإن ابتداء

(۱) (قول للشارح سبعة) ذكر الحموى عنه خمسة : منها المتقدمان . ومنها للنيروز . الحوارزمي ، وهو أول يوم تكون الشمس في نصف نهاره في الدرجة الثامنة من الحمل . ونيروز العامة ، وهو أول يوم فرود شاة للتقديم . ونيروز الخاصة ، وهو اليوم السادس منه اه ط (۲) (قول الشارح وهو خمسون يوما) قال ط : هذا هو المرافق لما ذكره بعضهم من أن رمضان كعب دلى عيسى فغير فرقة من قومه ذلك ، لأنه كان قد يقع في الحر أو البرد الشديد وكان يشق عليهم في أسفارهم ويفترهم في ما يشبه فاجتمة علماءهم ورؤسائهم هل أن يجملوا صومهم في فصل من السنة بين الشتاء والصيف نجعلوه في الربيع وزادوا عليه عشرة أيام كفارة لما صنعوا فصار أربعين يوما ، ثم إن ملكهم شكوا مرضا نزل بغمه فجعل الله عليه إن هو برى من وجعه أن يزيد في صومهم أسبوعا فبرى فزاد أسبوعا ، ثم مات ذلك الملك ورايهم ملك آخر فقال أتموه خمسين يوما . وقيل إنه أصابهم موت : أي موت كثير فقاوا زيدوا في صومهم فزادوا عشرة قبل وعشرا بعد ، واختار هذا القول النحاس اه ط .

(۳) (قوله نوعان) فهو مجهول فيفسد . وفي ط : النيروز في مصر زمن معلوم عندهم منفرد ليس بمتعدد ، فيصح التأجيل إليه على ما يظهر اه .

(۴) (قوله لما قاله في السراج الخ) هكذا ذكره في السراج أولا بقيل جوابا عن مصنفه ثم رده . وأجاب بما نقله الشارح عنه . وعبارته : فإن قيل لم خص صوم النصارى بالذكر دون فطرهم وفطر اليهود دون صومهم ؟ قيل لأن صوم النصارى إلى آخر ما ذكره المحشى ، ثم رده بأنه لو أجل إلى صوم اليهود يكون الحكم كذلك لايتفاوت صومهم وفطرهم ، ثم أجاب بما ذكره الشارح . إذا علمت ذلك تعلم أن صنيع المحشى غير مرضى حيث جعل أحد الجوابين استدراكا على الآخر خصوصا والمستدرك به ضعيف كما علمت اه .

(و) لا (إلى قدوم الحاج والحصاد) للزرع (والدياس) للحب (والمقطاف) للعنب لأنها تتقدم وتتأخر ،
 (ولو باع مطلقا عنها) أي عن هذه الآجال (ثم أجل الثمن) الدين ، أما تأجيل المبيع أو الثمن العيني ففسد
 ولو إلى معلوم شمئى (إليها صح) التأجيل (كما لو كفل إلى هذه الأوقات) لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الدين
 والكفالة لا الفاحشة (أو أسقط) المشتري (الأجل) في الصور المذكورة (قبل حلوله) وقبل فسخه (و) قبل
 (الافتراق) حتى لو تفرقا قبل الإسقاط تأكد الفساد ولا ينقلب جائزا اتفاقا : ابن كمال وابن مالك : كجهالة فاحشة

صومهم يوم الاثنين الذي يكون قريبا من اجتماع النيرين الواقع ثانی شباط من آذار ، ولا يصومون يوم الأحد
 ولا يوم السبت إلا يوم السبت الثامن والأربعين ، ويكون فطرم بمعنى يوم عيدهم يوم الأحد بعد ذلك
 (قوله والحصاد) بفتح الحاء وكسرهما ومثله المقطاف والدياس فتح (قوله والدياس) هو دوس الحب بالقدم
 لينقشر ، وأصله الدواس بالواو لأنه من الدوس قلبت ياء للكسرة قبلها فتح (قوله لأنها) أي المذكورات من قوله
 إلى قدوم وما بعده (قوله ولو باع الخ) أفاد أن ما ذكر من الفساد بهذه الآجال إنما هو إذا ذكرت في أصل العقد ،
 بخلاف ما إذا ذكرت بعده كما لو ألحقا بعد العقد شرطا فاسدا ، ويأتى تصحيح أنه لا يلحق (قوله شمئى) ومثله
 في الفتح (قوله صح التأجيل) كذا جزم به في الهداية والملتقى وغيرهما ، وقد منا تمام الكلام عليه أول البيوع عند
 قوله وصح بشمن حال ومؤجل إلى معلوم فراجع (قوله متحملة في الدين) راجع إلى قوله ولو باع مطلقا الخ ،
 يعنى أن التأجيل بعد صحة العقد تأجيل دين من الديون فتتحمل فيه الجهالة اليسيرة بخلافه في صلب العقد ، لأن قبول
 هذه الآجال شرط فاسد والعقد يفسد به أفاده في الفتح (قوله والكفالة) فإنها تتحمل جهالة الأصل كالكفالة
 بما ذاب لك على فلان والذوب غير معلوم الوجود فتحل جهالة الوصف وهو الأجل بالأولى ، وتماه في الفتح
 (قوله لا الفاحشة) كإلى هبوب الريح ونحوه كما يأتى . قال في النهر : وهذا يشير إلى أن اليسيرة ما كانت في التقدم
 والتأخر ، والفاحشة ما كانت في الوجود كهبوب الريح كذا في العناية اه .

[تنبيه] في الزاهدى : باعه بشمن نصفه نقد ونصفه إذا رجع مع بلد كذا فهو فاسد (قوله أو أسقط المشتري
 الأجل) وجه الصحة أن الفساد كان للتنازع وقد ارتفع قبل تقررره ، وأفاد أن من له الحق يستبد بإسقاطه لأنه
 خالص حقه . وأما قول القدورى تراضيا على إسقاطه فهو قيد اتفاقى كما في الهداية (قوله قبل حلوله) قيد به لأنه
 لو أسقطه بعد حلوله لا ينقلب جائزا منح : أى لو قال أبطلت التأجيل الذى شرطه في العقد لا يبطل ويبقى الفساد
 لتقررره بمضى الأجل وليس المراد إسقاط الأجل الماضى فافهم (قوله وقبل فسخه) أى فسخ العقد : أما لو فسخه
 للفساد ثم أسقط الأجل لا يعود العقد صحيحا لارتفاعه بالفسخ (قوله وقبل الافتراق) هذا في الأجل المجهول جهالة
 متفاحشة كما يأتى فلا محل لذكره هنا ، ولذا اعترضه الرملى بأن إطباق المتون على عدم ذكره صريح في عدم
 اشتراطه ، وقول الزيلعى : لو أسقط المشتري الأجل قبل أخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز
 البيع صريح بانقلابه جائزا ولو بعد أيام ، ولو شرطنا قبل الافتراق لما صح قوله قبل أخذ الناس الخ ، وإذا
 تدبعت كلامهم جميعا وجدته كذلك اه لمخصا (قوله ابن كمال وابن مالك) أقول : عزاه ابن كمال إلى شرح الطحاوى ،
 وعزاه ابن مالك إلى الحقائق عن شرح الطحاوى وهو غير صحيح ، فإن الذى رأيت في الحقائق وهو شرح المنظومة
 النسفية في باب ما اختص به زفر هكذا : اعلم أن البيع بأجل مجهول لا يجوز إجماعا سواء كانت الجهالة مقاربة
 كالحصاد والدياس مثلا أو متفاوتة كهبوب الريح وقدوم واحد من سفره ، فإن أبطل المشتري الأجل المجهول
 المقارب قبل محله وقبل فسخ العقد بالفساد انقلب البيع جائزا عندنا : وعند زفر لا ينقلب ، ولو مضت المدة قبل

كهبوب الريح ومجىء مطر فلا ينقلب جائزا وإن أبطل الأجل عيني (أو أمر المسلم ببيع خمر أو خنزير أو شراهما)
أى وكل المسلم (ذميا أو) أمر (المحرم غيره) أى غير المحرم (ببيع صيده) يعنى صح: لك عند الإمام مع أشد كراهة
كما صح مامر ، لأن العاقد يتصرف بأهليته وانتقال الملك إلى الأمر أمر حكى . وقالوا : لا يصح ، وهو الأظهر
شربلاية عن البرهان

إبطال الأجل تأكد الفساد ولا ينقلب جائزا إجماعا ، وإن أبطل المشتري الأجل المجهول المتفاوت قبل التفرق ونقد
الثنى انقلب جائزا عندنا . وعند زفر لا ينقلب جائزا ، ولو تفرقا قبل الإبطال تأكد الفساد ولا ينقلب جائزا إجماعا
من شرح الطحاوى في أول السلم :

قلت : ذكر أبو حنيفة الأجل المجهول مطلقا ، وقد بينت أن إسقاط كل واحد مؤقت بوقت على حدة اه
ما فى الحقائق ، وقد منا مثله أول البيوع عن البحر عن السراج ، ورأيت منقولاً أيضا عن البدائع .
وحاصله أن اعتبار إبطال الأجل قبل التفرق إنما هو فى الأجل المجهول المتفاوت : أى المجهول جهالة متفاحشة
لا فى المجهول المتقارب فإنهم لم يذكروه فيه . والظاهر أن ابن كمال تابع ابن ملك وأن نسخة الحقائق التى نقل
منها ابن ملك فيها سقط وتبعه أيضا المصنف والشارح ، وهذا من جملة المواضع التى لم أر من تبعه عليها ،
وقه تعالى الحمد :

[تنبيه] قول الحقائق : الثمن غير شرط فى المجلس لما فى التاسع والثلاثين من جامع الفصولين : أبطل المشتري
الأجل الفاسد ونقد الثمن فى المجلس أو بعده جاز البيع عندنا استمحصانا . وقال زفر والشافعى : لم يجز ، وتماه فيه
(قوله فلا ينقلب جائزا وإن أبطل الأجل) هذا يروهم أن المراد وإن أبطل الأجل قبل الافتراق وليس كذلك ، لما
علمت من صريح النقول أنه ينقلب جائزا ، ولأن العيني لم يذكر قوله قبل الافتراق ، فتعين أن المراد إن أبطله قبل
حلولة (قوله أو أمر المسلم الخ) عطف على كفل من قوله كمالو كفل ط (قوله ببيع خمر أو خنزير) أى مملوكين له
بأن أسلم عليهما ومات قبل أن يزيلهما وله وارث مسلم فيرثهما فتح (قوله يعنى صح ذلك) أى التوكيل وبيع الوكيل
وشراؤه بحر (قوله مع أشد كراهة) أى مع كراهة التحريم ، فيجب عليه أن يخلل الخمر أو يريقها ويسبب الخنزير ،
ولو وكله ببيعهما يجب عليه أن يتصدق بثمنهما نهر وغيره ، وانظر لم لم يقولوا ويقتل الخنزير مع أن تسبب
السوايب لا يخل (قوله كما صح مامر) وهو المعطوف عليه منح أى الكفالة وإسقاط الأجل : وأفاد بهذا أن قوله
أو أمر معطوف على قوله كفل لئلا يتوهم عطفه على مالا يصح . وهو البيع إلى النيروز (قوله لأن العاقد الخ) أى
أن الوكيل فى البيع يتصرف بأهلية نفسه لنفسه ، حتى لا يلزمه أن يضيف العقد إلى الموكل وترجع حقوق العقد إليه
وهو أهل لبيع الخمر وشراؤها شرعا فلا مانع شرعا من توكله فتح (قوله أمر حكى) أى يحكم الشرع بانتقال
ما ثبت للوكيل من الملك إليه فيثبت له كسبوت الملك الجبرى له بموت مورثه (قوله وقالوا لا يصح) أى يبطل كما
فى البرهان (قوله وهو الأظهر) لعل وجهه ما قاله فى الفتح من أن حكم هذه الوكالة فى البيع أن لا ينتفع بالثنى ،
وفى الشراء أن يسبب الخنزير ويخلل الخمر أو يريقها فبقي تصرفا بلا فائدة فلا يشرع مع كونه مكرها محرما فأى
فائدة فى الصحة ؟ وأجاب فى النهر بأننا لا نسلم عدم المشروعية ، لأن عدم طيب الثمن لا يستأزم عدم الصحة كما
فى شعر الخنزير إذا لم يوجد مباح الأصل جاز بيعه وإن لم يظب ثمنه ، وأما فى الشراء فله فائدة فى الجملة وهى
تخليل الخمر اه وتأمل ذلك مع ما قدمناه عند قوله وشعر الخنزير الخ :

(و) لا (بيع بشرط) عطف على إلى النيروز يعني الأصل الجامع في فساد العقد بسبب شرط

مطلب في البيع بشرط فاسد

(قوله ولا بيع بشرط) شروع في الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط لئيبه صلى الله عليه وسلم (١) عن بيع وشرط ، لكن ليس كل شرط يفسد البيع نهر : وأشار بقوله بشرط إلى أنه لا بد من كونه مقارنا للعقد ، لأن الشرط الفاسد لو التحق بعد العقد ، قيل يلتحق عند أبي حنيفة ، وقيل لا وهو الأصح كما في جامع الفصولين في ٣٩ لكن في الأصل أنه يلتحق عند أبي حنيفة وإن كان الإلحاق بعد الافتراق عن المجلس ، وتماسه في البحر :

قلت : هذه الرواية الأخرى عن أبي حنيفة وقد علمت تصحيح مقابلهما ، وهي قولها ويؤيده ما قدمه المصنف تبعا للهداية وغيرها ، من أنه لو باع مطلقا عن هذه الآجال ثم أجل الثمن إليها صح فإنه في حكم الشرط الفاسد كما أشرنا إليه هناك ثم ذكر في البحر أنه لو أخرجه مخزج الوعد لم يفسد : وصورته كما في الواوالية قال اشترحتى أبى الحوائط اه : قال في النهر بعد ما ذكر عبارة جامع الفصولين : وبهذا ظهر خطأ بعض حنفية العصر ، إذ أفى في رجل باع لآخر قصب سكر قدرا معيناً وأشهد على نفسه بأنه يسقيه ويقوم عليه بأن البيع فاسد لأنه شرط تركه حل الأرض ، نعم الشرط غير لازم اه :

قلت : وفي جامع الفصولين أيضا : لو ذكرا البيع بلا شرط ثم ذكرا الشرط على وجه العقد جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد ، إذ المواعيد قد تكون لازمة فيجعل لازما لحاجة الناس تباعا بلا ذكر شرطا الوفاء ثم شرطاه يكون بيع الوفاء ، إذ الشرط اللاحق يلتحق بأصل العقد عند أبي حنيفة ثم رمز أنه يلتحق عنده لا عندهما ، وأن التصحيح أنه لا يشترط للاحقه مجلس العقد اه وبه أفى في الخيرية وقال : فقد صرح علماؤنا بأنهما لو ذكرا البيع بلا شرط ثم ذكرا الشرط على وجه العدة جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد اه .

قلت : فهذا أيضا مبني على خلاف ما مر تصحيحه ، والظاهر أنهما قولان ، صححان .

مطلب في الشرط الفاسد إذا ذكر بعد العقد أو قبله

[تنبيه] في جامع الفصولين أيضا : لو شرط شرطا فاسدا قبل العقد ثم عقدا لم يبطل العقد اه : قلت : وينبغي الفساد لو اتفقا على بناء العقد عليه كما صرحوا به في بيع الهزل كما سيأتي آخر البيوع : وقد سئل الخبير الرهلى عن رجلين تواضعا على بيع الوفاء قبل عقده وعقد البيع خاليا عن الشرط : فأجاب بأنه صرح في الخلاصة والفيض والتارخانية وغيرها بأنه يكون على ما تواضعا (قوله عطف على إلى النيروز) كذا في الدرر ، لكن هذا ظاهر لو كان لفظه بيع ليست من المتن كعبارة الدرر . أما على كونها من المتن فالعطف على البيع في قوله والبيع إلى النيروز (قوله الأصل الجامع) مبتدأ ، وقوله بسبب شرط خبره اه ح والجملة في محل نصب بيعي ، ويحتمل نصب الأصل على أنه مفعول يعني : أى يعنى المصنف الأصل الجامع في فساد العقد الخ ط .

(١) (قوله لئيبه صلى الله عليه وسلم) قال في الدرر : وإنما فسد البيع بهذا الشرط لأنهما إذا قصدوا المقابلة بين المبيع والشرط فقد خلا للشرط من العوض وقد وجب البيع بالشرط فيه فكان شرطا مستحقا بعقد معاوضة محالية من العوض فيكون ربا ، وكل عقد بشرط لربها يكون فاسدا اه ط .

(لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه نفع لأحدهما أو) فيه نفع (لمبيع) هو (من أهل الاستحقاق) للنفع بأن يكون آدميا ، فلو لم يكن كشرط أن لا يركب الدابة المبيعة لم يكن مفسدا كما سيجيء (ولم يجر العرف به و) لم (يرد الشرع بجوازه) أما لو جرى العرف به كبيع نعل مع شرط تشريكه أو ورد الشرع به (١) كخيار شرط فلا فساد (كشرط أن يقطعه) البائع (ويحبطه قباه) مثال لما لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمشتري (أو يستخدمه) مثال لما فيه نفع للبائع ، وإنما قال (شهرًا)

قلت : وفي كل من التوجيهين خفاء وكان الأوضح أن يزيد الشارح لفظة «ما» قبل قوله لا يقتضيه فتكون هي الخبر ، لأن الظاهر أن قوله بسبب متعلق بفساد وهذا يناهى كونه خبرا عن الأصل ولأن مراده أن يصير قوله لا يقتضيه العقد الخ أصلا وضابطا ولا يتم ذلك إلا بما قلنا ، نعم يحتمل كون الخبر بيع بشرط دل عليه ما قبله ، ولا يصح كون ما قبله هو الخبر لافترانه بالواو العاطفة (قوله لا يقتضيه العقد ولا يلائمه) قال في البحر : معنى كون الشرط يقتضيه العقد أن يجب بالعقد من غير شرط ، ومعنى كونه ملائما أن يؤكد موجب العقد ، وكذا في الذخيرة . وفي السراج الوهاج : أن يكون راجعا إلى صفة الثمن أو المبيع كاشتراط الخبر والطبخ والكتابة اه ما في البحر (قوله وفيه نفع لأحدهما) الأولى قول الزيلعي وفيه نفع لأهل الاستحقاق ، فإنه أشمل وأخصر لشموله ما فيه نفع لأجنبي ، فيوافق قوله الآتي ولا نفع فيه لأحد ولا استغنائه عن قوله أو لمبيع .

[تنبيه] المراد بالنفع ما شرط من أحد العاقدين على الآخر ، فلو على أجنبي لا يفسد ويبطل الشرط ، لما في الفتح عن الولوالجية : بعثك الدار بألف على أن يقرضني فلان الأجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري لا يفسد البيع لأنه لا يلزم الأجنبي ولا خيار للبائع اه ملخصا :

وفي البحر عن الملتقى قال محمد : كل شيء بشرطه المشتري على البائع يفسد به البيع ، فإذا شرطه على أجنبي فهو باطل ؛ كما إذا اشترى دابة على أن يهبه فلان لأجنبي كذا ، وكل شيء بشرطه على البائع لا يفسد به البيع ، فإذا شرطه على أجنبي فهو جائز وهو بالخيار ، كما إذا اشترى على أن يحط عنه فلان الأجنبي كذا جاز البيع ، فإن شاء أخذه بجميع الثمن أو ترك اه (قوله من أهل الاستحقاق) أي ممن يستحق حقا على الغير وهو الآدمي بحر (قوله فلو لم يكن الخ) صرح بمحترز هذا القيد والذي بعده وإن كان يأتي لزيادة البيان (قوله كشرط أن يقطعه) أي يقطع المبيع من حيث هو الصادق على الثواب أو العبد أو غيرها وبهذا ساخ عود الضمير عليه في قوله أو يعتقه الخ (قوله مثال لما لا يقتضيه العقد) أي ولا يلائمه ، ولم يذكر مثال ما يقتضيه العقد ولا يلائمه : قال في البحر : وخرج عن الملائم للعقد ما لو اشترى أمة بشرط أن يبطأها أو لا يبطأها فالبيع فاسد لأن الملائم للعقد الإطلاق ، وعن أبي يوسف : يجوز في الأول لأنه ملائم ؛ وعند محمد يجوز فيهما ، لأن الثاني إن لم يقتضيه العقد لا نفع فيه لأحد فهو شرط لا طالب له اه (قوله وفيه نفع للمشتري) ومنه ما لو شرط على البائع طحن الحنطة أو قطع الثمرة وكذا ما اشتراه على أن يدفعه البائع إليه قبل دفع الثمن ، أو على أن يدفع الثمن في بلد آخر ، أو على أن يهب البائع منه كذا ، بخلاف على أن يحط من ثمنه كذا لأن الحط ملحق بما قبل العقد ويكون البيع بما وراء المحطوط بحر (قوله مثال لما فيه نفع للبائع) ومنه ما لو شرط البائع أن يهبه المشتري شيئا أو يقرضه أو يسكن الدار شهرا أو أن يدفع المشتري الثمن إلى غريم البائع ، لسقوط مؤنة القضاء عنه ولأن الناس يتفاوتون في الاستيفاء ، فمنهم من يسامح

(١) (قول الشارح أو ورد الشرع به) فإنه لما ورد به الشرع دل على أنه من باب المصلحة دون المفسدة ، وهذا جواب الاستحسان والقياس أن يفسد لكونه شرطا مخالفا لمقتضى العقد وهو ثبوت الملك حالا في العوضين منح اه ط .

لما مر أن الخيار إذا كان ثلاثة أيام جاز أن يشترط فيه الاستخدام درر (أو يعتقه) فإن أعتقه صحح إن بعد قبضه ولزم الثمن عنده وإلا لا، شرح مجمع (أو يدبره أو يكاتبه أو يستولدها أو لا يخرج القرن عن ملكه) مثال لما فيه نفع لمبيع يستحقه الثمن ثم فرع على الأصل بقوله (فيصح) البيع (بشرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري) وشرط حبس المبيع لاستيفاء الثمن (أولا يقتضيه ولا نفع فيه لأحد) ولو أجنبيا ابن ملك، فلو شرط أن يسكنها فلان أو أن يقرضه البائع أو المشتري كذا فالأظهر الفساد ذكره أخى زاده

ومنهم من يماكس، أو على أن يضمن المشتري عنه ألفا لغريمه بحر (قوله لما مر الخ) قال في العزيمة على الدرر: لم يسبق منه شيء مثل هذا في باب خيار الرؤية ولا في غيره، ولو سلم فلا مساس له بمسألتنا (قوله أو يعتقه) الضمير المستتر فيه وفيما بعده عائد على المشتري (قوله فإن أعتقه صح) أي انقلب جائزا عنده بخلافها حتى يجب على المشتري الثمن وعندهما القيمة، بخلاف التدبير ونحوه لأن شرط العتق بعد وجوده يصير ملائما للعقد لأنه منه للملك والفساد لا تقرر له فيكون صحيحا، ولا كذلك التدبير ونحوه لجواز أن يحكم قاض بصحة بيعه فيتقرر الفساد: وأجمعوا على أنه لو أعتقه قبل القبض لا يعتق إلا إذا أمره البائع (١) بالعتق، لأنه صار قبض المشتري سابقا عليه، لأن البائع سلطه عليه وعلى أنه لو هلك في يد المشتري قبل العتق أو باعه أو وهبه يلزمه القيمة نهر ملخصا (قوله مثال لما فيه نفع لمبيع يستحقه) لأن العبد آدمي والآدمي من أهل الاستحقاق، ومنه اشتراط أن لا يبيعه أو لا يهبه لأن المملوك يسره أن لا تتداوله الأيدي وكذا بشرط أن لا يخرج من مكة: وفي الخلاصة: اشترى عبدا على أن يبيعه جاز، وعلى أن يبيعه من فلان لا يجوز لأن له طالبا: وفي البرازية: اشترى عبدا على أن يطعمه لم يفسد، وعلى أن يطعمه خبيصا فسد اه بحر: ونقل في الفتح أيضا عبارة الخلاصة وأقرها: والظاهر أن وجهها كون بيع العبد ليس فيه نفع له، فإذا شرط بيعه من فلان صار فيه نفع لفلان وهو من أهل الاستحقاق فيفسد: ووجه ما في البرازية أن إطعام العبد من مقتضيات العقد، بخلاف إطعامه نوعا خاصا كالخبيص (قوله ثم فرع على الأصل) أي ذكر فروعا مبنية عليه، وتقدم في آخر باب خيار الشرط أن البيع لا يفسد بالشرط في اثنين وثلاثين موضعا فراجعها (قوله يقتضيه العقد) أي يجب به بلا شرط (قوله ولا نفع فيه لأحد) أي من أهل الاستحقاق للنفع، وإلا فالدابة تنتفع ببعض الشروط، وشمل ما فيه مضرة لأحدهما: قال في النهر: كأن كان ثوبا على أن يخرج أو جارية على أن لا يطأها أو دارا على أن يهدمها؛ فعند محمد البيع جائز والشرط باطل. وقال أبو يوسف: البيع فاسد، كذا في الجوهرة ومثل في البحر لما فيه مضرة بما إذا اشترى ثوبا على أن لا يبيعه ولا يهبه، والبيع في مثله جائز عندهما خلافا لأبي يوسف اه: قلت: فإطلاق المصنف مبنى على قولها، وشمل أيضا مالا مضرة فيه ولا منفعة: قال في البحر: كأن اشترى طعاما بشرط أكله أو ثوبا بشرط لبسه فإنه يجوز اه تأمل (قوله ولو أجنبيا) تعميم لقوله لأحد، وبه صرح الزيلعي أيضا (قوله فلو شرط الخ) تفريع على مفهوم التعميم المذكور، فإن مفهومه أنه لو كان فيه نفع لأجنبي يفسد البيع؛ كما لو كان لأحد المتعاقدين (قوله أو أن يقرضه) أي أن يقرض فلانا أحد العاقدين كذا، بأن شرط المشتري على البائع أن يقرض زيدا الأجنبي كذا من الدراهم أو شرط البائع على المشتري ذلك (قوله فالأظهر الفساد) وبه جزم في الفتح بقوله: وكذا إذا كانت المنفعة لغير العاقدين، ومنه إذا باع ساحة على أن يبني بها

(٢) (قوله إلا إذا أمره البائع) الصواب حذف الضمير، لأن عبارة البحر فيها التصريح بأن الأمر بالعتق المشتري لا البائع.

وعبارته: وأجمعوا أنه لو أعتقه قبل القبض لا يعتق. وأفاد في الظاهرية أن المشتري لو أمر البائع بالعتق قبل القبض فاعتق جاز فقهه مالك المأمور مالا يملك الأمر، وإنما كان كذلك لأنه لما أمره بالعتق فقد طلب منه تسليطه على القبض فإذا أعتق بأمره صار قبض المشتري سابقا عليه لأن البائع سلطه عليه اه.

وظاهر البحر ترجيح الصحة (كشروط أن لا يبيع) عبر ابن الكمال بتركب (الدابة المبيعة) فإنها ليست بأهل للنفع (أو لا يقتضيه لكن) يلائمه كشرط رهن معلوم وكفيل حاضر ابن ملك، أو (جري العرف به كبيع نعل) أي صرم سماه باسم ما يثول عني (على أن يحذوه) البائع (ويشركه) أي يضع عليه الشرك وهو السير ومثله تسمير القبقاب

مسجدا أو طعاما على أن يتصدق به فهو فاسد اه. ومفاده أنه لا يلزم أن يكون الأجنبي معيناً، وتأمله مع ما قدمناه آنفا عن الخلاصة، إلا أن يجاب بأن المسجد والصدقة يراد بهما التقرب إلى الله تعالى وحده وإن كانت المنفعة فيهما لعباده، فصار المشروط له معيناً بهذا الاعتبار تأمل (قوله وظاهر البحر ترجيح الصحة) حيث قال: وخرج أيضا ما إذا شرط منفعة لأجنبي كأن يقرض البائع أجنبيا فالبيع صحيح كما في الذخيرة عن المصدر الشهيد، وفيها: وذكر القدوري أنه يفسد كأن يقول اشتريت منك هذا على أن تقرضني أو تقرض فلانا اه. وفي القهستاني عن الاختيار جواز البيع وبطلان الشرط. وفي المنع: واختار صاحب الوقاية تبعا لصاحب الهداية عدم الفساد اه. وبه جزم في الخانية.

قلت: لكن قد علمت أن مانقده الشارح عن ابن ملك من التعميم للأجنبي صرخ به الزيلعي، وبه جزم في الفتح وكذا في الخلاصة كما قدمناه آنفا.

والحاصل أنهما قولان في المذهب (قوله عبر ابن الكمال بتركب الدابة) وهو أحسن، لأن المراد بقوله ولا نفع فيه لأحد أي من أهل الاستحقاق، فالتمييز بأهل الاستحقاق للاحتراز عما فيه نفع لغيرهم كالدابة في بيعها بشرط أن لا يركبها فإنه غير مفسد لأنها ليست بأهل لاستحقاق النفع. وأما اشتراط أن لا يبيعها فإنه ليس فيه نفع لها عادة ولا لغيرها، وذلك ليس محل التوهم ليحترز عنه، بخلاف ما فيه نفعها (قوله لكن يلائمه) عبر بدله في الفتح بما يتضمن التوثق بالثمن، وهو قريب مما قدمناه عن الذخيرة من تفسير الملائم بما يؤكد موجب العقد فإن الثمن من موجبات العقد (قوله كشرط رهن معلوم) أي بالإشارة أو التسمية، فلو لم يكن معلوماً بذلك لم يجز إلا إذا تراضيا على تعيينه في المجلس ودفعه إليه قبل أن يتفرقا أو يعجل الثمن ويبطلان الرهن، وإذا كان مسمى فامتنع عن تسليمه لم يجبر، وإنما يؤثر بدفع الثمن، فإن لم يدفعها خير البائع في الفسخ بحر (قوله وكفيل حاضر) أي وقبل الكفالة، وكذا لو غائبا فحضر وقبلها قبل التفرق، فلو بعده أو كان حاضرا فلم يقبل لم يجز، واشتراط الحوالة كالكفالة بحر.

قلت: في الخانية: ولو باع على أن يحيل البائع رجلا بالثمن على المشتري فسد البيع قياسا واستحسانا؛ ولو باع على أن يحيل المشتري البائع على غيره بالثمن فسد قياسا وجاز استحسانا اه (قوله أي صرم) بفتح الصاد المهملة: وهو الأديم أي الجلد (قوله سماه باسم ما يثول) أي كتسمية العصير خرا، وذلك أن قوله على أن يحذوه: أي يقطعه لا يناسب النعل، وإنما يناسب الجلد فإنه يقطع ثم يصير نعلا: وجوز في الفتح أن يكون حقيقة: أي اشترى نعل رجل واحدة على أن يحذوها: أي يجعل معها مثالا آخر ليتم نعلا الرجلين، ومنه: حذوت النعل بالنعل قدرته بمثال قطعه. قال: ويدل عليه قوله أو يشركه فجعله مقابلا لقوله نعلا، ولا معنى لأن يشتري أديما على أن يجعل له شراكا فلا بد أن يراد حقيقة النعل اه. وأجاب في النهر بأنه يجوز أن يراد بالنعل الصرم، وضمير يشركه للنعل بالمعنى الحقيقي على طريق الاستخدام اه.

قلت: إرادة الحقيقة أظهر في عبارة الهداية حيث قال على أن يحذوها أو يشركها بضمير التانيث لأن النعل مؤنثة، أما على عبارة المصنف كالكنز من تذكير الضمير فالأظهر إرادة الحجاز وهو الجلد (قوله ومثله تسمير القبقاب)

(استحسانا) للتعامل بلا تكبير ، هذا إذا علقه بكلمة على ، وإن بكلمة إن بطل البيع إلا في بيعت إن رضى فلان ، ووقته كخيار الشرط أشباه من الشرط والتعليق ، وبجر من مسائل شتى ،
(وإذا قبض المشتري المبيع برضا) عبر ابن السكال بإذن (بانه صريحا أو دلالة)

أصله للمحقق ابن الهمام حيث قال : ومثله في ديارنا شراء القبقاب على أنه يستمر له سيرا (قوله استحسانا للتعامل) أى يصح البيع ويلزم للشرط استحسانا للتعامل : والقياس فساده لأن فيه نفعا لأحدهما وصار كصبغ الثوب ، مقتضى القياس منعه لأنه إجارة عقدت على استهلاك عين الصبغ مع المنفعة ولكن جواز للتعامل ومثله إجارة الظئر ، ولتعامل جوازنا الاستصناع مع أنه بيع المعدوم ، ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على أن يجعله البائع قلنسوة أو قلنسوة بشرط أن يجعل البائع لها بطانة من عنده ، وتماه في الفتح . وفي البرازية : اشترى ثوبا أو خفا خلقتا على أن يرقعه البائع ويسلمه صح اه : ومثله في الخانية : قال في النهر : بخلاف خياطة الثوب لعدم التعارف اه : قال في المنح : فإن قلت : نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط فيلزم أن يكون العرف قاضيا على الحديث .

قلت : ليس بقاض عليه ، بل على القياس ، لأن الحديث معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة ، والعرف ينفي النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث ، فلم يبق من الموانع إلا القياس والعرف قاض عليه اه ما خصا :

قلت : وتدل عبارة البرازية والخانية ، وكذا مسألة القبقاب على اعتبار العرف الحادث ، ومقتضى هذا أنه لو حدث عرف في شرط غير الشرط في النعل والثوب والقبقاب أن يكون معتبرا إذا لم يؤد إلى المنازعة ، وانظر ما حررناه في رسالتنا المسماة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف التي شرحت بها قولي :
والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار

(قوله وهذا) أى التخصيص السابق (قوله إنما هو إذا (۱) علقه بكلمة على) والظاهر من كلامهم أن قوله بشرط كذا بمنزلة على نهر .

قلت : يؤيده ما في القهستاني حيث قيد الشرط بكون حرفه الباء وعلى دون إن اه : قال في النهر : ولا بد أن لا يقولها بالواو ، حتى لو قال بعثك بكذا وعلى أن تقرضني كذا فالبيع جائز ولا يكون شرطا ، وأن يكون الشرط في صلب العقد الخ ، وقد منّا الكلام على الأخير (قوله بطل البيع) ظاهره ولو كان مضرا لانفع فيه لأحد ، وبه صرح القهستاني (قوله ووقته) بصيغة الماضي من التوقيت ط (قوله كخيار الشرط) أى كتوقيت خيار الشرط وهو ثلاثة أيام وهذا منه ، فإن خيار الشرط يصح لغيره قدين (قوله وبجر من مسائل شتى) أى متفرقة جمع شتيت ، والمسألة مذكورة في البحر في هذا الباب أيضا ، وكذا في النهر والقهستاني (قوله وإذا قبض المشتري المبيع الخ) شروع في بيان أحكام البيع الفاسد ، وشمل قبض وكيله والقبض الحكمي ، لما قدمناه من أن أمر البائع بالعتق قبله صحيح لاسلزامه القبض ، وهل التخليّة قبض هنا؟ صحح في المحبّي والعمادية عدمه ، وصحح في الخانية أنها قبض ، واختاره في الخلاصة من البحر والنهر ، وطحن البائع الحنطة بأمر المشتري كالعق كاسيد كره الشارح ويأتى تمامه (قوله عبر ابن السكال بإذن) أى ليعم بيع المكروه إذ هو فاسد ولا رضافيه كما حررناه أول البيوع

(۱) (قوله إنما هو إذا الخ) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ، وكان نسخة الشارح التي وقعت له هكذا (إنما هو إذا علقه

الخ) . والموجود بالنسخ من الشارح التي بأيدينا ما بالهامش اه مصححه .

بأن قبضه في مجلس العقد بحضرته (في البيع الفاسد) وبه خرج الباطل وتقدم مع حكمه وحينئذ فلا حاجة لقول الهداية والعناية : وكل من عوضه مال كما أفاده ابن الكمال ، لكن أجاب سعدى بأنه لما كان الفاسد يعم الباطل مجازا كما مر حقق إخراجه بذلك فتنبه (ولم ينهه) البائع عنه ولم يكن فيه خيار شرط (ملكه) إلا في ثلاث في بيع الهازل وفي شراء الأب من ماله لطفله أو بيعه له كذلك فاسدا لا يملكه حتى يستعمله

(قوله بأن يأمره بالقبض (١)) أي وقبضه بحضرته أو غيبته ط عن الإنقائي (قوله بأن قبضه في مجلس العقد بحضرته) تصوير الإذن دلالة ، أما بعد المجلس فلا بد من صريح الإذن إلا إذا قبض للبائع الثمن وهو مما يملك به فإنه يكون إذنا بالقبض دلالة اه ح عن النهر ، فإن كان مما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير ، فلا بد من صريح الإذن كما أفاده الزيلعي (قوله وتقدم مع حكمه) أي في قوله والبيع الباطل حكمه عدم ملك المشتري إياه إذا قبضه الخ (قوله وحينئذ) أي حين إذ خرج الباطل بقيد الفاسد (قوله كما مر) أي في أول الباب في قوله والمراد بالفاسد الخ الممنوع مجازا عرفيا فيع الباطل والمكروه (قوله حقق إخراجه) أي لإخراج الباطل بذلك : أي بقوله وكل من عوضه مال . وتعقبه الجموي بأن من أفراد الباطل مالا يخرج بهذا القيد وهو بيع الخمر والخنزير بالدراهم فإنه باطل مع أن كلا من عوضه مال ، وعلى هذا فلا بد من حذف هذا القيد لا فتضائه أن هذا الفرد من الباطل يكون فاسدا يملك بالقبض وليس كذلك ط .

قلت : المراد المال المتقوم كما قيده به في النهر ، ولا شك أن الخمر ونحوه غير متقوم ، وبدل على هذا أنه في أول الباب قال وبطل بيع ما ليس بمال والبيع به ، فإن المراد به ما ليس بمال في سائر الأديان والخمر والخنزير مال عند أهل الذمة ، ولذا قال بعده وبطل بيع مال غير متقوم كخمر وخنزير ، فعلم أن المراد بالمال هنا المتقوم وهو المال في سائر الأديان فلا يدخل فيه الخمر ونحوه فافهم (قوله ولم ينهه) قيد لقوله أو ذلالة كما هو صريح الهداية وغيرها أي أن الرضا بالقبض دلالة كما مر تصويره مقيد بما إذا لم ينهه عن القبض ، لأن الدلالة تلغومع النهي الصريح فافهم (قوله ولم يكن فيه خيار شرط) يوضحه قول الخانية : ويثبت خيار الشرط في البيع الفاسد كما يثبت في البيع الجائر حتى لو باع عبدا بألف درهم ورطل خر على أنه بالخيار ثلاثة أيام وقبض المشتري العبد وأعتقه في الأيام الثلاثة لا ينفذ إعتاقه ، ولو لا خيار الشرط للبائع نفذ إعتاق المشتري بعد القبض اه سألحاني . ومفاده صحة إعتاقه بعد مضي المدة لزوال الخيار وهو ظاهر (قوله ملكه) أي ملكا خبيثا حراما فلا يحل أكله ولا لبسه الخ قهستاني . وأفاد أنه يملك عينه ، وهو الصحيح المختار خلافا لقول العراقيين إنه يملك التصرف فيه دون العين ، وتمامه في البحر (قوله إلا في ثلاث) قلت : يزداد مثلها ، وهي بيع المسكاتب والمدبر وأم الوالد على القول بفساده كما مر الخلاف فيه (قوله في بيع الهازل) أي على ما صرح به البزدوى وصاحب المنار من أنه فاسد : وذكر في القنية أنه باطل فلا استثناء كما في البحر ، وقد بسطنا الكلام عليه أول البيوع ، وحققنا أن المراد من قول الخانية والقنية إنه باطل : أي فاسد ، بدليل أنهما لو أجازاه جاز والباطل لا نأحقه الإجازة ، وأنه منعقد بأصله لأنه مبادلة مال بمال لا بوصفه فافهم (قوله وفي شراء الأب من ماله لطفله الخ) وقعت هذه العبارة كذلك في البحر والأشباه عن المحيط ، وصوابها : وفي شراء الأب من مال طفله لنفسه فاسدا أو بيعه من ماله لطفله كذلك لأن عبارة المحيط على ما في الفتح والنهر هكذا باع عبدا من ابنه الصغير فاسدا أو اشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله اه وبه اندفع توقف المحشي (قوله حتى يستعمله) لأن قبض الأب حاصل فلا بد من

(١) (قوله بأن يأمره بالقبض) هذه الجملة ليست موجودة في نسخ الشارح التي بأيدينا اه .

والمقبوض في يد المشتري أمانة لا يملكه به : وإذا ملكه تثبت كل أحكام الملك إلا خمسة : لا يحمل له أكله ، ولا ليسه ، ولا وطؤها ، ولا أن يتزوجها منه البائع ، ولا شفعة لجاره لو عقارا أشباه : وفي الجوهرة وشرح المجمع : ولا شفعة بها فهي سادسة (بمثله إن مثليا وإلا فبقيته) يعني إن بعد هلاكه أو تعذر رده (يوم قبضه) لأن به يدخل في ضمانه فلا تعتبر زيادة قيمته كالمغصوب (والقول فيها للمشتري) لإنكاره الزيادة (و) يجب (على كل واحد منهما

الاستعمال حتى يتحقق قبض حادث ، ولذا جمع في المحيط بين القبض والاستعمال ، وعلى هذا فلا يلزم في صورة الشراء لطفه أن يكون الاستعمال في حاجة طفله فانهم (قوله لا يملكه به) أي بالقبض : وفي الفتح عن جمع التفاريق : لو كان وديعة عنده وهي حاضرة ملكها :

قال في النهر : أقول يجب أن يكون مخرجا على أن التخلية قبض ، ولذا قيده بكونها حاضرة ، وإلا فقد مر أن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض المبيع اه أي لأن قبض المبيع مضمون بالثمن أو بالقيمة لو فاسدا وقبض الأمانة غير مضمون ، وهو أضعف من المضمون فلا ينوب عنه ، وقد منا قريبا اختلاف التصحيح في كون التخلية قبضا في البيع الفاسد (قوله وإذا ملكه) مرتبط بقول المصنف ملكه ط (قوله تثبت كل أحكام الملك) فيكون المشتري خصما لمن يدعيه لأنه يملك رقبته نص عليه محمد رحمه الله ؛ ولو باعه كان الثمن له ، ولو أعتقه صح والولاء له ولو أعتقه البائع لم يعتق ، ولو بيعت دار إلى جنبها فالشفعة للمشتري ، وتماه في البحر (قوله ولا وطؤها) ذكر العماد في فصوله خلافا في حرمة وطؤها ؛ فقيل بكره ولا يحرم ، وقيل يحرم بحر : أي لأن فيه إعراضا عن الرد الواجب : وفي حاشية الحموي : قيل ، وهل إذا تزوجها محل للزوج وطؤها ؟ الظاهر نعم ، وهل يطيب المهر للمشتري أم لا ؟ محل نظر (قوله ولا أن يتزوجها منه البائع) المراد لا يصبح لأنها بصدد أن تعود إلى البائع نظرا إلى وجوب الفسخ فيصيرنا كما أمته حموي (قوله ولا شفعة لجاره لو عقارا) أي لو اشترى دارا شراء فاسدا وقبضها لا يثبت للجار حق الشفعة قال ط عن حاشية الأشباه للسيد أبي السعود : ولا لخليطه في نفس المبيع وشريكه في حق المبيع ، لأن حق البائع لم ينقطع لأنه على شرف الفسخ والاسترداد نفيًا للفساد ، حتى إذا سقط حق الفسخ بأن بنى المشتري فيها يثبت حق الشفعة اه (قوله ولا شفعة بها) هذا سبق نظر ، لأن الذي في الجوهرة هكذا وإذا كان المشتري دارا فبيعت دار إلى جنبها ثبتت الشفعة للمشتري اه . ثم ذكر المسألة المارة فقال ولا تجب فيها شفعة للشفيع اه . وفي الزيلعي والبحر وجامع الفصولين : لو اشترى دارا شراء فاسدا فبيعت بجنبها دار أخذها المشتري بالشفعة اه : نعم في شرح المجمع : لو اشترى دارا لا تجوز الشفعة بها اه . ويجب أن تكون الباء بمعنى في ليوافق كلام غيره ، ولا يمكن تأويل كلام الشارح بذلك لأنه يصير عين المسألة التي قبلها (قوله بمثله إن مثليا) وإن انقطع المثل فبقيته يوم الخصومة كما أفتى به الرملي وعليه المتون في كتاب الغصب (قوله وإلا فبقيته) يستثنى من ذلك العبد المبيع بشرط أن يعتقه المشتري ، فإنه إذا أعتقه بعد القبض يلزمه الثمن كما قدمه الشارح (قوله يعني إن بعد هلاكه الخ) تقييد لضمانه بالمثل أو بالقيمة لأنه إذا كان قائما بحاله كان الواجب رد عينه (قوله أو تعذر رده) عطف عام على خاص ، لأن تعذر الرد يكون بالهلاك وبتصرف قولي أو حسي مما يأتي (قوله يوم قبضه) متعلق بقيمته وقال محمد قيمته يوم أتلفه لأنه بالاتلاف يتقرر بحر عن الكافي (قوله لأن به) أي بالقبض ، والأولى لأنه ط (قوله فلا تعتبر الخ) تفريع على اغتبار قيمته يوم القبض لا يوم الإتلاف : أي لو زادت قيمته في يده فأتلفه لم تعتبر الزيادة كالغصب (قوله والقول فيها) أي في القيمة منح . وفي البحر والجوهرة فيهما بضمير التثنية : أي في المثل والقيمة (قوله للمشتري) أي مع يمينه والبيئة للبائع بحر (قوله لإنكاره الزيادة) أي الزيادة في المثل أو القيمة التي يدعيها البائع (قوله ويجب على كل واحد الخ) عدل عن قول الكنز والمداية ولكل منهما فسخه لأن اللام تفيد الضمير مع أن الفسخ واجب وإن أوجب بأن اللام مثلها في - وإن أسأتم فلها -

فسخه قبل القبض) ويكون امتناعا عنه ابن ملك (أو بعده مادام) المبيع بحاله جوهره (في يد المشتري إعداما للفساد ، لأنه معصية فيجب رفعها بحر (و) لذا (لا يشترط فيه قضاء قاض) لأن الواجب شرعا لا يحتاج للقضاء دور (وإذا أصر) أحدهما (على إمساكه وعلم به القاضى فله فسخه) جبرا عليهما حقا للشرح بزازية (وكل مبيع فاسد رده المشتري على بائعه هبة أو صدقة أو بيع أو بوجه من الوجوه) كإعارة وإجارة وغصب (ووقع في يد بائعه فهو متاركة) للبيع (وبرىء المشتري من ضمانه) قنية :

أو أن المراد بيان أن لكل منهما ولاية الفسخ رفعا لتوهم أنه إذا ملك بالقبض لزم ، لأن الآية تقتضى كون التلام بمعنى على بخلافها هنا ، ولأن كون المراد بيان الولاية المذكورة يلزمه منه ترك بيان الوجوب مع أنه مراد أيضا ، والتصریح بالوجوب يدل على المرادين فكان أولى (قوله فسخه) أى فسخ البيع الفاسد :

قلت : وهذا في غير بيع المسكره فإنهم ضرحوا بأنه فاسد وبأنه مخير بين الفسخ والإمضاء ، نعم يظهر الوجوب في جانب المكروه بالمكسر (قوله قبل القبض أو بعده) لكن إن كان قبله فلكل الفسخ بعلم صاحبه لا برضاه ، وإن كان بعده ، فإن كان الفساد في صلب العقد بأن كان راجعا إلى البدلين المبيع والثمن كبيع درهم بدرهمين وكالبيع بالخمر أو الخنزير فكذلك ، وإن كان بشرط زائد كالبيع إلى أجل مجهول أو بشرط فيه نفع لأحدهما فكذلك عندهما لعدم اللزوم وعند محمد لمن منفعة الشرط ، واقتصر في الهداية على قول محمد لم يذكر خلافا بحر : وأفاد أن من عليه منفعة الشرط يفسخ بالقضاء أو الرضا على ما قال محمد قهستاني (قوله ويكون امتناعا عنه) أى عن الفساد : قال في الهداية : وهذا قبل القبض ظاهر لأنه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه اه ، فقوله منه يحتمل عوده على الفساد أو على حكم البيع وهو الملك تأمل (قوله مادام المبيع بحاله) متعلق بقوله وعلى كل واحد منهما فسخه ، واحترز به عما إذا عرض عليه ما عذر به رده مما يمنع الفسخ كما يأتي بيانه (قوله وإذا) أى لو جوب رفع المعصية ، والأولى عدم زيادة التعليل والاقتصار على عبارة المصنف ليصح التعليل بعده ، وإلا كان التعليل الثانى عين الأول إلا أن يفرق بأن الثانى أعم من الأول تأمل (قوله وإذا أصر أحدهما) عبارة المصنف فى المنح أى البائع والمشتري ، وظاهره أن أصرأ بضمير التثنية ، وهو الموافق لما فى البزازية ، ولما قدمناه قريبا من أن لكل الفسخ بعلم الآخر لا برضاه فإصرار أحدهما لا يحتاج معه إلى فسخ القاضى :

مطلب رد المشتري فاسدا إلى بائعه فلم يقبله

(قوله وكل مبيع فاسد) وصف المبيع بالفساد لكونه محله (قوله كإعارة) وكودبعة ورهن بحر (قوله وغصب) فيه أن الكلام فى رد المشتري : والجواب أن المراد بالرد وقوعه ، فى يد البائع كما أفاده ما بعده ط (قوله ووقع فى يد بائعه) الظاهر أن هذا شرط فى الرد الحكيم كما فى المسائل المذكورة ، أما لورده عليه قصدا فلا فى الخالية : رده المشتري للفساد فلم يقبله ، فأعاده إلى منزله فهلك لا يضمه : وقال بعضهم : هذا لو الفساد منقفا عليه ، فلو مختلفا فيه ضمته : والصحيح أنه يبرأ فيهما إلا إذا وضع بين يديه فلم يقبله فذهب به إلى منزله فإنه يضمه اه : وذكر فى البحر عن القنية أن الأشبه ما قاله بعضهم من التفصيل المذكور :

قلت : لكن لا يخفى أن تصحيح قاضيخان مقدم لأنه فقيه النفس .

والحاصل أن الرد صح مطلقا وإن لم يقع فى يد البائع لكون الرد قصديا لا ضمنيا ، وبه يخرج عن الضمان لأنه فعل الواجب عليه ، لكن إذا وضعه بين يدي البائع حصل القبض أيضا بناء على أن التخلية قبض وهو مامر تصحيحه عن قاضيخان أيضا ، فإذا ذهب به بلا إذنه صار غاصبا فبضمته ، بخلاف ما إذا ذهب به قبل التخلية المذكورة لعدم

والأصل أن المستحق بجهة إذا وصل إلى المستحق بجهة أخرى اعتبر واصلا بجهة مستحقة إن وصل إليه من المستحق عليه وإلا فلا، وتماه في جامع الفصولين (فإن باعه) أى باع المشتري المشتري فاسدا (بيعا صحيحا يانا) فلو فاسدا أو بخيار لم يمتنع الفسخ (لغير بائعه) فلو منه كان نقضا للأول كما علمت (وفساده بغير الإكراه) فلو به ينقض كل تصرفات المشتري (أو وهبه وسلم أو أعتقه) أو كاتبه أو استولدها ولو لم تجبل ردها مع عقرها اتفاقا سراج (بعد قبضه) فلو قبله لم يعتق بعته بل يعتق البائع بأمره، وكذا لو أمره بطحن الحنطة أو ذبح الشاة فيصير المشتري قابضا اقتضاء.

حصول القبض من البائع، فلم يصر غاصبا بالذهب ولم يضمه له لوجود الرد الواجب عليه كما قلنا: وبه ظهر أن المراد بوقوعه في يده وقوعه فيها حقيقة أو حكما كالتخلية المذكورة وأن هذا شرط في الرد الحكمي لا القصدى كما علمته هذا ما ظهر لي فاغتنمه (قوله أن المستحق بجهة) كالرد للفساد هنا فإنه مستحق للبائع على المشتري، ومثله رد المغصوب على المغصوب منه (قوله بجهة أخرى) كالهبة ونحوها (قوله وإلا فلا) أى وإن لم يصل من جهة المستحق عليه بل وصل من جهة غيره فلا يعتبر، حتى أن المشتري فاسدا إذا وهب المشتري من غير بائعه أو باعه لرجل فوهبه الرجل من البائع الأول وسلمه لا يبرأ المشتري عن قيمته ولم يعتبر العين واصلا إلى البائع بالجهة المستحقة لما وصل من جهة أخرى جامع الفصولين (قوله فإن باعه الخ) محترز قوله مادام في يد المشتري، وقيد ببيع المشتري لأن البائع لو باعه بعد قبض المشتري وادعى أن الثاني كان قبل فسخ الأول وقبضه وزعم المشتري الثاني أنه كان بعد الفسخ والقبض من الأول فالقول له لا للبائع وينفسخ الأول بقبض الثاني بحر عن البرازية ومثله في جامع الفصولين، ولعل وجه انفساخ الأول أن المشتري الثاني نائب عن البائع في القبض لوجوب التسليم عليه فصار كأنه وقع في يد البائع تأمل، وأفاد أن البيع ثابت، أما لو ادعى المشتري بيعه من فلان الغائب وبرهن لا يقبل للبائع أخذه ولو صدقه فله القيمة كما في جامع الفصولين (قوله لم يمتنع الفسخ) لأن البيع فيهما ليس بلازم ولم يدخل المبيع في ملك المشتري في صورة الخيار ط.

[تنبيه] عبر في الوقاية بقوله فإن خرج عن ملك المشتري وهو أحسن من قول المصنف فإن باعه لأنه يستغنى به عما ذكره بعده (قوله كما علمت) من قول المصنف وكل مبيع فاسد ط (قوله وفساده) أى فساد البيع الأول (قوله ينقض كل تصرفات المشتري) أى التي يمكن نقضها، بخلاف مالا يمكن كالإعتاق فإنه يتعين فيه أخذ القيمة من المكروه بالكسر فافهم (قوله وسلم) قال في البحر: شرط في الهداية التسليم في الهبة لأنها لا تفيد الملك إلا به بخلاف البيع (قوله أو استولدها) أفاد أنه لا يلزم مع القيمة العقر، وقيل عليه عقرها أيضا جامع الفصولين: قال ط: وظاهره: أى ظاهر ما في المتن أن المراد استيلاء حادث، فلو كانت زوجته أولا استولدها ثم اشتراها فاسدا وقبضها هل يكون كذلك للملكه إياها فلا بحر اه.

قلت: الظاهر بقاء الفسخ لأنه حق الشرع ولم يعرض عليه تصرف حادث يمنعه:

[تنبيه] نقل في النهر عن السراج أن التدبير كالأستيلاد، ومثله في القهستاني، ولم يره في البحر منقولا فذكره بحثا (قوله بعد قبضه) الأولى ذكره آخر المسائل ط (قوله فلو قبله لم يعتق بعته) تخصيصه التفريع على العتق يوم أن قوله بعد قبضه متعلق بقوله أو أعتقه فقط وليس كذلك، فكان الأظهر أن يقول فلو قبله لم تنفذ تصرفاته المذكورة إلا إذا أعتقه البائع بأمر المشتري (قوله وكذا لو أمره الخ) وفي جامع الفصولين برولو برا فخلطه البائع بطعام المشتري بأمره قبل قبضه صار قابضا وعليه مثله بحر (قوله فيصير المشتري قابضا اقتضاء) ما يقدر لتصحيح

نقد ملك المأمور مالا يملكه الأمر وما في الخائفة على خلاف هذا إما رواية أو غلط من الكتاب كما بسطه العبادي (أو وقفه) وقفا صحيحا ، لأنه استهلكه حين وقفه وأخرجه عن ملكه ، وما في جامع الفصولين على خلاف هذا غير صحيح كما بسطه المصنف (أو رهنه أو أوصى) أو تصدق (به) نفذ البيع الفاسد في جميع ما أمر

الكلام كإعتق عبدك عنى بألف فإنه يقتضى سبق البيع ليصبح العتق عن الأمر وهنا كذلك ، فإن صحة تصرف البائع عن المشتري تقتضى أن يقدر القبض سابقا عليه ولهذا قال في المنح عن الفصول العبادية ، وإنما كان كذلك لأنه لما أمر البائع بالعتق فقط طلب أن يسلمه على القبض ، وإذا أعتق البائع بأمره صار المشتري قابضا قبضا سابقا عليه اه فافهم :

مطلب ملك المأمور مالا يملكه الأمر

(قوله مالا يملكه الأمر) فإن الأمر وهو المشتري لا يصبح إعتاقه بنفسه ، ولا يجوز له الطحن والذبح ، لكن الظاهر أن المأمور وهو البائع في مسألة الطحن والذبح لا يجوز له أيضا ، لأن الواجب عليه الفسخ رفعا للمعصية كما أمر ، وفي فعله ذلك تقريرها ، فقد استوى الأمر والمأمور في ذلك ولذلك ذكر في البحر مسألة الأمر بالعتق فقط : ثم قال : وهذه عجيبة حيث ملك المأمور مالا يملك الأمر اه . والظاهر أن البائع يأثم بالعتق أيضا لما قلنا ، ولكن الذى ملكه هو دون الأمر إنما هو نفاذ العتق مع قطع النظر عن الإثم وعدمه كما في باقى تصرفات المشتري بعد القبض هذا ما ظهر لي فتدبره :

[تنبيه] لهذه المسألة نظير يملك المأمور فيه مالا يملكه الأمر ، وهو ما أمر في قول المتن أو أمر المسلم ببيع خمر أو خنزير أو شراهما ذميا ، أو أمر المحرم غيره ببيع صيده (قوله وما في الخائفة الخ) أى حيث جعل العتق عن البائع والدقيق والشاة له أيضا ؛ ومثله في البرازية أيضا (قوله كما بسطه العبادي) وأقره في جامع الفصولين (قوله وقفا صحيحا) فلو فاسدا كان اشترط فيه بيعه عند الحاجة لا يمنع الفسخ ط (قوله وأخرجه عن ملكه) عطف لازم على قوله وقفه (قوله وما في جامع الفصولين) حيث قل : ولو وقفه أو جعله مسجدا لا يبطل حق الفسخ مالم بين اه ح أى فالمانع من الفسخ هو البناء (قوله غير صحيح) حمله في النهى على إحدى روايتين ، وهو أولى من التغليب ح ، وحمله في البحر على ما إذا لم يقض به ، أما إذا قضى به فإنه يرتفع الفساد للزومه :

قلت : لكن المسجد يلزم بدون القضاء اتفاقا فافهم (قوله أو رهنه) أى وسامه لأن الرهن لا يلزم بدونه (قوله أو أوصى به) أى ثم مات لأنه ينتقل من ملكه إلى ملك الموصى له وهو ملك مبتدأ فصار كما لو باعه منح (قوله أو تصدق به) أى وسلمه ، لأنه لا يخرج عن ملك المتصدق بدون تسليم (قوله نفذ البيع الفاسد) أى لزم وإلا فالأصل أن النافذ ما قابل الموقوف واللازم مالا خيار فيه ، وهذا فيه خيار الفساد ، وهذه التصرفات لزم تأمل . ثم إن الشارح تبع المصنف حيث جعل فاعل نفذ هو البيع الفاسد ، والمفهوم من الهداية أن انفعال ضمير يعود إلى ما ذكر من التصرفات . وقال في الفتح : فإذا أعتقه أو باعه أو وهبه وسامه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا من أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته فيه ، وإنما وجبت القيمة لأنه انقطع حق الاسترداد لتعلق حق العبدية ، والاسترداد حق الشرع وحق العبد مقدم لفقره فقد فوت المكنة بتأخير التوبة اه مخلصا : أى أن الواجب عليه كان هو التوبة بالفسخ والاسترداد وتأخيرها إلى وجود هذه التصرفات التى تعاقبها حق عبيد يكون قد فوّت مكنته من الاسترداد فتعين لزوم القيمة ، ومقتضاه أن المعصية تقررت عليه فلا يخرج عن عهدتها إلا بالتوبة وأن الفسخ

واعتنع الفسخ لتعلق حق العبد به إلا في أربع مذكورة في الأشباه ، وكذا كل تصرف قولى غير إجارة ونكاح
وهل يبطل نكاح الأمة بالفسخ المختار نعم ولو الجلية ، ومتى زال المانع

قبل هذه التصرفات توبة كما يشير إليه قوله الشارح رفعاً للمعضية (قوله إلا في أربع الخ) عبارة الأشباه : العقد
الفساد إذا تعلق به حق عبد لزم وارتفع الفساد إلا في مسائل : أجر فاسدا فأجر المستأجر صحيحاً فللأول نقضها المشتري
من المكره لو باع صحيحاً فلامكره نقضه المشتري فاسداً إذا أجر فللبائع نقضه ، وكذا إذا زوج اه : وأنت خير
بأن كلام المتن في تصرف المشتري فاسداً فلا يصح استثناء الأولى لعدم دخولها وكذا الثانية لاحتراز المتن عنها ،
والصورة الثالثة والرابعة ذكرهما الشارح حيث قال غير إجارة ونكاح اه ح :

قلت : والضائر في نقضه للعقد الأول بقريظة الاستثناء ، وعليه فقوله وكذا إذا زوج : أى يكون للبائع نقض
البيع لا التزويج ، فلا ينافى في ما يأتى تحريره (قوله وكذا كل تصرف قولى) عطف على قوله في جميع ما مر وأراد به نحو
التدبير ، وما لو جعله مهراً أو بدل صلح أو إجارة أو غير ذلك مما يخرج عن ملكه كما تفيد به عبارة النقاية التي
نقلناها عند قوله فإن باعه (قوله غير إجارة ونكاح) أى فلا يمنعان الفسخ لأن الإجارة تفسخ بالأعذار ورفع
الفساد من الأعذار والنكاح ليس فيه إخراج عن الملك بحر (قوله وهل يبطل نكاح الأمة) لما ذكر أن النكاح
لا يمنع البائع من فسخ البيع أراد أن يبين أنه هل يفسخ النكاح الذى عقده المشتري كما تفسخ الإجارة أم لا (قوله
المختار نعم ولو الجلية) مخالف لما صرح به في الفتوح من عدم الانفساخ ، وكذا في الزيلعى وبغاية البيان عن التحفة :
وقال في المحتجبى إلا الإجارة وتزويج الأمة ، لكن الإجارة تفسخ بالاسترداد دون النكاح : وفي التارخانية عن
نوادير ابن سماعة : لو فسخ البيع للفساد وأخذ البائع الجارية مع نقصان التزويج ثم طلقها الزوج قبل الدخول رد
البائع على المشتري ما أخذه من النقصان : وفي السراج لا يفسخ النكاح لأنه لا يفسخ بالأعذار وقد عقده
المشتري وهى على ملكه . وقد نقل في البحر عبارة السراج . ثم قال : ويشكل عليه ما ذكره الولوالجى في الفصل
الأول من كتاب النكاح : لو زوج الجارية المبيعة قبل قبضها وانتقض البيع فإن النكاح يبطل في قول أبى يوسف
وهو المختار ، لأن البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الأصل معنى فصار كالأه لم يكن فكان النكاح باطلاً اه
إلا أن يحمل ما فى السراج على قول محمد أو يظهر بينهما فرق اه ما فى البحر ، وتبعه فى النهر والمنع ، وكتبت فيما
علقته على البحر أن الفرق موجود لأن كلام الولوالجى فيما قبل القبض ، وكلام السراج فيما بعد القبض المفيد للملك
ثم رأيت طنبه على ذلك الفرق ، وكذلك نبه عليه الخير الرملى فى حاشية المنع حيث قال العجب من ذلك مع أن
ما فى السراج فيما عقد بعد القبض ، وما فى الولوالجى قبل القبض كما هو صريح كل من العبارتين فكيف يستشكل
بإحداهما على الأخرى ، ولئن كان كلام السراج فى البيع الفاسد وكلام الولوالجى فى مطلق البيع ، فقد تقرر أن
فساد البيع كجائزه فى الأحكام فتأمل اه :

قلت : وبكفينا ما أسعناك لقله عن كتب المذهب ، على أن الظاهر أن كلام الولوالجى لا يمكن حمله على مطلق
البيع بل مراده البيع الفاسد ، لأن البيع الصحيح صورة إما أن ينتقض بالاستحقاق أو بالخيار أو بهلاك المبيع
قبل قبضه ، ولا فرق فى الأولين بين ما قبل القبض وما بعده لعدم الملك أصلاً فتخصيصه بالحكم بما قبل
القبض دليل على أنه أراد البيع الفاسد ، فإذا زوجها المشتري قبل القبض ثم فسخ العقد يظهر بطلان النكاح
لكونه قبل الملك ، بخلاف ما إذا زوجها بعده لأنه زوجها وهى فى ملكه فلا يفسخ النكاح بفسخ البيع . وأما
إذا ماتت الجارية قبل قبضها فى بد البائع فقد صرح فى متفرقات بيوع البحر عن الفتوح بأنه لا يبطل النكاح وإن

مرجوع هبة وعجز مكاتب وفك رهن عاد حق الفسخ لو قبل القضاء بالقيمة لا بعده (ولا يبطل حق الفسخ بموت أحدهما) فيحلفه الوارث به يفتى (و) بعد الفسخ (لا يأخذه) بانه (حتى برد ثمنه) المنقود ، بخلاف ما لو شري من مديونه بدينه شراء فاسدا فليس للمشتري حبسه لاستيفاء دينه كإجارة ورهن وعقد صحيح والفرق في الكافي

بطل البيع (قوله كرجوع هبة) أي رجوع واهب في هبته بقضاء أو بدونه كما في البحر عن الفتح (قوله عاد حق الفسخ) لأن هذه العقود لم توجب الفسخ من كل وجه في حق الكل فصولين ، وكذا لو فسخ البيع بعيب بعد قبضه بقضاء فللبائع حق الفسخ لو لم يقض بقيمته ازوال المانع ، ولو رد بعيب بلا قضاء لا يعود حق الفسخ ، كما لو اشتراه ثانيا بجر لأن رده بلا قضاء عقد جديد في حق ثالث (قوله لا بعده) أي لو زال المانع بعد القضاء بالقيمة على المشتري لا يعود حق الفسخ ، لأن القاضي أبطل حق البائع في العين ، ونقله إلى القيمة بإذن الشرع فلا يعود حقه إلى العين وإن ارتفع السبب ، كما لو قضى على الغاصب بقيمة المغصوب بسبب الإباق ثم عاد العبد ذخيرة ، ومراده بالقيمة ما يعم المثل (قوله بموت أحدهما) وكذا بالإجارة والرهن كما علمته (قوله حتى برد ثمنه) أي ما قبضه البائع من ثمن أو قيمة كما في الفتح (قوله المنقود) لأن المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن فتح ، والمراد بالمنقود المقبوض احترازا عن الدين (قوله بخلاف ما لو شري) أي بخلاف غير المنقود كما لو شري الخ (قوله كإجارة ورهن) أي فاسدين هـ ح ، وقوله وعقد صحيح قيل صوابه بخلاف عقد صحيح لما في النهر أما إذا لم يكن الثمن منقودا ، كما إذا اشتري من مديونه عبدا بدين سابق شراء فاسدا وقبضه بالإذن فأراد البائع أخذه بحكم الفساد ليس للمشتري حبسه لاستيفاء ماله عليه من الدين والإجارة الفاسدة ، وكذا الرهن الفاسد على هذا بخلاف ما إذا كان العقد صحيحا في الأبواب الثلاثة هـ :

قلت هذا بناء على ما فهمه المعترض وهو غير متعين لأنه يمكن حمل كلام الشارح على وجه صحيح ، وهو أن قوله كإجارة ورهن راجع لأصل المسألة ، وهو قوله لا يأخذه حتى يرد الثمن المنقود فيكون المراد ما إذا كان بدل الإجارة والرهن منقودين :

قال في البحر : أشار المؤلف إلى أنه لو استأجر إجارة فاسدة ونقد الأجرة أو ارتهن رهنا فاسدا أو أقرض قرضا فاسدا وأخذ به رهنا كان له أن يحبس ما استأجر ، وما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجائز إذا فاسدا ونحوه في الفتح ، وعليه فقوله وعقد صحيح قصد بذكره أن هذه العقود مثله إذا كان البدل فيها منقودا فإنه إذا كان منقودا لا فرق بين العقد الصحيح والفساد في ثبوت حق الحبس بعد الفسخ في الكل ، بل الفرق بينهما في غير المنقود :

قال في جامع الفصولين برمز الخانية : شري من مديونه فاسدا ففسخ ليس له حبس المبيع لاستيفاء دينه ، وكذا لو آجر من دائه إجارة فاسدة ، واو كان عقد البيع أو الإجارة جائزا فله الحبس لدينه هـ ، فأفاد أن له الحبس في العقد الجائز إذا كان البدل غير دين بالأولى فانهم (قوله والفرق في الكافي) أي الفرق بين الفساد والصحيح إذا كان البدل غير منقود حيث يملك الحبس في الصحيح دون الفساد هو ما ذكره في كافي النسفي :

وحاصله أنه لما وجب للمدين على المشتري مثل الدين صار الثمن قصاصا لاستوائهما قدرا ووصفا فاعتبر بما لو استوفيا حقيقة فكان له حق الحبس ، وفي الفساد لم يملك الثمن بل تجب قيمة المبيع عند القبض وهي قبله غير مقررة لاحتمالها السقوط بالفسخ ودين المشتري مقرر ، والمقاصة إنما تكون عند الاستواء وصفا فلم يكن له حق

(فإن مات) أحدهما أو المؤجر أو المستقرض أو الراهن فاسداً عينى وزبامى بعد الفسخ (فالشترى) ونحوه (أحق به) من سائر الغرماء بل قبل تجهيزه فله حق حبسه حتى يأخذ ماله (فبأخذ) المشتري (دراهم الثمن بعينها أو قائمة ، ومثلها أو هالككة) بناء على تعيين الدراهم في البيع الفاسد وهو الأصح (و) إنما (طاب للبائع ما ربح) في الثمن

الحبس اه (قوله فإن مات أحدهما) عبارة الزبامى : فإن مات البائع وهي أنسب لقول المصنف فالمشتري أحق (قوله والمستقرض) بأن استقرض قرضاً فاسداً وأعطى به رهناً بجر (قوله فاسداً) حال من الكل ، وفيه وصف التعاقد بصفة عقده مجازاً لأنه محله (قوله بعد الفسخ) نص على المتوهم فإن الحكم كذلك قبل الفسخ بالأولى ط (قوله فالمشتري ونحوه) أي المستأجر والمقرض والمرتهن .

وحاصله أن الحى الذى بيده عين المبيع أو المستأجر أو الراهن أحق بما في يده من العين من غرماء الآخر الميت حتى يقبض ما نقد قال في الفتح لأنه مقدم عليه قال في حياته ، فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته ، إلا أن الرهن مضمون بقدر الدين والمشتري بقدر ما أعطى ، فما فضل فالغرماء اه . قال الرحمتى : لكن سيأتى في كتاب الإجارة أن الراهن فاسداً أسوة (١) الغرماء ؛ وسيأتى آخر الرهن مثل ما هنا ووفقنا بأن ما هنا وما يأتى في الرهن إذا كان الرهن سابقاً على الدين ، وما في الإجارة إذا كان الدين متقدماً على الرهن اه وسيأتى توضيحه في آخر الرهن إن شاء الله تعالى .

[تنبيه] لم يذكر ما إذا مات المشتري فاسداً . وفي الخلاصة والبرازية : ولو مات المشتري فالبايع أحق من سائر الغرماء بما ليته ، فإن زاد شيء فهو للغرماء اه ومعناه أنه او اشترى عبداً فاسداً وتقابضاً ثم مات المشتري وعليه ديون وفسخ البائع البيع مع الورثة فالبايع أحق بمالية العبد وهي ما قبضه من المشتري حتى يسترد العبد المبيع ، كما لو مات البائع فإن كانت قيمة العبد أكثر مما قبض فالزائد للغرماء ، هذا ما ظهر لي فتأمله (قوله بل قبل تجهيزه) أى تجهيز البائع أو المؤجر وما بعده ، بمعنى أنه لو مات وكان المبيع ثوباً مثلاً احتجبت لتكفينه به فالمشتري حبسه حتى يأخذ ماله : قال ط : والأولى أن يقول بل من تجهيزه .

مطلب في تعيين الدراهم في العقد الفاسد

(قوله بناء على تعيين الدراهم) المراد بها ما يشمل الدينانير . وفي الأشباه : النقد لا يتعين في المعاوضات ، وتعيينه في العقد الفاسد روايتان ، ورجح بعضهم تفصيلاً بأن ما فسد من أصله أى كما لو ظهر المبيع حراً أو أم ولد يتعين فيه لا فيما انتقض بعد صحته : أى كما لو هلك المبيع قبل التسليم والصحيح تعيينه في الصرف بعد فساده وبعده هلاك المبيع ، وفي الدين المشترك فيؤثر برد نصف ما قبض على شريكه ، وفيها إذا تبين بطلان القضاء ، فأو ادعى على آخر مالا وأخذه ثم أفر أنه لم يكن له على خصمه حق فعلى المدعى رد عين ما قبض ما دام قائماً ، ولا يتعين في المهر وأو بعد الطلاق قبل الدخول فترد مثل نصفه ولذا أزمها زكاته لو نصا بأحوايا عندها ولا في النذر والوكالة قبل التسليم ؛ وأما بعده فالعامية كذلك وتعين الأمانات والهبة والصدقة والشركة والمضاربة والغصب ، ونماه . في جامع النصولين اه (قول المصنف وطاب للبائع ما ربح لا للمشتري) صورة المسألة ما ذكره محمد في الجامع الصغير : اشترى من رجل جارياً ببيعاً فاسداً بألف درهم وتقابضاً وربح كل منهما فيما قبض يتصدق الذى قبض الجارية بالربح وبطيّب الربح للذى قبض الدراهم اه .

(١) (قوله أن الراهن أسوة) لعل صحابه أن المرتهن أسوة للغرماء، إذ لا معنى لكون الراهن أسوة للغرماء فإنه طابوب لاطالب اه.

لاعلى الرواية الصحيحة المقابلة للأصح ، بل على الأصح أيضا لأن الثمن في العقد الثاني غير متعين ، ولا يضر تعيينه في الأول كما أفاده سعدى (لا) يطيب (للمشتري) ما ربح في بيع يتعين بالتعيين بأن باعه بأزيد لتعلق النقد بعينه فتمكن الخبث في الربح فيصدق به (كما طاب ربح مال ادعاه) على آخر فصدقه على ذلك (ففضى له) أى أو فاه إياه (ثم ظهر عدمه بتصادقهما) أنه لم يكن عليه شيء لأن بدل المستحق مملوكا ملكا فاسدا ، والخبث لفساد الملك إنما يعمل فيما يتعين لا فيما لا يتعين ، وأما الخبث لعدم الملك كالغصب فيعمل فيهما كما بسطه خسرو وابن الكمال .

وقول الشارح وإنما طاب الخ أوردته في صورة جواب عما استشكله صدر الشريعة وصاحب العناية والفتح والدور والبحر والمنع وغيرهم ، من أن المذكور في المتون من أن الربح يطيب للبائع في الثمن النقد هو الموافق للرواية المنصوصة في الجامع الصغير ، وهو صريح في أن الدراهم لا يتعين في البيع الفاسد فيناقض قولهم إن تعيينها فيه هو الأصح فإنه يقتضى أن الأصح أنه لا يطيب الربح للبائع فيما قبض . وقد أجاب العلامة سعدى جابى في حاشية العناية بما أشار إليه الشارح وهو أنه يطيب على كل من القولين ، لأن عدم التعيين إنما هو في العقد الثاني الصحيح لا في العقد الأول الفاسد .

وبيانه أنه إذا باع فاسدا وقبض دراهم الثمن ثم فسخ العقد يجب رد تلك الدراهم بعينها على المشتري لأن الأصح تعيينها في البيع الفاسد ؛ فلو اشترى بها عبدا مثلا شراء صحيحا طاب له ما ربح لأنها لا تتعين في هذا العقد الثاني لكونه عقدا صحيحا ، حتى لو أشار إليها وقت العقد له دفع غيرها لعدم تعيينها في هذا العقد الصحيح لا ينافى كون الأصح تعيينها في العقد الفاسد . وقد أجاب العلامة الخير الرملى بمثل ما أجاب العلامة سعدى قبل اطلاعه عليه وقال إنى فى عجب عجيب من فهم هؤلاء الأجلاء المتناقض من مثل هذا مع ظهوره (قوله لا على الرواية الصحيحة) أى القائلة بعدم تعيين الدراهم فى العقد الفاسد اه ح (قوله فى بيع يتعين بالتعيين) أراد بالبيع المبيع ، وأشار بقوله يتعين بالتعيين كالعبد مثلا إلى وجه الفرق بين طيب الربح للبائع لا للمشتري ، وهو أن ما يتعين بالتعيين يتعاقب العقد به فتمكن الخبث فيه ، والنقد لا يتعين فى عقود المعاوضة ، فلم يتعلق العقد الثانى بعينه ، فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصديق كما فى الهداية ، وإنما لم يتعين النقد لأن ثمن المبيع يثبت فى الذمة ، بخلاف نفس المبيع لأن العقد يتعلق بعينه ، ومفاد هذا الفرق أنه لو كان بيع مقابضة لا يطيب الربح لها ، لأن كلا من البديلين مبيع من وجه ولو كان عقد صرف يطيب لها ، لكن قدمنا آنفا عن الأشباه أن الصحيح تعيينه فى الصرف بعد فساده وفى شرح البيرى عن الخلاطى أنه الصحيح المذكور فى عامة الروايات اه فافهم (قوله بأن باعه بأزيد) تصوير لظهور الربح فلا يطيب له ذلك الزائد عما اشترى به ، وأفاد أن ذلك فى أول عقد : وأما إذا أخذ الثمن واتجر وربح بعده أيضا يطيب له لعدم التعيين فى العقد الثانى كما نبه عليه ط ، وهو ظاهر ممامر (قوله كما طاب الخ) صورته مانى الجامع الصغير أيضا : لو ادعى على آخر مالا ففضاه ثم تصادقا على أنه لم يكن له عليه شيء وقد ربح المدعى فى الدراهم التى قبضها على أنها دينه يطيب له الربح ، لأن الدين وجب بالإقرار عند الدعوى ثم استحق بالتصادق وكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين ، وبدل المستحق مملوك ملكا فاسدا بدليل أن من اشترى عبدا بجزارية أو ثوب ثم أعتق العبد واستحققت الجزارية بضح عتق العبد ، فلو لم يكن بدل المستحق مملوكا لم يصح العتق إذ لا عتق فى غير الملك ، وتماه فى الفتح (قوله لأن بدل المستحق مملوكا) كذا فيما رأيت فى عدة نسخ بنصب مملوكا ، وهو كذلك فى بعض نسخ النهر ، وفى بعضها بالرفع وهو الصواب على اللغة المشهورة فى رفع خبر إن (قوله فيما يتعين) كالعروض لا فيما لا يتعين كالنقود ، ومربى بيانه (قوله كالغصب) وكالوديعة ، فإذا تصرف الغاصب أو المودع فى العرض أو النقد

وقال الكمال : لو تعمد الكذب في دعواه الدين لا يملكه أصلا ، وقواه في النهر : وفيه : الحرام ينتقل ، فلو دخل بأمان وأخذ مال حربى بلا رضاه وأخرجه إلينا ملكه وصح بيعه ، لكن لا يطيب له ولا للمشتري منه ، بخلاف البيع الفاسد فإنه لا يطيب له لفساد عقده ويطيب للمشتري منه لصحة عقده ، وفي حظر الأشباه : الحرمة تتعدد

يتصدق بالربح لتعلق العقد بمال غيره ، وتماه في الدرر (قوله وقال الكمال الخ) تقييد لما في المتن (قوله لا يملكه أصلا) لأنه متيقن أنه لا ملك له فيه فتح : أى فلا يطيب له ما ربح مطلقا سواء تعين أولا (قوله وقواه في النهر) بتصریحهم في الإقرار بأن المقر له إذا كان يعلم أن المقر كاذب في إقراره لا يهل له أخذه عن كره منه ، أما لو اشتبه الأمر عليه حل له الأخذ عند محمد خلافا لأبي يوسف ، وحينئذ لا يطيب له ربحه ، ويحمل الكلام ههنا على ما إذا ظن أن عليه ديننا بالإرث من أبيه ثم تبين أن وكيله أو فاه لأبيه فتصادقا على أن لادين فحينئذ يطيب له ، وهذا فقه حسن فتدبره اه ونقله عنه الرملى وأقره ، وبه اندفع ما في البحر من أن ظاهر إطلاقهم خلاف ما في الفتح (قوله الحرام ينتقل) أى تنتقل حرمة وإن تداولته الأيدي وتبدلت الأملاك ، ويأتى تمامه قريبا (قوله ولا للمشتري منه) فيكون بشرائه منه مسيئا لأنه ملكه بكسب خبيث ، وفي شرائه تقرير للخبيث ويؤمر بما كان يؤمر به البائع من رده على الحربى ، لأن وجوب الرد على البائع إنما كان لمراعاة ملك الحربى ولأجل غدر الأمان ، وهذا المعنى قائم في ملك المشتري كما في ملك البائع الذى أخرجه ، بخلاف المشتري شراء فاسدا إذا باعه من غيره بيعا صحيحا فإن الثانى لا يؤمر بالرد وإن كان البائع مأمورا به ، لأن الموجب للرد قد زال ببيعه ، لأن وجوب الرد بفساد البيع حكمه مقصور على ملك المشتري وقد زال ملكه بالبيع من غيره ، كذا في شرح السير الكبير للسرخسى من الباب الخامس بعد المائة :

مطلب البيع الفاسد لا يطيب له ويطيب للمشتري منه

(قوله ويطيب للمشتري منه لصحة عقده) فيه أن عقد المشتري في المسألة الأولى صحيح أيضا ، وقد ذكر هذا الحكم في البحر معزيا للإسديجاني بدون هذا التعليل ، فكان المناسب إسقاطه : ثم اعلم أنه ذكر في شرح السير الكبير في الباب الثانى والستين بعد المائة أنه إن لم يرد ديكره للمسامين شراؤه منه لأنه ملك خبيث بمنزلة المشتري فاسدا إذا أراد بيع المشتري بعد القبض يكره شراؤه منه وإن نفذ فيه بيعه وعقده لأنه ملك حصل له بسبب حرام شرعا اه فهذا مخالف لقوله ويطيب للمشتري : وقد يجاب بأن ما أخرجه من دار الحرب لما وجب على المشتري رده على الحربى ابقاء المعنى الموجب على البائع رده تمكن الخبيث فيه فلم يطب للمشتري أيضا كالبائع ، بخلاف البيع الفاسد فإن رده واجب على البائع قبل البيع لاعلى المشتري لعدم بقاء المعنى الموجب للرد كما قدمناه فلم يتمكن الخبيث فيه فلذا طاب للمشتري ، وهذا لا ينافى أن نفس الشراء مكروه لحصوله للبائع بسبب حرام ، ولأن فيه إعراضا عن الفسخ الواجب ، هذا ما ظهرلى :

مطلب الحرمة تتعدد

(قوله الحرمة تتعدد الخ) نقل الحموى عن سيدى عبد الوهاب الشعرانى أنه قال في كتابه المتن : وما نقل عن بعض الحنفية من أن الحرام لا يتعدى ذميين : سألت عنه الشهاب بن الشلبى فقال : هو محمول على ما إذا لم يعلم بذلك ، أما لو رأى المكاس مثلا يأخذ من أحد شيننا من المكس ثم يعطيه آخر ثم يأخذ من ذلك الآخر آخر فهو حرام اه :

مع العلم بها إلا في حق الوارث ، وقيدته في الظهيرية بأن لا يعلم أرباب الأموال ، وسنحقة ثمة :
(بنى أو غرس فيما اشتراه فاسدا) شروع فيما يقطع حق الاسترداد من الأفعال الحسية بعد الفراغ من القولية
(لزمه قيمتهما) وامتنع الفسخ . وقال: ينقضهما ويرد المبيع ، ورجحه الكمال . وتعقبه في النهر لخصولها بتسليط البائع ،

مطلب فيمن ورث مالا حراما

(قوله إلا في حق الوارث الخ) أى فإنه إذا علم أن كسب مورثه حرام يحل له ، لكن إذا علم المالك بعينه فلا شك في حرمة ووجوب رده عليه ، وهذا معنى قوله وقيدته في الظهيرية الخ : وفي منية المفتى : مات رجل ويعلم الوارث أن أباه كان يكسب من حيث لا يحل ولا يكن لا يعلم الطالب بعينه ليرد عليه حل له الإرث والأفضل أن يتورع ويتصدق بأية خصماء أبيه اه وكذا لا يحل إذا علم عين الغضب مثلا وإن لم يعلم مالكة ، لما في البرازية أخذ مورثه رشوة أو ظلما ، إن علم ذلك بعينه لا يحل له أخذه وإلا فله أخذه حكما أما في الديانة فيتصدق به بنية إرضاء الخصماء اه .

والحاصل أنه إن علم أرباب الأموال وجب رده عليهم ، وإلا فإن علم عين الحرام لا يحل له ويتصدق به بنية صاحبه وإن كان مالا مختلطا مجتمعا من الحرام ولا يعلم أربابه ولا شيئا منه بعينه حل له حكما ، والأحسن ديانة المتزوجه
ففي الذخيرة: سئل الفقيه أبو جعفر عن اكتسب ماله من أمراء الساطان ومن الغرامات المحرمات وغير ذلك هل يس
لمن عرف ذلك أن يأكل من طعامه؟ قال أحب إلى في دينه أن لا يأكل ويسعه حكما إن لم يكن ذلك الطعام غصبا أو رشوة
وفي الخانية: امرأة زوجها في أرض الجور ، إن أكلت من طعامه ولم يكن عين ذلك الطعام غصبا فهى في سعة من أكله
وكذا لو اشترى طعاما أو كسوة من مال أصله ليس بطيب فهى في سعة من تناوله والإثم على الزوج اه (قوله
وسنحقة ثمة) أى في كتاب الحظر والإباحة . قال هناك بعد ذكره ما هنا لكن في المجتبى: مات وكسبه حرام فالإرث
حلال ، ثم رمز وقال: لاناخذ بهذه الرواية ، وهو حرام مطلقا على الورثة فتنبه اه ح ، ومفاده الحرمة وإن لم يعلم
أربابه وينبغى تقييده بما إذا كان عين الحرام ليوافق مانقائنا ، إذ لو اختلط بحيث لا يتميز بملكه ملكا خبيثا ،
لكن لا يحل له التصرف فيه مالم يؤد بدله كما حققناه قبيل باب زكاة المال فتأمل :

مطلب في أحكام زيادة المبيع فاسدا

(قوله بنى أو غرس فيما اشتراه فاسدا) وكذا لو شرى فاسدا قاضبان نخل فغرسه وأطعم وإن شراه طعاما فغرسه
فكذلك عنده ، وعند الثاني يقلعه إن لم يضر الأرض ذخيرة (قوله لزمه قيمتهما) أى قيمة الدار والأرض منح
والأولى أفراد الضمير لأن العطف بأو ، وعلة الكرخى في مختصره بأن البناء استهلاك عند الإمام: أى ومثله الغرس
لأن البناء والغرس يقصد بهما الدوام وقد حصل بتسليط من البائع فينقطع بهما حق الاسترداد كالبيع (قوله
ورجحه) حيث قال وقولها أوجه ، وكون البناء يقصد للدوام يمنع للاتفاق في الإجارة على إيجاب القلع ، فظهر
أنه قد يراد للبقاء وقد لا ، فإن قال إن المستأجر يعلم أنه يكلف القلع ففعله مع ذلك دليل على أنه لم يرد البقاء قلنا
المشترى فاسدا أيضا يكلف القلع عندنا اه (قوله وتعقبه في النهر الخ) حيث قال : أقول : البناء الحاصل بتسليط
البائع إنما يقصد به الدوام ، بخلاف الإجارة ؛ وبهذا عرف أن محط الاستدلال إنما هو التسليط من البائع ، وكل ما هو
كذلك ينقطع به حق الاسترداد اه .

قلت : وفيه أن المؤجر أيضا سلب المستأجر على الانقاع بأرضه والمستأجر يملك البناء ، فالأحسن الجواب بالفرق

وكذا كل زيادة متصلة غير متولدة كصبيغ وخباطة وطحن حنطة وات سويق وغزل قطن وجارية علفت منه فلو منفصلة كولد أو متولدة كسمن فله الفسخ ، وبضمنها باستهلاكها سوى منفصلة غير متولدة جوهره : وفي جامع الفصولين : لو نقص في يد المشتري بفعل المشتري أو المبيع أو بأفة سماوية أخذه البائع مع الأرض ، ولو بفعل البائع صار مستردا

بين التسليطين بأن البائع سلطه على المبيع على وجه قد ينقطع به حق الاسترداد ، بأن يخرج عن ملكه ببيع ونحوه أو بأن يفعل فيه ما يقصد به الدوام لجواز أن لا يطلب البائع الفسخ قبله ، بخلاف المؤجر فإنه إنما سلطه في وقت خاص وأما كون الفسخ حقا للشرع فلا يبطل بتسليط البائع فينقض بأنه قد بطل بإخراجه عن ملكه ببيع ونحوه وهو بتسليط البائع ، فكذا هنا تقديم الحق العبد لفقره ، وكون البيع ونحوه تعاق به حق الغير فيقدم : وهنا تعلق به حق العاقد العاصي فلا يقدم قد يمنع بأن العاصي لم يبطل الشرع حقه ، كمن غصب حجرا وجعله أس حائطه بضمن قيمته ولا يكلف بنقص الحائط فافهم (قوله وكذا) أي ومثل البناء والغرس في امتناع الفسخ كل زيادة متصلة بالمبيع غير متولدة منه (قوله وجارية علفت منه) جعله من الزيادة الغير المتولدة نظرا لما الرجل ط (قوله فلو منفصلة كولد الخ) أي بأن ولدت من غير المشتري : وفي الجوهره : لو كانت الزيادة متصلة غير متولدة كالصبيغ والخباطة انقطع حق الفسخ ، وإن كانت متولدة أي كالسمن لا تمنع الفسخ وكذا منفصلة متولدة كالولد والعمر والأرض ، وإن هلكت هذه الزوائد في يد المشتري لا يضمنها ، وإن استهلكها ضمن ، وإن هلك المبيع فقط فللبائع أخذها وأخذ قيمة المبيع يوم القبض ، وإن كانت منفصلة غير متولدة كالكسب والهبة فللبائع أخذ المبيع معها ولا تطيب له ويتصدق بها ، وإن هلكت في يد المشتري لا يضمن ، وكذا لو استهلكها عنده : وعندهما يضمن ، وإن استهلك المبيع فقط ضمنه والزوائد له لتقرر ضمان الأصل اه ملخصا : وبه علم أن الزيادة بأقسامها الأربع لا تمنع الفسخ إلا المتصلة الغير المتولدة ، أما المتصلة المتولدة كالسمن والمنفصلة المتولدة كالولد والغير المتولدة كالكسب فإنها لا تمنع الفسخ ، وأنه يضمن المنفصلة المتولدة بالاستهلاك لا بالهلاك ، وكذا غير المتولدة عندهما لا عنده ، وهذا التقرير أيضا موافق لما في البحر عن جامع الفصولين (قوله سوى منفصلة غير متولدة) أي كالكسب ، وهذا استثناء من قوله وبضمنها باستهلاكها فإن هذه لا تضمن بالاستهلاك عند الإمام كما علمته :

مطلب أحكام نقصان المبيع فاسدا

(قوله لو نقص الخ) شروع في حكم نقصان المبيع فاسدا بعد بيان زيادته (قوله أخذه البائع مع الأرض) أي أرش النقصان ، ويجبر على ذلك لو أراد المشتري ، لما في جامع الفصولين : لو قطع ثوبا شراه فاسدا ولم يخطه حتى أودعه عند بائعه يضمن نقص القطع لا قيمته لو صوله إلى ربه إلا قدر نقصه فوقه عن الرد المستحق : قال : هذا العليل إشارة إلى أن المبيع فاسدا إذا نقص في يد المشتري لا يبطل حقه في الرد ، إذ لو بطل لما كان الرد مستحقا عليه اه فهو كما ترى ناطق بما قلنا رملي :

[تنبيه] لو زال العيب رجع المشتري على البائع بالأرض الذي دفعه إليه ، كما لو ابيضت عين الجارية في يد المشتري فاسدا وردا مع نصف القيمة ثم ذهب البياض فعلى البائع رد الأرض كما في التارخانية ، ومثاله ما قدمناه عنها فيما لو زوج المشتري الأمة ثم فسخ البيع وأخذ البائع نقصان التزويج ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها رجع المشتري على البائع بما أخذ (قوله صار مستردا) حتى لو هلك عند المشتري ولم يوجد منه حوس عن البائع هلك على البائع جامع

ولو بفعل أجنبي خير البائع .

(وكره) تحريما منع الصحة (البيع عند الأذان الأول) إلا إذا تبايعا بمشيان فلا بأس به لتعليل النهي بالإخلال بالسعي ، فإذا انتفى انتفى ، وقد خص منه من لاجمة عليه ذكره المصنف :

(و) كره (النجش) بفتحين ويسكن : أن يزيد ولا يريد الشراء أو يمدحه بما ليس فيه ليروجه ويجرى في النكاح وغيره : ثم النهي محمول على ما (إذا كانت السلعة بلغت قيمتها ، أما إذا لم تبلغ لا) بكره لانتفاع الخداع عناية (والسوم على سوم غيره) ولو ذميا أو مستأمنا ،

الفصولين (قوله محير البائع) إن شاء أخذه من المشتري وهو يرجع على الجاني ، وإن شاء اتبع الجاني وهو لا يرجع على المشتري جامع الفصولين (قوله وكره تحريما مع الصحة) أشار إلى وجه تأخير المكروه عن الفاسد مع اشتراكهما في حكم المنع الشرعي والإثم ، وذلك أنه دونه من حيث صحته وعدم فساد ، لأن النهي باعتبار معنى مجاور للبيع لا في صلبه ولا في شرائط صحته ، ومثل هذا النهي لا يوجب الفساد بل الكراهية كما في الدرر : وفيها أيضا أنه لا يجب فسخه ويملك المبيع قبل القبض ويجب الثمن لا القيمة اهـ لكن في النهر عن النهاية أن فسخه واجب على كل منهما أيضا صونا لهما عن المحذور ، وعليه مشى الشارح في آخر الباب ، ويأتي تمامه (قوله عند الأذان الأول) وهو الذي يجب السعي عنده (قوله إلا إذا تبايعا بمشيان الخ) قال الزيلعي : هذا مشكل ، فإن الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا ، فن أطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ ، فلا يجوز بالرأي شربلاية : والجواب ما أشار إليه الشارح من أن النص معلل بالإخلال بالسعي ومخصص ، لكن ما مشى عليه الشارح هنا مشى على خلافه في الجمعة تبعاً للبحر والزيلعي (قوله وقد خص منه الخ) جواب ثان : أي والعام إذا دخله التخصيص صار ظنيا فيجوز تخصيصه ثانيا بالرأي : أي بالاجتهاد ، وبه اندفع قول الزيلعي فلا يجوز أي بالرأي :

قلت : وفيه نظر ، فإن إشكال الزيلعي من حيث أن قوله تعالى - وذروا البيع - مطاق عن التقييد بحالة دون حالة ، فإن مفاد الآية الأمر بترك البيع عند النداء ، وهو شامل لحالة المشي ، والذي خص منه من لا تجب عليه الجمعة هو الواو في - فاسعوا - ولا يلزم منه تخصيص من ذكر أيضا في - وذروا البيع - لأن القرآن في النظم لا يلزم منه المشاركة في الحكم كما تقرر في كتب الأصول ، نظيره قوله تعالى - أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة - فإن الخطاب عام في الموضوعين ، لكن خص الدليل من الأول جماعة كالمريض العاجز ، ومن الثاني جماعة كالفقير مع أن المريض تلزمه الزكاة والفقير تلزمه الصلاة :

والحاصل أن الدليل خص من وجوب السعي جماعة كالمريض والمسافر ، ولم يرد الدليل بتخصيص هؤلاء من وجوب ترك البيع فيبقى الأمر شاملا لهم ، إلا أن يعلل بترك الإخلال بالسعي فيرجع إلى الجواب الأول فلم يفد الثاني شيئا فتأمل (قوله وكره النجش) لحديث الصحيحين « لا تتلقى الركبان للبيع ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ، ولا تناجشوا ، ولا يبيع حاضر لباد » فتح (قوله أو يمدحه) تفسير آخر ، عبر عنه في النهر بقيل نقلا عن القرمانى في شرح المقدمة قال : وفي القاموس ما يفيد (قوله في النكاح وغيره) أي كالإجارة ، وهذا ذكره المصنف في منحه (قوله لا يكره) بل ذكر القهستاني وابن الكمال عن شرح الطحاوى أنه في هذه الصورة محمود (قوله والسوم على سوم غيره) وكذا البيع على بيع غيره . ففي الصحيحين « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تلقي الركبان » إلى أن قال « وأن يستام الرجل على سوم أخيه » وفي الصحيحين أيضا « لا يبيع الرجل على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبه أخيه إلا أن يأذن له » :

وذكر الأخ في الحديث ليس قيذا بل لزيادة التنفير نهر، وهذا (بعد الاتفاق على مبلغ الثمن) أو المهر (وإلا لا) يكره لأنه بيع مع يزيد ، وقد باع عليه الصلاة والسلام قدحا وحلسا ببيع من يزيد (وتلقى الجلب) بمعنى المجاوب أو الجالب ، وهذا (إذا كان يضر بأهل البلد أو يلبس السعر) على الواردين لعدم علمهم به فيكره للضرر والغرر (أما إذا انتفيا فلا) يكره .

(و) كره (بيع الحاضر للبادي) وهذا (في حالة قحط وعوز وإلا لا) لانعدام الضرر ، قيل الحاضر الملك والبادي المشتري والأصح كما في المجتبى أنهما السمسار والبايع لموافقته آخر الحديث « دعوا الناس يرزق بعضهم بعضا »

وصورة السوم أن يتراضيا بثمرن ويقع الركون به فيجىء آخر فيدفع للمالك أكثر أو مثله .
وصورة البيع أن يتراضيا على ثمن سلعة فيقول آخر أنا أبيعك مثلها بأنقص من هذا الثمن أفاده في الفتح قال الخبير الرملي : ويدخل في السوم الإجارة ، إذ هي بيع المنافع (قوله بل لزيادة التنفير) لأن السوم على السوم يوجب إيحاشا وإضرارا ، وهو في حق الأخ أشد منعا . قال في النهر كقوله في الغيبة : ذكرك أخاك بما يكره ، إذ لا خفاء في منع غيبة الذمي (قوله وقد باع عليه الصلاة والسلام قدحا وحلسا الخ) رواه أصحاب السنن الأربعة في حديث مطول ذكره في الفتح : وفي المصباح : الحلس كساء يجعل على ظهر البعير تحت رحله جمعه أحلاس كحمل وأحمال والحلس بساط يبسط في البيت (قوله وتلقى الجلب) بفتحين وهو المراد من تاقى الركبان في الحديث الماز ، وهذا يؤيد تفسيره بالجلب ، لأن الركبان جمع راكب ، لكن الذي في المصباح والمغرب تفسيره بالمجلوب تأمل .
قال في الفتح : وللتلقي صورتان :

إحدهما أن يتاقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة ليبيعوه من أهل البلد بزيادة : وثانيهما (١) أن يشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر (قوله للضرر والغرر) لف ونشر مرتب ، فالضرر في الصورة الأولى والغرر بتلبيس السعر في الصورة الثانية (قوله وبيع الحاضر للبادي) لحديث الصحيحين عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتاقى الركبان ، وأن يبيع حاضر لباد » قال : قلت لابن عباس ما قوله حاضر لباد قال : لا يكون له سمسار فتح : والحاضر من كان من أهل الحاضر بخلاف البدو ، فالبادي من كان من أهل البادية أي البرية ، ويقال حضري وبدوي نسبة إلى الحضر والبدو (قوله في حالة قحط وعوز) القحط : انقطاع المطر . والعوز : بتحريك الواو الحاجة . قال في المصباح : عوز الشيء عوزا من باب تعب عز فلم يوجد ، وعزت الشيء أعوزه من باب قال احتجت إليه فلم أجده (قوله قيل الحاضر للمالك الخ) مشى عليه في الهداية حيث قال : وهو أن يبيع من أهل البدو طعاما في الثمن الغالي لما فيه الإضرار بهم أه أي بأهل البلد . قال الخبير الرملي : ويشهد لصحة هذا التفسير ما في الفصول العبادية عن أبي يوسف : لو أن أعرابا قدموا الكوفة وأرادوا أن يمتاروا منها ويضر ذلك بأهل الكوفة قال أمنعهم عن ذلك ، قال ألا ترى أن أهل البلدة يمنعون عن الشراء للحكرة فهذا أولى اه (قوله والأصح أنهما (٢) السمسار والبايع) بأن يصير الحاضر سمسارا للبادي البائع . قال في الفتح الخلواني : هو أن يمنع السمسار الحاضر القروي مع البيع ويقول له لا تبع أنت أنا أعلم بذلك فيقول له وبيع وبنغالي ، ولو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس (قوله لموافقته آخر الحديث) ولموافقته لتفسير راوي الحديث كما قدمناه عن الصحيحين (قوله دعوا الناس يرزق بعضهم بعضا) كذا في البحر : والذي في الفتح « دعوا الناس

(١) (قوله وثانيهما) هكذا بخطه ، والأولى وثانيهما كما لا يخفى اه مصححه .

(٢) (قوله والأصح أنهما الخ) الذي في نسخ الشارح : والأصح كما في المجتبى أنهما الخ اه .

ولذا عدى باللام لاجمن (لا) بكرة (بيع من يزيد) لما مر ويسمى بيع الدلالة (ولا يفرق) عبر بالنفي مبالغة في المنع ، لعنه عليه الصلاة والسلام من فرق بين والد وولده وأخ وأخيه « رواه ابن ماجه وغيره عيني : وعن الثاني فساده مطلقا ، وبه قال زفر والأئمة الثلاثة (بين صغير) غير بالغ (وذى رحم محرم منه) أى محرم من جهة الرحم لا الرضاع كابن عم هو أخ رضاعا فافهم (إلا إذا كان) التفريق بإعتاق وتوابعه ولو على مال ، أو ببيع ممن حلف بعته ، أو كان المالك كافرا لعدم مخاطبته بالشرائع ،

يرزق الله بعضهم من بعض ، ونقل الخير الرملى عن ابن حجر الهيثمى أن بعضهم : زاد دعوا الناس في غفلاتهم ، ونسبه لمسلم : قال : وهو غلط لا وجود لهذه الزيادة في مسلم ، بل ولا في كتب الحديث كما قضى به سبر ما بأيدي الناس منها اه (قوله ولذا عدى باللام لاجمن) هذا مرجح آخر للتفسير الثاني ، فإن اللام في أن يبيع حاضر لباد تكون على حقيقتها وهي التعليل : أما على التفسير الأول تكون بمعنى من أو زائدة ، لأنه يقال بعث الثوب من زيد : قال في المصباح : وربما دخلت اللام مكان من ؛ يقال بعثك الشيء وبعته لك فاللام زائدة زيادتها في قوله تعالى - وإذ بوأنا لإبراهيم مكان البيت - والأصل بوأنا إبراهيم (قوله لما مر) أى قريبا من قوله وقد باع عليه الصلاة والسلام الخ (قوله ويسمى بيع الدلالة) أى بيع الدلال . قال في الفتح . وهو صفة البيع في أسواق المسمى بالبيع في الدلالة .

مطلب في التفريق بين الصغير ومحرمه

(قوله ولا يفرق) بالبناء للمجهول ، وهو أولى من قول النهر : ولا يفرق المالك ، لأن حذف الفاعل لا يجوز إلا أن يقال إنه تفسير للضمير الراجع إلى الملك المفهوم من المقام تأمل ، وكما يمنع المالك عن التفريق يمنع المشتري كما يأتي ، والكرهية فيه تحريرية كما في الفتح (قوله عبر بالنفي مبالغة في المنع) كذا في الفتح . ووجهه أن شأن المسلم عدم فعل المحرم شرعا فكانه أمر لا يقع منه فلا حاجة إلى نهي عنه (قوله وعن الثاني الخ) قال العلامة نوح في حواشى الدرر ، وعن أبي يوسف روايان : رواية لا يجوز البيع في قرابة الولاد ويجوز في قرابة غيرها ، وهو الأصح في مذهب الشافعي : وفي رواية لا يجوز في الكل : أى قرابة الولاد وغيرها ، وهو قول الإمام أحمد لأن الأمر بالرد في الحديث لا يكون إلا إلا الفاسد : وقال مالك : لا يجوز في الأم ويجوز في غيرها اه ، وما ذكره الشارح بعيد عن هذا (قوله غير بالغ) أشار به إلى أن مدة منع التفريق تمتد إلى بلوغ الصغير بالاحتلام أو بالحيض ، وهو قول للشافعي وفي أظهر قوليه إلى زمان التمييز سبع أو ثمان بالتقريب . وقال بعض مشايخنا إذا راهقا ورضيا بالتفريق فلا بأس به ، لأنهما من أهل النظر لأنفسهما وربما يريان المصلحة في ذلك فتح (قوله وذى رحم) أطلقه فشمّل ما إذا كان صغيرا أيضا أو كبيرا كما في الهداية وغيرها ولذا قال بعده بخلاف الكبيرين (قوله أى محرم من جهة الرحم) أشار إلى أن الضمير في منه راجع إلى الرحم لا إلى الصغير فلا بد أن تكون محرمة من جهة الرحم لا من الرضاع احترازا عن ابن عم هو أخ رضاعا فإنه رحم محرم لكن محرمة من الرضاع لا من الرحم ، وإلى ذلك أشار بقوله فافهم . وخرج أيضا بالأولى المحرم لا من الرحم كالأخ الأجنبي رضاعا وامرأة الأب والرحم غير المحرم كابن العم (قوله وتوابعه) هى التدبير والاستيلاء والكتابة ح (قوله ولو على مال) مبالغة على الإعتاق فقط كما لا يخفى ، فلو قدمه لكان أولى اه ح لكن إذا كان مما لا يخفى استوى فيه التقديم والتأخير فافهم (قوله أو ببيع ممن حلف بعته) أى إذا حلف بقوله إن ملكت هذا فهو حر فباعه المالك منه ليعتق لم يكره ، لأن العتق ليس بتفريق بل فيه زيادة التمكن من الاجتماع مع محرمه (قوله أو كان المالك كافرا) ظاهره ولو كان المشتري مسلما لكن لا يناسبه التعليل

أو متعددا ولو الآخر لطفله أو مكاتبه فلا بأس به ، أو تعدد محارمه فله بيع ماسوى واحد غير الأقرب والأبوين والملحق بهما فتح ، أو (بحق مستحق)

مع أنه يكره التفريق بالشراء . وفي الفتح أما إذا كان كافرا فلا يكره لأنهم غير عاطبين بالشرائع ، والوجه أنه إن كان التفريق في ملتهم جلالا لا يتعرض لهم إلا إن كان بيعهم من مسلم فيمتنع على المسلم وإن كان ممتنعا في ملتهم فلا يجوز اه و ذكر قبله أنه يجوز للمسلم شراؤه من حربى مستامن لأن مفسدة التفريق عارضا أعظم منها وهو ذهابه إلى دار الحرب ، وفيه مفسدة الدين والدنيا ، أما الدين فظاهر ، وأما الدنيا فتعريفه للقتل والسبى اه . وظاهره أنه يكره للمسلم شراؤه من كافر غير حربى لعدم هذه المفسدة المعارضة ، وهو موافق لما استوجهه فيما مر ؛ وعلى هذا فلا وجه لما فى النهر من أن المراد بالحربى الكافر ، وبه ظهر أنه كان الأولى للشارح أى يقول كما فى البحر : أو كان البائع حربيا مستامنا لمسلم فإنه لا يمنع المسلم من الشراء دفعا للمفسدة (قوله أو متعددا الخ) أى إذا كان المالك متعددا ، بأن كان أحدهما لزيد والآخر لعمر و فلا بأس بالبيع وإن كان العبد الآخر لطفل المالك الأول أو لمكاتبه ، إذ الشرط اجتماعهما فى ملك شخص واحد . قال فى البزالية : ولو أحدهما له والآخر لولده الصغير أو لمملوكه أو لمكاتبه أو مضاربه لا يكره التفريق ، ولو كلاهما له فباع أحدهما من ابنه الصغير يكره اه : وبقى ما إذا كانت الشركة فى كل منهما معا ، وظاهر القهستاني (۱) عدم الكراهة أيضا فليراجع (قوله فلا بأس) جواب لقوله ولو الآخر لطفله على أن لو شرطية لا وصلية ، وإنما فصله عما قبله مصرحا بالجواب للتنبية على أنه لا يكره وإن كان له ولاية على طفلة بحيث يمكن بيعهما معا بلا تفريق وإن كان له حق فى مال مكاتبه بحيث يمكن عود الآخر إلى ملكه إذا عجز المكاتب فافهم (قوله أو تعدد محارمه الخ) أى محارم الصغير ، كما لو كان له أخوان شقيقان مثلا أو عمان أو خالان أو أكثر فله بيع الزائد على الواحد منهم ، وبقى الواحد مع الصغير ليستأنس به : وله بيع الصغير مع واحد منهم لا وحده . قال فى الفتح : وكذا لو ملك ستة إخوة ثلاثة كبارا وثلاثة صغارا فباع مع كل صغير كبيرا جازا استحسانا (قوله غير الأقرب) حال من ما اه خ ؛ فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لأب وأخت لأم باع غير الشقيقة كما فى الفتح (قوله والأبوين) أى وغير الأبوين ، فإذا كان معه أبواه لا يبيع واحدا منهما هو الصحيح فى المذهب كما فى البحر عن الكفاية (قو والملحق بهما) كأخ لأب وأخ لأم أو خال وعم ، فالمدلى بقراءة الأم قام مقامها ، والمدلى بالأب كالأب ؛ وإذا كان للصغير أب وأم واجتمعوا فى ملك واحد لا يفرق بين أحدهم فكذا هنا ، وكذا لو كان له عمه وخالة أو أم أب وأم لم يفرق بينه وبين أحدهما جوهره .

قلت : لكن الإلحاق بالأبوين إنما يعتبر عند عدم أحدهما ، لما فى الفتح : لو كان معه أم وأخ أو أم وعم أو خالة أو أخ جاز بيع من سوى الأم فى ظاهر الرواية وهو الصحيح ، لأن شفقة الأم تغنى عن سواها ولذا كانت أحق بالحضانة من غيرها ، والجدة كالأم ؛ فلو كان له جدة وعمه وخالة جاز بيع العمه والخالة ، ولو كان معه عمه وخالة لم يباعوا إلا معا لاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة . ثم قال : ولو ادعاه رجلان فصازا أبوين له ثم ملكوا جملة فالقياس أن يباع أحدهما لاتحاد جهتهما . وفى الاستحسان ، لا يباع لأن الأب فى الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذى يبيع فيمتنع احتياطاً ، فصار الأصل أنه إذا كان معه هدد أحدهم أبعد جاز بيعه ، وإن كانوا فى درجة

(۱) (قوله وظاهر القهستاني الخ) حيث قال : ولا بينهما إذا كانا لرجلين لكل منهما شقص أو لعيسى ورجل أو لرجل وامرأته أو مكاتبه أو مضاربه ، وتماه فى النظم اه . والشقص : الطائفة من الشيء كما فى المصباح ، فيمكن أن يكون مراده بالشقص واحدا تأمل اه يكون المعنى لكل منهما عهد تأمل اه فته .

مخروجه مستحقا ، و (كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين) أو بإتلاف مال الغير (ورده بعيب) لأن النظر في دفع الضرر عن الغير لا في الضرر بالغير (بخلاف الكبيرين والزوجين) فلا بأس به خلافا لأحمد ، فالمستثنى أحد عشر :

(وكما يكره التفريق ببيع) وغيره من أسباب الملك كصدقة ووصية (بكره) بشراء إلا من حربى ابن ملك ، و (بقسمة في الميراث والغنائم) جوهرة .

اعلم أن فسخ المكروه واجب على كل واحد منهما أيضا بحر وغيره لرفع الإثم مجمع . وفيه : وتصحيح شراء كافر مسلما ومصحفا مع الإيجاب على إخراجهما عن ملكه وسيجىء في المتفرقات .

وكانوا من جنسين مختلفين كالأب والأم والنخالة والعمة لايفرق ولكن يباع الكل أو يمسك الكل ، وإن كانوا من جنس واحد كالأخوين والعمين والنخالين جاز أن يمسك مع الصغير أحدهما ويبيع ما سواه ، ومثل النخال والعم أخ لأب وأخ لأم اه (قوله كمخروجه مستحقا) بأن ادعى رجل أحدهما أنه له وأثبتته (قوله بالجناية) كان قتل أحدهما رجلا خطأ ودفعه سيده بها (قوله وبيعه بالدين) بأن كان مأذونا واستغرقه الدين (قوله لأن النظر البيع) يعني أن المنظور إليه في منع التفريق دفع الضرر عن غيره وهو الصغير لا إلحاق الضرر به : أى بالملك ، فأو معنا التفريق هنا كان إلزاما للضرر بالملك كذا في الفتح ، أى لأن المالك يتضرر بإلزامه انقضاء لولى الجناية وإلزامه القيمة للفرماء وإلزامه المغيب من غير اختياره زيلعى (قوله والزوجين) أى ولو صغيرين زيلعى (قوله فالمستثنى أحد عشر) كان الواجب تقديم هذه الجملة على قوله بخلاف الكبيرين والزوجين لعدم دخولها في المستثنى منها مع والأحد عشر : الإعتاق ، توابعه ، بيعه ممن جلف بهتمه كون المالك كافرا كونه متعددا ، تعدد المحارم ، ظهوره مستحقا ، دفعه بجناية ، بيعه بالدين ، بيعه بإتلاف مال ، وده بعيب . وزاد في البحر ما إذا كان الصغير مراهما ورضيت أمه ببيعه اه ط .

قلت في الفتح : لو كان الولد مراهما فرضى بالبيع واختاره ورضيته أمه جاز بيعه اه . ويزاد أيضا ما في الفتح حيث قال : ومن صور جواز التفريق ما في المبسوط إذا كان للذى عبد له امرأة أمة ولدت منه وأسلم العبد وولده صغير فإنه يجبر الذى على بيع العبد وابنه وإن كان تفريقا بينه وبين أمه لأنه يصير مسلما بإسلام أبيه فهذا تفريق بحق (قوله إلا من حربى) لأن مفسدة التفريق عارضها أعظم منها كما قدمناه (قوله أيضا) أى كفاى البيع الفاسد ، وقدمنا عن الدرر أنه لا يجب فسخه ، وما ذكره الشارح عزاه في الفتح أول باب الإقالة إلى النهاية ثم قال وتبعه غيره وهو حق ، لأن رفع المعصية واجب بقدر الإمكان اه ؟

قلت : ويمكن التوفيق بوجوبه عليهما ديانة : بخلاف البيع الفاسد ، فإنهما إذا أصرا عليه يفسخه القاضى جبرا عليهما . ووجهه أن البيع هنا صحيح ويملك قبل القبض ويجب فيه الثمن لا القيمة ، فلا يلى القاضى فسخه لحصول الملك الصحيح (قوله مجمع) عبارته : ويجوز البيع ويأثم اه وليس فيه ذكر الفسخ (قوله مسلما) أى رقيقا مسلما ط (قوله مع الإيجاب البيع) أى لرفع ذل الكافر عن المسلم ولحفظ الكتاب عن الإهانة ط ، والله سبحانه أعلم .

فصل فی الفضولی

مناسبة، ظاهرة، وذكره في الكنز بعد الاستحقاق لأنه من صورته :

(هو) من يشتغل بما لا يعنيه فالقائل لمن يأمر بالمعروف أنت فضولي يخشى عليه الكفر فتح :
واصطلاحاً (من يتصرف في حق غيره) بمنزلة الجنس (بغير إذن شرعي) فصل خرج به نحو وكيل ووصي
(كل تصرف صدر منه) تملكاً كان كبيع وتزويج، وإسقاطاً كطلاق وإعتاق (وله مجيز) أي لهذا التصرف
من يقدر على إجازته

فصل فی الفضولی

نسبة إلى الفضول جمع الفضل : أي الزيادة وفتح الفاء خطأ ، ولم ينسب إلى الواحد وإن كان هو القياس لأنه
صار بالغلبة كالعالم لهذا المعنى فصار كالأنصاري والأعرابي ط عن البناية : وفي المصباح : وقد استعمل الجمع
استعمال المفرد فيما لاخير فيه ، ولهذا نسب إليه على لفظه فقيل فضولي لمن يشتغل بما لا يعنيه ، لأنه جعل هماً على
نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد (قوله مناسبة ظاهرة) هي توقف إفادة كل من الفاسد والموقوف الملك
على شيء ، وهو القبض في الأول والإجارة في الثاني ح (قوله لأنه من صورته) ووجهه أن المستحق يقول عند
الدعوى هذا ملكي ، ومن باعك إنما باعك بغير إذني فهو عين بيع الفضولي اه ح (قوله هو) أي لغة ولم يصرح بذلك
اكتفاء بقوله بعده واصطلاحاً الخ فافهم (قوله يخشى عليه الكفر) لأن الأمر بالمعروف وكذا النهي عن المنكر
مما يعني كل مسلم ، وإنما لم يكفر لاحتمال أنه لم يرد أن هذا فضول لاخير فيه بل أراد أن أمره لا يؤثر أو نحو
ذلك (قوله بمنزلة الجنس) فيدخل فيه الركيل والوصي والولي والفضولي منح (قوله خرج به نحو وكيل ووصي)
المراد خروج هذين وماشبههما لهما فقط فهو نظير قولهم : مثلك لا يبخل ، فالوكيل والوصي يتصرفان بإذن شرعي ،
وكذا الولي والقاضي والسلطان فيما يرجع إلى بيت المال ونحوه وأمير الجيش في الغنائم (قوله كل تصرف الخ)
ضابط فيما يتوقف على الإجازة ومالا يتوقف (قوله صدر منه) أي من فضولي أو من المنتصرف مطلقاً (قوله كبيع
وتزويج) أشار إلى أن المراد بالتملك ما يعم الحقيقي والحكمي (قوله أو إسقاط الخ) أي إسقاط الملك مطلقاً :
قال في الفتح : حتى لو طلق الرجل امرأة غيره أو أعتق عبده فأجاز طلقته وعتق ، وكذلك سائر الإسقاطات
للديون وغيرها اه :

[تنبيه] قال في البحر : والظاهر من فروعهم أن كل ما صح التوكيل به إذا باشره الفضولي يتوقف إلا الشراء
بشرطه اه قال الخیر الرهلی : أي من العقود والإسقاطات ليخرج قبض الدين : ففي جامع الفصولين : من قبض
دين غيره بلا أمره ثم أجاز الطالب لم يجز قائماً أو هالكا اه :

قلت : هذا أحد قولين ذكرهما في جامع الفصولين ، فإنه ذكر قبل ما مر رامزا إلى كتاب آخر مانصه : قال للمديون
ادفع إلى ألفا لفلان عليك فعسى يجيزه الطالب وأنا لست بوكيل عنه فدفع وأجاز الطالب يجوز ، ولو هلك بعد الإجازة
هلك على الطالب ولو هلك ثم أجاز لا تعتبر الإجازة اه (قوله من يقدر على إجازته) كذا فسره في الفتح ، فأفاد أنه ليس
المراد المجيز بالفعل بل المراد من له ولاية إضفاء ذلك الفعل من مالك أو ولي كآب وجد ووصي وقاض كما مر بيانه قبيل
باب المهر . وفي أحكام الصغار للاسترواشي من مسائل النكاح عن فوائد صاحب المحيط : صبية زوجت نفسها
من كفء وهي تعقل النكاح ولا ولي لها فالعقد يتوقف على إجازة القاضي ، فإن كانت في موضع لم يكن فيه قاض ،

(حال وقوعه انعقد موقوفا) ومالا يجيز له حالة العقد لا انعقد أصلا . بيانه : صبي باع مثلاً ثم بلغ قبل إجازة وليه فأجازه بنفسه جاز لأن له وليا يجيزه حالة العقد ، بخلاف ما لو طلق مثلاً ثم باع فأجازه بنفسه لم يجز لأنه وقت العقد لا يجيز له فيبطل ما لم يقل أوقعه ، فيصح إنشاء إجازة كما بسطه العمادى .
(وقف بيع مال الغير) لو الغير بالغاً عاقلاً ، فلو صغيراً أو مجنوناً لم انعقد أصلاً كما فى الزواهرى معزيا للحاوى وهذا إن باعه على أنه (لملكه) أما لو باعه على أنه لغيره .

إن كان ذلك الموضع تحت ولاية قاضى تلك البلدة انعقد ويتوقف على إجازة ذلك القاضى . وإلا فلا انعقد : وقال بعض المتأخرين : انعقد ويتوقف على إجازتها بعد البلوغ اه فهذا صريح فى أن من ليس له ولى أو وصى خاص وكان تحت ولاية قاض فتصرفه ، وقوف على إجازة ذلك القاضى أو إجازته بعد بلوغه ، وهذا إذا كان تصرفاً يقبل الإجازة احترازاً عما إذا طلق أو أعتق كما يأتى ، وقد حررنا هذه المسألة قبيل كتاب الغصب من كتابنا تنقيح الفتاوى الحامدية فارجع إليه فإن فيه فوائد سنية (قوله انعقد موقوفا) أى على إجازة من يملك ذلك العقد ولو كان العاقد نفسه . بيانه ما فى الرابع والعشرين من جامع الفصولين : باعه أو زوجته بلا إذن ثم أجاز بعد وكالته جاز استحساناً : باع مال يتيم ثم جعله القاضى وصياً له فأجاز ذلك البيع صح استحساناً ولو تزوج بلا إذن . ولأه ثم أذن له فى النكاح فأجاز ذلك النكاح جاز ، ولا يجوز إلا بإجازته ، ولو لم يأذن له ولو لكان عتق جاز بلا إجازة بعد عتقه ، ولو تزوج الصبى أو باع ثم أذن له وليه أو بلغ لم يجز إلا بإجازته ، وتتمام الفروع هناك فراجع (قوله ومالا يجيز له) أى وكل تصرف ليس له من يقدر على إجازته حالة العقد (قوله بيانه) أى بيان هذا الضابط المذكور ، وهذا يفيد أن الضمير فى قول المصنف : كل تصرف صدر منه راجع للتصرف لا للفضولى لأن الصبى هنا لا ينطبق عليه تعريف الفضولى المار لأنه يتصرف فى حق نفسه ، إلا أن يجاب أن مباشرة العقد ليست حقه بل حق الولى ونحوه ، فالمراد بالحق فى التعريف ما يشمل العقد كما أفاده ط (قوله صبي) أى غير مأذون (قوله باع مثلاً الخ) أى تصرف تصرفاً يجوز عليه لو فعله وليه فى صغره كبيع وشراء وتزوج وتزويج أمته وكتابة قنه ونحوه ، فإذا فعله الصبى بنفسه يتوقف على إجازة وليه مادام صبياً ، ولو بلغ قبل إجازة وليه فأجاز بنفسه جاز ولم يجز بنفس البلوغ بلا إجازة جامع الفصولين (قوله بخلاف ما لو طلق مثلاً) أى أو خلع أو حررقنه مجاناً أو بعوض أو وهب ماله أو تصدق به أو زوج قنه امرأة أو باع ماله محاباة فاحشة أو شرى شيئاً بأكثر من قيمته فاحشاً أو عقد عقداً مما لو فعله وليه فى صباه لم يجز عليه فهذه كلها باطلة ، وإن أجازها الصبى بعد بلوغه لم تجز لأنه لا يجيز لها وقت العقد فلم تتوقف على الإجازة إلا إذا كان لفظ إجازته بعد البلوغ يصلح لابتداء العقد فيصح ابتداء إجازة كقوله أوقعت ذلك الطلاق أو العتق فيقع لأنه يصلح لابتداء جامع الفصولين (قوله وقف بيع مال الغير) أى على الإجازة على ما بيناه . وفى حكم الغير : الصبى لو باع مال نفسه بلا إذن وليه كما عامت ثم إذا أجاز بيع الفضولى والثمن نقد فهو للمجيز ، أما لو كان عرضاً فهو للفضولى لأنه صار مشترى له وعليه قيمته للمجيز كما سياتى (قوله لو الغير بالغاً عاقلاً الخ) لم أر ذلك فى الحاوى . ووجهه غير ظاهر إذا كان للصغير أو للمجنون ولى أو كان فى ولاية قاض لأه يصير عقداً له مجيز وقت العقد فيتوقف على أنه مخالف ، لما قدمناه عن جامع الفصولين من أنه : لو باع مال يتيم ثم جعله وصياً له فأجاز ذلك البيع صح استحساناً فهذا صريح فى أنه انعقد موقوفاً فإنه لو لم انعقد أصلاً لم يقبل الإجازة بعد ما صار وصياً ، ولعل ما فى الحاوى قياس والعمل على الاستحسان (قوله وهذا) أى التوقف المفهوم من قول المصنف وقف (قوله على أنه لملكه الخ) أى على أن البيع لأجل ملكه لا لأجل نفسه ، وهذا مأخوذ من البحر حيث قال : ولو قال المصنف باع ملك غيره لملكه لكان أولى لأنه لو باعه

أو باعه من نفسه أو شرط الخيار فيه للمالك المكلف أو باع عرضا من غاصب عرض آخر للمالك

لنفسه لم ينعقد أصلا كما في البدائع اهـ. لكن صاحب المتن قال في منحه: أقول يشكل على ما نقله شيخنا على البدائع ما قالوه من أن المبيع إذا استحق لا يفسخ العقد في ظاهر الرواية بقضاء القاضي بالاستحقاق والمستحق إجازته: وجه الإشكال أن البائع باع لنفسه لا للمالك الذي هو المستحق مع أنه توقف على الإجازة، ويشكل عليه بيع الغاصب فإنه يتوقف على الإجازة، فالظاهر ضعف ما في البدائع، فلا ينبغي أن يعول عليه لمخالفته لفروع المذهب اهـ. وذكر نحوه الخبير الرملي ثم استظهر أن ما في البدائع رواية خارجة عن ظاهر الرواية.

أقول: يظهر لي أن ما في البدائع لا إشكال فيه بل هو صحيح لأن قول البدائع لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا معناه لو باعه من نفسه فاللام بمعنى من، فهو المسألة الثانية من المسائل الخمس، وحينئذ فراد البدائع أن الموقوف ما باعه لغيره، أما لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا، فالحلل إنما جاء مما فهمه صاحب البحر من أن اللام للتعليل، وأنه احتراز عما إذا باعه لأجل مالكة، والله در أخيه صاحب النهر حيث وقف على حقيقة الصواب، فقال عند قول الكنتز: ومن باع ملك غيره يعني لغيره، أما إذا باع لنفسه لم ينعقد كذا في البدائع اهـ لكنه لو عبر بمن بدل اللام لكان أبعد عن الإيهام، وعلى كل فهو عين ما ظهر لي، والحمد لله رب العالمين (قوله أو باعه من نفسه) لأنه يكون مشتريا لنفسه، وقد صرحوا بأن الواحد لا يتولى الطرفين في البيع أفاده في المنح (قوله أو شرط الخيار للمالك (١)) قال في النهر: وفي فروق الكرابيسي: لو شرط الفضولي الخيار للمالك بطل العقد لأنه له بدون الشرط فيكون الشرط له مبطلا اهـ وكان ينبغي أن يكون الشرط لغوا فقط فتدبره اهـ أي لأنه إذا كان للمالك الخيار في أن يجيز العتد أو يبطله يكون اشتراطه لافائدة فيه فيلغو، وحيث لم يكن منافيا للعقد فينبغي أن لا يبطله: وظاهر التعليل أن المراد خيار الإجازة، ومقتضى ما في الأشباه أن المراد به خيار الشرط حيث قال خيار الشرط داخل على الحكم لا البيع فلا يبطله إلا في بيع الفضولي: وقال البيهقي: وتقييده بالمسالك ليس بشرط، بل إذا شرط الفضولي للمشتري له بأن قال اشتريت هذا لفلان بكذا على أن فلانا بالخيار ثلاثة أيام لا يتوقف كما في قاضبخان ومنية المفتي اهـ.

قلت: ولعل وجهه أن الأصل فساد العقد بشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه إلا في صور منها ورود النص به كشرط الخيار، وفائدته التروى دفعا للغبن، ومن وقع له عقد الفضولي ثبت له الخيار بلا شرط غيره مقيد بمدة فكان اشتراط الخيار له ثلاثة أيام فقط مخالفا للنص: لأنه لافائدة فيه بل فيه ضرر بقصر المدة فلذا لم يتوقف على الإجازة بل بطل لضعف عقد الفضولي وإن كان الشرط الفاسد يقتضي الفساد لا البطلان، هذا ما ظهر لي، والله سبحانه أعلم (قوله المكلف) قيد به لأن المالك إذا كان صيبا أو مجنونا فالبيع باطل وإن لم يشترط الخيار له فيه اهـ وهذا بناء على ما مر عن الحاوي وعلمت ما فيه (قوله أو باع عرضا الخ) بيانه لرجل عبد وأمة فغضب زيد العبد وعمرو الأمة ثم باع زيد العبد من عمرو بالأمة فأجاز المالك البيع لم يجز: قال في البحر: لأن فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد فلم تلحقه إجازة، ولو غضبا من رجلين وتبايعا وأجاز المالكان جاز، وأو غضبا التقدين من واحد وعقد الصرف وتبايعا ثم أجاز جاز لأن النقود لا تتعين في المعاوضات، وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب، كذا في الفتح من آخر الباب اهـ (قوله للمالك) أي مالك العرض الأول وهو متعلق بمحذوف نعت العرض آخر فيكون كل من العرضين للمالك

(١) (قوله أو شرط الخيار للمالك) كذا بخطه. والذي في نسخ الشارح (أو شرط الخيار للمالك واحد) اهـ مصححه.

به فالبيع باطل .

والحاصل أن بيعه ، ووقوف إلا في هذه الخمسة فباطل ، قيد بالبيع لأنه لو اشترى لغيره نفذ عليه إلا إذا كان المشتري صبيا أو محجورا عليه فيوقف ، هذا إذا لم يضمنه الفضولي إلى غيره ؛ فلو أضافه بأن قال بع هذا العبد لفلان فقال البائع بعته لفلان توقف .

واحد كما مشينا (قوله به) ، تعاقى بقوله باع والضمير عائد على العرض الآخر (قوله إلا في هذه الخمسة) أي الأربعة المذكورة هنا ، ومسألة الحاوي هي الخامسة ، وقد علمت أن الخامسة ليست كذلك وكذلك مسألة بيعه على أنه نفسه فبقي المستثنى ثلاثة فقط وهي الآتية عن الأشباه .

قلت : ويزاد من جامع الفصولين : باع ملك غيره فشره من مالكة وسلم إلى المشتري لم يجز والبيع باطل لافساد ، وإنما يجوز إذا تقدم سبب ملكه على بيعه ، حتى إن الغاصب لو باع المغضوب ثم ضمنه المالك جاز بيعه أما لو شره الغاصب من مالكة أو وهبه له أو ورثه منه لا ينفذ بيعه قبله ، ولو غصب شيئا وباعه فإن ضمنه المالك قيمته يوم الغصب جاز بيعه لولو ضمنه قيمته يوم البيع اه فهاتان مسألتان فرجعت المسائل المستثناة خمسًا لكون في الأخيرة كلام سيأتي (قوله نفذ عليه) أي على المشتري ، ولو أشهد أنه يشتريه لفلان وقال فلان رضيت فالعقد للمشتري لأنه إذا لم يكن وكيلًا بالشراء وقع الملك له فلا اعتبار بالإجازة بعد ذلك لأنها إنما تلحق الموقوف لا النافذ فإن دفع المشتري إليه العبد وأخذ الثمن كان بيعًا بالتعاطي بينهما ، وإن ادعى فلان أن الشراء كان بأمره وأنكر المشتري فالقول لفلان لأن الشراء بإقراره وقع له بحر عن البرازية (قوله فيوقف) أي على إجازة من شري له ، فإن أجاز جاز وعهدته على المحبذ لا على العاقد وهذا لأن الشراء إنما لا يتوقف إذا وجد نفاذًا ولا ينفذ هنا على العاقد أفاده في جامع الفصولين (قوله هذا) أي نفاذ الشراء على الفضولي الغير المحجور (قوله فقال البائع بعته لفلان) أي وقال الفضولي اشترت لفلان كما في البرازية وغيرها ، لأن قوله بع أمر لا يصلح إيجابًا . وفي الفتح قال اشتريته لأجل فلان فقال بعته أو قال المالك ابتداء بعته منك لأجل فلان فقال اشترت لم يتوقف لأنه وجد نفاذًا على المشتري لأنه أضيف إليه ظاهرًا ، وقوله لأجل فلان يحتمل لأجل شفاعته أو رضاه اه وذكر في البرازية كذلك ، ثم قال : والصحيح أنه إذا أضيف العقد في أحد الكلامين إلى فلان يتوقف على إجازته وأقره في البحر ، لكن في البرازية أيضًا : لو قال اشترت لفلان وقال البائع بعته منك الأصح عدم التوقف اه . وظاهره أنه ينفذ على المشتري ، لكن نقل في البحر هذه الأخيرة عن فروق الكرابيسي وقال بطل العقد في أصح الروايتين لأنه خاطب المشتري فرده لغيره فلا يكون جوابًا فكان شرط العقد ، بخلاف قوله بعته لفلان فقال اشترت له أو قبلت ولم يقل له ، وقوله بعته من لفلان فقال اشترت لأجله أو قبلت فإنه يتوقف لإضافته إلى فلان في الكلامين . قال في النهر وعلى هذا فلا اكتفاء بالإضافة في أحد الكلامين بأن لا يضاف إلى الآخر اه .

وحاصله أن ما مر عن البرازية من تصحيح التوقف بالإضافة إلى فلان في أحد الكلامين محمول على ما إذا لم يضاف العقد في أحد الكلامين إلى المشتري فلا ينافي ما صححه في الفروق ، وعليه فلو أضيف في أحدهما إلى المشتري وفي الآخر إلى فلان بطل العقد كقوله بعته منك فقال اشترت لفلان أو باله كس ، لأن الكلام الثاني لا يصلح قبولًا للإيجاب ، لكن لا يخفى أن صريح تصحيح البرازية أنه إذا أضيف إلى فلان في أحد الكلامين يتوقف ، والمفهوم من تصحيح الفروق أنه لا يتوقف إلا إذا أضيف إليه في الكلامين وهو المفهوم من كلام الفتح السابق ، فنصار الحاصل أنه إذا أضيف إلى فلان في الكلامين توقف على إجازته وإلا نفذ على المشتري ما لم يضاف إلى الآخر

بزازية وغيرها (و) وقف (بيع العبد والصبي المحجورين) على إجازة المولى والولى وكذا المعتوه : وفي العمادية وغيرها : لاتنقذ أقارير العبد ولا عتوده ، وسنحققه في الحجر (و) وقف (بيع ماله من فاسد عقل غير رشيد) على إجازة القاضي (و) وقف (بيع المرهون والمستأجر والأرض في مزارعة الغير) على إجازة مرتين وسأجر

صريحاً فيبطل ، ووقع في بعض الكتب هنا اضطراب وعدول عن الصواب كما يعلم من مراجعة نور العين ، وهذا ما تحصل لي بعد التأمل ، والله سبحانه أعلم (قوله بزازية وغيرها) يوجد هنا في بعض النسخ زيادة نقلت من نسخة الشارح ونصها : قيد ببيعه للمالك لأن بيعه لنفسه باطل كما في البحر والأشباه عن البدائع كآله لأنه غاصب ، وكذا من نفسه لأن الواحد لا يتولى طرفي البيع إلا الأب كما مر .

وعبارة الأشباه : هو بيع الفضولي موقوف إلا في ثلاث فباطل : إذا باع لنفسه بدائع : وإذا شرط الخيار فيه للمالك تلقيح : وإذا باع عرضاً من غاصب عرض آخر للمالك به فتح ، لكن ضعف المصنف الأولى لمخالفتها لفروع المذهب ، لتصريحهم بأن بيع الغاصب موقوف ، وبأن المبيع إذا استحقق فله مستحق إجازته على الظاهر مع أن البائع باع لنفسه للمالك الذي هو المستحق مع أنه توقف على الإجازة : وأما الثانية ففي النهر : وينبغي إلغاء الشرط فقط .

قلت : وحاصله كما قاله شيخنا أن بيعه موقوف ولو لنفسه على الصحيح اه لكن في حاشية الأشباه لابن المصنف : وزدت مسألتين من الحاوي : وهما بيع الفضولي مال صغير ، ومجنون لا ينعقد أصلاً ، هذا آخر ما وجدته من الزيادة ، ولا يخفى فيها من التكرار ، وكان الشارح قصد أن يعدل إليها عما كتبه أولاً من قوله أما لو باعه إلى قوله قيد بالبيع (قوله المحجورين) أخرج المأذونين فلا يتوقف بيعهما ط (قوله وكذا المعتوه) أي حكمه في البيع كحكم الصبي والعبد المحجورين ط (قوله وسنحققه في الحجر) حيث قال : وصح طلاق عبد وإقراره في حق نفسه فقط لاسيده ، فلو أقر بمال آخر إلى عتقه لو لغير مولاه ولوله هدر ومجد وقود أقيم في الحال لبقائه على أصل الحرية في حقهما ، ومن عقد عقدا يدور بين نفع وضرر من هؤلاء المحجورين وهو يعقله أجاز وليه أورد ، وإن لم يعقله فباطل ، وإن أتلفوا شيئاً ضمنوا لكن ضمان العبد بعد العتق اه : وبه ظهر أن قول العمادية لاتنقذ الخ ليس على إطلاقه وأن مراده بلا تنقذ لاتنفذ : فيشمل ما ينعقد موقوفاً وما لا ينعقد أصلاً فلا يخالف ما في المتن (قوله ووقف بيع ماله من فاسد عقل الخ) كذا في الدرر : وفي أول البيع الفاسد من البحر عن الخلاصة : وبيع غير الرشيد موقوف على إجازة القاضي اه وهذا أولى لأن الكلام في توقف المبيع : أما على ما في المتن فالموقوف شراء فاسد العقل . أما المبيع الصادر من الرشيد فغير موقوف ، ولذا قال في الشرنبلالية : هذا التركيب فيه نظر : والمسألة من الخالية الصبي المحجور إذا بلغ سفيها يتوقف بيعه وشراؤه على إجازة الوصي أو القاضي : وفي الخلاصة إذا باع ماله وهو غير رشيد يتوقف على إجازة القاضي اه :

قلت : وهذا على قولها : أما على قول الإمام فتصرفه صحيح كما سيأتي في بابه :

مطلب في بيع المرهون المستأجر

(قوله ووقف بيع المرهون والمستأجر الخ) أي فإن أجازته المرتهن والمستأجر نفذ وهل يملك الفسخ ، قيل لا وهو الصحيح ، وقبل يملكه المرتهن دون المستأجر لأن حقه في المنفعة ، والمدا لو هلك العين لا يسقط دينه وفي الرهن يسقط ، وتماه في البحر ، وجزم في الخالية بالثاني ، لكن في حاشية الفصولين للرمل عن الزيلعي : لا يملك المرتهن الفسخ في أصح الروايتين اه وليس للراهن والمؤجر الفسخ . وأما المشتري فله خيار الفسخ إن لم

ومزارع (و) وقف (بيع شيء برقه) أي بالمكثوب عليه ، فإن علمه المشتري في مجلس البيع نفذ وإلا بطل .
قلت : وفي مراهجة البحر أنه فاسد له عرضية الصحة لا بالعكس هو الصحيح ، وعليه فتحرم مباشرته ،
وعلى الضعيف لا ، وترك المصنف قول الدرر وبيع المبيع من غير مشتربه لدخوله في بيع مال الغير :

يعلم بالإجارة والرهن عند أبي يوسف ، وعندهما له ذلك وإن علم وعزى كل منهما إلى ظاهر الرواية كما في
الفتح ، لكن في حاشية الفصولين للرمل عن الولوالجية أن قولها هو الصحيح ، وعليه الفتوى . بقي لو لم يجز
المستأجر حتى انفسخت الإجارة نفذ البيع السابق ، وكذا المرتهن إذا قضى دينه كما في جامع الفصولين : وفيه أيضا
عن الذخيرة : البيع بلا إذن المستأجر نفذ في حق البائع والمشتري لا في حق المستأجر فلو سقط حق المستأجر عمل ذلك
البيع ولا حاجة إلى التجديد وهو الصحيح ، ولو أجازته المستأجر نفذ في حق الكل ، ولا ينزع من يده ليصل إليه ماله ،
إذ رضاه بالبيع يعتبر لفسخ الإجارة لا للانتزاع من يده وعن بعضنا أنه لو باع وسلم أجازهما المستأجر بطل حق حبسه
ولو أجاز البيع لا التسليم لا يبطل حق حبسه اه :

[تنبيه] نو بيع المستأجر من مستأجره لا يتوقف كما علم مما ذكرناه ، وبه صرح في الفصولين وغيره : وفيه :
باع المستأجر ورضى المشتري أن لا يفسخ الشراء إلى مضي مدة الإجارة ثم يقبضه من البائع ، فليس له مطالبة
البائع بالتسليم قبل مضيها ، ولا للبائع مطالبة المشتري بالثمن ما لم يجعل المبيع بمحل التسليم (قوله ومزارع) صورته
كما في ح عن الفتاوى الهندية : إذا دفع أرضه مزارعة مدة معلومة على أن يكون البذر من قبل العامل فزرعها العامل
أو لم يزرع فباع صاحب الأرض يتوقف على إجازة المزارع اه أي لأنه في حكم المستأجر للأرض : وأما لو
كان البذر من المالك فينفذ لو لم يزرع ، لأن المزارع أجبر له ولو زرع لا لتعلق حق المزارع ، وتماه في جامع
الفصولين (قوله نفذ) حقه أن يقول توقف ، لأنه إذا علم في المجلس توقف على إجازته فيخبر بين أخذه وتركه
لأن الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية كما ذكره في البحر من المراهجة (قوله وإلا بطل) المناسب
لما بعده وإلا فسد (قوله قلت الخ) استدراك على المصنف ، فإن مفاد كلامه أن المتوقف صحته أي أنه صحيح له
عرضية الفساد فهو مبني على الضعيف ، ويمكن حمل كلام المصنف على ما بعد العلم في المجلس (قوله وبيع المبيع
من غير مشتربه) قال في الدرر : صورته باع شيئا من زيد ثم باعه من بكر لا ينعقد الثاني ، حتى لو تفاسخ الأول
لا ينعقد الثاني ، لكن يتوقف على إجارة المشتري إن كان بعد القبض ، وإن كان قبله في المنقول لا ، وفي العقار
على الخلاف اه وقوله أو لا لا ينعقد الثاني : معناه لا ينفذ بقريته الاستدراك عليه بقوله لكن يتوقف الخ ، وأراد
بالخلاف ما سيأتي في فصل التصرف من أن بيع العقار قبل قبضه صحيح عندهما لا عند محمد ، فهو عنده كبيع
المنقول . واعترضه في الشرنبلالية بما حاصله أن الخلاف الآتي إنما هو فيما إذا اشترى عقارا فباعه قبل قبضه ،
والكلام هنا في بيع البائع :

قلت : لا يخفى أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فالبيع في الحقيقة من المشتري ، ولذا قال في جامع
الفصولين : شراه ولم يقبضه حتى باعه البائع من آخر بأكثر فأجازته المشتري لم يجز لأنه بيع ما لم يقبض اه فاعتبره
بيعا من جانب المشتري قبل قبضه فافهم ، وظاهره أنه يبقى على ملك المشتري بالأول ، ويأتي تمامه في فصل التصرف
في المبيع (قوله لدخوله في بيع مال الغير) لا يخفى أن في هذه الصورة تفصيلا وفرقا بين الإجازة قبل القبض أو
بعده وهو محتاج للتنبيه عليه ، بخلاف غيرها من بيع مال الغير ، فالأولى ذكرها كما فعل في الدرر (قوله وبيع
المرتد) فإنه موقوف عند الإمام على الإسلام ، ولا يتوقف عندهما ط (قوله إن علم في المجلس صح) أي وله
الخيار شرنبلالية عند قوله والبيع بما باع فلان ، والظاهر أن المسائل بعده كذلك (قوله وإلا بطل) غير مسلم لأنه

(وبيع المرتد والبيع بما باع فلان والبائع يعلم والمشتري لا يعلم والبيع بمثل ما يبيع الناس به أو بمثل ما أخذ به فلان) إن علم في المجلس صح وإلا بطل :

(وبيع الشيء بقيمته) فإن بين في المجلس صح وإلا بطل (وبيع فيه خيار المجلس) كما مر (و) وقف (بيع الغاصب) على إجازة المالك ؛ يعني إذا باعه لمالكه لا لنفسه على ما مر عن البدائع ؛ ووقف أيضا بيع المالك المقصوب على البيعة ، أو إقرار الغاصب ، وبيع ما في تسلمه ضرر على تسليمه في المجلس ، وبيع المريض لو ارثه على إجازة الباقي ، وبيع الورثة التركة المستغرقة على إجازة الغرماء ، وبيع أحد الوكيلين أو الوصيين أو الناظرين إذا باع بمضرة الآخر توقف على إجازته أو بغيبته فباطل ؛

فاسد بملك بالقبض شربلاية (قوله وبيع فيه خيار المجلس كما مر) الذي مر أول البيوع أنه إذا أوجب أحدهما فلآخر القبول في المجلس ، لأن خيار القبول مقيد به ، فإذا قبل فيه لزم البيع بلا خيار إلا لعيب أو رؤية خلافا للشافعي ، فإن كان المراد خيار القبول ففيه كما قال الوائي أن البيع الموقوف إنما يكون بعد الإيجاب والقبول ، وإن كان المراد خيار الشرط ، ففي الشربلاية أنه ليس من الموقوف ، والخيار المشروط المقدر بالمجلس صحيح ، وله الخيار مادام فيه . وإذا شرط الخيار ولم يقدر له أجل كان له الخيار بذلك المجلس فقط كما في الفتح اه . وبيانه أن الموقوف مقابل للنافذ ، وما فيه خيار مقابل لل لازم ، فما فيه خيار غير لازم لا موقوف ، لكن قد يقال إن لزومه موقوف على إسقاط الخيار فيصح وصفه بالموقوف ، لكن على هذا لا حاجة للتقييد بالمجلس ، بل كان عليه أن يقول وبيع فيه خيار الشرط ليشمل ما كان مقيدا بالمجلس وغيره ، ولثلا يقوم منه خيار القبول . ثم إن ما نقله الشربلاية عن الفتح مخالف لما قدمه الشارح من أن خيار الشرط ثلاثة أيام أو أقل وأنه يفسد عند إطلاق أو تأييد ، وقد منا هناك أنه إذا أطلق عن التقييد بثلاثة أيام إنما يفسد إذا أطلق وقت العقد . أما لو باع بلا خيار ثم لقيه بعد مدة فقال له أنت بالخيار فله الخيار ما دام في المجلس كما في البحر عن الوالوجية وغيرها ، وحمل عليه في البحر كلام الفتح (قوله على إجازة المالك) فلو تداولته الأيدي فأجاز عقدا من العقود جاز ذلك العقد خاصة كما سيأتي تحريره ؛ في جامع الفصولين لو باعه الغاصب ثم ضمنه مالكه جاز البيع ، ولو شراه غاصبه من مالكه أو وهبه منه أو ورثه لم ينفذ بيعة قبل ذلك (قوله يعني إذا باعه لمالكه الخ) تبع في ذلك المصنف مع أن المصنف ذكر فيها مر أن هذا مخالف لفروع المذهب ، فلا فرق بين بيعه لمالكه أو لنفسه وقد علمت الكلام على ما في البدائع (قوله على البيعة) أي إن أنكر الغاصب ط (قوله وبيع ما في تسليمه ضرر) كبيع جذع من السقف سواء كان معينا أو لاهل ما في النهر عن الفتح ، وقد علم أن المراد تعداد الموقوف . ولو صدر فاسدا فلان البيع في هذه الصورة فاسد موقوف ط (قوله وبيع المريض لو ارثه) أي ولو بمثل القيمة وهذا عنده ، وعندهما يجوز ويخير المشتري بين فسخ وإتمام لو فيه غبن أو محاباة قلت أو كثرت ، وكذا وصي الميت أو باعه من الوارث فهو على هذا الخلاف كذا وارث صحيح باع من مورثه المريض فهو على هذا الخلاف عنده لم يجوز ولو بقيمته ، وعندهما يجوز جامع الفصولين (قوله على إجازة الباقي) أو على صحة المريض ، فإن صح من مرضه نفذ ، وإن مات منه ولم يجز الورثة بطل فتح (قوله على إجازة الغرماء) عزاه في البحر إلى الزيلعي ، ومثله في جامع الفصولين (قوله وبيع أحد الوكيلين) عزاه في البحر إلى وكالة الزيلعي ، ثم ذكر أحد الوصيين أو الناظرين وقال توقف على إجازة الآخر أخذا من الوكيلين ولم أرهما الآن صريحا اه :

وأوصله في النهر إلى نيف وثلاثين (وحكمه) أي بيع الفضولي لوله مجبز حال وقوعه كما مر (قبول الإجازة) من المالك (إذا كان البائع والمشتري والمبيع قائما) بأن لا يتغير المبيع بحيث يعد شيئا آخر لأن إجازته كالبيع حكما (وكذا) يشترط قيام (التمن) أيضا (لو) كان عرضا (معينا) لأنه مبيع من وجه فيكون ملكا للفضولي ،

مطلب البيع الموقوف نيف وثلاثون

(قوله وأوصله) أي البيع الموقوف (قوله إلى نيف وثلاثين) أي ثمان وثلاثين ، ذكر المصنف والشارح منها ثلاثة وعشرين صورة (۱) وذكر في النهر بيع غير الرشيد فإنه موقوف على إجازة القاضي ، والذي ذكره المصنف هنا البيع منه وبيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري فإنه يتوقف على إجازة المشتري ، وما شرط فيه الخيار أكثر من ثلاث فإن الأصح أنه موقوف ، وشراء الوكيل نصف عبد وكل في شراء كله فإنه موقوف إن اشترى الباقي قبل الخصومة نفذ على الموكل وبيع نصيبه من مشترك بالخلط أو الاختلاط فإنه موقوف على إجازة شريكه وتقدم ذلك أول كتاب الشركة ، وبيع المولى عبده المأذون فإنه موقوف على إجازة الغرماء ، وكذا يبعه أكسابه وبيع وكيل الوكيل بلا إذن فإنه موقوف على إجازة الوكيل الأول ، وبيع الصبي بشرط الخيار إذا بلغ الصبي في المدة ، والبيع بما حل به أو بما يريد أو بما يحب أو برأس ماله أو بما اشتراه أي فإنه يتوقف على بيانه في المجلس كما تقدم نظيره ط (قوله قبول الإجازة) أي ولو تداولته الأيدي كما قدمناه آنفا (قوله من المالك) أفاد أنه لا تجوز إجازة وارثه كما يذكره قريبا ويفنى عن هذا تصريح المصنف بأن من شروط الإجازة قيام صاحب المتاع (قوله بأن لا يتغير المبيع) علم منه حكم هلاكه بالأولى ، فإن لم يعلم حاله جاز البيع في قول أبي يوسف أولا وهو قول محمد لأن الأصل بقاؤه ، ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك فتح ونهر ، ولو اختلفا في قت الهلاك فالقول للبائع أنه هلك بعد الإجازة لا للمشتري أنه هلك قبلها كما في جامع الفصولين (قوله بحيث يعد شيئا آخر) بيان للمتنق وهو التغير ، فلو صبغه المشتري فأجاز المالك البيع جاز ، ولو قطعه وخاطه ثم أجاز لا يجوز لأنه صار شيئا آخر منع ودرر ، ومثله في التارخانية عن فتاوى أبي الليث ، ويخالفه ما في البحر والبرازية أنه لو أجازته بعد الصبغ لا يجوز تأمل . وفي جامع الفصولين : باع دارا فانهدم بناؤها ثم أجاز يصح لبقاء الدار ببقاء العرصه (قوله لأن إجازته كالبيع حكما) أي ولا بد في البيع من قيام هذه الثلاثة (قوله لو كان عرضا معينا) بأن كان بيع مقابضة فتح ، وقيد بالتعيين لأن الاحتراز عن الدين إنما يحصل به فإن العرض قد يكون ديناً على ما استقف عليه ابن كمال أي كالمسلم (قوله فيكون ملكا للفضولي) أي فإذا هلك يهلك عليه ط وإنما توقف على الإجازة لأن إجازة المالك إجازة نقد لا إجازة عقد ، بمعنى أن المالك أجاز للبائع أن ينقد ما باعه ثمنا لما ملكه بالعقد لا إجازة عقد لأن العقد لازم على الفضولي كما في العناية . قال في البحر لأنه لما كان العوض متعينا كان شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر إن وجد نفاذا فيكون ملكا له وبإجازة المالك لا ينتقل إليه بل تأثير إجازته في النقد لا في العقد ، ثم يجب على الفضولي مثل المبيع إن كان مثليا وإلا فقيمه لأنه لما صار البديل له صار مشتريا لنفسه بما لا غير مستقرضا له في ضمن الشراء فيجب عليه رده ، كما لو قضى دينه بمال الغير ، واستقرض غير المثلي جائز ضمننا وإن لم يجز قصدا ، ألا ترى أن الرجل إذا تزوج امرأة على عبد

(۱) (قوله ثلاثة وعشرين صورة) هكذا بخطه ، ولعل الأولى ثلاثا بتجريد من التاء كما لا يخفى اه مصححه .

وعليه مثل المبيع لو مثليا وإلا فقيمته، وغير العرض ملك للمجيز أمانة في يد الفضولي ملتقى (و) كذا يشترط قيام (صاحب المتاع أيضا) فلا تجوز إجازة وارثه لبطلانه بموته (و) حكمه أيضا (أخذ) المالك (الثمن أو طلبه) من المشتري ويكون إجازة عمادية، وهل للمشتري الرجوع على الفضولي بمثله لو هلك في يده قبل الإجازة الأصح نعم إن لم يعلم أنه فضولي وقت الأداء لا إن علم قنية، واعتمده ابن الشحنة وأقره المصنف، وجزم الزيلعي وابن ملك بأنه أمانة مطلقا

الغير صح ويجب عليه قيمته (قوله أمانة في يد الفضولي) فلو هلك لا يضمنه كالوكيل، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة من حيث إنه صار بها تصرفه نافذا، وإن لم يكن من كل وجه فإن المشتري من المشتري من الفضولي إذا أجاز المالك لا ينفذ بل يبطل، بخلاف الوكيل، وتماه في الفتح، وأطلقه فشم ما إذا هلك قبل تحقق الإجازة أو بعده كما يأتي بيانه:

[فرع] لو أراد المشتري استرداد الثمن منه بعد دفعه له على رجاء الإجازة لم يملك ذلك ذكره في المحتجب آخر الوكالة رملي على الفضولين (قوله وحكمه أيضا الخ) تبع في ذلك المصنف وهو عدول عن ظاهر المتن فإن الظاهر منه أن قوله وأخذ الثمن مبتدأ، وقوله الآتي إجازة خبره، وهذا أولى كما يفيد قوله الآتي عن العمادية: ويكون إجازة أفاده ط (قوله أخذ المالك الثمن) الظاهر أن ال للجنس فيكون أخذ بعضه إجازة أيضا لدلالته على الرضا ولتصريحهم في نكاح الفضولي بأن قبض بعض المهر إجازة أفاده الرملي عن المصنف (قوله وهل للمشتري الخ) كان الأولى ذكر هذه الجملة بتمامها عقب ما قدمه عن الملتقى لأن ذلك فيما إذا وجدت الإجازة، وهذا فيما إذا لم توجد:

وحاصله أنه إذا لم توجد الإجازة يبقى الثمن غير العرض على ملك المشتري، فإذا هلك في يد الفضولي هل يضمنه للمشتري: ففي شرح الوهبانية قال في القنية بعد أن رمز للقاضي عبد الجبار والقاضي البديع: اشترى من فضولي شيئا ودفع إليه الثمن مع علمه بأنه فضولي ثم هلك الثمن في يده ولم يجز المالك البيع فالثمن مضمون على الفضولي ثم رمز لقاضيخان وقال: رجع على الفضولي بمثل الثمن، ثم رمز لبزهان صاحب المحيط وقال: لا يرجع عليه بشيء ثم رمز لظهير الدين المرغيناني وقال: إن علم أنه فضولي وقت أداء الثمن يهلك أمانة ذكره في الملتقى: قال البديع وهو الأصح اه: وعلة التصحيح كونه أمينا أن الدفع إليه مع العلم بكونه فضوليا صيره كالوكيل اه (قوله واعتمده ابن الشحنة) كأنه أخذ اعتماده له من ذكره علة التصحيح المذكورة تأمل (قوله وأقره المصنف): قلت: وبه جزم في البزازية وجامع الفصولين، وعزاه في شرح الملتقى إلى القهستاني عن العمادية (قوله وجزم الزيلعي وابن ملك الخ) حيث قالوا: وإذا أجاز المالك كان الثمن مما وكاله أمانة في يد الفضولي بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك في يده سواء هلك بعد الإجازة أو قبلها لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة اه. وبه علم أن قول الشارح مطلقا معناه سواء هلك قبل الإجازة أو بعدها فافهم:

ثم اعلم أن المتبادر من كلام الزيلعي وابن ملك أن المراد إذا وجدت الإجازة لا يضمن الفضولي الثمن سواء هلك قبلها أو بعدها لأن الثمن غير العرض يصير ملكا للمجيز، لأن الفضولي بالإجازة اللاحقة صار كالوكيل فيكون الثمن في يده أمانة قبل الهلاك من حين قبضه فيهلك على المجيز وإن كانت الإجازة بعد الهلاك، والمتبادر من كلام القنية أن الإجازة لم توجد أصلا لا قبل الهلاك ولا بعده فلذا اختلف المشايخ في ضمانه وعدمه. وأما ما ذكره الزيلعي وابن ملك فلا وجه للاختلاف فيه، فلا منافاة بين الثقلين، هذا ما ظهر لي فتدبره: وبقي ما إذا هلك

(وقوله) أسأت نهر (بثما صنعت أو أحسنت أو أصبت) على المختار فتح :

(وهبة الثمن من المشتري والتصدق عليه به إجازة) أو المبيع قائما عمادية (وقوله لا أجزى رد له) أى للبيع الموقوف ، فلو أجازته بعده لم يجز لأن المنسوخ لا يجاز ، بخلاف المستأجر لو قال لا أجزى بيع الأجر ثم أجاز جاز ، وأفاد كلامه جواز الإجازة بالفعل وبالقول ، وأن للمالك الإجازة والفسخ وللمشتري الفسخ لا الإجازة ، وكذا للفضولى قبلها فى البيع

الثمن العرض فى يد الفضولى قبل الإجازة فى جامع الفصولين يبطل العقد ولا تلحقه الإجازة ، ويضمن للمشتري مثل عرضه أو قيمته لو قيميا لأنه قبضه بعقد فاسد اه :

[تنمة] لم يذكر حكم هلاك المبيع وذكره فى جامع الفصولين . وحاصله أنه لو هلك قبل الإجازة ، فإن كان قبل قبض المشتري بطل العقد ، وإن بعده لم يجز بالإجازة وللمالك تضمين أيهما شاء وأيهما اختار تضمينه ملكه ، وببرأ الآخر فلا يقدر على أن يضمه ، ثم إن ضمن المشتري بطل البيع لأن أخذ القيمة كأخذ العين ، وللمشتري أن يرجع على البائع بثمنه لا بما ضمن ، وإن ضمن البائع ، فإن كان قبض البائع مضمونا عليه أى بأن قبضه بلا إذن مالكه نفذ بيعة بضمانه وإن كان قبضه أمانة ، وإنما صار مضمونا عليه بالنسليم بعد البيع لا ينفذ بيعة بضمانه لأن سبب ملكه تأخر عن عقده . وذكر محمد فى ظاهر الرواية أن البيع يجوز بتضمين البائع ، وقيل تأويله أنه سلم أولا حتى صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كمنصوب اه (قوله بثما صنعت) قال فى جامع الفصولين : هو إجازة فى نكاح وبيع وطلاق وغيرها كذا روى عن محمد : وفى ظاهر الرواية هو رد وبه يفتى اه والظاهر أن مثله أسأت (قوله على المختار) أى فى أحسنت وأصبت ، ومقابلته ما فى الخانية من أنه ليس إجازة لأنه يذكر للاستهزاء . وفى الذخيرة أن فيه روايتين : وفى جامع الفصولين : أحسنت أو وقفت أو كفتنى مؤنة البيع أو أحسنت فجزاك الله خيرا ليس إجازة لأنه يذكر للاستهزاء ، إلا أن محمدا قال إن أحسنت أو أصبت إجازة استحسانا :

أقول : ينبغى أن يفصل ، فإن قاله جدا فهو إجازة ، لا لو قاله استهزاء ويعرف بالقرائن ، ولو لم توجد ينبغى أن يكون إجازة إذ الأصل هو الجدا اه . وفى حاشيته للرملى عن المصنف أن المختار ما ذكره من التفصيل كما أفصح عنه البرزاقى (قوله لو البيع قائما) ذكره لأنه تنمة عبارة العمادية وإلا فالكلام فيه (قوله بيع الأجر) بالجيم المكسورة (قوله جاز) لأنه بعدم إجازته لا يفسخ ، لما مر من أن المستأجر لا يملك الفسخ (قوله بالفعل وبالقول) الأول من قوله أخذ الثمن والثانى من قوله أو طلبه وما بعده . وفى جامع الفصولين : لو أخذ المالك بثمنه خطأ من المشتري فهو إجازة لا لو سكت عند بيع الفضولى بحضرته اه وسيدكر الشارح مسألة السكوت آخر الفصل (قوله وإن للمالك الخ) استفيد ذلك من قول المصنف وحكمه قبول الإجازة ، فإن المراد إجازة المالك كما مر فإنه يفيد أن له الفسخ أيضا وأن المشتري والفضولى ليس لهما الإجازة فافهم (قوله وللمشتري الفسخ) أى قبل إجازة المالك تحرزا عن لزوم العقد بحر وهذا عند التوافق ، على أن المالك لم يجز البيع ولم يأمر به فلا ينافى قول المصنف الآتى باع عبد غيره بغير أمره الخ .

هذا وذكر فى الفتح وجامع الفصولين فى باب الاستحقاق ، ولو استحق فأراد المشتري نقض البيع بلا قضاء ولا رضا البائع لا يملكه لأن احتمال إقامة البيئة على النتاج من البائع أو على التلقى من المستحق ثابت إلا إذا حكم القاضى فيلزم العجز فيفسخ اه وقد مر أول الفصل أن الاستحقاق من صور بيع الفضولى ، فينبغى تقييد قوله وللمشتري الفسخ بالرضا أو القضاء تأمل (قوله وكذا للفضولى قبلها) أى قبل إجازة المالك ليدفع الحقوق عن

لا النكاح لأنه معبر محض بزازية وفي المجمع : لو أجاز أحد المالكين خیر المشتري في خصته وألزمه محمد بها (سمع إن فضولها باع ملكه فأجاز ولم يعلم مقدار الثمن فلما علم رد البيع فالمعتبر إجازته) لصيرورته بالإجازة كالوكيل حتى يصح حظه من الثمن مطلقا بزازية :

(اشترى من غاصب عبدا فأعتقه) المشتري (أو باعه فأجاز المالك) بيع الغاصب (أو أدى الغاصب) الضمان إلى المالك على الأصح هداية (أو) أدى (المشتري الضمان إليه) على الصحيح زيلعي (نقد الأول) وهو العتق (لا الثاني) وهو البيع ،

نفسه فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالنسليم ويخاصم بالعيب وفي ذلك ضرر عليه فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته (قوله لا النكاح) أي ليس للفضولي في النكاح الفسخ بالقول ولا بالفعل لأنه معبر محض ، فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي : وفي النهاية أن له الفسخ بالفعل ، بأن زوج رجلا امرأة ثم أختها قبل الإجازة فهو فسخ للأول ، وفي الخانية خلافه بحر ملخصا (قوله خیر المشتري في خصته) أي حصة الحيز لأن المشتري رغب في شرائه ليسلم له جميع المبيع ، فإذا لم يسلم بخير لكونه مبيعا بعيب الشركة ، وألزمه محمد بها لأنه رضى بتفريق الصفقة عليه لعله أنهما قد لا يجتمان على الإجازة شرح المجمع (قوله فالمعتبر إجازته) ولو بدأ بالرد ثم أجاز فالمعتبر ما بدأ به رملي على الفصولين (قوله مطلقا) أي علم المالك بالثمن أو لم يعلم . وأجاب صاحب الهداية أنه إذا علم بالحط بعد الإجازة فله الخيار بين الرضا والفسخ بخير عن البزازية .

[فروع] في الفصولين : أمره ببيعه بمائة دينار فباعه بألف درهم فقال المالك قبل العلم أجزت جاز بألف درهم وكذا النكاح ، لا لو قال أجزت ما أمرتك به :

برهن المالك على الإجازة ليس له أخذ الثمن من المشتري إلا إذا ادعى أن الفضولي وكله بقبضه :

مات العبد في يد المشتري ثم ادعى المالك الأمر أو الإجازة ، فإن قال كنت أمرته صدق ، ولو قال بلغني فأجزته لم يصدق إلا ببينة ، وكذا لو زوج الكبيرة أبوها ومات زوجها فطلبت الإرث وادعت الأمر أو الإجازة (قوله اشترى من غاصب عبدا) أو قال من فضولي لكان أولى لأنه إذا لم يسلم المبيع لم يكن غاصبا مع أن الحكم كذلك ، ولعله إنما ذكره لأجل قوله أو باعه فإن بيع العبد قبل قبضه فاسد أفاده في البحر : وصورة المسألة زيد باع عبد رجل بلا إذنه من عمرو فأعتق عمرو العبد أو باعه من بكر فأجاز المالك بيع زيد أو ضمنه أو ضمن عمرا المشتري وهو المعتق نفذ عتق عمرو إن كان أعتقه ، وأما إن كان باعه فلا ينفذ البيع (قوله فأجاز المالك بيع الغاصب) قيد به لأنه لو أجاز بيع المشتري منه وهو بيع عمرو لبكر جاز . قال في جامع الفصولين رامزا للمبسوط : لو باعه المشتري من غاصب ثم وثم حتى تداولته الأيدي فأجاز مالكة عقدا من العقود جاز ذلك العقد خاصة لتوقف كلها على الإجازة ، فإذا أجاز عقدا منها جاز ذلك خاصة اه . وبه ظهر أن بيع المشتري من الغاصب موقوف : وأما ما في البحر والنهر عن النهاية والمعراج من أنه باطل فهو مخالف لما في جامع الفصولين وغيره من الكتب كما حرره الخبير الرملي في حاشية البحر (قوله أو أدى الغاصب الضمان إلى المالك على الأصح هداية) وتبعه في البناية ، خلافا لما في الزيلعي من أنه لا ينفذ بأداء الضمان من الغاصب وينفذ بأدائه من المشتري أفاده في البحر (قوله لقد الأول) هذا عندهما : وقال محمد لا يجوز عتقه أيضا لأنه لم يملكه (قوله وهو البيع) أي بيع المشتري من الغاصب أما بيع الغاصب فإنه ينفذ بإجازة المالك وكذا بالتضمين : وفي جامع الفصولين : وإنما يجوز لو تقدم سبب ملكه

لأن الإعتاق إنما يفتقر للملك وقت نفاذه لا وقت ثبوته (۱) قيد بعتق المشتري لأن عتق الغاصب لا ينفذ بأداء الضمان لثبوت ملكه به (۲) زيلعي (ولو قطعت يده) مثلاً (عند مشتريه فأجيز) البيوع (فأرشه) أى القطع (له) وكذا كل ما يحدث من البيوع (كالكسب والولد والعقر) ولو (قبل الإجازة) يكون للمشتري لأن الملك تم له من وقت الشراء ،

على بيعه ، حتى أن خاصبه لو باعه ثم ضمنه ، ملكه جاز بيعه ، ولو شراه غاصبه من مالكه أو وهبه منه أو ورثه لم ينفذ بيعه قبل ذلك ، إذا الغصب سبب الملك عند الضمان ، وليس بسبب البيوع أو الهبة أو الإرث فبقي السبب وهو البيوع والهبة والإرث متأخراً عن البيوع ، ويجوز بيعه لو ضمنه قيمته يوم غصبه لا يوم بيعه اه ثم ذكر أنه لم يفصل بين قيمة وقيمة في عامة الروايات (قوله لأن الإعتاق الخ) علة لنفاذ الإعتاق ، وأما عدم نفاذ البيوع فلبطلانه بالإجازة لأنه يثبت بها الملك للمشتري باتاً .

مطلب إذا طرأ ملك بات على موقوف أبطله

والمالك البات إذا ورد على الموقوف أبطله ، وكذا لو وهبه مولاة للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف .

وأورد عليه أن بيع الغاصب ينفذ بأداء الضمان مع أنه طرأ ملك بات للغاصب على ملك المشتري الموقوف . وأجيب بأن ملك الغاصب ضرورى ضرورة أداء الضمان فلم يظهر في إبطال ملك المشتري بحر : وأجاب في حواشئ مسكين بأن هذا غير وارد ، لأن الأصل المذكور ليس على إطلاقه ، لما في البرازية عن القاعدى ونصه : الأصل أن من باشر عقداً في ملك الغير ثم ملكه ينفذ لزوال المانع كالغاصب باع المصوب ثم ملكه ، وكذا لو باع ملك أبيه ثم ورثه نفذ وطروا البات إنما يبطل الموقوف إذا حدث لغير من باشر الموقوف ، كما إذا باع المالك ما باعه الفضولى من غير الفضولى ولو ممن اشترى من الفضولى : أما إن باعه من الفضولى فلا اه .

قلت : وعليه ففى مسألة بيع المشتري من الغاصب لو أجاز بيع الغاصب نفذ وبطل بيع المشتري لأن الملك البات للغاصب طرأ على ملك موقوف باشره هو ، وأما بالنسبة إلى المشتري فقد طرأ على ملك موقوف لغير من باشره لأن المباشر للبيوع الثانى الموقوف هو المشتري ، نعم لو أجاز عقد المشتري يكون طروا البات لمن باشر الموقوف (قوله لثبوت ملكه به) أى بالضمان لا بالغصب ، لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك اه ح (قوله ولو قطعت يده) أى يد ما باعه الغاصب ، وقوله مثلاً أشار به إلى أن المراد أرش أى جراحة كانت ، واحترز بالقطع من القتل أو الموت عند المشتري فإن البيوع لا يجوز بالإجازة لفوات المعقود عليه ، وشرط صحة الإجازة قيامه كامر ، وتمامه فى الفتح (قوله عند مشتريه) احتراز عن الغاصب كما بأتى (قوله له) أى للمشتري (قوله يكون للمشتري) نصريح بما أفاده التشبيه فى قوله ، وكذا الخ (قوله لأن الملك تم له من وقت الشراء) أى فتبين أن القطع ورد على ملكه ط

(۱) (قول الشارح لأن الإعتاق إنما يفتقر إلى الملك وقت نفاذه لا وقت ثبوته) أى بخلاف البيوع فإنه يحتاج إلى الملك وقت ثبوته قال فى النهر : والقياس أن لا يجوز ، وهو قول محمد ، والخلاف مبنى على أن بيع الفضولى لا ينفذ عند محمد فى حق الحكم وهو الملك لانعدام الولاية فكان الإعتاق لائق الملك فيبطل . وعندهما يوجب الملك موقوفاً ، لأن الأصل اتصال الحكم بالسبب ، والتأخير المدفع الضرر عن المالك ، والضرر فى نفاذ الملك لائق توقفه . ولا نسلم أن الإعتاق يحتاج إلى الملك وقت ثبوته بل وقت نفاذه ، والمراد بقوله صلى الله عليه وسلم لا تهنق لابن آدم فيما لا يملك ، العتق النافذ فى الحال ، وغاية ما يفيد لزوم الملك للمعتق وهو ثابت هنا فإذا لم نوقمه قبل الملك اه . وأما عدم نفوذ البيوع فلما ذكره الهشى اه .

(۲) (قول الشارح لثبوت ملكه به) أى فقه وقع عتقه فى غير ملكه أصلاً فلا ينفذ ، بخلاف ما إذا أدى المشتري الضمان فإن الملك يستند إلى عقد المبايعه اه .

بخلاف الغاصب لما مر (وتصدق بما زاد على نصف الثمن وجوبا) لعدم دخوله في ضمانه فتح .
 (باع عبد غيره بغير أمره) قيد اتفاق (فبرهن المشتري) مثلا (على إقرار البائع) الفضولي (أو) على إقرار
 (رب العبد أنه لم يأمره بالبيع) للعبد (وأراد) المشتري (رد المبيع ردت) بينته ولم يقبل قوله للتناقض (كما لو أقام)
 البائع (البينة أنه باع بلا أمر أو برهن على إقرار المشتري بذلك) وأصله أن من سعى في نقض ماتم من جهته لا تقبل
 إلا في مسألتين (وإن أقر البائع) المذكور أو عند غير القاضي بحر (بأن رب العبد لم يأمره بالبيع ووافق عليه)
 أي على عدم الأمر (المشتري انتقض) البيع لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار لعدم التهمة فإن توافقا بطل
 (في حقهما لا في حق المالك) للعبد (إن كذبهما) وادعى أنه كان بأمره فيطالب البائع بالثمن لأنه وكيل لا المشتري
 خلافا للثاني :

(باع دله غيره بغير أمره) وأقبضها المشتري نهر :

عن المنح (قوله بخلاف الغاصب) أي لو قطعت اليد عنده ثم ضمن قيمته لا يكون الأرض له لما مر قريبا من أن ثبوت
 ملكه بالضمان أي لا بالغصب لأن الغصب غير موضوع للملك فلا يملك الأرض وإن ملك العبد لعدم حصوله في ملكه
 (قوله بما زاد) أي من الأرض على نصف الثمن إن كان نصف القيمة أكثر من نصف الثمن نهر (قوله وجوبا)
 قال في البحر هو ظاهر مافي الفتح (قوله لعدم دخوله في ضمانه) لأن الملك غير موجود حقيقة وقت القطع وأرض
 اليد الواحدة في الحر نصف الدية ، وفي العبد نصف القيمة ، والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فقيما زاد
 على نصف الثمن شبهة عدم الملك ، وتماه في البحر (قوله قيد اتفاق) فإنه وإن وقع في الجامع الصغير فليس
 من صورة المسألة فتح : أي لأن ذكره يفيد توافق المتعاقدين عليه مع أنه محل المنازعة بينهما (قوله مثلا) راجع
 لقوله فبرهن ، لما في النهر وغيره من أنه لو لم تكن بينة كان القول لمدعى الأمر ، إذ غيره متناقض فلا تضح دعواه
 ولذا لم يكن له استخلافه اه وليس راجعا لقوله المشتري على معنى أن البائع كذلك لأنه يتكرر مع قول المصنف ،
 كما لو أقام البائع البينة أفاده ط (قوله الفضولي) لا محل لذكره بعد تصريحه بأن قوله بغير أمره قيد اتفاق (قوله
 ردت بينته) أي إن برهن ، وقوله ولم يقبل قوله أي إن لم يبرهن (قوله للتناقض) إذ الإقدام على الشراء والبيع
 دليل على دعوى الصحة وأنه يملك البيع ودعوى الإقرار بعدم الأمر تناقضه ، وقبول البينة مبنى على صحة الدعوى
 نهر وغيره :

واعترض بأن التوفيق ممكن لجواز أن لا يعلم إلا بعد الشراء بإخبار عدول له بأنا سمعنا إقرار البائع بذلك قبل البيع
 وأجاب في البحر بأنه وإن أمكن التوفيق بذلك لكنه ساع في نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه ، فقولم إمكان
 التوفيق يدفع التناقض على أحد القولين مقيد بما إذا لم يكن ساعيا في نقض ماتم من جهته (قوله إلا في مسألتين)
 ذكرهما في البحر هنا ، لكن الشارح قدم في الوقف عند قوله باع دارا ثم ادعى أني كنت وقفها أن المستثنى سبع
 وقد منا هناك عن قضاء الأشباه أنها تسع ، ومر الكلام عليها فراجع (قوله ولو عند غير القاضي) أفاد أن قول
 الكنز عند القاضي قيد اتفاق (قوله لأن التناقض) أي من البائع لا يمنع صحة الإقرار لعدم التهمة في إقراره على نفسه
 فللمشتري أن يساعده على ذلك فبتحقق الاتفاق بينهما فيبطل البيع في حقهما (قوله خلافا للثاني) فعنده لرب العبد
 مطالبة المشتري ، فإذا أدى رجع على البائع نهر : وفيه : ولو أنكر المالك التوكيل وتصادقا عليه ، فإن برهن الوكيل
 فيها وإلا استحلف المالك ، فإن لكل لزمه لا إن حلف ، وتماه فيه وفي البحر (قوله بغير أمره) لاحاجة إليه
 لأنه محل النزاع ط ولذا لم يذكره في الكنز (قوله نهر) نقله عن البناية ولم يكلم على مفهومه ، ولعله لأنه أو لوى

وأما إدخالها في بناء المشتري فقيده اتفاقا درر (ثم اعترف البائع) الفضولي (بالفصب وأنكر المشتري لم يضمن البائع قيمة الدار) لعدم سراية إقراره على المشتري (فإن برهن المالك أخذها) لأنه نور دعواه بها .
[فروع] باعه فضولي وآجره آخر أو زوجه أو رهنه فأجزا معا ثبت الأقوى فتصير مملوكة لازوجة فتح :
سكوت المالك عند العقد ليس بإجازة خانية من آخر فصل الإقالة :

باب الإقالة

هي لغة : الرفع من أقال أجوف يأتي وشرعا (رفع البيع)

فإنه إذا لم يضمن إذا قبضها لا يضمن إذا لم يقبض بالأولى ط (قوله فقيده اتفاقا) أي وقع في الكنز وغيره اتفاقا مقصودا للاحتراز ، لأنه إذا لم يدخلها يكون بالأولى (قوله لعدم سراية إقراره على المشتري) هذا لا يصلح علة لما قبله وإنما هو علة لعدم نزع الدار من يد المشتري ، وأما علة عدم ضمان البائع قيمة الدار مع إقراره بنصبها فهي عدم صحة غصب العقار وهو قولها : وقال محمد : يضمن قيمة الدار ، وهو قول أبي يوسف أولا لصحة غصبه عنده ط ولذا قال في الفتح : وهي مسألة غصب العقار هل يتحقق أولا ؛ فعند أبي حنيفة لا فلا يضمن ؛ وعند محمد نعم فيضمن اه (قوله فإن برهن الخ) وإن لم يبرهن كان التلف مضافا إلى عجزه عنه لا إلى عقد البائع . قال السامحاني والظاهر أن الثمن يوضع في بيت المال حتى يتبين الحال (قوله لأنه نور دعواه بها) أي جعل لها نورا بالبينة أي أوضحها وأظهرها (قوله باعه) أي الشيء (قوله فتصير مملوكة لازوجة) إنما نص على أنها لا تصير زوجة مع أن البيع يقدم على الإجارة والرهن أيضا لأنه يفهم من نفي الزوجية نفي الأدنى منها بالأولى .

قال في الفتح : وثبت الهبة لو وهبه فضولي وآجره آخر ، وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها لأنها لازمة والإجارة أحق من الرهن لإفادتها ملك المنفعة والبيع أحق من الهبة لبطلانها بالشروع فالبيع بالشروع كهبه فضولي عبد أو بيع آخر إياه يستويان ، لأن الهبة مع القبض تساوي البيع في إفادة الملك . وهبة المشاع فيما لا يتسم بصحة ، فيأخذ كل نصفه ، ولو زوجها كل من رجل فأجزا بطلا ، ولو باعها تنصف بين المشتريين ويخير كل منهما اه والله سبحانه أعلم .

باب الإقالة

مناسبتها للفضولي أنه عقد يرفع عند عدم الإجازة والإقالة رفع ط ، وذكرها في الهداية والكنز عقب البيع الفاسد والمكروه لوجوب رفع كل منهما على المتعاقدين كما مر ويأتي تمامه (قوله من أقال) ويأتي ثلاثيا يقال قاله قبلا من باب باع إلا أنه قليل نهر (قوله أجوف) أي عينه حرف علة ثم بينه بأنه يأتي ، وهو خبر مبتدأ محذوف أي هو أجوف ويأتي خبر ثان اه ح : وفيه رد على من قال إنه واوى من القول والهمزة للنسب ، فأقال بمعنى أزال القول أي القول الأول وهو البيع ، كأشكاه أزال شكابته ودفع بثلاثة أوجه ذكرها في الفتح الأول قولهم قلته بالكسر فهو يدل على أن عينه ياء لا واو فليس من القول الثاني أنه ذكر الإقالة في الصحاح من القاف مع الياء لامع الواو الثالث أنه ذكر في مجموع اللغة قال البيع قبلا وإقالة فسخه اه (قوله رفع العقد (١)) ولو في بعض المبيع لما في الحاوي لو باع منه حنطة مائة من بدينار ودفعها إليه فافترقا ثم قال للمشتري ادفع إلى الثمن أو الحنطة التي دفعتها إليك

(١) (قوله رفع العقد) هكذا بخطه والذي في نسخ الشارح رفع البيع وهو الذي يدل عليه قول الشارح وعم في الجوهره الخ اه

وعم في الجوهره فعبّر بالعقد (ويصح بلفظين ماضيين و) هذا ركنها (أو أحدهما مستقبل) كأنافي فقال أقلتك لعدم المساومه فيها فكانت كالنكاح وقال محمد كالبيع قال البرجندی وهو المختار (و) تصح أيضا (بفاسختك وتركت وتاركتك ورفعت وبالتعاطى) ولو من أحد الجانبين (كالبيع) هو الصحيح بزايه وفي السراجيه لا بد من التسليم والقبض من الجانبين

فدفعها أو بعضها فهو فسخ في المردود اه (قوله فعبّر بالعقد) فهو تعريف للأهم من إقالة البيع والإجارة ونحوهما بحر: واعترضه في النهر بأن مراده بالعقد عقد البيع . قلت: تخصيصه بالبيع لكونه الكلام فيه ، وإلا فهو تعريف للإقالة مطلقا ، لأن حقيقتها في الإجارة لا تخالف حقيقتها في البيع ، ولذا لم يذكر لها باب في غير هذا الموضع ونظيره النية مثلا تذكر في باب الصلاة ونحوها وتعرف بالقصد الشامل للصلاة وغيرها فافهم والمراد بالعقد القابل للفسخ بخيار كما يعلم مما يأتي بخلاف النكاح (قوله وهذا ركنها) الأولى تأخيره عن قوله أو أحدهما مستقبل كما فعل المصنف ط (قوله أو أحدهما مستقبل الخ) اعلم أن الإقالة عند أبي يوسف بيع ، إلا أن لا يمكن فسخ كما يأتي وعند محمد بالعكس والعجب أن قول أبي يوسف كقول الإمام في أنها تصح بلفظين أحدهما مستقبل مع أنها بيع عنده والبيع لا ينعقد بذلك ، ومحمد يقول : إنها فسخ ويقول لا ينعقد إلا بماضيين لأنها كالبيع فأعطاها بسبب الشبه حكم البيع . وأبو يوسف مع حقيقة البيع لم يعطها حكمه والجواب له أن المساومه لا تجرى في الإقالة فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع فتح (قوله لعدم المساومه فيها) إشارة إلى الجواب المذكور : أي لأن الإقالة لا تكون إلا بعد نظر وتأمل ، فلا يكون قوله أقلتي مساومه بل كان تحقيقا للتصرف كما في النكاح ، وبه فارق البيع كما في شروح الهداية (قوله وقال محمد كالبيع) أي فلا ينعقد إلا بماضيين كما مر قال في الفتح : والذي في الخانية أن قول الإمام كقول محمد (قوله قال البرجندی الخ) قال في الفتح : وفي الخلاصة : اختاروا قول محمد : وفي الشربلالية : ويرجح قول محمد كون الإمام معه على ما في الخانية اه .

قلت : واختار المصنف قول أبي يوسف تبعا للدرر والملقى (قوله وتصح أيضا الخ) فلا يتعين فيها لفظ كما في الفتح ، وظاهره أنه لا فرق بين لفظ الإقالة وهذه الألفاظ وهو غير مراد ، فإن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرهما ، وهذا إذا كانت بلفظ الإقالة ، فلو بلفظ مفاسخة أو متاركة أو تراد لم يجعل بيعا اتفاقا ولو بلفظ بيع فبيع إجماعا كما يأتي فتنبه لذلك . وفي البزازية طلب الإقالة فقال المشتري هات الثمن فأقاله اه . قلت : والظاهر أن مثله ما لو كان الطلب من المشتري فقال البائع خذ الثمن : وفيها : اشترى عبدا ولم يقبضه حتى قال للبائع بعه لنفسك فلو باع جاز وانفسخ الأول ، ولو قال بعه لي أو بعه ممن شئت أو بعه ولم يزد عليه لا يصح اه وظاهره أنه في الصورة الأولى يفسخ ، وإن باعه بعد المجلس تأمل . ووجهه أنه إقالة اقتضاء فإن أمره بالبيع لنفسه لا يتم إلا بتقدم الإقالة ، فهو نظير قولك أعتق عبدك عنى بألف ، بخلاف بقية الصور ، فإنه توكيل لا إقالة . ثم رأيت ذلك التوجيه في الولوالجية وفي البزازية : ولا يصح تعليق الإقالة بالشرط بأن باع ثورا من زيد فقال اشتره ، رخصا فقال زيد إن وجدت مشتريا بالزيادة فبعه منه ، فوجد فباع بأزيد لا ينعقد البيع الثاني لأنه تعليق الإقالة لا الوكالة بالشرط . وفيها : قال المشتري إنه يخسر فقال البائع : بعه فإن خسرت فعلى فباع فخسر لا يلزمه شيء (قوله هو الصحيح بزايه) عبارتها قبض الطعام المشتري وسلم بعض الثمن ثم قال بعد أيام إن الثمن خال فرد البائع بعض الثمن المقبوض ، فن قال البيع ينعقد بالتعاطى من أحد الجانبين جعله إقالة وهو الصحيح ومن شرط القبض من الجانبين لا يكون إقالة عنده اه ومثله في الخانية (قوله وفي السراجيه الخ) مقابل الصحيح والمراد بالتسليم تسليم

(وتتوقف على قبول الآخر) في المجلس ولو كان القبول (فعلا) كما لو قطعه أو قبضه فور قول المشتري أفلتت لأن من شرائطها اتحاد المجلس ورضا المتعاقدين أو الورثة أو الوصي وبقاء المحل

المبيع وبالقبض قبض الثمن المدفوع ط (قوله وتتوقف على القبول (١)) فلو اشترى حمرا ثم جاء به ليرده، فلم يقبله البائع صريحا واستعمل الحمار أياما ثم امتنع عن رد الثمن وقبول الإقالة كان له ذلك لأنه لما رد كلام المشتري بطل فلا تتم الإقالة باستعماله خانية (قوله في المجلس) فلو قبل بعد زوال المجلس أو بعد ما صدر عنه فيه ما يدل على الإعراض لا تتم الإقالة ابن ملك . وفي القنية : جاء الدلال بالثمن إلى البائع بعد ما باعه بالأمر المطلق ، فقال له البائع لا أدفع بهذا الثمن فأخبر به المشتري فقال : أنا لا أريده أيضا لا يفسخ لأنه ليس من أعاظ الفسخ، ولأن اتحاد المجلس في الإيجاب والقبول شرط في الإقالة ولم يوجد اشترى حمرا ثم جاء ليرده فلم يجد البائع فأدخاه في إصطبله فجاء البائع بالبيطار فبذره فليس بفسخ لأن فعل البائع وإن كان قبولا ولكن يشترط فيه اتحاد المجلس اه (قوله ولو كان القبول فعلا) أفاد أنه بعد الإيجاب لا يكون من التعاطي ، لأن التعاطي ليس فيه إيجاب لما قدمناه أول البيوع من الفتح من أنه إذا قال بعتهك بألف فقبضه ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا خلافا لما قال إنه يبيع بالتعاطي ، لأن التعاطي ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط اه .

[تنبيه] قال في البرازية : جاء بقبالة العقار المشتري، فأخذها البائع وتصرف في العقار فأقاله وفي الخزانة دفع القبالة إلى البائع، وقبضه ليس بإقالة وكذا لو تصرف البائع في المبيع بعد قبض القبالة ، وسكت المشتري لعدم تسليم المبيع وقبض الثمن اه .

قلت : والقبالة بالفتح الصك الذي يكتب فيه الدين ونحوه والظاهر أن ما ذكره أولا من كون ذلك إقالة مبنية على ما هو الصحيح من الاكتفاء بالتعاطي من أحد الجانبين ، وهو تصرفه في المبيع بعد قبض القبالة وما ذكره عن الخزانة مبنية على أنه لا بد لكونه من الجانبين بقربنة التعليل تأمل (قوله فور قول المشتري أفلتت) متعلق بالأمرين قال في الفتح : ويجوز قبول الإقالة دلالة بالفعل كما إذا قطعه قبضا في فور قول المشتري : أفلتت اه . والمراد بالفورية : أن يكون في المجلس بأن يقطعه قبل أن يفترقا ولم يتكلم بشيء كما في ح عن الخانية وظاهر هذا أن القبض فورا بلا قطع لا يمكن ، وهو خلاف قول الشارح ، أو قبضه ولعل المسألة مفروضة فيما إذا كان الثوب بيد البائع قبل قوله : أفلتت فتأمل : ثم رأيت في الذخيرة وكذا في الحاوي صورة المسألة بما يرفع الإشكال حيث قال : وكذا دلالة بالفعل ألا ترى أن من باع ثوبا وسلمه ثم قال للمشتري أفلتت البيع فاقطعه لي قبضا فإن قطعه في المجلس فهو إقالة وإلا فلا اه فالمتكلم بقوله : أفلتت هو البائع ، والقاطع هو المشتري لا البائع عكس ما في الفتح والخانية فقطع المشتري الثوب قبل قبض البائع قبول دلالة ولا إشكال فيه فتدبر (قوله لأن من شرائطها الخ) حلة لقوله وتتوقف الخ، ولا يرد أن المعطوفات لاتصلح تعليلا لأن العلة مجموع ما ذكر فسكانه قال لأن لها بشرطاتها اتحاد المجلس فافهم (قوله ورضا المتعاقدين) لأن الكلام في رفع عقد لازم، وأما رفع ما ليس بلازم فلمن له الخيار يعلم صاحبه لا برضاه بحر .

وحاصله : أن رفع العقد غير اللازم وهو ما فيه خيار لا يسمى إقالة بل هو فسخ لأنه لا يشترط فيه رضاهما فافهم (قوله أو الورثة أو الوصي) أشار إلى ما في البحر من أنه لا يشترط لصحتها بقاء المتعاقدين فتصح إقالة الوارث والوصي، ولا تصح إقالة الموصي له كفاي القنية اه (قوله وبقاء المحل) أي المبيع كلا أو بعضا لما سيذكره المصنف

(١) (قوله على القبول) هكذا بخطه والذي في نسخ الشارح في بيدي على قبول الآخر والخطيب سهل اه .

القابل للفسخ بخيار فلو زاد زيادة تمنع الفسخ لم تصح خلافا لها وقبض بدلى الصرف في إقالته وأن لا يهب البائع الثمن للمشتري قبل قبضه ، وأن لا يكون البيع بأكثر من القيمة في بيع مأذون ووصى ومتول (وتصح إقالة المتولى إن خيرا) للوقف (وإلا لا) الأصل أن من ملك البيع ملك إقالته إلا في خمس الثلاثة المذكورة

من أنه يمنع صحتها هلاك المبيع وهلاك بعضه يمنع بقدره (قوله القابل للفسخ بخيار) نعت للمحل وبخيار متعلق بالفسخ ووصف أهل بقبوله الفسخ مجاز لأن القابل لذلك عقده قال ح أى القابل للفسخ بخيار من الخيارات كخيار العيب والشرط والرؤية كعاقب الفداوى الهندية اه وفي الخلاصة : والذي يمنع الرد بالعيب يمنع الإقالة ومثله في الفتح (قوله فلو زاد الخ) تفريع على قوله القابل للفسخ بخيار ، وقدمنا في خيار العيب أن الزيادة إما متصلة متولدة كسمن وجمال أو غير متولدة كغرس وبناء وخياطة وإما منفصلة متولدة كولد وثمرة وأرشن أو غير متولدة ككسب وهبة والكل إما قبل القبض أو بعده ويمنع الفسخ بخيار العيب في موضعين في المتصلة الغير المتولدة مطلقا وفي المنفصلة المتولدة لو بعد القبض فقط فافهم ويأتى زيادة بيان (قوله وقبض بدلى الصرف في إقالته) أى إقالة عقد الصرف أما على قول أبى يوسف فظاهر لأنها بيع ، وأما على أصلها فلأنها بائع في حق ثالث وهو حق الشرع بحر (قوله وأن لا يهب البائع الثمن للمشتري) أى المشتري المأذون (۱) : فلو وهبه لم تصح الإقالة بعدها وقوله : قبل قبضه أى قبل قبض البائع الثمن من المأذون وذلك لأنها لو صححت الإقالة حينئذ لكان تبرعا بالمبيع للبائع ، ولا يقدر على الرجوع عليه بالثمن لأنه لم يصل إلى البائع منه شيء ، وهو ليس من أهل التبرع : أما بعد القبض فيرجع المأذون حابه بالثمن لو صوله ليده فلم يكن مقبرعا فصحت الإقالة ، ويرجع على البائع بعدها بقدر الموهوب له فيكون الواصل إليه قدر الثمن مرتين الموهوب وقدره وقاس ح على المأذون وصى اليتم ومتولى الوقف نظرا للصغير والوقف ، فيجرى فيهما حكمه ط (قوله في بيع مأذون ووصى ومتول) وكذا إذا اشترى بأقل من القيمة ، فإن الإقالة لا تصح نهر وكان على الشارع أن يقول : وأن لا يهب الثمن للمشتري المأذون أو الوصى ، أو المتولى قبل قبضه وأن لا يكون بيعهم بأكثر من القيمة ولا شراؤهم بأقل منها اه ح ويمكن أن يكون قوله في بيع مأذون الخ قيد للمسألين لئلا يكتن المأذون مع ما عطف عليه بالنسبة إلى المسألة الأولى مشتر وبالنسبة إلى الثانية بائع فتكون إضافة بيع بالنظر إلى الأولى من إضافة المصدر إلى مفعوله وبالنظر إلى الثانية إلى فاعله تأمل (قوله الأصل أن من ملك البيع) أى أو الشراء كما يظهر مما يأتى (قوله الثلاثة المذكورة) أى المأذون والوصى والمتولى إذا باعوا بأكثر من القيمة قال في جامع الفصولين : الوصى والمتولى أو باع شيئا بأكثر من قيمته ثم أقال لم يجز اه وعبارة الأشباه إلا في مسائل اشترى الوصى من مديون الميت ذارا بعشرين ، وقيمتها خمسون لم تصح الإقالة اشترى المأذون غلاما بألف وقيمته ثلاثة آلاف لم تصح ، والمتولى على الوقف لو أجر الوقف ثم أقال ولا مصلحة لم يجز على الوقف اه فاف في جامع الفصولين في البيع وما أشبهه في الشراء :

(۱) (قوله أى المشتري المأذون) قال شيخنا : إنما قيد المشتري بالمأذون تبعا للحبس لما ذكره في التعليل ولا نعلم أن أحدا من علماء المذهب قيده به ولا دلالة في التعليل عليه لأن جميع ما رأينا من كتب المذهب قد ذكر فيها المشتري مطلقا ثم ذكر فيها مسألة المأذون بهذا التعليل فلوركان مرادهم بالمشتري خصوص المأذون لقيه به فيما اطلعنا عليه ولما أفردوا المأذون بالذكر مع تعليله فالظاهر صوم الحكم لغير المأذون أيضا ويعلق بالنسبة لغير المأذون بوجود البيع بأحد البديلين وهو لا يتوقف عليهما وتوضيحه أن الإقالة فسح بين المعاقدين بيع في حق ثالث فلو حكنا بصحة الإقالة لزمنا الحكم بأنها بيع مع أنه لم يوجد إلا أحد البديلين اه لكن مفهوم قولهم في تعليل مسألة المأذون وهو ليس من أهل التبرع أنه لو ملك التبرع لحكوا بصحة الإقالة وإن لزم وجود البيع بأحد البديلين فليحذر اه .

مطلب تحريرهم في إقالة الوكيل بالبيع

(قوله والوكيل بالشراء) بخلاف الوكيل بالبيع تصح ، ويضمن بخر ثم قال : وإنما يضمن الوكيل بالبيع إذا أقال بعد قبض الثمن أما قبله ، فيملكها في قول محمد كذا في الظهيرية اه وفي جامع الفصولين : الوكيل بالبيع لو أقال أو احتال أو أبرأ أو حط أو وهب صح عندهما وضمن لموكله لا عند أبي يوسف الوكيل لو قبض الثمن لا يملك الإقالة إجماعا اه .

وفي حاشيته للخير الرملي بعد أن ذكر عبارة البحر أقول : وفيه توقف من وجوه الأول تقييده الضمان بما إذا كانت الإقالة بعد قبض الثمن ، مع أن الوكيل لو قبض الثمن لا يملك الإقالة إجماعا الثاني قوله : فيملكها عند محمد مع أنها جائزة عند الإمام أيضا فما وجه التخصيص بقول محمد الثالث ترتب عدم الضمان على كونه يملكها ، مع قولهم تصح عندهما وضمن لموكله فهو صريح في الضمان مع كونها صحيحة ، وصريح كلام الظهيرية وإطلاقه يفيد صحة إقالة وكيل البيع مطلقا قبل قبض الثمن وبعده . ثم رأيت في جامع الفتاوى والبزازية ماصورته ، والوكيل بالبيع يملك الإقالة بخلاف الوكيل بالشراء ، يستوى أن تكون الإقالة قبل القبض أو بعده فتأمل مع الظهيرية ، مع ما في جامع الفصولين ، والظاهر أن معنى قوله في الظهيرية فيملكها في قول محمد : أي على الموكل فيعود المبيع إلى ملكه معنى قوله في الفصولين : الوكيل لو قبض الثمن لا يملك الإقالة إجماعا أي على الموكل فلا يعود المبيع إلى ملكه وتصح الإقالة عليه فيضمن وبهذا يحصل التوفيق ، ويتضح الأمر وقد ذكر في البحر أول الإقالة فرعا لطيفا عن القنية فيه دلالة على صحة التوفيق المذكور فراجع .

فتحصل أن إقالته تصح عند الإمام قبل القبض وبعده ويضمن ، وعند محمد يملكها قبله على الموكل ، فتصح ولا يضمن وبعده تصح ويضمن وعند أبي يوسف لا تصح مطلقا ولا يضمن اه كلام الخير الرملي . قلت : وهو توفيق لطيف لكن ذكر في الباب العاشر من بيوع البزازية إقالة الوكيل بالبيع جائزة عند الإمام ومحمد اه . ومثله في القنية وزاد أن المعنى فيه كون إقالته تسقط الثمن عن المشتري عندهما ، ويلزم المبيع الوكيل وعند أبي يوسف لا تسقط الثمن عن المشتري أصلا اه : ولعل ما في الظهيرية رواية عن محمد ، ويؤيده ما في وكالة كافي الحاكم الشهيد لو وكل رجلا ببيع خادم له فباعها ، ثم أقال البائع البيع فيها لزمه المال والخادم له ، وكذلك لو لم يكن قبضها المشتري حتى أقاله من غيب أو من غير غيب اه فهذا نص المذهب ومقتضاه أنه قول أئمتنا الثلاثة لكونه لم يذكر فيه خلافا وظاهره أنه لا فرق بين كونه قبل قبض الثمن أو بعده ، وهو الوجه لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث ، وهو الموكل هنا فإذا أقال البائع بلا إذنه لا يبصر مشتريا له إذ لا يملك ذلك عليه ، بل صار البائع مشتريا لنفسه إذا الشراء متى وجد نفاذا لا يتوقف ، وبه يظهر وجه الفرع الذي ذكره في البحر عن القنية ، وهو قوله باعت ضيعة مشتركة بينها وبين ابنها البالغ ، وأجاز الابن البيع ثم أقاله ، وأجاز الابن الإقالة ثم باعها ثانيا بغير إجازته يجوز ، ولا يتوقف على إجازته لأن بالإقالة يعود المبيع إلى ملك العاقد لا إلى ملك الموكل والهيضاه : أي لأنها بإجازة ابنها البيع الأول صارت وكيلة عنه فيه ، ثم صارت بالإقالة مشتريا لنفسها فلذا نفذ بيعها الثاني بلا إجازة ويظهر مما ذكرنا أن إقالة المتولى أو الوصي البيع فيما تقدم تصح عليه ويضمن فاغتم تحرير هذا المثل (قوله قبيل وبالسلم) أي عند أبي يوسف قال في جامع الفصولين : الوكيل بالسلم لو قبض أدون مما شرط صح ، وضمن لموكله ما شرط عند أبي حنيفة ومحمد وكذا لو أبرأ عن السلم أو وهب قبل قبضه أو أقاله أو احتال به صح ،

ولا إقالة في نكاح وطلاق وعقاق جوهره وإبراء بحر من باب التحالف (وهي) مندوبة للحديث وتجب في عقد
مكروه وفاسد بحر . وفيها إذا غره البائع يسيرا نهر بحثا فلو فاحشاله الرد كما سيجيء وحكمها أنها (فسخ في حق
المتعاقدين فيها هو من موجبات) بفتح الجيم أي أحكام (العقد) أما لو وجب بشرط زائد كانت بيما جديدا في حقهما
أيضا كأن شري بدينه المؤجل عينا ثم تقايلا لم يعد الأجل فيصير دينه حالا كأنه باعه منه ، ولو رده بخيار بقضاء
عاد الأجل لأنه فسخ ولو كان به كفيل

رضمن عندهما ولم يجز عند أبي يوسف (قوله ولا إقالة في نكاح الخ) أي لعدم قبول الفسخ بخيار (قوله للحديث)
هو قوله صلى الله عليه وسلم « من أقال مسلما بيعته أقال الله عثرته » أخرجه أبو داود وزاد ابن ماجه « يوم القيامة »
ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وقال على شرط الشيخين وعند البيهقي « من أقال نادما فتح (قوله وتجب في عقد
مكروه وفاسد) لوجوب رفع كل منهما على المتعاقدين صولهما عن المظهور ، ولا يكون إلا بالإقالة كما في النهاية
وتبعه غيره قال في الفتح : وهو مصرح بوجوب الفسخ في العقود المكروهة السابقة وهو حق لأن رفع المعصية
واجب بقدر الإمكان اه وظاهر كلام النهاية أن ذلك إقالة حقيقة ، ومتنضاه أنه يترتب عليه أحكام البيع الآتية
وأورد عليه أن الفاسد يجب فسخه على كل منهما بدون رضا الآخر ، وكذا للقاضي فسخه بلارضاها والإقالة يشترط لها
الرضا اللهم إلا أن يراد بالإقالة مطاق الفسخ كما أفاده محشي مسكين :

قلت : وإليه يشير كلام الفتح المذكور ، وهو الظاهر لأن المقصود منه رفع العقد كأنه لم يكن رفعا للمعصية
والإقالة تحقق العقد من بعض الأوجه فلا بد أن يكون الفسخ في حق المتعاقدين وحق غيرهما والله سبحانه أعلم
(قوله وفيها إذا غره البائع يسيرا الخ) أصل البحث لصاحب البحر وضمن الشارح غره معنى غبنه والمعنى إذا غره
غابنا له غبنا يسيرا : أي فإذا طلب منه المشتري الإقالة وجبت عليه رفعا للمعصية تأمل (قوله كما سيجيء) أي
في آخر الباب الآتي (قوله وحكمها أنها فسخ الخ) الظاهر أنه أراد بالفسخ الانفساخ (۱) : لأن حكم العقد الأثر
الثابت به كالمالك في البيع ، وأما الفسخ بمعنى الرفع فهو حقيقة لها (قوله فسخ في حق المتعاقدين) هذا إذا كانت
قبل القبض بالإجماع ، وأما بعده فكذلك عند الإمام إلا إذا تعذر ، بأن ولدت المبيعة فتبطل : قال أبو يوسف
هي بيع إلا إذا تعذر بأن وقعت قبل القبض في منقول ، فتكون فسخا إلا إذا تعذر أيضا بأن ولدت المبيعة والإقالة
قبل القبض فتبطل وقال محمد : هي فسخ إن كانت بالثمن الأول أو بأقل ، ولو بأكثر أو بجنس آخر فبيع ،
والخلاف مقيد بما إذا كانت بلفظ الإقالة كما يأتي نهر والصحیح قول الإمام كما في تصحيح العلامة قاسم (قوله
فيها هو من موجبات العقد) قيد به الزيلعي وتبعه أكثر الشراح وفيه شيء فإن الكلام فيها هو من موجبات العقد
لأنها هو ثابت بشرط زائد إذا أصل عدمه فقوله فسخ أي لما أوجبه عقد البيع ، فهو على إطلاقه تدبر وملى
على المنع (قوله أي أحكام العقد) أي ما ثبت بنفس العقد من غير شرط بحر (قوله بشرط زائد) الأولى أن يقول
بأمر زائد ، وذلك كجلول الدين فإنه لا يفسخ بالإقالة ليعود الأجل ، لأن حلوله إنما كان برضا من هو عليه حيث
ارتضاه ثمنا فقد أسقطه فلا يعود بعد ط (قوله كأنه باعه منه) أي كأن المشتري باع العين من البائع ، لأنه لما سقط
الدين سقط الأجل ، وصارت المقالة بعد ذلك كأنه باع المبيع من بائعه فيثبت له عليه دين جديد تأمل (قوله
ولو رده بخيار) أي خيار عيب وصاروة البحر بعيب (قوله لأنه فسخ) فإن الرد بخيار العيب إذا كان بالقضاء

(۱) (قوله للظاهر أنه أراد بالفسخ الانفساخ) إنما يحتاج إلى هذا التأويل لو وقع الفسخ خيرا من الحكم وأما على ما في عبارة
الشارح فلا حاجة إليه لأن الفسخ أخبر به عن الإقالة إذ الفسخ الواقع إما لأن كفاية منها وخبر الحكم إنما هو حجة أن ومسؤولها

لم تعد الكفالة فيما هي عالية ثم ذكر لكونها فسخا فروعاً (ف) الأول أنها (تبطل بعد ولادة المبيعة) باعتبار الفسخ بالزيادة المنفصلة بعد القبض حقا للشرع لا قبله مطلقا ابن مالك (و) الثاني (تصح بمثل الثمن الأول وبالسكوت عنه) ويرد مثل المشروط ولو المقبوض أجرد أو أردأ

يكون فسخا وإذا ثبت للبائع رده على بائعه بخلاف ما إذا كان بالتراضي ، فإنه بيع جديد (قوله لم تعد الكفالة فيهما) أي في الإقالة والرد بعيب بقضاء اه ح :
فحصل أن الأجل والكفالة في البيع بما عليه لا يعودان بعد الإقالة وفي الرد بقضاء في العيب يعود الأجل ، ولا يعود الكفالة اه ط :

قلت : ومقتضى هذا أنه لو كان الرد بالرضا لا تعود الكفالة بالأولى ، وذكر الرمي في كتاب الكفالة أنه ذكر في التارخانية عن المحيط ، عدم عودها سواء كان الرد بقضاء أو رضا وعن المبسوط أنه إن كان بالقضاء تعود وإلا فلا .

ثم قال الرمي والحاصل : أن فيها خلافا بينهم (قوله لا قبله مطلقا) أي متصلة أو منفصلة قال في الفتح : والحاصل أن الزيادة متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والأرث والعقر ، إذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ ، والدفع وإن كانت بعد القبض متصلة ، فكذلك عنده وإن كانت منفصلة بطلت الإقالة لعدم الفسخ معها اه ، ومثله في ابن مالك على المجمع لكن قدمنا عن الخلاصة أن ما يمنع الرد بالعيب يمنع الإقالة ، وقد منا أيضا أن الرد بالعيب يمنع في المتصلة الغير المتولدة مطلقا ، وفي المنفصلة المتولدة لو بعد القبض فقط ويوافق ما في الحاشية والعشرين من جامع الفصولين : أن الرد بالعيب يمنع لو الزيادة متصلة لم تولد اتفاقا كصبيغ ، وبقاء والمتصلة المتولدة ، كولد وثمر وأرث وعقر تمنع الرد وكذا تمنع الفسخ بسائر أسباب الفسخ والمنفصلة التي لم تولد ككسب وغلة لا يمنع الرد والفسخ بسائر أسبابه اه :

[تلييه] قال في الحاوي : تقايلا البيع في الثوب بعدما قطعه المشتري وخاطه قبضا أو في الحديد ، بعد ما أخذه سيفاً لا تصح الإقالة كمن اشترى غزلاً ففسجه أو حنطة فطحنها ، وهذا إذا تقايلا على أن يكون الثوب للبائع ، والخياطة للمشتري يعني يقال للمشتري : افق الخياطة وسلم الثوب لما فيه من ضرر المشتري ، فلو رضى بكون الخياطة للبائع بأن يسلم الثوب إليه كذلك يقول تصح اه .

وفي حاشية الخبر الرمي على الفصولين : وقد سئلت في مبيع استغله المشتري هل تصح الإقالة فيه فأجبت بقولي : نعم وتطيب الغلة له والغلة اسم الزيادة المنفصلة كأجرة الدار وكسب العبد ، فلا يخالف ما في الخلاصة من قوله رجل باع آخر كرماً فسلمه إليه فأكل نزهه يعني ثمرته سنة ثم تقايلا ، لا تصح وكذا إذا هلكت الزيادة المتصلة أو المنفصلة أو أستهلكها الأجنبي اه (قوله وتصح بمثل الثمن الأول) حتى لو كان الثمن عشرة دنانير ، فدفع إليه دراهم ثم تقايلا ، وقد رخصت الدنانير رجوعاً بالدنانير لا بما دفع ، وكذا لو رد بعيب وكذا في الأجرة ، لو فسخت وأو عقد بدراهم فكسدت ثم تقايلا رد الكاسد كذا في الفتح نهر (قوله وبالسكوت عنه) المراد أن الواجب هو الثمن الأول سواء سماه أو لا قال في الفتح : والأصل في لزوم الثمن ، أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين ، وحقيقة الفسخ ليس إلا رفع الأول ، كأن لم يكن فيثبت الحال الأول ، وثبوته برجوع عين الثمن إلى مالكه كأن لم يدخل في الوجود غيره وهذا يستلزم تعين الأول ، وثق غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس اه (قوله ويرد مثل المشروط الخ) ذكر هذا هنا غير مناسب ، لأنه ليس من فروع كونها فسخا بل من فروع كونها بيعاً ولذا ذكره الزيلعي وغيره في

ولو تقايلا وقد كسدت رد الكاسد (إلا إذا باع المتولى أو الوصى لاوقف أو لاهتير شيئا بأكثر من قيمته أو اشتريا شيئا بأقل منها للوقف أو للصغير لم تجز إقالته ولو بمثل الثمن الأول وكذا المأذون كإمارة (وإن) وصليمة (شرط غير جنسه أو أكثر منه أو) أجله وكذا في (الأقل) إلا مع تعيبه فتكون فسخا بالأقل أو بقدر العيب لا يزيد ولا أنقص قبل إلا بقدر ما يتغابن الناس فيه (و) الثالث (لا تفسد بالشرط) الفاسد (وإن لم يصح تعليقها به) كما سيجيء (و) الرابع (جاز للبائع بيع المبيع منه) ثانيا بعدها (قبل قبضه)

محترزات قوله فيما هو من موجبات العقد فقال : وكذا لو قبض أردأ من الثمن الأول أو أجود منه يجب رد مثل المشروط في البيع الأول كأنه باعه من البائع بمثل الثمن الأول ، وقال الفقيه أبو جعفر : عليه رد مثل المقبوض ، لأنه لو وجب عليه رد مثل المشروط ، للزمه زيادة ضرر بسبب تبرعه ، ولو كان الفسخ بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء يجب رد المقبوض إجماعا لأنه فسخ من كل وجه اه ومثله في المنع فافهم (قوله ولو تقايلا الخ) قدمناه آنفا عن النهر (قوله لم تجز إقالته) مراعاة للوقف والصغير منح وينبغي أن تجوز على نفسه في مسألة البيع كما قدمناه (قوله وإن شرط غير جنسه) متعلق بما قبل الاستثناء فكان ينبغي تقديمه عليه اه ح (قوله أو أكثر منه) أى من الثمن الأول أو من الجنس (قوله أو أجله) بأن كان الثمن حالا فأجله المشتري عند الإقالة فإن التأجيل يبطل وتصح الإقالة وإن تقايلا ، ثم أجله ينبغي أن لا يصح الأجل ، عند أبي حنيفة ، فإن الشرط اللاحق بعد العقد يلحق بأصل العقد عنده كذا في القنية بحر لکن تقديم في البيع الفاسد أنه لا يصح البيع إلى قدوم الحاج ، والحصاد والدياس ، ولو باع مطلقا ثم أجل إليها صح التأجيل وقدّمنا أيضا تصحيح عدم انحقاق الشرط الفاسد (قوله إلا مع تعيبه) أى تعيب المبيع عند المشتري فإنها تصح بالأقل ، وصار المخطوط بازاء نقصان العيب قهستاني (قوله لا يزيد ولا أنقص) فلو كان يزيد أو أنقص ، هل يرجع بكل الثمن أو ينقص بقدر العيب ، ويرجع بما بقي فليراجع ط :

قلت : الظاهر الثانى ، لأن الإقالة عند التعيب جائزة بالأقل ، والمراد نفي الزيادة والنقصان عن مقدار العيب ، فصار الباقي بمنزلة أصل الثمن فتلغو الزيادة والنقصان فتقط ويرجع بما بقي والله أعلم :

[تنبيه] علم من كلامهم أنه لو زال العيب فأقال على أقل من الأول لا يلزم إلا الأول بقى لو زال بعد الإقالة هل يرجع المشتري على البائع بنقصان العيب الذى أسقطه من الثمن الأول ، مقتضى كونها فسخا في حقهما أنه يرجع ، ونظيره ما قدمناه في أوائل باب خيار العيب أو صالحه عن العيب ، ثم زال رجوع البائع تأمل وفي التارخالية تعيبت الجارية بيد المشتري بفعله أو بأفة سماوية وتقايلا ، ولم يعلم البائع بالعيب وقت الإقالة إن شاء أمضى الإقالة وإن شاء رد وإن علم به لا خيار له اه :

قال الخبير الرملى في حواشى المنع بعد نقله أقول : فلو تعذر الرد بهلاك المبيع هل يرجع بنقصان العيب بمقتضى جعلها بيعا جديدا أم لا لأنها فسخ في حقهما الظاهر الثانى اه وهذا يؤيد ما قلنا (قوله قبل الخ) نقله في البحر عن البناية عن تاج الشريعة ، ولم يعبر عنه بقيل ولعل الشارح أشار إلى ضعفه لمخالفته إطلاق ما في الزياعى ، والفتح من نفي زيادة والنقصان ، مع أن وجه هذا القول ظاهر ، لأن المراد بما يتغابن فيه ما يدخل تحت تقويم المقوهين فلو كان المبيع ثوبا حدث فيه عيب ، بعضهم يقول بنقصه عشرة ، وبعضهم أحد عشر فهذا الدرهم يتغابن فيه ، نعم لو اتفق المقوهون على شيء خاص تعين نفي الزيادة تأمل (قوله لا تفسد بالشرط الفاسد) كشرط غير الجنس أو الأكثر أو الأقل كما علمت (قوله وإن لم يصح تعليقها به) مثل له في البحر بما قدمناه عن البرازية من قول المشتري للبائع إن وجدت ، شترىا بأزيد فبعه منه (قوله كما سيجيء) أى قبيل باب الصرف اه ح (قوله والرابع) صورته

ولو كان بيعا في حقهما لبطل كبيعه من غير المشتري عيني (و) الخامس (جاز قبض المكييل والموزون منه) بعدها (بلا إعادة) كيله ووزنه (و) السادس (جاز هبة البيع منه بعد الإقالة قبل القبض) ولو كان بيعا في حقهما لما جاز كل ذلك (و) إنما (هي بيع في حق ثالث) أى لو بعد القبض بلفظ الإقالة فلو قبله فهى فسخ في حق الكل في غير العقار ولو بلفظ مفاسخة أو مشاركة أو تراد لم يجعل بيعا اتفاقا أو لو بلفظ البيع فيبيع إجماعا وثمرته في مواضع (ف) الأول (لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا قضى له بها) لكونها بيعا جديدا فكان الشفيع ثالثهما (و) الثاني (لا يرد البائع الثاني على الأول بعيب علمه بعدها) .

باع زيد من عمرو شيئا منقولا كثوب ، وقبضه ثم تقايلا ثم باعه زيد ثانيا من عمرو قبل قبضه منه جاز البيع لأن الإقالة فسخ في حقهما ، فقد عاد إلى البائع ملكه السابق فلم يكن بائعا ما شراه قبل قبضه (قوله ولو كان) أى عقد المقابلة (قوله لبطل) أى فسد وبه عبر المصنف ووجهه أنه باع المنقول قبل قبضه ط (قوله كبيعه من غير المشتري) أى كما لو باعه البائع المذكور من غير المشتري قبل قبضه من المشتري فيفسد البيع لكون الإقالة بيعا جديدا في حق ثالث : فصار بائعا ما شراه قبل قبضه بخلاف ما إذا باعه من المشتري لما علمت (قوله جاز قبض المكييل والموزون) المراد جواز التصرف به ببيع ، أو أكل بلا إعادة كيله أو وزنه ، وأو كانت الإقالة بيعا لم يجز ذلك كما سياتى في بابيه وقوله منه : أى من المشتري متعلق بقبض (قوله قبل القبض) متعلق بهبة وفائدته أنه لو كانت الإقالة بيعا الفسخ ، لأن البيع يفسخ بهبة المبيع للبائع قبل القبض كما في البحر وإذا انفسخ لم تصح الهبة (قوله بيع في حق ثالث) إنما كانت عنده فسخا في حقهما لأنها تنبى عن الفسخ والرفع ، وبيعا في حق الثالث ضرورة أنه يثبت به مثل حكم البيع ، وهو الملك لا مقتضى الصيغة ، فحمل عليه لعدم ولايتهما على غيرهما كما في الزيلعي وتوضيحه في الشرنبلالية عن الجوهرة (قوله بلفظ الإقالة) أى صريحا أو ضمنا لأنها قد تكون بالتعاطى كما مر ، فالمراد الاحتراز عما لو كانت بلفظ فسخ ونحوه أو بيع (قوله في غير العقار) أى في المنقول لأنه لا يجوز بيعه قبل قبضه ، أما في العقار فهى بيع مطلقا لجواز بيعه قبل قبضه ، وما ذكره الشارح من كونها بيعا قبل القبض فسخا قبله ، هو ما جزم به الزيلعي وذكر في البحر عن البدائع أن هذا رواية عن أبي حنيفة قال وظاهره ترجيح الاطلاق اه ويؤيده ما في الجوهرة من أنه لا خلاف بينهم أنها بيع في حق الغير ، سواء كانت قبل القبض أو بعده ، وحمله على العقار بعيد فليتأمل (قوله لم يجعل بيعا اتفاقا) إعمالا لموضوعه اللغوى ط عن الدرر (قوله ولو بلفظ البيع) كما لو قال البائع له بعنى ما اشتريت فقال : بعث كان بيعا بجر (قوله فيبيع إجماعا) أى من أبي يوسف ومنهما فيجوز فيها حكم البيع حتى إذا دفع السلعة من غير بيان الثمن ، كان بيعا فاسدا ط وكذا يفسد لو كان المبيع منقولا قبل قبضه وما في ح من أنها بيع لو بعد القبض ، وإلا ففسخ لئلا يلزم بيع المنقول قبل قبضه ، ففيه أن هذا التفصيل في لفظ الإقالة والكلام في لفظ البيع فافهم ، ولا يرد ما قدمناه عن البرازية من أن المشتري لو قال للبائع بع نفسك ، فلو باع جاز وانفسخ الأول لأن المراد بالبيع هنا أن يبيعه المشتري للبائع وفيما مر إذنه بالبيع لنفسه يقتضى تقدم الإقالة كما قدمناه (قوله وثمرته) أى ثمرة كونها بيعا في حق ثالث (قوله فسلم الشفيع الشفعة) قيد به لتظهر فائدة كونها بيعا ، وإلا لو لم يسلم بأن أقال قبل أن يعلم الشفيع بالبيع فله الأخذ بالشفعة أيضا إن شاء بالبيع الأول وإن شاء بالبيع الحاصل بالإقالة تأمل رولى (قوله قضى له بها) أى إذا طلبها عند علمه بالمقابلة (قوله والثاني لا يرد الخ) أى إذا باع المشتري المبيع من آخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كان في يد البائع ، فأراد أن يرد على البائع ليس له ذلك ، لأنه بيع في حقه فكأنه اشتراه من المشتري بجر ، فالثالث هنا هو البائع الأول

لأنه يبيع في حقه (و) الثالث (ليس للواهب الرجوع إذا باع الموهوب له الموهوب من آخر ثم تقابلا) لأنه كالمشترى من المشتري منه (و) الرابع (المشتري إذا باع المبيع من آخر قبل نقد الثمن جاز) للبائع شراؤه منه بالأقل (و) الخامس (إذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعد ما حال هايبها الحول ووجد به عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت في يده لم تسقط الزكاة) فالفقير ثالثهما إذ الرد بعيب بلا قضاء إقالة ويزاد التقابض في الصرف ووجوب الاستبراء لأنه حق الله تعالى فاقه ثالثهما صدر الشريعة والإقالة بعض الإجارة والرهن فالمرتبهن ثالثهما نهر فهى تسعة (و) الإقالة (يمنع صحتها هلاك المبيع) ولو حكما كالباقى (لا الثمن) ولو في بدل الصرف (وهلاك بعضه يمنع) الإقالة (بقدره) اعتبارا للجزء بالكل

وهذه كما في الشربلية حيلة للشراء بأقل مما باع قبل نقد ثمنه (قوله لأنه) أى الموهوب له لما تقابل مع المشتري منه صار كالمشترى من المشتري منه ، فكأنه عاد إليه الموهوب بملك جديد وذلك مانع من رجوع الواهب في هبته ، فالثالث هنا هو الواهب (قوله والرابع المشتري الخ) صورته : اشترى شيئا فقبضه قبل نقد الثمن ، فباعه من آخر ، ثم تقابلا وعاد إلى المشتري ثم إن البائع اشتراه من المشتري بأقل من الثمن قبل النقد جاز ويجعل في حق البائع كأنه ملكه بسبب جديد فتح (قوله إذ الرد بعيب بلا قضاء إقالة) أى والإقالة بيع جديد في حق الفقير ، فيكون بالبيع الأول مستهلكا للعروض فتجب الزكاة ، ولو كانت الإقالة فسخا في حق الفقير لارتفع البيع الأول وصار كأنه لم يبيع وقد هلكت العروض فلا تجب الزكاة مع وعن هذا قيد المصنف بكون العبد للخدمة إذ لو كان للتجارة لم يكن البيع استهلاكيا فإذا هلكت العروض ، بعد الرد لم تجب زكاتها ، وكذا قيد بكون الرد بغير قضاء لأنه بالقضاء يكون فسخا في حق الكل ، فكأنه لم يصدر بيع ، فلا تجب زكاتها بهلاكها بعده أفاده ط .

بقي شيء وهو أن كون الإقالة بيعا في حق ثالث شرطه كونها بلفظ الإقالة كما قدمه ، والرد بلا قضاء ليس فيه لفظها ، والجواب أن هذا الرد إقالة حكما وليس المراد بخصوص حروف الإقالة كما نهبنا عليه فيما مر فتدبر (قوله التقابض في الصرف) لما مر من أن قبض بدليه شرط في صحتها قال في الفتح لأنه مستحق الشرع ، فكان بيعا جديدا في حق الشرع (قوله ووجوب الاستبراء) أى إذا اشترى جارية وقبضها ثم تقابلا البيع نزل هذا التقابل منزلة البيع في حق ثالث ، حتى لا يكون للبائع الأول وطؤها إلا بعد الاستبراء حوى عن ابن ملك (قوله لأنه حق الله تعالى) حلة للمسألين (قوله والإقالة بعد الإجارة والرهن) أى لو اشترى دارا فأجرها أو رهنها ، ثم تقابل مع البائع ذكر في النهر أخذنا من قولهم إنها بيع جديد في حق ثالث أنها تتوقف على إجازة المرتبهن ، أو قبضه دينه وعلى إجازة المستأجر (قوله فالمرتبهن ثالثهما) الأولى زيادة المستأجر (قوله فهى تسعة) يزداد ما قدمه في قوله : أما لو وجب بشرط زائد كانت بيعا جديدا في حقهما أيضا الخ . وقد منا أن من فروع ذلك ما ذكره بعده من قوله : ويرد مثل المشروط ، ولو المقبوض أجود أو أردأ (قوله ويمنع صحتها هلاك المبيع) لما مر أن من شرطها بقاء المبيع لأنها رفع العقد والمبيع محله بجر ، وكذا هلاكه بعد الإقالة ونيل التسليم يبطلها كما يأتي ، وقد منا عن الخلاصة أن ما يمنع الرد بالعيب يمنعها (قوله كإباق) تمثيل للهلاك حكما : أى أو أبق قبل الإقالة ، أو بعدها ولم يقدر على تسليمه (قوله ولو في بدل الصرف) لأن المعقود عليه الذى وجب لكل واحد منهما بلعة صاحبه وهذا إباق نهر والأولى أن يقول : ولو بدلى الصرف وكأنه نظر إلى أن لفظ بدل نكرة مضافة فتعم (قوله وهلاك بعضه) أى بعض المبيع ، كما يأتي تصويره في قوله شرى أرضا مزروعة الخ (قوله اعتبارا للجزء بالكل) يعنى هلاك الكل كما منع في الكل ، فهلاك البعض يمنع في البعض وفيه إشارة إلى أنه لو قابله في بعض المبيع ، وقبله

وليس منه مالو شري صابوناً فنجف فتقايلاً لبقاء كل المبيع فتح (وإذا هلك أحد البديلين في المقايضة) وكذا في السلم (صحت) الإقالة (في الباقي منهما وعلى المشتري قيمة المالك إن قيميا ومثله إن مثليا ولو هلكا بطلت) إلا في الصرف. (تقايلاً فأبق العبد من يد المشتري وهجر عن تسليمه أو هلك المبيع بعدها قبل القبض بطلت) بزازية (وإن اشترى) أرضاً مشجرة فقطعه أو (عبداً فقطعت يده وأخذ أرشها ثم تقايلاً صحت ولزمه جميع الثمن ولا شيء لبائعه من أرش الشجر واليدان عالماً به) بقطع اليد والشجر (وقت الإقالة وإن غير عالم خیر بين الأخذ بجميع ثمنه أو الترك) قنية وفيها شري أرضاً مزروعة ثم حصده ثم تقايلاً

صح وبه صرخ في الحاوي سائحاني . وقد منا أول الباب عبارة الحاوي (قوله وليس منه) أي من هلاك البعض فليس له أن ينقص شيئاً من الثمن لطفافه ط (قوله في المقايضة) بالياء المثناة التحتية : وهي بيع عين بعين كأن تبايعا عبداً بجارية فهلك العبد في يد بائع الجارية ، ثم أقالا البيع في الجارية ويجب رد قيمة العبد ، ولا تبطل بهلاك أحدهما بعد وجودهما ، لأن كل واحد منهما مبيع ، فكان المبيع قائماً وتما في العناية (قوله وكذا في السلم) قال في البحر : ثم اعلم أنه لا يرد على اشتراط قيام المبيع لصحة الإقالة إقالة السلم قبل قبض المسلم فيه ، فإنها صحيحة سواء كان رأس المال عيناً أو ديناً ، وسواء كان قائماً في يد السلم إليه أو هالكاً ، لأن المسلم فيه ، وإن كان ديناً حقيقة فله حكم العين ، حتى لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه ، وإذا صحت فإن كان رأس المال عيناً ردت ، وإن كانت هالكاً رد المثل إن كان مثلياً والقيمة إن كان قيمياً ، وكذا إقالته بعد قبض المسلم فيه إن كان قائماً ، ويرد رب السلم عين المقبوض لكونه معيناً كذا في البدائع اه ح (قوله ولو هلكا) أي البدلان (قوله إلا في الصرف) فهلاك بدليه لا يبطل الإقالة لما مر أن المعقود عليه ماني ذمة كل من المتعاقدين (قوله تقايلاً فأبق العبد) أراد به أن الهلاك كما يمنع ابتداء الإقالة يمنع بقاءها اه ح وبه صرح في النهر (قوله أو هلك المبيع) أي حقيقة لأن الإباق هلاك لكنه حكى :

والحاصل : أن قول المصنف ويمنع صحتها هلاك المبيع لا يختص بكون الهلاك قبل الإقالة بل مثله ما إذا كان الهلاك حقيقة أو حكماً بعد الإقالة قبل التسليم إلى البائع ، ونص عبارة البزازية : هلك المبيع بعد الإقالة قبل التسليم بطلت اه .

ثم رأيت الرمي في حاشية البحر نقل هذه العبارة عن البزازية ، ونقلها أيضاً بعينها عن مجمع الفقاهة وعن مجمع الرواية شرح القلوري عن شرح الطحاوي ، ثم قال : ومثله في كثير من الكتب اه وبه سقط ما قيل إن هذه العبارة ليست في البزازية ، بل ذكرها في البحر بلا عزو وبدون قوله قبل القبض اه فافهم (قوله بزازية) عرو لقوله تقايلاً الخ نبه به على أنه ليس من مسائل المتون (قوله مشجرة) في القاموس : أرض شجرة ومشجرة وشجراً كثيرة الشجرا اه فهي بفتح الميم والجيم والراء كما يقال : أرض مسبعة على وزن مرحلة كثيرة السباع كما في القاموس أيضاً فافهم (قوله فقطعه) أي المشتري ، والضمير للشجر المعلوم من مشجرة ط (قوله من أرش الشجر واليد) في المصباح أرش الجراحة دينها ، وأصله الفساد ثم استعمل في نقصان الأعيان لأنه فساد فيها اه فالمراد هنا بدل الفساد أي بدل نقصان المبيع فافهم (قوله قنية) وعز لقوله : وإن اشترى الخ وقد نقل ذلك عنها في البحر ، ثم قال ورقم برقم آخر أن الأشجار لا تسلم للمشتري ، وللبائع أخذ قيمتها منه ، لأنها موجودة وقت البيع ، بخلاف الأرض أي أرش اليد ، فإنه لم يدخل في البيع أصلاً لا قصداً ولا ضمناً اه قال الخير الرمي : وعليه فكل شيء موجود وقت البيع للبائع أخذ قيمته دخل ضمناً أو قصداً وكل شيء لم يدخل أصلاً لا قصداً ولا ضمناً ليس للبائع أخذه ، وينبغي (١٧ - حاشية ابن عاين - ٥)

صحت في الأرض بحصنها ولو تقايلا بعد إدراكه لم يجز وفيها تقايلا ثم علم أن المشتري كان وطى المبيعة ردها وأخذ ثمنها وفيها مؤنة الرد على البائع مطلقا (ويصح إقالة الإقالة فلو تقايلا البيع ثم تقايلا لها) أي الإقالة (ارتفعت وعاد) البيع (إلا إقالة المسلم) فإنها لا تقبل الإقالة لكون المسلم فيه ديناً سقطت والساقط لا يعود أشباه وفيها رأس المال بعد الإقالة كهو قبلها فلا يتصرف فيه بعدها كقبلها إلا في مسألين لو اختلفا فيه بعدها فلا تحالف ، ولو تفرقا قبل قبضه جاز إلا في الصرف

ترجيح هذا لما فيه من دفع الضرر عنه اهـ (قوله صحت في الأرض بحصنها) الفرق بينه وبين الشجر أن الشجر يدخل في بيع الأرض تبعا ، بخلاف الزرع كما في البحر اهـ ح أي أن الزرع لا يدخل في بيع الأرض إلا إذا نص عليه فيكون بعض المبيع ، فله حصة من الثمن بخلاف الشجر وعلى النقل الآخر عن القنية لا فرق بينهما (قوله ولو تقايلا بعد إدراكه) أي في يد المشتري لم يجز ، لأن العقد إنما ورد على التفصيل دون الخنطة بجر عن القنية : أي والخنطة زيادة منفصلة متولدة ، وهي ما لعة كما قدمناه عن جوامع الفصولين (قوله ردها وأخذ ثمنها) أي له ذلك وقد منا أن ما يمنع الرد بالعيب يمنع الإقالة ، وقدم المصنف في خيار العيب أنه لو وطى الجارية أو قبلها أو مسها بشهوة ، ثم وجد بها عيبا لم يردّها مطلقا أي ولو ثيبا (قوله وفيها مؤنة الرد على البائع مطلقا) لأنه عاد إلى ملكه فمؤنة رده عليه قال القاضي ببيع الدين : سواء تقايلا بحضرة المبيع أو بغيبه اهـ منح وهذا معنى قوله مطلقا وإن لم يذكر في عبارة القنية فسقط ما قبل إن الصواب إسقاطه فافهم (قوله إلا إقالة المسلم) أي قبل قبض المسلم فيه فلو بعده صحت كما تعرفه (قوله لكون المسلم فيه ديناً سقط) أي بالإقالة فلو انفسخت الإقالة لكان حكم انفساخها عود المسلم فيه ، والساقط لا يحتل العود ، بخلاف الإقالة في البيع ، لأنه عين فأمكن عوده إلى ملك المشتري بجر من باب السلم (قوله رأس المال) أي مال السلم (قوله كهو قبلها) أي حكمه بعدها كحكمه قبلها ، وفيه إدخال الكاف على ضمير الرفع المنفصل ، وهو مختص بالضرورة ، وكذا قوله كقبلها فيه أن الظروف التي تقع غايات لا تجر إلا بمن حموى (قوله فلا يتصرف فيه) أي بنحو بيع وشركة قبل قبضه فلا يجوز لرب المسلم شراء شيء من المسلم إليه برأس المال بعد الإقالة قبل قبضه أي قبل قبض رب السلم رأس المال من المسلم إليه وهذا في السلم الصحيح ، فلو فاسدا جاز الاستبدال كسائر الديون كما ذكره الشارح في بابه وفيه كلام سيأتي هناك (قوله إلا في مسألين) استثناء من قوله كهو قبلها (قوله لو اختلفا فيه) أي في رأس المال بعدها أي بعد الإقالة يعني وقبل تسليم المسلم فيه لما في سلم البحر عن الذخيرة : لو تقايلا بعد ما سلم المسلم إليه المسلم فيه ثم اختلفا في رأس المال تحالفا لأن المسلم فيه عين قائمة ، وليس بدين فالإقالة هنا تشمل الفسخ قصدا اهـ وهذا صريح في أن إقالة الإقالة في السلم جائزة لو بعد قبض المسلم فيه (قوله فلا تحالف) بل القول فيه قول المسلم إليه ذخيرة ، بخلاف ما قبلها ط عن أبي السعود قال ح : لأن التحالف باعتبار أن اختلافهما في رأس المال اختلاف في نفس العقد ولا عقد بعد الإقالة (قوله ولو تفرقا قبل قبضه) أي قبض رأس مال السلم بعد الإقالة جاز لأن قبضه شرط حال بقاء العقد لا بعد إقالته (قوله إلا في الصرف) استثناء منقطع اهـ لأن أصل الكلام في رأس المال ، فالأولى أن يقول بخلاف الصرف :

فإن الحاصل : أن رأس المال في السلم بعد الإقالة لا يجوز الاستبدال به ، ولا يجب قبضه في مجلسها ، وبديل الصرف بالعكس ، فإن قبضه في مجلس الإقالة شرط لصحتها ويجوز الاستبدال به . قال في البحر من السلم : ووجه الفرق أن القبض في مجلس العقد في البدلين ما شرط لعينه بل للتعين ، وهو أن يصير البديل معينا بالقبض صيانة عن الافتراق عن دين بدين ، ولا حاجة إلى التعيين في مجلس الإقالة في السلم ، لأنه لا يجوز استبداله ، فتعود إليه

وفيها اختلاف المتبايعان في الصحة والبطلان فالقول لمدعى البطلان وفي الصحة والفساد لمدعى الصحة .
قلت : إلا في مسألة إذا ادعى المشتري بيعه من بائعه بأقل من الثمن قبل النقد وادعى البائع الإقالة فالقول
للمشتري مع دعواه الفساد ولو بعكسه تحالفا

عينه ، فلا تقع الحاجة إلى التعيين بالقبض ، فكان الواجب نفس القبض ، فلا يراعى له المجلس ، بخلاف
الصرف ، لأن التعيين لا يحصل إلا بالقبض ، لأن استبداله جائز فلا بد من شرط القبض في مجلس التعيين اهـ .
وحاصله : أن السلم لما لم يجز الاستبدال به قبل قبضه لم يلزم قبضه في مجلس الإقالة لأن التعيين موجود بخلاف
الصرف فإنه لما جاز استبداله لزم قبضه ليحصل التعيين .

مطلب في اختلافهما في الصحة والفساد أو في الصحة والبطلان

(قوله اختلاف المتبايعان الخ) كان الأولى ذكر هذه المسألة في باب البيع الفاسد ولكن مناسبتها هنا ذكر
المسألة المستثناة (قوله فالقول لمدعى البطلان) لأن انعقاد البيع حادث والأصل عدله اهـ ح فهو منكر لأصل العقد
(قوله لمدعى الصحة) لأنهما لما اتفقا على العقد كان الظاهر من أقدمهما عليه صحته اهـ ح ولأن مدعى الفساد
يدعى حق الفسخ وخصمه ينكر ذلك والقول للمنكر ط ولو برهنا فالبينة بينة الفساد ، وهذا لو ادعى الفساد
بشرط فاسد أو أجل فاسد بانفاق الروايات ، وإن كان لمعنى في صلب العقد بأن ادعى أنه اشتراه بألف درهم ويرطل
خمر والآخري يدعى البيع بألف درهم فيه روايتان ، عن أبي حنيفة في ظاهر الرواية : القول لمدعى الصحة أيضا
والبينة بينة الآخر كما في الوجه الأول ، وفي رواية القول المدعى الفساد خانية ، ولم يذكر هناك ما لو اختلفا في أنه
لتحية أوجد أو اختلفا في أنه بات أو وفاء لأنه سيذكر ذلك آخر باب الصرف (قوله قلت إلا في ، مسألة) الاستثناء
من صاحب الأشباه وعزا فيها المسألة إلى الفتح (قوله وادعى البائع الإقالة) أي به كما في الفتح ، الظاهر أن الضمير
في به عائد إلى الأقل المذكور لا إلى الثمن :

فصورة المسألة : اشترى زيد من عمرو ثوبا بألف ، ثم رد زيد الثوب إليه قبل نقد الثمن ، وادعى أنه باعه
منه قبل النقد بتسعين ، وفسد البيع بذلك ، وادعى البائع أنه رده إليه على وجه الإقالة بالتسعين فالقول لزيد
المشتري : مع يمينه في إكراه الإقالة كما في الفتح ووجهه كما قال الحموي أن دعوى الإقالة تستلزم دعوى صحة
البيع ، لأنها لا تكون إلا في الصحيح اهـ

قلت : لكن تقدم أنها تجب في عقد مكروه ، وفسد مع ما فيه من الكلام ، ويظهر لي أن وجهه هو أن
المشتري لما ادعى بيعه بالتسعين لم يجب له غيرها ومدعى الإقالة يدعى أن الواجب المائة لأن الإقالة إن كانت
بمائة فظاهر ، وإن كانت بتسعين فلأنها لا تكون إلا بمثل الثمن الأول وإن شرط أقل منه كما مر فقد صار مقرا
للمشتري بالعشرة والمشتري يكذبه فلغا كلام مدعى الإقالة تأمل (قوله ولو بعكسه) بأن ادعى زيد المشتري الإقالة
وادعى عمرو البائع أنه اشتراه من المشتري بتسعين (قوله تحالفا) وجهه : أن المشتري بدعواه الإقالة يدعى أن
الثمن الذي يستحقه بالرد مائة ، والبائع بدعواه الشراء بالتسعين يدعى أن الثمن الواجب رده للمشتري تسعون ،
فنزل اختلافهما فيما يجب تسليمه إلى المشتري بمنزلة اختلافهما في قدر الثمن الموجب للتحالف بالنص ، وإلا فالمائة
التي هي الثمن الأول إنما ترد إلى المشتري بحكم الإقالة في البيع الأول وهي غير الخمسين التي هي الثمن في البيع
الثاني أفاده الحموي :

بشرط قيام المبيع إلا إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري ، ورأيت معزيا للخلاصة : باع كرما وسلمه فأكل مشتميه نزل سنة ثم تقايلا لم يصح ،

باب المراجعة والتولية

لما بين الثمن شرع في المثلح ولم يذكر المساومة والوضيعة لظهورهما :
(المراجعة) مصدر رابع وشرها (بيع ما ملكه)

قلت : وفيه أن الكلام فيما قبل نقد المشتري الثمن ، وأيضا فسألة التحالف عند اختلاف المتبايعين ، ورد بها النص على خلاف القياس فكيف يقاس عليها غيرها مع عدم التماثل ؟ والذي يظهر لي أن المسألة مفرعة على قول أبي يوسف أن الإقالة بيع لا فسخ ، وحينئذ فقد توافقا على البيع الحادث ، لكن المشتري يدعيه بوجه الإقالة ، والواجب فيها مائة والبائع يدعيه بالبيع بالأقل ، وذلك اختلاف في الثمن في عقد حادث والله أعلم فافهم (قوله بشرط قيام المبيع الخ) هذا شرط التحالف مطلقا قال في الأشباه : يشترط قيام البيع عند الاختلاف في التحالف إلا إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري كما في الهداية اه فإنه إذا استهلكه غير المشتري تكون قيمة العين قائمة مقامها ، وأما إذا استهلكه المشتري في يد البائع نزل قابضا وامتنعت الإقالة ، وكذا إذا استهلكه أحد في يده لفقده شرط الصحة ، وهو بقاء المبيع ، ومحل عدم التحالف عند هلاك المبيع إذا كان الثمن ديننا ، أما إذا كان عينا بأن كان العقد مقابضة وهلك أحد العوضين ، فإنهما يتحالفان من غير خلاف ، لأن المبيع في أحد الجانبين قائم ، ويرد مثل المالك أو قيمته والمصير إلى التحالف فرع العجز عن إثبات الزيادة بالبينة ، وتماه في حاشية الأشباه لأبي السعود ط (قوله نزل) بضم النون والزاي ، والمراد ثمرته اه ح (قوله لم يصح) تمام عبارة الخلاصة ، وكذا إذا هلكت الزيادة المتصلة أو المنفصلة أو استهلكها أجنبي اه .

أقول : ينبغي تقييد المسألة بما إذا حدثت هذه الزيادة بعد القبض ، أما قبله فلا تمنع الإقالة كما في الرد بالعيب تأمل : وفي التارخانية : ولو اشترى أرضا فيها نخل ، فأكل الثمر ، ثم تقايلا قالوا إنه تصح الإقالة ، ومعناه على قيمته إلا أن يرضى البائع أن يأخذها كذلك اه رملي على المنح ، وبما ذكره من التقييد يندفع ما يتوهم من مناقاة ما في الخلاصة لما مر من أن هلاك بعضه يمنع الإقالة بقدره ، ولما مر في قوله شري أرضا مزروعة الخ ومثله مسألة للتارخالية المذكورة ويؤيده ما قدمناه من أن الزيادة المنفصلة المتولدة تمنع لو بعد القبض والله سبحانه أعلم ه

باب المراجعة والتولية

وجه تقديم الإقالة عليهما : أن الإقالة بمنزلة المفرد من المركب ، لأنها إنما تكون مع البائع ، بخلاف التولية والمراجعة فإنهما أهم من كونهما مع البائع وغيره ط ه وأيضا فالإقالة متعلقة بالمبيع لا بالثمن ، ولذا كان مع شروطها قيام المبيع والتولية والمراجعة متعلقان أصالة بالثمن ، والأصل هو المبيع (قوله لما بين الثمن الخ) قال في الغاية : لما فرغ من بيان أنواع البيوع اللازمة وغير اللازمة كالبيع بشرط الخيار وكانت هي بالنظر إلى جانب المبيع شرع في بيان أنواعها بالنظر إلى جانب الثمن كالمراجعة ، والتولية والربا والصرف ، وتقديم الأول على الثاني لأصالة المبيع دون الثمن اه ط ه عن الشلبي (قوله ولم يذكر المساومة) وهي للبيع بأي ثمن كان من غير نظر إلى الثمن الأول وهي المعتادة (قوله والوضيعة) هي البيع بمثل الثمن الأول ، مع نقصان يسير إتقاني : وفي البحر : هي البيع بانقاص من الأول ، وقد مننا أول البيوع عن البحر خامسا وهو الاشتراك أي أن يشرك غيره فيها اشتراه أي بأن يبيعه نصفه مثلا لكنه غير خارج عن الأربعة (قوله وشرها بيع ما ملكه بما قام عليه وبفضل) عدل عن قول الكثر هو بيع بثمن سابق لما أورد عليه من أنه غير مطرد ، ولا منعكس أي غير مائع ، ولا جامع أما الأول

من العروض ولو بهية أو إرث أو وصية أو غصب فإنه إذا ثمنه (بما قام عليه وبفضل) مؤنة وإن لم تكن من جنسه كأجر قصار

فلأن من شري دنانير بالدرهم لا يجوز له بيعها مرابحة ، وكذا من اشترى شيئا بثمن نسيئة لا يجوز له أن يربح عليه مع صدق التعريف عليهما ، وأما الثاني فلأن المغضوب الآبق إذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيع الغاصب له مرابحة بأن يقول قام على بكذا ، ولا يصدق التعريف عليه بعدم الثمن ، وكذا لو رقم في الثوب مقداراً ولو أزيد من الثمن الأول ثم رابحه عليه جاز كما سيأتي بيانه عند ذكر الشارح له ، وكذا لو ملكه بهية أو إرث أو وصية وقومه قيمة ، ثم رابحه على تلك القيمة ، ولا يصدق التعريف عليهما ، لكن أجيب عن مسألة الدنانير بأن الثمن المطلق يفيد أن مقابله مبيع متعين ، ولذا قال الشارح من العروض ، ويأتي بيانه وعن مسألة الأجل بأن الثمن مقابل بشيئين : أي بالمبيع وبالأجل ، فلم يصدق في أحدهما أنه بثمن سابق وقول البحر : إنه لا يرد لجوازا إذا بين أنه اشتراه نسيئة رده في النهر بأن الجواز إذا بين لا يختص بذلك ، بل هو في كل ما لا تجوز فيه المرابحة كما لو اشترى من أصوله أو فروعه ، جاز إذا بين كما سيأتي . وعن مسائل العكس بأن المراد بالثمن ما قام عليه بلا خيانة ، وتماه في النهر فكان الأولى قول المصنف تبعاً للدرر بيع ما ملكه الخ لعدم احتياجه إلى تحرير المراد ، ولأنه لا يدخل فيه مسألة الأجل لأنه إذا لم يبين الأجل لم يصدق عليه أنه بيع ما ملكه بما قام عليه لما علمت (قوله من العروض) احتراز عما ذكرنا من أنه لو شري دنانير بدرهم ، لا يجوز له بيعها مرابحة كما في الزبلي والبحر والنهر والفتح : وعلة في الفتح : بأن بدلي الصرف لا يتعينان ، فلم تكن عين هذه الدنانير متعينة لتلزم مبيعاً اهـ لكن هذا وارد على تعريف المصنف ، إذ لا دلالة فيه عليه ، بخلاف تعريف الكنز وغيره ، فإن قوله بالثمن السابق دليل على أن المراد بما ملكه المبيع المتعين ، لأن كون مقابله ثمناً مطلقاً يفيد أن ما ملكه بالضرورة مبيع مطلقاً كما في الفتح وقول المصنف بما قام عليه ، ليس المراد به الثمن لما مر فلذا زاد الشارح قوله من العروض تقيماً للتعريف (قوله ولو بهية الخ) تعميم لقوله ما ملكه أشار به إلى دخول هذه المسائل فيه كما علمت (قوله فإنه إذا ثمنه الخ) جواب إذا قوله جاز ، وعدل عن قول غيره وقومه قيمة ليشمل المثلي :

وحاصله : أن ما وهب له ونحوه مما لم يملكه بعقد معاوضة إذا قدر ثمنه وضم إليه مؤنته مما يأتي يجوز له أن يبيعه مرابحة ، وكذا إذا رقم على ثوب رقماً كما مر :

قال في الفتح : وصورة المسألة أن يقول : قيمته كذا أو رقمه كذا فأربحك على القيمة أو الرقم اهـ وظاهره أنه لا يقول قام على بكذا وبه صرح في البحر في الرقم ، والظاهر أن الهبة ونحوها كذلك ، وحينئذ لا يدخل ذلك في كلام المصنف تأمل ويأتي تمامه ، هذا وقال ح : إن قول الشارح فإنه إذا ثمنه أخرج به بعض التعريف عن كونه تعريفاً ، وفسر الفضل بما يضم قصار مجموع المتن مع الشرح عبارة المبسوط : وهي عبارة مستقيمة في ذاتها ، لكن بقي تعريف المرابحة بيع ما ملكه فقط وهو تعريف فاسد لكونه غير مانع اهـ أي لأن قوله بما قام عليه جزء التعريف ، وكذا قوله ويفضل فإن مراده به فضل الربح لتحقيق المرابحة ، وإلا كان العقد تولية ، وأما فضل المؤنة فإنه يضم إلى ما قام عليه ، لكن لما كانت عبارة المتن في نفسها تعريفاً تاماً اكتفى بها ولقصد الاختصار أخذ بعضها وجعله بياناً لتصوير مسألة الهبة ونحوها تأمل (قوله وإن لم تكن من جنسه) أي وإن لم تكن المؤنة المضمومة من جنس المبيع ط :

ونحوه ، ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز مبسوط :

(والتولية) مصدر ولى غيره جعله واليا . وشرعا (بيعه بضمنه الأول) ولو حكما يعنى بقيمته ، وعبر عنها به

لأنه الغالب :

(وشرط صحتهما كون العوض مثليا أو) قيميا (مملوكا للمشتري و) كون (الربح شيئا معلوما) ولو قيميا

مشارا إليه كهذا الثوب لانتفاء الجهالة

قلت : والأظهر كون المراد من جنس الثمن بقربنة ما بعده تأمل (قوله ونحوه) أى كصباغ وطرارز (قوله ثم باعه مرابحة) أى بزيادة ربح على تلك القيمة التى قوّم بها الموهوب ونحوه مع ضم المؤنة إليها لأن كلامه فى ذلك ، بخلاف ما كان اشتريه بثمن فإنه يرابح على ثمنه لا على قيمته فافهم (قوله جعله واليا) فكأن البائع جعل المشترط واليا فيما اشتراه نهر : أى جعل له ولاية عليه وهذا إبداء مناسبة لمعنى الشرعى للمعنى اللغوى (قوله بيعه بضمنه الأول) قد علمت أن المصنف عدل فى تعريف المرابحة ، عن التعبير بالثمن الأول إلى قوله بما قام عليه لدفع الإيراد السابق فما فر منه أولا وقع فيه ثانيا ، فكان المناسب أن يقول والتولية بيعه كذلك بلا فضل (قوله ولو حكما) أدخل به ما مر فى قوله ولو بهبة الخ فإنه يولى بقيمته لكونه لم يملكه بثمن (قوله يعنى بقيمته) تفسيرا للثمن الحكيمى لا لقوله بضمنه كما لا يخفى ح (قوله وعبر عنها به) أى بالثمن حيث أراد به ما يعم القيمة حتى صار عبارة عنه وعنها فافهم (قوله لأنه الغالب) أى الغالب فيما يملكه الإنسان أنه يكون بثمن سابق (قوله كون العوض) أى الكائن فى العقد الأول اه ح وهو ملك به المبيع نهر

[تنبيه] استفيد من التعريف أن المعتبر ما وقع عليه العقد الأول دون ما وقع عوضا عنه ، فلو اشترى بعشرة دراهم فدفع عنها دينارا أو ثوبا قيمته عشرة أو أقل أو أكثر فرأس المال العشرة لا الدينار والثوب ، لأن وجوبه بعقد آخر وهو الاستبدال فتح ، وأو كان المبيع مثليا فرابح على بعضه كقفيز من قفيزين جاز لعدم التفاوت بخلاف القيمى وتمام تعريفه فى شرح الجمع : وفى المحيط : لو كان ثوبا ونحوه لا يبيع جزءا منه معينا لا تقسامه باعتبار القيمة ، وإن باع جزءا شائعا جاز وقيل يفسد بخر (قوله مثليا) كالدرهم والدنانير والمكيل والموزون والعددى المتقارب ، أما إذا لم يكن له مثل بأن اشترى ثوبا بعبد مقايضة مثلا فرابحه أو ولاه إياه كان يباع بقيمة عبد صفته كذا أو بقيمة عبد ابتداء وهى مجهولة فتح ونهر (قوله أو قيميا مملوكا للمشتري) صورته : اشترى زيد من عمرو عبدا بثوب ثم باع العبد من بكر بذلك الثوب مع ربح أولا ، والحال أن بكر كان قد ملك الثوب من عمرو (١) قبل شراء العبد أو اشترى العبد بالثوب قبل أن يملكه من عمرو فأجازه بعده فلا شك أن الثوب بعد الإجازة صار مملوكا لبكر المشتري فيتناوله قول المتن أو مملوكا للمشتري اه ح فهذه الصورة مستثناة مما لا مثل له (قوله وكون الربح شيئا معلوما) تقدير لفظ الكون ، هو مقتضى نصيب المصنف قوله معلوما : ووقع فى عبارة الجمع مرفوعا حيث قال : ولا يصح ذلك حتى يكون العوض مثليا أو مملوكا للمشتري ، والربح مثل معلوم ، ومثله فى الغرر وصرح فى شرح الدرر بأن الجملة حاوية ، وكذا قال فى البحر : إن قوله أى الجمع والربح مثل معلوم شرط فى القيمى المملوك للمشتري كما لا يخفى اه وتبعه فى المنع ، فقد ظهر أن هذا ليس شرطا مستقلا ، بل هو شرط للشرط الثانى ، لأن معلومية الربح وإن كانت شرطا فى صحة البيع مطلقا ، لكنه أمر ظاهر لا يحتاج إلى التنبيه عليه ، لأن جهالته تفضى إلى جهالة الثمن ، وإنما المراد التنبيه على أنه إذا كان الثمن الذى ملك به المبيع فى العقد الأول

(١) قوله (ملك الثوب من عمرو) والذى فى عبارة ح من زيد هنا وفيما يده ، وصوابه من عمرو كما قلناه اه منه ،

حتى لو باعه بربيع ده يازده أى العشرة بأحد عشر لم يجز إلا أن يعلم بالثمن في المجلس فيخير شرح مجمع للعيني (ويضم) البائع (إلى رأس المال أجر القصار والصبيغ) بأى لون كان (والطراز) بالكسر علم الثوب (والقتل وحمل الطعام) وسوق الغنم وأجرة الغسل والحياطة (وكسوته) وطعام المبيع بلاسرف وسقى الزرع والكرم وكسحها وكرى المسناة والأنهار وغرس الأشجار وتخصيص الدار (وأجرة السمسار)

قيميا لا يصح البيع مراجعة إلا إذا كان ذلك القيمي مملوكا للمشتري. والحال أن الربح معلوم ، ولهذا ذكر في الفتح أولا أنه لا يصح كون الثمن قيميا ثم قال : أما لو كان ما اشتراه به وصل إلى من يبيعه منه فربحه عليه بربح معين كأن يقول : أبيعك مراجعة على الثوب الذى بيدك وربح درهم أو كر شعير أو ربيع هذا الثوب جاز لأنه يقدر على الوفاء بما التزمه من الثمن اه وأفاد أن الربح المعلوم أعم من كونه مثليا أو قيميا كما نبه عليه الشارح بقوله : ولو قيميا الخ فاغتنم تحرير هذا المحل (قوله حتى لو باعه) تفريع على مفهوم قوله معلوما في مسألة كون القيمي مملوكا للمشتري ، يعنى فلو كان الربح مجهولا في هذه الصورة لا يجوز ، حتى لو باعه الخ فافهم :

واعلم : أن لفظ ده بفتح الدال وسكون الهاء اسم للعشرة بالفارسية ويأزده بالياء المسناة التحتية وسكون الزاى اسم أحد عشر بالفارسية كما نقله ح عن البناية وبيان هذا التفريع ما في البحر حيث قال : وقيد الربح بكونه معلوما للاحتراز عما إذا باعه بربيع ده يازده ، لأنه باعه برأس المال وبيع قيمته ، لأنه ليس من ذوات الأمثال كذا في الهداية ، ومعنى قوله : ده يازده : أى بربح مقدار درهم على عشرة دراهم ، فإن كان الثمن الأول عشرين كان الربح بزيادة درهين ، وإن كان ثلاثين كان الربح ثلاثة دراهم ، فهذا يقتضى أن يكون الربح من جنس رأس المال ، لأنه جعل الربح مثل عشر الثمن وعشر الشيء يكون من جنسه كذا في النهاية اه ما في البحر :

وحاصله : أنه إذا كان الثمن في العقد الأول قيميا كالعبد مثلا وكان مملوكا للمشتري فباع المالك المبيع عن المشتري بذلك العبد وربيع ده يازده لا يصح ، لأنه يصير كأنه باعه المبيع بالعبد وبعشر قيمته فيكون الربح مجهولا لكون القيمة مجهولة ، لأنها إنما تدرك بالحزر والتخمين والشرط كون الربح معلوما كما مر ، بخلاف ما إذا كان الثمن مثليا والربيع ده يازده فإنه يصح : قال النهر : ولو كان البدل مثليا فباعه به وبعشره أى عشر ذلك المثلي ، فإن كان المشتري يعلم جملة ذلك صح ، وإلا فإن علم في المجلس خير وإلا فسد اه وبه ظهر أن قول الشارح : لم يجز أى فيما إذا كان الثمن قيميا كما قررناه أولا ، وقوله : إلا أن يعلم الخ أى فيما إذا كان مثليا لأنه الذى يمكن علمه في المجلس فافهم (قوله أجر القصار) قيد بالأجرة لأنه أو عمل هذه الأعمال بنفسه لا يضم شيئا منها وكذا أو تطوع مطروح بها أو باعارة نهر وسيجىء (قوله والصبيغ) هو بالفتح مصدر وبالكسر ما يصبغ به درر والأظهر هنا الفتح لقول الشارح بأى لون كان ط (قوله والقتل) هو ما يصنع بأطراف الثياب بحريز أو كتان من قتل الحبل أفعله بحر (قوله وكسوته) بالنصب أى كسوة العبد المبيع قال في الفتح : ولا يضم ثمن الجلال ونحوه ويضم الثياب في الرقيق اه تأمل (قوله وطعام المبيع بلاسرف) فلا يضم الزيادة ط عن حاشية الشلبي : قال في الفتح : ويضم الثياب في الرقيق وطعامهم إلا ما كان سرفا وزيادة ، ويضم علف الدواب إلا أن يعود عليه شيء متولد منها كالبانها وصوفها وسمنها ، فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد ، بخلاف ما إذا أجر الدابة أو العبد أو الدار فأخذ أجرته فإنه يربح مع ضم ما أنفق عليه ، لأن الغلة ليست مقولدة من العين وكذا دجاجة أصاب من بيضها محتسب بما ناله وبما أنفق ويضم الباقي اه (قوله وسقى الزرع) أى أجرته وكذا يقال فيما بعده ط (قوله وكسحها) في المصباح كسحت البيت كسحا من باب نفع كسسته ثم استعير لتنقية البئر والنهر وغيره فتقبل كسحته إذا نقيته وكسحت الشيء قطعته وأذهبته (قوله وكرى المسناة) في المصباح كرى النهر كريا من باب رمى حفر فيه حفرة جديدة ، والمسناة حائط

هو الدال على مكان السلعة وصاحبها (المشروطة في العقد) على ما جزم به في الدرر ورجح في البحر الإطلاق وضابطه كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يضم درر واعتمد العيني وغيره عادة التجار بالضم (ويقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته) لأنه كذب وكذا إذا قوم الموروث ونحوه أو باع برقه لو صادقا في الرقم فتح (لا) يضم (أجر الطبيب) والمعلم درر ولو للعلم والشعر وفيه ما فيه ولذا علله في المبسوط بعدم العرف (والدلالة والراعى

يبني في وجه الأرض ويسمى السد اه وفسرها في المغرب بما بئى للسيل ليرد الماء وكان الشارح ضمن الكرى معنى الإصلاح تأمل (قوله هو الدال على مكان السلعة وصاحبها) لا فرق لغة بين السمسار والدلال ، وقد فسرها في القاموس بالمتوسط بين البائع والمشتري ، وفرق بينهما الفقهاء ، فالسمسار هو ما ذكره المؤلف والدلال هو المصاحب للسلعة غالبا أفاده سرى الدين عن بعض المتأخرين ط وكأنه أراد ببعض المتأخرين صاحب النهر ، فإنه قال وفي عرفنا للفرق بينهما هو أن السمسار الخ (قوله ورجح في البحر الإطلاق) حيث قال : وأما أجرة السمسار والدلال فقال الشارح الزيلعي : إن كانت مشروطة في العقد تضم ، وإلا فأكثرم على عدم الضم في الأول ، ولا تضم أجرة الدلال بالإجماع اه وهو تسامح فإن أجرة الأول تضم في ظاهر الرواية والتفصيل المذكور قوية ، وفي الدلال قيل لا تضم والمرجع العرف كذا في فتح القدير اه (قوله وضابطه الخ) فإن الصبيغ وأخواته يزيد في عين المبيع والحمل ، والسوق يزيد في قيمته لأنها تختلف باختلاف المكان فتلحق أجرتها برأس المال درر ، لكن أورد أن السمسار لا يزيد في عين المبيع ولا في قيمته : وأجيب بأن له دخلا في الأخذ بالأقل ، فيكون في معنى الزيادة في القيمة : وقال في الفتح بعد ذكره الضابط المذكور قال في الإيضاح : هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتمشى في بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها (قوله وكذا إذا قوم الموروث الخ) قال في الفتح : لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية وقوته قيمته ، ثم باعه مرا بحة على تلك القيمة يجوز .

وصورته : أن يقول قيمته كذا أو رقه كذا فأرباحك على القيمة أو رقه ، ومعنى الرقم أن يكتب على الثوب المشتري مقدارا سواء كان قدر الثمن أو أزيد ثم يرا بحه عليه ، وهو إذا قال رقه كذا وهو صادق ، لم يكن خائنا فإن عين المشتري فيه فمن قبل جهله اه قال في البحر وقيد في المحيط بما إذا كان عند البائع أن المشتري يعلم أن الرقم غير الثمن ، فأما إذا كان المشتري يعلم أن الرقم والثمن سواء فإنه يكون خيالة وله الخيار اه . وفي البحر أيضا عن النهاية في مسألة الرقم ولا يقول قام على بكذا ولا قيمته كذا ولا اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب اه وبه يظهر أن ما يفيد كلام الشارح من أنه يقول : قام على بكذا غير مراد بل يظهر لي أنه لا يقول ذلك في مسألة الهبة أيضا ، لأنه يوهم أنه ملكه بهذه القيمة مع أنه ملكه بلا عوض ففيه شبهة الكذب ، ويؤيده قول الفتح ، وصورته : أن يقول قيمته كذا الخ فقد سوى بينه وبين مسألة الرقم في التصوير ، ثم إن قول الفتح وهو صادق ظاهره اشتراط كون الرقم بمقدار القيمة ، فيخالف ما مر عن النهاية ، وحمله على أن معناه أنه لا يرقه بعشرة ، ثم يبيعه لجاهل بالخط على رقم أحد عشر بعيد والأحسن الجواب بحمله على ما إذا كان المشتري يظن أن الرقم والقيمة سواء كما يشير إليه ما مر عن المحيط فافهم (قوله وفيه ما فيه) فإنه يفيد أنه لا يضم وإن كان متعارفا وهو خلاف ما يدل عليه كلام المبسوط قال في الفتح : وكذا أي لا يضم أجر تعليم العبد صناعة أو قرآنا أو علما أو شعرا لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه أي في المتعلم وهو حداقته فلم يكن ما أنفقه على التعليم موجبا للزيادة في المالية ، ولا يظن ما فيه إذ لا شك في حصول الزيادة بالعلم ، وأنه مسبب عن التعليم عادة ، وكونه بمساعدة القابلية

(و) لا (نفقة نفسه) ولا أجر عمل بنفسه أو تطوع به متطوع (وجعل الآبق وكراء بيت الحفظ) بخلاف أجره الخزن فإنها تضم كما صرحوا به وكأنه للعرف وإلا فلا فرق يظهر فتدبر (وما يؤخذ في الطريق من الظلم إلا إذا جرت العادة بضمه) هذا هو الأصل كما علمت فليكن المعول عليه كما يفيد كلام الكمال (فإن ظهر خيانتة في مراوحة بإقراره أو برهان) هل ذلك (أو بنكوله) عن اليمين (أخذته) المشتري (بكل ثمنه أو رده) لفوات الرضا (وله الحط) قدر الخالية (في التولية) لتحقق التولية (ولو هلك المبيع) أو استهلكه في المراوحة (قبل رده أو حدث به ما يمنع منه) من الرد (لزمه بجميع الثمن) المسمى (وسقط خياره)

في المتعلم كقابلية الثوب للصبغ ، لا يمنع اسبته إلى التعليم فهو حلة عادية والقابلية شرط وفي المبسوط : لو كان في ضم المنفق في التعليم حرف ظاهر يلحق برأس المال اه .

قلت : فقد ظهر أن البحث ليس في العلة فقط بل فيها وفي الحكم فافهم (قوله ولا نفقة نفسه) أي في سفره لكسوته وطعامه ومركبه ودهنه وغسل ثيابه ط عن حاشية الشايبى (قوله وجعل الآبق) لأنه نادر ، فلا يلحق بالسائق ، لأنه لا حرف في النادر فتح (قوله وكأنه للعرف) أصل هذا لصاحب النهر ، حيث قال : وقد مر أن أجره الخزن تضم وكأنه للعرف وإلا فالخزن وبيت الحفظ سواء في عدم الزيادة في العين اه ط (قوله هذا هو الأصل) أي ولو في نفقة نفسه كما يقتضيه العموم ط (قوله كما يفيد كلام الكمال) حيث فكر ما قدمناه عنه ثم قال أيضا بعد أن عد جملة مما لا يضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار اه وقد علمت مما مر عن المبسوط ، وأن المتبر هو العرف الظاهر لاخراج النادر كجعل الآبق لأنه لا حرف في النادر كما قدمناه آنفا (قوله فإن ظهر خيانتة) أي البائع في مراوحة بأن ضم إلى الثمن ما لا يجوز ضمه كما في المحيط ، أو أخبر بأنه اشتراه بعشرة ورابع على درهم فتبين أنه اشتراه بتسعة نهر (قوله أو برهان الخ) وقيل لا تثبت إلا بإقراره لأنه في دعوى الخيانة متناقض والحق سماعها كدعوى العيب فتح (قوله أخذه بكل ثمنه الخ) أي ولاحظ هنا ، بخلاف التولية ، وهذا عنده وقال أبو يوسف : يحط فيهما وقال محمد : يتخير فيهما والمتون على قول الإمام . وفي البحر عن السراج ، وبيان الحط في المراوحة على قول أبي يوسف إذا اشتراه بعشرة وباعه بربيع خمسة ، ثم ظهر أنه اشتراه بثمانية فإنه يحط قدر الخيانة من الأصل وهو الخمس وهو درهمان ، وما قابله من الربيع وهو درهم فيأخذ الثوب باثني عشر درهما اه (قوله وله الحط) أي لا غير بحر (قوله لتحقق التولية) في نسخة بتاءين ، وفي نسخة بتاء واحدة على أنه فعل مضارع ، والتولية فاعله أو مصدر مضاف إلى التولية وعلى كل فهو حلة لقوله : وله الحط قدر الخيانة في التولية ط قال ح : يعنى لو لم يحط في التولية تخرج عن كونها تولية لأنها تكون بأكثر من الثمن الأول ، بخلاف المزاحمة فإنه لو لم يحط فيها بقيت مراوحة (قوله ولو هلك المبيع الخ) لم أر ما لو هلك بعضه ، هل يمنع رد الباقي مقتضى قوله أو حدث به ما يمنع من الرد أن له الرد كما لو أكل بعض المثل أو باعه ، ثم ظهر له فيه عيب أو اشترى عبدين أو ثوبين فباع أحدهما ثم رأى في الباقي عيبا له رد ما بقى بخلاف الثوب الواحد كما مر في خيار العيب تأمل (قوله لزمه جميع الثمن (۱)) في الروايات الظاهرة لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن ، كخيار الرؤية والشرط ، وفيهما يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ ، فكذا هنا وهو المشهور من قول محمد ، بخلاف خيار العيب ، لأن المستحق فيه جزء فائت بطالب به ، فيسقط ما يقابله إذا عجز عن تسليمه وتمامه في الفتح ، وانظر ما سنبذ كرهه الشارح عن أبي جعفر .

(۱) قوله (لزمه جميع الثمن) هكذا بخطه والذي في النسخ لزمه بجميع الثمن اه .

وقدمنا أنه لو وجد المولى بالمبيع عيباً ثم حدث آخر لم يرجع بالنقصان (شراء ثانياً) بجنس الثمن الأول (بعد بيعه بربح فإن رابع طرح ماربح) قبل ذلك (وإن استغرق) الربح (ثمنه لم يربح) خلافاً لها وهو أرفق وقوله أو ثق بمر ولو بين ذلك أو باع بغير الجنس أو تخلل ثالث جاز اتفاقاً فتح (رابع) أي جاز أن يبيع مرابحة لغيره

مطلب خيار الخيانة في المرابحة لا يورث

[تنبيه] قال في البحر : وظاهر كلامهم أن خيار ظهور الخيانة لا يورث، فإذا مات المشتري فاطلع الوارث على خيانة بالطريق السابق فلا خيار له (قوله وقدمنا) أي في أوائل خيار العيب (قوله لو وجد المولى) بتشديد اللام المفتوحة اسم مفعول من التولية (قوله لم يرجع بالنقصان) لأنه بالرجوع بصير الثاني أنقص من الأول ، وقضية التولية أن يكون مثل الأول بحر (قوله شراء ثانياً الخ) صورته : اشترى بعشرة وباعه مرابحة بخمسة عشر، ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام على بخمسة (قوله بجنس الثمن الأول) يأتي محترزه (قوله فإن رابع الخ) ظاهر دليل الإمام يقتضي أنه لا فرق بين بيعه مرابحة أو تولية ، والمتون كلها مقيدة بالمرابحة ، وظاهرها يجوز التولية على الثمن الأخير والظاهر الأول كما لا يخفى بحر وبه جزم في النهر (قوله وإن استغرق الربح ثمنه) كما لو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ، ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلاً وعندهما يربح على عشرة في الفصلين بحر أي في الاستغراق وعدمه (قوله لم يربح) لأن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة ، لأنه أي الربح بتأكد به بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب، فيرده فيزول الربح عنه والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطاً وقيد بقوله لم يربح لأن له أن يبيعه مساومة نهر (قوله بحر) أي عن المحيط ، ومعنى كون قول الإمام أو ثق أي أحوط لما علمت من أن الشبهة كالحقيقة هنا للتحول عن الخيانة (قوله ولو بين ذلك) بأن يقول كنت بعته فربحت فيه عشرة ، ثم اشتريته بعشرة ، وأنا أبيع بربح كذا على العشرة نهر (قوله أو باع بغير الجنس) بأن باعه بوضيف أي غلام أو بداية أو عرض آخر ، ثم اشتراه بعشرة كان له أن يبيعه مرابحة على عشرة ، لأنه عاد إليه بما ليس من جنس الثمن الأول ، ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة ، ولا مدخل لها في المرابحة ولذا قلنا : لو اشترى أشياء صفقة واحدة بثمن واحد ، ليس له أن يبيع بعضها مرابحة على حصته من الثمن كذا في الفتح وأراه بالأشياء القيميات ، وتماه في النهر وقد مر (قوله أو تخلل ثالث) بأن اشترى مع مشتري مشتريه لأن التأكيد حصل بغيره درر :

[تنبيه] علم من القيد بالشراء أنه لو وهب له ثوب ، فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة يربح على العشرة ، ومن القيد بالبيع بربح أنه لو أجز المبيع ولم يدخله نقص يربح بلا بيان ، لأن لأجرة ليست من نفس المبيع ، ولأن أجزائه فلم يكن حاسباً لشيء منه أي بخلاف ما لو نال من صوفه أو سمته كما قدمناه وأنه لو حط عنه بائعه كل الثمن يربح على ما اشترى بخلاف ما لو حط البعض لا لتحاقه بالعقد دون حط الكل ، لئلا يكون بيعاً بلا ثمن ، فصار تملكه مبدأ كالمهبة وسبب أن الزيادة تلتحق فربح على الأصل والزيادة وفي المحيط : شراء ثم خرج عن ملكه ، ثم عاد إن عاد قديم ملكه كرجوع في هبة ، أو بخيار شرط ، أو رؤية أو هيب ، أو إقالة يربح بما اشترى لانفساخ العقد ، كان لم يكن لا إن عاد بسبب جديد كهبة وإرث وتماه في البحر (قوله أي جاز أن يربح (۱))

(۱) قوله (أي جاز أن يربح) هكذا بخطه والذي في نسخ الشارح التي بين يدي، أي جاز أن يبيع مرابحة والمآل راحة أو مصححة ،

(سيد شري من) مكاتبه او (مأذونه) ولو (المستغرق دينه لرقبته) فاعتبار هذا القيد لتحقيق الشراء فغير المديون بالأولى (على ماشرى المأذون كعكسه) نفيا للتممة وكذا كل من لا تقبل شهادته له كأصله وفرعه ولو بين ذلك رابع على شراء نفسه ابن كمال (ولو كان مضاربا) معه عشرة (بالنصف) اشترى بها ثوبا وباعه من رب المال بخمسة عشر (باع) الثوب (مراوحة رب المال باثني عشر ونصف) لأن لنصف الربح ملكه

الأقعد في التعبير : أي إذا أراد أن يربح سيد الخ وجب عليه أن يربح على ما اشترى العبد لأن المراوحة على ذلك واجبة لا جائزة ط وكان الشارح نظر إلى بيان صحتها فعبّر بالجواز تبعاً للدرر فافهم (قوله من مكاتبه) أو مديره نهر (قوله فاعتبار هذا القيد) أي بالنظر إلى مجرد عبارة المتن قال في النهر : ثم كونه مديونا بما يحيط برقبته صرح به محمد في الجامع الصغير عن الإمام ، ومن المشايخ من لم يقيد بالحيط كالصدر الشهيد ، وتبعه المصنف وشمس الأئمة في المبسوط ، لم يذكر الدين أصلاً قال في العناية : والحق ذكره لأنه إذا لم يكن عليه دين لم يصح البيع ، والتحقيق أن ذكره وعدمه سواء بالنظر إلى المراوحة لأنها إذا لم تجز مع الدين فع عدمه أولى ، وأما بالنظر إلى صحة العقد وعدمه (۱) فله فائدة والباب لم يعقد إلا للمراوحة فضنيع شمس الأئمة أقعد اه (قوله على ماشرى المأذون) متعلق بقوله رابع وصورته كما في الكنز اشترى المأذون ثوبا بعشرة وباعه من سيده بخمسة عشر يبيعه على عشرة (قوله كعكسه) وهو ما إذا باع المولى للعبد (قوله نفيا للتممة) لأن الحاصل للعبد لم يخل عن حق المولى ، ولذا كان له أن يستبقى ما في يده ، وبقضى دينه ، وكذا في كسب المكاتب ، ويصير ذلك الحق له حقيقة بهجزه فصار كأنه باع واشترى ملك نفسه من نفسه فاعتبر عدما في حكم المراوحة نفيا للتممة نهر (قوله كأصله وفرعه) وأحمد الزوجين وأحد المتفاوضين عنده وخالفاه فيما عدا العبد والمكاتب بحر (قوله ولو بين ذلك) أي بين أن أحد هؤلاء اشتراه بعشرة ثم اشتراه هو منه بخمسة عشر :

مطالب اشترى من شريكه سلعة

[تنبيه] في الفتح : اشترى من شريكه سلعة لبست من شركتهما يربح على ما اشترى ، ولا بين وأو من شركتهما يبيع نصيب شريكه على ضماله في الشراء الثاني ، ونصيب نفسه على ضمانه في الشراء الأول ، لجواز كونها شريت بألف من شركتهما فاشتراها منه بألف ومائتين ، فإنه يربح على ألف ومائة ، لأن نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الأول خمسمائة فيبيعها على ذلك اه (قوله بالنصف) أي بنصف الربح له ، والباقي لرب المال وهو متعلق بقوله : مضاربا فكان الأوضح تقديمه على قوله معه عشرة كما قاله ح (قوله باع مراوحة رب المال باثني عشر ونصف) هذا في خصوص هذا المثال صحيح والتفصيل ما ذكره في مضاربة البحر عن المحيط ، من أنه على أربعة أقسام : الأول : أن لا يكون في قيمة المبيع ، ولا في الثمن فضل على رأس المال ، بأن كان رأس المال ألفا فاشترى منها المضارب عبدا بخمسمائة قيمته ألف ، وباعه من رب المال بألف ، فإن رب المال يربح على ما اشترى به المضارب الثاني : أن يكون الفضل في قيمة المبيع دون الثمن فإنه كالأول : الثالث : أن يكون فيهما ، فإنه يربح على ما اشترى به المضارب ، وحصة المضارب . الرابع : أن يكون الفضل في الثمن فقط وهو الثالث اه ح : ولا يخفى أن مثال الشارح يحتمل كونه من الثالث أو الرابع لصدقه على كون قيمة الثوب عشرة

(۱) قوله (وعدمه) هكذا بخطه ، ولعل الأولى وعدمها أي صحة العقد كما لا يخفى اه ص ۱۳۹ .

وكذا عكسه كما سيجيء في بابه وتحقيقه في النهر يرايح مريدها (بلا بيان) أى من غير بيان (أنه اشتراه سليما)
أما بيان نفس العيب فواجب (فتعيب عنده بالتعيب) بأفة سماوية أو بصنع المبيع

كرأس المال أو أكثر ، فلذا كان له أن يرايح على ما اشترى به المضارب ، وهو عشرة وعلي حصة المضارب من
الربح وهو درهمان ونصف دون حصة رب المال ، لأنها صلت له ، ولم تخرج عن ملكه :
ثم اعلم أن المصنف لم يسبق منه تمثيل المسألة بالشراء بالعشرة والبيع بالخمسة عشر ، حتى يظهر قوله
بأثنى عشر ونصف وهذا وإن وقع في عبارة الكنز كذلك ، لكنه صور المسألة قبله في مسألة المأذون كما قدمناه ،
ولذا أوضح الشارح عبارة المصنف في أثناء تقرير المتن بذكر المثال (قوله وكذا عكسه) وهو ما إذا كان البائع
رب المال ، وهذا أيضا على أربعة أقسام ، قسمان : لا يرايح فيهما إلا على ما اشترى به رب المال ، وهما إذا كان
لافضل في الثمن ، وقيمة المبيع على رأس المال كما لو اشترى المضارب من رب المال بألف المضاربة عبدا قيمته ألف
وكان قد اشتراه رب المال بنصف ألف أو لفضل في قيمة المبيع فقط ، بأن اشترى رب المال عبدا بألف قيمته ألف ،
وباعه من المضارب بألفين ، وقسمان يرايح على ما اشترى به رب المال ، وحصة المضارب : هما إذا كان فيهما
فضل بأن اشترى رب المال عبدا بألف قيمته ألفان ثم باعه من المضارب بألفين ، بعدما عمل المضارب في ألف
المضاربة ، وربح فيها ألفا فإنه يرايح على ألف وخمسة أو كان في قيمة العهد فقط ، بأن كان العبد يساوى ألفا
وخمسة ، فاشتراه رب المال بألف فباعه من المضارب بألف يبيعه المضارب على ألف ومائتين وخمسين كذا في
البحر عن المحيط أ ه ح وبه ظهر أن قول الشارح ، وكذا عكسه أراد به القسمين الأخيرين (قوله كما سيجيء في
بابه) وهو باب المضارب يضارب ط (قوله وتحقيقه في النهر) حاصله : أنه ذكر في مضاربة الكنز تبعا للهداية
أنه لو اشترى المضارب من المالك بألف عبدا اشتراه بنصفه رايح بنصفه اه فاعتبر أقل الثمنين ، وقال الزيلعي هناك ،
ولو بالعكس أى بأن اشترى رب المال بألف من المضارب عبدا اشترى بنصفه رايح بنصفه أيضا ، فصورة العكس
هناك مفروضة في شراء رب المال من المضارب ، وهى مسألة المتون هنا فما ذكره الزيلعي هناك مخالف لما صرح به
نفسه هنا ، من أنه يضم حصة المضارب ، وذكر في السراج أنه يضم حصة المضارب في صورة الأصل ، وصورة
العكس ، وقد وفق في البحر بين كلامي الزيلعي بتوفيق رده في النهر وقال إن ما في السراج مخالف لصريح الرواية
المصرح بها في كتاب المضاربة ، وما ذكره الزيلعي من أن رب المال لا يضم حصة المضارب محمول على رواية وذكر
أن الجواب الحق ما في مضاربة البحر ، من أن صورة العكس التي ذكرها الزيلعي هناك هي القسم الأول من
كلام المحيط ، فلم يكن فيه مخالفة لما ذكره في المراجعة أنه يضم حصة المضارب ؛ لأنه القسم الثالث أو الرابع من
كلام المحيط اه ما في مضاربة البحر ملخصا :

قلت : ولم يتعرض هناك للجواب عما في السراج ، وقد علمت صحته مما كتبنا على قول الشارح وكذا عكسه وقد
أوضحنا هذا المقام بأكثر مما هنا فيما علقناه على البحر (قوله مريدها) أى مريد المراجعة (قوله أى من غير بيان)
لا حاجة إلى هذا البيان لوضوحه ط (قوله أما بيان نفس العيب فواجب) لأن الغش حرام إلا في مسألتين كما
قدمه آخر خيار العيب وقدم الكلام على ذلك (قوله فتعيب عنده) أما لو وجد بالمبيع عيبا فرضى به كان له أن
يبعه مراجعة على الثمن الذي اشتراه به ، لأن الثابت له خيار فاسقاطه لا يمنع من البيع مراجعة ، كما لو كان فيه خيار
شرط أو رؤية ، وكذا لو اشتراه مراجعة فاطلع على خيانة فرضى به كان له أن يبيعه مراجعة على ما أخذه به لما
ذكرنا أن الثابت له مجرد خيار بحر عن الفتح (قوله بالتعيب) مصدر تعيب صار معييا بلا صنع أحد ، ويلحق

(ووطى الثيب ولم ينقصها الوطاء) كقرض فأر وحرقت نار للثوب المشتري . وقال أبو يوسف وزفر والثلاثة لابد من بيانه قال أبو الليث : وبه نأخذ ورجحه الكمال وأقره المصنف (و) يربح ببيان (بالتعيب) ولو بفعل غيره بغير أمره وإن لم يأخذ الأرش وقيد أخذه في الهداية وغيرها اتفاق فتح (ووطء البكر كتكسره) بنشره ووطيه لصيرورة الأوصاف مقصودة بالإتلاف ولذا قال ولم ينقصها الوطاء (اشتراه بألف نسبة وباع بربح مائة بلا بيان

به ما إذا كان بصنع المبيع ، وشمل ما إذا كان نقصان العيب يسيرا أو كثيرا وعن محمد لو نقص قدرا لا يتغابن الناس فيه لا يبيعه مراجعة بلا بيان ودل كلامه أنه لو نقص بغير السعر بأمر الله تعالى لا يلزمه البيان بالأولى بحر (قوله ووطى الثيب) بصيغة الفعل الماضي عطفًا على قوله : اشتراه أو بصيغة المصدر عطفًا على أنه اشتراه (قوله كقرض فأر وحرقت نار) الأولى ذكرهما بعد قوله بألف سماوية اه ح وقرض بالقاف وذكره أبو اليسر بالفاء فتح والذي في القاموس والمصباح الأول (قوله المشتري) بصيغة المفعول نعت للثوب (قوله لا بد من بيانه) أى بيان أنه تعيب عنده بالتعيب (قوله ورجحه الكمال) نعم رجحه أولاً بقوله واختياره وهذا حسن ، لأن مبنى المراجعة على عدم الخيانة وعدم ذكره أنها انتقصت إيهامًا للمشتري ، أن الثمن المذكور كان لما ناقصة والغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها صحيحة لم يأخذها معيبة إلا بحطية اه لكنه قال بعده ، لكن قولهم هو كما لو تغير السعر بأمر الله تعالى فإنه لا يجب عليه أن يبين أنه اشتراه في حال غلته ، وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه أو توسخ إلزام قوى اه نعم أجاب في النهر بقوله : وقد يفرق بأن الإبهام فيما ذكر ضعيف لا يعول عليه ، بخلاف ما لو اعورت الجارية فراجحه على ثمنها فإنه قوى جدا فلم يغتفر اه :

قلت : وفيه كلام فقد يكون تفاوت السعرين أفحش من التفاوت بالعيب والكلام حيث لا علم للمشتري بكل ذلك ، والأحسن الجواب بأن ذلك مجرد وصف لا يقابله شيء من الثمن بخلاف الفاتت بعور الجارية ، وقرض الفأر ونحوه ، فإنه جزء من المبيع ، ولا يرد ما اشتراه بأجل ، فإنه لا يربح بلا بيان كما يأتي لقولهم : الأجل يقابله جزء من الثمن عادة ، فيكون كالجزء فيلزمه البيان (قوله وأقره المصنف) وكذا شيخه في بحره والمقدسى (قوله بالتعيب) مصدر عيبه إذا أحدث به عيبًا بحر (قوله ولو بفعل غيره الخ) دخل فيه ما إذا كان بفعله بالأولى وكذا ما إذا كان بفعل غيره بأمره ، واحترز به عما إذا كان بفعل المبيع فانه ماحق بالألف السماوية كما مر ، لأن المراجعة لم يكن حاسبًا شيئًا (قوله وإن لم يأخذ الأرش) لتحقق وجوب الضمان فتح (قوله ووطء البكر) لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها فتح (قوله كتكسر (١)) أى تكسر الثوب (قوله لصيرورة الأوصاف مقصودة بالإتلاف) أى فتخرج عن التبعة بالقصدية ، فوجب اعتبارها ، فتقابل ببعض الثمن فتح وهذا علة لقوله ببيان بالتعيب (قوله ولذا قال الخ) أى فإنه يفهم منه أن الثيب لو نقصها الوطاء يلزمه البيان ، لأنه صار مقصودًا بالإتلاف (قوله اشتراه بألف نسبة) أفاد أن الأجل مشروط في العقد ، فإن لم يكن ، ولكنه كان معتاد التنجيم ، قيل لا بد من بيانه ، لأن المعروف كالمشروط ، وقيل لا يلزمه البيان وهو قول الجمهور كما في الزيلعي نهر وينبغى ترجيح الأول ، لأنها مبنية على الأمانة ، والاحتراز عن شبهة الخيانة وعلى كل من القواين لو لم يكن مشروطًا ولا معروفًا ، وإنما أجله بعد العقد لا يلزمه بيانه بحر قال في النهر لما مر : من أن الأصح أنهما أو

(١) قوله (كتكسر الخ) هكذا بخط من غير ضمير والله في نسخ الشارح : كتكسره بالضمير وهو الألف بقوله أى تكسر الثوب اه مصححه .

خير المشتري فإن تاف (المبيع بتعيب أو تعيب (فعلم) بالأجل (لزمه كل الثمن حالا وكذا) حكم (التولية) في جميع ما مر وقال أبو جعفر : المختار للفتوى الرجوع بفضل ما بين الحال والمؤجل بحر ومصنف (ولى رجلا شينا) (أى باعه تولية) (بما قام عليه أو بما اشتراه) به (ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد) البيع لجهالة الثمن (وكذا) حكم (المرايحة وخير) المشتري بين أخذه وتركه (لو علم في مجلسه) وإلا بطل .
(و) اعلم أنه (لارد بغبن فاحش)

ألقا به شرطاً لا يلتحق بأصل العمد، فيكون تأجيلاً مستأنفاً، وعلى القول بأنه يلتحق ينبغي أن يلزمه البيان اه (قوله خير المشتري) أى بين رده، وأخذة بألف ومائة حالة، لأن للأجل شبهة بالمبيع. ألا ترى أنه يزداد في الثمن لأجله، والشبهة ملحقة بالحقيقة، فصار كأنه اشترى شيئين بالألف، وباع أحدهما بها على وجه المراجعة، وهذا خيانة فيما إذا كان مبيعاً حقيقياً، وإذا كان أحد الشيتين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة فتصح (قوله لزم كل الثمن (أ)حالا) لأن الأجل في نفسه ليس بمال، فلا يقابله شيء حقيقة إذا لم يشترط زيادة الثمن بمقابلته قصداً، ويزاد في الثمن لأجله إذا ذكر الأجل بمقابلة زيادة الثمن قصداً، فاعتبر ما لا في المراجعة احترازاً عن شبهة الخيانة، ولم يعتبر ما لا في حق الرجوع عملاً بالحقيقة بحر (قوله في جميع ما مر) أى لا كما وقع في الزباعى والفتح من إرجاعه إلى المسألة التي قبله وهو بحث للبحر حيث قال : وينبغي أن يعرود قوله وكذا التولية إلى جميع ما ذكره للمراجعة، فلا بد من البيان في التولية أيضاً في التعيب ووطء البكر وبدونه في التعيب، ووطء الثيب (قوله وقال أبو جعفر الخ) عبر عنه في الفتح بتقيل حيث قال : وقيل تقوم بثمن حال ومؤجل، فيرجع بفضل ما بينهما على البائع قاله الفقيه أبو جعفر الهندوانى اه .

قلت : وينبغي على قول أبي جعفر أن يرجع بالأولى فيما إذا ظهرت خيانة في مراجعة لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة تأمل (قوله بحر ومصنف) ومثله في الزباعى معللاً بالتعارف (قوله وخير الخ) لأن الفساد لم يتقرر فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد : وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس، ونظيره بيع الشيء برقه إذا علم في المجلس، وإنما يتخير لأن الرضا لم يتم قبله، لعدم العلم كما في خيار الرؤية، وظاهر كلام المصنف وغيره : أن هذا العقد يعتقد فاسداً بعرضية الصحة، وهو الصحيح، خلافاً للمروى عن محمد أنه صحيح له عرضية الفساد كذا في الفتح، وينبغي أن تظهر الثمرة في حرمة مباشرته فعلى الصحيح يحرم وعلى الضعيف لا بحر (قوله وإلا بطل) أى تقرر فساد ط .

[تتمة] في الظهيرية : اشتراه بأكثر من ثمنه مما لا يتغابن الناس فيه، وهو يعلم لا يربح بلا بيان، وكذا لو اشترى بالدين من مدينه، وهو لا يشتري بمثل الثمن من غيره فلو يشتري بمثله له أن يربح، سواء أخذه بلفظ الشراء أو الصلح. وفي ظاهر الرواية يفرق بينهما بأن مبنى الصلح على الخط والتجاوز بدون الحق، ومبنى الشراء على الاستقصاء اه .المختصا :

مطلب في الكلام على الرد بالغبن الفاحش

(قوله لارد بغبن فاحش) في البحر عن المصباح : غبنه في البيع والشراء غبنا من باب ضرب، مثل غبنه فانغبن وغبنه أى نقصه، وغبن بالبناء للمفعول فهو مغبون أى منقوص في الثمن، أو غبزه والغبينة اسم منه

(۱) قوله (لزم كل الثمن الخ) كذا بخطه بدون ضمير، والذي في النسخ : لزمه بالضمير فلهذا هو مصححه .

هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين (في ظاهر الرواية) وبه أفتى بعضهم مطلقا كما في القنية ثم رقم وقال (ويفتى بالرد) رفقا بالناس وعليه أكثر روايات المضاربة وبه يفتى ثم رقم وقال (إن غره) أي غر المشتري البائع أو بالعكس أو غره الدلال فله الرد (وإلا لا) وبه أفتى صدر الإسلام وغيره ثم قال (وتصرفه في بعض المبيع) قبل علمه بالغبن (غير مانع منه) فيرد مثل ما أتلفه ويرجع بكل الثمن على الصواب اه ملخصا بقي ما لو كان قيميا لم أره

(قوله هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين) هو الصحيح كما في البحر ، وذلك كما لو وقع البيع بعشرة مثلا ، ثم إن بعض المقومين يقول إنه يساوي خمسة ، وبعضهم ستة وبعضهم سبعة فهذا غبن فاحش ، لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد بخلاف ما إذا قال بعضهم : ثمانية وبعضهم تسعة وبعضهم : عشرة فهذا غبن يسير (قوله وبه أفتى بعضهم مطلقا) أي سواء كان الغبن بسبب التغرير أو بدونه لكن هذا الإطلاق لم يذكره في القنية ، وإنما حكى في القنية الأقوال الثلاثة ، فيفهم منه أن هذا غير مقيد بالتغرير أو بدونه ، ولكن نقل في الفتح أن الإمام علاء الدين السمرقندي ذكر في تحفة الفقهاء : أن أصحابنا يقولون في المغبون : إنه لا يرد لكن هذا في مغبون لم يغر أما في مغبون غر يكون له حق الرد استدلالا بمسألة المراجعة اه أي بمسألة ما إذا خان في المراجعة فإن ذلك تغرير يثبت به الرد (قوله ويفتى بالرد) ظاهره الإطلاق : أي سواء غره أولا بقربنة القول الثالث (قوله أو غره الدلال) قال الرملي : مفهومه أنه لو غره رجل أجنبي غير الدلال لا يثبت له الرد ، بقي ما لو غر المشتري البائع في العقار فأخذه الشفيع هل للبائع أن يسترد منه ينبغي عدمه ، لأنه لم يغر وإمّا غره المشتري ، وتمسكه في حاشيته على البحر (قوله وبه أفتى صدر الإسلام وغيره) وهو الصحيح كما يأتي وظاهر كلامهم أن الخلاف حقيقي ، ولو قيل إنه لفظي ، ويحمل القولان المطلقان على القول المفصل ، لكان حسنا وبدل عليه حمل صاحب التحفة المتقدم ط :

قلت : ويؤيده أيضا عدم التصريح بالإطلاق في القولين الأوّلين ، وحيث كان ظاهر الرواية محمولا على هذا القول المفصل ، يكون هو ظاهر الرواية إذ لم يذكرها أن ظاهر الرواية عدم الرد مطلقا ، حتى ينافي التفصيل ، فلذا جزم في التحفة بحمله على التفصيل ، وحينئذ لم يبق لنا إلا قول واحد هو المصرح بأنه ظاهر الرواية ، وبأنه المذهب وبأنه المفتى به وبأنه الصحيح ، فمن أفتى في زماننا بالرد مطلقا فقد أخطأ خطأ فاحشا لما علمت من أن التفصيل هو المصحح المفتى به ، ولا سيما بعد التوفيق المذكور ، وقد أوضحت ذلك بما لا مزيد عليه في رسالة سميها [تحبير التحرير في إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغرير] (قوله فيرد مثل ما أتلفه) أي مع رد الباقي كما في القنية ، وانصها قال الغزال : لا معرفة لي بالغزل ، فأتني بغزل اشتريه فأتني رجل بغزل لهذا الغزال (١) ولم يعلم به المشتري ، فجعل نفسه دلالة بينهما واشترى ذلك الغزل له بأزيد من ثمن المثل ، وصرف المشتري بعضه إلى حاجته ، ثم علم بالغبن وبما صنع ، فله أن يرد الباقي بحصته من الثمن قال رضي الله عنه : والثواب أن يرد الباقي ومثل ما صرف في حاجته ، ويسترد جميع الثمن كمن اشترى بيتا مملوءا من بر فإذا فيه دكان عظيم فله الرد وأخذ جميع الثمن قبل إلقاء شيء منه وبعده يرد الباقي ، ومثل ما أنفق ويسترد الثمن كذا ذكره أبو يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى اه (قوله بقي ما لو كان قيميا) أي وتصرف ببعضه فهل يرجع بقدر ما غبن فيه أولا يرجع ، أو يرد الباقي ،

(١) قوله (فأتني رجل بغزل لهذا الغزال) : أي بغزل يملك لهذا الغزال .

وحاصله : أن الغزال دفع غزله لرجل ثم جعل نفسه دلالة بين الطالب والرجل واشترى الطالب الغزل من الرجل بزيادة ثم تصرف المشتري أي من له الشراء حقيقة في بعض الغزل ثم علم بالغبن وبأن الغزال هو صاحب الغزل وأنه فعل ذلك تفريرا لطالب اه .

قلت: وبالأخير جزم الإمام علاء الدين السمرقندي في محفة الفقهاء وصححه الزيلعي وغيره وفي كفالة الأشباه عن بيوع الخانية من فصل الغرور: الغرور لا يوجب الرجوع إلا في ثلاث منها: هذه، وضابطها أن يكون في عقد يرجع نفعه إلى الدافع كوديعة وإجارة، فلو هلكا ثم استحقا رجوع على الدافع بما ضمنه ولا رجوع في عارية وهبة لكون القبض لنفسه.

ويضمن قيمة ماتصرف به، ووجه التوقف أن ما ذكره في القنية مفروض في المثلي، لأن الغزل مثلي كما هو صريح كلام القنية المذكور آنفا وكذا صرح في الفصل الثالث والثلاثين من جامع الفصولين: بأنه مثلي، وفي التنازخانية عن المتقن: ولا يصح بيع غزل قطن لين بغزل قطن نخشن إلا مثلا بمثل لأن القطن سواء اه فحيث كان المنقول هنا في المثلي لم يعلم حكم القيمي فانهم:

ثم اعلم أن ما قدمناه عن المنع عن تحفة الفقهاء من أن المغبون إذ غر له الرد استدلالا بمسألة المراجعة يفيد أن خيار التفرير في حكم خيار الخيانة في المراجعة، وقد مر في المتن والشرح أنه لو هلك المبيع أو استهلكه في المراجعة قبل رده أو حدث به ما يمنع من الرد لزمه جميع الثمن المسمى، وسقط خياره وذكرنا هناك أن مقتضى قوله: أو حدث به الخ أنه لو هلك البعض أو استهلكه له رد الباقي إلا في نحو الثوب الواحد الخ والظاهر أن هنا كذلك فتأمل (قوله قلت وبالأخير إلى قوله وغيره) الأولى ذكر هذا عند قوله، وبه أفتى صدر الإسلام وغيره اه ح:

مطلب الغرور لا يوجب الرجوع إلا في ثلاث مسائل

(قوله وفي كفالة الأشباه الخ) حيث قال: الغرور لا يوجب الرجوع، فلو قال اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فأخذه اللصوص، أو قال: كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم، فأكله ومات لم يضمن، وكذا لو أخبره رجل أنها حرة فتزوجها، ثم ظهر أنها مملوكة فلا رجوع بقيمة الولد على الخبر إلا في ثلاث مسائل الأولى: إذا كان الغرور بالشرط، كما لو زوجه امرأة على أنها حرة، ثم استحققت فإنه يرجع على الخبر بما غرمه للمستحق من قيمة الولد: الثانية: أن يكون في ضمن عقد معاوضه، فيرجع المشتري على البائع بقيمة الولد إذا استحققت بعد الاستيلاء ويرجع بقيمة البناء، لو بنى المشتري، ثم استحققت الدار بعد أن يسلم البناء وإذا قال الأب لأهل السوق: بايعوا ابني فقد أذنت له في التجارة، فظهر أنه ابن غيره رجعوا عليه للغرور، وكذا لو قال بايعوا عبدي فقد أذنت له فبايعوه ولحقه دين ثم ظهر أنه عبد لغيره رجعوا عليه إن كان الأب حرا وإلا فبعد العتق، وكذا لو ظهر حرا أو مدبرا أو مكاتبا ولا بد في الرجوع من إضافته إليه والأمر بمبايعته كذا في السراج الوهاج: الثالثة: أن يكون في عقد يرجع نفعه إلى الدافع كوديعة وإجارة، فلو هلكت الوديعة والعين المستأجرة، ثم استحققت وضمن المودع والمستأجر فإنهما يرجعان على الدافع بما ضمنناه، وكذا من كان بمعناهما وفي عارية وهبة لا رجوع إلا القبض كان لنفسه وتماه في الخانية من فصل الغرور مع البيوع اه:

قلت: وعبر في الخانية في الثالثة بالقبض بذل العقد، وهو الصواب فتدبر (قوله إلا في ثلاث) زاد في نور العين مسألة رابعة وهي ما إذا ضمن الغار صفة السلامة، كما إذا قال اسلك هذا الطريق، فإنه آمن وإن أخذ مالك فأنا ضامن فإنه يضمن كما سيدكره المصنف آخر الكفالة عن الدرر (قوله منها هذه) أي مسألة المتن وهي داخلة تحت الثانية الآتية (قوله وضابطها) أي الثلاث المستثناة (قوله أن يكون في عقد) صوابه في قبض كما قدمناه عن الخانية لأن مسألة العقد تأتي بعد تأمل (قوله رجوع) أي الشخص الذي هو المودع أو المستأجر على الدافع لأنه غره بأنه أودعه أو أجهره ملكه (قوله لكون القبض لنفسه) أي نفس المستعير أو الموهوب له، فكان

الثانية : أن يكون في ضمن عقد معاوضة كبايعوا عبدي أو ابني فقبأ أذنت له ثم ظهر حراً أو ابن الغير رجعوا عليه للغرور وإن كان الأب حراً وإلا فبعد العتق وهذا إن أضافه إليه وأمر بمبايعته ومنه لو بنى المشتري أو استولد ثم استحقا رجع على البائع بقيمة البناء والولد ومنه ما يأتي في باب الاستحقاق اشترى فأنا عبد ارتهني :

الثالثة : إذا كان الغرور بالشرط كما لو زوجه امرأة على أنها حرة ثم استحققت رجع على المخبر بقيمة الولد المستحق وسيجيء آخر الدعوى :

[فرع] هل ينتقل الرد بالتغريب إلى الوارث استظهر المصنف لا لتصريحهم بأن الحقوق المجردة لا تورث :

قلت : وفي حاشية الأشباه لابن المصنف وبه أفق شيخنا العلامة على المقدسي مفتي مصر :

هو المنتفع بالقبض دون المعير أو الواهب (قوله أن يكون في ضمن عقد معاوضة) من يبيع صحيح أو فاسد ، وأخرج به عقود التبرعات كالهبة والصدقة ، فإن الغرور لا يثبت الرجوع فيها ط عن البيزي ، وكذا أخرج الرهن لأنه عقد وثيقة لمعاوضة ، كما يأتي وفي البيزي عن المبسوط : إن الغرور في عقد المعاوضات يثبت الرجوع ، لأن العقد يستحق صفة السلامة من العيب ، ولا عيب فوق الاستحقاق فأما بعقد التبرع فلأن الموهوب له لا يستحق الموهوب بصفة السلامة (قوله كبايعوا عبدي الخ) أي فيكون ضامناً للدرك فيما يثبت لهم على العبد في عقد المبايعات لحصول التغريب في هذا العقد كما يأتي تقريره ، وبه اندفع ما قيل إن التغريب لم يوجد في ضمن عقد المعاوضة (قوله ثم ظهر حراً أو ابن الغير) لف ولشر مرتب (قوله إن كان الأب حراً) الأولى ما في بعض نسخ الأشباه إن كان الآذن حراً لشموله للمولى والأب : أي الأب صورة لإحقيقة ، وهذا القيد لشيء مقدر في قوله رجعوا عليه أي في الحال بقريته قوله وإلا فبعد العتق (قوله وهذا) أي الرجوع شرطه شيآن أن يضيف العبد أو الابن إلى نفسه ، وأمرهم بمبايعته فيضمن الأقل من قيمته ومن الدين كما في البيزي عن مختصر المحيط (قوله ومنه) أي من التغريب في ضمن عقد المعاوضة (قوله اشترى فأنا عبد ارتهني) صوابه : بخلاف ارتهني أي لو قال العبد : اشترى فأنا عبد فاشتراه فإذا هو حر فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة أي يدري مكانه لا يرجع على العبد بما قبضه البائع للتسكن من الرجوع على القابض ، وإن كان لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد ورجع العبد على بائعه بما رجع به عليه وإنما يرجع مع أن البائع لم يأمره بالضمان عنه لأنه أدى دينه وهو مضطر في أدائه بخلاف من أدى عن آخر ديناً بلا أمره والتقييد بقوله : اشترى فأنا عبد ، لأنه لو قال أنا عبد ولم يأمره بالشراء أو قال : اشترى ولم يقل فأنا عبد لا يرجع عليه بشئ ولو قال : ارتهني فأنا عبد الراهن لم يرجع على العبد ، ولو الراهن غائباً في ظاهر الرواية عنهم وعن أبي يوسف لا يرجع في البيع والرهن ، لأن الرجوع بالمعاوضة وهي المبايعات هنا أو بالكفالة ، ولم يوجد هنا بل وجد مجرد الأخبار كاذباً فصار كما لو قال أجنبي لشخص ذلك ولها أن المشتري شرع في الشراء معتمداً على أمره وإقراره ، فكان مغروراً من جهته والتغريب في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يحصل سبباً للضمان دفعا للفرق بقدر الإمكان ، فكان بتغريبه ضامناً للدرك الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع كما لو قال لأهل السوق بايعوا عبدي فأنى أذنت له ، ثم ظهر استحقاق العبد فإنهم يرجعون على المولى بقيمة العبد ، ويجعل المولى بذلك ضامناً للدرك ما ذاب عليه دفعا للغرور عن الناس ، بخلاف الرهن فإنه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه ولو كان عقد معاوضة كان استبدالاً به قبل قبضه وهو حرام وبخلاف الأجنبي فإنه لا يباع بقوله فالرجل هو الذي اغترأه ملخصاً من الفتح في أول باب الاستحقاق (قوله كما لو زوجه امرأة على أنها حرة) أي بأن كان ولياً أو وكيلاً عنها ، وهذا بخلاف ما إذا أخبره بأنها حرة فتزوجها كما مر في عبارة الأشباه (قوله استظهر المصنف لا) حيث قال : ولم أطلع في كلامهم على ما لو مات من ثبت

(١٩ - حاشية ابن عابدين - ٥)

قلت : وقد مناه في خيار الشرط معزيا للدرر لكن ذكر المصنف في شرح منظومته الفقهية ما يخالفه ومال إلى أنه يورث كخيار العيب ونقله عنه ابنه في كتابه معونة المفتي في كتاب الفرائض وأيده بما في بحث القول في الملك من الأشباه قبيل التاسعة أن الوارث يرد بالعيب ويصير مغرورا بخلاف الوصي فتأمل وقد مناه عن الخالية أنه متى عابن ما يعرف بالعمان انتفى الغرر فتدبر

في حقه التغير ، هل ينتقل الحق فيه إلى وارثه حتى يملك الرد كما في خيار العيب أو لا كما في خيار الرؤية والشرط لكن الظاهر عندي الثاني وقواعدهم شاهدة به ، فقد صرحوا بأن الحقوق المجردة لا تورث ، وأما خيار العيب فإنما يثبت فيه حق الرد للوارث باعتبار أن الوارث ملكه سليما فإذا ظهر فيه على عيب رده ، وليس ذلك بطريق الإرث ، كما يفيد كلامهم ، وتعليقهم عدم ثبوت الخيار للوارث في خيار الرؤية والشرط بأنه ليس إلا مشيئة وإرادة ، فلا يتصور انتقاله إلى الوارث ، وهكذا عرضته على بعض الأعيان من أصحابنا فارتضاه وأفتى بموجبه اهـ

قلت : ويؤيده ما بحثه في البحر من أن خيار ظهور الخيانة لا يورث مستندا لذلك بما مر من أنه لو هلك المبيع أزمه جميع الثمن ، وعلوه بأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط للخ ما قدمناه هناك ، وفي مجموعة السائحاني بخطه ، وأجاد المصنف بالاستشهاد بخيار الشرط ، لأن الكل لدفع الخداع ، فإذا كان خيار الشرط الملقوظ به لا يورث فكيف غير الملقوظ مع كونه مختلفا فيه اهـ (قوله قلت وقد مناه الخ) قدمنا هناك أن ذلك لم يذكره في الدرر ، بل ذكره المصنف هناك أيضا ، وقد مناه أيضا أن الخير الرملي نقل عن العلامة المقدسي أنه قال : والذي أميل إليه أنه مثل خيار العيب يعني فيورث اهـ وهذا خلاف ما عراه الشارح إلى حاشية ابن المصنف عن المقدسي ، وقد مناه أيضا أن الخير الرملي وافق المقدسي في أنه يورث قياسا على خيار فوات الوصف المرغوب فيه كشراء عبد على أنه خباز ، وقال : إنه به أشبه لأنه اشتراه على قول البائع فكان شارطا له اقتضاء وصفا مرغوبا فيه فإن بخلافه اهـ وقد مناه هناك ترجيح ما بحثه المصنف من أنه لا يورث كخيار ظهور الخيانة في المراجعة وأنه به أشبه فراجعهم فافهم (قوله ومال إلى أنه يورث) المراد بالإرث انتقاله إلى الوارث بطريق الخلفية لا بطريق الإرث حقيقة ، كما علم مما نقلناه من عبارة المصنف في المنح وحققتها في باب خيار الشرط وعلمت ترجيح ما بحثه المصنف أولا (قوله قبيل التاسعة) صوابه قبيل العاشرة (قوله ويصير مغرورا) عبارة الأشباه : ثم اعلم أن ملك الوارث بطريق الخلفية على الميت ، فهو قائم مقامه كأنه حي فيرد المبيع بعيب ويرد عليه ، ويصير مغرورا بالجارية التي اشتراها الميت الخ :

قلت : ومعناه أن الوارث لو استولد الجارية ثم استحققت ، فالولد حر بالقيمة لكونه وطئا بناء على أنها ملكه فيرجع بما ضمن على بائع مورثه كما لو استولدها المورث ، وأنت خبير بأن هذا لا يدل على أنه يثبت له خيار الرد بالتغير فيما إذا اشترى مورثه شيئا بفن فاحش بتغير البائع ، لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن بخلاف ثبوت حرية ولده فإنه ليس بخيار فهذا تأييد بما لا يفرد فافهم (قوله وقد مناه) أي قبيل باب خيار الرؤية (قوله انتفى الغرر) كما لو اشترى موقفا على أن البائع له بمن من السمن ، وتقابضا والمشتري ينظر إليه فظهر أنه لته بنصف من جاز البيع ، ولا خيار للمشتري وهو نظير ما لو اشترى صابونا على أنه متخذ من كذا جرة من الدهن ، ثم ظهر أنه اتخذ بأقل من ذلك والمشتري كان ينظر إلى الصابون وقت الشراء جاز البيع من غير خيار ظهريية . قلت : وكون ذلك مما يعرف بالعيان غير ظاهر فليتأمل وقد مناه تمامه هناك والله سبحانه أعلم :

فصل في التصرف في المبيع والتمن قبل القبض والزيادة

والخط فيهما وتأجيل الديون

(صح بيع عقار لا يخشى هلاكه قبل قبضه) من بائعه لعدم الغرر لندرة هلاك العقار، حتى لو كان علواً أو على شطنهر ونحوه كان كمنقول (لا) يصح اتفاقاً ككتابة وإجارة و (بيع منقول) قبل قبضه ولو من بائعه كما سيجيء (بخلاف) عتقه وتدييره و (هبته والتصدق به وإراضه) ورهنه وإعارته

فصل في التصرف في المبيع والتمن الخ

أوردها في فصل على حدة، لأنها ليست من المراجعة غير أن صحتها لما توقفت على القبض كان لها ارتباط بالتصرف بالمبيع قبل القبض والباقي استطراد نهر (قوله صح بيع عقار الخ) أي هندهما وقال محمد: لا يجوز وعبر بالصحة دون النفاذ والزوج، لأنهما موقوفان على نقد الثمن أو رضا البائع، وإلا فللبائع إبطاله أي إبطال بيع المشتري، وكذا كل تصرف يقبل النقض إذا فعله المشتري قبل القبض، أو بعده بغير إذن البائع فللبائع إبطاله بخلاف ما لا يقبل النقض كالمعق والتدبير والاستيلاء بجر، وقوله: أو بعده بغير إذن البائع الجار والمجور متعاقب بالضمير العائد على القبض أي بعد القبض الواقع، بلا إذنه لأن قبض المبيع قبل نقد الثمن بلا إذن البائع غير معتبر، لأن له استرداده وحبسه إلى قبض الثمن، وقيد بالبيع لأنه لو اشترى عقاراً فوهبه قبل القبض من غير البائع يجوز عند الكل كما في البحر عن الخانية: أي لحصول القبض بقبض الموهوب له كما يأتي واحترز به عن الإجارة فلإنها لا تصح كما يأتي (قوله من بائعه) متعلق بقبض لا ببيع، لأن بيعه من بائعه قبل قبضه فاسد كما في المنقول ويراجع ط (قوله لعدم الغرر) أي غرر انفساخ العقد على تقدير الهلاك، وعلمه بقوله لندرة هلاك العقار ط (قوله حتى لو كان الخ) تفريع على مفهوم قوله لا يخشى هلاكه (قوله ونحوه) بأن كان في موضع لا يؤمن أن تغلب عليه الرمال ح عن النهر ومثله في الفتح (قوله كان كمنقول) أي بمنزلة من حيث لحوق الغرر بهلاكه (قوله ككتابة) قال في الجوهرة وفي الكتابة يحتمل أن يقال: لا تجوز لأنها عقد مبادلة كالبيع، ويحتمل أن يقال: تجوز لأنها أوسع من البيع جوازاً اهـ لكن قال الزيلعي: ولو كاتب العبد المبيع قبل القبض توقفت كتابته، وكان للبائع حبسه بالتمن، لأن الكتابة محتملة للفسخ، فلم تنفذ في حق البائع نظراً له وإن نقد الثمن نفذت لزوال المانع اهـ . قال في البحر: ولا خصوصية لها بل كل عقد يقبل النقض فهو موقوف كما قدمناه اهـ وبه علم أن الكتابة تصح لكنها تتوقف فلا يناسب قوله: فلا يصح اتفاقاً كما أفاده ح فكان المناسب إسقاطها (قوله وإجارة) أي إجارة العقار فلإنها لا تصح اتفاقاً وقيل على الخلاف، والصحيح الأول لأن المعقود عليه في الإجارة المنافع، وهلاكها غير نادر وهو الصحيح كذا في الفوائد الظهيرية وعليه الفتوى كذا في الكافي فتح وغيره (قوله وبيع منقول) مجرور بالعطف على كتابة وهو في عبارة المصنف مرفوع والأولى في التعبير أن يقول: حتى لو كان علواً أو على شطنهر أو نحوه أو آجره كان كمنقول، ولا يصح بيع منقول الخ؛

وفي البحر: ودخل في البيع الإجارة لأنها بيع المنافع أي وهي في حكم المنقول والصلح لأنه بيع اهـ أي الصلح عن الدين كما في الفتح، وتعبير النهر بالخلع سبق قلم ثم قال في البحر: وأراد بالمنقول المبيع المنقول فجاز بيع غيره كالمهر وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد (قوله ولو من بائعه) مرتبط بقوله وبيع منقول ط (قوله كما سيجيء) أي قريباً في قول المصنف ولو باعه منه قبله لم يصح ط (قوله بخلاف عتقه وتدييره) يوهم

(من غير بائعه) فإنه صحيح (على) قول محمد وهو (الأصح) والأصل أن كل عوض ملك بعقد يفسخ بهلاكه قبل قبضه فالنصرف فيه غير جائز ومالا فجائز عيني (و) المنقول (لو وهبه من البائع قبل قبضه فقبله) البائع (انتفض البيع ولو باعه منه قبله لم يصح) هذا البيع ولم ينتفض البيع الأول لأن الهبة مجاز عن الإقالة بخلاف بيعه قبله فإنه باطل مطلقا جوهره . قلت : وفي المواهب وفسد بيع المنقول قبل قبضه انتهى وفي الصحة يحتملها فتدبر

أن فيه خلاف محمد الآتي ، وليس كذلك ففي الجوهره ، وأما الوصية والعق والتدبير وإقراره بأنها أم ولده يجوز قبل القبض بالإتفاق اه :

وفي البحر : وأما تزويج الجارية المبيعة قبل قبضها فجائز ، لأن الغرر لا يمنع جوازه بدليل صحه تزويج الآبق ولو زوجها قبل القبض ثم فسخ البيع انفسخ النكاح على قول أبي يوسف وهو المختار كما في الولوالجية (قوله غير بائعه) قيد به ليفهم أنه لو كان من بائعه فهو كذلك بالأولى (قوله وهو الأصح) صرح به الزيلعي وغيره خلافاً لأبي يوسف (قوله والأصل الخ) قال في الفتح : الأصل أن كل عقد يفسخ بهلاك العوض قبل القبض ، لم يجوز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والأجرة إذا كانت عينا في الإجارة وبدل الصلح عن الدين إذا كان عينا لا يجوز بيع شيء من ذلك ، ولا أن يشرك فيه غيره ومالا يفسخ بهلاك العوض فالنصرف فيه قبل القبض جائز كما هو إذا كان عينا ، وبدل الخلع والعق على مال وبدل الصلح عن دم العمد كل ذلك إذا كان عينا يجوز بيعه وهبته وإجارته قبل قبضه ، وسائر التصرفات في قول أبي يوسف ثم قال محمد كل تصرف لا يتم إلا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والقرض ، فهو جائز لأنه يكون نائبا عنه ثم يصير قابضا لنفسه كما لو قال : أطعم عن كفارتي جاز ويكون الفقير نائبا عنه في القبض ، ثم قابضا لنفسه اه ملخصا .

قلت : وحيث مشى المصنف على قول محمد كان ينبغي للشارح ذكر الأصل الثاني أيضا ، لأنه يظهر مما ذكرنا أن الأصل الأول غير خاص بقول أبي يوسف ، إلا أن الشق الأول منه وهو ما يفسخ بهلاك العوض قبل القبض كالبيع والإجارة لا يجوز التصرف قبل القبض في عوضه المعين عند أبي يوسف مطلقا ، وأجاز محمد فيه كل تصرف لا يتم إلا بالقبض كالهبة ونحوها ، لأن الهبة لما كانت لا تتم إلا بالقبض صار الموهوب له نائبا عن الواهب ، وهو المشتري الذي وهبه المبيع قبل قبضه ، ثم يصير قابضا لنفسه فتم الهبة بعد القبض ، بخلاف التصرف الذي يتم قبل القبض كالبيع مثلا ، فإنه لا يجوز لأنه إذا قبضه المشتري الثاني لا يكون قابضا عن الأول لعدم توقف للبيع على القبض فيلزم منه تملك المبيع قبل قبضه ، وهو لا يصح لكن يرد على الأصل المذكور العقق والتدبير بأن أحق أودبر المبيع قبل قبضه ، فقد علمت جوازه اتفاقا مع أنه يتم قبل القبض ، وهو تصرف في عقد يفسخ بهلاك العوض قبل القبض فليأمل (قوله قبله) أي قبل هبته فإن لم يقبلها بطلت والبيع صحيح على حاله جوهره (قوله لأن الهبة مجاز عن الإقالة) يقال هب لي ديني وأفلني عثرتي ، وإنما كان كذلك ، لأن قبض البائع لا ينوب عن قبض المشتري كما في شرح المجمع (قوله بخلاف بيعه) فإنه لا يحتمل المجاز عن الإقالة لأنه ضدها ط عن الشلبي (قوله مطلقا) أي سواء باعه من بائعه أو من غيره ح (قوله قلت الخ) استدراك على قول الجوهره فإنه باطل (قوله وفي الصحة) أي الواقع في المتن يحتملها أي يحتمل البطلان والفساد والظاهر الثاني لأن علة الفساد الغرر كما مر مع وجود ركني البيع وكثيرا ما يطلق الباطل على الفاسد أفاده ط .

(اشترى مكيلا بشرط الكيل حرم) أى كره تحريما (بيعه وأكله حتى يكيله) وقد صرحوا بفساده وبأنه لا يقال
لا كله إنه أكل حراما لعدم التلازم

مطلب في تصرف البائع في المبيع قبل القبض

[تمة] جميع مامر إنما هو في تصرف المشتري في المبيع قبل قبضه ، فلو تصرف فيه البائع قبل قبضه ، فلما
بأمر المشتري أولا ، فلو بأمره كان أمره أن يهبه من فلان أو يؤجره ففعل وسلم صح وصار المشتري قابضا ،
وكذا لو أعار البائع أو وهب ، أو رهن فأجاز المشتري ولو قال ادفع الثوب إلى فلان يسكه إلى أن أدفع لك ثمنه
فهلك عند فلان لزم البائع ، لأن إمساك فلان لأجل البائع ولو أمره بالمبيع فلان قال : بعه لنفسك أو بعه ففعل كان فسخا
وإن قال : بعه لي لا يجوز وأما تصرفه بلا أمر المشتري كما لو رهن المبيع قبل قبضه ، أو أجره أو أودعه فمات المبيع
انفسخ بيعه ولا تضمن ، لأنه لو ضمنهم رجعوا على البائع ولو أعاره أو وهبه فمات أو أودعه فاستعمله المودع فمات
فإن شاء المشتري أمضى البيع ، وضمن هؤلاء وإن شاء فسخه ، لأنه لو ضمنهم لم يرجعوا على البائع ولو باعه البائع
فمات عند المشتري الثاني فالأول فسخ البيع وله تضمن المشتري الثاني فيرجع بالثمن على البائع إن كان نقده اه ملخصا
من البحر عن الخانية : وفي جامع الفصولين : شراه ولم يقبضه حتى باعه البائع من آخر بأكثر فأجاز المشتري
لم يجوز لأنه بيع مالم يقبض اه ويظهر منه ومما قبله أنه يبقى على ملك المشتري الأول فله أخذه من الثاني لو قائما ،
وتضمنه لو هالك ، والظاهر أنه أخذ القائم لو كان نقد الثمن لباعه وإلا فلا إلا بإذن باعه تأمل (قوله اشترى
مكيلا الخ) قيد بالشراء لأنه لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل والمطلق من المبيع ينصرف
إلى الكامل ، وهو الصحيح منه حتى لو باع ما اشتراه فاسدا بعد قبضه مكايلة لم يحتج المشتري الثاني إلى إعادة
الكيل قال أبو يوسف : لأن البيع الفاسد يملك بالقبض كالقرض (قوله أى كره تحريما) فسر الحرمة بذلك ،
لأن النهى خبر آحاد لا يثبت به الحرمة القطعية وهو ما أسنده ابن ماجه عن جابر رضى الله تعالى عنه « أنه صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري » وبه وإنما أخذ مالك والشافعي
وأحمد وحين علله الفقهاء بأنه من تمام القبض ألحقوا بمنع البيع منع الأكل قبل الكيل والوزن وكل تصرف يبنى
على الملك كالهبة والوصية وما أشبههما ، ولا خلاف في أن النص محمول على ما إذا وقع البيع مكايلة فلو اشتراه
مجازفة له التصرف فيه قبل الكيل وإذا باعه مكايلة يحتاج إلى كيل واحد للمشتري وتماه في الفتح (قوله وقد صرحوا
بفساده) صرح محمد في الجامع الصغير بما نصه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال : إذا اشتريت شيئا مما يكال
أو يوزن أو يعد ، فاشتريت ما يكال كيلا وما يوزن وزنا وما يعد عدا فلا تبعه حتى تسكيله وتزنه وتعهده ، فإن بعته
قبل أن تفعل ، وقد قبضته فالبيع فاسد في الكيل والوزن اه ط :

قلت : وظاهره أن الفاسد هو البيع الثاني وهو بيع المشتري قبل كيله ، وأن الأول وقع صحيحا لكنه يحرم عليه
التصرف فيه من أكل أو بيع حتى يكيله فإذا باعه قبل كيله وقع البيع الثاني فاسدا لما مر من أن العلة كون الكيل
من تمام القبض ، فإذا باعه قبل كيله فكانه باعه قبل القبض ، وبيع المنقول قبل قبضه لا يصح فكانت هذه المسألة
من فروع التي قبلها ، فلذا أعقبها بها قبل ذكر التصرف في الثمن ، والتحقيق أن يقال : إذا ملك زيد طعاما يبيع
مجازفة أو يارث ونحوه ، ثم باعه من عمرو مكايلة سقط هنا صاع البائع ، لأن ملكه الأول لا يتوقف على الكيل
وبنى الاحتياج إلى كيل للمشتري فقط فلا يصح بيعه من عمرو بلا كيل فهنا فسد البيع الثاني فقط ، ثم إذا باعه

كما بسطه الكمال لكواه أكل ملكه (ومثله الموزون والمعدود) بشرط الوزن والعد لاحتقال الزيادة وهي للبائع بخلافه مجازفة لأن الكمال للمشتري وقيد بقوله (غير الدراهم والدنانير) لجواز التصرف فيما بعد القبض قبل الوزن كبيع التعاطى فإنه لا يحتاج في الموزونات إلى وزن المشتري ثانياً لأنه صار يباع بالقبض بعد الوزن قنية

عمرو من بكر لا بد من كيل آخر لبكر، فهنا فسد البيع الأول والثاني لوجود العلة في كل منهما (قوله كما بسطه الكمال) حيث قال: ونص في الجامع الصغير على أنه لو أكله، وقد قبضه بلا كيل لا يقال إنه أكل حراماً، لأنه أكل ملك نفسه إلا أنه آثم لتركه ما أمر به من الكيل، فكان هذا الكلام أصلاً في سائر المبيعات يباع فاسداً إذا قبضها فلحقتها، ثم أكلها وتقدم أنه لا يحل أكل ما اشتراه شراء فاسداً، وهذا يبين أن ليس كل ما لا يحل أكله أن يقال فيه أكل حراماً ما في الفتح:

وحاصله: أنه إذا حرم الفعل وهو الأكل لا يلزم منه أن يكون أكل حراماً لأنه قد يكون المأكول حراماً كالميتة، وملك الغير وقد لا يكون حراماً كما هنا وكالمشترى فاسداً بعد قبضه لأنه ملكه، ومثله مالو دخل دار الحرب بأمان وسرق منهم شيئاً وأخرجه إلى دارنا ملكه ملكاً خبيثاً ويجب عليه رده عليهم وكذا لو غصب شيئاً واستهلكه بخلاط ونحوه حتى ملكه ولم يؤد ضمانه يحرم عليه التصرف فيه بأكل ونحوه وإن كان ملكه (قوله والمعدود) أي الذي لا تنفوت آحاده كالجوز والبيض فتح: وعن الإمام أنه يجوز في المعدود قبل العد، وهو قولها كذا في السراج والأول هو أظهر الروايتين عن الإمام كما في الفتح نهر (قوله لاحتقال الزيادة) علة لقوله حرم أو لقوله، وقد صرحوا بفساده قال في الهداية بعد تعليقه بالنهي المار، ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط، وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه قال في الفتح: وإذا عرف أن سبب النهي أمر يرجع إلى المبيع كان البيع فاسداً ونص على الفساد في الجامع الصغير اه (قوله بخلافه مجازفة) محترز قوله بشرط الكيل، وقوله: بشرط الوزن والعد أي لو اشتراه مجازفة له أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن، لأن كل المشار إليه له: أي الأصل والزيادة أي الزيادة على ما كان يظنه بأن ابقاع صبرة على ظن أنها عشرة فظهرت خمسة عشر، وتمامه في العناية، ومثل الشراء مجازفة مالو ملكه هبة أو إرث أو وصية كما مر أو زراعة أو استقرض حنطة على أنها كرا لأن الاستقرض، وإن كان تمليكاً بعوض كالشراء، لكنه شراء صورة عارية حكماً لأن ما يردده عين المقبوض حكماً فكان تمليكاً بلا عوض حكماً كما في الفتح، ولو باع أحد هؤلاء مكابلة فلا بد من كيل المشتري وإن سقط كيل البائع كما قدمناه وفي الفتح: ولو اشتراها مكابلة ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض لا يجوز في ظاهر الرواية لاحتقال اختلاط ملك البائع بملك بائعه وفي نوادر ابن سماعه يجوز اه وبه ظهر أن قوله بخلافه مجازفة مقيد بما إذا لم يكن البائع اشترى مكابلة (قوله لجواز التصرف فيما بعد القبض قبل الوزن) كذا في البحر عن الإيضاح، والظاهر أن هذا مفروض فيما إذا كان في عقد صرف أو سلم، وإلا فالدراهم والدنانير ثمن ويأتي أنه يجوز التصرف في الثمن قبل قبضه (قوله كبيع التعاطى الخ) عبارة البحر وهذا كله في غير بيع التعاطى أما هو فقال في القنية ولا يحتاج الخ وظاهر قوله: وهذا كله أنه لا يقيد بالموزونات بل التعاطى في المكابلات والمعدودات كذلك، وهو مفاد التعليق أيضاً بأنه صار يباع بعد القبض، فإنه لا يخص الموزونات لكن فيه أن مقتضى هذا أنه لا يصير يباع قبل القبض، ولعله مبنى على قول بأنه لا بد فيه من القبض من الجانبين والأصح بخلافه، وعليه فلو دفع الثمن، ولم يقبض صح، وقد منا في أول البيوع عن القنية دفع إلى بائع الحنطة خمسة دنانير ليأخذ منه حنطة، وقال له بكم تباعها فقال مائة بدينار فسكت المشتري ثم طلب منه الحنطة ليأخذها فقال البائع غدا أدفع لك، ولم يجر بينهما بيع وذهب المشتري فجاء غدا ليأخذ الحنطة

وعليه الفتوى خلاصة (وكفى كيله من البائع بحضرته) أى المشتري (بعد البيع) لا قبله أصلاً أو بعده بغيبته فلو كيل بحضرة رجل فشرائه فباعه قبل كيله لم يجوز وإن اكتالته الثانى لعدم كيل الأول فلم يكن قابضاً فتح (ولو كان) المكيل أو الموزون (ثمنا جاز التصرف فيه قبل كيله ووزنه) لجوازه قبل القبض فقبل الكيل أولى (لا) يحرم (المدرع) قبل ذرعه (وإن اشتراه بشرطه إلا إذا أفرد لكل ذراع ثمنا فهو) فى حرمة ما ذكر (كموزون) والأصل ما مر مراراً أن الدرع وصف لا قدر

وقد تغير السعر فعلى البائع أن يدفعها بالسعر الأول اه وتماه هناك فتأمل (قوله وكفى كيله من البائع بحضرته) قال فى الخاتمة : لو اشترى كيلياً مكابلة أو موزوناً ووزنه ، فكالم البائع بحضرة المشتري قال الإمام ابن الفضل يكفيه كيل البائع ، ويجوز له أن يتصرف فيه قبل أن يكيله اه :

قلت : وأفاد أن الشرط مجرد الحضرة لا الرؤية لما فى القنينة يشتري من الخباز خبزاً كذا منا فيزنه وكفة سنجات ميزانه فى دربنده ، فلا يراه المشتري أو من البائع كذا منا فيزنه فى حانوته ، ثم يخرج له موزوناً لا يجب عليه إعادة الوزن وكذا إذا لم يعرف عدد سنجاته اه (قوله لا قبله أصلاً الخ) أى لو كاله البائع قبل المبيع لا يكفى أصلاً أى ولو بحضرة المشتري ، وكذا لو كاله بعد البيع بغيبة المشتري لما علمت من أن الكيل من تمام التسليم ولاتسليم من الغيبة (قوله فلو كيل الخ) تفريع على قوله لا قبله أصلاً ، لأن قوله لعدم كيل الأول مبنى على عدم اعتبار الكيل الواقع بحضرته قبل شرائه ، ثم إن عبارة الفتح هكذا ومن هنا ينشأ فرع وهو ما لو كيل طعام بحضرة رجل ، ثم اشتراه فى المجلس ، ثم باعه مكابلة قبل أن يكتاله بعد شرائه لا يجوز هذا البيع سواء اكتاله للمشتري منه أولاً ، لأنه لما لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضاً فبيعه ببيع مالم يقبض فلا يجوز اه ومثله فى البحر والمنع فقوله : سواء اكتاله للمشتري منه أولاً الخ صريح فى أن فاعل اكتاله هو المشتري الأول الذى كيل الطعام بحضرته ، ثم اشتراه ثم باعه وقول الشارح : وإن اكتاله الثانى صريح فى أن فاعل اكتاله هو المشتري الثانى وعبارة الفتح أحسن ، لافتها أن هذا الكيل الواقع من المشتري الأول للمشتري الثانى لا يكفيه عن كيل نفسه لوقوعه بعد بيعه للثانى ، فكان بينهما قبل القبض لعدم اعتبار الكيل الواقع أولاً بحضرته قبل شرائه ، وأما على عبارة الشارح فلا شبهة فى عدم الجواز ثم إن ما أفاده كلام الفتح من أن كيله للمشتري منه لا يكفى عن كيل نفسه ظاهر للتعليل الذى ذكره لكنه مخالف لما شرح به كلام الهداية أولاً حيث قال وإن كاله بعد العقد بحضرة المشتري مرة كفاه ذلك ، حتى يحل للمشتري التصرف فيه قبل كيله وعند البعض لا بد من الكيل مرتين اه ملخصاً فإن قوله : كفاه أى كفى البائع وهو المشتري الأول يفيد أنه يكفيه ذلك عن الكيل لنفسه ، ولعل الشارح لأجل ذلك جعل فاعل اكتاله المشتري الثانى لكون الظاهر عدم الاكتفاء بذلك الكيل ، وإن وقع من المشتري الأول بعد البيع لما ذكره من التعليل والله سبحانه أعلم (قوله ولو كان المكيل أو الموزون ثمناً) أى بأن اشترى عبداً مثلاً بكرّاً أو برطل زيت ، ثم لا يخفى أن هذه المسألة من أفراد قوله الآتى : وجاز التصرف فى الثمن قبل قبضه وقد تبع المصنف شيخه فى ذكرها هنا (قوله فقبل الكيل أولى) لأن الكيل من تمام القبض كما مر (قوله وإن اشتراه بشرطه) أى وإن اشترى المدرع شرط الدرع (قوله فى حرمة ما ذكر) أى من البيع ولا يصح إرادة الأكل هنا وفى حكم البيع كل تصرف ينفى على الملك ط (قوله والأصل ما مر مراراً الخ) منها ما قدمه أول البيع عند قوله : وإن باع صبرة الخ وقد منا هناك وجه الفرق بين كونه الدرع فى القيميات وصفاً وكون القدر بالكيل أو الوزن فى المثليات أصلاً وهو كون التشقيص بضر الأول دون الثانى الخ وذكر فى الذخيرة الفرق بأن الدرع عبارة عن الزيادة أو التقصان فى الطول والعرض وذلك وصف

فيكون كله للمشتري إلا إذا كان مقصودا واستثنى ابن الكمال من الموزون ما يضره التبعض لأن الوزن حينئذ فيه وصف (وجاز التصرف في الثمن) بهبة أو بيع أو غيرها لو عينا أي مشارا إليه ولو دينا فالتصرف فيه تملك من عليه الدين ولو بعوض ولا يجوز من غيره ابن ملك (قبل قبضه) سواء (تعين بالتعين)

(قوله فيكون كله للمشتري) قال في الفتح فلو اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع جاز أن يبيعه قبل الذرع ، لأنه لو زاد كان للمشتري ولو نقص كان له الخيار فإذا باعه بلا ذرع كان مسقطا خياره على تقدير النقص ولذلك اه (قوله إلا إذا كان مقصودا) بأن أفرد لكل ذراع ثمنا ، لأنه بذلك التحق بالقدر في حق لإزيد الثمن ، فصار المبيع في هذه الحالة هو الثوب المقدر ، وذلك يظهر بالذرع والقدر معقود عليه في المقدرات حتى يجب رد الزيادة فيما لا يضره التبعض ، ويلزمه الزيادة من الثمن فيما يضره وينقص من ثمنه عند انتقاصه اه ط عن الزيلعي (قوله واستثنى ابن الكمال الخ) أي بحثا وما يضره التبعض كصوغ فيجوز التصرف فيه قبل وزنه ، ولو اشتراه بشرطه والأولى للشارح ذكر هذا عند قوله المصنف ، ومثله الموزون ط وعبارة ابن الكمال هي قوله بعد ذكر الأصل المار ولا يخفى أن موجب هذا التعليل أن يستثنى ما يضره التبعض من جنس الموزون لأن الوزن فيه وصف على ما مر اه :

مطلب في بيان الثمن والمبيع والدين

(قوله وجاز التصرف في الثمن الخ) الثمن : ما يثبت في الذمة دينا عند المقابلة ، وهو النقدان والمثلثات إذا كانت معينة ، وقوبلت بالأعيان أو غير معينة وصحها حرف الباء : وأما المبيع : فهو القيميات والمثلثات إذا قوبلت بنقد أو بعين : وهي غير معينة مثل اشترت كبر ببهذا العبد هذا حاصل ما في الشرنبلالية عن الفتح ، وسيدكره المصنف في آخر الصرف (قوله أو غيرهما) كإجارة ووصية منح (قوله أي مشارا إليه) هذا التفسير لم يذكره ابن ملك ، بل زاده الشارح ، والمراد بالمشار إليه ما يقبل الإشارة فيوافق تفسير بعضهم له بالحاضر وذكر أنه يشمل القيمي والمثلي غير النقدين ، واعترضه ط بأنه لا وجه له ، لأن الباعث للشارح على هذا التفسير إدخال النقدين ، لأنه يتوهم من العين العرض ليقابل قوله ولو دينا .

قلت : أنت خبير بأن دخول القيمي هنا لا وجه له أصلا لأن الكلام في الثمن ، وهو ما يثبت دينا في الذمة والقيمي مبيع لا ثمن ، وإنما مراد الشارح بيان أن الثمن قسمان لأنه تارة يكون حاضرا ، كما لو اشترى عبدا بهذا الكبر من البر أو بهذه الدراهم ، فهذا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بهبة وغيرها من المشتري وغيره ، وتارة يكون دينا في الذمة كما لو اشترى العبد بكبر بر أو عشرة دراهم في الذمة ، فهذا يجوز التصرف فيه بتمليكك من المشتري فقط ، لأنه تملك الدين ، ولا يصح إلا ممن هو عليه : ثم لا يخفى أن الدين قد لا يكون ثمنا فقد ظهر أن بينهما عموما وخصوصا من وجه ، لاجتماعهما في الشراء بدراهم في الذمة ، وانفراد الثمن بالشراء بعبد ، وانفراد الدين في الزوج أو الطلاق على دراهم في الذمة (قوله فالتصرف فيه تملك من عليه الدين) في بعض النسخ : تملكك ، وهي الموافقة لقول ابن ملك : فالتصرف فيه هو تملكك الخ أي إن التصرف فيه الجائز هو كذا (قوله ولو بعوض) كأن اشترى البائع من المشتري شيئا بالثمن الذي له عليه أو استأجر به عبدا أو دارا للمشتري ، ومثال التملك بغير عوض هبة ووصيته له نهر : فإذا وهب منه الثمن ملكه بمجرد الهبة لعدم احتياجه إلى القبض ، وكذا الصدقة ط عن أبي السعود (قوله ولا يجوز من غيره) أي لا يجوز تملك الدين من غير من عليه الدين ، إلا إذا ساطه عليه ، واستثنى في الأشباه من ذلك ثلاث صور : الأولى : إذا ساطه على قبضه ، فيكون وكبلا قابضا للمولى ثم لنفسه

كمكيل (أولا) كنفود فلو باع إبلا بدراهم أو بكر بر جاز أخذ بدلها شيئا آخر (وكذا الحكم في كل دين قبل قبضه كهر وأجرة وضمان متلف) وبدل خلع وعتق بمال وموروث وموصى به .
والحاصل : جواز التصرف في الأثمان والديون كلها قبل قبضها عيني (سوى صرف وسلم) فلا يجوز أخذ خلاف جنسه لفوات شرطه (وصح الزيادة فيه) ولو من غير جنسه

الثانية : الحوالة : الثالثة : الوصية (قوله كمكيل) فإنه إذا اشترى العبد بهذا الكر من البرتعين ذلك الكر ، فلا يجوز له دفع كره غيره :

مطلب فيما تتمين فيه النقود وما لاتتمين

(قوله كنفود) فإذا اشترى بهذا الدرهم له دفع درهم غيره وعدم تعين النقديس على إطلاقه ، بل ذلك في المعاوضات وفي العقد الفاسد على إحدى الروايتين ، وفي المهر : ولو بعد الطلاق قبل الدخول ، وفي النذر والأمانات والهبة والصدقة والشركة والمضاربة والغصب والوكالة قبل التسليم أو بعده ، ويتعين في الصرف بعد هلاكه وبعد هلاك المبيع وفي الدين المشترك فيؤمر بر د نصف ما قبض على شريكه وفيما إذا تبين بطلان القضاء بأن أقر بعد الأخذ أنه لم يكن له على خصمه شيء فيرد عين ما قبض لو قائما ونمامة في الأشباه في أحكام النقد ، وقد مناه في أواخر البيوع الفاسد (قوله فلو باع الخ) تفريع على قول المصنف : وجاز التصرف في الثمن الخ ،

مطلب في تعريف الكر

(قوله أو بكر بر) الكركيل معروف ، وهو ستون قفيزا والقفيز ثمانية مكايك والمكوك صاع ونصف مصباح (قوله جاز أخذ بدلها شيئا آخر) لكن بشرط أن لا يكون افتراقا بدين كما يأتي في القرض (قوله وكذا الحكم في كل دين) أي يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، لكن بشرط أن يكون تمليكا ممن عليه بعوض أو بدونه كما علمت ، ولما كان الثمن أخص من الدين من وجه كما قررناه بين أن ماعدها من الدين مثله (قوله كهر الخ) وكذا القرض قال في الجوهرية وقد قال الطحاوي : إن القرض لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه وهو ليس بصحيح اه (قوله وضمان متلف) أي ضمانه بالمثل لو مثليا وإلا فبالقيمة فافهم (قوله بمال) قيد لخلع وعتق ، لأنهما بدون مال لا يكون لهما بدل فافهم (قوله وموروث وموصى به) قال الكمال : وأما الميراث فالتصرف فيه جائز قبل القبض لأن الوارث يخلف المورث في الملك وكان للميت ذلك التصرف ، فكذا للوارث وكذا الموصى له ، لأن الوصية أخت الميراث اه . ومثله للإقاني وهذا كالصريح في جواز تصرف الوارث في الموروث وإن كان عينا ط (قوله سوى صرف وسلم) سيأتي في باب السلم قوله : ولا يجوز التصرف للمسلم إليه في رأس المال ، ولا لرب السلم في المسلم فيه قبل قبضه بنحو بيع وشركة ولو ممن عليه ولا شراء المسلم إليه برأس المال بعد الإقالة قبل قبضه بحكم الإقالة بخلاف بدل الصرف حيث يجوز الاستبدال عنه ، لكن بشرط قبضه في مجالس الإقالة لجواز تصرفه فيه بخلاف السلم اه وسيأتي بيانه ومرت مسألة الإقالة في بابها (قوله فلا يجوز أخذ خلاف جنسه) الأولى أن يقول فلا يجوز التصرف فيه ط (قوله لفوات شرطه) وهو القبض في بدلي الصرف ورأس مال السلم قبل الافتراق (قوله وصح الزيادة فيه) قال في البحر : لو عبر باللروم بدل للصحة لكان أولى ، لأنها لازمة حتى لو ندم المشتري بعد ما زاد

في المجلس أو بعده من المشتري أو وارثه خلاصة : ولفظ ابن ملك أو من أجنبي (إن) في غير صرف و (قبل البائع) في المجلس فلو بعده بطلت خلاصة وفيها أو ندم بعد ما زاد أجزر (وكان المبيع قائما) فلا تصح بعد هلاكه ولو حكما على الظاهر بأن باعه ثم شراه ثم زاده زاد في الخلاصة وتكونه محلا للمقابلة في حق المشتري حقيقة فلو باع بعد القبض أو دبر أو كاتب أو ماتت الشاة فزاد لم يجز لفوات محل البيع بخلاف ما لو أجر أو رهن أو جعل الحديد سيفاً أو ذبح الشاة لقيام الاسم والصورة وبعض المنافع (و) صح (الحط منه) ولو بعد هلاك المبيع وقبض الثمن (والزيادة) والحط (بالتحقق بأصل العقد) بالاستناد

يجبر إذا امتنع كما في الخلاصة اه (قوله في المجلس) أي مجلس العقد أو بعده (قوله أو من أجنبي) فإن زاد بأمر المشتري تجب على المشتري لأعلى الأجنبي كالصالح ، وإن بغير أمره ، فإن أجاز المشتري لزمته وإن لم يجز بطلت ، ولو كان حين زاد ضمن عن المشتري أو أضافها إلى مال نفسه لزمته الزيادة ، ثم إن كان بأمر المشتري رجوع وإلا فلا بحر عن الخلاصة (قوله في غير صرف) يوهم أن الزيادة فيه لا تصح مع أنها تصح وتفسده كما يذكره قريبا وكأله حمل الصحة على الجواز والحل أو أراد من عدم الصحة في الصرف فساد (قوله في المجلس) أي مجلس الزيادة (قوله لو ندم الخ) أشار إلى أن الزيادة لازمة كما مر (قوله على الظاهر) أي ظاهر الرواية كما في الهداية ، وفي رواية الحسن أنها تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعد هلاكه (قوله بأن باعه ثم شراه) من صور الهلاك حكما ، لأن تبدل الملك كتبدل العين ولذا يمتنع بذلك رده بالعيب والرجوع في الهبة وأفاد أنه إذا لم يشتره فكذلك بالأولى (قوله وتكونه) أي المبيع محلا للمقابلة أي لمقابلة زيادة الثمن ط قال ح : ولا حاجة إليه مع قول الشارح ولو حكما كما لا يخفى (قوله حقيقة) احتراز عما إذا خرج عن المحلية بأن هلك حقيقة كموت الشاة أو حكما كالندير والكتابة (قوله فلو باع الخ) تفريع على قوله فلا تصح بعد هلاكه ، وكذا لو وهب وسلم أو طبخ اللحم أو طحن أو لسج الغزل أو تخمر العصير أو أسلمه شترى الخمر ذهبا لا تصح الزيادة لفوات محل العقد ، إذ العقد لم يرد على المطحون والمنسوج ، ولهذا يصير الغاصب أحق بهما إذا فعل بالمنصوب ذلك وكذا الزيادة في المهر شرطها بقاء الزوجية فلو زاد بعد موتها لا يصح اه فتح وروى الحسن في غير رواية الأصول أنها تصح بعد هلاك المبيع ، وعلى هذه الرواية تصح الزيادة في المهر بعد الموت نهر :

قلت : وهذه خلاف ظاهر الرواية كما نبه عليه في الجوهرة وغيرها ، والعجب من الزيلعي حيث ذكر أن الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع في ظاهر الرواية ، وأنها تصح في رواية النوادر ، ثم ذكر أن الهلاك الحكمي ملحق بالحقيقي ثم قال : ولو أعتق المبيع أو كاتبه أو دبره أو استولد الأمة أو تخمر العصير أو أخرجه عن ملكه ثم زاد عليه جاز عند أبي حنيفة خلافا لها وعلى هذا الخلاف الزيادة في مهر المرأة بعد موتها اه فليتأمل (قوله بخلاف ما لو أجر) وكذا لو خاط الثوب أو قطعت يد العبد ، وأخذ المشتري الأرض فتح (قوله لقيام الاسم والصورة) أي في غير جعل الحديد سيفاً فإن الصورة تبدلت فيه ط (قوله وصح الحط منه) أي من الثمن وكذا من رأس مال السلم والمسلم فيه كما هو صريح كلامهم رمى على المنع (قوله وقبض الثمن) الجرح عطفاً على هلاكه ، وسيأتي بيان الحط بعد قبض الثمن عند قوله : ويصح الحط من المبيع الخ (قوله بالتحقق بأصل العقد) هذا لو الحط من غير الوكيل ففي شفعة الخانية الوكيل بالمبيع إذا باع الدار بألف ثم حط عن المشتري مائة صح وضمن المائة للأمر ، وبزى المشتري عنها وبأخذ الشفيع الدار بألف ، لأن حط الوكيل لا يلحق بأصل العقد (قوله بالاستناد) وهو أن يثبت أولاً في الحال ، ثم يستند إلى وقت العقد ، ولهذا لا تثبت الزيادة في صورة الهلاك كما مر ، لأن ثبوته في الحال معتذر لانقضاء المهل فتعلم استناده

فبطل حط الكل وأثر الالتحاق في تولية ومراجعة وشفعة واستحقاق وهلاك وحبس مبيع وفساد صرف لكن
إنما يظهر في الشفعة الحط فقط (و) صح (الزيادة في المبيع) ولزم البائع دفعها (إن) في غير سلم زيلعي
(قبل المشتري وتلتحق) أيضا (بالعقد فأر هلكت الزيادة قبل قبض سقط حصتها من الثمن) وكذا لو زاد في الثمن
عرضا فهلك قبل تسليمه انفسخ العقد بقدره قنية (ولا يشترط للزيادة هنا قيام المبيع)

كما يبيع الموقوف لا ينبرم بالإجازة بعد هلاك المبيع وقتها كما في الفتح (قوله فبطل حط الكل) أي بطل التحوط
مع صحة العقد ، وسقوط الثمن عن المشتري خلافا لما توهمه بعضهم من أن البيع يفسد أخذنا من تعليل الزيلعي بقوله
لأن الالتحاق فيه يؤدي إلى تبديله ، لأنه ينقلب هبة أو بيعا بلا ثمن فيفسد وقد كان من قصدتهما التجارة بعقد
مشروع من كل وجه فالالتحاق فيه يؤدي إلى تبديله فلا يلتحق به اه فقوله : فلا يلتحق صريحا في أن الكلام
في الالتحاق ، وأن قوله يفسد مفرع على الالتحاق كما صرح به في شرح الهداية ؛ وقال في الذخيرة : إذا حط
كل الثمن أو وهب أو أبرأ عنه ، فإن كان قبل قبضه صح الكل ، ولا يلتحق بأصل العقد ، وفي البدائع من الشفعة
واو حط جميع الثمن يأخذ الشفيع بجميع الثمن ، ولا يسقط عنه شيء ، لأن حط كل الثمن لا يلتحق بأصل العقد ،
لأنه لو التحق لبطل البيع لأنه يكون بيعا بلا ثمن ، فلم يصح الحط في حق الشفيع وصح في حق المشتري وكان إبراء له
عن الثمن اه زاد في المحيط لأنه لا في دينا قائما في ذمته وتماه في فتاوى العلامة قاسم (قوله وأثر الالتحاق الخ) لا يخفى
أن الزيادة تجب على المشتري ، والمحطوط بسقط عنه ، لكن لما كان ذلك بين المتعاقدين ربما يتوهم أنه لا يتعدى إلى غير
ذلك العقد فنبه على أن أثر ذلك يظهر في مواضع (قوله في تولية ومراجعة) فيولى ويرابح على الكل في الزيادة
وعلى الباقي بعد المحطوط بحر (قوله وشفعة) فيأخذ الشفيع بما بقي في الحط دون الزيادة كما يأتي (قوله واستحقاق)
فيرجع المشتري على البائع بالكل ، ولو أجاز المستحق البيع أخذ الكل بحر : أي كل الثمن والزيادة (قوله وهلاك)
حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن ، بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شيء
من الثمن بهلاكها قبل القبض زيلعي :

قلت : ولا يخفى عليك أن هذا في الزيادة في المبيع والكلام في الزيادة في الثمن فلا يناسب ذكر هذا هنا فافهم
(قوله وحبس مبيع) فله حبسه حتى يقبض الزيادة (قوله وفساد صرف) فلو باع الدراهم بدراهم ، وتسوية ثم زاد
أحدهما أو حط وقبل الآخر وقبض الزائد في الزيادة أو المردود في الحط فسد العقد كأنهما عقداه كذلك من الابتداء
عند أبي حنيفة زيلعي ويأتي تمام الكلام عليه أول باب الربا وزاد الزيلعي مما يظهر فيه أثر الالتحاق ما إذا زوج أمته
ثم أعتقها ، ثم زاد الزوج على مهرها بعد العتق تكون الزيادة للمولى اه .

وفي النهر : ونظير فيما لو وجد بالثياب المباحة عيبا رجع بحصته من الثمن مع الزيادة وفيها إذا زاد في الثمن
مالا يجوز الشراء به ، وفي المبيع مالا يجوز بيعه فقبل فسد العقد كذا في السراج اه وتماه فيه وكان الشارح
لم يذكر هذه الثلاثة لأن كلامه في الثمن تأمل (قوله الحط فقط) لأن في الزيادة إبطال حق الشفيع الثابت قبلها فلا يملكه
فله أن يأخذ بدون الزيادة (قوله إن في غير سلم) قال الزيلعي ولا يجوز الزيادة في المسلم فيه لأنه معدوم
حقيقة ، وإنما جعل موجود في الذمة لحاجة المسلم إليه والزيادة في المسلم فيه لا تدفع حاجته بل تزيد في حاجته فلا
يجوز اه ح ودل كلام السراج على جواز الحط منه رملي (قوله وقبل المشتري) أي في مجلس الزيادة كما يفيد مامر
في الزيادة في الثمن (قوله أيضا) أي كما تلتحق الزيادة في الثمن ط (قوله فلو هلكت الزيادة الخ) هذا ما قدمه
الشارح في قوله وهلاك (قوله وكذا لو زاد) أي المشتري ط (قوله انفسخ العقد بقدره) فلو اشترى بمائة وتقابضا

فتصح بعد هلاكه بخلافه في الثمن كما مر (ويصح الحط من المبيع إن) كان المبيع (دينا وإن عينا لا) يصح لأنه إسقاط وإسقاط العين لا يصح بخلاف الدين فيرجع بما دفع في براءة الإسقاط لا في براءة الاستيفاء اتفاقا ولو أطلقها فقولان وأما الإبراء المضاف إلى الثمن فصحيح ولو بهبه أو حط فيرجع المشتري بما دفع على ما ذكره السرخسي فليتأمل عند الفتوى بحر قال في النهر: وهو المناسب للإطلاق، وفي البرازية باعه على أن يهبه من الثمن كذا لا يصح ولو على أن يحط من ثمنه كذا جاز

ثم زاد المشتري عرضا قيمته خمسون وهلك العرض قبل التسليم يفسخ العقد في ثلثه بحر عن القنية، ووجه الانقضاء أن العرض مبيع وإن جعل ثمننا وهلاك المبيع قبل القبض يوجب الانقضاء فافهم (قوله فتصح بعد هلاكه) لأنها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم بحر عن الخلاصة (قوله بخلافه في الثمن) الأولى بخلافها ط (قوله كما مر) أي في قوله وكان المبيع قائما أي لأن المبيع بعد هلاكه لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه بخلاف الحط من الثمن لأنه بحال يمكن إخراج البديل عما يقابله، فيلتحق بأصل العقد استنادا بحر (قوله فيرجع) أي المشتري على البائع (قوله لا في براءة الاستيفاء) لأن براءة الإسقاط تسقط الدين عن الذمة بخلاف براءة الاستيفاء، مثال الأولى: أسقطت وحطت وأبرأت براءة إسقاط، ومثال الثانية: أبرأتك براءة استيفاء أو قبض أو برأتك عن الاستيفاء اهـ ح.

مطلب في بيان براءة الاستيفاء وبراءة الإسقاط

وحاصله: أن براءة الاستيفاء عبارة عن الإقرار بأنه استوفيت حقه وقبضه (قوله اتفاقا) يرجع إليهما ط (قوله ولو أطلقها) كما لو قال أبرأتك ولم يقيد بشيء اهـ ح (قوله وأما الإبراء المضاف إلى الثمن الخ) تابع صاحب البحر حيث ذكر أولا صحة المبيع لو دينا لا عينا وعلله بما مر، ثم ذكر حط الثمن وهبته وإبراءه. وهاصل ما ذكره في البحر عن الذخيرة: أنه لو وهبه بعض الثمن أو أبراه عنه قبل القبض فهو حط وإن حط البعض أو وهبه بعد القبض صح، ووجب عليه للمشتري مثل ذلك، ولو أبراه عن البعض بعده لا يصح، والفرق أن الدين باق في ذمة المشتري بعد القضاء، لأنه لا يقضى عين الواجب بل مثله إلا أن المشتري لا يطالب به، لأن له مثله على البائع بالقضاء، فلا تنفيذ المطالبة فقد صادفت الهبة والحط دينا قائما في ذمة المشتري، وإنما لم يصح الإبراء لأنه نوعان: براءة قبض، واستيفاء، وبراءة إسقاط، فإذا أطلقت تجمل على الأول لأنه أقل فكانه قال: أبرأتك براءة قبض واستيفاء وفيه لا يرجع ولو قال براءة إسقاط صح ورجع على البائع أما الهبة والحط فإسقاط فقط، وإذا وهبه كل الدين أو حط أو أبراه منه فهو على ما ذكرنا هذا ما ذكره شيخ الإسلام، وذكر السرخسي أن الإبراء المضاف إلى الثمن بعد الاستيفاء صحيح، حتى يجب على البائع رد ما قبض وسوى بين الإبراء والهبة والحط فيتأمل عند الفتوى اهـ هذا حاصل ما في البحر عن الذخيرة:

قال في النهر: وعرف من هذا أنه لا خلاف في رجوع الدافع بما أداه إذا أبراه براءة إسقاط، وفي عدم رجوعه إذا أبراه براءة استيفاء وأن الخلاف مع الإطلاق، وعلى هذا تفرع ما لو علق طلاقها بإبرائها عن المهر ثم دفعه لها لا يبطل التعليق، فإذا أبرأته براءة إسقاط وقع عليها كذا في الأشباه اهـ.

قلت: والظاهر أن المبيع الدين مثل الثمن فيما ذكر فكان الأولى للشارح أن يقول بعد قوله بخلاف الدين، وكذا الثمن لو حط بعضه أو وهبه، أو أبراه عنه قبل القبض وكذا بعده فيرجع المشتري بما دفع، لكن لو البراءة براءة إسقاط لا براءة استيفاء اتفاقا ولو أطلقها فقولان فيتأمل عند الفتوى الخ فافهم (قوله وهو المناسب للإطلاق)

للحقوق الخط بأصل العقد دون الهبة (والاستحقاق) لبائع أو مشتر أو شفيع (يتعلق بما وقع عليه العقد و) يتعلق (بالزيادة) أيضا فلو زد بنحو عيب رجع المشتري بالكل (وازم تأجيل كل دين) إن قبل المديون (إلا) في سبع على مافي مداينات الأشباه بدلى صرف وسلم

أى الرجوع هو المناسب لا طلاق البراءة ، لكن الظاهر ما قاله شيخ الإسلام من حماها عند الاطلاق على براءة القبض ، والاستيفاء لأنه أقل كما مر لأن حملها على معنى الإسقاط يوجب الرجوع عليه بما أخذ وهذا أكثر (قوله لا يثبت بالشك (١)) ولأن وقوع الإبراء بعد القبض قرينة على أن المراد به براءة القبض ، إلا أن يظهر بقرينة حالية إرادة معنى الإسقاط ، وعن هذا والله تعالى أعلم قال فيتأمل عند الفتوى : أى يتأمل المفتى وينظر ما يقتضيه المقام في الحادثة المستول عنها فيفتى به والله سبحانه أعلم (قوله للحقوق الخط بأصل العقد) كأنه باعه ابتداء بالقدر الباقى بعد الخط ط أى بخلاف الهبة فكان شرطاً لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحدهما (قوله والاستحقاق الخ) المراد به هنا طلب الحق أو ثبوت الحق ، وقوله لبائع متعلق به ومعناه فى البائع أن له حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن وما زيد فيه ، ومعناه فى المشتري أنه لو استحق منه المبيع رجع على بائعه بالثمن ، وما زيد فيه كما تقدم ، وكذا لو رده بعيب ونحوه كما يأتى ، ومعناه فى الشفيع أنه لو زاد البائع فى العقار المبيع ، فإن الشفيع يأخذ الكل وعليه فالمراد بالزيادة أعم من أن تكون فى الثمن أو فى المبيع (قوله فلو رد الخ) تفريع على قوله أو مشتر أى إذا رد المشتري المبيع بخيار عيب أو نحوه من خيار شرط أو رؤية رجع على بائعه بالكل : أى بالثمن وما زيد فيه وفى الجوهره إذا اشترى عشرة أثواب بمائة درهم فزاده البائع بعد العقد ثوبا آخر ثم اطلع المشتري على عيب فى أحد الثياب إن كان قبل القبض ، فالمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع فى جميعها وإن شاء رضى بها وإن كان بعد القبض ، فله رد المبيع بمحضته وإن كانت الزيادة هى المعيبة اه .

مطلب فى تأجيل الدين

(قوله ولزم تأجيل كل دين) الدين ما وجب فى الذمة بعقد أو استهلاك ، وما صار فى ذمته ديناً باستقراضه فهو أعم من القرض كذا فى الكفاية ويأتى فى أول الفصل تعريف القرض ، وأطلق التأجيل فشملى ما لو كان الأجل معلوماً أو مجهولاً لكن إن كانت الجهالة متقاربة كالحصاد والدياس يصح لا إن كانت متفاحشة كهبوب الريح كما فى الهداية وغيرها ومر فى باب البيع الفاسد أن الجهالة اليسيرة متحملة فى الدين بمنزلة الكفالة (قوله إن قبل المديون) فلو لم يقبله بطل التأجيل فيكون حالاً ذكره الإسيديجاني ، ويصح تعليق التأجيل بالشرط فلو قال لمن عليه ألف حالة إن دفعت إلى غدا خمسمائة فالخمسمائة الأخرى مؤخره عنك إلى سنة فهو جائز كذا فى الذخيرة وفى الخانية لو قال المديون : أبطلت الأجل أو تركته صار حالاً ، بخلاف برئت من الأجل أو لاجحة لى فيه ، وإذا قضاه قبل الحلول فاستحق المقبوض من القابض أو وجده زيوفاً فرده أو وجد بالمبيع عيباً فرده بقضاء عاد الأجل لآلو اشترى من مديونه شيئاً بالدين وقبضه ثم تقابلاً بالبيع ولو كان بهذا الدين المؤجل كفيل لانهود الكفالة فى الوجهين اه بحر وقوله فى الوجهين : أى فى الإقالة وفى الرد بعيب بقضاء وقدمنا فى الإقالة أن عدم عود الكفاية فى الرد بعيب فيه خلاف فراجع (قوله إلا فى سبع) هى فى الحقيقة ست فان مسألتي الإقالة واحدة (قوله بدلى صرف وسلم) لا شرائط القبض لبدي الصرف فى المجلس واشتراطه فى رأس مال السلم ، وهو المراد ببديله هنا أما المسلم فيه فشرطه

(١) (قوله لا يثبت بالشك) هكذا بخطه ، وليست هذه العبارة موجودة فى نسخ الشارح التى بيده فليحذر اه مصححه .

وثن عند إقالة وبعدها وما أخذ به الشفيع ودين الميت والسابع (القرض) فلا يلزم تأجيله (إلا) في أربع

التأجيل ط (قوله وثن عند إقالة وبعدها) في القنية أجل المشتري البائع سنة عند الإقالة صحت الإقالة وبطل الأجل ، ولو تقايلا ثم أجله ينبغي أن لا يصبح الأجل عند أبي حنيفة فإن الشرط اللاحق بعد العقد ملتحق بأصل العقد عندها بحر وتقدمت المسألة في باب الإقالة وكتبنا هناك أنا قدمنا في البيع الفاسد تصحيح عدم التحاق الشرط الفاسد ، وعليه فيصح التأجيل بعدها ويؤيده ما نقله بعضهم عن سلم الجوهرة من أنه يجوز تأجيل رأس مال السلم بعد الإقالة ، لأنه دين لا يجب قبضه في المجلس كسائر الديون اه ثم رأيت العلامة البيهقي قال : إن قوله الشرط اللاحق ملتحق بأصل العقد ساقط ، لأن التأجيل وقع بعد العقد لا على وجه الشرط ، بل على وجه التبرع كما في سائر الديون ، ويؤيده أنه نقل جواز تأخير الثمن بعد الرد بالعيب بقضاء أو بغيره ، والعجب من المؤلف أي صاحب الأشباه كيف أقره على ذلك اه كلام البيهقي ملخصا ،

قلت : لكن وجه ما في القنية أن الإقالة بيع من وجه ، وقد مر الخلاف في باب البيع الفاسد فيما لو باع مطلقا ثم أجل إلى أجل مجهول ، قيل لا بناء على أنه يلتحق بالعقد ، وهنا إذا التحق بعقد الإقالة يلزم أن يزيد الثمن فيها بوصف التأجيل مع أن الإقالة إنما تصح بمثل الثمن الأول فالأحسن الجواب بما قلنا من تصحيح عدم الاتحاق تأمل (قوله وما أخذ به الشفيع) يعني لو أجل المشتري الشفيع في الثمن لم يصح بحر : وشمل مالو كان الشراء بمؤجل فإن الأجل لا يثبت في أخذ الشفيع كما سيذكره في بابها (قوله ودين الميت) أي لو مات المديون وحل المال فأجل الدائن وارثه لم يصح لأن الدين في الذمة وفائدة التأجيل أن يتجر فيؤدى الدين من نماء المال ، فإذا مات من له الأجل تعين المتروك لقضاء الدين ، فلا يفيد التأجيل كذا في الخلاصة . وظاهره أنه في كل دين وذكره في القنية في القرض بحر : وفي الفتح مثل ما في القنية لكن في الذخيرة تأجيل رب الدين ماله على الميت لا يجوز ، والصحيح أنه قول الكل لأن الأجل صفة الدين ، ولا دين على الوارث ، فلا يثبت الأجل في حقه ، ولا وجه أيضا لثبوته للميت ، لأنه سقط عن ذمته بالموت ولا لثبوته في المال لأنه عين والأعيان لا تقبل التأجيل : وفي البرجندی قال صاحب المحيط : الأصح عندي أن تأجيله صحيح ، وهكذا أفق الإمام قاضيخان ، لأنه إذا كان هذا الدين يتعلق بالتركة ، لكنه يثبت في الذمة فلا يكون عينا فيصح التأجيل ، وأفق بعضهم بعدم الصحة كذا في الفصول العمادية يبرى (قوله فلا يلزم تأجيله) أي أنه يصح تأجيله مع كونه غير لازم فله قرض الرجوع عنه ، لكن قال في الهداية : فإن تأجيله لا يصح لأنه إعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الإعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة إذ لا جبر في التبرع ، وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح ، لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا اه ومقتضاه أن قوله لا يصح على حقيقته ، لأنه إذا وجد فيه مقتضى عدم اللزوم ومقتضى عدم الصحة ، وكان الأول لا ينافي الثاني لأن ما لا يصح لا يلزم وجب اعتبار عدم الصحة ، ولهذا علل في الفتح لعدم الصحة أيضا بقوله : ولأنه لو لم يكن التبرع مازما على المتبرع ، ثم للمثل المردود حكم العين كأنه رد العين وإلا كان تملك دراهم بدراهم بلا قبض في المجلس والتأجيل في الأعيان لا يصح اه ملخصا ويؤيده ما في النهر عن القنية التأجيل في القرض باطل (قوله إلا في أربع) أي بعد مسألتي الحوالة واحدة ومسألتي الوصية واحدة أيضا وقد نظمت هذه مع التي قبلها بقولي :

ست من الديون ليس يلزم تأجيلها بدل صرف وسلم

(إذا) كان مجحودا أو حكم مالكي بلزومه بعد ثبوت أصل الدين عنده أو أحاله على آخر فأجاه المقرض أو أحاله على مديون مؤجل دينه لأن الحوالة مبرئة والرابع الوصية (أوصى بأن يقرض من ماله ألف درهم فلانا إلى سنة) فيلزم من ثلثه وبسامح فيها نظرا للموصى (أو أوصى بتأجيل قرضه) الذي له (على زيد سنة) فيصح وبيازمه :
والحاصل : أن تأجيل الدين على ثلاثة أوجه باطل في بدلي صرف وسلم وصحيح غير لازم في قرض وإقالة وشفيع ودين ميت ولازم فيما عدا ذلك وأقره المصنف وتعقبه في النهر بأن الملحق بالقرض تأجيله باطل :
قلت : ومن حيل تأجيل القرض كفاله مؤجلا فيتأخر عن الأصل لأن الدين واحد بحر ونهر فهي
خامسة فله حفظ :

دين على ميت وما للمشتري على مقبل أو شفيع ياسرى
والقرض إلا أربعا فيها مضى جحد وصية حوالة قضى

(قوله إذا كان مجحودا) في الخانية : رجل له على رجل ألف درهم قرض فصالحه على مائة إلى أجل صحح الحط والمائة حالة ، وإن كان المستقرض جاحدا للقرض فالمائة إلى الأجل اه يبرى ومثله ما لو قال المستقرض للمقرض سرا : لا أقر لك حتى تؤجله عنى فأقره عند الشهود بالألف مؤجلة (قوله أو حكم مالكي بلزومه) فإنه عنده لازم وقيد به لأن الأرجح أن حكم الحنفى بخلاف مذهبه لا ينفذ خصوصا في قضاة زمننا ، وقيد بقوله بعد ثبوت أصل الدين عنده ، لأنه لو لم يكن ثابتا لا يصح حكمه بلزوم تأجيله ، ولأن المجحود لا يتوقف تأجيله على حكم مالكي (قوله أو أحاله الخ) في الفتح والحيلة في لزوم تأجيله : أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه : فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم اه وإذا لزم فإن كان للمحيل على المحال عليه دين ، فلا إشكال وإلا أقر المحيل بقدر المحال به للمحال عليه مؤجلا أشار إليه في المحيط بحر ، وفائدة الإقرار تمكن المحال عليه من الرجوع على المحيل بما بدفعه للمقرض (قوله أو أحاله على مديون الخ) أفاد أنه لا فرق بين كون تأجيل المحال عليه صادرا من المقرض أو من المحيل وهو المستقرض (قوله لأن الحوالة مبرئة) أى تبرأ بها ذمة المحيل وبثبت بها للمحال أى المقرض دين على المحال عليه بحكم الحوالة فهو في الحقيقة تأجيل دين لاقرض (قوله فيلزم من ثلثه) فإن خرجت الألف من الثلث فيها وإلا فبقدر ما يخرج ط (قوله وبسامح فيها نظرا للموصى) لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصى هداية :

وحاصله : أن لزوم الوصية بالتبرع ومنه ما نحن فيه خارج عن القياس رحمة وفضلا على الموصى إذ كان القياس أن لا تصح وصيته لأنها تملك مضاف إلى حال زوال مالكيته (قوله وأقره المصنف) أى أقر ما ذكر من الحاصل وهو لصاحب البحر فكان الأولى عزوه إليه (قوله وتعقبه) أى تعقب الحاصل المذكور فافهم (قوله بأن الملحق بالقرض) هو الإقالة بقسميها والشفيع ودين الميت ح (قوله تأجيله باطل) لتعيرهم فيها بلا يصح ، أو بباطل فلا يقال : إن التأجيل فيها صحيح غير لازم ط :

قلت : وقد علمت مما قدمناه أن القرض كذلك ولعل مراد صاحب البحر بالباطل ما يحرم فعله ويلزم منه الفساد ، فإن تأجيل بدلي الصرف والسلم كذلك بخلاف القرض والملحق به فإنه لو ترك المطالبة به إلى حلول الأجل لم يلزم منه ذلك ، فلذا قال إنه صحيح غير لازم لكن ما قدمناه عن الهداية في القرض من قوله وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسبية وهو ربا اه يقتضى أنه يلزم منه الفساد وأنه حرام ولم يظهر لى وجهه فليتأمل (قوله لأن الدين واحد) أى فإذا تأخر عن الكفيل لزم تأخيره عن الأصيل أيضا إذ يثبت ضمنا

وفي حيل الأشباه: حيلة تأجيل دين الميت أن يقر الوارث بأنه ضمن ما على الميت في حياته، ووجلا إلى كذا ويصدق الطالب أنه كان ووجلا عليهما ويقر الطالب بأن الميت لم يترك شيئا وإلا لأمر الوارث بالبيع للدين وهذا على ظاهر الرواية من أن الدين إذا حل بموت المدينون لا يحل على كفيله .

قلت: وسيجيء آخر الكتاب أنه لو حل لموته أو أداه قبل حلوله ليس له من المراجعة إلا بقدر ماضى من الأيام وهو جواب المتأخرين .

ما يمنع قصدا كبيع الشرب والطريق كما في البحر عن تلخيص الجامع ، لكن في النهر عن السراج قال أبو يوسف إذا أقرض رجل رجلا مالا فكفل به رجل عنه إلى وقت كان على الكفيل إلى وقته ، وعلى المستقرض حالا اهـ ونقل نحوه في كفالة البحر عن الدخيرة والغيثية ، وذكر في أنفع الوسائل مثله عن عدة كتب ، وذكر أن هذه الحيلة لم يقل بها أحد غير الحصري في التحرير ، وأنه إذا تعارض كلامه وحده مع كلام كل الأصحاب لا يفتى به اهـ ، وحاصله : أن الجمهور على أنه يتأجل على الكفيل دون الأصيل ، وبه أفتى العلامة قارى الهداية وغيره وسيأتى تمامه في الكفالة إن شاء الله تعالى .

[تنبيه] : لم يذكر ما لو أجل الكفيل الأصيل ، وهو جائز في البيروني روى ابن سماعة عن محمد بن رجل قال لغيره اضمن عني لفلان الألف التي على ففعل ، وأداها الضامن ، ثم إن الضامن أخر المضمون عنه فالتأخير جائز وليس هذا بمنزلة القرض ، ولو قال : اقض عني هذا الرجل ألف درهم ففعل ثم أخرها لم يجز التأخير ، لأن هذا أدى عنه فصار مقرضا والتأخير في القرض باطل والأول أدى عن نفسه اهـ (قوله أن يقر الوارث الخ) الظاهر أنه مفروض في وارث لا مشارك له في الميراث ، وإلا باحتمه ضرر بلزوم الدين عليه وحده ، والمقصود من هذه الحيلة بيان حكمها لو وقعت كذلك لا تعليم فعلها ، لأن فيها الأخبار بخلاف الواقع (قوله ويصدق الطالب أنه الخ) لو قال : ويصدق الطالب في ذلك لكان أخصر وأظهر ، لأن تصديقه بتأجيله على الميت غير لازم (قوله وإلا لأمر الوارث الخ) عبارة الأشباه وإلا فقد حل الدين بموته فيؤمر الوارث الخ .

مطلب إذا قضى المدينون الدين قبل حلول الأجل أو مات لا يؤخذ من المراجعة إلا بقدر ماضى

(قوله وسيجيء آخر الكتاب) أي قبيل كتاب الفرائض وهذا مأخوذ من القنية حيث قال فيها برمز نجم الدين قضى المدينون الدين قبل الحلول أو مات فأخذ من تركته ، فجواب المتأخرين : أنه لا يأخذ من المراجعة التي جرت بينهما إلا بقدر ماضى من الأيام قيل له أنفتى به أيضا؟ قال نعم قال : ولو أخذ المقرض القرض والمراجعة قبل مضي الأجل فللمدينون أن يرجع بحصة ما بقى من الأيام اهـ وذكر الشارح آخر الكتاب : أنه أفتى به المرحوم مفتي الروم أبو السعود وعلاه بالرفق من الجانبين .

قلت : وبه أفتى الحانوتي وغيره وفي الفتاوى الحامدية سئل فيما إذا كان لزيد بذمة عمرو مبالغ دين معلوم فراجحه عليه إلى سنة ، ثم بعد ذلك بعشرين يوما مات عمرو المدينون ، فحل الدين ودفعه الوارث لزيد ، فهل يؤخذ من المراجعة شيء أولا؟ الجواب جواب المتأخرين : أنه لا يؤخذ من المراجعة التي جرت المباينة عليها بينهما إلا بقدر ماضى من الأيام قيل للعلامة نجم الدين : أنفتى به؟ قال : نعم كذا في الأنقروى والتنوير ، وأفتى به علامة الروم مولانا أبو السعود وفي هذه الصورة بعد أداء الدين دون المراجعة إذا ظنت الورثة أن المراجعة تلزمهم فراجحوه عليها عدة سنين بناء على أن المراجعة تلزمهم حتى اجتمع عليهم مال ، فهل يلزمهم المال أولا؟ الجواب : لا يلزمهم لما في القنية

فصل في القرض

(هو) لغة : مانعطيه لتتقاضاه ، وشرعا : مانعطيه من مثلي لتتقاضاه وهو أخصر من قوله (عقد مخصوص) أى بلفظ القرض ونحوه (يرد على دفع مال) بمنزلة الجنس (مثلي) خرج القيمي (لآخر ليرد مثله) خرج نحو ودیعة وهبة (وصح) القرض (في مثلي) هو كل ما يضمن بالمثل عند الاستهلاك (لافي غيره) من القيميات كحيوان وخطب وعقار وكل متفاوت لتعذر رد المثل :
واعلم أن المقبوض بقرض فاسد كقبوض ببيع فاسد سواء

برمز بكر خواهر زاده كان يطالب الكفيل بالدين بعد أخذه من الأصيل ، وبيعه بالمرا بحة ، حتى اجتمع عليه سبعون دينارا ، ثم تبين أنه قد أخذه فلا شيء له لأن المبايعة بناء على قيام الدين ولم يكن له هذا ما ظهر لنا والله سبحانه أعلم .

فصل في القرض

بالفتح والكسر منح ومناسبته لما قبله ذكر القرض في قوله : ولزم تأجيل كل دين إلا القرض ط (قوله مانعطيه لتتقاضاه) أى من قيمي أو مثلي ، وفي المغرب تقاضيته ديني وبديني واستقضيته طلبت قضاءه واقتضيت منه حتى أخذه (قوله وشرعا مانعطيه من مثلي الخ) فهو على التفسيرين مصدر بمعنى اسم المفعول لكن الثاني غير مانع لصدقه على الوديعة والعارية ، فكان عليه أن يقول لتتقاضى مثله ، وقدمنا قريبا أن الدين أهم من القرض (قوله عقد مخصوص) الظاهر أن المراد عقد بلفظ مخصوص ، لأن العقد لفظ ، ولذا قال أى بلفظ القرض ونحوه أى كالدين وكقوله : أعطى درهما لأرد عليك مثله ، وقدمنا عن الهداية أنه يصح بلفظ الإعارة (قوله بمنزلة الجنس) أى من حيث شموله القرض وغيره ، وليس جنسا حقيقيا ، لعدم الماهية الحقيقية كما عرف في موضعه ، واعترض بأن الذى بمنزلة الجنس قوله عقد مخصوص ، وأما هذا فهو بمنزلة الفصل خرج به ما لا يرد على دفع مال كالنكاح وفيه أن النكاح لم يدخل في قوله عقد مخصوص أى بلفظ القرض ونحوه كما علمت فصار الذى بمنزلة الجنس هو مجموع قوله عقد مخصوص يرد على دفع مال تأمل (قوله لآخر) متعلق بقوله دفع (قوله خرج نحو ودیعة وهبة) أى خرج ودیعة وهبة ونحوهما كعارية وصدقة ، لأنه يجب رد عين الوديعة والعارية ولا يجب رد شيء في الهبة والصدقة (قوله في مثلي) كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب كالجوز والبيض :

وحاصله : أن المثلي مالا متفاوت أحاده أى تفاوتنا تختلف به القيمة فإن نحو الجوز تفاوت أحاده تفاوتنا يسيرا (قوله لتعذر رد المثل) علة لقوله لافي غيره : أى لا يصح القرض في غير المثلي ، لأن القرض إعارة ابتداء ، حتى صح بلفظها معاوضة انتهاء ، لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه ، فيستلزم إيجاب المثلي في الذمة ، وهذا لا يتأتى في غير المثلي قال في البحر : ولا يجوز في غير المثلي ، لأنه لا يجب دينا في الذمة ويمسكه المستقرض بالقبض كالصحيح والمقبوض بقرض فاسد يتعين للرد ، وفي القرض الجائز لا يتعين بل يرد المثل ، وإن كان قائما وعن أبي يوسف ليس له إعطاء غيره إلا برضاه وعارية ما جاز قرضه قرض وما لا يجوز قرضه عارية أى قرض ما لا يجوز قرضه عارية من حيث إنه يجب رد عينه لا مطلقا لما علمت من أنه يملك بالقبض تأمل (قوله كقبوض ببيع فاسد) أى فيفيد الملك بالقبض كما علمت ، وفي جامع الفصولين القرض الفاسد يفيد الملك ، حتى لو استقرض بيتا فقبضه ملكه ، وكذا سائر الأعيان وتجب القيمة على المستقرض كما لو أمر بشراء قن بأمة الماء ور ففعل فالقن للآمر

فيحرم الانتفاع به لايبيعه لثبوت الملك جامع الفصولين (فيصح استقراض الدراهم والدنانير وكذا) كل (مايكال أو يوزن أو يعد متقاربا فصيح استقراض جوز وبيض) وكاغد عددا (ولحم) وزنا وخبز وزنا وعددا كما سيجيء (استقراض من الفلوس الرأجة والعدالي فكسدت فعليه مثلها كاسدة) و (لا) يغرّم (قيمتها) وكذا كل مايكال ويوزن لما مر أنه مضمون بمثله فلا عبزة بغلائه ورنخصه ذكره في المبسوط من غير خلاف وجعله في البرازية وغيرها قول الإمام وعند الثاني عليه قيمتها يوم القبض وعند الثالث قيمتها في آخر يوم رواجها وعليه الفتوى

(قوله فيحرم الخ) عبارته جامع الفصولين ثم في كل موضع لا يجوز القرض لم يجز الانتفاع به لعدم الحل، ويجوز بيعه لثبوت الملك كبيع فاسد اه فقوله: ويجوز بيعه بمعنى يصح لاي معنى يحل إذ لا شك في أن الفاسد يجب فسخه والبيع مانع من الفسخ فلا يحل كما لا يحل سائر التصرفات المانعة من الفسخ كما مر في بابه، وبه تعلم ما في عبارة الشارح (قوله وكاغد) أي قرطاس، وقوله: عددا قيد للثلاثة وما ذكره في الكاغد ذكره في التارخانية، ثم نقل بعده عن الخانية ولا يجوز السلم في الكاغد عددا لأنه عددي متفاوت اه ولعل الثاني محمول على ما إذا لم يعلم نوعه وصفته (قوله كما سيجيء) أي في باب الربا حيث قال: ويستقرض الخبز وزنا وعددا عند محمد، وعليه الفتوى ابن ملك واستحسنه الكمال واختاره المصنف تيسيرا اه. وفي التارخانية قال أبو حنيفة: لا يجوز قرضه واستقراضه لاعددا ولا وزنا وفي رواية عن أبي يوسف مثله وقوله: المعروف أنه لا بأس به، وعليه أفعال الناس جارية والفتوى على قول محمد اه. انحصا ونقل في الهندية عن الخانية والظهيرية والكافي: أن الفتوى على جواز استقراضه وزنا لاعددا وهو قول الثاني اه ولعله هو المراد بقوله المعروف وسيدكر استقراض العجين والخميرة (قوله والعدالي) بفتح العين المهملة وتخفيف الدال المهملة، وباللام المكسورة: وهي الدراهم المنسوبة إلى العدالي، وكأنه اسم ملك نسب إليه درهم فيه غش كذا في صرف البحر من البنائة :

قلت: والمراد بها دراهم غالبية الغش كما وقع التصريح به في الفتح وغيره بدل لفظ العدالي، لأن غالبية الغش في حكم الفلوس من حيث إنها إنما صارت ثمنا بالاصطلاح على ثمنيتها فتبطل ثمنيتها بالكساد، وهو ترك التعامل بها بخلاف ما كانت فضتها خالصة أو غالبية، فإنها أثمان خلقة فلا تبطل ثمنيتها بالكساد كما حققناه أول البيوع عند قوله: وصح بضمن حال ومؤجل (قوله فعليه مثلها كاسدة) أي إذا هلكت وإلا فيرد حينها اتفاقا كما في صرف الشربلالية وفيه كلام سيأتي (قوله فلا عبزة بغلائه ورنخصه) فيه أن الكلام في الكساد، وهو ترك التعامل بالفاووش ونحوها كما قلنا، والغلاء والرخص غيره، وكأنه نظر إلى اتحاد الحكم فصح التصريح تأمل: وفي كافي الحاكم لو قال: أقرضني دانت حنطة فأقرضه ربع حنطة، فعليه أن يرد مثله وإذا استقرض عشرة أفلس، ثم كسدت لم يكن عليه إلا مثلها في قول أبي حنيفة، وقالوا: عليه قيمتها من الفضة يستحسن ذلك، وإن استقرض دانت فلوس أو نصف درهم فلوس، ثم رخصت أو غلت لم يكن عليه إلا مثل عدد الذي أخذه، وكذلك لو قال أقرضني عشرة دراهم غلة بدينار، فأعطاه عشرة دراهم فعليه مثلها، ولا ينظر إلى غلاء الدراهم، ولا إلى رخصها، وكذلك كل مايكال ويوزن فالقرض فيه جائز، وكذلك ما يعد من البيض والجوز اه وفي الفتاوى الهندية: استقرض حنطة فأعطى مثلها بعد ما تغير سعرها يجبر المقرض على القبول (قوله وجعله) أي ما في المتق من قوله فعليه مثلها (قوله وعند الثاني الخ) حاصله أن الصاحبين اتفقا على وجوب رد القيمة دون المثل، لأنه لما بطل وصف الثمنية بالكساد (۱) تعذر رد عينها كما قبضها فيجب رد قيمتها، وظاهر الهداية اختيار قولها فتح:

(۱) قوله (لأنه لما بطل وصف الثمنية بالكساد الخ) ظاهره أنها لو كانت قائمة فبرها لكنه لا يمكن رد عينها أيضا وهو خلاف ما قدمناه اتفاقا عن الشربلالية تأمل اه مه.

قال وكذا الخلاف إذا (استقرض طعاما بالعراق فأخذه صاحب القرض بمكة فعليه قيمته بالعراق يوم اقتراضه عند الثاني وعند الثالث يوم اختصا وليس عليه أن يرجع) معه (إلى العراق فيأخذ طعامه ولو استقرض الطعام ببلد الطعام فيه رخص فيه فلقية المقرض في بلد الطعام فيه غال فأخذه الطالب بحقه فليس له حبس المطلوب ويؤمر المطلوب بأن يوثق له) بكفيل (حتى يعطيه طعامه في البلد الذي أخذه منه استقرض شيئا من الفواكه كيلا أو وزنا فلم يقبضه حتى انقطع فإنه يجبر صاحب القرض على تأخيرته إلى مجيء الحديث إلا أن يتراضيا على القيمة) لعدم وجوده بخلاف الفلوس إذا كسدت وتماه في صرف الخالية

ثم إنهما اختلفا في وقت الضمان قال في صرف الفتح : وأصله اختلفا فهما فيمن غصب مثليا فانقطع فعند أبي يوسف تجب قيمته يوم الغصب ، وعند محمد : يوم القضاء وقولهما : أنظر للمقرض من قول الإمام ، لأن في رد المثل إضرارا به ثم قول أبي يوسف : أنظر له أيضا ، لأن قيمته يوم القرض أكثر من يوم الانقطاع وهو أبسر أيضا فإن ضبط وقت الانقطاع عسر اه ملخصا . ولم يذكر حكم الغلاء والرخص ، وقدمنا أول البيوع أنه عند أبي يوسف تجب قيمتها يوم القبض أيضا ، وعليه الفتوى كما في البزازية والذخيرة والخلاصة ، وهذا يؤيد ترجيح قوله في الكساد أيضا وحكم البيع كالقرض ، إلا أنه عند الإمام يبطل البيع ، وعند أبي يوسف لا يبطل وعليه قيمتها يوم البيع في الكساد والرخص والغلاء كما قدمناه أول البيوع (قوله فأخذه) بمد الهمزة أي طلب أخذه منه (قوله بالعراق يوم اقتراضه) متعلقان بقوله قيمته ، والثاني يعني عن الأول (قوله وعند الثالث يوم اختصا) وعبارة الخالية : قيمته بالعراق يوم اختصا فأفاد أن الواجب قيمته يوم الاختصاص التي في بلد القرض فكان المناسب ذكر قوله بالعراق هنا وإسقاطه من الأول كما فعله في الذخيرة (قوله فيأخذ طعامه) أي مثله في بلد القرض (قوله ولو استقرض الطعام الخ) هذه هي المسألة الأولى وهي مالو ذهب إلى بلدة غير بلدة القرض وقيمة البلديتين مختلفة لأن العادة أن الطعام في مكة أغلى منه في العراق ، وهذه رواية أخرى وهي قول الإمام كما صرح به في الذخيرة ، فإنه ذكر أولا مامر من حكاية القولين :

ثم قال مانصه : بشر عن أبي يوسف رجل أقرض رجلا طعاما أو غصبه إياه وله حمل ومؤنة والتقيا في بلدة أخرى الطعام فيها أغلى أو أرخص ، فإن أبا حنيفة قال : يستوثق له من المطلوب حتى يوفيه طعامه حيث غصب أو حيث أقرضه ، وقال أبو يوسف : إن تراضيا على هذا فحسن وإيها طلب القيمة أجبر الآخر عليه : وهي القيمة في بلد الغصب أو الاستقراض والقول في ذلك قول المطلوب ولو كان الغصب قائما بعينه أجبر على أخذه لاعلى القيمة اه وفيها أيضا وذكر القدوري في شرحه إذا استقرض دراهم بخارية ، والتقيا في بلدة لا يقدر فيها على البخارية فإن كان ينفق في ذلك البلد ، فإن شاء صاحب الحق أجله قدر المسافة ذاهبا وجائبا واستوثق منه ، وإن كان البلد لا ينفق فيها وجب القيمة اه :

وقدمنا أول البيوع أن الدراهم البخارية فلوس على صفة مخصوصة ، فلذا أوجب القيمة إذا كانت لا تنفق في ذلك البلد لبطلان الثمنية بالكساد ، كما قدمناه وبهذا ظهر أنه لو كانت الدراهم فضتها خالصة أو غالبية كريال الفرنجي في زماننا فالواجب رد مثلها ، وإن كانا في بلدة أخرى ، لأن ثمنية الفضة لا يبطل بالكساد ، ولا بالرخص أو الغلاء ويبدل عليه ما قدمناه عن كافي الحاكم من أنه لا ينظر إلى غلاء الدراهم ، ولا إلى رخصها هذا ما ظهر لي فتأمل وانظر ما كتبناه أول البيوع (قوله استقرض شيئا من الفواكه الخ) المراد ما هو كيلي أو وزني إذا استقرضه ثم انقطع عن أيدي الناس ، قبل أن يقبضه إلى المقرض ، فعند أبي حنيفة يجبر المقرض على التأخير إلى إدراك

(وبملك) المستقرض (القرض بنفس القبض عندهما) أى الإمام ومحمد خلافاً للثانى فله رد المثل ولو قائماً خلافاً له بناء على انعقاده بلفظ القرض وفيه تصحيحان وينبغى اعتماد الاعتقاد لإفادته الملك للحال بجر فجاز شراء المستقرض القرض ولو قائماً من المقرض

الجلديد ليصل إلى عين حقه ، لأن الانقطاع بمنزلة الهلاك ، ومن مذهبه أن الحق لا ينقطع عن العين بالهلاك ، وقال أبو يوسف : هذا لا يشبه كساد الفلوس ، لأن هذا مما يوجد ، فيجبر المقرض على التأخير إلا أن يتراضيا على القيمة ، وهذا في الوجه كما لو التقيا في بلد الطعام فيه غالب فليس له حبسه ويوثق له بكفيل حتى يعطيه إياه في بلده ذخيرة مخصصة (قوله بنفس القبض) أى قبل أن يستهلكه (قوله خلافاً للثانى) حيث قال لا يملك المستقرض القرض مادام قائماً كما في المنح آخر الفصل اه ح (قوله فله رد المثل) أى لو استقرض كرتبر مثلاً وقبضه فله حبسه ورد مثله ، وإن طاب المقرض رد العين ، لأنه خرج عن ملك المقرض ، وثبت له في ذمة المستقرض مثله لأعينه ولو قائماً (قوله بناء على انعقاده الخ) هكذا نقل هذه العبارة هنا في المنح عن البحر ، ونقل أيضاً عن الزيلعى : أنهم اختلفوا في انعقاده بلفظ القرض ، قيل يعتمد ، وقيل لا ، وقيل الأول قياس قولهما والثانى قياس قوله اه :

قلت : والعبارتان غير مذكورتين في هذا الفصل من البحر ، وشرح الزيلعى وإنما ذكرهما في كتاب النكاح عند قول الكنز وينعقد بكل ما وضع لتليك العين في الحال فالضمير في انعقاده في عبارة البحر المذكورة في الشرح ، وعبارة الزيلعى التى نقلناها عائدة على النكاح لا على القرض كما يوهمه كلام الشارح تبعاً للمنح ، وهذا أمر عجيب . نعم لهذه المسألة مناسبة هنا وذلك أن ظاهر كلام المتن ترجيح قولهما ، فكان المناسب للشارح أن يقول : وعلى هذا ينبغى اعتماد انعقاد النكاح بلفظ القرض ، وهو أحد التصحيحين لإفادته الملك للحال فافهم .

مطلب في شراء المستقرض القرض من المقرض

(قوله فجاز شراء المستقرض القرض) تفريع على قولهما ، والمراد شراؤه ما في ذمته لأعين القرض الذى في يده وحينئذ فقوله : ولو قائماً فيه استخدام ، لأنه عائد إلى عين القرض الذى في يده ، وبيان ذلك أنه تارة يشتري ما في ذمته للمقرض وتارة ما في يده أى عين ما استقرضه ، فإن كان الأول ففي الذخيرة اشترى من المقرض السكر الذى له عليه بمائة دينار جاز لأنه دين عليه لا يعقد صرف ولا سلم ، فإن كان مستهلكاً وقت الشراء فالجواز قول الكل لأنه ملكه بالاستهلاك وعليه مثله في ذمته بلا خلاف ، وإن كان قائماً فكذلك عندهما وعلى قول أبى يوسف ينبغى أن لا يجوز لأنه لا يملكه مالم يستهلكه ، فلم يجب مثله في ذمته فإذا أضاف الشراء إلى السكر الذى في ذمته فقد أضافه إلى معدوم فلا يجوز اه وهذا فى الشرح وإن كان الثانى ففي الذخيرة أيضاً : استقرض من رجل كرا وقبضه ثم اشترى ذلك السكر بعينه من المقرض لا يجوز على قولهما ، لأنه ملكه بنفس القبض فيصير مشترياً ملك نفسه أما على قول أبى يوسف فالسكر باقى على ملك المقرض فيصير المستقرض مشترياً ملك غيره فيصح وبقي ما لو كان المستقرض هو الذى باع السكر من المقرض ، فيجوز على قولهما ، لأنه باع ملك نفسه : واختلفوا على قول أبى يوسف ، بعضهم قالوا يجوز ، لأن المستقرض على قوله وإن لم يملك السكر بنفس القرض ، إلا أنه يملك التصرف فيه ببيعاً وهبة واستهلاكاً ليصير ممتلكاً له وبالبيع من المقرض صار متصرفاً فيه ، وزال عن ملك المقرض فصح البيع منه اه مخصصاً

بدرهم مقبوضة فلو تفرقا قبل قبضها بطل لأنه افتراق عن دين بزازية فليحفظ (أقرض صبيا) محجورا (فاستهلكه الصبي لا يضمن) خلافا لاداني (وكذا) الخلاف أو باعد أو أودعه ومثله (المعتود أو) كان المستقرض (عبدا محجورا لا يؤاخذ به قبل العتق) خلافا للثاني (وهو كالوديعة) سواء خالية وفيها (استقرض من آخر دراهم فاتاه المقرض بها فقال المستقرض ألقها في الماء فألقها) قال محمد (لا شيء على المستقرض) وكذا الدين والسلم بخلاف الشراء والوديعة فإنه بالإلقاء بعد قابضا والفرق أن له إعطاء غيره في الأول لا الثاني وعزاه لغريب الرواية (و) فيها (القرض لا يتعلق بالجائز من الشروط فالفساد منها لا يبطله ولكنه يأنقذ شرط رد شيء آخر فلو استقرض الدرهم المكسورة على أن يؤدي صحيحا كان باطلا) وكذا لو أقرضه طعاما بشرط رده في مكان آخر (وكان عليه مثل ما قبض) فإن قضاه أجود بلا شرط جاز ويجبر الدائن على قبول الأجود وقيل لا بحر

(قوله بدرهم مقبوضة الخ) في البرازية من آخر الصرف إذا كان له على آخر طعام، أو فلوس فاشتره من عليه بدرهم وتفرقا قبل قبض الدرهم، بطل وهذا مما يحفظ، فإن مستقرض الخنطة أو الشعير يدانها، ثم يطالبه المالك بها ويعجز عن الأداء فيبيعها مقرضا منه بأحد النقدين إلى أجل، وإنه فاسد لأنه افتراق عن دين بدين اه وفيها في الفصل الثالث من البيوع والخيلة فيه أن يبيع الخنطة ونحوها بثوب، ثم يبيع الثوب منه بدرهم ويسلم الثوب إليه اه (قوله أقرض صبيا محجورا فاستهلكه) قيد بالمحجور، لأنه لو كان مأذونا فهو كالبالغ وبالاستهلاك لأنه لو بقيت عينه، فللمالك أن يسترده، ولو تلف بنفسه لا يضمن اتفاقا كما في جامع الفصولين (قوله خلافا للثاني) فإنه يضمن قال في الهندية عن المبسوط وهو الصحيح ط (قوله وكذا الخلاف لو باعه) أي باع من الصبي أو أودعه أي واستهلكهما، ولا حاجة إلى ذكر قوله أو أودعه لتصريح المصنف به في قوله وهو كالوديعة اه ط (قوله خلافا للثاني) فيؤاخذ به حالا كالوديعة عنده هندية ط (قوله وهو) أي الأقرض لهؤلاء (قوله وكذا الدين والسلم) أي لوجاء المديون أو رب السلم بدرهم ليدفعها إلى الدائن عن دينه، أو إلى المسلم إليه عن رأس المال فقال له ألقها الخ (قوله بخلاف الشراء والوديعة) المراد بالشراء المشتري: أي لوجاء البائع بالمشتري أو المودع بالوديعة فقال له المشتري أو صاحب الوديعة: ألق ذلك في الماء فألقاه صح الأمر، ويكون ذلك على الأمر، ويصير قابضا لأن حقه متعين، لأنه ليس للبائع إعطاء غير المبيع، ولا للمودع إعطاء غير الوديعة، بخلاف المقرض، والمديون ورب السلم فإن له أن يبدل ما جاء به، ويعطى غيره لأنه قبل القبض باق على ملكه وقيد في المنح الشراء بما إذا كان صحيحا أي لأن الفاسد لا يبيد الملك قبل القبض فيكون على ملك البائع (قوله وعزاه لغريب الرواية) ظاهره أن الضمير عائذ على صاحب الخانية، لأنه نقل ما في المتن عنها مع أن ما في الشرح لم أره في الخانية وإنما عزاه المصنف إلى غريب الرواية (قوله وفيها) أي في الخانية معطوف على قوله وفيها (قوله شرط رد شيء آخر) الظاهر أن أصل العبارة كشرط رد شيء آخر اه ح (قوله وقيل لا) هذا هو الصحيح كما في الخانية، وفيها ولو كان الدين مؤجلا فقضاه قبل حلول الأجل يجبر على القبول اه وذكر الشارح إعطاء الأجود ولم يذكر الزيادة وفي الخانية: وإن أعطاه المديون أكثر مما عليه وزنا، فإن كانت الزيادة تجرى بين الوزنين أي بأن كانت تظهر في ميزان دون ميزان جاز وأجمعوا على أن الدائق في المائة يسير يجرى بين الوزنين وقدر الدرهم والدرهمين كثير لا يجوز واختلافوا في نصف الدرهم قال الدبوسي: إنه في المائة كثير يرد على صاحبه، فإن كانت كثيرة لا تجرى بين الوزنين إن لم يعلم المديون بها ترد على صاحبها، وإن علم وأعطاه اختيارا إن كانت الدرهم المدفوعة مكسرة أو صحاحلا يضرها التبعض لا يجوز إذا علم الدافع والقابض وتكون هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وإن كان لا يضره (١): التبعض وعلم جاز وتكون

(١) قوله (لا يضره) لعل الصواب إسقاط لا اه منه .

وفي الخلاصة القرض بالشرط حرام والشرط لغو بأن يقرض على أن يكتب به إلى بلد كذا ليوفي دينه وفي الأشباه كل قرض جر نفعا حرام فكره للمرتين سكنى المرهونة بإذن الراهن :

[فروع] استقرض عشرة دراهم وأرسل عبده لأخذها فقال المقرض دفعته إليه وأقر العبد به وقال دفعتها إلى مولاي فالكر المولى قبض العبد العشرة فالقول له ولا شيء عليه ولا يرجع المقرض على العبد لأنه أقر أنه قبضها بحق انتهى : عشرون رجلا جاءوا واستقرضوا من رجل وأمره بالدفع لأحدهم فدفع ليس له أن يطلب منه إلا حصته : قلت : ومفاده صحة التوكيل بقبض القرض لا بالاستقراض قنية

هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة اه وسيد كر الشارح بعضه أول باب الربا (قوله بأن يقرض الخ) هذا يسمى الآن بالوصية قال في الدرر كره للسفتجة بضم السين وفتح التاء تعريب سفته : وهي شيء محكم ويسمى هذا القرض به لأحكام أمره وصورته : أنه يدفع إلى تاجر مبلغا قرضا ليدفعه إلى صديقه في بلد آخر ليستفيد به سقوط خطر الطريق اه : وقال في الخانية : وتكره السفتجة إلا أن يستقرض مطلقا ويوفي بعد ذلك في بلد أخرى من غير شرط اه وسيأتي تمام الكلام عليها آخر كتاب الحوالة :

مطلب كل قرض جر نفعا حرام

(قوله كل قرض جر نفعا حرام) أي إذا كان مشروطا كما علم مما نقله عن البحر ، وعن الخلاصة وفي الذخيرة وإن لم يكن النفع مشروطا في القرض ، فعلى قول الكرخي لا بأس به ويأتي تمامه (قوله فكره للمرتين الخ) الذي في رهن الأشباه يكره للمرتين الانتفاع بالرهن إلا بإذن الراهن اه سائحاني :

قلت : وهذا هو الموافق لما سيذكره المصنف في أول كتاب الرهن وقال في المنح هناك ، وعن عبد الله ابن محمد بن أسلم السمرقندي ، وكان من كبار علماء سمرقند إنه لا يحل له أن ينتفع بشيء منه بوجه من الوجوه وإن أذن له الراهن ، لأنه أذن له في الوبا لأنه يستوفي دينه كاملا فتبقى له المنفعة فضلا ، فتكون ربا وهذا أمر عظيم : قلت : وهذا يخالف لعامة المعتبرات من أنه يحل بالإذن إلا أن يحمل على الديانة وما في المعتبرات على الحكم ثم رأيت في جواهر الفتاوى إذا كان مشروطا صار قرضا فيه منفعة وهو ربا وإلا فلا بأس به اه ما في المنح ملخصا وتعقبه الحموي بأن ما كان ربا لا يظهر فيه فرق بين الديانة والقضاء على أنه لا حاجة إلى التوفيق بعد أن الفتوى على ما تقدم أي من أنه يباح :

قلت : وما في الجواهر يفيد توفيقا آخر بحمل ما في المعتبرات على غير المشروط ، وما مر على المشروط ، وهو أولى من إبقاء التناهي : ويؤيده ما ذكره فيما لو أهدى المستقرض للمقرض إن كانت بشرط كره وإلا فلا وأقنى في الخيرية فيمن رهن شجر الزيتون على أن يأكل المرحوم ثمرته لظير صبره بالدين بأنه يضمن (قوله دفعته) أي القرض والأولى دفعها أي العشرة (قوله فأنكر المولى الخ) مفهومه أنه إذا أقر بقبض العبد يارمه لما في الخانية ، ولو أرسل رسولا إلى رجل وقال : ابعث إلى بعشرة دراهم قرضا فبعث بها مع رسوله كان الأمر ضامنا لما إذا أقر أن رسوله قبضها اه (قوله لأنه أقر أنه قبضها بحق) وهو كونه نائبا عن سيده في القبض (قوله ليس اه) أي ليس للمقرض أن يطلب منه أي من القابض إلا حصته من القرض ، لأنه قبض الباقي بالوكالة عن رفقته (قوله لا بالاستقراض) هذا منصوح عليه فني جامع الفصولين بعث رجلا ليستقرضه فأقرضه فطباع في يده فلو قال : أقرض للمرسل ضمن مرسله ، ولو قال : أقرضني للمرسل ضمن رسوله :

وفيها استقراض العجين وزنا يجوز وينبغي جوازه في الخميرة بلا وزن سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن خميرة يتعاطاها الجيران أيكون ربا فقال «مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح»
وفيها شراء الشيء اليسير بثمن غال لحاجة القرض يجوز ويكره وأقره المصنف :

قلت : وفي معروضات المفتي أبي السعود لو ادان زيد العشرة بائني عشر أو بثلاثة عشر بطريق المعاملة في زماننا بعد أن ورد الأمر السلطاني وفتوى شيخ الإسلام بأن لا تعطى العشرة بأزيد من عشرة ونصف ونبه على ذلك فلم يمتثل ماذا يلزمه؟ فأجاب يعزر ويجهس إلى أن تظهر توبته وصلاحه فيترك

والحاصل : أن التوكيل بالإقراض جائز لا بالاستقراض والرسالة بالاستقراض تجوز ، ولو أخرج وكيل الاستقراض كلامه مخرج الرسالة يقع القرض للأمر ، ولو مخرج الوكالة بأن أضافه إلى نفسه يقع للوكيل وله منعه عن أمره .

قلت : والفرق أنه إذا أضاف العقد إلى الموكل بأن قال إن فلانا يطلب منك أن تقرضه كذا صار رسولا والرسول سفير ومعبر بخلاف ما إذا أضافه إلى نفسه بأن قال : أقرضني كذا أو قال : أقرضني لفلان كذا ، فإنه يقع لنفسه ، ويكون قوله لفلان بمعنى لأجله ، وقالوا إنما لم يصح التوكيل بالاستقراض ، لأنه توكيل بالتكدي وهو لا يصح .

قلت : ووجهه أن القرض صلة وتبرع ابتداء فيقع للمستقرض إذا لانتصح النيابة في ذلك فهو نوع من التكدي بمعنى الشحادة هذا ما ظهر لي (قوله استقراض العجين وزنا يجوز) هو المختار مختار الفتاوى واحترز بالوزن عن المجازفة ، فلا يجوز بحرط (قوله ما رآه المسلمون) هو من حديث أحمد عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه قال « إن الله نظر إلى قلوب العباد فاختر له أصحابا فجعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه فما رآه المسلمون الخ » وهو موقوف حسن وتمامه في المقاصد الحسنة ط (قوله يجوز ويكره) أي يصح مع الكراهة وهذا لو الشراء بعد القرض لما في الذخيرة ، وإن لم يكن النفع مشروطا في القرض ، ولكن اشترى المستقرض من المقرض بعد القرض مقاعا بثمن غال ، فعلى قول الكرخي لا بأس به وقال الخصاص : ما أحب له ذلك وذكر الحلواني أنه حرام ، لأنه يقول لو لم أكن اشتريته منه طالبني بالقرض في الحال ، ومحمد لم ير بذلك بأسا وقال جواهر زاده : ما نقل عن السلف محمول على ما إذا كانت المنفعة مشروطة وذلك مكروه بلا خلاف ، وما ذكره محمد محمول على ما إذا كانت غير مشروطة وذلك غير مكروه بلا خلاف ، هذا إذا تقدم الاقراض على البيع ، فإن تقدم البيع بأن باع المطلوب منه المعاملة من الطالب ثوبا قيمته عشرون دينارا بأربعين دينارا ثم أقرضه ستين دينارا أخرى ، حتى صار له على المستقرض مائة دينار ، وحصل للمستقرض ثمانون دينارا ذكر الخصاص أنه جائز وهذا مذهب محمد بن سلمة إمام بلخ وكثير من مشايخ بلخ كانوا يكرهونه ، ويقولون إنه قرض جر منفعة إذ لولاه لم يتحمل المستقرض غلاء الثمن ومن المشايخ من قال : يكره لو كانا في مجلس واحد وإلا فلا بأس به لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ، فكأنهما وجدوا معا فكالت المنفعة مشروطة في القرض وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بقول الخصاص وابن سلمة يقول : هذا ليس بقرض جر منفعة بل هذا بيع جر منفعة وهي القرض أهملخصا وانظر ما سنذكره في الصرف عند قوله وبيع درهم صحيح ودرهمين غلة (قوله بطريق المعاملة) هو ما ذكره من شراء الشيء اليسير بثمن غال (قوله بأزيد من عشرة ونصف) وهناك فتوى أخرى بأزيد من أحد عشر ونصف وعليها العمل سائحاني ولعله لو روى الأمر بها متأخرا عن الأمر الأول (قوله يعزر) لأن طاعة أمر السلطان بمباح

وفي هذه الصورة هل يرد ما أخذه من الربح لصاحبه ؟ فأجاب : إن حصله منه بالتراضي ورد الأمر بعدم الرجوع لكن يظهر أن المناسب الأمر بالرجوع وأقبح من ذلك السلم حتى أن بعض القرى قد خرجت بهذا التصويرة اه :

باب الربا

هو لغة : مطلق الزيادة وشرها (فضل) ولو حكما فدخل ربا النسبئة

واجبة (قوله ما أخذه من الربح) أي زائدا عما ورد به الأمر ط (قوله إن حصله منه بالتراضي الخ) مفهومه أنه لو أخذه بلا رضاه أنه يثبت له الرجوع بالزائد عما ورد به الأمر وهو غير ظاهر ، لأنه إذا أقرضه مائة وباعه سلعة بثلاثين مثلاً بيعا مستوفيا شرائطه الشرعية لم يكن فيه إلا مخالفة الأمر السلطاني لأن مقتضى الأمر الأول أن يبيع السلعة بخمسة فقط ، لتكون العشرة بعشرة ونصف ومقتضى الأمر الثاني أن يبيعها بخمسة عشر ، لتكون العشرة بأحد عشر ونصف ، ولا يخفى أن مخالفة الأمر لا تقتضي فساد البيع ، لأن ذلك لا يزيد على مخالفة أمر الله تعالى بالسعي وترك البيع وقت النداء ، فإذا باع وترك السعي يكره البيع ، ولا يفسد فكذا هنا بالأولى على أنه إذا فسد البيع وجب الفسخ ورد جميع الثمن ، وإذا صح وجب جميع الثمن فلا وجه لرد الزائد وأخذ ما ورد به الأمر فقط ، سواء قلنا بصحة البيع أو فساده فمعين أن هذا المفهوم غير مراد فتأمل (قوله لكن يظهر الخ) لا وجه للاستدراك بعد ورود الأمر الواجب الاتباع بعدم الرجوع ط وقد يجاب بأن المراد أن المناسب أن يرد الأمر السلطاني بالرجوع : أي وإن أخذ ما أخذه بالتراضي لكن علمت ما فيه (قوله وأقبح من ذلك السلم الخ) أي أقبح من بيع المعاملة المذكور ما يفعله بعض الناس من دفع دراهم سلماً على حنطة أو نحوها إلى أهل القرى بحيث يؤدي ذلك إلى خراب القرية ، لأنه يجعل الثمن قليلاً جداً فيكون إضراره أكثر من إضرار البيع بالمعاملة الزائدة عن الأمر السلطاني ، فيظهر أن المناسب أيضاً ورود أمر سلطاني بذلك ليعزر من يخالفه وظاهره أنه لم يرد بذلك أمر والله سبحانه أعلم :

باب الربا

لما فرغ من المراجعة وما يتبعها من التصرف في المبيع ونحو ذلك من القرض وغيره ذكر الربا ، لأن في كل منهما زيادة إلا أن تلك الزيادة حلال ، وهذه حرام والحل هو الأصل في الأشياء والربا بكسر الراء وفتحها خطأ مقصور على الأشهر ويثنى ربوان بالواو على الأصل ، وقد يقال ربيان على التخفيف كما في المصباح والنسبة إليه ربوى بالكسر والفتح خطأ كما في المغرب (قوله ولو حكما الخ) تبع فيه النهر لكنه لا يناسب تعريف المصنف فإنه قيده بكونه بمعيار شرعي ، وهذا لا يدخل فيه ربا النسبئة ولا البيع الفاسد ، إلا إذا كان فساده لعلة الربا فالظاهر من كلام المصنف تعريف ربا الفضل ، لأنه هو المتبادر عند الإطلاق ، ولذا قال في البحر فضل أحد المتجانسين . نعم هذا يناسب تعريف الكنز بقوله فضل ما لا يبلا عوض في معاوضة مال بمال اه فإن الأجل في أحد العوضين فضل حكماً بلا عوض ، ولما كان الأجل يقصد له زيادة العوض كما مر في المراجعة صح وصقه بكونه فضل مال حكماً تأمل .

قال في الشرنبلالية : ومن شرائط الربا عصمة البدلين ، وكونهما مضمونين بالإتلاف فعصمة أحدهما وعدم تقويمه لا يمنع فشاء الأسير أو التاجر مال الحربى أو المسلم الذى لم يهاجر بجنسه متفاضلاً جائز ، ومنها أن لا يكون الهدلان مملوكين لأحد المتبايعين كالسيد مع عبده ، ولا مشتركين فيهما بشركة عنان أو معاوضة كما في البدائع اه :

والبيوع الفاسدة فكلها من الربا فيجب رد عين الربا لو قائما لارد ضمانه لأنه يملك بالقبض قنية وبحر (بحال عن عوض) خرج مسألة صرف الجنس بخلاف جنسه (بمعيار شرعي) وهو السكيل والوزن فليس الدرع والعد بربا

وسمائي بيان هذه المسائل آخر الباب (قوله والبيوع الفاسدة الخ) تبع فيه البحر عن البناية وفيه نظر فإن كثيرا من البيوع الفاسدة ليس فيه فضل خال عن عوض كبيع ماسكت فيه عن الثمن، وبيع عرض بخر أو بأم ولد فتجب القيمة ويملك بالقبض، وكذا بيع جلع من سقف وذراع من ثوب يضره التبعض، وثوب من ثوبين والبيع إلى النيروز ونحو ذلك مما سبب الفساد فيه الجهالة، أو الضرر أو نحو ذلك نعم يظهر ذلك في الفساد بسبب شرط فيه نفع لأحد العاقدين مما لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه ويؤيد ذلك ما في الزيلعي قبيل باب الصرف في بحث ما يبطل بالشرط الفاسد حيث قال: والأصل فيه أن كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشرط الفاسد لاما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات، لأن الشروط الفاسدة من باب الربا، وهو يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات، لأن الربا هو الفضل الخالي عن العوض، وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل خال عن العوض وهو الربا بعينه اه ما خصا (قوله فيجب رد عين الربا لو قائما لارد ضمانه الخ) يعني وإنما يجب رد ضمانه لو استهلكه، وفي هذا التفريع خفاء، لأن المذكور قبله أن البيع الفاسد من جملة الربا، وإنما يظهر لو ذكر قبله أن الربا من جملة البيع الفاسد، لأن حكم البيع الفاسد أنه يملك بالقبض ويجب رده لو قائما ورد مثله أو قيمته لو استهلكا :

مطلب في الإبراء عن الربا

وذكر في البحر عن القنية ما حاصله : أن شيخ صاحب القنية أفتى فيمن كان يشتري الدينار الردي بخمسة دنانق ثم أبراه غرماؤه عن الزائد بعد الاستهلاك بأنه يبرأ، ووافق بعض علماء عصره، واستدل له بقول البردوي : إن من جملة صور البيع الفاسد جملة العقود الربوية يملك العوض فيها بالقبض ونخالفه بعضهم قائلا إن الإبراء لا يعمل في الربا لأن رده لحق الشرع، وأيد صاحب القنية الأول بأن الزائد إذا ملكه القابض بالقبض، واستهلكه وضمن مثله فلو لم يصح الإبراء ولزمه رد مثل ما استهلكه لا يرتفع العقد السابق بل يتقرر مفيدا للملك في الزائد، فلم يكن في رده فائدة نقض عقد الربا ليجب حتما للشرع، لأن الواجب حقا للشرع رد عين الربا لو قائما لارد ضمانه اه واستحسنه في النهر :

قلت : وحاصله أن فيه حقين حق العبد وهو رد عينه لو قائما ومثله لو هالك وحق الشرع وهو رد عينه لنقض العقد المنهي شرعا وبعد الاستهلاك لا يتأتى رد عينه فتعين رد المثل وهو محض حق العبد، ويصح إبراء العبد عن حقه فقوله ذلك البعض إن الإبراء لا يعمل في الربا لأن رده لحق الشرع إنما يصح قبل الاستهلاك والكلام فيما بعده :

ثم اعلم أن وجوب رد عينه لو قائما فيما لو وقع العقد على الزائد أما لو باع عشرة دراهم بعشرة دراهم وزاده دانتا وحبه منه فإنه لا يفسد العقد كما يأتي بيانه قريبا (قوله خرج مسألة صرف الجنس بخلاف جنسه) كبيع كبر وكر شعير بكبرى بر وكرى شعير، فإن للثاني فضلا على الأول لكنه غير خال عن العوض لصرف الجنس بخلاف جنسه والممنوع فضل المتجانسين (قوله بمعيار شرعي) متعلق بمحذوف صفة لفضل أو حال منه ولو أسقط هذا القيد لشمل التعريف ربا للنساء، ويمكن الاحتراز عن الدرع والعد بالتصريح بنفيه (قوله فليس الدرع والعد بربا) أي بلدي ربا أو بمعيار ربا فهو على حذف مضاف أو الدرع والعد بمعنى المذروع والمعدود: أي لا يصدق فيهما ربا

(مشروط) ذلك الفضل (لأحد المتعاقدين) أى بائع أو مشتر فلو شرط لغيرهما فليس بربا بل بيعا فاسدا (فى المعاوضة) فليس الفضل فى الهبة بربا فلو شرى عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم وزاده دانقا إن وهبه منه انعدم الربا ولم يفسد الاثراء وهذا إن ضررها الكسر لأنها هبة مشاع لا يقسم كما فى المنع عن الذخيرة عن محمد : وفى صرف المجمع أن صحة الزيادة والحط قول الإمام وأن محمدا أجاز الحط وجعله هبة مبتدأة كحط كل الثمن وأبطل الزيادة قال ابن ملك والفرق بينهما خفى عنى

والمراد ربا الفضل لتحقق ربا النسبة ، فلو باع خمسة أذرع من الهروى بستة أذرع منه أو بيضة بيضتين جاز لو يدا بيد لالونسيئة لأن وجود الجنس فقط يحرم النساء لا الفضل كوجود القدر فقط كما يأتى (قوله مشروط) تركه أولى فإنه مشعر بأن تحقق الربا يتوقف عليه وليس كذلك والحد لا يتم بالعناية قهستاني فإن الزيادة بلا شرط ربا أيضا لا أن يهبها على ماسيأتى (قوله أى بائع أو مشتر) أى مثلا فتلهما المقرضان والراهنان قهستاني قال : ويدخل فيه ما إذا شرط الانقضاء بالرهق كالاستخدام والركوب والزراعة واللبس وشرب اللبن وأكل الثمر فإن الكحل ربا حرام كما فى الجواهر والنتف اه ط (قوله فلو شرط لغيرهما فليس بربا) عزاه فى البحر إلى شرح الوقاية وهذا مبنى على ما حققناه من أن البيوع الفاسدة ليست كلها من الربا بل ما فيه شرط فاسد فيه نفع لأحد المتعاقدين فافهم (قوله بل بيعا فاسدا) عطف على محل خبر ليس ط ، وهذا مبنى على ما قدمه فى باب البيع الفاسد من أن الأظهر الفساد بشرط النفع للأجنبي ، وبه اندفع ما فى حواشى مسكين (قوله فليس الفضل فى الهبة بربا) أى وإن كان مشروطا ط عن الدر المنثور أى كما لو قال وهبتك كذا بشرط أن تخدمنى شهرا فإن هذا شرط فاسد لا يبطل الهبة به كما سيأتى قبيل الصرف ، وظاهر ما هنا أنه لو خدمه لم يكن فيه بأس (قوله فلو شرى الخ) تفريع على مفهوم قوله مشروط (قوله وزاده دانقا) أى ولو لم يكن مشروطا فى الشراء كما هو فى عبارة الذخيرة المنقول عنها ، فلو مشروطا وجب رده لو قائما كما مر عن القنية . ثم إن قوله وزاده بضمير المذكور يفيد أن الزيادة مقصودة وذكر أن الذى فى المنع زادت بالتاء أى زادت الدراهم ومفاده أن الزيادة غير مقصودة لكه الذى رأيت فى المنع عن الذخيرة بدون تاء وكذا فى البحر عنها وكذا رأيت فى الذخيرة أيضا فافهم (قوله وهذا) أى انعدام الربا بسبب الهبة إن ضررها أى الدراهم الكسر فلو لم يضرها الكسر لم تصح الهبة إلا بقسمة الدائق وتسليمه لإمكان القسمة (قوله وفى صرف المجمع الخ) قال فى الذخيرة من الفصل الرابع فى الحط عن بدل الصرف والزيادة فيه سوى أبو حنيفة بين الحط والزيادة فحكم بصحتها والتحاقها بأصل العقد وفساد العقد بتسميتهما ، وكذا أبو يوسف سوى بينهما أى فأبطلهما ولم يجعل شيئا منهما هبة مبتدأة ، ومحمد فرق بينهما فصحيح الحط هبة مبتدأة دون الزيادة ، والفرق أن فى الحط معنى الهبة لأن المحطوط يصير ملكا للمحطوط عنه بلا عوض ، بخلاف الزيادة إذ لو صحت لتلحق بأصل العقد ، وبأخذ حصصه من البيع والهبة تملك بلا عوض ، والتملك بلا عوض لا يصح كناية عن التملك بعوض فلذا افترقا اه :

قلت : وتوضيحه أن الحط إسقاط بلا عوض فيجعل كناية عن الهبة لأنها تملك بلا عوض أيضا ، بخلاف الزيادة فإنها تكون مع باقى الثمن عوضا عن المبيع ، فكانت تملكها بعوض فلا يصح جعلها كناية عن الهبة فلذا أبطلها (قوله كحط كل الثمن) وجه الشبه أن حط كل الثمن لو لم يجعل هبة مبتدأة التحق بأصل العقد فأفسده لبقائه بلا ثمن وكذا الحط هنا فإنه لو التحق بفوت التماثل وفسد العقد فلذا جعل هبة مبتدأة (قوله والفرق بينهما خفى عنى) قد أسمعتك الفرق وقال ح : قال الشيخ قاسم : وليكن ظاهر عندى ، لأن من الحط ما يمكن أن لا يلحق بأصل العقد

قل وفي الخلاصة لو باع درهما بدرهم وأحدهما أكثر وزنا فحلله زيادته جاز لأنه هبة ، شاع لا يقسم ولو باع قطعة لحم بلحم أكثر وزنا فوهبه الفضل لم يجز لأنه هبة مشاع يقسم .

قلت : وما قدمنا عن الذخيرة عن محمد صريح في عدم الفرق بينهما وعابه فالنكل من الزيادة والحط والعقد صحيح عند محمد وكذا عند الإمام سوى العقد فيفسد لعدم التساوي فليحفظ فإن لم أر من نبه على هذا (وعلمه)
أى علة تحريم الزيادة (القدر)

ويجعل هبة مبتدأة بالاتفاق وهو حط جميع الثمن فكان البعض كالكل بخلاف الزيادة فإنها لا تكون إلا ملحقة بالعقد وبذلك يفوت التساوي اهـ (قوله قال وفي الخلاصة الخ) أى قال ابن ملك ناقلا عن الخلاصة ما يفيد عدم الفرق بين الحط والزيادة فإن قول الخلاصة فحلله أى وهبه زيادته جاز يفيد ذلك (قوله قلت الخ) استدراك على المجمع وتأييد لكلام شارحه ابن ملك (قوله صريح في عدم الفرق بينهما) أى بين الزيادة والحط فإن ما قدمه من قوله إن وهبه منه انعدم الربا صريح في أن زيادة الدائق صحيحة عند محمد فينأى قول المجمع إنه أجاز الحط وأبطل الزيادة :

أقول : والذي يظهر لي أن ما قدمه الشارح عن الذخيرة عن محمد صريح في الفرق بينهما لا في عدونه ، لأن قوله إن وهبه منه انعدم الربا صريح في أن الزيادة بدون الهبة باطلة لأن الحط والزيادة في الثمن أو في المبيع غير الهبة ولذا يلتحقان بالعقد كما تقدم قبل فصل القرض ، فإذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم ودفع خمسة عشر ، فإن جعل الخمسة زيادة في الثمن وقبل البائع ذلك في المجلس صح والتحققت بأصل العقد إن كان المبيع قائما ، وإن جعل الخمسة هبة لم تصر زيادة في الثمن . بل تكون هبة مبتدأة فيراعى لها شروط الهبة من الإفراز والتسليم سواء كان المبيع قائما أولا إذا علمت ذلك ظهر لك أن ما قدمه عن الذخيرة ليس من باب الزيادة في الثمن أو في المبيع لأنه جعله هبة مبتدأة حتى اشترط لها شرط الهبة وهو قوله وهذا إن ضررها الكسر الخ ومثله ما نقله ابن ملك عن الخلاصة ، فهذا صريح في أنه لا يصح زيادة ، وإنما يصح هبة بشروطها ولا يخالفه فيه لقول المجمع إن محمدا أبطل الزيادة .

والحاصل : أن محمدا أجاز هنا الحط دون الزيادة لكنه يجعل الحط هبة مبتدأة لاحطا حقيقة لئلا يفسد العقد كالمس ، وأما الزيادة فقد أبطلها لأنها لو التحقت بالعقد أفسدته ، ولا يصح جعلها كتابة صح الهبة لما رفلذا بطلت إلا إذا وهبه الزيادة صريحا ، ولذا قال في الذخيرة ، وإنما جاز هذا الصنف ، لأنه لو لم يجز إنما لم يجز لمكان الربا فإذا وهب الدائق منه فقد انعدم الربا اهـ هكذا يجب أن يفهم هذا المحل فافهم ، ثم لا يخفى أن هذا كله إذا لم تكن الزيادة مشروطة كما قدمناه عن الذخيرة ، فلو مشروطة ووقع العقد على الكيل وجب نقض العقد لحق الشرع ولا تؤثر الهبة والإبراء إلا بعد الاستهلاك كما مر تجريره عن القنية (قوله وعليه) أى على ما فهمه من التناهي بين العبارات المذكورة ، وعلمت عدمه وأن الزيادة إنما تصح إذا صرح بكونها هبة فتكون هبة بشروطها ومع عدم التصريح فهي باطلة وهو الذي في المجمع (قوله فيفسد) لأن الزيادة والحط يضحان عنده على حقيقتيهما لا بمعنى الهبة وإذا صحا الصحا بأصل العقد فيفسد لعدم التساوي (قوله وعلمه) العلة لغة المرض الشاغل : واصطلاحا ما يضاف إليه ثبوت الحكم بلا واسطة وتعمامه في البحر (قوله أى علة تحريم الزيادة) كذا فسر الضمير في الفتح ، وهو أولى من قول بعضهم : أى علة الربا لأنه وإن كان هو المذكور سابقا لكنه يحتاج إلى تقدير مضاف وهو لفظ محرم فافهم ، وأراد بالزيادة الحقيقية كما في قوله بعده أى الزيادة ، وأما كون المراد بها هنا ما يشمل الحكمة :

للمعهد بكيل أو وزن (مع الجنس فإن وجدا حرم الفضل) أى الزيادة (والنساء) بالمد التأخير فلم يجز بيع قفيز
بر قفيز منه متساويا وأحدهما لساء (وإن عدما) بكسر الدال مع باب علم ابن ملك (حلا) كهروى بمرويين
لعدم العلة فبقى على أصل الإباحة (وإن وجد أحدهما) أى القدر وحده أو الجنس (حل الفضل وحرم النساء)
ولو مع التساوى ، حتى لو باع عبدا بعد إلى أجل لم يجز لوجود الجنسية

وهى الأجل ففيه أن المصنف لم يدخلها فى التعريف كما بيناه ، فالمتبادر إرادة الزيادة المعرفة وهى الحقيقية ،
وأبضا فإن قوله القدر مع الجنس يختص بالحقيقية ، لأن علة الحكمة أحدهما كما بينه بعده فقد عرف الحقيقية ،
وبين علتها لكونها هى المتبادرة عند الإطلاق ثم ذكر علة الحكمة تنميا للفائدة فافهم (قوله المعهد بكيل
أو وزن) أشار إلى ما فى الحواشى السعدية من أن أ ل فى القدر للعهد ، وبه اندفع ما فى الفتح من اعتراضه على
الهداية بشموله الذرع والعد ، لكن الأولى أن يقول وعائمه الكيل أو الوزن لكونه أوضح وثلاثا يرد ما ذكره
عن ابن كمال ،

[تنبيه] ما ينسب إلى الرطل فهو وزنى قال فى الهداية : معناه ما يباع بالأواق لأنها قدرت بطريق الوزن حتى
يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل اه :

قات : وليس المراد بالرطل والأواق معناهما المتعارف بل المراد بالرطل كل ما يوزن به ، وبالأواق الأوعية
التي يوضع فيها الدهن ونحوه ، وتقدر بوزن خاص مثل كوز الزيت فى زمننا فإنه يباع الزيت به ويحسب بالوزن
هكذا يفهم مع كلامهم ، وعليه فالأواق جمع واقية من الوقاية وهى الحفظ ، لأنها يحفظ بها المانع ونحوه لتعسر
وضعه فى الميزان بدونها ، ولذا قال الخير الرملى فعلى هذا الزيت والسمن والعسل ونحوها موزونات وإن كملت
بالموازين لا اعتبار الوزن فيها اه (قوله بالمد) أى مع فتح النون (قوله فلم يجز الخ) ترك التفريع على الفضل لظهوره ط
أى كبيع قفيز بر قفيزين منه حالا (قوله متساويا) أما إذا وجد التفاضل مع النساء فالحرمة للفضل أفاده ابن
كمال ط (قوله وأحدهما لساء) أى ذونساء والجملة حاوية قال ط : فلو كان كل نسيتة يحرم أيضا لأنه يبيع
الكالى بالكالى ابن كمال أى النسيتة بالنسيتة كمال .

ثم اعلم أن ذكر النساء للاحتراز عن التأجيل ، لأن القبض فى المجلس لا يشترط إلا فى الصرف وهو
بيع الأثمان بعضها ببعض أما ما عداه فإنما يشترط فيه التعيين دون التقابض كما يأتى (قوله كهروى بمرويين)
الأولى أن يزيد نسيتة كما عبر فى البحر وغيره ليكون مثلا لحل الفضل والنساء بسبب فقد القدر والمجلس ، فإن
الثوب الهروى والثوب المروى يسكون الرأ جنسان كما يعلم مما يأتى وليسا بمثل ولا موزون (قوله لعدم العلة الخ)
لأن عدم العلة وإن كان لا يوجب الحكم لكن إذا انحلت العلة لزم مع عدمها العدم لا بمعنى أنها تؤثر العدم بل
لا يثبت الوجود لعدم علتها فبقى عدم الحكم وهو عدم الحرمة فيما نحن فيه على عدده الأصيل وإذا عدم سبب الحرمة
والأصل فى البيع مطلقا الإباحة إلا ما أخرجه الدليل كان الثابت الحل فتح (قوله أى القدر وحده) كالخطة بالشعير
(قوله أو الجنس) أى وحده كالهروى بهروى مثله (قوله حل الفضل الخ) فيحل كرى بر بكرى شعير حالا وهروى
بهرويين حالا ، ولو مؤجلا لم يحل .

والحاصل : كما فى الهداية أن حرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما (قوله ولو مع التساوى)
مبالغة على قوله وحرم النساء فقط ح (قوله لوجود الجنسية) فيه أن علة الحكم هنا عدم قبول العبد التأجيل لا وجوده

واستثنى في المجمع والدرر إسلام منقود في موزون كي لا يفسد أكثر أبواب السلم؛ ونقل ابن الكمال عن الغاية جواز إسلام الحنطة في الزيت ؛
قلت : ومفاده أن القدر بانفراده لا يحرم النساء بخلاف الجنس فليحرق وقد مر في السلم أن حرمة النساء تتحقق بالجنس وبالقدر المتفق قنية ثم فرع على الأصل الأول بقوله

الجنسية ، فلو مثل ببيع هروى بمثله لكان أولى ح (قوله واستثنى في المجمع الخ) وكذا في الهداية حيث قال :
إلا أنه إذا أسلم النقود في الزعفران ونحوه : أي كالقطن والحديد والنحاس يجوز الخ قال في الفتح : فان الوزن فيها مختلف فإنه في النقود بالمثاقيل والدرهم الصنجات ، وفي الزعفران بالأمناء والقبان ، وهذا اختلاف في الصورة بينهما وبينهما اختلاف آخر معنوي ، وهو أن النقود لا تتعين والزعفران وغيره يتعين ، وآخر حكى ، وهو أنه لو باع النقود موازنة وقبضها كان له بيعها قبل الوزن وفي الزعفران ونحوه يشترط إعادة الوزن ، فإذا اختلفا أي النقود ونحوه الزعفران في الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه ثم ضعف في الفتح هذه الفروق ، وقال : إن الوجه أن يستثنى إسلام النقود في الموزونات بإجماع كي لا يفسد أكثر أبواب السلم ، وسائر الموزونات غير النقد لا يجوز أن تسلم في الموزونات وإن اختلفت أجناسها كإسلام حديد في قطن وزيت في جبن وغير ذلك إلا إذا خرج من أن يكون وزليا بالصنعة إلا في الذهب والفضة ، فلو أسلم سيفا فيما يوزن جاز إلا في الحديد ، لأز السيف خرج من أن يكون موزونا ومنعه في الحديد لانحداد الجنس ، وكذا يجوز بيع إناء من غير النقدين بمثله من جنسه يدا بيد نحاسا كان أو حديدا ، أو إن كان أحدهما أثقل من الآخر ، بخلافه من الذهب والفضة فإنه يجري بالفضل وإن كالت لاتباع وزنا لأن الوزن منصوص عليه فيما فلا يتغير بالصنعة فلا يخرج عن الوزن بالعادة (قوله ونقل ابن الكمال) عبارة ابن الكمال وعلته الكيل أو الوزن مع الجنس لم يقل القدر مع الجنس ، لأن القدر مشترك بين المكيل والموزون ، فعلى تقدير ما ذكر يلزم أن لا يجوز إسلام الموزون في المكيل ، لأن أحد الوصفين محرم للنساء وقد نص على جواز إسلام الحنطة في الزيت اه وكتب في الهامش أن المسألة مذكورة في غاية البيان اه :

قلت : وحاصل ما ذكره أنه لو عبر بالقدر ثم قال وإن وجد أحدهما الخ ، لأفاد تحريم إسلام الموزون في المكيل لأنه قد وجد القدر وإن كان مختلفا ، بخلاف ما لو عبر بالمكيل أو الوزن : أي بأوآتي لأحد الشيتين فإنه لا يشمل القدر المختلف لكن فيه أن لفظ القدر مشترك كما قال : ولا يجوز استعماله في كلام معنييه عندنا فإذا ذكر لابد أن يراد منه إما المكيل وحده أو الوزن وحده ، فيساوى التعبير بالمكيل أو الوزن إلا أن يدعى أن القدر مشترك معنوي لا لفظي تأمل (قوله ومفاده) أي مفاد ما ذكر مع جواز إسلام منقود في موزون وإسلام الحنطة في الزيت فإله قد وجد في الأول القدر المتفق وفي الثاني القدر المختلف فافهم (قوله فليحرق) تحريره ما أفاده عقبه من أن المراد بقولهم وعلته القدر هو القدر المتفق كبيع موزون بموزون أو مكيل بمكيل ، بخلاف المختلف كبيع مكيل بموزون نسيئة فإنه جائز ويستثنى من الأول إسلام منقود في موزون الإجماع كما مر (قوله وقد مر في السلم الخ) بيان لتحرير المراد لكن اعترض بأن السلم مبيأى بعد ، وهذا على نسخة فتنبه بالفاء ، والأمر بالتنبه وفي بعض النسخ قنية بالقاف اسم الكتاب المشهور ، وصاحب القنية قدم السلم أول البيع فصح قوله وقد مر في السلم :

[تنبيه] ما أفاده من أن حرمة النساء بالقدر المتفق مؤيد لما نقله ابن كمال من جواز إسلام الحنطة في الزيت

(فحرم بيع كيلی ووزنی بجنسه متفاضلا ولو غير . مطعوم) خلافا للشافعی (كجص) كيلی (وحديد) وزنی ثم اختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود كما بسطه الكمال (وحل) بيع ذلك (متائلا) لامتفاضلا (وبلا معيار شرعی) فإن الشرع لم يقدر المعيار بالذرة وبما دون نصف صاع (كحفنة بحفتين) وثلاث وخمس

لاختلاف القدر لكون الحنطة مكبلا والزيت موزونا : وبقي ما لو أسلم الحنطة في شعير وزيت أي في مكبل ووزون . وقد نص في كافي الحاكم على أنه لا يجوز عندهما ويجوز عند محمد في حصة الزيت (قوله متفاضلا) أي ونسيئة وتركه لفهمة لزوما فإنه كلما حرم الفضل حرم النساء ولا عكس وكأما حل النساء حل الفضل ولا عكس (قوله خلافا للشافعی) فإنه جعل العلة الطعم والثنية فما ليس بمطعوم ولا ثمن فليس بربوي (قوله كيلی) قيد به احتراز عما إذا اصطاح الناس على بيعه جزافا فإن الفاضل فيه جائز ، ومثله قوله وزنی فإنه احتراز عما إذا لم يتعارفوا وزاء أو عن بعض أنواعه كالسيف اه ح أي فان السيف خرج بالصنعة عن كونه وزنيا فيحل بيعه بجنسه متفاضلا بشرط الحلول كما مر (قوله ثم اختلاف الجنس الخ) الأولى ذكر هذا عند قوله قباہ وإن عدم الخ لأنه لا ذكر هنا لاختلاف الجنس إلا أن يقال : إن قوله بجنسه يستدعي معرفة ما يختلف به الجنس ليعلم ما يتحد به (قوله كما بسطه الكمال) حيث قال بعد ما تقدم فالحنطة والشعير جنسان ، خلافا لما لك لأنهما مختلفان اسما ومعنى وإفراد كل عن الآخر في قوله صلى الله عليه وسلم « الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير » يدل عليه وإلا قال الطعام بالطعام والثوب الحروري والمروري جنسان لا اختلاف الصنعة الثوب بها وكذا المروري المنسوج ببغداد وخراسان والبلد الأرمني والطاقاني جنسان والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص والشبة أجناس ، وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضأن والمعز والألية واللحم وشحم البطن أجناس ودهن البنفسج والجيري جنسان والأدهان المختلفة أصولها أجناس ، ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لأن الطيب زيادة اه ملحها ، وسيد كر الشارح أن الاختلاف باختلاف الأصل أو المقصود أو بتبديل الصفة ويأتي بيانه (قوله متائلا) الشرط تحقق ذلك عند العقد : ففي الفتح لو تبايعا مجازفة ثم كيل بعد ذلك ، فظهر ا متساويين لم يجز خلافا لزر ، لأن العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز اه لك في البحر أول كتاب الصرف عن السراج : لو تبايعا ذهبا بذهب أو فضة بفضة مجازفة لم يجز فان علم التساوي في المجلس وتفرقا عن قبض صح اه فيحمل الأول على ما إذا علم التساوي بعد المجلس تأمل (قوله لا متفاضلا) صرح به وإن علم بالمقابلة بما قبله إشارة إلى أن المراد التماثل في القدر فقط لما قدمه في البيع الفاسد مع أنه لا يصح بيع درهم بدرهم استويا وزنا وصفة لكونه غير مفيد تأمل (قوله وبلا معيار شرعی) قال في الفتح : لما حصروا المعرف في الكيل والوزن أجازوا ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة كتفاحة بفاحين وحفنة بحفتين لعدم وجود المعيار المعروف للمساواة ، فلم يتحقق الفضل ، ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الإلتلاف لا بالمثل ثم قال : وهذا إذا لم يبلغ كل واحد من البديلين نصف صاع ، فلو بلغه أحدهما لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعدا بحفنة اه ثم رجح الحرمة مطلقا ويأتي بيانه (قوله لم يقدر المعيار بالذرة) وقال في البحر : لو باع ما لا يدخل تحت الوزن ، كالذرة من ذهب وفضة بما لا يدخل تحته جاز لعدم التقدير شرعا إذ لا يدخل تحت الوزن اه وظاهر قوله كالذرة أنها غير قيد ، ويؤيده قول المصنف وذرة من ذهب الخ ، فيشمل اللوتين والأكثر مما لا يوزن ، والظاهر أن الحبة معيار شرعا نصف درهم بنصف إلا حبة لم يجز كما سيأتي آخر الصرف ، فقد اعتبروا الحبة مقدارا شرعيا . وفي الفتح عن الأسرار : ما دون الحبة من الذهب والفضة لا قيمة له اه ومقتضاه أن ما دون الحبة في حكم الذرة ، فالمراد بالذرة هنا ما لا يبلغ حبة فافهم (قوله كحفنة) بفتح المهملة

مالم يبلغ نصف صاع (وتفاحة بتفاحتين و فلس بفلسين) أو أكثر (بأعيانها) لو أخره لكان أولى لما في النهر أنه قيد في الكل، فلو كانا غير معينين أو أحدهما لم يجوز اتفاقا (وتمرة بتمرتين) وبيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين وإناء بأثقل منه مالم يكن من أحد التقدين فيمتنع التفاضل فتح وإبرة بإبرتين (وذرة من ذهب وفضة مما لا يدخل تحت الوزن بمثلها) فجاز الفضل لفقد القدر، وحرم النساء لوجود الجنس حتى لو انتفى كحفنة بن بحفتي شعير فيحل مطلقا لعدم العلة وحرم الكل محمد

وسكون الفاء ملء الكفين كما في الصحاح والمقاييس، لكن في المغرب والقاموس والطلبة والنهاية ملء الكف قهستاني (قوله مالم يبلغ نصف صاع) أي فإذا بلغ نصف صاع لم يصح بيعه بحفنة كما ذكرناه آنفا عن الفتح (قوله و فلس بفلسين) هذا عندهما وقال محمد: لا يجوز: ومبنى الخلاف على أن الفلوس الرائجة أثمان، والأثمان لا تعين بالتعيين، فصار عنده كبيع درهم بدرهمين، وعندهما لما كانت غير أثمان خلقة بطلت ثمنيتها باصطلاح العقادين، وإذا بطلت تعين بالتعيين كالعروض وتماه في الفتح (قوله بأعيانها) أي بسبب تعيين ذات البديلين ونقديتهما فالباء للسببية لا بمعنى مع كما ظن، فإنه حال ولم يجوز تنكير صاحبها كما تقرر قهستاني:

قلت: كون الباء للسببية بعيد، لأن قوله بأعيانها شرط لصحة البيع لاسبب، وكونها بمعنى مع لا يلزم كونه حالا بل يجوز كونه صفة تأمل (قوله إنه قيد في الكل) المتبادر من كلام الفتح وغيره أنه قيد لقوله و فلس بفلسين. وقد يقال يعلم أنه قيد للكل بالأولى لأنه إذا اشترط التعيين في مسألة الفلوس مع الاختلاف في بقائها أثمانا أولا فنفي غيرها بالأولى، إذ لا خلاف في أن غيرها ليس أثمانا بل في حكم العروض فلا بد من تعيينها تأمل (قوله فلو كانا) أي البدلان وهذا بيان لمحتوز قوله بأعيانها (قوله لم يجوز اتفاقا) قال في النهر بعده غير أن عدم الجواز عند انتفاء تعيينها باق وإن تقابضا في المجلس، بخلاف ما لو كان أحدهما فقط وقبض الدين فإنه يجوز كذا في المحيطات:

وحاصله: أن الصور أربع ما لو كانا معينين، وهو مسألة المتن الخلافية وما إذا كانا غير معينين، فلا يصح اتفاقا مطلقا وما لو عين أحد البديلين دون الآخر وفيه صورتان، فإن قبض المعين منهما صح وإلا فلا وهذا مخالف لإطلاق المصنف الآتي في قوله باع فلوسا بمثلها وما في تمامه (قوله وبيضة ببيضتين) فيه أن هذا مما لم يدخله القدر الشرعي كالسيف والسيفين والإبرة والإبرتين، فجواز التفاضل لعدم دخول القدر الشرعي فيهما، وحرم النساء لوجود الجنس طوالجواب أن قول المصنف: وبلامعيار شرعي أعم من أن يكون مما يمكن تقديره بالمعيار الشرعي أولا فالعلة في الكل عدم القدر كما صرح به الزيلعي، وأفاده الشارح بعد فافهم (قوله وسيف بسيفين الخ) لأنه بالصنعة خرج عن كونه وزنيا كما قدمناه عن الفتح (قوله وإناء بأثقل منه) أي إذا كان لا يباع وزنا لما في البحر عن الخانية باع إناء من حديد بحديد إن كان الإناء يباع وزنا تعتبر المساواة في الوزن وإلا فلا، وكذا لو كان الإناء من نحاس أو صفر باعه بصفر اه (قوله فيمتنع التفاضل) أي وإن كانت لا يباع وزنا لأن صورة الوزن منصوص عليها في التقدين، فلا تغير بالصنعة فلا تخرج عن الوزن بالعادة كما قدمناه عن الفتح (قوله مما لا يدخل تحت الوزن) بيان لقوله وذرة أشار به إلى ما قدمناه من أن الذرة غير قيد (قوله بمثلها) أي بمثل الذرة وفي بعض النسخ بصيغة المفرد، والأولى أولى لموافقته لقوله حفنة بحفتين الخ (قوله فجاز الفضل الخ) تفريع على جميع ما مر ببيان أن وجه جواز الفضل في هذه المذكورات كونها غير مقدرة شرعا وإن انحدر الجنس ففقدت إحدى العلتين، فلذا حل الفضل وحرم النساء، ولم يصرح المصنف باشتراط الحلول لعامه مما سبق (قوله حتى لو انتفى) أي الجنس (قوله فيحل) الأولى إسقاط الفاء لأنه جواب لو (قوله مطلقا) أي حالا

وصحح كما نقله الكمال (ومانص) الشارح (على كوله كيليا) كبر وشعير وتمر وملح (أو وزنبا) كذهب وفضة (فهو كذلك) لا يتغير (أبدا فلم يصح بيع حنطة بحنطة وزنا كما لو باع ذهباً بذهب أو فضة بفضة كيلاً) ولو (مع التساوى) لأن النص أقوى من العرف فلا يترك الأقوى بالأدنى (وما لم ينص عليه حمل على العرف) وعن الثاني اعتبار العرف مطلقاً ورجحه الكمال

ونسبته (قوله وصحح كما نقله الكمال) مفاده أن الكمال نقل تصحيحه عن غيره مع أنه هو الذي بحث ما يفيد تصحيحه، فإنه ذكر ما مر من عدم التقدير شرعاً بما دون نصف صباغ، ثم قال: ولا يسكن الخاطر إلى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد إلى صيانة أموال الناس تحريم التفاحاة بالتفاحيتين والحنطة بالحنطتين، أما إن كان مكاييل أصغر منها كما في ديارنا من وضع ربع القدح وثمان القدح المصري فلا شك، وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم إهدار التفاوت المتيقن، بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم إهداره: ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا، وروى المعلى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين وقال: كل شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام اه، فهذا كما نرى تصحيح لهذه الرواية وقد نقل من بعده كلامه هذا وأقروه عليه كصاحب البحر والنهر والمنع والشر بلبلالية والمقدمي (قوله كبر وشعير الخ) أي كهذه الأربعة والذهب والفضة فالكاف في الموضعين استقصائية كما في الدر المنتقى (قوله ولا يتغير أبداً) أي سواء وافقه العرف أو صار العرف بخلافه (قوله ولو مع التساوى) أي التساوى وزناً في الحنطة وكيلاً في الذهب لاحتمال التفاضل بالمعيار المنصوص عليه أما لو علم تساويهما في الوزن والكيل وما جاز ويكون المنظور إليه هو المنصوص عليه:

مطلب في أن النص أقوى من العرف

(قوله لأن النص الخ) يعني لا يصح هذا البيع وإن تغير العرف فهذا في الحقيقة تعليل لوجوب اتباع المنصوص قال في الفتح: لأن النص أقوى من العرف لأن العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا في إخراج الشموع والسرج إلى المقابر ليألى العبد والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل، ولأن حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل، فهو أقوى ولأن العرف إنما صار حجة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» اه (قوله وما لم ينص عليه) كغير الأشياء الستة (قوله حمل على العرف) أي على عادات الناس في الأسواق لأنها أي العادة دالة على الجواز فيما وقعت عليه للحديث فتح (قوله وعن الثاني) أي عن أبي يوسف، وأفاد أن هذه رواية خلاف المشهور عنه (قوله مطلقاً) أي وإن كان خلاف النص، لأن النص على ذلك الكيل في الشيء أو الوزن فيه ما كان في ذلك الوقت إلا لأن العادة إذ ذاك كذلك وقد تبدلت فبديل الحكم، وأجيب بأن تقريره صلى الله عليه وسلم لإيادهم على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف، لأن العرف لا يعارض النص كذا وجه اه فتح (قوله ورجحه الكمال) حيث قال عقب ما ذكرنا: ولا يخفى أن هذا لا يلزم أبا يوسف لأن قصاره أنه كمنه على ذلك وهو يقول: يصار إلى العرف الطارىء بعد النص بناء على أن تغير العادة يستلزم تغير النص، حتى لو كان صلى الله عليه وسلم حياً نص عليه اه وتماه فيه:

وحاصله توجيه قول أبي يوسف أن المعبر العرف الطارىء بأنه لا يخالف النص بل يوافقه، لأن النص

وخرج عليه سعدى أفندى استقراض الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا في زماننا يعني بمثله

على كيلية الأربعة، ووزنية الذهب والفضة مبنى على ما كان في زمنه صلى الله عليه وسلم من كون العرف كذلك حتى لو كان العرف إذ ذاك بالعكس لورد النص موافقا له ولو تغير العرف في حياته صلى الله عليه وسلم لنص على تغير الحكم :

وملخصه : أن النص معلول بالعرف فيكون المعتبر هو العرف في أي زمن كان ولا يخفى أن هذا فيه تقوية لقول أبي يوسف فانهم .

مطلب في استقراض الدراهم عددا

(قوله وخرج عليه سعدى أفندى) أى في حواشيه على العناية ولا يختص هذا بالاستقراض بل مثله البيع والإجارة إذ لا بد من بيان مقدار الثمن ، أو الأجرة الغير المشار إليهما ومقدار الوزن لا يعلم بالعد كالعكس ، وكذا قال العلامة البركوى في أو آخر الطريقة الحمديدية : أنه لا حينة فيها إلا التمسك بالرواية الضعيفة عن أبي يوسف .

لكن ذكر شارحها سيدى عبد الغنى النابلسى ما حاصله : أن العمل بالضعيف مع وجود الصحيح لا يجوز ، ولكن نحن نقول إذا كان الذهب والمضرة مضروبين ، فذكر العد كناية عن الوزن اصطلاحا لأن لها وزنا مخصوصا ولذا نقش وضبط والتقصان الحاصل بالقطع أمر جزئى لا يبلغ المعيار الشرعى ، وأيضا فالدرهم المقطوع عرف الناس بمقداره ، فلا يشترط ذكر الوزن إذا كان العد دالا عليه وقد وقع في بعض العبارات ذكر العد بدل الوزن حيث هو في زكاة درر البحار بعشرين ذهبا وفي السكز بعشرين ديناراً بدل عشرين مثقالاً ملخصا ، وهو كلام وجيه . ولكن هذا ظاهر فيها إذا كان الوزن مضبوطا بأن لا يزيد دينار على دينار ، ولا درهم على درهم ، والواقع في زماننا بخلافه فإن النوع الواحد من أنواع الذهب أو الفضة المضروبين قد يختلف في الوزن كالجهادى والعدلى والغازى من ضربى سلطان زماننا أيده الله ، فإذا استقرض مائة دينار من نوع فلا بد أن يوفى بدوها مائة من نوعها الموافق لها في الوزن أو يوفى بدوها وزنا لا عددا ، وأما بدون ذلك فهو ربا لأنه مجازفة والظاهر أنه لا يجوز على رواية أبي يوسف أيضا ، لأن المتبادر مما قدمناه من اعتبار العرف الطارىء على هذه الرواية أنه لو تعورف تقدير المكيل بالوزن ، أو بالعكس اعتبر ، أما لو تعورف إلغاء الوزن أصلا كما في زماننا من الافتصار على العدد بلا نظر إلى الوزن ، فلا يجوز لأعلى الروايات المشهورة ، ولا على هذه الرواية لما يلزم عليه من إبطال نصوص اتساوى بالكيل أو الوزن المتفق على العمل بها عند الأئمة المجتهدين . نعم إذا غلب الغش على النقود فلا كلام في جواز استقراضها عددا بدون وزن اتباعا للعرف ، بخلاف بيعها بالنقود الخالصة ، فإنه لا يجوز إلا وزنا كما سيأتى في كتاب الصرف إن شاء الله تعالى وتام الكلام على هذه المسألة مهسوط في رسالتنا نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف فراجعها (قوله وبيع الدقيق الخ) لاحاجة إلى استخراجها ، فقد وجد في الغياثية عن أبي يوسف أنه يجوز استقراضه وزنا إذا تعارف الناس ذلك وعليه الفتوى اه ط وفي التارخانية : وعن أبي يوسف يجوز بيع الدقيق واستقراضه وزنا إذا تعارف الناس ذلك استحسن فيه اه ونقل بعض المحشين عن تلقيح المحبوبي أن يبيعه وزنا جائز ، لأن النص عين الكيل في الحنطة دون الدقيق اه ومقتضاه أنه على قول الكل لأن ما لم يرد فيه نص يعتبر فيه العرف اتفاقا لكن سنذكر عن القمع أن فيه روايتين وأنه في الخلاصة جزم برواية عدم الجواز (قوله يعني بمثله) المراد من التخريج على هذه الرواية بيع الدقيق وزنا بمثله احترازا عن بيعه وزنا بالدراهم ، فإنه جائز اتفاقا كما في الذخيرة ولصه

وفي الكافي الفتوى على عادة الناس بجر وأقره المصنف (والمعتبر تعيين الربوي في غير الصرف) ومصوغ ذهب وفضة (بلا شرط تقابض) حتى لو باع برأ بيز بعينهما وتفرقا قبل القبض جاز خلافا للشافعي في بيع الطعام ولو أحدهما ديناً فإن هو الثمن وقبضه قبل التفرق جاز وإلا لا كيجه مالم يمس عنده سراج

قال شيخ الإسلام ، وأجمعوا على أن ما ثبت كيجه بالنص إذا بيع وزناً بالدرهم يجوز وكذلك ما ثبت وزنه بالنص (قوله وفي الكافي للفتوى على عادة الناس) ظاهر البحر وغيره أن هذا في السلم ففي المنع عن البحر ، وأما الإسلام في الحنطة وزناً ففيه روايتان والفتوى على الجواز لأن الشرط كونه معلوماً ، وفي الكافي الفتوى على عادة الناس اه قال في النهر : وقول الكافي : الفتوى على عادة الناس يقضى أنهم لو اعتادوا أن يسلموا فيها كيلاً وأسلم وزناً لا يجوز ولا ينبغي ذلك ، بل إذا اتفقا على معرفة كيل أو وزن ينبغي أن يجوز لوجود المصحح ، وانتفاء المانع كذا في الفتح اه : والحاصل أن عدم جواز الوزن في الأشياء الأربعة المنصوص على أنها مكيلة إنما هو فيما إذا بيعت بمثلها بخلاف بيعها بالدرهم كما إذا سلم دراهم في حنطة ، فإنه يجوز تقديرها بالكيل أو الوزن ، وظاهر الكافي وجوب اتباع العادة في ذلك ، وما بحثه في الفتح ظاهر ويؤيده ما قدمناه آنفاً عن الدخيرة (قوله بجر وأقره المصنف) الظاهر أن مراده بهذا تقوية كلام الكافي وأنه لم يرض بما ذكره في النهر عن الفتح لكن علمت ما يؤيده (قوله والمعتبر تعيين الربوي في غير الصرف) لأن غير الصرف يتعين بالتعيين ، ويمكن من التصرف فيه ، فلا يشترط قبضه كالتياب أي إذا بيع ثوب بثوب بخلاف الصرف ، لأن القبض شرط فيه للتعيين ، فإنه لا يتعين بدون القبض كذا في الاختيار .

وحاصله أن الصرف وهو ما وقع على جنس الأثمان ذهباً وفضة بجنسه ، أو بخلافه لا يحصل فيه التعيين إلا بالقبض فإن الأثمان لا تعين مملوكة إلا به ولذا كان لكل من العاقدين تبديلها أما غير الصرف فإنه يتعين بمجرد التعيين قبل القبض (قوله ومصوغ ذهب وفضة) عطف خاص على عام ، فإن المصوغ من الصرف كما سيصرح به الشارح في باب وكأزه خصه بالذكر لدفع ما يتوهم من خروجه عن حكم الصرف بسبب الصنعة (قوله حتى لو باع الخ) قال في البحر بيانه كما ذكره الإسيبجاني بقوله : وإذا تبايعا كيلياً بكيلى أو وزناً بوزن كلاًهما من جنس واحد أو من جنسين مختلفين ، فإن البيع لا يجوز حتى يكون كلاًهما عيناً أصيب إليه العقد ، وهو حاضر أو غائب بعد أن يكون وجوداً في ملكه والتقابض قبل الافتراق بالأبدان ، ليس بشرط لجوازه إلا في الذهب والفضة ، ولو كان أحدهما عيناً أصيب إليه العقد ، والآخر ديناً موصوفاً في الذمة فإنه ينظر إن جعل الدين منهما ثمناً ، والعين مبيعاً جاز البيع بشرط أن يتعين الدين منهما قبل التفرق بالأبدان ، وإن جعل الدين منهما مبيعاً لا يجوز ، وإن أحضره في المجلس والذي ذكر فيه الباء ثمن ومالم يدخل فيه الباء مبيع .

وبيانه : إذا قال بعثك هذه الحنطة على أنها قفيز بقفيز حنطة جيدة أو قال : بعثت منك هذه الحنطة على أنها قفيز بقفيز من شعير جيد فالبيع جاز لأنه جعل العين منهما مبيعاً والدين الموصوف ثمناً ، ولكن قبض الدين منهما قبل التفرق بالأبدان شرط ، لأن من شرط جواز هذا البيع أن يجعل الافتراق عن عين بعين ، وما كان ديناً لا يتعين إلا بالقبض ، ولو قبض الدين منهما ثم تفرقا جاز البيع قبض العين منهما أو لم يقبض ولو اشتريت منك قفيز حنطة جيدة بهذا القفيز من الحنطة أو قال : اشتريت منك قفيز شعير جيد بهذا القفيز من الحنطة ، فإنه لا يجوز وإن أحضر الدين في المجلس ، لأنه جعل الدين مبيعاً فصار بائعاً مالم يمس عنده وهو لا يجوز اه ح (قوله خلافاً للشافعي في بيع الطعام) أي كل مطعوم حنطة أو شعير أو لحم أو فاكهة فإنه يشترط فيه التقابض

(وجيد مال الربا) لاحقوق العباد (وردية سواء) إلا في أربع مال وقف ويقيم ومريض وفي القاب الرهن إذا انكسر أشباه :

(باع فلوسا بمثلها أو بدراهم أو بدنانير فإن نقد أحدهما جاز) وإن تفرقا بلا قبض أحدهما لم يجز لما مر (كما جاز بيع لحم بجهوان ولو من جنسه) لأنه يبيع الموزون بما ليس بموزون

وتمامه في الفتح (قوله وجيد مال الربا وردية سواء) أي فلا يجوز بيع الجيد بالردى مما فيه الربا إلا مثلاً بمثل لإهدار التفاوت في الوصف هداية (قوله لاحقوق العباد) عطف على مال الربا قال في المنح : قيد بمال الربا ، لأن الجودة معتبرة في حقوق العباد ، فإذا أتلف جيداً لزمه مثله قدره وجودة إن كان مثلياً ، وقيمه إن كان قيمياً ، ولكن لا تستحق أي الجودة باطلاق عقد البيع ، حتى لو اشترى حنطة أو شيئاً فوجده رديناً بلا عيب لا يردده كما في البحر معزيا إلى صرف المحيط اهـ ح : أي لأن العيب هو العارض على أصل الخلقة والجودة أو الرداءة في الشيء أصل في خلقة بخلاف العيب العارض كالسوس في الحنطة أو عفنها فله الرد به لا بالرداءة إلا باشتراط الجودة كما قدمنا بيانه في خيار العيب :

[تنبيه] أراد بحقوق العباد ما ليس مع الأموال الربوية : أي ما لا يجمعها قدر وجنس ولا يتقيد ذلك بالإتلاف ولذا قال البيهقي قيد بالأموال الربوية لأن الجودة في غيرها لها قيمة عند المقابلة بجنسها كمن اشترى ثوباً جيداً بثوب رديء وزيادة درهم بازاء الجودة كان ذلك جائزاً كما في الذخيرة اهـ (قوله إلا في أربع الخ) فيه أن هذه الأربعة من حقوق العباد أيضاً ، وإن كان المراد من حقوق العباد خصوص الضمان عند التعدي فالمناسب أن يذكره مع الأربع ويقول : إلا في خمس ثم إن الأولى ذكرها في البحر بحثاً فإنه قال : وتعتبر أي الجودة في الأموال الربوية في مال اليتيم فلا يجوز للوصي بيع قفيز حنطة جيدة بقفيز رديء وينبغي أن تعتبر في مال الوقف ، لأنه كاليتيم ثم قال : وفي حتى المريض حتى تنفذ مع الثلث ، وفي الرهن القاب إذا انكسر عند المرتهن ، ونقصت قيمته فإن المرتهن يضمن قيمته ذهباً ويكون رهناً عنده اهـ :

قلت : والقاب بضم القاف وسكون اللام ما يلبس في الذراع من فضة جمعة قلبة كقرط وقرطة : وهي الخلق في الأذن فإن كان من ذهب فهو السوار كما في البيهقي عن شرح التلخيص للخلاطى ، وقوله : فإن المرتهن يضمن قيمته ذهباً أفاد به أن ضمان القيمة إنما يكون من خلاف جنسه إذ لو ضمن قيمته فضة : وهي أكثر من وزله بسبب الصياغة يلزم الربا ولو ضمن مثل وزله يلزم إبطال حق المالك ، ففي تضمينه القيمة من خلاف الجنس إعمال الحق الشرع ، وحق العبد وليس هذا خاصاً بقلب الرهن ، بل مثله كل مثل تعيب بنصب أو نحوه ، فإنه يضمن بقيمته من خلاف جنسه كما قدمناه في باب خيار الشرط فيما لو كان الخيار للمشتري ، وهلك في يده ، ولا يلزم قبض القيمة قبل التفرق ، لأنه صرف حكماً لاحقيقة كما سنذكره في الضرف . وبما قررناه علم أن استثناء هذه المسائل من إهدار الجودة بإثبات اعتبارها إنما هو لمراعاة حق العبد ، لكن على وجه لا يؤدي إلى إبطال حق الشرع ، فاقبل إنه يفهم من استثنائها أنه يجوز للوصي بيع قفيز جيد بقفيز رديء نظراً للجودة المعبرة في مال اليتيم ونحوه من بقية المسائل ، وهو خطأ للزوم الربا غير وارد ، لأن المراد أنه لا يجوز إهدار الجودة في مال اليتيم ونحوه ، حتى لا يجوز للوصي بيع قفيزه الجيد بقفيز رديء ولا يلزم من اعتبار أحد الحقين إهدار الحق الآخر فاضم تحقيق هذا المحل (قوله فإن نقد أحدهما جاز الخ) نقل المسألة في البحر عن المحيط لكنه وقع فيه تحريف حيث قال : وإن تفرقا بلا قبض أحدهما جاز وصوابه لم يجز كما عبر الشارح ، ونبه عليه الرملي ثم إنه نقل في البحر قبله عن الذخيرة

فيجوز كيفما كان بشرط التعيين أما لسيئة فلا وشرط محمد زيادة المجانس واو باع مذبوحة بحية او بمذبوحة جاز اتفاقا وكذا المسلموختين إن تساوباوزنا ابن ملك وأراد بالمسلوخة المفصولة عن السقط ككبرش وأمعاء بحر (و) كما جاز بيع (كرباس بقطن وغزل مطلقا) كيفما كان لاختلافهما جنسا (كبيع قطن بغزل) القطن (في) قول محمد

في مسألة بيع فلس بفلسين بأعيانهما أن محمدا ذكرها في صرف الأصل ، ولم يشترط التقابض ، وذكر في الجامع الصغير ما يدل على أنه شرط فمنهم من لم يصحح الثاني ، لأن التقابض مع التعيين شرط في الصرف ، وليس به ومنهم من صححه ، لأن الفلوس لها حكم العزوض من وجه ، وحكم الثمن من وجه فجاز التفاضل للأول واشترط التقابض للثاني اه وأنت خير بأن لفظ التقابض يفيد اشتراطه من الجانبين فقوله : فإن نقد أحدهما جاز قول ثالث لكن يتعين حمل ما في الأصل على هذا فلا يكون قولاً آخر ، لأن ما في الأصل لا يمكن حمله ، على أنه لا يشترط التقابض ، ولو من أحد الجانبين ، لأنه يكون افتراقاً عن دين بدين وهو غير صحيح : فيتعين حمله على أنه لا يشترط منهما جميعاً بل من أحدهما فقط :

فصار الحاصل أن ما في الأصل يفيد اشتراطه من أحد الجانبين ، وما في الجامع اشتراطه منهما ، ثم إن الذي مر اشتراط التعيين في البديلين أو أحدهما مع القبض في المجلس فلو غير معينين لم يصح وإن قبضاً في المجلس فقوله لما مر فيه نظر .

[تنبيه] سئل الحانوتي عن بيع الذهب بالفلوس نسيئة : فأجاب : بأنه يجوز إذا قبض أحد البديلين لما في البرازية لو اشترى مائة فلس بدرهم يكفى التقابض من أحد الجانبين قال : ومثله ما لو باع فضة أو ذهباً بفلوس كما في البحر عن المحيط قال : فلا يفتقر بما في فتاوى قارى الهداية من أنه لا يجوز بيع الفلوس إلى أجل بذهب أو فضة لقولهم لا يجوز إسلام موزون في موزون وإلا إذا كان المسلم فيه مبيعاً كزعفران والفلوس غير مبيعة بل صارت أثماناً اه .

قلت : والجواب حل ما في فتاوى قارى الهداية ، على ما دل عليه كلام الجامع مع اشتراط التقابض من الجانبين فلا يعترض عليه بما في البرازية المحمول على ما في الأصل ، وهذا أحسن مما أجاب به في صرف النهر من أن مراده بالبيع السلم والفلوس لها شبه بالثمن ، ولا يصح السلم في الأثمان ومن حيث إنها عروض في الأصل اكتفى بالقبض من أحد الجانبين تأمل (قوله فيجوز كيفما كان) أي سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أولاً مساوياً لما في الحيوان أولاً نهر (قوله أما لسيئة فلا) لأنها إن كانت في الحيوان أو في اللحم كان سليماً ، وهو في كل منهما غير صحيح نهر (قوله وشرط محمد زيادة المجانس) قال في النهر : وقال محمد إن كان بغير جنسه كلحم البقر بالشاة الحية جاز كيفما كان ، وإن كان بجنسه كلحم شاة بشاة حية فلا بد أن يكون اللحم المفروض أكثر من الذي في الشاة لتكون الشاة بمقابلة مثله من اللحم وبقي اللحم بمقابلة السقط (قوله واو باع مذبوحة بحية) قال في النهر : أما على قولها فظاهر ، وأما على قول محمد ، فلأنه لحم بلحم وزيادة اللحم في إحداهما مع سقطها بازاء السقط اه والظاهر أنه يقال ذلك في المذبوحة بالمذبوحة ط (قوله وكذا بيع المسلموختين ففيه حذاف المضاف وإبقاء المضاف إليه على إعرابه) (قوله عن السقط) بفتحين قال في الفتح المراد به ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلق والجلد والأكارع اه (قوله كرباس) بكسر الكاف ثوب من القطن الأبيض قاموس (قوله كيفما كان) متساوياً أو متفاضلاً اه ح (قوله لاختلافهما جنسا) لأنه وإن اتحد الأصل فقد اختلفت الصفة كالحنطة والخبز ، وذلك لاختلاف جنسهما كما سيأتي ، وعلة في الاختيار باختلاف المقصود والمعيار (قوله في قول محمد) وقال أبو يوسف لا يجوز إلا متساوياً بحر وأفاد أن بيع الكرباس بالقطن لاختلاف فيه وبه صرح في الاختيار .

وهو (الأصح) حاوى ، وفي القنية لا بأس بغزل قطن بتياب قطن يدا بيد لأنهما ليسا بموزونين ولا جنسين (وكذلك غزل كل جنس بثيابه إذا لم توزن و) كبيع (رطب يرطب أو بتمر متائلا) كيلا لاوزنا خلافا للعيني في الحال لا المآل خلافا لها فلز باع مجازة أو موازنة لم يجز اتفاقا ابن ملك (وعنب) بعنب (أو بزبيب) متائلا (كذلك) وكذا كل ثمرة تجف كتين ورمان يباع رطبها برطبها وبيابسها كبيع برطبها أو مبلولا بمثله وباليباس وكذا بيع نمر أو زبيب منقوع بمثله أو باليباس منهما خلافا لمحمد زبلى وفي العناية كل تفاوت خالق كالرطب والتمر والجهد والردى

قلت: لأن القطن بصبر غزلا ثم بصبر كرباسا فالغزل أقرب إلى القطن من الكرباس ، فلذا ادعى أبو يوسف المحانسة بين الغزل والقطن لا بين الكرباس والقطن (قوله وهو الأصح) والفتوى عليه كما في الاختيار وفي البحر أنه الأظهر (قوله وفي القنية) أى عن أبي يوسف (قوله لأنهما ليسا بموزونين) أى بل أحدهما موزون فقط ، وهو الغزل فلم يجمعهما القدر ، فجاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا وقوله : ولا جنسين أى بل هما جنس واحد ، لأنهما من أجزاء القطن ، فلذا قيد بقوله يدا بيد ، فيحرم النساء لاتحاد الجنس ، ويظهر لى أن ما فى القنية محمول على ثياب يمكن نقضها لکن لا تباع وزنا كما قيده آخرا ، فيظهر اتحاد الجنس نظرا لما بعد النقض ، وحيد فلا يخالف قول الشارح في بيع الكرباس بالقطن ، لاختلافهما جنسا ، لأن الكرباس بالنقض يعود غزلا لا قطنيا فاختلف الجنس بعد النقض في صورة بيع الكرباس بالقطن موجود ، لأن القطن مع الغزل جنسان على ما هو الأصح بخلافه في صورة بيعه بالغزل ، ويدل على هذا الحمل قوله في التارخانية عن الغياثية ويجوز بيع الثوب بالغزل كيفما كان إلا ثوبا يوزن وينقض اه فافهم (قوله خلافا للعيني) حيث قال وزنا وكأنه سبق قلم ح (قوله في الحال) متعلق بقوله متائلا (قوله لا المآل) بمد الهمزة أى لا يعتبر التماثل بعد الجفاف (قوله خلافا لها) راجع لقوله أو بتمر وبقولها قالت الأئمة الثلاثة أما بيع الرطب بالرطب ، فهو جائز بالإجماع كما فى النهر وغيره (قوله لم يجز اتفاقا) لأن المجازة والوزن لا يعلم بهما المساواة كيلا ، لأن أحدهما قد يكون أثقل من الآخر وزنا وهو أنقص كيلا أفاده ط (قوله أو بزبيب) فيه الاختلاف السابق ، وقيل لا يجوز اتفاقا بحر وحكى فى الفتح فيه قولين آخرين الجواز اتفاقا ، والجواز عندهما بالاعتبار كالزيت بالزيتون (قوله كذلك) أى فى الحال لا المآل اه ح ، وهذا بالنظر إلى عبارة الشرح أما على عبارة المتن فالإشارة إلى قوله متائلا فافهم (قوله كتين ورمان) وكشمش وجوز وكثرى وإجاص فتح (قوله يباع رطبها برطبها الخ) بفتح الراء وسكون الطاء خلاف اليباس ، وهذا تصريح بوجه الشبه المقاد من قوله وكذا ، وهذا على الخلاف المار بين الإمام وصاحبيه (قوله بمثله) أى رطباً برطباً أو مبلولاً بمبلول وقوله : وباليباس أى رطباً بيباس أو مبلولاً بيباس ، فالصور أربع كما فى العناية (قوله منقوع) الذى فى الهداية والدرر وغيرهما منقوع وفى العزيمة عن المغرب المنقوع بالفتح لا غير من أنقع الزبيب فى الخابية إذا ألقاه يبتل وتخرج منه الخلاوة اه (قوله خلافا لمحمد) راجع لما ذكر فى قوله كبيع بر إلى هنا كما فى الفتح ، وذكر أيضا أن الأصل أن محمدا اعتبر المماثلة فى أعدل الأحوال وهو المآل عند الجفاف وهما اعتبرهما فى الحال إلا أن أبا يوسف ترك هذا الأصل فى بيع الرطب بالتمر ، لحديث النهى عنه ، ولا يلحق به إلا ما فى معناه قال الحلوانى الرواية محفوظة عن محمد أن بيع الحنطة المبلولة باليابسة إنما لا يجوز إذا انتفخت ، أما إذا بليت من ماسحتها يجوز بيعها باليابسة إذا تساويا كيلا (قوله وفى العناية الخ) بيان اضابط فيما يجوز بيعه من المتجانسين المتفاوتين وما لا يجوز : وأورد على الأصل للأول جواز بيع البر المبلول بمثله ، وباليباس مع أن التفاوت بينهما

فہو ساقط الاعتبار وكل تفاوت بصنع العباد كالحنطة بالدقيق والحنطة المقلية بغيرها يفسد كما سيجيء (و) كبيع (لحوم مختلفة بعضها ببعض متفاضلا) يدا بيد (ولبن بقر وغنم وخنم ودقل) بفتحين ردى التمر وخصه باعتبار العادة (بخل عنب وشحم بطن بالية) بالفتح ما يسميه العوام لية (أو لحم وخبز) ولو من بر (ببر أودقيق) ولو منه وزيت مطبوخ بغير المطبوخ ودهن مربى بالبنفسج بغير المربى منه (متفاضلا) أو وزنا كيف كان لاختلاف أجناسها فلو اتحد لم يجز متفاضلا إلا في لحم الطير لأنه لا يوزن عادة حتى لو وزن لم يجز زيما وفي الفتح لحم الدجاج والأوزونى في عامة مصر وفي النهر لعله في زمنه أما في زماننا فلا .

بصنع العبد قال في الفتح : وأجيب بأن الحنطة في أصل الحلقة رطبة وهى مال الربا إذ ذاك والبل بالماء يعيدها إلى ما هو أصل الحلقة فيها فلم يعتبر بخلاف القلى (قوله فهو ساقط الاعتبار) فيجوز البيع بشرط التساوى (قوله كما سيجيء) أى قريبا في قوله لا بيع البر بدقيق الخ (قوله لحوم مختلفة) أى مختلفة الجنس كالحم الإبل والبقر والغنم بخلاف البقر والجاموس والمعز والضأن (قوله يدا بيد) فلا يحل النساء أوجود القدر (قوله ولبن بقر وغنم) الأولى تقديمه على قوله بعضها ببعض ، وفي نسخة ولبن بقر بغم أى بلبن غنم وهذه النسخة أولى (قوله باعتبار العادة) أى باتخاذ الخلل منه (قوله وشحم بطن بالية أو لحم) لأنها وإن كانت كلها من الضأن إلا أنها أجناس مختلفة لاختلاف الأسماء والمقاصد نهر قال ط فقوله بعد لاختلاف أجناسها يرجع إلى هذا أيضا (قوله بالفتح) أى فتح الهمزة وسكون اللام وتخفيف الياء المثناة التحتية (قوله ببرأ ودقيق) لأن الخبز بالصنعة صار جنسا آخر ، حتى خرج من أن يكون مكيلا والبر والدقيق مكيلان ، فلم يجمعهما القدر ولا الجنس حتى جاز بيع أحدهما بالآخر لسببته بخر ويأتى تمامه قريبا (قوله ولو منه) أى ولو كان الدقيق من البر (قوله وزيت مطبوخ بغير المطبوخ الخ) كذا في البحر :

وقال في الفتح واعلم أن المجانسة تكون باعتبار ما في الضمن فتمنع النسبته كما في المجانسة العربية ، وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم ، وتنتفى باعتبار ما أضيفت إليه ، فيختلف الجنس مع اتحاد الأصل ، حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد ، وهو الزيت أو الشيرج فصارا جنسين باختلاف ما أضيفا إليه من الورد أو البنفسج نظرا إلى اختلاف المقصود والغرض وعلى هذا قالوا لو ضم إلى الأصل ما طيبه دون الآخر جاز متفاضلا ، حتى أجازوا بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين من غير المربى ، وكذا رطل زيت مطيب برطلين من زيت لم يطيب فجعلوا الرائحة التى فيها بازاء الزيادة على الرطل اه ملخصا وتمامه فيه فراجعه وعلى هذا فقول الشارح : وزيت مطبوخ إن أراد به المغلى لا يصح ، لأنه لا يظهر فيه اختلاف الجنس أو المطبوخ بغيره فلا يسمى زيتا فتعين أن المراد به المطيب ، وأن صحة بيعه متفاضلا مشروطة بما إذا كانت الزيادة في غير المطيب لتسكون الزيادة فيه بازاء الرائحة التى في المطيب (قوله أو وزنا) المناسب إسقاطه لأنه يفتى عنه قوله بعده كيف كان ولأن قول المصنف متفاضلا قيد لجميع ما مر ، ولذا قال الشارح لاختلاف أجناسها فافهم نعم وقع في النهر لفظ أو وزنا في محله حيث قال : وصح أيضا بيع الخبز بالبر وبالدقيق متفاضلا في أصح الروايتين عن الإمام قيل : هو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة ، وعليه الفتوى عددا أو وزنا كيفما اصطلمحوا عليه لأنه بالصنعة صار جنسا آخر والبر والدقيق مكيلان فالضفت العلتان اه (قوله فلو اتحد) ك لحم البقر والجاموس والمعز والضأن ، وكذا ألبانها نهر (قوله إلا في لحم الطير) فيجوز بيع الجنس الواحد منه كالسمان والعصافير متفاضلا فتح : وفي القهستاني : ولا بأس بلحوم الطير واحدا باثنين يدا بيد كما في الظهيرية (قوله حتى لو وزن) أى واتحد جنسه لم يجز : أى

والحاصل أن الاختلاف باختلاف الأصل أو المقصود أو بتبديل الصفة فليحفظ وجاز الأخير لو الخبر نسيئة به يفتى درر إذا أتى بشرائط السلم لحاجة الناس والأحوط المنع إذ قلما يقبض من جنس مسمى وفي القهستاني معربا للخزاة الأحسن أن يبيع خاتما مثلا من الخباز بقدر ما يزيد من الخبز ويجعل الخبز الموصوف بصفة معلومة ثمنا حتى يصير ديننا في ذمة الخباز ويسلم الخاتم ثم يشتري الخاتم بالبر وفيه معزيا للمضمرات يجوز السلم في الخبز وزنا وكذا عددا وعليه الفتوى

متفاضلا (قوله أن الاختلاف) أي اختلاف الجنس (قوله باختلاف الأصل) كخل الدقل مع خل العنب ولحم البقر مع لحم الضأن (قوله أو المقصود) كشعر المعز ووصوف الغنم ، فإن ما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالوصوف بخلاف لحمهما ولبنهما ، فإنه جعل جنسا واحدا كما مر لعدم الاختلاف أفاده في الفتح (قوله أو بتبديل الصفة) كالخبز مع الخنطة والزيت المطيب بغير المطيب ، وصبارة الفتح وزيادة الصنعة بالنون والعين (قوله وجاز الأخير) وهو بيع خبز ببر أو دقيق (قوله ولو الخبز نسيئة) عبارة الدرر وبالنساء في الأخير فقط والشارح أخذ ذلك من قوله به يفتى لأنه إذا كان المتأخر هو البر جاز اتفاقا لأنه أسلم وزنيا في كيلى ، والخلاف فيما إذا كان الخبز هو النسيئة فعناه وأجازه أبو يوسف ط (قوله والأحوط المنع الخ) قال في الفتح لکن يجب أن يحاط وقت القبض بقبض الجنس المسمى ، حتى لا يصير استبدالا بالسلم فيه قبل قبضه إذا قبض دون المسمى صفة ، وإذا كان كذلك فالاحتياط في منعه ، لأنه قل أن يأخذ من النوع المسمى خصوصا فيمنع بقبض في كل يوم كذا كذا رغيفا (قوله الأحسن الخ) أي في بيع الخبز بالبر نسيئة ، ووجه كونه أحسن كون الخبز فيه ثمنا لا مبيعا ، فلا يلزم فيه شروط السلم تأمل : وأصل المسألة في الذخيرة حيث قال في السلم : وإذا دفع الخنطة إلى خباز جملة ، وأخذ الخبز مفرقا ينبغي أن يبيع صاحب الخنطة خاتما أو سكيننا من الخباز بألف من الخبز مثلا ، ويجعل الخبز ثمنا ويصفه بصفة معلومة حتى يصير ديننا في ذمة الخباز ، ويسلم الخاتم إليه ، ثم يبيع الخباز الخاتم من صاحب الخنطة بالخنطة مقدار ما يريد الدفع ويدفع الخنطة ، فيبقى له على الخباز الخبز الذي هو بمن هكذا قيل ، وهو مشكل عندي قلوا إذا دفع دراهم إلى خباز فأخذ منه كل يوم شيئا من الخبز فكلما أخذ يقول هو على ما قاطعتك عليه اه ما في الذخيرة :

قلت : ولعل وجه الإشكال أن اشتراطهم أن يقول المشتري كلما أخذ شيئا هو على ما قاطعتك عليه ليكون بيعا مستأنفا على شيء متعين وهذا يقتضى أن الخبز لا يصح أن يكون ديننا في الذمة ، وإلا لم يحتج إلى أن يقول المشتري ذلك ، ورأيت معزيا إلى خط المقدسى ما نصه أقول : يمكن دفعه بأن الخبز هنا ثمن بخلاف التي قست عليها فتأهل اه .

أقول : بيانه أن المبيع هو المقصود من البيع ، ولذا لم يجز بيع المعدوم إلا بشروط السلم ، بخلاف الثمن ، فإنه وصف يثبت في الذمة ولذا صح البيع مع عدم وجود الثمن لأن الموجود في الذمة وصف يطابقه الثمن لا عين الثمن كما حققه في الفتح من السلم على أن المقبس عليها لا يلزم فيها قول المشتري ذلك ، لأنه لو أخذ شيئا وسكت بنعقد بيعا بالتعاطى . نعم لو قال حين دفع الدراهم اشتريت منك كذا من الخبز وصار يأخذ كل يوم من الخبز يكون فاسدا والأكل مكروه ، لأنه اشترى خبزا غير مشار إليه ، فكان المبيع مجهولا كما قدمناه عن الولواجية أول البيوع في مسألة بيع الاستجرار (قوله وكذا عددا وعليه الفتوى) هذا وجود في عبارة القهستاني عن المضمرات بهذا اللفظ ، فن نفي وجوده فيها فكانه سقط من نسخة ، ولعل وجه الإفتاء به مبنى على الإفتاء بقول محمد الآتي

وسيجيء جواز استراضه أيضا (و) جاز بيع (البن بالجنين) لاختلاف المقاصد والاسم حاوي (لا) يجوز (بيع البر بدقيق أو سويق) هو المحروش ولا بيع دقيق بسويق (مطلقا) ولو متساويا لعدم المسوى فيحرم لشبهه الربا خلافا لها وأما بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا إذا كانا مكبوسين فجاز اتفاقا ابن مالك كبيع سويق بسويق وحنطة مقلية بمقلية وأما المقلية بغيرها ففاسد كما مر (و) لا (الزيتون بزيت والسهم بمحل) بمهمة الشيرج (حتى يكون الزيت والحل أكثر مما في الزيتون والسهم) ليكون قدره بمثله والزالد بالثفل وكذا كل ما لثقله قيمة كجوز بدهنه ولبن بسمنه وعنب بعصيره فإن لاقيمة له كبيع تراب ذهب بذهب فسد بالزيادة لربا الفضل

في استراضه حددا (قوله وسيجيء) أي قريبا معنا (قوله بدقيق أو سويق) أي دقيق البر أو سويقه بخلاف دقيق الشعير أو سويقه فإنه يجوز لاختلاف الجنس أفاده في الفتح (قوله هو المحروش) أي الخشن وفي القهستاني وغيره السويق دقيق البر المقلى ولعله يجرش فلا ينافي ما قبله (قوله ولا بيع دقيق بسويق) أي كلاهما من الحنطة أو الشعير كما في الفتح فلو اختلف الجنس جاز (قوله ولو متساويا) تفسير الإطلاق (قوله لعدم المسوى) قال في الاختيار والأصل فيه: أن شبهة الربا وشبهة الجنسية ملتصقة بالحقيقة في باب الربا احتياطا للحرمة، وهذه الأشياء جنس واحد نظرا إلى الأصل، والمخلص أي عن الربا هو التساوي في الكيل، وأنه متعلم لانكباس الدقيق في المكيال أكثر من غيره وإذا عدم المخلص حرم البيع (قوله خلافا لها) هذا الخلاف في بيع الدقيق بالسويق كما هو صريح الزيلعي، فأجازاه لأنهما جنسان مختلفان، لاختلاف الاسم والمقصود ولا يجوز لسببه لأن القدر يجمعهما وكذا اقتصر على ذكر الخلاف في هذه المسألة في الهداية وغيرها وفي شرح درر البحار ومنع اتفاقا أن يباع البر بأجزائه كدقيق وسويق ونخالة والدقيق بالسويق ممنوع عنده مطلقا وجوزاه مطلقا (قوله متساويا كيلا) نصب متساويا على الحال وكيلا على التمييز، وهو تمييز لسببه مثل تصيب عرقا والأصل متساويا كيلا فتح (قوله إذا كانا مكبوسين) لم يذكره في الهداية وغيرها بل عزاه في الدخيرة إلى ابن الفضل قال في الفتح وهو حسن، ثم قال: وفي بيعة وزنا روايتان ولم يذكر في الخلاصة إلا رواية المنع، وفيها أيضا سواء كان أحد الدقيقين أخشن أو أدق وكذا بيع النخالة بالنخالة وبيع الدقيق بالمنخول بغير المنخول لا يجوز إلا مماثلا وبيع النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند أبي يوسف بأن تكون النخالة الخالصة أكثر من التي في الدقيق (قوله وحنطة مقلية بمقلية) للمقل الذي يقلى على النار، وهو المحمص عرقا قال في الفتح: واختلفوا فيه قيل يجوز إذا تساويا كيلا، وقيل: لا وعليه حول في المبسوط ووجهه أن النار قد تأخذ في أحدهما أكثر من الآخر والأول أولى اه (قوله ففاسد) أي اتفاقا فتح (قوله والسهم) بكسر السين وحكى فتحهما (قوله الشيرج) بوزن جعفر (قوله حتى يكون الزيت الخ) أي بطريق العلم فلو جهل أو علم أنه أقل أو مساو لا يجوز فالاحتمالات أربع، والجواز في أحدها فتح وكتب بعضهم هنا أنه يؤخذ من نظائره في باب الصرف اشتراط القبض لكل من المبيع والثمن في المجلس بعد هذا الاعتبار مخصوصا من تعليل الزيلعي بقوله لاتحاد الجنس بينهما معنى باعتبار ما في ضمتهما، وإن اختلفا صورة فثبت بذلك شبهة المحالسة والربا يثبت بالشبهة اه.

قلت: وفيه غفلة عما تقدم متنا من أن التقابض معتبر في الصرف أما غيره من الربويات فالمعتبر فيه التحيين وتعليل الزيلعي بالجنسية لوجوب الاعتبار وحرمة التفاضل بدونه فتدبر (قوله بالثفل) بضم التاء المثناة ما استقر تحت الشيء من كدره قاموس وغيره (قوله كجوز بدهنه الخ) قال في الفتح وأظن أن لا قيمة لثفل الجوز إلا أن يكون يبيع بقشره فيوقد وكذا العنب لا قيمة لثقله فلا تشتت زيادة العصير على ما يخرج اه (قوله فسد بالزيادة) ولا بد من المساواة لأن التراب لا قيمة له فلا يجعل بازائه شيء ممنوع ط؟

(ويستقرض الخبز وزنا وعددا) عند محمد وعليه الفتوى ابن ملك واستحسنه الكمال واختاره المصنف تيسيرا.
وفي المجتبى: باع رخيصا نقدا برخيصين نسبته جاز وبعكسه لاوجاز: بيع كسيرانه كيف كان (ولاربا بين سيد وعبد)
ولو مدبرا لامكاتبيا (إذا لم يكن دينه مستغرقا لرقبته وكسبه) فلو مستغرقا يتحقق الربا اتفاقا ابن ملك وغيره
لكن في البحر عن المعراج التحقيق الإطلاق وإنما يرد الزائد لا للربا بل لتعلق حق الغرماء (ولا) ربا (بين متفاوضين
وشريكي عنان إذا تبايعا من مالها) أي مال الشركة زيلعي

[تنبيه] مثل ما ذكر في الوجوه الأربعة بيع شاة ذات لبن أو صوف بلبن أو صوف والرطب بالدبس والقطن
بجبه والتمر بنواه ونمامه في القهستاني (قوله عند محمد) وقال أبو حنيفة: لايجوز وزنا لا عددا وقال أبو يوسف:
يجوز وزنا لا عددا وبه جزم في الكنز في الزيلعي أن الفتوى عليه (قوله وعليه الفتوى) وهو المختار لتعامل الناس
وحاجاتهم إليه ط عن الاختيار وما عراه الشارح إلى ابن ملك ذكره في القنارخانية أيضا كما قدمناه في فصل الفرض
(قوله واستحسنه الكمال) حيث قال ومحمد يقول: قد أهدر الجبران تفاوته وبينهم يكور اقتراضه غالبا والقياس
يترك بالتعامل، وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف وأنا أرى أن قول محمد أحسن (قوله وبعكسه لا)
أي وإذا كان الرخيصان نقدا والرخيص نسبته لايجوز بحر ونهر عن المجتبى. وهكذا رأيت في المجتبى فافهم: وانظر ماوجه
المسألين وقال ط في توجيه الأولى، لأنه عددي متفاوت، فيجعل الرخيص بمقابلة أحد الرخيصين، والأجل
يجعل رخيصا حكما بمقابلة الرخيص الثاني مجتبي اه ولم أره في المجتبى. ويرد عليه أنه منى وجد الجنس حرم النساء كما عر
في بيع تمر بتمرين، وأيضا التعليل بأنه عددي متفاوت يقتضي عدم الجواز، ولذا لما أجاز محمد استقراضه
علاه بإهدار التفاوت فكيف يجعل التفاوت علة الجواز، وعلاه شيخنا بأن تأجيل الثمن جائز دون البيع، وفيه أن
لايظهر هذا في الكسرات:

والحاصل: أنه مشكل ولذا قال السائحاني: إن هذا الفرغ خارج عن القواعد، لأن الجنس بانفرادة محرم
النساء فلا يعمل به حتى ينص على تصحيحه كيف وهو من صاحب المجتبى (قوله كيف كان) أي نقدا ونسبته
مجتبي (قوله ولا ربا بين السيد وعبد) لأنه وما في يده لولاه فلا يتحقق الربا لعدم تحقق البيع فتمتع (قوله ولو مدبرا)
دهل أم الولد كما في الفتح (قوله لا مكاتبيا) لأنه صار كالحريدا وتصرفا في كسبه نهر (قوله إذا لم يكون دينه
مستغرقا) وكذا إذا لم يكن عليه دين أصلا بالأولى فافهم (قوله يتحقق الربا اتفاقا) أما عند الإمام فليعدم ملكه
لما في يد عبده المأذون المديون، وأما عندهما فلا لأنه إن لم يزل (١) ملكه عما في يده، لكن تعلق بما في يده حق
الغرماء فصار المولى كالأجنبي، فيتحقق الربا بينهما كما يتحقق بينه وبين مكاتبه فتمتع (قوله التحقيق بالإطلاق) أي
عن الشرط المذكور كما فعل في الكنز تبعا للمبسوط، وقد تبع المصنف الهداية (قوله لا للربا بل لتعلق حق الغرماء)
لأنه أخذه بغير عوض ولو أعطاه العبد درهما بدرهمين لايجب عليه الرد أي على المولى كما في صرف المحيط نهر
(قوله إذا تبايعا من مال الشركة (٢)) الظاهر أن المراد إذا كان كل من البديلين من مال الشركة ما لو اشترى
أحدهما درهمين من مال الشركة بدرهم من ماله مثلا فقد حصل للمشتري زيادة وهي حصة شريكه من الدوهم

(١) (قوله فلا أنه إن لم يزل) هكذا بخطه ولعله سقط من قوله للوا قبل أن والأصل فلا أنه وإن لم يزل للع فاعلم اه مصححه .

(٢) (قوله إذا تبايعا من مال الشركة) هكذا بخطه والذي في المتن: إذا تبايعا من مالها قال الشارح بعبء أي من مال الشركة

(ولا بين حربى ومسلم) مستأمن ولو بعقد فاسد أو قمار (ثمة) لأن ماله ثمة مباح فيحل برضاه مطلقا بلا غدر خلافا للثانى والثلاثة (و) حكم (من أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر كحربى) فللمسلم لربا معه خلافا لهما لأن ماله غير معصوم فلو هاجر إلينا ثم عاد إليهم فلا ربا اتفاقا جوهرية : قلت : ومنه يعلم حكم من أسلم ثمة ولم يهاجرا .

الزائد بلا عوض وهو عين الربا تأمل (قوله ولا بين حربى ومسلم مستأمن) احتراز بالحربى عن المسلم الأصلى والذى ، وكذا عن المسلم الحربى إذا هاجر إلينا ثم عاد إليهم ، فإنه ليس للمسلم أن يرابى معه اتفاقا كما يذكره الشارح ، ووقع فى البحر هنا غلط حيث قال : وفى المجتبى مستأمن منا باشر مع رجل مسلما كان أو ذميا فى دراهم أو من أسلم هناك شيئا من العقود التى لا تجوز فيما بيننا كالربويات وبيع الميتة جاز عندهما خلافا لأبى يوسف اه فان مدلوله جواز الربا بين مسلم أصلى مع مثله أو مع ذمى هنا ، وهو غير صحيح لما علمته من مسألة المسلم الحربى ، والذى رأيت فى المجتبى هكذا مستأمن من أهل دارنا مسلما كان أو ذميا فى دراهم أو من أسلم هناك باشر معهم من العقود التى لا تجوز الخ وهى عبارة صحيحة فما فى البحر تحريف فتنبه (قوله ومسلم مستأمن) مثله الأسير لكن له أخذ ماله ولو بلا رضاهم كما مر فى الجهاد (قوله ولو بعقد فاسد) أى ولو كان الربا بسبب عقد فاسد من غير الأموال الربوية كبيع بشرط كما حققناه فيما مر ، وأعم منه عبارة المجتبى المذكورة وكذا قول الزيلعى ، وكذا إذا تبايعا فيها بيا فاسدا (قوله ثمة) أى فى دار الحرب قيد به لأنه لو دخل دارنا بأمان فباع منه مسلم درهما بدرهمين لا يجوز اتفاقا عن مسكين (قوله لأن ماله ثمة مباح) قال فى فتح القدير : لا يخفى أن هذا التعليل إنما يقتضى حل مباشرة العقد إذا كانت الزيادة ينالها المسلم ، والربا أعم من ذلك إذ يشمل ما إذا كان الدرهمان أى فى بيع درهم بدرهمين من جهة المسلم ومن جهة الكافر : وجواب المسألة بالحل عام فى الوجهين وكذا القمار قد يفضى إلى أن يكون مال الخطر للكافر بأن يكون الغلب له ، فالظاهر أن الإباحة بقيد نيل المسلم الزيادة ، وقد ألزم الأصحاب فى الدرس أن مرادهم من حل الربا والقمار ما إذا حصلت الزيادة للمسلم نظرا إلى العلة وإن كان إطلاق الجواب خلافاً والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب اه :

قلت : ويبدل على ذلك ما فى السير الكبير وشرحه حيث قال : وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان ، فلا بأس بأن يأخذ منهم أموالهم بطيب أنفسهم بأى وجه كان لأنه إنما أخذ المباح على وجه عرى عن الغدر فيكون ذلك طيبا له والأسير والمستأمن سواء حتى لو باعهم درهما بدرهمين أو باعهم مائة بدراهم أو أخذ مالا منهم بطريق القمار فذلك كله طيب له اه ملخصا .

فانظر كيف جعل موضوع المسألة الأخذ من أموالهم برضاهم ، فعلم أن المراد من الربا والقمار فى كلامهم ما كان على هذا الوجه وإن كان اللفظ عاما لأن الحكم يدور مع علته غالبا (قوله مطلقا) أى ولو بعقد فاسد ط (قوله بلا غدر) لأنه لما دخل دراهم بأمان ، فقد التزم أن لا يغيرهم وهذا القيد لزيادة الإيضاح ، لأن ما أخذه برضاهم لا غدر فيه (قوله خلافا للثانى) أى أبى يوسف وخلافه فى المستأمن دون الأسير (قوله والثلاثة) أى الأئمة الثلاثة (قوله لأن ماله غير معصوم) العصمة الحفظ والمنع ، وقال فى الشرنبلالية : لعله أراد بالعصمة التقوم أى لا تقوم له ، فلا يضمن بالانلاف لما قال فى البدائع معللا لأبى حنيفة ، لأن العصمة وإن كانت ثابتة فالتقوم ليس بثابت عنده حتى لا يضمن بالانلاف وعندهما نفسه وماله معصومان مقومان اه (قوله فلا ربا اتفاقا) أى لا يجوز الربا معه فهو نفي بمعنى النهى كما فى قوله تعالى - فلا رفا ولا فسوق - فافهم (قوله ومنه يعلم الخ) أى

والحاصل أن الربا حرام إلا في هذه الست مسائل :

باب الحقوق

في البيع

آخرها لتبعيتها ولتبعيته ترتيب الجامع الصغير (اشترى بيتا فوقه آخر لا يدخل فيه العلو) مثلث العين (ولو قال بكل حق) هو له أو بكل قليل وكثير (مالم ينص عليه) لأن الشيء لا يستتبع مثله (وكذا لا يدخل) العلو (بشرائه منزل) هو مالا اصطبل فيه (إلا بكل حق هو له أو بمرافقه) أي حقوقه كطريق ونحوه وعند الثاني المرافق المنافع أشباه (أو بكل قليل أو كثير هو فيه أو منه

يعلم مما ذكره المصنف مع تعليقه أن من أسلما ثمة ولم يهاجرا لا يتحقق الربا بينهما أيضا كما في النهر عن الكرماني وهذا يعلم بالأولى (قوله إلا في هذه الست مسائل) أولها السيد مع عبده وآخرها من أسلما ولم يهاجرا يستحق أن يقول المسائل بالتعريف والله سبحانه أعلم :

باب الحقوق

جمع حق والحق خلاف الباطل ، وهو مصدر حق الشيء من بابي ضرب وقتل إذا وجب وثبت ، وهذا يقال لمرافق الدار حقوقها أه : وفي البناية : الحق ما يستحقه الرجل وله معان أخر منها ضد الباطل أه وتامه في البحر . وفي النهر أعلم أن الحق في العادة يذكر فيما هو تبع للمبيع ، ولا بد له منه ولا يقصد إلا لأجابه كطريق والشرب للأرض ويأتي تمامه (قوله لتبعيتها) أي لأن الحقوق توابع فيلحق ذكرها بعد مسائل البيوع بحر عن المعراج قال بعضهم : ولهذا الباب مناسبة خاصة بالربا لأن فيه بيان فضل هو حرام ، وهنا بيان فضل على المبيع هو حلال (قوله ولتبعيته) أي المصنف وكذا صاحب الكنز والهداية (قوله مثلث العين) واللام ساكنة ط عن الحموى (قوله لأن الشيء) علة لقوله لا يدخل فيه العلو ، وذلك أن البيت اسم لمسقف واحد جعل لبيات فيه ، ومنهم من يزيد له دهليزا فإذا باع البيت لا يدخل العلو مالم يذكر اسم العلو صريحا ، لأن العلو مثله في أنه مسقف بيات فيه والشيء لا يستتبع مثله ، بل ما هو أدنى منه فتح ، ولم يدخل بذكر الحق لأن حق الشيء تبع له فهو دونه والعلو مثل البيت لادونه (قوله هو مالا اصطبل فيه) قال في الفتح : المنزل فوق البيت ودون الدار ، وهو اسم لمكان يشتمل على بيتين أو ثلاثة ينزل فيها ليلا ونهارا وله مطبخ وموضع قضام الحاجة ، فيتأوى السكنى بالعيال مع ضرب قصور إذ ليس له صحن غير مسقف ولا اصطبل الدواب ، فيكون البيت دونه ، ويصالح أن يستتبعه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع غير متوقف على التخصيص على اسمه الخاص ، ولشبهه بالبيت لا يدخل بلا ذكر زيادة أه أي زيادة ذكر التوابع أي قوله بكل حق هو له الخ (قوله أي حقوقه) في جامع النصولين من الفصل السابع أن الحقوق عبارة عن مسيل وطريق وغيره وفاقا ، والمرافق عند أبي يوسف عبارة عن منافع الدار وفي ظاهر الرواية المرافق هي الحقوق ، وإليه يشير قوله أي بمرافقه نهر ، فعلى قول أبي يوسف المرافق أعم لأنها توابع الدار مما يرتفق به كالمئوض والمطبخ كما في الفهستاني - وقدم قبله أن حق الشيء تابع لا بد له منه كطريق والشرب أه فهو أخص تأمل (قوله كطريق) أي طريق خاص في ملك إنسان ويأتي بيانه (قوله هو فيه أو منه) أي هو داخل فيه أو خارج منه بأو دون الواو على ما اختاره أصحابنا كما ذكره الصيرفي ، والجملة صفة لحق مقدر لا لقليل أو كثير فإن الصفة لا توصف ولا لكل على رأي كما تقرر وبهذا التقرير اندفع طعن أبي يوسف على محمد

ویدخل (العلو) بشراء دار وإن لم يذكر شيئا) ولو الأبنية بتراب أو بخيام أو قباب وهذا التفصيل عرف الكوفة
وفي عرفنا بدخل العلو بلا ذكر في الصور كلها فتح وكافي سواء كان المبيع بيتا فوقه علو أو غيره إلا دار الملك
فتسمى سراى نهر (ك) ما يدخل في شراء الدار (الكنيف وبئر الماء والأشجار التي في صحنها و) كذا (البستان
الداخل) وإن لم يصرح بذلك (لا) البستان (الخارج إلا إذا كان أصغر منها) فيدخل تبعا ولو مثلها أو أكبر فلا
إلا بالشرط زيلعى وعينى (والظلة لا تدخل في بيع الدار) لبنائها على الطريق فأخذت حكمه (إلا بكل حق ونحوه)
بما مر وقالوا إن مفتحتها في الدار تدخل كالعلو (ويدخل الباب الأعظم في بيع بيت أو دار مع ذكر المرافق) لأنه
من مرافقها خانية (لا) يدخل (الطريق والمسبل

بدخول الأمتعة فيها وطعن زفر عليه بدخول الزوجة والولد والحشرات قهستاني (قوله بشراء دار) هي
اسم لساحة أدير عابها الحدود تشتمل على بيوت وإصطبل وصحن غير سقف وعلو ، فيجمع فيها بين الصحن
للاسترواح ومنافع الأبنية الإسكان فتح (قوله سواء كان المبيع بيتا الخ) عبارة النهر قاوا هذا في عرف
أهل الكوفة ، أما في عرفنا فيدخل العلو من غير ذكر في الصور كلها سواء كان المبيع بيتا فوقه علوا ومنزلا
كذلك ، لأن كل مسكن يسمى خانة في العجم ، وأو علوا سواء كان صغيرا كالبيت أو غيره إلا دار الملك
فتسمى سراى اه وهو مأخوذ من الفتح لكن قوله وأو علوا صوابه وله علو كما في عبارة الفتح وعبارة الهداية
ولا يخلو عن علو :

مطلب الأحكام تبتنى على العرف

قلت : وحاصله أن كل مسكن في عرف العجم يسمى خانة إلا دار الملك تسمى سراى واخلانها لا يخلو عن علو
فلذا دخل العلو في الكل ، وظاهره أن البيع يقع عندهم بلفظ خانة لكن في البحر عن الكافي وفي عرفنا يدخل
العلو في الكل سواء باع باسم البيت أو المنزل أو الدار والأحكام تبتنى على العرف ، فيعتبر في كل إقليم وفي كل عصر
عرف أهله اه :

قلت : وحيث كان المعتبر العرف فلا كلام سواء كان باسم خانة أو غيره ، وفي عرفنا لو باع بيتا من دار ،
أو باع دكانا أو إصطبلا أو نحوه لا يدخل علو المبنى فوقه مالم يكن باب العلو من داخل المبيع (قوله إلا دار الملك)
المستثنى منه غير المذكور في كلامه كما علم مما ذكرناه (قوله الكنيف) أى ولو خارجا مبنيا على الظلة لأنه يعد من الدار
بحر وهو المستراح ، وبعضهم يعبر عنه ببيت الماء نهر (قوله والأشجار) أى دون أثمارها إلا بالشرط كما مر في فصل
ما يدخل في المبيع تبعا ، وفيه بيان مسائل يحتاج إلى مراجعتها هنا (قوله فيدخل تبعا) قيده الفقيه أبو جعفر بما إذا كان
مفتحة فيها (قوله والظلة لا تدخل) في المغرب قول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي فوق الباب ، وأدعى
في إيضاح الإصلاح أن هذا وهم بل هي الساباط الذي أحد طرفيه على الدار والآخر على دار أخرى أو على الأسطوانات
التي في السكة ، وعليه جرى في فتح القدير وغيره نهر (قوله ويدخل الباب الأعظم) أى إذا كان له باب أعظم
وداخله باهر آخر دونه ، وقوله مع ذكر المرافق يفيد أنه لا يدخل بدونه وهو خفى ، فإن الظاهر أنه مثل الطريق
إلى سكة كما يأتي فتأمل .

وقد يقال إن صورة المسألة مالمو باع بيتا من دار فيدخل في البيع باب البيت فقط دون باب الدار الأعظم ،
وكذا لو باع دارا داخل دار أخرى لا يدخل باب الدار الأخرى أيضا بدون ذكر المرافق ، بخلاف ما إذا كان البابان
للمبيع وحده ، وكان يتوصل من أحدهما إلى الآخر تأمل (قوله لا يدخل الطريق الخ) بوم أنه لا يدخل مع ذكر

والشرب إلا بنحو كل حق)

المراقق ، وليس كذلك فكان عليه أن يقول وكذا الطريق الخ وبه يستغنى عن الاستثناء بعده قال في الهداية :
ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل
قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل ، لأنه خارج الحدود إلا أنه من القوابع فيدخل بذكر القوابع اه قال في الفتح
وفي المحيط : المراد الطريق الخاص في ملك إنسان فأما طريقها إلى سكة غير نافذة أو إلى الطريق العام ، فيدخل
وكذا ما كان له من حق تسهيل الماء وإلقاء الثلج في ملك إنسان خاصة اه فلا يدخل كما في الكفاية عن شرح الطحاوي
وقال فخر الإسلام : إذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها في دار أخرى لا يدخل بلا ذكر الحقوق لأنه ليس
من هذه الدار اه .

وصورته : إذا كانت دار داخل دار أخرى للبائع أو غيره فباع الداخلة فطريقها في الدار الخارجة ليس
من الدار المبيعة بل من حقوقها فلا يدخل فيها بلا ذكر الحقوق ونحوها ، فصار بمنزلة بيع بيت أو نحوه من دار
فإن طريقه في الدار لا يدخل فيه لأنه ليس منه بل خارج عن حدوده كما مر عن الهداية فما أورده في الفتح مع أن
تعليق فخر الإسلام يقتضي أن الطريق الذي في هذه الدار يدخل ، وهو خلاف ما في الهداية ففيه نظر فتدبر .
[تنبيه] قال في الكفاية : وفي الذخيرة بذكر الحقوق إنما يدخل الطريق الذي يكون وقت البيع لا الطريق
الذي كان قبله ، حتى أن من سد طريق منزله وجعل له طريقا آخر وباع المنزل بحقوقه دخل في البيع الطريق الثاني
لا الأول اه وفي الفتح عن فخر الإسلام فإن قال البائع : ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرى فالمشترى لا يستحق
الطريق ، ولكن له أن يردّها بالعبء ، ولو كان عليها جذوع لدار أخرى ، فإن كانت للبائع أمر برفعها ، وإن لغيره
كانت بمنزلة العبء ولو ظهر فيها طريق أو مسيل ماء لدار أخرى للبائع فلا طريق له في المبيعة اه .

وفي حاشية الرملي عن النوازل : له داران مسيل الأولى على سطح الثانية فباع الثانية بكل حق لها ثم باع
الأولى من آخر فله المشتري الأول منع الثاني من التسهيل على سطحه . إلا إذا استثنى البائع المسيل وقت البيع اه . ملخصا
قال : وما وقع في الخلاصة والبرزازية عن النوازل من أنه ليس للأول منع الثاني سبق قلم لأن الذي في النوازل ما قدمناه
ومثله في الولوالجية وبه علم جواب حادثة الفهوى له كزمان طريق الأول على الثاني فباع لبنته الثاني على أن له المرور فيه
كما كان فباعته لأجنبي ليس للأجنبي منع الأب ،

[تنمة] جرى العرف في بلاد الشام أنه إذا كان في الدار ميازيب مركبة على سطحها أو بركة ماء في صحنها
أو نهر كنيف تحت أرضها وهو المسمى بالمالح دخول حق التسهيل (١) في الميازيب : وفي النهر المذكور : ودخول
شرب البركة الجاري إليها وقت البيع وإن لم ينصوا على ذلك ، ولا سيما ماء البركة فإنه مقصود بالشراء حتى
إن الدار بدونه ينقص ثمنها نقصا كثيرا وقد مر ألفا عن الكافي أن الأحكام تبتنى على العرف وأنه يعتبر في كل إقليم
وعصر عرف أهله ، وقد لبنا على ذلك في فصل ما يدخل في البيع ، وأبدناه بما في الذخيرة من أن الأصل أن ما كان
من الدار متصلا بها يدخل في بيعها تبعا بلا ذكر ، وما لا فلا يدخل بلا ذكر إلى ما جرى العرف أن البائع لا يمنعه
عن المشتري ، فيدخل المفتاح استحسانا للعرف بعدم منعه ، بخلاف القفل ومفتاحه والسلم من خشب إذا لم يكن
متصلا بالبناء ، وقد منا هناك عن البحر أن السلم الغير المتصل يدخل في عرف مصر القاهرة لأن بيوتهم طبقات لا ينتفع بها
بدوله ، وتمام ذلك في رسالتنا نشر العرف واقه سبحانه أعلم (قوله والشرب) بكسر الشين المعجمة الحظ مع الماء

(١) (قوله دخول حق التسهيل) هكذا بخطه ولعل الأصوب التصحيح بدخول ليكرن جواب إذا أو خبر إن تأمل اه موضحه .

ونحوه مما ر (بخلاف الإجارة) لدار وأرض فتدخل بلا ذكر لأنها تعقد للانتفاع لا غير (والرهن والوقف) خلاصة (ولو أقر بدار أو صالح عليها أو أوصى بها ولم يذكر حتموقها ومرافقتها لا يدخل الطريق) كالبيع ولا يدخل في القسمة وإن ذكر الحقوق والمرافق إلا برضا صريح نهر عن الفتح وفي الحواشي البيهقوية ينبغي أن يكون الرهن كالبيع إذ لا يقصد به الانتفاع :

قلت : هو جيد لولا مخالفته للمنقول كما مر ، ولفظ الخلاصة ويدخل الطريق في الرهن والصدقة الموقوفة كالإجارة واعتمده المصنف تبعاً للبحر : نعم ينبغي أن تكون الهبة والنكاح والخلع والعق على مال كالبيع والوجه فيها لا يخفى اه .

باب الاستحقاق

هو طلب الحق (الاستحقاق نوعان) أحدهما (مبطل للملك)

وفي الخاتمة : رجل باع أرضاً بشرها فالمشترى قدر ما يكفيها ، وليس له جميع ما كان للبائع اه عزيمة (قوله ونحوه) لاجابة إليه مع المتن (قوله مما ر) أي من ذكر المرافق أو كل قليل وكثير منه ط (قوله فتدخل بلا ذكر) أي يدخل الطريق والمسبل والشرب نهر (قوله لأنها الخ) أي لأن الإجارة تعقد للانتفاع بعين هذه الأشياء والبيع ليس كذلك ، فإن المقصود منه في الأصل ملك الرقبة لا خصوص الانتفاع بل هو أو لينجر فيها أو يأخذ نقضها نهر قال الزيلعي : ألا ترى أنه لو استأجر الطريق من صاحب العين لا يجوز يعني لعدم الانتفاع به بدون العين فتعين الدخول فيها ، ولا يدخل مسبل ماء الميزاب إذا كان في ملك خاص ولا مسقط الثلج فيه اه : ومثله في المنع عن العيني وفي حواشي مسكين أن هذا تقييد لقول المصنف بخلاف الإجارة فأفاد أن دخول المسبل في الإجارة بلا ذكر الحقوق مقيد بما إذا لم يكن في ملك خاص (قوله كالبيع) أفاد به أن الشرب والمسبل في حكم الطريق ط (قوله ولا يدخل في القسمة الخ) حاصل ما في الفتح : أنهما إذا اقتسما ولأحدهما على الآخر مسبل أو طريق ولم يذكر الحقوق لا تدخل ، لكن إن أمكن له إحداها في نصيبه فالقسمة صحيحة وإلا فلا ، بخلاف الإجارة ، لأن الأجر إنما يستوجب الأجر إذا تمكن المستأجر من الانتفاع ، ففي إدخال الشرب توفير المنفعة عليهما ، وإن ذكر الحقوق في القسمة دخلت إن لم يمكن إحداها لا إن أمكن إلا برضا صريح ، لأن المقصود بالقسمة تمييز الملك لكل منهما لينتفع به على الخصوص ، بخلاف البيع فإن الحقوق تدخل بذكرها وإن أمكن إحداها لأن المقصود منه إيجاد الملك اه ومثله في الكفاية عن الفوائد الظهيرية وفي النهر عن الوهبانية إذا لم يمكن فتح باب ، وقد علم ذلك وقت القسمة صحت وإن لم يعلم فسدت اه أي لأنه عيب وينبغي أن يقيده بذلك قول الفتح ، وإلا فلا أي وإن لم يمكن إحداها فلا تصح القسمة إن لم يعلم بذلك وقتها لأنه إذا علم يكون راضياً بالعيب تأمل (قوله نهر عن الفتح) كان عليه أن يؤخر العزو إلى النهر آخر العبارة فإن جميع ما أتى مذكور فيه اهح (قوله كما مر) أي في المتن وعزاه الشارح إلى الخلاصة (قوله أن تكون الهبة) أي هبة الدار (قوله على مال) عبارة النهر على دار وهو متعلق بالثلاثة (قوله والوجه فيها لا يخفى) لأنها لاستحداث ملك لم يكن لا خصوص الانتفاع بخلاف الإجارة والله سبحانه أعلم :

باب الاستحقاق

ذكره بعد الحقوق للمناسبة بينهما لفظاً ومعنى وأولاً هذا لكان ذكره عقب الصرف أولى نهر (قوله هو طلب الحق) أفاد أن السين والياء للطلب ، لكن في المصباح : استحق فلان الأمر استوجبه قاله الفارابي وجماعة

بالكلية (كالمعتق) والحرية الأصلية (ونحوه) كتدبير وكتابة (و) ثانيهما (ناقل له) من شخص إلى آخر (كالاستحقاق به) أي بالملك بأن ادعى زيد على بكر أن مافي يده من العبد ملك له وبرهن (والناقل لا يوجب فسخ العقد) على الظاهر لأنه لا يوجب بطلان الملك (والحكم به حكم على ذي اليد وعلى من تلقى) ذو اليد (الملك منه)

فالأمر مستحق بالفتح اسم مفعول ، ومنه خرج المبيع مستحقا له فأشار إلى أن معناه الشرعي موافق للغوي ، وهو كون المراد بالاستحقاق ظهور كون الشيء حقا واجبا للغير (قوله بالكلية) أي بحيث لا يبقى لأحد عليه حق التملك منح ودرر ، والمراد بالأحد أحد الباعة مثلا لا المدعى فإن له حق التملك في المدبر والمكاتب والاستحقاق فيها من المبطل كما ذكره بعد ط (قوله والناقل لا يوجب فسخ العقد) بل يوجب توقفه على إجازة المستحق كذا في النهاية وتبعه الجماعة . واعترضه شارح بأن غايته أن يكون بيع فضولي ، وفيه إذا وجد عدم الرضا يفسخ العقد ، وإثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا ، والمفسوخ لا تلحقه إجازة . قال في الفتح : وما في النهاية هو المنصور وقوله إثبات الاستحقاق دليل على عدم الرضا أي بالبيع ليس بلازم لجواز أن يكون دليل عدم الرضا بأن يذهب من يده مجانا ، وذلك لأنه لو لم يدع الاستحقاق ويثبته استمر في يد المشتري من غير أن يحصل له عينه ولا بد له فإثباته ليحصل أحدهما إما العين أو البديل بأن يجز ذلك البيع :

ثم اعلم أنه اختلف في البيع متى يفسخ ؟ فقيل إذا قبض المستحق ، وقيل بنفس القضاء ، والصحيح أنه لا يفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن ، حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى له أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح ، وقال الحلواني : الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات ما لم يرجع كل هلى بائعه بالقضاء ، وفي الزيادات روى عن الإمام أنه لا ينتقض ما لم يأخذ العين ، بحكم القضاء وفي ظاهر الرواية لا يفسخ ما لم يفسخ وهو الأصل له ومعنى هذا أن يتراضيا على الفسخ ، لأنه ذكر فيها أيضا أنه ليس للمشتري الفسخ بلا قضاء أو رضا البائع لأن احتمال إقامة البائع البيئنة على النتائج ثابت إلا إذا قضى القاضى فيأزم فيفسخ ، وتماه في الفتح : فقد اختلف التصحيح فيما يفسخ به العقود ، ويأتى قريبا عن الهداية أنه لا ينتقض في ظاهر الرواية ما لم يقض على البائع بالثمن ، ويمكن التوفيق بين هذه الأقوال بأن المقصود أنه لا ينتقض بمجرد القضاء بالاستحقاق ، بل يبقى العقد موقوفا بعده على إجازة المستحق ، أو فسخه على الصحيح ، فإذا فسخه صريحا فلا شك فيه ، وكذا لو رجع المشتري على بائعه بالثمن وسلمه إليه ، لأنه رضى بالفسخ ، وكذا لو طلب المشتري من القاضى أن يحكم على البائع بدفع الثمن ، فحكم له بذلك أو تراضيا على الفسخ ، ففي ذلك كله يفسخ العقد فليس المراد من هذه العبارات حصر الفسخ بواحد من هذه الصور ، بل أيها وجد بعد الحكم بالاستحقاق انفسخ العقد هذا ما ظهر لي في هذا المقام . بقى شيء : وهو أنه يثبت للبائع الرجوع على بائعه بالثمن ، وإن كان قد دفع الثمن إلى المشتري بلا إلزام القاضى إياه وهذا مذهب محمد وعليه الفتوى خلافا لأبي يوسف كما في الحامدية ونور العين عن جواهر الفتاوى (قوله لأنه لا يوجب بطلان الملك) أي ملك المشتري لأن الاستحقاق أظهر توقف العقد على إجازة المستحق أو فسخه كما علمت (قوله حكم على ذي اليد) حتى يؤخذ المدعى من يده درر ، وهذا إذا كان خصما فلا يحكم على مستأجر ونحوه (قوله وعلى من تلقى ذو اليد الملك منه) هذا مشروط بما إذا ادعى ذو اليد الشراء منه . ففي البحر عن الخلاصة : إذا قال المشتري في جواب دعوى الملك هذا ملكي لأني شريته من فلان صار البائع مقضيا عليه ويرجع المشتري عليه بالثمن : أما إن قال في الجواب ملكي ولم يزد عليه لا يهبر البائع مقضيا عليه والإرث كالشراء نص عليه في الجامع الكبير :

ولو مورثه فيتعدى إلى بقية الورثة أشباهه (فلا تسمع دعوى الملك منهم) للحكم عليهم (بل دعوى النتاج ولا يرجع)
أحد من المشترين (على بائعه مالم يرجع عليه

وصورته : دار بيد رجل يدعى أنها له فجاء آخر وادعى أنها له وقضى له بها فجاء أخو المقضى عليه ،
وادعى أنها كانت لأبيه تركها ميراثا له وللمقضى عليه يقضى للأخ المدعى بنصفها لأن ذلك لم يقل ملكي لأنى ورثتها
من أبى ليصير الأخ مقضيا عليه ، وكذا لو أقر الأخ المقضى عليه أنه ورثها من أبيه بعد إنكاره وإقامة البينة ولو أقر
بالإرث قبل إقامة البينة لا تسمع دعوى الأخ اه قال : وذكر قبله إذا صار المورث مقضيا عليه في حدود فوات فادعى
وارثه ذلك المحدود إن ادعى الإرث من هذا المورث لا تسمع ، وإن ادعى مطلقا تسمع وإن كان المورث مدعيا
وقضى له ثم بعد موته ادعى وارث المقضى عليه على وارث المقضى له هذا المحدود مطلقا لا تسمع اه .

[فرع] فى البرازية : مسلم باع عبدا من نصرانى فاستحقه نصرانى بشهادة نصرانيين لا يقضى له ، لأنه لو قضى له
لرجع بالثمن على المسلم (قوله ولو مورثه) الضمير عائد على من فى قوله وعلى من تلقى الملك منه : أى لو اشتراه ذو
اليدين من مورثه ، فالحكم عليه بالاستحقاق حكم على المورث ، فلا تسمع دعوى بقية الورثة على المستحق بالإرث
(قوله فلا تسمع دعوى الملك منهم) تفريع على قوله والحكم به حكم على ذى اليد الخ درر : وأتى بضمير الجمع
إشارة إلى شمول ما لو تعدد البيع من واحد إلى آخر وهكذا ، ولذا قال فى الدرر بلا واسطة أو وسائط
و فرغ فى الفرر على ذلك أيضا : أنه لا تعاد البينة للرجوع قال فى شرحه يعنى إذا كان الحكم للمستحق حكما على
الباعة فإذا أراد واحد من المشترين أن يرجع على بائعه بالثمن لا يحتاج إلى إعادة البينة (قوله بل دعوى النتاج)
عبارة الفرر : بل دعوى النتاج أو تلقى الملك من المستحق . قال فى شرحه الدرر : بأن يقول بائع من الباعة حين
رجع عليه بالثمن أنا لا أعطى الثمن ، لأن المستحق كاذب لأن المبيع نتج فى ملكي ، أو ملك بائعي بلا واسطة ، أو بها
فتسمع دعواه ، ويبطل الحكم إن أثبت ، أو يقول : أنا لا أعطى الثمن لأنى اشتريته من المستحق فتسمع
أيضا اه : وأفاد كلامه أنه لا يشترط لإثبات النتاج حضور المستحق ، كما أجاب به فى الحامدية وقال : إنه مقتضى
ما أتى به فى الخبرية فى باب الإقالة موافقا لما فى العمادية ، من أن هذا القول أظهر وأشبه ، لكن فى البرازية
أن الاشتراط هو الأظهر والأشبه .

قلت : وعبارة البرازية وعند محمد وهو اختيار شمس الإسلام يقبل بلا حضرته ، لأن الرجوع بالثمن أمر
يخص المشتري فاكتفى بحضوره ، واختيار صاحب المنظومة وهو قياس قولها وهو الأظهر ، والأشبه عدم القبول
بلا حضور المستحق اه لكن فى الذخيرة قيل على قول محمد وأبى يوسف الآخر يشترط ، وعلى قياس قول أبى حنيفة
وأبى يوسف الأول لا يشترط ، وهذا القول أشبه وأظهر اه : وهكذا عزاه فى العمادية إلى الذخيرة والمحيط
ومثله فى جامع الفصولين ونور العين ، فالظاهر أن ما فى البرازية من العكس سبق قلم ، حررناه فى تنقيح الحامدية
فتنبه لذلك .

واختلف فى اشتراط حضرة المبيع وأتى ظهير الدين بعده كما سند كره (قوله مالم يرجع عليه) فليس للمشتري
الأوسط أن يرجع على بائعه قبل أن يرجع عليه المشتري الأخير درر : وأفاد أنه لا يشترط إلزام القاضى البائع
بالثمن ، بل له الرجوع على بائعه بدونه ، وهو قول محمد المفتى به كما علمت ، ثم إنما يثبت له الرجوع إذا لم يبرئه
البائع عن الثمن قبل الاستحقاق ، فلو أبرأه البائع ثم استحق المبيع من يده لا يرجع على بائعه بالثمن ، لأنه لا ثمن له
على بائعه ، وكذلك بقية الباعة لا يرجع بعضهم على بعض ذخيرة أى لتعلم القضاء على الذى أبرأه ، شتر به جامع الفصولين

ولا على الكفيل ما لم يقض على المكفول عنه) لتلا يجتمع ثمنان في ملك واحد لأن بدل المستحق مملوك ، ولو صالح بشيء قابل أو أبرأ عن ثمنه بعد الحكم له برجوع عليه فبائعه أن يرجع على بائعه أيضا لزوال البديل عن ملكه ولو حكم للمستحق فصالح المشتري لم يرجع لأنه بالصالح أ بطل حق الرجوع ونماه في جامع الفصولين (والمبطل بوجه) أي

ثم نقل فيه أن في رجوع بقية الباعة بعضهم على بعض ، خلافا بين المتأخرين ، وأما لو أبرأ المشتري البائع بعد الحكم له بالرجوع فيأني قريبا أنه لا يمنع (قوله ولا على الكفيل) أي الضامن بالدرك درر أي ضامن الثمن عند استحقاق المبيع (قوله ما لم يقض على المكفول عنه) اعترض بأن المكفول عنه ، وهو البائع صار مقضيا عليه بالقضاء على المشتري الأخير ، لما علمت من أن الحكم بالاستحقاق حكم على ذي اليد وعلى من تلقى الملك منه ، وقبل القضاء لا مطالبة لأحد .

قلت : هذا اشتباه فان المراد بالقضاء هنا القضاء على المكفول عنه بالثمن والقضاء السابق قضاء بالاستحقاق والمسألة ستأتي متنا في الكفالة قبيل باب كفالة الرجلين . ونصها : ولا يؤخذ ضامن الدرك إذا استحق المبيع قبل القضاء على البائع بالثمن اه وهي في الهداية والكنز وغيرهما ، وعلة في الهداية هناك بقوله : لأن بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ، ما لم يقض له بالثمن على البائع ، فلم يجب على الأصل رد الثمن فلا يجب على الكفيل اه فافهم : لكن علمت مما قررناه أن العقد ينتقض بفسخ العاقدين ، وبالرجوع بالثمن على البائع بدون قضاء ، وأنه ليس المراد قصر الفسخ على واحد مما ذكر وإذا انفسخ العقد بواحد منها وجب على الأصيل ، وهو البائع رد الثمن على المشتري فيجب على الكفيل أيضا ولو بدون قضاء ويؤيده قول محمد المفتي به المار آنفا (قوله لتلا يجتمع ثمنان الخ) علة لقوله ولا يرجع أحد الخ كما أفاده في الدرر قال ط : وهذا التعايل يظهر في غير المشتري الأخير البائع الأول فيظهر في الباعة المتوسطين ، فإن عند كل منهم ثمننا فلو رجع بالثمن قبل أن يرجع عليه اجتمع في ملكه ثمنان اه (قوله لأن بدل المستحق مملوك) أي ثمنه باق على ملك البائع وعبر عنه بالبديل ، ليشمل ما لو كان قيميا وهذا بيان لوجه اجتماع الثمنين في رجوع أحدهم قبل الرجوع عليه (قوله واو صالح بشيء الخ) عبارة جامع الفصولين : المشتري لو رجع على بائعه وصالح البائع على شيء قليل ، فلبائعه أن يرجع على بائعه بثمنه ، وكذا لو أبرأ المشتري عن ثمنه بعد الحكم له برجوع عليه ، فلبائعه أن يرجع على بائعه أيضا إذ المانع اجتماع البديل ، والبديل في ملك واحد ، ولم يوجد لزوال البديل عن ملكه واو حكم للمستحق ، وصالح المشتري ليأخذ المشتري بعض الثمن من المستحق ، ويدفع المبيع إلى المستحق ، ليس له أن يرجع على بائعه بثمنه لأنه بالصالح أ بطل حق الرجوع اه .

قلت : وما ذكره في الإبراء إنما هو في إبراء المشتري البائع ، وأما لو أبرأ البائع المشتري عن الثمن قبل الاستحقاق ، فقدما آنفا أنه يمنع الرجوع ثم قال في الفصولين : فلو أثبتته أي الاستحقاق وحكم له فدفع إليه شيئا وأمسك المبيع بصير هذا شراء للمبيع من المستحق ، فينبغي أن يثبت له الرجوع على بائعه اه (قوله فصالح المشتري) أي دفع المستحق إلى المشتري بعض الثمن صلحا عن دعوى المشتري نتاجا عند بائعه أو نحوه مما يبطل الاستحقاق لم يرجع على بائعه بالثمن ، لأن صلحه مع المستحق على بعض الثمن أسقط حقه في الرجوع ، وهذا بخلاف العكس وهو ما إذا دفع المشتري إلى المستحق شيئا وأمسك المبيع ، لأنه صار مشتريا من المستحق فلا يبطل حق رجوعه ، كما علمت وهذه المسئلة هي الآتية عن نظم المحببة ولا يخفى ظهور الفرق بينها وبين الأولى كما أفاده ط فافهم

يوجب فسخ العقود (انفاذاً) ولكل واحد من الباعة الرجوع على بائعه وإن لم يرجع عليه ويرجع (هو أيضا كذلك على الكفيل ولو قبل القضاء عليه) لعدم اجتماع الثمنين إذ بدل الحر لا يملك (والحكم بالحرية الأصلية حكم على الكافة) من الناس سواء كان بيينة أو بقوله أنا حر إذا لم يسبق منه إقرار بالرق أشباه (فلا تسمع دعوى الملك من أحد وكذا العتق وفروعه) بمنزلة حرية الأصل (وأما) الحكم بالعتق (في الملك المؤرخ) على الكافة (من) وقت (التاريخ) و (لا) يكون قضاء (قبله) كما بسطه من لا يخسر ويغيب بائعا فاحفظه فإن أكثر الكتب عنه خالية (و) اختلفوا في (القضاء بالوقف قيل بالحرية وقيل لا) فتسمع فيه دعوى ملك آخر أو وقف آخر (وهو المختار) وصححه العمادى وفي الأشباه القضاء يتعدى في أربع : حرية ، ولسب ونكاح ، وولاء . وفي الوقف يقتصر على الأصح

(قوله يوجب فسخ العقود) أى الجارية بين الباعة بلا حاجة في انفساخ كل منها إلى حكم القاضى درر (قوله ولكل واحد الخ) فلو أقام العبد بيينة أنه حر الأصل ، أو أنه كان عبداً لفلان فأعتقه ، أو أقام رجل البيينة أنه عبده دبره ، ففضى بشيء من ذلك فللكل واحد أن يرجع على بائعه قبل القضاء عليه ، وكذا المشتري يرجع على الكفيل قبل الرجوع عليه هندية عن الحاوى (قوله وإن لم يرجع عليه) بضيفة المجهول أى وإن لم يحصل الرجوع عليه درر (قوله ويرجع هو أيضا) أى يرجع من له الرجوع على الكفيل بالدرك أيضا : أى كما له الرجوع على بائعه ، وقوله : كذلك يغنى عنه قول المصنف ، ولو قبل القضاء عليه أى قبل القضاء على المكفول عنه بالثمن (قوله والحكم بالحرية الأصلية الخ) هذه الجملة في وقوع التعليل لما قبلها ، واحترز بالأصلية عن العارضة بعق ونحوه لأنها تأتي (قوله أو بقوله أنا حر) صورته ادعى أنه عبده فقال المدعى عليه : أنا حر الأصل ولم يسبق منه إقرار بالرق ، وعجز المدعى عن البيينة حكم القاضى بالحرية الأصلية ، وكان حكمه بها حكماً على العامة اهـ ح (قوله إذا لم يسبق منه إقرار بالرق) أى ولو حكما كسكوته عند البيع مع انقياده ، كما سيأتى وتسمع دعواه الحرية بعد اعترافه بالرق إذا برهن كما سيأتى (قوله وكذا العتق وفروعه) عطف على قوله : والحكم بالحرية الأصلية : أى إذا ادعى أنه كان عبداً لفلان فأعتقه ، أو ادعى رجل أنه عبده دبره أو أنها أمته استولدها ، وحكم بذلك فهو حكم على الكافة ، فلا تسمع دعوى أحد عليه بذلك ونقل الحموى عن بعضهم أن هذا بعد ثبوت ملك المعتق وإلا فقد يعتق الإنسان ما لا يملكه (قوله وأما الحكم بالعتق في الملك المؤرخ الخ) يعنى إذا قال زيد لبكر : إنك عبدي ملكتك منذ خمسة أعوام ، فقال بكر : إني كنت عبداً بشر ملكنى منذ ستة أعوام ، فأعتقنى وبرهن عليه اندفع دعوى زيد ، ثم إذا قال عمرو لبكر : إنك عبداً ملكتك منذ سبعة أعوام ، وأنت ملكى الآن فبرهن عليه تقبل ، ويفسخ الحكم بحريته ، ويجعل ملكاً لعمرو درر وكذا الحكم بالملك على المستحق منه حكم على الباعة من وقت التاريخ كما في الخانية ، وفي المقدسى شراها منذ شهرين فأقام رجل بيينة أنها له منذ شهر يقضى بها له ، ولا يقضى على بائعه برهنت أمة في يد مشتر أخير على أنها معتقة فلان أو مدبرته أو أم ولده رجوع الكل إلا من كان قبل فلان سائحان (قوله قيل بالحرية) أفنى به المولى أبو السعود وجزم به في المحبية ورجحه المصنف في كتاب الوقف كما قدمه الشارح أول الوقف (قوله وهو المختار) في الفواكه البدرية لابن الغرس وهو الصحيح اهـ واقتصر عليه في الخانية في باب ما يبطل دعوى المدعى ، واستدل له فكان مختاره (قوله وصححه العمادى) نقل الرولى عن المصنف عبارة الفصول العمادية ، وليس فيها تصحيح أصلاً بل مجرد حكاية الأول من الحلوانى والسعدى ، والثانى عن أبي الليث والصدور الشهيد اهـ وفي جامع الفصولين القضاء بالوقفية يكون على الناس كافة وقيل لا (قوله القضاء يتعدى الخ) فإذا

(ويثبت رجوع المشتري على بائعه بالثمن إذا كان الاستحقاق بالبيئة) لما سيجيء أنها حجة متعديّة (أما إذا كان الاستحقاق

قضى بواحدة منها لا تسمع دعوى آخر ، وأراد بالحرية ما يشمل العارضة كالعق ، ويجرى في النكاح ما جرى في الملك المؤرخ فتسمع دعوى غيره على نكاحها قبل التاريخ لا بعده ، كما استنبطه والد محشي مسكين من كلام الدرر المار قال الحموي : ويزاد على الأربع ما في مهين الحكام لو أحضر رجلا ، وادعى عليه حقا لموكله ، وأقام البيئة على أنه وكله في استيفاء حقوقه ، والخصومة في ذلك قبات ، ويقضى بالوكالة ويكون قضاء على كافة الناس لأنه ادعى حقا بسبب الوكالة فكان إثبات السبب عليه إثباتا على الكافة ، حتى لو أحضر آخر وادعى عليه حقا لا يكلف إعادة البيئة على الوكالة اه (قوله ويثبت رجوع المشتري على بائعه بالثمن الخ) أشار إلى أن الاستحقاق لا بد أن يرد على ما كان ملك البائع ليرجع عليه ، ففي الجامع الكبير : لو اشترى ثوبا فقطعه وخاطه ، ثم استحق بالبيئة لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ، لأن الاستحقاق ماورد على ملكه ، لأنه لو كان ملكه (هـ) في الأصل انقطع بالقطع والحياطة كمن غصبه فقطعه وخاطه ملكه ، فالأصل أن الاستحقاق إذا ورد على ملك البائع الكائن من الأصل يرجع عليه ، وإن ورد عليه بعدما صار إلى حال لو كان غصبا ملكه به لا يرجع ، لأنه متيقن الكذب وعرف أن المعنى أن يستحقه باسم القميص ، فلو برهن أنه كان له قبل هذه الصفة رجع المشتري بالثمن ، وعلى هذا لو اشترى حنطة ، وطحنها ثم استحق الدقيق ، ولو قال : كانت لي قبل الطحن يرجع ، وكذا لو شري لحما فشواه اه فتح ملخصا .

وأطلق المصنف الرجوع فشمّل ما إذا كان الشراء فاسدا كما في جامع الفصولين ، وما إذا كان عالما بكونه ملك المستحق كما سيذكره المصنف ، وما لو أبرأ البائع المشتري عن ثمنه ، فللبائع الرجوع على بائعه لو الإبراء بعد الحكم لا قبله ، كما مر وما لو مات بائعه ، ولا وارث له فالقاضي ينصب عنه وصيا ليرجع المشتري عليه ، وما إذا زعم بائعه أنه نفج في ملكه ، وعجز عن إثباته وأخذ منه الثمن ، فله الرجوع على بائعه لأنه لما حكم عليه التحق دعواه بالعدم وكذا لو زعم أنه ليس له الرجوع لانكاره البيع ، لأنه لما حكم عليه ببيئة التحق زعمه بالعدم ، وما لو ألزم القاضي البائع بدفع الثمن أولا كما مر ، وما لو أحال البائع رجلا بالثمن على المشتري ، وأدى إليه ثم استحققت الدار فإنه يرجع على البائع لا على المحال ، وإن لم يظفر بالبائع ، وما إذا كان البائع وكيفا ، فللمشتري مطالبته بالثمن من ماله ، ولا ينتظر إن كان دفع الثمن إليه ، وإن كان دفعه للموكل ينتظر أخذه من الموكل ، وما إذا قال البائع للمشتري قد علمت أن الشهود شهدوا بزور وأن المبيع لي فصدقه المشتري فإنه يرجع عليه بالثمن ، لأنه لم يسلم له المبيع ، فلا يحمل للبائع أخذ الثمن وقد استحق المبيع اه ملخصا كل ذلك من الذخيرة :

[تنبيه] إذا ادعى المشتري استحقاق المبيع على بائعه ليرجع بثمنه ، فلا بد أن يفسر الاستحقاق ، ويبين سببه فلو بيئته وأنكر البائع البيع ، فأثبتته المشتري رجع بثمنه وقيل يشترط حضرة المبيع لسماح البيئة ، وقيل لا وبه أفتى ظهير الدين المرغيناني . فلو ذكر شية العبد وصفته وقدر ثمنه كفي جامع الفصولين ، وفيه أن المستحق عليه تحليف المستحق بالله ما باعه ، ولا وهبه ولا تصدق به ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه وتمامه فيه .

[فرع] استأجر حمارا فادعاه رجل ، ولم يصدقه إنه مستأجر واستحقه عليه لا يرجع الآخر على بائعه لأن هذا الاستحقاق ظلم لأنه لم يقع على خصم ذخيرة (قوله إذا كان الاستحقاق بالبيئة) فلو أخذ المستحق العين من المشتري

(١) (قوله لأنه لو كان ملك الخ) هكذا بخطه ولعله سقط من قلمه وار قبل لو والأصل لأنه ولو كان الخ فعامل اه :

(بإقرار المشتري أو بنكوله أو بإقرار وكيل المشتري بالخصومة أو بنكوله فلا) رجوع لأنه حجة قاصرة (و) الأصل أن (البينة حجة متعدية) تظهر في حق كافة الناس لكن لا في كل شيء كما هو ظاهر كلام الزيلعي والعيبي بل في عتق ونحوه كما مر ذكره المصنف (لا الإقرار) بل هو حجة قاصرة على المقر لعدم ولايته على غيره بقى لو اجتمعا فإن ثبت الحق بهما قضى بالإقرار

بلا حكم فهلك فالوجه في رجوع المشتري على بائعه أن يدعى على المستحق أنك قبضته مني بلا حكم ، وكان ملكي وقد هلك في يدك فأد إلى قيمته ، فيبرهن أنه له فيرجع المشتري على بائعه بثمنه جامع الفصولين ، ومفهومه أنه لو لم يهلك فالمشتري منه استرداده ، حتى يبرهن فيرجع المشتري على بائعه إن لم يقر المشتري أولا بأنه للمستحق وفي الفصولين أيضا أخذه بلا حكم فقال المشتري لبائعه أخذه المستحق مني بلا حكم فأد ثمنه إلى فأداه ، ثم برهن على المستحق أنه له في غيبة المشتري صح لانفساخ البيع بينه وبين المشتري بتراضيهما ، فبقي على ملك البائع ولم يصح الاستحقاق اه واحترز بقوله بلا حكم عما إذا كان بحكم ، ولم يرجع المشتري على بائعه بالثمن ، فإنه لا يصح مع غيبة المشتري ، لعدم انفساخ البيع بالاستحقاق رملي (قوله بإقرار المشتري) ولو عدل المشتري شهودا للمستحق قال أبو يوسف أسأل عنهما فإن عدلا رجع بالثمن وإلا فلا لأنه كإقرار ذخيرة (قوله أو بنكوله) كأن طلب المستحق تحليفه على أنك لا تعلم أن المبيع ملكي (قوله فلا رجوع) فلو برهن المشتري أن الدار ملك المستحق ليرجع بثمنه على بائعه لا يقبل للتناقض ، لأنه لما أقدم على الشراء ، فقد أقر أنه ملك البائع ، فإذا ادعى لغيره كان تناقضا يمنع دعوى الملك ولأنه لإثبات ما هو ثابت بإقراره فلغا ، أما لو برهن على إقرار البائع أنه للمستحق يقبل لعدم التناقض ، وأنه لإثبات ما ليس بثابت ولا بينة له فله تحليف البائع بالله ما هو للمدعى ، لأنه لو أقر لزمه جامع الفصولين : نعم : لو أقر به للمستحق ثم برهن على أن الأمة حرة الأصل وهي تدعى أو أنها (۱) ملك فلان وهو أعقها أو دبرها أو استولدها قبل الشراء تقبل ويرجع بالثمن ، لأن التناقض في دعوى الحرية وفروعها لا يضر فتح قال في النهر : وظاهر أن قوله وهي تدعى اتفاق (قوله كما هو ظاهر كلام الزيلعي) حيث قال ، لأن البينة لا نصير حجة إلا بقضاء القاضي ، وللقاضي ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة والإقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء ، وللمقر ولاية على نفسه دون غيره ، فيقتصر عليه اه قال ط : وحمله الرملي في حاشية المنهج على بعض القضايا أو يراد بالكافة كل من يتعدى إليه حكم القاضي في تلك القضية لا كافة الناس اه وحينئذ فلا حاجة للإستدراك اه (قوله ونحوه) من فروع وكولاء ونكاح ونسب ط (قوله فإن ثبت الحق بهما) الظاهر أنه احتراز عما لو سبق الحكم بالبينة عقب الإنكار ، ثم أقر بخلاف للعكس ، لأنه بعد الحكم للمستحق بإقرار المشتري ، لا يصح الحكم بعده بالبينة بخلاف ما إذا كان قبل الحكم بشئ منهما بأن برهن ثم أقر المشتري أو بالعكس فإنه يجعل الحكم قضاء بالبينة عند الحاجة إلى الرجوع كما هنا . وإن أمكن جعله قضاء بالإقرار فافهم ، وعلى هذا حمل في الفتح ماني فتاوى رشيد الدين من أنه لو أقر ومع ذلك برهن المستحق ، وأثبت عليه بالبينة رجوع ، لأن القضاء وقع بالبينة لا بالاستحقاق ، ثم ذكر رشيد الدين في كتاب الدعوى لو ادعى عينا وبرهن ، وقبل أن يقضى له أقر له المدعى عليه اختلفوا ، فقبل : يقضى بالإقرار ، وقبل : بالبينة والأول أظهر وأقرب للصواب اه قال في الفتح : وهذا يناقض ما قبله إلا أن يخص ذلك بعارض الحاجة إلى الرجوع :

(۱) قوله (وهي تدعى أو أنها الخ) هكذا بخطه ولعل الصواب إسقاط كلمة أو كما لا يخفى اه مصححه .

إلا عند الحاجة فبالبينة أولى فتح ونهر (فلو استحققت مبيعة ولدت) عند المشتري لا باستيلاده (ببينة يتبعها ولدها بشرط القضاء به) أى بالولد فى الأصح زيلعى وكلام البرازى يفيد تقييده بما إذا سكت الشهود فلو بينا أنه لذى اليد أو قالوا لاندري لا نقضى به نهر ، ثم استيلاده لا يمنع استحقاق الولد بالبينة فىكون ولدالمغرور حرا

فيمحصل أنه إذا ثبت الحق بهما يقضى بالإقرار على ما جعله الأظهر وإن سبقته إقامة البينة ، مع تمكن القاضى من اعتباره قضاء بالبينة وعند تحقق حاجة الخصم إليه ينبغى اعتباره قضاء بها ليندفع الضرر عنه بالرجوع اه ملخصا .

قلت : ويؤيد هذا الفوقى أنه فى جامع الفصولين نقل عبارة رشيد الدين الأولى معاملة بالحاجة وذكر فى نور العين أن هذا أظهر وحقق ذلك فراجعه . والظاهر أن مثل ما هنا مالو باع شيئا كأن اشتراه ثم رد عليه بعيب قديم ، وأقر به وبرهن عليه المشتري وقضى بذلك يجعل قضاء بالبينة لحاجته إلى الرجوع على بائعه بخيار العيب (قوله فبالبينة أولى) أى فاعتبار القضاء بالبينة أولى (قوله فلو استحققت مبيعة ولدت) يشمل الدابة إذا ولدت عند المشتري أولادا كما فى نور العين عن جامع الفتاوى (قوله لا باستيلاده) قيد به لما كان قوله يتبعها ولدها ، وإلا فاستيلاد المشتري لا يمنع استحقاق الولد بالبينة ، لكنه لا يتبعها بل يكون ولد المشتري حرا بالقيمة كما نبه عليه بعده (قوله يتبعها ولدها) وكذا أرشها فتح قال ولا خصوصية للولد بل زوائد المبيع كلها على التفصيل اه أى التفصيل بين كون الاستحقاق بالبينة أو بالإقرار ، وبين دعوى المقر له الزوائد وعدمها وسيذكر الشارح الزوائد آخرا (قوله بشرط القضاء به) لأنه أصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله فلا بد من الحكم به وهو الأصح فى المذهب فتح . قال فى الهداية : وإليه تشير المسائل فإن القاضى إذ لم يعلم بالزوائد قال محمد لا تدخل الزوائد فى الحكم ، وكذا الولد إذا كان فى يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالأم تبعا اه والظاهر أن الأرش لا يدخل تبعا (قوله فى الأصح) مقابله ما قيل : إنه إذا قضى القاضى بالأم يصير مقضيا به أيضا تبعا كما فى الفتح (قوله وكلام البرازى يفيد تقييده) أى تقييد القضاء بالولد للمستحق ، وأخذ ذلك فى النهر من قول البرازى شهدوا على رجل فى يده جارية أنها لهذا المدعى ، ثم غابا أو ماتا ولها ولد فى يد المدعى عليه يدعى أنه له وبرهن على ذلك لا يلتفت الحاكم إلى برهانه ، ويقضى بالولد للمدعى فإن حضر الشهود وقالوا الولد للمدعى عليه ضمن الشهود قيمة الولد كأنهم رجعوا فإن كانوا حضورا وسألهم عن الولد ، فإن قالوا إنه للمدعى عليه أولا ندرى لمن الولد يقضى بالأم للمدعى دون الولد اه . (قوله بما إذا سكت الشهود) أى عن كونه لذى اليد ، وكذا بالأولى إذا قالوا إنه للمستحق (قوله ثم استيلاده) أى استيلاد المشتري .

مطلب فى الولد للمغرور

(قوله فىكون ولد المغرور) الأولى أن يقول : ولكن يكون الخ لأن قوله : لا يمنع الخ يتوهم منه أنه يتبعها كما إذا كان لا باستيلاده ، فيناسبه الاستدراك بأنه يكون ولد المغرور : أى يكون لذى اليد حرا لأن وطأه كان فى الملك ظاهرا ، وعليه للمستحق القيمة أى يوم الخصومة كما سيذكره فى باب دعوى النسب ، قال فى جامع الفصولين : ولو أولدها على هبة أو صدقة أو شراء أو وصية أخذ المستحق الأمة وقيمة الولد إذا الموجب للمغرور ملك مطلق الاستباحة فى الظاهر ، وقد وجد ويرجع الأب على البائع بثمنها ، وبقيمة ولدها لا بالعقر عندنا ولا يرجع على الواهب والمتصدق ، والموصى بقيمة الولد عندنا ولو باعها المشتري الأول فأولدها الثانى فاستحققت يرجع المشتري الثانى

بالقيمة مستحقة كما مر في باب دعوى النسب (وإن أقر) ذو اليد (بها) أرجل (لا) يتبعها في أخذها وحدها والفرق ما مر من الأصل وهذا إذا لم يدعه المقر له فإو ادعاه يتبعها وكذا سائر الزوائد نعم لا ضمان بهلاكها كزوائد للمغضوب ولم يذكر النكول لأنه في حكم الإقرار قهستاني معزيا للعمادية (ومنع التناقض) أي التدافع في الكلام (دعوى الملك) لعين أو منفعة

على الأول بالثمن وبقيمة الولد ولا يرجع الأول على بائعه إلا بالثمن عنده وعندهما يرجع بقيمة الولد أيضا، ونظيره أن المشتري الثاني لو وجد عيبا وقد تعذر رده لعيب حدث فيرجع على بائعه بنقص العيب وبائعه لا يرجع به على بائعه عنده خلافا لها :

مطلب لا يرجع على بائعه بالعقر ولا بأجر الدار التي ظهرت وقفها

[تنبيه] إنما لم يرجع المشتري بالعقر لأنه بدل منفعة استوفها لنفسه، وجزاء على فعله وبمثله ما لو نقصت الأرض المستحقة بالزراعة، وضمن نقصانها لا يرجع به على بائعه وبه ظهر جواب حادثة الفتوى : فيمن اشترى دارا فظهرت وقفها وضمنه لظاهر الوقف أجرتها فأجبت : بأنه لا يرجع بالأجرة على البائع خلافا لما أفتى به بعض علماء مصر القاهرة في زماننا مستدلا بقولهم الغرور في ضمن عقد المعاوضة يوجب الرجوع، ولا يخفى أنه غير صحيح لأنه إنما يرجع بما يمكن تسليمه كما يأتي بيانه وبما ليس جزءا لفعله كما علمت (قوله بالقيمة مستحقة) أي ضمونا بها للمستحق والمراد القيمة يوم الخصومة كما ذكره في باب دعوى النسب (قوله كما مر) صوابه كما يأتي (قوله والفرق ما مر) قال في الهداية : ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة فإنها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الأصل والولد كان متصلا بها، فيكون له أما الإقرار حجة قاصرة يثبت الملك في الخبر به ضرورة صحة الأخبار، وقد حصلت بإثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له (قوله يتبعها) لأن الظاهر أنه له زيلعي عن النهاية، ومقتضى الفرق المذكور أنه لا يكون له كما في الفتح (قوله وكذا) أي كالولد في التفصيل المذكور كما مر (قوله نعم لا ضمان بهلاكها) أي هلاك الزوائد ومنه موت الولد واحترز عن استهلاكها فتضمن به (قوله ومنع التناقض دعوى الملك) هذا إذا كان الكلام الأول قد أثبت لشخص معين حقا، وإلا لم يمنع كقوله : لا حق لي على أحد من أهل سمرقند ثم ادعى شيئا على أحد منهم تصح دعواه كما في المؤيدية عن صدر الشريعة اه وكذا إذا كان كل من الكلامين عند القاضي : واكتفى بعضهم في تحققه كون الثاني (١) : عند القاضي واختار في النهر الأول، لأن من شرائط الدعوى كونها لديه واختار في البحر من متفرقات القضاء الثاني قال في المنح ولعل وجهه أنه الذي يتحقق به التناقض اه وقال المقدسي يكاد أن يكون الخلاف لفظيا، لأن الكلام الأول لا بد أن يثبت عند القاضي، ليرتب على ما عنده حصول التناقض والثابت بالبيان كالثابت بالعيان، فكانهما في مجلس القاضي، فالذي شرط كونهما في مجلسه يعم الحقيقي والحكمي في السابق واللاحق اه .

قلت : ويشهد له مسائل كثيرة في دعوى للدفع وسيأتي تمام الكلام عليه في متفرقات القضاء إن شاء الله تعالى .

مطلب في مسائل التناقض

ثم اعلم أن التناقض يرتفع بتصديق الخصم وبتكذيب الحاكم أيضا وهو معنى قولهم : المقر إذا صار مكذبا

(١) قوله (واكتفى بعضهم في تحققه كون الثاني الخ) هكذا بخطه راجل صوابه : يكون الثاني الخ تأمل اه مصححه .

لما في الصغرى طلب نكاح الأمة يمنع دعوى تملكها وكما يمنعها لنفسه يمنعها لغيره إلا إذا وفق ، وهل يمكن
إمكان التوفيق ؟ خلاف سنحقة في متفرقات القضاء :

وفروع هذا الأصل كثيرة ستجىء في الدعوى. ومنها : ادعى على آخر أنه أخوه وادعى عليه النفقة فقال المدعى
عليه ليس هو بأخي ثم مات المدعى عن تركة فجاء المدعى عليه بطلب ميراثه إن قال هو أخي لم يقبل للتناقض
وإن قال أبي أو ابني

شرعا بطل إقراره بجر عن البرازية وقد منا قبل نحو ورقة مسائل في ارتفاعه بتكذيب الحاكم ثم ذكر في البحر بعد
ورقتين ارتفاعه بثالث حيث قال : إذا قال تركت أحد الكلامين فإنه يقبل منه لما في البرازية عن اللخيرة ادعاه
مطلقا ، فدفعه بأنك كنت ادعيت قبل هذا مقيدا وبرهن عليه فقال المدعى أدعيه الآن بذلك السبب وتركت المطلق يقبل اه
أى لكون المطلق أزيد من المقيد وهو مانع لصحة الدعوى ، ولذا لو ادعى المطلق أولا لانسح كما في البرازية
لكوله بدعوى المقيد ثانيا يدعى أقل لكن مانقله في البحر عن البرازية لا يدل على كون ذلك قاعدة في إبطال
التناقض ، وإلا لزم أن لا يضر تناقض أصلا لتمكن التناقض من قوله : تركت الكلام الأول فإذا أقر أنه ليس له
ثم قال : هولى وتركت الأول تسمع ولا قائل به أصلا . والظاهر أن مانقله عن البرازية وجهه كونه توفيقا بين
الكلامين بأن مراد المدعى الأقل الذى ادعاه أولا بدليل ما في البرازية أيضا ادعى عليه ما سكا مطلقا ، ثم ادعى عليه
عند ذلك الحاكم بسبب يقبل بخلاف العكس إلا أن يقول العاكس أردت بالمطلق الثانى المقيد الأول لكون المطلق
أزيد من المقيد وعليه الفتوى اه فافهم (قوله طلب نكاح الأمة يمنع دعوى تملكها) تسمية عبارة الصغرى وطالب
نكاح الحرة مانع من دعوى نكاحها اه وكان الأولى ذكره لأنه مثال منع دعوى الملك في المنفعة (قوله وكما يمنعها
لنفسها يمنعها لغيره الخ) كما إذا ادعى أنه لفلان وكله بالخصومة ، ثم ادعى أنه لفلان آخر وكله بالخصومة لا تقبل
إلا إذا وفق وقال : كان لفلان الأول ، وقد وكلنى بالخصومة ثم باعه من الثانى ، ووكلنى أيضا والتدارك ممكن
بأن غاب عن المجلس وجاء بعد فوت مدة وبرهن على ذلك على مانص عليه الحصري في الجامع دل على أن الإمكان
لا يمكن نهر عن البرازية (قوله سنحقة الخ) حاصل ما ذكره هناك حكاية الخلاف :

قلت : وذكر في البحر هناك أن الاكتفاء بإمكان التوفيق هو القياس والاستحسان أن التوفيق بالفعل شرط
وذكر محشبه الرملى عن منية المفتى أن جواب الاستحسان هو الأصح اه وفي جامع الفصولين بعد حكاية الخلاف
والأصوب عندى أن التناقض إذا كان ظاهر السلب ، والإيجاب والتوفيق خفيا لا يمكن إمكان التوفيق وإلا ينبغي
أن يمكن الإمكان يؤيده ما فى ح : أنه لو أقر له أنه له فكث قدر ما يمكنه الشراء منه ، ثم برهن عن الشراء منه
بلائاربع قبل إمكان التوفيق بأن يشتره بعد إقراره ، لأن البينة على العقد المبهم تفيد الملك للحال ولذا لاتعتبر الزوائد اه
وأقره في نور العين (قوله وفروع هذا الأصل كثيرة) منها ادعى عليه ألفا دينا ، فأنكر ثم ادعاه من جهة الشركة
لا تسمع وبالعكس تسمع لإمكان التوفيق ، لأن مال الشركة يجوز كونه دينا بالحدود :

ادعى الشراء من أبيه ثم برهن على أنه ورثها منه يقبل لإمكان أنه ججده الشراء ، ثم ورثه منه وبالعكس لا
ادعى أولا الوقف ، ثم لنفسه لا تسمع كما لو ادعاه لغيره ثم لنفسه وبالعكس تسمع لصحة الإضافة
بالأخصية انتقاها :

ادعاه بشراء أو إرث ثم ادعاه مطلقا لا تسمع بخلاف العكس كما مر بحر مخصصا (قوله وإن قال أبي أو ابني)
مفاده أن قول ذلك بعد قول المدعى الأول : هو أخي وليس كذلك لأن المراد أن مدعى النفقة لو قال هو أبي أو ابني

قبل والأصل أن التناقض (لا) يمنع دعوى ما يخفى سببه كـ (النسب والطلاق و) كذا (الحرية فلو قال عبد لمشتري

وكذبه ثم بعد موته صدقه المدعى عليه ، و ادعى الإرث يقبل والفرق أن ادعاء الولاد مجردا يقبل لعدم حمل النسب على الغير بخلاف دعوى الأخوة أفاده ح ويمكن إرجاع ضمير قال هنا وفي المعطوف عليه إلى مدعى النفقة ويكون المراد أن مدعى الإرث وافقه على دعواه فافهم (قوله والأصل الخ) أشار بهذا وبالكاف إلى أنه ليس المراد حصر ما يعنى فيه التناقض بما ذكره المصنف بل كل ما في سببه خفاء فنه اشترى ، أو استأجر دارا من رجل ، ثم ادعى أن أباه كان اشتراها له في صغره أو أنه ورثها منه وبرهن قبل ادعى شراء من أبيه ، ثم برهن على أنه ورثها منه يقبل وبالعكس لا ادعى عينا له وعليه قيمتها ثم ادعى أنها قائمة في يده وعليه إحضارها أو بالعكس يقبل اشترى ثوبا في مندبل ثم زعم أنه له وأنه لم يعرفه يقبل اقتسما التركة ثم ادعى أحدهما أن أباه كان جعل له منها الشيء الفلاني إن قال كان في صغرى يقبل وإن مطلقا لا وتماه في البحر (قوله كالنسب) كما لو باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ، ثم ادعى البائع الأول أنه ابنه يقبل ويبطل الشراء الأول والثاني ، لأن النسب يبتنى على العلوق ، فيمضى عليه فيعذر في التناقض عيني وفي جامع الفصولين : قال أنا لست وارث فلان ، ثم ادعى إرثه وبين الجهة يصح إذ التناقض في النسب لا يمنع صحة دعواه ولو قال : ليس هذا الولد مني ، ثم قال : هو مني يصح وبالعكس لا لكون النسب لا يبتنى بنفسه ، وهذا إذا صدقه الابن وإلا فلا يثبت النسب ، لأنه إقرار على الغير بأنه جزئي لكن إذا لم يصدق الابن ثم صدقه ثبت البتة ، لأن إقرار الأب لم يبطل بعدم التصديق ، ولو أنكر الأب إقراره فبرهن الابن عاينه يقبل والإقرار بأنه ابن يقبل لأنه إقرار على نفسه بأنه جزؤه ، أما الإقرار بأنه أخوه فلا لأنه إقرار على الغير : ولو ادعى أن أبي فلان وصدقه ثبت نسبه ، فإذا ادعى أنه ابن فلان آخر لا يسمع ، لأن فيه إبطال حق الأول ، وكذا لو لم يصدق الأول ، لأنه أثبت له حق التصديق فلو صححنا إقراره الثاني يفضى إلى إبطال حق التصديق للأول وصار كمن ادعى أنه مولى فلان ولم يصدق ثم ادعى أنه مولى فلان آخر لم يجزاه وتماه فيه (قوله والطلاق) حتى لو برهنت على الثلاث بعد ما اختلعت قبل برهانها واستردت بدل الخلع لاستقلال الزوج بذلك بدون علمها ، وكذا لو قاسمت المرأة ورثة زوجها ، وقد أقروا بالزوجية كبارا ثم برهنوا على أن زوجها كان طلقها في صحته ثلاثا رجعوا عليها بما أخذت نهر . وفي البحر عن البرازية : ادعت الطلاق فأنكر ثم مات لا تملك مطالبة الميراث اه تأمل (قوله وكذا الحرية) أي واو عارضه وفصله عما قبله بكذا إشارة إلى أن التفريع بعده عليه فقط ومن فروع ذلك : لو برهن البائع أو المشتري أن البائع حرره قبل بيعه يقبل إذ التناقض متحمل في العتق .

قال في جامع الفصولين بعد نقله أقول : التناقض إنما يتحمل بناء على الخفاء وإذا يتحقق في المشتري لا البائع لأنه يستبد بالعتق فالأولى أن يحمل هذا على قولها إذ الدعوى غير شرط عندهما في عتق العبد فتقبل بينة البائع حسبة وإن لم تصح الدعوى للتناقض اه .

ومنها : لو أدى المكاتب بدل الكتابة ثم ادعى تقدم إعناقه قبلها يقبل بزازية وفي المبسوط : أقرت له بالرق فباعها ثم برهنت على عتق من البائع أو على أنها حرة الأصل يقبل استحسانا ولو باع عبدا وقبضه المشتري وذهب به إلى منزله والعبد ساكت وهو ممن يعبر عن نفسه فهو إقرار منه بالرق ، فلا يصدق في دعوى الحرية بعده لسعيه في نقض ماتم من جهته إلا أن يبرهن فيقبل وكذا لو رهنه ، أو دفعه بجنابة كان إقرارا بالرق لا أو أجره ثم قال : أنا حر فالقول له لأن الإجارة تصرف في منافع لا في عينه وتماه في البحر (قوله فلو قال عبد) أي إنسان وسماه

اشترى فأنا عبد) لزيد (فاشتراه) معتمدا على مقالته (فإذا هو حر) أى ظهر حرا (فإن كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة) يعرف مكانه (فلا شيء على العبد) لوجود القابض (وإلا رجوع المشتري على العبد) بالثمن خلافا للثاني ولو قال اشترى فقط أو أنا عبد فقط لارجوع عليه اتفاقا درر (و) رجوع (العبد على البائع) إذا ظفر به (بخلاف الرهن) بأن قال ارتنى فإنى عبد لم يضمن أصلا ، والأصل أن التفريغ يوجب الضمان فى ضمن عقد المعاوضة لا الوثيقة ؛

هدا باعتبار ظاهر الحال الآن وإلا فالفرض أنه حر وقوله لمشتري أى لمريد الشراء (قوله اشترى فأنا عبد) لا بد فى كون المشتري مغرورا يرجع بالثمن من هذين القيدين ، أعنى الأمر بالشراء والإقرار بكونه عبدا كما فى الفتح وغيره ، وما فى العتابة من الإكتفاء بسكوت العبد عند البيع فى رجوع المشتري عليه فهو مخالف لما فى سائر الكتب وإن غلط فيه بعض من تصدر للإفتاء بدار السلطنة العلية وأتى بخلافه كما أفاده الأنقروى فى منهوات فتاويه . وأفاد بقوله : اشترى أنه لو قال له أجنبي اشتره فإنه عبد فلا رجوع بحال كما فى جامع الفصولين وغيره (قوله لزيد) كذا فى النهر قال السائحى والظاهر أنه ليس بشرط ، لأن الغرور فى ضمن المعاوضة ليس كفالة صريحة حتى يشترط معرفة المكفول له وعنه وما اغتفروا أيضا هنا رجوع العبد على سيده بما أدى مع أنه لم يأمره بهذا الضمان الواقع منه ضمن قوله اشترى فأنا عبد اه (قوله معتمدا على مقالته) احتراز به عما إذا كان عالما بكونه حرا لأنه لا تغرير مع العلم كما لا يخفى ، ولذا لو استولدها عالما بأن البائع غصبها فاستحقت لا يرجع بقيمة الولد وهو رقيق كما يذكره الشارح فانهم (قوله أى ظهر حرا) بيينة أقامها ، لأنه وإن كان دعوى العبد شرطا عند أبى حنيفة فى الحرية الأصلية ، وكذا فى العارضة بعق ونحوه فى الصحيح لكن التناقض لا يمنع صحتها كما أفاده تفريع المسألة وتمامه فى الفتح (قوله يعرف مكانه) ظاهر إطلاقهم ولو بعد بحيث لا يوصل إليه عادة كأقصى الهند نهر فانهم (قوله لوجود القابض) أى البائع والأولى قول الفتح للتمكك من الرجوع على القابض (قوله وإلا) أى بأن لم يعلم مكانه ومثله ما إذا مات ولم يترك شيئا فلو كان له تركة يعلم مكانها يرجع فيها فيما يظهر لأن ذلك دين عليه ، كما يأتى والدين لا يبطل بالموت فانهم (قوله رجوع المشتري على العبد بالثمن) لأنه يجعل العبد بالأمر بالشراء ضامنا للثمن له عند تغرير رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الأمر به ضامنا للسلامة كما هو موجب هداية (قوله خلافا للثاني) أى فى رواية عنه (قوله لارجوع عليه اتفاقا) لأن الحر يشترى تخليصا كالأسير ، وقد لا يجوز شراء العبد كالمكاتب زيلعى (قوله ورجع العبد على البائع) إنما يرجع عليه مع أنه لم يأمره بالضمان عنه لأنه أدى دينه ، وهو مضطر فى أدائه فتح فهو كعبر الرهن إذا قضى الدين لتخليص الرهن يرجع على المدين لأن المضطر فى أدائه (قوله لم يضمن أصلا) أى سواء كان البائع حاضرا أو غائبا ، قال فى الهداية : لأن الرهن ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببديل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال ، فلا يجعل الأمر به ضامنا للسلامة ، وبخلاف الأجنبي أى لو قال اشتره فإنه عبد لأنه لا يعبأ بقوله فيه ، فلا يلحق الغرور ونظير . سألتنا قول المولى بايعوا عبدى هذا فإنى قد أذلت له ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمة اه (قوله والأصل الخ) مر هذا الأصل مهسوطا آخر باب المراجعة والتولية :

(باع عقارا ثم برهن أنه وقف محكوم بلزومه قبل وإلا لا) لأن مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الإعتاق فتح واعتمده المصنف تبعاً للبحر على خلاف ما صوبه الزيلعي وتقدم في الوقف وسيجيء آخر الكتاب :
 (اشترى شيئاً ولم يقبضه حتى ادعاه آخر) أنه له (لا تسمع دعواه بدون حضور البائع والمشتري) للقضاء عليهما ولو قضى له بحضورتهما ثم برهن أحدهما على أن المستحق باعه من البائع ثم هو باعه من المشتري قبل وأزم البيع وتماه في الفتح (لا عبرة بتاريخ الغيبة) بل العبرة بتاريخ الملك (فلو قال المستحق) عند الدعوى (غابت) عنى (هذه) الدابة (منذ سنة) فقبل القضاء بها للمستحق أخبر المستحق عليه البائع عن القصة (فقال البائع لي بينة أنها كانت ملكي منذ سنتين) مثلاً وبرهن على ذلك (لا تندفع الخصومة) بل يقضى بها للمستحق لبقاء دعواه في ملكه مطلق خال عن تاريخ من الطرفين (للعلم بكونه ملك الغير لا يمنع من الرجوع) على البائع (عند الاستحقاق) فلو استولد مشتراة يعلم غصب

مطلب فيما لو باع عقارا وبرهن أنه وقف

(قوله لأن مجرد الوقف لا يزيل الملك) أي عند الإمام والفتوى على لزومه بدون الحكم بلزومه (قوله على خلاف ما صوبه الزيلعي) حيث قال وإن أقام البينة على ذلك قبل تقبل ، وقيل لا تقبل وهو أصوب وأحوط اهـ (قوله وتقدم في الوقف) قدمنا هناك أن الأصح صاع البينة دون الدعوى المجردة بلا تفصيل لأن الوقف حق الله تعالى ، فتسمع فيه البينة وتماه تحقيق المسألة هناك فراجع (قوله للقضاء عليهما) لأن الملك للمشتري واليد للبائع والمدعى يدعيهما فشرط القضاء عليهما حضورهما فتح بقى لو قال المستحق لا بينة لي واستحلفهما فحلف البائع ونكل المشتري ، فإنه يؤخذ بالثمن فإذا أداه أخذ العبد وسلمه إلى المدعى وإن حلف المشتري ، ونكل البائع لزم البائع كل قيمة العبد إلا أن يجيز المستحق البيع ويرضى بالثمن بزانية وجامع الفصولين (قوله ثم هو) أي البائع (قوله ولزم البيع) لأنه يقر القضاء الأول ولا ينقضه فتح لأن القضاء بأن المستحق باعه يقرر القضاء بأنه ملك المستحق (قوله وتماه في الفتح) حيث قال : ولو فسخ القاضى البيع بطلب المشتري ، ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه بأخذها وثبتى له ولا يعود البيع المنتقض اهـ فأفاد أن قوله ولزم البيع مقيد بما إذا لم يفسخ القاضى البيع :

مطاب لاعبرة بتاريخ الغيبة

(قوله لاعبرة بتاريخ الغيبة الخ) اعلم أن الخارج مع ذى اليد أو ادعيا ملكا مطلقا فالخارج أولى إلا إذا برهن ذو اليد على النتاج أو أرخا الملك وتاريخ ذى اليد أسبق فهو أولى ، ولو أرخ أحدهما فقط يقضى للخارج عندهما وعند أبي يوسف وهو رواية عن الإمام يحكم للمؤرخ خارجا أو ذابدا كما في جامع الفصولين من الفصل الثامن ، وأفاد المصنف أن تاريخ الغيبة غير معتبر ، لأن قول الخارج إن هذا الحمار غاب عنى منذ سنة ليس فيه تاريخ ملك فإذا قال ذو اليد : إنه ملكي منذ سنتين مثلاً ، وبرهن لا يحكم له لأنه وجد تاريخ الملك من أحدهما فقط ، وهو غير معتبر فيقضى به للخارج عندهما كما عانت ، ومثله لو برهن الخارج أنه له منذ سنتين وذو اليد أنه بيده منذ ثلاث سنين ، فهو للخارج لأن ذا اليد لم يبرهن على الملك كما في جامع الفصولين (قوله بل العبرة بتاريخ الملك) أي التاريخ الموجود من الطرفين كما علمت ، وإلا فتاريخ الملك هنا وجد من المدعى عليه لكنه لم يوجد من المدعى بل وجد منه تاريخ الغيبة فقط (قوله فقبل) ظرف متعلق بأخبار (قوله أخبر المستحق عليه) أي الذى ادعى عليه بالاستحقاق ، وهو المشتري وهو مرفوع على أنه فاعل أخبر والبائع مفعوله (قوله بل يقضى بها للمستحق) لأنه ما ذكر تاريخ الملك بل تاريخ الغيبة ، فبقى دعواه الملك بلا تاريخ والبائع ذكر تاريخ الملك ودعواه

البائع إياها كان الولد رقيقا لانعدام الغرور ، ويرجع بالثمن وإن أقر بملكية المبيع للمستحق درر :
 وفي القنية : لو أقر بالملك للبائع ثم استحق من باءه دورجع لم يبطل إقراره فلو وصل إليه بسبب ما أمر بتسليمه إليه
 بخلاف ما إذا لم يقر لأنه محتمل بخلاف النص (لا يحكم) القاضي (بسجل الاستحقاق بشهادة أنه كتاب) قاضي
 (كذا) لأن الخط يشبه الخط فلم يجز الاعتماد على نفس السجل (بل لا بد من الشهادة عن مضمونه) ليقضى للمستحق
 عليه بالرجوع بالثمن (كذا) الحكم في (ما سوى نقل الشهادة والوكالة) من محاضر وسجلات وصكوك لأن المقصود
 بكل منها إلزام الخصم بخلاف نقل وكالة وشهادة لأنهما لتحصيل العلم للقاضي ولذا لزم إسلامهم ولو الخصم كافرا

دعوى المشتري ، لأن المشتري تلقى الملك منه ، فصار كأن المشتري ادعى ملك بائعه بتاريخ سنتين إلا أن
 التاريخ لا يعتبر بحالة الانفراد ، فسقط اعتبار ذكره وبقيت الدعوى في الملك المطلق ، فيقضى بالدابة
 درر : أى يقضى بها للمستحق : قال في جامع الفصولين من الفصل السادس عشر بعد ذكره مأمرا :
 قول : ويقضى بها للمؤرخ عند أبي يوسف ، لأنه يرجع المؤرخ حالة الانفراد وينبغي الافتاء به لأنه أرفق
 وأظهر والله تعالى أعلم اهـ (قوله لانعدام الغرور) لعلمه بحقيقة الحال درر ، ومثله مالو تزوج من أخبرته بأنها
 حرة عالما بكذبها فأولدها فالولد رقيق كما في جامع الفصولين (قوله ويرجع بالثمن) أى على بائعه وكان الأولى
 ذكر الوجوع بالثمن أولا ، لكونه المقصود من التفريع على كلام المتن ، ثم يقول : ولو كان الولد رقيقا أفاده
 السامحاني (قوله وإن أقر بملكية المبيع للمستحق) أى بعد أن يكون الاستحقاق ثابتا بالبينة لا بإقرار المشتري
 المذكور ، فلا ينافى قول المصنف السابق أما إذا كان بإقرار المشتري أو بنكوله فلا على أنه قدم الشارح أنه إذا
 اجتمع الإقرار والبينة يقضى بالبينة عند الحاجة إلى الرجوع وبه اندفع ما في الشرنبلالية من توهم المناقاة فافهم
 (قوله ورجع) أى بالثمن (قوله بسبب ما) أى بشراء أو هبة أو إرث أو وصية (قوله بخلاف ما إذا لم يقر)
 أى المشتري أى لم يقر نصا بأنه ملك للبائع ، فإن الشراء وإن كان إقرارا بالملك ، لكنه محتمل وفي جامع الفصولين ،
 لأنه وإن جعل مقرا بالملك للبائع لكنه مقتضى الشراء ، وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الإقرار (قوله
 بل لا بد من الشهادة على مضمونه) بأن يشهدا أن قاضي بلدة كذا قضى على المستحق عليه بالدابة التي اشتراها من
 هذا البائع ، وأخرجها من يد المستحق عليه كما في جامع الفصولين وغيره (قوله من محاضر) بيان لما والمراد
 مضمون ما في المذكورات ، فلا بد فيها من الشهادة على مضمون المكتوب لما في المنع والمحضر ما يكتبه القاضي
 من حضور الخصمين والتداعي والشهادة والسجل ما يكتب فيه نحو ذلك وهو عنده والصك ما يكتبه لمشتري أو شفيع
 ونحو ذلك اهـ ط (قوله بخلاف نقل وكالة) كما إذا وكل المدعى إنسانا بحضرة القاضي ليدعى على شخص في
 ولاية قاض آخر وكتب القاضي كتابا يهبره بالوكالة ط (قوله وشهادة) كما إذا شهدوا على خصم غائب ، فإن
 للقاضي لا يحكم بل يكتب الشهادة ليحكم بها القاضي المكتوب إليه ، ويسلم المكتوب لشهود الطريق كما يأتي في
 باب كتاب القاضي إلى القاضي ح (قوله لأنهما لتحصيل العلم للقاضي) أى مجرد الإعلام بالنقل الحكم ، فلا
 تشترط الشهادة على مضمونها ، بل تكفي الشهادة بأنهما من قاضي بلدة كذا هذا ما يفيد كلامه تبعا للدرر ، لكن
 سيأتي في كتاب القاضي إلى القاضي اشتراط قراءته على الشهود أو إعلامهم به ومقتضاه أنه لا بد من شهادتهم
 بمضمونه وإلا فما الفائدة في قراءته عليهم ولعل ما هنا مبنى على قول أبي يوسف بأنه لا يشترط سوى شهادتهم بأنه
 كتابه ، وعليه الفتوى كما سيأتي هناك (قوله ولذا لزم الخ) قال المصنف في كتاب القاضي إلى القاضي في مسألة
 نقل الشهادة ولا بد من إسلام شهوده ولو كان لذي على ذمى وعلاه الشارح بقوله لشهادتهم على فعل المسلم اهـ ط

(ولا رجوع في دعوى حق مجهول من دار صولح على شيء) معين (واستحق بعضها) لجواز دعواه فيما بقي (ولو استحق كلها رد كل العوض) لدخول المدعى في المستحق (واستفيد منه) أى من جواب المسألة أمران أحدهما (صحة الصلح عن مجهول) على معلوم لأن جهالة الساقط لا تنفي إلى المنازعة (و) الثاني (عدم اشتراط صحة الدعوى لصحته) بجهالة المدعى به حتى لو برهن لم يقبل ما لم يدع لإقراره به (ورجع) المدعى عليه (بمحصته) في دعوى كلها إن استحق شيء منها لفوات سلامة المبدل قيد بالمجهول لأنه لو ادعى قدرا معلوما كربعها لم يرجع مادام في يده ذلك المقدار وإن بقي أقل رجوع بحساب ما استحق منه :

[فرع] : لو صلح من الدينابر على دراهم وقبض الدراهم فاستحققت بعد التفرق رجوع بالدينابر لأن هذا الصلح في معنى الصرف فإذا استحق المبدل بطل الصلح فوجب الرجوع درر وفيها فروع أخر فلتنظر وفي المنظومة المحببة مهمة منها :

لو مستحقا ظهر المبيع له على بانه الرجوع
بالتن الذي له قد دفعا إلا إذا البائع ههنا ادعى
بأنه كان قديما اشترى ذلك من ذا المشتري بلامرا

(قوله ولا رجوع الخ) أى لو ادعى حقا مجهولا في دار فصولح على شيء كمائة درهم مثلا فاستحق بعض الدار لم يرجع صاحب الدار بشيء من المبدل على المدعى لجواز أن تكون دعواه فيما بقي ، وإن قل درر وعبارة الهداية فاستحققت الدار إلا ذراعا منها . والظاهر أنه لو كان الاستحقاق على سهم شائع كربع أو نصف فهو كذلك ، لأن المدعى لم يدع سهما منها لأن دعوى حق مجهول تشمل السهم والجزء . نعم : لو ادعى سهما شائعا يكون استحقاق الربع مثلا واردا على ربع ذلك السهم أيضا فللمدعى عليه الرجوع بربع بدل الصالح هذا ما ظهر لي فتأمله (قوله لدخول المدعى في المستحق) بالبناء للمجهول فيهما قال في الدرر للعلم بأنه أخذ عوض ما لم يملكه (قوله واستفيد منه الخ) كذا ذكره شراح الهداية (قوله لأن جهالة الساقط لا تنفي إلى المنازعة) لأن المصالح عنه ساقط ، فهو مثل الإبراء عن المجهول فإنه جائز عندنا لما ذكر بخلاف عوض الصلح فإنه لما كان مطلوب التسليم اشترط كونه معلوما لئلا يفضى إلى المنازعة (قوله لصحته) أى صحة الصلح (قوله بجهالة المدعى به) بيان لوجه عدم صحة الدعوى لأن المدعى به إذا كان مجهولا لا تصح الدعوى حتى لو برهن عليه لم يقبل (قوله ما لم يدع لإقراره به) أى فإذا ادعى إقرار المدعى عليه بذلك الحق المجهول وبرهن على إقراره به يقبل أى ويجبر المقر على البيان كما نقله ط عن نوح (قوله بمحصته) الأولى ذكره بعد قوله شيء منها لأن التصدير راجع إليه ط . (قوله لفوات سلامة المبدل) أى الشيء الذي استحق فإنه لم يسلم للمصالح قال في الدرر : لأن الصلح على مائة وقع على كل الدار فإذا استحق منها شيء تبين أن المدعى لا يملك ذلك القدر فيزد بحسابه من العوض اه فافهم (قوله لم يرجع الخ) هذا ظاهر فيما إذا ورد الاستحقاق على سهم شائع أيضا كربعها أو نصفها أما إذا استحق جزء معين منها كدرع مثلا من موضع كذا فالصلح عن دعوى ربعها يدخل فيه ربع ذلك الجزء المستحق تأمل (قوله وإن بقي أقل) بأن ادعى الربع ولم يبق بعد الاستحقاق في يد المدعى عليه إلا الثمن فيرجع بحصة الثمن المستحق ط (قوله فوجب الرجوع) أى بأصل المدعى وهو الدينابر ط (قوله وفيها فروع أخر فلتنظر) منها استحقاق بعض المبيع وسيأتي ومنها مسائل أخر تقدمت في فصل الفصولي (قوله إلا إذا البائع ههنا ادعى الخ) أى فلا يرجع بالثمن لأنه لو رجع على بانه فهو أيضا يرجع عليه بزازية . لكن هذا ظاهر إذا اتخذ الثمن فلو زاد فله الرجوع

لو اشترى خرابة وأنفق
ذلك يسوي بعدها آكامها
فالمشترى في ذلك ليس راجعا
ولا على ذا المستحق مطلقا
وإن مبيع مستحقا ظهرا
به فصالح الذي ادعاه
يرجع في ذلك بكل الثمن
شيئا على تعبيرها وطفقا
ثم استحق رجل تمامها
على الذي غدلتك بائعا
بذا الذي كان عليها أنفقا
ثم قضى القاضى على من اشترى
صلحا على شئ له أداه
على الذي قد باعه فاستثنى

وفي المنية شري دارا وبني فيها فاستحققت رجع بالثمن وقيمة البناء مبنيا على البائع إذا سلم النقص إليه

عليه بالزيادة كما قاله ط وكذا لو ادعى إقراره بأنه اشترى منى وهى حيلة لأمين البائع غائلة الرد بالاستحقاق وبيانها أن يقر المشتري بأن بائعي قبل أن يبيعه منى اشترى منى فحينئذ لا يرجع بعد الاستحقاق لما قلنا أما لو قال لا أرجع بالثمن إن ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ، ولا يعمل ما قاله لأن الإبراء لا يصح تعاقبه بالشرط كما في الفتح (قوله وطفقا ذلك) أى شرع واسم الإشارة للمشتري (قوله آكامها) بمد المحزة جمع أكمة محركة الفل (قوله تمامها) أى الخرابة وما بناه فيها (قوله مطلقا) لم يظهر لي المراد به تأمل (قوله بذا الذي كان عليها أنفقا) متعلق بقوله راجعا المقدر في المعطوف أو المذكور في المعطوف عليه واو قدم هذا الشرط على الذي قبله لكان أظهر ويكون المراد بقوله مطلقا أنه لا يرجع على المستحق بما أنفق ، ولا بالثمن أما على البائع فلا رجوع بما أنفق فقط ، ويرجع بالثمن كما صرح به في جامع الفصولين ، ثم المراد بما أنفق قيمة البناء إن كان بنى فيها أو أجرة التسوية ونحوها كما يظهر مما يأتي .

ثم اعلم أنا قدمنا أنه لا يرجع المشتري على البائع بالثمن إذا صار المبيع بحال أو كان ذصبا للملكه كما أوقف الثوب وخاطه قبضا فاستحق القميص أو طحن البز فاستحق الدقيق . وقد اختلفوا فيما لو غصب أرضا وبني فيها أو غرس ما قيمته أكثر من قيمة الأرض هل يملك الأرض بقيمتها أم يؤمر بالقلع ؟ والرد إلى المالك : أفنى المفتى أبو السعود بالثاني ، وعليه يظهر إطلاقهم هنا إما على القول الأول فتعبد المسألة بما إذا كان قيمة البناء أقل وإلا كان الاستحقاق واردا على ملك المشتري وهو الأرض والبناء بلا رجوع له على البائع أصلا فتنبه لذلك (قوله به) أى بالمبيع أو بالاستحقاق وهو متعلق بقوله قضى والضمير في قوله فصالح عائد على من اشترى والذي ادعاه وهو المستحق مفعول صالح وصلحا مفعول مطلق وضمير له هائد على الذي (قوله يرجع الخ) أى لأنه صار شاريا للمبيع من المستحق ومر تمام الكلام على ذلك أوائل الباب (قوله شري دارا) أى ولو كان الشراء فاسدا كما في جامع الفصولين معللا بتحقيق الغرور فيه (قوله وبني فيها) أى من ماله فلو بنى بنقضها لم يرجع بقيمته ، كما هو ظاهر ولا بما أنفق كما يعلم مما يأتي (قوله فاستحققت) أى الدار وحدها دون ما بناه فيها (قوله وقيمة البناء مبنيا) أى يقوم مبنيا فيرجع بقيمته لا مقلوعا والمراد بالبناء ما يمكن نقضه وتسليمه كما يأتي فلا يرجع بما أنفق من طين ونحوه ولا بأجرة الباني ونحوه (قوله على البائع) ثم هذا البائع يرجع على بائعه بالثمن فقط لا بقيمة البناء عنده وعندهما يرجع بقيمة البناء ذخيرة (قوله إذا سلم النقص إليه) ظاهره أنه يرجع بعد ما كلفه المستحق الهدم فهدمه والبائع خائب ، ثم سلم نقضه إلى البائع وذكر في الخانية عن ظاهر الرواية أنه لا يرجع عليه إلا إذا سلمه البناء قائما فهدمه البائع ثم قال : والأول أقرب إلى النظر .

يوم تسليمه وإن لم يسلم فبالثمن لا غير كما لو استحققت بجميع بنائها لما تقرر أن الاستحقاق متى ورد على ملك المشتري لا يوجب الرجوع على البائع بقيمة البناء مثلا ولو حفر بئرا أو نقي البلوعة أو رم من الدار شيئا ثم استحققت لم يرجع بشيء على البائع لأن الحكم بوجوب الرجوع بالقيمة لا بالنفقة كما في مسألة الخرابة حتى لو كتب في الصك فما أنفق المشتري فيها من نفقة أو رم فيها من مرمة فعلى البائع يفسد البيع ولو حفر بئرا وظواها يرجع بقيمة الطي لا بقيمة الحفر فلو شرطاه فسد وكذا لو حفر ساقية إن قنطر عليها رجع بقيمة بناء القنطرة لا بنفقة حفر الساقية .
وبالجمله فإنما يرجع إذا بنى فيها أو غرس بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه إلى البائع فلا يرجع بقيمة جص وطين

قلت : وعزاه في الذخيرة إلى عامة الكتب (قوله يوم تسليمه) متعلق بقيمة فلو سكن فيه وانهدم بعضه أو زادت قيمته يرجع عليه بقيمة البناء يوم التسليم كما بسطه في جامع الفصولين ، ولقلناه في آخر المراجعة عن الخاتية (قوله فبالثمن لا غير) وعند البعض له إمساك النقض والرجوع بنقصائه أيضا كما في الذخيرة (قوله كما لو استحققت بجميع بنائها) أي فانه يرجع بالثمن لا غير وهذه مسألة الخرابة السابقة (قوله لما تقرر الخ) قال في جامع الفصولين لأن الاستحقاق إذا ورد على ملك المشتري لا يوجب الرجوع على البائع والبناء ملك المشتري فلا يرجع به ولأنه لما استحق الكل لا يقدر المشتري أن يسلم البناء إلى البائع ، وقد مر أنه يرجع بقيمة بنائه ما لم يسلمه إلى البائع اهـ (قوله لأن الحكم الخ) أي حكم القاضي بالاستحقاق بوجوب الرجوع بالقيمة : أي بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه كما يأتي لا بالنفقة أي لا بما أنفق وهو هنا أجر الحفر والترميم بطين ونحوه مما لا يمكن نقضه وتسليمه ، وأفاد أنه لا فرق بين أن يستحق لجهة وقف أو ملك وعبارة الشارح آخر كتاب الوقف توهم خلافه وقدمنا الكلام عليها هناك (قوله كما في مسألة الخرابة) أي المتقدمة في النظم وهذا تشبيه ، لقوله لا بالنفقة إن كان لم يبن في الخرابة : وإن كان بنى فيها فهو تمثيل لقوله كما لو استحققت الخ (قوله حتى لو كتب في الصك) أي صك عقد البيع وهو تبريع على قوله لا بالنفقة (قوله فعلى البائع) أي إذا ظهرت مستحقة ط (قوله يفسد البيع) لأنه شرط فاسد لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ط (قوله وظواها) أي بناها بحجر أو آجر (قوله لا بقيمة الحفر) كذا في جامع الفصولين ، والأظهر التعبير بنفقة الحفر لأن الحفر غير متقوم (قوله فلو شرطاه) أي الرجوع بنفقة الحفر (قوله وبالجمله) أي وأقول قولاً ملتبسا بالجمله أي شتملا على جملة ما تقرر (قوله بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه) أي بعد أن يسلمه للبائع كما مر ، وهذا إن لم يكن عالما بأن البائع غاصب فلو علم لم يرجع لأنه مغتر لا مغرور بزاية ولو قال البائع : بعثا مبنية وقال المشتري أنا بنيتها فارجع عليك فالقول للبائع ، لأنه منكر حتى الرجوع ، ولو أخذ دارا بشفعة فبنى ثم استحق منه رجع على المشتري بثمنه لا بقيمة بنائه لأنه أخذها برأيه جامع الفصولين ، وفيه لو أهر الزرع بالأرض فله مستحق أن يضمه للنقصان ولا يرجع المشتري على بائعه إلا بالثمن :

[تنبيه] نظم في الخبية مسألة أخرى وعزاه شارحها سيدي عبد الغني النابلسي إلى جامع الفتاوى وهي رجل اشترى كراما فقبضه ، وتصرف فيه ثلاث سنين ، ثم استحقه رجل وبرهن وأخذه بقضاء القاضي ، ثم طلب الغلة التي أنفقها المشتري هل يجوز رده أم لا ؟ الجواب فيه بوضع من الغلة مقدار ما أنفق في عمارة السكر من قطع السكر وإصلاح السواقي وبنيان الحيطان ومروته وما فضل من ذلك يأخذه المستحق من المشتري اهـ وبه أفتى في الحامدية أيضا وعزاه إلى جامع الفتاوى ، وقال وبمثله أفتى الشيخ خير الدين في فتاواه وأيضا أبو السعود أفندي مفتي السلطنة نقلا عن التوفيق كما في صور المسائل من الاستحقاق ونقاه الأنقروى في فتاواه اهـ .

وثمّاه في الفصل الخامس عشر من القسولين : وفيه شري كرمًا فاستحق نصفه له رد الباقي إن لم يتغير في يده ولم يأكل من ثمره ولو شري أرضين فاستحققت إحداهما إن قبل القبض خير المشتري وإن بعده لزمه غير المستحق بحصته من الثمن بلا خيار ولو استحق العبد أو البقرة لم يرجع بما أنفق ولو استحق ثياب القن أو برذعة الحمار لم يرجع بشيء وكل شيء يدخل في البيع تبعًا لحصته له من الثمن ، ولكن يتخير المشتري فيه قنية ولو استحق من يد المشتري الأخير كان قضاء على جميع الباعة ولكل . أن يرجع على بائعه بالثمن

قلت : وهذا مشكل لأنه مثل قيمة الجص والطين ، فلا يرجع به على البائع ولا على المستحق لأن زوائد المغصوب متصلة أو منفصلة تضمن بالاستهلاك والغلة منهما ، ولعل وجهه أنه إذا اقتطع من الغلة ما أنفق لم يكن رجوعًا من كل وجه لأن الغلة إنما نمت وصاحبت بانفاقه كما في الانفاق على الدابة كما يأتي لكن كان الأوفق الرجوع على البائع ، لأنه غير المشتري في ضمن عقد البيع ولا صنع للمستحق في ذلك فليتأمل (قوله في الفصل الخامس عشر) صوابه السادس عشر (قوله له رد الباقي) لعيب الشركة (قوله إن لم يتغير الخ) لأن ذلك مانع من الرد بالعيب (قوله ولو شري أرضين الخ) قال في جامع الفصولين : استحق بعض المبيع فلو لم يميز إلا بضرر كدار وكرم وأرض وزوجي خف ومصراعي باب وقن يتخير المشتري ، وإلا فلا كثوبين لأن منفعة الدار يتعلق بعضها ببعض ومنفعة الثوب لا تتعلق بمنفعة ثوب آخر اهـ . وهذا إذا كان بعد القبض ولذا قال بعده ولو استحق بعض المبيع قبل قبضه بطل البيع في قدر المستحق ، ويتخير المشتري في الباقي كما مر سواء أورث الاستحقاق عيبًا في الباقي أولا لتفرق الصفة قبل التمام وكذا لو استحق بعد قبضه ، سواء استحق المقبوض أو غيره يتخير كما مر لما مر من التفرق ، ولو قبض كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره ثم أو وورث الاستحقاق عيبًا فيما بقي يتخير المشتري كما مر ولو لم يورث عيبًا فيه كثوبين أو قنين استحق أحدهما أو كلبى أو وزنى استحق بعضه أولا بضر تبعيضه فالمشتري يأخذ الباقي بلا خيار اهـ وتقدم تمام الكلام على ذلك في خيار العيب (قوله لم يرجع بما أنفق) أى لم يرجع المشتري على البائع قنية وفيها أيضا : اشترى إبلًا مهزبل فعلقها حتى سميت ، ثم استحققت لا يرجع على البائع بما أنفقه وبالعلف اهـ ونقل في الحامدية بعده عن القاعدية : اشترى بقرة وسمتها ثم استحققت فإله يرجع على بائعه بما زاد كما لو اشترى دارًا وبني فيها ثم استحققت اهـ وهذا يناسب مسألة الكرم المارة آنفاً لكن يفيد أن يكون الرجوع على البائع كما قلنا وما ذكره في القنية من عدم الرجوع هنا أظهر والفرق بين التسمين والبناء ظاهر مما مر فلذا مشى عليه الشارح (قوله ولو استحق ثياب القن الخ) في جامع الفصولين شري أرضًا فيها أشجار حتى دخلت بلا ذكر فاستحققت الأشجار قبل : لا حصه لها من الثمن كثوب قن وبرذعة حمار ، فإن ما يدخل تبعًا لحصته له من الثمن ، وقيل الرواية أنه يرجع بحصة الأشجار والفرق أنها مركبة في الأرض ، فكأله استحق بعض الأرض ، بخلاف الثياب فالتبعية هنا أقل ولذا كان للبائع أن يعطى غيرها أو كانت ثياب مثله : ثم قال أقول في الشجر : وكل ما يدخل تبعًا إذا استحق بعد القبض ينبغي أن يكون له حصه من الثمن اهـ :

قلت : ويدل له ما نقل عن شرح الاسبيجاني الأوصاف لا قسط لها من الثمن إلا إذا ورد عليها القبض والأوصاف ما يدخل في البيع بلا ذكر كبناء وشجر في أرض وأطراف في حيوان وجودة في الكبلى والوزنى وعن فتاوى رشيد الدين البناء وإن كان تبعًا إذا لم يذكر في الشراء ، لكن إذا قبض بصبر مقصودا وبصبر له حصه من الثمن اهـ وفي الخالية : وضع محمد رحمه الله تعالى أصلا كل شيء إذا بعته وحده لا يجوز بيعه وإذا بعته مع غيره

بلا إعادة بينة لكن لا يرجع قبل أن يرجع عليه المشتري عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف : له أن يرجع قال ألا ترى أن المشتري الثاني لو أبرأ الأول من الثمن كان للأول الرجوع كما لو وجد العبد حزا فلكل الرجوع قبله خاتبة لكن في الفصولين ما يخالفه فتنبه .

ولو اشترى عبدا فأعتقه بمال أخذه منه ثم استحق العبد لم يرجع المستحق بالمال على المعتق ولو شري دارا بعبد وأخذت بالشفعة ثم استحق العبد بطلت الشفعة ويأخذ البائع الدار من الشفيع لبطلان البيع والله أعلم ،

جاز فإذا استحق ذلك الشيء قبل القبض كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بجميع الثمن ، وإن شاء ترك وكل شيء إذا بعته وحده يجوز بيعه فإذا بعته مع غيره فاستحق كان له حصة من الثمن ٨ .

قلت : فصار الحاصل أن ما يدخل في البيع تبعا إذا استحق بعد القبض كان له حصة من الثمن ، فيرجع على البائع بحصته وإن استحق قبل القبض ، فإن كان لا يجوز بيعه وحده كالشرب ، فلا حصة له من الثمن ، فلا يرجع بشيء بل يخير بين الأخذ بكل الثمن والترك ، وإن جاز بيعه وحده كالشجر وثوب القن كان له حصة من الثمن ، فيرجع بها على البائع وهذا إذا لم يذكر في البيع لما في جامع الفصولين إذا ذكر البناء والشجر كانا مبنيين قصدا لانبعا ، حتى لو فانا قبل القبض بأخذ الأرض بمحصتها ، ولا خيار له ولو احترقا أو قلعهما ظالم قبل القبض بأخذها بجميع الثمن أو ترك ولا يأخذ بالحصة ، بخلاف الاستحقاق والهلاك بعد القبض وهو على المشتري (قوله بلا إعادة بينة) أى على الاستحقاق وهذا إذا كان الرجوع عند القاضي الذى حكم بالاستحقاق ، وهو ذاكر لذلك فلو نسي أو كان عند غيره لا بد من الإعادة كما أفاده في جامع الفصولين (قوله لو أبرأ الأول من الثمن) أى بأن حكم القاضي بالاستحقاق ، وحكم للمشتري الأخير بالرجوع على الأول بالثمن ، ثم أبرأه فالمشتري الأول الرجوع على بائعه كما قدمه الشارح أوائل الباب عن جامع الفصولين ، ونقلنا قبله عن اللخيرة وجامع الفصولين : أنه لو أبرأه البائع عن الثمن قبل الاستحقاق فلا رجوع له بعد الاستحقاق ، لأنه لا يضمن له على بائعه وكذا لا رجوع لبقية الباعة (قوله لكن في الفصولين ما يخالفه) الذى في جامع الفصولين التفرقة بين الاستحقاق المبطل والناقل كما تقدم في المتن أول الباب . وهذا لا يخالف المنقول هنا عن أبي حنيفة ، وإن كان مراده المخالفة في مسألة الإبراء فلم أر فيه مخالفة لما هنا أيضا بل فيه التفرقة بين إبراء المشتري البائع وبين إبراء البائع المشتري كما ذكرناه آنفا وقد مناه أول الباب (قوله لم يرجع المستحق بالمال على المعتق) كذا في القنية والظاهر أن المراد بالمال ما كان مع كسب العبد ، لأن غايته أنه ظهر بالاستحقاق أن المعتق غاصب للعبد والغاصب يملك كسب العبد المنصوب أما لو كان المال للمولى مع العبد فأعتقه عليه ينبغى أن يثبت للمستحق الرجوع به على المعتق تأمل (قوله وأخذت بالشفعة) أى بقيمة العبد أو بعينه إن وصل إلى الشفيع بجهة ط (قوله ويأخذ البائع الدار من الشفيع) أى ويرجع الشفيع بما دفع من قيمة العبد على البائع (قوله لبطلان البيع) علة لقوله بطالت الشفعة ط والتعليل بذلك مذكور في القنية ، وهو صريح في أن الاستحقاق في بيع المقايضة يبطل البيع وفي جامع الفصولين استحقاق بدل المبيع بوجوب الرجوع بعين المبيع قائما وبقيته هالكا وفيه أيضا إذا استحق أحد البديلين في المقايضة وهلك البديل الآخر تجب قيمة الهالك لقيمة المستحق لانقراض البيع اه وفي حاشيته للخير الرولى هذا يدل بإطلاقه على ما لو باعه المقايض لغيره وسامه له ، ثم استحق بدله من يد المقايض للثاني أن يرجع بعين المبيع على المشتري منه لانقراض البيع ، ومع لوازمه رجوعه إلى ملكه فإذا رجع عليه وأخذ منه يرجع هو بما دفع لبائعه من الثمن ، وتسمع دعوى مالك المبيع على المشتري بنية بائعه لدعواه الملك لنفسه ، فينصب خصما للمدعى وهي واقعة الحال في مقايضة بهم بهم وتقايضا

باب السلم

(هو) لغة كالسلف وزنا ومعنى وشرعا (بيع آجل) وهو المسلم فيه (بعاجل) وهو رأس المال (وركنه وكن البيع) حتى ينعقد بلفظ بيع في الأصح (ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم) بكسر اللام (و) يسمى (الآخر المسلم إليه والحنطة مثلا المسلم فيه) والثلث رأس المال (وحكمه ثبوت الملك للمسلم إليه ولرب السلم في الثمن والمسلم فيه) فيه لف ونشر مرتب (ويصح فيما أمكن ضبط صفته) كجودته وردادته (ومعرفة قدره ككميل وموزون) (خرج بقوله (مثنى) الدراهم والدنانير لأنها أثمان فلم يجوز فيها السلم خلافا لملك

وباع أحدهما ما في يده وسلم فاستحق من مشتريه ولم أر فيها صريح النقل غير ما هنا الكفى مجرد الاستحقاق لا يوجب نقض البيع وفسخه كما مر بيانه اه ملخصا وتامه فيها .
[خاتمة] لم أر من ذكر ما إذا ورد الاستحقاق بعد هلاك المبيع كوت الدابة مثلا وهي واقعة الفتوى وقد أجمت بأن المستحق لا يهد له من إقامة البيعة على قيمتها يوم الشراء فيضمن المشتري القيمة ويرجع على بائعه بالثلث لا بما ضمن لأن المشتري غاصب الغاصب وقد صرحوا في الغصب بأن المشتري من الغاصب إذا ضمن القيمة يرجع على بائعه بالثلث لأن رد القيمة كرد العين والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب السلم

شروع فيها يشترط فيه قبض أحد العوضين أو قبضهما كالصرف ، وقدم السلم عليه لأنه بمنزلة المفرد من المركب رخص باسم السلم لتحقيق إيجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه أعنى تسليم رأس المال وتامه في النهر (قوله وشرعا) معطوف على قوله لغة (قوله بيع آجل بعاجل) كذا عرفه في الفتح ، واعترض على ماني السراج والعناية من أنه أخذ عاجل بآجل بأنه غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل . وفي غاية البيان أنه تحريف من النسخ وأجاب في البحر : بأنه مع باب القلب ، والأصل أخذ آجل بعاجل :

قلت : وفيه أن القلب لا يسوغ لغير البلغاء لأجل لكثرة بيانية كما صرحوا به ولا سيما في التعاريف ، ويظهر لي الجواب بأنه ناظر إلى ابتدائه من جانب المسلم إليه أي أخذ ثمن عاجل ، ويؤيده كون السلم كالسلف مشعرا بالتقدم أولا ، فالمناسب الابتداء بالعاجل وهو الثمن ثم رأيت في النهر عن الخواشي السعدية ما يوافق ما قلنا حيث قال : يجوز أن يقال المراد أخذ ثمن عاجل بآجل بقريئة المعنى اللغوي إذ الأصل هو عدم التغيير إلا أن يثبت بدليل اه : ويظهر لي أيضا أن الأولى في تعريفه أن يقال شراء آجل بعاجل لأن السلم اسم من الإسلام كما في القهستاني ولا يخفى أن الإسلام صفة ، فهو المنظور إليه أصالة ولذا سموه رب السلم أي صاحبه ، فالمناسب بناء التعريف على ما يشعر به اللفظ والمعنى ، وهو الشراء الذي هو المراد بالإسلام الصادر من رب السلم بخلاف البيع الصادر من المسلم إليه ، ومثله الأخذ لعدم إشعار اشتقاق اللفظ بهما (قوله وركنه ركن البيع) من الإيجاب والقبول (قوله حتى ينعقد الخ) وكذا ينعقد البيع والشراء بلفظ السلم ولم يحك في القنية فيه خلافا نهر (قوله ويصح فيما أمكن ضبط صفته) لأنه دين وهو لا يعرف إلا بالوصف فإذا لم يمكن ضبطه به يكون مجهولا جهالة تفضي إلى المنازعة ، فلا يجوز كسائر الديون نهر (قوله ككميل وموزون) فلو أسلم في المكيل وزنا كما إذا أسلم في البر والشعير بالميزان فيه روايتان والمعتمد الجواز لوجود الضبط وعلى هذا الخلاف لو أسلم في الموزون كيلا بجر (قوله فلم يجوز فيها السلم) لكن

(وعددی متقارب كجوز وبيض وفسل) وكثرى ومشمش ونين (ولبن) بكسر الباء (وآجر بملبن معين) بين صفته ومكان ضربه خلاصة وذرعى كثوب بين قدره طولاً وعرضاً (وصنعته) كقطن وكتان ومركب منهما (وصفته) كعمل الشام أو مصر أو زيد أو عمرو (ورقته) أو غلظه (ووزنه إن بيع به) فإن الديباج كلما ثقل وزنه زادت قيمته

إذا كان رأس المال دراهم أو دنائير أيضاً كان العقد باطلا اتفاقاً ، وإن كان غيرها كثوب في عشرة دراهم لا يصبح سلباً اتفاقاً ، وهل ينعقد بيعاً في الثوب بثمن مؤجل ؟ قال أبو بكر الأعمش : ينعقد وعيسى بن أبان لا وهو الأصح نهر وهذا صححه في الهداية ورجح في الفتح الأول وأقره في البحر واعترضه في النهر بما هو ساقط جداً كما أوضحته فيها علقته على البحر (قوله وعددى متقارب) الفاصل بين المتفاوت والمتقارب أن ما ضمن مستهلكه بالمثل ، فهو متقارب وبالقيمة يكون متفاوتاً بحر عن المعراج (قوله كجوز) أى جوز الشام بخلاف جوز الهند كما في البحر (قوله وبيض) ظاهر الرواية أن بيض النعام من المتقارب في رواية الحسن عن الإمام لا يجوز لتفاوت آجاده ، والوجه أن ينظر إلى الغرض في العرف ، فإن كان الغرض منه الأكل فقط كعرف أهل البوادي وجب العمل بالأول أو القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كما في مصر وغيرها وجب العمل بالرواية الأخرى ووجب مع ذكر العدد تعيين المقدار واللون مع لقاء البياض وإهداره في الفتح ، وأجازوه في الباذنجان والكاغد عدداً وحمله في الفتح على باذنجان ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك وعلى كاغد بقالب خاص وإلا لا يجوز اهـ . وفي الجوهرة : لا يجوز السلم في الورق إلا أن يشترط منه ضرب معلوم الطول والعرض والجودة (قوله وفسل) الأولى وفلوس لأنه مفرد لا اسم جنس قبل وفيه خلاف محمد لئنه بيع الفلاس بالفلسين إلا أن ظاهر الرواية عنه كقولها وبيان الفرق في النهر وغيره (قوله بكسر الباء) أى الموحدة وقد تخفف فيصير كحمل كما في المصباح وهو الطوب النوى نهر (قوله وآجر) بضم الجيم وتشديد الراء مع المد أشهر من التخفيف وهو اللبن إذا طبخ مصباح (قوله بملبن) كنبير قالب الطين قاموس فهو بفتح الباء : وما في البحر عن الصحاح من أنه بكسر الباء فهو سبق قلم فإنه لم يوجد في الصحاح بل الذى فيه الملبن قالب اللبن والملبن المقلب (قوله بين صفته ومكان ضربه خلاصة) فيه نظر فإن عبارة الخلاصة ولا بأس في السلم في اللبن والآجر إذا بين الملبن والمكان وذكر عدداً معلوماً والمكان : قال بعضهم : مكان الإيفاء وهذا قول أبي حنيفة ، وقال بعضهم : المكان الذى يضرب فيه اللبن اهـ أى لاختلاف الأرض رخاوة وصلابة وقرباً وبعداً ، ولا يخفى أن الملبن إذا كان معيناً لا يحتاج إلى بيان صفته ، بخلاف ما إذا كان غير معين فلا بد من كونه معلوماً ، ويعلم كما في الجوهرة بذكر طوله وعرضه وسماكته (قوله وذرعى كثوب الخ) وكالبسط والحصر والبوارى كما في الفتح ، وأراد بالثوب غير المخيط قال في الفتح : ولا في الجلود عدداً وكذا الأخشاب والجوالات والفراء والثياب المخيطة والخفاف والقلائس إلا أن يذكر العدد لقصد التعدد في السلم فيه ضبطاً للكمية ، ثم يذكر ما يقع به الضبط كأن يذكر في الجلود مقداراً من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم الخ (قوله بين قدره) أى كونه كذا كذا ذراعاً فتح . وظاهره أن الضمير للثوب لا للذراع وفي البرازية إن أطلق الذراع فله الوسط وفي الدخيرة اختلفوا في قول محمد له ذراع وسط فقيل المراد به المصدر أى فعل الذرع فلا يمد كل المد ولا يرخى كل الإرخاء وقيل الآلة والصحيح أنه يحمل عليهما (قوله كقطن) فيه أن هذا جنس والصفة كأصغر ومركب منهما كالملمح ط عن المنع وفسر الصفة في الدرر بالركة والغلط لكنه لا يناسب المتن (قوله فإن الديباج) هو ثوب سداه ولحمته يرسم بكسر الدال أصوب من فتحها مصباح ، وهو

والحرير كلما خف وزنه زادت قيمته فلا بد من بيانه مع اللرع (لا) بصح (في) عددي (متفاوت) هو ما متفاوت
ماليته (كبطيخ وقرع) ودر ورمال فلم يجوز عددا بلا مميز وما جاز عدا جاز كيلا ووزنا نهر (وبصح في سمك ملبح)
ومالح لغة رديئة (و) في طرى (حين يوجد وزنا وضربا) أى نوعا قيد لها (لا عددا) للثفاوت (واو صغلا
جلا وزنا وكهلا) وفي الكبار روايتان مجتبي (لا في حيوان ما) خلافا للشافعي (وأطرافه) كرؤوس وأكارع خلافا
لمالك ورجال وزنا في رواية (و) لا في (حطب)

نوع من الحرير (قوله والحرير الخ) قال في الفتح : هذا عرفهم وحرفنا ثياب الحرير أيضا وهي المسماة بالكهلاء
كلما ثقلت زادت القيمة :

فالحاصل : أنه لا بد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل أو بالخفة اه (قوله فلا بد من بيانه مع اللرع)
هو الصحيح كما في الظهيرية ، ولو ذكر الوزن بدون اللرع لا يجوز وقيدته خواهر زاده بما إذا لم يبين لكل ذراع
ثمنا فإن بينه جاز كذا في التارخانية نهر (قوله متفاوت ملبح) أى مالية أفراده (قوله بلا مميز) أى بلا ضابط
غير مجرد العدد كطول وغلظ ونحو ذلك فتح (قوله وما جاز عدا جاز كيلا ووزنا) وما يقع من التخلخل في الكيل
بين كل نحو بيضتين مغتفر لرضا رب السلم بذلك ، حيث أوقع العقد على مقدار ما يملأ هذا الكيل مع تخلخله ،
وإنما يمنع ذلك في أموال الربا إذا قوبلت بنفسها ، والمعدود ليس منها وإنما كان باصطلاحهما ، فلا يصير بذلك
مكيلا مطلقا ليكون ربويا وإذا أجزناه كيلا فوزنا أولى فتح : وكذا ما جاز كيلا جاز وزنا وبالعكس على المعتمد
لوجود الضبط كما قدمناه عن البحر : أى وإن لم يجر فيه عرف كما قدمناه في الربا قبيل قوله والمعتبر تعيين الربوي
(قوله وبصح في سمك ملبح) في المغرب سمك ملبح ومملوح وهو القديد الذى فيه الملح (قوله ومالح لغة رديئة)
كذا في المصباح ، وذكر أن قولهم ماء مالح لغة حجازية واستشهد لها وأطال (قوله وفي طرى حين يوجد) فإن كان
ينقطع في بعض السنة كما قبل إنه ينقطع في الشتاء في بعض البلاد : أى لانجساد الماء فلا ينعقد في الشتاء ولو أسلم
في الصيف وجب أن يكون الأجل لا يبلغ الشتاء هذا معنى قول محمد لاخير في السمك الطرى إلا في حينه يعنى
أن يكون السلم مع شروطه في حينه كي لا ينقطع بعد العقد والحلول ، وإن كان في بلد لا ينقطع جاز مطلقا وزنا
لا عددا لما ذكرنا من التفاوت في آحاده فتح أما الملبح فإنه يدخر ويباع في الأسواق فلا ينقطع ، حتى لو كان
ينقطع في بعض الأحيان لا يجوز فيه كما أفاده ط ولا يخفى أن هذا في بلاد يوجد فيها ، أما في مثل بلادنا فلا يصح
لأنه لا يباع في الأسواق إلا نادرا (قوله جاز وزنا وكهلا) أى بعد بيان النوع لقطع المنازعة ط (قوله وفي الكبار)
أى وزنا ولا يجوز كيلا رواية واحدة أفاده أبو السعود ط (قوله روايتان) واختار الجواز ، وهو قولها لأن السمك
والهزال غير معتبر فيه عادة ، وقيل الخلاف في لحم الكبار منه كذا في الاختيار وفي الفتح وعن أبي حنيفة في الكبار
التي تقطع كما يقطع اللحم لا يجوز السلم في لحمها اعتبارا بالسلم في اللحم اه (قوله لا في حيوان ما) أى دابة كان
أو رقيقا ويدخل فيه جميع أجناسه ، حتى الحمام والقمرى والعصافير هو المنصوص عن محمد ، إلا أنه يخص من هوومه
السمك نهر قال في البحر : لكن في الفتح إن شرطت حياته أى السمك فلنا أن نمنع صحتة اه وأقره في النهر والمنع
(قوله خلافا للشافعي) ومعه مالك وأحمد وأطال في الفتح في ترجيح أدلة المذهب المنقولة والمعقولة ثم ضعف المعقولة
وحط كلامه على أن المعبر النهى الوارد في السنة كما قاله محمد أى فهو تعبدى (قوله وأكارع) جمع كراع وهو
ما دون الركبة في اللواب فتح (قوله ورجال وزنا في رواية) في السراج لو أسلم فيه وزنا اختلفوا فيه نهر : واختار
هذه الرواية في الفتح حيث قال : وعندى لأبأس بالسلم في الرؤوس والأكلوع وزنا بعد ذكر النوع ، وبأن

بالحرز ورطوبة بالجرز إلا إذا ضبط بما لا يؤدي إلى نزاع وجزاز وزنا فتع (وجوهه وخرزا الاصغار لؤلؤتباع وزنا) لأنه إنما يعلم به (ومنقطع) لا يوجد في الأسواق من وقت العقد إلى وقت الاستحقاق ولو انقطع في إقليم دون آخر لم يجر في المنقطع ولو انقطع بعد الاستحقاق خير رب السلم بين انتظار وجوده والفسخ وأخذ رأس ماله (ولحم ولو منزوع عظم) وجوزاه إذا بين وصفه وموضعه لأنه موزون معلوم وبه قالت الأئمة الثلاثة وعليه الفتوى بحر وشرح مجمع لكن في القهستاني أنه يضح في المنزوع بلا خلاف إنما الخلاف في غير المنزوع فتنبه لكونه صرح غيره بالروايتين فتدبر ولو حكم بجوازه صح اتفاقا بزالية

الشروط فإنها من جنس واحد وحينئذ لا تتفاوت تفاوتاً فاحشاً وأقره في النهر (قوله بالخزم) بضم الحاء وفتح الزاي جمع حزمة في القاء وس حزمه يحزمه شده ، والمخزمة بالضم ما حزم (قوله ورطوبة) هي القصة خاصة قبل أن تجف والجمع رطاب مثل كلبة وكلاب والرطب وزان قفل المرعى الأخضر من بقول الربيع ، وبعضهم يقول الرطوبة وزان غرفة الخلا وهو الغض من الكلاء مصباح (قوله بالجرز) جمع جرزة مثل غرفة وغرف ، وهي القبضة من التفت ونحوه أو الحزمة مصباح وفيه والقت القصة (۱) إذا بدست (قوله إلا إذا ضبط الخ) بأن بين الحبل الذي يشد به الحطب والرطوبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدي إلى النزاع زيلعي (قوله وجزاز وزنا) أي في الكل فتع قال وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الحطب الوزن ، فيجوز الإسلام فيه وزنا وهو أضبط وأطيب (قوله وجوهه) كالياقوت والبلخش والفيروزج نهر (قوله وخرز) بالتحريك الذي ينظم وخرزات الملك جواهر تاجه ، وكان إذا ملك عاماً زيدت في تاجه خرزة ليعلم عدد سني ملكه قاله الجوهري وذلك كالعقيق والبلور لتفاوت أحادها تفاوتاً فاحشاً ، وكذلك لا يجوز في الآليء الكبار نهر (قوله من وقت العقد إلى وقت الاستحقاق) دوام الانقطاع ليس شرطاً ، حتى لو كان منقطعاً موجوداً عند المحل أو بالعكس أو منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز وحد الانقطاع أن لا يوجد في الأسواق وإن كان في البيوت كذا في التبيين شربلالية ، ومثله في الفتح والبحر والنهر ، وعبارة الهداية ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين المحل وسيلذكره الشارح فما أومه كلامه هنا كالدرر غير مراد (قوله لم يجر في المنقطع) أي المنقطع فيه ، لأنه لا يمكن إحضاره إلا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم بحر (قوله بعد الاستحقاق) أي قبل أن يوفى المسلم فيه بحر (قوله ولحم) في الهداية ولا خير في السلم في اللحم ، قال في الفتح : وهذه العبارة تأكيد في نفي الجواز وتماه فيه (قوله ولو منزوع عظم) هو الأصح هداية وهو رواية ابن شجاع عن الإمام وفي رواية الحسن عنه جواز منزوع العظم كما في الفتح (قوله وجوزاه إذا بين وصفه وموضعه) في البحر وقال يجوز إذا بين جنسه وأوعه وسنه وصفته وموضعه وقدره كشاة خصى ثني سمين من الجنب أو الفخذ مائة رطل اه ولعل الشارح أراد بالوصف جميع ما ذكر (قوله وعليه الفتوى بحر) نقل ذلك في البحر والفتح عن الحقائق والعيون (قوله لكن في القهستاني الخ) استدراك على المتن فافهم (قوله بالروايتين) أي رواية الحسن ورواية ابن شجاع وهي الأصح ، فما في القهستاني مبنى على خلاف الأصح :

(۱) (قوله وفيه والقت القصة الخ) هكذا بخطه. والذي في المصباح في باب القاف والفاء مانعه القت الفصصة إذا بدت إلى آخر ما قال وذكر في باب الفاء والصاد وما يفتلها مانعه والفصصة بكسر الفاءين الرطوبة قبل أن تجف فإذا جفت زال عنها اسم للفصصة وصحبت التفت والجمع نصاص اه فالعله سقط من قلم المؤلف الفاء والصاد الأخرهان وكذا ما في تفسير الرطوبة قبل بقوله هي القصة ولبحر اه مصححه .

وفي العيني أنه قيمي عنده مثل عندهما (و) لا (بمكيال وذراع مجهول) قيد فيهما وجوزة الثاني في الماء قربا للتعامل
فتح (وبرقربة) بعينها (وثمر نخلة معينة إلا إذا كانت النسبة لثمره) أو نخلة أو قربة (لبيان الصفة) لالتعيين الخارج
كفتح مرجى أو بلدى بديارنا

مطلب هل اللحم قيمي أو مثل

(قوله وفي العيني الخ) في البحر عن الظهيرية وإقراض اللحم عندهما يجوز كالسلم ، وعنه روايتان وهو
مضمون بالقيمة في ضمان العد وإن لو مطبوخا إجماعا ولو نيئا فكذلك هو الصحيح اه وذكور في الفتح عن الجامع
الكبير والمنتقى أن اللحم مضمون بالقيمة واختيار لا سببجاني ضمانه بالمثل وهو الوجه ، لأن جريان ربا الفضل
فيه قاطع بأنه مثل فيفرق بين الضمان والسلم بأن المعادلة في الضمان منصوص عليها وتماها بالمثل ، لأنه مثل صورة
ومعنى والقيمة مثل معنى فقط وتام الكلام فيه (قوله ولا بمكيال وذراع مجهول) أى لم يدر قدره كما في الكنز
والواو بمعنى أو أى لا يجوز السلم بمكيال معين أو بذراع معين لا يعرف قدره ، لأنه يحتمل أن يضع فيؤدى إلى
النزاع بخلاف البيع به حالا حيث يجوز ، لأن التسليم به يجب في الحال ، فلا يتوهم فوته وفي السلم يتأخر التسليم
فيخاف فوته زيلعى زاد في الهداية ، ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينسبط كالقصاص مثلا وإن كان
مما ينكبس بالكبس كالزبيب والجراب لا يجوز إلا في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن أبى يوسف اه واعترضه
الربلى بأن هذا التفصيل إنما يستقيم في البيع حالا حيث يجوز باناء لا يعرف قدره بشرط أن لا ينكبس ولا ينسبط .
ويفيد فيه استثناء قرب الماء ، ولا يستقيم في السلم ، لأنه إن كان لا يعرف قدره لا يجوز السلم به مطلقا ، وإن
عرف قدره فالسلم به لبيان القدر لا لتعيينه ، فكيف يتأتى فيه الفرق بين المنكبس وغيره اه . وأجاب في النهر :
بأنه إذا أسلم بمقدار هذا الوعاء برا وقد عرف أنه وية مثلا جاز غير أنه إذا كان ينقبض وينسبط لا يجوز لأنه
يؤدى إلى النزاع وقت التسليم في الكبس وعدمه ، لأنه عند بقاء عينه يتعين وقوله للربلى : لا لتعيينه ممنوع نعم
هلاكه بعد العلم بمقداره لا يفسد العقد اه :

قلت : ولا يخفى ما فيه لأن الوعاء إذا تحقق معرفة قدره لا يتعين قطعا ، وإلا فسد العقد بعد هلاكه ولا نزاع
بعد معرفة قدره لإمكان العدول إلى ما عرف من مقداره فيسلمه بلا منازعة ، كما إذا هلك لأن الكلام فيما عرف
قدره ويظهر لي الجواب عن الهداية بأن قوله : ولا بد الخ بيان لما يعرف قدره لا شرط زائد عليه ، ويكون المراد
أه إذا كان مما ينقبض وينكبس بالكبس لا يتقدر بمقدار معين ، لتفاوت الانقباض والكبس فيؤدى إلى النزاع ،
ولذا لم يجز البيع فيه حالا فكلام الربلى وارد على ما يتبادر من كلام الهداية من أنه شرط زائد على معرفة القدر
وعلى ما قلنا فلا فاعتم هذا التحرير (قوله إلا إذا كانت النسبة لثمره الخ) كان الأولى إسقاط قوله لثمره أو أنه
يقول لثمره أو بر إلى نخلة أو قربة تأمل : قال في الفتح : فلو كانت نسبة الثمرة إلى قربة معينة لبيان الصفة لالتعيين
الخارج من أرضها بعينه كالخشراى ببخارى والسباخى : وهى قربة حنطتها جيدة بفرغانة لا بأس به لأنه
لا يراد خصوص النابت هناك ، بل الإقليم ولا يتوهم انقطاع طعام إقليم بكماه فالسلم فيه وفي طعام العراق
والشام سواء ، وكذا في ديار مصر في قح الصعيد : وفي الخلاصة والمجتبى وغيره : لو أسلم في حنطة بخارى
أو سمرقند أو إسبىجاب لا يجوز لتوهم انقطاعه ولو أسلم في حنطة هراة لا يجوز أو في ثوب هراة وذكر
شروط السلم يجوز لأن حنطتها يتوهم انقطاعها إذ الاضافة لتخصيص البقعة ، بخلاف إضافة الثوب لأنها لبيان

فالمانع والمقتضى العرف فتح (و) لا (في حنطة حديثة قبل حدوثها) لأنها منقطعة في الحال وكونها موجودة وقت العقد إلى وقت المهل شرط فتح. وفي الجوهرة: أسلم في حنطة جديدة أو في ذرة حديثة لم يجز لأنه لا يدري أيكون في تلك السنة شيء أم لا .

قلت : وعليه فما يكتب في وثيقة السلم من قوله جديد عامه مفسد له أي قبل وجود الجديد أما بعده فيصح كما لا يخفى (وشرطه) أي شروط صحته التي تذكر في العقد سبعة (بيان جنس) كبير أو تمر (و) بيان (نوع) كسقي أو بعلي (وصفة) كجيد أو رديء (وقدر) ككذا كيلا لا ينقبض ولا ينهسط (وأجل وأقله) في السلم (شهر) به يفنى وفي الحاوي لا بأس بالسلم في نوع واحد على أن يكون حلول بعضه في وقت وبعضه في وقت آخر

الجلس والنوع لا لتخصيص المكان ، فلو أتى المسلم إليه بثوب نسج في غير ولاية هراة من جنس الهروي يعني من صفته ومؤنته أجبر رب السلم على قبوله ، فظهر أن المانع والمقتضى العرف ، فإن تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز وإلا فلا اه ملخصا .

قلت : ويظهر من هذا أن النسبة إلى بلدة معينة كبخارى وسمرقند مثل النسبة إلى قرية معينة فلا يصح إلا إذا أريد بها الإقليم كالشام والعراق مثلا ، وعلى هذا فلو قال دمشقية لا يصح لأنه لا يراد بدمشق الإقليم ، ولكن هل المراد ببخارى وسمرقند ودمشق خصوص البلدة أو هي وما يشمل قراها المنسوبة إليها فإن كان المراد الأول فعدم الجواز ظاهر وإن كان الثاني فله وجه ، لأنها ليست إقليميا ولكن لا يصح قول الشارح كقمح مرجى أو بلدى ، فإن القمح المرجى نسبة إلى المرج وهو كورة شرقى دمشق تشمل على قرى عديدة مثل حوران : وهي كورة قبلى دمشق وقراها أكثر وقمحا أجود من باقى كور دمشق والبلدى فى عرفنا غير الحوراني ، ولا شك أن ذلك كله ليس بإقليم فإن الإقليم واحد أقاليم الدنيا السبعة كما فى القاموس : وفى المصباح : يقال الدنيا سبعة أقاليم ، وقد يقال ليس مرادهم خصوص الإقليم المصطلح ، بل ما يشمل القطر والكورة فإنه لا يتوهم انقطاع طعام ذلك بكما له فيصح إذا قال حورانية أو مرجية وبه يصح كلام الشارح تأمل (قوله فالمانع الخ) تقدم آنفا بيانه فيما لو أسلم في حنطة هراة أو ثوب هراة (قوله إلى وقت المهل) بفتح فكسر مصدر ميمى بمعنى الحلول (قوله لأنه لا يدري الخ) هذا التعميل مخالف للتعليل الماز عن الفتح ، وعزاه إلى شرح الطحاوى قال فى النهر : وهو أولى لأن مقتضى هذا أنه لو عين جديد إقليم كجديدة من الصعيد مثلا أن يصح إذ لا يتوهم عدم طلوع شيء فيه أصلا اه معنى وهذا المقتضى غير مراد لمنافاته للشرط الماز (قوله وقلت الخ) القول والتقييد الذى بعده لصاحب البحر (قوله أى شروط صحته) أشار إلى أن الإضافة فى شرطه للجنس فيصدق على الواحد والأكثر (قوله التى تذكر فى العد) أفاد أن له شروطا آخر سكت عنها المصنف ، لأنها لا يشترط ذكرها فيه بل وجودها نهر . وذلك كقبض رأس المال ونقده وعدم الخيار على الربا لكن ذكر المصنف من الشروط قبض رأس المال قبل الافتراق مع أنه ليس مما يشترط ذكره فى العقد (قوله سبعة) أى إجمالا وإلا فالأربعة الأولى منها تشترط فى كل من رأس المال والمسلم فيه فهى ثمانية بالتفصيل بحر : وسيأتى وفيه عن المعراج إنما يشترط بيان النوع فى رأس المال إذا كان فى البلد نقود مختلفة وإلا فلا ، وفيه عن الخلاصة لا يشترط بيان النوع فيها لأنواع له (قوله كبير أو تمر) ومن قال كصعيدية أو بحرية فقدوهم وإنما هو من بيان النوع كما فى البحر (قوله كسقى) هو ما يسقى سبحا أى بالماء الجارى (قوله وبعلي) هو ما سقته السماء قاموس (قوله لا ينقبض ولا ينهسط) كالصاع مثلا بخلاف الجراب والزليل (قوله وأجل) فإن أسلم حالاً ، ثم أدخل الأجل قبل الافتراق وقيل استهلاك رأس المال جاز اه ط عن الجوهرة (قوله فى السلم) احتراز عن خيار الشرط ولا حاجة إليه (قوله به يفنى) وقيل ثلاثة أيام

(ويبيطل) الأجل (بموت المسلم إليه لا بموت رب السلم فيؤخذ) المسلم فيه (من تركته حالا) لبطلان الأجل بموت المدينون لا الدائن ولذا شرط دوام وجوده لتدوم القدرة على تسليمه بموته (و) بيان (قدر رأس المال) إن تعلق العقد بمقداره كما (في مكيل وموزون وعددي غير متفاوت) واكتفيا بالإشارة كما في مدروع وحيوان قلنا ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال ابن كمال : وقد ينفق بعضه ثم يجد باقيه معيبا فيرده ولا يستبد له رب السلم في مجلس الرد فينسخ العقد في المردود ويبقى في غيره فتلزم جهالة المسلم فيه فيما بقي ابن ملك فوجب بيانه (و) السابع بيان (مكان الإيفاء) للمسلم فيه (فيما له حمل) أو مؤونة ومثله الثمن والأجرة والقسمة وعينا مكان العقد

وقيل أكثر من نصف يوم ، وقيل ينظر إلى العرف في تأجيل مثله والأول أي ما في المتن أصح وبه يفتى زيلعي وهو المعتمد بحر وهو المذهب نهر (قوله ولذا شرط الخ) أي لكونه يؤخذ من تركته حالا اشترط الخ .

وحاصله بيان فائدة اشتراطهم عدم انقطاعه فيما بين العقد والمحل وذلك فيما لو مات المسلم إليه وقوله لتدوم الخ علة لقوله اشترط وقوله بموته الباء للسببية متعلقة بتسليمه والموت في الحقيقة ليس سببا للتسليم بل للحلول الذي هو سبب التسليم فهو سبب السبب (قوله إن تعلق العقد بمقداره) بأن تنقسم أجزاء المسلم فيه على أجزائه فتح أي بأن يقابل النصف بالنصف والربع بالربع ، وهكذا وذلك إنما يكون في الثمن المثلي (قوله واكتفيا بالإشارة الخ) فلو قال أسلمت إليك هذه الدراهم في كبر ولم يدر وزن الدراهم أو قال أسلمت إليك هذا البر في كذا منا من الزعفران ولم يدر قدر البر لا يصح عنده وعندهما يصح وأجمعوا على أن رأس المال إذا كان ثوبا أو حيوانا يصير معلوما بالإشارة درر (قوله كما في مدروع وحيوان) لأن الدرر وصف في المدروع والمبيع لا يقابل الأوصاف ، فلا يتعلق العقد على قدره ولهذا لو نقص ذراعا أو تلف بعض أعضاء الحيوان لا ينقص من المسلم فيه شيء ، بل المسلم إليه بالخيار إن شاء رضى به بكل المسلم فيه ، وإن شاء فسخ لفوات الوصف المرغوب وتمسكه في الفتح (قوله قلنا الخ) هو جواب عن قولهما بأنه لا يلزم بيان قدر رأس المال ، ولو في مكيل ونحوه بل تكفي الإشارة إليه لأن المقصود حصول التسليم بلا منازعة (قوله فيحتاج إلى رد رأس المال) أي فإذا كان غير معلوم القدر أدى إلى المنازعة (قوله ولا يستبدله الخ) أي لا يتيسر له ذلك في المجلس وربما يكون الزيوف أكثر من النصف فإذا رده واستبدل بها في المجلس يفسد السلم لأنه لا يجوز الاستبدال في أكثر من النصف عنده خلافا لهما كما في الفتح (قوله في مجلس الرد) كذا في الفتح وفي بعض النسخ في مجلس العقد والصواب الأول .

[تنبيه] من فروع المسألة ما لو أسلم في جنسين كمائة درهم في كرا حنطة وكبر شعير بلا بيان حصة واحد منهما من رأس المال لم يصح فيهما لانقسامه عليهما بالقيمة وهي تعرف بالحزر ، وكذا لو أسلم جنسين كدراهم ودنانير في كرا حنطة وبين قدر أحدهما فقط ، لبطلان العقد في حصة ما لم يعلم قدره فيبطل في الآخر أيضا لانحداد الصفة بحر وغيره (قوله للمسلم فيه) احترز عن رأس المال فإنه يتعين مكان العقد لإيفائه اتفاقا بحر (قوله فيما له حمل) بفتح الحاء أي ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر وأجرة جمال نهر (قوله ومثله في الثمن والأجرة والقسمة) بأن اشترى أو استأجر دارا بمكيل أو موزون موصوف في الذمة أو اقتسامها وأخذ أحدهما أكثر من نصيبه والتزما بمقابلة الزائد بمكيل أو موزون كذلك إلى أجل ، فعنده يشترط بيان مكان الإيفاء وهو الصحيح وعندهما لا يشترط نهر (قوله وعينا مكان العقد) أي إن أمكن التسليم فيه بخلاف ما إذا كان في مركب أو جبل فيجب في أقرب الأماكن

وبه قالت الثلاثة كبيع وقرض وإتلاف وغصب قلنا هذه واجبة التسليم في الحال بخلاف الأول (شرط الإيفاء في مدينة فكل محلانها سواء فيه) أى في الإيفاء (حتى لو أوفاه في محلة منها برىء) وليس له أن يطالبه في محلة أخرى بزانية وفيها قبله شرط حمله إلى منزله بعد الإيفاء في المسكان المشروط لم يصح لاجتماع الصفتين الإجارة والتجارة (وما لاهل له كسك وكافور وصغار لؤلؤ لا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء) اتفاقا (ويوفيه حيث شاء) في الأصح وصحح ابن كمال مكان العقد (ولو عين فيما ذكر) مكانا (تعين في الأصح) فتح لأنه يفيد سقوط خطر الطريق (و) بنى من الشروط (قبض رأس المال) واو عينا (قبل الافتراق) بأبدانها وإن ناما أو سارا فرسخا أو أكثر ولو دخل ليخرج الدراهم إن توارى عن المسلم إليه بطل وإن بحيث يراه لا

التي يمكن فيها بحر وفتح ، والمختار قول الإمام كما في الدر المنقح عن القهستاني (قوله كبيع الخ) أى لو باع حنطة أو استقرضها أو أتلفها أو غصبها فإنه يتعين مكانها لتسليم المبيع والقرض ، وبدل المتلف وعين المغصوب (قوله واجبة التسليم في الحال) فإن تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه بحر بخلاف الأول أى السلم فإنه غير واجب في الحال فلا يتعين مكانه فيفضى إلى المنازعة لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف الأماكن فلا بد من البيان وتمامه في الفتح (قوله فكل محلانها سواء فيه) قبل هذا إذا لم تبلغ لواحيه فرسخا فإن بلغته فلا بد من بيان ناحية منه فتح وبحر وجزم به في النهر (قوله وفيها قبله) أى في البزانية قبل ما ذكر (قوله بعد الإيفاء) قيد به لأنه لو شرط الإيفاء فقط أو الحمل فقط أو الإيفاء بعد الحمل جاز ولو شرط الإيفاء بعد الإيفاء كشرط أن يوفيه في محلة كذا ثم يوفيه في منزله لم يجوز على قول العامة كما في البحر (قوله الإجارة) أى التي تضمنها شرط الحمل بعد الإيفاء والتجارة أى الشراء المقصود بالعقد وهذا بدل من الصفتين بدل مفصل من مجمل (قوله وما لاهل له الخ) هو الذي لا يحتاج في حمله إلى ظهر وأجرة حمال ، وقيل هو الذي لو أمر إنسانا بحمله إلى مجلس القضاء حمله مجانا ، وقيل ما يمكن رفعه بيد واحدة اهـ خ عن النهر (قوله كسك وكافور) يعنى القليل منه وإلا فقد يسلم في أمنان من الزعفران كثيرة تبلغ أحمالا فتح ، وأراد بالقليل ما لا يحتاج إلى ظهر وأجرة حمال فافهم (قوله وصحح ابن كمال مكان العقد) نقل تصحيحه عن المحيط السرخسي ، وكذا نقله عنه في البحر وجزم به في الفتح ، لكن المتون على الأول وصححه في الهداية والملتقى (قوله فيما ذكر) أى فيما لا حمل له ولا مؤنة (قوله لأنه يفيد سقوط خطر الطريق) هذا التعليل مذکور في الفتح أيضا تبعا للهداية ومعناه : أنه إذا تعين المكان وأوفاه في مكان آخر يلزم المسلم إليه نقله إلى المسكان المعين ، فإذا هلك في الطريق يهلك عليه ، فيكون رب السلم قد سقط عنه خطر الطريق بذلك بخلاف ما إذا لم يتعين فإنه إذا نقل بعد الإيفاء إلى المكان المعين يكون هلاكه على رب السلم (قوله وبقي من الشروط) إنما خاير التعبير ، لأن هذه الشروط الآتية ليست مما يشترط ذكرها في العقد بل وجودها ط (قوله قبض رأس المال) فلو التقض القبض بطل السلم كما لو كان عينا فوجده معينا أو مستحقا ولم يرض بالعيب أو لم يجز المستحق أو دينا فاستحق ولم يجزه واستبدل بعد المجلس ، فلو قبله صح أو وجدته زيوفا أو نهرجة وردتها بعد الافتراق سواء استبدلها في مجلس الرد أولا ، فلو قبله واستبدلها في المجلس أو رضى بها ولو بعد الافتراق صح والكثير كالكل وفي تحديده روايتان ما زاد على الثالث أو ما زاد على النصف ، وإن وجدته متوقفة أو رصاصا فإن استبدلها في المجلس صح وإن بعد الافتراق بطل وإن رضى بها لأنها غير جنس حقه بحر ملخصا (قوله ولو عينا) هو جواب الاستحسان وفي الواقعات باع عبدا بثوب موصوف إلى أجل جاز لو جود شرط السلم فلو افتراق قبل قبض العبد لا يبطل ، لأنه صير سلما في حق الثوب بيعا في حق العبد ، ويجوز أن يعتبر في عقد واحد حكم عقدين كالهبة بشرط العوض وكما في قول المولى إن أدبت إلى ألفا فأنت حرام نهر .

وصحت الكفالة والحوالة والإرتهان برأس مال السلم بزازية (وهو شرط بقائه على الصحة لاشترط انعقاده بوصفها)
فينعقد صحيحا ثم يبطل بالافتراق بلا قبض (ولو أبى المسلم إليه قبض رأس المال أجبر عليه) خلاصة .
وبق من الشروط كون رأس المال منقودا وعدم الخيار وأن لا يشمل البدلين إحدى علقى الربا وهو القدر المتفق
أو الجنس لأن حرمة النساء تتحقق به وعدها العيني تبعا للغاية

قلت : والظاهر أن هذا مفرع على جواب القياس تأمل (قوله وصحت الكفالة والحوالة الخ) أى فله مطالبة
الكفيل والمحتال عليه فإن قبض المسلم إليه رأس المال من المحتال عليه أو الكفيل أو رب السلم في مجلس العاقدين
صح وبعده بطل السلم والحوالة والكفالة ، وفي الرهن إن هلك الرهن في المجلس فلو قيمته مثل رأس المال أو أكثر
صح ولو أقل صح العقد بقدره ، وبطل في الباقي وإن لم يهلك حتى افتراق بطل السلم وعليه رد الرهن لصاحبه بحر عن
البدائع ملخصا (قوله برس مال السلم) وكذا الكفالة بالمسلم فيه صرح به في منية المفتى وما سيأتى في الكفالة من
أنها لا تصح في المبيع ، لأنه مضمون بغيره وهو الثمن فذاك في بيع العين ، وهذا بيع الدين أفاده في حواشي
مسكين : أى فإن عقد السلم لا يفسخ بهلاك قدر المسلم فيه قبل قبضه ، لأن له أن يقيم غيره مقامه لعدم تعيينه ،
بخلاف هلاك المبيع المعين قبل قبضه فإنه مضمون بغيره وهو الثمن فيسقط عن المشتري وسمى الثمن غيرا لأن
المضمون بالقيمة مضمون بعينه حكما وفي البحر عن إيضاح الكرماني لو أخذ بالمسلم فيه رها سلطه على بيعه
فباعه ولو بغير جنس المسلم فيه جاز (قوله وهو شرط بقائه على الصحة) هو الصحيح وستأتى فائدة الاختلاف
في الصرف بحر وعبارته في الصرف وثمرة الاختلاف تظهر فيما إذا ظهر الفساد فيما هو صرف فهل يفسد فيما
ليس بصرف عند أبي حنيفة ، فعلى القول الضعيف يتعدى الفساد وعلى الأصح لا كذا في الفتح اه (قوله بوصفها)
أى وصف الصحة والإضافة بيانية (قوله كون رأس المال منقودا) أى نقده الصيرفي ليعرف جيده من
الردى ، وليس المراد بالنقد القبض فإنه شرط آخر قد مر أفاده في البحر وفائدة اشتراطه كما في الغاية
الاحتراز عن الفساد ، لأنه إذا رد بعضه بعيب الزيادة ، ولم يتفق الاستبدال في مجلس الرد انفسخ العقد بقدر
المردود : واستشكله في البحر : بأن هذه الفائدة ذكرت في تعليل قول الإمام إن بيان قدر رأس المال
شرط ، ولا تكفى الإشارة إليه كما مر ومفاد عدم اشتراط الانتقاد أولا وذكر قبله أن اشتراط الانتقاد يغني
عن اشتراط بيان القدر :

وحاصله : أن أحدهما يكفى عن الآخر وأجاب في النهر بأن بيان القدر لا يدفع توهم الفساد المذكور : أى
فلا بد من اشتراط الانتقاد :

قلت : ويرد على هذا الشرط أيضا أنه تقدم أنه لو وجدها زيوفا فرضى بها صح مطلقا ، واو مشوقة لا إلى
آخر ما مر ومفاده أن الضرر جاء مع عدم التبديل في المجلس لا من عدم الانتقاد على أن التقاد قد بخطيء وأيضاً فإن
رأس المال قد يكون مكبلا أو موزونا ، ويظهر بعضه معيبا فيرده بعد هلاك البعض ويلزم الجهالة كما مر فلا بد حينئذ
من ذكر الشرطين تأمل (قوله وعدم الخيار) أى خيار الشرط ، فإن أسقطه قبل الافتراق ورأس المال قائم في يد
المسلم إليه صح ، وإن هالك لا ينقلب صحيحا بحر عن البزازية :

[تنبيه] لا يثبت في السلم خيار الرؤية لأنه لا يثبت فيما ملكه ديننا في الذمة كما في جامع الفصولين ومر أول
خيار الرؤية (قوله وهو القدر المتفق) ذكر الضمير باعتبار الخبر ، واحتراز بالمتفق عن القدر المختلف كإسلام
نقود في جنطة وكذا في زعفران ونحوه ، فإن الوزن وإن تحقق فيه إلا أن الكيفية مختلفة كما تقدم في الربا

سبعة عشر وزاد المصنف وغيره القدرة على تحصيل المسلم فيه .
ثم فرع على الشرط الثامن بقوله (فإن أسلم مائتي درهم في كره) بضم فتشديد متون قفيرا والقفيز ثمانية مكاكيك
والمكوك صاع ونصف عيني (بر) حال كون المائتين مقسومة (مائة ديننا عليه) أي على المسلم إليه (ومائة نقدا)
نقدها رب السلم (واقترقا) على ذلك (فالسلم في) حصص (الدين باطل) لأنه دين بدين وصح في حصص النقد ولم يشع
الفساد لأنه طار حتى لو نقد الدين في مجلسه صح في الكل ولو لإحداهما دنائير أو على غير العاقدين فسد في الكل
(ولا يجوز التصرف) للمسلم إليه (في رأس المال و) لا لرب السلم في (المسلم فيه قبل قبضه بنحو بيع وشركة)
ومرا بحة (وتولية)

أفاده ط وكذا إسلام الجنطة في الزيت فإنه جائز كما مر هناك عن ابن كمال (قوله سبعة عشر) ستة في رأس
المال وهي بيان جنسه ونوعه وصفته وقدره ونقده وقبضه قبل الافتراق وأحد عشر في المسلم فيه : وهي
الأربعة الأول ، وبيان مكان إيفائه وأجله وعدم انقطاعه ، وكونه مما يتعين بالتعيين وكونه مضبوطا بالوصف
كالأجناس الأربعة المكيل والموزون والمنروع والمعدود المتقارب ، وواحد يرجع إلى العقد وهو كونه بائنا ليس
فيه خيار شرط ، وواحد بالنظر للبديلين وهو عدم شمول إحدى علقى الربا البديلين منح بتصرف ط (قوله
القدرة على تحصيل المسلم فيه) لا حاجة إليه مع اشتراط عدم الانقطاع قال في النهر : والقدرة على تحصيله
بأن لا يكون منقطعا اهـ . وأما القدرة بالفعل في الحال فليست شرطا عندنا ومعلوم أنه لو اتفق عجزه عند الحلول
وإفلاسه لا يبطل السلم قاله الكمال ط (قوله والمكوك صاع ونصف) والصاع ثمانية أرطال بالبغدادي كل رطل
مائة وثلاثون درهما ط .

قلت : فيكون القفيز اثني عشر صاعا والكر سبعمائة وعشرين صاعا والصاع نصف مد شامى تقريبا فالكر
أربع خراثر ونصف خراثر كل خراثر ثمانون مدا شاميا (قوله حال كون المائتين) أشار به إلى أن مائة في الموضعين
نصب على الحال بقاويل مقسومة هذه القسمة وتجوز البدلية اهـ ح (قوله ديننا عليه) صفة المائة نهر أو بدل عيني ،
وهو احتراز عما إذا كانت ديننا على أجنبي كما يأتي قال في النهر والتقييد بإضافة العقد إليهما أي إلى المائتين المذكورتين
ليس احترازا لأنه لو أضافه إلى مائتين مطلقا ثم جعل المائة قصاصا بما في ذمته من الدين فالحكم كذلك في الأصح اهـ
(قوله لأنه طار) أي عرض بالافتراق قبل القبض لما مر أن القبض شرط لبقاء العقد على الصحة لا شرط العقد
(قوله ولو لإحداهما دنائير) محترز قول المصنف مائتي درهم الخ ، حيث فرض المسألة بكون مائتي الدين والنقد
متحدى الجنس ، لأنه لو اختلفا بأن أسلم مائة درهم نقدا وعشرة دنائير ديننا أو بالعكس لا يجوز في الكل ،
أما حصص الدين فلما مر ، وأما حصص العين فلجهالة ما يخصه وهذا عنده وعندهما يجوز في حصص النقد كما في الزيلعي
والخلاف مبنى على إعلام قدر رأس المال بحر (قوله أو على غير العاقدين) محترز قوله مائة ديننا عليه ، فلو قال :
أسلمت إليك هذه المائة ، والمائة التي لي على فلان بطل في الكل وإن نقد الكل لا شرط تسليم الثمن على غير
العاقدين ، وهو مفسد مقارن فتعدي بحر (قوله قبل قبضه) أي قبض ما ذكر من رأس المال والمسلم فيه ، أما الأول
فلما فيه من تفويت حق الشرع ، وهو القبض المستحق شرعا قبل الافتراق ، وأما الثاني فلأنه بيع متقول ، وقد
مر أن التصرف فيه قبل القبض لا يجوز نهر (قوله بنحو بيع الخ) متعلق بالتصرف وذكره البيهق مستدرك بقوله
بعده ومرا بحة وتولية تأمل (قوله وشركة) صورته أن يقول رب السلم لآخر : أعطني نصف رأس المال ليكون
نصف المسلم فيه لك بحر (قوله ومرا بحة وتولية) صورة التولية أن يقول لآخر أعطني مثل ما أعطيت المسلم إليه

ولو ممن عليه حتى لو وهبه منه كان إقالة إذا قيل وفي الصغرى إقالة بعض السلم جائزة (ولا يجوز لرب السلم شراء شيء من المسلم إليه برأس المال بعد الإقالة) في عقد السلم الصحيح فلو كان فاسداً جاز الاستبدال كسائر الديون (قبل قبضه) بحكم الإقالة لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تأخذ إلا سائماً أو رأس مالك» أي إلا سائماً حال قيام العقد أو رأس مالك حال انفساخه فامتنع الاستبدال

حتى يكون المسلم فيه لك بحر عن الإيضاح، والمراوحة أن يأخذ زيادة على ما أعطى، وقيل يجوز كل من المراوحة والتولية قبل القبض وبه جزم في الحاوى.

قال في البحر: وهو قول ضعيف والمذهب منعهما (قوله ولو ممن عليه) فلو باع رب السلم المسلم فيه من المسلم إليه بأكثر من رأس المال لا يصح، ولا يكون إقالة بحر عن القنية، وانظر مافائدة التقييد بالأكثر وتقدم أول فصل التصرف في المبيع أن بيع المتقول من بائعه قبل قبضه لا يصح، ولا ينتقض به البيع الأول بخلاف هبته منه لأنها مجاز عن إقالة (قوله حتى لو وهبه منه الخ) في المبسوط لو أبرأ رب السلم المسلم إليه عن طعام السلم صح إبراءه في ظاهر الرواية، وروى الحسن أنه لا يصح، ما لم يقبل المسلم إليه، فإن قبله كان فسخاً لعقد السلم، ولو أبرأ المسلم إليه رب السلم من رأس المال وقبل الإبراء يبطل السلم، فإن رده لا والفرق أن المسلم فيه لا يستحق قبضه في المجلس بخلاف رأس المال نهر.

قال في البحر والحاصل أن التصرف المنق في المتن شامل للبيع والاستبدال، والهبة والإبراء إلا أن في الهبة والإبراء يكون مجازاً عن الإقالة فيرد رأس المال كلاً أو بعضاً ولا يشمل الإقالة لأنها جائزة، ولا التصرف في الوصف من دفع الجيد مكان الرديء والعكس اه (قوله إقالة بعض السلم جائزة) أي لو أقاله عن نصف السلم فيه أو ربه مثلاً جاز، ويبقى العقد في الباقي.

قال في البحر، واحترز به على الإقالة على مجرد الوصف بأن كان المسلم فيه جيداً فتقايلاً على الرديء على أن يرد المسلم إليه درهما لا يجوز عندهما، بخلاف لأبي يوسف في رواية، فيجوز عنده لا بطريق الإقالة بل بطريق الحط عن رأس المال اه قال الرملى: وفيه صراحة بجواز الحط عن رأس المال وتجوز الزيادة فيه والظاهر فيها اشتراط قبضها قبل التفرق، بخلاف الحط وقدمنا أنه لا تجوز الزيادة في المسلم فيه ويجوز الحط اه (قوله بعد الإقالة) أفاد أن الإقالة جائزة في السلم، مع أن شرط الإقالة قيام المبيع، لأن المسلم فيه، وإن كان دينار حقيقة فله حكم العين، ولذا لم يجز الاستبدال به قبل قبضه، وإذا صححت فإن كان رأس المال عيناً ردت وإن كانت هالكة رد المثل أو القيمة لو قبحية وتقدم تمامه في بابها (قوله فلو كان فاسداً جاز الاستبدال) لأن رأس ماله في يد البائع كمنصوب منع عن جامع الفصولين، لكن لا يخفى أن جواز الاستبدال لا يبدل على جواز التصرف بالشراء كما هو موضوع المسئلة كما يظهر لك قريباً (قوله كسائر الديون) أي كدين مهر وأجرة وضمنان مثلف ونحو ذلك سوى صرف وسلم، لكن التصرف في الدين لا يجوز إلا بتملكه ممن هو عليه هبة، أو وصية أو بيع أو إجارة لا من غيره إلا إذا سلطه على قبضه، وقدمنا تمام الكلام عليه في فصل التصرف في المبيع والتمن (قوله قبل قبضه) أي قبض رب السلم رأس المال من المسلم إليه (قوله بحكم الإقالة) أي قبضاً كأننا بحكم الإقالة لا بحكم عقد السلم، لأن رأس المال مقبوض في يد المسلم إليه وإلا لم تصح الإقالة لعدم صحة السلم (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام الخ) رواه بعضه أبو داود وابن ماجه وحسنه الترمذى وتمامه في الفتح (قوله فامتنع الاستبدال) فصار رأس المال بعد الإقالة بمنزلة المسلم فيه قبلها فيأخذ حكمه من حرمة الاستبدال بغيره فحكم رأس المال بعدها كحكمه قبلها، إلا أنه لا يجب

(بخلاف) بدل (الصرف حيث يجوز الاستبدال عنه) لكن (بشرط قبضه في مجلس الإقالة) بلجواز تصرفه فيه بخلاف السلم (ولو شرى) المسلم إليه في كرا (كرا وأمر) المشتري (رب السلم بقبضه قضاء) عما عليه (لم يصح) للزوم الكيل مرتين ولم يوجد (وصح لو) كان الكرا قرضا و (أمر مقرضه به) لأنه إعارة لا استبدال (كما) صح (لو أمر) المسلم إليه (رب السلم بقبضه منه له ثم لنفسه ففعل) كما كتاله مرتين لزوال المانع (أمره)

قبضه في مجلسها ، كما كان يجب قبلها لكونها ليست ببيعاً من كل وجه ، ولهذا جاز إبراءه عنه وإن كان لا يجوز قبلها بحر : وقدم الشارح في باب الإقالة عن الأشباه أن رأس المال بعدها كهو قبلها إلا في مسثلين الخ (قوله حيث يجوز الاستبدال عنه) لأنه لا يتعين بالتعيين فلو تبايعا دراهم بدنانير جاز استبدالها قبل القبض بأن يمسكا ما أشار إليه في العقد ، ويؤديا بدله قبل الافتراق كما سيأتي في باب الصرف ، واحترز بالاستبدال عن التصرف فيه لما سيأتي هناك أنه لا يتصرف في ثمن الصرف قبل قبضه ، فلو باع ديناراً بدرهم ، واشترى بها قبل قبضها ثوباً فسد بيع الثوب ، وبهذا ظهر أن قول المصنف بخلاف الصرف غير منتظم ، لأن الكلام قبله في الشراء برأس المال قبل قبضه والصرف مثله في ذلك كما علمت . وظهر أيضاً أن قول الشارح لجواز تصرفه فيه غير صحيح ، لأن الجائز هو الاستبدال ببديل الصرف دون التصرف فيه كما هو مصرح به في المتون ، فكان على المصنف أن يقول ولا يشترط قبض رأس المال في مجلس الإقالة ، ولا يجوز الاستبدال عنه بخلاف الصرف . وأصل المسألة في البحر حيث قال قيد بالسلم ، لأن الصرف إذا تقابله جاز الاستبدال عنه ويجب قبضه في مجلس الإقالة ، بخلاف السلم وقال قبله وفي البدائع قبض رأس المال شرط حال بقاء العقد لابعاد ارتفاعه بإقالة أو غيرها وقبض بدل الصرف في مجلس الإقالة شرط لصحتها كقبضه في مجلس العقد ، ووجه الفرق أن القبض في مجلس العقد في البدلين ما شرط لعينه ، بل للتعيين وهو أن يصير البديل معيناً بالقبض صيانة عن الافتراق عن دين بدين ، ولا حاجة إلى التعيين في مجلس الإقالة في السلم ، لأنه لا يجوز استبداله فتعود إليه عينه فلا تقع الحاجة إلى التعيين بالقبض فكان الواجب نفس القبض فلا يراعى له المجلس بخلاف الصرف ، لأن التعيين لا يحصل إلا بالقبض لأن استبداله جائز فلا بد من شرط القبض في المجلس للتعيين اه (قوله ولو شرى المسلم إليه في كرا الخ) صورته أسلم رجلاً مائة درهم في كرا حنطة فاشترى المسلم إليه كرا وأمر رب السلم بقبضه لم يصح ، حتى يكتبه رب السلم مرتين مرة عن المسلم إليه ، ومرة عن نفسه .

قال في البحر : قيد بالشراء لأن المسلم إليه لو ملك كرا بإرث أو هبة أو وصية فأوفاه رب السلم واكتالة مرة جاز لأنه لم يوجد إلا عقد واحد بشرط الكيل وقيد بالكرا ، لأنه لو اشترى حنطة مجازفة ، فاكتالها مرة جاز لما قلنا وأشار بالكرا المكيل إلى أن الموزون كذلك ، وكذا المعدود إذا اشترى بشرط العد وفي البناية إن فيه روايتين (قوله قضاء) مفعول لأجله (قوله للزوم الكيل مرتين) لأنه اجتمع صفتان صفقة بين المسلم إليه وبين المشتري منه و صفقة بين المسلم إليه وبين رب السلم بشرط الكيل فلا بد منه مرتين بحر حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم إليه وللمسلم أن يطالبه بحقه نهر (قوله وصح لو كان الكرا قرضا) صورته استقرض المسلم إليه كرا وأمر رب السلم بقبضه من المقرض ، وكذا لو استقرض رجل كرا ثم اشترى كرا وأمر المقرض بقبضه قضاء لحقه كما في البحر (قوله لأنه) أي القرض إعارة حتى ينعقد بلفظها فكان المقبوض عين حقه تقديراً بحر (قوله ثم لنفسه) الشرط أن يكتبه مرتين وإن لم يتعدد الأمر ، حتى لو قال : أقبض الكرا الذي اشتريته من فلان عن حقل ، فذهب فاكتاله ثم أهاد كبله صار قابضاً وانفك الجامع بفيده بحر عن الفتح (قوله لزوال المانع) حلة

أى المسلم إليه (رب السلم أن يكيل المسلم فيه) في ظرفه (فكاله في ظرفه) أى وعاء رب السلم (بغيبته لم يكن قبضا) أما بحضرتة فيصير قابضا بالتخلية (أو أمر) المشتري (البائع بذلك فكاله في ظرفه) ظرف البائع (لم يكن قبضا) لحقه (بخلاف كياله في ظرف المشتري بأمره) فإنه قبض لأن حقه في العين والأول في الذمة (كيل العين) المشتراة (ثم) كيل (الدين) المسلم فيه وجعلهما (في ظرف المشتري قبض بأمره) لتبعية الدين للعين (وعكسه) وهو كيل الدين أولا (لا) يكون قبضا وخبراه بين نقض البيع والشركة :

(أسلم أمة في كر) بر (وقبضت فتقايلة) السلم (فماتت) قبل قبضها بحكم الإقالة (بقي) عقد الإقالة (أو ماتت فتقايلة صح) لبقاء المعقود عليه وهو المسلم فيه

لصح (قوله أى المسلم إليه) تفسير للضمير المتصل المنصوب (قوله في ظرفه) أى ظرف رب السلم ويفهم منه حكم ما إذا أمره بكياله في ظرف المسلم إليه بالأولى بحر وهذا إذا لم يكن في الظرف طعام لرب السلم فالو فيه طعامه ، ففي المبسوط : الأصح عندي أنه يصير قابضا لأن أمره بخاطه على وجه لا يتميز معتبر ، فيصير به قابضا فتح (قوله فيصير قابضا بالتخلية) أى سواء كان الظرف له أو للبائع أو مستأجرا وبه صرح الفقيه أبو الليث بحر عن البناية (قوله بذلك) أى بكياله في ظرفه (قوله ظرف البائع) بدل من قوله ظرفه (قوله لم يكن قبضا لحقه) لأن رب السلم حقه في الذمة ولا يملكه إلا بالقبض فلم يصادف أمره ملكه ، فلا يصح فيكون المسلم إليه مستعيرا للظرف جاعلا فيه ملك نفسه كالدائن إذا دفع كيسا إلى المدين ، وأمره أن يزن دينه ، ويجعله فيه لم يصير قابضا وفي مسألة البيع يكون المشتري استعار ظرف البائع ، ولم يقبضه فلا يصير بيده فكذا ما يقع فيه قصار كما لو أمره أن يكياله في ناحية من بيت البائع لأن البيت بنواحيه في يد البائع بحر (قوله لأن حقه في العين) لأنه ملكه بنفس الشراء ، فيصح أمره لمصادفته ملكه ، فيكون قابضا يجعله في الظرف ويكون البائع وكيلا في إمساك الظرف فيكون الظرف والواقع فيه في يد المشتري حكما قال في الهداية : ألا ترى أنه لو أمره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم إليه وفي الشراء للمشتري لصحة الأمر ، وكذا إذا أمره أن يصبه في البحر في السلم بهلاك من مال المسلم إليه وفي الشراء من مال المشتري اه قال في النهر : وأورد أنه لو وكل البائع بالقبض صريحا لم يصح لعدم الصحة هنا أولى ، وأجيب بأنه لما صح أمره لكونه مالكا صار وكيلا له ضرورة وكمن من شيء يثبت ضمنا لا قصدا (قوله كيل العين) مبتدأ وجعلهما معطوف عليه وقوله قبض خبره وصورة المسألة رجل أسلم في كر حنطة فلما حل الأجل اشترى رب السلم من المسلم إليه كر حنطة بعينها ودفع رب السلم ظرفا إلى المسلم إليه ليجعل السكر المسلم فيه والسكر المشتري في ذلك الظرف ، فإن بدأ بكيل العين المشتري في الظرف صار قابضا للعين ، لصحة الأمر فيه وللدين المسلم فيه لمصادفته ملكه كمن استقرض حنطة ، وأمر المقرض أن يزرعها في أرضه وإن بدأ بالدين لم يصرف قابضا لشيء منهما ، أما الدين فلعدم صحة الأمر فيه ، وأما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند أبي حنيفة فينقض البيع ، وهذا الخلط غير مرضى به لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين وعندهما بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء شاركه في الخلط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما درر (قوله وقبضت) أى قبضها المسلم إليه قال في النهر : قيد بذلك لأنهما لو تفرقا لا عن قبضها لم تصح الإقالة لعدم صحة السلم (قوله قبل قبضها) أى قبل أن يقبضها رب السلم بسبب الإقالة (قوله أو ماتت) عطف على قوله السابق فتقايلة فيكون الموت بعد القبض (قوله صح) أى عقد الإقالة (قوله لبقاء المعقود عليه) لأن الجارية رأس المال ، وهو في حكم الثمن في العقد والمبيع هو المسلم فيه وصحة الإقالة تعتمد قيام المبيع لا الثمن كما مر فهلاك الأمة لا يغير حال الإقالة من البقاء في الأولى والصحة في الثانية

(وعليه قيمتها يوم القبض فيهما) في المسألتين لأنه سبب الضمان (كذا) الحكم في (المقايضة بخلاف الشراء بالثمن فيهما) لأن الأمة أصل في البيع :

والحاصل جواز الإقالة في السلم قبل هلاك الجارية وبعده بخلاف البيع .

(تقابلا البيع في عبد فأبق) بعد الإقالة (من يد المشتري فإن لم يقدر على تسليمه) للبائع (بطلت الإقالة والبيع بحاله) قنية (والقول لمدعى الرداءة والتأجيل لا لنا في الوصف) وهو الرداءة (والأجل) والأصل أن من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وإن خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعى الصحة عندهما وعنده للمنكر .

درر (قوله وعليه قيمتها) لأنه إذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فوجب عليه ردها وقد عجز عنه فوجب رد قيمتها درر (قوله كذا الحكم في المقايضة) هي بيع العين بالعين فتبقى الإقالة وتصح بعد هلاك أحد العوضين ، لأن كل واحد منهما مبيع من وجه وثمن من وجه ففي الباقي يعتبر المبيعة وفي الهالك الثمنية درر (قوله بخلاف الشراء بالثمن فيهما) أي في المسألتين فإذا اشترى أمة بألف فتقابلا فانت في يد المشتري بطلت الإقالة ، ولو تقابلا بعد موتها فالإقالة باطلة لأن الأمة هي الأصل في البيع ، فلا تبقى بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لعدم عملها درر (قوله في السلم) أي وفي المقايضة (قوله بخلاف البيع) أي بالثمن (قوله تقابلا البيع الخ) تقدمت هذه المسألة في باب الإقالة بتنا (قوله والقول لمدعى الرداءة) هذا صادق بما إذا قال أحدهما شرطنا ردينا فقال الآخر لم ن شرط لم شيئا وبما إذا ادعى الآخر اشتراط الجودة ، وقال الآخر : إنا شرطنا ردينا والمراد الأول ونذا أردفه بقوله لا لنا في الوصف والأجل ، وإفادة أن الرداءة مثال حتى لو قال أحدهما شرطنا جيدا وقال الآخر لم ن شرط شيئا فالحكم كذلك نهر والظاهر أن القول إنما يقبل مع اليقين وقد صرح به في مسألة الأجل الآتية ولا فرق يظهر (قوله وهو الرداءة) أي مثلا (قوله والأجل) بالجر عطفًا على الوصف والأجل مدة الشيء والمراد به هنا التأجيل ، وهو تحديد الأجل بقريئة التعبير به قبله وادعى في البحر أنه يتعين كون التأجيل بمعنى الأجل مجازا بدليل ما بعده ، ويظهر أن المتعين العكس كما قلنا ، لأن المراد الاختلاف في أصل التأجيل لا في مقدار الأجل ويؤيده قول المصنف بعده ولو اختلفا في مقداره (قوله والأصل أن من خرج كلامه تعنتا) بأن ينكر ما ينفعه كأن قال المسلم إليه : شرطت لك ردية وقال رب السلم : لم ن شرط شيئا فالقول للمسلم إليه لأن رب السلم متعنت في إنكار الصحة ، لأن المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة وكذا لو قال رب السلم كان له أجل وأنكر المسلم إليه فهو متعنت في إنكاره حقا له وهو الأجل كما في الهداية (قوله وإن خرج خصومة) بأن أنكر ما يضره كعكس التصوير في المسألتين ، فالقول لمدعى الصحة عنده وهو رب السلم في الأولى ، والمسلم إليه في الثانية وعندهما الحكم كالأول كما قرره في الهداية وغيرها (قوله ووقع الاتفاق على عقد واحد) احتراز عما إذا لم يتفقا على عقد واحد كما لو قال رب المال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فإن القول لرب المال ، لأنه ينكر استحقاق زيادة الربح ، وإن تضمن ذلك إنكار الصحة هذا عندهما وأما عنده فلأن عقد المضاربة إذا صحح كان شركة ، وإذا فسد صار إجارة فلم يتفقا على عقد واحد فإن مدعى الفساد يدعى إجارة ومدعى الصحة يدعى الشركة ، فكان اختلافهما في نوع العقد بخلاف السلم ، فإن السلم الحال وهو ما يدعيه منكر الأجل سلم فاسد لا عقد آخر ولهذا يحث في يمينه لا يسلم في شيء فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته فالقول لمدعى الصحة ونماه في الفقه (قوله فالقول لمدعى الصحة عندهما وعنده للمنكر) كذا في بعض النسخ

(ولو اختلفا في مقداره فالقول للطالب مع يمينه) لانكاره الزيادة (وأى برهن قبل وإن برهنا قضى بيئته المطلوب) لإثباتها الزيادة (وإن) اختلفا (في نفيه فالقول للمطلوب) أى المسلم إليه بيمينه إلا أن يبرهن الآخر وإن برهنا فبيئته المطلوب ولو اختلفا في السلم تحالفا استحصانا فتح (والاستصناع) هو طلب عمل الصنعة (بأجل) ذكر على سبيل الاستمهال لا الاستعجال فإنه لا يصير سلما (سلم) فتعتبر شرائطه

وهو سبق قلم وعبارة الهداية وغيرها فالقول لمدعى الضحمة عنده وعندها للمنكر وهو كذلك في بعض النسخ (قوله فالقول للطالب) أى رب السلم ، فإنه يطالب المسلم إليه بالمسلم فيه (قوله وأى برهن قبل) لكن برهان رب السلم وحده مؤكد لقوله : لا مثبت لأن القول له بدونه بخلاف برهان المسلم إليه وحده ولذا قضى ببيئته إذا برهنا معا (قوله فالقول للمطلوب) لانكاره توجه المطالبة بحر (قوله وإن برهنا فبيئته المطلوب) لإثباتها زيادة الأجل فالقول قوله والبيئته بيئته بحر (قوله ولو اختلفا في السلم تحالفا استحصانا) أى ويبدأ بيمين الطالب وأى برهن قبل ، وإن برهنا فبرهان الطالب والمسألة على أوجه ، لأن رأس المال إما عين أو دين وعلى كل إما أن يتفقا عليه : ويختلفا في المسلم فيه أو بالعكس ، أو يختلفا فيهما فإن كان عينا واختلفا في المسلم فيه فقط كقوله : هذا الثوب في كر حنطة وقال الآخر : في نصف كر أو في شعير أو حنطة رديئة وبرهنا قدم الطالب وإن اختلفا في رأس المال فقط ، هل هو ثوب أو عبد أو فيهما وبرهنا قضى بالسلمين ، وإن كان دراهم وانفقا فيه فقط يقضى للطالب بسلم واحد عند الثاني ، خلافاً لمحمد وكذا لو اختلفا في المسلم فيه فقط ولو فيهما كقوله : هشرة دراهم في كرى حنطة وقال الآخر : خمسة عشر في كرى وبرهنا فعند الثاني تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرى وعند محمد يقضى بالعقدين اه فتح ملخصا :

مطلب في الاستصناع

(قوله هو لغة (١) طلب الصنعة) أى أن يطلب من الصانع العمل ففي القاموس : الصناعة : ككتابة حرفه الصانع وعمله الصنعة اه فالصنعة عمل الصانع في صناعته أى حرفته ، وأما شرعا : فهو طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص يعلم مما يأتي ، وفي البدائع مع شروطه : بيان جنس المصنوع ، ونوعه وقدره وصفته ، وأن يكون مما فيه تعامل ، وأن لا يكون مؤجلا وإلا كان سلما وعندهما المؤجل استصناع إلا إذا كان مما لا يجوز فيه الاستصناع ، فينقلب سلما في قولهم جميعا (قوله بأجل) متعلق بمحذوف حال من الاستصناع ، لكن فيه مجيء الحال من المبتدأ ، وهو ضعيف ولا يصح كونه خبرا ، لأنه لا يفيد بل الخبر هو قوله : سلم والمراد بالأجل ما تقدم وهو شهر فما فوقه .

قال المصنف : قيدنا الأجل بذلك لأنه إذا كان أقل من شهر كان استصناعا إن جرى فيه تعامل ، وإلا ففاسد إن فكره على وجه الاستمهال وإن كان للاستعجال بأن قال على أن تفرغ منه غدا أو بعد غد كان صحيحا اه ومثله في البحر وغيره وسيدكره الشارح (قوله ذكر على سبيل الاستمهال الخ) كان الواجب عدم ذكر هذه الجملة لما علمت من أن المؤجل بشهر فأكثر سلم ، والمؤجل بدونه إن لم يجر فيه تعامل ، فهو استصناع فاسد إلا إذا ذكر الأجل للاستعجال فصحيح كما أفاده ط وقد تبع الشارح ابن كمال (قوله سلم) أى فلا يبقى استصناعا كما في

(١) قوله (قوله هو لغة طلب الصنعة) هكذا بخطه مع أن الذي في نسخ الشارح هو طلب عمل الصنعة فلملها نسخة أخرى ولغيره اه صححه .

(جرى فيه تعامل أم لا) وقالوا الأول استصناع (وبدونه) أى الأجل (فيما فيه تعامل) الناس (كخف وقمة وطست) بمهملة وذكره فى المغرب فى الشين المعجمة وقد يقال طسوت (صح) لاستصناع (بيعا لأعدة) على الصحيح ثم فرع عليه بقوله (فيجبر الصانع على عمله ولا يرجع الأمر عنه) وأو كان عدة لما لزم

التارخانية ، فلذا قال الشارح فتعتبر شرائطه أى شرائط السلم ، ولهذا لم يكن فيه خيار مع أن الاستصناع فيه خيار لكونه عقدا غير لازم كما يأتى تحريره (قوله جرى فيه تعامل) كخف وطست وقمة ونحوها درر (قوله أم لا) كالثياب ونحوها درر (قوله وقالوا الأول) أى ما فيه تعامل استصناع لأن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ، ويحمل الأجل على التعجيل ، بخلاف ما لا تعامل فيه ، لأنه استصناع فاسد : فيحمل على السلم الصحيح وله أنه دين يحتمل السلم وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه ، وفى تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى هداية (قوله وبدونه) متعلق بقوله صح الآتى ، ومقابل هذا قوله بعد ولم يصح فيما لم يتعامل به (قوله وذكره فى المغرب فى الشين المعجمة) هو خلاف ما فى الصباح والقاهوس والمصباح (قوله وقد يقال) أى فى جمعه وبيانه ما فى المصباح الطست قال ابن قتيبة : أصلها طس ، فأبدلت من أحد المضعفين تاء ، لأنه يقال فى جمعها طساس كسهم وسهام ، وجمعت أيضا على طسوس باعتبار الأصل وعلى طسوت باعتبار اللفظ (قوله بيعا لأعدة) أى صح على أنه بيع لا على أنه مواعدة ، ثم ينعقد عند الفراغ بيعا بالعاطى ، إذ لو كان كذلك لم يختص بما فيه تعامل ونماه فى البحر .

قال فى النهر : وأورد أن بطلانه بموت الصانع يتأى كونه بيعا وأجيب بأنه إنما بطل بموته لشبهه بالإجارة وفى الذخيرة : هو إجارة ابتداء بيع انتهاء ، لكن قبل التسليم لا عند التسليم ، وأورد أنه لو انعقد إجارة لأجر الصانع على العمل والمستصنع على إعطاء المسمى ، وأجيب بأنه إنما لا يجبر لأنه لا يمكنه إلا بإتلاف عين له من قطع الأديم ونحوه والإجارة تفسخ بهذا العذر الأثرى أن الذارع له أن لا يعمل إذا كان البذر من جهته ، وكذا رب الأرض اه ومثله فى البحر والفتح والزبلى (قوله فيجبر الصانع على عمله) تبع فى ذلك الدرر ومختصر الوقاية ، وهو مخالف لما ذكرناه آنفا عن عدة كتب من أنه لا يجبر فيه ولقول البحر ، وحكمه الجواز دون الزوم ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لأن العقد غير لازم اه ولما فى البدائع . وأما صفة : فهمى أنه عقد غير لازم قبل العمل من الجانبين ، بلا خلاف حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل كالبيع بالخيار للمتبايعين ، فإن لكل منهما الفسخ ، وأما بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذلك حتى كان للصانع أن يبيعه ممن شاء ، وأما إذا حضره الصانع على الصفة المشروطة سقط خياره ، وللمستصنع الخيار هذا جواب ظاهر الرواية وروى عنه ثبوته لهما وعن الثانى عدمه لهما والصحيح الأول اه وقال أيضا : وكل واحد منهما الامتناع من العمل قبل العمل بالاتفاق ، ثم إذا صار سلما يراعى فيه شرائط السلم فإن وجدت صح وإلا لا اه وقال أيضا : فإن ضرب له أجلا صار سلما حتى يعتبر فيه شرائط السلم ، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذى عليه فى السلم اه : وذكر فى كافى الحاكم أن للصانع بيعة قبل أن يراه المستصنع ثم ذكر أن الاستصناع لا يصح فى الثوب ، وأنه لو ضرب له أجلا وعجل الثمن جاز وكان سلما ، ولا خيار له فيه اه :

وفى التارخانية : ولا يجبر المستصنع على إعطاء الدراهم وإن شرط تعجيله هذا إذا لم يضرب له أجلا فإن ضرب قال أبو حنيفة بصير سلما ، ولا يبقى استصناعا حتى يشترط فيه شرائط السلم اه . فقد ظهر لك بهذه القول

(والمبيع هو العين لا عمله) خلافا للبردعي (فإن جاء) الصانع بمصنوع غيره أو بمصنوعه قبل العقد فأخذه (صح) ولو كان المبيع عمله لما صح (ولا يتعين) المبيع (له) أي للآمر (بلا رضاه فصيح بيع الصانع) لمصنوعه (قبل رؤية أمره) ولو تعين له لما صح بيعه (وله) أي للآمر (أخذه وتركه) بخيار الرؤية ومفاده أنه لا خيار للصانع بعد رؤية المصنوع له وهو الأصح نهر (ولم يصح فيما لم يتأمل فيه كالثوب إلا بأجل كما مر) فإن لم يصح فسد إن ذكر الأجل على وجه الاستمهال وإن للاستعجال كعلي أن تفرغه غدا كان صحيحا :

أن الاستصناع لا يجبر فيه إلا إذا كان مؤجلا بشهر فأكثر ، فيصير سلما وهو عقد لازم يجبر عليه ، ولا خيار فيه وبه علم أن قول المصنف فيجبر الصانع على عمله لا يرجع الأمر عنه إنما هو فيما إذا صار سلما فكان عليه ذكره قبل قوله ، وبدونه وإلا فهو مناقض لما ذكر بعده من إثبات الخيار للآمر ، ومن أن المعقود عليه العين لا العمل فإذا لم يكن العمل معقودا عليه كيف يجبر عليه ، وأما ما في المداية عن المبسوط ، من أنه لا خيار للصانع في الأصح فذلك بعد ما صنعه ورآه الأمر كما صرح به في الفتح ، وهو ما مر عن البدائع ، والظاهر أن هذا منشأ توهم المصنف وغيره كما يأتي وبعد تحريري لهذا المقام رأيت موافقته في الفصل الرابع والعشرين من نور العين لإصلاح جامع الفصولين ، حيث قال بعد أن أكثر من النقل في إثبات الخيار في الاستصناع فظهر أن قول الدرر تبعاً لخزانة المفتي أن الصانع يجبر على عمله والأمر لا يرجع عنه سهو ظاهر اه فاضنم هذا التحرير وثقه الحمد (قوله والمبيع هو العين لا عمله) أي أنه بيع عين ، وصوفة في الذمة لا بيع عمل أي لا إجارة على العمل لكن قدمنا أنه إجارة ابتداء ببيع انتهاء تأمل :

مطلب ترجمة البردعي

(قوله خلافا للبردعي) بالباء الموحدة وسكون الراء وفتح الدال المهملة وفي آخره عين مهملة ، نسبة إلى بردعة بلدة من أقصى بلاد أذربيجان ، وهو أحمد بن الحسين أبو سعيد من الفقهاء الكبار قتل في وقعة القرامطة مع الحاج سنة سبع عشرة وثلثمائة وتمام ترجمته في طبقات عبد القادر (قوله بمصنوع غيره) أي بمصنوعه غيره (قوله فأخذه) أي الأمر (قوله بلا رضاه) أي رضا الأمر أو رضا الصانع (قوله قبل رؤية أمره) الأولى قبل اختياره لأن مدار تعينه له على اختياره ، وهو يتحقق بقبضه قبل الرؤية ابن كمال (قوله ومفاده الخ) قدمنا التصريح بهذا المفاد عن الهدائع ، وعلة بأن الصانع بائع ما لم يره ، ولا خيار له ولأنه باحضره أسقط خيار نفسه الذي كان له قبله فبقى خيار صاحبه على حاله اه : وفي الفتح وأما بعد ما رآه فالأصح أنه لا خيار للصانع بل إذا قبله المستصنع أجز على دفعه له لأنه بالآخرة بائع اه وهذا هو المراد من إني الخيار في المبسوط فقول المصنف في المنع : ولا خيار للصانع ، كذا ذكره في المبسوط ، فيجبر على العمل لأنه بائع ما لم يره الخ صوابه أن يقول : فيجبر على التسليم لأن الكلام بعد العمل ، وأيضا فالتعليل لا يوافق المعلل على ما فهمه ، وهذا هو منشأ ما ذكره في متنه أولا وقد علمت تصريح كتب المذهب بثبوت الخيار قبل العمل ، وفي كافي الحاكم الذي هو متن المبسوط ما نصه والمستصنع بالخيار إذا رآه مفروغا منه وإذا رآه فليس للصانع منعه ولا بيعه ، وإن باعه الصانع قبل أن يراه جاز بيعه (قوله وهو الأصح) وهو ظاهر الرواية وعنه ثبوت الخيار لهما وعن الثاني عدمه لهما كما مر عن البدائع (قوله إلا بأجل كما مر) أي بأجل مماثل لما مر في السلم من أن أقله شهر فيكون سلما بشروطه (قوله فإن لم يصح) أي الأجل لعقد السلم بأن كان أقل من شهر (قوله وإن للاستعجال) أي بأن لم يقصد به التأجيل ، والاستمهال بل قصد به الاستعجال بلا إمهال وظاهره أنه لو لم يذكر أجلا فيما لم يجبر فيه تعامل صح لكنه بخلاف ما يفهم من المتن ولم أره صريحا

[فرع] السلم في الدبس لا يجوز لما في إجارة جواهر الفتاوى لو جعل الدبس أجرة لا يجوز لأنه ليس بمثل ، لأن النار عملت فيه ولذا لا يجوز السلم فيه فلا يجب في الذمة حتى لو كان عينا جاز : قلت : وميجيء في الغصب أن الرب والقطر واللحم والفحم والآجر والصابون والمصفر والسرقيين والجلود والصرم وبر مخلوط بشعير قيمي فليحفظ :

باب المتفرقات

من أبوابها وعبر في الكنز بمسائل متثورة وفي الدرر بمسائل شتى والمعنى واحد (اشترى ثورا أو فرسا من خزف) للأجل (استثناس الصبي لا يصح) ولا قيمة له (لا يضمن مقلقه وقيل بخلافه) يصح ويضمن قنية وفي آخر حظر الهببي عن أبي يوسف يجوز بيع اللعبة وأن يلعب بها الصبيان (وصح بيع الكلب) ولو عقورا (والفهد) والقبيل والقرد (والسباع) بسائر أنواعها

فتأمل (قوله في الدبس) بكسر وبكسرتين غسل التمر وعسل النحل قاموس . والمشهور الآن أنه ما يخرج من العنب (قوله ولذا) أي لكون النار عملت فيه ، فصار غير مثلي لا يجوز السلم فيه ، وظاهره أن السلم لا يجوز إلا في المثلي مع أنه يجوز في الثياب والبسط والحصر ونحوها كما مر أفاده ط (قوله حتى لو كان عينا) أي لو جعل الأجرة بسامعينا (قوله الرب) دبس الرطب إذا طبخ مصباح (قوله والقطر) نوع من غسل القصب قال المؤلف في الغصب : إن كلا منهما يتفاوت بالصنعة ولا يصح السلم فيهما ولا يثبت في الذمة ط (قوله واللحم) ولو لينا ذكره المؤلف في الغصب وتقدم الكلام فيه (قوله والآجر والصابون) لا اختلافهما في الطبخ (قوله والصرم) بالفتح الجملدة مصباح وقدمنا أول الباب عن الفتح : أنه يصح السلم في الجلود إذا بين ما يقع به في الضبط (قوله وبر مخلوط) الأصوب وبر مخلوطا عطفًا على الرب المنتصوب . نعم الرفع جائز على القول بجواز العطف بالرفع على عمل اسم إن يدل استعمال العمل فافهم والله سبحانه أعلم .

باب المتفرقات

جرت عادتهم أن المسائل التي تشذ عن الأبواب المقدمة فلم تذكر فيها يجمعونها بعد ، ويسمونها بـ هذه الأسماء ط (قوله بمسائل متثورة) شبهت بالمتثور من الذهب أو الفضة لتفاستها ، وهو بالرفع على الحكاية ط ويجوز الجر (قوله من خزف) أي طين قال ط : قيد به لأنها لو كانت من خشب أو صفر جاز اتفاقًا فيما يظهر لا إمكان الانتفاع بها وحرره اه وهو ظاهر (قوله ولا يضمن مقلقه) كأنه لأنه آلة له ولا يقال فيها نحو ما قيل في هود اللهو من أنه يضمن خشبًا لا مهيا على أحد القولين ، لأنه لإقيمة هذه الأشياء إذا قطع النظر عن التلوي بها ط (قوله وقيل بخلافه) يشعر بضعفه مع أن المصنف نقله عن القنية ، وفي القنية لم يعبر عنه بقيل بل رد للأول ثم للثاني (قوله عن أبي يوسف) أي ناقلًا عن أبي يوسف ، وظاهره أنه قوله لا رواية عنه حتى يقال : إن هذا يشعر بضعفه ونسبته إلى أبي يوسف لا تدل على أن الإمام يخالفه لاحتمال أن يكون له في المسألة قول فافهم (قوله ولو عقورا) فيه كلام يأتي (قوله والقبيل) هذا بالإجماع لأنه متنع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعًا على الإطلاق فكان مالا يجر عن البدائع أي ينفع به للقبال والحمل وينتفع به (قوله والقرد) فيه قولان كما يأتي (قوله والسباع) وكذا يجوز بيع لحمها بعد العذكية لا طعام كلب أو سنور ، بخلاف لحم الخنزير لأنه لا يجوز إطعامه محيط

حتى الهرة وكذا الطيور (علمت أولا) سوى الخنزير وهو المختار للانتفاع بها وبجلدها كما قدمناه في البيع الفاسد والمسخر بالقرد ، وإن كان جراما لا يمنع بيعه بل يسكره كبيع العصير شرح وهبانية :
 [فرع] لا ينبغي اتخاذ كلب إلا لخوف لص أو غيره فلا بأس به ومثله سائر السباع عيني وجاز اقتناؤه لصيد وحراسة ماشية وزرع جماعا (كما صحح بيع خرف حمام كثير و) صحح (هبته) قنية (و) أدنى (القيمة التي تشترط لجواز البيع فلس ولو كانت كسرة خبز لا يجوز) قنية (كما لا يجوز) بيع هوام الأرض كالخنافس والقنافذ والعقارب والوزغ والضب (و) لاهوام (البحر كالسرطان) وكل ما فيه سوى سمك وجوز في القنية بيع ماله ثمن كسفنقور وجلود خنزير وجل الماء لوحيا وأطلق الحسن الجواز وجوز أبو الليث بيع الحيات إن انتفع بها في الأدوية وإلا لا

لكن على أضح التصحيحين من أن الذكاة الشرعية لا تظهر إلا الجلد دون اللحم لا يصح بيع اللحم شربلاية (قوله حتى الهرة) لأنها تصطاد الفار والحوام المؤذية فهي منتفع بها فتح (قوله وكذا الطيور) أي الجوارح درر (قوله علمت أولا) نصريح بما فهم من عبارة محمد في الأصل ، وبه صرح في الهداية أيضا لكن في البحر عن المبسوط ، أنه لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم في الصحيح من المذهب ، وهكذا نقول في الأسد إن كان يقبل التعليم ، وبصطاد به يجوز بيعه ، وإلا فلا والفهد والبازي يقبلان التعليم ، فيجوز بيعهما على كل حال اه :

قال في الفتح : فعلى هذا لا يجوز بيع النمر بحال لأنه لشرسته لا يقبل التعليم ، وفي بيع القرد روايتان اه وجه رواية الجواز وهو الأصح زيلعي أنه يمكن الانتفاع بجلده ، وهو وجه ما في المتن أيضا وصحح في البدائع عدم الجواز لأنه لا يشتري للانتفاع بجلده عادة بل للتهلى به وهو حرام اه بحر :
 قلت : وظاهره أنه لو لا قصد التهلى به لحاز بيعه ، ثم إنه يرد عليه ما ذكره الشارح عن شرح الوهبانية من أن هذا لا يقتضى عدم صحة البيع بل كراهته .

والحاصل : أن المتون على جواز بيع ماسوى الخنزير مطلقا وصحح السرخسي التقييد بالمعلم منها (قوله لا ينبغي اتخاذ كلب الخ) الأحسن عبارة الفتح ، وأما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع ، فيجوز بالإجماع لكن لا ينبغي أن يقفده في داره إلا إن خاف لصوصا أو أعداء للحديث الصحيح « من اقتنى كلبا إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان » (قوله خرف حمام كثير) لعل المراد به ما تبلغ قيمته فلسا فإنه أقل قيمة المبيع ط ، ومثل الحمام بقية الطيور المأكولة لطهارة خرفها ، وتقدم في البيع الفاسد جواز بيع سرقين وبعير ، ولو خالصين والانتفاع به والوقود به وبيع رجيع الآدمي لو مخلوطا بتراب (قوله لا يجوز) أي إذا لم تبلغ قيمتها فلسا (قوله والقنافذ) جميع قنفذ بضم الفاء وتفتح مصباح ، وذكره في القاموس في الدال المهملة والدال المعجمة (قوله والوزغ) هو سام أبرص (قوله وكل ما فيه) أي في البحر (قوله سوى سمك) عبارة البحر عن البدائع إلا السمك وما جاز الانتفاع بجلده أو عظمه اه (قوله بيع ماله ثمن) في الشربلاية عن المحيط يجوز بيع العلق في الصحيح لقول الناس ، واحتياجهم إليه لمعالجة مص الدم من الجسد اه :

قلت : وعليه فيجوز بيع دودة القرمز ، لأنها من أعز الأروال وأنفسها في زماننا وينتفع بها خلافا لمن أفتى بأنه لا يجوز بيعها ولا يضمن متلفها كما حرراه في البيع الفاسد (قوله كسفنقور) حيوان مستقل وقيل بيض القاصيص إذا فسد ويكبر طول فراعين على أنحاء السمكة وتماه في تذكرة الشيخ داود (قوله وجلود خنزير) الخنزير اسم دابة ثم أطلق على الثوب المتخذ من وبزها مصباح (قوله لو حيا) عبارة البحر عن القنية قيل يجوز حيا لا ميتا الخ :

ورده في البدائع بأنه غير سديد لأن المحرم شرعا لا يجوز الانتفاع به للتداوى كالخمر فلا تقع الحاجة إلى شرع البيع (ويجوز بيع دهن نجس) أى متنجس كما قدمناه في البيع الفاسد (وينتفع به للاستصباح) في غير مسجد كما مر (والذى كالمسلم في بيع) كصرف وسلم وربا وغيرها (غير الخمر والخنزير ومبقة لم تمت حتف أنفها) بل بنحو خنق أو ذبح مجوسى فإنها كخنزير

مطلب في التداوى بالمحرم

(قوله ورده في البدائع الخ) قدمنا في البيع الفاسد عند قوله وابن امرأة إن صاحب الخانية والنهاية اختارا جوازه إن علم أن فيه شفاء ولم يجد دواء غيره قال في النهاية : وفي التهذيب يجوز للعليل شرب البول ، والدم والميتة للتداوى إذا أخبره طبيب مسلم أن فيه شفاء ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه ، وإن قال الطبيب يتعجل شفاؤك به فيه وجهان ، وهل يجوز شرب العليل من الخمر للتداوى فيه وجهان ، كذا ذكره الإمام الترمذى وكذا في الذخيرة وما قيل إن الاستشفاء بالحرام حرام غير مجرى على إطلاقه وأن الاستشفاء بالحرام إنما لا يجوز إذا لم يعلم أن فيه شفاء أما إن علم وليس له دواء غيره يجوز ومعنى قول ابن مسعود رضى الله عنه لم يجعل شفاؤكم فيما حرم عليكم يحتمل أن يكون قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم لأنه حينئذ يستغنى بالحلال عن الحرام ويجوز أن يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وإنما يكون بالحلال اه نور العين من آخر الفصل التاسع والأربعين (قوله أى متنجس) احترز به عن دهن الميتة والخنزير اه ح (قوله وينتفع به للاستصباح) عطف حلة على معلول ط ، لأن الانتفاع به علة جواز البيع (قوله كما مر) أى في باب الأنجاس لكن عبارته هناك ، ولا يفسر أثر دهن إلا دهن ودك مبقة لأنه عين النجاسة ، حتى لا يدبغ به جلد بل يستصيح به في غير مسجد اه وقدما هناك تأييد ما هنا بالحديث الصحيح ، وقدما ذلك أيضا في البيع الفاسد (قوله غير الخمر والخنزير الخ) فانا نجزر بيع بعضهم بعضا لخصوص فيه من قول عمر رضى الله تعالى عنه أخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج حضر عمر بن الخطاب ، واجتمع إليه عماله فقال يا هؤلاء إنه بلغنى أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال : أجل إنهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ، ولكن لو أربابها بيعها ثم نحلوا الثمن منهم ولا نجزر فيما بينهم بيع الميتة والدم فتح (قوله وميتة الخ) هذا زاده ابن السكالم وصاحب الدرر استدراكا على الهداية بأن المستثنى غير محصور بالخمر والخنزير واستدرك أيضا في التهر شراؤه عبدا مسلما أو مصحفا :

قلت : هذا إنما يظهر أن لو كان التشبيه في قولهم : والذى كالمسلم الخ من جهة الحل والحرمة والظاهر أنه من جهة الصحة والفساد لأن الصحيح (١) من مذهب أصحابنا أن الكفار مخاطبون بشرائع ، وهى محرقات ، فكانت ثابتة في حقهم أيضا ، فلو كان التشبيه من جهة الحل والحرمة لم يصح استثناء شيء ، فتعين ما قلنا وحينئذ فلا يدخل الجبر على البيع في التشبيه حتى يصح استثناءه ولذا غير المصنف في التعبير فقال : وصح شراؤه عبدا الخ ، ثم هذا

(١) قوله (لأن الصحيح الخ) قال في متن المنار والكفار مخاطبون بالأمر بالإيمان وبالمشروع من العقوبات وبالعمالات وبالشرائع في حق المزاخلة في الآخرة بلا خلاف ، وأما في وجوب الأداء في أحكام الدنيا فكذلك عند البعض والصحيح أنهم لا يخاطبون بأداء ما يحتمل السقوط من العبادات اه .

قال ابن نجيم في شرحه : كالصلاة والصوم فلا يعاقبون على تركها ثم قال : والراجح ما عايناه الأكثر من العلماء على التكليف لموافقته لظاهر النصوص فلو كان هو المعنى اه منه .

وقد أمرنا بتركهم وما يدينون (وصح شراؤه) أى الكافر كما قدمناه فى البيع الفاسد (عبدا مسلما أو مصدقا) أو شقضا منهما (ويجبر على بيعه) ولو اشترى صبغرا أجبر عليه ولو لم يكن أقام القاضى له وليا وكذا لو أسلم عبده ويتبعه طفله ولو أعتقه أو كاتبه جاز فإن حزر أجبر أيضا ولو رده أو استولدها سعييا فى قيمتها ويوجع ضربا لو طئه مسلمة وذلك حرام .

[فرع] من هادته شراء المردان يجبر على بيعه دفعا للفساد نهر وغيره ، وكذا محرم أخذ صيدا يؤمر بإرساله ولو أسلم مقرض الخمر سقطت ولو المستقرض فروايتان (وطء زوج) الأمة (المشترأة) التى ألكحها المشتري قبل قبضها (قبض) لشترها لحصوله بتسايمه

على رواية أن بيع ما لم يمت حتف أنه صحيح بينهم ، وفى رواية أنه فاسد بخلاف ما مات حتف أنه فإن بيعه باطل فيما بيننا وبينهم ، كما مر أول البيع الفاسد ،

مطلب أمرنا بتركهم وما يدينون

(قوله وقد أمرنا بتركهم وما يدينون) كذا فى الهداية وقال دل عليه قول عمر : واوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها وأشار به إلى أن إعراضنا عنهم ، ليس لكونها مباحة شرعا فى حقهم كما هو قول البعض ، بل الحرمة ثابتة فى حقهم فى الصحيح ، لأنهم مخاطبون بها كما قلنا لكنهم لا يمنعون من بيعها ، لأنهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولونها وقد أمرنا بتركهم وما يدينون كما فى البحر عن البدائع ، لكن الأولى الاستدلال بأن هذا مخصوص بالأثر المنقول عن عمر كما مر ، وإلا ورد عليه أنه لو اعتقدوا حل ما مات حتف أنه أن يصح بيعه ، مع أنهم لو ارتفعوا إلينا نحكم ببطلانه وأيضا لو اعتقدوا حل السلم أو الصرف أو نحوهما ، بدون شروطه المعتبرة عندنا نحكم بينهم بشرعنا إلا فى الخمر والتخزير فعقدهم عليهما كعقدنا على الشاة والعصير ، وفى البحر عن حدود القنية ويمنع الذى عما يمنع المسلم إلا شرب الخمر فإن غنوا وضربوا العيذان منعوا كالمسلمين لأنه لم يستثن عنهم اه قال فى النهر : ويرد عليه أنه لا يمنع مع لبس الحرير والذهب بخلاف المسلم اه (قوله ويجبر على بيعه) واو اشتراه من كافر مثله شراء فاسدا أجبر على رده لأن دفع الفساد واجب حقا للشرع ثم يجبر البائع على بيعه بحر (قوله أجبر عليه) وينبغي أن عقد الصغير فى هذا لا يتوقف على الاجارة نهر : أى لعدم فائدته لأنه إذا أجاز له عليه أيضا على بيعه ، وقد يقال إنه قد يسلم قبل إجبار عليه فيبقى على ملكه فكان للاجارة فائدة (قوله وكذا لو أسلم عنده) فى بعض اللسخ عبده بالبائ بدل النون وأفاد أنه لا فرق بين كون العبد مسلما وقت الشراء أو بعده (قوله ويتبعه طفله) أى لو أسلم العبد وله ولد غير بالغ يتبعه فى الإسلام والإجبار على بيعه معه (قوله فإن عجز) أى المكاتب (قوله أجبر) أى الكافر على بيعه ومفهومه أنه لا يجبر ما دام عقد الكتابة وهو ظاهر ، لأن المكاتب لا يجوز بيعه (قوله من عادته شراء المردان) عبارة النهر عن المحيط الفاسق المسلم إذا اشترى عبدا أمرد وكان من عادته إتباع المرد أجبر على بيعه دفعا للفساد اه . وعن هذا أفقى المولى أبو السعود بأنه لا تسمع دعواه على أمرد ، وبه أفقى الخبير الرملى والمصنف أيضا (قوله يؤمر بإرساله) ولا يصح بيعه ومر بيان ذلك كله فى الحج (قوله ولو أسلم مقرض الخمر سقطت) لتعلم قبضها فصار هلاكها مستندا إلى معنى فيها ، وفى البيع لو أسلم أو أحدهما قبل القبض انتقض البيع أى ثبت حق الفسخ لتعلم القبض بالإسلام ، فصار كما لو أبق المبيع وتمامه فى البحر (قوله فروايتان) أى عن الإمام فى رواية تسقط ، وفى رواية عليه قيمتها ، وهو قول محمد لتعذر المعنى من جهته بحر (قوله التى ألكحها المشتري الخ) أى إذا اشترى أمة وزوجها لرجل قبل قبضها من البائع فوطئها الزوج صار المشتري قابضا

فصار فعله كفعله (لا) مجرد (لكاحها) استحسانا (فلو انتقض البيع) قبل القبض (بطل النكاح) في قول الثاني، وهو (الختار) وقيدته الكمال بما إذا لم يكن بطلانه بموتها، فلو به قبل القبض لم يبطل النكاح، وإن بطل البيع فهلزمه المهر للمشتري فتح (اشترى شيئا) منقولا، إذا لعقار لا يبيعه القاضي (وغاب) المشتري (قبل القبض ونقد الثمن غيبة معروفة فأقام بائعه بينة أنه باعه منه لم يبع في دينه) لإمكان ذهابه إليه

(قوله فصار فعله) أي الزوج كفعله أي المشتري (قوله استحسانا) والقياس أن يكون قبضا لأنه تعيب حكيم؛ ألا ترى أنه لو وجد المشتراة من زوجة يردها بالعيب، وجه الاستحسان أنه لم يتصل بها فعل حسي من المشتري والتزويج فعل تعيب حكيم بمعنى تقليل الرغبات فيها كتنقصان السعر، وتمامه في النهر (قوله فلو انتقض البيع) أي بنحو خيار عيب أو فساد (قوله بطل النكاح) لأن البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الأصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلا بحر (قوله وقيدته الكمال) لم يقيد الكمال من عنده بل قال وقيد القاضي الإمام أبو بكر بطلان النكاح الخ فلو قال للشارح وقيدته القاضي أبو بكر لكان أصوب ولسلم عزوه في آخر العبارة إلى الفتح من الاستدراك (قوله بطلانه) أي البيع (قوله فهلزمه المهر للمشتري فتح) لم أجد هذه العبارة في الفتح بل ذكرها في النهر، ونقل محشي مسكين عن شيخه أنه لم يجدها في النهاية ولا في العناية والبحر: ونقل عن الشيخ شاهين أنه وجدها في المعراج ثم استشكلها بأنه كيف تكون هالكته من مال البائع ويكون المهر للمشتري فهو مخالف لقولهم: الغرم بالغنم اه:

قلت: عدم بطلان النكاح دليل على أن بطلان البيع مقتصر على وقت الموت فلم يصر العقد كأن لم يكن، فيظهر أن النكاح كان على ملك المشتري فيستحق المهر تأمل، وانظر ما قدمناه في البيع الفاسد قبيل قوله ولا يبطل حق الفسخ بموت أحدهما (قوله إذا لعقار لا يبيعه القاضي) في بعض النسخ لا يبيعه إلا القاضي بزيادة إلا، والصواب الأول، وهو الموجود في النهر وكذا في البحر عن النهاية وجامع الفصولين: وعبارة جامع الفصولين: جاز للقاضي بيع المبيع وإبقاء الثمن لو كان منقولا لا أو عقارا اه (قوله قبل القبض) فلو غاب بعده لا يبيعه للقاضي لأن حقه غير متعلق بماليته بل بدمته المشتري، وقيدته في جامع الفصولين بما إذا لم يخف عليه التلف فإن خيف جاز له البيع حيث قال للقاضي إيداع مال غائب ومفقود، وله إقراره وبيع منقوله إذا خيف تلفه ولم يعلم مكان الغائب لا لو علم اه: وينبغي أن يقال: إن خوف التلف يجوز للبيع علم مكانه أولا، وقد مننا نحوه في خيار الشرط فارجع إليه نهر (قوله غيبة معروفة) بأن كالت البلدة التي خرج إليها معروفة وإن بعدت نهر (قوله فأقام بائعه بينة الخ) ليست البينة هنا للقضاء على الغائب، بل لنفي التهمة والكشاف الحال كما في الزيلعي، فلا يحتاج إلى خصم حاضر لأن العبد في يده وقد أقربه للغائب على وجه يكون مشغولا بحقه بحر:

قال في جامع الفصولين: انحصم شرط لقبول البينة لو أراد المدعي أن يأخذ من يده الخصم الغائب شيئا، أما إذا أراد أن يأخذ حقه من مال كان للغائب في يده فلا يشترط ولا يحتاج لو كبل كهذه المسألة، وكلنا لو استأجر إبلا إلى مكة ذاهبا أو جائيا ودفعت الكراء ومات رب الدابة في الذهاب فالفسخت الإجارة فله أن يركبها ولا يضمن، وعليه أجزتها إلى مكة فإذا أتتها ورفع الأمر إلى القاضي فرأى بيعها ودفعت بعض الأجر إلى المستأجر جاز، وعلى هذا لو رهن المديون وغاب غيبة منقطعة فرفع الرهن الأمر إلى القاضي لبيع الرهن ينبغي أن يجوز كما في هاتين المسألتين اه وأقره في البحر (قوله أنه باعه منه) وأنه لم يتقد إليه الثمن نهر وفتح:

(وإن جهل مكانه بيع) المبيع : أى باعه القاضى أو مأموره نظرا للغائب وأدى الثمن وما فضل يمسكه للغائب ، وإن نقص تبعه البائع إذا ظفر به (وإن اشترى اثنان) شيئا (وغاب واحد) منهما (فللحاضر دفع) كل (ثمنه) ويجبر البائع على قبول الكل ودفع الكل للحاضر (و) له (قبضه وحبسه) عن شريكه إذا حضر (حتى ينقد شريكه) الثمن ، بخلاف أحد المستأجرين : والفرق أن للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن فكان مضطرا بخلاف المؤجر ؛ اللهم إلا إذا شرط تعجيل الأجرة .

مطلب للقاضى إيداع مال غائب وإراضه وبيع منقوله الخ

(قوله باعه القاضى أو مأموره) ولو أذن له بأن يؤجر الدابة ويعلفها من أجرها جاز كما فى جماع الفصولين ، وظاهر كلامهم أن البائع لا يملك البيع بلا إذن القاضى ، فإن باع كان فضوليا ، وإن سلم كان معتدبا والمشتري منه غاصب بحر :

قلت : وفى الولو اجية : اشترى لهما فذهب ليجىء بالثمن فأبطأ فخاف البائع أن يفسد يسع البائع بيعه لأن المشتري يكون راضيا بالانفساخ ، فإن باع بزيادة تصدق به أو بنقصان وضع على المشتري وهذا نوع استحسانا . وبه علم أن ما يسرع فساده لا يتوقف على القاضى لرضاه بالانفساخ ، بخلاف غيره فإن القاضى يبيعه على مالك المشتري ولذا كان الفضل له والنقص عليه (قوله نظرا للغائب) أى وللبياع لأن البائع يصل به إلى حقه ويرأى عن ضمانه والمشتري أيضا تبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته بحر .

[فرع] فى جماع الفصولين : سئل نجم الدين عن وهبه أمير أمة فأخبرته أنها لتاجر قتل فأخذت ولدا ولتها الأيدى حتى وصلت إليه ولا يجد وارث القنيل ويعلم أنه لو خلاها ضاعت ولو أمسكها يخاف الفتنة : فأجاب للقاضى بيعها من ذى اليد ، فلو ظهر المالك كان له على ذى اليد ثمنها (قوله وإن اشترى اثنان شيئا) أى اشترى شيئا صفاة واحدة كما خبر فى الجامع الصغير لقاضيخان (قوله وغاب واحد منهما) أى بحيث لم يدرك مكانه نهر ، وقيد به لأنه لو كان حاضرا يكون متبرعا بالإجماع لأنه لا يكون مضطرا فى إيفاء الكل ، إذ يمكنه أن يخاصمه إلى القاضى فى أن ينقد حصته ليقبض نصيبه فتح (قوله ويجبر الخ) الظاهر أن هذا لو المبيع غير مثلى ، أما المثلى كالجر ونحوه مما يمكن قسمته فلا جبر على دفع الكل ولذا صوروا المسألة بالعبد كما ذكرنا تأمل (قوله وله) أى للحاضر قبضه أى قبض كل المبيع (قوله حتى ينقد شريكه الثمن) أى ثمن حصته إذا كان الثمن حالا : وفى ط عن الوائى : النقذ فى الأصل تمييز الجهد من الردى من نحو الدرهم ثم استعمل فى معنى الأداء (قوله بخلاف أحد المستأجرين) لو غاب قبل لقد الأجرة فنقد الحاضر جميعها كان متبرعا لأنه غير مضطر ، إذ ليس للمؤجر حبس الدار لاستيفاء الأجرة ذكره التمرناشى نهر ، وهذه الأحكام المذكورة من دفع الثمن وجبر البائع ودفع الكل والقبض والحبس مذهبهما : وخالف أبو يوسف فى جميعها ط .

مطلب فى العلو إذا سقط

(قوله فكان مضطرا) فصار كعبر الرهن إذا أفلس الراهن وهو المستعير . أو غاب فإن المعبر إذا افتسكه يدفع الدين يرجع على الراهن لأنه مضطر فيه وكصاحب العلو إذا سقط السفل كان له أن يبنى السفل إذا لم يبنه ماله بغير أمره ليوصل به إلى بناء علوة ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله مالم يعطه ماصرفه وتمامه فى الفتح (قوله اللهم الخ)

(باع) شيئا (بالألف مثقال ذهب وفضة تنصفا به) أى بالمثلثال فيجب خمسمائة مثقال من كل منهما لعدم الأولوية (وفى) ببيع شيئا (بألف من الذهب والفضة تنصفا وانصرف للوزن المعهود) النصف (من الذهب مثاقيل و) النصف (من الفضة دراهم) وسئل له على " كرحنطة وشعير وسهم لزمه من كل ثالث كرح ، وهذه قاعدة فى المعاملات كلها كهر ووصية ووديعة وغصب وإجارة وبدل خلع وغيره فى وزوزو وكيل ومعدود وملدروع عيني ، وقوله (وزن سبعة) تقدم فى الزكاة ، وأفاد الكمال أن اسم الدرهم ينصرف للمتعارف فى بلد العقد ؛ ففى مصر ينصرف للفلوس . وأفاد فى النهر أن قيمته تختلف باختلاف الأزمان ، فأفتى اللقانى بأنه يساوى نصفها وثلاثة فلوس ، فلو أطلق الواقف الدرهم اعتبر زمنه إن عرف وإلا صرف للفضة لأنه الأصل كما لو قيده بالنقرة كواقف الشيخونية والصرعتمشبية ونحوهما

بحث لصاحب النهر (قوله لعدم الأولوية) لأنه أضاف المثلثال إليهما على سواء فيجب من كل واحد منهما نصفه ، ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها ، بخلاف ما إذا قال بألف من الدرهم والدنانير حيث لا يشترط بيان الصفة وينصرف إلى الجياد نهر (قوله وانصرف للوزن المعهود الخ) فإن المعهود وزن الذهب بالمثاقيل ووزن الفضة بالدراهم ، فهو كما لو قال بألف من الدراهم والدنانير (قوله وهذه قاعدة الخ) الإشارة إلى ما ذكره المصنف : أى أن قوله باع بألف مثقال الخ ليس البيع قيدها فى ذلك وكذا الموزون ، بل مثله المكيل ونحوه كما لو أقر له برطل من سمن وعسل وزيت أو بمائة من بيض وجوز وتفاح أو بمائة ذراع من كتان وإبريسم ونحوه يلازمه من كل ثلث (قوله وزن سبعة) أى العشرة من الدراهم وزن سبعة مثاقيل كل درهم أربعة عشر قيراطا هـ ط :

مطلب فيما ينصرف إليه اسم الدرهم

(قوله وأفاد الكمال الخ) اعلم أنه وقع اشتباه فى موضعين بالنظر إلى العرف الحادث الأول فيما ينصرف إليه اسم الدرهم والثانى فى قيمته ، فذكر فى الفتح أن انصراف الدراهم إلى وزن سبعة إذا كان متعارفا فى بلد العقد . وأما فى عرف مصر فلفظ الدرهم ينصرف الآن إلى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس إلا أن يعقد بالفضة فينصرف إلى درهم بوزن سبعة . وأخذ منه فى البحر أن الواقف بمصر أو شرط دراهم للمستحق ولم يقيد بها ينصرف إلى الفلوس النحاس وإن قيدها بالنقرة ينصرف إلى الفضة . واعترضه فى النهر بأن ما فى الفتح حكاية عما فى زمنه ولا يلزم منه كون كل زمن كذلك ، فالذى ينبغى أن لا يعدل عنه اعتبار زمن الواقف إن عرف وإلا صرف إلى الفضة لأنه الأصل هـ :

الموضع الثانى قال فى النهر : وأما قيمة كل درهم منها فقال فى البحر بعد ما أعاد المسألة فى الصرف قد وقع الاشتباه فى أنها خالصة أو مغشوشة وكنت قد استفتيت بعض المالكية عنها ، يعنى به علامة عصره ناصر الدين اللقانى ، فأفتى أنه سمع ممن يوثق به أن الدرهم منها يساوى نصفها وثلاثة من الفلوس ، قال فليحول على ذلك ما لم يوجد خلافه اهـ وقد اعتبر ذلك فى زماننا لأن الأدنى متيقن به ، وما زاد عليه فهو مشكوك فيه ، ولكن الأوفق بفروع مذهبنا وجوب درهم وسط لما فى جامع الفصولين من دعوى النقرة لو تزوجها على مائة درهم نقرة ولم يصنفها صح العقد ، ولو ادعت مائة درهم مهرا وجب لها مائة وسط اهـ فينبغى أن يحول عليه اهـ :

ورأيت فى فتاوى بعض الشافعية أن قيمته باعتبار المعاملة نصف وثلث وأنت قد علمت أن القيمة

فقيمة درهما نصفان ، وأفاد المصنف أن النقرة تطلق على الفضة وعلى الذهب وعلى الفلوس النحاس يعرف مصر الآن، فلا بد من مرجح ، فإن لم يوجد فالعمل على الاستجارات القديمة للوقف كما عولوا عليها في نظائره كحرفة خراج ونحوه . قال : وبه أفتى المنلا أبو السعود أفندي :

(ولو قبض زيفا بدل جيد) كان له على آخر (جاهلا به) فلو علم وأنفقه كان قضاء اتفاقا (ونفق أو أنفقه) فلو قامرده اتفاقا (فهو قضاء) لحقه وقال أبو يوسف : إذا لم يعلم برده بل زيفه ويرجع بجيده استحسانا كما لو كانت ستوقه أو لهرجة ، واختاره للفتوى ابن كمال :

قلت : ورجحه في البحر والنهر والشرنبلالية فهو يفتى :

(ولو فرخ طير أو باض في أرض لرجل)

تختلف باختلاف الأزمان ، ولا شك في اختلاف أزمنة الواقفين فينبغي اعتبار زمن الواقف والله تعالى الموفق اه .

قلت : وفي زماننا وقبله بمدة مديدة ترك الناس التعامل بلفظ الدرهم ، وإنما يذكر لفظ القرش وهو اسم لأربعين نصف فضة ، وهذا يختلف باختلاف الزمان ، فينظر إلى قرش زمن الواقف أيضا (قوله فقيمة درهما نصفان) هذا ذكره في النهر بعد ما حرر المقام ، والظاهر أن مراده أن ذلك كان في زمن الواقف فلا يتأني ما حرره قبله (قوله أن النقرة تطلق الخ) إطلاقها على الفلوس عرف حادث . ففي المغرب : النقرة القطعة المذابة من الذهب أو الفضة (قوله فلا بد من مرجح) وذلك كأن يعلم ما كانت تطاق عليه في زمن الواقف أو يكون قيدها بشيء فافهم (قوله الاستجارات القديمة) أي التصرفات أو العطايا أو الدفاتر أو نحوها ، مأخوذة من استمر الشيء إذا دام ، والمراد أنه ينظر إلى ما جرى عليه التعامل من قديم الزمان فيتبع (قوله ولو قبض زيفا) أي رديثا وهو من الوصف بالمصدر ، لأنه يقال زافت الدراهم تزيف زيفا من باب سار أي ردت ثم وصف به فقيل درهم زيف ودرهم زيوف كفلس وفلوس ، وربما قيل زائف على الأصل كما في المصباح .

مطلب في النهرجة والزيوف والستوقه

وفي التارخانية الدراهم أنواع أربعة : جياد ، ونهرجة ، وزيوف ، وستوقه .

واختلفوا في تفسير النهرجة ، قيل هي التي تضرب في غير دار السلطان والزيوف : هي المغشوشة . والستوقه : صفر مموه بالفضة . وقال عامة المشايخ : الجياد فضة خالصة تروج في التجارات وتوضع في بيت المال ، والزيوف ما زيفه بيت المال : أي برده ، ولكن تأخذه التجار في التجارات لا بأس بالشراء بها ، ولكن يبين للبائع أنها زيوف : والنهرجة : ما يرده التجار . والستوقه : أن يكون الطاق الأعلى فضة والأسفل كذلك وبينهما صفر وليس لها حكم الدراهم اه .

وقال في أنفع الوسائل : وحاصل ما قالوه إن الزيوف أجود وبعده النهرجة وبعدهما الستوقه : وهي بمنزلة الزغل التي نحاسها أكثر من فضتها (قوله كان قضاء اتفاقا) لأنه صار راضيا بترك حقه في الجودة ، وقيد بقوله وأنفقه لأنه لو عرضه على البيع ولم ينفقه له رده كما سيذكره الشارح آخر الفروع (قوله ونفق) أي هلك ، يقال : نفقت الدابة نفوقا من باب قعد هلكت مصباح (قوله استحسانا) وقولها قياس كما ذكره فخر الإسلام وغيره ، وظاهره ترجيح قول أبي يوسف بحر (قوله ولو فرخ طير) يقال فرخ بالثبديد وأفرخ صار ذا أفراخ ، وأفرخت

(۳۰ - حاشية ابن مابدين - ۵)

أو تكسر فيها ظبي) أي انكسر رجله بنفسه ، فلو كسر هارجل كان للكاسر لا للأخذ (فهو للأخذ) لسبق يده لمباح (إلا إذا هيا أرضه لذلك) فهو له (أو كان صاحب الأرض قريبا من الصيد بحيث يقدر على أخذه لو مد يده فهو لصاحب الأرض) لتمكته منه ، فلو أخذه غيره لم يملكه نهر (وكذا) مثل مامر (صيد تعلق بشبكة نصبت للجفاف) أو دخل دار رجل (ودرهم أو سكر نثر فوقه على ثوب لم يعد له) سابقا (ولم يكف) لاحقا ، فلو أعده أو كفه ملكه بهذا الفعل :

[فروع] غسل النحل في أرضه ملكه مطلقا لأنه صار من أزالها :

شري دارا فطلب المشتري أن يكتب له البائع صككا لا يجبر عليه

البيضة : انفلقت عن الفرخ فخرج منها مصباح (قوله أو تكسر) وقع في الكنز تكنس . وفي المغرب : كنس الظبي دخل في الكناس كنوسا من باب طلب وتكنس مثله ، ومنه الصيد : إذا تكنس في أرض رجل أي استتر ، ورزوى تكسر وانكسر اه . وفي الفتح : وفي بعض النسخ تكسر أي وقع فيها فتكسر احتراز عما لو كسره رجل فيها بحر ، وقوله من باب طلب صوابه من باب جلس رملي ، وقوله احتراز الخ إنما يتم إذا لم يكن تكسر للمطاوعة وإلا فهو مع فعل غيره ، يقال كسره بالتشديد فتكسر وكسره بالتخفيف فانكسر : أي قبل ذلك تأمل (قوله إلا إذا هيا أرضه لذلك الخ) أي بأن حفر فيها بئرا ليسقط فيها أو أعد مكانا للفراخ ليأخذها فتح لأن الحكم لا يضاف إلى السبب الصالح إلا بالتقصد بحر (قوله أو كان صاحب الأرض قريبا الخ) ظاهره أن سبب الملك أحد شيئين : إما التهيئة ، أو القرب ، ومقتضاه أنه لو خرج الصيد من أرضه المهيأة قبل قربه منه يبقى على ملكه فليس لغيره أخذه ، لكن بشكل عليه ما في الذخيرة عن المنتقى حيث قال : نصب حباله فوقه فيها صيد فاضطرب وانفلت فأخذه غيره فهو له ، فلو جاء صاحب الحباله ليأخذه فلما دنا منه بحيث يقدر عليه انفلت فأخذه غيره فهو لصاحب الحباله : والفرق أن صاحب الحباله فيهما وإن صار أخذا له إلا أنه في الأول بطل الأخذ قبل تأكده ، وفي الثاني بعد تأكده ، وكذا صيد البازي ، والكلب إذا انفلت فهو على هذا التفصيل اه أفاده ط (قوله فلو أخذه غيره لم يملكه) استدل عليه في النهر بعبارة المنتقى المذكورة (قوله مثل مامر) بدل من قوله وكذا أو عطف بيان أفاده أن الإشارة إلى ما ذكر في أول المسألة من أنه لأخذه (قوله أو دخل دار رجل) وكذا لو دخل بيته وأخلق عليه الباب ولم يعلم به لم يصر أخذا مال كاله ، حتى لو خرج بعد ذلك فأخذه غيره ملكه وعن أبي يوسف : لو اصطاده في دار رجل من الهواء أو على الشجر ملكه لأن حصوله على حائط رجل أو شجرته ليس بإحراز فإن قال رب الدار كنت اصطدته قبلك ، فإن كان أخذه من الهواء فهو له لأنه لا يد لرب الدار على الهواء ، وإن أخذه من حائطه أو شجره فالقول لرب الدار لأخذه من محل هو في يده ، وإن اختلف في أخذه من الهواء أو الشجرة فكذلك لأن الظاهر أن ما في داره يكون له وتماه في البحر (قوله ملكه بهذا الفعل) أي بالإعداد أو الكف ، وظاهره أنه بدون ذلك لا يملكه ، وإن وقع قريبا منه بحيث تناله يده ، والفرق بينه وبين الصيد أن الصيد يملكه بالقرب منه إذا وقع في أرضه ونحوها لا مطلقا وإلا لزم أنه لو قرب من صيد في بركة ملكه والنتار يكون في بيت أهل العرس عادة فلا يعتبر فيه مجرد القرب بل لا بد من إعداد الثوب أو كفه : وأيضا لو اعتبر مجرد القرب يؤدي إلى المنازعة بين الحاضرين الذين وقع بينهم إذ كلهم يدعيه (قوله ملكه مطلقا) أي وإن لم يعدها لذلك (قوله لأنه صار من أزالها) أي ريعها فهو بفتح الهزرة جمع نزل : قال في المصباح : نزل الطعام نزلا من باب تعب كثر ريعه ونماؤه فهو نزل وطعام كثير النزل بوزن سبب : أي البركة ، ومنهم من يقول كثير النزل بوزن نزل (قوله لا يجبر عليه) وكذا لا يجبر على إعطاء الصك القديم كما في الخبرية عن جواهر الفقاوى : قال : نعم لو توقف

ولا على الإشهاد والخروج إليه إلا إذا جاءه بعدول وصك فليس له الامتناع من الإقرار :
شري قطنا فغزلته امرأته فكله له .

المرأة إذا كفتت بلا إذن الورثة كفن مثله رجعت في التركة ، ولو أكثر لأترجع بشيء . قال رحمه الله تعالى :
ولو قبل ترجع بقيمة كفن المثل لا يبعد .

اكتسب حراما واشترى به أو بالدرهم المفصولة شيئا . قال الكرخي : إن نقد قبل البيع تصدق بالربح
وإلا لا وهذا قياس وقال أبو بكر كلاهما سواء ولا يطيب له وكذا لو اشترى ولم يقل بهذه الدراهم وأعطى من الدراهم
دفع ماله مضاربة لرجل جاهل جاز أخذ ربحه ما لم يعلم أنه اكتسب الحرام

إحباء الحق على عرضه ، كما لو غصب المبيع وامتنعت الشهود من الشهادة حتى يروا خطوطهم يجبر على عرضه
كما أفنى به الفقيه أبو جعفر صيانة لحق المشتري اه (قوله ولا على الإشهاد والخروج إليه) أي إلى الإشهاد ، وهو
عطف تفسير على الإشهاد لأنه ليس له الامتناع عن الإشهاد المحرد بقريئة ما بعده (قوله فليس له الامتناع من
الإقرار) فإن لم يقر يرفعه إلى الحاكم فإن أقر بين يديه كتب سجلا وأشهد عليه ملتقط (قوله فغزلته امرأته) أي بإذنه
أو بغير إذنه ملتقط (قوله المرأة إذا كفتت) أي إذا كفتت زوجها . وعبارة مجمع الفتاوى وغيرها : أحد الورثة إذا كفن
الميت بماله الخ فالمرأة غير قيد ، نعم خرج الأجنبي فإنه لا يرجع كما في التارخانية أي إلا إذا كان وصيا (قوله ولو
أكثر لا ترجع بشيء) علة في البرازية بأن اختيار ذلك دليل التبرع وهذا إذا أنفق الوارث من ماله ليرجع وسيدكر
المصنف في باب الوصي أنه إذا زاد في عدد الكفن ضمن الزيادة ، وإن زاد في قيمته ضمن الكل أي لأنه صار
مشتريا لنفسه فيضمن مال الميت ، وقد حررت هذه المسألة بما لا مزيد عليه في تنقيح الحامدية من الوصايا (قوله
قال رحمه الله) الضمير عائد إلى صاحب الملتقط ، فإن هذه الفروع كلها من الملتقط كما ذكره الشارح آخرها ،
والعبارة كذلك مذكورة فيه على عادة المتقدمين في كتبهم فافهم (قوله لا يبعد) لعل وجهه أنه لا يلزم من التكفيرين
بأكثر من كفن المثل اختيار التبرع بالكل بل بالزائد .

مطلب إذا اكتسب حراما ثم اشترى فهو على خمسة أوجه

(قوله اكتسب حراما الخ) توضيح المسألة ما في التارخانية حيث قال : رجل اكتسب مالا من حرام ثم اشترى
فهذا على خمسة أوجه : أما إن دفع تلك الدراهم إلى البائع أولا ثم اشترى منه بها أو اشترى قبل الدفع بها ودفعها ،
أو اشترى قبل الدفع بها ودفع غيرها ، أو اشترى مطلقا ودفع تلك الدراهم ، أو اشترى بدراهم آخر ودفع تلك
الدراهم . قال أبو نصر : يطيب له ولا يجب عليه أن يتصدق إلا في الوجه الأول ، وإليه ذهب الفقيه أبو الليث ،
لكن هذا خلاف ظاهر الرواية فإنه نص في الجامع الصغير : إذا غصب ألفا فاشترى بها تجارية وباعها بألفين
تصدق بالربح ؛

وقال الكرخي : في الوجه الأول والثاني لا يطيب ، وفي الثالث الأخيرة يطيب : وقال أبو بكر : لا يطيب
في الكل ، لكن الفتوى الآن على قول الكرخي دفعا للخرج عن الناس اه .

وفي الولوالجية : وقال بعضهم : لا يطيب في الوجوه كلها وهو المختار ، ولكن الفتوى اليوم على قول
الكرخي دفعا للخرج لكثرة الحرام اه وعلى هذا مشى المصنف في كتاب الغصب تبعا للدرر وغيرها (قوله قال
الكرخي) صوابه : قال أبو نصر كما رأيت في الملتقط : ولم أر فيه ذكر قول الكرخي أصلا (قوله جاز أخذ
ربحه) لأن الظاهر أنه اكتسب من الحلال ولوالجية وظاهره أنه لا كراهة فيه ، وتقدم في شركة المفاوضات أن

من رمى ثوبه لا يجوز لأحد أخذه مالم يقل حين رمى ليأخذه من أراد ،
باع الأب ضيعة طفله والأب مفسد فاسق لم يجوز بيعه استحساناً ،
شرت لطفلها على أن لا ترجع عليه بالثمن جاز ، وهو كالمهبة استحساناً ،
قال الأسير اشترى أو فكنتي فشره رجح بما أدى كأنه أقرضه ، ولو قال بألف فشره بأكثر لم يلزمه الفضل
لأنه تخلص لاشراء

أبا يوسف أجازها مع اختلاف الملة مع الكراهة ، وعمله الزيلعي هناك بأن النكافر لا يهتدى إلى الجائز من العقود
(قوله لا يجوز لأحد أخذه الخ) ظاهره أنه لا يجوز الإقدام على الأخذ مالم يسمع المالك قال ليأخذه من أراد و ظاهره أنه
يملكه بالأخذ إذا قال المالك ذلك وإلا لا ، وتقدم تمام الكلام على هذه المسألة في باب الجنابة على الإحرام من
كتاب الحج (قوله والأب مفسد فاسق) احتراز عما إذا كان محموداً عند الناس أو مستور الحال فإنه حينئذ يصح
بيعه عتق ابنه الصغير كما سيذكره في باب الوصي (قوله لم يجوز بيعه) نقضه بعد بلوغه هو المختار إلا إذا كان
خيراً بأن باع بضعف القيمة وبيع من قوله يجوز في رواية ويوضع ثمنه في يد عدل لا في رواية لولا خير بضعف
قيمه ، وبه يفتى جامع الفصولين (قوله على أن لا ترجع عليه) قيد بذلك لما في الأشباه شراء الأم لابنها الصغير
ملا يحتاج إليه غير نافذ عليه إلا إذا اشترت من أبيه أو منه ومن أجنبي كما في الولوالجية (قوله جاز وهو
كالمهبة) قال في الخانية : تكون الأم مشترية لنفسها ثم يصير منها هبة لولدها الصغير وصلة ، وليس لها أن تمنع
الضيعة عن ولدها الصغير اه ط (قوله رجح بما أدى) مخالف لما صححه في النفقات حيث قال نقلا عن جامع
الفصولين : الأسير ومن أخذه السلطان ليصادره لو قال لرجل خلصني فدفعت المأمور مالا فخلصه ، قيل يرجع
وقيل لا في الصحيح به يفتى اه لكن سيأتي في الكفائة قبيل كفالة الرجلين تصحيح الأول ، ومثله في البزازية
والخانية ، وقدمنا في النفقات تأييده ، فهما قولان مصححان : ثم رأيت الجزم بالأول في شرح السير الكبير ،
ولم يشك فيه خلافاً فكان هو المذهب فافهم (قوله قال بألف الخ) عبارة الملتقط وقال شدام : إذا قال الأسير
الحر اشترى بألف درهم فاشتره بأكثر منه جاز وعليه قدر الألف ، ولا يلزمه الفضل لأنه تخلص لاشراء ،
بخلاف الوكيل بالشراء اه .

قلت بيانه أن الوكيل بالشراء لو شري بأكثر مما عينه الموكل وقع الشراء له ، ولا يلزم الموكل شيء من
الثمن لأن الشراء متى وجد نفاذا على المشتري لزم فيلزمه جمع الثمن ولا يلزم الأمر شيء ، وهذا لزم الأمر قدر ما عينه
لأنه هنا تخلص لاشراء حقيقة ، ووقع في جامع الفصولين خلاف هذا فإنه قال أسير أمره أن يفديه بألف ففداه
بألفين يرجع بألفين عليه ، وليس كوكيل بشراء إذ لا عقد هنا ، وإنما أمره أن يخلصه فصار كمن أمره أن ينفق
عليه ألفاً فأنفق عليه ألفين اه .

أقول : ويظهر لي أن قوله يرجع بألفين سبق قلم ، وصوابه بألف بدليل التعديل والتنظير ، فإن المأمور بانفاق
ألف لاشك أنه لا يرجع بأكثر من ألف ، ثم راجعت السير الكبير للسرخسي فرأيت فيه مثل ما قدمناه عن
الملتقط وقال إنما يرجع عليه بالألف خاصة لأن الرجوع بحكم الاستقراض وذلك في الألف خاصة ، وهذا بخلاف
الشراء الخ فهذا صريح فيما قلنا ، والله الحمد فافهم .

شري دارا وديغ وتأذي جيرانه ، إن على الدوام يمنع ، وعلى النذرة يتحمل منه :
شري لحما على أنه لحم غنم فوجده لحم معزله الرد :
قال زن لي من هذا اللحم ثلاثة أرطال فوزن له أخيره ومن هذا الخبز فوزن لم يخير :
شري بذرا خريفيا فإذا هو ربيعي ، أو شري بذر البطيخ فإذا هو بذر القثاء ، إن قائم رده ، وإن استهلكا
فعليه مثله :

مطلب دبع في داره وتأذي الجيران

(قوله وتأذي جيرانه) قال في جامع الفصولين : القياس في جنس هذه المسائل أن من تصرف في خالص ملكه لا يمنع ولو أضر بغيره ، لكن ترك القياس في محل يضر بغيره ضررا بينا ، وقيل وبه أخذ كثير من المشايخ وعليه الفتوى اه وفيه أراد أن يبني في داره تنورا للخبز دائما أو رحي للطحن أو مدقة للقصارين يمنع عنه لتضرده جيرانه ضررا فاحشا : وفيه : لو اتخذ داره حماما ويتأذي الجيران من دخانها فلهم منعه إلا أن يكون دخان الحمام مثل دخان الجيران اه : وانظر ما لو كانت دارا قديمة بهذا الوصف هل للجيران الحادثين أن يغيروا التقديم عما كان عليه ؟ ط :

مطلب الضرر البين يزال ولو قديما

قلت : الضرر البين يزال ولو قديما كما أفق به العلامة المهنداري ، ومثله في حاشية البحر للخبير الرولى من كتاب القضاء كما في كتاب الحيطان من الحامدية (قوله على أنه لحم غنم) الغنم اسم جنس يطلق على الضأن والمعز مصباح ، والمراد هنا الضأن بحكم العرف (قوله له الرد) أى لا اختلاف الرغبة وإن كان في باب الربا جنسا واحدا تأمل ، قال في الماتقط : وكذلك إذا اشترى على أنه لحم موبجوة فوجده لحم فحل (قوله قال زن لي الخ) في المجرى عن أبي حنيفة : قال : للحام كيف تباع اللحم ؟ فقال كل ثلاثة أرطال بدرهم فقال أخذت منك زن لي فله أن لا يزن ، وإن وزن فلكل واحد منهما أن يرجع ، فإن قبض المشتري أو جعل البائع في وعاء المشتري بأمره فقد تم البيع وعليه درهم : قال محمد : قال لقصاب زن لي من هذا اللحم كذا بكذا فوزن فله الخيار ولو قال زن لي من هذا الجنب كذا أو قال زن لي ما عندك من اللحم بحساب كذا فوزنه بجاز ولا خيار له . وعن أبي يوسف مثله حاوى الزاهدى .

قلت : ولعل وجه قول الإمام إن هذا بيع بالتعاطى فلا يتم قبل قبض المبيع ، وعلى قول محمد يتم بالوزن إن عين الوضع أو كان العقد على الكل تأمل (قوله لم يخير) لعل وجهه أن الخبز المشتري منه لا يختلف ، بخلاف اللحم فإن لحم الرقبة أو الفخذ أحسن من لحم الخاصرة مثلا فيثبت له الخيار بعد الوزن ، إلا إذا شري الكل أو عين الموضع كهذا الجنب فيتم البيع بالوزن كما علمت تأمل .

مطلب شري بذر بطيخ فوجده بذر قثاء

(قوله إن قائم رده الخ) أى لا اختلاف الجنس فيطل البيع ، واو اختلاف النوع لا يرجع بثمنه جامع الفصولين : وفيه : شري على أنه بذر بطيخ فتوى فزرعه فوجده صيفيا بطل البيع فيأخذ المشتري ثمنه وعليه مثل ذلك البئر اه .

ساوم صاحب الزجاج فدفع له قدحا ينظره فوقع منه على أقداح فانكسروا ضمن الأقداح لا القدح .
شري شجرة بأصلها وفي قلعها من الأصل ضرر بالبائع بقطعه من وجه الأرض من حيث لا يتضرر به البائع ،
ولو انه لم من مقطوعه حائط ضمن القالع ماتولد من قلعها .

دفع دراهم زبوفانكسرها المشتري لاشيء عليه ، ولعم ما صنع حيث غشه وخانه ، وكذا لو دفع إليه لينظر إليه
فكسره : ولا بأس ببيع المغشوش إذا بين غشه أو كان ظاهرا يرى ، وكذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى في حنطة
خالط بها الشعير والشعير بزى لا بأس ببيعه ، وإن طحنه لا يبيع : وقال الثاني في رجل معه فضة نحاس : لا يبيعها
حتى يبين ، وكل شيء لا يجوز فإنه ينبغي أن يقطع ويعاقب صاحبه إذا أنفقه وهو يعرفه :

قلت : ومقتضاه أنه من المختلف الجنس ، كما لو وجدته بذرقاء . والذي يظهر أنه من اختلاف النوع ،
ويؤيده ما ذكره فيه أيضا : لو شري بذرا على أنه بذر بطيخ كذا فظهر على صفة أخرى جاز البيع لاتحاد
الجنس من حيث إنه بطيخ ، واختلاف الصفة لا يفسد العقد ولا يرجع بنقص العيب عند أبي حنيفة اهـ أي
لأنه ظهر عيبه بعد استهلاكه : وذكر فيه قوله : شري برا على أنه ربيعي فزرعه فظهر أنه خريفي اختار
المشايخ أنه يرجع بنقص العيب ، وهو قولهما بناء على ما إذا شري طعاما فأكله فظهر عيبه ، وقد مر أن الفتوى
على قولهما اهـ :

والحاصل أنه إذا ظهر خلاف الجنس كبذر البطيخ وبذر القاء بطل البيع فيرده لو قائما ويرد مثله لو هالكا
ويرجع بالثمن ، ولو ظهر خلاف الوصف كالربيعي والخريفي صحح البيع فيرده لو قائما ، ولا يرجع بشي لو هالكا
عند الإمام . وعندهما يرجع بنقصانه ، وبه يفتي : وبقي ما لو زرعه فلم ينبت ففي الخيرية ليس له الرجوع بالثمن
ولا بانقص لأنه قد استهلك المبيع ، ولا رجوع بعد الإلتلاف كما صرح به ظهير الدين في حب القطن ،
وقيل يرجع بنقصانه إن ثبت عدم نبائه لعيب به ، وإلا لا بالاتفاق لاحتمال أن عدم نبائه لرداءة حرته أو لخصاف
أرضه لأمر آخر اهـ .

قلت : الظاهر أن ما نقله عن ظهير الدين مبنى على قول الإمام ، وقوله وقيل يرجع مبنى على قولها المفتي به
كما علمت (قوله فانكسروا) في بعض النسخ فانكسرت وهي الأولى لأن الواو بلحماة العقلاء (قوله ضمن
الأقداح لا القدح) لأن القدح قبضه على سوم للشراء بلا بيان الثمن والأقداح انكسرت بفعله فيضمنها بين الثمن
أولا كما في الخالية (قوله بأصلها) هو المدفون في الأرض المسمى شرشا .

مطلب شري شجرة وفي قلعها ضرر

(قوله بقطعه من وجه الأرض) عبارة الملتقط بقطعه . وفيه أيضا إذا اشترى أشجارا من وجه الأرض وفي
قطعها بالصيف ضرر للبائع أن يدفع إليه قيمتها وهي قائمة إلا أن يتراضيا على تركها إلى وقت لا ضرر في قطعها .
وفيه أيضا : لو باع شجرة ، إن بين موضع قطعها من وجه الأرض فعلى ذلك ، وإن بين بأصلها فعلى قرارها مع
الأرض ، وإن لم يبين له أن يقطع من أصلها إلا أن تقوم دلالة اهـ (قوله فكسرها المشتري) كذا رأيت في الملتقط
وكانه مصورا في الصرف وإلا فالمناسب فكسرها البائع : ورأيت فيه تقييد الزيوف بالهجرة ، ويبدل اهـ ما نقله
بعض المحققين عن الخالية : لو أن المشتري دفع إلى البائع دراهم صحاحا فكسرها البائع فوجدها بهرجة كان له أن
يردها حل المشتري ، ولا يضمن بالكسر لأن الصحاح والمكسرة فيه سواء اهـ (قوله وإن طحنه لا يبيع) أي
إلا أن يبين لأنه لا يرى (قوله وقال الثاني الخ) وقال أيضا لا بأس أن يشتري بستوقة إذا بين وأرى للسلطان أن

شري فلوسا بدرهم فدفعتها إليه وقال هي بدرهمك لا ينفقها حتى بعدها .

شري بالدرهم الزيف ورضي بأقل مما يشتري بالجيد حل له :

شري ثيابا ببغداد على أن يوفي ثمنه بسمرقندلم يجوز لجهالة الأجل .

باع نصف أرضه بشرط خراج كلها على المشتري فهو فاسد :

أخذ الخراج من الأكار له أن يرجع على الدهقان استحسنانا :

شري الكرم مع الغلة وقبضه ، إن رضی الأكار جاز البيع وله حصته من الثمن ، وإن لم يرض لم يجوز بيعه :

قضاء درهما وقال أنفق ، فإن جاز وإلا فردته على قبلة ولم ينفقه له رده استحسنانا ، بخلاف جارية وجدبها

عيا فقال أعرسها أو بعها ، فإن نفقت وإلاردها فعرضها على البيع سقط الرد :

أبو حنيفة رحمه الله تعالى : إذا وطىء رجل أمته ثم تزوجها مكانه فللزوج وطؤها بلا استبراء : وقال أبو يوسف

أستقبح ، ولا يقربها حتى تحيض حيضة ، كما واشتراها كما سيجيء في الحظر ، والسكل من الملتقط :

يكسرها لعلها تقع في أيدي من لا يبين . وروى بشر في الإماء عنه : أكره للرجل أن يعطى الزيوف والنهرجة

والستوقه وإن بين ذلك ، وتجوز بها عند الأخذ من قبل أن إنفاقها ضرر على العوام ، وما كان ضررا عاما فهو

مكروه خوفا من الوقوع في أيدي المدلسة على الجاهل به ومن التاجر الذي لا يتحرج اه ملخصا من الهندية

(قوله لا ينفقها حتى بعدها) لاحتمال أن يظهر الدرهم معيا وقد أنفق الفلوس أو بعضها فينترم الجهالة في المنفق .

والظاهر أن محله إذا أخذها عددا لا وزنا ، وهل ذلك يجري في صرف الذهب بالفضة بحررط تأمل (قوله ثمنه)

الضمير راجع للمشتري : أي الثمن الواجب عليه أو للثياب باعتبار كونها مبيعا (قوله لجهالة الأجل) لأنه لم يعلم

بذلك وقت الدفع ، نعم لو قال إلى شهر على أن يؤديه بسمرقند جاز ، ويبطل الشرط كما قدمناه أول البيوع

(قوله فهو فاسد) لأن فيه نفعا للبائع ولا يفتضيه العقد (قوله من الأكار) أي المزارع (قوله يرجع على الدهقان)

أي صاحب الأرض : وفي هذه المسألة كلام سيأتي إن شاء الله تعالى قبيل باب كفالة الرجلين (قوله إن رضی

الأكار جاز) أي إذا دفع صاحب الكرم كرمه إلى أكار مساقاة بالربع مثلا وعمل الأكار حتى صار له حصه في

الثمر يتوقف بيع الثمر على رضا الأكار لأن له فيه حصه ، فإن أجاز البيع يقسم الثمن على قيمة الأرض وقيمة الثمر

فياخذ الأكار قدر حصته من ثمن الثمر وأما لو دفع أرضه مزارعة على أن يكون البئر من العامل فباع الأرض

توقف بيع الأرض على إجازة المزارع لأنه صار بمنزلة مستأجر الأرض كما مر في باب الفضولي ، ولا يخفى أن

هذه مسألة أخرى فافهم (قوله قبلة ولم ينفقه) الأوضح فعرضه على البيع ولم ينفقه ط (قوله بخلاف جارية

الخ) الفرق أن المقبوض من الدراهم ليس عين حق القابض بل هو من جنس حقه لو تجوز به جاز وصار عين

حقه ، فإذا لم يتجوز بقى على ملك الدافع فصح أمر الدافع بالتصرف ، فهو في الابتداء تصرف للدافع وفي

الانتهاء لنفسه ، بخلاف التصرف في العين لأنها ملكه فتصرفه لنفسه فبطل خياره ط عن البحر ، وقدمنا

تمام الكلام على هذه المسألة في خيار العيب عند قول المصنف باع ما اشتراه فرد عليه بعيب الخ فراجع

(قوله قال أبو حنيفة الخ) لا مناسبة لهذه المسألة هنا ، وقدمنا الكلام عليها مستوفى في فصل محرمات النكاح ،

والله سبحانه أعلم .

ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به

ههنا أصلان : أحدهما أن كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد كالبيع

ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به

لم يترجم له بفصل ولا باب لدخوله في باب المتفرقات ؛ وما اسم موصول مبتدأ خبره قوله بالبيع الخ ، وتقديم في باب البيع الفاسد بيان الشرط الفاسد : والتعليق : ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى ، وتقديم الكلام عليه في كتاب الطلاق ، ومثال الشرط الفاسد بعثك بشرط كذا ، ومثال التعليق بعثك إن رضى فلان . وفي حاشية الأشباه للحموي عن قواعد الزركشي : الفرق بين التعليق والشرط أن التعليق داخل في أصل الفعل بإن ونحوها ، والشرط ماجزم فيه بأصل الفعل : أو يقال التعليق ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد بإن أو إحدى أخواتها ، والشرط التزام لم يوجد في أمر لم يوجد بصيغة مخصوصة اهـ (قوله ههنا أصلان الخ) الذي تحصل من هذين الأصلين أن ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد ، ويبطل تعليقه أيضا لدخوله في التاميكات لأنها أعم ، وما ليس مبادلة مال بمال إن كان من التاميكات أو التقييدات يبطل تعليقه بالشرط فقط وإن لم يكن منهما فإن كان من الإسقاطات والالتزامات التي يخلف بها يصح تعليقه بالملائم وغيره ؛ وإن كان من الإطلاقات والولايات والتحريرات يصح بالملائم فقط ، وبه يظهر أن قول المصنف ولا يصح تعليقه به معطوف على ما يبطل عطف تفسير ، فالمراد بالشرط التعليق به ؛ ويحتمل أن يكون قاعدة ثانية معطوفة على الأولى على تقدير ما أخرى : أي وما لا يصح تعليقه به كما في قوله تعالى - وما أنزل إلينا - وما أنزل إليكم - أي وما أنزل إليكم فيكون ما في المتن قاعدتين الأولى ما يبطل بالشرط والثانية ما لا يصح تعليقه به وبدون هذا التقدير يكون قاعدة واحدة أريد بها الاجتماع فيه الأمران ، وذلك خاص بالتاميكات التي هي مبادلة مال بمال فإنها تبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به ، وذلك غير مراد لأن المصنف عد من ذلك الرجعة والإبراء وعزل الوكيل والاعتكاف والإقرار والوقف والتحكيم وليس في شيء من ذلك تمليك مال بمال مع أن السبعة المذكورة لا تبطل بالشرط الفاسد ، فتعين أن يكون ما ذكره المصنف قاعدة واحدة هي ما لا يصح تعليقه بالشرط والعطف للتفسير كما قلنا ، فإن جميع ما ذكره المصنف يبطل تعليقه بالشرط ، أو قاعدتين كما دل عليه ذكر الأصاين المذكورين . وعليه فما ذكره المصنف منه ما هو داخل تحتها معا ، ومنه ما هو داخل تحت الثانية فقط ، ويبدل عليه أيضا ما في الزياهي حيث قال بعد ذكر ما لا يبطل بالشرط الفاسد : ثم الشيخ ذكرهنا ما يبطل بالشرط الفاسد وما لا يبطل بها وما لا يصح تعليقه بالشرط ولم يذكر ما يجوز تعليقه بالشرط الخ .

إذا علمت ذلك ظهر لك أن ههنا أربعة قواعد الأولى ما يبطل بالشرط الفاسد ؛ الثانية ما لا يصح تعليقه بالشرط وهاتان المذكورتان هنا . والثالثة عكس الأولى وهي ما يأتي في قول المصنف وما لا يبطل بالشرط الفاسد الخ ؛ والرابعة عكس الثانية ، وهي المذكورة في قول الشارح وبني ما يجوز تعليقه الخ ؛ والأولى داخله تحت الثانية لأن كل ما يبطل بالشرط الفاسد لا يصح تعليقه به ولا عكس ؛ فالفروع التي ذكرها المصنف كلها داخله تحت الثانية وبعضها تحت الأولى لخروج الرجعة والإبراء ونحوهما كما ذكرناه ، وما خرج عنها دخل تحت الثالثة ؛ والرابعة داخله تحت الثالثة لأن كل ما جاز تعليقه لا يبطل بالشرط الفاسد ولا عكس كما ستعرفه ؛

ثم اعلم أن قوله لا يصح تعليقه ليس المراد به بطلان نفس التعليق مع صحة المعلق لأن ما كان من التاميكات

ومالا فلا كالقرض ، ثانيهما أن كل ما كان من التمليكات أو التقييدات كرجعة يبطل تعليقه بالشرط والأصح ،
لكه في إسقاطات والتزامات يخالف بهما كحج وطلاق يصح مطلقا وفي إطلاقات وولايات وتحريريات
بالملائم بزازية ، فالأول

يفسد بالتعليق ، بل المراد أنه لا يقبل التعليق بمعنى أنه يفسد به ، فاغتم تحرير هذا المقام فان به يندفع كثير من الأوهام
كما يظهر لك في تقدير الكلام (قوله ومالا فلا) أى وما لا يكون مبادلة مال بمال بأن كان مبادلة مال بغير مال
كالنكاح والطلاق والخلع على مال ونحوها أو كان من التبرعات كالهبة والوصية لا يفسد بالشرط الفاسد ، وقوله
كالقرض هو تبرع ابتداء مبادلة انتهاء فيصلح مثلا للشيثين ، وإنما لم يفسد ذلك لأن الشروط الفاسدة من باب الربا
وهو في المعامضات المالية لا غير ، لأن الربا هو الفضل التحالى عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة كما مر هي
زيادة مالا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيها فضل نحال عن العوض وهو الربا ، ولا يتصور ذلك في المعامضات
الغير المالية ولا في التبرعات بل يفسد الشرط ويصح التصرف ، وتماه في الزيلعي (قوله من التمليكات) كبيع
وإجارة واستئجار وهبة وصدقة ونكاح وإقرار وإبراء كما في جامع الفصولين فهو أعم مما قبله (قوله أو التقييدات)
كرجعة وكعزل الوكيل وحجر العبد كما في الفصولين ؛ وذلك أن في الوكالة والإذن للعبد إطلاقا عما كانا ممنوعين
عنه من التصرف في مال الموكل والمولى ، وفي العزل والحجر تقييد لذلك الإطلاق ، وكذا في الرجعة تقييد للمرأة
عما أطلق لها بالطلاق من حقوق الزوجية (قوله يبطل تعليقه بالشرط) أى المحض كما في النكاح وغيره ، والظاهر
أنه احتراز عن التعليق بشرط كائن فإنه تنجز كما في جامع الفصولين . قال : ألا ترى أنه لو قال لامرأته أنت طالق
إن كان السماء فوقنا والأرض تحتنا نطلق للحال ، ولو علق البراءة بشرط كائن يصح ، ولو قال للمخاطب زوجت
بنتي من فلان فكذبه فقال إن لم أكن زوجتها منه فقد زوجتها منك فقبل المخاطب وظهر كذب الأب انعقد (قوله
والأصح) أى أن لا يكون من التمليكات والتقييدات بأن كان من الإسقاطات المحضة أو الالتزامات أو الإطلاقات
أو الولايات أو التحريريات صح التعليق (قوله لكن في إسقاطات) أى محضة كالطلاق والعتاق بحر ، احترازا
عن الإبراء فإنه وإن كان إسقاطا لكنه تملك من وجه كما يأتي فهو من التمليكات (قوله يخالف بهما) الضمير المنى
عائد إلى إسقاطات والتزامات ، وقوله كحج وطلاق لف ونشر مشوش ، وقوله مطلقا : أى بشرط ملائم ،
أو غير ملائم ، ولم يظهر من كلامه حكم مالا يخالف به من النوعين ولا أمثله ، ولم أر من ذكر ذلك . ويظهر لي
أنه كالتمليكات يبطل تعليقه . وإن من الأول تسليم الشفعة إذا علق بشرط غير كائن فإنه فاسد . ويبقى على شفيعته
كما سنوضحه ؛ ومن الثاني ما إذا التزم مالا يلزمه شرعا ، كما لو استأذن جاره لهدم جدار مشترك بينهما فأذن بشرط
منع الضرر عنه بنصب خشبات ولم يفعل حتى تهدم منزل الجار لا يضمن لأنه ليس عليه حفظ دار شريكه كما في
الولوية ففيه التزام الحفاظ كأنه قال اهدم الجدار بشرط نصب الخشبات فلا يصح تأمل (قوله وفي إطلاقات)
كالإذن بالتجارة وولايات كالتقضاء والإمارة وتحريريات نحو من قتل قتيلا فله سلبه اه ح (قوله بالملائم) أى
يصح تعليقها بالشرط الملائم ، وفسره في الخلاصة بما يؤكد . ويجب العقد اه مثل إن وصلت إلى بلدة كذا فقد وليتك
قضاءها أو إمارتها أو إن قتلت قتيلا فلك سلبه ، بخلاف نحو إن هبت الريح (قوله فالأول الخ) قد علمت أن حاصل
الأصلين المذكورين في الشرح أن من المسائل ما يفسد بالشرط الفاسد ، ومالا يصح تعليقه بالشرط الفاسد ، وما يصح
بالشرط وما يصح تعليقه به ، فهى أربعة الفاسد منها قسمان والصحيح قسمان ، فقوله فالأول أربعة عشر أراد به
الفاسد منها بقسميه ، وهو الذى عبر عنه المصنف بقوله ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه . وأما ما يصح

أربعة عشر على مائى الدرر والكنز وإجارة الوقاية (البيع) إن علقه بكامة إن لا بعلى على ما بينا فى البيع الفاسد (والقسمة) للمثل ، أما قسمة القيمى فتصح بخيار شرط ورؤية

فسيد ذكر المصنف القسم الأول منه بقوله وما لا يبطل بالشرط الفاسد ، وذكر الشارح بعده القسم الآخر بقوله وبقي ما يجوز تعليقه بالشرط كما نهينا عليه أولا ، وحينئذ فلا حاجة إلى أن يراد بالأول فالأصل الأول من الأصلين حتى يرد عليه أن الصور التي ذكرها المصنف ليست كلها مبادلة مال بمال بل بعضها فافهم (قوله على مائى الدرر الخ) أى كونها أربعة عشر مبنى على ما ذكر فى هذه الكتب ، وأشار به إلى أنها تزيد على ذلك كما نبه عليه الشارح بعد وبأى تمامه : ثم إن المذكور فى إجارة الوقاية ما يصبح مضافا وهو ما سيأتى آنحرا وليس الكلام فيه كما لا يخفى (قوله البيع) صورة البيع بالشرط قوله بعته بشرط استعماله شهرا وتعليقه بالشرط كقوله بعته إن كان زيد حاضرا ، وفى إطلاق البطلان على لبيع بشرط تسامح لأنه من قبيل الفاسد لا الباطل ، وإليه يشير قوله وقد مر فى البيع الفاسد شربلاية (قوله إن علقه بكامة إن) إلا فى صورة واحدة وهى أن يقول بعث منك هذا إن رضى فلان فإنه يجوز إن وقته بثلاثة أيام لأنه اشتراط الخيار إلى أجنبى وهو جائز بحر ، لكن فيه أن الكلام فى الشرط الفاسد وهذا شرط صحيح تأمل (قوله على ما بينا فى البيع الفاسد) أى من أنه إن كان مما يقتضيه العقد أو يلائمه أو فيه أثر أو جرى التعامل به كشرط تسليم المبيع أو الثمن أو التأجيل أو الخيار أو حذاء النعل لا يفسد ويصح الشرط وإن لم يكن كذلك ، فإن كان فيه منفعة لأهل الاستحقاق فسد وإلا فلا اه وقول العاقد بشرط كذا بمنزلة على ولا بد أن لا يقرب الشرط بالواو وإلا جاز ويجعل مشاورة وأن يكون فى صلب العقد ؛ حتى لو ألقاه به لم يلتحق فى أصح الروايتين .

وفى الذخيرة : اشترى حطبا فى قرية شراء صحيحا وقال موصولا بالشراء من غير شرط فى الشراء أحمله إلى منزلى لا يفسد ، أو استأجر أرضا للزراعة ثم قال بعد تمامها إن الجرف على المستأجر لا يفسد لأنه كلام مبدأ اه ط وتقدم آخر باب خيار الشرط أن البيع لا يفسد بالشرط فى اثنين وثلاثين موضعا ذكرها فى الأشباه وأوضحناها هناك (قوله والقسمة) من صور فسادها بالشرط ما إذا اقتسم الشريكان على أن لأحدهما الصامت والآخر العروض ، أو على أن يشتري أحدهما من الآخر داره بألف ، أو على شرط هبة أو صدقة أما لو اقتسما على أن يزيده شيئا معلوما فهو جائز كالبيع ، وكذا على أن يرد أحدهما على الآخر دراهم مساة بحر عن الولوالجية . وقال أيضا : وصورة تعليقه أن يقتسما دارا وشرط أرضا فلان لأن القسمة فيها معنى المبادلة فهى كالبيع عيني ، ومرجواز تعليق البيع برضا فلان على أنه شرط خيار إذا وقته ، ولكن فى الولوالجية : خيار الشرط والرؤية يثبت فى قسمة لا يجبر الآبى عايبا وهى قسمة الأجناس المختلفة ، لافيا يجبر عليها كالمثل من جنس واحد بحر ملخصا :

وحاصله أن تعليق القسمة على رضا فلان غير موقت لا يصبح مطلقا وموقتا يصبح فى الجنس الواحد على أنه خيار شرط لأجنبى كما يصبح فى البيع ، فكلام العيني محمول على غير الموقت أو على الأجناس المختلفة :

ثم اعلم أن القسمة التى يجبر الآبى عليها لا تختص بالمثل لأنها تكون فى العروض المتحد جلسها إلا الرقيق والجواهر فلا يجبر عليها كقسمة الأجناس بعضها فى بعض وكدور مشتركة أو دار وضبعة فيقسم كل منها وحده لا بعضها فى بعض إلا بالتراضى كما سيأتى فى بابها (قوله أما قسمة القيمى الخ) أفاد أن قسمة المثل لا تصح بالشرط مطلقا أما قسمة القيمى فتصح إن علقته بخيار شرط أو رؤية وإلا فلا ، لكن علمت أن الاقتراق بين الجبر وعدمه لا بين المثل والقيمى فافهم : وأيضا فالكلام فى الشرط الفاسد كما مر ، وشرط الخيار ليس شرطا فاسدا فلا حاجة

(والإجارة) إلا في قوله إذا جاء رأس الشهر فقد أجرتك داري بكذا فيصح به يفتى حمادية ، وقوله للغاصب داره فرغها وإلا فأجرتها كل شهر بكذا جاز كما سيجيء في متفرقات الإجارة مع أنه تعليق بعدم التفريغ (والإجارة) بالزاي ، فقول البكر أجزت النكاح إن رضيت أي يبطل الإجارة بزايته ، وكذا كل مالا يصح تعليقه بالشرط إذا انعقد موقوفا لا يصح تعليق إيجازته بالشرط بحر ، فقصرها على البيع قصور كما وقع في المنع (والرجعة) قال المصنف : إنما ذكرتها تبعاً للكنز وغيره : قال شيخنا في بحره وهو خطأ والصواب أنها لا تبطل بالشرط اعتباراً لها بأصلها وهو النكاح وأطال الكلام ،

إلى التنبيه على صحته تأمل (قوله والإجارة) أي كان أجر داره على أن يقرضه المستأجر أو يهدى إليه أو إن قدم زيد عيني ، ومن ذلك استأجر حانوتا بكذا على أن يعمره وينحسب ما أنفق من الأجرة فعليه أجر المثل وله ما أنفق وأجر مثل قيامه عليه ، ونعامة في البحر ؛ وبه علم أنها تفسد بالشرط الفاسد وبالترتيب لأنها تملك المنفعة والأجرة (قوله فيصح به يفتى) لعل وجهه أنه وقت يجيء لاحتمال فلم يكن تعليقاً بخطر ، أو هو إضافة لا تعليق والإجارة تقبل الإضافة كما سيأتي ، وعليه فلا حاجة إلى الاستثناء (قوله مع أنه تعليق بعدم التفريغ) ولعل وجه صحته أنه لما كان التفريغ واجبا على الغاصب في الحال فإذا لم يفرغ صار راضيا بالإجارة في الحال كأنه علقه على القبول فقبل تأمل (قوله فقول البكر الخ) الأولى إبدال البكر بالبالغة كما هو في عبارة البزازية (قوله وكذا كل مالا يصح تعليقه بالشرط) وهو التملكيات والتقييدات كما مر ، وهذا التعميم أخذ في البحر من إطلاق عبارة الكنز لفظ الإجارة ، واستشهد له بما مر عن البزازية ، وأقره في النهر ، واعترضه الحموي بما في الفتية قال باعني فلان عبداً بكذا فقال إن كان كذا فقد أجزته أو فهو جائز جاز إن كان بكذا أو بأكثر من ذلك النوع ؛ ولو أجاز بشمعي آخر يبطل اه :

قلت : قد يجاب بأن هذا تعليق بكائن فلم يكن شرطاً محضاً ، كما لو قال إن لم أكن زوجتها من فلان فقد زوجتها منك كما قدمناه تأمل (قوله فقصرها على البيع قصور) تعريض بما يفيد كلام العيني حيث صور الإجارة بقوله بأن باع فضولي عبده فقال أجزته بشرط أن تقرضني أو تهدي إلي أو علق إيجازته بشرط لأنها بيع معنى اه ومثله قول الدرر والبيع وإيجازته : وقال ح : ينبغي أن يراد بالإجارة إجارة عقد هو مبادلة مال بمال لأن كلامه فيما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط وذلك خاص بالمعاوضات المالية ، وما ذكره عن البزازية من إجارة النكاح صحيح في نفسه ، لكنه لا يلائم المتن لأن إجارة النكاح مثله فلا تبطل بالشرط الفاسد وإن لم يصح تعليقها به اه ملخصاً :

قلت : قد علمت مما قررناه سابقاً أن ما ذكره المصنف قاعدتان لا واحدة ، والفروع التي ذكرها المصنف بعضها مفرع على القاعدتين وبعضها على واحدة منهما ، فمثل إجارة النكاح مفرعة على الثانية فقط ، ومثل إجارة البيع مفرعة على كل منهما ، وكان من اقتصر على تصوير الإجارة بالبيع قصد بيان ما تفرع على القاعدتين فافهم (قوله قال شيخنا في بحره) من كلام المصنف في المنع (قوله وأطال الكلام الخ) حاصله أن ما ذكره في الكنز لم ينفرد به بل قاله جماعة غيره ، ويدل على بطلانه أن المذكور في كافي الحاكم وغيره أن تعليق الرجعة بالشرط باطل ولم يذكروا أنها تبطل بالشرط الفاسد ، وكيف تبطل به مع أن أصلها وهو النكاح لا يبطل به ؟ وصرح في البدائع بأنها تصح مع الإكراه والمزل واللعب والخطأ كالنكاح . وفي كتب الأصول من بحث المزل أن ما يصح مع المزل لا تبطله الشروط الفاسدة ، وما لا يصح معه تبطله اه :

لكن تعقبه في النهر و فرق بأنها لا تفتقر لشهود ومهر ، وله رجعة أمة على جرة لكحها بعد طلاقها وتبطل بالشرط ، بخلاف النكاح (والصلح عن مال) بمال درر وغيرها . وفي النهر الظاهر الإطلاق ، حتى لو كان عن سكوت أو إنكار كان فداء في حق المنكر ولا يجوز تعليقه (والإبراء عن الدين) لأنه تملك من وجه

قلت : وقد مر أيضا في الأصل الأول أن ما ليس مبادلة مال بمال لا يفسد بالشرط الفاسد ، ولا يخفى أن الرجعة كذلك . والجواب عما قاله في البحر أنه مبني على أن قولهم ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به قاعدة واحدة والفروع المذكورة بعدها مفرعة عنها وذلك غير صحيح بل هما قاعدتان كما قررناه ، والرجعة مفرعة على الثانية منهما فقط فلا بطلان في كلامهم بعد فهم مرادهم ، فافهم (قوله لكن تعقبه في النهر) حيث قال : وحيث ذكر الثقات بطلانها بالشرط الفاسد لم يبق الشأن إلا في السبب الداعي للفرقة بينها وبين النكاح ، ثم ذكر الفرق المذكور في الشرح : واعترضه ح بأنه لا يلزم من مخالفتها النكاح في أحكام أن تخالفه في هذا الحكم اهـ . قلت : وأيضا فقوله وتبطل بالشرط هو محل النزاع ، فالصواب ذكره بالفاء لا بالواو على أنك قد سمعت الجواب الحاسم لمادة الإشكال .

[تنبيه] علل في الخلاصة لعدم صحة تعليق الرجعة بالشرط بأنه إنما يحتمل التعليق بالشرط ما يجوز أن يخلف به ولا يخلف بالرجعة اهـ . واعترضه في نور العين بأن عدم التحليف في الرجعة قول الإمام ، والمفتي به قولها أنه يخلف وعليه فينبغي أن يصح تعليقها بالشرط اهـ :

قلت : اشتبه عليه الأمر ، فإن قول الخلاصة لا يخلف بالرجعة بتخفيف اللام بمعنى أنه لا يقال إن فعلت كذا فعلى أن أراجع زوجتي كما يقال فعلى حج أو عمرة أو غيرها مما يخلف به وكأنه ظنه يخلف بتشديد اللام وجعل الباء للسببية : أي إذا أنكر الرجعة لا يخلفه القاضي عليها كبقية المسائل الستة التي لا يخلف عليها المنكر عنده وعندهما يخلف ، ولا يخفى أن هذا من بعض الظن فاجتنبه (قوله والصلح عن مال) كصاحبتك على أن تسكني في الدار سنة أو إن قدم زيد ، لأنه معاوضة مال بمال فيكون بيعا عيني : وفي صلح الزبلي إنما يكون بيعا إذا كان البديل بخلاف جنس المدعى به ، فلو على جنسه ، فإن بأقل منه فهو حط وإبراء ، وإن بمثله فقبض واستيفاء ، وإن بأكثر فهو فضل وربما (قوله وفي النهر الظاهر الإطلاق) أي عدم التقييد بكونه بيعا فيشمل ما إذا كان على جنس المدعى بصوره الثلاث المذكورة آنفا ، لكن الأولى منها داخلة في الإبراء الآتي ، والثالثة فاسدة بدون الشرط والتعليق لكونها ربا ، وأما الثانية فيظهر عدم فسادها مطلقا تأمل ، ويحتمل أن يراد بالإطلاق عدم التقييد بكوله عن إقرار بقريئة التفريع ، وما قبل من أن الحق التقييد لأن الكلام فيما يبطل بالشرط الفاسد وهو المعاوضات المالية والصلح عن سكوت أو إنكار ليس منها ، فجوابه ما علمته من أن المفرع عليه قاعدتان لا واحدة فالصلح فرعا للأولى يكون فرعا للثانية ولذا اقتصر الشارح على قوله ولا يجوز تعليقه فافهم (قوله والإبراء عن الدين) بأن قال أبرأتك عن ديني على أن تخدمني شهرا أو إن قدم فلان عيني : وفي العزيمة عن إيصاح الكرمانى بأن قال أبرأت فملك بشرط أن لي الخيار في رد الإبراء وتصحيحه في أي وقت شئت ، أو قال إن دخلت الدار فقد أبرأتك أو قال لمدبونه أو كفيله إذا أدبت إلى كذا أو متى أدبت أو إن أدبت إلى خمسمائة فأنت برىء عن الباقي فهو باطل ولا إبراء اهـ وذكر في البحر صحة الإبراء عن الكفالة إذا علقه بشرط ملامم كأن واقبت به غدا فأنت برىء فوافاه به برىء من المال ، وهو قول البعض . وفي الفتح أنه الأوجه لأنه إسقاط لا تملك بحر وسيأتي تمام الكلام عليه في بابها (قوله لأنه تملك من وجه) حتى يرتد بالرد وإن كان فيه معنى الإسقاط فيكون معتبرا

إلا إذا كان الشرط متعارفاً أو علقه بأمر كائن كأن أعطيته شريكى فقد أبرأتك وقد أعطاه صح وكذا يموت ويكفون وصية ولو لو ارثه

بالتعليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط بحر عن العيني . وفيه أن الإبراء عن الدين ليس من مبادلة المال بالمال ، فينبغي أن لا يبطل بالشرط الفاسد ، وكونه معتبراً بالتعليكات لا يدل إلا على بطلان تعليقه بالشرط ولذلك فرعه عليه ، وعلى هذا فينبغي أن يذكر في القسم الآتي ، هذا ما ظهر لي فتأمله ح وهكذا قال في البحر إن الإبراء يصح تقييده بالشرط ، وعليه فروع كثيرة المذكورة في آخر كتاب الصلح ، وذكر الزيلعي (١) : هناك أن الإبراء يصح تقييده لاتعليقه اه وأوضحناه فيما علقناه على البحر ، لكن لا بد أن يكون الشرط متعارفاً كما يأتي .

والحاصل أن الإبراء مفرع على القاعدة الثالثة فقط فلذا ذكره هنا فافهم : ومن فروع ما في البحر عن المبسوط : لو قال للخصم إن حلفت فأنت بريء فهذا باطل لأنه تعليق البراءة بخاطر وهي لا تحتل التعليق اه وبصح تفريع الإبراء على القاعدة الأولى أيضاً إذا كان الشرط غير متعارف ، ومنه ما نقلناه عن العزيمة فافهم (قوله إلا إذا كان الشرط متعارفاً) كما لو أبرأته مطلقته بشرط الإمهار فيصح لأنه شرط متعارف ، وتعليق الإبراء بشرط متعارف جائز ، فإن قيل الإمهار وهم ، بأن يمهرها فأبت ولم تزوج نفسها منه لا يبرأ للوات الإمهار الصحيح ، ولو أبرأته المبتوتة بشرط تجديد النكاح بمهر ومهر مثلها مائة ، فلو جدد لها النكاح بدينار فأبت لا يبرأ بدون الشرط .

قالت المشرحة لزوجهما : تزوجني فقال هي لي المهر الذي لك على فأتزوجك ، فأبرأته مطلقاً غير معلق بشرط التزوج يبرأ إذا تزوجها وإلا فلا لأنه إبراء معلق دلالة ، وقيل لا يبرأ ، وإن تزوجها لأنه رشوة بحر عن القنية ، ومنه يعلم أن التعليق يكون بالدلالة ، ويتفرع على ذلك مسائل كثيرة فليحفظ ذلك رملي ، والمراد بالتعليق المذكور التقييد بالشرط بقربة الأمثلة المذكورة (قوله أو علقه بأمر كائن الخ) منه ما في جامع الفصولين لو قال لغريمه إن كان لي عليك دين فقد أبرأتك وله عليه دين بريء لأنه علقه بشرط كائن فتعجز اه (قوله كأن أعطيته شريكى الخ) هذا ذكره في الدرر بالفاظ فارسية وفسره الواني بذلك : والظاهر أن المراد بالبراءة هنا براءة الإسقاط فيرد عليه ما قبضه شريكه إلا أن يكون المراد الإبراء عن باقي الدين .

مطلب قال لمديونه إذا مت فأنت بريء

(قوله وكذا يموت الخ) في الخالية : لو قال لمديونه إذا مت فأنت بريء من الدين جاز ويكون وصية ، ولو قال : إن مت أي بفتح الفاء لا يبرأ وهو مخاطرة كأن دخلت الدار فأنت بريء لا يبرأ اه . وفيها : لو قالت المريضة لزوجهما إن مت من مرضي هذا فهري عليك صدقة أو أنت في حل منه فماتت فيه فهريها عليه لأن هذه مخاطرة فلا تصح اه .

(١) (قوله وذكر الزيلعي الخ) قلت : وحاصل ما ذكره الزيلعي هناك أنه لو قال أد إلى نصف الألف على أنك بريء من الفضل ففعل بريء ، ولو قال إذا أومتى أدبت لا يصح لأنه صريح للشرط . وفي أبرأتك من نصفه على أن تعطيني نصفه غدا يبرأ إن لم يؤده لأن البراءة حصلت بالإطلاق أولاً فلا تتغير بما يوجب العكس آخرها لأن كلمة على تكون للشرط والمعاوضة فتحمل على الشرط عنه تعذر المعاوضة والإبراء يجوز تقييده بالشرط لاتعليقه ، وفي الأولى لم يبرأ أولاً وآخره معلق بشرط فلا يسقط الدين بالشك ، لأن على تحمل الشرط فلا يبرأ إلا بالأداء ، وتحمّل العوض فهراً مطلقاً فلا يبرأ بالشك اه .

هل ما بحثه في النهر (وعزل الوكيل والاعتكاف)

قلت : والفرق بين هذه المسائل مشكل فإن الموت في الأولين محقق الوجود ، فإن كان المراد بالمخاطرة هو الموت مع بقاء الدين فهو موجود في المسألتين ، ولعل الفرق أن تعليقه بموت نفسه أمكن تصحيحه على أنه وصية وتعليق الوصية صحيح كما سيأتي حتى تصح من العبد بقوله إذا عتقت فثلث مالي وصية كما في وصايا الزيلعي ، بخلاف تعليقه بموت المديون فإنه لا يمكن جعله وصية فبقي محض إبراء ولا يعلم أنه هل يبقى الدين إلى موته فكان مخاطرة فلم يصح ، وكذلك مسألة المهر فيها مخاطرة من حيث تعليق الإبراء على موتها من ذلك المرض فإنه لا يعلم هل يكون أولا ، لكن علمت أن الوصية يصح تعليقها بالشرط ، فإن قيد بما ليس فيه مخاطرة يلزم أن لا تصح هذه الوصية لو كانت لأجنبي مع أن حقيقة الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت ويصح تعليقها بالعتق كما علمت ، وإن كانت المخاطرة من حيث إنه لا يعلم هل تجيز الورثة ذلك أولا أو هل يكون أجنبيا عنها وقت الموت حتى تصح الوصية أولا لم يبق فائدة لقولها من مرضى هذا ، ويلزم منه صحة التعليق إذا قالت إن مت بدون قولها من مرضى هذا ويستأج إلى نقل في المسألة (قوله على ما بحثه في النهر) حيث قال بعد مسألة المهر السابقة ، وينبغي أنه إن أجازته الورثة يصح لأن المانع من صحة الوصية كونه وارثا أه ، وفيه أن المانع كونه مخاطرة كما صرح به في عبارة الخانية ط (قوله وعزل الوكيل) بأن قال له عزلتك على أن تهدي إلى شيئا ، أو إن قدم فلان لأنه ليس مما يحلف به فلا يجوز تعليقه بالشرط عيني . قال في البحر ، تعليقه يقتضي عدم صحة تعليقه لا كونه يبطل بالشرط ، وعندى أن هذا خطأ أيضا وأنه مما لا يصح تعليقه لا مما يبطل بالشرط أه ملخصا ، وبدل عليه أن ما يفسد بالشرط الفاسد ما كان مبادلة مال بمال وهذا ليس منها بل هو من التقييدات كما مر فيبطل تعليقه فيكون مفرعا على القاعدة الثانية فقط فلم يكن ذكره هنا خطأ فافهم ، وقيد بعزل الوكيل لأن الوكالة تحالفه حيث يصح تعليقها كما يأتي (قوله والاعتكاف) قال في البحر : عندى أن ذكره هنا خطأ لما في القنية قال : لله على اعتكاف شهر إن دخلت الدار ثم دخل لزمه عند علمائنا فإذا صح تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد لما في جامع الفصولين : ما جاز تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد : وكيف والإجماع على صحة تعليق المنذور من العبادات أي عبادة كانت ، حتى أن الوقف كما يأتي لا يصح تعليقه بالشرط ، ولو علق النذر به بشرط صح التعليق : وفي الخانية : الاعتكاف سنة مشروعة يجب بالنذر والتعليق بالشرط والشروع فيه . ثم قال : وأجمعوا أن النذر لو كان معلقا قال إن قدم غائب أو شق الله مريضى فلانا فله على أن اعتكف شهرا فعجل شهرا قبل ذلك لم يجز فهذه العبارة دالة على صحة تعليقه بالإجماع وهذا الموضوع الثالث مما أخطوا فيه والخطأ هنا أقبح لكثرة الصرائح بصحة تعليقه ، وأنا متعجب لسكونهم تداولوا هذه العبارات متونا وشروحا وفتاوى ، وقد يقع كثيرا أن مؤلفا يذكر شيئا خطأ فينقلونه بلا تنبيه فيكثر الناقلون وأصله لواحد مخطيء أه وتامه فيه : وأجاب العلامة المقدسى بأن المراد أن نفس الاعتكاف لا يعلق بالشرط لأنه ليس مما يحلف به . قال في النهر : وهو مردود بما في هبة النهاية جملة ما لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد ثلاثة عشر وعد منها تعليق إيجاب الاعتكاف بالشرط ويمكن أن يجاب عنه بأن معناه ما إذا قال أوجب على الاعتكاف إن قدم زيد لكنه خلاف الظاهر فتدبره أه . ثم قال : والحق أن كلامهم هنا محمول على رواية في الاعتكاف وإن كانت الأخرى هي التي عليها الأكثر أه .

قلت : وفيه نظر ، لما علمت من أن ما هنا مذکور في المتن والشروح والفتاوى ، بل الصواب في الجواب أنه إذا كان كلامهم فيها لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد علم أن مرادهم أنه لا يصح تعليق الاعتكاف بالشرط الفاسد لا بمطلق شرط ، وإذا أجمعوا على أن تعليق الاعتكاف بشرط ملائم كإن شق الله مريضى صحيح كيف يصح حل

فإنهما ليسا مما يحلف به فلم يجز تعليقهما بالشرط ، وهذا في إحدى الروايتين كما بسطه في النهر ، والصحيح إلحاق
الاعتكاف بالنذر (والمزارعة والمعاملة) أى المساقاة لأنهما إجارة (والإقرار)

كلامهم هنا على ما يناقضه ثم يعترض عليهم بأنهم أخطوا وتداولوا الخطأ حتى لا يبقى لأحد ثقة بكلامهم الذى
يتوافقون عليه ، مع أنا نرد على من خرج عن كلامهم بما يتداولونه فإنهم قدوتنا وعمدتنا شكر الله سبحانه ، بل
الواجب حمل كلامهم على وفق مرامهم ، وذلك كما مثل به فى الحواشى العزيمة بقوله فساد الاعتكاف بالشرط ،
بأن قال من عليه اعتكاف أيام نويت أن اعتكف عشرة أيام لأجله بشرط أن لا أصوم أو أبشر امرأتى فى
الاعتكاف أو أن أخرج عنه فى أى وقت شئت بحاجة أو بغير حاجة يكون الاعتكاف فاسدا وتعليقه بالشرط بأن
يقول نويت أن اعتكف عشرة أيام إن شاء الله تعالى اه لكن هذا تصوير لنفس الاعتكاف لا لإيجابه فيصور
إيجابه بأن يقول لله على أن اعتكف شهرا بشرط أن لا أصوم الخ أو إن رضى زيد :

وقد يقال : إن الشروع فيه موجب أيضا ، فإذا شرع فيه بالنية على هذا الشرط الفاسد لم يصح إيجابه فافهم ،
والحمد لله على ما ألم (قوله فإنهما ليسا مما يحلف به) هذا صحيح فى عزل الوكيل ، أما الاعتكاف فيحلف به
بالإجماع كما علمت أفاده ح (قوله والصحيح إلحاق الاعتكاف بالنذر) أى فى صحة تعليقه بالشرط ، وهذا
التصحيح مأخوذ من قول النهر وإن كانت الأخرى هى التى عليها الأكثر فهو ضعيف للرواية التى مشى عليها
أصحاب المتون والشروح ، وقد علمت الجواب الصواب (قوله لأنهما إجارة) فيكونان معاوضة مال بمال فيفسدان
بالشرط الفاسد ، ولا يجوز تعليقهما بالشرط ، كما لو قال زارعتك أرضى أو ساقبتك كرمى على أن تقرضنى ألفا
أو إن قدم زيد ، وتماه فى البحر : قال الرملى : وبه يعلم فساد ما يقع فى بلادنا من المزارعة بشرط مؤنة العامل
على رب الأرض سواء كانت من الدراهم أو من الطعام (قوله والإقرار) بأن قال لفلان على كذا إن أقرضنى
كذا أو إن قدم فلان لأنه ليس مما يحلف به فلا يصح تعليقه بالشرط عيني :

وفى المبسوط : ادعى عليه مالا فقال إن لم آتك به غدا فهو على لم يلزمه إن لم يأت به غدا لأنه تعليق الإقرار
بالخطر : وفيه لفلان على ألف درهم إن حلف أو على أن يحلف فحلف فلان وجمد المقر لم يؤخذ به لأنه خلق
الإقرار بشرط فيه خطر ، والتعليق بالشرط يخرج من أن يكون إقرارا اه بحر : وظاهره أن قوله على أن يحلف
تعليق لا شرط ، لكن قد يطلق التعليق على التقييد بالشرط . وذكر فى البحر أن ظاهر الإطلاق دخول الإقرار
بالطلاق والعق مثل إن دخلت الدار فأنا مقر بطلاقها أو بعقها فلا يقع ، بخلاف تعليق الإنشاء ، ويبدل على الفرق
بينهما أنه لو أكره على الإنشاء به وقع أو على الإقرار به لم يقع :

هذا : وقد حكى الزيلعى فى كتاب الإقرار خلافا فى أن الإقرار المعلق باطل أولا : ونقل عن المبسوط ما يشهد
لصحته فظاهره تصحيحه .

والحق تضعيفه لتصريحهم هنا بأنه لا يصح تعليقه بالشرط وأنه يبطل بالشرط الفاسد اه ملخصا . واعترضه
فى النهر بأنه حيث اعتمد على كلامهم هنا كان عليه التزامه فى عزل الوكيل والاعتكاف :

قلت : إنما لم يلزمه فيما بناء على ما فهمه من مخالفته لكلامهم ، ولا يلزم اطراده فى باقى المسائل ، نعم فى
كون الإقرار مما يبطل بالشرط نظر لأنه ليس من المعاوضات المالية ، ولم أر من صرح ببطلانه به ، ولا يلزم من
ذكره هنا بطلانه لما علمته مما مرارا أن ما ذكره المصنف من الفروع بعضه مما يبطل بالشرط وبعضه مما لا يبطل ،
فلا بد من نقل صريح ، ولا سببا وقد اقتصر الزيلعى وغيره على ذكر أنه لا يصح تعليقه بالشرط فليراجع

إلا إذا علقه بمجئ الغد أو بموته فيجوز ويلزمه للحال عيى (والوقف و) الرابع عشر (التحكيم) كقول المحكمين
إذا أهل الشهر فاحكم بيننا لأنه صلح معنى ، فلا يصح تعليقه ولا إضافته عند الثاني ، وعليه الفتوى كما في قضاء الخالية
وبقى لإبطال الأجل . ففي البرازية أنه يبطل بالشرط الفاسد

(قوله إلا إذا علقه بمجئ الغد) كقوله على ألف إذا جاء غد أو رأس الشهر أو أفطر الناس ، لأن هذا ليس
بتعليق بل هو دعوى الأجل إلى الوقت المذكور فقبل إقراره ودعواه الأجل لا تقبل إلا بحجة زيلعى من كتاب
الإقرار (قوله أو بموته) مثل له على ألف إن مت فهو عليه مات أو هاش لأنه ليس بتعليق لأن موته كائن
لا محالة بل مراده الإشهاد عليه ليشهدوا به بعد موته إذا جمحت الورثة فهو تأكيد للإقرار زيلعى (قوله والوقف)
لأنه ليس مما يخاف به ، فلو قال إن قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا تصير وقفا لأن
شرطه أن يكون منجزا جزم به في فتح القدير والإسعاف حيث قال إذا جاء غد أو رأس الشهر أو إذا كلمت فلانا
أو إذا تزوجت فلانة فأرضى صدقة موقوفة يكون باطلا لأنه تعليق والوقف لا يحتمل التعليق بالخطر : وفيه أيضا :
وقف أرضه على أن له أصلها أو على أن لا يزول ملكه عنها أو على أن يبيع أصلها ويقصد بتمنيتها كان الوقف
باطلا ، وحكى في البرازية وغيرها أن عدم صحة تعليقه رواية ، والظاهر ضعفها لجزم المصنف وغيره بها نهر ،
وصوابه أن يقول والظاهر اعتمادها أو ضعف مقابلتها ، اللهم إلا أن يكون الضمير للحكاية المفهومة من قوله وحكى
تأمل ، ومقتضى ما نقله عن الإسعاف ثانيا أن الوقف يبطل بالشرط الفاسد مع أنه ليس بمبادلة مال بمال وأن المتق
به جواز شرط استبداله ولا يلزم من ذكر المصنف له هنا أنه مما يبطل بالشرط الفاسد لما قدمناه غير مرة ، بل
ذكر في العزيمة أن قاضيخان صرح بأنه لا يبطل بالشرط الفاسد :

ويمكن التوفيق بينه وبين ما في الإسعاف بأن الشرط الفاسد لا يبطل عقد القبرع إذا لم يكن موجه نقض
العقد من أصله ، فإن اشتراط أن تبقى رقبة الأرض له أو أن لا يزول ملكه عنها أو أن يبيعها بلا استبدال نقض
للقبرع (قوله لأنه صلح معنى) قال في الدرر فإنه تولية صورة و صلح معنى ، إذ لا يصر إليه إلا بتراضيهما لقطع
الخصومة بينهما فباعتبار أنه صلح لا يصح تعليقه ولا إضافته ، وباعتبار أنه تولية يصح فلا يصح بالشك اه والظاهر أنه
لا يفسد بالشرط الفاسد لأنه ليس بمبادلة مال بمال (قوله عند الثاني) وعند محمد يجوز كالوكالة والإمارة والقضاء
بحر (قوله كما في قضاء الخالية) ومثله في بيع الخلاصة (قوله وبقي لإبطال الأجل) بقى أيضا تعلق الكفالة بشرط
غير ملائم كما سبأني في بابها إن شاء الله تعالى والإقالة كما مر في بابها ، ويأتى مثاله ، والكتابة بشرط في صلب
العقد كما يأتى بيانه قريبا ، والعفو عن القود والإعارة ففي جامع الفصولين قال للقاتل إذا جاء غد فقد عفوتك عن
القود لا يصح لمعنى التملك : قال إذا جاء غد فقد أعتك تبطل لأنها تملك المنفعة ، وقيل يجوز كالإجارة ،
وقيل تبطل بالإجارة ؛ ولو قال أعتك غدا تصح العارية اه : وبقي أيضا عزل القاضي في أحد القولين كما يأتى ،
وسيدكر الشارح أن مالا تصح إضافته لا يعلق بالشرط (قوله ففي البرازية أنه يبطل بالشرط الفاسد) بأن
قال كلما حل نجم ولم تؤد فالمال حال صح وصار حالا هكذا عبارة البرازية : واحترضها في البحر بأنها سهو
ظاهر ، لأنه لو كان كذلك لبقى الأجل فكيف يقول صح : وعبارة الخلاصة : وإبطال الأجل يبطل بالشرط
الفاسد ؛ ولو قال كلما حل نجم الخ فجعلها مسألة أخرى وهو الصواب اه : وذكر العلامة المقدسى أن العبارتين
مشكلتان ، وأن الظاهر أن المراد أن الأجل يبطل ، وأنه إذا علق على شرط فاسد كعدم أداء نجم في المثال المذكور
يبطل به الأجل فيصير المال حالا اه :

وكذا الحجر على ما في الأشباه :

(وما) يصح و (لا يبطل بالشرط الفاسد) لعدم المعاوضة المالية سبعة وعشرون على ما عده المصنف تبعاً للمعنى وزدت ثمانية (القرض والهبة والصدقة والنكاح

وحاصله أن لفظ إبطال في عبارتي البزازية والخلاصة زائد وأنه لا مدخل لذكره في هذا القسم أصلاً (قوله وكذا الحجر) يوهم أنه يفسد بالشرط الفاسد وليس كذلك كما سيأتي ، نعم لا يصح تعليقه بالشرط . قال في جامع الفصولين . ولو قال لفته إذا جاء غد فقد أذنت لك في التجارة صبح الإذن ؛ ولو قال إذا جاء غد فقد حجرت عليك لا يصح ، والقاضي لو قال لرجل قد حجرت عليك إذا سفهت لم يكن حكماً بحجره ، ولو قال لسفيه قد أذنت لك إذا صلحت جاز اه (قوله وما يصح ولا يبطل بالشرط الفاسد) شروع في القاعدة الثالثة المقابلة للأولى والأصل فيها ما ذكره في البحر عن الأصوليين في كتب الأصول في بحث الهزل من قسم العوارض أن ما يصح مع الهزل لا تبطله الشروط الفاسدة ، وما لا يصح مع الهزل تبطله الشروط الفاسدة اه والمراد بقول الشارح ما يصح أي في نفسه وبلغو الشرط ، وإنما زاده لكون نفي البطلان لا يستلزم الصحة لصدقه على الفساد فافهم (قوله لعدم المعاوضة المالية) أشار إلى ما قدمه في الأصل الأول من أن ما ليس بمبادلة مال بمال لا يفسد بالشرط الفاسد أي مالا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، وذلك فضل خال عن العوض فيكون ربا والربا لا يكون في المعاوضات الغير المالية ولا في الدبرعات (قوله وزدت ثمانية) هي الإبراء عن دم العمد ، والصلح عن جناية غضب ، ووديعه ، وهارية إذا ضمنها الخ والنسب والحجر على المأذون والغصب وأمان القنط ؛

قلت : وقد منا أن كل ما جاز تعليقه لا يفسد بالشرط الفاسد ، وسيأتي أيضا (قوله القرض) كأقرب منك هذه المائة بشرط أن تخدمني سنة ، وفي البزازية : وتعلق القرض حرام والشرط لا يلزم . والذي في الخلاصة عن كفاية الأصل والقرض بالشرط حرام اه نهر أي فالمراد بالتعلق الشرط . وفي صرف البزازية : أقرضه على أن يوفيه بالعراق فسد اه أي فسد الشرط وإلا خالف ما هنا تأمل (قوله والهبة والصدقة) كوهبتك هذه المائة أو تصدقت عليك بها على أن تخدمني سنة نهر ، فتصح ويبطل الشرط لأنه فاسد وفي جامع الفصولين : وبصح تعليق الهبة بشرط ملائم كوهبتك على أن تعوضني كذا ، ولو مخالفا تصح الهبة لا الشرط (١) اه ؛ وفي حاشيته للخير الرمي .

أقول يؤخذ منه جواب واقعة الفتوى : وهب لزوجته بقرة على أنه إن جاءه أولاد منها تهب البقرة لهم وهو صحة الهبة وبطلان الشرط اه وسيدكر الشارح أن الهبة يصح تعليقها بالشرط ، ويأتي الكلام عليه (قوله والنكاح) كتزوجتك على أن لا يكون لك مهر فيصح النكاح ويبطل الشرط ويجب مهر المثل ، ومن هذا القبيل ما في الخاتمة تزوجتك على أني بالخيار يجوز النكاح ولا يصح الخيار لأنه ما عاق النكاح بالشرط بل باشر النكاح وشرط الخيار اه وليس منه إن أجاز أبي أورضى لأنه تعليق والنكاح لا يحتمله فلا يصح كما في الخاتمة وكلام النهر هنا غير محروفتدبر . وفي الظهيرية : لو كان الأب حاضرا فقبل في المجلس جاز . قال في النهر وهو مشكل : والحق ما في الخاتمة اه ؛

(١) وفي الخاتمة من الهبة : وهبت مهري منك على أن كل امرأة تزوجها تجعل أمرها بيدي ، فإن لم يقبل بطلت الهبة ، وإن قبل في المجلس صح ، ثم إن فعل الزوج ذلك فلهبة مانسية وإلا فكذلك عند البعض كن أعتق أمة على أن لا تزوج عتقت تزوجت أولا ، قالت وهبت مهري إن لم تطلقني فقبل ثم طلقها فلهبة فاسدة لتعلق بالشرط ، وتامه في البحر عند قوله والإبراء عن الدين ، ومفاده أنه لو لم يطلقها تصح الهبة في صريح التعليق بالشرط تأمل اه مع .

والطلاق والخلع والعتق والرهن والإيصاء) كجعلتك وصيا على أن تزوج بنتي (والوصية والشركة) كذا (المضاربة والقضاء والإمارة) كوليتهك بلد كذا مؤبدا صح وبطل الشرط فله عزله بلا جنحة ، وهل بشرط لصحة عزله كدرس أبده السلطان أن يقول رجعت عن التأبير أفي بعضهم بذلك

قلت : ما في الظهيرية ذكره في الخانية أيضا عن أمالي أبي يوسف وقال إنه استحسن (قوله والطلاق) كطقتك على أن لا تزوجي غيري بحر . والظاهر أنه إذا قال إن لم تزوجي غيري فكذلك ، وبأني بيانه قريبا (قوله والخلع) كخالعتك على أن لي الخيار مدة يراها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال : وأما اشتراط الخيار لها فصحيح عند الإمام كما مضى بحر (قوله والعتق) بأن قال أعتقتك على أي بالخيار بحر ، وقدمنا آنفا لو أعتق أمة على أن لا تزوج عتقت تزوجت أولا (قوله والرهن) بأن قال رهنتك عبدي بشرط أن أستخدمه أو على أن الرهن إن ضاع ضاع بلا شيء أو إن لم أوف متاعك لك إلى كذا فالرهن لك بمالك بطل الشرط وصح الرهن بحر (قوله كجعلتك وصيا الخ) هذا المثال أحسن مما في البحر جعلتك وصيا على أن يكون لك مائة لأن الكلام في الشرط الفاسد الذي لا يفسد العقد وما هنا صحیح نهر ، وفيه نظر فإنه قال في البرازية فهو وصي والشرط باطل والمائة له وصية اه ومعنى بطلانه كما في البحر أنه يبطل جعلها شرطا للإيصاء وتبقى وصية ، إن قبلها كانت له وإلا فلا اه أي فهو شرط فاسد لم يفسد عقد الإيصاء (قوله والوصية) كأوصيت لك بثلاث مالى إن أجاز فلان عيني ، وفيه نظر لأنه مثال تعليقها بالشرط وليس الكلام فيه . وفي البرازية : وتعليقها بالشرط جائز لأنها في الحقيقة إثبات الخلافة عند الموت اه ومعنى صحة التعليق أن الشرط إن وجد كان للموصى له المال وإلا فلا شيء له بحر ثم قال في الخانية : لو أوصى بثلاثة لأم ولده إن لم تزوج فقبلت ذلك ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان فلها الثلث بحكم الوصية اه مع أن الشرط لم يوجد إلا أن يكون المراد بالشرط عدم تزوجها عقب انقضاء العدة لاعدته إلى الموت بدليل أنه قال تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان للاحتراز عن تزوجها عقب الانقضاء اه :

قلت : ووجهه أنه إذا مضت مدة بعد العدة ولم تزوج فيها تحقق الشرط فلا تبطل الوصية بتزوجها بعده ، إذ لو كان الشرط عدم تزوجها أبدا لزم أن لا يوجد شرط الاستحقاق إلا بموتها ، ويظهر من هذا أنه إذا قال طقتك إن لم تزوجي أنه إذا مضى بعد العدة زمان ولم تزوج يتحقق الشرط ، لكن فيه أن الطلاق المعلق إنما يتحقق بعد تحقق الشرط فيلزم أن يكون ابتداء العدة بعده لا قبله ، فالظاهر بطلان هذا الشرط ووقوع الطلاق بمنجزا ، ويؤيده ما مر قريبا ، ومز تحقيقه في كتاب العلق في أول باب التعليق (قوله والشركة) فيه أنها تفسد باشتراط ما يؤدي إلى قطع الاشتراك في الربح كاشتراط عشرة لأحدهما . وفي البرازية : الشركة تبطل ببعض الشروط الفاسدة دون بعض ، حتى لو شرط التفاضل في الوضعية لا تبطل وتبطل باشتراط عشرة لأحدهما . وفيها : لو شرط صاحب الألف العمل على صاحب الألفين والربح نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما أثلاثا اه : أما لو لم يشرط العمل على أفضلهما مالا بل تبرع به : فأجاب في البحر بأن شرط الربح صحیح لأن التبرع ليس من قبيل الشرط بدليل ما في بيوع الدخيرة : اشترى حطباً في قرية وقال موصولا بالشراء من غير شرط في الشراء : أحمله إلى منزلي لا يفسد لأنه كلام مبتدأ بعد تمام البيع (قوله وكذا المضاربة) كما لو شرط نفقة السفر على المضارب بطل الشرط وجازت برازية : وفيها : ولو شرط من الربح عشرة دراهم سدت لأنه شرط بل لقطع الشركة دفع إليه ألفا على أن يدفع رب المال للمضارب أرضاً يزرعها سنة أو داراً للسكنى بطل الشرط وجازت ، ولو شرط ذلك على المضارب لرب المال فسدت لأنه جعل نصف الربح عوضاً عن عمله وأجرة الدار اه ، وبه علم أنها تفسد ببعض الشروط كالشركة (قوله كوليتهك بلدة كذا مؤبدا) فقوله مؤبدا شرط فاسد ، لأن التولية لا تقتضي ذلك لأنه ينزل

واختار في النهر إطلاق الصحة : وفي البزازية : لو شرط عليه أن لا يرتشى ولا يشرب الخمر ولا يمتثل قول أحد ولا يسمع خصومة زيد صح التقليد والشرط (والكفالة والحوالة) إلا إذا شرط في الحوالة الإعطاء من ثمن دار المحيل فتفسد لعدم قدرته على الوفاء بانأتم كما عزاه المصنف للبزازية . وأجاب في النهر بأن هذا من المحتال وعد ليس الكلام فيه فليحرق (والوكالة)

بعارض جنون أو عزل أو نحوه، ومثله وليتك على أن لا تعزل أبداً أو على أن لا تتركب كما مثل به في البحر وقال في هذا الشرط فاسد ولا تبطل إمرته بهذا (قوله واختار في النهر إطلاق الصحة) حيث قال رادا على ذلك البعض : وعندى أنه لا سلف له فيه ولا دليل يقتضيه لأنه حيث صح العزل كان إلغاء للتأيد سواء نص على الغاية أولاً (قوله صح التقليد والشرط) فإن فعل شيئاً من ذلك انعزل، ولا يبطل قضاؤه فيما مضى : ولا ينفذ قضاء القاضي في خصومة زيد ، ويجب على السلطان أن يفصل قضيته إن اعتراه قضية بحر عن البزازية : وفيه عنها أيضاً : لو شرط في التقليد أنه متى فسق ينعزل انعزل اه :

قلت : وإنما صح الشرط لكونه شرطاً صحيحاً ، والقاضي وكيل عن السلطان فيتقيد قضاؤه بما قيده به حتى يتقيد بالزمان والمكان والشخص ، ومن ذلك ما إذا نهاه عن سماع دعوى مضى عليها خمس عشرة سنة كما سيأتي في القضاء إن شاء الله تعالى (قوله والكفالة والحوالة) بأن قال كفلت غريمك على أن تقرضني كذا وأحللتك على فلان بشرط أن لا ترجع علي عند التوى نهر ، يعني فتصح ويبطل الشرط . وفي البزازية : لو قال كفلت به على أنى متى أو كلما طولبت به فلي أجل شهر فإذا طال به فله أجل شهر من وقت المطالبة الأولى فإذا تم الشهر من وقت المطالبة الأولى لزم التسليم ولا يكون للمطالبة الثانية تأجيل اه . وفيه أن كلما تقتضى التكرار مقدسى ، ولعله ألغى التكرار هنا لما يلزم عليه من إبطال موجب الكفالة ، وحيث أمكن الأعمال فهو أولى من الإبطال تأمل ، وسيذكر الشارح هذه المسألة أوائل الكفالة ، ويأتي توضيحها هناك . وفي البزازية أيضاً : كفل على أنه بالخيار عشرة أيام أو أكثر يصح ، بخلاف البيع لأن مبناها على التوسع اه ففي هذا وفيما قبله صحت الكفالة والشرط لأنه شرط تأجيل أو خيار وكلاهما شرط صحيح ، ولا يرد على المصنف لأن كلامه في الشرط الفاسد ، وسيأتي في بابها أنه لا يصح تعليقها بشرط غير ملائم ويأتي هنا في كلام الشارح أيضاً (قوله إلا إذا شرط الخ) أى شرط المحال على المحال عليه أن يعطيه المال المحال به من ثمن دار المحيل : قال في البزازية : بخلاف ما إذا التزم المحتال عليه الإعطاء من ثمن دار نفسه لأنه قادر على بيع دار نفسه ولا يجبر على بيع داره ، كما إذا كان قبولها بشرط الإعطاء عند الحصاد لا يجبر على الأداء قبل الأجل اه وظاهره صحة التأجيل إلى الحصاد لأنه مجهول جهالة يسيرة ، بخلاف هبوب الريح كما يأتي في بابها (قوله من المحتال) صوابه المحتال عليه (قوله فليحرق) أشار إلى ما في هذا الجواب ، فإن كونه وعداً لا يخرج عن كونه شرطاً مع أن فرض المسألة أنه مذكور في صلب العقد على أنه شرط ، إذ لو كان بعد العقد لاهل وجه الإشرط لم يفسد العقد كما مر عند قوله والشركة ، وأيضاً لا يظهر به الفرق بين المسألتين ، ويظهر لي الجواب بأن الحوالة قد تكون مقيدة ، كما لو أحال غريمه بألف الوديعة على المودع تقيدت بها حتى لو هلك الألف برى المحال عليه كما سيأتي إن شاء الله تعالى في بابها ، وهنا لما شرط الدفع من ثمن دار المحيل صارت مقيدة به ، ولما لم يكن له قدرة على الوفاء بذلك فسدت الحوالة بمنزلة ما لو هلك الوديعة المحال بها ، ولهذا لو كان البيع مشروطاً في الحوالة صح ويحبر على البيع كما في آخر حوالة البزازية . أما لو شرط الدفع من ثمن داره صحت الحوالة لقبهته على بيع داره ولكن لا يجبر على البيع ، ولو باع يجبر على الأداء لتحقق الوجوب كما في الدرر (قوله والوكالة)

والإقالة والكتابة) إلا إذا كان الفساد في صلب العقد أى نفس البديل ككتابه على خر ففسد به ، وعليه يحمل إطلاقهم كما حرره خسرو (وإذن العبد في التجارة ، ودعوة الولد) كهذا الولد منى إن رضيت امرأتى (والصلح عن دم العمد) وكذا الإبراء عنه ولم يذكره اكتفاء بالصلح درر (و) عن (الجراحة) التى فيها القود وإلا كان مع القسم الأول ، وعن جنابة غصب ووديعة وعارية إذ ضمنها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة درر ،

كوكلك على أن تبرأنى ممالك على نهر : وفي البرازية : الوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة أى شرط كان ، وفيها تعليق الوكالة بالشرط جائز وتعليق العزل به باطل ، وتفرع عليه أنه لو قال كلما عزلتك فأنت وكيلى صح لأنه تعليق التوكيل بالعزل ، ولو قال كلما وكلك فأنت معزول لم يصح لأنه تعليق العزل بالشرط بحر (قوله والإقالة) حتى لو تقابلا على أن يكون الثمن أكثر من الأول أو أقل صحمت ولغا الشرط ، وقد مر فى بابها نهر : وذكر المصنف فى بابها أنها لا تفسد بالشرط وإن لم يصح تعليقها به ، وصورة التعليق كما ذكره فى البحر هناك عن البرازية مالوباع ثورا من زيد فقال اشتريته رخيصة فقال زيد إن وجدت مشتريا بازيادة فبعه منه فوجد فباع بأزيد لا ينعقد البيع الثانى لأنه تعليق الإقالة لا الوكالة بالشرط (قوله والكتابة) بأن كاتبه على ألف بشرط أن لا يخرج من البلد أو على أن لا يعامل فلانا أو على أن يعمل فى نوع من التجارة فتصح ويبطل الشرط لأنه غير داخل فى صلب العقد نهر (قوله فى صلب العقد) صلب الشيء : ما يقوم به ذلك الشيء وقيام البيع بأحد العوضين ، فكل فساد يكون فى أحدهما يكون فسادا فى صلب العقد درر (قوله وعليه) أى على كون الفساد فى صلب العقد (قوله يحمل إطلاقهم) أى إطلاق من قال إنها تبطل بالشرط الفاسد كالعادى والاستروشى فإنهما قالا : وتعليق الكتابة بالشرط لا يجوز وإنها تبطل بالشرط ، ويحمل قولهما ثانيا الكتابة بشرط متعارف وغير متعارف تصح ويبطل الشرط على كون الشرط زائدا ليس فى صلب العقد ، وبه يندفع اعتراض صاحب جامع الفصولين عليهما ، هذا حاصل ما فى الدرر : وأما ما فى البحر عن البرازية : كاتبها وهى حامل على أن لا يدخل ولدها فى الكتابة فسدت لأنها تبطل بالشرط الفاسد اه فالمراد به ما كان فى صلب العقد ، لأن استثناء حملها وهو جزء منها شرط فى صلب العقد ، كمالو باع أمة إلا حملها لأنها أحد العوضين فافهم (قوله وإذن العبد فى التجارة) كأذنت لك فى التجارة على أن تتجر إلى شهر أو على أن تتجر فى كذا فيكون عاما فى التجارة والأوقات ويبطل الشرط بحر (قوله كهذا الولد منى إن رضيت امرأتى) تابع البحر فى ذلك مع أنه فى البحر اعترض على العيني مرارا بأن الكلام فى الشرط الفاسد لا فى التعليق ، فالأولى قول النهر بشرط رضا زوجتى . وقال فى العزيمة : وصور ذلك فى إيضاح الكرماني بأن ادعى نسب التوأمين بشرط أن لا تكون نسبة الآخر منه ، أو ادعى نسب ولد بشرط أن لا يرث منه يثبت نسب كل واحد من التوأمين ويرث وبطل الشرط لأنهما من ماء واحد ، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت الآخر لما عرف ، وشرط أن لا يرث شرط فاسد لمخالفة الشرع والنسب لا يفسد به اه (قوله والصلح عن دم العمد) بأن صالح ولى المقتول عمدا القاتل على شيء بشرط أن يقرضه أو يهدى إليه شيئا فالصالح صحيح والشرط فاسد ، ويسقط الدم لأنه من الإسقاطات فلا يحتمل الشرط بحر (قوله ولم يذكره اكتفاء بالصلح) إذ ليس بينهما كثير فرق ، فإن الولي إذا قال للقاتل عمدا أبرأت ذمتك على أن لا تقم فى هذا البلد مثلا أو صالح معه عليه صح الإبراء والصلح ، ولا يعتبر الشرط درر (قوله التى فيها القود) فى المصباح : القود القصاص وبه عبر فى الدرر ، فلا فرق فى التعبير فافهم (قوله وإلا) بأن كان الصالح عن القتل الخطأ أو الجراحة التى فيها الأرش كان من القسم الأول درر : أى لأن موجب ذلك المال فكان مبادلة لا إسقاطا . (قوله وعن جنابة غصب) أى مغصوب ، وقوله

والنسب ، والحجر على المأذون نهر ، والغصب وأمان مقن أشباه (وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب ، و) تعليقه (بخيار الشرط وعزل القاضى)

إذا ضمنها : أى موجبات الصلح في الصور المذكورة درر ، ولعل صورة المسألة لو أتلف ماغصبه أو أتلف ودبحة أو عارية عنده وأراد المالك أن يضمه ذلك فصالحه على شيء وضمن رجل موجب الصلح بشرط أن يحمله به على آخر أو يكفل به آخر صح الضمان وبطل الشرط ، لكن لا يخفى أن الضمان كفالة ، وقد مرت مسألة الكفالة ، ولم أر من أوضح ذلك فتأمل (قوله والنسب) تقدم تصويره في مسألة دعوى الولد (قوله والحجر على المأذون) فلا يبطل به ويبطل الشرط شربلاية عن العمادية ، ومثله في جامع الفصولين ، ولا ينافي ماقدسه عن الأشباه لأن ذاك في بطلان تعليقه بالشرط كما قدمناه (قوله والغصب) كذا ذكره في جامع الفصولين وغيره مع ذكرهم مسألة جنابة الغصب المارة ، وفيه أن الغصب فعل لا يقيد بشرط ، فإن كان المراد ضمان الغصب بشرط فهو داخل في الكفالة فافهم (قوله وأمان القن) أقول : في السير الكبير لمحمد بن الحسن تعليق الأمان : بالشرط جائز بدليل « أن النبي صلى الله عليه وسلم حين أمن أهل خيبر علق أمانهم بكتانهم شيئا وأبطل أمان آل أبي الجعد بكتانهم الخلى » اهـ . وبه يعلم أن القن ليس قيدهم أى سواء كانت إضافة الأمان من إضافة المصدر إلى فاعله أو إلى مفعوله وفي بعض النسخ وأمان النفس (قوله وعقد الذمة) فإن الإمام إذا فتح بلدة وأقر أهلها على أملاكهم وشرطوا معه في عقد الذمة أن لا يعطوا الجزية بطريق الإهانة كما هو المشروع ، فالعقد صحيح ، والشرط باطل درر (قوله وتعليق الرد بالعيب وبخيار الشرط) هكذا عبر في الكنز ، وعبر في النهاية بقوله وتعليق الرد بالعيب بالشرط وتعليق الرد بخيار الشرط بالشرط ، ومثله في جامع الفصولين وغيره ، فعلم أن قوله بالعيب متعلق بالرد لا بتعليق ، وأن المراد أن الرد بخيار عيب أو شرط يصح تعليقه بالشرط . ولا يخفى أن الكلام فيما يصح ولا يفسد تقييده بالشرط الفاسد لا فيما يصح تعليقه ، فكان المناسب حذف لفظة تعليق كما فعل صاحب الدرر : وقد يجاب بأن المراد بالتعليق التقييد أو أن كل ما يصح تعليقه صح تقييده كما مر ، وبه ظهر أنه ليس المراد مايتوهم أن تعاقب الرد بأحد الخيارين بالشرط يصح تقييده بالشرط إذ لا يظهر تصوير تقييد التعليق . ثم إنه مثل الأول في البحر بما إذا قال إن وجدت بالمبيع عيبا أردت عليك إن شاء فلان وللثاني بما إذا قال من له خيار الشرط رددت البيع أو أسقطت خيارى إن شاء فلان فإنه يصح ويبطل الشرط اهـ تأمل :

وفي البحر من باب خيار الشرط ما نصه : فإن قلت : هل يصح تعليق إبطاله وإضافته ؟

قلت : قال في الخانية : لو قال من له الخيار إن لم أفعل كذا اليوم فقد أبطلت خيارى كان باطلا ولا يبطل خياره ، وكذا لو قال في خيار العيب إن لم أردت اليوم فقد أبطلت خيارى ولم يرد اليوم لا يبطل خياره : ولو لم يكن كذلك ولكنه قال أبطلت غدا أو قال أبطلت خيارى إذا جاء غدا فجاء غدا ذكر في الملتقى أنه يبطل خياره . قال : وليس هذا كالأول لأن هذا وقت يجيء لاحالة بخلاف الأول اهـ . قال في البحر هناك : فقد سوا بين التعليق والإضافة في المحقق مع أنهم لم يسوا بينهما في الطلاق والعناق . وفي التارخانية : أو كان الخيار للمشتري فقال إن لم أفسخ اليوم فقد رضيت أو إن لم أفعل كذا فقد رضيت لا يصح اهـ أى بل يبقى خياره (قوله وعزل القاضى) في جامع الفصولين : ولو قال الأمير لرجل إذا قدم فلان فالت قاضى بلدة كذا أو أميرها يجوز ، ولو قال إذا أقالك كتابى هذا فالت معزول ينزل بوصوله وقيل لا اهـ : وذكر في الدرر عن العمادية والاستروشنية أن الثانى به يفتى . واعترض بأن عبارة العمادية والاستروشنية قال ظهير الدين المرغينانى ونحن لانفتى بصحة التعاقب وهو فتوى الأوزجندى اهـ :

كعزلتك إن شاء فلان فيعزل ويبطل الشرط ، لما ذكرنا أنها كلها ليست بمعاوضة مالية ، فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة . وبقى ما يجوز تعليقه بالشرط ، وهو مختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كطلاق وعتاق ، وبالالتزامات التي يحلف بها كحج وصلاة والتولييات كقضاء وإمارة عيني وزبلي . زاد في النهر : الإذن في التجارة وتسليم الشفعة والإسلام ، وحرر المصنف دخول الإسلام في القسم الأول لأنه من الإقرار ،

وظاهر ما في جامع الفصولين ترجيح الأول ولذا مشى عليه في الكنز والمنتقى وغيرهما (قوله كعزالتك إن شاء فلان) كذا مثل في البحر . واعترض بأن هذا تعليق وليس الكلام فيه :

قلت : والمعجب أنه في البحر اعترض على العيني مرارا بمثل هذا : وقد يجاب بأنه إذا لم يبطل بالتعليق لا يبطل بالشرط بالأولى كعزلتك على أن أوليك في بلدة كذا (قوله لما ذكرنا) أي في قوله لعدم المعاوضة المالية (قوله وبقى ما يجوز تعليقه بالشرط) هذه القاعدة الرابعة ، وقد معنا أنها داخلة تحت الثالثة ، لما في جامع الفصولين أن ما جاز تعليقه بالشرط لا يبطله الشروط كطلاق وعتق وحوالة وكفالة ويبطل الشرط اهـ (قوله وهو مختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها) لو حذف قوله التي يحلف بها لدخل الإذن في التجارة وتسليم الشفعة لكونها إسقاطا ، ولكن لا يحلف بهما أفاده في البحر ، ويدخل فيه أيضا الإبراء عن الكفالة فإنه يصح تعليقه بملائم كما مر في الإبراء عن الدين (قوله والتولييات) فيصح تعليقها بالملائم فقط ، وكذا في إطلاقات وتحريضات كما مر في الأصل الثاني (قوله وتسليم الشفعة) أي لأنه إسقاط محض كما علمت فيصح تعليقه :

هذا وفي شفعة الهداية عند قوله وإذا صالح من شفيعته على عوض بطلت ورد العوض ، لأن حق الشفعة لا يتعلق بإسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى . واعترضه في العناية بما قال محمد في الجامع الصغير : لو قال سلمت الشفعة في هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم لأنه علقه بشرط وصح ، لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق فصح تعليقه بالشرط اهـ . قال الطوري في تكملة البحر : وقد يفرق بحمل ما في الهداية على التي تدل على الإعراض والرضا بالمجاورة مطلقا والثاني على خلافه فيفرق بين شرط وشرط اهـ :

[تنبيه] لا يخفى أن هذا كله في التسليم بعد وجوبها : وبقى ما لو قال الشفيع قبل البيع إن اشتريت فقد سلمتها هل يصح أم لا ؟ بحث فيه الخبير الرملي بقوله لاشبهة في أنه تعليق الإسقاط قبل الوجوب بوجود سببه ، ومقتضى قولهم التعليق بالشرط المحض يجوز فيما كان من باب الإسقاط المحض ، وقولهم المعلق بالشرط كالمندجز عند وجوده وقولهم من لا يملك التنجيز لا يملك التعليق إلا إذا علقه بالملك أو سببه صحة التعليق المذكور لأنه إسقاط ، وقد علقه بسبب الملك فكانه نجزه عند وجوده ، لكن أورد في الظهيرية إشكالا على كون تسليم الشفعة إسقاطا محضا ، وهو ما ذكره السرخسي في باب الصلح عن الجنابيات من أن القصاص لا يصح تعاقق إسقاطه بالشرط ، ولا يعمل الإضافة إلى الوقت وإن كان إسقاطا محضا ، ولهذا لا يرتد برد من عليه القصاص ، ولو أكره على إسقاط الشفعة لا يبطل حقه قال وبه تبين أن تسليم الشفعة ليس بإسقاط محض وإلا لصح مع الإكراه كسائر الإسقاطات اهـ : قال الرملي : وعليه لا يصح التعليق قبل الشراء كالتنجيز قبله والمسألة تقع كثيرا ، والذي يظهر عدم صحة التعليق اهـ (قوله وحرر المصنف دخول الإسلام في القسم الأول) أي ما لا يصح تعليقه بالشرط وذلك حيث ذكر أولا أن الإسلام لا بد فيه بعد الإتيان بالشهادتين من التبري كما عامت تفاصيله في المكتب المبسوط : ويؤخذ عدم صحة تعليقه بالشرط من قولهم بعدم صحة تعليق الإقرار بالشرط . وتحقيقه أن الإسلام تصديق بالجنان وإقرار باللسان وكلاهما لا يصح تعليقه بالشرط ، ومن المعلوم أن الكافر الذي يعلق إسلامه على فعل شيء غالبا يكون شيئا لا يرتد

ودخول الكفر هنا لأنه ترك . ويصح تعليق هبة وحوالة وكفالة وإبراء عنها بملائم (وماتصح إضافته إلى الزمان (المستقبل

كونه فلا يقصد تحصيل ماعلق عليه . وقد ذكر الزياحي وغيره أن الإسلام عمل ، بخلاف الكفر فإنه ترك ، ونظيره الإقامة والصيام ، فلا يصير المقيم مسافرا ، ولا الصائم مبطرا ، ولا الكافر مسلما بمجرد النية لأنه فعل ، ويصير مقيا وصائما وكافرا بمجرد النية لأنه ترك ، فإذا علقه المسلم على فعل وفعله والظاهر أنه مختار في فعله فيكون قاصدا للكفر فيكفر بخلاف الإسلام اه (قوله ودخول الكفر هنا) أي فيما يصح تعليقه . وفيه أن كلام المصنف كما سمعته أنفا ليس فيه تعرض لدخول الكفر في هذا القسم بل فيه ما ينافيه وهو أنه يصير كافرا بمجرد النية لأنه ترك : أي ترك العمل والتصديق فيتحقق في الحال قبل وجود المعلق عليه ، ولو صح تعليقه لما وجد في الحال فافهم (قوله ويصح تعليقه هبة) في البرازية من البيوع تعليق الهبة بأن باطل وبعلى إن ملائما كهفته على أن يعوضه يجوز ، وإن مخالفا بطل الشرط وصحت الهبة اه بحر ، وهذا مخالف ما ذكره الشارح ، لأن كلامه في صحة التعليق بأداة الشرط لا في التقييد بالشرط ، لأن هذا تقدم في المتن حيث ذكر الهبة فيما لا يبطل بالشرط العاسد فافهم ، لكن في البحر أيضا عن المناقب عن الناصبي : لو قال إن اشتريت جارية فقد ملكتها منك يصح ، ومعناه إذا قبضه بناء على ذلك اه أي إذا قبض الموهوب له الموهوب بناء على التمايك يصح مع أنه معلق بإن ، وهو خلاف ما في البرازية من إطلاق بطلانه ، ولعله قول آخر يجعل التعليق بالملائم صحيحا كالتقييد تأمل (قوله وحوالة وكفالة) في البرازية من البيوع ، وتعليق الكفالة إن متعارفا كقدوم المطلوب يصح ، وإن شرطا محضاً كان دخل الدار أو هبت الريح لا والكفالة إلى هبوب الريح جائزة والشرط باطل ، ونص النسبي أن الشرط إن لم يتعارف تصح الكفالة ويبطل الشرط والحوالة كهى اه بحر (قوله وإبراء عنها) كإن وافيت به غدا فأنت برىء كما قدمناه في مسألة الإبراء عن الدين (قوله بملائم) قيد للأربعة :

[تنمة] بقی مما یصح تعلیقه دعوة الولد کإن كانت جاریتی حاملا فنی وكذا الوصية والإبضاء والوكالة والعزل عن القضاء فهذه نص في البحر عليها في أثناء شرحها ونهنا على ذلك والإبراء عن الدين إذا علق بكائن أو بمنعارف كما مر وذكر في جامع الفصولين مما يصح تعليقه إذن البن وكذا النكاح بشرط علم للحال وكذا تعليق الإمهال أي تأجيل الدين غير القرض إن علق بكائن ولو قال بعته بكذا إن رضی فلان جاز البيع والشرط جميعا ولو قال بعته منك إن شئت فتقال قبلت تم البيع وقد منّا تقييد مسألة البيع بما إذا وقته بثلاثة أيام وذكر خلافا في صحة تعليق القبول .

مطلب ما يصح إضافته ومالاتصح

(قوله وما نصح إضافته الخ) شروع فيما يضاف ومالا يضاف بعد الفراغ من الكلام على التعليق ، ولم أر من ذكر لذلك ضابطا ، وسيأتي بيانه ثم الفرق بين التعليق والإضافة : هو التعليق يمنع المعلق عن السببية للحكم فإن نحو أنت طالق سبب للطلاق . في الحال ، فإذا قال أنت طالق إن دخلت الدار منع انعقاده سببا للحال وجعله متأخرا إلى وجود الشرط ، فعند وجوده ينعقد سببا مفضيا إلى حكمه وهو الطلاق . وأما الإيجاب المضاف مثل أنت طالق غدا فإنه ينعقد سببا للحال لا انتفاء التعليق المانع من انعقاد السببية ، لكن يتأخر حكمه إلى الوقت المضاف إليه فالإضافة لا تخرجه عن السببية بل تؤخر حكمه بخلاف التعليق ، فإذا قال إن جاء غد فله على أن أتصدق بكذا لا يجوز له التصديق قبل الغد لأنه لا تعجيل قبل السبب ، ولو قال لله على أن أتصدق بكذا غدا له التعجيل

الإجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والإيصاء والوصية والقضاء والإمارة والطلاق والعتاق والوقف) فهي أربعة عشر، وبقى العارية والإذن في التجارة فيصحان مضافين أيضا عمادية :
(ومالانصح) إضافته (إلى المستقبل) عشرة (البيع، وإجازته، وفسخه، والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والإبراء عن الدين) لأنها تملكيات للحال فلا تضاف للاستقبال كما لا تعلق بالشرط.

قبله لأنه بعد السبب لأن الإضافة دخلت على الحكم لا السبب، فهو تعجيل للمؤجل وتفرغ عليه ما لو حلف لا يطلق امرأته فأضاف الطلاق إلى الغد حث وإن علقه لم يحث، هذا حاصل ما ذكره في كتب الأصول :
وللمحقق ابن الهمام في التحرير أبحاث في الفرق بينهما ذكرها ابن نجيم في شرح المنار في فصل الأدلة الفاسدة .
وقال : والفرق بينهما من أشكال المسائل (قوله الإجارة) في جامع الفصولين : ولو قال آجرتك غدا فيه اختلاف واختار أنها تجوز ثم في الإجارة المضافة إذا باع أو وهب قبل الوقت يفتى بجواز ما صنع وتبطل الإجارة، فلورده عليه بعيب بقضاء أو رجوع في الهبة قبل الوقت عادت الإجارة، ولو عاد إليه بملك مستقبل لا تعود الإجارة. وفي فتاوى ظهير الدين أو قال آجرتك هذه رأس كل شهر بكذا يجوز في قولهم (قوله وفسخها) في العزيمة على الخافية أن الفتوى عليه . وفي الشرنبلالية : المعتمد اختيار عدم الصحة، وهو المذكور في الكافي، واختار ظهير الدين اه
ففيه اختلاف التصحيح (قوله والمزارعة والمعاملة) فإنيها إجارة، حتى إن من يجزها لا يجزها إلا بطريقها وبراها فيهما شرائطها درر (قوله والمضاربة والوكالة) فإنيها من باب الاطلاقات والإسقاطات فإن تصرف المضارب والوكيل قبل العقد والتوكيل في مال المالك والموكل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالعقد والتوكيل أسقطه فيكون إسقاطا فيقبل التعليق درر أي وإذا قبل التعليق يقبل الإضافة بالأولى، لأن التعليق يمنع السببية، بخلاف الإضافة كما علمت : وبه اندفع اعتراض المصنف في المنع بأن الكلام في الإضافة لا في التعليق، لكن لم أر من صرح بصحة التعليق في المضاربة، ولعله أراد بالتعليق التقييد بالشرط فإنهم يطلقون عليه لفظ التعليق تأمل (قوله والكفالة) لأنها من باب الالتزامات فتجوز إضافتها إلى الزمان وتعليقها بالشرط الملائم درر (قوله والإيصاء) أي جعل الشخص وصيا والوصية بالمال فإنيها لا يفيدان إلا بعد الموت فيجوز تعليقهما وإضافتهما درر (قوله والقضاء والإمارة) فإنيها تولية وتفويض محض فجاز إضافتهما درر (قوله والطلاق والعتاق) فإنيها من باب الإطلاقات والإسقاطات وهو ظاهر درر (قوله والوقف) فإن تعليقه إلى ما بعد الموت جائز درر، والكلام فيه كما مر في المضاربة والوكالة (قوله وبقى العارية والإذن في التجارة) قال في جامع الفصولين الذي جمع فيه الفصول العمادية والفصول الاستروشنية : تبطل إضافة الإعارة، بأن قال إذا جاء غدا فقد أعرتك لأنها تملك المنفعة، وقيل تجوز، ولو قال أعرتك غدا تصح وقال قبله ولو قال لفته إذا جاء غدا فقد أذنت لك في التجارة صح الإذن، ولو قال إذا جاء غدا فقد حجرت عليك لا يصح اه .

وأنت خبير بأن الكلام في الإضافة ولفظ إذا جاء غدا تعليق ويسمى إضافة باعتبار ذكر الوقف، فيه لاحقية، ولذا فرق في مسألة الإعارة بين ذكر إذا وعدمه، فقد الإذن في التجارة هنا تبعا للقهستاني غير ظاهر تأمل : وفي جامع الفصولين إذا قال أبطلت خيارى غدا أبطل خياره وقدمنا فيما يصح تعليقه أن إسقاط القصاص لا يحتمل الإضافة إلى الوقت (قوله لأنها تملكيات الخ) كذا في الدرر. وقال الزبلي آخر كتاب الإجارة لأنها تملك وقد أمكن تنجيزها للحال فلا حاجة إلى الإضافة بخلاف الفصل الأول لأن الإجارة وما شاكلها لا يمكن تملكه للحال وكذا الوصية، وأما الإمارة والقضاء فمن باب الولاية والكفالة مع باب الالتزام اه :

لما فيه من القمار ، وبقى الوكالة على قول الثاني المفتى به :

باب الصرف

عنوانه بالباب لا بالكتاب لأنه من أنواع البيع

(هو) لغة الزيادة . وشرعا (بيع الثمن بالثمن) أى ما خالق للثمنية ومنه المصوغ (جنسا بجنس أو بغير جنس)

كذهب بفضة (ويشترط) عدم التأجيل والخيار و (التماثل)

قلت : ويظهر من هذا ومما ذكرناه أنفا عن الدرر أن الإضافة تصح فيما لا يمكن تملكه للحال وفيما كان من الإطلاقات والإسقاطات والالتزامات والولايات ، ولا تصح في كل ما أمكن تملكه للحال تأمل (قوله لما فيه من القمار) هو المراهنة كما في القاموس ، وفيه المراهنة ، والرهان المخاطرة .

وحاصله أنه تملك على سبيل المخاطرة . ولما كانت هذه تملكيات للحال لم يصح تعليقها بالخطر لو جود معنى القمار (قوله وبقى الوكالة) الظاهر أنه سبق قلم وصوابه التحكيم فإنه الذى فيه خلاف أبى يوسف . قال فى البزالية وتعلق كونه حكما بالخطر أو الإضافة إلى مستقبل صحيح عند محمد خلافا للثانى والفتوى على الثانى اه وهكذا قدمه الشارح قبيل ما لا يبطل بالشرط الفاسد ، وكيف يصح عد الوكالة هنا وقد ذكرها المصنف تبعا للسكنز والوقاية فيما تصح إضافته وكذا فى جامع الفصولين وغيره ، وكذا تقدم أنها مما لا يفسد بالشرط وبه صرح فى السكنز وغيره بل قدمنا جواز تعليقها بالشرط فكيف لا تصح إضافتها ، نعم بقى فسخ الإجارة على أحد التصحيحين كما قدمناه أنفا ، والله سبحانه أعلم .

باب الصرف

لما كان عقدا على الأثمان والثن فى الجملة تبع لما هو المقصود من البيع أخره عنه (قوله عنوانه بالباب) قال فى الدرر عنوانه الأكثر بالكتاب وهو لا يناسب لكون الصرف من أنواع البيع كالربا والسلم فالأحسن ما اعتبر ههنا (قوله هو لغة الزيادة) هذا أحد معانيه فى المصباح صرفته عن وجهه صرفا من باب ضرب وصرفت الأجير والصبي خلبت سبيله وصرفت المال أنفقته وصرفت الذهب بالدراهم بعته واسم الفاعل من هذا صيرفى وصيروف (١) وصراف للمبالغة قال ابن فارس الصرف فضل الدرهم فى الجودة على الدرهم وصرفت الكلام زينته ، وصرفته بالتثقيب واسم الفاعل : مصرف والصرف التوبة فى قوله عليه الصلاة والسلام « لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا » والعدل القدية اه زاد فى القاموس فى معنى الحديث المذكور قوله أو هو النافاة . والعدل : الفريضة أو بالعكس أو الوزن : والعدل الكيل ، أو هو الاكتساب : والعدل : القدية أو الخيل اه وقد علمت أنه يطلق لغة على بيع الثمن بالثمن لكنه فى الشرع أخص تأمل (قوله أى ما خالق للثمنية) ذكر نحوه فى البحر . ثم قال : وإنما فسرناه به ليدخل فيه بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد ، فإن المصوغ بسبب ما اتصل به من الصنعة لم يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين فى العقد ومع ذلك يبعه صرف اه (قوله ويشترط عدم التأجيل والخيار) أى وعدم الخيار : أى خيار الشرط بخلاف خيار رؤية أو عيب كما يأتى : ولا يقال هذا مكرر مع قوله الآتى ويفسد بخيار الشرط والأجل ، لأن

(١) (قوله وصيروف) هكذا بخطه ، والذي رأيت فى نسخة من المصباح : وصيرف بخلاف الواو ، وقوله وصرفته بالتثقيب واسم الفاعل الخ هكذا بخطه أيضا ، وفيه سقط والأصل وصرفته بالتثقيب لمبالغة واسم الفاعل الخ ، وقوله فى عبارة القاموس أو الخيل الذى فى عبارته أو الخيلة فليراجع اه مصححه .

أى التساوى وزنا (والتقابض) بالبراجم لا بالتخلية (قبل الاقتراق) وهو شرط بقائه صحيحا على الصحيح (إن احدا جنسا وإن) وصلية (اختلفا جودة وصياغة) لما مر في الربا (وإلا) بأن لم يتجانسا

ذلك تفريع على هذا كما هو العادة من ذكر الشروط ثم التفريع عليها فافهم ، نعم ذكر في النهر أنه لا حاجة إلى جعلهما شرطين على حدة كما جرى عليه في البحر تبعاً للنهاية وغيرها لأن شرط التقابض يفنى عن ذلك ، لأن خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على القولين وذلك يخل بتام القبض وهو ما يحصل به التعيين اهـ ولا يفتنى ما فيه (قوله أى التساوى وزنا) قيد به لأنه لا اعتبار به عدداً بجزء من الذخيرة ، والشرط التساوى في العلم لا بحسب نفس الأمر فقط ، فلو لم يعلم التساوى وكان في نفس الأمر لم يجوز إلا إذا ظهر التساوى في المجلس كما أوضحه في الفتح ، ونذكر قريباً حكم الزيادة والخط (قوله بالبراجم) جمع برجة بالضم : وهى مفاصل الأصابع عن جامع اللغة (قوله لا بالتخلية) أشار إلى أن التقييد بالبراجم للاحتراز عن التخلية ، واشترط القبض بالعمل لا خصوص البراجم ، حتى لو وضعه له في كفه أو في جيبه صار قابضاً (قوله قبل الاقتراق) أى اقتراق المتعاقدين بأبدانها ، والتقييد بالعاقدين بعم المسالكين والنائبين ، وتقييد الفرقة بالأبدان يفيد عموم اعتبار المجلس ، ومن ثم قالوا إنه لا يبطل بما يبدل على الإعراض ، ولو سارا فرسخاً ولم يتفرقا ، وقد اعتبروا المجلس في مسألة هى ما لو قال الأب اشهدوا أنى اشتريت الدينار من ابنى الصغير بعشرة دراهم ثم قام قبل أن يزن العشرة فهو باطل كذا عن محمد ، لأنه لا يمكن اعتبار الفرق بالأبدان نهر .

وفي البحر : لو لادى أحدهما صاحبه مع وراء جدار أو من بعيد لم يجوز لأنهما مفترقان بأبدانها ، وتفرغ على اشتراط القبض أنه لا يجوز الإبراء عن بدل الصرف ولا هبته والتصدق به ، فلو فعل لم يصح بدون قبول الآخر ، فإن قبل انتقض الصرف وإلا لم يصح ولم ينتقض ، وتامه في البحر :

[تنبيه] قبض بدل الصرف في مجلس الإقالة شرط لصحتها كقبضه في مجلس العقد ، بخلاف إقالة السلم ،

وقدمنا الفرق في بابه .

وفي البحر : لو وجب دين بعقد متأخر عن عقد الصرف لا يصير قصاصاً ببدل الصرف وإن تراضيا ، ولو قبض بدل الصرف ثم انتقض القبض فيه لمعنى أوجب انتقاضه يبطل الصرف ، ولو استحق أحد بدليه بعد الاقتراق فإن أجاز المستحق والبدل قائم أو ضمن الناقد وهو هالك جاز الصرف ، وإن استرده وهو قائم أو ضمن القابض قيمته وهو هالك بطل الصرف (قوله على الصحيح) وقيل شرط لانعقاده صحيحاً ، وعلى الأول قول الهداية : فإن تفرقا قبل القبض بطل ، فالأولى أنه منعقد لما بطل بالاقتراق كما في المعراج : وثمرة الخلاف فيما إذا ظهر الفساد فيها هو صرف يفسد فيما ليس صرفاً عند أبي حنيفة ، ولا يفسد على القول الأصح فتح (قوله وإن اختلفا جودة وصياغة) قيد إسقاط الصفقة بالأثمان ، لأنه لو باع إناء نحاس بمثله وأحدهما أثقل من الآخر جاز مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الأموال الربوية أيضاً لأن صفة الوزن في النقدين منصوص عليها فلا تتغير بالصنعة ولا يخرج عن كونه موزوناً بتعارف جعله عددياً لو تعورف ذلك بخلاف غيرها فإن الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزوناً بتعارف عدديته إذا صيغ وصنع كذا في الفتح ، حتى لو تعارفوا ببيع هذه الأواني بالوزن لا بالعدد لا يجوز بيعها بمجلسها إلا متساوياً كذا في الذخيرة نهر (قوله لما مر في الربا) أى من أن جيد مال الربا ورديته سواء ، وتقدم استثناء حقوق العباد : ومر الكلام فيه فراجع ، ومنه ما في البحر عن الذخيرة : غصب قلب فضة ثم استهلكه فعليه قيمته منصوصاً من خلاف جنسه ، فإن تفرقا قبل قبض القيمة جاز بخلاف لوفر لأنه صرف حكماً للضمان

(شرط التقابض) لحرمة النساء (فلو باع) النقدين (أحدهما بالآخر جزافا أو بفضل وتقابضا فيه) أى المجلس (صح ، و) العوضان (لا يتعينان) حتى لو استقرضا فأديا قبل افتراقهما أو أمسكا ما أشار إليه في العقد وأديا مثلهما جاز :

(ويفسد) الصرف (بخيار الشرط والأجل) لإخلالهما بالتقبض (ويصح مع إسقاطهما في المجلس) لزوال المانع وصح خيار رؤية وعيب في مصوغ لا نقد :

الواجب بالغصب لا مقصودا فلا يشترط له القبض اه وإنما ازمه الضمان من خلاف جنسه لثلا يازم الربا لأن قيمته مصوغا أزيد من وزله (قوله شرط التقابض) أى قبل الافتراق كما قيد به في بعض النسخ . وفي البحر عن الذخيرة لو اشترى المودع الوديعه الدراهم بدنانير وافتراقا قبل أن يجدد المودع قبضا في الوديعه بطل الصرف ، بخلاف المصوبه لأن قبض الغصب ينوب عن قبض الشراء بخلاف الوديعه اه (قوله لحرمة النساء) بالفتح أى التأخير فإنه يحرم بإحدى عاتى الربا : أى القدر أو المجلس كما مر في بابه (قوله فلو باع النقدين) تفريع على قوله وإلا شرط التقابض فإنه يفهم منه أنه لا يشترط التماثل ، وقيد بالنقدين لأنه لو باع فضة بفلوس فإنه يشترط قبض أحد البديلين قبل الافتراق لا قبضهما كما في البحر عن الذخيرة : ونقل في النهر عن فتاوى قارى الهداية أنه لا يصح تأجيل أحدهما ثم أجاب عنه ، وقدمنا ذلك في باب الربا ، وقدمنا هناك أنه أحد قولين فراجع عند قول المصنف باع فلوسا بمثلها أو بدراهم الخ (قوله أحدهما بالآخر) احترازا عما لو باع الجنس بالجنس جزافا بحيث لم يصح ما لم يعلم التساوى قبل الافتراق كما قدمناه (قوله جزافا) أى بدون معرفة قدر ، وقوله أو بفضل : أى بخلق زيادة أحدهما على الآخر وسكت عن التساوى للعلم بصحته بالأولى (قوله والعوضان لا يتعينان) أى في الصرف ما دام صحيحا أما بعد فساده فالصحيح التعيين كما في الأشباه ، وقدمناه عنها في أواخر البيع الفاسد ما تعين فيه النقود وما لا تعين (قوله حتى لو استقرضا الخ) صورته قال أحدهما للآخر بعثك درهما بدرهم وقبل الآخر ولم يكن عندهما شيء ثم استقرض كل منهما درهما من ثالث وتقابضا قبل الافتراق صح ، وكذا لو قال بعثك هذا الدرهم بهذا الدرهم وأمسك كل منهما درهما قبل التسليم ودفع كل منهما درهما آخر قبل الافتراق ، ومثله كما في الدرر ما لو استحق كل من العوضين فأعطى كل منهما صاحبه بدل ما استحق من جنسه (قوله وأديا مثلهما) ضمير مثلهما عائد على ما ، وثناه باعتبار المعنى (قوله ويفسد الصرف) أى فسادا من الأصل لأنه فساد مقرون بالعقد كما في المحيط شربلاية (قوله لإخلالهما بالتقبض) لأن خيار الشرط يمتنع به استحقاق القبض ما بقي الخيار لأن استحقاقه مبنى على الملك والخيار يمنعه والأجل يمنع القبض الواجب درر (قوله ويصح مع إسقاطهما في المجلس) هكذا في الفتح وغيره ، والظاهر أن المراد إسقاطهما بنقد البديلين في المجلس لا بقولهما أسقطنا الخيار والأجل ، إذ بدون نقد لا يكتفى وأنه لا يلزم الجمع بين الفعل والقول ، ثم رأيت في القهستاني قال : فلو تفرقا من غير تقابض أو من أجل أو شرط خيار فسد البيع ، ولو تقابضا في الصور قبل التفرق انقلب صحيحا اه : ونحوه في التارخانية فانهم (قوله لزوال المانع) أى قبل تفرقه درر (قوله في مصوغ لا نقد) فيه أن النقد يدخله خيار العيب كما ذكره المصنف في قوله عقبه ظهر بعض الثمن زيوفا الخ .

وقال في البحر : وأما خيار العيب فثبت فيه وأما خيار الرؤية فثبت في العين دون الدين الخ . وفي الفتح : وليس في الدراهم والدنانير خيار رؤية لأن العقد لا يفسخ بردها لأنه إنما وقع على مثلها ، بخلاف التبر والحلى والأواني من الذهب والفضة لأنه ينتقض العقد برده لبعينه فيه الخ فكان الصواب أن يقول في مصوغ لا خيار رؤية في نقد

[فرع] الشرط الفاسد يلتحق بأصل العقد عنده خلافا لها نهر .
 (ظهر بعض الثمن زيوفا فرده ينتقض فيه فقط لا يتصرف في بدل الصرف قبل قبضه) لوجوبه حقا لله تعالى
 (فلو باع دينارا بدراهم واشترى بها) قبل قبضها (ثوبا) مثلا (فسد بيع الثوب) والصرف بحاله :
 (باع أمة تعدل ألف درهم مع طوق) فضة في عنقها (قيمته ألف) إنما بين قيمتهما ليفيد القسام الثمن على المثلث
 أو أنه غير جنس الطوق ، وإلا فالعبرة لوزن الطوق لالقيمتة فقدره مقابل به والباقي بالجارية (بألفين) متعلق ببيع

(قوله الشرط الفاسد الخ) في البحر لو تصارفا جنسا بجنس متساويا وتقابضا وتفرقا ثم زاد أحدهما الآخر شيئا
 أو حط عنه وقبله الآخر فسد البيع عنده : وعند أبي يوسف بطلا وصح الصرف : وعند محمد بطلت الزيادة
 وجاز الحط بمنزلة الهبة المستقبلية وهذا فرع اختلافهم في أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد إذا ألحق به هل يلتحق ،
 لكن محمد فرق بين الزيادة والحط ، ولو زاد أو حط في صرف بخلاف الجنس جاز إجماعا بشرط قبض الزيادة
 قبل الافتراق اه وانظر ما حررناه في أول باب الربا (قوله ينتقض فيه فقط) أي يفسخ الصرف في المردود ويبقى
 في غيره لارتفاع القبض فيه فقط درر :

وفي كافي الحاكم : اشترى عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم وجد فيها درهما ستوقا أو رصاصا ، فإن كانا لم يتفرقا
 استبدله وإن كانا قد تفرقا رده عليه وكان شريكا في الدينار بحصته : وهذا بمنزلة ما لو نقدته تسعة دراهم ثم فارقه اه
 ومقتضاه أنه بعد التفرق لا يتأتى الاستبدال فافهم (قوله لا يتصرف في بلد الصرف قبل قبضه) أي هبة أو صدقة
 أو بيع ، حتى لو وهبه البديل أو تصدق أو أراه منه ، فإن قبل بطل الصرف وإلا لا ، فإن البراءة ونحوها سبب الفسخ
 فلا ينفرد به أحدهما بعد صحة العقد ففتح ، وقيد بالتصرف لأن الاستبدال به صحيح كما مر (قوله فسد بيع الثوب)
 لأنه لو جاز سقط حق القبض المستحق لله تعالى فلا يسقط بإسقاط المتعاقدين ففتح . وعند زفر يصح البيع لأن الثمن
 في بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لأن النقد لا يتعين ، وقواه في الفتح .

ونازعه في البحر بما اعترضه في النهر . وأجاب عما في الفتح بجواب آخر فراجعه ، وأطلق فساد البيع فشمّل
 مالو كان الشراء من صاحبه أو من أجنبي كما في الكافي (قوله والصرف بحاله) أي فيقبض بدله ممن عاقده معه
 فتح ، وهذا بخلاف مالو أراه أو وهبه وقبل فإن الصرف يبطل كما علمت (قوله باع أمة الخ) حاصل هذه المسائل
 أن الجمع بين النقود وغيرها في البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفا بما يقابله . من الثمن نهر (قوله قيمته ألف)
 كون قيمة الجارية مع الطوق متساويين ليس بشرط ، بل إذا بيع نقد مع غيره من جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد
 المضموم إليه ، فلو قال مع طوق زنته ألف بألف ومائة لكان أولى نهر (قوله إنما بين قيمتهما الخ) أشار إلى ما اعترض به
 الزيلعي من أن في عبارة المصنف تسامحا لأنه ذكر القيمة في كل منهما ، ولا تعتبر القيمة في الطوق وإنما يعتبر القدر
 عند المقابلة بالجنس ، وكذا لا حاجة إلى بيان قيمة الجارية ، لأن قدر الطوق مقابل به والباقي بالجارية قلت قيمتها
 أو كثرت ، فلا فائدة في بيان قيمتها إلا إذا قدر أن الثمن بخلاف جنس الطوق فحينئذ يفيد بيان قيمتها لأن الثمن
 ينقسم عليهما على قدر قيمتهما اه : وبه ظهر أن تقييد الشارح أولا الطوق بكوله فضة لا يناسب ، إذ كره من الإقسام
 إلا أن يحمل الألف في قوله قيمته ألف على أنه من الذهب : أي ألف مثقال ، لكن قوله أو أنه غير جنس الطوق
 يناق ذلك ، وقد تبع فيه العيني : وصوابه إذا كان غير جنس الطوق فيوافق ما أجاب به الزيلعي ، لأن الانقسام
 المذكور إنما يكون عند اختلاف الجنس ، وبعد هذا يرد عليه كما قال ظ إنه عند اختلاف الجنس لا تعتبر القيمة
 بل يشترط التقابض كما سيذكره في الأصل الآتي .

(ونقد من الثمن ألفا أو باعها بألفين ألف نقد وألف نسيئة أو باع سيفاً حلبيته خمسون ويخلص بلا ضرر) فباعه (بمائة ونقد خمسين فما نقد) فهو (ثمن الفضة سواء سكت أو قال خذ هذا من ثمنها) تجريراً للجواز، وكذا لو قال هذا المعجل حصه السيف لأنه اسم للحلية أيضاً لدخولها في بيعه تبعاً، ولو زاد خاصة فسد البيع لإزالته الاحتمال

وفي المنع: ولو بيع المصوغ من الذهب أو المزرکش منه بالدرهم فلا يحتاج إلى معرفة قدره، وهل هو أقل أو أكثر؟ بل يشترط القبض في المجلس، فلو بيع بالذهب يحتاج الخ.

قلت: وقد يجاب بأن بيان القيمة له فائدة وإن اختلف الجنس وذلك عند استحقاق الطوق أو الجارية تأمل (قوله ألف نقد وألف نسيئة) قيد بتأجيل البعض، لأنه لو أجل الكل فسد البيع في الكل عنده: وقالوا في الطوق فقط، وتعامه في البحر: وذكر في الدرر أنه لو نقد ألفاً في تأجيل الكل فهو حصه الطوق.

واعترضه في الشرنبلالية بأنه فاسد من الأصل على قول الإمام فلا يحكم بصحته بنقد الألف بعده: وأجيب بأنه إذا نقد حصه الصرف قبل الافتراق يعود إلى الجواز لزوال المفسد قبل تقررته كما مر في اشتراط الأجل (قوله ويخلص بلا ضرر) الأولى إسقاطه كما فعل في الكنز، وقد تبع المصنف في ذكره الوقاية والدرر:

واعترضهم في العزيمة وغيرها، وأيضاً فلامعنى لكونه شرطاً في هذه المسألة لأن البيع صح في الكل: وأجيب بأنه يفهم ما إذا تخلص بضرر بالأولى، نعم ذكره عند قوله الآتي فإن افتراقاً في محله (قوله ونقد خمسين) أي والخمسون الباقية دين أو نسيئة ط.

مطلب يستعمل المثني في الواحد

(قوله تجريراً للجواز) إذ الظاهر قصدهما الوجه المصحح، لأن العقد لا يفيد تمام مقصودهما إلا بالصحة فكان هذا الاعتبار عملاً بالظاهر: والظاهر يجب العمل به إلا إذا صرح بخلافه كما يأتي، وقوله خذ هذا من ثمنها لا يخالفه لأن المثني استعمل في الواحد أيضاً كما في قوله تعالى - يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان - وقوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا إذا سافرتم فأذا نأقوا وأقبا، وتعامه في الفتح: قال في البحر: ونظيره في الفقه إذا حضتاً حيضة أو ولدتما ولدا عاق بإحدهما للإستحالة، بخلاف ما إذا لم يذكر المفعول به للإمكان (قوله لأنه اسم للحلية أيضاً الخ) عبارات الزبلي لأنها شيء واحد وبه يظهر أنه في مسألة الجارية المطوقة لو قال خذ هذا من ثمن الجارية بفسد البيع، وبه صرح في النهر (قوله ولو زاد خاصة فسد البيع) أي بأن قال هذا المعجل حصه السيف خاصة. وعبارة المبسوط: انتقض البيع في الحلية، وظاهره أنه يصح في السيف دون الحلية: وعليه فكان المناسب أن يقول فسد الصرف، لكن هذا محمول على ما إذا كانت الحلية تتميز بلا ضرر لإمكان التسليم، وبهذا الحمل وفق الزبلي بين ما في المبسوط وبين ما في المحيط من أنه لو قال هذا من ثمن النصل خاصة، فإن لم يمكن التمييز إلا بضرر يكون المنقود ثمن الصرف ويصححان جميعاً لأنه قصد صحة البيع ولا صحة له إلا بصرف المنقود إلى الصرف فحكمنا بجوازه تصحيحاً للبيع، وإن أمكن تمييزها بلا ضرر بطل الصرف اه: ولا يخفى حسن هذا التوفيق لأنه إذا صح البيع والصرف مع ذكر النصل يجعل المنقود ثمناً للحلية التي لا يمكن تمييزها إلا بضرر يلزم أن يصح مع ذكر السيف بالأولى، إذ لا شك أن لفظ النصل أخص من لفظ السيف لأن السيف يطلق على النصل والحلية، وبه اندفع ما في البحر، نعم في كلام الزبلي نظر من وجه آخر بيناه فيما علقناه على البحر.

(فإن افترقا من غير قبض بطل في الحلية فقط) وصح في السيف (أن يخلص بلا ضرر) كطوق الجارية (وإن لم يخلص) إلا بضرر (بطل أصلا) والأصل أنه متى بيع نقد مع غيره كفضض ومزركش بنقد من جنسه شرط زيادة الثمن ؛ فلو مثله أو أقل أو جهل بطل ولو بغير جنسه

[تنبيه] بقي مالو قال نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف فالمقبوض من ثمن الحلية كما في الزيلعي ؛ والظاهر حمله على ما إذا لم يمكن تمييزه بلا ضرر ، فلو أمكن فسد الصرف في نصف الحلية ، يدل عليه ما في كافي الحاكم ولو باع قلب فضة فيه عشرة وثوبا بعشرين درهما فنقده عشرة وقال لصفها من ثمن القلب ونصفها من ثمن الثوب ثم تفرقا وقد قبض القلب والثوب انتقض البيع في نصف القاب . وأما في السيف إذا سمي فقال نصفها من ثمن الحلية ونصفها من ثمن نصل السيف ثم تفرقا لم يفسد البيع اه تأمل ، وانظر ماعلقناه على البحر (قوله وصح في السيف) لعدم اشتراط قبض ثمنه في المجلس نهر (قوله كطوق الجارية) الأولى كالجارية المطوقة لأنه إذا تخلص السيف عن حليته بلا ضرر يقدر على تسليمه فيصير كبيع الجارية مع طوقها (قوله بطل أصلا) أي بطل بيع الحلية والسيف لتعذر تسليم السيف بلا ضرر كبيع جذع من سقف نهر :

مطلب في بيع الموه

[تنبيه] قال في كافي الحاكم : وإذا اشترى لجاما مموها بفضة بدرهم أقل مما فيه أو أكثر فهو جائز لأن التمويه لا يخلص ؛ ألا ترى أنه إذا اشترى الدار الموهة بالذهب بثمن مؤجل يجوز ذلك وإن كان ما في سقوفها من التمويه بالذهب أكثر من الذهب في الثمن اه : والتمويه : الطلي : ونقل الخيز الرمل نحوه عن المحيط ؛ ثم قال : وأقول يجب تقييد المسألة بما إذا لم تكثر الفضة أو الذهب الموه : أما إذا كثرت بحيث يحصل منه شيء يدخل في الميزان بالعرض على النار يجب حينئذ اعتباره ولم أره لأصحابنا : لكن رأيت للشافعية وقواعدنا شاهدة به فتأمل اه (قوله والأصل الخ) أشار به إلى فائدة قوله فباعه بمائة أي بثمن زائد على قدر الحلية التي من جنس الثمن ليكون قدر الحلية ثمنها لها والزائد ثمنها للسيف ، إذ لو لم تتحقق الزيادة بطل البيع : أما لو كان الثمن من خلاف جنسها جاز البيع كيفما كان لجواز التفاضل كما في البحر ، ومقتضاه أن المؤدى من خلاف الجنس وإن قل يقع عن ثمن الحلية وغير المؤدى يكون ثمن النصل محريا للجواز .

مطلب في بيع المفضض والمزركش وحكم علم الثوب

(قوله كفضض ومزركش) الأول مارصع بفضة أو ألبس فضة كسرج من خشب ألبس فضة ، والثاني في العرف هو المطرر بغيوط فضة أو ذهب ، وبه خبر في البحر : وأما حلية السيف فتشمل ما إذا كانت الفضة غير ذلك كقبعة السيف تأمل ، وخرج الموه كما علمت آنفا .

[تنبيه] لم يذكر حكم العلم في الثوب : وفي الذخيرة : وإذا باع ثوبا منسوجا بذهب بالذهب الخالص لا بد لجوازه من الاعتبار ، وهو أن يكون الذهب المنفصل أكثر ، وكان ينبغي أن يجوز بدونه لأن الذهب الذي نسج خرج عن كونه وزيا ولذا لا يباع وزنا ، لكنه وزني بالنص فلا يخرج عن كونه مال ربا . ثم قال : وفي المنتقى أن في اعتبار الذهب في السقف روايتين فلا يعتبر العلم في الثوب ، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يعتبر اه : وفي التارخانية عن الغياية : ولو باع دارا في سقوفها ذهب بذهب ، في رواية لا يجوز بدون الاعتبار لأن الذهب لا يكون تبعاً ،

شرط التقابض فقط .

(ومر ببيع إثناء فضة بفضة أو بذهب ونقد بعض ثمنه) في المجلس (ثم افترقا صح فيما قبض واشتركا في الإناء) لأنه صرف (ولا خيار للمشتري) لتعيبه من قبله بعدم نقده (بخلاف هلاك أحد العبدین قبل القبض) فيخير لعدم صنعه (وإذا استحق بعضه) أي الإناء (أخذ المشتري ما بقي بقسطه أو رد) لتعيبه بغير صنعه .

قلت : ومفاده تخصيص استحقاقه بالبينة لا بإقراره ، فليحذر (فإن أجاز المستحق قبل فسخ الحاكم العقد جاز العقد) اختلفوا متى يفسخ البيع إذا ظهر الاستحقاق ، وظاهر الرواية أنه لا يفسخ ما لم يفسخ وهو الأصح فتح

بخلاف علم الثوب والإبريسم في الذهب فإنه لا يعتبر لأنه تبع محض اه . وظاهر التعليل أن ذهب السقوف عين قائمة لا مجرد تمويه ، وبدل عليه ما قدمناه آنفا عن الكافي من أن المموه لا يعتبر لكونه لا يخلص . وفي الهندية عن المحيط والدار فيها صفائح ذهب أو فضة يبيعهما بجنسها كالسيف المحلى اه :

وحاصل هذا كله اعتبار المنسوج قولا واحدا واختلاف الرواية في ذهب السقف والعلم وأن المعتمد عدم اعتباره في المنسوج ، وقد علم بهذا أن الذهب إن كان عينا قائمة في المبيع كسامير الذهب ونحوها في السقف مثلا يعتبر كطوق الأمة وحلية السيف ، ومثله المنسوج بالذهب فإنه قائم بعينه غير تابع ، بل هو مقصود بالبيع كالحلابة والطوق ، وبه صار الثوب ثوبا ولذا يسمى ثوب ذهب ، بخلاف المموه لأنه مجرد لون لا عين قائمة ، وبخلاف العلم في الثوب فإنه تبع محض فإن الثوب لا يسمى به ثوب ذهب . ولا يرد ما قدمه الشارح من أن الحلبة تبع للسيف أيضا ، فإن تبعيتها له حيث دخولها في مسماه عرفا سواء كانت فيه أو في قرابه لكنها أصل من حيث قيامها بذاتها وقصدتها بالشراء كطوق الجارية ، ولا كذلك علم الثوب لأن الشرع أهدر اعتباره حتى حل استعماله ، لكن ينبغي أنه لو زاد على أربعة أصابع أن يعتبر هنا أيضا ، هذا ما ظهر لي في تحرير هذا المجل فتأمل ، (قوله شرط التقابض فقط) أي ولا يشترط تحقق زيادة الثمن كما قدمناه (قوله صح فيما قبض) لوجود شرط الصرف فيه نهر (قوله لأنه صرف) هذا علة العلة لأن علة الاشتراك بطلان البيع فيما لم يقبض لأنه صرف أو هو علة لقوله صح فيما قبض وما بعده ، والمراد أنه صرف كله كما في الهداية : قال في الكفاية : فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد ، بخلاف مسألتي الجارية مع الطوق والسيف مع الحلبة فإن كل واحدة منهما صرف وبيع فإذا نقد بدل الصرف صح في الكل (قوله لتعيبه من قبله) أي لتعيب الإناء بعيب الشركة من جهة المشتري بضمنه بسبب عدم نقده كل الثمن قبل الاقتراق (قوله فيخير) أي في أخذ الباقي (قوله وإذا استحق بعضه) أي وقد كان نقد كل الثمن (قوله لتعيبه بغير صنعه) لأن عيب الاشتراك كان موجودا عند البائع مقارنا للعقد (قوله ومفاده) أي مفاد التعليل المذكور (قوله لا بإقراره) أي لو ادعى المستحق بعض الإناء فأقر له به المشتري لا يخير ، لأن الشركة ثبتت بصنعه ، ولا يخفى أن النكول عن اليمين إن كان مني البائع فهو كالبينة ، وإن كان من المشتري فهو في حكم الإقرار منه ، ولذا لا يرجع بالثمن على بائعه إذا نكل ، كما لو أقر كما مر في بابه . (قوله اختلفوا النخ) فإنه قيل إن العقد يفسخ بقضاء القاضي للمستحق بالاستحقاق وهو رواية الخصاص ، وقيل لا ما لم يرجع المشتري على بائعه ، وقيل ما لم يأخذ المستحق العين ، وقيل ما لم يقض على البائع بالثمن : وفي الهداية أنه ظاهر الرواية ، وقدمنا تحرير الكلام على ذلك والتوفيق بينه وبين ما نقله عن الفتح فراجع في أول باب الاستحقاق ، وأشار الشارح إلى أن ما مشى عليه المصنف أحسن مما في البحر عن السراج حيث قال فإن أجاز المستحق قبل أن يحكم له بالاستحقاق ، فإن مفهومه أنه ليس له الإجازة بعد الحكم بالاستحقاق لانفساخ العقد

(وكان الثمن له يأخذه البائع من المشتري ويسلمه له إذا لم يفترقا بعد الإجازة ويصير العاقد وكيلًا للمجيز فيعلق أحكام العقد به دون المجيز) حتى يبطل العقد بمفارقة العاقد دون المستحق جوهرية .
 (ولو باع قطعة نقرة فاستحق بعضها أخذ) المشتري (ما بقى بقسطه بلا خيار) لأن التبعض لا يضرها (و) هذا (لو) كان الاستحقاق (بعد قبضها وإن قبل قبضها له الخيار) لتفرق الصفقة ، وكذا الدينار والدرهم جوهرية (وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين) بصرف الجنس بخلاف جنسه (و) مثله (بيع كرتين وكرتين شعير بكري وكري شعير) كذا (بيع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار ، وصح بيع درهم صحيح ودرهم غلة) بفتح وتشديد : ما يردده بيت المال ويقبله التجار (بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) للمساواة وزنا

بالحكم ، وهذه رواية الخصاصف كما علمت ، وهي خلاف ظاهر الرواية (قوله وكان الثمن له) أي للمستحق ، لأن البائع كان فضوليا في بيع ما استحقه المستحق وتوقف على إجازته قبل الفسخ ، فإذا أجاز نفذ العقد وكان الثمن له (قوله إذا لم يفترقا) أي البائع والمشتري ، وهذا متعلق بقوله جاز العقد (قوله بعد الإجازة) كذا في البحر عن السراج مع أن الذي في الجوهرية وهي للحدادي صاحب السراج قبل الإجازة ، ويؤيده قوله في السراج والجوهرية حتى لو افترق العاقدان قبل إجازة المستحق بطل العقد ، وإن فارقه المستحق قبل الإجازة والمتعاقدان باقيان في المجلس صح العقد اهـ .

والحاصل أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيصير هذا الفضولي بعد الإجازة كأنه كان وكيلًا بالبائع قبلها فإن حصل التقابض بينه وبين المشتري قبل الافتراق نفذ العقد بالإجازة اللاحقة ، وإن افتراقا قبل التقابض لا ينفذ العقد بها ، لأنه لو كان وكيلًا حقيقة قبل العقد يفسد بالافتراق بلا قبض فكيف إذا صار وكيلًا بالإجازة اللاحقة ؟ ثم إذا حصل التقابض قبل الافتراق والإجازة ثم أجاز نفذ العقد وإن افتراقا بعد ، أما إذا أجاز قبل الافتراق والتقابض ، فلا بد من التقابض بعدها قبل الافتراق لفساد العقد بالافتراق بدون تقابض وإن أجاز قبله ، وعلى هذا يحمل كلام المصنف (قوله ولو باع قطعة نقرة) بضم النون ، وهي كما في المغرب والقاموس : القطعة المذابة من الذهب أو الفضة ، وقبل الإذابة تسمى تبرا كما في المصباح ، ويقال نقرة فضة على الإضافة للبيان كما في المغرب (قوله لأن التبعض لا يضرها) فلم يلزم عيب الشركة لإمكان أن يقطع حصته مثلا نهر (قوله لتفرق الصفقة) أي قبل تمامها ، بخلاف ما بعد القبض لتمامها بجر ، ويقال فيما إذا أجاز المستحق قبل فسخ الحاكم العقد ما قيل في مسألة الإناء السابقة أفاده الشرنبلالي (قوله وكذا الدينار والدرهم) أي نظير النقرة لأن الشركة في ذلك لا تعد عيبا كذا في السكرخي منح عن الجوهرية : أي لو استحق بعضه لا يخرجه لأنه ليس عيبا ، قال ط لإمكان صرفه واستيفاء كل حقه من بدله (قوله بصرف الجنس بخلاف جنسه) أي تصحيحا للعقد : كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فإنه ينصرف إلى نصيبه تصحيحا للعقد .

وفي الظهيرية عن المبسوط : باع عشرة وثوبًا بعشرة وثوبًا وافتراقا قبل القبض بطل العقد في الدراهم ، ولو صرف الجنس إلى خلاف جنسه لم يبطل ، ولكن قبل في العقود للتصحيح في الابتداء ولا يحتاج للبقاء على الصحة اهـ بحر : أي لأن الفساد هنا عرض بالافتراق قبل قبض (قوله وكذا بيع أحد عشر درهما الخ) فتكون العشرة بالعشرة والدرهم بالدينار ، وأردف هذه المسألة وإن علمت مما قبلها لبيان أن صرف الجنس إلى خلاف جنسه ، لا فرق فيه بين أن يوجد الجنس في كل من البدلين أو أحدهما أفاده في النهر عن العناية (قوله بفتح وتشديد) أي بفتح العين المعجمة وتشديد اللام (قوله ما يردده بيت المال) أي لا يزيافتها بل لكونها قطعاً عزمي عن النهاية ، وفيه وفيه بين تفسيرها بما ذكر الشارح وتفسيرها بالدراهم المقطعة هـ

وعدم اعتبار الجودة (و) صبح (بيع من عليه عشرة دراهم) دين (ممن هي له) أي من دائه فصبح بيعه منه (ديناراً بها) اتفاقاً ، وتقع المقاصة بنفس العقد إذ لاربا في دين سقط (أو) بيعه (بعشرة مطلقة) عن التقيد بدين عليه (إن دفع) البائع (الدينار) للمشتري (وتقاصا العشرة) الثمن (بالعشرة) الدين أيضاً استحساناً (وما غلب فضته وذهب فضة وذهب)

مطلب في حكم بيع فضة بفضة قليلة مع شيء آخر لإسقاط الربا

[تنبيه] في الهداية : ولو تباعا فضة بفضة أو ذهباً بذهب ومع أقلهما شيء آخر تباع قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة ، وإن لم تبلغ فع الكراهة ، وإن لم يكن له قيمة لا يجوز البيع لتحقق الربا إذ الزيادة لا يقابلها عوض فتكون ربا هـ : وصرح في الإيضاح بأن الكراهة قول محمد . وأما أبو حنيفة فقال لا بأس . وفي المحيط : إنما كرهه محمد خوفاً من أن يألفه الناس ويستعملوه فيما لا يجوز وقيل لأنهما باشرا الحيلة لإسقاط الربا كبيع العينة فانه مكروه هـ بحر .

وأورد أنه لو كان مكروها لزم أن يكره في مسألة الدرهمين والدينار بدرهم ودينارين ولم يذكره . وأجيب عنه بجواب اعترضه في الفتح ثم قال : وغاية الأمر أنه لم ينص هناك على الكراهة فيه ثم ذكر أصلاً كذا يفيد ، وينبغي أن يكون قول أبي حنيفة أيضاً على الكراهة كما هو ظاهر إطلاق المصنف بلا ذكر خلاف هـ ويأتي الكلام على بيع العينة آخر الباب وفي الكفالة إن شاء الله تعالى ، وانظر ما قدمناه قبيل الربا (قوله ممن هي له) متعلق ببيع (قوله فصبح بيعه منه) هذا وإن علم لنكن كرهه ليبين أن قوله ديناراً مفعول بيع ، وكان الأوضح والأخصر للمصنف أن يقول وصبح ببيع دينار بعشرة عليه أو مطلقة ممن هي له . (قوله وتقع المقاصة بنفس العقد) أي بلا توقف على إرادتهما لها ، بخلاف المسألة الآتية ، ووجه الجواز أنه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وذلك جائز إجماعاً لأن التعيين للاحتراز عن الربا أي ربا النسبة ولاربا في دين سقط إنما لاربا في دين يقع الخطر في عاقبته ، ولذا لو تصارفا دراهم ديناً بدنانير ديناً صح لفوات الخطر (قوله إن دفع البائع الدينار) قيد في الصورتين ط عن مكي (قوله وتقاصا العشرة) قيد في الثانية فقط نهر (قوله بالعشرة الدين استحساناً) والقياس أن لا يجوز ، وهو قول زفر لكونه استبدالاً ببديل الصرف قبل قبضه وجه الاستحسان أنه بالتقايض الفسخ العقد الأول وانعقد صرف آخر مضاف إلى الدين لأنهما لما خيرا موجب العقد فقد فسخاه إلى آخر ما اقتضاه ، كما لو جدد البيع بأكثر من الثمن الأول كذا قالوا وتماه في النهر ، وأطلق في العشرة الدين فشمّل ما إذا كالت عليه قبل عقد الصرف أو حدثت بعده في الأصبح ، فإذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشتري أو غصب منه فقد صار قصاصاً ولا يحتاج إلى التراضي لأنه قد وجد منه القبض بحر بلخصاً ، ولا يخفى أن هذا خاص بالصورة الثانية ، إذ في المقيدة لا يتصور أن يكون الدين حادثاً لأن فرضها أن يبيع الدينار بعشرة عليه ، فما في النهر من ذكر ذلك في الأولى سبق قلم فتنبه .

ثم قال في البحر : والحاصل أن الدين إذا حدث بعد الصرف ، فإن كان بقرض أو غصب وقعت المقاصة وإن لم يقاصا وإن حدث بالشراء بأن باع مشتري الدينار من بائع الدينار ثوباً بعشرة إن لم يجعله قصاصاً لا يصبر قصاصاً باتفاق الروايات ، وإن جعله ففيه روايتان ذخيرة .

حكما (فلا يصح بيع الخالص به ، ولا يبيع بعضه ببعض إلا متساويا وزنا و) كذا (لا يصح الاستقراض بها إلا وزنا) كما مر في بابه (والغالب) عليه (الغش منهما في حكم عروص) اعتبارا للغالب (فصح بيعه بالخالص إن كان الخالص أكثر) من المشوش ليكون قدره بمثله والزائد بالغش كما مر (ويجنسه متفاضلا) وزنا وعددا بصرف الجنس لخلافه (بشرط التقابض) قبل الافتراق (في المجلس) في الصورتين

مطلب مسائل في المقاصة

ومن مسائل المقاصة ما لو كان للمودع على صاحب الوديعة دين من جنسها لم تصر قصاصا به إلا إذا اتفقا عليه وكانت في يده أو رجع إلى أهله فأخذها والمقصوب كالوديعة ، وكذلك لا تقع المقاصة ما لم يتقاصبا لو كان الدينان من جنسين أو متفاوتين في الوصف ، أو مؤجلين أو أحدهما حالا والآخر مؤجلا أو أحدهما غلة والآخر صحيحا كما في الذخيرة . وإذا اختلف الجنس وتقاصبا كما لو كان له عليه مائة درهم وللمديون مائة دينار عليه فإذا تقاصبا تصير الدراهم قصاصا بمائة من قيمة الدينارين ويبقى لصاحب الدينارين على صاحب الدراهم ما تبقى منها ظهيرية ودين النفقة للزوجة لا يقع قصاصا بدين للزوج عليها إلا بالتراضى ، بخلاف سائر الديون لأن دين النفقة أدنى ، فروق الكرابيسى اه ملخصا قال : وتقدم شيء من مسائل المقاصة في باب أم الولد (قوله حكما) تمييز محول عن المبتدأ : أى حكم ما غلب فضته وذمبه حكم الفضة والذهب الخالصين وذلك لأن النقود لا تخلو عن قليل غش للانطباع وقد يكون خلقيا كما في الرديء فيعتبر القليل بالرديء فيكون كالمستهلك ط (قوله الاستقراض بها) الأوضح استقراضه ط وبه عبر في الملتقى (قوله كما مر في بابه) لم أره صرح بذلك في باب القرض (قوله في حكم عروص) الأولى تعبير الكنز بقوله ليس في حكم الدراهم والدينارين وذلك لأنه يجب فيها الاعتبار والتقابض ، ولا تتعين بالتعيين إن راجت (قوله اعتبارا للغالب) أى في الصورتين (قوله إن كان الخالص أكثر من المشوش) أى أكثر من الخالص الذى خالطه الغش . والأوضح أن يقول أكثر مما في المشوش :

قال في الفتح : ولا يخفى أن هذا لا يتأتى في كل دراهم غالبية الغش ، بل إذا كانت الفضة المغلوبة بحيث لا تتخلص من النحاس إذا أريد ذلك . أما إذا كانت بحيث لا تتخلص لقاتها بل تحترق لاصبره بها أصلا بل تكون كالموهمة لا تعتبر ولا تراعى فيها شرائط الصرف وإنما هو كاللون ، وقد كان في أوائل سبعمائة في فضة دمشق قريب من ذلك . قال المصنف : أى صاحب الهداية ومشايخنا يعنى مشايخ ما وراء النهر من بخارى وسمرقند لم يفتوا بجواز ذلك أى بيعها بجنسها متفاضلا في العدالي والغطارفة مع أن الغش فيها أكثر من الفضة لأنها أحر الأموال في ديارنا ، فلو أبيع التفاضل فيها يفتح باب الربا الصريح فإن الناس حينئذ يعتادون في الأجرال النفيسة فيقدرجون ذلك في النقود الخالصة فمنع حسبا لمادة الفساد اه : وفي البزازية والصواب أنه لا يفتى بالجواز في الغطارفة لأنها أحر الأموال وعليه صاحب الهداية والفضل (قوله كما مر) أى في مسألة بيع الزيت بالزيت بحر ، وهذه مرت في باب الربا . ويحتمل كون التشبيه راجعا إلى ما في المتن من اشتراط كون الخالص أكثر ، ومراده بما مر مسألة حلية السيف كما أفاده في الهداية (قوله وزنا وعددا) أى على حسب حالها في الرواج :

قال في الهداية : ثم إن كانت تروج بالوزن فالتابع والاستقراض فيها بالوزن ، وإن كانت تروج بالعد فبالعد ، وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لأن المعتاد فيها إذا لم يكن نص اه ويأتى قريبا (قوله بصرف الجنس لخلافه) أى بأن يصرف فضة كل واحد منهما إلى غش الآخر (قوله في الصورتين)

لفرر التمييز (وإن كان الخالص مثله) أى مثل المغشوش (أو أقل منه أو لا يدري فلا) يصح البيع للربا فى الأولين
ولاحتماله فى الثالث (وهو) أى الغالب الغش (لا يتعين بالتعيين إن راج) لثمنيته حينئذ (وإلا) برج (تعين به)
كساعة وإن قبله البعض فكزيوف فيتعلق العقد بجنسه زيفا إن علم البائع بحاله وإلا فبجنسه جيد (و) صح
(المبايعة والاستقراض بما يروج منه) عملا بالعرف فيما لانص فيه ، فإن راج (وزنا) فيه (أو عددا) فيه (أو بهما)
فبكل منهما (والمتساوى) غشه وفضته وذهبه (كغالب الفضة) والذهب (فى تباع واستقراض) فلم يجز إلا بالوزن
إلا إذا أشار إليهما

أى صورة بيعه بالخالص وصورة بيعه بجنسه (قوله لفرر التمييز) قال فى البحر : يشترط التقابض قبل الافتراق
لأنه صرف فى البعض لوجود الفضة أو الذهب من الجانبين ، ويشترط فى الغش أيضا لأنه لا يتميز إلا بضرر اه
فالعلة المذكورة لاشتراط قبض الغش ، فاشتراط قبضه لا لذاته بل لأنه لا يمكن فصله عن الخالص الذى فيه
المشروط قبضه لذاته .

لا يقال : إن النحاس الذى هو الغش موزون أيضا فقد وجد فيه القدر فيشترط قبضه لذاته أيضا . لأننا نقول
وزن الدراهم غير وزن النحاس ونحوه فلم يجمعهما قدر وإلا لزم أن لا يجوز بيع القطن ونحوه مما يوزن إلا إذا كان
ثمنه من الدراهم . مقبوضا فى المجلس لأن القدر يحرم النساء مع أنه يجوز السلم فيه كما مر فى بابيه . ولا يخفى أن الغش
لو كان فضة فى ذهب فالشرط قبض الكل لذاته لأنه صرف فى الكل (قوله وإن كان الخالص مثله الخ) محترز
قوله إن كان الخالص أكثر :

وحاصله أن الصور أربعة : إما أن يكون الخالص أكثر أو مثله أو أقل أو لا يدري ، فيصح فى الأولى فقط دون
الثلاثة الباقية كما مر فى بيع السيف مع حلته (قوله أى مثل المغشوش) أى الذى اختلط بالغش (قوله فلا يصح البيع)
أى لاقى الفضة ولا فى النحاس أيضا إذا كان لا تنخلص الفضة إلا بضرر فتح (قوله للربا فى الأولين) بزيادة الغش
فى الأول وزيادته مع بعض الذهب أو الفضة فى الثانى ط (قوله ولا احتمال فى الثالث) وللشبهة فى الربا حكم الحقيقة ط
(قوله لا يتعين بالتعيين) فلو قال اشتريت بهذه الدراهم فله أن يمسكها ويدفع غيرها مثله (قوله لثمنيته حينئذ) أى
حين إذ كان رائجا لأنه بالاصطلاح ضار أمانا ، فما دام ذلك الاصطلاح موجودا لا تبطل الثمنية لقيام المقضى بجره ،
فلو هلك قبل القبض لا يبطل العقد فتح (قوله تعين به) أى بالتعيين لأن هذه الدراهم فى الأصل سلعة وإنما صار
أمانا بالاصطلاح ، فإذا تركوا المعاملة بها رجعت إلى أصلها بجر فيبطل العقد بهلاكها قبل التسليم ، هذا إذا كانا
يعلمان بحالها ويعلم كل منهما أن الآخر يعلم ، فإن كانا لا يعلمان أو لا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل الآخر يعلم
فإن البيع يتعلق بالدراهم الرائجة فى ذلك البلد لا بالمشار إليه من هذه الدراهم التى لا تروج فتح (قوله إن علم البائع
بحاله) لأنه رضى بذلك وأدرج نفسه فى البعض الذين يقبلونها فتح (قوله وإلا) أى وإن كان لا يعلم بحال هذه
الدراهم أو باعه بها على ظن أنها جياد تعلق حقه بالجياد لعدم الرضا بها بجر (قوله بما يروج منه) أى من الذى
غلب غشه (قوله عملا بالعرف الخ) الأولى ذكره بعد قوله فبكل منهما ، لأن المراد أن اعتبار الوزن أو العدد
أو كل منهما مبنى على ما هو المتعارف فيها من ذلك (قوله فيه) أى فالبيع والاستقراض بالوزن (قوله وذهبه)
الأولى عطفه بأو (قوله فلم يجز إلا بالوزن) بمنزلة الدراهم الرديئة لأن الفضة فيها موجودة حقيقة ولم تصر مغلوبة
فيجب الاعتبار بالوزن شرعا بجر (قوله إلا إذا أشار إليهما) أى إلى المتساوى وغالب الفضة أى فى المبايعة فيكون
بيانا لقدرها ووصفها ولا يبطل البيع بهلاكها قبل القبض ويعطه مثلها لكونها ثمننا لم تعين بجر ، وأفاد أنه

كما في الخلاصة (و) أما (في الصرف) فـ (كغالب غش) فيصح بالاعتبار المار (اشترى شيئا به) بغالب الغش وهو نافق (أو بفلوس نافقة فكسد) ذلك (قبل التسليم) للبائع (بطل البيع ، كما لو انقطعت) عن أيدي الناس فإنه كالفساد ، وكذا حكم الدراهم لو كسدت أو انقطعت بطل وصحهاه بقيمة المبيع ، وبه يفق رقعا بالناس بحر وحقائق (وحدالفساد أن تترك المعاملة بها في جميع البلاد) فلو راجت في بعضها لم يبطل

في الاستقراض لا يجوز إلا وزنا وإن أشار إليها (قوله كما في الخلاصة) أي كما لو أشار إلى الدراهم الخلاصة من الغش وعبارة النهر كما لو أشار إلى الجياد اه أي فإنه يجوز البيع بما أشار إليه منها بلا وزن أيضا (قوله فيصح بالاعتبار المار) أي إذا بيعت بجنسها بصرف الجنس إلى خلاف جنسه : أي بأن يصرف مافي كل منهما من الغش إلى مافي الآخر من الفضة كما مر في الغالب غشه ، وظاهره جواز التفاضل هنا أيضا ، لكن قال الزياهي : وفي الخاتمة إن كان نصفها صفرا ونصفها فضة لا يجوز التفاضل ، فظاهره أنه أراد به فيما إذا بيعت بجنسها ، وهو مخالف لما ذكرنا ووجهه أن فضتها لما لم تصر مغلوبة جعلت كأن كلها فضة في حق الصرف احتياطا اه وأقره في البحر والنهر والمنح : وظاهره اعتماد مافي الخاتمة تأمل .

وقال الزبلي : ولو باعها بالفضة الخلاصة لا يجوز حتى تكون الخلاصة أكثر مما فيه من الفضة لأنه لاغلبة لأحدهما على الآخر فيجب اعتبارهما ، فصار كما لو جمع بين فضة وقطعة نحاس فباعهما بمثلها أو بفضة فقط اه وقوله لاغلبة لأحدهما أي لو أحد من الغش والفضة التي فيه المساوية له (قوله وهو نافق) أي رائج من باب تعب (قوله فكسد) من باب قتل أي لم ينفق لقلة الرغبات فيه مصباح (قوله ذلك) أفاد به أن أفراد الضمير في كسد باعتبار المذكور ، وفيه أن العطف بأو والأولى فيه الإفراد ط (قوله قبل التسليم للبائع) قيد به لأنه لو قبضها ولو فضوليا فيه فكسدت لا يفسد البيع ولا شيء له نهر ، وسينبه عليه الشارح : وفي النهر أيضا وإن كان نقد بعض الثمن دون بعض فسد في الباقي (قوله بطل البيع) أي ثبت للمشتري فسخه كما يأتي مع مافيه ، ووجه بطلانه عند الإمام كما في الهداية أن الثمن يهلك بالفساد لأن الثمنية بالاصطلاح ولم يبق فبقى بيعا بلا ثمن فيبطل ، فإذا بطل يجب رد المبيع إن كان قائما ، وقيمه إن كان هالكا كما في البيع الفاسد اه (قوله فإنه كالفساد) كذا في البحر تبعا للزبلي . وفي المضمرة : لو انقطع ذلك فعليه من الذهب والفضة قيمته في آخر يوم انقطع هو المختار . وفي الذخيرة : الانقطاع كالفساد والأول أصح اه رمى عن المصنف (قوله وكذا حكم الدراهم) كذا في البحر ولم أره لغيره وقال محشيه الرملي : أي الدراهم التي لم يغلب عليها الغش ، فاقصر المصنف على غالب الغش والفلوس لغلبة الفساد فيهما دون الجيدة تأمل اه ملخصا .

قلت : لكن علمت أن بطلان البيع في كساد غالب الغش والفلوس معلل عند الإمام ببطلان الثمنية فبقى بيعا بلا ثمن ، ولا شك أن الجياد لا تبطل ثمنيتها بالفساد لأن ثمنيتها بأصل الخلقة كما صرحوا به بالاصطلاح ، فلا وجه لبطلانه عنده بفساد الجياد ، فالظاهر أن مراد البحر بالدراهم غالبية الغش ، لكنه مكرر بما في المتن تأمل .

ثم رأيت في الفتح قال : ولأبي حنيفة أن الثمن يهلك بالفساد لأن مالية الفلوس والدراهم للغالبية الغش بالاصطلاح لا بالخلقة ، بخلاف النقدين فإن ماليتهما بالخلقة بالاصطلاح اه . نعم يمكن أن يجاب بأن هذا في النقد الخالص والمغشوشة التي غلبت فضتها مخالفه ، لكن قد مر أنها كاخلاصة لأن الفضة قلما تنطبق إلا بقليل غش . والحاصل أن ما ذكره في البحر وتبعه الشارح يحتاج إلى نقل صريح أو يحمل على ما قلنا أولا فتأمل ، وانظر ما قدمناه أول البيوع عند قوله وبثمن حال ومؤجل (قوله وصحهاه بقيمة المبيع) صحابه بقيمة الثمن سألحائي أو بقيمة

بل يتخير البائع لتعيبها (و) حد الانقطاع عدم وجوده في السوق وإن وجد في أيدي الصيارفة (و) في البيوت ، كذا ذكره العيني وابن الملك بالمعطف خلافا لما في نسخ المصنف ، وقد عزاد للهداية ، ولم أورد فيها ، والله أعلم . وفي البرازية لو راجت قبل فسخ البائع البيع عاد جائزا لعدم انفساخ العقد بلا فسخ ، وعليه فتقول المصنف بطل البيع : أي ثبت للبائع ولاية فسخه ، والله الموفق (و) قيد بالكساد لأنه (لو نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله) إجماعا ولا يتخير البائع (و) عكسه (لو غلت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ، ولا يتخير المشتري ويطالب بنقد ذلك العيار الذي كان) وقع (وقت البيع) فتح ، وقيد بتوابع التسليم ، لأنه (لو باع دلال) وكذا فضولي (متاع الغير بغير إذنه بدراهم معلومة واستوفهاها فكسدت قبل دفعها إلى رب المانع لا يفسد

المالك ط : قال في الفتح : وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد لا يبطل . ثم اختلفوا فقال أبو يوسف عليه قيمتها يوم البيع : قال في الذخيرة : وعليه الفتوى لأنه مضمون بالبيع كقوله في المنصوب إذا هلك عليه قيمته يوم الغصب لأنه يوم تحقق السبب : وقال محمد : عليه قيمتها آخر ما تعامل الناس بها وهو يوم الانقطاع لأنه أوان الانتقال إلى القيمة : وفي المحيط والتممة والحتمائق به يفتى رفقا بالناس اه ونحوه في البحر ، وبه تعلم ما في عبارة الشارح (قوله بل يتخير البائع لتعيبها) قال في البحر وإن كانت تروج في بعض البلاد لا يبطل لكنه تعيب إذا لم ترح في بلدهم فيتخير البائع ، إن شاء أخذه وإن شاء أخذ قيمته اه . ومفاده أن التخيير خاص بما إذا كان الكساد في بلد العقد (قوله خلافا لما في نسخ المصنف) حيث قال في البيوت بدون عطف (قوله لو راجت) أي بعد الكساد (قوله عاد جائزا) الأولى أن يقول بقي على الصحة بدليل التعليل أفاده ط (قوله أي ثبت للبائع ولاية فسخه) هذا تفسير المحذوف وهو مؤول وذلك المحذوف خبر المبتدأ وهو قول ثم إن ما ذكره مأخوذ من البحر استدلالا بعبارة البرازية ، والظاهر أن ما فيها مبنى على قول البعض : في الفتح : لو اشترى مائة فلس بدراهم فكسدت قبل القبض بطل البيع استحسانا لأن كسادها كهلاكها ، وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد . وقال بعض مشايخنا إنما يبطل العقد إذا اختار المشتري إبطاله فسحا لأن فساده كعيب فيها والمعتود عليه إذا حدث به عيب قبل القبض ثبت للمشتري فيه الخيار ، والأول أظهر اه ومثله في غاية البيان (قوله لو نقصت قيمتها) أي قيمة غالبية الغش ويعلم منه أنه لا يبطل في غالبية الفضة بالأولى أفاده ط عن أبي السعود (قوله وعكسه) لاحتاجة إليه (قوله ويطالب بنقد ذلك العيار) أي بدفع ذلك المقدار الذي جرى عليه العقد ولا ينظر إلى ما عرض بعده من الغلاء أو الرخص وهذا عزاه الشارح إلى الفتح ومثله في الكفاية والظاهر أنه المراد مما نقله في البحر عن الخالية والإسيجابي من أنه يلزم المثل ولا ينظر إلى القيمة ، فراده بالمثل المقدار تأمل وفيه عن البرازية والذخيرة والخلاصة عن المنتقى : غلب الفلوس القرض أو رخصت فعند الإمام الأول والثاني أولا ليس عليه غيرها وقال الثاني ثالبا عليه قيمتها من الدراهم يوم البيع والقبض وعليه الفتوى : أي يوم البيع في البيع ويوم القبض في القرض ، ومثله في النهر ، فهذا ترجيح لخلاف ما مشى عليه الشارح ، ورجحه المصنف أيضا كما قدمناه في فصل القرض وعليه فلا فرق بين الكساد والرخص والغلاء في لزوم القيمة (قوله وكذا فضولي) يعني غير دلال ولا حاجة إليه ، لأن الدلال إذا باع بغير إذن كان فضوليا ولعله زاده لأن الدلال في العادة يبيع بالإذن كما هو مقتضى اشتقاقه من الدلالة فإنه يدل البائع على المشتري أو بالعكس ليتوسط بينهما في البيع فزاد قوله أو فضولي (۱) ليناسب قول

(۱) (قوله فزاد قوله أو فضولي) هكذا بخطه ، والأولى أن يقول فزاد قوله وكذا فضولي لأنه المراد في نسخ الشارح وليناسب

البيع) لأن حق القبض له عيني وغيره (وضح البيع بالفلوس النافقة) وإن لم تعين كالدرهم (وبالكَسَادَة لاحقاً بعينها) كسَلَع (ويجب) على المستقرض (رد) مثل (أفلس القرض إذا كسدت) وأوجب محمد قيمتها يوم الكساد وعليه الفتوى بزازية .

المصنف بغير إذنه ، ويشير إلى أنه لا فرق بين كونه بالإذن أولاً ولذا قال في النهر قيدنا بعدم قبض البائع ، لأنه لو قبضها ولو فضولياً فكسدت لا يفسد البيع ولا شيء (قوله عيني وغيره) اعترض بأن عبارة الفتح والعيني والخلاصة دلال باع متاع الغير بإذنه :

قلت : لكن الذي رأيت في الفتح عن الخلاصة كعبارة المصنف : ولفظه : وفي الخلاصة عن المحيط : دلال باع متاع الغير بغير إذنه الخ نعم الذي في العيني والبحر عن الخلاصة عن المحيط ، وكذا في متن المصنف مصلحاً بإذنه وهو المناسب لقوله لا يفسد البيع ولقوله لأن حق القبض له وعلى ما في الفتح يكون المراد أن المالك أجاز البيع ليناسب ما ذكر تأمل (قوله وإن لم تعين) لأنها صارت أمثانا بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجبت في اللمة كالنقدين ، ولا تعين وإن عينها كالنقد إلا إذا قالاً أردنا تعليق الحكم بعينها فحينئذ يتعلق بها ، بخلاف ما إذا باع فلاناً بفلسين بأعيانها حيث يتعين بلا تصريح لئلا يفسد البيع بحر ، وهو ملخص من كلام الزيلعي (قوله حتى يعينها) لأنها مبيعة في هذه الحالة والمبيع لا بد أن يعين نهر (قوله كسَلَع) عبارة البحر لأنها سَلَع : وفي المصباح : السلعة البضاعة جمعها سَلَع كسدره وسدر (قوله رد مثل أفلس القرض إذا كسدت) أي رد مثلها عدداً عند أبي حنيفة بحر : وأما إذا استقرض دراهم غالية الغش ، فكذلك في قياس قوله قال أبو يوسف ولست أروى ذلك عنه ، ولكن لروايته في الفلوس فتح : قال عشي مسكين : وانظر حكم ما إذا اقترض من فضة خالصة أو غالية أو مساومة للغش ثم كسدت هل هو على هذا الاختلاف : أي بين الإمام وصاحبيه أو يجب رد المثل بالاتفاق اه :

قلت : ويظهر لي الثاني لما قدمناه قريباً ، ولما يأتي قريباً عن الهداية ولم يذكر الانقطاع : والظاهر أن الكلام فيه كما مر في غالب الغش تأمل : وفي حاشية مسكين أن تقييد الاختلاف في رد المثل أو القيمة بالكساد يشير إلى أنها إذا غلت أو رخصت وجب رد المثل بالاتفاق ، وقد مر نظيره فيما إذا اشترى بغالب الغش أو بفلوس نافقة اه :

قلت : لكن قدمنا قريباً أن الفتوى على قول أبي يوسف ثانياً أن عليه قيمتها من الدراهم ، فلا فرق بين الكساد والرخص والغلاء عنده (قوله وأوجب محمد قيمتها يوم الكساد) وعند أبي يوسف يوم القبض : ووجه قول الإمام كما في الهداية أن القرض إعارة وموجبه رد العين . معنى والثنية فضل فيه : ولهما في وجوب القيمة أنه لما بطل وصف الثنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها ، كما إذا استقرض مثلياً فانقطع اه : وفي الشرنبلالية عن شرح الجمع : محل الخلاف فيما إذا هلكت ثم كسدت أما لو كانت باقية عنده فإنه يرد عينها اتفاقاً اه ومثله في الكفاية .

قلت : ومفاد التعليق المذكور يخالفه فتأمل (قوله وعليه الفتوى بزازية) كذا في الخاتمة والفتاوى الصغرى رفقا بالناس بحر :

وفي الفتح : وقولهما أنظر للمقرض من قوله لأن في رد المثل إضراراً به ، وقول أبي يوسف أنظر له أيضاً من قول محمد لأن قيمته يوم القرض أكثر منها يوم الانقطاع ، وقول محمد أنظر للمستقرض ، وقول أبي يوسف

وفي النهر وتأخير صاحب الهداية دليلهما ظاهر في اختيار قولها :

(اشترى) شيئا (بنصف درهم) مثلا (فلوس صح) بلا بيان عددها للعلم به (وعليه فلوس ثباع بنصف درهم ، وكذا بثلاث درهم أو ربعة ، وكذا لو اشترى بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس جاز) عند الثاني ، وهو الأصح للعرف كافي :

(ومن أعطى صيرفيا درهما) كبيرا (فقال أعطني به نصف درهم فلوسا) بالنصب صفة نصف (ونصفا) مع الفضة صغيرا (إلا حبة صح) ويكون النصف إلا حبة بمثله وما بقي بالفلوس ، ولو كرر لفظ نصف بطل في الكل للزوم الربا .

أيسر لأن القيمة يوم القبض معلومة لا يختلف فيها ويوم الانقطاع يعسر ضبطه فكان قول أبي يوسف أيسر في ذلكاه ومثله في الكفالة (قوله وفي النهر الخ) أصله لصاحب الفتح (قوله في اختيار قولها) أي بوجوب القيمة (قوله اشترى بنصف درهم فلوس) الظاهر أنه يجوز في درهم عدم التنوين مضافا إلى فلوس على معنى من كإضافة خاتم حديد ، والتنوين مع رفع فلوس على أنه خبر مبتدأ محذوف : أي هو فلوس وبدل عليه قوله بعده أو بدرهمين فلوس فإنه لو كان مضافا وجب حذف نون التثنية أو جر فلوس على أنه بدل أو عطف بيان ويجوز نصبه على التمييز (قوله مثلا) الأولى حذفه للاستغناء عنه بقول المصنف بعد وكذا بثلاث درهم أو ربعة وإن كان راجعا إلى قوله درهم فهو مستغنى عنه بقوله وكذا لو اشترى بدرهم فلوس الخ ط .

قلت : ولعله أشار إلى أن لفظ دينار كذلك (قوله للعلم به الخ) جواب عن قول زفر إنه لا يصح لأنه اشترى بالفلوس وهي تقدر بالعدد لا بالدراهم والدائق لأنه موزون فذكره لا يغني عن العد فبقي الثمن مجهولا . واجوابه أنه لما ذكر الدرهم ثم وصفه بأنه فلوس وهو لا يمكن علم أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم فأغنى عن ذكر العدد فلم تلزم جهالة الثمن كما أوضحه في الفتح (قوله جاز عند الثاني الخ) قال في البحر : قيد بما دون الدرهم لأنه لو اشترى بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس لا يجوز عند محمد لعدم العرف . وجوز أبو يوسف في الكل للعرف وهو الأصح كذا في الكافي والمجتبى اه فافهم (قوله بالنصب صفة نصف) تبع في ذلك النهر : وفيه أن فلوسا اسم جامد غير مؤول فالمناسب أنه تمييز للعدد أو عطف بيان (قوله من الفضة صغيرا) الأولى أن يقول كما في النهاية وغيرها درهما صغيرا يساوي نصفها إلا حبة وبه تظهر المقابلة لقوله كبيرا وعبارة الدرر أي ما ضرب من الفضة على وزن نصف درهم اه :

قلت : والأولى أن يقول على وزن نصف درهم إلا حبة لأن العادة ما يضرب من أنصاف الدرهم أو أرباعه نقص مجموعها عن الدرهم الكامل (قوله بمثله) أي مبيعا بمثله من الدرهم الكبير (قوله ولو كرر لفظ نصف) بأن قال أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفها إلا حبة ، فعندهما جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي من النصف الآخر لأنه ربا : وعلى قياس قول الإمام بطل في الكل لأن الصفقة متحدة والفساد قوي مقارنة للعقد ، ولو كرر لفظ الإعطاء بأن قال وأعطني بنصفه نصفها إلا حبة اختص الفساد بالنصف الآخر اتفاقا لأنهما يبعان لتعدد الصفقة ، وهذا هو المختار وتمامه في الفتح .

والجاصل أنه في صورة المتن صح البيع اتفاقا ، وفي صورة الشرح فسد في الكل عنده ، وفي الفضة فقط عندهما ، وفي الأخيرة جاز في الفلوس فقط كما في البحر : قال ولم يذكر المصنف القبض قبل الافتراق للعلم بما قدمه ،

(و) بما تقرر ظهر أن (الأموال ثلاثة) الأول (ثمن بكل حال وهو النقدان) صحبته الباء أولا، قوبل بجنسه أولا (و) الثاني (مبيع بكل حال كالثياب والدواب) و) الثالث (ثمن من وجه مبيع من وجه كالمثلثات) فإن اتصل بها الباء فثمن وإلا فمبيع. وأما الفلوس فإن رانجة فكثمن وإلا فكساع و الثمن (من حكمه عدم اشتراط وجوده في ملك للعاقدة عند العقد وعدم بطلانه) أي العقد (بهلاكه) أي الثمن (ويصح الاستبدال به في غير الصرف والسلم) لأفهما (وحكم المبيع بخلافه) أي الثمن (في الكل)

وحاصله إن تفرقا قبل القبض فسد في النصف إلا حجة لكونه صرفا لا في الفلوس لأنها بيع، فيكفي قبض أحد البديلين، ولو لم يعطه الدراهم ولم يأخذ الفلوس حتى افترقا بطل في الكل للافتراق عن دين بدين اه (قوله وبما تقرر) أي من أول البيوع إلى هنا ط (قوله مبيع بكل حال) أي قوبل بجنسه أولا دخلت عليه الهاء أولا.

مطلب في بيان ما يكون مبيعا وما يكون ثمنا

وقد يقال في بيع المقايضة كل من السلعتين مبيع من وجه و ثمن من وجه ط . قلت : المراد بالثمن هنا ما يثبت دينا في الذمة وهذا ليس كذلك (قوله كالمثلثات) أي غير النقدين وهي المكيل والموزون والعددي المتقارب (قوله فإن اتصل بها الباء فثمن) هذا إذا كانت غير متعينة ولم تقابل بأحد النقدين كبعثك هذا العبد بكر حنطة، أما لو كانت متعينة وقوبلت بنقد فهي مبيعة كما في حرر البحار أول البيوع : وفي الشربلالية في فصل التصرف في المبيع معزيا للفتح : لو قوبلت بالأعيان وهي معينة فثمن اه أي كبعثك هذا العبد بهذا الكر أو هذا الكر بهذا العبد لأنه لم يقيد بدخول الباء عليها . وفي الفتح هذا وإن لم تعين : أي المثلثات ، فإن صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهي ثمن ، أي وإن لم يصحبها (۱) حرف الباء ولم يقابلها ثمن فهي مبيعة ، وهذا لأن الثمن ما يثبت في الذمة دينا عند المقابلة اه فالأول كما مثلنا والثاني كقولك اشتريت منك كر حنطة بهذا العبد فيكون الكرمبيعا ويشترط له شرائط السلم (قوله وإلا فبيع) أي وإن لم يصحبها الباء فهي مبيع ، وهذا إذا لم يقابلها ثمن وهي غير متعينة كما علمته . وفي كلام الفتح وتكون سلما كما قلنا ، وكذا لو قابلها ثمن بالأولى كاشتريت منك كر حنطة بمائة درهم ، وكذا لو كانت متعينة وقوبلت بثمن كما علمته من عبارة حرر البحار :

والحاصل أن المثلثات تكون ثمنا إذا دخلتها الباء ولم تقابل بثمن : أي بأحد النقدين سواء تعينت أولا ، وكذا إذا لم تدخلها الباء ولم تقابل بثمن وتعينت ، وتكون مبيعا إذا قوبلت بثمن مطلقا : أي سواء دخلتها الباء أولا تعينت أولا ، وكذا إذا لم تقابل بثمن ولم يصحبها الباء ولم تعين كبعثك كر حنطة بهذا العبد كما علم من عبارة الفتح الثانية (قوله وأما الفلوس الرانجة (۱)) يستفاد من البحر أنها قسم رابع حيث قال : و ثمن بالاصطلاح ، وهو سلعة في الأصل كالفلوس ، فإن كانت رانجة فهي ثمن وإلا فسلعة اه ط (قوله ويصح الاستبدال به في غير الصرف والسلم) الأولى أن يقول ويصح التصرف به قبل قبضه في غير الصرف والسلم ، لأن الاستبدال يصح في بدل الصرف لأنه لا يتعين بالتعيين فلو تبايعا دراهم بدينار جاز أن يمسكا ما أشارا إليه في العقد يؤديا بدله قبل الافتراق

(۱) (قوله أي وإن لم يصحبها الخ) الأنسب بكلام الشارح أن يقول أي وإن لم يصل بها الخ اه مصححه .

(۲) (قوله وأما الفلوس الرانجة) هكذا بخطه ، والذي في عدة من نسخ الشارح : وأما الفلوس فإن رانجة وليحرر اه مصححه .

فيشترط وجود المبيع في ملكه وهكذا : ومن حكمهما وجوب التساوى عند المقابلة بالجنس في المقدرات كما تقرر :
[تذييب في بيع العينة] ويأتى متناهي الكفالة ، وبيع التاجئة ويأتى متناهي الإقرار ، وهو أن يظهر عقدا
وهما لا يريدانه بلجأ إليه لخوف عدو وهو ليس ببيع في الحقيقة بل كالهزل كما بسطته في آخر شرحي على المنار

بخلاف التصرف به ببيع ونحوه قبل قبضه كما مر في بابه وأوضحنا ذلك في باب السلم فراجعه . قال في الشرنبلالية
في باب التصرف في المبيع قوله جاز التصرف في الثمن قبل قبضه ، يستثنى منه بدل الصرف والسلم لأن للمقبوض
من رأس مال السلم حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل قبضه لا يجوز ، وكذا في الصرف : ويصح التصرف في
القرض قبل قبضه على الصحيح : والمراد بالتصرف نحو البيع والهبة والإجارة والوصية وسائر الديون كالثمن اه
(قوله وهكذا) أى وتقول هكذا في عكس باقى الأحكام المذكورة في الثمن بأن تقول ويبطل البيع بهلاكه
ولا يصح الاستبدال به (قوله ومن حكمهما) أى حكم الثمن والمبيع (قوله كما تقرر) أى في باب الربا (قوله تذييب)
شبه هذه المسائل التى ذكرها في آخر كتاب البيوع بذنب الحيوان المتصل بعجزه وجعل ذكرها في آخره بمنزلة
تعلق الذنب في عجز الحيوان وفيه استعارة لا تخفى .

مطلب في بيع العينة

(قوله في بيع العينة) اختلاف المشايخ في تفسير العينة التى ورد النهى عنها . قال بعضهم : تفسيرها أن يأتى الرجل
المحتاج إلى آخر ويستقرضه عشرة دراهم ولا يرغب المقرض في الإقراض طمعا في فضل لا يناله بالقرض فيقول
لا أفضلك ولكن أبيعك هذا الثوب إن شئت باثنى عشر درهما وقيمته في السوق عشرة لبيعه في السوق بعشرة
فيرضى به المستقرض فيبيعه كذلك ، فيحصل لرب الثوب درهتان وللمشترى قرض عشرة . وقال بعضهم : هى
أن يدخل بينهما ثالثا فيبيع المقرض ثوبه من المستقرض باثنى عشر درهما ويسلمه إليه ثم يبيعه المستقرض من
الثالث بعشرة ويسلمه إليه ثم يبيعه الثالث من صاحبه وهو المقرض بعشرة ويسلمه إليه ويأخذ منه العشرة ويدفعها
للمستقرض فيحصل للمستقرض عشرة ولصاحب الثوب عليه اثنا عشر درهما كذا في المحيط . وعن أبى يوسف :
العينة جائزة مأجور من عمل بها ، كذا في مختار الفتاوى هندية . وقال محمد : هذا البيع فى قلبى كأمثال الجهال
ذمى اخترعه أكلة الربا . وقال عليه الصلاة والسلام إذا تبايعتم بالعين وأتبعتم أذناب البقر ذلتم وظهور عليكم حدركم ،
قال فى الفتح : ولا كراهة فيه إلا خلاف الأولى لما فيه من الإعراض عن مبرة القرض اه ط ملخصا
(قوله ويأتى متناهي الكفالة) وإنما به على ذكره هنا لأنه من أقسام البيوعات ، ونبه على أن بيانه سيأتى
فى الكفالة .

مطلب في بيع التلجئة

(قوله وبيع التلجئة) هى ما ألقى إليه الإنسان بغير اختياره ، وذلك أن يخاف الرجل السلطان فيقول
لآخر إني أظهر أنى بعت دارى منك ، وليس ببيع فى الحقيقة وإنما هو تلجئة ويشهد على ذلك مغرب (قوله بل
كالهزل) أى فى حق الأحكام والهزل كما فى المنار هو أن يراد بالشئ ما لم يوضع له ولا ما يصلح اللفظ له
استعارة ، وهو ضد الجذ : وهو أن يراد ما وضع له أو ما صلح له وأنه ينافى اختيار الحكم والرضا به ، ولا ينافى
الرضا بالمباشرة واختيار المباشرة فصار بمعنى خيار الشرط فى البيع ، وشرطه أن يكون صريحا مشروطا باللسان :
(٣٥ - حاشيا ابن عابد - ٥)

ونقلت عن التلويح أن الأقسام ثمانية وسبعون ، وعقد له قاضيخان فصلا آخر الإكراه ، ملخصه أنه يبيع منعقد غير لازم كالبيع بالخيار ، وجعله الباقي فاسدا ؛

أى بأن يقول إني أبيع هازلا إلا أنه يشترط ذكره في العقد ، بخلاف خيار الشرط اهـ فالهزل أهم من التلجئة لأنه يجوز أن لا يكون مضطرا إليه وأن يكون سابقا ومقارنا ، والتلجئة إنما تكون عن اضطرار ولا تكون مقارنة كذا قيل ، والأظهر أنهما سواء في الاصطلاح كما قال فخر الإسلام : التلجئة هي الهزل ، كذا في جامع الأسرار على المنار للسكاكي ،

ثم اعلم أن التلجئة تكون في الإنشاء وفي الإخبار كالإقرار ، وفي الاعتقاد كالردة . والأول قسمان : ما يحتمل الفسخ ، وما لا كالطلاق والعتاق ، وقد بسط ذلك كله في المنار ، والغرض الآن بيان الإنشاء المحتمل للفسخ كالبيع وهو ثلاثة أقسام لأنه إما أن يكون الهزل في أصل العقد ، أو في قدر الثمن ، أو جنسه . قال في المنار فإن تواضعا على الهزل بأصل البيع وانفقا على البناء : أى بناء العقد على المواضعة يفسد البيع لعدم الرضا بالحكم فصار كالبيع بشرط الخيار المؤبد أى فلا يملك بالقبض وإن اتفقا على الإعراض : أى بأن قالا بعد البيع قد عرضنا وقت البيع من الهزل إلى الجدد فالبيع صحيح والهزل باطل ، وإن اتفقا على أنه لم يحضرهما شيء عند البيع من البناء والإعراض أو اختلفا في البناء على المواضعة والإعراض عنها فالعقد صحيح عنده في الحالين خلافا لهما ، فجعل صحة الإيجاب أولى لأنها الأصل ، وهما اعتبارا المواضعة إلا أن يوجد ما يناقضها : أى كما إذا اتفقا على البناء وإن كان ذلك أى المواضعة في القدر : أى بأن اتفقا على الجدد في العقد بألف لكنهما تواضعا على البيع بألفين على أن أحدهما هزل ، فإن اتفقا على الإعراض عن المواضعة كان الثمن ألفين لبطلان الهزل بإعراضهما ، وإن اتفقا على أنه لم يحضرهما شيء من البناء والمواضعة أو اختلفا فالهزل باطل والتسمية للألفين صحيحة عنده . وعندهما العمل بالمواضعة واجب والألف انذى هزلا به باطل ، لما مر أن الأصل عنده الجدد ، وعندهما المواضعة ؛ وإن اتفقا على البناء على المواضعة فالثمن ألفان عنده ، وإن كان ذلك الهزل في الجنس : أى جنس الثمن بأن تواضعا على مائة دينار وإنما الثمن مائة درهم أو بالعكس فالبيع جائز بالمسمى في العقد على كل حال بالاتفاق : أى سواء اتفقا على البناء أو على الإعراض ، أو على عدم حضور شيء منهما ، أو اختلفا فيهما اهـ موضعا من شرح الشارح عليه : ومن حواشينا على شرحه المسماة بنسبات الأسفار على إفاضة الأنوار ، ونعام بيان ذلك مبسوط فيها (قوله أن الأقسام ثمانية وسبعون) قال في التلويح : لأن المتعاقدين إما أن يتفقا أو يختلفا ، فإن اتفقا ، فالإتفاق إما على إعراضهما ، وإما على بنائهما ، وإما على ذهولهما ، وإما على بناء أحدهما وإعراض الآخر أو ذهوله ، وإما على إعراض أحدهما وذهول الآخر ، فصور الإتفاق ستة ؛ وإن اختلفا فدعوى أحد المتعاقدين تكون ، إما إعراضهما ، وإما بناؤهما ، وإما ذهولهما ، وإما بناؤه مع إعراض الآخر أو ذهوله ، وإما إعراضه مع بناء الآخر أو ذهوله ، وإما ذهوله مع بناء الآخر أو إراضه تصير تسعة ، وعلى كل تقدير من التقادير التسعة يكون اختلاف الخصم بأن يدعى إحدى الصور الثمانية الباقية فتصير أقسام الاختلاف اثنين وسبعين من ضرب التسعة في الثمانية اهـ . وهي مع الست صور الإتفاق ثمانية وسبعون :

قلت : وقد أوصلتها في حاشيتي على شرح المنار للشارح إلى سبعمائة ومئتين ، ولم أر من أوصلها إلى ذلك فراجعها هناك وامتنحنى بدهاك (قوله ملخصه أنه يبيع منعقد غير لازم) لم يصرح في الحاشية بذلك ، وإنما ذكر أن التلجئة على ثلاثة أوجه كما قدمناه . ثم قال في الأول : وهو ما إذا كانت في نفس العقد لو تصادقا على المواضعة

ولو ادعى أحدهما بيع التلجئة وأنكر الآخر فالقول لمدعى الجد بيمينه ، ولو برهن أحدهما قبل ، ولو برهنا فالتلجئة ، ولو تبايعا في العلابية ، إن اعترفا ببنائه على التلجئة فالبيع باطل لاتفاقهما أنهما هزلا به وإلا فلازم ، ولو لم تحضرها نية فباطل على الظاهر منية .

قلت : ومفاده أنهما لو تواضعا على الوفاء قبل العقد ثم عقدا خاليا عن شرط الوفاء فالعقد جائز ولا عبرة للمواضعة ،

فالبيع باطل : وعنه في رواية أنه جائز ، ولو تصادقا أن البيع كان تلجئة ثم أجازاه صحت الإجازة ، كما لو تبايعا هزلا ثم جعلاه جدا يصير جدا ، وإن أجاز أحدهما لا يصح ؛ وفي بيع التلجئة إذا قبض المشتري العبد المشتري وأعتقه لا يجوز إعتاقه ، وليس هذا كبيع المكره لأن بيع التلجئة هزل ، وذكر في الأصل أن بيع الهازل باطل ، أما بيع المكره ففساداه ملخصا ، ولعل الشارح فهم أنه منعقد غير لازم من قوله ثم أجازاه صحت الإجازة ، لكن ينافيه التصريح بأنه باطل ، فإن أريد بالبطل الفساد نافاه التصريح بأنه إذا قبض العبد لا يصح إعتاقه : أي لأنه لا يملك بالقبض كما مر مع أن الفساد يملك به .

وقد يقال إن صحة الإجازة مبنية على أنها تكون بيعا جديدا فلاتنافي كونه باطلا ، وحينئذ فلا يصح قوله إنه بيع منعقد غير لازم ، إلا أن يجاب بأن قوله باطل : بمعنى أنه قابل للبطلان عند عدم الإجازة ، والأحسن ما أجبنا به في أول البيوع من أنه فاسد كما صرح به الأصوليون ، لأن الباطل ما ليس منعقدا أصلا وهذا منعقد بأصله لأنه مبادلة مال بمال دون وصفه لعدم الرضا بحكمه كالببيع بشرط الخيار أبدا ولذا لم يملك بالقبض ، وليس كل فاسد يملك بالقبض ؛ كما لو اشترى الأب شيئا من ماله لطفله أو باعه له كذلك فاسدا لا يملكه بالقبض حتى يستعمله كما في المحيط وقد مرنا هناك تمام الكلام على ذلك ، والله تعالى هو الموفق للصواب (قوله ولو ادعى أحدهما الخ) هذا أيضا مذکور في الخانية سوى قوله ولو لم تحضرها نية الخ (قوله فالقول لمدعى الجد) لأنه الأصل (قوله ولو برهن أحدهما قبل) الأظهر قول الخانية : ولو برهن مدعى التلجئة قبل لأن مدعى الجد لا يحتاج إلى برهان كما علمت ، لأن البرهان يثبت خلاف الظاهر (قوله فالتلجئة) أي لأنها خلاف الظاهر (قوله فالبيع باطل) أي فاسد كما علمت ، فإن نقضه أحدهما انتقض لا إن أجازاه : أي بل يتوقف على إجازتهما جميعا لأنه كخيار الشرط لهما وإن أجازاه جاز بقيد كونها في ثلاثة أيام عنده ومطلقا عندهما ، كذا في التحرير (قوله وإلا) بأن اتفقا بعد البيع على أنهما عرضا وقتها عن المواضعة (قوله ولو لم تحضرها نية فباطل الخ) مثله في المؤبدية عن الغنية حيث قال : وإن تصادقا على أنهما لم تحضرها نية عند العقد ففي ظاهر الجواب البيع باطل : وروى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن البيع صحيح اه : والأول قولها كما مر عن المنار ، ورجحه أيضا المحقق ابن المهام في التحرير ، وأقره تلميذه ابن أميرحاج في شرحه وجعل المحقق مثله ما إذا اختلفا في الإعراض والبناء : أي بأن قال أحدهما بنينا العقد على المواضعة وقال الآخر على الجد فلا يصح أيضا عندهما . ثم قال : ولو قال أحدهما عرضت والآخر لم يحضرني شيء أو بنى أحدهما وقال الآخر لم يحضرني شيء فعلى أصله عدم الحضور كالإعراض : أي فيصح ، وعلى أصلهما كالبناء أي فلا يصح (قوله ومفاده الخ) أي مفاد قوله وإلا فلازم ، لكن إنما يتم هذا المقاد إذا قصد إخلاء العقد عن شرط الوفاء . أما لو لم تحضرها نية فقد علمت أنه باطل ، وهذا المقاد صرح به في جامع الفصولين حيث قال : لو شرط التلجئة في البيع فسد البيع ، ولو تواضعا قبل البيع ثم تبايعا بلا ذكر شرط فيه جاز البيع عند أبي حنيفة إلا إذا تصادقا أنهما تبايعا على تلك المواضعة ، وكذا لو تواضعا الوفاء قبل البيع ثم عقدا بلا شرط الوفاء فالعقد جائز ،

وبيع الوفاء ذكرته هنا تبعا للدرر : صورته أن يبيعه العين بألف على أنه إذا رد عليه الثمن رد عليه العين ،
وسماه الشافعية بالرهن المعاد ، ويسمى بمصر بيع الأمانة ، وبالشام بيع الإطاعة ، قيل هو رهن فتضمن زوائده ،
وقيل بيع يفيد الانتفاع به . وفي إقالة شرح المجمع عن النهاية : وعليه الفتوى ،

ولا عبرة للمواضعة السابقة اه : وفي البرازية : وإن شرط الوفاء ثم عقدا مطلقا إن لم يقرأ بالبناء على الأول فالعقد
جائز ، ولا عبرة بالسابق كما في التلجئة عند الإمام ، وقوله فالعقد جائز أى بناء على قول أبي حنيفة المذكور ،
ولا يخفى أن الشارح مشى على خلافه ، وعليه فالمناسب أن يقول فالعقد غير جائز (قوله ذكرته هنا تبعا للدرر)
وذكره في البحر في باب خيار الشرط ، وذكر فيه ثمانية أقوال ، وعقد له في جامع الفصولين فصلا مستقلا هو
الفصل الثامن عشر ، وذكره في البرازية في الباب الرابع في البيع الفاسد ، وذكر فيه تسعة أقوال ، وكتب عليه أكثر
من لصف كراسة ،

مطلب في بيع الوفاء

ووجه تسميته بيع الوفاء أن فيه عهدا بالوفاء من المشتري بأن يرد المبيع على البائع حين رد الثمن ، وبعض الفقهاء
يسميه البيع الجائز ، ولعله مبنى على أنه بيع صحيح لحاجة التخلص من الربا حتى يسوغ المشتري أكل ربه ،
وبعضهم يسميه بيع المعاملة : ووجهه أن المعاملة ربح الدين وهذا يشتره الدائن لينتفع به بمقابلة دينه (قوله
وصورته الخ) كذا في العناية . وفي الكفاية عن المحيط : هو أن يقول البائع للمشتري بعث منك هذا العين بمالك
على من الدين على أنى متى قضيت فهو لى اه : وفي حاشية الفصولين عن جواهر الفتاوى : هو أن يقول بعث منك
على أن تبعه متى متى جئت بالثمن فهذا البيع باطل وهو رهن ، وحكمه حكم الرهن وهو الصحيح اه :
فعلم أنه لا فرق بين قوله على أن ترده على أو على أن تبعه متى (قوله بيع الأمانة) وجهه أنه أمانة عند المشتري
بناء على أنه رهن أى كالأمانة (قوله بيع الإطاعة) كذا في عامة النسخ ، وفي بعضها بيع الطاعة ، وهو المشهور
الآن في بلادنا . وفي المصباح : أطاعه إطاعة : أى انقاد له ، وأطاعه طوعا من باب قال لغة ، وانطاق له انقاد :
قالوا : ولا تكون الطاعة إلا عن أمر كما أن الجواب لا يكون إلا عن قول ، يقال أمره فأطاع اه ووجهه حينئذ
أن الدائن يأمر المدين ببيع داره مثلا بالدين فيطبعه فصار معناه بيع الانقياد (قوله قيل هو رهن) قدمنا آنفا عن
جواهر الفتاوى أنه الصحيح .

قال في الخيرية : والذي عليه الأكثر أنه رهن لا يفترق عن الرهن في حكم من الأحكام . قال السيد الإمام :
قلت للإمام الحسن المازندراني : قد فشا هذا البيع بين الناس ، وفيه مفسدة عظيمة ، وفتواك أنه رهن وأنا أيضا
على ذلك فالصواب أن نجتمع الأئمة ونتفق على هذا ونظيره بين الناس ، فقال المعتز اليوم فتوانا وقد ظهر ذلك بين
الناس فمن خالفنا فليبرز نفسه وليقم دليله اه :

قلت : وبه صدر في جامع الفصولين فقال رامزا لفتاوى النسفي : البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتيالا للربا
وسموه بيع الوفاء هو رهن في الحقيقة لا يملكه ولا ينتفع به إلا بإذن مالكيه ، وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف
من شجره ويسقط الدين بهلاكه لو بقي ولا يضمن الزيادة وللبائع استرداده إذا قضى دينه لا فرق عندنا بين وبين
الرهن في حكم من الأحكام اه ثم نقل ما مر عن السيد الإمام :

وفي جامع الفصولين : ولو بيع كرم ينجب هذا الكرم فالشفعة للبائع لا للمشتري لأن بيع المعاملة وبيع
التلجئة حكمهما حكم الرهن وللرهن حق الشفعة وإن كان في يد المرتهن اه (قوله وقيل بيع يفيد الانتفاع به) هذا

وقيل إن بلفظ البيع لم يكن رهنا : ثم إن ذكر الفسخ فيه أو قبله أو زعمه غير لازم كان بيعا فاسدا ، وأو بعده على وجه الميعاد جاز ولزم الوفاء به ، لأن المواعيد قد تكون لازمة لحاجة الناس ، وهو الصحيح كافي الكافي والخانية وأقره خسرو هنا والمصنف في باب الإكراه وابن الملك في باب الإقالة بزيادة . وفي الظهيرية : أو ذكر الشرط بعد

محتمل لأحد قولين ، الأول أنه بيع صحيح مفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع به إلا أنه لا يملك بيعه : قال الزيلعي في الإكراه وعليه الفتوى : الثاني القول الجامع لبعض المحققين أنه فاسد في حق بعض الأحكام حتى ملك كل منهما الفسخ صحيح في حق بعض الأحكام : كحل الانزال ومنافع المبيع ورهن في حق البعض حتى لم يملك المشتري بيعه من آخر ولا رهنه وسقط الدين بهلاكه فهو مركب من العقود الثلاثة كالزرافة فيها صفة البعير والبقر والتمر جوز لحاجة الناس إليه بشرط سلامة البدلين لصاحبهما : قال في البحر : وينبغي أن لا يعدل في الإفتاء عن القول الجامع : وفي النهر والعمل في ديارنا على ما رجحه الزيلعي (قوله لم يكن رهنا) لأن كلاهما عقد مستقل شرعا لكل منهما أحكام مستقلة اه درر ط (قوله ثم إن ذكر الفسخ فيه) أي شرطاه فيه وبه عبر في الدرر ط وكذا في البرازية (قوله أو قبله) الذي في الدرر بدل هذا أو تلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء اه ط ومثله في البرازية (قوله جاز) مقتضاه أنه بيع صحيح بقربنة مقابلته لقوله كان بيعا فاسدا ، والظاهر أنه مبنى على قولهما بأن ذكر الشرط الفاسد بعد العقد لا يفسد العقد فلا ينافي ما بعده عن الظهيرية (قوله وازم الوفاء به) ظاهره أنه لا يلزم الورثة بعد موته كما أفتى به ابن الشاهي معللا بانقطاع حكم الشرط بموته لأنه يبيع فيه إقالة وشرطها بقاء المتعاقدين ، ولأنه بمنزلة خيار الشرط وهو لا يورث اه :

قلت : وهذا ظاهر على هذا القول بأنه بيع صحيح لا يفسده الشرط اللاحق فلا ينافي ما يأتي عن الشربلية .

هذا وفي الخيرية فيما لو أطلق البيع ولم يذكر الوفاء إلا أنه عهد إلى البائع أنه إن أوفى مثل الثمن يفسخ البيع معه : أجاب : هذه المسألة اختلف فيها مشايخنا على أقوال ، ونص في الحاوي الزاهدي أن الفتوى في ذلك أن البيع إذا أطلق ولم يذكر فيه الوفاء إلا أن المشتري عهد إلى البائع أنه إن أوفى مثل ثمنه فإنه يفسخ معه البيع يكون باتا حيث كان الثمن ثمن المثل أو بغبن يسير اه وبه أفتى في الحامدية أيضا ، فلو كان بغبن فاحش مع علم البائع به فهو رهني ، وكذا لو وضع المشتري على أصل المال ربحا : أما لو كان بمثل الثمن أو بغبن يسير بلا وضع ربح فبات ، لأننا إنما نجعله رهنا بظاهر حاله أنه لا يقصد البات علما بالغبن أو مع وضع الربح أفاده في البرازية وذكر أنه مختار أئمة خوارج ، وذكر في موضع آخر أنه لو آجره من البائع قال صاحب الهداية : الإقدام على الإجارة بعد البيع دل على أنها قصدا بالبيع الرهن لا البيع فلا يحمل للمشتري الانتفاع به اه : واعترضه في نور العين بأن دلالة ذلك على قصد حقيقة البيع أظهر :

قلت : وفيه نظر ، فإن العادة الفاشية قاضية بقصد الوفاء كما في وضع الربح على الثمن ولا سيما إذا كانت الإجارة مع البائع مع الربح أو نقص الثمن (قوله لأن المواعيد قد تكون لازمة) قال في البرازية في أول كتاب الكفالة إذ كفل معلقا بأن قال إن لم يؤد فلان فأنا أدفعه إليك ونحوه يكون كفالة لما علم أن المواعيد باكتساء صور التعليق تكون لازمة فإن قوله أنا أحج لا يلزم به شيء ولو علق وقال إن دخلت الدار فأنا أحج يلزم الحج (قوله بزيادة وفي الظهيرية الخ) يعني أن ابن ملك أقره أيضا وزاد عليه قوله وفي الظهيرية الخ أي مقترنا بهذه

العقد يلتحق بالعقد عند أبي حنيفة ولم يذكر أنه في مجلس العقد أو بعده . وفي البزازية : ولو باعه لآخر باتا توقف على إجازة مشطريه وفاء ولو باعه المشتري فللبائع أو ورثته حق الاسترداد ، وأفاد في الشرنبلالية أن ورثة كل من البائع والمشتري تقوم مقام مورثها نظرا لجانب الرهن فليحفظ ، واو استأجره بائعه لا يلزمه أجر لأنه رهن حكما حتى لا يجمل الانتفاع به .

قلت : وفي فتاوى ابن الجلبى : إن صدرت الإجارة بعد قبض المشتري المبيع وفاء ولو للبناء وحده فهي صحيحة

الزيادة فلفظ زيادة مصدر وما بعده جملة أريد بها لفظها في محل نصب مفعول المصدر (قوله يلتحق بالعقد عند أبي حنيفة) فيصير بيع الوفاء كأنه شرط في العقد فيأتي فيه خلاف أنه رهن أو بيع فاسد أو بيع صحيح في بعض الأحكام ، وقد منا في البيع الفاسد ترجيح قولها بعدم التجاق الشرط المتأخر عن العقد به (قوله ولم يذكر أنه في مجلس العقد أو بعده) أى فيفهم أنه لا يشترط له المجلس . وفي جامع الفصولين اختلف فيه المشايخ ، والصحيح أنه لا يشترط اه ومثله في البزازية (قوله واو باعه) أى البائع ، وقوله توقف الخ أى على القول بأنه رهن ، وهل يتوقف على بقية الأقوال المارة محل تردد (قوله فللبائع أو ورثته حق الاسترداد) أى على القول بأنه رهن ، وكذا على القولين القائلين بأنه بيع يفيد الانتفاع به فإنه لا يملك بيعه كما قدمناه (قوله وأفاد في الشرنبلالية الخ) ذكره بحثنا وقوله نظرا لجانب الرهن يفيد أنه لا يخالف ما قدمناه عن ابن الشلى فافهم ، وهذا البحث مصرح به في البزازية حيث قال في القول الأول إنه رهن حقيقة : باع كرمه وفاء من آخر وباعه المشتري بعد قبضه من آخر باتا وسلمه وغاب فللبائع الأول استرداده من الثاني لأن حق الحبس وإن كان للمرتهن ، لكن يد الثاني مبطله فللمالك أخذ ملكه من المبطل فإذا حضر المرتهن أعاد يده فيه حتى يأخذ دينه ، وكذا إذا مات البائع والمشتري الأول والثاني فلورثة البائع الأول الأخذ من ورثة المشتري الثاني ولورثة المرتهن إعادة يدهم إلى قبض دينه اه (قوله لا يلزم الأجر الخ) أفتى به في الحامدية تبعا للخيرية فإنه قال في الخيرية : ولا تصح الإجارة المذكورة ولا تجب فيها الأجرة على المفتى به سواء كانت بعد قبض المشتري الدار أم قبله .

مطلب باع داره وفاء ثم استأجر

قال في النهاية : سئل القاضي الإمام الحسن الماتريدى عن باع داره من آخر بشمن معلوم ببيع الوفاء وتقابضا ثم استأجرها من المشتري مع شرائط صحة الإجارة وقبضها ومضت المدة هل يلزمه الأجر فقال لا لأنه عندنا رهن والراهن إذا استأجر الرهن من المرتهن لا يجب الأجر اه . وفي البزازية : فإن أجر المبيع وفاء من البائع ، فمن جعله فاسدا قال لا تصح الإجارة ولا يجب شيء ، ومن جعله رهنا كذلك ، ومن أجازه جواز الإجارة من البائع وغيره وأوجب الأجرة ، وإن أجره من البائع قبل القبض : أجاب صاحب الهداية أنه لا يصح ، واستدل بما لو أجر عبدا اشتراه قبل قبضه أنه لا تجب الأجرة وهذا في البات فما ظنك بالجائز اه فعلم به أن الإجارة قبل التقابض لا تصح على قول من الأقوال الثلاثة اه مافى الخيرية . وفيها أيضا : وأما إذا أجره المشتري وفاء بإذن البائع فهو كإذن الراهن للمرتهن بذلك : وحكمه أن الأجرة للراهن وإن كان بغير إذنه يقصد بها أو يردها على الراهن المذكور وهو أولى صرح به علماؤنا اه :

قلت : وإذا أجره بإذنه يبطل الرهن كما ذكره في حاشيته على الفصولين (قوله ولو للبناء وحده) أى ولو كان البيع وفاء للبناء وحده كالقائم في الأرض المحككة (قوله فهي صحيحة) أى بناء على القول بجواز البيع كما علمت

والأجرة لازمة للبائع طول مدة التأجر انتهى فتنبه

قلت: وعليه فلو مضت المدة وتبقى في يده فأفتى علماء الروم بلزوم أجر المثل ويسمونه بيع الاستغلال وفي الدرر صح بيع الوفاء في العقار استحسانا. واختلف في المنقول. وفي الملتقط والمنية اختلفا أن البيع باتا أو وفاء جد أو هزل القول لمدعى الجدد والبتات إلا بقريئة الهزل والوفاء:

قلت: لكنه ذكر في الشهادات أن القول لمدعى الوفاء استحسننا كما سيجيء فليحفظ؛ ولو قال البائع بعثك

بيعا باتا فالقول له

فإنه يملك الانتفاع به، وقد علمت ترجيح القول بأنه رهن وأنه لا تصح إجارتة من البائع (قوله لازمة للبائع) اللام بمعنى على: أي على البائع، أو للتقوية لكن العامل اسم فاعل فهي زائدة (قوله وعليه) أي على القول بصحة الإجارة (قوله بلزوم أجر المثل) هذا مشكل، فإن من أجر ملكه مدة ثم انقضت وبقي المستأجر ساكنا لا يلزمه أجرة إلا إذا طالبه المالك بالأجرة فإذا سكن بعد المطالبة يكون قبولا للاستئجار كما ذكروه في محله، وهذا في الملك الحقيقي فاظنك في المبيع وفاء مع كون المستأجر هو البائع، نعم قالوا بلزوم الأجرة في الوقف ومال اليتيم والمعد للاستغلال ولعل ما ذكره مبنى على أنه صار معدا للاستغلال بذلك الإيجار كما يشبه إليه قوله ويسمونه بيع الاستغلال، وفيه نظر فليتأمل. وعلى كل فهذا مبنى على خلاف الراجح كما علمت (قوله واختلف في المنقول) قال في البرازية بعد كلام ولهذا لم يصح بيع الوفاء في المنقول وصح في العقار باستحسان بعض المتأخرين. ثم قال في موضع آخر: وفي النوازل جوز الوفاء في المنقول أيضا اه. والظاهر أن الخلاف فيه على القول بجواز البيع كما يفيد قوله وصح في العقار الخ أما على القول بأنه رهن فينبغي عدم الخلاف في صحته (قوله القول لمدعى الجدد والبتات) لأنه الأصل في العقود (قوله إلا بقريئة) هي ما يأتي من نقصان الثمن كثيرا (قوله أن القول لمدعى الوفاء) في جامع الفصولين برمز شيخ الإسلام برهان الدين: ادعى البائع وفاء والمشتري باتا أو عكسا، فالقول لمدعى البات، وكنت أفتى في الابتداء أن القول لمدعى الوفاء، وله وجه حسن إلا أن أئمة بخاري هكذا أجابوا فوافقهم اه. وفي حاشيته للرمل بعد كلام نقله عن الخانية وغيرها قال فظهر به وبقوله كنت أفتى الخ أن المعتمد في المذهب أن القول لمدعى البات منهما وأن البيئة بيئة مدعى الوفاء منهما.

مطلب قاضيخان من أهل التصحيح والترجيح

وقد ذكر المسألة في جواهر الفتاوى وذكر فيها اختلافا كثيرا واختلف تصحيح، ولكن عليك بما في الخالية فإن قاضيخان من أهل التصحيح والترجيح اه وبهذا أفتى في الخيرية أيضا.

قلت: لكن قوله هنا استحسننا يقتضي ترجيح مدعى الوفاء فينبغي تقييده بقام القريئة ثم راجعت عبارة الملتقط فأريته ذكر الاستحسان في مسألة الاختلاف في البيئة، فإنه قال في الشهادات: وإن ادعى أحدهما بيعا باتا والآخر بيع الوفاء وأقاما البيئة كانوا يفتون أن البات أولى ثم أفتوا أن بيع الوفاء أولى وهذا استحسن اه ولا يخفى أن كلام الشارح في الاختلاف في القول مع أنه في الملتقط قال في البيوع: ولو قال المشتري اشتريته باتا وقال البائع بعته بيع الوفاء فالقول قول من يدعى البات، وكان يفتى فيما مضى أن القول قول الآخر وهو القياس اه فتحصل من عبارتي الملتقط أن الاستحسان في الاختلاف في البيئة ترجيح بيئة الوفاء وفي الاختلاف في القول ترجيح قول مدعى البات، وهذا الذي حرره الرمل في ما مر فتدبر، وبه ظهر أن ما ذكره الشارح سبق قلم فالفهم (قوله ولو قال البائع الخ) هذه العبارة بعينها ذكرها في الملتقط عقب عبارته التي ذكرناها عنه في البيوع،

إلا أن يدل على الوفاء بنقصان الثمن كثيرا إلا أن يدعى صاحبه تغير السعر . وفي الأشباه في أواخر قاعدة العادة محكمة عن المنية : لو دفع غزلا إلى حائك لينسجه بالنصف جوّزه مشايخ بخارى للعرف ، ثم نقل في آخرها عن إجارة البزازية أن به أفتى مشايخ بلخ وخوارزم وأبو علي النسفي أيضا : قال : والفتوى على جواب الكتاب للطحان لأنه منصوص عليه ، فيلزم إبطال النص : وفيها من البيع الفاسد : القول السادس في بيع الوفاء إنه صحيح لحاجة الناس فرارا من الربا . وقالوا : ما ضاق على الناس أمر إلا انسح حكمه ، ثم قال :

والحاصل أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص ، ولكن أفتى كثير باعتباره ، فأقول على اعتباره : ينبغي أن يفتى بأن ما يقع في بعض الأسواق من خلوات الحوائث لازم ويصير الخلو في الحائث حقا له فلا يهلك صاحب الحائث لإخراجه منها ولا إجارته لغيره ولو كانت وقفا ، وكذا أقول على اعتبار العرف الخاص قد تعارف الفقهاء النزول عن الوظائف بمال يعطى لصاحبها فينبغي الجواز ، وأنه لو نزل له وقبض منه المبلغ ثم أراد الرجوع لا يملك ذلك ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم .

وهي تفيد تقييد الاستحسان ، وهو كون القول لمدهى البتات بما إذا لم تقم القرينة على خلافه ، وهذا مؤيد لما بحثناه آنفا ولكن في التعبير مساهمة ، فإنه كان ينبغي أن يقول ولو قال المشتري اشتريت بئنا الخ لأنه هو الذي يدعى البتات عند نقصان الثمن كثيرا بخلاف البائع (قوله إلا أن يدل على الوفاء بنقصان الثمن كثيرا) وهو ما لا يفتن فيه الناس جامع الفصولين :

قلت : وينبغي أن يزداد هنا ما مر في الوعد بالوفاء بعد البيع من أنه لو وضع على المال ربحا يكون ظاهرا في أنه رهن ، وما قاله صاحب الهداية من أن الإقدام على الإجارة بعد البيع دل على أنها قصدا بالبيع الرهن لا البيع (قوله إلا أن يدعى) أي مع البرهان (قوله وفي الأشباه الخ) المقصود من هذه العبارة بيان حكم العرف العام والخاص وأن العام معتبر ما لم يخالف نصا ، وبه يعلم حكم بيع الوفاء وبيع الخلو لا بتناهما على العرف (قوله بالنصف) أي نصف ما ينسجه أجرة على النسيج (قوله ثم نقل) أي صاحب الأشباه (قوله والفتوى على جواب الكتاب) أي المبسوط للإمام محمد وهو المسمى بالأصل لأنه مذکور في صدر عبارة الأشباه أفاده ط (قوله للطحان) أي لمسألة قفيز الطحان ، وهي كما في البزازية أن يستأجر رجلا ليحمل له طعاما أو يطحنه بقفيز منه فالإجارة فاسدة ويجب أجرة المثل لا يتجاوز به المسمى (قوله لأنه منصوص) أي عدم الجواز منصوص عليه بالنهي عن قفيز الطحان ودفع الغزل إلى حائك في معناه :

قال البيرى : والحاصل أن المشايخ أرباب الاختيار اختلفوا في الإفتاء في ذلك . قال في العنابية : قال أبو الليث النسيج بالثلث والربيع لا يجوز عند علمائنا ، لكن مشايخ بلخ استحسوه وأجازوه لتعامل الناس ، قال وبه نأخذ : قال السيد الإمام الشهيد : لا نأخذ باستحسان مشايخ بلخ وإنما نأخذ بقول أصحابنا المتقدمين لأن التعامل في بلد لا يدل على الجواز ما لم يكن على الاستمرار من الصلوات الأولى فيكون ذلك دليلا على تقرير النبي صلى الله عليه وسلم إياهم على ذلك فيكون شرعا منه ، فإذا لم يكن كذلك لا يكون فعلهم حجة إلا إذا كان كذلك من الناس كافة في البلدان كلها فيكون إجماعا وإجماع حجة ، ألا ترى أنهم لو تعاملوا على بيع الخمر والربا لا يفتى بالحل اه (قوله وفيها) أي في البزازية وهو من كلام الأشباه (قوله فرارا من الربا) لأن صاحب المال لا يقرض إلا بفتح والمستقرض محتاج فأجاروا ذلك لينتفع المقرض بالمبيع وتعارفه الناس ، لكنه مخالف للنهي عن بيع وشرط ، فلدارجوا كونه رهنا (قوله فأقول على اعتباره الخ) قدمنا الكلام على مسألة الخلو أول البيوع فراجعه (قوله وكذا أقول الخ)

قلت : وأيده في زواهر الجواهر بما في واقعات الضريرى : رجل في يده دكان فغاب فرفع المتولى أمره للقاضي فأمره القاضي بفتحه وإجارته ففعل المتولى ذلك وحضر الغائب فهو أولى بدكانه ، وإن كان له خاو فهو أولى بخلوه أيضا ، وله الخيار في ذلك ، فإن شاء فسخ الإجارة وسكن في دكانه ، وإن شاء أجازها ورجع بخلوه على المستأجر ويؤمر المستأجر بأداء ذلك إن رضى به وإلا يؤمر بالخروج من الدكان ، والله أعلم اهـ بلفظه .

كتاب الكفالة

مناسبتها للبيع لكونها فيه غالبا ولكونها بالأمر معاوضة انتهاء (هي) لغة الضم ، وحكى ابن القطار كفله وكفلت به وعنه وتثليث الفاء . وشرعا (ضم ذمة) الكفيل (إلى ذمة) الأصيل (في المطالبة مطلقا) بنفس أوبدين . أو حين كفصوب ونحوه كما سيجيء لأن المطالبة تعم ذلك ومن عرفها بالضم في الدين إنما أراد تعريف نوع منها

قدمنا أيضا هناك الكلام على هذه المسألة ، وذكرنا أيضا عن الحموى أن ما نقله عن واقعات الضريرى ليس فيه لفظ الخلو ، وبسطنا الكلام هناك فراجع فإنه تكفل بالمقصود ، والحمد لله ذى الفضل والجود .

كتاب الكفالة

(قوله لكونها فيه غالبا) الأولى حذف اللام ط والأولى أيضا كونها عقبه غالبا . قال في الفتح : أوردتها عقب البيوع لأنها غالبا يكون تحققها في الوجود عقب البيع فإنه قد لا يطمئن البائع إلى المشتري فيحتاج إلى من يكفله بالثمن ، أولا يطمئن المشتري إلى البائع فيحتاج إلى من يكفله في المبيع وذلك في السلم ، فلما كان تحققها في الوجود غالبا بعدها أوردتها في التعليم بعدها (قوله ولكونها الخ) عبارة الفتح : ولها مناسبة خاصة بالصرف ، وهي أنها تصير بالآخرة معاوضة عما ثبت في الذمة من الأثمان وذلك عند الرجوع على المكفول عنه ، ثم لزم تقديم الصرف لكونه من أبواب البيع السابق على الكفالة (قوله هي لغة الضم) قال تعالى - وكفلها زكريا - أى ضمها إلى نفسه . وقال عليه الصلاة والسلام أنا وكافل اليتيم كهاتين « أى ضام اليتيم إلى نفسه . وفي المغرب : وتركيبه يدل على الضم والضمين (قوله كفلته وكفلت به وعنه) أى يتعدى بنفسه وبالباء وعن : وفي القهستاني : يتعدى إلى المفعول الثاني في الأصل بالباء ، فالمكفول به الدين ثم يتعدى بعن للمديون وباللام للدائن (قوله وتثليث الفاء) مقتضاه أن ابن القطاع حكاه وليس كذلك . وعبارة البحر : قال في المصباح : كفلت بالمال وبالنفس كفلا من باب قتل وكفولا أيضا والاسم الكفالة ، وحكى أبو زيد سمعا من العرب من بابي تعب وقرّب ، وحكى ابن القطاع كفلته وكفلات به وعنه إذا تحملت به اهـ ح (قوله ضم ذمة الكفيل) الذمة وصف شرعى به الأهلية لوجوب ماله وعليه ، وفبرها فخر الإسلام بالنفس والرقبة التي لها عهد ، والمراد بها العهد ، فقولهم في ذمته أى في نفسه باعتبار عهدها من باب إطلاق الحال وإرادة المحل ، كذا في التحرير نهر (قوله بنفس) متعلق بمطالبة ح (قوله أوبدين أو حين) زاد بعضهم رابعا وهو الكفالة بتسليم المال ، ويمكن دخوله في الدين اهـ !

قلت : وكذا بتسليم عين غير مضمونة كالأمانة وسيأتى تحقيق ذلك كله (قوله كفصوب ونحوه) أى من كل ما يجب تسليمه بعينه ، وإذا هلك ضمنى مثله أو قيمته ، كالمبيع فاسدا والمقبوض على سبب المهر والمهر وبدل الخلع والصالح عن دم عمد احتراز عن المضمون بغيره كالمرهون وغير المضمون أصلا كالأمانة فلا تصح الكفالة بأعيانها (قوله كما سيجيء) أى في كفالة المال ح (قوله لأن المطالبة تعم ذلك) أى المذكور من الأقسام الثلاثة ، وهو تعليل لتفسير الإطلاق بها وتمهيد لقوله وبه يستغنى الخ (قوله ومن عرفها بالضم في الدين الخ) اعلم أنه اختلف في تعريف

وهو الكفالة بالمال ، لأنه محل الخلاف

الكفالة فقبل إنها الضم في المطالبة كما مشى عليه المصنف وغيره من أصحاب المتون ، وقبل الضم في الدين فيثبت بها دين آخر في ذمة الكفيل ويكتفى باستيفاء أحدهما ، ولم يرجع في المبسوط أحد القولين ، لكن في الهداية وغيرها الأول أصح ، ووجهه كما في العناية أنها كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ، وكما تصح بالدين تصح بالأعيان المضمونة ويلزم أن يصير الدين الواحد دينين اه وفيه نظر ، إذ من عرفها بالضم في الدين إنما أراد تعريف نوع منها وهو الكفالة بالمال . وأما الكفالة بالنفس وبالأعيان فهي في المطالبة اتفاقا ، وهما ماهيتان لا يمكن جمعهما في تعريف واحد ، وأفرد تعريف الكفالة بالمال لأنه محل الخلاف نهر :

وحاصله أن كون تعريفها بالضم في المطالبة أعم لشموله الأنواع الثلاثة لا يصلح توجيهها لكونه أصح من تعريفها بالضم في الدين ، لأن المراد به تعريف نوع منها وهو كفالة الدين . أما النوعان الآخران فتفق على كون الكفالة بهما كفالة بالمطالبة ، ولا يمكن الجمع بين الكفالة بالأول والكفالة بالآخرين في تعريف واحد لأن الضم في الدين غير الضم في المطالبة . ثم لا يخفى أن تعريفها بالضم في الدين يقتضى ثبوت الدين في ذمة الكفيل كما صرح به أولا ، ويدل عليه أنه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع به على الأصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح وما أورد عليه من لزوم صيرورة الدين الواحد دينين دفعه في المبسوط بأنه لا مانع لأنه لا يستوفى إلا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فإن كلا ضامن للقيمة ، وليس حق المالك إلا في قيمة واحدة لأنه لا يستوفى إلا من أحدهما واختباره تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر فكذا هنا ، لكن هنا بالقبض لا بمجرد اختياره ، لكن المختار الأول ، وهو أن الضم في مجرد المطالبة لا الدين ، لأن اعتباره في ذمتين ، وإن أمكن شرعا لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن إلا بموجب ولا موجب هنا ، لأن التوثق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل كذا في الفتح ، وكذا الوصي والولي والناظر يطالبون بما لزم دفعه ولا شيء في ذمتهم كما في البحر ، وذكر أنهم لم يذكروا لهذا الاختلاف ثمرة ، فإن الاتفاق على أن الدين لا يستوفى إلا من أحدهما وأن الكفيل مطالب وأن هبة الدين له صحيحة ويرجع به على الأصيل ، ولو اشترى الطالب بالدين شيئا مع الكفيل صح مع أن الشراء بالدين من غير من عليه لا يصح . ويمكن أن تظهر فيما إذا حلف الكفيل أن لا دين عليه فيحتمل على الضميف لا على الأصح اه :

قلت : يظهر لي الاتفاق على ثبوت الدين في ذمة الكفيل أيضا بدليل الاتفاق على هذه المسائل المذكورة ، ولأن اعتباره في ذمتين ممكن كما علمت ، وما ذكر من هذه المسائل موجب لذلك الاعتبار ، ولو كانت ضما في المطالبة فقط بدون دين لزم أن لا يؤخذ المال من تركة الكفيل لأن المطالبة تسقط عنه بموته كالكفيل بالنفس لما كان كفلا بالمطالبة فقط بطلت الكفالة بموته مع أن المصريح به أن المال يحمل بموت الكفيل وأنه يؤخذ من تركته ولأن الكفيل يصح أن يكفله عند الطالب كفيل آخر بالمال المكفول به ، فإذا أدى الآخر المال إلى الطالب لم يرجع به على الأصيل بل يرجع على الكفيل الأول ، فإن أدى إليه رجع الأول على الأصيل لو الكفالة بالأمر نص عليه في كافي الحاكم ، وبشهادة ذلك فروع أخر ستظهر في محالها . وعلى هذا فعنى كون التعريف الأول أصح شموله أنواع الكفالة الثلاثة ، بخلاف التعريف الثاني كما مر عن العناية . والجواب بأنه إنما أراد تعريف نوع منها لا يدفع الإيراد لأنه لم يعرف النوعين الآخرين فكان . وهما اختصاصها بذلك النوع فقط ، هذا ما ظهر لي فتدبره (قوله وهو الكفالة بالمال) أراد بالمال الدين وإلا فهو يشمل العين مقابل الدين اه ح (قوله لأنه محل الخلاف) بيان

وہ يستغنى عما ذكره منلا خسرو (وركنها إيجاب وقبول) بالألفاظ الآتية ولم يجعل الثاني الثاني ركنا (وشرطها كون المكفول به) نفسا أو مالا (مقدور التسليم) من الكفيل فلم تصح بحد وقود (وفي الدين كونه صحيحا قائما) لاساقطا بموته مفلسا ، ولا ضعيفا كبديل كتابة ونفقة زوجة قبل الحكم بها ، فما ليس دينا بالأولى نهر

لوجه اقتضاره على تعريف كفالة الدين فقط ، ولا ينبغي أن التعريف يذكر للتعليم والتفهيم في ابتداء الأبواب فلا بد من التنبه على ما يوقع في الاشتباه فكان عليه أن يذكر تعريف النوعين الآخرين كما قلنا آفا (قوله وبه) أي بما ذكر من تعميم المطالبة (قوله يستغنى عما ذكره منلا خسرو) أي صاحب الدرر : قال في النهر : وبه استغنى عما في نكاح الدرر من تعريفها بضم ذمة إلى ذمة في مطالبة النفس أو المال أو التسليم مدعيا أن قولهم والأول أصح لاصحة له فضلا عن كونه أصح ، لأنهم قسموها إلى كفالة في المال والنفس . ثم إن تقسيمهم يشعر باختصاصها مع أنهم ذكروا في أثناء المسائل ما يدل على وجود قسم ثالث وهو الكفالة بالتسليم اه ، وأنت قد علمت ما هو الواقع اه أي مع أن ما عرف به هو مرادهم لأن المطالبة تشمل الأنواع الثلاثة ، فليس فيما قاله زيادة على ما أرادوه غير التصريح به فافهم (قوله وركنها إيجاب وقبول) فلا تتم بالكفيل وحده ، ما لم يقبل المكفول له أو أجنبي عنه في المجلس رملي (قوله ولم يجعل الثاني) أي أبو يوسف ، وقوله الثاني : أي القبول وهو بالنصب على أنه مفعول يجعل ، وقوله ركنا مفعوله الآخر أي فجعلها تتم بالإيجاب وحده في المال والنفس . واختلف على قوله ، فقيل تتوقف على إجازة الطالب ، فلو مات قبلها لا يؤخذ الكفيل ، وقيل تنفذ للطالب الرد كما في البحر وهو الأصح كما في المحيط أي الأصح من قوله نهر : وفي الدرر والهبازية : ويقول الثاني يفتي : وفي أنفع الوسائل وغيره : الفتوى على قولها ، وسيأتي تمامه عند قوله ولا تصح بلا قبول الطالب في مجلس العقد (قوله نفسا أو مالا) الأولى إسقاطه ليأتي له التفريع بقوله فلم تصح بحد وقود فإنهما ليسا بنفس ولا مال إن أريد الضمان بهما . أما إذا أريد الضمان بنفس من هما عليه فإن الكفالة حينئذ تكون جائزة كما سيذكره المصنف ، نعم يشترط كون النفس مقدورة التسليم ، إذ لا شك أن كفالة الميت بالنفس لا تصح ، لأنه لو كان حيا ثم مات بطلت كفالة النفس ، وكذا لو كان غائبا لا يدري مكانه فلا تصح كفالته بالنفس كما في جامع الفصولين :

وعبارة البحر عن البدائع : وأما شرائط المكفول به : فالأول أن يكون مضمونا على الأصيل دينا أو حينا أو نفسا أو فعلا ، ولكن يشترط في العين أن يكون مضمونة بنفسها . الثاني أن يكون مقدور التسليم من الكفيل ، فلا تجوز بالحدود والقصاص . الثالث أن يكون الدين لارما وهو خاص بالكفالة بالمال ، فلا تجوز الكفالة ببديل الكتابة (قوله وفي الدين كونه صحيحا) هو مالا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء كما سيأتي متنا وسيذكر الشارح هناك استثناء الدين المشترك والنفقة وبديل السعاية وأفاد أنه لا يشترط أن يكون معلوم القدر كما في البحر وسيأتي أبضام بيانه (قوله لاساقطا الخ) محترز قوله قائما فلا تصح كفالة ميت مفلس بدين عليه كما سيذكره المصنف (قوله ولا ضعيفا) محترز قوله صحيحا (قوله كبديل كتابة) لأنه يسقط بالتعجيز :

مطلب في كفالة نفقة الزوجة

(قوله ونفقة زوجة الخ) عبارة النهر : وينبغي أن يكون من ذلك الكفالة بنفقة الزوجة قبل القضاء بها أو الرضا لما قدمناه من أنها لا تصير دينا إلا بهما ، وبديل الكتابة دين إلا أنه ضعيف ، ولا تصح الكفالة به ، فما ليس دينا أولى اه :

وبه يظهر ما في عبارة الشارح من الخفاء فكان عليه أن يقول ولا ضعيفا كبديل كتابة فما ليس دينا كنفقة زوجة قبل القضاء أو الرضا بالأولى . ولا ينبغي أنها حيث لم تصر دينا لا تكون من أمثلة الدين الساقط فافهم . ثم

(وحكمها لزوم المطالبة على الكفيل) بما هو على الأصبل نفسا أو مالا (وأهلها من هو أهل للتبرع) فلا تنفذ من صبي ولا مجنون إلا إذا استدان له وليه وأمره أن يكفل المال عنه فتصح ويكون إذنا في الأداء محبط ، ومفاده أن الصبي يطالب بهذا المال بموجب الكفالة وأولها لطول الولي نهر ، ولا من مريض إلا من الثلث ، ولا من عبد ولو ماذونا في التجارة ، ويطالب بعد العتق

ظاهر كلام النهر أنها لو صارت ديننا بالقضاء بها أو بالرضاء تصير ديننا صحيحا مع أنه ليس كذلك لسقوطها بالموت أو الطلاق إلا إذا كانت مستدانة بأمر القاضي ، لكن غير المستدانة مع كونها ديننا غير صحيح تصح الكفالة بها استحسانا : فهي مستثناة من هذا الشرط كما سيذهب عليه الشارح عند قول المصنف إذا كان ديننا صحيحا ، بل ذكر بعده بأسطر عن الخانية : لو كفل لها رجل بالنفقة أبدا مادامت الزوجية جاز ، وكذا ذكر قبيل الباب الآتي جواز الكفالة بها إذا أراد زوجها السفر ، وعليه الفتوى مع أنها لم تصر ديننا أصلا لأن النفقة لم تجب بعده ، فيحمل ما ذكره هنا تبعاً للنهر على النفقة الماضية لأنها تسقط بالمضي قبل القضاء أو الرضا فلا تصح الكفالة بها والفرق بين الماضية والمستقبلية أن الزوجة مقصورة بتركها بدون قضاء أو رضا إلى أن سقطت بالمضي ، بخلاف المستقبلية فتدبر (قوله وحكمها لزوم المطالبة على الكفيل) أي ثبوت حق المطالبة متى شاء الطالب ، سواء تغذر عليه، طالبة الأصبل أو لا فتح .

وذكر في الكفاية أن اختيار الطالب تضمين أحدهما لا يوجب براءة الآخر ما لم توجد حقيقة الاستيفاء فلذا يملك مطالبة كل منهما ، بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب اه وقدمناه أيضا (قوله بما هو على الأصبل) الأولى بما وقعت الكفالة به عن الأصبل ، لأن الأصبل عليه تسليم نفسه أو تسليم المال ، والكفيل بالنفس ليس عليه تسليم المال ولأن الكفيل لو تعدد لا يلزمه إلا بقدر ما يخصه كنصف الدين لو كانا اثنين أو ثلثه لو ثلاثة ما لم يكفلوا على التعاقب فيطالب كل واحد بكل المال كما ذكره السرخسي (قوله نفسا أو مالا) شمل المال الدين والعين ، وينبغي أن يزيد أو فعلا ؛ كما لو كفل تسليم الأمانة أو تسليم الدين كما سيأتي بيانه ، والمراد بالعين المضمونة بنفسها كالمغصوب كما مر (قوله فلا تنفذ من صبي ولا مجنون) أي ولو الصبي تاجرا ، وكذا لا تجوز له إلا إذا كان تاجرا وأما الكفالة عنه فهي لازمة للكفيل يؤخذ بها ، ولا يجبر الصبي على الحضور معه إلا إذا كانت بطله وهو تاجر أو بطلب أبيه مطلقا ، فإن تغيب فله أخذ الأب بإحضاره أو تخليصه ، والوصي كالأب ولو كفل بنفس الصبي ، على أنه إن لم يوافق به فعليه ما ذاب عليه جازت كفاية النفس ، وما قضى به على أبيه أو وصيه لزم الكفيل ، ولا يرجع على الصبي إلا إذا أمره الأب أو الوصي بالضمان اه مخلصا من كافي الحاكم (قوله إلا إذا استدان له وليه) أي من له ولاية عليه من أب أو وصي لنفقة أو غيرها مما لا بد له منه (قوله وأمره أن يكفل المال عنه) قيد بالمال احترازا عن النفس لأن ضمان الدين قد لزمه أي لزم الصبي من غير شرط فالشرط لا يزيده إلا تأكيدا فلم يكن متبرعا فأما ضمان النفس وهو تسليم نفس الأب أو الوصي فلم يكن عليه فكان متبرعا به فلم يجوز بحر عن الهدائع (قوله ويكون إذنا في الأداء) لأن الوصي يتوب عنه في الأداء فإذا أمره بالضمان فقد أذن له في الأداء فيجب عليه الأداء نهر عن المحبط (قوله ولولاها لطول الولي) أي فقط (قوله ولا من مريض إلا من الثلث) لكن إذا كفل لو ارث أو عن وارث لا تصح أصلا ، ولو كان عليه دين محبط بماله بطلت ، ولو كفل ولا دين عليه ثم أقر بدين محبط لأجنبي ثم مات فلقرله أولى بتركته من المكفول ، وإن لم يحط ، فإن كانت الكفالة تخرج من ثلث مابق بعد الدين صححت كلها وإلا فبقدر الثلث وإن أقر المريض أن الكفالة كانت في صحته لزمه الكل في ماله إن لم تكن لو ارث أو عن وارث ، وتماه في الفصل التاسع عشر من التتارخانية (قوله ولا من عبد) أي

إلا إن أذن له المولى ، ولا من مكاتب ولو بإذن ناوئى (والمدعى) وهو الدائن (مكفول له والمدعى عليه) وهو المديون (مكفول عنه) ويسمى الأصيل أيضا (والنفس أو المال المكفول مكفول به ومن لزمته المطالبة كقبيل) ودليلها الإجماع وسنده قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » وتركها أحوط : مكتوب في التوراة : الزحامة أولها ملامة ، وأوسطها لدامة ، وآخرها غرامة مجتبي :

لا تصح الكفالة منه بنفس أو مال كما فى الكافى ، وسواء كفل عن بولاه أو أجنبي كما فى التارخانية (قوله إلا إن أذن له المولى) أى بالكفالة عن مولاه أو عن أجنبي فتصح كفالته إذا لم يكن مديونا ، وكذا الأمة والمدبرة وأم الولد ، وإن كان مديونا لا يلزمه شيء ما لم يعتق تارخانية ، وسيأتى تمام الكلام عليه قبيل الحوالة (قوله ولا من مكاتب الخ) أى ويطالب بها بعد عتقه ، وهذا لو كانت عن أجنبي كما فى البحر . وقال أيضا : وتصح كفالة المكاتب والمأذون عن مولاها :

قال فى النهر : وينبغى أن يقيد ذلك بما إذا كانت بأمره ، ثم رأيت كذلك فى عقد الفرائد معزبا إلى المبسوط :

قلت : وسيأتى أيضا متنا قبيل الحوالة فى العبد مع التقييد بكونه غير مديون مستغرق (قوله والمدعى) أى من يكون له حق الدعوى على غيره إذ لا يلزم فى عطاء الكفيل الدعوى بالنفل (قوله مكفول له) ويسمى الطالب أيضا (قوله مكفول عنه) هذا فى كفالة المال دون كفالة النفس .

فى البحر عن التارخانية ، ويقال للمكفول بنفسه مكفول به ولا يقال مكفول عنه اه لکن قال الخيز الرولى وجدنا بعضهم يقوله ، ووجد فى التارخانية عن الذخيرة (قوله كقبيل) ويسمى ضامنا وضمينا وحميلا وزعيما وصيرا وقبيلا وتماه فى حاشية البحر للرولى (قوله وسنده) أى سند الإجماع ، إذ لا إجماع إلا عن مسند وإن لم يلزم علمنا به (قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم ») أى يلزمه الأداء عند المطالبة به ، فهو بيان لحكم الكفالة ، والحديث كما فى الفتح رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن . وقد استدل فى الفتح لشرعيتها بقوله تعالى - ولئن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم - وعادتهم تقديم ما ورد فى الكتاب على ما فى السنة والشارح يذكره أصلا ، ولعله لشهرته أو لما قبل إله لا كفالة هنا لأنه مستأجر لمن جاء بالصواع بحمل بعير ، والمستأجر يلزمه ضمان الأجرة ولكن جوابه أن الكفيل كان رسولا من الملك لا وكيلا بالاستئجار والرسول سفير ، فكأنه قال إن الملك يقول لمن جاء به حمل بعير ثم قال الرسول وأنا بذلك الحمل زعيم : أى كقبيل ، وبحث فيه فى النهر (قوله وتركها أحوط) أى إذا كان يخاف أن لا يملك نفسه من الندم على ما فعله من هذا المعروف ، أو المراد أحوط فى سلامة المال لا فى الديانة إذ هى بالنية تكون طاعة يثاب عليها فقد قال فى الفتح : ومحاسن الكفالة جليلة : وهى تفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه ، حيث كفىا وثنة ما أهمهما ، وذلك لعمه كبيرة عليهما ، ولذا كالت من الأفعال العالية ، وتماه فيه (قوله مكتوب فى التوراة الخ) رأيت فى الملتقط : قيل مكتوب على باب من أبواب الروم وفيه زيادة على ما هنا ، ومن لم يصدق فليجرب حتى يعرف البلاء من السلامة (قوله أولها ملامة) سقط أولها من بعض النسخ ، وهو موجود فى البحر عن المجتبي ؛ والمراد والله أعلم أنه يعقبها فى أول الأمر الملامة لنفسه منه أو من الناس ، ثم عند المطالبة بالمسال يندم على إتلافه لماله ، ثم بعد ذلك يفرم المال أو يتعب نفسه بإحضار المكفول به لأن الغرم لزوم الضرر ، ومنه قوله تعالى - إن عذابها كان غراما - :

(وكفالة النفس تنعقد بكفالت بنفسه ونحوها مما يعبر به عن بدنه) كالطلاق ، وقد مناهم لو تعارفوا إطلاق اليد على الجملة وقع به للطلاق فكذا في الكفالة فتح (و) بجزء شائع ككفالت (بنصفه أو ربه ، و) تنعقد (بضمته أو على أو إلى)

مطلب يصح كفالة الكفيل

(قوله وكفالة النفس تنعقد الخ) عبارة الكنز : وتصح بالنفس وإن تعددت :

قال في النهر أي بأن أخذ منه كفيلا ثم كفيلا أو كان للكفيل كفيل ويجوز عود الضمير إلى النفس بأن يكفل واحد نفوسا والأول هو الظاهر اهـ ، وقد مناه عن كافي الحاكم صحة كفالة الكفيل بالمال أيضا (قوله تكفالت بنفسه) بفتح الفاء أفصح من كسرهما ويكون بمعنى عال فيتعدى بنفسه ومنه - وكفلها زكريا - وبمعنى ضمن والتزم فيتعدى بالحرف واستعمال كثير من الفقهاء له متعديا بنفسه مؤول رملي عن شرح الروض (قوله مما يعبر به عن بدنه) أي مما يعبر به من أعضائه عن جملة البدن كرأسه ووجهه ورقبته وعنقه وبدنه وروحه ، وذكروا في الطلاق الفرج ولم يذكروه هنا قالوا : وينبغي صحة الكفالة إذا كانت امرأة ، كذا في التارخانية نهر ، وتماه فيه (قوله وبجزء شائع الخ) لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تنجزا فذكر بعضها شائعا كذا ذكر كلها ؛ ولو أضاف الكفيل الجزء إلى نفسه ككفل لك نصني أو ثلثي فإنه لا يجوز ، كذا في السراج ، لكن لو قيل إن ذكر بعض ما لا يتجزأ كذا ذكر كله لم يفترق الحال نهر (قوله وتنعقد بضمته الخ) أما ضمته فلأنه تصریح بمقتضى الكفالة لأنه بصير ضامنا للتسليم ، والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كالبيع ينعقد بالتملك ؛ وأما على فلأنه صيغة التزام ، ومن هنا أفتى قارئ الهداية بأنه لو قال التزمت بما على فلان كان كفالة وإلى تبعناه هنا وتماه في النهر .

ثم اعلم أن ألفاظ الكفالة كل ما ينشأ عن العهدة في العرف والعادة وفي جامع الفتاوى : هذا إلى أو على وأنا كفيل به أو قبيل أو زعيم كان كله كفالة بالنفس لا كفالة بالمال اهـ تارخانية . وفي الحاكم : وقوله ضمننت وكفالت وهو إلى وهو على سواء كله وهو كفيل بنفسه اهـ ثم ذكر في باب الكفالة بالمال إذا قال إن مات فلان قبل أن يوفيك مالك فهو على فهو جائز اهـ فقد علم أن قوله أولا هو إلى هو على كفيل بنفسه إنما هو حيث كان الضمير للرجل المكفول به ؛ أما لو كان الضمير للمال فهو كفالة مال وكذا بقية الألفاظ .

ففي التارخانية أيضا عن الخلاصة : لو قال لرب المال أنا ضامن ما عليه من المال فهذا ضمان صحيح ثم قال : ولو ادعى أنه غصبه عبدا ومات في يده فقال خله فأنا ضامن بقيمة العبد فهو ضامن بأخذه من مساعته ولا يحتاج إلى إثبات بالبينة اهـ . فقد ظهر لك أن ما مر أولا عن التارخانية من أن هذه الألفاظ كفالة نفس لا كفالة مال ليس المراد أنها لا تكون كفالة مال أصلا ، بل المراد أنه إذا قال أنا به كفيل أو زعيم الخ أي بالرجل كان كفالة نفس لأنها أدنى من كفالة المال ولم يصرح بالمال ؛ بخلاف ما إذا توجهت هذه الألفاظ على المال فلإنها تكون كفالة مال لأنها صريحة به فلا يراد بها الأدنى وهو كفالة النفس مع التصريح بالمال أو بضميره ، وهذا معنى ما نقله الشلبي عن شرح القدوري للشيخ أبي نصر الأقطع من قوله : فإذا ثبت أن هذه الألفاظ يصح الضمان بها فلا فرق بين ضمان النفس وضمين المال اهـ أي إذا قل ضمننت زيدا أو أنا كفيل به أو هو على أو إلى يكون كفالة نفس كما أفتى به في الخبرية . وإذا قال : ضمننت لك ما عليه من المال أو أنا كفيل به الخ فهو كفالة مال قطعا ، وأما إذا لم يعلم المكفول به أنه كفالة نفس أو مال فلا تصح الكفالة أصلا كما يأتي بيانه ، وبما أحتمل أنه

أو عندي (أو أنا به زعيم) أي كفيل (أو قبيل به) أي بفلان ، أو غريم ، أو حميل بمعنى محمول بدائع (و) تنعقد بقوله (أنا ضامن حتى تجتمعا أو) حتى (تلتقيا) ويكون كفيلا إلى الغاية

لا محير فيما قاله الشلبي بعد ما مر عن شرح الأقطع من أنه ينبغي أن يقال هذه الألفاظ إذا أطلقت تحمل على الكفالة بالنفس ، وإذا كان هناك قرينة على الكفالة بالمال تتمحض حينئذ للكفالة به اه فإنه إذا لم يعلم المكفول به بأن قال أنا ضامن ولم يصرح بنفس ولا مال لا تصح أصلا كما يأتي ، فقوله تحمل على الكفالة بالنفس مخالف للمنفوق كما تعرفه ، نعم لو قامت قرينة على أحدهما يمكن أن يقال يعمل بها كما إذا قال قائل اضمن لي هذا الرجل فقال الآخر أنا ضامن فهو قرينة على كفالة النفس ، وإن قال اضمن لي ما عليه من المال فقال أنا ضامن فهو قرينة على المال لأن الجواب معاد في السؤال فافهم ، واغتم تحرير هذه المسألة فإنك لا تجده في غير هذا الكتاب ، والله الحمد :

مطلب لفظ عندي يكون كفالة بالنفس ، ويكون كفالة بالمال

(قوله أو عندي) في البحر عن التتارخانية : لك عندي هذا الرجل أو قال دعه إلى كات كفالة اه يعني بالنفس . وقال في البحر أيضا عند قوله : ولو قال إن لم أوافك به غدا الخ عن الخانية إن لم أوافك به فعندي لك هذا المال لزمه لأن عندي إذا استعمل في الدين يراد به الوجوب ، وكذا لو قال إلى هذا المال اه فهذا صريح أيضا بأن عندي يكون كفالة نفس وكفالة مال بحسب ما توجه إليه اللفظ ، وبه أفق في الخيرية والحامدية . وأما ما قاله في البحر عند قول الكثر : وبمالك عليه من أن عندي كعل في التعليق فقط ولا تفيد كفالة بالمال بل بالنفس ، وما أفق به من أنه : لو قال لا تطالب فلانا مالك عندي لا يكون كفيلا ، فقد رده في النهر بأن ما مر عن الخانية من العلة المذكورة غير مقيد بالتعليق ، وردده المصنف أيضا ، وكذا الخير الرملي بقولهم ، إن مطلق لفظ عندي للوديعة لكنه بقرينة الدين يكون كفالة . وفي الزيلعي من الإقرار أنه العرف . قال الرملي : ومقتضى ذلك أن القاضى لو سأل المدعى عليه عن جواب الدعوى فقال عندي كان إقرارا اه (قوله بمعنى محمول) كذا عزاه المصنف إلى البدائع أيضا . قال ط : الأظهر أن يكون بمعنى فاعل لأنه حامل لكفالاته (قوله وتنعقد بقوله أنا ضامن حتى تجتمعا الخ) أقول : أشبه هنا على المصنف مسألة بمسألة بسبب سقط وقع في نسخة الخانية التي نقل عنها في شرحه فإن قال فيه : في الخانية : وعن أبي يوسف : لو قال هو على حتى تجتمعا أو حتى تلتقيا لا يكون كفالة لأنه لم يبين المضمون أنه نفس أو مال اه مع أن عبارة الخانية هكذا : وعن أبي يوسف : لو قال هو على حتى تجتمعا أو قال على أن أوافك به أو ألقاك به كانت كفالة بالنفس ، ولو قال : أنا ضامن حتى تجتمعا أو حتى تلتقيا لا يكون كفالة لأنه لم يبين المضمون أنه نفس أو مال اه كلام الخانية . وفي السراج : لو قال هو على حتى تجتمعا أو تلتقيا فهو جائز ، لأن قوله هو على ضمان مضاف إلى العين وجعل الالتقاء غاية له اه يعني أن الضمير في هو على عائد إلى عين الشخص المكفول به فيكون كفالة نفس إلى التقائه مع غريمه ، بخلاف قوله أنا ضامن حتى تجتمعا أو حتى تلتقيا فلا يصح أصلا ، لأن قوله أنا ضامن لم يذكر فيه المضمون به هل هو النفس أو المال ، فقد ظهر وجه الفرق بين المسألتين ، فكان الصواب في التعبير أن يقال وتنعقد بقوله هو على حتى تجتمعا أو تلتقيا لا بأنا ضامن حتى تجتمعا أو تلتقيا لعدم بيان المضمون به ، فتنبه لذلك . ثم إن المسألة المذكورة في كافي الحاكم الذي جمع فيه كتب ظاهر الرواية ، وهو العمدة في نقل لص المذهب ؛ وذلك أنه قال : ولو قال أنا به قبيل أو زعيم أو قال ضامن فهو كفيل : وقال أبو يوسف ومحمد : وكذلك لو قال على أن أوافك به أو ألقاك

تتارخانية (وقيل لا) تنعقد (لعدم بيان المضمون به) أهولفس أو مال كما نقله في الخاتمة عن الثاني : قال المصنف : والظاهر أنه ليس المذهب ، لكنه استنبط منه في فتاويه أنه لو قال الطالب ضمنت بالمال وقال الضامن إنما ضمنت بنفسه لا يصح . ثم قال : وينبغي أنه إذا اعترف أنه ضمن بنفسه أن يؤخذ بإقراره فراجعه (كما) لا تنعقد (في) قوله (أنا ضامن) أو كفيل (لمعرفته) على المذهب ، خلافاً للثاني بأنه لم يلتزم المطالبة بل المعرفة .
واختلف في أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه والوجه اللزوم فتح ، كأننا ضامن لوجهه لأنه يعبر به عن الجملة سراج ، وفي معرفة فلان على يلزمه أن يدل عليه خاتمة ولا يلزم أن يكون كفيلاً نهر :

به أو قال هو علي حتى تجتمعا أو حتى توافيا أو حتى تلتقيا ، وإن لم يقل هو علي وقال أنا ضامن لك حتى تجتمعا أو تلتقيا فهو باطل اه ولم يذكر قول أبي حنيفة في المسألة ، فعلم أنه لا قول له فيها في ظاهر الرواية ، وإنما المسألة منقولة عن الصحابين فقط في ظاهر الرواية عنهما ، وبه علم أن قول الخاتمة وعن أبي يوسف ليس لحكاية الخلاف ولا للتعمير ، بل هو بيان لكون ذلك منقولاً عنه ، وكذا عن محمد كما علمت ، وحيث لم يوجد نص للإمام فالعمل على ما نقله الثقات عن أصحابه كما علم في محله (قوله تتارخانية) عبارتها هو علي حتى تجتمعا فهو كفيل إلى الغاية التي ذكرها اه هكذا ذكره المصنف في المنع . وأنت خير بأن هذه المسألة ليست التي ذكرها في مقته ، فإن التي ذكرها في مقته لا تنعقد فيها الكفالة أصلاً كما علمته آنفاً (قوله كما نقله في الخاتمة) قد أسمعتك عبارة الخاتمة (قوله قال المصنف والظاهر أنه ليس المذهب) الضمير في أنه عائد إلى ما نقله عن الثاني ، وهو الذي عبر عنه في المتن بقوله وقيل لا ، وقد علمت أنه ليس في المذهب قول آخر بل هما مسألتان : إحداهما تصحح فيها الكفالة ، والأخرى لا تصحح بلا ذكر خلاف فيهما كما حررناه آنفاً (قوله لكنه استنبط الخ) يعني أن المصنف قال في شرحه إنه ليس المذهب مع أنه في فتاويه استنبط منه ما ذكر : ووجه الاستنباط أن الطالب والضامن لم يتفقا على أمر واحد فلم يعلم المضمون به هل هو نفس أو مال ، فلا تصحح الكفالة (قوله ثم قال وينبغي الخ) أقول : هذا مسلم إذا كان الطالب يدعي كفالة النفس أيضاً ، أما لو ادعى عليه كفالة المال فقط فلا إذ الإقرار يرتد بالرد ولا يؤخذ المقر بلا دعوى أفاده الرحمتي (قوله على المذهب) لأنهم قالوا إنه ظاهر الرواية زاد في الفتح عن الواقعات : وبه يفتى . وفي البحر عن الخلاصة : وعليه الفتوى :

مطلب لو قال أنا أعرفه لا يكون كفيلاً

(قوله لأنه لم يلتزم المطالبة بل المعرفة) فصار كقوله أنا ضامن لك على أن أوقفك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله فتح . قال في البحر : وأشار إلى أنه لو قال أنا أعرفه لا يكون كفيلاً كما في السراج (قوله والوجه اللزوم) لأنه مصدر متعد إلى اثنين ، فقد التزم أن يعرفه الغريم ، بخلاف معرفته فإنه لا يقتضي إلا معرفة الكفيل للمطلوب فتح ، فصار معنى الأول أنا ضامن لأن أعرفك غريمك وتعريفه بإحضاره للطالب وإلا فهو معروف له ، ومعنى الثاني أنا ضامن لأن أعرفه ولا يلزم منه إحضاره له لكن ما يأتي عن الخاتمة يفيد لزوم دلالة عليه وإن لم يصر كفيلاً . قال في النهر : وما مر من أنه صار كالتزامه الدلالة يؤيده قوله ولا يلزم الخ أي لا يلزم من لزوم دلالة عليه أن يكون كفيلاً بنفسه ليرتب عليه أحكامها نهر : أي لأنه يخرج عن ذلك بقوله هو في المحل الفلاني فاذهب إليه ، فلا يلزمه إحضاره أو السفر إليه إذا غاب ، وغير ذلك من أحكام كفالة النفس .
[تتمة] تمدنا أن ألتاظ الكفالة كل ما ينبي عن العهدة في العرف والعادة ، ومع ذلك كما في الفتح على أن أوافيك به أو على أن ألتاك به أودعه إلى . ثم قال : وفي فتاوى النسفي : لو قال الدين الذي

(وإذا كفل إلى ثلاثة أيام) مثلا (كان كفيلا بعد الثلاثة) أيضا أبدا حتى يسلمه

لك على فلان أنا أدفعه إليك أو أسلمه إليك أو أقبضه لا يكون كفالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام ، وقبده في الخلاصة بما إذا قاله منجزا فلو معلقا يكون كفالة نحو أن يقول إن لم يؤد فأنا أؤدى ، نظيره في النذر لو قال أنا أحج لا يلزمه شيء ، ولو قال إن دخلت الدار فأنا أحج يلزمه الحج اه .
قلت : لكن لو قال ضمننت لك ماعليه أنا أقبضه وأدفعه إليك بصير كفالة بالقبض والتسليم كما سنذكره في بحث كفالة المال .

مطلب في الكفالة المؤقتة

(قوله وإذا كفل إلى ثلاثة أيام الخ) حاصله أنه إذا قال كفلت لك زيدا أو ما على زيد من الدين إلى شهر مثلا صار كفيلا في الحال أبدا أى في الشهر وبعده ، ويكون ذكر المدة لتأخير المطالبة إلى شهر لتأخير الكفالة ، كما لو باع عبدا بألف إلى ثلاثة أيام يصير مطالبا بالثمن بعد الثلاثة ، وقيل لا يصبر كفيلا في الحال بل بعد المدة فقط وهو ظاهر عبارة الأصل ، وعلى كل فلا يطالب في الحال ، وهو ظاهر الرواية كما في التتارخانية . وفي السراجية وهو الأصح ، وفي الصغرى وبه يفتى كما في البحر .

قلت : ومقابله ما قاله أبو يوسف والحسن أنه يطالب به في المدة فقط وبعدها يبرأ الكفيل ، كما لو ظاهر أو آلى من امرأته مدة فإنهما يقعان فيها ويبطلان بمضيها كما في الظهيرية وغيرها . وفيها أيضا : ولو قال كفلت فلانا من هذه الساعة إلى شهر تنتهى الكفالة بمضى الشهر بلا خلاف ، ولو قال شهرا لم يذكره محمد . واختلف فيه فقيل هو كفيل أبدا ، كما لو قال إلى شهر ، وقيل في المدة فقط : أى كما لو قال من هذه الساعة إلى شهر .

والحاصل أنه إما أن يذكر إلى بدون من فيقول كفاته إلى شهر وهى المسألة فيكون كفيلا بعد الشهر ولا يطالب في الحال . وعند أبي يوسف والحسن هو كفيل في المدة فقط ؛ وإما أن يذكر من وإلى فيقول كفلته من اليوم إلى شهر فهو كفيل في المدة فقط بلا خلاف ، وإما أن لا يذكر من ولا إلى فيقول كفلته شهرا أو ثلاثة أيام ، فقيل كأول ، وقيل كالثاني . وفي التتارخانية عن جمع الفقاريق قال : واعتماد أهل زماننا على أنه كالثاني :

قلت : وينبغى عدم الفرق بين الصور الثلاث في زماننا كما هو قول أبي يوسف والحسن ، لأن الناس اليوم لا يقصدون بذلك إلا توقيت الكفالة بالمدة وأنه لا كفالة بعدها ، وقد تقدم أن مبنى ألقاظ الكفالة على العرف والعادة ، وأن لفظ عندى للأمانة وصار في العرف للكفالة بقريئة الدين . وقالوا إن كلام كل هاقد وناذر وحالف وواقف يحمل على عرفه سواء وافق عرف اللغة أولا :

ثم رأيت في الذخيرة قال : وكان القاضى الإمام الأجل أبو على النسفى يقول : قول أبي يوسف أشبه بعرف الناس إذا كفلوا إلى مدة يفهمون بضرب المدة أنهم يطالبون في المدة لا بعدها إلا أنه يجب على المفتى أن يكتب في الفتوى أنه إذا مضت المدة المذكورة فالقاضى يخرج عن الكفالة احترازا عن خلاف جواب الكتاب ، وإن وجد هناك قريئة تدل على إرادته جواب الكتاب فهو عليه اه لكن نازع في ذلك في أنفع الوسائل بأن القاضى المقلد لا يحكم إلا بظاهر الرواية لا بالرواية الشاذة ، إلا أن ينصروا على أن الفتوى عليها اه :

قلت : ما ذكره الإمام النسفى مبنى على أن المذكور في ظاهر الرواية إنما هو حيث لا عرف ، إذ لا وجه للحكم على المتعاقدين بما لم يقصداه فليس قضاء ، بخلاف ظاهر الرواية ؛ وما ذكره من إخراج القاضى له عن الكفالة زيادة احتياط لاحتمال كون العاقدين عالمين بذلك المعنى قاصدين له ، ولذا قال إن وجد قريئة على خلاف العرف

لما في الملتقط وشرح المجمع لو سلمه للحال برى' وإنما المدة لتأخير المطالبة ، ولو زاد وأدا برى' بعد ذلك لم يصبر كفيلا أصلا في ظاهر الرواية وهي الخيلة في كفاية لاتلزم درر وأشباهه .
قلت : ونقله في لسان الحكام عن أبي الليث وأن عليه الفتوى . ثم نقل عن الواقعات أن الفتوى أنه يصبر كفيلا اه لكن تقوى الأول بأنه ظاهر المذهب فتنبه (ولا يطالب) بالمكفول به (في الحال) في ظاهر الرواية (وبه يفتى) وصححه في السراجية وفي البزازية : كفل على أنه متى أو كلما طلب فله أجر شهر صحته ، وله أجل شهر مذ طلبه فإذا تم الشهر فطالبه لزم التسليم ولا أجل له ثانيا ثم قال كفل على أنه بالخيار عشرة أيام أو أكثر صح بخلاف البيع لأن مبنائها على التوسع (وإن شرط تسليمه في وقت بعينه أحضره فيه إن طلبه) كدين مؤجل حل (فإن أحضره) فيها (وإلا حبسه الحاكم) حين يظهر مطله ، ولو ظهر عجزه ابتداء

بحكم بجواب ظاهر الرواية ، والله سبحانه أعلم (قوله لما في الملتقط الخ) تعليل لما فهم من قوله أيضا من أنه يكون كفيلا قبل الثلاثة اه ح (قوله لو سلمه للحال برى') ويجبر الطالب على القبول ، كمن عليه دين مؤجل إذا عجله قبل حلول الأجل يجبر الطالب على القبول خانية ، فلوم يصبر كفيلا قبل مضي المدة لم يصح تسليمه فيها ولم يجبر الآخر على القبول (قوله لم يصبر كفيلا أصلا) لأنه لا يصبر كفيلا بعد المدة لنفيهما الكفاية فيه صريحا ولا في الحال على ما ذكرنا في ظاهر الرواية ظهيرية (قوله ونقله الخ) نقل القولين في البحر أيضا عن البزازية (قوله أنه يصبر كفيلا) أي في المدة فقط كما يفيد قول جامع الفصولين في الفصل السادس والعشرين كفل بنفسه إلى شهر على أنه برى' بعد الشهر فهو كما قال (قوله لكن تقوى الأول بأنه ظاهر المذهب) قلت : وتقوى الثاني بأنه المتعارف بين الناس بحيث لا يقصدون غيره إلا أن يكون الكفيل عالما بحكم ظاهر المذهب قاصدا له فالأمر ظاهر (قوله ولا يطالب الخ) أي في مسألة المدين (قوله لزم التسليم) أي بالطلب الأول ، وقوله ولا أجل له ثانيا أي بالطلب الثاني وهذا مالم يدفعه ، فإذا دفعه إليه ، فإن قال برئت إليك منه يبرأ في المستقبل ، وإن لم يبرأ منه فله أن يطالبه ثانيا ، ولا يكون ذلك براءة لأنه قال في الكفاية كلما طلبته متى فلي أجل شهر فكأنه قال كلما طلبته متى وافيتك به إلا أن لي أجل شهر حتى أطلبه وكلمة كلما تقتضي التكرار فتقتضي تكرار الموافاة كلما تكرر الطلب ، فبالدفع إليه يبرأ عن موافاة لزمته بالمطالبة السابقة لا عن موافاة تلزمه بمطالبة توجد في المستقبل ، وإنما يبرأ عن ذلك لصريح الإبراء ، فإذا برى' إليه حين دفعه مرة وجد صريح الإبراء ومالا فلا ، فإذا دفعه إليه ولم يبرأ فطالبه بعد ذلك فالكفيل أجل شهر آخر من يوم طلبه لأنه غير الطلب الأول ، بخلاف ما إذا لم يدفعه مرة ذخيرة وبزازية ملخصا :

قلت : وحاصله أنه إذا طالبه بتسليم المكفول بنفسه فله أجل شهر فإذا تم الشهر فله مطالبته بالتسليم ولا أجل له في هذه المطالبة الثانية ، فإذا سلمه وتبرأ إليه من عهده فلا شيء عليه بعد ذلك ، وإن سلمه ولم يتبرأ ثم طالبه به لزمه تسليمه ثانيا ، لكن يثبت له أجل شهر آخر بعد هذا الطلب ، فإذا تم الشهر ولم يسلمه فطالبه به فلا أجل له مالم يسلمه إلى الطالب وهكذا ثم لا يخفى أن هذا في كفاية النفس ، أما في كفاية المال فإنه بعد تسليمه لا يطالب به ثانيا لأن الكفاية تنتهي به ، ولذا قال في الذخيرة : ولو كفله بألف على أنه متى طالبه به فله أجر شهر فتى طلبه فله الأجل ، فإذا مضى فله أخذه منه متى شاء بالطلب الأول ولا يكون للكفيل أجل شهر آخر اه : وبه ظهر أن كلام الشارح محمول على كفاية المال ، ولعله جردت متى وكلما عن العموم لعدم إمكانه هنا لما قلنا بخلاف كفاية النفس كما علمت (قوله بخلاف البيع) فإنه لا يصح الخيار فيه أكثر من ثلاثة أيام (قوله وإن شرط) ينبى كونه بالبناء للمفعول ليشمل ما إذا كان الشرط في لفظ الكفيل أو الطالب ط (قوله أحضره) أي لزمه إحضاره بالشرط (قوله فيها) أي فبالقضية المشروطة قد وفي (قوله حين يظهر مطله) في بعض النسخ حتى ، والصواب

لا يجبسه عيني (فإن غاب) أمهله مدة ذهابه وإيابه ولولد دار الحرب عيني وابن ملك (و) لو (لم يعلم مكانه لا بطالب به) لأنه عاجز (إن ثبت ذلك بتصديق الطالب) زيلعي. زاد في البحر (أو ببينة أقامها الكفيل) مستدلاً بما في القنية: غاب المكفول عنه فللدائن ملازمة الكفيل حتى يحضره؛ وحيلة دفعه أن يدعى الكفيل عليه أن خصمك غائب غيبة لا تدرى فين لي موضعه، فإن برهن على ذلك تندفع عنه الخصومة، ولو اختلفا، فإن له خرجة للتجار معروفة أمر الكفيل بالذهاب إليه وإلحاف أنه لا يدرى موضعه، ثم في كل موضع قلنا بذهابه إليه للطالب أن يستوثق بكفيل من الكفيل لثلا يغيب الآخر

الأول؛ وذلك كما لو أكر الكفانة حتى أقيمت عليه البينة، بخلاف ما لو أقربها فإنه لا يجبسه في أول مرة، وهذا ظاهر الرواية كما في البزازية: أي لظهور مطله بإلكاره فصار كمسألة المديون، وبه صرح في الخانية، وكان الزيلعي لم يطلع على ذلك فذكره بحثاً أفاده في البحر (قوله لا يجبسه) لكن لا يحول بينه وبين الكفيل فيلزمه ولا يمنعه من أشغاله وفي التارخانية: لو أضرت ملازمته له استوثق منه بكفيل نهر (قوله فإن غاب) أي المكفول عنه وطلب الغريم منه إحضاره نهر، وهذا إذا ثبت عند القاضي غيبته ببلد آخر بعلم القاضي أو ببينة أقامها الكفيل كما في البزازية وكافي الحاكم، وأطلقه فشمّل المسافة القريبة والبعيدة كما في الفتح بحر (قوله أمهله) أي إذا أراد الكفيل السفر إليه، فإن أبي حبسه للحال بلا إمهال كما في البزازية: وفي التارخانية: وإن كان في الطريق عنر لا يؤخذ الكفيل به بحر (قوله وإيابه) بالكسر: أي رجوعه (قوله ولو لدار الحرب) ولا تبطل بالحق بدار الحرب، لأنه وإن كان موتاً حكماً لكن بالنسبة إلى ماله وإلا فهو حتى مطالب بالتوبة والرجوع، هكذا أطلقه في النهاية؛ وقيد في الذخيرة بما إذا كان الكفيل قادراً على رده بأن كان بيننا وبينهم موادة أنهم يردون إلينا المرتد وإلا لا يؤخذ به اه وهو تقييد لا بد منه بحر (قوله لا يطالب به) مقيد بما إذا لم يبرهن الطالب على أنه بموضع كذا، فإن برهن أمر الكفيل بالذهاب إليه وإحضاره لأنه علم مكانه بحر (قوله إن ثبت ذلك بتصديق الطالب) عبارة الزيلعي لأنه عاجز وقد صدقه الطالب عليه اه، فانت ترى أن الزيلعي لم يجعل ذلك شرطاً لنفي المطالبة بل بين أن فرض المسألة فيما إذا صدقه الطالب ثم أعقب الزيلعي ذلك بقوله ولو اختلفا إلى آخر ما يأتي فيين حكم ما إذا لم يصدقه، وهو أنه إذا لم يكن له خرجة معروفة فالقول للكفيل أي فلا يطالب به، فعلم أن تصديق الطالب غير شرط في نفي المطالبة تأمل، وبه يعلم أنه لا حاجة إلى إقامة البينة، فعبارة المصنف هنا غير محررة (قوله بما في القنية) أي عن الإمام على السعدي (قوله وحيلة دفعه) أي دفع الطالب على ملازمته للكفيل (قوله فإن برهن على ذلك) أي برهن الكفيل على أن غيبته لا تدرى لكن هذه بينة فيها نفي ولعله يقبل لكونه تبعاً والقصد إثبات سقوط المطالبة مقدسي، ومقاله الرحمي من أن الضمير في برهن للطالب فغير صحيح لأنه لا يناسب قوله وحيلة دفعه (قوله ولو اختلفا) أي بأن قال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرفه زيلعي (قوله وإلحاف) عبارة الزيلعي والفتح والبحر: وإلا فالقول للكفيل لأنه متمسك بالأصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة. وقال بعضهم: لا يلتفت إلى قول الكفيل ويجبسه القاضي إلى أن يظهر عجزه لأن المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق في إسقاطها عن نفسه بما يدعي اه وكان الشارح صرح بالتحليف أخذاً من قولهم يحلف في كل موضع لو أقر به لزمه ثم قد علمت أن كون القول للكفيل مخالف لما في المتن فإنه يقتضي أنه لا يكتفى بقول الكفيل لأعرف مكانه ما لم يصدقه الطالب أو يبرهن عليه الكفيل، نعم ما في المتن يتمشى على قول البعض المعبر عنه في الفتح بقيل وذلك يفيد ضعفه؛

(ویرا) الكفیل بالنفس (بموت المكفول به ولو عبدا) أراد به دفع توهم أن العبد مال ، فإذا تعذر تسليمه ازمه قيمته ، وسيجيء ما لو كفل برقبته (وبموت الكفيل) وقيل يطالب وارثه بإحضاره سراج (لا) بموت (الطالب) بل وارثه أو وصيه يطالب الكفيل ، وقيل يبرأ وهبالية ، والمذهب الأول (و) يبرأ (بدفعه إلى من كفل له حيث)

[تنبيه] قال في النهر : ولم أر مالو برهنا ، وينبغي أن تقدم بينة الطالب لأن معها زيادة علم (قوله ویرا الكفيل بالنفس بموت المكفول به) أي يبرأ أصلا بموت الشخص المطلوب ، والمراد أنها تبطل بموته كما عبر به في الكنز وغيره لتحقق عجز الكفيل عن إحضاره كما في النهر : أي عجزا ، سقمرا بخلاف الجهل بمكانه لاحتمال العلم به بعد فلذا قالوا هناك لا يطالب به وقالوا هنا تبطل : وأما ما في البرازية والخلاصة من أنه لو كان المكفول به غائبا لا يعلم مكانه ولا يوقف على أثره يجعل كالموت ولا يجسه ، فالمراد به أنه كالموت في عدم المطالبة في الحال ولذا قال ولا يجسه لا في بطلان الكفالة وسقوط المطالبة أصلا ولا خالف كلامهم مقولا وشروحا ، ونبهنا على ذلك تمهيدا لما ذكره قريبا من حادثة الفتوى (قوله بموت المكفول به) هذا شامل لبراءة كفيل الكفيل بموت الكفيل ولبراءتهما بموت الأصيل : قال في الخانية : الكفيل بالنفس إذا أعطى الطالب كفيلا بنفسه فمات الأصيل برى الكفيلان ، وكذا لو مات الكفيل الأول برى الكفيل الثاني اه ،

مطالب كفالة النفس لا تبطل ببراءة الأصيل بخلاف كفالة المال

قال في البحر : وأشار باقتضائه في بطلانها على موت المطلوب والكفيل إلى أنها لا تبطل ببراءة الأصيل ، وتامه فيه ، وسيدكره الشارح قبيل كفالة المال (قوله أراد به الخ) كذا في المنع ، ولا يخفى أن التوهم باق ، وذلك أنه قال في الخلاصة : لو كفل بنفس عبد فمات العبد برى الكفيل إن كان المدعى به المال على العبد ، وإن كان المدعى به نفس العبد لا يبرأ وضمن قيمته اه . ففي المسألتين المكفول به نفس العبد ، لكن المدعى به في الأولى المال على العبد وفي الثانية رقبة للعبد ، فقول المصنف ولو عبدا يوم أنه شامل للمسألتين مع أنه لا يبرأ بموت العبد في الثانية وإن تعذر تسليمه بالموت بل تلزمه قيمته ، فلا بد في دفع التوهم من أن يقول ولو عبدا ادعى عليه مال تأمل (قوله وسيجيء) أي في الباب الآتي ما لو كفل برقبته أي بأن كان المدعى به رقبة العبد وهي المسألة الثالثة ، وستجيء المسألتان جميعا قبيل الحوالة (قوله وبموت الكفيل) أي الكفيل بالنفس ، لأن الكلام فيه : أما الكفيل بالمال فلا تبطل بموته لأن حكمها بعد موته ممكن فيوفى من ماله ثم ترجع الورثة على المكفول عنه إن كانت بأمره وكان الدين حالا ، فلو مؤجلا فلا رجوع حتى يحل الأجل بحر ، وتامه في الفتح (قوله بل وارثه أو وصيه يطالب الكفيل) فإن سلمه إلى أحد الورثة أو أحد الوصيين خاصة فللباق المطالبة بإحضاره بحر عن البنابيع . وقد يشكل عليه قولم أحد الورثة ينتصب خصما للميت فيما له وعليه نهر .

قلت : في جامع الفصولين : أحد الورثة يصلح خصما عن المورث فيما له وعليه ، ويظهر ذلك في حق الكل إلا أن له قبض حصته فقط إذا ثبت حق الكل اه وبه يظهر الجواب ، وذلك أن حق المطالبة ثابت لكل واحد من الورثة فإذا استوفى أحدهم حقه لا يسقط حق الباقي لأن له استيفاء حقه فقط ، وإنما قام مقام الباقي في إثبات حقهم فانهم (قوله وقيل يبرأ) أي الكفيل بموت الطالب (قوله ویرا بدفعه إلى من كفل له) أي بالتخلية بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع فيقول هذا خصمك فخذه إن شئت ، وأطلقه فشمع ما إذا كان للتسليم وقت فسلمه قبله أولا لأن الأجل حق الكفيل فله إسقاطه كالدين المؤجل إذا قطعه قبل الحلول بحر

أى فى موضع (يمكن مخاصمته) سواء قبله الطالب أولاً (وإن لم يقل) وقت التكفيل (إذا دفعه إليك فأنا برىء) ويرأ بتسليمه مرة قال سلمته إليك بجهة الكفالة أولاً ، إن طلبه منه وإلا فلا بد أن يقول ذلك (ولو شرط تسليمه فى مجلس القاضى سلمه فيه ولم يجز) تسليمه (فى غيره) به يفنى فى زماننا لتهاون الناس فى إعانة الحق ، ولو سلمه عند الأمير أو شرط تسليمه عند هذا القاضى فسلمه عند قاض آخر جاز بحر ، ولو سلمه فى السجن لو سجن هذا القاضى أو سجن أمير البلد فى هذا المصر جاز ابن ملك (وكذا يبرأ) التكفيل (بتسليم المطلوب نفسه) لحصول المقصود

(قوله أى فى موضع يمكن الخ) ويشترط عندهما أن يكون هو المصر الذى كفل فيه لا عند الإمام ، وقولها أوجه كما فى الفتح : وقيل إنه اختلاف عصر وزمان لاحجة وبرهان وبيانه فى الزيلعى . واحتوز به عما لو سلمه فى برية أو سواد وتمامه فى النهر (قوله سواء قبله الطالب أولاً) فيجوز على قبوله ، بمعنى أنه ينزل قابضاً كالغاصب إذا رد العين والمديون إذا دفع الدين منح ؛ بخلاف ما إذا سلمه أجنبي فلا يجز كما يأتى (قوله ويرأ بتسليمه مرة) إلا إذا كان فيها ما يقتضى التكرار كما إذا كفله على أنه كلما طلبه فله أجل شهر كما مر تقريره (قوله به يفنى) وهو قول زفر ، وهذا إحدى المسائل التى يفنى فيها بقول زفر بحر وعدها سبعا وقال ليس المراد الحصر .

قلت : وقد زدت عليها مسائل وذكرتها منظومة فى النفقات : قال فى النهر : وفى الواقات الحسامية : جهل هذا رأياً لله تأخرين لا قولاً لزفر : ولفظه : والمتأخرون من مشايخنا يقولون بجواب الكتاب أنه يبرأ إذا سلمه فى السوق أو فى موضع آخر فى المصر بناء على عادتهم فى ذلك الزمان ، أما فى زماننا فلا يبرأ لأن الناس يعينون المطلوب على الامتناع عن الحضور لغلبة الفسق فكان الشرط مقيداً فيصح وبه يفنى اه وهو الظاهر إذ كيف يكون هذا اختلاف عصر وزمان مع أن زفر كان فى ذلك الزمان اه .

قلت : فيه نظر ظاهر ، فكم من مسألة اختلف فيها الإمام وأصحابه وجعواوا الخلاف فيها بسبب اختلاف الزمان كسألة الاكتفاء بظاهر العدالة وغيرها وكالمسألة المارة آنفاً ، وبعد نقل الثقات ذلك عن زفر كيف ينفى بكلام يحتمل أنه مبنى على قوله والمشاهد اختلاف الزمان فى مدة يسيرة (قوله ولو سلمه عند الأمير) أى وقد شرط تسليمه عند القاضى (قوله عند قاض آخر) أى غير قاضى الرساتيق كما أجاب بعضهم ، واستحسنه فى القنية لأن أغلبهم ظلمة قال ط :

قلت : ولا خصوص للرساتيق ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم (قوله ابن ملك) ونص كلامه فى شرحه على المجمع ، ولو سلمه فى السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه لا يتمكن من إحضاره مجلس الحكم . وفى المحيط : هذا إذا كان السجن سجن قاض آخر فى بلد آخر . أما لو كان سجن هذا القاضى أو سجن أمير البلد فى هذا المصر يبرأ وإن كان قد حبسه غير الطالب ، لأن سجنه فى يده فيخلى سبيله حتى يجيب خصمه ثم يعيده إلى السجن اه :

وفى البحر عن البزازية : ولو ضمن وهو محبوس فسلمه فيه يبرأ ، وأو أطلق ثم حبس ثانياً فدفعه إليه فيه ، إن الحبس الثانى فى أمور التجارة ونحوها صبح الدفع ، وإن فى أمور السلطان ونحوها لا اه . وفى كافى الحاكم : وإذا حبس المكفول به بدين أو غيره أخذت الكفيل لأنه يقدر على أن يفكه مما حبس به بأداء حق الذى حبسه اه أى إذا لم يمكنه تسليمه كما يعلم من كلام المحيط المار (قوله وكذا يبرأ الكفيل بتسليم المطلوب نفسه) هذا إذا كانت الكفالة بالأمر : أى أمر المطلوب وإلا فلا يبرأ كما فى السراج عن الفوائد ، والوجه فيه ظاهر لأنها إذا

(وبتسليم وكيل الكفيل) لقيامه مقامه (ورسوله إليه) لأن رسوله إلى غيره كالأجنبي : وفيه : يشترط قبول الطالب ، ويشترط أن يقول كل واحد من هؤلاء سلمت إليك عن الكفيل درر (مع كفالته) أى بحكم الكفالة عيني ، وإلا لا يبرأ ابن كمال فليحفظ (فإن قال إن لم أواف) أى آت (به غدا فهو ضامن لما عليه) من المال

كانت بغير أمره لا يلزم المطلوب الحضور فليس مطالباً بالتسليم ، فإذا سلم نفسه لا يبرأ الكفيل نهر : وفي التاريخانية : لو كفل بنفسه بلا أمره فلا مطالبة للكفيل عليه إلا أن يجده فيسلمه فيبرأ اه وعليه فلا يأثم بعدم التمكن منه فله الهرب ، بخلاف ما إذا كانت بأمره ، وكذا قولهم له منعه من السفر إنما هو إذا كانت بأمره أفاده في البحر (قوله وبتسليم وكيل الكفيل) لو قال وبتسليم نائبه لكان أجود وأفود ، لأن كفيل الكفيل لو سلمه برى الكفيل أيضاً كما في الخانية نهر (قوله ورسوله إليه) أى إلى الطالب ، بأن دفع المطلوب إلى رجل يسلمه إلى الطالب على وجه الرسالة فيقول الرجل إن الكفيل أرسل معي هذا لأسلمه إليك (قوله لأن رسوله إلى غيره كالأجنبي) تعليل لمفهوم قوله إليه ، فإن مفهومه أنه لا يبرأ لو كان رسولا إلى غيره بمجرد التسليم ؛ ومثاله كفاي ط : لو قال الكفيل لشخص خذ هذا وسلمه لفلان ليسلمه للطالب فأخذه الرسول وسلمه إلى الطالب بنفسه فإنه يكون كتسليم الأجنبي (قوله وفيه) أى في تسليم الأجنبي يشترط أى زيادة على الشرط الذى بعده قبول الطالب :

قال في البحر : وقيد بالوكيل والرسول لأنه لو سلمه أجنبي بغير أمر الكفيل وقال سلمت إليك عن الكفيل وقف على قبوله ، فإن قبله الطالب برى الكفيل ، وإن سكت لا اه (قوله ويشترط أن يقول كل واحد من هؤلاء) أى الثلاثة وهم المطلوب والوكيل والرسول ، وهذا دخول على المتن ، أراد به التنبيه على أمرين :

أحدهما أن قول المصنف مع كفالته قيد في الكل لا في الوكيل والرسول فقط كما قد يتوهم من عبارة المصنف حيث كرر لفظ بتسليم ، ولا في المطلوب فقط كما يتوهم من عبارة الكنز حيث قدم قوله من كفالته على تسليم الوكيل :

ثانيهما أنه لا يكفي قصد كون التسليم عن الكفالة ، بل لا بد من التصريح به ، بأن يقول سلمت إليك عن الكفيل من كفالته فافهم ، لكن اقتصر في الدرر على قوله عن الكفيل ، وعزاه إلى الخانية ، واقتصر في البحر على قوله عن الكفالة ، وعبر في الفتح مرة بالأول ومرة بالثاني ، فعلم أنه لا يلزم الجمع بينهما ، فإذ زاد الشارح كلمة أو بأن قال أو مع كفالته لكان أولى (قوله وإلا لا يبرأ) أى إن لم يقل أحد هؤلاء ذلك لا يبرأ الكفيل (قوله ابن كمال) ومثله في الفتح والبحر والمنع وغيرها (قوله فإن قال إن لم أواف الخ) قيد بعدم الموافاة للاحتراز عما في البرازية : كفل بنفسه على أنه متى طالبه سلمه ، فإن لم يسلمه فعليه ما عليه ومات المطلوب وطالبه بالتسليم وعجز لا يلزمه المال لأن المطالبة بالتسليم بعد الموت لا تصح فإذا لم تصبح المطالبة لم يتحقق العجز الموجب للزوم المال فلم يجب اه بحر (قوله أى آت) ومثله إن لم أدفعه إليك أو إن غاب عنك نهر (قوله فهو) أى القائل وهو من تمة المقول بالمعنى ، لأنه إنما يقول فأنا ضامن لما عليه أو عندي كما في الخانية وقد مر (قوله لما عليه) أشار إلى أنه لا يشترط تعيين قدر المال كما يأتي ، وقيد بقوله لما عليه ، لأنه لو قال له فأما الذى لك على فلان رجل آهر وهو ألف درهم فهو على جاز في قول أبي يوسف . وقال محمد : الكفالة بالنفس جائزة ، والكفالة بالمال باطلة لأنه مخاطرة إذا كان المال على غيره ، وإنما يجوز إذا كان المال عليه استحساناً ولو كفل بنفسه رجل للطالب

(فلم يوافق به مع قدرته عليه) فلو عجز لحبس أو مرض لم يلزمه المال إلا إذا عجز بموت المطلوب أو جنونه كما أفاده بقوله (أو مات المطلوب) في الصورة المذكورة (ضمن المال

عليه مال فلزم الطالب الكفيل وأخذ منه كفيلا بنفسه على أنه إن لم يوافق به فالمال الذي على المكفول به الأول عليه جاز ، وليس هذا كالذي عليه مال ولم يكفل به أحد كذا في كافي الحاكم (قوله مع قدرته عليه) صرح بهذا القيد الزيلعي والشمي في شرح النقاية ، وكذا في البحر : وقال المصنف في المنح إنه قيد لازم ، لأنه إذا عجز لا يلزمه إلا إذا عجز بموت المطلوب أو جنونه اهـ (قوله فلو عجز لحبس أو مرض) أي مثلا فيدخل فيه ما إذا غاب المكفول به ولم يعلم مكانه ، فقد مر التصريح بأن ذلك عجز ، وقد علمت أن شرط ضمان المال عدم الموافقة مع القدرة وحيث صرحوا بأن الغيبة المذكورة عجز عن الموافقة لم يتحقق القدرة ولم يستثنوا من العجز إلا العجز بموت المطلوب أو جنونه فلنحلت الغيبة المذكورة في العجز . وأما ما قدمناه عن الخلاصة والبرازية من أن الغيبة المذكورة كالموت فقد علمنا أن المراد أنها مثله في سقوط المطالبة في الحال لا من كل وجه على أن ذلك مذکور في كفالة النفس ، والموت هناك مبطل للكفالة بالنفس ومسقط للمطالبة بالكلية وليس هناك كفالة بالمال وهنا المراد ثبوت كفالة المال المعلقة على عدم الموافقة مع القدرة والموت هنا محقق لكفالة المال ومثبت للضمان ، فإذا جعلت الغيبة المذكورة كالموت بالمعنى المراد فيما مر وهو سقوط المطالبة بالنفس للعجز عن تسليمه لا يلزم منه ثبوت ضمان المال المعلق على عدم الموافقة مع القدرة بل يلزم عدم ثبوته لتحقق العجز وإن جعلت كالموت بالمعنى المراد هنا وهو ثبوت الضمان نافي قوهم مع القدرة وقد علمت أن الغيبة المذكورة عجز مناف للضمان وأنهم لم يستثنوا من العجز إلا الموت والجنون ، على أن جعلها كالموت في ثبوت الضمان بخلاف ما أراده في البرازية والخلاصة ، لأنهما إنما ذكرا ذلك في كفالة النفس المجردة عن كفالة المال ، وقد صرح أصحاب المتون وغيرهم بأن الغيبة المذكورة مسقطة للمطالبة بالتسليم وذلك مناف لثبوت الضمان أي ضمان النفس ، فلا يصح الاستدلال بتلك العبارة على كون الغيبة المذكورة مسقطة للمطالبة بالمال في مثلتنا ، وإنما تسقط المطالبة بالنفس فقط : وأما المطالبة بالمال فهي حكم الكفالة الأخرى المعلقة على عدم الموافقة مع القدرة ، فإذا وجد ما علقته عليه ثبتت وإلا فلا ومع الغيبة المذكورة لم توجد القدرة فلا تثبت المطالبة بالمال كما لا يخفى .

مطلب حادثة الفتوى

فإذا علمت ذلك ظهر لك جواب حادثة الفتوى قريبا من كتابتي لهذا المحل ، وهي : رجلان عليهما ديون فكفلهما زيد كفالة مال وكفلهما عند زيد أربعة رجال على أنهم إن لم يوافقوه بالمطلوبين عند حلول الأجل فالمال المذكور عليهم ثم حل الأجل وأدى زيد إلى أصحاب الديون وطالب الأربعة بالمطلوبين فأحضروا له أحدهما وعجزوا عن إحضار الآخر لكونه سافر إلى بلاد الحرب ولا يدري مكانه . فأجبت : بأنه لا يلزمهم المال للعجز عن الموافقة بالغيبة المذكورة فعارضني الحاكم الشرعي بعبارة البرازية المارة فأجبت بما حررته ، والله سبحانه أعلم (قوله كما أفاده بقوله الخ) أي أفاد بعضه لأنه لم يذكر الجنون ، لكن يفهم حكمه من الموت لأن المستحق عليه تسليم يكون ذريعة إلى الخصام ولا يتحقق ذلك مع الجنون كالموت (قوله أو مات المطلوب) يعني بعد الغد كذا في الفتح ، وبهذا يزول إشكال المسألة ، وهو أن شرط الضمان عدم الموافقة مع القدرة ، ولا شك أنه لا قدرة على الموافقة بالمطلوب بعد موته ، فإذا قيد الموت بما بعد الغد يكون قد وجد شرط الضمان قبله لأن فرض المسألة عدم الموافقة به خدا كما نبه عليه الشارح بقوله في الصورة المذكورة : أي المقيدة بالغد ، لكن مفاده أنه لو لم يقيد بالغد

في الصورتين) لأنه علق الكفالة بالمال بشرط متعارف فصيح ولا يبرأ عن كفالة النفس لعدم التنافي ، فلو أبرأه عنها فلم يوافق به لم يجب المال لفقد شرطه ، قيد بموت المطلوب لأنه لو مات الطالب طلب وارثه ، ولو مات الكفيل طلب وارثه درر ، فإن دفعه الوارث إلى الطالب برى وإن لم يدفعه حتى مضى الوقت كان المال على الوارث يعني من تركه الميت عيني .

(ولو اختلفا في الموافقة) وعدمها (فالقول للطالب) لأنه منكرها (و) حينئذ (فالمال لازم على الكفيل) خاتمة . وفيها : ولو اختلف الطالب فلم يجده الكفيل نصب القاضي عنه وكيلاً ، ولا يصدق الكفيل على الموافقة إلا بحجة (ادعى على آخر) حقا عيني أو (مائة دينار ولم يبينها) أجيده أم رديته أم أشرافية

لا يثبت الضمان بالموت مع أنه صرح في الفتح أيضا بأنه لا فرق بين المقيد والمطلق فليتأمل .

ثم رأيت في كافي الحاكم قيد بقوله مات المكفول به قبل الأجل ثم حل الأجل فالمال على الكفيل فهذا مخالف لقول الفتح يعني بعد الغد (قوله في الصورتين) أي صورة عدم الموافقة مع القدرة وصورة موت المطلوب ، وموت المطلوب وإن أبطل الكفالة بالنفس فإنما هو في حق تسليمه إلى الطالب لا في حق المال بجر (قوله بشرط متعارف) فلو قال إن وافيتك به غدا فعلى ما عليه ثم وافى به لم يلزمه المال لأنه شرط لزومه إن أحسن إليه كذا في منية المفتي ، يعني أنه تعليق بشرط غير متعارف نهر ، لكن في جامع الفصولين : ولو قال إن وافيتك به غدا وإلا فعلى المال لم تصح الكفالة ، بخلاف إن لم أوافك به غدا هـ .

واستشكل في نور العين الفرق بين المسألتين لأن قوله وإلا فعلى المال بمعنى إن لم أوافك به غدا هـ .

قلت : الظاهر أن قوله وإلا زائد ، والصواب إسقاطه بدليل كلام المنية ، وبه يزول الإشكال تدبر (قوله لعدم التنافي) إذ كل منهما للتوثق ، ولعله بطالبه بحق آخر يدعى به غير المال الذي كفل به معلقا كما في الفتح (قوله لفقد شرط) وهو بقاء الكفالة بالنفس لزوالها بالإبراء وطولب بالفرق بينه وبين موت المطلوب ، فإنها بالموت زالت أيضا . وأجيب بأن الإبراء وضع لفسخ الكفالة فتفسخ من كل وجه ، والانفساخ بالموت إنما هو لضرورة العجز عن التسليم المفيد فيقتصر ، إذ لا ضرورة إلى تعديده إلى الكفالة بالمال ، كذا في الفتح نهر (قوله طالب وارثه) أي طلب وارثه من الكفيل لإحضار المكفول به في الوقت وإن مضى الوقت طلب منه المال (قوله طواب وارثه) أي بإحضار المكفول به في الوقت وبالمال بعده (قوله فإن دفعه) تفريع على قوله ولو مات الكفيل الخ (قوله فالقول للطالب) ويكون الأبر على ما كان في الابتداء ولا يمين على واحد منهما لأن كلامهما مدع : الكفيل البراءة ، والطالب الوجوب ، ولا يمين على المدعى عندنا بجر عن نظم الفقه (قوله ولو اختلف الطالب) أي عند مجيء الوقت :

مطلب في المواضع التي ينصب فيها القاضي

وكيلاً بالقبض على الغائب المتواري

(قوله نصب القاضي عنه وكيلاً) أي فيسلمه إليه ، وكذا لو اشترى بالخيار فتواري البائع أو حلف ليقضين دينه اليوم فتغيب الدائن ، أو جعل أمرها بيدها إن لم تصل نفقتها فتغيب ، فالمتأخرون على أن القاضي ينصب وكيلاً على الغائب في الكل ، وهو قول أبي يوسف ، كذا في الخالية . قال أبو الليث : هذا خلاف قول أصحابنا وإنما روى في بعض الروايات عن أبي يوسف ، ولو فعله القاضي فهو حسن نهر (قوله ولا يصدق الكفيل الخ) الأولى ذكره بعد قوله لأنه منكرها (قوله ادعى على آخر حقا) أفاد أنه لا فرق بين أن يبين (١) مقداراً أصلاً أو يبين

(١) (قوله لا فرق بين أن يبين الخ) هكذا بخطه ، راعه سقط من ثلثه حرف النون ، والأصل بين أن لا يبين الخ تأمل اهـ مصححه .

لتصح الدعوى (فقال) رجل للمدعى دعه فأنا كفيل بنفسه و (إن لم أوافك به غدا فعليه) أى فعلى (المائة فلم يوافق) الرجل (به غدا فعليه المائة) التى بينها المدعى ، إما بالبينة أو بإقرار المدعى عليه ، وتصح الكفالتان لأنه إذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة بالنفس فترتب عليها الثانية (والقول له) أى لكفيل (فى البيان) لأنه يدعى صحة الكفالة وكلام السراج يفيد اشتراط إقرار المدعى عليه بالمال فليحزر :
(لا يجبر) المدعى عليه (على إعطاء الكفيل بالنفس)

المقدار ولم يبين صفته ، وقد جمع بين المسألتين الإمام محمد فى الجامع الصغير ، واقتصر فى الكنز على الثانية قال فى النهر : ولو تبعه المصنف لكان أولى ، والخلاف الآتى جارٍ فيهما خلافا لما يوهمه كلام البحر (قوله لتصح الدعوى) علة للمتنى بلم ، أفاد أن صحة الدعوى وقت الكفالة غير شرط (قوله أى فعليه المائة (١)) أى المائة الدينار المذكورة والأولى أن يزيد مائة دينار منكرة لأجل قوله حقا ، وقيد بكونه كفل بقدر معلوم ، لما فى كافى الحاكم من أنه لو كفل بنفسه على أنه إن لم يوافق به غدا فعليه ما للطالب عليه من شىء فلم يوافق به فى الغد وقال الكفيل لاشىء لك عليه فالقول له مع يمينه على علمه ، وكذلك إذا أقر الكفيل بمائة والمطلوب بمائتين صدق المطلوب على نفسه ولم يصدق على الكفيل ؛ ولو قال فعليه من المال ما أقر به المطلوب فأقر المطلوب بألف فالكفيل ضامن لها ولو قال فعليه ما ادعى الطالب وادعى ألفا وأقر له بها المطلوب فالقول للكفيل مع يمينه على علمه اه (قوله فعليه المائة) هذا قول الإمام والثانى آخره : وقال محمد : إن لم يبينها ثم ادعى وبينها لا تلزمه ، وتمامه فى النهر (قوله أما بالبينة الخ) تابع فيه صاحب النهر ، وكأنه أخذه مما يأتى عن السراج من اشتراط إقرار المدعى عليه بالمال والبينة مثل الإقرار لكن هذا مخالف لكلام المصنف وغيره من أن القول للمدعى كما يأتى (قوله والقول له أى الكفيل) عبارة المصنف فى المنع : أى للمكفول له وهى الصواب ، وقد تبع الشارح الدرر : واعترضه فى العزيمة بقوله هذا سهو ظاهر والصواب للمدعى : أما دراية فلأن قولهم لأنه يدعى الصحة يشهد بذلك ، فإن ادعاء الصحة لا يوافق مدعاه : وأما رواية فلقوله فى معراج الدراية ويكون القول له فى هذا البيان لأنه يدعى الصحة والكفيل يدعى الفساد ذكره فى الذخيرة اه . وفى غاية البيان : ويقبل قول المدعى أنه أراد ذلك عند الدعوى لأنه يدعى الصحة اه ما فى العزيمة :

وفى النهاية : فإذا بين المدعى ذلك عند القاضى ينصرف بيانه إلى ابتداء الدعوى والملازمة ، فتظهر صحة الكفالة بالنفس وأمال جميعا ويكون القول قوله فى هذا البيان لأنه يدعى صحة الكفالة اه ومثله فى شرح الجامع الصغير لقاضيه خان ، فهذه العبارات صريحة فى المراد ، وهو ظاهر عبارات المتون والهداية (قوله وكلام السراج يفيد الخ) وذلك حيث قال : ولو ادعى على رجل ألفا فأنكره فقال له رجل إن لم أوافك به غدا فهى على فلم يوافق به غدا لا يلزمه شىء ، لأن المكفول عنه لم يعترف بوجود المال ولا اعترف الكفيل بها أيضا ، فصار هذا مالا معلقا بخطر فلا يجوز اه (قوله فليحزر) لا يخفى أن ما فى السراج لا يعارض ما فى مشاهير كتب المذهب التى ذكرناها :

وقال السامحانى : الذى تحور لى أن يحمل ما فى السراج على قول محمد وقول أبى يوسف ثانيا اه وهو ظاهر : ولا يقال إن قول السراج فأنكره يفيد التوفيق بحمل كلامهم على الإقرار لأنه خلاف ما فرض به المسألة فى كافى

(١) (قوله قوله أى فعليه المائة) هكذا بخطه بضمير لثنية ، والذي فى نسخ الشارح لقي بهى أى فعل المائة بضمير التكلم

وليجرر اه مصححه .

(٣٨ - حاشية ابن مابيه - ٥)

في دعوى (حد وقود) مطلقا : وقال : يجبر في قود وحد قذف وسرقة كتعزير لأنه حق آدمي ، والمراد بالجبر الملازمة لا الحبس (ولو أعطى) برضاه كفيلا في قود وقذف وسرقة (جاز) اتفاقا ابن كمال ، وظاهر كلامهم أنها في حقوقه تعالى لا تجوز نهر .

قلت : وسيجيء أنها لا تصح بنفس حد وقود فليكن التوفيق

الحاكم من كون الكفيل والمطلوب منكرين للمال (قوله في دعوى حد وقود) قيد بالدعوى لأن الكفالة بنفس الحد والقود لا تجوز إجماعا كما يأتي إذ لا يمكن استيفاؤهما من الكفيل ، وقيد بالقصاص لأنه في القتل والجراحة خطأ يجبر عليه الكفيل إجماعا لأن الموجب هو المال نهر (قوله مطلقا) أي في حقه تعالى أو حق عبد وهذا راجع لقوله حد ، والأولى ذكره عقبه (قوله وسرقة) هذا الحقه التمرثشي وجعله من حقوق العباد لكون الدعوى فيه شرطا ، بخلاف غيره لعدم اشتراطها بحر ،

قلت : قد صرح به الحاكم في الكافي حيث قال : ولو ادعى رجل قبل رجل أنه سرق مالا منه وقال بيني حاضرة فإنه يؤخذ له كفيل بنفسه ثلاثة أيام ، ولو قال قد قبضت منه السرقة ولكني أريد أن أقيم الحد لم يؤخذ منه كفيل ثم قال : وإذا أقام شاهدين على السارق وعلى السرقة وهي بعينها في يديه لم يؤخذ منه كفيل ولكن يجبس وتوضع السرقة على يدي عدل حتى يزكى الشهود اهـ .

قلت : والظاهر أنه يجبس ولا يكفل في الثانية لأنه صارتهما بقيام البينة قبل التزكية والمتهم يجبس كما يأتي وفي الأولى لم يجبس لأن الحبس عقوبة فلا يفعلها قبل الشهادة (قوله كتعزير) قال في الكافي : لو ادعى رجل قبل رجل شتيمة فيها تعزير وقال بيني حاضرة أخذ له منه كفيلا بنفسه ثلاثة أيام لأنه ليس بحد وهو من حقوق الناس ، ألا ترى أنه لو عفا عنه وتركه جاز ثم قال : وإن أقام عليه شاهدين بالشتيمة لم يجبس ولكن يؤخذ منه كفيل بنفسه حتى يسأل عن الشهود ، فإن زكوا عزره القاضي أسواط ، وإن رأى أن لا يضرب به وأن يجبسه أياما عقوبة فعل ، وإن كان المدعى عليه رجلا له مروءة وخطر استحسنت أن لا أحبسه ولا أعزره إذا كان ذلك أول ما فعل اهـ (قوله لأنه حق آدمي) ظاهره أن ما كان أي من التعزير من حقوقه تعالى لا يجوز به التكفيل كالحد بحر (قوله والمراد بالجبر) أي على قولها كما في البحر (قوله الملازمة) أي بأن يدور معه الطالب حيث دار كي لا يتغيب عنه : وإذا أراد دخول داره ، فإن شاء المطلوب أدخله معه وإلا منعه الطالب عنه نهر (قوله جاز) لأنه أمكن ترتيب موجهه عليه لأن تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم هداية .

قال في الفتح : ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة إذا سمح بها في الحدود الخالصة لأن تسليم النفس واجب فيها لكن نص في الفوائد الخبازية على أن ذلك في الحدود التي للعباد فيها حق كحد القذف لا غير اهـ نهر : وفي البحر قدمنا أنه لا تجوز بنفس من عليه في الحدود الخالصة (قوله وظاهر كلامهم) أي حيث اقتصروا على هذه الثلاثة ، وقد أسعناك التصريح به في الفتح عن الخبازية ، وذكره قبل ذلك أيضا حيث قال : بخلاف الحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب لا يجوز الكفالة وإن طابت نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل بعد الشهادة أو قبلها ثم ذكر وجهه (قوله فليكن التوفيق) أي فليكن ظاهر كلامهم المذكور توفيقا بين ما ذكره المصنف من أنه لو أعطى كفيلا برضاه جاز وبين ما سيجيء بهمنا على حقوق العباد وما سيجيء على حقوقه تعالى ، لكن فيه أن الكفالة بنفس الحد لا تصح مطلقا ، لأن حد السرقة وإن كان ملحقا بحقوق العباد كما مر ، لكن إذا قال قبضت السرقة وقال أريد إقامة الحد لم يؤخذ له كفيل كما قدمناه ، فالأظهر أن يكون مراده أن ما سيجيء

ولا حبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران أو (واحد) وعادل) يعرفه القاضي بالعدالة ، لأن الحبس للتهمة مشروع وكذا تعزير المتهم بحر [فوائده] لا يلزم أحدا إحضار أحد فلا يلزم الزوج إحضار زوجته لسماع دعوى عليها إلا في أربع : كفيل نفس ، وسجان قاض ، والأب في صورتين في الأشباه : وفي حاشيتها لابن المصنف معزيا لإحكامات العبادية

من قولهم لا تصح بنفس حد وقود هو التوفيق بينه وبين ما هنا من أنه لو أعطى كفيلا برضاه جاز ، فإن ذلك في أنها لا تصح بنفس الحد والقود ، وما هنا من الجواز في دعوى الحد والقود كما أشار إليه أولا حيث قال في دعوى حد وقود (قوله ولا حبس فيهما) أي في الحدود والقصاص (قوله يعرفه القاضي بالعدالة) أي فلا يحتاج إلى تعديله (قوله لأن الحبس للتهمة مشروع) أي والتهمة تثبت بأحد شرطى الشهادة العدد أو العدالة فتح وهذا جواب عما قد يقال الحبس أقوى من الكفالة فإذا لم يؤخذ بالأدنى كيف يؤخذ بالأقوى فأجاب بأن الحبس للتهمة لا للحد أفاده السامحاني :

مطلب في تعزير المتهم

(قوله وكذا تعزير المتهم) أي في غير هذه المسألة وإلا فهي أيضا من تعزير المتهم فإن الحبس من أنواع التعزير : وعبرة البحر : وكلامهم هنا يدل ظاهرا على أن القاضي يعزر المتهم وإن لم يثبت عليه : وقد كتبت فيها رسالة : وحاصلها أن ما كان من التعزير من حقوقه تعالى لا يتوقف على المدعى ولا على الثبوت ، بل إذا أخبر القاضي عدل بذلك عزره لتصريحهم هنا بحبس المتهم بشهادة مستورين أو عدل والحبس تعزير اه ملخصا :

وحاصله جواز تعزير المتهم فيما هو من حقوقه تعالى ، ويدل عليه ما قدمناه آنفا عن الكافي من جواز حبسه إذا أقيمت البينة على السرقة حتى تزكى الشهود ، بخلاف ما إذا أقيمت على شتمه فإنه يكفل ولا يحبس إلا بعد تركبتهم فحينئذ يضرب أو يحبس :

[تنبيه] أورد في التهر أن تعزير القاضي المتهم وإن لم يثبت عليه مبنى على خلاف المفتى به عند المتأخرين من أنه ليس للقاضي أن يقضى بعلمه : ثم أجاب بأن الخلاف فيما كان من حقوق العباد ، أما في حقوقه تعالى فيقضى فيها بعلمه اتفاقا . ثم قال : فما يكتب من المحاضر في حق إنسان فإن للحاكم أن يعتمد من العدول ويعمل بموجبه في حقوقه تعالى اه ملخصا :

قلت : وهذا خاص بالتعزير لأن قضاءه بعلمه في الحدود الخالصة لا يصح اتفاقا كما صرح به في الفتح قبيل باب التحكيم ، وكذا في شرح الوهبانية للشر بلالي ، وجزم به في شرح أدب القضاء بلا حكاية خلاف ، فما أجاب به في التهر غير صحيح ، وسيأتي تمام الكلام على ذلك إن شاء الله تعالى في باب كتاب القاضي إلى القاضي :

مطلب لا يلزم أحدا إحضار أحد إلا في أربع

(قوله إلا في أربع) استثناء من قوله لا يلزم أحدا (قوله كفيل نفس) أي عند القدرة أشباه (قوله وسجان قاض) أي إذا نحل رجلا من المسجونين حبسه القاضي بدين عايه فلرب الدين أن يطلب السجان بإحضاره كما في القنية أشباه ، وقيد بإحضاره إذ لا يلزمه الدين لعدم موجبه (قوله والأب في صورتين) الأولى الأب إذا أمر أجنبيا بضمان ابنه فطلبه الضامن منه ، الثانية ادعى الأب مهر ابنته من الزوج فادعى الزوج أنه دخل بها وطلب من الأب إحضارها فإن كانت تخرج في حوائجها أمر القاضي الأب بإحضارها ، وكذا لو ادعى الزوج عليها شيئا آخر وإلا أرسل إليها أمينا من أمنائه ذكره الولوالجي أشباه .

الأب يطالب بإحضاره طفله إذا تغيب وفيها القاضي يأخذ كفيلا بإحضار المدعى ، وكذا الملتقى عليه إلا في أربع مكاتبه ، ومأذونه ، ووصى ، ووكيل إذا لم يثبت المدعى الوصاية والوكالة . وفي شرح المجموع عن محمد إذا كان المدعى عليه معروفا لا يجبر على الكفيل ولو كان غريبا لا يجبر اتفاقا بل حقه في اليمين فقط اهـ بإبراء الأصيل يبرأ الكفيل إلا كفيل النفس إلا إذا قال لاحق لى قبله ولا لموكل ولا لیتيم أنا وصيه ولا لوقف أنا متوليه فحينئذ يبرأ الكفيل أشباه (و) أما (كفالة المال)

قلت : والمقصود من طلب إحضارها أن يسألها القاضي عن دعوى الزوج أنه دخل بها ، فإن أقرت بذلك أجبرها القاضي على المصير إلى بيت الزوج ، وإن أنكرت فالقول قولها كذا في الوالوجية ، وهكذا فهمته قبل أن أراه ، والله تعالى الحمد فافهم ، وهذا مبنى على القول بأنها بعد الدخول بها برضاها ليس لها منع نفسها لقبض المهر (قوله الأب يطالب بإحضار طفله إذا تغيب) أى إذا كان مأذونا في العجارة وطلب من رجل أن يضمته فافهم ، وهذه غير الأولى من الصورتين السابقتين ، وقدمناه عن الكافي ، وكذا قال في جامع الفصولين من الأحكامات : لو تغيب الغلام وأخذ الكفيل أبا الغلام وقال أنت أمرتني أن أضمنه فخلصني فإن الأب يؤاخذ به حتى يحضر ابنه إذ الصبي في يده وتديره ، وكذا قالوا إن الصبي المأذون لو أعطى كفيلا بنفسه ثم تغيب الصبي فإن الأب يطالب بإحضاره بخلاف أجنبي قال أكفل بنفس زيد وكفل فغاب زيد فالأمر بالكفالة لا يطالب بإحضار زيد لأنه لم يكن بيده وتديره اهـ (قوله وفيها) أى في الأشباه (قوله بإحضار المدعى) بالفتح : أى المدعى به إذا كان منقولا (قوله وكذا المدعى عليه) أى يأخذ من المدعى عليه كفيلا بنفسه إذا برهن المدعى ولم تترك شهوده ، أو أقام واحدا أو ادعى وقال شهودى حضور ، ولا يجبر على إعطاء كفيل بالمال أشباه (قوله إلا في أربع الخ) عبارة الأشباه : ويستثنى من طلب كفيل بنفسه إذا كان المدعى عليه وصيا أو وكيفا ولم يثبت المدعى الوصاية والوكالة وهما في أدب القضاء للاختصاص ، وما إذا ادعى بدل الكتابة على مكاتبه أو دينا غيرها ، وما إذا ادعى للعبد المأذون الغير المديون على مولاه دينا ، بخلاف ما إذا ادعى المكاتب على مولاه أو المأذون المديون فإنه يكفل كذا في كافي الحاكم اهـ (قوله إذا لم يثبت المدعى الوصاية والوكالة) لأن المدعى عليه إذا ألكر كونه وصيا أو وكيفا لم يكن خصما عن الميت أو الغائب بل هو أجنبي ، فإذا قال المدعى عندي بينة على كونه وصيا أو وكيفا لم يؤخذ له كفيل من المدعى عليه بنفسه ، لأن الوصاية أو الوكالة ليست حقا على المدعى عليه ، أما لو أثبت ذلك وأراد أن يثبت دينا له على الميت أو الموكل فقد صار المدعى عليه خصما ، فإذا قال للقاضي لى بينة حاضرة في المصر فخذلى كفيلا بنفسه إلى ثلاثة أيام مثلا فإنه يجيبه ، هذا ما ظهر لى في تقرير هذا المحل (قوله لا يجبر على الكفيل) وفي ظاهر الرواية يجبر ، كما أنه يجبر على إعطاء الكفيل وإن كان المال حقيقرا ط عن حاشية أبى السعود (قوله إلا كفيل النفس) فإن الطالب إذا أقر أنه لاحق له قبل المكفول به فإن أبا حنيفة قال له أن يأخذ الكفيل به ، ألا ترى أنه يكون وصيا يثبت عليه أو وكيفا في خصومة كافي .

مطلب كفالة المال

(قوله وأما كفالة المال الخ) معطوف على قوله وكفالة النفس قال في شرح الملتقى : وزاد بعضهم الكفالة بتسليم المال ويمكن دخوله في المال فلا يحتاج إلى جعله قسما ثالثا فأصل اهـ . وهو ظاهر ما في البحر عن التعارضالية له مال على رجل فقال للطالب ضمنت لك ما على فلان أن أقبضه وأدفعه إليك قال ليس هذا على ضمان المال أن يدفعه من عنده إنما هو على أن يتقاضاه ويدفعه إليه وعلى هذا معاني كلام الناس ، ولو خصب من مال رجل

ة (تصح ولو) المال (مجهولا به إذا كان) ذلك المال (دينا صحيحا) إلا إذا كان الدين مشتركا كما سيجيء ، لأن
قسمة الدين قبل قبضه لا تجوز ظهيرة

ألفا فقتله المصوب منه وأراد أخذها منه فقال رجل لا نقاتله فأنا ضامن لها أخذها وأدفعها إليك لزمه ذلك ، ولو
كان الغاصب استهلك الألف وصارت دينا كان هذا الضمان باطلا وكان عليه ضمان التقاضي اه فهذه الألفاظ
لا تكون كفالة بنفس المال بل بتقاضيه وهذا إذا لم يذكره معلقا .

فقى جامع الفصولين : قال دينك الذي على فلان أنا أدفعه إليك أنا أسلمه أنا أقينه لا يكون كفيلة ما لم يتكلم
بلفظة تدل على الالتزام . ثم قال : لو أنى بهذه الألفاظ منجزا لا بصير كفيلا ، ولو معلقا كقولاه لو لم يؤد فأنا أؤدى
فأنا أدفع بصير كفيلا اه :

مطلب كفالة المال قسما : كفالة بنفس المال وكفالة بتقاضيه

وقد علم بما مر أن كفالة المال قسما ، كفالة بنفس المال وكفالة بتقاضيه ، ومن الثاني الكفالة بتسليم عين
كأمانة ونحوها كما يأتي ، ومنه أيضا قوله ولو غصب من مال رجل الخ لأن دراهم الغصب تتعين فيجب رد عينها
لو قائمة ، بخلاف ما إذا هلكت لأنها تصير دينا فلا تصح الكفالة بدفعها بل بصير كفيلا بالتقاضى : وبه ظهر
الفرق بين المسألين (قوله فتصح به) أطلقه فشمّل ما إذا كان الأصيل مطالبا به الآن أولا ، فتصح عن العبد
المحجور بما يلزمه بعد العتق باستهلاك أو قرض ويطلب الكفيل الآن ، كما لو فلس القاضي المديون وله كفيل فإن
المطالبة تتأخر عن الأصيل دون الكفيل كما في التارخانية نهر ، وشمّل كفالة المال عن الأصيل وعن الكفيل بأن
كفل عن الكفيل كفيل آخر بما على الأصيل كما قدمناه أول الباب عن الكافي . وقال في البحر أطلق معتها فشمّل
كل من عليه المال حزا كان أو عبدا مأذونا أو محجورا صبيا أو بالغا رجلا أو امرأة مسلما كان أو ذميا وكل من له
المال ، لكن في البرازية : الكفالة للصبي التاجر صحيحة لأنه تبرع عليه ، وللصبي العاقل غير التاجر رد عينه اه .
وذكر الحاكم الشهيد أن الجواز قول أبي يوسف : وفي التارخانية : إذا كفل رجل لصبي ، إن كان الصبي تاجرا
صح بخطابه وقبوله وإن كان محجورا فإن قبل عنه وليه أو أجنبي وأجاز وليه جاز وإن لم يخاطب ولي ولا أجنبي
بل الصبي فقط فعن الخلاف اه :

قلت : والظاهر أن مبنى الخلاف على أنه هل يشترط في الكفالة القبول في المجلس ولو من فضولى : وعند
أبي يوسف لا يشترط ، وسيأتي اختلاف التصحيح ، وقد صرحوا بأنه يصح ضمان الولي مهر الصغيرة وسيأتي تمام
الكلام عليه (قوله ولو المال مجهولا) لا بتناثها على التوسع ، وقد أجمعوا على معتها بالدرك مع أنه لا يعلم كم
يستحق من المبيع نهر ، ويأتي في المتن أربعة أمثلة للمجهول وفي الفتح وما نوقض به من أنه لو قال كفلت لك
بعض مالك على فلان فإنه لا يصح ممنوع ، بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزمه أن يبين أى مقدار شاء اه .
وفي البحر عن البدائع : لو كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء اه ومثله في الكافي
(قوله إذا كان ذلك المال دينا صحيحا) يأتي تفسيره ودخل فيه المصلم فيه ، فتصح الكفالة به كما عزاه الخانوقى إلى
شرح السمكلة : ويشترط أيضا أن يكون الدين قائما كما قدمه أول الباب (قوله كما سيجيء) في قوله ولا لشريك
بدين مشترك فهذا دين صحيح لا تصح به الكفالة (قوله لأن قسمة الدين قبل قبضه لا تجوز) لأنه إما أن يكفل
لصفا مقدرا فيكون قسمة الدين قبل قبضه أو لصفاء شائعا فيصير كفيلا لنفسه ، لأن له أن يأخذ من المقبوض لصفه

وإلا في مسألة النفقة المقررة فتصح مع أنها تسقط بموت وطلاق أشباهه ، وكأنهم أجدوا فيها بالاستحسان للحاجة لا بالقياس وإلا في بدل السعاية عنده بزالية وكأنه ألحق ببذل الكتابة وإلا فهو لا يسقط لأنه لا يقبل التعجيز : فيلغز : أي دين صحيح ولا تصح الكفالة به ، وأي دين ضعيف وتصح به . (و) الدين الصحيح (هو مالا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء) ولو حكما بفعل يلزمه سقوط الدين فيسقط دين المهر بمطاولتها لابن الزوج للإبراء الحكيم ابن كمال

كما في النهر عن المحيط (قوله وإلا في مسألة النفقة المقررة) ما قبل هذا الاستثناء وما بعده استثناء مع صريح قوله إذا كان ديننا صحيحا ، وهذا استثناء من مفهومه فإنه يفهم منه أنه إذا كان الدين غير صحيح لا تصح الكفالة فقال إلا في مسألة النفقة المقررة فإنها تصح الكفالة بها مع أنها دين غير صحيح لسقوطها بموت أو طلاق ، وهذا إذا كانت غير مستدانة بأمر القاضي ، وإلا فهي دين صحيح لا يسقط إلا بالقضاء أو الإبراء ، والمراد بالمقررة ما قرر منها بالتراضي أو بقضاء القاضي : وتصح الكفالة أيضا بالنفقة المستقبلية كما يذكره للشارح بعد أسطر مع أنها لم تصر ديننا أصلا : وأما ما قدمه أول الباب من أنها لا تصح بالنفقة قبل الحكم فمحمول على الماضية لأنها تسقط بالمضي إلا إذا كانت مقررة بالتراضي أو بقضاء القاضي كما حررناه هناك (قوله وإلا في بدل السعاية) أي كما إذا أعتق بعضه وسعى في باقيه : وفي كافي الحاكم : والمستسعى في بعض قيمته بعد ما عتق بمنزلة المكاتب في قول أبي حنيفة لا تجوز كفالة أحد عنه بالسعاية لمولاه ولا بنفسه ، وكذلك المعتق عند الموت إذا لم يخرج من الثلث فتلزمه السعاية وأما المعتق على جعل فهو بمنزلة الحر والكفالة للمولى بالجعل عنه وغيره جائزة اهـ (قوله فيلغز أي دين صحيح الخ) فيقال هو بدل السعاية وكذا الدين المشترك كما علمته :

قال في النهر : فإن قلت : دين الزكاة كذلك ولا تصح الكفالة به :

قلت : إنما لم تصح لأنه ليس ديننا حقيقة من كل وجه اهـ :

قلت : وفي قوله كذلك نظر لأن الدين الصحيح مالا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ودين الزكاة يسقط بالموت وبهلاك المال فلا يرد السؤال من أصله (قوله وأي دين ضعيف) هو دين النفقة (قوله ولو حكما) أي ولو كان الإبراء حكما ط (قوله بفعل) الباء للسببية ط (قوله فيسقط دين المهر) الأولى فدخول دين المهر الساقط بمطاولتها ط (قوله للإبراء الحكيم) لأن تعمدتها ذلك قبل الدخول مسقط لمهرها فكأنها أبرأته منه ، لكن بقي أن المهر يسقط منه لصفه بالطلاق قبل الدخول مع أنه لم يوجد من الزوج إبراء أصلا لا حقيقة ولا حكما إذ لا يتصور كون الطلاق قبل الدخول إبراء لصف المهر لأنه بطلانه سقط عنه لا عنها . وقد يجاب بأن المهر وجب بنفس العقد ، لكن مع احتمال سقوطه بردتها أو تقبيلها ابنه أو تنصفه بطلاقها قبل الدخول ، ويتأكد لزوم تمامه بالوطء ونحوه حتى إنه بعد تأكده بالدخول لا يسقط وإن كالتفرقة من قبل المرأة كالثمن إذا تأكد بقبض المبيع كما قدمناه في باب المهر ، وقد صرحوا هناك بصحة كفالة ولي الصغيرة بالمهر ، وكذا كفالة وكيل الكبيرة ، ولم يقيدوه بكونه بعد الدخول : ووجه ذلك والله تعالى أعلم أن احتمال سقوطه أو سقوط نصفه لا يضر لأنه بعد السقوط تظهر براءة الكفيل كما لا يضر احتمال سقوط ثمن المبيع باستحقاق المبيع أو برده بغير حيب أو شرط أو رؤية ، فإن الكفيل به يبرأ من الكفالة مع أن الثمن عند العقد كان ديننا صحيحا يصدق عليه أنه لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء : أي لا يسقط إلا بذلك ما لم يعرض له مسقط لاصح لحكم العقد وهو لزوم الثمن لأنه بأحد هذه الأشياء ظهر أن العقد غير ملزم للثمن في حق العاقدين فكذا عقد النكاح يلزم به تمام المهر بحيث لا يسقط إلا بالأداء

(فلا تصح ببدل الكتابة) لأنه لا يسقط بدونها بالتعجيز ، ولو كفل وأدى رجع بما أدى بحر ؛ يعني لو كفل بأمره ، وسبجىء قيد آخر (بكفلت) متعلق بتصحيح (عنه بألف) مثال المعلوم (و) مثل المجهول بأربعة أمثلة (بمالك عليه ، وبما يدركك في هذا البيع) وهذا يسمى ضمان الدرك (وبما بايعت فلانا فعلى) وكذا قول الرجل لامرأة الغير كفلت لك بالنفقة أبدا مادامت الزوجية خانية فليحفظ

أو الإبراء ما لم يعرض له مسقط اكله أو نصفه لأنه انعقد من أصله محتملا لسقوطه بذلك المسقط فإذا عرض ذلك المسقط تبين أنه لم يجب من أصله بخلاف سقوطه بالأداء أو الإبراء فإنه مقتصر على الحال ؛ وبهذا التقرير ظهر أنه لا حاجة إلى ما نقله عن ابن كمال ، فاعتنم ذلك والله الحمد (قوله فلا تصح ببدل الكتابة) وكذا لا تصح الكفالة بالدية كما في الخلاصة والبرزالية ؛

وفي الظهيرية : واعلم أن الكفالة ببدل الكتابة والدية لا تصح اه ونقلها في التاريخانية عن الظهيرية ولم يتقل فيه خلافا ، ونقلها صاحب النقول عن الخلاصة رملى ، ولعل وجهه أن الدية ليست دينا حقيقة على العاقلة لأنها إنما تجب أولا على القائل ثم على العاقلة بطريق التحمل والمعونة ، والظاهر أنها لو وجبت في مال القائل كما لو كانت باعترافه تصح الكفالة بها فتأمل . وفي كافي الحاكم قال : إن قتلك فلان خطأ فأنا ضامن لديتك فقتله فلان خطأ فهو ضامن لديته (قوله بالتعجيز) بدل من قوله بدونهما .

وحاصله أن عقد الكتابة عقد غير لازم من جانب العبد فله أن يستقل باسقاط هذا الدين بأن يعجز نفسه متى أراد فلم يكن دينا صحاحا لأن العقد من أصله لم ينعقد ملزما لبدل الكتابة لأنه دين للسيد على عبده ولا يستحق السيد على عبده دينا ولذا ليس له حبسه به فظهر الفرق بينه وبين المهر والتمن فتدبر (قوله ولو كفل) أى ضمن بدل الكتابة (قوله يعني الخ) هذا ذكره صاحب النهر (قوله وسبجىء) أى عند قوله وبالعهد وبالخلاص (قوله قيد آخر) هو إذا حسب أنه مجبر على ذلك لضيانه السابق ؛

قلت : ويظهر من هذا أنه يرجع على المولى لأنه دفع له مالا على ظن لزومه له ثم تبين عدمه ، وحينئذ فلا فائدة للقيد الأول إلا إذا كان المراد الرجوع على المكاتب تأمل ، ثم رأيت بعض المحققين ذكر نحو ما قلته (قوله بكفلت الخ) أشار إلى أن الكفالة بالمال لا تكون به ما لم يدل عليه دليل وإلا كانت كفالة نفس وإلى أن سائر ألفاظ الكفالة المارة في كفالة النفس تكون كفالة مال أيضا كما حررناه هناك ، وإلى ما في جامع الفصولين من أنه لو قال دينك الذى على فلان أنا أدفعه إليك أنا أسامه أنا أقبضه لا يصير كفيلا ما لم يتكلم بلفظة تدل على الالتزام كقوله كفلت ضمننت على إلى وقد مننا عنه قريبا في أنا أدفعه الخ لو أتى بهذه الألفاظ منجزا لا يصير كفيلا ولو نعلقا كقوله لو لم يؤد فانا أؤدى فانا أدفع بصير كفيلا (قوله بمالك عليه) قال في البحر : وسيأتى أنه لا بد من البرهان أن له عليه كذا أو إقرار الكفيل وإلا فالقول له مع يمينه اه وقد مننا عن الفتح صحة الكفالة بكفلت بعض مالك عليه ويجبر الكفيل على البيان (قوله وهذا يسمى ضمان الدرك) بفتحين وبسكون الراء : وهو الرجوع بالتمن عند استحقاق المبيع ، وتماه في البحر : وشرطه ثبوت الثمن على البائع بالقضاء كما سذكره المصنف آخر الباب ويأتى بيانه (قوله وبما بايعت فلانا فعلى) معطوف على قوله بكفلت فهو متعلق أيضا بتصحيح لا على قوله بألف إذ لا يناسبه جعل ما شرطية جوابها قوله فعلى (قوله وكذا قول الرجل الخ) في الخانية : قال لغيره ادفع لى فلان كل يوم درهما على أن ذلك على فدفع حتى اجتمع عليه مال كثير فقال الأمر لم أرد جميع ذلك كان عليه الجميع بمنزلة قوله ما بايعت فلانا فهو على يلزمه جميع ما بايعه وهو كقوله لامرأة الغير كفلت لك

(وما غصبك فلان فعلى) ما هنا شرطية أى إن بايعته فعلى لاما اشتريته لما سيجىء أن الكفالة بالمبيع لا تجوز ، وشرط فى الكل القبول : أى ولو دلالة ، بأن بايعه أو غصب منه للحال نهر . ولو باع ثانيا لم يلزم الكفيل إلا فى كلاً ، وقيل يلزم إلا فى إذا وعليه القهستاني والشرنبلالى فليحفظ ؛ ولو رجع عنه الكفيل قبل المبايعه صح ، بخلاف الكفالة بالنوب

بالنفقة أبدا يلزمه النفقة أبدا ما دامت فى نكاحه ؛ ولو قال لها : ما دمت فى نكاحه فنفتك على فإن مات أحدهما أو زال النكاح لا تبقى النفقة اه وقدسنا فى باب النفقات لزوم الكفيل نفقة العدة أيضا (قوله وما غصبك فلان) وكذا ما أتلف لك المودع فعلى ، وكذا كل الأمانات جامع الفصولين (قوله ما هنا شرطية) أى فى قوله ما بايعت وما غصبك (قوله أى إن بايعته فعلى لا ما اشتريته) أراد بيان أمرين : كون ما مجرد الشرط مثل إن ، وكون المكفول به الثمن لا المبيع بقريته التعليل .

وعبارة الدرر أظهر فى المقصود حيث قال أى ما بايعت منه فإنى ضامن لثمنه لا ما اشتريته فإنى ضامن للمبيع ، لأن الكفالة بالمبيع لا تجوز كما سيأتى . ثم قال : وما فى هذه الصور شرطية معناه إن بايعت فلانا فيكون فى معنى التعليق اه وما كتبه ح هنا لا يخفى ما فيه على من تأمله فافهم .

[تنبيه] قيد بضمان الثمن ؛ لما فى البحر عن البرازية : لو قال بايع فلانا على أن ما أصابك من خسران فعلى لم يصح اه . قال الخبير الرملى : وهو صريح بأن من قال استأجر طاحونة فلان وما أصابك من خسران فعلى لم يصح وهى واقعة الفتوى اه (قوله لما سيجىء) أى فى قوله ولا بمبيع قبل قبضه وهذا فى البيع الصحيح ، وسيأتى تمامه (قوله بأن بايعه الخ) تصوير للقبول دلالة ؟

وعبارة النهر هكذا ، وفى الكل يشترط القبول لإلأه فى البرازية قال طلب من غيره قرضا فلم يقرضه فقال رجل أقرضه فما أقرضته فأنا ضامن فأقرضه فى الحال من غير أن يقبل ضمانه صريحا يصح ويكفى هذا القدر اه وينبغى أن يكون ما بايعت فلانا أو ما غصبك فعلى كذلك إذا بايعه أو غصب منه للحال اه ما فى النهر :

قلت : ما ذكره فى المبايعه صحيح ، بخلاف الغصب فإن الطالب مغضوب منه فكيف يتصور كون الغصب قبولا منه للكفالة لأن الغصب فعل غيره : أما المبايعه فهى فعله ، لإقدامه عليها فى الحال يصح كونه قبولا منه فافهم (قوله إلا فى كلاً) هذا ما مشى عليه العيني وابن الهمام .

قال فى الفتح لأن المعنى إن بايعته فعلى "درك البيع" ، وإن ذاب لك عليه شيء فعلى" ، وكذا ما غصبك فعلى" وإذا صحته فعليه ما يجب بالمبايعه الأولى ، فلو بايعه مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن فى المبايعه الثانية ذكره فى المجرى عن أنى حنيفة نصا وفى نوادر أنى يوسف برواية ابن سماعة يلزمه كاه اه (قوله وقيل يلزم) أى فى ما مثل كلاً وكذا الذى (قوله إلا فى إذا) أى ونحوها مما لا يفيد التكرار مثل متى وإن قال فى النهر : وفى المبسوط لو قال : متى أو إذا أو إن بايعت لزمه الأول فقط بخلاف كلاً وما اه وزاد فى المحيط الذى اه ومقتضى ما مر عن الفتح أن ما فى المبسوط رواية عن أبى يوسف وأن الأول قول الإمام : ونقل ط الصريح بذلك عن حاشية سرى الدين على الزيلعى عن المحيط وغيره ، لكن ما فى المبسوط هو الذى فى كافى الحاكم ولم يذكر فيه خلافا فكان هو المذهب :

والحاصل الاتفاق على إفادة التكرار فى كلاً وعلى عدمها فى إذا ومتى وإن والخلاف فى ما (قوله وعليه القهستاني والشرنبلالى) ومشى عليه أيضا فى جامع الفصولين (قوله واو رجع عنه الكفيل الخ) فى البرازية تبعا للمبسوط :

وبخلاف : ماغصبك الناس أو من غصبك من الناس أو بايعك أو قتلك أو من غصبته أو قتله فأنا كفيله فإنه باطل ، كقوله ماغصبك أهل هذه الدار فأنا ضامننه فإنه باطل حتى يسمى إنسانا بعينه (أو عقلت بشرط صريح ملائم) أى موافق للكفالة بأحد أمور ثلاثة : بكونه شرطا لازوم الحق (نحو) قوله (إن استحق المبيع) أو جحدك المودع أو غصبك كذا أو قتلك أو قتل ابنك أو صيدك فعلى الدية ورضى به المكفول جاز ؛ بخلاف إن أكلك سبع

لو رجع عن هذا الضمان قبل أن يبايعه ونهاه عن مبايعته لم يلزمه بعد ذلك شيء ، ولم يشترط الوالوجى نهييه عند الرجوع حيث قال لو قال رجعت عن الكفالة قبل المبايعه لم يلزم الكفيل شيء ، وفي الكفالة بالذوب لا يصح والفرق أن الأولى مبنية على الأمر دلالة وهذا الأمر غير لازم وفي الثانية مبنية على ما هو لازم وهو ظاهر نهر أى لأن قوله كفلت لك بما ذاب لك على فلان : أى بما ثبت لك عليه بالقضاء كفالة بمحقق لازم ، بخلاف بما بايعته فإنه لم يتحقق بعد بيانه ما فى البحر عن المبسوط لأن لزوم الكفالة بعد وجود المبايعه وتوجه المطالبة على الكفيل ، فأما قبل ذلك هو غير مطلوب بشيء ولا ملتزم فى ذمته شيئا فيصح رجوعه ، يوضحه أن بعد المبايعه إنما أوجبنا المال على الكفيل دفعا للغرور عن الطالب لأنه يقول إنما اعتمدت فى المبايعه معه كفالة هذا الرجل ، وقد اندفع هذا الغرور حين نهاه عن المبايعه اه (قوله وبخلاف ما غصبك الناس الخ) مرتبط بالمتن .

قال فى الفتح : قيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما فإن جهالته تمنع صحة الكفالة اه وقد ذكر الشارح ست مسائل ، فى الأولى جهالة المكفول عنه ، وفى الثانية والثالثة والرابعة جهالة المكفول بنفسه ، وفى الخامسة والسادسة جهالة المكفول له ، وهذا داخل تحت قوله الآتى ولا تصح بجهالة المكفول عنه الخ (قوله كقوله ماغصبك أهل هذه الدار الخ) أى لأن فيه جهالة المكفول عنه ، بخلاف ما أو قال لجماعة حاضرين ما بايعتموه فعلى فإنه يصح ، فأبهم بايعه فعلى الكفيل . والفرق أنه فى الأولى ليسوا معينين معلومين عند المخاطب وفى الثانية معينون .

والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة ، وفى التخيير لا تمنع نحو كفلت مالك على فلان أو فلان كذا فى الفتح نهر : وذكر فى الفتح أنه يجب كون أهل الدار ليسوا معينين معلومين عند المخاطب وإلا فلا فرق (قوله أو عقلت بشرط صريح) عطف على قوله بكفلت من حيث المعنى فإنه منجز ، فهو فى معنى قولك إذا نجزت أو عقلت الخ والمراد بالصريح ما صرح به بأداة التعليق وهى إن أو إحدى أخواتها ، فدخول فيه بالأولى ما كان فى معنى التعليق مثل على فإنه يسمى تقييدا بالشرط لاتعليقا محضيا كما يعلم مما مر فى بحث ما يبطل تعليقه ، أو المراد بالصريح ما قابل الضمى فى قوله ما بايعت فلانا فعلى فإن المعنى إن بايعت كما فى الفتح ، وقد عده فى الهداية من أمثلة المعلق بالشرط فافهم (قوله ملائم) أى موافق من الملاءمة بالهمز وقد قلب ياء (قوله بأحد أمور) متعلق بموافق والباء للسببية ط (قوله بكونه شرطا الخ) بدل من أحد أمور بدل مفصل من مجمل ط . وعبر فى الفتح بدل الشرط بالسبب وقال فإن استحقاق المبيع سبب لوجود الثمن على البائع للمشتري (قوله أو جحدك المودع) ومثله إن أنلف لك المودع وكذا كل الأمانات كما قدمناه عن الفصوليين (قوله أو قتلك) أى خطأ كما فى الفتح عن الخلاصة ، وقدمناه عن الكافى ، وقدمنا أيضا عن عدة كتب أن الكفالة بالدية لا تصح فليتأمل (قوله فعلى الدية) أراد بها البديل فيشمل باقى الأمثلة (قوله ورضى به المكفول) أى المكفول له (قوله بخلاف إن أكلك السبع) لأن فعله غير مضمون للحديث « جرح العجاء جبار »

(أو) شرطا (لإمكان الاستيفاء نحو إن قدم زيد) فعلى ما عليه من الدين ، وهو معنى قوله (وهو) أى والحال أن زيدا (مكفول عنه) أو مضاربه أو مودعه أو غاصبه جازت الكفالة المتعلقة بقدمه لتوسله للأداء (أو) شرطا (لتعثره) أى الاستيفاء (نحو إن غاب زيد عن المصر) فعلى وأمثله كثيرة ، فهذه جملة الشروط التى يجوز تعليق الكفالة بها (ولا تصح) إن علق (بـ) غير ملائم (نحو إن هبت الريح أو جاء المطر) لأنه تعليق بالخطر فتبطل ولا يلزم المال

(قوله أو شرطا لإمكان الاستيفاء الخ) أى لسهولة تمكن الكفيل من استيفاء المال من الأصيل : قال فى الفتح : فإن قدمه سبب موصل للاستيفاء منه (قوله وهو معنى قوله) أى ما ذكر من كون التقدير فعلى ما عليه مع الدين هو معنى قوله وهو مكفول عنه (قوله أو مضاربه) الضمير فيه وفيما بعده يرجع إلى المكفول عنه اهـ ح ، وقد أفاد أنه لا بد أن يكون قدم زيد وسيلة للأداء فى الجملة وإن لم يكن أصيلا ، بخلاف ما إذا كان أجنبيا من كل وجه وهذا ما حققه فى النهر والرمل فى حاشية البحر ردا على ما فهمه فى البحر .

قات : ومن أمعن النظر فى كلام البحر لم يجده مخالفا لذلك بل مراده ما ذكر ، فإنه ذكر أولا أن كلام القنية شامل لكون زيد أجنبيا . ثم قال : والحق أنه لا يلزم أن يكون مكفولا عنه لما فى البدائع لأن قدمه وسيلة إلى الأداء فى الجملة لجواز أن يكون مكفولا عنه أو مضاربه اهـ . ثم قال : وعبارة البدائع أزالت اللبس وأوضحت كل تخمين وحدس اهـ فهذا ظاهر فى أنه لم يرد الأجنبى من كل وجه تأمل (قوله وأمثله كثيرة) منها ما فى الدراية ضمننت كل مالك على فلان إن توى ، وكذا إن مات ولم يدع شيئا فأنا ضامن ، وكذا إن حل مالك على فلان ولم يوافقك به فهو على وإن حل مالك على فلان أو إن مات فهو على ، وقدمنا عن الخالية إن غاب ولم أوافقك به فأنا ضامن لما عاهاه فهذا على أن يوافق به بعد الغيبة : وعن محمد : إن لم يدفع مديونك أو إن لم يقضه فهو على ثم إن الطالب تقاضى المطلوب فقال المديون لا أدفعه ولا أقضيه ووجب على الكفيل الساعة ، وعنه أيضا إن لم يعطك فأنا ضامن فأت قبل أن يتقاضاه ويعطيه بطل الضمان ، ولو بعد التقاضى قال أنا أعطيك ، فإن أعطاه مكانه أو ذهب به إلى السوق أو منزله وأعطاه جاز ، وإن طال ذلك ولم يعطه لزم الكفيل : وفى القنية : إن لم يؤد فلان مالك عليه إلى ستة أشهر فأنا ضامن له يصح التعليق لأنه شرط متعارف نهر :

قلت : ويقع كثيرا فى زماننا إن راح لك شيء عنده فأنا ضامن ، وهذا معنى قوله المار إن توى : أى هلك ، ومبائى فى الحوالة أن التوى عند الإمام لا يتحقق إلا بموته مفلسا :

مطلب فى تعليق الكفالة بشرط غير ملائم وفى تأجيلها

(قوله ولا تصح إن علق بغير ملائم الخ) اعلم أن ههنا مسألتين :

إحداهما تأجيل الكفالة إلى أجل مجهول ، فإن كان مجهولا جهالة متفاحشة كقوله كفلت لك بزيد أو كفلت بمالك عليه إلى أن يهب الريح أو إلى أن يجيء المطر لا يصح ، ولكن تثبت الكفالة ويبطل الأجل ، ومثله إلى قدم زيد وهو غير مكفول به ، وإن كان مجهولا جهالة غير متفاحشة مثل إلى الحصاد أو الدياس أو للمهرجان أو العطاء أو صوم النصارى جازت الكفالة والتأجيل وكذلك الحوالة ، ومثله إلى أن يقدم المكفول به مع سفره صرح بذلك كله فى كافى الحاكم ، وكذا فى الفتح وغيره بلا حكاية خلاف وهذا لا نزاع فيه .

المسألة الثانية تعليق الكفالة بالشرط ، وهذا لا يخلو إما أن يكون شرطا ملائما أولا ، وفى الأول تصح الكفالة والتعليق وقد مر ، وفى الثانى وهو التعليق بشرط غير ملائم مثل أن يقول إذا هبت الريح أو إذا جاء المطر أو إذا

ومافی الهدایة سهو كما حرره ابن الکمال، نعم لو جعله أجلا صحت ولزم المال للحال فلیحفظ (ولا) تصح أيضا (بجهالة المكفول عنه) فی تعلیق وإضافة لا تخیر ككفلت بمالك علی فلان أو فلان فتصح ،

قدم فلان الأجنبي فأنا كفيل بنفس فلان ، أو بمالك علیه فالکفالة باطلة كما نقله فی الفتح عن المبسوط والخالية ، وصرح به أيضا فی النهاية والمعراج والعناية وشرح الوقاية ، ومثله فی أجناس الناطق حيث قال : كل موضع أضاف الضمان إلى ما هو سبب للزوم المال فذلك جائز ، وكل موضع أضاف الضمان إلى ما ليس بسبب للزوم فذلك باطل كقوله إن هبت الريح فما لك علی فلان فعلى اه وجزم بذلك الزيلعي وصاحب البحر والنهر والمنح ، ولكن وقع فی كثير من الكتب أنه يبطل التعلیق وتصح الكفالة ويلزم المال حالا منها حاشية الهداية للخبازي وغاية البيان ، وكذا الكفالة للبيهي حيث قال : فإن قال إذا هبت الريح أو دخل زيد الدار فالکفالة جائزة والشرط باطل والمال حال ، وكذا فی شرح العيون لأبي الليث والمختار ، ووقع اختلاف فی نسخ الهداية ونسخ الكنز؛ ففي بعضها كالأول وفي بعضها كالثاني ، وقد مال إلى الثاني العلامة الطرسومي فی أنفع الوسائل وأرجع مامر عن الخالية وغيرها إليه ، ورد علیه العلامة الشربلالي فی رسالة خاصة ، وادعى أن مافی الخبازية مؤول وأرجعه إلى مافی الخالية وغيرها ، ورد أيضا علی القول الدرر : إن فی المسألة قولين :

أقول : والإنصاف مافی الدرر ، لأن ارتكاب تأويل هذه العبارات وإرجاع بعضها إلى البعض يحتاج إلى نهاية التكلف والتعسف ، والأولى اتباع مامشي علیه جمهور شراح الهداية وشراح الكنز وغيرهم تبعاً للمبسوط والخالية من بطلان الكفالة (قوله وما فی الهداية) حيث قال : لا يصح التعلیق بمجرد الشرط ، كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا ، لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشرط الفاسد كالطلاق والعناق وتبعه صاحب الكافي ، لكن فی بعض نسخ الهداية بعد قوله أو جاء المطر ، وكذا إذا جعل واحدا منها أجلا ، وحينئذ فقوله إلا أنه تصح الكفالة الخ راجع إلى مسألة الأجل فقط ، ولا ينافيه قوله لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط الخ لأن المراد به الشرط الملائم ، وقد أطال الكلام على تأويل عبارة الهداية فی البحر والنهر وغيرهما (قوله نعم لو جعله أجلا) أي بأن قال إلى هبوب الريح أو مجيء المطر ونحوه مما هو مجهول جهالة متفاحشة فيبطل التأجيل وتصح الكفالة ، بخلاف ما كالت جهالة غير متفاحشة كالحصاد ونحوه فإنها تصح إلى الأجل كما قدمناه آنفا (قوله فی تعلیق) نحو إن غصبك إسان شيئا فأنا كفيل اه ح ، ويستثنى منه ما سيأتي متنا آخر الباب ، وهو ما لو قال له اسلك هذا الطريق الخ وسيأتي بيانه (قوله وإضافة) نحو ما ذاب لك علی الناس فعلى اه ح وقد صرح أيضا فی الفتح بأنه من جهالة المضمون فی الإضافة :

قلت : ووجهه أن ما ذاب ماض أريد به المستقبل كما يأتي فكان مضافا إلى المستقبل معنى ، وعن هذا جعل فی الفصول العمادية المعلق من المضاف لأن المعلق واقع فی المستقبل أيضا ، وقدمنا أنه فی الهداية جعل ما بايعت فلانا من المعلق لأنه فی حكمه من حيث وقوع كل منهما فی المستقبل ، وبه ظهر أن كلا منهما يطلق على الآخر نظرا إلى المعنى ، وأما بالنظر إلى اللفظ فما صرح فيه بأداة الشرط فهو معلق وغيره مضاف وهو الأوضح فلذا خاب بينهما تبعاً للفتح فافهم (قوله لا تخیر) بالخاء المعجمة ، وسماه تخيرا لكون المكفول له تخيرا كما ذكره ، لكن الواقع فی عبارة الفتح وغيره تنجيز بالجيم والزاي وهو الأصوب ، لأن المراد به الحال المقابل للتعلیق والإضافة المراد بهما المستقبل ، ووجه جواز جهالة المكفول عنه فی التنجيز دون التعلیق كما فی الفتح أن القياس بأبي جواز إضافة الكفالة لأنها تملك في حق الطالب وإنما جوزت استحسانا للتعامل والتعامل فيما إذا كان المكفول عنه

والتعيين للمكفول له لأنه صاحب الحق (ولا بجهالة المكفول له) وبه مطلقا، نعم لو قال: كفلت رجلا أغرفه بوجهه لا باسمه جاز، وأي رجل أتى به وحلف أنه هو برزازية. وفي السراجية قال لضيفه وهو يخاف على دابته من الذئب إن أكل الذئب حمارك فأنا ضامع فأكله الذئب لم يضمع (نحو ما ذاب) أي مائت (لك على الناس أو) على (أحد منهم فعلى) مثال للأول، ونحوه ما بايعت به أحدا من الناس معين الفتوى (أو ما ذاب) عليك (للناس أو لأحد منهم عليك فعلى) مثال للثاني (ولا) يصح (بنفس حد وقصاص) لأن النيابة لا تجرى في العقوبات (ولا بحمل دابة معينة مستأجرة له وخدمة عبد معين مستأجر لها) أي للخدمة لأنه يلزم تغيير المعقود عليه، بخلاف غير المعين لوجوب مطلق الفعل

معلوما ما فبقى المجهول على القياس (قوله والتعيين للمكفول له لأنه صاحب الحق) كذا في البحر عند قوله وبالمال ولو مجهولا وتبعه في النهر، لكن جعل في الفتح الخيار للكفيل: ونصه: ولو قال رجل كفلت بمالك على فلان أو مالك على فلان رجل آخر جاز لأنها جهالة المكفول عنه في غير تعليق: ويكون الخيار للكفيل اه ومثله ما في كافي الحاكم: ولو قال أنا كفيل بفلان أو فلان كان جائزا يدفع أيهما شاء الكفيل فيبرأ عن الكفالة ثم قال: وإذا كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو مائة درهم كان جائزا وكان عليه أي ذلك شاء الكفيل، وأيها دفع فهو برى اه وبه علم أن ما هنا قول آخر أو سبق قلم (قوله ولا بجهالة المكفول له) يستثنى منه الكفالة في شركة المتفاوضة فإنها تصح مع جهالة المكفول له لثبوتها ضمنا لا صريحا كما ذكره في الفتح من كتاب الشركة (قوله وبه) أي ولا تصح بجهالة المكفول به والمراد هنا النفس لا المال، لما تقدم من أن جهالة المال غير مانعة من صحة الكفالة والقربنة على ذلك الاستدراك اه ح.

قلت: والظاهر أن المانع هنا جهالة متفاحشة، لما علمت آنفا من قول الكافي: لو قال أنا كفيل بفلان أو فلان جاز تأمل (قوله مطلقا) أي سواء كانت في تعليق أو إضافة أو تنجيز.

قال في الفتح: والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقا، وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا، وجهالة المكفول عنه في التعليق، والإضافة تمنع صحة الكفالة، وفي التنجيز لا تمنع اه ومراده بالمكفول به المال عكس ما في الشرح (قوله جاز) لأن الجهالة في الإقرار لا تمنع صحته بجر عن البرازية، وذكر هنا أيضا: لو شهد على رجل أنه كفل بنفس رجل نعرفه بوجه إن جاء به لكن لا نعرفه بإسمه جاز (قوله لم يضمن) لأن فعله جبار كما مر في إن أكلت منيع (قوله أي ما ثبت) قال في المنصورية: للثوب والزرور يراد بهما القضاء، فالتم يقض بالمكفول به بعد الكفالة على المكفول عنه لا يلزم الكفيل، وهذا في غير عرف أهل الكوفة أما عرفنا فالذوب والزرور عبارة عن الوجوب فيجب المال وإن لم يقض به اه ط وهذا أي ما ذاب ماض أريد به المستقبل كما في الهداية وسيذكره الشارح أيضا أي لأنه معنى الشرط كما تقدم، فلا يلزم الكفيل ما لم يقض به على الأصيل بعد الكفالة، لكنه هنا لا يلزمه شيء بجهالة المكفول عنه (قوله مثال للأول) وهو جهالة المكفول عنه (قوله ونحوه ما بايعت الخ) أي هو مثال للأول أيضا (قوله مثال للثاني) أي جهالة المكفول له (قوله ولا تصح بنفس حد وقصاص) أما لو كفل بنفس من عليه الحد تصح، لكن هذا في الحدود التي فيها للعباد حق كحد القذف بخلاف الحدود الخالصة كما تقدم بيانه (قوله مستأجرة له) أي للحمل (قوله لأنه يلزم الخ) قال في الدرر لأنه يستحق عليه الحمل على دابة معينة، والكفيل لو أعطى دابة من عنده لا يستحق الأجرة لأنه أتى بتغيير المعقود عليه، ألا ترى أن المؤجر لو حمله على دابة أخرى لا يستحق الأجرة فصار عاجزا ضرورة وكذا العبد للخدمة، بخلاف ما إذا كانت الدابة غير معينة لأن الواجب على المؤجر الحمل مطلقا والكفيل يقدر عليه بأن يحمل على

لا التسليم (ولا بمبيع) قبل قبضه (ومرهون وأمانة) بأعيانها ، فلو بتسليمها صح في الكل درر ، ورجحه الكمال فلو هلك المستأجر مثلا لاشيء عليه ككفيل النفس (وصح) أيضا (لو) المكفول به (ثمننا) لكونه ديننا صحيحا على المشتري

دابة نفسه اه (قوله لا التسليم) لأنه لو كان الواجب التسليم لزم صحة الكفالة في المعينة أيضا لأن الكفالة بتسليمها صحيحة كما يأتي (قوله ولا بمبيع قبل قبضه) بأن يقول للمشتري إن هلك المبيع فعلى درر لأن ما يئته غير مضمونة على الأصيل ، فإنه لو هلك يفسخ البيع ويجب رد الثمن كما ذكره صدر الشريعة (قوله ومرهون وأمانة) اعلم أن الأعيان إما مضمونة على الأصيل أو أمانة : فالثاني كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية والمستأجر في يد المستأجر ، والمضمونة إما بغيرها كالمبيع قبل القبض والرهن فإنهما مضمونان بالثمن والدين ، وإما بنفسها كالمبيع فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب ونحوه مما تجب قيمته عند الهلاك ، وهذا تصح الكفالة به كما يذكره المصنف دون الأولين لفقد شرطها ، وهو أن يكون المكفول مضمونا على الأصيل لا يخرج عنه إلا بدفع حينه أو بدله ، هذا خلاصة ما في البحر وغيره (قوله فلو بتسليمها صح في الكل) أى في الأمانات والمبيع والمرهون فإذا كانت قائمة وجب تسليمها ، وإن هلك لم يجب على الكفيل شيء كالكفيل بالنفس ، وقيل إن وجب تسليمها على الأصيل كالعارية والإجارة جازت الكفالة بتسليمها وإلا فلا درر : أى وإن لم يجب تسليمها على الأصيل كالوديعة ومال المضاربة والشركة فلا تجوز ، لأن الواجب عليه عدم المنع عند الطلب لا الرد ، وهذا التفصيل جزم به شراح الهداية (قوله ورجحه الكمال) أى رجح ما في الدرر من صححتها في تسليم الأمانات غيرها .

وحاصل ما ذكره الوجه عندي صحة الكفالة بتسليم الأمانة ، إذ لا شك في وجوب ردها عند الطلب ، غير أنه في الوديعة وأخوبها يكون بالتخلية وفي غيرها بحمل المردود إلى ربه .

قال في الذخيرة : الكفالة بممكن المودع من الأخذ صحيحة اه وما ذكره السرخسي من أن الكفالة بتسليم العارية باطلة فهو باطل : لما في الجامع الصغير والمبسوط أنها صحيحة . ونص القدوري أنها بتسليم المبيع جائزة ، وأقره في الفتح وانتصر له في العناية بأنه لعله اطلع على رواية أقوى من ذلك فاختارها .

واعترضه في النهر بأنه أمر موهوم قال في البحر : ورده على السرخسي مأخوذ من معراج الدراية ، ويساعده قول الزيلعي : ويجوز في الكل أن يتكفل بتسليم العين مضمونة أو أمانة ، وقيل إن كان تسليمه واجبا على الأصيل كالعارية والإجارة جاز وإلا فلا ، فأفاد أن التفصيل بين أمانة وأمانة ضعيف اه (قوله فلو هلك المستأجر) بفتح الجيم .

قال في الفتح : ولو عجز أى عن التسليم بأن مات العبد المبيع أو المستأجر أو الرهن انفسخت الكفالة على وزان كفالة النفس (قوله وصح لو ثمننا) أى صح تكفله الثمن عن المشتري ، واختراز به عن تكفل المبيع عن البائع فإنه لا يصح لأنه مضمون بغيره وهو الثمن كما تقدم ، والمراد بقوله لو ثمننا أى ثمن مبيع بيعا صحيحا ، لما في النهر عن التارخانية لو ظهر فساد البيع رجع الكفيل بما أداه على البائع ، وإن شاء على المشتري ؛ ولو فسد بعد صحته بأن ألحقا به شرطا فاسدا فالرجوع للمشتري على البائع يعنى والكفيل يرجع بما أداه على المشتري ، وكان الفرق بينهما أنه بظهور الفساد تبين أن البائع أخذ شيئا لا يستحقه فيرجع الكفيل عليه ، وإن ألحقا به شرطا فاسدا لم يتبين أن البائع حين قبضه قبض شيئا لا يستحقه اه وفيه أيضا وقالوا لو استحق المبيع برى الكفيل بالثمن ولو كانت الكفالة لغريم البائع ، ولو رد عليه يعيب بقضاء أو بغيره أو بخيار رؤية أو شرط برى الكفيل إلا أن تكون الكفالة

لأن يكون صبيها محجورا عليه فلا يلزم الكفيل تبعا للأصل خالية (و) كذا لو (مغصوبا أو مقبوضا على سوم الشراء) إن سمي الثمن وإلا فهو أمانة كما مر (ومبيعا فاسدا) وبدل صلح عن دم وخلع ومهر خانية ، والأصل أنها تصح بالأعيان المضمونة بنفسها لا بغيرها ولا بالأمانات (و) لا تصح الكفالة بنوعها (بلا قبول لطالب) أو نائبه ولو فضوليا (في مجلس العقد) وجوزها الثاني بلا قبول وبه يفنى دور وبرازية ، وأقره في البحر ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، لكن نقل المصنف عن الطرسوسي أن الفتوى على قولها

لغريم فلا يبرأ ، والفرق بينهما فيما يظهر أنه مع الاستحقاق تبين أن الثمن غير واجب على المشتري ، وفي الرد بالعيب ونحوه وجب المسقط بعدما تعلق حق الغريم به فلا يسرى عليه اه (قوله إلا أن يكون الخ) قال في النهر ، وقدمنا أنه لو كفل عن صبي ثمن متاع اشتراه لا يلزم الكفيل شيء ، ولو كفل بالدرك بعد قبض الصبي الثمن لا يجوز وإن قبله جاز اه ومسئلة الدرك فيما لو كان الصبي بائعا وهو الذي قدمه في النهر عند قول الكنز إذا كان ديننا صحيحا (قوله وكذا لو مغصوبا بالخ) لأن هذه الأعيان مضمونة بنفسها على الأصل فيلزم الضامن إحضارها وتسليمها ، وعند الهلاك تجب قيمتها ، وإن استهلكة فالضمان لقيمتها نهر ، بخلاف الأعيان المضمونة بغيرها كالبيع والرهن ، وبخلاف الأمانات على ما تقدم زيلعي (قوله وإلا فهو أمانة كما مر) أي في البيوع ، وإذا كان أمانة لا يكون من هذا النوع بل من نوع الأمانات وقد مر حكمها (قوله وبدل صلح عن دم) أي لو كان البديل عبدا مثلا فكفل به إنسان صحت ، فإن هلك قبل القبض فعليه قيمته بحر ، وتقيدته بالدم يفيد أن الكفالة يبذل الصلح في المال لا تصح ، لأنه إذا هلك انفسخ لكونه كالبيع ط (قوله وخلع) عطف على صلح : أي وبدل خلع (قوله ومهر) أي وبدل مهر ، فنصح الكفالة في هذه المواضع بالعين كعبد مثلا لأن هذه الأشياء لا تبطل بهلاك العين كما في البحر (قوله بنوعها) أي بالنفس والمال (قوله ولو فضوليا) أي ويتوقف على إجازة الطالب ، وبه ظهر أن شرط الصحة مطلق القبول : وأما قبول الطالب بخصوصه فهو شرط النفاذ كما أفاده ابن الكمال : وفي كافي الحاكم كفل بكذا صح فلان فلان فقال قد فعلت والطالب غائب ثم قدم فرضي بذلك جاز لأنه خاطب به مخاطبا وإن لم يكن وكيفا ، وللکفيل أن يخرج مع الكفالة قبل قدوم الطالب .

وفي البحر عن السراج : لو قال ضمنت ما لفلان على فلان وهما غائبان فقبل فضولي ثم بلغهما وأجازا فإن أجاز المطلوب أولا ثم الطالب جازت وكانت كفالة بالأمر ، وإن بالعكس كانت بلا أمر وإن لم يقبل فضولي لم تجز مطلقا : وإن كان الطالب حاضرا وقبل ورضي المطلوب ، فإن رضی قبل قبول الطالب رجع عليه وإن بعده فلا اه وعلة في الخانية بأن الكفالة تمت أي بقبول الطالب أولا ونفذت ولزم المال الكفيل فلا تغير بإجازة المطلوب اه وبه علم أن إجازة المطلوب قبل قبول الطالب بمنزلة الأمر بالكفالة فلا كفيل الرجوع بما ضمن فتنبه لذلك .

مطلب في ضمان المهر

[تنبيه] قدمنا أنه لو كفل رجل لصبي صح بقبوله لو ما دوننا وإلا فقبول وليه أو قبول أجنبي وإجازة وليه ، وإن لم يقبل عنه أحد فعل الخلاف أي فعندهما لا يصح ، وعليه فلو ضمن للصغيرة مهرها لم يصح إلا بقبول كما ذكر ، وهذا لو أجنبيا . ففي باب الأولياء من الخالية زوج صغيرته وضمن لها مهرها عن الزوج صح إن لم يكن في مرض موته فإذا بلغت وضمنت الأب لم يرجع على الزوج إلا إذا كان بأمره ، وإن زوج ابنه الصغير وضمن منه المهر في صحته جاز ويرجع بما ضمن في مال الصغير قياسا ، وفي الاستحسان لا يرجع وتماه هناك

واختاره الشيخ قاسم ، هذا حكم الإنشاء (ولو أخبر عنها) بأن قال أنا كفيل بمال فلان على فلان (حال غيبة الطالب أو كفيل وارث المريض) الملى (عنه) بأمره بأن يقول المريض لو ارثته تكفل عني بما على من الدين فكفيل به مع غيبة الغرماء (صح) في صورتين بلا قبول اتفاقا استحسانا لأنها وصية ، فلو قال لأجنبي لم يصح ، وقيل يصح شرح مجمع . وفي الفتح الصحة أوجه ، وحقق أنها كفالة لكن يرد عليه توقفها على المال ؛ ولوله مال غائب هل يؤمر الغريم بانتظاره أو يطالب الكفيل لم أره وينبئني على أنه وصية أن ينتظر لاهل أنها كفالة ، وقيدنا بأمره لأن تبرع الوارث بضمائه في غيبتهم لا يصح وروى الحسن الصحة ،

(قوله واختاره الشيخ قاسم) حيث نقل اختيار ذلك عن أهل الترجيح كالمحبوبي والنسفي وغيرهما وأقره الرملي وظاهر الهداية ترجيحه لتأخير دليلهما وعليه المتون (قوله ولو أخبر عنها الخ) بيان لاستثناء مسألتي من قوله ولا تصح بلا قول الطالب وفي استثناء الأولى نظر كما يظهر من التعليل (قوله بمال فلان) الأولى جعل ما موصولة وجعل اللام مقصولة بفلان على أنها جارة كما يوجد في بعض النسخ (قوله وإرث المريض) قيد به لأنه لو قال هذا في الصحة لم يجوز ولم يلزم الكفيل شيء وهذا قول محمد ، وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع وقال : الكفالة جائزة كافي وجزم بالأول في الفتح عن المبسوط (قوله الملى) أي الذي عنده ما ينفق بدينه (قوله لأنها وصية) تعليل للثانية ، وترك تعليل الأولى لظهوره فإن الأخبار عن العقد إخبار عن ركنية الإيجاب والقول اهـ فليست في الحقيقة كفالة بلا قبول ، وما ذكره في وجه الاستحسان من أنها وصية هو أحد وجهين في الهداية. قال ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم ، وإنما تصح إذا كان له مال الوجه الثاني أن المريض قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريفا لدمته وفيه نفع للطالب فصار كما إذا حضر بنفسه فعلى الأول هي وصية لا كفالة ، وعلى الثاني بالعكس واعترض الأول بأنه يلزم عدم الفرق بين حال الصحة والمرض إلا أن يؤول بأنه في معنى الوصية وفيه بعد :

واعترض الثاني في البحر بأنه لا فائدة في الكفالة لأبنا حيث اشترطنا وجود المال فالوارث يطالب به على كل حال وأجاب بأن فائدته تظهر في تفرغ ذمته تأمل ؛

قال في النهر : والاستثناء على الأول منقطع وعلى الثاني متصل ولذا كان أرجح ، إلا أن مقتضاه مطالبة الوارث وإن لم يكن للميت مال اهـ :

قلت : للظاهر أن هذا وصية من وجه وكفالة مع وجه فيراعى الشبه من الطرفين لأنهم ذكروا للاستحسان وجهين متنافيين ، فعلم أن المراد مراعاتهما بالقدر الممكن وإلا لزم إلغاؤها (قوله الصحة أوجه) أيده في الحواشي السعدية بأن الوارث حيث كان مطالباً بالدين في الجملة كان فيه شبهة الكفالة عن نفسه في الجملة فكان ينبغي أن لا يجوز كفالته ، فإذا جازت لما مر في الوجهين فكفالة الأجنبي وهي سائلة عن هذا المانع أولى أن تصح اهـ وأقره في النهر (قوله وحقق أنها كفالة) أي وبني عليه صحتها مع الأجنبي ، لكن يرد عليه إلغاء أحد وجهي الاستحسان ، وإذا مشينا على ما قلنا من إعمال الوجهين وتوفير الشبهين بالوصية والكفالة لم يضرنا لأن الأجنبي يصح كونه وصياً وكونه كفيلاً (قوله لكن يرد عليه توقفها على المال) حيث قيد بكون المريض ملياً ، والكفالة عن المريض لا تتوقف على المال .

قلت : وهذا وارد على كونها كفالة مع كل وجه ، وقد علمت أن لها شبهين واشترط المال مبنى على شبه الوصية كما أن اشتراط المرض مبنى على شبه الكفالة دون الوصية (قوله لم أره) أصل التوقف لصاحب البحر

ولو ضمنه بعد موته صح سراج ولعله قول الثاني لما مر نهر : وفي البرازية : اختلفا في الإخبار والإنشاء فالقول للمخبر (و) لاتصح (بدين) ساقط ولو من وارث (عن ميت مفلس) إلا إذا كان به كفيل أو رهن معراج ، أو ظهر له مال فتصح بقدره ابن ملك ، أو لحقه دين بعد موته فتصح الكفالة به ، بأن حفر بئرا على الطريق فتلف به شيء بعد موته لزمه ضمان المال في ماله وضمن النفس على عاقلة لثبوت الدين مستندا إلى وقت السبب وهو الحفر الثابت حال قيام الدمة بجر وهذا عنده وصححاها مطلقا وبه قالت الثلاثة ؛ ولو تبرع به أحد صح إجماعا (و) لاتصح كفالة الوكيل (بالثمن للموكل)

والجواب لصاحب النهر ولا يخفى عدم إفادته رفع التوقف لأن مبنى التوقف وجود الشبهين ، نعم على ما حققه في الفتح من أنها كفالة حقيقة لا ينتظر لكن علمت ما فيه :

وقد يقال إن اشتراط المال مبنى على شبه الوصية دون الكفالة كما علمت ، وبه يظهر أنه ليس المراد دفع الورثة من ما لهم بل من مال الميت ، وذلك يفيد الانتظار ويفيد أيضا أنه لو هلك المال بعد الموت لا يلزم الورثة ولم أره صريحا (قوله ولو ضمنه) أي لو ضمن وارث المريض المولى بعد موته في غيبة الطالب (قوله ولعله قول الثاني لما مر) أي من تجوز الكفالة بلا قبول ، وهذا الحمل متعين لأنها إذا لم تصح عندهما في حال الصحة لاتصح بعد الموت بالأولى ولأن وجه كونها كفالة في المرض قيام المريض مقام الطالب في القبول (قوله اختلفا في الإخبار والإنشاء) راجع لمسألة المصنف الأولى : أي إذا قال أنا كفيل زيد فقال الطالب كنت مخبرا بذلك فلا يحتاج لقبولي وقال الكفيل كنت منشئا للكفالة فالقول للمخبر لأنه يدعى الصحة والآخر الفساد كذا في شرح الجامع لقاضيخان (قوله بدين ساقط) أي بسبب موته مفلسا (قوله عن ميت مفلس) هو من مات ولا تركه له ولا كفيل عنه بجر (قوله إلا إذا كان به كفيل أو رهن) استثناء من قوله ساقط ، ولو حذف ساقط أولا ثم علل بقوله لأنه يسقط بموته ثم استثنى منه لكان أوضح ؛ يعني أن الدين يسقط عن الميت المفلس إلا إذا كان به كفيل حال حياته أو رهن .

قال في البحر : قيد بالكفالة بعد موته لأنه لو كفل في حياته ثم مات مفلسا لم تبطل الكفالة وكذا لو كان به رهن ثم مات مفلسا لا يبطل الرهن لأن سقوط الدين في أحكام الدنيا في حقه للضرورة فتقدر بقدرها فأبقيناه في حق الكفيل والرهن لعدم الضرورة كذا في المعراج ، ولا يلزم مما ذكر صحة الكفالة به حينئذ للاستغناء عنها بالكفيل وبيع الرهن ط (قوله أو ظهر له مال) في كافي الحاكم لو ترك الميت شيئا لا يفي لزم الكفيل بقدره (قوله على الطريق) المراد به الحفر في غير ملكه (قوله لزمه ضمان المال في ماله وضمن النفس على عاقلة) هذا زيادة من الشارح على ما في البحر (قوله وهو الحفر الثابت حال قيام الدمة) والمستند يثبت أولا في الحال ويلزمه اعتبار قوتها حينئذ به لكونه محل الاستيفاء بجر عن التحرير : أي ويلزم ثبوته في الحال اعتبار قوة الدمة حين ثبوته به أي بالدين ، وقوله لكونه محل الاستيفاء زيادة من البحر على ما في التحرير (قوله وهذا) الإشارة إلى ما في المتن (قوله مطلقا) أي ظهر له مال أولا (قوله ولو تبرع به) أي بالدين أي بإفائه (قوله صح إجماعا) لأنه عند الإمام وإن سقط ، لكن سقوطه بالنسبة إلى من هو عليه لا بالنسبة إلى من هو له فإذا كان باقيا في حقه حل له أخذه (قوله ولا تصح كفالة الوكيل بالثمن) وكذا عكسه ، وهو توكيل الكفيل بقبض الثمن كما سيأتي في الكفالة بجر ، قيد بالوكيل لأن الرسول بالبيع يصح ضمانه الثمن عن المشتري ، ومثله الوكيل ببيع الغنم عن الإمام لأنه كالرسول ، وقيد بالثمن لأن الوكيل بتزويج المرأة لو ضمن لها المهر صح لكونه سفيرا ومعبرا بجر ، وقيد بالكفالة

فيا لو وكل ببيعه لأن حق القبض له بالأصالة فيصير ضامنا لنفسه ومفاده أن الوصي والناظر لا يصبح ضامنا لثمن عن المشتري فيما باعاه لأن القبض لها ولذا لو أبرأه عن الثمن صح وضمنا (و) لا تصح كفالة (المضارب لرب المال به) أي بالثمن لما مر ولأن الثمن أمانة عندهما فالضمان تغيير لحكم الشرع (و) لا تصح (لشريك بدين مشترك) مطلقا ولو بإرث، لأنه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في حصة صاحبه يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه وذا لا يجوز، نعم لو تبرع جاز كما لو كان صفتين (و) لا تصح الكفالة (بالعهدة) لاشتباه المراد بها (و) لا (بالخلاص) أي تخليص مبيع يستحق لعجزه عنه، نعم أو ضمن تخليصه وأو بشراء إن قدر وإلا فيرد الثمن كان كالدرك عيني :

لأنه لو تبرع بأداء الثمن عن المشتري صح كما في النهر عن الخانية (قوله فيما لو وكل ببيعه) الأولى أن يقول أي ثمن ما وكل ببيعه، قيد به لأن الوكيل بقبض الثمن لو كفل به يصح كما في البحر (قوله لأر حق القبض له بالأصالة) ولذا لا يبطل بموت الموكل وبغزله، وجزا أن يكون الموكل وكيلا عنه في القبض، وللوكيل عزله وتماه في البحر (قوله ومفاده الخ) هو لصاحب البحر وتبعه في النهر (قوله لو أبرأه) بمد الهزمة بضمير التثنية (قوله لما مر) أي في الوكيل من قوله لأن حق القبض له الخ (قوله ولأن الثمن الخ) ذكره الربيعي، وقوله أمانة عندهما : أي عند الوكيل والمضارب وهذا بعد القبض، أشار به إلى أنه لا فرق في عدم صحة الكفالة بين أن تكون قبل قبض الثمن أو بعده، ووجه الأول ما مر ووجه الثاني أن الثمن بعد قبضه أمانة عندهما غير مضمونة والكفالة غرامة وفي ذلك تغيير لحكم الشرع بعد ضمانه بلا تعدد، وأيضا كفالتهما لما قبضاه كفالة الكفيل عن نفسه، وأما ما مر من صحة الكفالة بتسليم الأمانة فذلك في كفالة من ليست الأمانة عنده (قوله ولا تصح للشريك الخ) مفهومه أنه لو ضمن أجنبي لأحد الشريكين بمحضته تصح، والظاهر أنه يصح مع بقاء الشركة فما يؤديه الكفيل يكون مشتركا بينهما كما لو أدى الأصيل تأمل (قوله ولو بإرث) تفسير الإطلاق، وأشار به إلى أن ما وقع في الكنز وغيره من فرض المسألة في ثمن المبيع غير قيد (قوله مع الشركة) بأن ضمن نصفًا شائعا (قوله يصير ضامنا لنفسه) لأنه ما من جزء يؤديه المشتري أو الكفيل من الثمن إلا لشريكه فيه نصيب زيلعي (قوله ولو صح في حصة صاحبه) بأن كفل نصفًا مقدرا (قوله وذا لا يجوز) لأن القسمة عبارة عن الإفراز والحيازة، وهو أن يصير حق كل واحد منهما مفرزا في حيز على جهة وذا لا يتصور في غير العين، لأن الفعل الحسي يستدعي محلا حسيا والدين حكمي، وتماه في الزيلعي (قوله نعم لو تبرع جاز) أي لو أدى نصيب شريكه فلا سبق ضمان جاز ولا يرجع بما أدى، بخلاف صورة الضمان فإنه يرجع بما دفع إذ قضاه على فساد كما في جامع الفصولين (قوله كما لو كان صفتين) بأن سمي كل منهما لتصبيه ثمنا صح ضمان أحدهما نصيب الآخر لا مميّز نصيب كل منهما فلا شركة بدليل أن له : أي للمشتري قبول نصيب أحدهما فقط، ولو قبل الكل ونقد حصة أحدهما كان للناقد قبض نصيبه، وقد اعتبروا هنا لتعدد الصفة تفصيل الثمن وذكروا في البيوع أن هذا قولهما، وأما قوله فلا بد من تكرار لفظ بعث بحر (قوله ولا تصح الكفالة بالعهدة) بأن يشتري عبدا فيضمن رجل العهدة للمشتري أي نهر (قوله لاشتباه المراد بها) لا نطلاقها على الصك القديم أي الوثيقة التي تشهد للبائع بالملك وهي ملكه، فإذا ضمن بتسليمها للمشتري لم يصح لأنه ضمن الم يقدر عليه وعلى العقد وحقوقه وعلى الدرك وخيار الشرط فلم تصح الكفالة للجهاالة نهر :

قلت : فلو فسرها بالدرك صح، كما لو اشترى إطلاقها عليه في العرف لزوال المانع تأمل (قوله ولا بالخلاص) أي عند الإمام؛ وقالوا تصح، والخلاف مبنى على تفسيره، فهما فسراه بتخليص المبيع إن قدر عليه ورد الثمن إن

[فائدة] متى أدى بكفالة فاسدة رجع كصحيحه جامع الفصولين : ثم قال : ونظيره لو كفل ببذل الكتابة لم يصح فیرجع بما أدى إذا حسب أنه مجبر على ذلك لضمانه السابق وأقره المصنف فليحفظ :
(ولو كفل بأمره) أى بأمر المطلوب بشرط قوله عنى أو على أنه على وهو غير صبي وعبد محجورين ابن ملك رجع عليه (بما أدى)

لم يقدر عليه وهذا ضمان الدرك في المعنى ، وفسره الإمام بتخليص المبيع فقط ولاقدرة له عليه نهر (قوله متى أدى بكفالة فاسدة رجع كصحيحه) لم أر هذه العبارة في جامع الفصولين ، وإنما قال في صورة الضمان : أى ضمان أحد الشريكين يرجع بما دفع إذ قضاه على فساد فیرجع ، كما لو أدى بكفالة فاسدة . ونظيره لو كفل ببذل الكتابة لم يصح فیرجع بما أدى إذ حسب أنه مجبر على ذلك لضمانه السابق ، وبمثله لو أدى من غير سبق ضمان لا يرجع لتبرعه ، وكذا وكيل البيع إذا ضمن الثمن لموكله لم يجز فیرجع لو أدى بغير ضمان جاز ولا يرجع اه (قوله ولو كفل بأمره) شمل الأمر حكما ، كما إذا كفل الأب عن ابنه الصغير مهر امرأته ثم مات الأب وأخذ من تركته كان للورثة الرجوع في نصيب الإبن ، لأنه كفالة بأمر الصبي حكما لثبوت الولاية ، فإن أدى بنفسه ، فإن أشهد رجع وإلا لا كذا في نكاح الجمع ، وكما لو جحد الكفالة فبرهن المدعى عليها بالأمر وقضى على الكفيل فأدى فإنه يرجع وإن كان متناقضا لسكوته صار مكذبا شرعا بالقضاء عليه ، كذا في تلخيص الجامع الكبير نهر ، وقد منا قريبا عند قول الشارح ولو فضوليا أن إجازة المطلوب قبل قبول الطالب بمنزلة الأمر بالكفالة ، ونقله أيضا في الدر المتقى عن القهساقى عن الخالية ، وتأتى الإشارة إليه في كلام الشارح قريبا (قوله أى بأمر المطلوب) فلو بأمر أجنبي فلا رجوع أصلا ففى نور العين عن الفتاوى الصغرى : أمر رجلا أن يكفل عن فلان لفلان فكفل وأدى لم يرجع على الأمر اه (قوله أو على أنه على) أى على أن ماتضمنه يكون على . قال في الفتح : فلو قال اضمن الألف التى لفلان على لم يرجع عليه عند الأداء لجواز أن يكون القصد ليرجع أو لطلب التبرع فلا يلزم المال ، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد اه لكن في النهر عن الخالية على كفى ، فلو قال اكفل لفلان بألف درهم على أو انقده ألف درهم على أو اضمن له الألف التى على أو اقضه ماله على ونحو ذلك رجع بما دفع في رواية الأصل . وعن أبى حنيفة في المجرى إذا قال لآخر اضمن لفلان الألف التى له على فضمنها وأدى إليه لا يرجع اه فعلم أن مافى الفتح على رواية المجرى ، وقد جزم في الولوالجية بالرجوع ، وإنما حكى الخلاف في نحو اضمن له ألف درهم إذا لم يقل عنى أو هى له على ونحوه فعندهما لا يرجع إلا إذا كان خليطا . وعند أبى يوسف يرجع مطلقا ، ومثله في الذخيرة ، وكذا في كافى الحاكم : قال في النهر : وأجمعوا على أن المأمور لو كان خليطا رجع وهو الذى في حباله من والد أو ولد أو زوجة أو أجير والشريك شركة عنان كذا في الينابيع . وقال في الأصل : والخليط أيضا الذى يأخذ منه ويعطيه وبدائنه ويضع عنده المال ، والظاهر أن الكل يعطى لم حكم الخليط ، وتماه فيه .

قلت : وما استظهره مصرح به في كافى الحاكم (قوله وهو غير صبي الخ) قال في جامع الفصولين : الكفالة بأمر إنما توجب الرجوع لو كان الأمر ممن يجوز إقراره على نفسه ، فلا يرجع على صبي محجور ولو أمره ويرجع على القرن بعد عتقه اه . قال في البحر : بخلاف المأذون فهما لصحة أمره وإن لم يكن أهلا لها : أى للكفالة (قوله رجع بما أدى) شمل ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف بتمسالة فیرجع بها لا بألف لأنه إسقاط ، أو إبراء كما في البحر : وقال أيضا : إن قوله رجع بما أدى مقيد بما إذا دفع ماوجب دفعه على الأصيل ، فلو كفل عن المستاجر بالأجرة فدفع الكفيل قبل الوجوب لارجوع له كما في إجازات للإجازية اه .

إن أدى بما ضمن وإلا فيما ضمن ، وإن أدى أردأ لملكه الدين بالأداء فكان كالتطالب ، وكما لو ملكه بئبنة أو إرث عيني (وإن غيره لا يرجع) لتبرعه إلا إذا أجاز في المجلس ف يرجع عمادية، وحيلة الرجوع بلا أمر أن يهبه الطالب الدين ويوكله بقبضه ولو لاجية :

(ولا يطالب كفيل) أصيلا (بمال قبل أن يؤدي) الكفيل (عنه) لأن تملكه بالأداء، نعم للكفيل أخذ رهن من الأصيل قبل أدائه خاتية (فان لوزم) الكفيل (لازمه) أي لازم هو الأصيل أيضا حتى يتخلصه

قلت : ونظيره ما لو أدى الأصيل قبله ؛ ففي حاوي الزاهدي : الكفيل بأمر الأصيل أدى المال إلى الدائن بعد ما أدى الأصيل ولم يعلم به لا يرجع به لأنه شيء حكيم ، فلا فرق فيه بين العلم والجهل كعزل الوكيل اه أي بل يرجع على الدائن (قوله إن أدى بما ضمن) الأولى حذف الباء (قوله وإن أدى أردأ) إن وصاية : أي إن لم يؤد ما ضمن لا يرجع بما أدى بل بما ضمن كما إذا ضمن بالجيد فأدى الأردأ أو بالعكس (قوله لملكه الدين بالأداء الخ) أي يرجع بما ضمن لا بما أدى لأن رجوعه بحكم الكفالة ، وحكمها أنه يملك الدين بالأداء فيصير كالتطالب نفسه فيرجع بنفس الدين فصار كما إذا ملك الكفيل الدين بالإرث بأن مات الطالب والكفيل وارثه فإنما له عينه ، وكذا إذا وهب الطالب الدين للكفيل فإنه يملكه ويطالب به المكفول بعينه وصحت الهبة مع أن هبة الدين لا تصح بلا أمر عليه الدين ، وليس الدين على الكفيل على المختار ، لأن الواهب إذا أذن للموهوب بقبض الدين جاز استئحسانا وهنا يعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الأداء ، وهذا بخلاف المأمور بقضاء الدين فإنه يرجع بما أدى لأنه لم يملك الدين بالأداء ، وتماه في الفتح (قوله وإن غيره) أي وإن كفل بغير أمره لا يرجع (قوله إلا إذا أجاز في المجلس) أي قبل قبول الطالب ، فلو كفل بحضورهما بلا أمره فرضى المطلوب أولا يرجع ، ولو رضى الطالب أولا لانتقام العقد به فلا يتغير قهستاني عن الخاتية ، وقد مناه أيضا عن السراج (قوله وحيلة الرجوع بلا أمر الخ) عبارة الولو لاجية : رجل كفل بنفس رجل ولم يقدر على تسليمه فقال له الطالب ادفع إلى مالي على المكفول عنه حتى تبرأ من الكفالة فأراد أن يؤديه على وجه يكون له حق الرجوع على المطلوب ، فالحيلة في ذلك أن يدفع الدين إلى الطالب ويهبه الطالب ماله على المطلوب ويوكله بقبضه فيكون له حق المطالبة فإذا قبضه يكون له حق الرجوع ، لأنه لو دفع المال إليه بغير هذه الحيلة يكون مقطوعا ، ولو أدى بشرط أن لا يرجع لا يجوز اه ؛ ولا ينبغي أنه ليس في ذلك كفالة مال بل كفالة نفس فقط ، لكن إذا ساغ له الرجوع بدون كفالة بهذه الحيلة فمع الكفالة أولى ، لكن علمت أيضا أن هبة الطالب الدين للكفيل لا يشترط فيها الإذن بقبضه ، لأن عقد الكفالة يتضمن إذنه بالقبض عند الأداء ، والظاهر أنه لا فرق في ذلك بين كونها بإذن المطلوب أو بدونه فقول الشارح ويوكله بقبضه غير لازم هنا ، بخلافه في مسألة الولو لاجية لأنها ليس فيها عقد كفالة بالمال فلذلك ذكر فيها التوكيل بالقبض إذ لا تصح الهبة بدونه .

وأورد أنه إذا دفع دين الأصيل برى الأصيل من دينه فلا رجوع له عليه إلا إذا دفع قدر الدين من غير تعرض لكونه دين الأصيل أي بأن يدفعه للطالب على وجه الهبة .

قلت : وهذا وارد على مسألة الولو لاجية ، أما على ما ذكره الشارح من فرض المسألة في الكفيل بلا أمر فلا لما عامت من أن الكفيل يملك الدين بمجرد الهبة ويرجع بعينه على الأصيل فافهم ، نعم ينبغي أن تكون الهبة سابقة على أداء الكفيل وإلا كانت هبة دين سقط بالأداء فلا تصح (قوله لأن تملكه بالأداء) أي تملك الكفيل الدين إنما يثبت له بالأداء لا قبله فإذا أداءه يصير كالتطالب كما قررناه آنفا فحينئذ يثبت له حبس المطلوب (قوله نعم للكفيل أخذ رهن الخ) يعني لو دفع الأصيل إلى الكفيل رهنا بالدين فله أخذه ، والأولى في التعبير أن يقال

(وإذا حبسه له حبسه) هذا إذا كفل بأمره ولم يكن على الكفيل للمطوب دين مثله وإلا فلا ملازمة ولا حبس سراج . وفي الأشباه أداء الكفيل يوجب براءتهما للطالب

نعم للأصيل دفع رهن للكفيل لئلا يوهم لزوم الدفع على الأصيل بطلب الكفيل ، وقد تبع الشارح في هذا التعبير صاحب البحر أخذنا من عبارة الخانية مع أنها إنما تقيده ما قلنا فإنه قال فيها : ذكر في الأصل أنه لو كفل بمال مؤجل على الأصيل فأعطاه المكفول عنه رهنا بذلك جاز ، ولو كفل بنفس رجل على أنه إن لم يوافق به إلى سنة فعليه المال الذي عليه وهو ألف درهم ثم أعطاه المكفول عنه بالمال رهنا إلى سنة كان الرهن باطلا لأنه لم يجب المال للكفيل على الأصيل بعد ، وكذا لو قال إن مات فلان ولم يؤدك فهو على ثم أعطاه المكفول عنه رهنا لم يجز . وعن أبي يوسف في النوادر يجوز اه (قوله وإذا حبسه له حبسه) في حاشية المنح للرملی ۲ أقول : سيأتى في كتاب القضاء من بحث الحبس أن المكفول له يتمكن من حبس الكفيل والأصيل وكفيل الكفيل وإن كثروا اه .

مطلب فيما يبرأ به الكفيل عن المال

(قوله هذا إذا كفل بأمره الخ) تقييد لقول المصنف فإن لوزم لازمه الخ ، وقيده أيضا في البحر بحثا بما إذا كان المال حالا على الأصيل كالكفيل وإلا فليس له ملازمة اه وقيده في الشربلية أيضا بما إذا لم يكن المطلوب من أصول الطالب ، فلو كان أباه مثلا ليس له حبس الكفيل لما يازم من فعل ذلك بالمطوب وهو ممنوع أى لأنه لا يحبس الأصل بدين فرعه ، وإذا امتنع اللازم امتنع الملزوم . واهترضه السيد أبو السعود بمنع الملازمة وبأنه مخالف للمنقول في القهستاني فلا يعول عليه وإن تبعه بعضهم اه :

قلت : وصارفة القهستاني : وإن حبس حبس هو المكفول عنه إلا إذا كان كفيلا عن أحد الأبوين أو الجدین فإنه إن حبس لم يحبسه به يشعر قضاء الخلاصة اه ولا يخفى أن المتبادر من هذه العبارة ما إذا كان الطالب أجنبيا والمطوب : أى المدین أصلا للكفيل لا للطالب ، وهذا غير مافی الشربلية ، وهو ما إذا كان المطلوب أصلا للطالب لا للكفيل ، فمافی الشربلية تقيده لقولهم إن للطالب حبس الكفيل ، ومافی القهستاني تقيده لقولهم للكفيل حبس المكفول إذا حبس : أى إذا كان المكفول أصلا للكفيل فالطالب الأجنبى حبس الكفيل وليس للكفيل إذا حبس أن يحبس المكفول لكونه أصله ، بخلاف ما إذا كان المكفول أصلا للطالب فإنه ليس للطالب حبس الكفيل لأنه يازم من حبسه له أن يحبس هو المكفول فهازم حبس الأصل بدين فرعه : وقد ذكر ذلك الشربلانی في رسالة خاصة ، وذكر فيها أنه مثل عن هذه المسألة ولم يجد فيها نقلا وحقق فيها ما ذكرناه ، لكن ذكر الخبر الرملی في حاشية البحر في باب الحبس من كتاب القضاء أنه وقع الاستفتاء عن هذه المسألة . ثم قال : للكفيل حبس المكفول الذى هو أصل الدائن لأنه إنما حبس لحق الكفيل ولذلك يرجع عليه بما أدى فهو محبوس بدينه ، فلم يدخل في قولهم لا يحبس أصل في دين فرعه لأنه إنما حبسه أجنبى فيما ثبت اه عليه اه ما خصا ، ومفاده أن للطالب الذى هو فرع المكفول حبس الكفيل الأجنبى ، لأن الكفيل لا يحبس المكفول مالم يحبسه الطالب ، ولا يخفى أن المكفول إنما يحبس بدين الطالب حقيقة فيازم حبس الأصل بدين فرعه وإن كان الحابس له مباشرة غير الفرع ، نعم يظهر ما ذكره الخبر الرملی على القول بأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في الدين ، لكن علمت أن الكفيل لا يملك الدين قبل الأداء فبني الدين للطالب وازم المدور ، والله سبحانه أعلم فافهم (قوله يوجب براءتهما) أى براءة الكفيل والأصيل وقوله للطالب قيل متعلق بأداء :

إلا إذا أحاله الكفيل على مديونه وشرط براءة نفسه فقط (وبرى) الكفيل (بأداء الأصيل) إجماعاً إلا إذا برهن على أدائه قبل الكفالة فيبراً فقط كما لو حلف بجر :

(ولو أبرأ الطالب (الأصيل أو آخر عنه) أى أجله (برى الكفيل) تبعاً للأصيل إلا كفيل النفس

قلت : وفيه بعد، والأظهر تعلقه بمحذوف على أنه حال من براءة: أى منتهية إلى الطالب على أن اللام بمعنى إلى، ونظيره قوله الآتى برئت إلى فافهم (قوله إلا إذا أحاله) فإن الحوالة كما يأتى نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فهو في حكم الأداء فصح الاستثناء فافهم (قوله وشرط براءة نفسه فقط) فحينئذ يبرأ الكفيل دون الأصيل وللطالب أخذ الأصيل أو المحال عليه بدينه ما لم ينو المال على المحال عليه، وبدون هذا الشرط يبرأ الأصيل أيضاً لأن الدين عليه والحوالة حصلت بأصل الدين فتضمنت براءتهما كما فى البحر عن السراج (قوله وبرى الكفيل بأداء الأصيل) وكذا يبرأ لو شرط الدفع من ودبعة فهلكت: ففى الكافى: لو كفل بألف عن فلان على أن يعطيها إياه من ودبعة لفلان عنده جاز، فإن هلكت الودبعة فلا ضمان على الكفيل اه: وفيه أيضاً فى باب بطلان المال عن الكفيل بغير أداء ولا إبراء لو كفل عن رجل بالثمن فاستحق المبيع منه يده أو رده بعيب ولو بلا قضاء أو بإقالة أو بخيار روية أو بفساد البيع برى الكفيل، وكذا لو بطل المهر أو بعضه عن الزوج بوجه برى مما بطل عن الزوج أو ضمن المشتري الثمن لغريم البائع فاستحق المبيع من يد المشتري بطلت الكفالة أيضاً وكذلك الحوالة أما لو رده المشتري بعيب ولو بلا قضاء لم يبرأ الكفيل ويرجع به على البائع، وكذا لو هلك المبيع قبل التسليم أو ضمن الزوج مهر المرأة لغريمها ثم وقعت بينهما فرقة من قبله أو من قبلها لم يبطل الضمان وتماه فيه (قوله إلا إذا برهن) أى الأصيل على أدائه قبل الكفالة فيبراً: أى الأصيل فقط أى دون الكفيل لأنه أقر بهذه الكفالة أن الألف على الأصيل، وبهذا يظهر أن الاستثناء منقطع، لما فى البحر من أن هذا ليس من البراءة، وإنما تبين أن لادين على الأصيل والكفيل عومل بإقراره أى لأن البيئة لما قامت على الأداء قبل الكفالة علم أن ما كفل به الكفيل غير هذا الدين، بخلاف ما إذا برهن أنه قضاء بعد الكفالة، ففى البحر أنهما يبرآن (قوله بحر) صوابه نهر، فإنه نقل عن القنية براءة الأصيل إنما توجب براءة الكفيل إذا كانت بالأداء أو الإبراء، فإن كانت بالحلف فلا لأن الحلف يفيد براءة الخالف فحسب اه والظاهر أنه مضمون فيما إذا كانت الكفالة بغير أمره، وإلا فقوله كفل عنى لفلان بكذا إقرار بالمال لفلان كما فى الخانية وغيرها، وحينئذ فإذا ادعى عليه المال فأنكر وحلفه برى وحده، وإنما قلنا كذلك لأنه لو ادعى الأصيل الأداء فعليه البيئة لا اليمين تأمل :

(قوله ولو أبرأ الطالب الأصيل الخ) محل براءة الكفيل بإبراء الطالب الأصيل إذا لم يكفل بشرط براءة الأصيل فإن كفل كذلك برى الأصيل دون الكفيل لأنها حوالة ط، ولو قال ولو برى الأصيل لشمل ما فى الخانية لومات الطالب والأصيل وارثه برى الكفيل أيضاً اه بحر (قوله برى الكفيل) بشرط قبول الأصيل وموته قبل القبول والرد يقوم مقام القبول، ولو رده ارتد وهل يعود الدين على الكفيل أم لا؟ خلاف كذا فى الفتح نهر. وفى التارخانية عن المحيط: لا ذكر لهذه المسألة فى شيء من الكتب. واختلف المشايخ، فمنهم من قال لا يبرأ الكفيل أى برى الأصيل الإبراء كما فى رد الهبة، ومنهم من قال يبرأ الكفيل اه. قال فى الفتح: وهذا بخلاف الكفيل فإنه إذا أبرأه صح وإن لم يقبل، ولا يرجع على الأصيل ولو كان إبراء الأصيل أو هبته أو التصديق عليه بعدموته فعند أبى يوسف القبول والرد للورثة، فإن قبلوا صح، وإن ردوا ارتد. وقال محمد: لا يرتد بردهم كما لو أبرأهم

کما مر (وتاخر) الدين (عنه) تبعاً للأصيل إلا إذا صالح المكاتب عن قتل العمدة بمال ثم كفله إنسان ثم عجز المكاتب تأخرت مطالبة المصالح إلى عتق الأصيل ، وله مطالبة الكفيل الآن أشباه (ولا ينعكس) لعدم تبعية الأصل للفرغ نعم لو تكفل بالحال مؤجلاً تأجل عنهما لأن تأجيله على الكفيل تأجيل عليهما ، وفيه يشترط قبول الأصيل بالإبراء

في حال حياته ثم مات وهذا يختص بالإبراء اهـ (قوله كما مر) أي قبيل الكفالة بالمال (قوله وتاخر الدين عنه) مرتبط بقوله أو آخر عنه ، وشمل كفيل الكفيل ، فإذا أخرج الطالب عن الأصيل تأخر عن الكفيل وكفيله ، وإن أخره عن الكفيل الأول تأخر عن الثاني أيضاً عن الأصيل كما في الكافي ، وشرطه أيضاً قبول الأصيل ، فلو رده ارتد كما أفاده الفتح (قوله تأخرت مطالبة المصالح) مصدر مضاف إلى مفعوله والمراد به المكاتب والفاعل ولي القنيل أو إلى فاعله ، والمراد به الولي والمفعول المكاتب فإن المصلحة مفاعلة من الطرفين وهذا أولى لثلا يازم الإظهار في مقام الإضمار فافهم ، ومثل هذه المسألة ما لو كفل العبد المحجور بما لزمه بعد عتقه فإن المطالبة تتأخر عن الأصيل إلى عتقه وبطالب كفيله للحال ، لكن في هذين الفرعين تأخر لا بتأخير الطالب فلم يدخل في كلام المصنف كما أفاده في البحر والنهر (قوله ولا ينعكس) أي لو أبرأ الكفيل أو أخر عنه أي أجله بعد الكفالة بالمال حالاً لا أبرأ الأصيل ولا يتأخر عنه . قال في النهر : وإذا لم يبرأ الأصيل لم يرجع عليه الكفيل بشيء ، بخلاف ما لو وهبه الدين أو تصدق عليه به حيث يرجع اهـ (قوله نعم لو تكفل بالحال مؤجلاً الخ) أفاد أنه لو كان مؤجلاً على الأصيل فكفل به تأخر عنهما بالأولى وإن لم يسم الأجل في الكفالة كما صرح به في الكافي وغيره (قوله لأن تأجيله على الكفيل تأجيل عليهما) هذا التعليل غير تام ، فإن العلة كما في الفتح هي أن الطالب ليس له حال الكفالة حتى يقبل التأجيل إلا للدين فبالضرورة يتأجل عن الأصيل بتأجيل الكفيل ، أما في مسألة المقن وهي ما إذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل ، فقد تقرر حكمها وهو المطالبة ثم طرأ التأجيل عن الكفيل فينصرف إلى ما تقرر عليه بها وهو المطالبة :

[تنبيه] ما ذكره الشارح تبعاً للهداية وغيرها من أنه يتأجل عليهما يستثنى منه ما إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه ، بأن قال أجلي أو شرط الطالب وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة فلا يتأخر الدين حينئذ عن الأصيل كما ذكره في الفتاوى الهندية . ونقل ط عبارتها :

مطلب لو كفل بالقرض مؤجلاً تأجل عن الكفيل دون الأصيل

ويستثنى أيضاً ما لو كفل بالقرض مؤجلاً إلى سنة مثلاً فهو على الكفيل إلى الأجل وعلى الأصيل حال كما في البحر عن التارخانية معزياً إلى النخيرة والفتاوى : ثم نقل خلافه عن تلخيص الجامع من شموله للقرض وأن هذا هو المحيلة في تأجيل القرض ، وسبب ذكره الشارح آخر الباب .

قلت : لكن رده العلامة الطرسوسي في أنفع الوسائل بأن هذا إنما قاله الحصري في شرح الجامع ، وكل الكتب تخالفه فلا يلتفت إليه ، ولا يجوز العمل به ، وقد منّا تمام الكلام عليه قبيل فصل القرض ، ويؤيده أن الحاكم الشهيد في الكافي صرح بأنه لا يتأخر عن الأصيل وكفى به حجة (قوله وفيه) متعلق بقوله يشترط والضمير المحرور عائد إلى قول المتن ولو أبرأ الأصيل الخ ، ولو أسقط لفظه فيه لكان أوضح . وعبارة الدرر هكذا أبرأ الطالب الأصيل إن قبل برئاً أي الأصيل والكفيل معاً أو أخره عنه تأخر عنهما بلا عكس فيهما ، ولو أبرأ الكفيل فقط برئاً وإن لم يقبل إذ لا دين عليه ليحتاج إلى القبول بل عليه المطالبة وهي تسقط بالإبراء ، ولو وهب الدين له : أي للكفيل إن كان غنياً ، أو تصدق عليه إن كان فقيراً بشرط القبول كما هو حكم الهبة والصدقة وهبة الدين لغير من عليه الدين

والتأجيل لا الكفيل إلا إذا وهبه أو تصدق عليه دور :

قلت : وفي فتاوى ابن نجيم : أجله على الكفيل يتأجل عليهما ، وعزاه للحاوي القدسي فليحفظ :
وفي القنية : طالب الدائن الكفيل فقال له اصبر حتى يجيء الأصيل فقال لا تعلقى عليه إنما تعلقى عليك هل
يبرأ ؟ أجاب نعم ، وقيل لا وهو المختار :

(وإذا حل) الدين المؤجل (على الكفيل بموته لا يحل على الأصيل) فلو أداه وارثه لم يرجع لو الكفالة بأمره
إلا إلى أجله خلافاً لزر (كما لا يحل) المؤجل (على الكفيل) اتفاقاً (إذا حل على الأصيل به) أى بموته ، ولو ماتنا

تصح إذا سلط عليه والكفيل مسلط على الدين في الجملة ، كذا في الكافي وبعده له الرجوع على الأصيل اه وضمير
بعده للقبول :

وحاصله أن حكم الإبراء والهبة في الكفيل مختلف ، ففي الإبراء لا يحتاج إلى القبول وفي الهبة والصدقة يحتاج
وفي الأصيل متفق فيحتاج إلى القبول في الكل ، وموته قبل القبول والرد كالقبول شربلابية ، ولم يذكر حكم الرد
وأفاد في الفتح أن الإبراء والتأجيل يرتدان برد الأصيل ، وأما الكفيل فلا يرتد برده الإبراء بل التأجيل : والفرق
أن الإبراء إسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تمليك مال لأن الواجب عليه مجرد المطالبة ، والإسقاط المحض
لا يحتمل الرد لتلاشي الساقط ، بخلاف التأخير لعوده بعد الأجل ، فإذا عرف هذا ، فإن لم يقبل الكفيل التأخير
أو الأصيل فالمال حال يطالبان به للحال اه وقد مرنا تمام الكلام عليه :

[تنبيه] نقل في البحر عند قوله وبطل تعليق البراءة عن الهداية مثل ما هنا من أن إبراء الكفيل لا يرتد بالرد ،
بخلاف إبراء الأصيل : ثم نقل عن الخانية : لو قال للكفيل أخرجتك عن الكفالة فقال الكفيل لا أخرج لم يصر
خارجاً . ثم قال في البحر : فثبت أن إبراء الكفيل أيضاً يرتد بالرد اه . قال في النهر : وفيه نظر ، ولم يبين وجهه :
وأجاب المقدسي بأن مافي الخالية في معنى الإقالة لعقد الكفالة ، فحيث لم يقبلها الكفيل بطلت فتبقى الكفالة ،
بخلاف الإبراء لأنه محض إسقاط فيتم بالمسقط اه على أن مافي الهداية منصوص عليه في كافي الحاكم (قوله والتأجيل)
هذا غير موجود في عبارة الدرر كما عرفت ، نعم هو في الفتح كما ذكرناه آنفاً (قوله لا الكفيل) أى لا بشرط قبول
الكفيل الإبراء والتأجيل ، لكن لم يذكر في الدرر عدم اشتراطه في التأجيل وهو غير صحيح ، بل هو شرط كما سمعته
من كلام الفتح (قوله وفي فتاوى ابن نجيم النخ) ونصها : سئل عن رجل ضمن آخر في دين عليه ثم مبيع أو أجرة
لازمة عليه ثم إن رب المال أجله على الكفيل إلى مدة معلومة هل يصبر مؤجلاً عليه وحده وعلى الأصيل حالاً
أو مؤجلاً عليهما أجاب بصبر مؤجلاً عليهما كما صرح به في الحاوي القدسي اه .

أقول : هذا غير صحيح لخالفته لعبارات المتون والشروح ، على أني راجعت الحاوي القدسي فرأيت خلاف
ما عزاه إليه : ونص عبارة الحاوي : وإن أخر الطالب الدين عن الأصيل كان تأخيراً عن الكفيل ، وإن أخره
عن الكفيل لم يكن تأخيراً عن الأصيل اه بالحرف ، وكان ابن نجيم اشتبه عليه ذلك بما لو تكفل بالحال مؤجلاً
مع أن صريح السؤال خلافه فافهم (قوله فليحفظ) بل الواجب حفظ مافي كتب المذهب لأن هذا سبق نظر فلا يحفظ
ولا يلحظ (قوله وهو المختار) لأن الناس لا يريدون نفي التعاق أصلاً ، وإنما يريدون نفي التعلق الحسى ، وإني لا أتعلق به
تعلق المطالبة اه ح على أن إبراء الأصيل يتوقف على قبوله ولم يوجد (قوله وإذا حل الدين المؤجل النخ) أفاد أن الدين
يحل بموت الكفيل كما صرح به في الفرر وشرح الوهبانية عن المبسوط ، وعمله في المنع عن الوالوجبة بأن الأجل
يسقط بموت من له الأجل (قوله لا يحل على الأصيل) وكذا إذا عجل الكفيل الدين حال حياته لا يرجع على المطلوب

خير الطالب درر (صالح أحدهما رب المال عن ألف) الدين (على نصفه) مثلا (برثا إلا) أن المسألة مربعة ،
فإذا شرط براءتهما أو براءة الأصيل أو سكت برثا ، و (إذا شرط براءة الكفيل وحده) كانت فسحا للكفالة
لا إسقاطا لأصل الدين فيبرأ هو وحده عن خمسمائة (دون الأصيل) فتبقى عليه الألف فيرجع عليه الطالب بخمسمائة
والكفيل بخمسمائة لو بأمره ، ولو صالح على جنس آخر رجع بالألف كما مر :
(صالح الكفيل الطالب على شيء ليبرئه عن الكفالة لم يصح) الصلح (ولا يجب المال على الكفيل) خانية ،

إلا عند حلول الأجل عند علمائنا الثلاثة ، وهو نظير مالو كفل بالزبوف وأدى الجياد تثارخانية (قوله خير الطالب)
أى فى أخذه من أى التركتين شاء لأن دينه ثابت على كل واحد منهما كما فى حال الحياة درر (قوله مثلا) فالنصف
خير قيد (قوله برثا) أى الأصيل والكفيل ، لأنه اضاف الصلح إلى الألف الدين وهو على الأصيل فيبرأ عن خمسمائة
وبراءته توجب براءة الكفيل درر (قوله وإذا شرط براءة الكفيل وحده الخ) ليس المراد أن الطالب يأخذ بالبدل
فى مقابلة إبراء الكفيل عنها ، وإنما المراد أن ما أخذه من الكفيل محسوب من أصل دينه ويرجع بالباقي على الأصيل
بحر ، ونبه بذلك على الفرق بين هذه وبين المسألة التى عقبها كما بآى ، ويوضحه ما فى الفتح عن المبسوط لو صالحه
على مائة درهم على أن أبرأ الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل على الأصيل بمائة ورجع الطالب على الأصيل
بتسمائة ، لأن إبراء الكفيل يكون فسحا للكفالة ولا يكون إسقاطا لأصل الدين اه (قوله كانت فسحا للكفالة)
هذه عبارة المبسوط كما علمت : أى أن البراءة عن باقى الدين التى تضمنها عقد الصلح تتضمن فسحا للكفالة لسقوط
المطالبة عن الكفيل بهذا الشرط ولا يسقط بها أصل الدين ، إذ لو سقط لم يبق للطالب على المطلوب شيء مع أنه
يطالبه بالنصف الباقي بخلاف الصور الثلاث فإن مطالبته سقطت عنهما جميعا (قوله فيبرأ هو) أى الكفيل وحده
عن خمسمائة وهى التى سقطت بعقد الصلح ، وكذا عن التى دفعها بدلا عن الصلح وهو ظاهر ، لأن الصلح على بعض
الدين أخذ لبعض حقه وإبراء عن الباقي ، فحيث أخذ الطالب من الكفيل بعض حقه وأبرأه عن باقى فقد سقطت
المطالبة عنه أصلا ، وبراءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل فلذا قال دون الأصيل (قوله والكفيل بخمسمائة) أى
ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة وهى التى أداها للطالب بدل الصلح فى الصور الأربع (قوله لو بأمره) أى
يرجع بها لو كفل عنه بأمره وإلا فلا رجوع له (قوله على جنس آخر) مفهوم قوله على نصفه اه ح (قوله رجع
بالألف) لأن الصلح بجنس آخر مبادلة فيملك الدين فيرجع بجميع الألف فتح ، وكذا يرجع بجميع الألف لو صالحه
على خمسمائة على أن يجب له الباقي كما فى الفتح أيضا ، ومثله فى الكافى (قوله كما مر) الأولى أن يقول لما مر : أى
من أنه يملك الدين بالأداء (قوله صالح الكفيل الطالب الخ) فى الهداية : ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة
لا يبرأ الأصيل ، لأن هذا إبراء الكفيل عن المطالبة اه : ومنتصاه صحة الصلح وازوم المال وسقوط المطالبة عن الكفيل
دون الأصيل وهو خلاف ما ذكره المصنف تبعاً للخانية ، إلا أن يحمل على الكفالة بالنفس ، لما فى التارخانية :
الكفيل بالنفس إذا صالح الطالب على خمسمائة دينار على أن أبرأه من الكفالة بالنفس لا يجوز ولا يبرأ عنها ، فلو كان
كفيلاً بالنفس والمال على إنسان واحد برى اه :

وفى الهداية عن الذخيرة : صالح على مال لإسقاط الكفالة لا يصح أخذ المال ، وهل تسقط الكفالة
بالنفس ؟ فيه روايتان ، فى رواية تسقط وبه يفتى اه ، وحينئذ فيحمل ما فى الهداية على الكفالة بالمال توفيقاً بين
الكلامين تأمل ه

ثم لا يخفى أن الفرق بين هذه المسألة والتى قبلها فى المتن هى الرابعة هو أن هذه فى الصلح عن الكفالة والتى

وهو بإطلاقه يعم الكفالة بالمال والنفس بحر :
 (قال الطالب للكفيل برئت إلى من المال) الذي كفلت به (رجوع) الكفيل بالمال (على المطلوب إذا كانت)
 الكفالة (بأمره) لإقراره بالقبض ، ومفاده براءة المطلوب للطالب لإقراره بالكفيل (وفي) قوله للكفيل (برئت)
 بلا إلى (أو أبرأتك لا) رجوع كقوله أنت في حل لأنه إبراء لا إقرار بالقبض (خلافا لأبي يوسف في الأول)
 أي برئت فإنه جعله كالأول أي إلى قبيل ، وهو قول الإمام ، واختاره في الهداية ، وهو أقرب الاحتمالين فكان
 أولى نهر معزيا للعناية ، وأجمعوا على أنه لو كتبه في الصك كان إقرارا بالقبض عملا بالعرف (وهذا) كله (مع غيبة
 الطالب ومع حضرته يرجع إليه في البيان)

والتي قبلها في الصلح عن المال المكفول به فالمال هنا في مقابلة الإبراء عن الكفالة وهناك في مقابلة الإبراء عن المال
 الباقي كما مر في عبارة المبسوط :

ومن العجب ما في النهاية حيث جعل عبارة المبسوط المارة تصويرا لما ذكره هنا في الهداية فإنه عكس الموضع ،
 لأن كلام المبسوط مفروض في الصلح على إبراء الكفيل فقط عن المال وهو الصورة الرابعة المذكورة في كلام
 المصنف وكلام الهداية في الصلح على إبراء الكفيل عن المطالبة ، ولم أر من نبه على ذلك مع أنه نقله في البحر وغيره
 وأقروه عليه ، نعم ربما يشعر كلام الفتح بأنه لم يرض به فراجع (قوله وهو بإطلاقه يعم الكفالة بالمال والنفس)
 قد علمت ما فيه (قوله برئت إلى) متعلق بمحذوف حال : أي حال كونك مؤديا إلى كما في شرح مسكين أي
 فهو براءة استيفاء لا براءة إسقاط (قوله لإقراره بالقبض) لأن مفاد هذا التركيب براءة من المال مبدؤها من
 الكفيل ومنتهاها صاحب الدين ، وهذا هو معنى الإقرار بالقبض من الكفيل فكأنه قال دفعت إلى (قوله ومفاده)
 أي مفاد التعليل المذكور وهذا للكلام لصاحب البحر (قوله براءة المطلوب) أي المديون للطالب : أي الدائن ،
 يعني أنه يفيد أن المطلوب يبرأ من المطالبة التي كانت للطالب عليه ، وكذا يبرأ منها الكفيل فلا مطالبة له على
 واحد منهما لإقراره بالقبض إذ لا يستحق القبض أكثر من مرة واحدة (قوله لا رجوع) أي للكفيل على المطلوب ،
 نعم للطالب أن يأخذ المطلوب بالمال كما في الكافي للحاكم (قوله لأنه إبراء) تعليل لعدم الرجوع في الصور الثلاث
 إذ ليس فيها ما يفيد القبض ليكون إقرارا به بل هو محتمل للإبراء بسبب القبض والإسقاط فلا يثبت القبض
 بالشك (قوله أي إلى) المراد برئت إلى (قوله وهو أقرب الاحتمالين) أي احتمال أنه براءة قبض واحتمال
 أنه براءة إسقاط : ووجه الأفضلية ما في الفتح من قوله لأنه إقرار ببراءة ابتداءها من الكفيل المخاطب :
 وحاصله إثبات البراءة منه على الخصوص مثل قمت وقعدت والبراءة الكائنة منه خاصة كالإفاء (١) بخلاف
 البراءة بالإبراء فإنها لا تتحقق بفعل الكفيل بل بفعل الطالب فلا تكون حينئذ مضافة إلى الكفيل ، وما قاله
 محمد : أي من أنه لا يثبت القبض بالشك إنما يتم إذا كان الاحتمالان متساويين اه وهذا أيضا ، ترجيح منه لقول
 أبي يوسف (قوله لو كتبه في الصك) بأن كتب برئ الكفيل من الدراهم التي كفل بها بحر (قوله عملا بالعرف)
 فإن العرف بين الناس أن الصك يكتب على الطالب بالبراءة إذا حصلت بالإفاء وإن حصلت بالإبراء لا يكتب
 الصك عليه فجعلت إقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الإبراء فتح (قوله وهذا كله الخ) عزاه في فتح القدير
 إلى شروح الجامع الصغير ، وجزم به في الملتقى والدرر وأقره الشربلالي وكذا الزيلعي وابن كمال ، فتعبير البحر
 عنه بقيل غير ظاهر فافهم والإشارة إلى جميع الألفاظ المارة : قال في البحر عن النهاية : حتى في برئت إلى لاحتمال
 لأنني أبرأتك مجازا وإن كان بعيدا في الاستعمال اه قال في النهر : والظاهر أن في لفظ الحل لا يرجع إليه لظهور أنه
 مسامحة لا أنه أخذ منه شيئا اه :

(١) (قوله كالإفاء) كذا رأيت في نسخة من نسخ الفتح ، ولعل الأولى بالإفاء اه منه .

لمراده اتفاقا لأنه المجمل ومثل الكفالة الحوالة (وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) الغير الملائم على ما اختاره في الفتح والمعراج

قلت : وفيه نظر يظهر بأدنى نظر (قوله لمراده) متعلق بالبيان : أى يسأل هل أردت القبض أولا (قوله لأنه المجمل) بكسر ثالثة اسم فاعل : أى فإن الأصل في الإجمال أن يرجع فيه إلى المجمل والمراد بالمجمل هنا ما يحتاج إلى تأمل ، ويحتمل الجواز وإن كان بعيدا لاحتمال حقيقة المجمل ، يعنى يرجع إليه إذا كان حاضرا لإزالة الاحتمالات خصوصا إن كان العرف في ذلك اللفظ مشتركا منهم من يقصد القبض ومنهم من يقصد الإبراء فتج (قوله ومثل الكفالة الحوالة) في كافي الحاكم والمحتال عليه في جميع ذلك كالكفيل اه .

قال ط : فإن قال المحال للمحتال عليه برئت إلى رجح المحتال عليه على المجمل ، وإن قال أبرأتك لا واختلف فيها إذا قال برئت فقط اه وإنما يرجع إذا لم يكن للمحيل دين على المحتال عليه ؛

مطلب في بطلان تعليق البراءة من الكفالة بالشرط

(قوله وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) أى لما فيه من معنى التملك ، ويروى أنه يصح لأن عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان إسقاطا محضا كالطلاق هداية ، وظاهره ترجيح عدم بطلانه بناء على الصحيح بحره قلت : ولذا قال في متن الملتقى والمختار الصحة ؛

واعلم أن إضافته تعليق إلى البراءة من إضافة الصفة إلى موصوفها والمعنى وبطلت البراءة المتعلقة بالشرط ، وإذا بطلت البراءة من الكفالة تبقى الكفالة على أصلها فللطالب مطالبة الكفيل بدليل التعليل ، فليس المراد بطلان تعليق البراءة لأنه يلزم منه بقاء البراءة صحيحة منجزة وتبطل الكفالة بها ولا يناسبه العلة المذكورة لأن نفس التعليق ليس فيه معنى التملك بل الذى فيه معنى التملك هو البراءة المتعلقة فتبطل ثم رأيت بخط بعض العلماء على نسخة قديمة من شرح المجمع ما نصه : معناه أن الكفالة جائزة والشرط باطل اه ، وهذا عين ما قلته (قوله بالشرط الغير الملائم) نحو إذا جاء غد فأنت برىء من المال ، ومثال الملائم ما لو كفل بالمال أو بالنفس وقال إن وافيت به غدا فأنت برىء من المال فوافاه من الغد فهو برىء من المال ، كذا في العناية اه ح : وفي البحر عن المعراج الغير الملائم هو ما لا منفعة فيه للطالب أصلا كدخول الدار ومجيء الغد لأنه غير متعارف اه ؛

قلت : وسئلت عن كلفته على أنك إن طالبته به قبل حلول الأجل فلا كفالة لي ، ، ويظهر لي أنه من غير الملائم فليتأمل (قوله على ما اختاره في الفتح والمعراج) أقول : الذى في الفتح هكذا : قوله ولا يجوز تعليق الإبراء من الكفالة بالشرط : أى بالشرط المتعارف مثل أن يقول إن عجلت لي البعض أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة ، أما غير المتعارف فلا يجوز ثم قال : ويروى أنه يجوز وهو أوجه الخ فهذا شرح لعبارة الهداية التي قدمناها آنفا ، وقد منّا أن ظاهر ما في الهداية ترجيح الرواية الثانية وأنه اختارها في متن الملتقى وكذا اختارها في الفتح كما ترى ، والمتبادر من كلام الفتح أن المراد بهذه الرواية جواز الشرط المتعارف لأنه قيد رواية عدم الجواز بالشرط المتعارف ، وذكر أن غير المتعارف لا يجوز وهو تصريح بما فهم بالأولى : ثم ذكر مقابل الرواية الأولى وهي رواية الجواز فعلم أن المراد بها الشرط المتعارف أيضا وأن غير المتعارف لا يجوز أصلا، ويحتمل أن يكون قوله ويروى أنه يجوز أى إذا كان الشرط غير متعارف ويلزم منه جواز المتعارف بالأولى، فعلى الاحتمال الأول يكون قد اختار في الفتح جواز التعليق بالشرط المتعارف ، وعلى الثاني اختار جوازه مطلقا، وهذا الاحتمال

وأقره المصنف هنا والمتفرقات : لكن في النهر ظاهر الزيلعي وغيره ترجيح الإطلاق قيد بكفالة المال لأن في كفالة النفس تفصيلا مبسوطا في الخاتمة :
(لا يسترد أصيل ما أدى إلى الكفيل) بأمره ليدفعه للطالب

أظهر لأنه حيث قيد رواية عدم الجواز بالمتعارف علم أن غير المتعارف لا يجوز بالأولى ، ثم اختار مقابل هذه الرواية وهو رواية الجواز أي مطلقا ، فكان على الشارح أن يقول وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط واو ملامتا ، وروى جوازه مطلقا ، واختاره في الفتح ، نعم ذكر في الدرر عن العناية قولاً ثالثاً وهو عدم جواز التعليق بالشرط لو غير متعارف والجواز لو متعارفاً . وذكر في المعراج هذا القول وجعله محمل الروايتين وأقره في البحر وقال إن قول الكنز وبطل التعليق محمول على غير المتعارف وتبعه الشارح ، لكن لا يخفى أن كلام الفتح مخالف لهذا التوفيق لأنه حمل بطلان التعليق على الشرط المتعارف كما علمت فكيف ينسب إليه ما ذكره الشارح فانهم (قوله وأقره المصنف) أي في شرحه في هذا المحل : أي أقر ما في المعراج من التفصيل والتوفيق (قوله والمتفرقات) أي متفرقات البيوع في بحث ما يبطل تعليقه (قوله ترجيح الإطلاق) أي رواية بطلان التعليق المتبادر منها الإطلاق عما فصله في المعراج ، وفي كون الزيلعي رجح ذلك نظر بل كلامه قريب من كلام الهداية المار فراجع (قوله قيد بكفالة النفس (۱)) أي باعتبار أن الكلام فيها وإلا فلم يذكر القيد في المتن كالكنز اهـ ح (قوله مبسوطا في الخاتمة) حاصله أن تعليق البراءة من الكفالة بالنفس على وجوه في وجه تصح البراءة ويبطل الشرط كما إذا أبرأ الطالب الكفيل على أن يعطيه الكفيل عشرة دراهم ، وفي وجه بصحان كما إذا كان كفيلاً بالمال أيضا وشرط الطالب عليه أن يدفع المال ويبرئه من الكفالة بالنفس وفي وجه ببطلان كما إذا شرط الطالب على الكفيل بالنفس أن يدفع إليه المال ويرجع به على المطلوب اهـ (قوله لا يسترد أصيل الخ) أي إذا دفع الأصيل وهو المديون إلى الكفيل المال المكفول به ليس للأصيل أن يسترده من الكفيل وإن لم يعطه الكفيل إلى الطالب ، قال في النهر لأنه ، أي الكفيل منسكه بالإقتضاء ، وبه ظهر أن الكفالة توجب ديناً للطالب على الكفيل وديناً للكفيل على الأصيل ، لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل إلى وقت الأداء ولذا لو أخذ الكفيل من الأصيل رهنا أو أبرأه أو وهب منه الدين صح فلا يرجع بأدائه كذا في النهاية ، ولا ينافيه ما مر من أن الرجح أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لأن الضم إنما هو بالنسبة إلى الطالب وهذا لا ينافي أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه كما لا يخفى وعلى هذا فالكفالة بالأمر توجب ثبوت دينين وثلاث مطالبات تعرف بالتدبر اهـ ما في النهر أي دين ومطالبة حالين للطالب على الأصيل ودين ومطالبة مؤخرين للكفيل على الأصيل أيضا ومطالبة فقط للطالب على الكفيل بناء على الرجح من أنها الضم في المطالبة .

[تنبيه] نقل محشي مسكين عن الحموي عن المفتاح أن عدم الاسترداد مقيد بما إذا لم يؤخره الطالب عن الأصيل أو الكفيل ، فإن أخره له أن يسترده اهـ :

قلت : لكن قوله أو الكفيل لم يظهر لي وجهه تأمل (قوله بأمره) متعلق بالكفيل احترازاً عن الكفيل بلا أمر كما سيأتي : قال في النهر : قيد به في الهداية ولا بد منه (قوله ليدفعه للطالب) متعلق بأدى .
واعلم أن ما مر من أن الكفيل ملك المؤدى فذلك فيما إذا دفعه إليه الأصيل على وجه القضاء ، بأن قال له إني لا آمن أن يأخذ منك الطالب حقه فأنا أقضيك المال قبل أن تؤديه ، بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة

(۱) (قوله قيد بكفالة النفس) هكذا بخط ولعله سبق قلم ، فإن الذي في نسخ الشارح : قيد بكفالة المال لأن في كفالة النفس تفصيلا الخ ، اهـ مصححه .

(وإن لم يعطه طالبه) ولا يعمل نهييه عن الأداء لو كفيلا بأمره وإلا عمل لأنه حينئذ يملك الاسترداد بحر ، وأقره المصنف لكنه قدم قبله ما يخالفه فليحزر (وإن ربح) الكفيل (به طاب له) لأنه نماء ملكه حيث قبضه على وجه الاقتضاء ، فلو على وجه الرسالة فلا لتمحضه أمانة

بأن قال المطلوب للكفيل نخذ هذا المال وادفعه إلى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكا للكفيل بل هو أمانة في يده ، لكن لا يكون للمطلوب أن يسترده من الكفيل لأنه تعلق به حق الطالب كذا في الكافي ؛ لكن ذكر في الكبرى أن له الاسترداد وأنه أشار إليه في الأصل كذا في الكفاية شرح الهداية ، وما نقله عن الكافي نقل ط مثله عن العناية والمعراج ، وعليه مشى في البحر والنهر ، والمراد بالكافي كافي النسب ؛ أما كافي الحاكم الشهيد الذي جمع كتب ظاهر الرواية فإنه أشار فيه أيضا إلى أن له الاسترداد لو دفعه على وجه الرسالة فإنه ذكر أنه لو قبضه على وجه القضاء فله التصرف وله ربحه لأنه له ، ولو هلك منه ضمنه ، ولو قبضه على وجه الرسالة فهلك كان مؤتمنا ويرجع به على الأصيل ، ولو لم يهلك فعمل به وربح تصدق بالربح لأنه غاصب ، وكذا في الهداية إشارة إليه حيث ذكر أولا أنه إذا قضاه لا يسترد . ثم قال : بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة في يده ، فدل كلامه على أن عدم الاسترداد في الأداء على وجه القضاء لا الرسالة حيث جعله في الرسالة محض أمانة والأمانة مستردة . ونقل ط عن غاية البيان أن له استرداد . قال : ومثله في صدر الشريعة : وقال في اليعتوبية : إنه الظاهر لأنه أمانة محضة ويد الرسول يد المرسل فكأنه لم يقبضه فلا يعتبر حق الطالب وهو المتبادر من الهداية اه .

قلت : وهو المتبادر أيضا مما في المتن من أن الربح يطيب له فإنه دليل على أن المراد الأداء على وجه القضاء ، وقول الشارح تبعا للدرر ليدفعه للطالب ظاهره الدفع على وجه الرسالة ، وهو موافق لما في كافي النسب وغيره ، ويفهم منه أنه في الدفع على وجه القضاء له ذلك بالأولى ؛ ويمكن حمله على ما في كافي الحاكم وغيره بأن يكون المراد أنه لم يصرح له بأنه يدفعه للطالب بل أضمر ذلك في نفسه وقت الأداء . ففي الشربلالية عن القنية : لو أطلق عند الدفع فلم يبين أنه على وجه القضاء أو الرسالة يقع عن القضاء فافهم :

[تنبيه] لو قضى المطلوب الدين إلى الطالب فـالمطلوب أن يرجع على الكفيل بما أعطاه كما في الكافي وغيره (قوله وإن لم يعطه طالبه) إن وصليته وطالبه بكسر اللام بزنة اسم الفاعل مضاف للضمير وهو المفعول الثاني لمعطه (قوله ولا يعمل نهييه الخ) هذا ما أجاب به في البحر حيث قال : وقد سئلت عما إذا دفع المديون الدين للكفيل ليؤديه إلى الطالب ثم نهاه عن الأداء هل يعمل نهييه ؟ فأجبت إن كان كفيلا بالأمر لم يعمل نهييه لأنه لا يملك الاسترداد وإلا عمل لأنه يملك اه :

قلت : وظاهر قوله ليؤديه أن الدفع على وجه الرسالة فهو مبنى على ما في كافي النسب (قوله لأنه حينئذ) أي حين إذ كان كفيلا بلا أمر يملك الأصيل الاسترداد لأن الكفيل لا دين له عليه فلم يملك المؤدى بل هو في يده محض أمانة كما إذا أداه الأصيل إليه على وجه الرسالة وكانت الكفالة بالأمر على مامر ، بل هذا بالأولى لما علمت من أنه هنا لا دين له أصلا (قوله لكنه قدم قبله ما يخالفه) لعل مراده بالخالفه أن المصنف لم يقيد مقته بكون الكفيل كفيلا بالأمر ، وفرق هنا بين كونه بالأمر فلا يعمل نهييه وإلا عمل ؛ لكن في شرح المصنف إشارة إلى أن مراده في المتن الكفيل بالأمر ، وقد علمت أن هذا القيد لا بد منه فلا مخالفة (قوله حيث قبضه على وجه الاقتضاء) تقييد للمتن ولتعليبه بأنه نماء ملكه وصرح بعده بمفهومه : وعبارة الهداية : فإن ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لأنه ملكه حين قبضه وهذا إذا قضى الدين ظاهر ، وكذا إذا قضاه المطلوب بنفسه وثبت له استرداد ما دفع

خلافاً للثاني (وندب رده) على الأصيل إن قضى الدين بنفسه درر (فيما يتعين بالتعيين) كحنطة لا فيما لا يتعين كنفود فلا يندب ، ولو رده هل يطيب للأصيل ؟ الأشبه نعم ولو غنيا عناية .
 (أمر) الأصيل (كفيله ببيع العينة) أي يبيع العين بالربح لسببها المستقرض بأقل ليقضى دينه ، اخترحه
 أكلة الربا ، وهو مكروه مذموم شرعاً لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض (ففعل) الكفيل ذلك (فالمبيع
 للكفيل و) زيادة (الربح عليه) لأنه العاقد و (لا) شيء على (الأمر)

للكفيل ، وإنما حكمتنا بثبوت ملكه إذا قضاها المطلوب بنفسه لأن الكفيل وجب له بمجرد الكفاية على الأصيل
 مثل ماوجب للطالب على الكفيل وهو المطالبة اه موضحاً من الفتح وتماه فيه (قوله خلافاً للثاني) أي أبي يوسف
 فعنده يطيب له كمن غصب من إسان وربح فيه يتصدق بالربح عندهما لأنه استفاده من أصل خبيث ويطيب له
 عنده مستدلاً بحديث « الخراج بالضمان » فتح (قوله وندب رده) مرتبط بقوله بعده فيما يتعين بالتعيين : أي أن
 قوله طاب له : أي الربح إنما هو فيما لو كان المؤدى للكفيل شيئاً لا يتعين بالتعيين كالدرهم والدنانير فإن الخبيث
 لا يظهر فيها ، بخلاف ما يتعين كالحنطة ونحوها بأن كفل عنه حنطة وأداها الأصيل إلى الكفيل وربح الكفيل
 فيها فإنه يندب رد الربح إلى الأصيل . قال في النهر : وهذا هو أحد الروايات عن الإمام ، وهو الأصح وعنه
 أنه لا يرد بل يطيب له ، وهو قولها لأنه نماء ملكه . وعنه أنه يتصدق به وتماه فيه (قوله إن قضى الدين بنفسه)
 أي إن قضاها الأصيل للطالب ، وهذه العبارة تابع فيها صاحب الدرر الزيلعي ، وأقره الشرنبلالي ؛ لكن اعترضه
 اللواتي بأن هذا القيد غير لازم وموهم خلاف المقصود :

قلت : وهو كذلك كما يعلم من الهداية حيث قال في توجيه الأصح : وله أي للإمام أنه تمكن الخبيث مع الملك
 لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه الخ ، فجعل إمكان الاسترداد بقضاء الدين بنفسه دليل ثبوت الخبيث
 في الربح مع قيام الملك ، فعلم أن ذلك غير قيد في المسألة (قوله الأشبه نعم ولو غنيا) الذي في العناية وكذا البحر والنهر
 إن كان فقيراً طاب ، وإن كان غنيا ففيه روايتان ، والأشبه أن يطيب له أيضاً فكان الأولى للشارح أن يؤخر قوله
 الأشبه نعم عن قوله ولو غنيا لأن الروايتين فيه لا في الفقير :

مطلب بيع العينة

(قوله أمر كفيله ببيع العينة) بكسر العين المهملة وهي السلف ، يقال باعه بعينة : أي لسببها مغرب . وفي
 المصباح وقيل لهذا البيع عينة لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عينا أي نقداً حاضرًا اه أي قال الأصيل
 للكفيل اشترى من الناس نوعاً من الأقمشة ثم بعه فما ربحه البائع منك وخسرته أنت فعلى فيأتي إلى تاجر فيطلب
 منه القرض ويطلب التاجر منه الربح ويخاف من الربا فيبيعه التاجر ثوباً يساوي عشرة مثلاً بخمسة عشر لسببها فيبيعه
 هو في السوق بعشرة فيحصل له العشرة ويجب عليه للبائع خمسة عشر إلى أجل أو يقرضه خمسة عشر درهماً ثم
 يبيعه المقرض ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر فيأخذ الدراهم التي أقرضه على أنها ثمن الثوب فيبقى عليه الخمسة
 عشر قرصاً درر : ومن صورها أن يعود الثوب إليه كما إذا اشتراه التاجر في الصورة الأولى من المشتري الثاني ودفع
 الثمن إليه ليدفعه إلى المشتري الأول ، وإنما لم يشتره من المشتري الأول تحريزاً عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد
 الثمن (قوله أي يبيع العين بالربح) أي بثمن زائد نسبية : أي إلى أجل وهذا تفسير للمراد من بيع العينة في العرف
 بالنظر إلى جانب البائع ، فالمعنى أمر كفيله بأن يباشر عقد هذا البيع مع البائع بأن يشتري منه العين على هذا الوجه
 لأن الكفيل مأمور بشراء العينة لا يبيعهها وأما يبيعه بعد ذلك لما اشتراه فليس على وجه العينة لأنه يبيعهها حالة بدون
 ربح (قوله وهو مكروه) أي عند محمد ، وبه جزم في الهداية . قال في الفتح : وقال أبو يوسف : لا يكره هذا

لأنه إما هيمان الخسران أو توكيل بمجهول وذلك باطل؛
 (كفل) عن رجل (بما ذاب له أو بما قضى له عليه أو بما لزمه له) عبارة الدرر: لزم بلا ضمير . وفي الهداية
 وهذا ماض أريد به المستقبل كقوله: أطال الله بقاءك (فغاب الأصيل فبرهن المدعى على الكفيل أن له على الأصيل
 كذا لم يقبل) برهانه حتى يحضر الغائب فيقضى عليه فيلزمه تبعاً للأصيل

البيع لأنه فعله كثير من الصحابة وحمدوا على ذلك ولم يعدوه من الربا حتى لو باع كاغدة بألف يجوز ولا يكره ه
 وقال محمد : هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميمة اخترعه أكلة الربا ، وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم
 فقال : « إذا تبايعتم بالعينة واتبعتم أذناب البقر ذلتم وظهر عليكم عدوكم ، أي اشتغلتم بالحرق عن الجهاد : وفي
 رواية «سلط عليكم شراركم فبدعوا خياركم فلا يستجاب لكم» وقيل إياك والعينة فإنها العينة ؛
 ثم قال في الفتح ما حاصله : إن الذي يقع في قلبي أنه إن فعلت صورة يعود فيها إلى البائع جميع ما أخرجه أو بعضه
 كمورد الثوب إليه في الصورة المارة وكمورد الخمسة في صورة إقراض الخمسة عشر فيكره يعني تحريماً ، فإن لم يعد
 كما إذا باعه المديون في السوق فلا كراهة فيه بل خلاف الأولى ، فإن الأجل قابله قسط من الثمن والقرض غير
 واجب عليه دائماً بل هو مندوب وما لم ترجع إليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لأنه من العين المسترجعة
 لا العين مطلقاً وإلا فكل بيع بيع العينة اه وأقره في البحر والنهر والشراب ليلية وهو ظاهر ، وجعله السيد أبو السعود
 محمل قول أبي يوسف ، وحمل قول محمد والحديث على صورة العود .

هذا وفي الفتح أيضاً : ثم ذموا البياعات الكائنة الآن أشد من بيع العينة حتى قال مشايخ بلخ منهم محمد بن
 سلامة للمجار إن العينة التي جاءت في الحديث خير من بياعاتكم وهو صحيح ؛ فكثير من البياعات كالزيت والعسل
 والشيرج وغير ذلك استقر الحال فيها على وزنها مظروفة ثم إسقاط مقدار معين على الظرف وبه يصير البيع فاسداً ولا شك
 أن البيع الفاسد بحكم الغصب المحرم فأين هو من بيع العينة الصحيح المختلف في كراهته اه (قوله لأنه إما ضمان
 الخسران) أي نظراً إلى قوله هل فإنها للوجوب فلا يجوز كما إذا قال لرجل باع في السوق فما خسرت فعلى درر
 (قوله أو توكيل بمجهول) أي نظراً إلى الأمر به فلا يجوز أيضاً لجهالة نوع الثوب وثمنه درر (قوله كفل عن
 رجل) الأولى أن يقول كفل عن رجل لرجل ليكون مرجع الضمير في له مذكورا وهو الرجل الثاني المكفول له
 وإن كان معلوماً من المقام (قوله بما ذاب له) أي بما ثبت ووجب بالقضاء (قوله عبارة الدرر لزم بلا ضمير)
 الذي رأيناه في الدرر لزمه بالضمير وكأنه منقطع من نسخة الشارح وهي أولى ، لأن ضمير له في المواضع الثلاثة
 للمكفول له وضمير لزمه للمكفول ، ففيه تشبیه الضمائر مع إبهام عوده للمكفول أيضاً كبقية الضمائر المذكورة ،
 ولا حاجة إلى تقديره ولا إلى التصريح به لأن لزم بمعنى ثبت فهو قاصر في المعنى لا يحتاج إلى مفعول والمعنى بما ثبت
 له عليه فلما كان الأول إسقاطه نبه الشارح عليه فافهم (قوله أريد به المستقبل) لأنه معلق عليه ، فإن المعنى إن
 وجب لك عليه شيء في المستقبل فأنا كفيل به ، حتى لو كان له عليه مال ثابت قبل الكفالة لم يكن مكفولاً به كما
 يعلم مما يأتي (قوله لم يقبل برهاله) لأنه إنما كفل عنه بما لم يقضى بعد الكفالة لأنه جعل الذوب شرطاً والشرط
 لا بد من كونه مستقبلاً على خطر الوجود ، فالمراد بوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلاً والبينة لم تشهد بقضاء
 دين وجب بعد الكفالة فلم تقم على من اتصف بكونه كفيلاً عن الغائب بل على أجنبي ، وهذا في لفظ القضاء
 ظاهر وكذا في ذاب لأن معناه تقرر ووجب وهو بالقضاء بعد الكفالة ، حتى لو ادعى أني قدمت الغائب إلى
 قاضي كذا وأفت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى لي عليه بذلك وأقام البينة على ذلك صار كفيلاً وصحت الدعوى
 وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصماً عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أولاً إلا أنه إذا كانت بغير أمر

(وإن برهن أن له على زيد الغائب كذا) من المال (وهو) أى الحاضر (كفيل قضى) بالمال (على الكفيل) فقط (ولو زاد بأمره قضى عليهما) فللكفيل الرجوع لأن المكفول به هنا مال مطلق فأمكن إثباته بخلاف ما تقدم وهذه حيلة لإثبات الدين على الغائب ، ولو خاف الطالب موت الشاهد بتواضع مع رجل ويدعى عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيبرهن المدعى على الدين فيقضى به على الكفيل والأصيل ثم يبرىء الكفيل فيبقى المال على الغائب

يكون القضاء على الكفيل خاصة كذا في الفتح ، وقوله حتى لو ادعى الخ هو معنى ما في الفصول العمادية : ادعى على رجل أنه كفل عن فلان بما يزوب له عليه فأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الحق وأقام المدعى بينة أنه ذاب له على فلان كذا فإنه يقضى به في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعا ، حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره اه ، فإن قوله وأقام المدعى بينة أنه ذاب له على فلان كذا معناه أنه وجب له عليه بالقضاء بعد الكفالة : أى أن القاضى قضى له عليه بذلك ، فحيث برهن على أن الأصيل الغائب محكوم عليه بذلك ثبت شرط الكفالة فصار الكفيل خصما فيثبت عليه المال قصدا أو على الغائب ضمنا ، بخلاف ما في المتن فإن المدعى برهن على أن له على الأصيل كذا لا على أنه كان حكم له على الأصيل بكذا فلو قبلت هذه البينة يكون قضاء على الغائب قصدا لأن الكفيل لم يصر خصما لأنه لم يثبت شرط كفالته ، فالفرق بين المسألتين جلى واضح وإن خفي على صاحب النهر وغيره :

والمعجب من قوله البحر إن جزمهم هنا بعدم القبول ينبغي أن يكون على الرواية الضعيفة ، أما على أظهر الروايتين المفتى به من نفاذ القضاء على الغائب فينبغى النفاذ اه فإن المفتى به نفاذ القضاء على الغائب من حاكم يراه كشافى ، حتى لو رفع حكمه إلى الخفى نفذه كما حرره صاحب البحر نفسه في كتاب القضاء وكلامهم هنا في الحاكم الخفى ، فإن حكمه لا ينفذ لما علمته من عدم الخصم (قوله وإن برهن الخ) هذه مسألة مبتدأة غير داخلة تحت قوله كفل بما ذاب الخ كما نبه عليه صدر الشريعة وابن الكمال وغيرهما لأن الكفالة هنا بمال مطلق كما يأتي (قوله وهو كفيل) أى بذلك المال (قوله فللكفيل الرجوع) أى فإذا قضى عليهما : أى على الكفيل الحاضر وعلى الأصيل الغائب ثبت للكفيل بالأمر الرجوع على الغائب بلا إعادة بينة عليه إذا حضر لأنه صار مقضيا عليه ضمنا (قوله لأن المكفول به هنا) أى في قوله وإن برهن الخ مال مطلق : أى غير مقيد بكونه تابعا بعد الكفالة بخلاف ما تقدم في قوله كفل بما ذاب الخ لأن الكفالة فيه بمال موصوف بكونه مقضيا به بعد الكفالة ، فالتمس تلك الصفة لا يكون كفيلا فلا يكون خصما كما في شرح الجامع لقاضيخان ، وهذا تعليل لأصل القضاء على الكفيل : وأما كون القضاء يتعدى إلى الأصيل لو الكفالة بأمره ولا يتعدى لو بدون أمره فوجهه كما في النهر أن الكفالة بلا أمر إنما تفيد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى زعمه إلى غيره ، أما بالأمر الثابت فيتضمن إقرار المطلوب بالمال إذ لا يأمر غيره بقضاء ما عليه إلا وهو معترف به فلذا صار مقضيا عليه .

ثم قال في النهر : وفي الجامع الكبير جعل المسألة مربعة إذا الكفالة إما مطلقة ككفلت بما لك على فلان أو مقيدة بألف درهم وكل ما بالأمر أو بدونه ، وقد علمت أن المقيدة إذا كانت بالأمر كان القضاء بها عليهما وإلا فعلى الكفيل فقط : وأما المطلقة فإن القضاء بها عليهما سواء كانت بالأمر أولا لأن الطالب لا يتوصل لإثبات حقه على الكفيل إلا بعد إثباته على الأصيل وهذا لأن المذهب أن القضاء على الغائب لا يجوز اه وتماه في الفتح (قوله وهذه حيلة الخ) ذكر في البحر الأوجه الأربعة المذكورة آتفا عن الجامع ، ثم ذكر أن المطلقة هي الحيلة

وكذا الحوالة ، وتماه في الفتح والبحر ،

(كفالته بالدرك تسليم) منه (لمبيع) كشفة فلا دعوى له (ككتب شهادته في صك كتب فيه باع ملكه أو باع بيعة نافذا باتا) فإنه تسليم أيضا ، كما لو شهد بالمبيع عند الحاكم قضى بها أولا (لا) يكون تسليما (كتب شهادته في صك بيع مطلق) عما ذكر (أو كتب شهادته على إقرار العاقدین) لأنه مجرد إخبار فلا تناقض

في القضاء على الغائب وأن المقيدة لا تصلح للحيلة لأن شرط التعدي على الغائب كونها بأمره اه : قلت : وطريق جعلها حيلة هو المواضعة الآتية بشرط أن يكون له بينة على الدين الذي له على الغائب وهذا ظاهر في المطلقة عن التقييد بمقدار من المال سواء كانت الكفالة بالأمر أو لا فيتعدى فيها الحكم إلى الغائب لأن الكفيل إذا أقر بالكفالة وأكر الدين على الأصيل فبرهن المدعى على الدين وقدره لإلزام الكفيل به لا يمكن إثباته إلا بعد إثباته على الأصيل فيثبت عليهما ، لأن المذهب عندنا كما في الفتح أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا إذا ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل إليه إلا بإثباته على الغائب ، فإذا ثبت عليهما ثم أبرأ المدعى الكفيل يبقى المال ثابتا على الغائب . وأما الكفالة المقيدة بألف مثلا فلا يتعدى الحكم فيها إلى الغائب إلا إذا كانت بأمره كما مر تقريره ، وإنما لم تصلح للحيلة مع تعدي الحكم فيها لأنه يحتاج إلى إثبات كون الكفالة بالأمر وليس له بينة على ذلك ، ولا تجوز الحيلة بإقامة شهود الزور وإقرار الكفيل بالدين يقتصر عليه ولا يتعدى إلى الغائب فضلا عن إقراره بكون الكفالة بأمر الغائب ، وبهذا التقرير يظهر لك أن الإشارة في قول الشارح وهذه لا مرجع لها لأن المذكور في كلامه الكفالة المقيدة وهي بقسميها لا تصلح للحيلة فافهم (قوله وكذا الحوالة) عبارة الفتح : وكذا الحوالة على هذه الوجوه اه أي لها تكون مطلقة ومقيدة وكل منهما بالأمر وبدونه فهي مربعة أيضا : وبيانه ما في شرح المقدسي عن التحرير شرح الجامع الكبير ، وكذا لو شهدوا على الحوالة المطلقة يكون قضاء على الحاضر والغائب ادعى الأمر أو لم يدع فإن شهدوا بالحوالة المقيدة أن ادعى الأمر يكون قضاء على الحاضر والغائب فيرجع ، وإن لم يدع الأمر يكون قضاء على الحاضر خاصة ولا يرجع ، وتماه فيه ، وبه ظهر أن الإشارة بقوله وكذا الحوالة راجعة إلى أصل المسألة لا إلى بيان جعلها حيلة لأن شرط صحة الحوالة كون المال معلوما كما سيأتي . فلو قال له إن فلانا أحالني عليك بألف درهم فأقر له بالحوالة بها كان مقرا بالمال فيلزمه ولا يمكن المدعى إثباته على الغائب بالبينة ، وهذه حوالة مطلقة لأنها لم تقيد بنوع مخصوص كما سيأتي بيانه في بابها إن شاء الله تعالى هذا ما ظهر لي (قوله كفالته بالدرك) هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع كما مر نهر (قوله تسليم المبيع) أي تصديق منه بأن المبيع ملك للبائع ، لأنها إن كانت مشروطة في البيع فقامه بقبول الكفيل فسكانه هو الموجب له وإن لم تكن مشروطة فالمراد بها أحكام البيع وترغيب المشتري فينزل منزلة الإقرار بالملك ، فكانه قال اشتراها فإنها ملك البائع ، فإن استحققت فأنا ضامن ثمنها نهر (قوله كشفة) أي لو كان الكفيل شفيها فلا شفعة له بحر لرضاه بشراء المشتري (قوله فلا دعوى له) أي فلا تسمع دعواه بالملك فيها بالشفعة وبالإجارة بحر (قوله كتب فيه) بالبناء للمجهول ، وقوله باع ملكه الخ جملة قصد بها لفظها نائب الفاعل وجملة كتب الخ صفة لصك (قوله كما لو شهد بالمبيع الخ) لأن الشهادة به على إنسان إقرار منه بتنفيذ البيع باتفاق الروايات نهر عن الزيلعي (قوله مطلق عما ذكر) أي عن قيد الملكية ، وكونه نافذا باتا فتسمع دعواه الملك بعده إذ ليس فيه ما يدل على إقراره بالملك للبائع لأن البيع قد يصدر من غير المالك ولعله كتب شهادته ليحفظ الواقعة ، بخلاف ما تقدم فإنه مقيد بما ذكره أي ليس بعد ذلك في تثبيت البينة فتح (قوله لأنه مجرد إخبار) ولو أخبر بأن فلانا باع شيئا كان له أن يدعيه نهر وقولهم هنا إن الشهادة لا تكون إقرارا بالملك يدل بالأولى على أن السكوت زمالا لا يمنع الدعوى بحره

ولم يذكر الختم لأنه وقع اتفاقا باعتبار عادتهم :
 (قال) الكفيل (ضمته لك إلى شهر وقال الطالب) هو (حال فالقول للضامن) لأنه ينكر المطالبة (وعكسه)
 أي الحكم المذكور (في) قوله (لك على مائة إلى شهر) مثلا (إذا قال الآجر) وهو المقر له (حالة) لأن المقر له
 ينكر الأجل ، والحيلة لمن عليه دين مؤجل وخاف الكذب أو حلوله بإقرار أن يقول أحو حال أو مؤجل ؟ فإن قال
 حال أنكره ولا حرج عليه ريلمي .
 (ولا يؤخذ ضمان الدرك إذا استحق المبيع قبل القضاء على البائع بالثمن) إذ بمجرد الاستحقاق

وفي حاشية السيد أبي السعود : لمكن نقل شيخنا عن فتاوى الشيخ الشلبي أن حضوره مجلس البيع وسكونه بلا علم
 مائع له من الدعوى بعد ذلك حسما لباب النزوير اه .
 قلت : سيأتي آخر الكتاب قبيل الوصايا إن شاء الله تعالى أن ذلك في القرب والزوجة : وكذا في الجارى إذا
 سكت بعد ذلك زمانا ه

وفي دعوى الخيرية أن علماءنا نصوا في متونهم وشروحهم وفتاويهم أن تصرف المشتري في المبيع مع إطلاع
 الخصم ولو كان أجنبيا بنحو البناء أو الفراس أو الزرع يمنع من سماع الدعوى (قوله ولم يذكر الختم الح) أي كما
 قال في الكنز وشهادته وختمه :
 قال في الفتح : الختم أمر كان في زمانهم إذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع
 نقش خاتمه كي لا يطرقة التبديل وليس هذا في زماننا اه . فالحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أولا
 كذا في العناية ه

قال في النهر : ولم أر ما لو تعارفوا رسم الشهادة بالختم فقط والذي يجب أن يقول عليه اعتبارا المكتوب في
 الصك ، فإن كان فيه ما يفيد الاعتراف بالملك ثم ختم كان اعترافا به وإلا لا اه (قوله إلى شهر) أي بعد شهر فلا
 مطالبة لك على الآن (قوله هو) أي الضمان (قوله فالقول للضامن) أي مع يمينه في ظاهر الرواية ط عن الشاهي .
 واحترز به عماروى عن الثاني أن القول للمقر له (قوله لأنه ينكر المطالبة) أي في الحال (قوله لأن المقر له ينكر
 الأجل) فإن المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة في الحال ، إذا الظاهر أن الدين كذلك لأنه إنما يثبت بدلا عن قرض
 أو إتلاف أو بيع ونحوه ، والظاهر أن العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال إلا لبدل في الحال ، فكان الخلول
 الأصل والأجل عارض ، فكان الدين المؤجل معروضا لعارض لا نؤها ثم ادعى لنفسه حقا وهو تأخيرها والآخر
 ينكره ، وفي الكفالة ما أقر بالدين على ما هو الأصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في الحال
 والكفيل ينكر ذلك فالقول له ، وهذا لأن التزام المطالبة يتنوع إلى التزامها في الحال أو في المستقبل كالكفالة بما
 ذاب أو بالدرك فلإنما أقر بنوع منها فلا يلزم بالنوع الآخر اه فتح (قوله وخاف الكذب) أي إن أنكر الدين
 (قوله أو حلوله) أي دعوى المقر له أنه حال بسبب إقرار المقر بالدين (قوله أن يقول الخ) أي المدعى عليه
 للمدعى ، وقيل إذا قال ليس لك على حق فلا بأس به إذا لم يرد إلتواء حقه ريلمي ، ولم يذكر أمر حلفه لو استحلف
 والظاهر أن له ذلك إذ مجرد إنكاره مما لا أثر له نهر : أي أن قوله لا بأس به : أي بالإنكار المذكور لا أثر له
 لأن الخصم يطلب تحليفه ويكذبه في الإنكار فالإذن له بالإسكار إذن بالحلف ، ولا يخفى أن ليس للنفي في الحال
 إلا لقريئة على خلافه فإذا حلف وقال ليس لك على حق : أي في الحال فهو صادق فافهم (قوله إذا استحق
 المبيع قبل القضاء على البائع) الظرف متعلق بقوله ولا يؤخذ وأراد بالاستحقاق الناقل ، أما المبطل كدعوى
 النسب ودعوى الوقف في الأرض المشتراة ، وأنها كانت مسجدا يرجع على الكفيل وإن لم يقض بالثمن على

لا يفتنض البيع على الظاهر كما مر :

(وصح ضمان الخراج) أى الموظف فى كل سنة وهو ما يجب عليه فى الذمة بقربنة قوله (والرهن به) إذ الرهن بخراج المقاسمة باطل نهر على خلاف ما أطلقه فى البحر ، وتجوز الزيلعى الرهن فى كل ما تجوز به الكفالة بجامع التوثق منقوض بالدرك لجواز الكفالة به دون الرهن (وكذا النوائب) وأوبى بحق كجبايات زماننا فإنها فى المطالبة كالديون بل فوقها ، حتى لو أخذت من الأكار فله الرجوع على مالك الأرض

المكفول عنه ولكل الرجوع على بائعه وإن لم يرجع عليه بخلاف الناقل ، ومر تمام أحكامه فى باب ، قيد بالاستحقاق لأنه لو انفسخ بخيار رؤية أو شرط أو عيب لم يؤخذ الكفيل به وبالتمن ، لأنه لو بنى فى الأرض لا يرجع على الكفيل بقيمة البناء ، وكذا لو كان المبيع أمة استولدها المشتري وأخذ من المشتري مع الثمن قيمة الولد والعقر لم يرجع على الكفيل إلا بالتمن كذا فى السراج نهر (قوله لا ينتقض البيع) ولهذا لو أجاز المستحق البيع قبل المسخ جاز ولو بعد قبضه وهو الصحيح ، فما لم يقض بالتمن على البائع لا يجب رد الثمن على الأصيل فلا يجب على الكفيل ، وقوله كما مر أى فى باب الاستحقاق ، وانظر ما كتبناه هناك (قوله أى الموظف فى كل سنة) لأنه دين له مطالب من جهة العباد فصار كسائر الديون ، وتمامه فى الزيلعى ، وهذا التعليل اعتمده جميعا فيدل على اختصاص الخراج المضمون بالموظف . أما خراج المقاسمة فجزء من الخراج وهو عين غيره مضمون حتى لو هلك لا يؤخذ بشيء والكفالة بأعيان لا تجوز (قوله على خلاف ما أطلقه فى البحر) فإنه قال وأطلقه فشمّل الخراج الموظف وخراج المقاسمة وخصصه بعضهم بالموظف الخ :

ووجه الاعتراض على البحر حيث حمل كلام الكنز على الإطلاق مع وجود القرينة المذكورة على التقييد بالموظف فكان الأولى التقييد فافهم ، وكذا التعليل المار يدل عليه ، ولذا قال فى الفتح : وقد قيدت الكفالة بما إذا كان خراجا موظفا لا خراج مقاسمة فإنه غير واجب فى الذمة (قوله منقوض) النقض لصاحب البحر (قوله وكذا النوائب) جمع نائبة : وفى الصحاح النائبة المصيبة واحدة نوائب الدهر اه وفى اصطلاحهم ما يأتى :

قال فى الفتح قيل أراد بها ما يكون بحق كأجرة الحراس وكرى النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسرى إذا لم يكن فى بيت المال شيء وغيرهما مما هو بحق ، فالكفالة به جائزة بالاتفاق لأنها واجبة على كل مسلم موثر بإيجاب طاعة ولى الأمر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال أو لزمه ولا شيء فيه وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات الموظفة على الناس فى زماننا ببلاد فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان فى كل يوم أو شهر فإنها ظلم : فاختلف المشايخ فى صحة الكفالة بها فقيل تصح إذا لعبرة فى صحة الكفالة وجود المطالبة إما بحق أو باطل ، ولهذا قلنا إن من تولى قسمتها بين المسلمين فعديل فهو مأجور وينبئ أن من قال الكفالة ضم فى الدين بمنعها هنا ، ومن قال فى المطالبة يمكن أن يقول بصحتها أو بمنعها بناء على أنها فى المطالبة بالدين أو مطلقا اه فإن قال بالدين منعها وإن قال مطلقا أى بالدين وغيره أجازها (قوله حتى لو أخذت الخ) تأييد للقول بجواز الكفالة بها فإنها إذا أخذت من الأكار وجاز له الرجوع بها بلا كفالة فع الكفالة بالأولى ، لكن فى البزازية لأرجع الأكار فى ظاهر الرواية وقال الفقيه يرجع وإن أخذ من الجار لا يرجع وزاد فى جامع الفصولين إن أحد الشريكين لو أدى الخراج يكون متبرعا نعم فى آخر إجازات القنية برمز ظهير الدين المرغينانى وغيره المستأجر إذا أخذ منه الجباية الراتبية على الدور والحوانيت يرجع على الأجر ، وكذا الأكار فى الأرض وعليه

وعليه الفتوى صدر الشريعة وأقره المصنف وابن الكمال ، وقيده شمس الأئمة بما إذا أمره به طائعا ، فلو مكرها في الأمر لم يعتبر لما أمره بالرجوع ذكره الأكل . وقالوا : من قام بتوزيعها بالعدل أجر ، وعليه فلا يفسق حيث عدل وهو تادر . وفي وكالة البزازية : قال لرجل خلصني من مصادرة الوالى أو قال الأسير ذلك فخلصه رجع بلا شرط على الصحيح .

قلت : وهذا يقع في ديارنا كثيرا ، وهو أن الصوباشي يمسك رجلا ويحبسه فيقول لآخر خلصني فيخلصه بمبلغ : فحينئذ يرجع بغير شرط الرجوع بل بمجرد الأمر فتدبر كذا بخط المصنف

الفتوى اه (قوله وعليه الفتوى) راجع لقوله ولو بغير حق وكذا المسألة الأكار كما علمت . وفي البحر وظاهر كلامهم ترجيح الصحة : أى في كفالة النوائب بغير حق ، ولذا قال في إيضاح الإصلاح ، والفتوى على الصحة وفي الخانية : الصحيح الصحة ، ويرجع على المكفول عنه إن كان بأمره اه وعليه مشى في الاختيار والختار والملتقى نعم صحح صاحب الخانية في شرحه على الجامع الصغير علم الصحة ، وكذلك أفق في الخبرية بعدم الصحة مستندا لما في البزازية والخلاصة من أنه قول عامة المشايخ ، ولما في العمادية من أن الأسير لو قال لغيره خلصني فدفعت الأمور مالا وخلصه . قال السرخسي يرجع وقال صاحب المحيط لا وهو الأصح وعليه الفتوى قال : فهذا يدفع ما في الإصلاح وما في الخانية والعلة فيه أن الظلم يجب إعدامه وبمحرم تقريره وفي القول بصحة تقريره اه ملخصا :

قلت : غاية الأمر أنهما قولان مصححان ومشى على الصحة بعض المتون وهو ظاهر إطلاق الكنز وغيره لفظ النوائب فكان أرجح . وأما مسألة الأسير فليس فيها كفالة ولا أمر الرجوع على أنه في الخانية صحح أنه يرجع على الأسير ، وبه جزم في شرح السير الكبير بلا حكاية خلاف كما قدمناه في مفترقات البيوع ، وأما قوله والعلة فيه الخ فهو مدفوع بما رأيت في هامش نسختي المنح بخط بعض العلماء وأظنه السيد الحموى مما حاصله أن المراد من صحة الكفالة بالنوائب رجوع الكفيل على الأصيل لو كانت الكفالة بالأمر لا أنه يضمن لطالبها الظالم لأن الظلم يجب إعدامه ولا يجوز تقريره فلا تغتر بظاهر الكلام اه وهو تنبيه حسن ولهذا لم يذكروا الرجوع على الكفيل بل اقتصروا على بيان الرجوع على الأصيل لو الكفالة بأمره ، وليس في هذا تقرير الظلم بل فيه تحقيقه لأنه لولا الكفالة يجس الظالم المكفول ويضربه ويكلفه بيع عقاره وسائر أملاكه بثمن بخس أو بالاستدانة بالمراحة ونحو ذلك مما هو مشاهد ، ولعلمهم لهذا أجازوا هذه الكفالة وإن لم يجزوها بثمن خمر ونحوه ، والله سبحانه أعلم (قوله وقيده شمس الأئمة) لا مرجع في كلامه لهذا الضمير ، والمناسب قول النهر .

وفي الخانية : قضى نائبه غيره بأمره رجع عليه وإن لم يشترط الرجوع ودو الصحيح وقيده شمس الأئمة الخ أى قيد قوله بأمره وهذا التقييد ظاهر إذ لا خفاء أن أمر المكره غير معتبر .

[فرع] في مجموع النوازل : جماعة طمع الوالى أن يأخذ منهم شيئا بغير حق فانضق بعضهم وظفر الوالى ببعضهم فقال المختلفون لم لا تطلعوه علينا وما أصابكم فهو علينا بالحصص ، فلو أخذ منهم شيئا فلهم الرجوع قال هذا مستقيم على قول من جوز ضمان الجبابة وعلى قول عامة المشايخ لا يصح ففتح (قوله لم يعتبر لما أمره بالرجوع) الأصوب في الرجوع كما هو في البحر وغيره عن العناية للأكل ، فالباء بمعنى في متعلقة بيه تبر لا بأمره لأنه ليس المراد أنه أمره بالرجوع عليه بل أمره بقضاء النائة وإن لم يشترط الرجوع ، وحينئذ فالمعنى أنه إذا كان مكرها بالأمر بالقضاء لم يعتبر أمره في حق الرجوع لفساد الأمر بالإكراه فلا رجوع للمأمور عليه (قوله بلا شرط) أى بلا شرط الرجوع (قوله على الصحيح) مخالف لما قدمه في النفقات من أن الصحيح عدم الرجوع وبه يفتى ،

على هامشها فليحفظ (والقسمة) أي النصيب من النائبة ، وقيل هي النائبة الموظفة ، وقيل غير ذلك ، وأياما كان
فالكفالة بها صحيحة صدر الشريعة :

(قال) رجل (لآخر اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلك وأخذ ماله لم يضمن ، ولو قال إن كان غوفا وأخذ
مالك فأنا ضامن) والمسألة بحالها (ضمن) هذا وارد على ما قدمه بقوله ولا تصح بجهاالة المكفول عنه كفاي الشرطية
والأصل أن المغرور إنما يرجع على الغار إذا حصل الغرور

ففيه اختلاف التصحيح كما ذكرناه آنفا (قوله على هامشها) أي هامش البزازية : وفي القاموس : الهامش حاشية
الكتاب مولد :

[تنمة] من أصحابنا من قال الأفضل أن يساوى أهل محلته في إعطاء النائبة قال القاضي : هذا كان في زمانهم
لأنه على إعانة على الحاجة والجهاد ، أما في زماننا فأكثر النوائب تؤخذ ظلما ، ومع تمكن : من دفع الظلم عن
نفسه فهو خير له نهر ، وتماه في الفتح : ونقل في القنية أن الأولى الامتناع إن لم يحمل حصته على الباقيين وإلا
فالأولى عدمه .

ثم قال : وفيه إشكال لأن الإعطاء إعانة للظالم على ظلمه (قوله أي النصيب من النائبة) أي حصة الشخص
منها إذا قسمها الإمام فتح (قوله وقيل هي النائبة الموظفة) والمراد بالنوائب ما هو منها غير راتب فتغارا فتح
(قوله وقيل غير ذلك) قال في النهر : وقيل هو أن يقسم ثم يمنع أحد الشريكين قسم صاحب . وقال الهندواني :
هي أن يمنع أحد الشريكين من القسمة فيضمنه إنسان ليقوم مقامه فيها (قوله فإنه آمن) بقصر الهذرة على تقدير
مضاف : أي ذو أمن أو يمدها على صورة اسم الفاعل بمعنى المفعول كساحل بمعنى مسحول أو بمعنى آمن سالكة مثل
نهاره صائم ، وعلى الوجهين عيشة راضية (قوله لم يضمن) مثله كل هذا الطعام فإنه ليس بمسوم فأكله
فما لا ضمان عليه ، وكذا لو أخبره رجل أنها حرة فتزوجها ثم ظهرت مملوكة فلا رجوع بقيمة الولد على
الخبر أشباه ط (قوله والمسألة بحالها) أي فسلكه وأخذ ماله ط (قوله ضمن) أما لو قال له إن أكل ابنتك سبع
أو أتلف مالك سبع فأنا ضامن لا يصح هندية ، لما تقدم مع أن السبع لا يكفل وإن فعله جبار ط (قوله هذا
وارد الخ) أقول : صحة الضمان لا من حيث صحة الكفالة حتى يرد ما ذكر بل من حيث إله غره لأن الغرور
يوجب الرجوع إذا كان بالشرط أبو السعود ط ولذا أعقبه الشارح بذكر الأصل لكن يأتي أن ضمان الغرور في
الحقيقة هو ضمان الكفالة :

ثم اعلم أن المصنف تابع في ذكر هذه المسألة صاحب الدرر عن العمادية ، وعزاها البيهقي إلى اللخيرة بزيادة
أن المكفول عنه مجهول ومع هذا جوزوا الضمان اه لكن قال في الثالث والثلاثين من جامع الفصولين برمز
المحيط : ما ذكر من الجواب مخالف لقول القدوري من قال لغيره من خصبك من الناس أو من بايعت
من الناس فأنا ضامن لذلك فهو باطل اه . وأجاب في نور العين بأن عدم الضمان في مسألة القدوري لعدم التفرير
فظهر الفرق .

قلت : لكن في البزازية وذكر القاضي بايع فلانا على أن ما أصابك من خسران فعل أو قال لرجل إن هلك
حينك هذا فأنا ضامن لم يصح اه إلا أن يجاب بأن قوله بايع فلانا لا تغرير فيه لعدم العلم بمصول الخسران في
المبايعة معه ولأن الخسران يحصل بسبب جهل المأمور بأمر البيع والشراء ، بخلاف قوله اسلك هذا الطريق والحال
أنه مخوف فإن الطريق المخوف يؤخذ فيه المال غالبا ولاصنع فيه للمأمور ، فقد تحقق فيه التفرير فإذا ضمنه الأمر لصا
رجع عليه ، ولهمم أجازوا الضمان فيه مع جهل المكفول عنه زجرا عن هذا الفعل كما في تضمين الساعي ، والله

في ضمن المعاوضة أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصا درر ، وتماه في الأشباه ومر في المراجعة :

[فروع] ضمان الغرور في الحقيقة هو ضمان الكفالة .
للكفيل منع الأصيل من السفر لو كفاله حالة ليخلصه منها بأداء أو إبراء ، وفي الكفيل بالنفس يردده إليه كما في الصغرى : أي لو بأمره .
من قام عن غيره بواجب بأمره رجع بما دفع وإن لم يشترطه كالأمر بالإنفاق عليه وبقضاء دينه إلا في مسائل أمره بتعويض عن هبته وبإطعام عن كفارته وبأداء عن زكاة ماله وبأن يهب فلانا عن ألفا في كل موضع يملك المدفوع إليه المال المدفوع إليه مقابلا بملك مال فإن المأمور يرجع بلا شرط وإلا فلا ، وتماه في وكالة السراج ، والكل من الأشباه وفي المنتقط

سبحانه أعلم (قوله في ضمن المعاوضة) فيرجع على البائع بقيمة الوالد إذا استحققت بعد الاستيلاء ، وبقيمة البناء بعد أن يسلم البناء إليه ، واحتراز عما إذا كان في ضمن عقد التبرع كالهبة والصدقة (قوله أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصا) أي كمسئلة المتين الثانية فإنه نص فيها على الضمان بخلاف الأولى ، وتماه عبارة الدرر : حتى لو قال الطحان لصاحب الخنطة اجعل الخنطة في الدلو فذهب من ثقبه ما كان فيه إلى الماء والطحان كان عالما به يضمن لأنه صار غارا في ضمن العقد ، بخلاف المسألة الأولى لأن ثمة ما ضمن السلامة بحكم العقد وهنا العقد يقتضى السلامة ، كذا في العمادية اه وأراد بالأولى قوله اسلك هذا الطريق فإنه آمن ، ويظهر من التعليل أن قوله حتى لو قال الخ تفريع على الأصل الأول ، وقوله إن كان عالما به أي بثقب الولد بشكل عليه مسألة الاستحقاق (قوله وتماه في الأشباه) ذكرناه في آخر باب المراجعة وتكلمنا عليه هناك فراجع (قوله هو ضمان الكفالة) أما في الأصل الثاني فهو ظاهر لأن شرطه أن يذكر الضمان نصا ، وأما في الأول فلأن عقد المعاوضة يقتضى السلامة فكأنه بسبب أخذ العوض ضمن له سلامة العوض (قوله لو كفاله حالة) ينبغي أن يجرى فيه ما سيذكره الشارح آخر الباب عن المحبط (قوله ليخلصه بأداء وإبراء) أي بأن يؤدي المال إليه أو إلى الطالب أو بأن يتكلم مع الطالب ليبرئ الكفيل (قوله يردده إليه) في بعض النسخ يردده بالباء الموحدة وهي أحسن فهو متعلق بيخلصه أي يرد نفسه وتسليمها إلى الطالب (قوله أي لو بأمره) لأن الكفيل بلا أمر متبرع ليس له مطالبة الأصيل بمال ولا نفس ، حتى إنه لا يأنم بالامتناع من تسليم نفسه معه كما مر سابقا (قوله من قام عن غيره بواجب بأمره الخ) الظاهر أن المراد بالواجب اللازم شرعا أو عادة ليصبح استثناءا للتعويض عن الهبة ونفس الهبة إلا أن يكون لفظ إلا بمعنى لكن ، وقوله بأمره متعلق بتمام (قوله أمره بتعويض عن هبته) أي أمر الموهوب له رجلا أن يعوض الواهب عن هبته (قوله وبإطعام الخ) وكذا لو قال أحجج عنى رجلا أو أعتق عنى عبدا عن ظهاري خانية فالمراد الواجب الأخرى (قوله وبأن يهب فلانا) فلو قال هب فلانا عنى ألفا تكون من الأمر ولا رجوع للمأمور عليه ولا على القابض وللأمر الرجوع فيها والدافع مقطوع ، ولو قال على أنى ضامن ضمن للمأمور وللأمر الرجوع فيها دون الدافع خانية (قوله في كل موضع الخ) فالمشترى أو الغاصب إذا أمر رجلا بأن يدفع الثمن أو يبدل المصوب إلى البائع أو المالك كان المدفوع إليه مالكا للمدفوع بمقابلة مال هو المبيع أو المصوب ، وظاهره أن الهبة لو كانت بشرط العوض فأمره بالتعويض عنها يرجع بلا شرط لوجود الملك بمقابلة مال ، بخلاف ما لو أمره بالإطعام عن كفارته أو بالإحجاج عنه ونحوه فإنه ليس بمقابلة مال فلا رجوع للمأمور على الأمر إلا بشرط الرجوع ويرد عليه الأمر بالإنفاق عليه ، فإنه قدم أنه يرجع بلا شرط مع أنه ليس بمقابلة ملك مال ، وكذا الأمر بأداء النوايب ويطلق الأسير على ما مر .

الكفيل للمختلعة بما لها على الزوج من الدين لا يبرأ بتجدد النكاح بينهما :

ثوب غاب عن دلال لاضمان عليه ، ولو غاب عن صاحب الحانوت وقد ساوم وانفقا على الثمن فعليه قيمة الثوب ، ولو طاف به الدلال ثم وضعه في حانوت فهلك ضمن الدلال بالاتفاق ، ولا ضمان على صاحب الحانوت عند الإمام لأنه مودع المودع .

دلال معروف في يده ثوب تبين أنه مسروق فقال رددت على الذي أخذت منه برىء ، ولو قال طالب غريمي في مصر كذا فإذا أخذت مالى فلك عشرة منه يجب أجر المثل لا يزاد على عشرة ملنقط . وأفتيت بأن ضمان الدلال والسمسار الثمن للبائع باطل لأنه وكيل بالأجر : وذكروا أن الوكيل لا يصح ضمانه لأنه يصير عاملا لنفسه فليحرر اه .

[فائدة] ذكر الطرسوسى في مؤلف له أن مصادرة السلطان لأرباب الأموال لا تجوز إلا لعمال بيت المال ، مستدلا بأن عمر رضى الله عنه صادر أبا هريرة اه وذلك حين استعمله على البحرين ثم عزله وأخذ منه اثني عشر ألفا ثم دعاه للعمل فأبى رواه الحاكم وغيره : وأراد بعمال بيت المال خدمته الذين يجوبون أمواله ، ومن ذلك كتبه إذا توسعوا في الأموال لأن ذلك دليل على خيانتهم ،

هذا وسيدكر المصنف في باب الرجوع عن الهبة أصلا آخر ، وهو كل ما يطالب به بالحبس والملازمة فالأمر بأدائه يثبت الرجوع وإلا فلا إلا بشرط الضمان : ويرد عليه أيضا الأمر بالاتفاق ، وانظر ما حررناه في تنقيح الحامدية (قوله الكفيل للمختلعة الخ) صورته خالعت زوجها على مهرها مثلا ولها عليه دين فكفله به لها رجل ثم جددا عقد النكاح بينهما لا يبرأ الكفيل لعدم ما يسقط مائت عليه بالكفالة أفاده ط (قوله ثوب الخ) تابع صاحب الملتقط في ذكر هذه الفروع في الكفالة لمناسبة الضمان وإلا فحلها الوديعة أو الإجازات (قوله لاضمان عليه) هذا لو ضاع منه ، أما لو قال لا أدري في أى حانوت وضعته ضمن نقله بعض المشيخ عن الخاتبة وذكر الشارح نحوه آخر الوديعة (قوله وانفقا على الثمن) أى قبل العقد فيكون مقبوضا على سوم الشراء (قوله ضمن الدلال بالاتفاق) أقول : هذا إذا وضعه أمانة عند صاحب الدكان ، أما لو وضعه عنده ليشتريه ففيه خلاف مذكور في الثالث والثلاثين من جامع الفصولين ، فقيل بضمه لأنه مودع وليس للمودع أن يودع ، وقيل لا يضمن في الصحيح لأنه أمر لا بد منه في البيع ، وبه جزم في الوهبانية كما نقله الشارح عنها آخر الإجازات (قوله برىء) لأنه كفاصب الغاصب إذا رد على الغاصب يبرأ وإنما يبرأ لو ثبت رده بحجة جامع الفصولين (قوله لأنه يصير عاملا لنفسه) إذ ولاية القبض له والضامن يعمل لغيره ط : فلو أن وكيل البيع ضمن الثمن لو كله وأدى يرجع ، ولو أدى بلا ضمان لا يرجع كما في الفصولين وقد مر (قوله لإعمال بيت المال) أى إذا كان برده لبيت المال أو على أربابه إن علموا كما ذكره في آخر العبارة (قوله رواه الحاكم وغيره) أخرج في الدر المنثور في سورة يوسف في قوله تعالى - اجعلنى على خزائن الأرض - قال أخرج ابن أبي حاتم والحاكم عن أبي هريرة قال : استعملنى عمر على البحرين ثم زعنى وخرمنى اثني عشر ألفا ثم دعانى بعد إلى العمل فأبيت ، فقال لم ، وقد سأل يوسف العمل وكان خيرا منك ، فقلت : إن يوسف عليه السلام نبى ابن نبى ابن نبى ابن نبى وأنا ابن أمية وأخاف أن أقول بغير علم وأفتى بغير علم أن يضرب ظهري ويشتم عرضي ويؤخذ مالى اه بخره .

قلت : ولعل مذهبه أن هدية العمال جائزة ، بخلاف مذهب عمر رضى الله تعالى عنه ، فلذا خرمة

ويلحق بهم كتبة الأوقاف ونظارها إذا توسعوا وتعاطوا أنواع اللهم وبناء الأماكن فللحاكم أخذ الأموال منهم وعزلهم ، فإن عرف خيانتهم في ولف معين رد المال إليه وإلا وضعه في بيت المال نهر وبجر :
 وفي التلخيص : لو كفل الحال مؤجلا تأخر عن الأصيل ولو قرضا لأن الدين واحد :
 قلت : وقدما أنها حيلة تأجيل القرض وسيجيء أن للمديون السفر قبل حاول الدين ، وليس للدائن منعه ولكن يسافر معه فإذا حل منعه ليوفيه . واستحسن أبو يوسف أخذ كفيل شهرا لمرأة طلبت كفيل بالنفقة لسفر الزوج وعليه الفتوى ، وقاس عليه في المحيط بقية الديون لكنه مع الفارق كما في شرح الوهبانية للشرنبلالي ، لكن في المنظومة المحببة :

(قوله ويلحق بهم الخ) قال السيد الحموي : هذا مما يعلم ويحكم ، ولا تجوز الفتوى به لأنه يكون ذريعة إلى مالا يجوز وذلك لأن حكام زماننا لو أفتوا بهذا وصادروا من ذكر لا يردون الأموال إلى الأوقاف وإن علمت أعيانها ولا لبيت المال بل بصرفونها فيما لا يلبق ذكره فليكن هذا على ذكر منك اه :
 قلت : والفاعل لهذا عمر وأبن عمر ط (قوله وفي التلخيص الخ) قدمنا عند قوله ولو أبرأ الأصيل أو آخر عنه يرى الكفيل ، ولا ينعكس أن هذا مخالف لما في كل الكتب ، ولا يجوز العمل به بل يتأخر عن الكفيل فقط دون الأصيل (قوله وقدما) أي قبيل فصل القرض ، وذكرنا هناك أيضا ما فيه كفاية (قوله وسيجيء) أي في فصل الحبس من كتاب القضاء (قوله وليس للدائن منعه الخ) وكذا ليس له أن يطالبه بإعطاء الكفيل وإن قرب حلول الأجل كما في الأفضية . وذكر في المنتقى يطالبه بإعطاء الكفيل وإن كان الدين مؤجلا ، وتماه في التاسع والعشرين من نور العين وفصل في القنية بأنه إن عرف المديون بالمطل والتسوية يأخذ الكفيل وإلا فلا اه
 فالأقوال ثلاثة (قوله واستحسن الخ) وفي الظهيرية : قالت زوجي يريد أن يغيب فخذ بالنفقة كفيل لا يجيبها الحاكم إلى ذلك لأنها لم يجب بعد واستحسن الإمام الثاني أخذ الكفيل رفقا بها وعليه الفتوى ويجعل كأنه كفل بما ذاب لها عليه اه عند قوله وتصح بالنفس وإن تعددت :

قال في النهر : وظاهره يفيد أنه يكون كفيلًا بنفقتها عند الثاني ، مادام غالبا ، ووقع في كثير من العبارات أنه استحسن أخذ الكفيل بنفقة شهر . وقد قالوا كما في المجمع : لو كفل لها بنفقة كل شهر لزمته مادام النكاح بينهما عند أبي يوسف وقالوا يلزمه نفقة شهر اه وقدم الشارح نحو هذا عن الخانية عند قول المصنف وبما بايعت فلانا فعلى ، لكن هذا فيما لو كفل بلا إيجاب . والظاهر أن ما وقع في كثير من العبارات فيما إذا أراد القاضي إجباره على إعطاء كفيل ؛ نعم في نور العين عن الخلاصة : لو علم القاضي أن الزوج بمكث في السفر أكثر من شهر يأخذ الكفيل بأكثر من شهر عند أبي يوسف اه (قوله وقاس عليه الخ) في البحر عن المحيط بعد ما مر عن أبي يوسف : أفتى بقول الثاني في سائر الديون بأخذ الكفيل كان حسنا رفقا بالنفس اه : قال : وفي شرح المنظومة لابن الشحنة هذا ترجيح من صاحب المحيط اه ومثله في النهر (قوله لكنه مع الفارق) عبارة الشرنبلالي في شرحه : لكن الفرق ظاهر بين نفقة المرأة التي يؤدي تركها إلى هلاكها وبين دين الغريم الذي ليس كذلك اه .

قلت : ورأيت بخط شيخ مشايخنا التركماني ، وتعليل الرفق من صاحب المحيط والصدر الشهيد يفيد أنه لا فرق بين نفقة المرأة وبين دين الغريم ، وأي رفق في أن يقال لصاحب الدين سافر معه إلى أن يحل الأجل إذ ربما يصرف في السفر أكثر من دينه ، فلو أفتى بقول صاحب المحيط وحسام الدين الشهيد والمنتقى والمحببة كان حسنا ، وفيه حفظ لحقوق العباد من الضياع والتلف خصوصا في هذا الزمان اه ونحوه في مجموعة السامحاني ، وإليه يميل

لو قال مديوني مراده السفر
وطلب التكفيل قالوا يلزم
لو حبس المكفيل قالوا جازله
لأنه قد كان ذا لأجله
ثم الكفيل إن يميت قبل الأجل
عليه فالوازث إن أداه لم
وأجل الدين عليه ما استقر
عليه إعطاء كفيل يعلم
إذا أراد حبس من قد كفله
حبس فليجازه بفعله
لاشك أن الدين في إذا الحال حل
يرجع به من قبل ما التأجيل تم

باب كفالة الرجلين

(دين عليهما لآخر) بأن اشترى منه عبدا بمائة (وكفل كل عن صاحبه) بأمره (بجاز ولم يرجع دلي شريكه إلا بما أداه زائدا على النصف لرجحان) جهة الأصالة على النيابة ، ولأنه لو رجع بنصفه لأدى إلى الدور دور (وإن كفلا عن رجل بشيء بالتعاقب) بأن كان على رجل دين فكفل عنه رجلان

كلام الشارح بقريئة الاستدراك عليه وفي البيهقي عن خزانه الفتاوى : يأخذ كفيلاً أو رهناً بحقه وإن كان ظاهر المذهب عدمه لكن المصلحة في هذا لما ظهر من التعنت والجور في الناس اه ثم رأيت المفتي أبا السعود أفتى به في معروضاته (قوله لو حبس المديون الخ) تقدم هذا في قول المتن وإذا حبسه له حبسه ، وتقدم بيان شروطه ، وقوله حبس بالنصب لأنه تنازع فيه جاز واراد وأعمل الثاني وأضمر للأول مرفوعه ، ولو أهمل الأول لوجب أن يقال وأراد به إبراز الضمير فافهم (قوله ثم الكفيل الخ) تقدم هذا أيضا عند قول المصنف وإذا حل على الكفيل بموته لا يحل على الأصيل (قوله من قبل ما التأجيل تم) ما مصدرية . والتأجيل فاعل لفعل محذوف دل عليه المذكور وهو ثم فافهم ، والله سبحانه أعلم .

باب كفالة الرجلين

شروع فيما هو كالمركب بعد الفراغ من المفرد ط (قوله بأن اشترى منه عبدا بمائة) أشار إلى استواء الدينين صفة وسببا ، فلو اختلفا صفة بأن كان ما عليه : أي ما على المؤدى مؤجلا وما على صاحبه حالا فإذا أدى صح تعيينه عن شريكه ، ورجع به عليه وعلى عكسه لا يرجع ، لأن الكفيل إذا عجل دينا مؤجلا ليس له الرجوع على الأصيل قبل الحلول ، ولو اختلف سببهما نحو أن يكون ما على أحدهما قرضا وما على الآخر ثمن مبيع فإنه يصح تعيين المؤدى ، لأن النية في الجنسين المختلفين معتبرة ، وفي الجنس الواحد لغو بجر عن الفتح (قوله وكفل كل عن صاحبه) فلي كفل أحدهما عن صاحبه دون الآخر وأدى الكفيل فجمعاه عن صاحبه فإنه يصدق بجر (قوله بأمره) وإلا فلا رجوع بشيء أصلا (قوله زائدا على النصف) المراد أن يكون زائدا على ما عليه ولو كان دون النصف أو أكثر ط (قوله لرجحان جهة الأصالة على النيابة) لأن الأول دين عليه ، والثاني مطالبة بلا دين ثم هو تابع فوجب صرف المؤدى إلى الأقوى حتى على القول بجعل الدين على الكفيل مع المطالبة فإن ما عليه بالأصالة أقوى ، فإن من اشترى في مرض موته شيئا كان من كل المال ولو مديونا ، ولو كفل كان من الثلث إلا إذا كان مديونا فلا يجوز أفاده في الفتح (قوله لأدى إلى الدور) لأنه لو جعل شيء من المؤدى عن صاحبه فلصاحبه أن يقول أداؤك كأدائي ، فإن جعلت شيئا من المؤدى عنى ورجعت على بذلك فلي أن أجعل المؤدى عنك كما لو أدبت بنفسى فيفضى إلى الدور كذا في الكفاية . وذكر في الفتح أنه ليس المراد حتمية الدور فإنه توقف الشيء على ما توقف عليه ، بل اللازم

كل واحد منهما بجميعة منفرد ثم كفل كل (من الكفيلين (عن صاحبه) بأمره بالجميع ، وبهذه القيود خالفت الأولى (فأدى) أحدهما (رجع بنصفه على شريكه) لكون الكل كفالة هنا (أو) يرجع إن شاء (بالكل على الأصيل) لكونه كفل بالكل بأمره (وإن أبرا الطالب أحدهما أخذ) الطالب الكفيل (الآخر بكله) بحكم كفالته .

(ولو افترق المفاوضان) وعليهما دين (أخذ الغريم أيا) شاء (منهما بكل الدين) لتضمنها الكفالة كإمر (ولا رجوع) على صاحبه (حتى يؤدي أكثر من النصف) لما مر .
(كاتب عبده كتابة واحدة وكفل كل) من العبدین (عن صاحبه)

في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدى إليه ، وتماه فيه (قوله كل واحد منهما بجميعة منفردا) قيد بقوله بجميعة الإحتراز عما لو تكفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل عن صاحبه فهى كالمسألة الأولى في الصحيح فلا يرجع حتى يزيد على النصف ، وبقوله منفردا وهو حال من كل للاحتراز عما لو تكفلا عن الأصيل بجمع الدين معاً ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهو كذلك ، لأن الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن الأصيل بالجميع كما في البحر . وفي نور للعين عن النهاية عن الشافى : ثلاثة كفلا بألف بطالب كل واحد بثلاث الألف ، وإن كفلا على التعاقب بطالب كل واحد بالألف كذا ذكره شمس الأئمة السرخسى والمرغبى والقرناشى اهـ (قوله ثم كفل كل من الكفيلين عن صاحبه) قيد به لأنه بدون ذلك لا رجوع لأحدهما على الآخر . وفي الهندية عن المحيط : كفل ثلاثة عن رجل بألف فأدى أحدهم برءوا جميعا ولا يرجع على صاحبه بشيء ولو كان كل واحد كفيلا عن صاحبه رجع المؤدى عليهما بالثلثين ولصاحب المال أن يطالب كل واحد منهم بالألف هذا إذا ظفر : أى المؤدى بالكفيلين ، فإن ظفر بأحدهما رجع عليه بالنصف ثم رجعا على الثالث بالثلث ثم رجعا جميعا على الأصيل بالألف ، وإن ظفر بالأصيل قبل أن يظفر بصاحبه رجع عليه بجمع الألف اهـ (قوله بالجميع) احتراز عما لو تكفل كل عن الأصيل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف فإنه كأولى كما في البحر (قوله وبهذه القيود) أى كون كفالة كل منهما عن الأصيل بالجميع وكونها على التعاقب وكون كفالة كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع أيضا (قوله خالفت الأولى) أى في الحكم وإلا فالموضوع مختلف ، فإن أصل الدين في الأولى عليهما الآخر ، وفي الثانية على غيرهما وقد كفلا به (قوله رجع بنصفه على شريكه) أى ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه بحر (قوله لكون الكل كفالة هنا) أى ما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر ، فلا ترجيح للبعض على البعض ليقع النصف الأول عن نفسه خاصة ، بخلاف ما تقدم ، وتماه في الفتح (قوله أخذ الآخر) ضبطه في النهر بالمد وهو غير متعين . ففي المصباح : أخذ الله أهلكه وأخذه بذنبه عاقبه عليه وأخذه بالمد مؤاخلة كذلك اهـ (قوله بكله) لأن إبراء الكفيل لا يوجب إبراء الأصيل والثانى كفيل عنه بكله فبأخذه بكله نهر (قوله ولو افترق المفاوضان) قيد بالمفاوضين لأن شريكى العنان لو افترقا وثمة دين لم يأخذ الغريم أحدهما إلا بما يخصه نهر (قوله أخذ الغريم) يطاق الغريم على من له الدين ومن عليه كما في ط عن الدستور (قوله لتضمنها الكفالة) ولا تبطل بالافتراق ط عن الإلتقانى (قوله كما مر) أى في كتاب الشركة (قوله لما مر) أى في المسألة الأولى من أنه أصيل في النصف وكفيل في الآخر ، فما أدى بصرف إلى ما عليه بحق الأصالة ، فإن زاد على النصف كان الزائد عن الكفالة فيرجع نهر (قوله كتابة واحدة) بأن قال كالتبكي على ألف إلى سنة ، قيد بالواحدة لأنه لو كاتب كلا على حدة فكفل كل منهما عن صاحبه ببدل الكتابة للمولى لا يصح قياسا واستحسانا اهـ

(صح) استحسنانا (و) جینڈ (فما أدى أحدهما رجع) على صاحبه (بنصفه) لاستوائهما ؛
 (ولو أعتق) المولى (أحدهما) والمسألة بحالها (صح) وأخذ أيا شاء منهما بحصة من لم يعتقه (المعتق بالكفالة
 والآخر بالأصالة) فإن أخذ المعتق رجع على صاحبه (لكفالاته) (وإن أخذ الآخر لا) لأصالته .
 (وإذا كفل) شخص (عن عبد مالا) موصوفاً بكونه (لم يظهر في حق مولاه) بل في حقه بعد عتقه (كألزمه
 بإقراره أو استقراض أو استهلاك ودبعة فهو) أى المال المذكور (حال وإن لم يسمه) أى الحلول للحلوله على العبد
 وعدم مطالبته لعسرتة ، والكفيل غير معسر ويرجع بعد عتقه لو بأمره ، ولو كفل مؤجلاً تأجل كأمراً .
 (ادعى) شخص (رقبة عبد فكفل به رجل فمات) العبد (المكفول) قبل تسليمه

كفاية (قوله صح استحسنانا) والقياس أن لا يصح لأنه شرط فيه كفالة المسكاتب والكفالة يبدل الكتابة وكل ذلك
 باطل فيكون شرطها في الكتابة مفسداً . وجه الاستحسان أن هذا عقد يحتمل الصحة بأن يجعل كل واحد في حق
 المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلقاً بأدائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الأصالة لا بحكم الكفالة
 وفي الحقيقة المال مقابل بهما حتى يكون منقسماً عليهما ولكننا قدرنا المال على كل واحد منهما تصحيحاً للكتابة
 وفيما وراء ذلك العبرة للحقيقة كفاية (قوله المعتق) مبنى للمجهول والآخر معطوف عليه منصوبان على البدلية
 من أيا شاء أو مرفوعان بفعل محذوف دل عليه المذكور أو على الابتداء والخبر محذوف أى مؤاخذ (قوله لكفالاته)
 أى يرجع بما أداه عنه من بدل الكتابة لكفالاته بأمره ، وجازت الكفالة ببدل الكتابة هنا لأنها في حالة البقاء
 وفي الابتداء كان كل المال عليه نهر (قوله لم يظهر في حق مولاه الخ) أفاد أن حكم ما يظهر وهو ما يؤاخذ به للحال
 كذلك بالأولى كدين الاستهلاك عياناً وما لزمه بالتجارة بإذن المولى ، وجعله الزيلعى قيدا احترازياً وهو سهو بحر
 (قوله لزمه بإقراره) أى وكذبه المولى بحر (قوله أو استقراض) أى أو بيع وهو محجور عليه بحر (قوله للحلوله
 على العبد) لوجود السبب وقبول الدمة بحر (قوله وعدم مطالبته لعسرتة) إذا جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض
 بتعلق الدين به فتع (قوله والكفيل غير معسر) فالمانع الذى تحقق في الأصيل منتف عن الكفيل مع وجود المقتضى
 وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيطالب به في الحال ، كما لو كفل عن مفلس أو غائب يلزمه في الحال مع أن
 الأصيل لا يلزمه ، وتمامه في الفتح (قوله ويرجع بعد عتقه) لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق فكذا الكفيل
 لقيامه مقامه بحر ، وقوله لو بأمره : أى لو كانت الكفالة بأمر العبد . ويقى مالو كفل بدين الاستهلاك المعائن
 قال في الفتح : ينبغى أن يرجع قبل العتق إذا أدى لأنه دين غير مؤخر إلى العتق فيطالب السيد بتسليمه رقبته أو القضاء عنه
 وبحث أهل الدرر هل المعتبر في هذا الرجوع الأمر بالكفالة مع العبد أو السيد ، وقوى عندى الثانى لأن الرجوع
 في الحقيقة على السيد اه . قال في النهر : ورأيت مقيدا عندى أن ما قوى عنده هو المذكور في البدائع . قال ط :
 فلو كانت بأمر العبد لا يرجع عليه إلا بعد العتق .

فالحاصل أن ضمان العبد فيما لا يؤاخذ به حالاً صحيح ، والرجوع عليه بعد العتق ، إن كان بأمره وضمائه فيما يؤاخذ به
 حالاً إن كان بأمر السيد صح ورجع به حالاً عليه ، وإن كان بأمر العبد صح ورجع به عليه بعد العتق كذا يؤخذ
 من كلامهم اه (قوله كما مر) أى عند قول المتن ولا ينعكس من قوله نعم لو تكفل بالحال مؤجلاً تأجل عنهما الخ
 (قوله فمات العبد) بأن ثبت موته ببرهان ذى اليد أو بتصديق المدعى ، فلو لم يكن ثمة برهان ولا تصديق لم يقبل
 قول ذى اليد أنه مات بل يحس هو والكفيل فإن طال الحس ضمن القيمة ، وكذا الودبعة المحجودة نهر عن النهاية

(فبرهن المدعى أنه) كان (له ضمن) الكفيل (قيمته) لجوازها بالأعيان المضمونة كما مر .
 (ولو ادعى على عبد مالا فكفل بنفسه) أى بنفس العبد (رجل فأت العبد برى الكفيل) كما فى الحر ،
 (ولو كفل عبد) غير مديون مستغرق (عن سيده بأمره) جاز لأن الحق له (ف) إذا (عتق فأداه أو كفل سيده عنه)
 بأمره (فأداه) ولو (بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر) لانعقادها غير موجبة للرجوع لأن كلامهما
 لا يستوجب ديناً على الآخر فلا تنقلب موجبة له بعد ذلك (كما لو كفل رجل عن رجل بغير أمره فبلغه فأجاز)
 الكفالة (لم تكن الكفالة موجبة للرجوع) لما قلناه (و) قالوا (فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته ،
 بإيفاء الدين من سائر أمواله ، وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه) أى الدين (برقبته) وهذا لم يثبت المصنف متناً فى
 شرحه . والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

(قوله فبرهن المدعى) قيد بالبرهان لأنه لو ثبت ملكه بإقرار ذى اليد أو بنكوله لم يضمن شيئاً نهر (قوله لجوازها
 بالأعيان المضمونة) أى بنفسها . وفيها : يجب على ذى اليد رد العين ، فإن هلكت وجب رد القيمة (قوله ولو ادعى
 على عبد مالا) أى معلوم القدر ، بأن قال أخذ منى كذا بالغصب أو استهلكه ط (قوله برى الكفيل) أى
 كما لو كان المكفول بنفسه حراً .

قال فى النهر : وأعلم أن هاتين المسألتين مكررتان ، أما الأولى فلاستفادتها من قوله فيما مر ومغصوب ، وأما الثانية
 فلما قدمه من أن الكفالة بالنفس تبطل بموت المطلوب اه . قال فى البحر : لكن ذكر الثانية هنا لبيان الفرق بينها
 وبين الأولى ، وهو ظاهر لأن المكفول به فى الأولى رقبة العبد وهى مال وهى لا تبطل بهلاك المال بخلاف الثانية
 (قوله ولو كفل عبد غير مديون مستغرق الخ) بجر مستغرق بكسر الراء على أنه صفة لمديون ، والسبب الاستغراق
 إليه مجاز لأن الدين استغرقه : أى استغرق رقبته وما فى يده أو بفتح الراء ، وقيد به لأنه لو كان عليه دين مستغرق
 لم تلزمه الكفالة فى رقه فإذا عتق لزمته ، كذا فى كافى الحاكم أى لأن حق الغرماء مقدم وحققهم فى قيمة رقبته
 ويبيعونه بدنيهم إن لم يفده سيده وبعد العتق صار الحق فى ذمته . وأما إذا كان دينه غير مستغرق فالظاهر أنه يقدم
 دين الغرماء والباقي للكفالة ، كما لو كفل عن غير سيده . قال فى الكافى : وكفالة العبد والمدبر وأم الولد عن غير
 السيد بنفس أو مال بلا إذن السيد باطلة حتى يعتق ، فإذا عتق تلزمه ، وإن أذن سيده جازت إن لم يكن عليه دين
 ويباع فى دين الكفالة وإن كان عليه دين بدىء بدينه قبل دين الكفالة ويسعى المدبر وأم الولد فى الدين اه (قوله
 لأن الحق له) أى إذا لم يكن على العبد دين يكون الحق فى ماله لمولاه نصح إذنه له فى كفالته (قوله فإذا عتق فأداه)
 نص على المتوهم ، فإنه إذا أداه حال رقه لا يرجع بالأولى ط (قوله بأمره) أى بأمر العبد ، وهذا زاده فى النهر
 وقال هذا القيد لا بد منه اه . ثم رأيت مذكورا فى شرح الجامع لقاضي بخان ، ولا يخفى أنه إذا لم يرجع مع الأمر فقدم
 الرجوع بدون الأولى ، ولعل فائدته أنه محل الخلاف الآتى (قوله لانعقادها غير موجبة للرجوع الخ) جواب
 عن قول زفر بالرجوع لتحقق الموجب له وهو الكفالة بالأمر ، والمانع هو الرق وقد زال كما فى الهداية (قوله
 بعد ذلك) أى بعد انعقادها غير موجبة للرجوع (قوله كما لو كفل الخ) من تمة الجواب ، وهذه المسألة تقدمت
 عند قول المصنف فى باب الكفالة ولو كفل بأمره رجع عليه بما أدى الخ (قوله لما قلناه) أى من قوله لانعقادها
 غير موجبة الخ (قوله من سائر أمواله) بخلاف ما إذا لم يكفل فإنه لا يلزمه حيناً إلا أن يسلمه ليبيع ، وقد
 لا يفتى ثمنه بالدين فلا يصل الغرماء إلى تمام الدين وبالكفالة يصلون فتح (قوله برقبته) أى فيثبت لهم بيعه
 إن لم يفده المولى ولذا اشترط أن لا يكون مديوناً كما مر وبدون الكفالة ليس لهم ذلك (قوله وهذا) أى قوله
 فائدة كفالة المولى الخ (قوله فى شرحه) وأثبتته شرحاً وهو موجود فيما رأيت من نسخ المتن المجردة ط ،
 والله سبحانه أعلم .

كتاب الحوالة

(هي) لغة النقل وشرعا (نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه) وهل توجب البراءة من الدين المصحح نعم فتح (المديون محيل والدائن محتال ومحتال له ومحال ومحال له)

كتاب الحوالة

كل من الحوالة والكفالة عقد التزام ماعلى الأصيل للتوثق إلا أن الحوالة تتضمن إبراء الأصيل إبراء مقيدا كما سيجيء ، فكانت كالركب مع المفرد والثاني مقدم فلزم تأخير الحوالة نهر (قوله هي لغة النقل) أى مطلقا لدين أو عين ، وهي اسم من الإحالة ومنه يقال أحلت زيدا على عمرو ، فاحتال أى قبل وفي المغرب تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل ، وهو نقل الشيء من محل إلى محل وتماه في الفتح (قوله وشرعا نقل الدين الخ) أى مع المطالبة ، وقيل : نقل المطالبة فقط ولسب الزيلعي الأول إلى أبي يوسف والثاني إلى محمد وجه الأول دلالة الإجماع ، على أن المحتال لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهبه منه صح ، ولو أبرأ المحيل أو وهبه لم يصح وحكى في المجمع خلاف محمد في الثابتة ووجه الثاني دلالة الإجماع أيضا ، على أن المحيل إذا قضى دين الطالب قبل أن يؤدي المحتال عليه لا يكون متطوعا ، ويجبر على القبول وكذا المحتال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرتد بالرد ولو وهبه منه ارتد كما لو أبرأ الطالب الكفيل ، أو وهبه ولو انتقل الدين إلى ذمته لما اختلف حكم الإبراء والهبة ، وكذا المحال لو أبرأ المحال عليه لم يرجع على المحيل ، وإن كانت بأمره كالكفالة ولو وهبه رجع إن لم يكن للمحيل عليه دين وتماه في البحر . وظاهره اتفاق القولين على هذه المسائل ، ثم ذكر ما يفيد اتفاق القولين أيضا على حود الدين بالقوى ، وعلى جبر المحال على قبول الدين من المحيل وعلى قسمة الدين بين غرماه المحيل بعد ، وتة قبل قبض المحتال وعلى أن إبراء المحال المحال عليه لا يرتد بالرد وعلى أن توكيل المحال المحيل بالقبض من المحال عليه غير صحيح ، وعلى أن المحتال لو وهب الدين للمحال عليه كان للمحال عليه أن يرجع على المحيل ، وعلى أنها تفسخ بالفسخ وعلى عدم سقوط حق حبس المبيع فيما إذا أحاله المشتري ، وكذلك لو كان عند المحتال رهن للمحيل لا يسقط حق حبسه بخلاف ما إذا كان المحيل هو البائع على المشتري أو المرتهن على الراهن ، فإنه يبطل حبس المبيع والرهن لسقوط المطالبة مع أن هذه المسائل تباين كونها نقلا للدين ، ولكن اختلفت الحوالة تأجيلا إلى التوى في بعض الأحكام وجعل النقل للمطالبة وفي بعضها اختلفت إبراء وجعل النقل للدين أيضا وتماه التوجيه في البحر وفي الحامدية عن فتاوى قارى الهداية إذا أحال الطالب إنسانا على مديونه ، وبالدين كفيل برى المدبون من دين المحيل وبرى كفيله ، وبطالب المحتال الأصيل لا الكفيل ، لأنه لم يضمن له شيئا لكنها براءة موقوفة : وكذا إذا أحال المرتهن بدينه على الراهن بطل حقه في حبس الرهن ولا يكون رهنا عند المحتال اه وفي هذه المسألة المرتهن هو المحيل وفيما مر هو المحتال ، وعلمت وجه الفرق بينهما ويأتى أيضا ومسألة الكفالة في البرازية وفيها لو أحال الكفيل الطالب بالمال على رجل برى الأصيل والكفيل إلا أن يشترط الطالب براءة الكفيل فقط فلا يبرأ الأصيل (قوله والدائن محتال ومحتال له الخ) يعنى يطلق عليه هذه الألفاظ الأربعة في الاصطلاح درر وظاهره أن اللغة بخلافه ولذا قال في المعراج قولهم للمحتال المحتال له لغو ، لأنه لا حاجة إلى هذه الصلة زاد في الفتح بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهما محال ومحتال عليه فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه اه .

قلت : ويمكن تصحيح كلامهم وذلك أن الحوالة لغة بمعنى النقل مطلقا كما مر فالمدبون يدفع الطالب عن نفسه ويسلطه على غريمه وفي الاصطلاح نقل الدين وهو من أفراد المعنى اللغوي أيضا ، فعلى الأول يقال محتال لا غير

ويزاد خامس وهو حويل فتح (ومن يقبلها محتمل عليه ومحال عليه) فالفرق بالصلة وقد تحذف من الأول (والمال محال به و) الحوالة (شرط لصحتها رضا الكل بلا خلاف إلا في الأول) وهو المحيل فلا يشترط على المختار شربلاية عن المواهب بل قال ابن الكمال إنما شرطه القدوري للرجوع عليه فلا اختلاف في الرواية لكن استظهر الأكل أن ابتداءها إن من المحيل شرط ضرورة وإلا لا

وعلى الثاني محتمل له لا غير، لأن المحيل بمعنى الناقل، والمحال عليه بمعنى المنقول عليه الدين والدين منقول والطالب محال له أي منقول لأجله ولو قيل محال بمعنى منقول لم يصح، لأن المنقول هو الدين على هذا الوجه، بخلافه على الأول فإن المنقول هو ذات الطالب وبهذا ظهر أن قولهم محتمل ومحتمل له مبنى على اختلاف المراد في المنقول هل هو ذات الطالب أو دينه فافهم. نعم يصح على الثاني أن يقال فيه محتمل بطريق المجاز أي محتمل دينه، وبه ظهر أنه لا لغو في كلامهم فاعتنم هذا التقرير (قوله ويزاد خامس وهو حويل) عبارة الفتح ويقال للمحتمل حويل أيضا فما ذكره الشارح نقل لعبارة الفتح بالمعنى فافهم ونقل في البحر عبارة عن تلخيص الجامع فيها إطلاق الحويل على المحال عليه قال الرملي: فاعله يطلق عليهما (قوله فالفرق بالصلة) أي باختلافها وهي اللام في الأول، وعلى الثاني وهذا على وجودها في الأول وقد علمت وجه صحته، وأما على حذفها المفاد بقوله وقد تحذف فالمراد أن الفرق بالصلة وجودا وعندما كما مر عن الفتح فافهم (قوله والحوالة شرط لصحتها الخ) قال في النهر وشرط صحتها في المحيل العقل، فلا تصح حوالة مجنون وصبي لا يعقل والرضا، فلا تصح حوالة المكروه، وأما البلوغ فشرط للنفاذ فصحة حوالة الصبي العاقل موقوفة على إجازة وليه وليس منها الحرية فتصح حوالة العبد مطلقا غير أن المأذون يطالب للحال والمحجور بعد العتق ولا الصحة فتصح من المريض: وفي المحتمل العقل والرضا وأما البلوغ فشرط النفاذ أيضا فالتعقد احتيال الصبي موقوفا على إجازة وليه إن كان الثاني أملا من الأول كاحتيال الوصي بمال اليتيم: ومن شرط صحتها المجلس: قال في الخالية: والشرط حضرة المحتمل فقط حتى لا تصح في غيبته إلا أن يقبل عنه آخر وأما غيبة المحتمل عليه فلا تمنع، حتى لو أحال عليه فبلغه فأجاز صح وهكذا في البرازية ولا بد في قبولها من الرضا فلو أكره على قبولها لم تصح وفي المحال به أن يكون ديننا لازما فلا تصح ببديل الكتابة كالكفالة اه (قوله رضا الكل) أما رضا الأول فلأن ذوى المروءات قد يأنفون تحمّل غيرهم ما عليهم من الدين، فلا بد من رضاه، وأما رضا المحتمل فلأن فيها انتقال حقه إلى ذمة أخرى والذمم متفاوتة وأما رضا الثالث، وهو المحتمل عليه فلأنها إلزام الدين ولا لزوم بلا التزام درر

قلت: نقل السائحاني عن لقطة البحر إذا استدالت الزوجة النفقة بأمر القاضي لها أن تحيل على الزوج بلارضاه (قوله فلا يشترط على المختار) هو رواية الزيادات قال فيها لأن التزام الدين من المحتمل عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر، بل فيه منفعة لأن المحال عليه لا يرجع إذا لم يكن بأمره درر (قوله للرجوع عليه) أي رجوع المحال عليه على المحيل، أو ليسقط الدين الذي للمحيل على المحال عليه كما في الزيلعي، أما بدون الرضا فلا رجوع ولا سقوط وهو محتمل رواية الزيادات (قوله لكن استظهر الأكل الخ) أي في العناية وهو توفيق آخر بين روايتي الزيادات والقدوري، لكن لا بد فيه من ضمنية التوفيق الأول كما تعرفه (قوله شرط ضرورة) لأنها إحالة وهي فعل اختياري ولا يتصور بدون الإرادة والرضا وهو محتمل رواية القدوري وقوله وإلا لا أي وإن لم يكن ابتداءها من المحيل بل من المحال عليه تكون احتيالا يتم بدون إرادة المحيل بإرادة المحال عليه ورضاه، وهو وجه رواية الزيادات عناية لكن لا ينبغي أنه على الثاني لا يثبت للمحال عليه الرجوع بما أدى ولو كان عليه للمحيل دين

وأراد بالرضا القبول فإن قبولها في مجلس الإيجاب شرط الانعقاد بحر عن البدائع لكن في الدرر وغيرها الشرط قبول المحتال أو نائبه ورضا الباقيين لا حضورهما وأقره المصنف (وتصح في الدين)

لا يسقط إلا برضا المحيل فرجع إلى التوفيق الأول (قوله وأراد بالرضا القبول) أي الذي هو أحد ركني العقد فيشترط له المجلس ، لأن شرط العقد لا يتوقف على قبول غائب بل يُلغى ، بخلاف الرضا الذي ليس ركن عقد (قوله فإن قبولها الخ) ذكر في البحر أولاً أن من الشروط مجلس الحوالة وقال : وهو شرط الانعقاد في قولها خلافاً لأبي يوسف فإنه شرط النفاذ عنده ، فلو كان المحتال غائباً عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز لم ينعقد عندهما خلافاً له والصحيح قولها اه ثم قال هنا : وأراد من الرضا القبول في مجلس الإيجاب لما قدمناه أن قبولها في مجلس الإيجاب شرط الانعقاد ، وهو مصرح به في البدائع اه وما ذكره في البحر أولاً هو عبارة البدائع فقوله لما قدمناه أن قبولها فظاهر أن الميم فيه زائدة ، وأن الضمير فيه مفرد عائذ للحوالة لأن المتبادر من كلام البدائع أن اشتراط المجلس عندهما إنما هو في المحتال فقط بقريئة التفريع وبأني قريباً ما يؤيده اه (قوله لكن في الدرر وغيرها) أي كالحالية والبرازية والخلاصة وعبارة الحالية الحوالة تعتمد قبول المحتال له ، والمحال عليه ولا تصح في غيبة المحتال اه في قول أبي حنيفة ومحمد ، كما قلنا في الكفالة إلا أن يقبل رجل الحوالة للغائب ، ولا تشترط حضرة المحتال عليه لصحة الحوالة حتى لو أحاله على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحته الحوالة اه ومراده بالقبول في قوله تعتمد قبول الخ الرضا الأعم من القبول المشروط له المجلس بقريئة آخر العبارة ، ولم يذكر رضا المحيل بناء على رواية الزيادات أنه غير شرط :

فتلخص من كلامه : أن الشرط قبول المحتال في المجلس ورضا المحال عليه ولو غائباً وهو ما تلخصه في النهر كما مر وظاهره أن خلاف أبي يوسف في المحتال فقط فعنده لا تشترط حضرته بل يكفي رضاه كالمحال عليه وأنه لا خلاف في المحال عليه في أن حضرته غير شرط ، وبه ظهر أنه لا يصح التوفيق بحمل ما في الدرر وغيرها على قول أبي يوسف الذي هو خلاف الصحيح ، بل هو محمول على قولها المصحح فانهم وبما قررناه ظهر أنه لا خلاف في اشتراط الرضا الأعم ، وأن الخلاف في قبول المحتال في المجلس لا في رضاه ، فلا ينافي ذلك قول المصنف شرط رضا الكل بلا خلاف الخ خلافاً لما ظنه في العزيمة (قوله أو نائبه) أي ولو فضولياً وبه عبر في الدرر قال في الفتح : فيتوقف أي قبول الفضولي على إجازة المحتال إذا بلغه (قوله ورضا الباقيين) كذا في بعض النسخ بياءين نالتهما بياء التثنية وفي عامة النسخ بياء واحدة على أنه جمع أريد به ما فوق الواحد ثم لا يفتني أن اشتراط رضا المحيل مبنى على رواية القدوري : وهي خلاف المختار كما قدمه فالأحسن عبارة الفرر متن الدرر وهي ، وشرط حضور الثاني إلا أن يقبل فضولي له لا حضور الباقيين اه فلم يذكر اشتراط رضاهما فيصدق بكل من الروايتين وقال في الدرر : أما عدم اشتراط حضور الأول ، وهو المحيل فبأن يقول رجل للدائن لك على فلان بن فلان ألف درهم فاحتل بها على فرضي الدائن فإن الحوالة تصح حتى لا يكون له أن يرجع ، وأما عدم اشتراط حضور الثالث وهو المحتال عليه فبأن يحيل الدائن على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحة الحوالة كذا في الخانية اه :

قلت : فلم يذكر في هذا التصوير رضا المحيل الغائب ، وذكر في الثاني رضا المحتال عليه الغائب وذلك مبنى على رواية الزيادات المختارة كما مر (قوله وتصح في الدين) الشرط كون الدين للمحتمل على المحيل وإلا فهي وكالة لا حوالة ، وأما الدين على المحال عليه فليس بشرط أفاده في البحر ، وفيه عن المحيط ولو أحال المحال عليه المحتال على آخر جاز وبزى الأول والمال على الآخر كالكفالة من الكفيل اه فدخل في الدين دين الحوالة كما دخل دين الكفالة فإن الكفيل لو أحال الطالب جاز كما يأتي وفي البرازية كل دين جازت به الكفالة جازت به الحوالة وفي

المعلوم (لا في العين) زاد في الجوهرة ولا في الحقوق انتهى وبه عرف أن حوالة الغازي بحقه من غنيمة محرزة

الهندية مالا تجوز به الكفالة لا تجوز به الحوالة (قوله المعلوم) فلو احتال بمال مجهول على نفسه بأن قال: احتلت بما يذوب لك على فلان لا تصح الحوالة مع جهالة المال ولا تصح الحوالة أيضا بهذا اللفظ بحر عن النزاهة (قوله لا في العين) لأن النقل الذي تضمنته نقل شرعي وهو لا يتصور في الأعيان بل المتصور فيها النقل الحسي فكانت نقلا للوصف الشرعي وهو الدين فتح قال في الشرنبلالية: يرد عليه ما سيذكره من أنها تصح بالدراهم الوديعة إذ ليس فيها نقل الدين وكذا الغصب على القول بأن الواجب فيه رد العين والقيمة محلص ودفع الإيراد بأن الحوالة بالوديعة وكالة حقيقة اهـ.

قلت: فيه نظر لما سيأتي في الحوالة المقيدة بوديعة ونحوها أنه لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه، ولا المحتال عليه دفعها للمحيل ولا يخفى أن الوكالة حقيقة تنافي ذلك فالصواب في دفع الإيراد أن النقل موجود، لأن المديون إذا أحال الدائن على المودع فقد انتقل الدين عن المديون إلى المودع وصار المودع مطالبا بالدين كأنه في ذمته فكانت حوالة بالدين لا بالعين. نعم لو أحال المودع رب الوديعة بها على آخر كانت حوالة بالعين فلا تصح:

مطلب في حوالة الغازي وحوالة المستحق من الوقف

(قوله وبه عرف أن حوالة الغازي) مصدر مضاف لفاعله أي إحالته غيره على الإمام وعبارة النهر وبه عرف أن الحوالة على الإمام من الغازي الخ، ولا يخفى أن ما ذكره غير ما نحن فيه إذ كلام المصنف في بيان المكفول به فذكر أنه المال لا العين ولا الحقوق، فإذا استدان الغازي ديننا من زيد ثم أحاله به على الإمام صححت الحوالة سواء قهدها بأن يعطيه الإمام من حقه من الغنيمة المحرزة أولا لأن المحال عليه لا يشترط أن يكون عليه للمحيل دين أو عين من وديعة أو غيرها ولأن المحال به دين صحيح معلوم، فالقول بعدم صحتها ليس له وجه صحة أصلا، وهكذا يقال في المستحق إذا استدان ثم أحال الدائن على الناظر، سواء قيد الحوالة بمعلومه الذي في يد الناظر أولا، فهى أيضا من الحوالة بالدين لا بالحقوق نعم لو أحال الإمام الغازي أو أحال الناظر المستحق على آخر كان مظنة أن يقال إنها من الحوالة بالحقوق لأن الغنيمة إذا أحرزت بدارنا يتأكد فيها حق الغانمين وإلا تملك إلا بالقسمة ولا يقال: إن الوارث إذا مات بعد الإحراز قبل القسمة يورث نصيبه فيقتضى الملك قبل القسمة لأننا نقول إن الحق المتأكد يورث كحق حبس الرهن والرد بالعيب بخلاف الضعيف كالشفعة، وخيار الشرط كما قدمناه عن الفتح في باب المغنم وقسمته وكذا يقال في غلة الوقف، فإن نصيب المستحق يورث عنه إذا مات قبل القسمة بعد ظهور غلة الوقف في وقف الذرية أو بعد عمل صاحب الوظيفة كما قدمناه هناك، ومقتضى هذا أن لا تصح هذه الحوالة لأن كلامه الغازي والمستحق لم يثبت له دين في ذمة الإمام والناظر نعم تكون وكالة بالقبض من المحال عليه كما يأتي في قول المصنف وإن قال المحيل للمحتال وهذا يقع كثيرا، فإن الناظر يحيل المستحق على مستأجر عقار الوقف، وقد أفتى في الحامدية بأنه لو مات الناظر قبل أخذ المحتال، فللناظر الثاني أخذه لكن ذكرنا في باب المغنم، أن غلة الوقف بعد ظهورها يتأكد فيها حق المستحقين، فتورث عنهم وأما بعد قبض الناظر لها، فينبغي أن تصير ملكا لهم للشركة الخاصة، بخلاف المغنم فإنه لا يملك إلا بعد القسمة، حتى لو أعتق أحد الغانمين حصته من أمة لا تعلق للشركة العامة إلا إذا قسمت الغنيمة على الرايات فيصح للشركة الخاصة وعلى هذا فإذا صارت الغلة في يد الناظر صارت أمالة عنده ملكا للمستحقين لهم مطالبته بها ويحس إذا امتنع من أدائها ويضمنها إذا

لانصح وكذا حوالة المستحق بمعلومه في الوقف على الناظر نهر ثم قال بعد ورقتين ، وهذا في الحوالة المطلقة ظاهر
وأما المفيدة ففي البحر أن مال الوقف في يد الناظر ينبغي أن يصح كإحالة على المودع وإلا لأنها مطالبة انتهى
ومقتضاه صحتها بحق الغنيمة وعندى فيه تردد وبرى المحيل من الدين والمطالبة جميعا (بالقبول) من المحتمل للحوالة
(ولا يرجع المحتمل على المحيل)

استهلكها أو هلكت بعد الطلب فإذا أحال الناظر بعض المستحقين على آخر لا يصح لأنها حوالة بالعين لا بالدين
إلا إذا كان الناظر استهلكها أو خلطها بماله فتصير ديننا بدمته فتصح الحوالة لأنها حوالة بالدين لا بالعين ولا
بالحقوق ، فقد ظهر أن هذه الحوالة لا تكون من الحوالة بالحقوق أصلا سواء كان الغازي أو الناظر محيلا
أو محتملا وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة وأن ما ذكره الشارح عن النهر غير محرر فافهم وتدبر واغتم تحرير
هذا المقام فإنه من فيض ذى الجلال والإكرام (قوله لا تصح) قد علمت أنه لا وجه له (قوله وهذا في الحوالة
المطلقة ظاهر) لتصریحهم باختصاصها بالديون لا بتناؤها على النقل نهر .

قلت : وهذه حوالة بالدين وإن كانت مطلقة بل الصحة فيها أظهر من عدمها لأن الحوالة المطلقة على ما يأتي
أن لا يفيد المحيل بدين له على المحال عليه ، ولا بعين له في يده فإذا أحال المستحق غريمه بدينه على الناظر حوالة
مطلقة فلا شك في صحتها (قوله ينبغي أن تصح) لما علمت من أن مال الوقف في يده أمانة ، ولكن إذا صحت
لانكون من الحوالة بالحقوق ، لأن المستحق إنما أحال دائته بدين صحيح بل هي حوالة بالدين مقيدة بما عند
المحال عليه وهو الناظر (قوله كإحالة على المودع) بجامع أن كلاهما أمين ولا دين عليه ط (قوله لأنها مطالبة) أى
لأن الحوالة تثبت المطالبة ولا مطالبة على الناظر فيما لم يصل إليه من مال الوقف الذى قيدت الحوالة به (قوله
انتهى) أى كلام البحر ، وقوله : ومقتضاه الخ من كلام النهر أيضا فافهم (قوله وعندى فيه تردد) نقله الحموى
وأفره ويؤيد الصحة ما ذكره في المغنم أنه يورث عنه لتأكد ملكه فيه ، وقد وجد الجامع للقياس فيها وفي الوديعه ط
(قوله وبرى المحيل من الدين الخ) أى براءة مؤقتة بعدم التوى وفائدة براءته أنه لو مات لا يأخذ المحتال الدين من
تركته ، ولكنه يأخذ كفيلا من ورثته أو من الغرماء مخافة أن يتوى حقه كذا في شرح المجمع ط ومقتضى البراءة
أن المشتري لو أحال البائع على آخر بالتمن لا يجبس المبيع ، وكذا لو أحال الراهن المرتهن بالدين لا يجبس الرهن
ولو أحالها بصداقها لم تجبس نفسها بخلاف العكس أى أحالة البائع غريمه على المشتري بالتمن أو المرتهن غريمه على
الراهن أو المرأة على الزوج والمذكور في الزيادات عكس هذا ، وهو أن البائع والمرتهن إذا أحالا سقطت حقهما
في الحبس ، ولو أحالا لم يسقط وتماه في البحر .

قلت : ووجهه ظاهر وهو أن البائع والمرتهن إذا أحالا غريما لهما على المشتري أو الراهن سقطت مطالبتهما
فيسقط حقهما في الحبس ، بخلاف ما لو أحالا فإن مطالبتهما باقية كما أو ضمه الزيلعي .

قال في البحر : وفي قوله برى المحيل إشارة إلى براءة كفيله فإذا أحال الأصيل الطالب برى كذا في المحيط اه
وقوله : والمطالبة جميعا دخل فيه ما لو أحال المكفول له ونص على براءته فإنه يبرأ عن المطالبة وإن أطلق الحوالة
برى الأصيل أيضا نهر وفي حاشية البحر للرملى يؤخذ من براءة المحيل أن الكفيل لو أحال المكفول له على
المديون بالدين المكفول به وقبله برى وهى واقعة الفتوى اه وأطال في الاستشهاد له (قوله بالقبول من المحتمل)
افتصر عليه تبعا للبحر وزاد في النهر والمحتال عليه وهو مخالف لما قدمه من أن الشرط قبول المحتال أو نائبه ورضا
الباقيين وأفاد أنه لا يلزم قبض المحتال في المجلس إلا إذا كان صرفا بأن كان دينه ذهبا فأحال عنه بفضة جازان قبل
الغريم ناقدًا في مجلس المحيل والمحتال وتماه في البحر عن تلخيص الجامع (قوله ولا يرجع المحتمل على المحيل الخ) هذا

إلا بالتوى) بالقصر ويمد هلاك المال لأن براءته مقيدة بسلامة حقه وقيدته في البحر بأن لا يكون المحيل هو المحتال عليه ثانيا (وهو) بأحد أمرين (أن يحدد) المحال عليه (الحوالة ويحلف ولا بيعة له) أي لمحتال ومحيل (أو يموت) المحال عليه (مفسا) بغير عين ودين وكفيل

إذا لم يشترط الخيار للمحال أو لم يفسخها المحيل والمحتال أما إذا جعل للمحال الخيار أو أحاله على أن له أن يرجع على أيهما شاء صح بزازية ، وكذا إذا فسخت رجوع المحتال على المحيل بدينه ، ولذا قال في البدائع إن حكمها ينتهي بفسخها وبالتوى وفي البزازية ، والمحيل والمحتال بملكان النقص فيبرأ المحتال عليه : وفي الذخيرة إذا أحال المديون الطالب على رجل بألف أو بجميع حقه وقبل منه ، ثم أحاله أيضا بجميع حقه على آخر ، وقبل منه صار الثاني نقضا للأول وبرى الأول اه بحر :

قلت : وكذا تبطل لو أحال البائع على المشتري بالتمن ، ثم استحق المبيع أو ظهر أنه حر لا لو رد بعيب ولو بقضاء وكذلك لو مات العبد قبل القبض وإذا مات المحال عليه مديونا قسم ماله بين الغرماء وبين المحال بالحخص وما بقى له يرجع به على المحيل وإن مات المحيل مديونا فما قبض المحتال في حياته فهو له وما لم يقبضه فهو بينه وبين الغرماء اه ملخصا من كافي الحاكم (قوله إلا بالتوى) وزان حصي وقديم مصباح يقال توى المال بالكسري توى توى وأتواه غيره بحر عن الصحاح (قوله هلاك المال) هذا معناه اللغوي ومعناه الاصطلاحى ما ذكره المصنف بحر (قوله لأن براءته) أي براءة المحيل من الدين مقيدة بسلامة حقه أي حق المحتال ، واحتضت المشايخ في كيفية عود الدين فقيل بفسخ الحوالة أي بفسخها المحتال كالمشتري إذا وجد بالمبيع عيبا ، وقيل تنسخ كالمبيع إذا ملك قبل القبض ، وقيل في الموت تنسخ وفي الجحود لا تنسخ ولم أر أن فسخ المحتال ، هل يحتاج إلى الترافع عند القاضي ، وظاهر التشبيه بالمشتري إذا وجد عيبا أنه يحتاج نعم على أنها تنسخ لا يحتاج فتدبره نهر :

قلت : المشتري يستقل بالفسخ بخيار العيب بدون الترافع عند القاضي وإنما الترافع شرط لرد البائع على بائعه بذلك العيب (قوله وقيدته في البحر الخ) وقال لما في الذخيرة : رجل أحال رجلا له عليه دين على رجل ، ثم إن المحتال عليه أحاله على الذي عليه الأصل برىء المحتال عليه الأول فإن توى المال على الذي عليه الأصل لا يعود إلى المحتال عليه الأول اه (قوله وبأحد أمرين الخ) الضمير راجع للتوى وهذا في الحوالة المطلقة أما المقيدة بوديعة فيثبت له الرجوع بهلاكها كما يأتي (قوله أي لمحتال ومحيل) فقوله له أي لكل منهما كما في الفتح (قوله مفسا) بالتخفيف يقال أفلس الرجل إذا صار ذا فلس بعد أن كان ذا دراهم ودنانير فاستعمل مكان اقتصر اه كفاية ونهر عن طلبة الطلبة للعلامة عمر النسفي (قوله بغير عين) الأوضح أن يقول بأن لم يترك عينا الخ أي عينا تقي بالمحال به وكذا يقال في الدين ، ولا بد في الكفيل أن يكون كفيلا بجميعه فلو كفيل البعض فقد توى الباقي كما لا يخفى ط ، وكذا لو ترك ما ينيى البعض فقد توى الباقي وكذا لو مات مديونا وقسم ماله بالحخص كما قدمناه آنفا (قوله ودين) المراد به ما يمكن أن يثبت في الذمة بقريئة مقابلته بالعين ، فيشمل النقود والمكيل والموزون وفي الهندية عن المحيط لو كان القاضي يعلم أن للميت دين على مفلس ، فعلى قول الإمام لا يقضى ببطلان الحوالة اه أي لأن الإفلاس ليس بتوى عنده لا حتمال أن يحدث له مال ، فيكون المحال عليه قد ترك مالا حكما وهو ما على مديونه المفلس (قوله وكفيل) فوجود الكفيل يمنع موته مفسا على ما في الزيادات وفي الخلاصة لا يمنع بحر وتبعه في المنع لكني لم أر في الخلاصة ما عزاه إليها ، بل اقتصر فيها على نقل عبارة الزيادات نعم قال فيها ولو مات المحتال عليه ولم يترك شيئا وقد أعطى كفيلا بالمال ثم أبرأ صاحب المال الكفيل منه له أن يرجع على الأصيل اه وهذه مسألة أخرى

وقالا بهما وبأن فلسه الحاكم (ولو اختلفا فيه) أى فى موته مفلسا وكذا فى موته قبل الأداء أو بعده (فالقول للمحتال مع يمينه على العلم) ليمسكه بالأصل وهو العسرة زيلعى وقيل القول للمحيل بيمينه فتح (طالب المحتال عليه المحيل بما) أى بمثل ما (أحال) به مدعيا قضاء دينه بأمره (فقال المحيل) إنما (أحلت بدين) ثابت (لى عليك) لم يقبل قوله بل (ضمن) المحيل (مثل الدين) للمحتال عليه لإنكاره وقبول الحوالة ليس إقرارا بالدين لصحتها بدونها (وإن قال المحيل للمحتال أحلتك) على فلان بمعنى وكلتلك (لتقبضه لى فقال المحتال) بل (أحلتنى بدين لى عليك فالقول للمحيل) لأنه منكر ولفظ الحوالة يستعمل فى الوكالة

وقد جزم فى الفتح وغيره بما فى الزيادات بلا حكاية خلاف .

[تنبيه] فى البحر عن البزازية وإن لم يكن به كفيل ، ولكن تبرع رجل ورهن به رهنا ثم مات المحال عليه مفلسا عاد الدين إلى ذمة المحيل ولو كان مسلطا على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحال عليه مفلسا بطلت الحوالة وانتمن لصاحب الرهن اه وفى حكم التبرع بالرهن مالو استعار المطلوب شيئا ورهنه عند الطالب ثم مات مفلسا شربلالية عن الحانية (قوله وقال بهما) أى بالجدد والموت مفلسا (قوله وبأن فلسه الحاكم) أى فى حياته يقال فلسه القاضى إذا قضى بإفلاسه حين ظهر له حاله كفاية عن الطلبة ، وهذا بناء على أن تفليس القاضى يصح عندهما ، وعنده لا يصح لأنه يتوهم ارتفاعه بحدوث مال له فلا يعود بتفليس القاضى على المحيل فتح وتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع ألا ترى أنه لو تعذر بغيبة المحتال عليه لا يرجع على المحيل ، بخلاف موته مفلسا لخراب الذمة ، فيثبت الفتوى ونمامه فى الكفاية وظاهر كلامهم متولا وشروحا تصحيح قول الإمام ، ونقل تصحيح العلامة قاسم ولم أر من صحح قولهما نعم صححوه فى صحة الحجر على السفينة صيانة لما له كما سياتى فى باب (قوله ولو اختلفا فيه) بأن قال المحتال مات المحتال عليه بلا تركة وقال المحيل عن تركة بزازية (قوله وكذا فى موته قبل الأداء أو بعده) الأولى وبعده بالواو كما فى بعض النسخ ، لأن الاختلاف فىهما لا فى أحدهما (قوله على العلم) أى نفى العلم بأن يحلف أنه لا يعلم يساره ط وهذا فى مسألة المتن أمانى الاختلاف فى الموت قبل الأداء أو بعد فإنه يحلف على البتات لكونه على فعل نفسه وهو القبض أفاده ح (قوله وهو العسرة) أى فى المسألة الأولى وعدم الأداء فى الثانية (قوله وقيل القول للمحيل بيمينه) لإنكاره عود الدين فتح (قوله طالب المحتال عليه المحيل الخ) أى بعدما دفع المحال به إلى المحتال ولو حكما بأن وهبه المحتال من المحال عليه ، لأنه قبل الدفع إليه لا يطالبه إلا إذا طوبى ولا يلازمه إلا إذا لزم وتمامه فى البحر (قوله بأمره) قيد به لأنه لو قضاه بغير أمره يكون مجرعا ولولم يدع المحيل ما ذكر ط (قوله مثل الدين) إنما لم يقل بما أداه ، لأنه لو كان المحال به دراهم فادى دنائير أو حكه صرفا رجع بالمحال به وكذا إذا أعطاه عرضا وإن أعطاه زيوفا بدل الجياد رجع بالجياد وكذا لو صالحه بشىء عرجع بالمحال به إلا إذا صالحه عن جنس للدين بأقل فإنه يرجع بقدر المؤدى بخلاف المأمور بقضاء الدين ، فإنه يرجع بما أدى إلا إذا أدى أجود أو جلسا آخر بحر (قوله لإنكاره) قال فى البحر لأن سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره إلا أن المحيل يدعى عليه ديناً وهو ينكر والقول للمنكر اه (قوله فقال المحتال) فيه إيماء إلى أنه حاضر فلو كان غائبا وأراد المحيل قبض ما على المحال عليه قائلا إنما وكلته بقبضه قال أبو يوسف لا أصدقه ، ولا أقبل بيته وقال محمد يقبل قوله كما فى الحانية وكو ادعى المحال أن المحال به ثمن مقاع كان المحيل وكيلا فى بيعه وأنكر المحيل ذلك فالقول له أيضا نهر (قوله فالقول للمحيل) فيؤمر المحتال برد ما أخذه إلى المحيل لأن المحيل ينكر أن عليه شيئا والقول للمنكر ولا تكون الحوالة إقرارا من المحيل بالدين للمحتال على المحيل ، لأنها مستعملة للوكالة أيضا ابن كمال (قوله يستعمل فى الوكالة) أى مجازا ومنه قول محمد إذا امتنع المضارب عن تقاضى الدين لعدم الربح يقال له أحل رهن

(أحاله بماله عند زيد) حال كونه (ودبعة) بأن أودع رجلا ألفا ثم أحال بها غريمه (صحت فإن هلكت) الودبعة (برى) المودع وعاد الدين على المحيل لأن الحوالة مقيدة بها بخلاف المقيدة بالمغضوب فإنه لا يبرأ لأن مثله يخلفه ونصح أيضا بدين خاص فصارت الحوالة المقيدة ثلاثة أقسام وحكمها أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه ولا المحتال عليه دفعها للمحيل مع أن المحتال أسوة لغرماء المحيل بعد موته

الدين أى وكله نهر ولكن لما كان فيه نوع مخالفة للظاهر صدق مع بمينه كما فى المنح .
وأفاد فى البحر عن السراج أن المحيل لا يملك إبطال هذه الحوالة لأنها صحت محتملة أن تكون بمال هو دين عليه وأن تكون توكيلا فلا يجوز إبطالها بالاحتمال اه (قوله بماله) الأظهر أن ما موصوأة أو موصوفة واللام جارة ويحتمل أنها كلمة واحدة مجرورة بكسرة اللام (قوله ودبعة) المراد بها الأمانة كما عبر به فى الفتح وغيره قال ط : فيعم العارية والموهوب إذا تراضيا على رده أو قضى القاضى به والعين المستأجرة إذا انقضت مدة الإجارة (قوله صحت) لأنه أقدر على القضاء لتيسر ما يقضى به وحضوره بخلاف الدين فتح (قوله فإن هلكت الودبعة) قيد بهلاك الودبعة لأن الحوالة لو كانت مقيدة بدين ثم ارتفع ذلك الدين لم تبطل على تفصيل فيه بحر وبأى بهضه (قوله برىء المودع) ويثبت الهلاك بقوله نهر واستحقاق الودبعة مبطل للحوالة كهلاكها كما فى الخائبة ولو لم يعط المحال عليه الودبعة وإنما قضى من ماله كان متطوعا قياسا لا استحسانا كذا فى المحيط وفى التارخائية لو وهب المحال الودبعة من المحال عليه صح التملك لأنه لما كان له حق أن يملكها كان له حق أن يملكها بحر (قوله وعاد الدين على المحيل) لأنه توى حقه وأما ما سبق مع أن التوى بوجهين عنده وثلاثة أوجه عندهما فى الحوالة المطلقة فلا يرد شىء بهذا الوجه الرابع يعقوبية (قوله لأن مثله يخلفه) أراد بالمثل البديل ليشمل القيمى .

قال فى الفتح : فإذا هلك المغضوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لأن الواجب على الغاصب رد العين فإن عجز رد المثل أو القيمة فإذا هلك فى يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ لأن له خلفا والفوات إلى خلف كلافوات ، فبقيت متعلقة بخلفه فيرد خلفه على المحتال اه فلو استحق المغضوب بطلت لعدم ما يخلفه كما فى الدرر (قوله ونصح أيضا بدين خاص) بأن يحيله بدينه الذى له على فلان المحال عليه فتح وفى الخلاصة عن التجريد لو كان للمحيل على المحتال عليه دين فأحال به مطلقا ولم يشترط فى الحوالة أن يعطيه مما عليه فالحوالة جائزة ودين المحيل بماله وله أن يطالبه به اه ومثله فى البرازية ومقتضاه أنها لا تكون مقيدة ما لم ينص على الدين (قوله ثلاثة أقسام) أى مقيدة بعين أمانة أو مغضوبة أو بدين خاص (قوله وحكمها الخ) أى حكم المقيدة فى هذه الأقسام الثلاثة أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين ، ولا بذلك الدين ، لأن الحوالة لما قيدت بها تعلق حق الطالب به ، وهو استيفاء دينه منه على مثال الرهن وأخذ المحيل يبطل هذا الحق فلا يجوز فلو دفع المحال عليه العين أو الدين إلى المحيل ضمنه للطالب ، لأنه استهلك ما تعلق به حق المحتال كما إذا استهلك الرهن أحد بضمينه للمرتهن لأنه يستحقه فتح (قوله مع أن المحتال الخ) يعنى أن هذه الأموال إذا تعلق بها حق المحتال كان ينبغى أن لا يكون المحتال أسوة لغرماء المحيل بعد موته كما فى الرهن مع أنه أسوة لهم ، لأن العين التى بيد المحتال عليه للمحيل والدين الذى له عليه لم يصر مملوكا للمحال بعقد الحوالة لا يدا وهو ظاهر ولا رقة لأن الحوالة ما وضعت للتمليك ، بل للنقل فيكون بين الغرماء ، وأما المرتهن فملك المرهون يدا وحسب ، فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه اه درر .

قال فى البحر : وإذا قسم الدين بين غرماء المحيل لا يرجع المحتال على المحال عليه بحصة الغرماء لاستحقاق الدين الذى كان عليه ولو مات المحيل ، وله ورثة لا غرماء استظهر فى البحر ، وأقره من بعده أن الدين المحال به

بخلاف الحوالة المطابقة كما بسطه خسرو وغيره .

(باع بشرط أن يحيل على المشتري بالثمن غريما له) أى للبائع (بطل ولو باع بشرط أن يحال بالثمن صح)

لأنه شرط ملائم كشرط الجودة بخلاف الأول :

قبل قبض المحال يقسم بين الورثة بمعنى أن لهم المطالبة به دون المحال فيضم إلى تركته اه وحينئذ فيتبع المحتال التركة ط :

[تنبيه] ما ذكر من القسمة وكون المحتال أسوة الغرماء في الحوالة المقيدة يعلم منه بالأولى أن الحوالة المطلقة كذلك لما صرح به في الخلاصة والبرازية ، وصرح في الحاوي ببطلان الحوالة بموت المحال عليه ، وقد منا عن الكافي أن ما بقى للمحتال بعد القسمة يرجع به على المحيل ، وأنه لو مات المحيل مديونا فما قبضه المحتال فهو له وما بقى يقسم بينه وبين الغرماء (قوله بخلاف الحوالة المطلقة) أى فيملك المحيل المطالبة قال في الفتح : هذا متصل بقوله لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه بالعين المحال به والدين ، والمطلقة هي أن يقول المحيل للطالب أحلتك بالألف التى لك على هذا الرجل ولم يقل ليؤديها من المال الذى عليه ، فلو له عنده ودبعة أو مغصوبة أو دين كان له أن يطالبه به لأنه لا تعلق للمحتال بذلك الدين أو العين لوقوعها مطلقة عنه ، بل بذمة المحتال عليه وفى الذمة سعة فيأخذ دينه أو عينه من المحتال عليه لا تبطل الحوالة ، ومن المطلقة أن يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شيء وقال في الجوهرة : والفرق بين المطلقة والمقيدة أنه فى المقيدة انقطعت مطالبة المحيل من المحال عليه ، فإن بطل الدين فى المقيدة وتبين براءة المحال عليه من الدين الذى قيدت به الحوالة بطلت ، مثل أن يحيل البائع رجلا على المشتري بالثمن ، ثم استحق المبيع أو ظهر حرا فتبطل وللمحال الرجوع على المحيل بدينه ، وكذا لو قيد بوديعة ، فهلك عند المودع ، وأما إذا سقط الدين الذى قيدت به الحوالة بأمر عارض ولم تبين براءة الأصيل منه ، فلا تبطل مثل أن يحال بألف من ثمن مبيع ، فهلك المبيع عنده قبل تسليمه للمشتري سقط الثمن عن المشتري ، ولا تبطل الحوالة ولكنه إذا أدى رجوع على المحيل بما أدى لأنه قضى دينه بأمره ، وأما إذا كانت مطلقة فإنها لا تبطل بحال من الأحوال ، ولا تنقطع فيها مطالبة المحيل عن المحال عليه إلى أن يؤدي فإذا أدى سقط ما عليه قصاصا ، ولو تبين براءة المحال عليه من دين المحيل لا تبطل أيضا ولو أن المحال أبرأ المحال عليه من الدين صح ، وإن لم يقبل المحال عليه ، ولا يرجع المحال عليه على المحيل بشئ لأن البراءة إسقاط لا تمليك وإن وهبه له احتاج إلى القبول ، وله أن يرجع على المحيل لأنه ملك ما فى ذمته بالهبة فصار كما لو ملكه بالأداء وكذا لو مات المحيل فورثه المحال عليه له أن يرجع على المحيل لأنه ملكه بالإرث ، وتام الكلام فيها قال فى البحر وقد وقعت حادثة الفقوى فى المديون إذا باع شيئا من دابته بمثل الدين ، ثم أحال عليه بنظير الثمن أو بالثمن فهل يصح أم لا : فأجبت إذا وقع بنظيره صح لأنها لم تقيد بالثمن ولا يشترط لصحتها دين على المحال عليه وإن وقعت بالثمن فهى مقيدة بالدين ، وهو مستحق للمحال عليه لوقوع المقاصة بنفس الشراء وقد منا أن الدين إذا استحق للغير فإنها تبطل والله سبحانه وتعالى أعلم اه أى لأن الدين لم يسقط بأمر عارض بعد الحوالة بل تبين براءة المحال عليه منه بأمر سابق (قوله بطل) أى البيع أى فسد لآله شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للبائع درر ، أى وبطلت الحوالة التى فى ضمنه ط قلت ووجه النفع أن فيه دفع مطالبة غريمه له وتسلطه على المشتري (قوله لأنه شرط ملائم) لأنه يؤكد موجب العقد إذ الحوالة فى العادة تكون على الملىء والأحسن قضاء فصار كشرط الجودة درر .

قلت : وحاصله أن فى هذا الشرط تعجيل اقتضائه الثمن فى زعم البائع (قوله بخلاف الأول) لأن المطلوب

(أدى المال في الحوالة الفاسدة فهو بالخيار إن شاء رجع على) المحتال (القابض وإن شاء رجع على الخيل) وكذا في كل موضع ورد الاستحقاق بزازية وفيها ومع صور فساد الحوالة مالمو شرط فيها الإعطاء من ثمن دار الخيل مثلاً لعجزه عن الوفاء بالملتزم نعم لو أجاز كما لو قبلها المحتال عليه بشرط الإعطاء من ثمن داره ولكن لا يجبر على البيع ولو باع يجبر على الأداء (ولا يصبح تأجيل عقدها) فلو قال ضمننت بمالك على فلان على أن أحيلك به على فلان إلى شهر انصرف التأجيل إلى الدين لأنه لا يصبح تأجيل عقد الحوالة بخر عن المحيط

بالتنهي قبل الحوالة وبعدها واحد وهو المشتري (قواه في الحوالة الفاسدة) كالصور الآتية (قوله فهو) أي المؤدى وهو المحال عليه (قوله وكذا في كل موضع ورد الاستحقاق) أي استحقاق المبيع الذي أحيل بثمنه قال في الخلاصة والبزازية: وعلى هذا إذا باع الآجر المستأجر، وأحال المستأجر على المشتري، ثم استحق المبيع من يد المشتري وهو قد أدى الثمن إلى المستأجر إن شاء رجع بالتنهي على المؤجر الخيل وإن شاء رجع على المستأجر القابض اهـ (قوله ما لو شرط فيها الأخطاء الخ) صادق بما إذا وقع الشرط بين الخيل والمحال أو بين الثلاثة عليه فافهم وهي مع قسم الحوالة المقيدة (قوله مثلاً) أدخل به الأجنبي للعلة المذكورة ط (قوله لعجزه عن الوفاء) علة للفساد لأنه شرط غير ملائم (قوله نعم لو أجاز) أي الخيل بيع داره بأن أمره بالبيع فحينئذ يصح لوجود القدرة على البيع والأداء كما في الدرر وقد ذكر في البزازية المسألة بدون هذا الاستدراك ثم قال بعد نحو صفحة مانصه، وفي الظهيرية احتال على أن يؤديه من ثمن دار الخيل، وقد كان أمره بذلك حتى جازت الحوالة لا يجبر المحتال عليه على الأداء قبل البيع ويجبر على البيع إن كان البيع مشروطاً في الحوالة كما في الرهن وإنما أعدنا المسألة لأنه توفيق بين الروايات المختلفة اهـ وفاده أنه يجبر في بعض الروايات وفي بعضها لا يجبر والتوفيق أنه إن قبل المحال عليه الحوالة من الخيل بشرط بيع دار الخيل، ليؤدى المال من ثمنها صحت الحوالة والشرط كما لو شرط المرتجع بيع الرهن إذا لم يؤد الرهن المال فإنه يصح ولا يملك الرجوع عن ذلك (قوله كما لو قبلها الخ) وجه الجواز أن المحال عليه قادر على الوفاء بما التزم (قوله ولكن لا يجبر على البيع) لعدم وجوب الأداء قبل البيع درر:

• وصارة البزازية أولاً يجبر على بيع داره كما إذا كان قبولها بشرط الاعطاء عند الحصاد لا يجبر على الإعطاء قبل الأجل اهـ (قوله ولو باع يجبر على الأداء) لتحقق الوجوب درر (قوله على أن أحيلك به على فلان) فإن أحاله وقبل جاز وإن لم يقبل برىء الكفيل عن الضمان، وإن لم يقبل فلان فالكفيل على ضمانه، وإن مات فلان لم يطالب بالمال حتى يمضي شهر هذا حاصل ما في البحر عن المحيط ووجه قوله لم يطالب الخ أنه بموت فلان لم تبق الحوالة ممكنة، وقد رضى الطالب بتأخير المطالبة إلى شهر فبقي الأجل للكفيل، فلا يطالب قبله وكذا يقال فيما إذا لم يقبل فلان هذا ما ظهر لي:

مطلب في تأجيل الحوالة

(قوله انصرف التأجيل إلى الدين الخ) أي فلا يطالب فلان إلا بعد الشهر ولو انصرف التأجيل إلى العقد بصير المعنى على أن أحيلك حوالة مقيدة بشهر، وذلك لا يصح لأنه يناهى انتقال الدين إلى ذمة المحال عليه تأمل هـ

[تنبه] قال في الفتح تنقسم الحوالة المطلقة إلى حالة ومؤجله فالحالة أن يحيل الطالب بألف هي على الخيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة لأن الحوالة لتحويل الدين فيتحول بصفته التي على الأصيل والمؤجلة أن تكون الألف إلى سنة فاحال بها إلى سنة ولو أبهما لم يذكره محمد وقالوا ينبغي أن تثبت مؤجلة كما في الكفالة فلو مات

(وكرهت السفتجة) بضم السين وتفتح وفتح التاء وهي إقراض لسقوط خطر الطريق فكأنه أحال الخطر المتوقع على المستقرض فكان في معنى الحوالة وقالوا إذا لم تكن المنفعة مشروطة ولا متعارفة فلا بأس :
[فرع] في النهر والبحر عن صرف البرازية ولو أن المستقرض وهب منه الزائد لم يجز لأنه مشاع يحتمل القسمة (ولو توكل المحيل على المحتال بقبض دين الحوالة

المحيل بقي الأجل لا لو مات المحال عليه لاستغنائه عن الأجل بموته فإن لم يتك وفاء رجع الطالب على المحيل إلى أجله لأن الأجل مقظ حكما للحوالة ، وقد انتقضت بالتوى فينتقض ما في ضمنها كما لو باع المديون بدين مؤجل عبدا من الطالب ثم استحق العبد عاد الأجل اه ملخصا وقدما قريبا عن البرازية لو قبلها إلى الحصاد لا يجبر على الإعطاء قبله فأفاد صحة التأجيل مع الجهالة القريبة وقدما التصريح به في كتاب الكفالة وشمل التأجيل القرض فيصح هنا في كافي الحاكم ما حاصله لو كان لزيد على عمرو ألف قرض ولعمرو على بكر ألف قرض فأحال عمرو زيدا بالألف على بكر إلى سنة جاز وليس لعمرو أن يأخذ بكرا بها وإن أبرأه منها أو وهبها له لم يجز اه :

مطلب في السفتجة وهي البوليصة

(قوله وكرهت السفتجة) واحد السفاتج فارسي معرب أصله سفته وهو الشيء المحكم سمي هذا القرض به لاحكام أمره كما في الفتح وغيره (قوله بضم السين) أي وسكون الفاء كما في ط عن الوالي (قوله وهي إقراض الخ) وصورتها أن يدفع إلى تاجر مالا قرضا ليدفعه إلى صديقه ، وإنما يدفعه قرضا لا أمانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وقيل هي أن يقرض إنسانا ليقضيه المستقرض في بلد يريد المقرض ليستفيد به سقوط خطر الطريق كفاية (قوله فكأنه أحال الخ) بيان لمناسبة المسألة بكتاب الحوالة اه ح وفي نظم السكندر لابن الفصيح :

وكرهت سفانج الطريق وهي إحالة على التحقيق

قال شارحه المقدسي لأنه يحيل صديقه عليه أو من يكتب إليه (قوله وقالوا الخ) قال في النهر : وإطلاق المصنف يفيد إناطة (١) الكراهة بجر النفع سواء كان ذلك مشروطا أو لا قال الزيلعي وقيل إذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به اه وجزم بهذا القيل في الصغرى والواقعات الحسامية والكفالة للبيهقي وعلى ذلك جرى في صرف البرازية اه وظاهر الفتح اعتماده أيضا حيث قال : وفي الفقار الصغرى وغيرها إن كان السفتج مشروطا في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد وإلا جاز .

وصورة الشرط كما في الواقعات : رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له بها إلى بلد كذا فإنه لا يجوز وإن أقرضه بلا شرط وكتب جاز ، وكذا لو قال اكتب لي سفتجة إلى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خير فيه وروى عن ابن عباس ذلك ، ألا ترى أنه لو قضاه أحسن مما عليه لا يكره إذا لم يكن مشروطا قالوا إنما يهل ذلك عند عدم الشرط إذا لم يكن فيه حرف ظاهر فإن كان يعرف أن ذلك يفعل كذلك فلا اه (قوله فرع الخ) ذكره استطرادا لم ذكر في البحر والنهر عن البرازية ماله مناسبة هنا ،

وحاصله : أن المستقرض لو قضى أجود مما استقرض يحل بلا شرط ، ولو قضى أزيد فيه تفصيل الخ وقدما في فصل القرض عن الخانية أن الزيادة إذا كانت تجرى بين الوزلين ، أي بأن كانت تظهر في ميزان دون ميزان جاز كالدائق في المائة بخلاف قدر درهم ، وإن لم تجر فإن لم يعلم صاحبها بها ترد عليه ، وإن علم وأعطاهما اختيارا ،

(١) قوله (إناطة) صوابه : نوط لأن فعله ثلاث من باب قال كما في المصباح اه مضمونه .

لم يصح (ولو شرط المحتال الضمان على المحيل صح وبطالب أيا شاء لأن الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كخالة خانية وفيها عن الثاني لو غاب المحال عليه ثم جاء المحال وادعى وجوده المال لم يصدق وإن برهن لأن المشهود عليه غائب فلو حاضرا وجحد الحوالة ولا بينة كان القول له وجعل وجوده فسخا .

[فرع] الأب أو الوصي إذا احتال بمال اليتيم فإن كان خيرا لليتيم بأن كان الثاني أملا صح سراجية وإلا لم يجوز كما في مضاربة الجوهرة .

قلت : ومفادها عدم الجواز لو تساويا أو تقاربا وبه جزم في الخانية والوجه له لأنه حينئذ اشتغال بمال اليتيم والعقد إنما شرعت للفائدة .

كتاب القضاء

لما كان أكثر المنازعات يقع في الديون والبياعات أعقبها بما يقطعها (هو) بالمد والقصر لغة الحكم

فلو كانت الدراهم لا يضرها التبعض لا تجوز ، لأنها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة ، ولو يضرها جاز وتكون هبة المشاع فيما يقسم اه وعليه فلو قضاه مثل قرضه ثم زاده درهما مفروزا أو أكثر جاز إن لم يكن مشروطا وقد منا هناك عن خواهر زاده أن المنفعة في القرض إذا كانت غير مشروطة تجوز بلا خلاف (قوله لم يصح) لكون المحيل يعمل لنفسه ليستفيد الإبراء المؤبد بحر عند قوله هي نقل الدين ط وإذا لم تصح لا يجبر المحال عليه على الدفع إليه (قوله لأن الحوالة الخ) كما أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة كما في الهداية والملتقى (قوله ولا بينة) أي وحنف الجاحد ط (قوله وجعل وجوده فسخا) هي مسألة توى الدين السابقة في المتن ومر أن الرجوع إنما هو لأن براءة المحيل مشروطة بسلامة حق المحال ط (قوله وإلا لم يجوز) لأن تصرفهما مقيد بشرط النظر قال في كافي الحاكم ومنه مالو احتال إلى أجل وكذا الوكيل إذا لم يفوض إليه الموكل ذلك اه قال في البحر عن الخياط لكونه إبراء مؤقتا فيعتبر بالإبراء المؤبد وهذا إذا كان دينا ورثة الصغير وإن وجب بعقدها جاز التأجيل عندهما خلافاً لأبي يوسف اه (قوله قلت ومفادها) أي مفاد ما في السراجية وما في الجوهرة وهذا أحد قولين حكاهما المصنف عن اللخيرة ثم رجع ما في الخانية به ذكره الشارح والله تعالى أعلم .

كتاب القضاء

ترجم له في الهداية بأدب القاضى والأدب الخصال الحميدة فذكر ما ينبغى للقاضى أن يفعله ويكون عليه وهو في الأصل من الأدب بسكون الدال وهو الجمع والدعاء ، وهو أن تجمع الناس ، وتدعوهم إلى طعامك يقال أدب بأدب كضرب يضرب إذا دعا إلى طعامه سميت به الخصال الحميدة لأنها تدعو إلى الخير وتماه في الفتح (قوله لما كان الخ) كذا في العناية والفتح ، وهو صريح في أن المراد بالقضاء الحكم ، وحينئذ فكان ينبغى إرادته عقب الدعوى وأيضا كان ينبغى بيان وجه التأخير عما قبله كذا قيل ويمكن أن يقال : أرادوا بيان من يصلح للقضاء أي الحكم لهصح الدعوى عنده ، فلا جرم أن ذكر قبلها ولا يخفاء أن وجه التأخير عما قبله مستفاد من أن أكثر المنازعات في الديون والحوالة المطلقة مختصة بها فذكر بعدها نهر (قوله لغة الحكم) وأصله قضاي لأنه من قضيت إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت ، والجمع الأفضية - وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه - أي حكم وقد يكون بمعنى الفراغ نقول : قضيت حاجتي وضربه فقضى عليه أي قتله وقضى نحوه مات وبمعنى الأداء والإنهاء ومنه قوله

وشرعا (فصل الحصومات وقطع المنازعات) وقيل غير ذلك كما بسطه في المطولات وأركانه ستة على ما نظمه ابن الغرس بقوله :

أطراف كل قضية حكيمية ست يلوح بعدها التحقيق حكم

تعالى - وقضيتنا إليه ذلك الأمر - وبمعنى الصنع والتقدير ومنه قوله تعالى - فقضاهن سبع سموات - ومنه القضاء والقدر بحر ملخصا عن الصحاح (قوله وشرعا فصل الحصومات الخ) عزاه في البحر إلى المحيط ولا بد أن يزداد فيه على وجه خاص ، وإلا دخل فيه نحو الصلح بين الخصمين (قوله وقيل غير ذلك) منه قول العلامة قاسم إنه إنشاء لإلزام في مسائل الاجتهاد المتقاربة فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا ، فخرج القضاء على خلاف الإجماع وما ليس بحادثة ، وما كان من العبادات ومنه قول العلامة ابن الغرس أنه الإلزام في الظاهر على صيغة مختصة بأمر ظن لزومه في الواقع شرعا قال : فالمراد بالإلزام التقرير التام ، وفي الظاهر فصل احتراز به عن الإلزام في نفس الأمر ، لأنه راجع إلى خطاب الله تعالى وعلى صيغة مختصة أى الشرعية كالأزمت وقضيت وحكمت وأنفذت عليك القضاء وبأمر ظن لزومه الخ فصل عن الجور ، والتشهي ، ومعنى في الظاهر أى الصورة الظاهرة إشارة إلى أن القضاء مظهر في التحقيق للأمر الشرعي ، لا مثبت خلافا لما يتوهم من أنه مثبت أخذنا من قول الإمام بنفوذ ظاهره وباطنه في العقود والفسوخ بشهادة الزور ، لأن الأمر الشرعي في مثله ثابت تقديرا والقضاء يقرره في الظاهر ولم يثبت أمرالم يكن لأن الشرع قد يعتبر المعدوم موجودا أو الموجود معدوما كوجود الدخول حكما في إلحاق نسب ولد المشرقية بالمغربى فأجرى الممكن مجرى الواقع لتلا يهلك الولد بانتفاء نسبه مع وجود العقد المفضى إلى ثبوته اه ملخصا وتماه في رسالته (قوله وأركانه ستة الخ) فيه نظر لأن المراد بالقضاء الحكم كما مر ، والحكم أحد السبعة المذكورة فيلزم أن يكون ركنا لنفسه فالمناسب ما في البحر من أن ركنه ما يدل عليه من قول أو فعل ويأتى بيانه (قوله على ما نظمه) أى مع بحر الكامل ونصف البيت الثانى الحاء من محكوم ط (قوله ابن الغرس) بالغين المعجمة هو العلامة أبو اليسر بدر الدين محمد الشهير بابن الغرس له شرح على البيتين المذكورين وهو الرسالة المشهورة المسماة الفواكه البدرية في البحث عن أطراف القضايا الحكيمية وله الشرح المشهور على شرح العقائد النسفية للفتاوى (قوله أطراف كل قضية حكيمية) الأطراف جمع طرف بالتحريك وطرف الشيء منهاه ، وقضية أصله قضوية ببناء النسبة إلى القضاء حذف منه الواو بعد قلبها ألفا وحكيمية صفة مختصة لأن القضاء يطلق على معان منها الحكم كما مر والمراد بالقضية الحادثة التي يقع فيها التخاصم كدعوى بيع مثلا فركنها اللفظ الدال عايبا ، ولا تكون قضوية أى منسوبة إلى القضاء ، والحكم أى لا تكون محلا لثبوت حق المدعى فيها وعدمه إلا باستجماع هذه الشروط الستة التي هي بمنزلة أطراف الشيء المحبطة به أو أطراف الإنسان هذا ما ظهر لي فافهم (قوله بعدها) بتشديد الدال مصدر عد الشيء بعده أحصى عدة أفراده ، ويلوح بمعنى يظهر والتحقيق فاعله (قوله حكم) تقدم تعريفه ، وعلمت أنه قولى وفعلى فالقولى مثل ألزمت ، وقضيت مثلا وكذا قوله بعد إقامة البيئة لمعتمده أقمه واطلب الذهب منه وقوله ثبت عندي يكنى ، وكذا ظهر عندي أو علمت فهذا كله حكم في المختار زاد في الخزانة أو أشهد عليه ، وحكى في التتمة الخلاف في الثبوت ، والفتوى على أنه حكم كافي الخافية وغيرها وتماه في البحر وذكر في الفواكه البدرية أنه المذهب ولكن حرف المشرعين والموثقين الآن على أنه ليس بحكم ، ولذا يقال : ولما ثبت عنده حكم والوجه أن يقال إن وقع الثبوت على مقدمات الحكم كقول المسجل ثبت عنده جريان العين في ملك البائع إلى حين البيع ، فليس بحكم إذا كان المقصود من الدعوى الحكم على البائع بملك المشتري للعين المبينة وإلا فهو حكم وتماه فيها وفيها أيضا :

مطلب في التنفيذ

وأما التنفيذ فالأصل فيه أن يكون حكما إذ من صيغ القضاء قوله : أنفذت عليك القضاء قالوا وإذا رفع إليه قضاء قاض أمضاه بشروطه ، وهذا هو التنفيذ الشرعي ومعنى رفع اليد حصلت عنده فيه خصومة شرعية ، وأما التنفيذ المتعارف في زماننا غالبا فعناه إحاطة القاضي الثاني علما بحكم الأول على وجه التسليم له ويسمى اتصالا ملخصا وسيأتي تمام الكلام عليه في آخر فصل الحبس .

مطلب أمر القاضي هل هو حكم أولا ؟

وأما أمر القاضي فانفقوا على أن أمره بحبس المدعى عليه قضاء بالحق كأمره بالأخذ منه ، وعلى أن أمره بصرف كذا من وقف الفقراء إلى فقير من قرابة الواقف ليس بحكم ، حتى لو صرفه إلى فقير آخر صح واختلفوا في قوله سلم الدار وتام الكلام عليه في البحر والنهر ، وأطلق الشارح في الفروع آخر الفصل الآتي تبعا للبرازي أنه حكم إلا في مسألة الموقف وسيأتي تمامه .

مطلب الحكم الفعلي

وأما الحكم الفعلي فسيأتي في الفروع هناك أن فعل القاضي حكم إلا في مستلثين وحقق ابن الغرس أنه ليس بحكم وأطال الكلام عليه في البحر والنهر ، وسيأتي توضيحه هناك إن شاء الله تعالى (قوله ومحكوم به) وهو أربعة أقسام حق الله تعالى المحض كحد الزنا أو الخمر ، وحق العبد المحض ، وهو ظاهر وما فيه الحقان وغلب فيه حق الله تعاق كحد القذف أو السرقة أو غلب فيه حق العبد كالفصاخ والتعزير ابن الغرس وشرطه كونه معلوما بغير عن البدائع ، وعن هذا فالحكم بالموجب بفتح الجيم لا يكتفى ما لم يكن الموجب أمرا واحدا كالحكم بموجب البيع أو الطلاق أو العتاق وهو ثبوت الملك والحرية ، وزوال العصمة فلو أكثر فإن استلزم أحدهما الآخر صح ، كالحكم على الكفيل بالدين فإن موجبه الحكم عليه به ، وعلى الأصيل الغائب وإلا فلا كما لو وقع التنازع في بيع العقار فحكم شافعي بموجبه فإنه لا يثبت به منع الجار عن الشفعة فللحنفي الحكم بها وأطال في بيانه العلامة ابن الغرس وسيذكره الشارح آخر الفصل الآتي لكن هذا في الحقيقة راجع إلى اشتراط الدعوى في الحكم كما أشار إليه في البحر ويأتي ذكره في الطريق (قوله وله) أي ومحكوم له وهو الشرع كما في حقوقه المحضة أو التي غلب فيها حقه ولا حاجة في ذلك إلى الدعوى بخلاف ما تمحض فيها حق العبد أو غلب والعبد هو المدعى وعرفوه بمن لا يجبر على الخصومة إذا تركها ، وقبل غير ذلك والشرط فيه بالإجماع حضرته أو حضرة نائب عنه كوكيل أو ولي أو وصي فالمدعى له المحجور كالفصاخ ملخصا من الفواكه البدرية (قوله ومحكوم عليه) وهو العبد دائما لكنه إما متعين واحدا أو أكثر كجماعة اشتركوا في قتل ففرض عليهم بالقصاص أولا ، كما في القضاء بالحرية الأصلية ، فإنه حكم على كافة الناس ، بخلاف العارضة بالاعتاق فإنه جزئي واختلفوا في الوقف والسخيخ المقتى به أنه لا يكون على الكفاية فتسرع فيه دعوى الملك أو وقف آخر والمحكوم عليه في حقوق الشرع من يستوفى منه حقه ، سواء كان مدعى عليه أولا كما مررت الإشارة إليه ملخصا من الفواكه وسيذكر المصنف آخر الفصل الآتي حكاية الخلاف في نفاذ الحكم على الغائب ، ويأتي تحقيقه هناك إن شاء الله تعالى (قوله وحاكم) هو إما الإمام أو القاضي أو المحكم أما الإمام فقال علماؤنا حكم السلطان العادل ينفذ واختلفوا في المرأة فيما سوى الحدود والقصاص وإطلاقهم

وطریق (وأهله أهل الشهادة) أى أدائها على المسلمین كذا فى الحواشى السعدیة

یتناول أهلیة الفاسق الجاهل، وفیه بحث وأما المحکم فشرطه أهلیة القضاء ویقضى فیما سوى الحدود والقصاص ثم القاضی تصدیق ولا یقه بالزمان والمكان والحوادث اه ملخصا من الفواکه وجمیع ذلك سیأتى مفرقا فى مواضعه مع بیان بقیة صفة الحاکم وشروطه (قوله وطریق) طریق القاضی إلى المحکم یختلف بحسب اختلاف المحكوم به والطریق فیما یرجع إلى حقوق العباد المحضه عبارة عن الدعوى والحجة : وهى إما البینه أو الاقرار أو الیمین أو النکول عنه أو القسامة أو علم القاضی بما یرید أن یحکم به أو القرائن الواضحة التى تصیر الأمر فى حیز المقطوع به فقد قالوا لو ظهر إنسان من دار بیده سکین وهو متلوث بالدم سریع الحركة علیه أثر الخوف فدخلوا الدار على الفور فوجدوا فیها إنسانا مذبوحا بذلك الوقت ولم یوجد أحد غیر ذلك الخارج ، فإنه یؤخذ به وهو ظاهر إذ لا یمترى أحد فى أنه قاتله والقول بأنه ذبحه آخر ثم تسور الحائط أو أنه ذبح نفسه احتمال بعید لا یلتفت إلیه إذ لم ینشأ عن دلیل اه من الفواکه لابن الغرس ثم أطال هنا فى بیان الدعوى ، وتعریفها ، وشروطها إلى أن قال : ثم لا یشرط فى الطریق إلى المحکم أن تكون یتأمرها عند القاضی الواحد ، حتى لو ادعى عند نائب القاضی ، وبرهن ثم وقعت الحادثة إلى القاضی أو بالعکس صحیح وله أن ینبى على ما وقع أولا ویقضى اه وستأتى هذه متنا ثم قال فى الفصل السابع وقد اتفق أئمة الحنفیة والشافعیة على أنه یشرط لصحة المحکم واعتباره فى حقوق العباد الدعوى الصحیحة وأنه لا بد فى ذلك من الحصومة للشرعیة وإذا كان القاضی یعلم أن باطن الأمر لیس كظاهره وأنه لا تخاصم ولا تنازع فى نفس الأمر بین المتداعیین لیس له سماع هذه الدعوى ولا یعتبر القضاء المترتب علیها ولا یصح الاحتیال لحصول القضاء بمثل ذلك وأما إذا لم یعلم هذا ونفذ قضاؤه ولعمری هذا شیء صحت به البلوى وبلغت شهرة اعتباره الغایة القصوى اه ملخصا ونقله المصنف فى المنع یتأمره وأقره فراجعه وكذا جزم به فى فتاواه :

لا ننبیه [بنى طریق ثبوت المحکم أى بعد وقوعه ، وعليه اقتصر فى البحر فقال له وجهان أحدهما : اضرافه حیث كان مولی فلو معزولا فکوا احد من الرعايا لا یقبل قوله إلا فیما فی یده الثانى : الشهادة على حکمه بعد دعوى صحیحة إن لم یکن منکرا أما لو شهدا أنه قضى بكذا ، وقال لم أفض لا تقبل شهادتهما خلافا لمحمد ورجع فى جامع الفصولین قول محمد لفساد قضاة الزمان اه وسیأتى تمام الکلام عند قول المصنف ، ولم یعمل بقول معزول وقد ذکر فى البحر فروعا كثيرة فى أحكام القضاء یلزم الوقوف علیها (قوله وأهله أهل الشهادة) أهل الأول خبر مقدم والثانى مبتدأ مؤخر ، لأن الجملة الخبریة یحکم فیها بمجهول على معلوم فإذا سلم زید وجهل قیامه تقول زید القائم ، وإذا علم وجهل أنه زید تقول القائم زید ولذا قالوا لما كان أوصاف الشهادة أشهر عند الناس عرف أو صافه بأوصافها ثم الضمیر فى أهله راجع إلى القضاء بمعنى من یصح منه أو بمعنى من یصح تولیته كما فى البحر :

وحاصله : أن شروط الشهادة من الإسلام والعقل والبلوغ والحریة وعدم العمى والحد فى قذف شروط لصحة تولیته ، ولصحة حکمه بعدها ومقتضاه أن تقلید الکافر لا یصح ، وإن أسلم قال فى البحر : وفى الواقعات الحسابة الفتوى على أنه لا ینعزل بالردة فإن الکفر لا ینافى ابتداء القضاء فى إحدى الروایتین ، حتى لو قلد الکافر ، ثم أسلم هل یحتاج إلى تقلید آخر فیه روايتان اه قال فى البحر : وبه علم أن تقلید الکافر صحیح ، وإن لم یصح قضاؤه على المسلم حال کفره اه وهذا ترجیح لروایة صحة التولیة أخذنا من کون الفتوى على أنه لا ینعزل بالردة خلافا لما مشى علیه المصنف فى باب التحکیم من روایة عدم الصحة وفى الفتح قلد عبد فعتق جاز قضاؤه بتلك الولاية

ويرد عليه أن الكافر يجوز تقليده القضاء ليحكم بين أهل الذمة ذكره الزبلي في التحكيم (وشرط أهليتها شرط أهليته) فإن كلا منهما من باب الولاية والشهادة أقوى لأنها ملزمة على القاضى والقضاء ملزم على الخصم فلذا قبل حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة ابن كمال (والفاسق أهلها فيكون أهله

بلا حاجة إلى تجديد بخلاف تولية صبي فأدرى ، ولو قلد كافر فأسلم قال محمد هو على قضائه فصار الكافر كالعبد والفرق أن كلا منهما له ولاية وبه مانع وبالعتق والإسلام يرتفع ، أما الصبي فلا ولاية له أصلا وما في الفصول لو قال لصبي أو كافر : إذا أدركت فصل بالناس أواقض بينهم جاز لا يخالف ما ذكر في الصبي لأن هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط وما تقدم تنجيزه وبه ظهر أن الأولى كون المراد في مرجع الضمير من يصح منه القضاء لا من تصح توليته إلا أن يراد بها الكاملة وهى النافذة للحكم وأما تولية الأطروش فسيذكرها الشارح (قوله ويرد عليه الخ) أى على ما في الجواشي من تقييده بالمسلمين ، فكان عليه إسقاطه ليكون المراد أداءها على من يقضى عليه فيدخل الكافر لكن التفسير بالأداء احتراز عن التحمل ، لأنه يصح تحملها حالة الكفر والرق لا أداؤها فينأى ذلك والتحقيق أن يقال كما يعلم مما قدمناه إن كان المراد بمرجع الضمير من تصح توليته يكون المراد بالشهادة تحملها فيدخل فيه للعبد والكافر : نعم يخرج عنه الصبي لعدم ولايته أصلا ، وإن كان المراد من يصح منه القضاء يكون المراد بالشهادة أداءها فقط ، فيدخل فيه الكافر المولى على أهل الذمة فإنه يصح قضاؤه عليهم حالا وكونه قاضيا خاصا لا بضر كما لا يضر تخصيص قاضى المسلمين بجماعة معينين ، لأن المراد من يصح قضاؤه فى الجملة وعلى كل فالواجب إسقاط ذلك القيد إلا أن يكون مراده تعريف القاضى الكامل (قوله ليحكم بين أهل الذمة) أى حال كفره وإلا فقد علمت أن الكافر يصح توليته مطلقا لكن لا يحكم إلا إذا أسلم :

مطلب فى حكم القاضى الدرزى والنصرانى

[تنبيه] ظهر من كلامهم حكم القاضى المنسوب فى بلاد الدروز فى القطر الشامى ، ويكون درزيا ويكون نصرانيا فكل منهما لا يصح حكمه على المسلمين ، فإن الدرزى لأملة له كالمنافق والزندق وإن سمي نفسه مسلما وقد أفتى فى الخبرية بأنه لا تقبل شهادته على المسلم . والظاهر أنه يصح حكم الدرزى على النصرانى وبالعكس تأمل ، وهذا كله بعد كونه منصوبا من طرف السلطان أو مأموره بذلك وإلا فالواقع أنه ينصبه أمير تلك الناحية ، ولا أدرى أنه مأذون له بذلك أم لا ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم ، لكن جرت العادة أن أمير صيدا يولى القضاء فى تلك الثغور والبلاد بخلاف دمشق ونحوها ، فإن أميرها ليس له ذلك فيها بدليل أن لها قاضيا فى كل سنة يأتى من طرف السلطان ثم رأيت فى الفتح قال : والذى له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذى نصبه الخليفة ، وأطلق له التصرف وكذا الذى ولاة السلطان ناحية ، وجعل له خراجها وأطلق له التصرف فإن له أن يولى ويعزل كذا قالوا : ولا بد من أن لا يصرح له بالمنع أو يعلم ذلك بعرفهم فإن نائب الشام وحلب فى ديارنا يطلق لهم التصرف فى الرعية والخراج ولا يولون القضاء ولا يعزلون أهله واقفه سبحانه أعلم (قوله وشرط أهليتها الخ) تكرار مع قوله وأهله أهل الشهادة أه ح ، والظاهر أن المصنف ذكر الجملة الأولى تبعا للسكز وغيره ثم ذكر الثانية تبعا للفرق توضيحا وشرحا للأولى وأما الجواب بأنه ذكرها ليرتب عليها قوله والفاسق أدلها فغير مفيد فافهم (قوله فلذا قبل الخ) علة للعلة (قوله والفاسق أهلها) سأتى بيان الفسق والعدالة فى الشهادات ، وأفصح بهذه الجملة دفعا لتوهم من قال إن الفاسق ليس بأهل للقضاء

لكنه لا يقلد) وجوبا ويأثم مقلده كقابل شهادته به يفتى وقيدته في القاعدة بما إذا غلب على ظنه صدقه فليحفظ
درر واستثنى الثاني الفاسق ذا الجاه والمرودة فإنه يجب قبول شهادته بزازية قال في النهر وعليه فلا يأثم أيضا بتوليته
القضاء حيث كان كذلك إلا أن يفرق بينهما انتهى .

قلت : سيجيء تضعيفه فراجعه وفي معروضات المفتي أبي السعود لما وقع التساوي في قضاة زماننا في وجود
العدالة ظاهرا ورد الأمر بتقديم الأفضل في العلم والديانة والعدالة (والعدول لا تقبل شهادته على عدوه إذا كانت دنيوية)

فلا يصح قضاؤه ، لأنه لا يؤمن عليه لفسقه ، وهو قول الثلاثة واختاره الطحاوي قال العيني : وينبغي أن يفتى به
خصوصا في هذا الزمان اه .

أقول : لو اعتبر هذا لانسد باب القضاء خصوصا في زماننا فلذا كان ماجرى عليه المصنف هو الأصح كما في
الخلاصة ، وهو أصح الأقاويل كما في العبادية نهر وفي الفتح والوجه تنفيذ قضاء كل من ولاة سلطان ذوشوكة وإن كان
جاهلا فاسقا وهو ظاهر المذهب عندنا وحينئذ فيحكم بفتوى غيره اه (قوله لكنه لا يقلد وجوبا الخ) قال في البحر
وفي غير موضع ذكر الأولوية يعني الأولى أن لا تقبل شهادته وإن قبل جاز وفي الفتح ومقتضى الدليل أن لا يحل
أن يقضى بها فإن قضى جاز ونفذ اه ومقتضاه الإثم وظاهر قوله تعالى - إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا - أنه لا يحل
قبولها قبل تعرف حاله وقولهم بوجوب السؤال عن الشاهد سرا وعلانية طعن الخصم أولا في سائر الحقوق على قولها
المفتى به يقتضى الإثم بتوكه لأنه للتعرف عن حاله حتى لا يقبل الفاسق ، وصرح ابن الكمال بأن من قلد فاسقا يأثم
وإذا قبل القاضي شهادته يأثم اه (قوله به يفتى) راجع لما في المتن فقد عدت التصريح بتصحيحه وبأنه ظاهر المذهب
وأما كون عدم تقليده واجبا ففيه كلام كما علمت فافهم (قوله وقيدته) أي قيد قبول شهادة الفاسق المفهوم من قابل اه ح
وعبارة الدرر حتى لو قبلها القاضي ، وحكم بها كان آثما لكنه ينفذ وفي الفتاوى القاعدية هذا إذا غلب على ظنه
صدقه وهو مما يحفظ اه .

قلت : والظاهر أنه لا يأثم أيضا لحصول التبين للمأمور به في النص تأمل قال ط : فإن لم يغلب على ظن القاضي
صدقه بأن غلب كذبه عنده أو تساويا فلا يقبلها أي لا يصح قبولها أصلا ، هذا ما يعطيه المقام اه (قواه واستثنى الثاني)
أي أبو يوسف من الفاسق الذي يأثم القاضي بقبول شهادته ، والظاهر أن هذا مما يغاب على ظن القاضي صدقه ،
فيكون داخل تحت كلام القاعدة فلا حاجة إلى استثنائه على ما استظهرناه ألفا تأمل (قوله سيجيء تضعيفه) أي
في الشهادات حيث قال وما في القنية ، والمجتبي من قبول ذي المروءة الصادق فقول الثاني وضعفه الكمال بأنه تعليل
في مقابلة النص فلا يقبل وأقره المصنف اه .

قلت : قدمنا آنفا عن البحر أن ظاهر النص أنه لا يحل قبول شهادة الفاسق قبل تعرف حاله فإذا ظهر للقاضي
من حاله الصدق ، وقبله يكون موافقا للنص إلا أن يريد بالنص قوله تعالى - وأشهدوا ذوى عدل منكم - لكن فيه
أن دلالة على عدم قبول العدل (١) . إنما هي بالمفهوم وهو غير معتبر عندنا ولا سيما هو مفهوم لقب مع أن الآية الأولى
تدل على قبول قوله عند التبين عن حاله كما قلنا تأمل (قوله وفي معروضات المفتي أبي السعود) أي المسائل التي
عرضها على سلطان زمانه ، فأمر بالعمل بها (قوله في وجود العدالة) هذا كان في زمنه وقد وجد التساوي في عدمها
الآن فليظن من يقدم ط (قوله إذا كانت دنيوية) سيد كر تفسيرها عن شرح الشرنبلالي واحترز بالدنيوية عن الدينية
فإن من عادى غيره لا ارتكابه مالا يحل لايتهم ، بأنه يشهد عليه بزور بخلاف المعادة الدنيوية ، وعن هذا قبلت

(١) قوله (حل عدم قبول العدل) هكذا بخطه ولعله سقط من قلبه كلمة غير والأصل عدم قبول غير العدل تأمل اه مصححه .

ولو قضى القاضى بها لا ينفذ ذكره يعقوب باشا (فلا يصح قضاؤه عليه) لما تقرر أن أهله أهل الشهادة قال وبه أفتى مفتى مصر شيخ الإسلام أمين الدين بن عبد العال قال وكذا سجل العدو لا يقبل على عدوه : ثم نقل عن شرح الوهبانية أنه لم يرتقلها عندنا وينبغى النفاذ لو القاضى عدلا وقال ابن وهبان بحثا إن بعلمه لم يجوز وإن بشهادة العدول بمحض من الناس جاز اه :

قلت : واعتمده القاضى بحب الدين فى منظومته فقال :

ولو على عدوه قاض حكم إن كان عدلا صح ذلك وانبرم
واختار بعض العلماء وفصلا إن كان بالعلم قضى لمن يقبلا
وإن يكن بمحضر من الملا وبشهادة العدول قبلا

قلت : لكن نقل فى البحر والعينى والزيلعى والمصنف وغيرهم عند مسألة التقليد من الجائر عن الناصحى فى تهذيب أدب القاضى للخصاف أن من لم تجز شهادته لم يجوز قضاؤه ومن لم يجوز قضاؤه

شهادة المسلم على الكافر ، وإن كان عدوه من حيث الديانة وكذا شهادة اليهودى على النصرانى (قوله ولو قضى القاضى بها لا ينفذ) دفع به ما يتوهم أنها مثل شهادة الفاسق فإنه تقدم أنه يصح قبولها ، وإن أم القاضى فشهادة العدو ليست كذلك بل هى كمالو قبل شهادة العبد والصبى (قوله ذكره يعقوب باشا) أى فى حاشيته على صدر الشريعة وقال فى الخيرية والمسألة دوارة فى الكتب :

مطلب فى قضاء العدو على عدوه

(قوله فلا يصح قضاؤه عليه) أى إذا كانت شهادة العدو على عدوه لا تقبل ولو قضى بها القاضى لا ينفذ يفرغ عليه أن القاضى لو قضى على عدوه لا يصح لما تقرر الخ وبه سقط ما قيل إن ما ذكره عن اليعقوبية مكرر مع هذا فافهم :

[تنبيه] إذا لم يصح قضاؤه عليه فالخلص إنابة غيره إذا كان مأذونا بالإستنابة ، وسيأتى أنه يستنبذ إذا وقعت له أو لولده حادثة (قوله قال) أى المصنف فى المنع ونصه ورأيت بموضع ثقة معزوا إلى بعض الفتاوى ، وأظن أنها الفتاوى الكبرى للخاصى أن سجل العدو لا يقبل على عدوه كما لا تقبل شهادته عليه اه فافهم والظاهر أن المراد بالسجل كما قال ط كتاب القاضى إلى قاض فى حادثة على عدو للخاصى ، وهو ما يأتى عن الناصحى (قوله ثم نقل) أى المصنف (قوله أنه لم يرتقلها) أى نقل مسألة قضاء القاضى على عدوه وهذا الكلام ذكره عبد البر بن الشحنة فى شرح الوهبانية عن ابن وهبان فينبغى أن يكون قوله لم يرتقلها مبنيًا للمجهول (قوله وينبغى النفاذ) أى مطلقا سواء كان بعلمه أو بشهادة عدلين وهذا البحث لشارح الوهبانية خالف فيه بحث ابن وهبان الآتى وذكره عقبه بقوله : قلت : بل ينبغى النفاذ مطلقا لو القاضى عدلا (قوله إن بعلمه لم يجوز) أى بناء على القول بجواز قضاء القاضى بعلمه والمعتمد خلافه وعليه فلا خلاف بين كلامى ابن الشحنة وابن وهبان فإن مؤدى كلاهما نفوذ حكمه لو عدلا بشهادة العدول (قوله واعتمده الخ) المتبادر من النظم اعتماد الأول وهو بحث ابن الشحنة فيعين حود الضمير إليه (قوله واختار بعض العلماء) هو ابن وهبان (قوله قلت لكن الخ) أصله للمصنف حيث قال : وقد غفل الشيخان أى ابن وهبان وشارحه عبد البر عما انفقت كلمتهم عليه فى كتبهم المعتمدة من أن أهله أهل الشهادة فمن صلح لها صلح له ومن لا فلا والعدو لا يصلح للشهادة على ما عليه عامة المتأخرين فلا يصلح للقضاء اه ط .

لا يعتمد على كتابه اه وهو صريح أو كالصريح فيما اعتمده المصنف كما لا يخفى فليعتمد وبه أفق محقق الشافعية الرملي ومن خطه نقلت أنه لو قضى عليه ثم أثبت عداوته بطل قضاؤه فليحفظ .
وفي شرح الوهبانية للشربلالي ثم إنما تثبت العداوة بنحو قذف وجرح وقتل ولي لا بمخاصمة نعم هي تمنع الشهادة فيما وقعت فيه المخاصمة كشهادة وكيل فيما وكل فيه

قلت : ولم أر هذا الكلام في نسختي من شرح المصنف :

ثم اعلم أن مراد الشارح الإستدراك على كلام الشيخين ، وتأيد كلام المتن فإن المصنف فرع عدم صحة القضاء على عدم قبول الشهادة ، وهو مفهوم النكالية الواقعة في عبارات المتن وهي قولهم : وأهله أهلها فإن مفهومها عكسها اللغوي وهو أن من ليس أهلا لها ، لا يكون أهلا له ، فلذا قال المصنف في متنه والعدو لا تقبل شهادته على عدوه ، فلا يصح قضاؤه عليه ولما كان هذا إثباتا للحكم بالمفهوم ، وفيه احتمال نقل الشارح أن مفهوم النكالية المذكورة مصرح به في عبارة الناصبي ، فسقط الاحتمال والدفع بحث الشيخين وتأيد كلام المصنف ، ولذا قال وهو صريح أو كالصريح فيما اعتمده المصنف ، ولكن بقي ههنا تحقيق توفيق وهو أنه ذكر في التنية أن العداوة الدنيوية لا تمنع قبول الشهادة ما لم يفسق بها ، وأنه الصحيح وعابه الاعتقاد وأن ما في المحيط والواقعات ، من أن شهادة العدو على عدوه لا تقبل اختيار المتأخرين ، والرواية المنصوصة تخالفها وأنه مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة تقبل إذا كان عدلا وفي المبسوط إن كانت دنيوية فهذا يوجب فسقه فلا تقبل شهادته اه ملخصا .

والحاصل أن في المسألة قولين معتمدين أحدهما عدم قبولها على العدو ، وهذا اختيار المتأخرين ، وعابه صاحب الكنز والمنتقى ومقتضاه أن العلة العداوة لا الفسق ، وإلا لم تقبل على غير العدو أيضا وعلى هذا لا يصح قضاء العدو على عدوه أيضا ، ثانيهما أنها تقبل إلا إذا فسق بها واختاره ابن وهبان وابن الشحنة ، وإذا قبلت فبالضرورة يصح قضاء العدو على عدوه إذا كان عدلا فلذا اختار الشيخان صحته ، وبه علم أن من يقول بقبول شهادة العدو العدل يقول بصحة قضاؤه ومن لا فلا وأن ما ذكره الناصبي لا يعارض كلام الشيخين لاختلاف المناط فاغتنم هذا التحقيق ودع التلفيق (قوله لا يعتمد على كتابه) هو المعبر عنه فيما سبق بالسجل ط (قوله فيما اعتمده المصنف) أي في متنه من إطلاق عدم القبول (قوله وبه أفق محقق الشافعية الرملي) هذا غير مانقله في شرح الوهبانية عن الرافعي عن الماوردي من جواز القضاء على العدو ، لا الشهادة عابه لظهور أسباب الحكم وخفاء أسباب الشهادة اه وهو وجيه ولذا قيد ابن وهبان صحة القضاء بما إذا كان بشهادة العدول بمحضر من الناس كما مر لتنتفي التهمة بمعاينة أسباب الحكم ، ويظهر لي أنه ينبغي أن يصح الحكم عندنا في هذه الصورة حتى على القول بعدم قبول شهادة العدو فتأمل (قوله ومن خطه نقلت) الجار والمجرور متعلق بقوله نقلت ، وقوله إنه لو قضى الخ مفعول نقلت أو بدل من الضمير المجرور في قوله وبه أفق وبجمله ومن خطه نقلت معترضة أو هي خبر مقدم وبجمله أنه لو قضى الخ مبتدأ مؤخر واقترط على الأخير (قوله وفي شرح الوهبانية للشربلالي الخ) أصله لناظرها ونقله العلامة عبد البر عنه ونصه قال ، أي ابن وهبان وقد يتوهم بعض المتفقهة من الشهود أن من خاصم شخصا في حق أو ادعى عليه يصير عدوه ، فيشهدون بينهما بالعداوة وليس كذلك وإنما تثبت بنحو الخ اه .

قلت : لكن قد علمت أن مختار ابن وهبان أن العداوة لا تمنع قبول الشهادة إلا إذا فسق بها فعلم أنها قد تكون منسقة وقد لا تكون فقوله : وإنما تثبت الخ يريد به العداوة المانعة وهي المنسقة ، ولا يخفى أن هذه تمنع القبول

ووصى وشريك (والفاسق لا يصلح مفتيا) لأن الفتوى من أمور الدين والفاسق لا يقبل قوله في الديانات ابن ملك زاد العيني واختاره كثير من المتأخرين وجزم به صاحب المجمع في متنه وله في شرحه عبارات بليغة وهو قول الأئمة الثلاثة أيضا وظاهر ما في التحرير أنه لا يحمل استفتاءه اتفاقا كما بسطه المصنف (وقيل نعم يصلح) وبه جزم في الكنز لأنه يجتهد حذار نسبة الخطأ ولا خلاف في اشتراط إسلامه وعمله وشرط بعضهم تيقظه لا حريته وذكرته ونطقه فيصح إفتاء الأخرس لا قضاؤه (ويكتفى بالإشارة منه لمن القاضي) للزوم صيغة مخصوصة كحكمت وألزمت بعد دعوى صحيحة وأما الأطرش وهو من يسمع

على العدو وعلى غيره وسباني تمام الكلام على هذه المسألة في الشهادات إن شاء الله تعالى (قوله ووصى) أي فيما وصى عليه وقوله وشريك أي فيما هو من مال الشركة ط (قوله والفاسق لا يصلح مفتيا) أي لا يعتمد على فتواه وظاهر قول المجمع لا يستفتى أنه لا يحمل استفتاءه ، ويؤيده قول ابن الهمام في التحرير الإتفاق على حل استفتاء من عرف من أهل العلم بالإجتهاد والعدالة أو رآه متصبا والناس يستفتونه معظمين له ، وعلى امتناعه إن ظن عدم أحدهما أي عدم الإجتهد أو العدالة كما في شرحه ، ولكن اشتراط الإجتهد مبني على اصطلاح الأصوليين أن المفتي المجتهد أي الذي يفتي بملذه ، وأن غيره ليس بمفت بل هو ناقل كما سيأتي ، والثاني هو المراد هنا بدليل ما سيأتي من أن اجتهاده شرط الأولوية ولأن المجتهد مفقود اليوم :

والحاصل : أنه لا يعتمد على فتوى المفتي الفاسق مطلقا (قوله وله في شرحه عبارات بليغة) حيث قال إن أولى ما يستنزل به فيض الرحمة الإلهية في تحقيق الواقعات الشرعية طاعة الله عز وجل والتمسك بحبل التقوى قال تعالى - واتقوا الله ويعلمكم الله - ومن اعتمد على رأيه وذمته في استخراج دقائق الفقه وكنوزه وهو في المعاصي محقق بانزال الخلدان فقد اعتمد على ما لا يعتمد عليه - ومن لم يجعل الله له نورا فما له من نور - اه (قوله وظاهر ما في التحرير) بل هو صريحه كما سمعت (قوله وبه جزم في الكنز) حيث قال والفاسق يصلح مفتيا وقيل لا فجزم بالأول ونسب الثاني إلى قائله بصيغة التمريض فافهم (قوله لا يجتهد الخ) هذا التعليل لا يظهر في زماننا لأنه قد يعرض عن النص الضروري قصدا لغرض فاسد وربما عورض بالنص فيدعى فساد النص ط (قوله حذار نسبة الخطأ) الأولى أن يقول حذر لما في القاموس وحذار حذار وقد ينون الثاني أي احذر ط (قوله وشرط بعضهم تيقظه) احترازا عن غلب عليه الغفلة والسهو :

قلت : وهذا شرط لازم في زماننا ، فإن العادة اليوم أن من صار بيده فتوى المفتي استطال على خصمه وقهره بمجرد قوله أفناني المفتي ، بأن الحق معي والخصم جاهل لا يدري ما في الفتوى ، فلا بد أن يكون المفتي متيقظا يعلم حيل الناس ودسائسهم ، فإذا جاءه السائل يقرره من لسانه ولا يقول له إن كان كذا فالحق معك ، وإن كان كذا فالحق مع خصمك لأنه يختار لنفسه ما ينفعه ، ولا يعجز عن إثباته بشاهدي زور ، بل الأحسن أن يجمع بينه وبين خصمه فإذا ظهر له الحق مع أحدهما كتب الفتوى لصاحب الحق وليحترز من الوكلاء في الخصومات فإن أحدهم لا يرضى إلا بإثبات دعواه لو كلفه بأي وجه أمكن ولهم مهارة في الحيل والتزوير ، وقلب الكلام وتصوير الباطل بصورة الحق فإذا أخذ الفتوى قهر خصمه ووصل إلى غرضه القاسد ، فلا يحمل للمفتي أن يعينه على ضلاله وقد قالوا من جهل بأهل زمانه فهو جاهل ، وقد يسأل عن أمر شرعي ، وتدل القران للمفتي المتيقظ أن مراده القوصل به إلى غرض فاسد كما شهدناه كثيرا :

والحاصل أن غفلة المفتي يلزم منها ضرر عظيم في هذا الزمان والله تعالى المستعان (قوله لا حريته الخ) أي فهو كالراوى لا كالشاهد والقاضي ولذا تصح فتواه لمن لا تقبل شهادته له (قوله فيصح إفتاء الأخرس) أي

الصوت القوي فالأصح الصحة بخلاف الأصم (ويفتى القاضي) ولو في مجلس القضاء وهو الصحيح (من لم يخاصم إليه) ظهيرية وسيتضح (وبأخذ) القاضي كالمفتي (بقول أبي حنيفة على الإطلاق ثم بقول أبي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول زفر والحسن بن زياد) وهو الأصح منية وسراجية وعبارة النهر ثم بقول الحسن فتنبه وصحح في الحاوي اعتبار قوة المدرك والأول أضبط نهر (ولا يجبر إلا إذا كان مجتهدا) بل المقلد متى خالف

حيث فهمت إشارته بل يجوز أن يعمل بإشارة الناطق كما في الهندية وأفاده عموم قول المصنف ويكتفى بالإشارة منه ط (قوله فالأصح الصحة) لأنه يفرق بين المدعى والمدعى عليه وقيل لا يجوز ، لأنه لا يسمع الإقرار بضيغ حقوق الناس ، بخلاف الأصم وهكذا فصل شارح الوهبانية ، وينبغي أن الحكم كذلك في المفتي .
فإن قلت : قد يفرق بينهما ، بأن المفتي يقرأ صورة الاستفتاء ، ويكتب جوابه فلا يحتاج إلى السماع :
قلت : الظاهر من كلامهم عدم الاكتفاء بهذا في القاضي مع أنه يمكن أن يكتب له جواب الخصمين ، فكذا في المفتي ويمكن الفرق بأن القضاء لا بد له من صيغة مخصوصة بعد دعوى صحيحة ، فيحفظ فيه بخلاف الإفتاء فإنه إفادة الحكم الشرعي ولو بالإشارة فلا يشترط فيه السماع اه منح ملخصا :

قلت : لاشك أنه إذا كتب له وأجاب عنه جاز العمل بفتواه وأما إذا كان منصوبا للفتوى يأتيه عامة الناس ويسألونه من نساء وأعراب وغيرهم ، فلا بد أن يكون صحيح السمع لأنه لا يمكن كل سائل أن يكتب له سؤاله ، وقد يحضر إليه الخصمان ويتكلم أحدهما بما يكون فيه الحق عليه لاله والمفتي لم يسمع ذلك منه فيفتيه على ما سمع من بعض كلاءه فيضيع حق خصمه ، وهذا قد شاهدته كثيرا فلا ينبغي التردد في أنه لا يصح أن يكون مفتيا عاما ينتظر القاضي جوابه ليحكم به فإن ضرر مثل هذا أعظم من نفعه والله سبحانه أعلم .

مطلب يفتى بقول الإمام على الإطلاق

(قوله ويفتى القاضي الخ) في الظهيرية ولا بأس للقاضي أن يفتى من لم يخاصم إليه ولا يفتى أحد الخصمين فيما خوصم إليه اه بحر وفي الخلاصة : القاضي هل يفتى فيه أقاويل ، والصحيح أنه لا بأس به في مجلس القضاء وغيره في الديانات والمعاملات اه ويمكن حمله على من لم يخاصم إليه فيوافق ما في الظهيرية ومن ثم حولنا عليه في هذا المختصر منح ، وقد جمع الشارح بين العبارتين بهذا الحمل وفي كافي الحاكم وأكره للقاضي أن يفتى في القضاء للخصوم كراهة أن يعلم خصمه قوله فيتحرر منه بالباطل اه (قوله وسيتضح) لعله أراد به مسألة التسوية تأمل (قوله على الإطلاق) أي سواء كان معه أحد أصحابه أو الفرد لكن سيأتي قبيل الفصل أن الفتوى على قول أبي يوسف فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته (قوله وهو الأصح) مقابله ما يأتي عن الحاوي وما في جامع الفصولين من أنه لو معه أحد صاحبيه أخذ بقوله : وإن خالفاه قيل كذلك وقيل يجبر إلا فيما كان الاختلاف بحسب تغير الزمان كالحكم بظاهر العدالة وفيما أجمع المتأخرون عليه كالمزارة والمعاملة فيختار قولها (قوله وعبارة النهر الخ) أي لإفادة أن رتبة الحسن بعد زفر ، بخلاف عبارة المصنف فإن عطفه بالواو يفيد أنهما في رتبة واحدة ، وعبارة المصنف هي المشهورة في الكتب (قوله وصحح في الحاوي) أي الحاوي القدسي وهذا فيما إذا خالف الصحابان الإمام والمراد بقوة المتدرك قوة الدليل أطلق عليه المدرك ، لأنه هل إدراك الحكم لأن الحكم يؤخذ منه (قوله والأول أضبط) لأن ما في الحاوي خاص فيمن له اطلاع على الكتاب والسنة وصار له ملكة النظر في الأدلة واستنباط الأحكام منها ، وذلك هو المجتهد المطلق ، أو المقيد بخلاف الأول فإنه يمكن لمن هو دون ذلك (قوله ولا يجبر إلا إذا كان مجتهدا) أي لا يجوز له مخالفة الترتيب المذكور إلا إذا كان له ملكة يقتدر بها على الإطلاع

معتد مذهبه لا ينفذ حكمه وينقض هو المختار للفتوى كما بسطه المصنف في فتاويه وغيره ، وقد مناه أول الكتاب وسيجيء . وفي القهستاني وغيره :

اعلم أن في كل موضع قالوا الرأي فيه للقاضي فالمراد قاض له ملكة الاجتهاد انتهى وفي الخلاصة وإنما ينفذ القضاء في المجتهد فيه إذا علم أنه مجتهد فيه وإلا فلا (وإذا اختلف مفتيان) في جواب جاذبة (أخذ بقول أفقههما بعد أن يكون أورعهما) سراجية وفي المنتقط وإذا أشكل عليه أمر ولا رأى له فيه شأور الهاء ونظر أحسن أقاويلهم وقضى بما رآه صوابا لا بغيره إلا أن يكون غيره أقوى في الفقه ووجوه الاجتهاد فيجوز ترك رأيه برأيه ثم قال وإن لم يكن مجتهدا فعليه تقليدهم

على قوة المدرك ، وبهذا رجع القول الأول إلى ما في الحاوي من أن العبرة في المفتي المجتهد لقوة المدرك نعم فيه زيادة تفصيل سكت عنه الحاوي ، فقد اتفق القولان على أن الأصح هو أن المجتهد في المذهب من المشايخ الذين هم أصحاب الترجيح ، لا يلزمه الأخذ بقول الإمام على الاطلاق بل عليه النظر في الدليل ورجوح ما رجح عنده دليله ، ونحن ندع ما رجحوه واعتمدوه كما لو افتوا في حياتهم كما حققه الشارح في أول الكتاب نفا عن العلامة قاسم ، وبأني قريبا عن المنتقط أنه إن لم يكن مجتهدا فعليه تقليدهم واتباع رأيهم ، فإذا قصى بحلله لا ينفذ حكمه وفي فتاوى ابن الشلبي لا يعدل عن قول الإمام إلا إذا صرح أحد من المشايخ بأن الفتوى على قول غيره وبهذا سقط ما بحثه في البحر من أن علينا الافتاء بقول الإمام وإن أفتى المشايخ بخلافه ، وقد اعترضه محشبه الخير الرملي بما معناه أن المفتي حقيقته هو المجتهد وأما غيره فنقل لقول المجتهد ، فكيف يجب علينا الافتاء بقول الإمام وإن أفتى المشايخ بخلافه ونحن إنما نحكي فتواهم لا غيرهم وتماثل أبحاث هذه المسألة حررنا في منظومتنا في رسم المفتي وفي شرحها وقد مناه بعضه في أول الكتاب والله الهادي إلى الصواب فافهم (قوله معتد مذهبه) أي الذي اعتمده مشايخ المذهب سواء وافق قول الإمام أو خالفه كما قررناه آنفا (قوله وسيجيء) أي بعد أسطر من المنتقط وكذا في الفصل الآتي عند قوله قضى في مجتهد فيه (قوله اعلم أن في كل موضع قالوا الرأي فيه للقاضي الخ) أقول : قد عد في الأشباه من المسائل التي فوضت لرأي القاضي إحدى عشرة مسألة زاد محشبه الخير الرملي أربع عشرة مسألة أخرى ذكرها الحموي في حاشيته ، ولحفيد المصنف الشيخ محمد بن الشيخ صالح ابن المصنف رسالة في ذلك سماها فيض المستفيضة في مسائل التفويض ، فأرجع إليها ولكن بعض هذه المسائل لا ظهر توقف الرأي فيها على الاجتهاد المصطلح فليتأمل وانظر ما نذكره في الفصل الآتي عند قوله فيجبسه بما رأى (قوله وإنما ينفذ القضاء الخ) هذا في القاضي المجتهد أما المقلد فعليه العمل بمعتد مذهبه علم فيه خلافاً أولاً أو لا وسيأتي تمام الكلام على هذه المسألة عند قول المصنف وإذا رفع إليه حكم قاض آخر نفذه (قوله وإذا أشكل الخ) قال في الهندية وإن لم يقع اجتهاد على شيء ، وبقيت الحادثة مختلفة ومشكلة كتب إلى فقهاء غير مصره فالمشاورة بالكتاب سنة قديمة في الحوادث الشرعية ، فإن اتفق رأيهم على شيء ورأيه يوافقهم وهو من أهل الرأي والاجتهاد أمضى ذلك برأيه ، وإن اختلفوا نظر إلى أقرب الأقوال عند من الحق إن كان من أهل الاجتهاد وإلا أخذ بقول من هو أفقه وأورع عنده اهـ ط (قوله وقضى بما رآه صوابا) أي بما حدث له من الرأي والاجتهاد بعد مشاورتهم ، فلا ينافي قوله ولا رأى له فيه تأمل (قوله إلا أن يكون غيره) أي إلا أن يكون الشخص الذي أفتاه أقوى منه ، فيجوز له أن يعدل عن رأي نفسه إلى رأي ذلك المفتي لكن هذا إذا اتهم رأى نفسه في الهندية عن المحيط وإن شاور القاضي رجلاً واحداً كني ، فإن رأى بخلاف رأيه وذلك الرجل أفصل وأفقه عنده لم يذكر هذه المسألة هنا وقال في كتاب الحدود لو قضى برأي ذلك الرجل أرجو أن يكون في سعة وإن لم يتهم القاضي رأيه لا ينبغي أن يتركه

واباع رأبهم فإذا قضى بخلافه لا ينفذ حكمه :

(المصر شرط لنفاذ القضاء في ظاهر الرواية وفي رواية النوادر لا) فينفذ في القرى وفي عقار لاني ولايته على الصحيح خلاصة (وبه يفتى) بزازية (وهذا القضاء برشوة) للسلطان أو لقومه وهو علم بها أو بشفاحة بجامع الفصولين وفتاوى ابن نجيم

رأى نفسه ويقضى برأى غيره اه أي لأن المجتهد لا يقلد غيره (قوله واتباع رأبهم) أي إن انفقوا على شيء وإلا أخذ بقول الأفقه والأورع عنده كما مر :

قال في الفتح : وعندى أنه لو أخذ بقول الذي لا يميل إليه قلبه جاز لأن ذلك الميل وعدمه سواء ، والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ اه .

قلت : وهذا كله فيما إذا كان المفتيان مجتهدين واختلفا في الحكم ، ومثله يقال في المقلدين فيما لم يصرحوا في الكتب بترجيحه واعتماده أو اختلفوا في ترجيحه ، وإلا فالواجب الآن اتباع ما انفقوا على ترجيحه أو كان ظاهر الرواية أو قول الإمام أو نحو ذلك من مقتضيات الترجيح التي ذكرناها في أول الكتاب وفي منظومتنا وشرحها (قوله في ظاهر الرواية) في البحر : ولا يشترط المصر على ظاهر الرواية فالقضاء بالسواء صحيح ، وبه يفتى كذا في النزازية اه وبه علم أن كلامي القولين معزول إلى ظاهر الرواية وفيه تأمل روى على المنع (قوله وفي عقار الخ) في البحر ولا يشترط أن يكون المتداحيان من بلد القاضي إذا كانت الدعوى في المنقول والدين وأما في عقار لاني ولايته ، فالصحيح الجواز كما في الخلاصة والبزازية وإياك أن تفهم خلاف ذلك فإنه خلط اه :

مطلب في الكلام على الرشوة والهدية

(قوله أخذ القضاء برشوة) بتثليث الراء قاموس وفي المصباح الرشوة بالكسر ما يعطيه الشخص الحاكم وغيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد جمعها رشاً مثل سدرة وسدر والضم لغة وجمعها رشاً بالضم اه وفيه البرطيل بكسر الباء الرشوة وفتح الباء عامي :

وفي الفتح : ثم الرشوة أربعة أقسام : منها ما هو حرام على الآخذ والمعطى وهو الرشوة على تقليد القضاء والإمارة. الثاني : ارتشاء القاضي ليحكم وهو كذلك ولو القضاء بحق لأنه واجب عليه. الثالث : أخذ المال ليسوى أمره عند السلطان دفعا للضرر أو جلبا للنفع وهو حرام على الآخذ فقط وحيلة حلها أن يستأجره يوماً إلى الليل أو يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله في الذهاب إلى السلطان للأمر الفلاني ، وفي الأقضية قسم الهدية وبجمل هذا من أقسامها فقال : حلال من الجانبين كالإهداء للتودد وحرام منهما كالإهداء ليعينه على الظلم وحرام على الآخذ فقط ، وهو أن يهدى ليكف عنه الظلم والحيلة أن يستأجره الخ قال : أي في الأقضية هذا إذا كان فيه شرط أما إذا كان بلا شرط لكن يعلم يقينا أنه إنما يهدى ليعينه عند السلطان فشاينا على أنه لا بأس به ، ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فأهدى إليه بعد ذلك فهو حلال لا بأس به وما نقل عن ابن مسعود من كراهته فروع الرابع : ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع إليه على نفسه أو ماله حلال للدافع حرام على الآخذ ، لأن دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز أخذ المال ليفعل الواجب اه ما في الفتح ملخصا . وفي القنية الرشوة يجب ردها ولا تملك وفيها دفع للقاضي أو لغيره مسحتا لاصلاح المهم فأصلح ثم ندم برده مادفع إليه اه وتام الكلام عليها في البحر وبقي الكلام على الهدية للقاضي والمفتي والعمال (قوله للسلطان) صفة لرشوة أي دفعها للقاضي له وكذا لو دفعها

(أو ارتشى) هو أو أعوانه بعلمه شربلاية (وحكم لا ينفذ حكمه) ومنه مالو جهل أو ايه مبلغا في كل شهر بأعلمه منه ويفوض إليه قضاء ناحية فتاوى المصنف لكن في الفتح من قلد بواسطة الشفعاء كمن قلد احتسابا ومثله في البزازية بزيادة وإن لم يحل الطالب بالشفعاء (واو) كان (عدلا ففسق بأخذها) أو بغيره وخصها لأنها المعظم (استحق العزل) وجوبا

غيره كما في البحر عن البزازية (قوله أو ارتشى) المناسب إسقاطه ، لأنه يغنى عنه قوله ولو كان عدلا مع ما فيه من الإبهام كما تعرفه (قوله لا ينفذ حكمه) فيه إبهام التسوية بين المسألتين ، مع أنه إذا أخذ القضاء بالرشوة لا بصير قاضيا ، كما في الكنز :

قال في البحر ، وهو الصحيح ولو قضى لم ينفذ وبه يفتى اهـ . ومثله في الدرر عن العمادية وأما إذا ارتشى أى بعد صحة توليته سواء ارتشى ثم قضى أو قضى ثم ارتشى كما في الفتح : فحكى في العمادية فيه ثلاثة أقوال قيل : إن قضاءه نافذ فيما ارتشى فيه وفي غيره وقيل : لا ينفذ فيه وينفذ فيما سواه ، واختاره السرخسى وقيل لا ينفذ فيهما والأول اختاره البزدوى واستحسنه في الفتح لأن حاصل أمر الرشوة فيما إذا قضى بحق إيجاب فسقه ، وقد فرض أنه لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر وغاية ما وجه أنه إذا ارتشى عامل لنفسه معنى والقضاء عمل لله تعالى اهـ .

قال في النهر تبعاً للبحر : وأنت خير بأن كون خصوص هذا الفسق غير مؤثر ممنوع ، بل يؤثر بملاحظة كونه عملاً لنفسه ، وبهذا يترجح ما اختاره السرخسى وفي الخالية أجمعوا أنه إذا ارتشى لا ينفذ في العزل فيما ارتشى فيه اهـ .

قلت : حكاية الاجماع منقوضة بما اختاره البزدوى ، واستحسنه في الفتح ويذهب اعتياده في الزمان وإلا بطلت جميع القضايا الواقعة الآن ، لأنه لا تخلو قضية عن أحد القاضى الرشوة المسماة بالحصول من الحكم أو بعده فيلزم تعطيل الأحكام ، وقد مر عن صاحب النهر في ترجيح أن الفاسق أهل للقضاء أنه لو اعتنى العدالة لانسد باب القضاء فكذا يقال هنا وانظر ما سنده في أول باب التحكيم وفي الحامدية عن جواهر الفتاوى قال شيخنا وإمامنا جمال الدين البزدوى أنا متحير في هذه المسألة لا أقدر أن أقول تنفيذ أحكامهم لما أرى من التخليط والجهل والجرأة فيهم ، ولا أقدر أن أقول لا تنفيذ لأن أهل زماننا كذلك فلو أفتيت بالبطلان أدى إلى إبطال الأحكام جميعاً بحكم الله بيننا وبين قضاة زماننا أفسدوا علينا ديننا ، وشريعة نبينا صلى الله عليه وسلم لم يبق منهم إلا الأسم والرسم اهـ هذا في قضاة ذلك الزمان ، فما بالك في قضاة زماننا فلأنهم زادوا على من قبلهم باعتمادهم حل ما يأخذونه من الحصول بزعمهم الفاسد أن السلطان يأذن لهم بذلك ، وسمعت من بعضهم أن المولى أبا السعود أفتى بذلك ، وأظن أن ذلك افتراء عليه وانظر ما سنده في كتاب الشهادات ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم (قوله ومنه الخ) أى من قسم أخذ القضاء بالرشوة وهذا يسمى الآن مقاطعة والتزاماً بأن يكون على رجل قضاء ناحية فيدفع له آخر شيئاً معلوماً ليقضى فيها ويستقل بجميع ما يحصله من الحصول لنفسه وذكر في الخيرية في شأنهم نظماً بصرح بكفرهم (قوله لكن في الفتح الخ) استدراك على قوله أو شفاعة (قوله أو بديره) كزنا أو شرب خمر (قوله لأنها المعظم) أى معظم ما يفسق به القاضى نهر (قوله استحق العزل) هذا ظاهر المذهب وعليه مشايخنا البخاريون والسمرقنديون ، ومعناه أنه يجب على السلطان عزله ذكره في الفصول ، وقيل : إذا ولى عدلاً ثم فسق انعزل ، لأن عدالته مشروطة معنى لأن مولاه اعتمدها فيزول بزوالها

وقبل ينزل وعليه الفتوى ابن الكمال وابن ملك : وفي الخلاصة عن النوادر لو فسق أو ارتد أو عمى ثم صلح أو أبصر فهو على قضائه وأما إن قضى في فسقه ونحوه فباطل واعتمده في البحر وفي الفتح انفقوا في الإمارة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لأنها مبنية على القهر والغلبة لكن في أول دعوى الخانية الوالي كالقاضي فليحفظ (وينبغي أن يكون موثوقا به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه

وفيه أنه لا يلزم من اعتبار ولايته لصلاحيته تقييدها به على وجه تزول بزواله فتح ملبخصا (قوله وقيل ينزل وعليه الفتوى) قال في البحر بعد نقله وهو غريب والمذهب خلافه (قوله ثم صلح) أي بالطاعة أو الإسلام (قوله فهو على قضائه) مخالف لما في البحر عن البزازية أربع خصال : إذا حلت بالقاضي بعزل فوات السمع أو البصر أو العقل أو الدين اه لكن قال بعده ، وفي الواقعات الحسامية الفتوى على أنه لا ينزل بالردة فإن المكفر لا ينافي ابتداء القضاء في إحدى الروايتين ، ثم قال وبه علمت أن ما مر على خلاف المفتي به وفي الواجبية إذا ارتد أو فسق ثم صلح فهو على حاله لأن الارتداد فسق ، وبنفس الفسق لا ينزل إلا أن ما قضى في حال الردة باطل اه :

قلت : وظاهر ما في الواجبية أن ما قضاه في حال الفسق نافذ وهو الموافق لما مر إلا أن يراد بالفسق في عبارة الخلاصة الفسق بالرشوة تأمل (قوله واعتمده في البحر) فيه أن الذي اعتمده في البحر هو قوله فصار الحاصل : أنه إذا فسق لا ينزل وتظل قضاياه إلا في مسألة هي ما إذا فسق بالرشوة فإنه لا ينفذ في الحادثة التي أخذ بسببها قال وذكر الطرسوسي أن من قال باستحقاقه العزل قال بصحة أحكامه ومن قال بعزله قال يبطلانها اه : (قوله لكن في أول دعوى الخانية الخ) حيث قال كما في البحر : والوالي إذا فسق فهو بمنزلة القاضي يستحق العزل ولا ينزل اه وأنت خير بأن هذا لا يخالف ما في الفتح فافهم :

مطلب السلطان يصير سلطانا بأمرين

نعم نقل في البحر عن الخانية أيضا من الردة أن السلطان يصير سلطانا بأمرين : بالمبايعة معه من الأشراف والأعيان وبأن ينفذ حكمه على رعيته خوفا من قهره ، فإن يبيع ولم ينفذ فيهم حكمه لعجزه عن قهرهم لا يصير سلطانا فإذا صار سلطانا بالمبايعة فجار إن كان له قهر وغلبة لا ينزل ، لأنه لو انزل يصير سلطانا بالقهر والغلبة فلا يفيد وإن لم يكن له قهر وغلبة ينزل اه فكان المناسب الاستدراك بهذه العبارة الثانية ليفيد حمل ما في الفتح على ما إذا كان له قهر وغلبة (قوله وينبغي أن يكون الخ) ويكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف ، لا ، انضمام من أهم أمور المسلمين فكل من كان أعرف وأقدر وأوجه وأهيب ، وأصبر على ما يصيبه من الناس كان أولى وينبغي للسلطان أن يتفحص في ذلك ويولي من هو أولى لقوله عليه الصلاة والسلام « من قلد إنسانا عملا وفي رعيته من هو أولى فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » بحر ومثله في الزيلعي فقوله : وينبغي بمعنى يطلب أي المطلوب منه أن تكون صفته هكذا وقوله : كان أولى أي أحق وهذا لا يدل على أن ذلك مستحب ، فإن الحديث يدل على إثم السلطان بتوليته غير الأولى فافهم .

مطلب في تفسير الصلاح والصلاح

(قوله موثوقا به) أي مؤتمنا من وثقت به أثق بكسر هاء ثقاة ووثوقا ائتمنته والعفاف الكف عن المحرم ونحوه المروءة والمراد بالوثوق بعقله كونه كاملا ، فلا يولي الأخف وهو ناقص العقل والصلاح بخلاف الفساد وفسر الخصاصب الصالح بمن كان مستورا غير مهتوك ، ولا صاحب ريبة مستقيم الطريقة سليم الناحية كامن الأذى قليل

والاجتهاد شرط الأولوية) لتعذرہ علی أنه يجوز خلو الزمن عنه عند الأكثر نهر فصيح تولية العاصم ابن كمال
وبحكم بفتوى غيره لكن في إيمان البرازية المفتي بفتي بالديانة والقاضي يقضى بالظاهر دل على أن الجاهل
لا يمكنه القضاء بالفتوى أيضا فلا بد من كون الحاكم في الدماء والفروج عالما دينا

السوء ، ليس بمعاصر للتبديد ولا ينادم عليه الرجال وليس بقذائف للمحصنات ، ولا معروفًا بالكذب فهذا عندنا
من أهل الصلاح والمراد بعلم السنة ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قولاً وفعلًا وتقريرًا عند أمر بعبادته
وبوجوه الفقه طرقة بحر ملخصًا والأثر كما قال السخاوي لغة: البقية، واصطلاحًا: الأحاديث مرفوعة أو موقوفة
على المعتمد وإن قصره بعض الفقهاء على الثاني :

مطلب في الاجتهاد وشروطه

(قوله والاجتهاد شرط الأولوية) هو لغة بذل الجهود في تحصيل ذي كافة وعرفا ذلك من الفقيه في تحصيل
حكم شرعي قال في التلويح ومعنى بدل الطاقة أن يحس من نفسه العجز عن المزيد عليه وشرطه الإسلام
والعقل والبلوغ وكونه فقيه النفس أي شديد الفهم بالطبع وعلمه باللغة العربية وكونه حاويًا لكتاب الله تعالى فيما
يتعلق بالأحكام وعالما بالحديث متنا وسندا وناسخا ومنسوخا وبالقياس وهذه الشرائط في المجتهد المطلق الذي يفتي
في جميع الأحكام وأما المجتهد في حكم دون حكم فعليه معرفة ما يتعلق بذلك الحكم مثلًا كالاجتهاد في حكم متعلق
بالصلاة لا يتوقف على معرفة جميع ما يتعلق بالنكاح اه ومراد المصنف هنا الاجتهاد بالمعنى الأول نهر (قوله
لتعذرہ) أي لأنه متعذر الوجود في كل زمن ، وفي كل بلد فكان شرط الأولوية بمعنى أنه إن وجد فهو الأولي
بالتولية فافهم (قوله على أنه) متعلق بمحذوف أي قلنا بالتعذر في كل زمن بناء على أنه الخ (قوله عند الأكثر)
خلافًا لما قيل إنه لا يخلو عنه زمن وتمام ذلك في كتب الأصول (قوله فصيح تولية العاصم) الأولى في التشريع أن
يقال : فصيح تولية المقلد ، لأنه مقابل المجتهد ثم إن المقلد يشمل العاصم ، ومن له تأهل في العلم والفهم ، وعين
ابن الغرس الثاني قال وأقله أن يحسن بعض الحوادث ، والمسائل الدقيقة وأن يعرف طريق تحصيل الأحكام
الشرعية من كتب المذهب ، وصدور المشايخ وكيفية الإيراد ، والإصدار في الوقائع والدعاوى ، والاحتجاج ونازعه
في النهر ورجح أن المراد الجاهل لتعليقهم بقولهم لأن إيصال الحق إلى مستحقه يحصل بالعمل بفتوى غيره قال في
الحواشي اليعقوبية : إذ المحتاج إلى فتوى غيره هو من لا يقدر على أخذ المسائل من كتب الفقه وضبط أقوال
الفقهاء اه ونحوه في البحر عن العناية وكذا رجحة ابن الكمال :

قلت : وفيه للبحث مجال فإن المفتي عند الأصوليين هو المجتهد كما يأتي فيصير المعنى أنه لا يشترط في القاضي
أن يكون مجتهدا لأنه يكفي العمل باجتهاد غيره : ولا يلزم من هذا أن يكون عاميا لكن قد يقال إن الاجتهاد
كما تعذر في القاضي تعذر في المفتي الآن فإذا احتاج إلى السؤال عن ينقل الحكم من الكتب يلزم أن يكون غير قادر
على ذلك تأمل (قوله المفتي بفتي بالديانة) مثلًا إذا قال رجل : قلت لزوجتي أنت طالق قاصدا بذلك الإخبار كاذبا
فإن المفتي بفتيه بعدم الوقوع والقاضي يحكم عليه بالوقوع لأنه يحكم بالظاهر ، فإذا كان القاضي يحكم بالفتوى بازم
بطلان حكمه في مثل ذلك ، فدل على أنه لا يمكنه القضاء بالفتوى في كل حادثة ، وفيه نظر فإن القاضي إذا سأل
المفتي عن هذه الحادثة لا يفتيه بعدم الوقوع لأنه إنما سأل عما يحكم به ، فلا بد أن يبين له حكم القضاء فعلم أن ما في
البرازية لا ينافي قولهم بحكم بفتوى غيره (قوله في الدماء والفروج) أي وفي الأموال لكن خصهما بالذكر لأنه لا يمكن
فيهما الاستباحة بوجه بخلاف المال ولقصد التحويل فإن الحاكم الذي مجرى أحكامه في ذلك لا بد أن يكون عالما دينا

كالكبريت الأحمر وأبن الكبريت الأحمر وأبن العلم (ومثله) فيما ذكر (المتقى) وهو عند الأصوليين المجتهد
أما من يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفت وفتواه ليس بفتوى بل هو نقل كلام كما بسطه ابن الهمام (ولا يطالب القضاء)
بقلبه (ولا يسأله بلسانه) في الخلاصة طالب الولاية لا يولى إلا إذا تعين عليه القضاء

(قوله كالكبريت الأحمر) معدن عزيز الوجود والجار والمجرور متعلق بمجذوف على أنه حال أو خبر لمبتدأ محذوف
(قوله وأبن العلم) عبارة البرازية وأبن الدين والعلم :

مطلب طريق التنقل عن المجتهد

(قوله بل هو نقل كلام) وطريق نقله لذلك عن المجتهد أحد أمرين : إما أن يكون له سند فيه ، أو يأخذ
من كتاب معروف تداولته الأيدي نحو كتب محمد بن الحسن ، ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين ،
لأنه بمنزلة الخبر المتواتر المشهور هكذا ذكر الرازي ، فعلى هذا لو وجد بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحمل عزو
ها فيها إلى محمد ولا إلى أبي يوسف لأنها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول : نعم إذا وجد النقل عن النوادر
، مثلا في كتاب مشهور معروف كالحداية والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب فتح : وأقره في البحر
والنهر والمنح :

قلت : يلزم على هذا أن لا يجوز الآن النقل من أكثر الكتب المطولة من الشروح ، أو الفتاوى المشهورة أسماءها
لأنها لم تتداولها الأيدي حتى صارت بمنزلة الخبر المتواتر المشهور لكونها لا توجد إلا في بعض المدارس أو عند
بعض الناس كالمبسوط والمحيط والبدائع ، وفيه نظر بل الظاهر أنه لا يلزم التواتر بل يكفي غلبة الظن بهكون ذلك
الكتاب هو المسمى بذلك الاسم بأن وجد العلماء ينقلون عنه ، ورأى ما نقاوه عنه موجودا فيه أو وجد منه أكثر
من نسخة ، فإنه يغلب على الظن أنه هو ويدل على ذلك قوله إما أن يكون له سنده أي فيما ينقله والسند لا يلزم
تواتره ولا شهرته ، وأيضا قدمنا أن القاضي إذا أشكل عليه أمر يكتب فيه إلى فقهاء مصر آخر وأن المشاورة
بالكتاب سنة قديمة في الحوادث الشرعية ولا شك أن احتمال التزوير في هذا الكتاب اليسير أكثر من احتمال في شرح
كبير بخط قديم ، ولا سيما إذا رأى عليه خط بعض العلماء ، فيتعين الاكتفاء بغلبة الظن ، لئلا يلزم هجر معظم
كتب الشريعة من فقه وغيره لاسيما في مثل زماننا والله سبحانه أعلم (قوله ولا يطالب القضاء) لما أخرجه أبو داود
والترمذي وابن ماجه من حديث أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من سأل القضاء وكل إلى نفسه
ومن أجبر عليه ينزل إليه ملك يسدده » وأخرج البخاري قال صلى الله عليه وسلم « يا عبد الرحمن بن سمره لا نسأل
الإمارة فإنك إن أوتيتها عن مسألة وكلت إليها وإن أوتيتها من غير مسألة أعنت عليها » وإذا كان كذلك وجب
أن لا يحمل له لأنه معلوم وقوع الفساد منه لأنه محذوف فتح ملخصا (قوله بقلبه) أراد بهذا أن يفرق بين الطلب
والسؤال فالأول للقلب والثاني للسان كما في المستصفي وتمامه في النهر (قوله في الخلاصة الخ) أفاد أنه كما لا يحمل الطلب
لا تحمل التولية كما في النهر وأن ذلك لا يختص بالقضاء بل كل ولاية ولو خاصة كولاية علي ولف أو يتم فهي كذلك
كما في البحر (قوله إلا إذا تعين عليه القضاء الخ) استثناء مما في المتن ومما في الخلاصة ، أما إذا تعين بأن لم يكن أحد
غيره يصلح للقضاء وجب عليه الطالب صيانة لحقوق المسلمين ، ودفعاً لظلم الظالمين ولم أر حكم ما إذا تعين ، ولم يول
إلا بما هل يحمل بدله وكذا لم أر جواز عزله ، وينبغي أن يحمل بدله لئلا كما حل طلبه وأن يحرم عزله حيث تعين ،
وأن لا يصح بحر قال في النهر : هذا ظاهر في صحة توليته وإطلاق المصنف يعني قوله : ولو أخذ القضاء بالرشوة لا يصير
قاضياً برده وأما عدم صحة عزاه فممنوع قال في المنتع لسلطان أن يعزل القاضي برية ، وبلا ريبة ولا ينزل حتى

أو كانت التولية مشروطة له أو ادعى أن العزل من القاضي الأول بغير جنحة نهر: قال: واستحب الشافعية والمالكية طلب القضاء لحامل الذكر لنشر العلم (ويختار) المقلد (الأقدر والأولى به ولا يكون فظا غليظا جبارا عنيدا) لأنه خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي إطلاق اسم خليفة الله خلاف تنارخانية (وكره) تحريما (التقلد) أي أخذ القضاء (لمن خاف الخيف) أي الظلم (أو العجز) يكفي أحدهما في الكراهة ابن كمال (وإن تعين له أو أمنه لا) يكره فتح ثم إن المحصر فرض عينيا وإلا كفاية بحر

يبلغه العزل اه: نعم لو قيل لا يحل عزله في هذه الحالة لم يبعد كالوصى العدل اه:

قلت: وأيضا حيث تعين عليه يخرج عن عهدة الوجوب بالسؤال فإذا منعه السلطان أتم بالمنع، لأنه إذا منع الأولى وولى غيره يكون قد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين كما مر في الحديث، وإذا منعه لم يبق واجبا عليه، فبأى وجه يحل له دفع الرشوة وقد قال بعض علمائنا: إن فرضية الحج تسقط بدفع الرشوة إلى الأعراب كما قدمناه في بابه فهذا أولى كما لا يخفى. وأما صحة عزله فظاهرة لأنه وكيل عن السلطان وإنه بعزله لا يلزم منه عدم صحة العزل كالوصى العدل المنصوب من جهة القاضي، وأما المنصوص من جهة الميت، فالمعتمد عدم صحة عزله لكن الفرق بينه وبين ما نحن فيه أن الوصي خايفة الميت فليس للقاضي عزله وأما القاضي فهو خليفة عن السلطان ولا يته مستمدة منه فله عزله كوصى القاضي هذا ما ظهر لي (قوله أو كانت التولية مشروطة له) فذكره في النهر بحثا معللا بأنه حينئذ يطلب تنفيذ شرط الواقف اه:

قلت: وهذا في الحقيقة ليس طالبا من القاضي أن يوليه، لأنه متول بالشرط، بل يريد إثبات ذلك في وجه من يعارضه ومثله وصى الميت إذا أراد إثبات وصايته وبهذا سقط قوله في البحر إن ظاهر كلامهم أنه لا يتطلب التولية على الوقف ولو كانت بشرط الواقف له لإطلاقهم اه (قوله أو ادعى الخ) أي فإن له طلب العود من القاضي الجديد وحين ذلك يقول له القاضي: أثبت أنك أهل للولاية ثم يوليه نص عليه الخصاص نهر (قوله لحامل الذكر) هو بانحاء المعجمة غير المشهور (قوله ويختار المقلد) بصيغة اسم الفاعل وقد سنا قبيل قوله وشرط أهليتها عن الفتح من له ولاية التقليد، والظاهر أن هذا الاختيار واجب لثلاث يكون خائنا لله ورسوله وعامة المؤمنين كما مر في الحديث (قوله ولا يكون فظا الخ) اللفظ هو الجاني مبي الخلق والغليظ قاسم القلب والجبار من جبره على الأمر بمعنى أجبره أي لا يجبر غيره على ما لا يريد والعنيد المعاند المهجانب للحق المعادي لأهله بحر عن مسكين (قوله لأنه خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم) أي في إمضاء الأحكام الشرعية (قوله أي أخذ القضاء) هذا يناسب كون العبارة التقلد قال في البحر وهما لسختان أي في الكنز التقليد أي النصب من السلطان والتقلد أي قبول تقليد القضاء وهي الأولى اه، وهي التي شرح عليها المصنف وقال أيضا إنها أولى اه

قلت: ويمكن إرجاع الأولى إلى الثانية بتقدير مضاف أي قبول التقليد، وهو معنى قول الشارح أي أخذ القضاء (قوله لمن خاف الخيف) فلو كان غالب ظنه أنه يجوز في الحكم ينبغي أن يكون حراما بحر (قوله أو العجز) يحتمل أن يراد به العجز عن سماع دعاوى كل الخصوم بأن قدر على البعض فقط وأن يراد العجز عن القيام بواجباته من إظهار الحق وعدم أخذه الرشوة فعلى الأول هو مبين وعلى الثاني أهم تأمل (قوله ابن كمال) أي نقلا عن القدوزي (قوله وإن تعين له) أي مع خوف الخيف قال في الفتح ومحل الكراهة ما إذا لم يتعين عليه فإن المحصر صار فرض عين عليه، وعليه ضبط نفسه إلا إذا كان السلطان يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك اه:

(والتقلد رخصة) أى مباح (والترک عزیمة عند العامة) بزازیة فالأولى عدمه (وبمحرم هل غیر الأهل الدخول فيه قطعاً) من غیر تردد فی الحرمة ففیه الأحكام الخمسة (ویجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجار) ولو کافراً ذکره مسکین وغیره إلا إذا کان یمنعه عن القضاء بالحق فیحرم ولو فقد وال لغلبة کفار وجب علی

مطلب للسلطان أن يقضى بين الخصمين

وهذا صریح فی أن للسلطان أن يقضى بین الخصمین ، وقد منّا التصریح به عن ابن الفرس عند قوله وحاکم قال الرملی فی الخلاصة وفی النوازل : أنه لا ینفذ وفی أدب القاضی للخصم ینفذ وهو الأصح ، وقال القاضی الإمام ینفذ وهذا أصح وبه یفتی اه .

[تنبیه] لو تعین علیه هل یجبر علی القبول لو امتنع قال فی البحر : لم أره والظاهر نعم وكذا جواز جبر واحد من المتأهلین اه لكن صرح فی الاختیار بأن من تعین له یفترض علیه ولو امتنع لا یجبر علیه (قوله والتقلد) أى الدخول فیہ عند الأمن وعدم التعین .

مطلب ما كان فرض كفاية يكون أدنى فعلاه النذب

(قوله والترک عزیمة الخ) هو الصبیح كما فی النهر عن النہایة ، وبه جزم فی الفتح معللاً بأن الغالب خطأ ظن من ظن من نفسه الاعتدال ، فیظهر منه خلافه ، وقیل : إن الدخول فیہ عزیمة والامتناع رخصة ، فالأولى الدخول فیہ قال فی الكفالة فإن قیل : إذا کان فرض کفاية كان الدخول فیہ مندوباً لما أن أدنى درجات فرض الكفاية النذب كما فی صلاة الجنائز ونحوها قلنا نعم كذلك إلا أن فیہ خطراً عظیماً ، وأمرنا نحو فالایسلم فی بحره كل سابع ، ولا ینجونه كل طامح إلا من عصمه الله تعالى وهو عزیز وجوده .

مطلب أبو حنيفة دعى إلى القضاء ثلاث مرات فأبى

ألا ترى أن أبا حنيفة دعى إلى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب فی كل مرة ثلاثین سوطاً ، فلما كان فی المرة الثالثة قال حتى أستشير أصحابی ، فاستشار أبا یوسف فقال لو تقلدت لنفعت الناس فنظر إليه أبو حنيفة رحمه الله تعالى نظر المغضب ، وقال : أرأیت لو أمرت أن أعبّر البحر سباحة أكنت أقدر علیه وكأنی بك قاضياً ، وكذا دعى محمد رحمه الله إلى القضاء فأبى حتى قید وحبس واضطر فتقلد اه (قوله وبمحرم هل غیر الأهل) الظاهر أنه لیس المراد بالأهل هنا مامر فی قوله : وأهله أهل الشهادة لأن المراد به من تصح تولیته ولو فاسقاً أو جازراً أو جاهلاً مع قطع النظر عن حله أو حرمة ، بل المراد به هنا مامر فی قوله : وینبغى أن یكون موثوقاً به فی عفافه وعقله الخ ، ویحتمل أن یراد به الجاهل تأمل : وفی الفتح وأخرج أبو داود عن بریدة عن أبیه قال قال رسول الله صلی الله علیه وسلم القضاء ثلاثة : اثنان فی النار وواحد فی الجنة رجل عرف الحق فقضى به فهو فی الجنة ورجل عرف الحق فلم يقض وجار فی الحکم فهو فی النار ورجل لم یعرف الحق فقضى للناس علی جهل فهو فی النار (قوله ویجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجار) أى الظالم وهذا ظاهر فی اختصاص تولیة القضاء بالسلطان ونحوه كالخليفة ، حتى لو اجتمع أهل بلدة علی تولیة واحد القضاء لم یصح بخلاف مالو ولوا سلطاناً بعد موت سلطانهم كمال بزازیة نهر وتماهه فیہ .

قلت : وهذا حیث لا ضرورة وإلا فلهم تولیة القاضی أيضاً كما یأتی بعده (قوله ولو کافراً) فی التنازع الخالية الإسلام لیس بشرط فیہ أى فی السلطان الذى یقلد وبلاد الإسلام التى فی أبدي الكفرة لاشك أنها بلاد الإسلام

المسلمين تعيين وال وإمام للجمعة ففتح (ومن) سلطان الخوارج و (أهل البغي) وإذا صحت التولية صح العزم وإذا رفع قضاء الباغي إلى قاضي العدل نفذه وقيل لا وبه جزم الناصبي (فإذا تقلد طلب ديوان قاض قبله) يعني السجلات

لابلاد الحرب ، لأنهم لم يظهروا فيها حكم الكفر والقضاة مسلمون والماوك الذين يطيعونهم عن ضرورة مسلمون ولو كانت عن غير ضرورة منهم ففساق وكل مصرفيه وال من جهتهم تجوز فيه إقامة الجمع والأعياد، وأخذ الخراج وتقليد القضاة ، وتزويج الأباي لاستيلاء المسلم عليه وأما إطاعة الكفر فذلك محادة ، وأما بلاد عليها ولاية كفار فيجوز للمسلمين إقامة الجمع والأعياد ويصير القاضي قاضيا بتراضي المسلمين ، فيجب عليهم أن يلتزموا واليا مسلما منهم اه وعزاه مسكين في شرحه إلى الأصل ومحوه في جامع الفصولين .

مطلب في حكم تولية القضاء في بلاد تغلب عليها الكفار

وفي الفتح : وإذا لم يكن سلطان ، ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة الآن يجب على المسلمين أن يتفقوا على واحد منهم ، يجعلونه واليا فيولى قاضيا ويكون هو الذي يقضى بينهم وكذا ينصبوا إماما يصلح بهم الجمعة اه . وهذا هو الذي تطمئن النفس إليه فليعتمد نهر والإشارة بقوله : وهذا إلى ما أفاده كلام الفتح من عدم صحة تقليد القضاء من كافر على خلاف مامر عن التنازعانية ، ولكن إذا ولي الكافر عليهم قاضيا ورضيه المسلمون صحت توليته بلا شبهة تأمل . ثم إن الظاهر أن البلاد التي ليست تحت حكم سلطان بل لهم أمير منهم مستقل بالحكم عليهم بالتغلب أو باتفاقهم عليه يكون ذلك الأمير في حكم السلطان فيصح منه تولية القاضي عليهم (قوله ومن سلطان الخوارج وأهل البغي) تقدم الفرق بينهما في باب البغاة (قوله صح العزل) فإذا ولي سلطان البغاة باغيا وعزل العدل ، ثم ظهرنا عليهم احتاج قاضي أهل العدل إلى تجديد التولية نهر (قوله نفذه) أي حيث كان موافقا أو مختلفا فيه كما في سائر القضاة وهو مصرح به في فصول العمادي ، وبدل بمفهومه على أن القاضي لو كان من البغاة فإن قضاياه تنفذ كسائر فساق أهل العدل ، لأن الفاسق يصلح قاضيا في الأصح ، وذكر في الفصول ثلاثة أقوال فيه : الأول ما ذكرنا وهو المعتمد الثاني عدم النفاذ ، فإذا رفع إلى العادل لا يمضيه الثالث حكم المحكم بمضيه لو وافق رأيه وإلا أبطله اه بحر (قوله وبه جزم الناصبي) لكن قد علمت ، اه هو المعتمد ه

مطلب في العمل بالسجلات وكتب الأوقاف القديمة

(قوله فإذا تقلد طلب ديوان قاض قبله) في القاموس الديوان ويفتح مجتمع الصحف والكتاب يكتب فيه أهل الجيش ، وأهل العطية وأول من وضعه عمر رضي الله تعالى عنه جمعه دواوين ودياوين اه فقوله : مجتمع الصحف بمعنى قول الكنز ، وهو الخرائط التي فيها السجلات والمحاضر وغيرها والخرائط جمع خريطة شبه الكيس ، وقول الشارح : يعني السجلات تفسير بالمعنى الثاني وقول البحر تبعا لمسكين أن ما في الكنز مجاز لأن الديوان نفس السجلات والمحاضر لا الكيس فيه نظر فافهم والسجل لغة : كتاب القاضي والمحاضر جمع محضر وفي الدرر أن المحضر ما كتب فيه ماجرى بين الخصمين من إقرار أو إنكار والحكم بيينة أو نكول على وجه يرفع الاشتباه وكذا السجل والصلك ما كتب فيه البيع والرهن والإقرار وغيرها والحجة والوثيقة يتناولان الثلاثة اه والعرف الآن ما كتب في الواقعة وبقى عند القاضي وليس عليه خطه والحجة ما عليه علامة القاضي أعلاه وخط الشاهدين أسفله وأعطى (٤٧ - حافية ابن عابدين - ٥)

(ونظر في حال المحبوسين) في سجن القاضى وأما المحبوسون في سجن الوالى فعلى الإمام النظر في أحوالهم فنلزمه أدب أدبه وإلا أطلقه ولا يبيت أحدا في قيد إلا رجلا مطلوباً بدم ونفقة من ليس له مال في بيت المال بحر (فن أقر) منهم (بحق أو قامت عليه بيعة ألزمه) الحبس ذكره مسكين وقيل الحق (وإلا نادى عليه) بقدر ما يرى ثم أطلقه بكفيل بنفسه فإن أبى نادى عليه شهراً ثم أطلقه (وعمل في الودائع وغلات الوقف بيعة أو إقرار)

للخصم بحر ملخصاً وإنما يطلبه لأن الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل في يده من له ولاية القضاء ، وما في يد الخصم لا يؤمن عليه التغيير بزيادة أو نقصان ثم إن كانت الأوراق من بيت المال فلا إشكال في وجوب تسليمها إلى الجديد وكذا لو من مال الخصوم أو من مال القاضى في الصحيح لأنهم وضعوها في يد القاضى لعمله وكذا القاضى يحمل على أه عمل ذلك تدبينا لانمولا وتماه في الزيلى .

[تنبيه] مفاد قول الزيلى ليكون حجة عند الحاجة ، ومثله في الفتح أنه يجوز للجديد الاعتماد على سجل المعزول مع أنه يأتي أنه لا يعمل بقول المعزول وفي الأشباه لا يعتمد على الخط ولا يعمل بمكتوب الوقف الذى عليه خطوط القضاة الماضين ، لكن قال البيرى المراد من قوله لا يعتمد أى لا يقضى القاضى بذلك عند المنازعة لأن الخط مما يزور ويفتعل كما في مختصر الظهيرية ، وليس منه ما في الأجناس بنص وما وجدته القاضى بأيدي القضاة الذين كانوا قبله لها رسوم في دواوين القضاة أجريت على الرسوم الموجودة في دواوينهم ، وإن كان الشهود الذين شهدوا عليها قد ماتوا قال الشيخ أبو العباس يجوز الرجوع في الحكم إلى دواوين من كان قبله مع الأمناء اه أى لأن سجل القاضى لا يزور عادة ، حيث كان محفوظاً عند الأمناء ، بخلاف ما كان بيد الخصم وقدمنا في الوقف عن الخيرية أنه إن كان للوقف كتاب في سجل القضاة وهو في أيديهم اتبع ما فيه استحساناً إذا تنازع أهله فيه ، وصرح أيضاً في الإسعاف وغيره بأن العمل بما في دواوين القضاة استحساناً ، والظاهر أن وجه الاستحسان ضرورة إحياء الأوقاف ونحوها عند تقادم الزمان بخلاف السجل الجديد ، لإمكان الوقوف على حقيقة ما فيه بإقرار الخصم أو البيعة ، فلذا لا يعتمد عليه وعلى هذا فقول الزيلى ، ليكون حجة عند الحاجة معناه عند تقادم الزمان ، وبهذا يتأيد ما قاله المحقق هبة الله البعلبى في شرحه على الأشباه بعد ما مر عن البيرى من أن هذا صريح في جواز العمل بالحجة ، وإن مات شهودها حيث كان مضمونها ثابتاً في السجل المحفوظ اه لكن لا بد من تقييده بتقادم العهد كما قلنا توفيقاً بين كلامهم ، ويأتى تمام الكلام على الخط في باب كتاب القاضى وانظر ما كتبتاه في دعوى تنقيح الفتاوى الحامدية (قوله ونظر في حال المحبوسين الخ) بأن يبعث إلى السجن من يعدم بأسماهم ثم يسأل عن سبب حبسهم ، ولا بد أن يثبت عنده سبب وجوب حبسهم وثبوتهم عند الأول ليس بحجة يعتمدها الثانى في حبسهم لأن قوله لم يبق حجة كذا في الفتح نهر (قوله وإلا أطلقه) أى إن لم يكن له قضية ، وعبارة النهر عن كتاب الخراج لأبى يوسف ، فن كان منهم مع أهل الدعارة والتلصص والجنائيات ، ولزمه أدب أدبه ومن لم يكن له قضية خلى سبيله (قوله أو قامت عليه بيعة) أهم من أن تشهد بأصل الحق أو بحكم القاضى عليه بحر (قوله ألزمه الحبس) أى أدام حبسه بحر (قوله وقيل الحق) قاله في الفتح حيث قال : من اعترف بحق ألزمه إياه ورده إلى السجن ، واعترضه في البحر بأنه لو اعترف بأنه أقر عند المعزول بالزنا لا يعتبر لأنه بطل ، بل يستقبل الأمر فإن أقر أربعا في أربعة مجالس حده اه وفيه أن المتبادر من الحق حق العبد (قوله وإلا) أى وإن لم يقر بشىء ولم تقم عليه بيعة بل ادعى أنه حبس ظلماً نهر (قوله نادى عليه) ويقول المنادى : من كان يطالب فلان بن فلان الفلانى بحق فليحضر زيلى (قوله فإن أبى) عن إعطاء الكفيل وقال : لا كفيل لي بحر (قوله نادى عليه شهراً) أى يستأنفه بعد مدة المناداة الأولى (قوله في الودائع) أى ودائع اليتامى نهر (قوله بيعة) أى يقيمها الوصى مثلاً على من هى تحت يده

ذی الید (ولم یعمل) المولی (بقول المعزول) للاحقائه بالرعايا وشهادة الفرد لا تقبل خصوصا بفعل نفسه درر ومفاده ردها ولو مع آخر نهر :

قلت : لكن أفتی قاری الهدایة بقبولها وتبعه ابن نجیم فتنبه (إلا أن یقر ذوالید أنه) أى المعزول (سلمها) أى الودائع والغلات (إليه فیقبل قوله فیهما) أنها لزید ألا إذا بدأ ذو الید بالإقرار للغير ثم أقر بتسليم القاضی إليه فأقر القاضی بأنها لآخر فیسلم للمقر له الأول ویضمن المقر قیمته أو مثله للقاضی بإقراره الثانى یسلمه لمن أقر له

أنها لیتیم فلان أو ناظر الوقف أن هذه الغلة لوقف فلان ، وكأنه مبنی علی عرفهم من أن السکل تحت ید أمين القاضی ، وفى زماننا أموال الأوقاف تحت ید نظارها وودائع الیتامى تحت ید الأوصیاء ، ولو فرض أن المعزول وضع ذلك تحت ید أمين عمل القاضی بما ذكر نهر (قوله المولی) بتشديد اللام المفتوحة أى القاضی الجدید (قوله درر) ومثله فى الهدایة وغيرها (قوله ومفاده) أى مفاد قوله خصوصا بفعل نفسه ، وأصل البحث لصاحب البحر ، وقد رأيت صریحا فى كافى الحاکم ونصه وإذا عزل عن القضاء ثم قال : كنت قضیت لهذا علی هذا بكذا وكذا لم یقبل قوله فيه وإن شهد مع آخر لم تقبل شهادته حتى یشهد شاهدان سواء اه ومثله فى القهستانی عن الميسوط (قوله وتبعه ابن نجیم) أى فى فتاواه وأما ما ذكره فى بحره ، فقد علمت موافقته لما فى النهر وعبارة فتاواه التى رتبها له تلميذه المصنف هكذا سئل عن الحاکم إذا أخبرها كما آخر بقضية هل یکتفى بإخباره ، ویسوخ له الحکم بذلك أم لا بد من شاهد آخر معه ؟ أجاب : لا یکتفى بإخباره ولا بد من شاهد آخر معه قال المرتب هذه الفتاوى ، وقد تبع شیخنا فى ذلك ما أفتى به الشیخ سراج الدین قاری الهدایة ولا شك أن هذا قول محمد ، وأن للشیخين قالا بقبول إخباره عن إقراره بشىء مطلقا إذا كان لا یصح رجوعه عنه ، ووافقهما محمد ثم رجوع عنه وقال : لا یقبل إلا بضم رجل آخر عدل إليه وهو المراد بقول من روى عنه أنه لا یقبل مطلقا ، ثم صح رجوعه قولها كما فى البحر ثم قال : وأما إذا أخبر القاضی بإقراره عن شىء یصح رجوعه كالحمد لم یقبل قوله بالإجماع وإن أخبر عن ثبوت الحق بالبينة فقال قامت بذلك بینه ، وعدلوا أو قبلت شهادتهم علی ذلك یقبل فى الوجهین جميعا انتهى كلامه انتهى مافى الفتاوى :

أقول : وحاصله أن القاضی لو أخبر عن إقرار رجل بما لا یصح رجوعه عنه كبيع أو قرض مثلا یقبل عندهما مطلقا ووافقهما محمد أولا ثم رجوع وقال لا یقبل ما لم یشهد معه آخر ثم صح رجوعه إلى قولها بالقبول مطلقا كما لو أخبر عن حكمه بثبوت حق بالبينة ، فعلى هذا لم یبق خلاف فى قبول قول القاضی ، ولا یخفى أن كلامنا فى المعزول وهذا فى المولی كما یعلم من شرح أدب القضاء وكذا مما سبأنى قبیل كتاب الشهادات عند قوله ولو قال قاض عدل قضیت علی هذا بالرجم النخ وبه یشرع أصل السؤال حیث عبر بالحاکم وعبارة قاری الهدایة كذلك وبه علم أن الاستدراك علی مافى النهر فى غیر محله (قوله فیقبل قوله) أى قول المعزول وشمل ثلاث صور ما إذا قال ذو الید بعد إقرار بتسليم المعزول إليه أنها لزید الذى أقر له المعزول أو قال : إنها لغيره أو قال لأدرى لأنه فى هذه الثلاث ثبت بإقراره أنه مودع المعزول ، وید المودع كیده فصار كآله فى ید المعزول فیقبل إقراره به كما فى الزیلعى بخلاف ما إذا أکر ذو الید التسليم فإنه لا یقبل قول المعزول كما فى البحر (قوله فیسلم للمقر له الأول) لأنه لما بدأ بالإقرار صح إقراره ولزم لأنه أقر بما هو فى یده فلما قال دفعه إلى القاضی فقد أقر أن الید كانت للقاضی ، والقاضی یقر به لآخر فیصیر هو بإقراره متافا لذلك علی من أقر له القاضی فتح ثم قال فرع یناسب هذا لو شهد شاهدان أن القاضی قضى لفلان علی فلان بكذا ، وقال القاضی : لم أفص بشىء لا تجوز شهادتهما عندهما ویعتبر قول القاضی وعند محمد تقبل وینفذ ذلك اه وقد منا عن البحر أنه فى جامع الفصولین رجح

القاضي (ويقضى في المسجد) ويختار مسجداً في وسط البلد تيسيراً للناس ويستدير القبلة كخطيب ومدرس نخالية وأجرة المحضر على المدعى هو الأصح بحر عن البرازية وفي الخانية على المتمرد وهو الصحيح وكذا السلطان والمفتي والفقير (أو) في (داره) ويأذن عموماً (ويرد هدية) التنكير للتقليل ابن كمال : وهي ما يعطى بلا شرط إحالة بخلاف الرشوة ابن ملك ولو تأذى المهدي بالرد يعطيه مثل قيمتها خلاصة ولو تعذر الرد لعدم معرفته أو بعدم مكانه وضعها في بيت المال ومن خصوصياته عليه الصلاة والسلام أن هداياه له تتارخالية مفاده أنه ليس للإمام قبول الهدية وإلا لم تكن خصوصية وفيها يجوز للإمام والمفتي والواعظ قبول الهدية لأنه إنما يهدي إلى العالم لعلمه بخلاف

قول محمد لفساد الزمان (قوله ويقضى في المسجد) وبه قال أحمد ومالك في الصحيح عنه خلافاً للشافعي له أن القضاء بمحضرة المشرك وهو نجس بالنص وقد طال في الفتح في الاستدلال للمذهب ثم قال : وأما نجاسة المشرك في الاعتقاد على معنى التشبيه ، والحائض يخرج إليها أو يرسل نائبه كما لو كانت الدعوى في دابة وتتمام الفروع فيه وفي البحر (قوله ويستدير) أي تدب كما في الذي قبله ط :

مطلب في أجرة المحضر

(قوله وأجرة المحضر الخ) بضم أوله وكسر ثالثة هو من يحضر الخصم ، وعبارة البحر هكذا وفي البرازية : ويستعين بأعوان الوالي على الإحضار وأجرة الأشخاص في بيت المال وقيل على المتمرد في المصر من نصف درهم إلى درهم وفي خارجه لكل فرسخ ثلاثة دراهم أو أربعة وأجرة الموكل على المدعى وهو الأصح وفي الذخيرة أنه المشخص وهو المأمور بملازمة المدعى عليه والإشخاص بالكسر بمعنى الإحضار فقد فرق بين المحضرين والملازم ، وهذا غير مانقله الشارح فتأمل : وفي منية الممتى مؤنة المشخص قيل في بيت المال وفي الأصح على المتمرد اه وهذا ما في الخانية .

والحاصل : أن الصحيح أن أجرة المشخص بمعنى الملازم على المدعى وبمعنى الرسول المحضر على المدعى عليه لو تمرد بمعنى امتنع عن الحضور وإلا فعلى المدعى هذا خلاصة ما في شرح الوهابية (قوله أو في داره) لأن العبادة لا تنقيد بمكان والأولى أن تكون الدار في وسط البلد كالمسجد نهر :

مطلب في هدية القاضي

(قوله ويرد هدية) الأصل في ذلك ما في البخاري ، عن أبي حميد الساعدي قال « استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلاً من الأزد يقال له ابن اللثبية على الصدقة فلما قدم قال : هذا لكم ، وهذا لي قال عليه الصلاة والسلام : هلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى له أم لا ، قال عمر بن عبد العزيز : كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره البخاري ، واستعمل عمر أبا هريرة فقدم بمال فقال له من أين لك هذا قال تلاحت الهدايا فقال له عمر أي عدو الله هلا قعدت في بيتك ، فنظر أيهدى لك أم لا فأخذ ذلك منه ، وجعله في بيت المال وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية فتح قال في البحر : وذكر الهدية ليس احترازياً إذ يحرم عليه الاستقراض والإستعارة ممن يحرم عليه قبول هديته كما في الخانية اه : قلت : ومقتضاه أنه يحرم عليه سائر التبرعات ، فتحرم المحاباة أيضاً ولذا قالوا له أخذ أجرة كتابة الصك بقدر أجر المثل ، فإن مفاده أنه لا يحل له أخذ الزيادة لأنها محاباة وعلى هذا فما يفعله بعضهم من شراء الهدية بشيء يسير أو بيع الصك بشيء كثير لا يحل وكذا ما يفعله بعضهم حين أخذ المحصول من أنه يبيع به الدافع دواة أو سكيناً أو نحو ذلك لا يحل لأنه إذا حرم الاستقراض والاستعارة فهذا أولى (قوله وهي الخ) عزاء في الفتح إلى شرح الأقطع (قوله وضعها في بيت المال) أي إلى أن يحضر صاحبها فتدفع له بمنزلة اللقطة كما في الفتح (قوله وفيها الخ)

أى فى التارخانىة وهذا مخالف لما ذكره أولا فىها فى حق الإمام وبؤيد الأول ما مر عن الفتح من أن تعليل النبى صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التى سببها الولاية وكذا قوله وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه فى الهدية حكم القاضى ٥١ :

مطلب فى حكم الهدية للمفتى

واعترضه فى البحر بما ذكره الشارح عن التارخانىة وبما فى الخانية من أنه يجوز للإمام والمفتى قبول الهدية وإجابة الدعوة الخاصة ثم قال إلا أن براد بالإمام إمام الجامع : أى وأما الإمام بمعنى الوالى فلا تحمل الهدية فلا منافاة وهذا هو المناسب للأدلة ولأنه رأس العمال قال فى النهر : والظاهر أن المراد بالعمل ولاية ناشئة عن الإمام أو نائبه كالساعى والعاشر ٥١ :

قلت : ومثلهم مشايخ القرى والحرف وغيرهم ممن لهم قهر وتسلط على من دونهم فإنه يهدى إليهم خوفا مع شرمهم أو ليزوج عندهم وظاهر قوله ناشئة عن الإمام الخ دخول المفتى إذا كان منصوبا من طرف الإمام أو نائبه ، لكنه مخالف لاطلاقهم جواز قبول الهدية له وإلا لزم كون إمام الجامع والمدرس المنصوبين من طرف الإمام كذلك إلا أن يفرق بأن المفتى يطلب منه المهدي المساعدة على دعواه ونصره على خصمه فيكون بمنزلة القاضى لكن يلزم من هذا الفرق أن المفتى لو لم يكن منصوبا من الإمام يكون كذلك فيخالف ما صرحوا به من جوازها للمفتى فإن الفرق بينه وبين القاضى واضح فإن القاضى ملزم وخليفة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تنفيذ الأحكام فأخذه الهدية يكون رشوة على الحكم الذى يؤمله المهدي ويلزم منه بطلان حكمه والمفتى ليس كذلك وقد يقال : إن مرادهم بجوازها للمفتى إذا كانت لعلمه لا لاعتائه للمهدي بدليل التعليل الذى نقله الشارح فإذا كانت لاعتائه صدق عليها حد الرشوة لكن المذكور فى حدها شرط الإعانة وقد منّا عن الفتح عن الأفضية أنه لو أهداه ليعينه عند السلطان بلا شرط لكن يعلم يقينا أنه إنما يهدى ليعينه فشأننا على أنه لا بأس به الخ وهذا يشمل ما إذا كان من العمال أو غيرهم :

وعن هذا قال فى جامع الفصولين القاضى لا يقبل الهدية من رجل لو لم يكن قاضيا لا يهدى إليه ويكون ذلك بمنزلة الشرط ثم قال أقول : يخالفه ما ذكر فى الأفضية الخ .

قلت : والظاهر عدم المخالفة لأن القاضى منصوص على أنه لا يقبل الهدية على التفصيل الآتى فافى الأفضية مفروض فى غيره فيحتمل أن يكون المفتى مثله فى ذلك ويحتمل أن لا يكون والله سبحانه أعلم بحقيقة الحال ، ولا شك أن عدم القبول هو المقبول ورأيت فى حاشية شرح المنهج للعلامة محمد الداودى الشافعى مانصه قال ع ش : ومن العمال مشايخ الأسواق والبلدان ، ومباشرو الأوقاف وكل من يتعاطى أمرا يتعلق بالمسلمين انتهى قال مر فى شرحه : ولا يلحق بالقاضى فيما ذكر المفتى والواعظ ، ومعلم القرآن والعلم لأنهم ليس لهم أهلية الإلزام ، والأولى فى حقهم إن كانت الهدية ، لأجل ما يحصل منهم من الإفتاء والوعظ والتعليم عدم القبول ليكون علمهم خالصا لله تعالى ، وإن أهدى إليهم تحببا وتوددا لعلمهم وصلاحتهم فالأولى القبول وأما إذا أخذ المفتى الهدية ليرخص فى الفتوى فإن كان بوجه باطل فهو رجل فاجر يبدل أحكام الله تعالى ، ويشترى بها ثمنا قليلا وإن كان بوجه صحيح فهو مكروه كراهة شديدة انتهى هذا كلامه وقواعدنا لا تأباه ، ولا حول ولا قوة إلا بالله وأما إذا أخذ ليرخص له بل لبيان الحكم الشرعى ، فهذا ما ذكره أولا وهذا إذا لم يكن بطريق الأجرة بل مجرد هدية لأن

القاضي (إلا من) أربع السلطان والباشا أشباه وبحرو (قريبه) المحرم (أو ممن جرت عاداته بذلك) بقدر عاداته ولا خصومة لها درر (و) يرد إجابة (دعوة خاصة وهي التي لا يتخذها صاحبها لولا حضور القاضي) ولو ممن محرم ومعناد وقيل: هي كالهديّة وفي السراج وشرح المجمع ولا يجيب دعوة خصم

أخذ الأجرة على بيان الحكم الشرعي لا يحل عندنا، وإنما يحل على الكتابة لأنها غير واجبة عليه والله سبحانه أعلم (قوله السلطان والباشا) عزاه في الأشباه إلى تهذيب القلانسي قال الحموي: وفيه فصول إذ لا يشمل القاضي الذي يتولى منه، وهو قاضي العسكر لقضاة الأقطار وعبارة القلانسي، ولا يقبل الهدية إلا من ذي رحم محرم أو وال يتولى الأمر منه أو وال مقدم الولاية على القضاة ومعناه أنه يقبل الهدية من الوالي الذي تولى القضاء منه وكذا مع وال مقدم عليه في الرتبة فإنه يشمل القاضي الذي تولى منه والباشا ووجهه أن منع قبولها إنما هو للخوف من مراعاته لأجلها وهو إن راعى الملك ونائبه لم يزاعه لأجلها (قوله المحرم) هذا القيد لا بد منه ليخرج ابن العم نهر (قوله أو ممن جرت عاداته بذلك) قال في الأشباه: ولم أر بماذا تثبت العادة ونقل الحموي عن بعضهم أنها تثبت بمرّة، ثم إن ظاهر العطف أن قبولها من القريب غير مقيد بمرّة العادة منه، وهو ظاهر إطلاق القدوري والهداية وفي النهاية عن شيخ الإسلام أنه قيد فيه أيضا وتماه في النهر (قوله بقدر عاداته) فلو زاد لا يقبل الزيادة وذكر فخر الإسلام إلا أن يكون مال المهدي قد زاد، فبقدر ما زاد ماله إذا زاد في الهدية لا بأس بقبولها فتح قال في الأشباه: وظاهر كلامه أنه زاد في القدر، فلو في المعنى كأن كانت عاداته إهداء ثوب كان فأهدى ثوبا حريرا لم أره لأصحابنا، وينبغي وجوب رد الكل لا بقدر ما زاد في قيمته لعدم تمييزها ونظر فيه في حواشي الأشباه:

[تنبه] في الفتح: ويجب أن تكون هدية المستقرض للمقرض كالهديّة للقاضي إن كان المستقرض له عادة قبل استقرضه فللمقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة اهـ.

قال في البحر: وهو سهو والمنقول كما قدمناه آخر الحوالة أنه يحل حيث لم يكن مشروطا مطلقا اهـ وأجاب المقدسي بأن كلام المحقق في الفتح مبني على مقتضى الدليل (قوله ولا خصومة لهما) فإن قبلها بعد انقطاع الخصومة جاز ابن ملك وذكره في النهر بجنا وفي ط عن الحموي إلا أن يكون ممن لا تنهاى خصوماته كنظار الأوقاف ومباشرها اهـ.

قال في البحر: والحاصل أن من له خصومة لا يقبلها مطلقا ومن لا خصومة له فإن كان له عادة قبل القضاء قبل المعتاد وإلا فلا اهـ أي سواء كان محرما أو غيره على ما مر عن شيخ الإسلام (قوله دعوة خاصة) الدعوة إلى الطعام بفتح الدال عند أكثر العرب وبعضهم يكسرها كما في المصباح، فلو عامة له حضورها لولا خصومة لصاحبها كما في الفتح (قوله وهي الخ) هذا هو المصحح في تفسيرها وقيل العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة، وقيل إن كانت لحمسة إلى عشرة فخاصة وإن لأكثر فعامة وتماه في البحر والنهر (قوله وقيل هي كالهديّة) ظاهر الفتح اعتياده فإنه قال بعد كلام فقد آل الحال إلى أنه لا فرق بين القريب والغريب في الهدية والضيافة، وكذا قال في البحر الأحسن أن يقال ولا يقبل هدية ودعوة خاصة إلا من محرم أو ممن له عادة فإن للقاضي أن يجيب الدعوة الخاصة من أجنبي له عادة باتخاذها كالهديّة فلو كان من عاداته الدعوة له في كل شهر مرة فدعاه كل أسبوع بعد القضاء لا يجيبه ولو اتخذ له طعاما أكثر من الأول لا يجيبه إلا أن يكون ماله قد زاد كذا في التارخالية اهـ (قوله ولا يجيب دعوة خصم) هو ما ذكره في شرح المجمع لابن ملك، وقدمناه عن الفتح، وقوله وغير معتاد هو ما ذكره في السراج كما عزاه إليه المصنف في المنع وهذا لا يناسب القيل المذكور قبله، لأنه يلزم أن تكون العامة كالخاصة

وغير معتاد ولو عامة للتهمة (ويشهد الجنائز ويعود المريض) إن لم يكن لها ولا عليهما دعوى شرب لابلية عن البرهان (ويسوى) وجوبا (بين الخصمين جلوسا وإقبالا وإشارة ونظرا ويمتنع من مسارة أحدهما والإشارة إليه) ورفع صوته عليه (والضحك في وجهه) وكذا القيام له بالأولى (وضيافته) نعم لو فعل ذلك معهما معا جاز نهر (ولا يمزح) في مجلس الحكم (مطلقا) ولو لغيرهما لذهابه بمهابته (ولا يلقيه حجته) وعن الثاني لا بأس به عيني (ولا) يلقي (الشاهد شهادته) واستحسنه أبو يوسف فيما لا يستفيد به زيادة علم والفتوى على قوله فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته بزاية في الولوجية حكى أن أبا يوسف وقت موته قال : اللهم إنك تعلم أني لم أمل إلى أحد الخصمين

وهو خلاف تقييدهم المنع بالخاصة فقط تأمل (قوله ويعود المريض) إلا أنه لا يطيل المكث عنده بحر (قوله إن لم يكن لها ولا عليهما دعوى) الذي في الفتح وغيره الاقتصار على ذكر المريض تأمل (قوله ويسوى وجوبا بين الخصمين الخ) إطلاقه يعم الصغير والكبير والخليفة والرحمة والدنيء والشريف والأب والابن والمسلم والكافر إلا إذا كان المدعى عليه هو الخليفة ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ، وأن يجلسه مع خصمه ، ويقعد هو على الأرض ثم يقضي بينهما ولا ينبغي أن يجلس أحدهما عن يمينه ، والآخر عن يساره لأن لليمين فضلا ولذا كان النبي صلى الله عليه وسلم يخص به الشيخين بل المستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه كما تعلم بين يدي معلمه ، ويكون بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحوهما ولا يمكنهما من التربع ونحوه ، ويكون أعوانه قائمة بين يديه وأما قيام الأخصام بين يديه فليس معروفا ، وإنما حدث لما فيه من الحاجة إليه والناس مختلفو الأحوال والأدب وقد حدث في هذا الزمان أمور وسفهاء ، فيعمل القاضي بمقتضى الحال كذا في الفتح يعني فمنهم من لا يستحق الجلوس بين يديه ، ومنهم من يستحق فيعطى كل إنسان ما يستحقه بقى ما لو كان أحدهما يستحقه دون الآخر وأبى الآخر إلا القيام لم أر المسألة وقياس ما في الفتح أن القاضي لا يلتفت إليه نهر (قوله وإقبالا) أي نظرا قهستاني والأولى تفسيره بالتوجيه إليه صورة أو معنى لثلاثا يتكرر بما بعده (قوله ويمتنع من مساواة أحدهما) أي يجتنب التكلم معه خفية وكذا القائم بين يديه كما في الولوجية وهو الجلواز الذي يمنع الناس من التقدم إليه بل يقبضهم بين يديه على البعد ومعه سوط والشهود يقربون نهر (قوله والإشارة إليه) مستدرك بما قبله ط (قوله ورفع صوته عليه) ينبغي أن يستثنى ما لو كان بسبب كإساءة أدب ونحوه (قوله لو فعل ذلك) أي الضهافة :

وقال في النهر أيضا وقياسه أنه لو سارهما أو أشار إليهما معا جاز (قوله ولا يمزح) أي يداعب في الكلام من باب نفع (قوله في مجلس الحكم) أما في غيره فلا يكثر منه لأنه يذهب بالمهابة بحر (قوله عيني) عبارته وعن الثاني في رواية والشافعي في وجهه لا بأس بتلقين الحجج اه وظاهره ضعفها ، بل ظاهر الفتح أن هذا في تلقين الشاهد لا الخصم كما يأتي نعم في البحر عن الخانية ، ولو أمر القاضي رجلين ليعلماه الدعوى والخصومة فلا بأس به خصوصا على قول أبي يوسف (قوله واستحسنه أبو يوسف) قال في الفتح موعن أبي يوسف وهو وجه للشافعي لا بأس به لمن استولته الخيرة أو الهيبة فترك شيئا من شرائط الشهادة فيعينه بقوله أتشهد بكذا وكذا بشرط كونه في غير موضع التهمة ، أما فيها بأن ادعى المدعى ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بألف فيقول القاضي يحتمل أنه أبرأ من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علما فوفق به في شهادته كما وفق القاضي ، فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين أحد الخصمين اه ثم ذكر أن ظاهر الهداية ترجيح قول أبي يوسف اه :

وحكاية الرواية في تلقين الشاهد والاتفاق في تلقين أحد الخصمين ينقي مامر عن العيني تأمل (قوله لزيادة تجربته) قدمنا عن الكفاية أن محمدا تولى القضاء أيضا وذكر عبد القادر في طبقاته أن الرشيد ولاه قضاء الرقة ثم عزله وولاه قضاء الري اه والظاهر أن مدته لم تطل ولذا لم يشتهر بالقضاء كما اشتهر أبو يوسف ، فلم يحصل له من التجربة

حقى بالقلب إلا فى خصومة نصرانى مع الرشيد لم أسو بينهما وقضيت على الرشيد ثم بكى اه .
قلت : ومفاده أن القاضى يقضى على من ولاه وفى الملتقى ويصح لمن ولاه وعليه وسيجىء .
[فروع] فى البدائع من جملة أدب القاضى أنه لا يكلم أحد الخصمين بلسان لا يعرفه الآخر .
وفى التتارخانية : والأحوط أن يقول للخصمين أحكم بينكما حتى إذا كان فى التقليد خال بصير حكما
بتحكيمهما :

قضى بحق ثم أمره السلطان بالاستئناف بمحضر من العلماء لم يلزمه بزازية ،
طلب المقضى عليه نسخة السجل من المقضى له ليعرضه على العلماء أهو صحيح أم لا فامتنع ألزمه القاضى بذلك
جواهر الفتاوى وفى الفتح متى أمكن إقامة الحق بلا إيغار صدور كان أولى .
وهل يقبل قصص الخصوم إن جلس للقضاء لا ولا أخذها ولا يأخذ بما فيها إلا إذا أقر بلفظه صريحا .

فصل فى الحبس

هو مشروع بقوله تعالى - أو ينفوا من الأرض - وحبس عليه الصلاة والسلام رجلا بالتهمة فى المسجد ،

ما حصل لأبى يوسف ، لأنه كان قاضى المشرق والمغرب وزيادة التجربة تنفيذ زيادة علم قال الحموى قال مجد الأئمة
الترجمانى والذى يؤيده ما ذكره فى الفتاوى أن أبا حنيفة كان يقول الصدقة أفضل من حج التطوع ، فلما حج
وعرف مشاقه رجع وقال الحج أفضل اه (قوله حتى بالقلب) أى لم يحصل منه ميل قلبه إلى عدم التسوية بين
الخصمين بقريئة الاستثناء (قوله قلت ومفاده الخ) قال فى الفتح والدليل عليه قضية شريح مع على فإنه قام وأجلس
عليها مجلسه اه (قوله وسيجىء) أى فى آخر باب كتاب القاضى (قوله بلسان لا يعرفه الآخر) لأنه كالمسارعة
(قوله أحكم بينكما) أى ويقولان نعم احكم بيننا (قوله لم يلزمه) أفاد أنه لو استأنف براءة لعرضه لا بأس به
(قوله نسخة للسجل) أى كتاب القاضى الذى فيه حكمه المسمى الآن بالحجة (قوله ألزمه القاضى بذلك) الظاهر
أن الإشارة للعرض على العلماء لأن السجل أى الحجة لو كان ملكه لا يلزمه دفعه للمقضى عليه تأمل (قوله وفى
الفتح الخ) حيث قال وفى المبسوط ما حاصله أنه ينبغى للقاضى أن يعتذر للمقضى عليه ويبين له وجه قضائه ويبين له
أنه فهم حجته ، ولكن الحكم فى الشرع كذا يقتضى القضاء عليه فلم يمكن غيره ، ليكون ذلك أدفع لشكايته
للناس ، ونسبته إلى أنه جار عليه ومن يسمع يخل فرجا تفسد العامة عرضه وهو برىء ، وإذا أمكن إقامة الحق مع
عدم إيغار الصدور كان أولى اه وفى الصحاح : الوغر شدة توقد الحر ومنه : قيل فى صدره على وغر بالتسكين أى
ضغرن وعداوة وتوقد من الغيظ (قوله قصص الخصوم) جمع قصة وهى بالفتح الحصة والمراد بها هنا ورقة يكتب
فيها قضيبته مع خصمه ويسمى الآن عرض حال (قوله لا) أى لأن كلامه بلسانه أحسن من كتابته (قوله ولا يأخذ
بما فيها) عبارة غيره ولا يؤخذ أى لا يؤخذ صاحبها بما كتبه فيها من إقرار ونحوه ما لم يقر بذلك صريحا لأنه
لا عبرة بمجرد الخط فافهم والله سبحانه أعلم .

فصل فى الحبس

هو من أحكام القضاء إلا أنه لما اختلفت بأحكام كثيرة أفردته بفصل على حدة نهر ، وهو لغة المنع مصدر
حبس كضرب ، ثم أطلق على الموضع وترجم المصنف له وزاد فيه مسائل أخر من أحكام القضاء ذكرها فى الهداية
فى فصل على حدة فكان الأولى أن يقول فى الحبس وغيره كما قال فى باب كتاب القاضى إلى القاضى وغيره (قوله
هو مشروع الخ) أراد أنه مشروع بالكتاب والسنة زاد الزيلعى والإجماع لأن الصحابة رضى الله تعالى عنهم
أجمعوا عليه (قوله أو ينفوا من الأرض) فإن المراد بالنفى الحبس كما تقدم فى قطاع الطريق اه ح ه

وأحدث السجن على رضى الله تعالى عنه بناء من قصب وسماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى غيره من مدر وسماه مخيسا بفتح الباء وتكسر موضع التخيس وهو القليل وفيه يقول على رضى الله عنه :

ألا ترانى كيسا مكيسا بنيت بعد نافع مخيسا
حصنا حصيدنا وأميننا كيسا

(صفة أن يكون بموضع ليس به فراش ولا وطاء) ليضجر فيوفى ومفاده أنه لوجىء له به منع منه (ولا يمكن أحد أن يدخل عليه للاستئناس إلا أقاربه وجيرانه) لاحتياجه للمشاورة (ولا يمكن عند طويلا) ومفاده أن زوجته لا تحبس معه لو هى الحابسة له وهو الظاهر وفى الملتقى يمكن

(قوله وأحدث السجن على) أى أحدث بناء سجن خاص فلا ينافى ما قالوا أيضا من أنه لم يكن فى عهده صلى الله عليه وسلم وأبى بكر سجن ، إنما كان يحبس فى المسجد أو الدهليز حتى اشترى عمر رضى الله تعالى عنه دارا بمكة بأربعة آلاف درهم واتخذة محبسا (قوله من مدر) بالتحريك قطع الطين اليابس والحجارة كما فى القاموس (قوله بفتح الباء) أى المثانة البتنية مشددة والعجب بمافى البحر والنهر والمنح من ضبطه بالتاء المثانة الفوقية وقد ذكره فى القاموس فى الأجوف الباطنى فقال : المحبس كعظم السجن وسجن بناه على رضى الله تعالى عنه (قوله كيسا) قال فى المصباح الكيس وزان فلس الظرف والفطنة وقال ابن الأعرابى العقل ويقال إنه مخفف من كيس مثل هين وهين والأول أصح لأنه مصدر من كاس كيسا من باب باع وأما المثقل فاسم فاعل والجمع أكياس مثل جيد وأجباد اه . وفى الفتح : الكيس أى مخففا حسن التانى فى الأمور والكيس المنسوب إليه الكيس اه (قوله وأميننا) أراد به السجن الذى نصبه فيه فتح وعليه فمطفه على ما قبله نظير . علفتها تبنا وماء باردا . فيراد بقوله : بنيت أنقلده وما قبل من أنه يصح كونه وصفا لمخيسا كالذى قبله لا يناسبه قول كيسا فافهم (قوله صفة) الضمير للمحبس بالمعنى المصدرى ، فلذا قال أن يكون بموضع أى فى موضع فافهم (قوله ولا وطاء) على وزن كتاب المهاد الوطىء مصباح وفيه والمهد والمهاد الفراش وفى القاموس عن الكسائى إن الوطاء خلاف الغطاء . قلت : فإن أريد به المهاد الوطىء أى اللين السهل فهو أخص مما قبله وكذا إن أريد به ما ينام عليه وهو خلاف الغطاء (قوله ومفاده) أى مفاد قوله ليضجر (قوله ولا يمكن) بالبناء للمجول مع التشديد (قوله ولا يمكن عند طويلا) أى بحيث يحصل له الاستئناس بهم بل بقدر ما يحصل به المقصود من المشاورة .

مطلب لا تحبس زوجته معه لو حبسته

(قوله ومفاده) أى مفاد قوله للاستئناس وفى النهر وإذا احتاج للجماع دخلت عليه زوجته أو أمته إن كان فيه موضع سترة وفيه دليل على أن زوجته لا تحبس معه لو كانت هى الحابسة له وهو الظاهر اه وأنت خير بأن الاستدلال على المسألة بما قاله الشارح أولى بمافى النهر ، لأن عدم دخول أحد عليه الاستئناس أصرح بعدم حبسها معه إذنى حبسها معه غاية الاستئناس له مع كون المقصود من ذلك الضجر ليوفى دينه ، وإذا كانت هى الحابسة له وقلنا يجوز حبسها معه لا يحصل المقصود بل يحصل ضده وهو ضجرها لتخرجها من الحبس حتى تخرج معه ، ففى ذلك أيضا دليل على أنها لا تحبس معه لو هى الحابسة ، وليس فيها قاله فى النهر ما يدل على ذلك أيضا فلذا عدل الشارح عن كلام النهر : فقد ظهر أنه ليس فى عدوله عنه خلل بل الخلل فى متابعتها له فافهم . ثم إن الظاهر أن المقصود بهذا الرد على من قال إنها تحبس معه وفى البحر عن الخلاصة : فإذا حبست المرأة زوجها ، لا تحبس معه وفيه عن البرازية ، وغيرها إذا خيف علم الفساد استحسن المتأخرون أن تحبس معه اه .

من وطء جاريتہ لوفیہ خلوة (ولا ینخرج لجمعة ولا جماعة ولا لحج فرض) فغيره أولى (ولا لحضور جنازة ولو) كان (بكفيل) زيلعى وفي الخلاصة ینخرج بكفيل لجنازة أصوله وفروعه لاغيرهم وعليه الفتوى (ولو مرض مرضا أضناه ولم يجد من ینخدمه ینخرج بكفيل وإلا لا) به یفتی ولا ینخرج لمعالجة وكسب قبل ولا ینكسب فیہ ولو له ديون خرج لیخاصم ثم یحبس نخابية (ولا یضرب) المحبوس إلا فی ثلاث : إذا امتنع عن كفارة ظہار

وحاصله أنها إذا حبسته وكانت من أهل الفساد وینحش علیها فعل ذلك إذا لم یكن مراقبا لها یكون مظنة أن حبسها له لأجل ذلك لا مجرد استيفاء حقها منه ، فله حبسها معه أما إذا لم تكن كذلك فلاوجه لحبسها معه وهذا محل ما فی الخلاصة (قوله من وطء جاريتہ) وكذا زوجته كما مر وقيل ینمى من ذلك لأن الوطء ليس من الخواتج الأصلية فتح (قوله وفي الخلاصة ینخرج بكفيل) هذا هو الصواب فی نقل عبارة الخلاصة ، ونقل عنها فی البحر ینخرج الكفيل فكانه سقطت الباء من نسخته كما نبه علیہ فی النهر وكذا الرملی وقال أيضا : والمعجب أن البزازی وقع فی ذلك فقال وذكر القاضی أن الكفيل ینخرج لجنازة الوالدین الخ والذى فی فتاوى القاضی یعنی قاضيخان ینخرج بالكفيل (قوله وعليه الفتوى) قال فی الفتح : وفيه نظر لأنه لإبطال حق آدمی بلا موجب نعم إذا لم یكن له من یقوم بحقوق دفنه فعل ذلك وسئل محمد عما إذا مات والداه أینخرج؟ فقال لا اه .

وحاصله أن ما فی الخلاصة مخالف لنص محمد رحمہ الله تعالى قال فی البحر : وقد يدفع بأن نص محمد فی المديون أصالة والكلام فی الكفيل اه وهذا بناء على ما وقع له فی نسخة الخلاصة من التحريف على أنه لا یظهر الفرق بین المديون وكفيله كما قاله المصنف فی المنع (قوله ینخرج بكفيل) قال فی الفتح : وإن لم یكن له خادم ینخرج إن كان يموت بسبب عدم المرض ولا یجوز أن یكون الدين مفضيا للتسبب فی هلاكه اه ومقتضى التعليل أنه لو لم يجد كفيلًا ینخرج ، لكن فی المنع عن الخلاصة فإن لم يجد كفيلًا لا یطلقه تأمل (قوله وإلا لا) أى وإن وجد من ینخدمه لا ینخرج هكذا روى عن محمد هذا إذا كان الغالب هو الهلاك وعن أبی یوسف لا ینخرجه والهلاك فی السجن وغيره سواء والفتوى على رواية محمد منح عن الخلاصة (قوله لمعالجة) أى لمداواة مرضه لإمكان ذلك فی السجن (قوله قبل ولا ینكسب فیہ) كذا فی بعض النسخ ، وفي أكثرها بل ولا ینكسب فیہ وهى الصواب لأن التعبير بقيل یفید الضعف وقد صرح فی البحر وغيره بأن الأصح المنع ، وفي شرح أدب القضاء عن السرخسی أنه الصحيح من المذهب ، لأن الحبس مشروع لیضجر ومتى تمكن من الاكتساب لا یضجر ، فیكون السجن له بمنزلة الجائزات (قوله ولو له ديون خرج لیخاصم ثم یحبس) فیہ إشارة إلى أنه إذا ادعى علیه آخر بدين ینخرج لسماح الدعوى فإن أثبتته بالوجه الشرعى أعيد فی الحبس لأجلهما سائحا عن الهندية (قوله : إذا امتنع عن كفارة) لأن حق المرأة فی الجماع یفوت بالتأخير أشباه . واحترضه الحموی بأن حقها فی قضاء فی العمر مرة واحدة اه .

قلت : هذه المرة لأجل انتفاء العنة والضریق بها وإلا فلها حق فی الوطء بعدها ، ولذا حرم الإیلاء منها ویفرق بینهما بمضى مدته لأنه امتناع بسبب محذور ، وكذا فی الظہار لأنه منكر من القول فلذا ظهر فیہ المطالبة بالعود إليها ویضرب عند الامتناع وإن كان لا یضرب عند الامتناع عنها بغير سبب تأمل (قوله والإنفاق على قریبه) بالجر عطا على كفارة ، وكذا قوله والقسم كما هو ظاهر فافهم وهذا مخالف لما قدمه فی النفقة من أنه إذا امتنع من الإنفاق على القریب یضرب ولا یحبس ، ومثله فی القسم كما مر فی بابہ لكن قدمنا فی آخر النفقة أنه تابع البحر فی نقل ذلك عن البدائع ، وأن الذى فی البدائع أنه یحبس سواء كان أباً أو غيره بخلاف الممتنع من القسم فإنه یضرب ، ولا یحبس وهو الموافق لما سبذكره المصنف متنا وذكر فی البحر أنهم صرحوا بأنه لو امتنع من التكفير مع قدرته یضرب

والإنفاق على قريبه والقسم بين نسائه بعد وعظا والضابط مايفوت بالتأخير لا إلى حذف أشباه .
قلت : وزاد ما في الوهبانية :

وإن فر يضرب دون قيد تأديبا وتطيين باب الحبس في العنت يذكر

(ولا يغزل) إلا إذا خاف فراره فيقيد أو يحول لسجن اللصوص وهل يطئن الباب الرأى فيه للقاضي بزازية (ولا يجرد ولا يؤجر) وعن الثاني يؤجره لقضاء دينه (ولا يقام بين يدي صاحب الحق إهانة) له ولو كان ببلد لا قاضي فيها لازمه ليلا ونهارا حتى يأخذ حقه جواهر الفتاوى (وتعيين مكانه) أى مكان الحبس عند عدم إرادة صاحب الحق (للقاضي) إلا إذا طلب المدعى مكانا آخر) فيجيبه لذلك قنية وأفتى المصنف تبعا لقارى الهداية بأن العبرة في ذلك لصاحب الحق لا للقاضي اه . وفي النهر : ينبغي أن لا يجاب لو طالب حبسه في مكان اللصوص ونحوه .

[فرع] في البحر مع المحيط ويجعل للنساء سجن على حدة نفيا للفتنة (وإذا ثبت الحق للمدعى) ولو دانقا وهو سدس درهم (بيينة عجل حبسه بطلب المدعى) لظهور المطل بإنكاره (ولا) يثبت بيينة بل بإقرار (لم يعجل) حبسه بل بأمره بالأداء

وكذا لو امتنع من الإنفاق على قريبه بخلاف سائر الديون اه (قوله والضابط) أى لما يضرب فيه المحبوس ، فإنه بالامتناع عما ذكر يفوت الواجب لا إلى خلف فإن نفقة القريب تسقط بالمضى ولو مقضيا بها أو متراضى عليها وكذا الوطاء والقسم بفوتان بالمضى (قوله ما في الوهبانية) الشطر الثاني لشارحها غير فيه نظم الأصل (قوله وإن فر) أى من الحبس (قوله في العنت يذكر) أى إذا كان متعنتا لا يؤدي المال ، قبل يطئن عليه الباب ويترك له ثقبه يلتقى له الخبز والماء ، وقيل : الرأى فيه للقاضي وهو ما يذكره قريبا عن البزازية (قوله ولا يغزل) أى لا يوضع له الغل بالضم وهو طوق من حديد يوضع في العنق جمعه أغلال كقفل وأقفال مصباح وأما القيد فما يوضع في الرجل (قوله ولا يجرد) أى من ثيابه في الحبس (قوله وعن الثاني) عبارة النهر ولا يؤجر بخلاف ما عن الثاني (قوله لا قاضي فيها) بأن مات أو عزل منح عن الجواهر (قوله لازمه) ولا يمنعه عن الاكتساب والدخول إلى بيته لأنه لا ولاية له عليه بخلاف القاضي لأن له ولاية المنع والحبس وغيره منح عن الجواهر (قوله قنية) عبارتها ادعى على بنته مالا وأمر القاضي بحبسها فطلب الأب منه أن يحبسها في موضع آخر غير السجن حتى لا يضيع عرضه يجيبه القاضي إلى ذلك وكذا في كل مدع مع المدعى عليه اه (قوله وأفتى المصنف الخ) ذكر في المنع عبارة قارى الهداية ثم قال : ولا منافاة بين هذا وبين ما ذكرناه ، لأن القاضي يعين مكان الحبس عند عدم إرادة صاحب الحق : أما لو طلب صاحب الحق مكانا فالعبرة في ذلك له اه (قوله وإذا ثبت الحق للمدعى) أى عند القاضي كافي الهداية وغيرها وظاهره أن المحكم لا يحبس قال في البحر ولم أره نهر ، لكن نقل الحموى عن صدر الشريعة أن له الحبس (قوله ولو دانقا) في كافي الحاكم ويحبس في درهم وفي أقل منه اه . ومثله في الفتح معللا بأن ظلمه بتحقيق بمنع ذلك (قوله بيينة) أو بنكول بحر عن القلانسي (قوله عجل حبسه) إلا إذا ادعى الفقر فيما يقبل فيه دعواه ط (قوله بطلب المدعى) ذكره قاضيخان وهو قيد لازم منح (قوله لم يعجل حبسه) لأن الحبس جزاء الماطلة ولم يعرف كونه بماطلة في أول الوهلة فلعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله هداية (قوله بل يأمره بالأداء) ينبغي أن يقيد هذا بما إذا لم يتمكن القاضي من أداء ما عليه بنفسه كما إذا ادعى حينما في يده غيره أو ودبعت له عنده وبرهن أنها هي التي في يده أو دينا له عليه ، وبرهن على ذلك فوجد

فإن أبي حبسه وعكسه السرخسي وسوى بينهما في الكنز والدرر واستحسنه الزيلعي والأول مختار الهداية والوقاية والمجمع ، قال في البحر وهو المذهب عندنا اه :
قلت : وفي منية المفتي لو ثبت ببينة يحبس في أول مرة وبالإقرار يحبس في الثانية والثالثة دون الأولى فليكن التوفيق (ويحبس) المديون

معه ما هو من جنس حقه ، كان للقاضي أن يأخذ العين منه وما هو من جنس حقه ، ويدفعه إلى المالك غير محتاج إلى أمره بدفع ما عليه ، وقد قالوا : إن رب الدين إذا ظفر بجنس حقه له أن يأخذه ، وإن لم يعلم به المديون فالقاضي أولى نهر وتبعه الحموي وغيره ط .

قلت : لكن كونه غير محتاج إلى أمره بالدفع فيه نظر ، لأن القاضي لا يتحقق له ولاية أخذ مال المديون ، وقضاء دينه به إلا بعد الامتناع عن فعل المديون ذلك بنفسه فكان المناسب ذكر هذا عند قوله فإن أبي حبسه فيقال إنما يحبس إذا لم يتمكن القاضي الخ فافهم (قوله فإن أبي حبسه) فلو قال أمهلني ثلاثة أيام لأدفعه إليك فإنه يمهل ولم يكن بهذا القول ممتنعاً من الأداء ولا يحبس شرح الوهبانية عن شرح الهداية ، ومثله قول المصنف الآتي ، ولو قال أبيع عرضي وأقضي ديني الخ (قوله وعكسه السرخسي) وهو أنه إذا ثبت بالبينة لا يحبس لأول وهلة ، لأنه يعتبر بآني ما كنت أعلم أن علي ديناً له بخلافه بالإقرار لأنه كان عالماً بالدين ولم يقضه حتى أحوجه إلى شكواه فتع (قوله وسوى بينهما في الكنز) حيث قال : وإذا ثبت الحق للمدعي أمره بدفع ما عليه ؛ فإن أبي حبسه وعبارة متن الدرر أصرح : وهي وإذا ثبت الحق على الخصم بإقراره أو ببينة أمره بدفعه الخ وفي كافي الحاكم ولا يحبس الغريم في أول ما يقدمه إلى القاضي ، ولكن بقول له قم فارضه فإن عاد به إليه حبسه اه (قوله واستحسنه الزيلعي) حيث قال والأحسن ما ذكره هنا أي في الكنز فإنه يؤمر بالإبقاء مطلقاً ، لأنه يحتمل أن يوفي فلا يعجل بحبسه قبل أن يتبين له حاله بالأمر والمطالبة (قوله وهو المذهب عندنا) صرح بذلك في شرح أدب القضاء ، وقال إن التسوية بينهما رواية :

قلت : لكن سمعت عبارة كافي الحاكم ، وهو الجامع لكتب ظاهر الرواية إلا أن عبارته ظاهرها التسوية ، فيمكن إرجاعها إلى ما في الهداية فلا ينافي قوله وهو المذهب تأمل (قوله فليكن التوفيق) لم يظهر لنا وجهه على أن ما نقله عن منية المفتي لم أجده فيها ، بل عبارتها هكذا ولا يحبس في أول ما يتقدم إليه ويقول له قم فارضه فإن عاد إليه حبسه اه وهي عبارة الكافي المارة ثم رأيت بعضهم نبه على ما ذكرته (قوله ويحبس المديون الخ) اعلم أن المدعي إذا ادعى ديناً وأبنته يؤمر المديون بدفعه ، فإن أبي وطلب المدعي حبسه وهو غني يحبس ، ثم إن كان الدين ثمناً ونحوه من الأربعة المذكورة في المتن ، وادعى المديون الفقر لا يصدق لأن إقدامه على الشراء ونحوه مما ذكر دليل على عدم فقره ، فيحبس إلا إذا كان فقره ظاهراً كما سياتي وإن كان الدين غير الأربعة المذكورة وادعى الفقر فالقول اه ولا يحبس إلى آخر ما سيجيء :

[تنبيه] أطلق المديون فشمّل المكاتب والعبد المأذون والصبي المحجور ، فإنهم يحبسون لكن الصبي لا يحبس بدين استهلاك بل يحبس والده أو وصيه فإن لم يكونا أمر القاضي رجلاً يبيع ماله في دينه كذا في البرازية بحر :

قلت : وحبس والده أو وصيه بدين الاستهلاك إنما هو حيث كان للصبي مال وامتنع الأب أو الوصي من بيعه أما إذا لم يكن له مال فلا يحبس كما يعلم من آخر العبارة وهو ظاهر ، والقول له إنه فقير لأن دين الاستهلاك مما لا يحبس به إذا ادعى الفقر كما يأتي وسيدكر الشارح آخر الباب نظماً من لا يحبس ، وفيه تفصيل للثلاثة المذكورين

(في) كل دين هو بدل مال أو ملتزم بعقد درر ومجمع وملتقى مثل (التمن) وأولمنفعة كالأجرة (والقرض) ولو لذي (والمهر المعجل وما لزمه بكفالة) ولو بالدرك أو كفيل الكفيل وإن كثروا بزازية لأنه التزمه بعقد كالمهر هذا هو المعتمد

(قوله في كل دين هو بدل مال) كتمن المبيع وبدل القرض وقوله أو ملتزم بعقد كالمهر والكفالة ، وهو من عطف العام على الخاص فلو اقتصر عليه كما وقع في بعض الكتب لاغناء عما قبله زاد في البحر من القلانسي ، وفي كل عين يقدر على تسليمها وسيأتي في كلام الشارح :

ثم اعلم أن هذه العبارة التي عزاها الشارح إلى الدرر ، والمجمع والملتقى أضلها للقدوري بدل عنها صاحب الكنز إلى قوله في التمن والقرض والمهر المعجل ، وما التزمه بالكفالة وتبعه المصنف لوجهين نبه عليهما في النهر : الأول أن قوله بدل مال يدخل فيه بدل المغصوب وضمان المتلفات ، والثاني أن قوله أو ملتزم بعقد يدخل فيه أيضا ما التزمه بعقد الصلح عن دم العمد والخلع مع أنه لا يجبس في هذه المواضع إذا ادعى الفقر اه وصرح الشارح بعد أيضا بأنه لا يجبس فيها فكان عليه عدم ذكر هذه العبارة ، لكن ما ذكره في النهر غير مسلم أما الأول فلأن المراد بدل مال حصل في يد المديون ، كما سيأتي فيكون دليلا على قدرته على الوفاء بخلاف ما استهلكه من الغصب ، وأما الثاني فلأنه يجبس في الصلح والخلع كما تعرفه فالأحسن ما فعله الشارح تبعا للزيلعي ليفيد أن الأربعة التي في المتن غير قيد احترازي فافهم لكن الشارح نقض هذا فيما ذكره بعد كما تعرفه (قوله مثل التمن) شمل التمن ما على المشتري وما على البائع بعد فسخ البيع بينهما باقالة أو خيار ، وشمل رأس مال السلم بعد الإقالة وما إذا قبض المشتري المبيع أولا بحر (قوله كالأجرة) لأنها تمن المنافع بحر فإن المنفعة وإن كانت غير مال لكنها تتقوم في باب الإجارة للضرورة (قوله ولو لذي) يرجع إلى التمن والقرض وكان المناسب ذكره عقب قوله ويجبس المديون قال في البحر : أطلقه فأفاد أن المسلم يجبس بدين الذي والمستأمن وعكسه اه (قوله والمهر المعجل) أي ما شرط تعجيله أو تعرف نهر (قوله وما لزمه بكفالة) استثنى منه في الشربلالية كفيل أصله كما لو كفل أباه أو أمه أي فإنه لا يجبس مطلقا لما يازم عليه من حبس الأب معه وفيه كلام قدمناه في الكفالة (قوله ولو بالدرك) هو المطالبة بالتمن عند استحقاق المبيع ، وهذا ذكره في النهر أخذا من إطلاق الكفالة ثم قال ولم أره صريحا (قوله أو كفيل الكفيل) بالنصب خبر لكان المقدر بعد لو فهو داخل تحت المبالغة : أي ولو كان كفيل الكفيل فدخل تحت المبالغة الأصيل وكفيله قال في البحر وأشار المؤلف إلى حبس الكفيل والأصيل معا الكفيل بما التزمه ، والأصيل بما لزمه بدلا عن مال ، وللکفيل بالأمر حبس الأصيل إذا حبس كذا في المحيط وفي البزازية يتمكن المكفول له من حبس الكفيل ، والأصيل وكفيل الكفيل وإن كثروا اه (قوله لأنه التزمه بعقد) أي لأن الكفيل التزم المال بعقد الكفالة وكذا كفيله وقوله كالمهر أي فإن الزوج التزمه بعقد النكاح ، فكل منهما وإن لم يكن مبادلة مال بمال لكنه ملتزم بعقد ، والتعليل المذكور لثبوت حبسه بما ذكر وإن ادعى الفقر فإن التزمه ذلك بالعقد دليل القدرة على الأداء لأن العاقل لا يلتزم مالا قدرة له عليه فيحبس وإن ادعى الفقر لأنه كالمتناقض لوجود دلالة اليسار وظهر به وجه حبسه أيضا بالتتمن والقرض لأنه إذا ثبت المال بيده ثبت غناه به أفاد ذلك في الفتح وغيره والأخير مبني على التمسك بالأصل فإن الأصل بقاؤه في يده (قوله هذا هو المعتمد) الإشارة إلى ما في المتن من أنه يجبس في الأربعة المذكورة وإن ادعى الفقر وهذا أحد خمسة أقوال ثانيها : ما في الحانية ثالثها : القول للمديون في الكل : أي في الأربعة وفي غيرها مما يأتي رابعها للدائن في الكل خامسها أنه يحكم الزى أي الهيئة إلا الفقهاء والعلوية لأنهم يتزبون بزى الأغنياء وإن كانوا فقراء صيانة لماء وجههم كما في أنفع الوسائل :

خلافاً لفتوى قاضيخان لتقديم المتون والشروح على الفتاوى بحر فليحفظنم هذه في الاختيار لبديل الخلع هنا خطأ
فتنه وزاد القلاسي أنه يجبس أيضاً في كل عين يقدر على تسليمها كالعين المنصوبة

مطلب إذا تعارض ما في المتون والفتاوى فالمعتمد ما في المتون

(قوله خلافاً لفتوى قاضيخان) حيث قال : إن كان الدين بدلا عن مال كالقرض ، وضمن المبيع فالقول للمدعى ، وعليه الفتوى وإن لم يكن بدل مال فالقول للمدين اهـ وعليه فلا يجبس في المهر والكفالة .
قال في البحر : وهو خلاف مختار المصنف تبعاً لصاحب الهداية وذكر الطرسوسي في أنفع الوسائل أنه
أى ما في الهداية المذهب المفتى به : فقد اختلف الإفتاء فيما التزمه بعقد ولم يكن بدل والعمل على ما في المتون ،
لأنه إذا تعارض ما في المتون والفتاوى ، فالمعتمد ما في المتون كما في أنفع الوسائل ، وكذا يقدم ما في الشروح على
ما في الفتاوى اهـ .

قلت : وما في الخاتمة نقل في أنفع الوسائل عن المبسوط أنه ظاهر الرواية (قوله نعم هذه في الاختيار لبديل
الخلع هنا خطأ) هذه بالرفع مبتدأ واللام في لبديل متعلق به وخطأ خبر المبتدأ وفي بعض النسخ كبديل بالكاف
وهو تحريف وقوله هنا : أى فيما يكون القول فيه للمدعى كالمسائل الأربع ، وعبارة الاختيار هكذا وإن
قال المدعى هو موسر وهو يقول أنا معسر ، فإن كان القاضى يعرف يساره أو كان الدين بدل مال كالثمن
والقرض ، أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة ، وبديل الخلع ونحوه حسبه لأن الظاهر بقاء ما حصل في يده ،
والتزامه بدل على القدرة الخ .

ثم اعلم أن ما ذكره الشارح من التخطئة أصلها للطرسوسي في أنفع الوسائل وتبعه في البحر والنهر وغيرهما
وأقروه على ذلك وذلك غير وارد وبيان ذلك أن الطرسوسي ذكر مسألة اختلاف المدعى والمدعى عليه في الفقر وعدمه
ونقل عبارات الكتب منها كتاب اختلاف الفقهاء للطحاوى أن كل دين أصله من مال وقع في يد المدين كالثمن
البياعات والقروض ونحوها حسبه ، وما لم يكن أصله كذلك كالمهر والخلع والصلح عن دم العمد ونحوه لم يحبس
حتى يثبت ملاءته اهـ ونقل نحوه عن متن البحر المحيط وغيره ، وذكر عن السغنائى وغيره حكاية قول آخر أيضاً ،
وهو أن كل دين لزمه بعقد فالقول فيه للمدعى وكل دين لزمه حكماً لا مباشرة العقد فالقول فيه للمدين قالوا :
وهذا القول لا فرق فيه بين ما ثبت بدلا عن مال أولاً ثم إن الطرسوسي قال : إن صاحب الاختيار أخطأ ، حيث
جعل بدل الخلع كالثمن والقرض في أن القول فيه للمدعى وهو مخالف لما نقلناه عن اختلاف الفقهاء للطحاوى
ومتن البحر المحيط وغيره وأيضاً فإن الخلع ليس بدلا عن مال هذا حاصل كلامه وإذا أمعت النظر تعلم أنه كلام
ساقط فإن ما ذكره عن اختلاف الفقهاء ومتن البحر المحيط وغيره هو القول الذى مر عن قاضيخان وما ذكره
عن السغنائى وغيره هو الذى مشى عليه القدورى ، ونقله الشارح عن الدرر والمجمع والملتى فالقول الأول اعتبر
في كون القول للمدعى كون الدين بدلا عن مال حصل في يد المدين ، ولم يعتبر كونه بعقد ، ولا شك أن المهر
وبديل الخلع والصلح عن دم العمد ، وإن كان بعقد لكنه ليس بدلا عن مال ، فلا يكون القول فيه للمدعى بل للمدين
فلا يجبس فيه والقول الثانى : اعتبر كون الدين ملتزماً بعقد سواء كان بدلا عن مال أو غيره ، ولا شك أن الخلع ملتزم
بعقد كالمهر فيكون القول فيه للمدعى ، والذين صرحوا بأن بدل الخلع لا يجبس فيه المدين هم أهل القول الأول
فجعلوه كالمهر لكون كل منهما ليس بدلا عن مال وقد علمت أن صاحب الاختيار من أهل القول الثانى فإنه اعتبر
العقد كما قدمناه عنه ، فلذا جعل القول للمدعى في المهر والكفالة والخلع ، ويلزم منه أيضاً أن يكون الصلح عن

(لا) يجبس (في غيره) أى غير ماذكر وهو تسع صور : بدل خلع ومغصوب ومتاف ودم عمد وعتق حظ شريك وأرش جنابة ونفقة قريب وزوجة

دم العمد كذلك لأنه بعقد وحينئذ فاعتراض الطرسوسى على صاحب الاختيار بما حكاه أهل القول الأول ساقط فإن صاحب الاختيار لم يقل بقولهم ، حتى يعترض عليه بذلك بل قال بالقول الثانى كبقية أصحاب المتون غير أنه زاد على المتون التصريح بالخلع لدخوله تحت العقد وتبعه فى الذرر كيف وصاحب الاختيار إمام كبير من مشايخ المذهب ، ومن أصحاب المتون المعتبرة وأما الطرسوسى ، فلقد صدق فيه قول المحقق ابن الهمام إنه لم يكن من أهل الفقه فافهم واغتم تحقيق هذا الجواب ، فإنك لا تجده فى غير هذا الكتاب والحمد لله ملهم الصواب ثم بعد مدة رأيت فى مختصر أنفع الوسائل للزهيرى ردا على الطرسوسى بنحو ما قلنا والله الحمد (قوله لا يجبس فى غيره) أى إن ادعى الفقر كما يأتى (قوله بدل خلع) الصواب إسقاطه كما علمت من أنه من القسم الأول (قوله ومغصوب) بالجر عطفًا على خلع ، وكذا ما بعده أى وبدل مغصوب : أى إذا ثبت استهلاكه للمغصوب ، ولزمه بدله من القيمة أو المثل وادعى الفقرا لا يجبس ، لأنه وإن كان مال دخل فى يده ، لكنه باستهلاكه لم يبق فى يده حتى يدل على قدرته على الإيفاء بخلاف ممن المبيع ، فإن المبيع دخل فى يده ، والأصل بقاؤه كما مر فلذا يجبس فيه وبخلاف العين المغصوبة القادر على تسليمها ، فإنه يجبس أيضا على تسليمها كما قدمه آنفا عن تهذيب القلانسى ، فلانفاة بينه وبين ما هنا قال فى أنفع الوسائل وقولهم : أو ضمان المغصوب ، معناه : إذا اعترف بالغصب وقال : إنه فقير وتصادقا على الهلاك أو حبس لأجل العلم بالهلاك ، فإن القول للغاصب فى العسرة هكذا ذكره السفغاقى وتاج الشريعة وحيد الدين الضرير اه (قوله ومتلف) أى وبدل ما أنلفه من أمانة ونحوها (قوله ودم عمد) أى بدل الصلح عن دم عمد قال فى أنفع الوسائل معناه : أنه لو قتل مورثه عمدا فصالحه على مال فادعى أنه فقير يكون للقول قول القائل فى ذلك لأنه ليس بدلا عن مال وما صرح بهذه أحد سوى الطحاوى فى اختلاف الفقهاء ، وهو صحيح موافق للقواعد ، وداخل تحت قولهم هما ليس بمال اه :

قال فى البحر : ويشكل جعلهم القول فيه للمديون مع أنه التزمه بعقد اه .
أقول : لا إشكال فيه لأن ذلك مبنى على القول بعدم اعتبار العقد ، وأن المعتبر هو كون الدين بدلا عن مال وقع فى يد المديون كما علمته مما نقلناه سابقا من عبارة الطحاوى وهذا القول هو الذى مر عن الخالية ، وأما على القول الذى مشى عليه القدورى وصاحب الاختيار وغيرهما من أصحاب المتون من أن المعتبر ما كان بدلا عن مال أو ملتزما بعقد ، وإن لم يكن بدلا عن مال ، فلا شك فى دخول هذه الصورة فى العقد ، فتكون على هذا القول من القسم الأول الذى يكون القول فيه للمدعى ، لأنها كالمهر وإنما يشكل الأمر لو صرح أحد من أهل هذا القول بأن بدل دم العمد يكون القول فيه للمديون مع أنه لم يصرح بذلك أحد إلا الطحاوى القائل بالقول الأول ، فعلمنا أنه مبنى على أصله من أنه لا يعتبر العقد أصلا فعارضة أهل القول الثانى بهذا القول غير واردة والإشكال ساقط كما قررنا نظيره فى مسألة الخلع وبهذا ظهر أن الصواب إسقاط هذه الصورة أيضا وذكرها فى القسم الأول (قوله وعتق حظ شريك) أى لو أعتق أحد شريكى عبد حصته منه بلا إذن الآخر واختار الآخر تضمينه فادعى المعتق الفقر فالقول له لأن تضمينه لم يجب بدلا عن مال وقع فى يده ، ولا ملتزما بعقد حتى يكون دليل قدرته بل هو فى الحقيقة ضمان إتلاف (قوله وأرش جنابة) هذا وما بعده مرفوع عطفًا على بدل لا على خلع المجرور ، لأن الأرش هو بدل الجنابة والمراد أرش جنابة موجبا المال دون القصاص (قوله ونفقة قريب وزوجة) أى نفقة مدة ماضية مقضى بها أو متراضى عليها ، لكن نفقة القريب تسقط بالمضى إلا إذا كالت مستدانة بالأمر ، وسيدكر المصنف

ومؤجل مهر :
قلت : ظاهره ولو بعد طلاق وفي نفقات البزازیة یثبت اليسار بالإخبار هنا بخلاف سائر الديون ، لكن أفتی ابن نجیم بأن القول له بيمينه مالم یثبت غناه فراجعه ولو اختلفا فقال المديون : ليس بدل مال وقال الدائن : إنه ثمن متاع فالقول للمديون مالم یبرهن رب الدين طرسوسى بحثا وأقره فی النهر .
[فرع] لا یحبس فی دين مؤجل وكذا لا یمنع من السفر قبل حلول الأجل ، وإن بعذر له السفر معه فإذا حل منه حتى یوفیه بدائع وقدمناه فی الكفالة (إن ادعى) المديون (الفقر) إذ الأصل العسرة (إلا أن یبرهن غريمه علی غناه) أى علی قدرته علی الوفاء ولو باقتراض أو بتقاضى غريمه (فيحبسه) حينئذ (بما رأى) ولو يوما هو الصحيح

مسألة النفقة (قوله ومؤجل مهر) استشكله فی البحر بأنه التزمه بعقد أى فيكون من القسم الأول ؛ لكن جوابه أنه لما علم عدم مطالبته به فی الحال لم بدل علی قدرته علیه بخلاف المجل شرطاً أو عرفاً (قوله قلت ظاهره ولو بعد طلاق) هذا هو المتعين ، لأنه قبل الطلاق أو الموت لا یطالب به فكيف يتوهم حبسه به (قوله وفي نفقات البزازیة الخ) الأنسب ذكر هذا عند قول المتن الآتی إلا أن یبرهن غريمه علی غناه وعبارة البزازیة كما فی البحر ، وإن لم یكن لها بینه علی يساره ، وطلبت من القاضی أن یسأل من جيرانه لا یحب علیه السؤال ، وإن سأل كان حسناً ، فإن سأل فأخبره عدلان بیساره ثبت اليسار بخلاف سائر الديون حيث لا یثبت اليسار بالإخبار ، وإن قالوا سمعنا أنه موسر أو بلغنا ذلك لا یقبله القاضی اهـ (قوله لكن الخ) فإن قوله مالم یثبت غناه المتبادر منه كونه بالشهادة ویمكن أن یقال الثبوت فی دين النفقة بالإخبار فی غيره بالإشهاد فعبارة غیر معينة ط .

قلت : لكن قول المصنف الآتی إلا أن یبرهن یقتضى عدم الفرق نعم عبارة الكفر والهداية إلا أن یثبت لكن قیده الزیلعی بالبینه تأمل (قوله فالقول للمديون) أى فلا یحبس إن ادعى الفقر (قوله وأقره فی النهر) وكذا فی البحر ووجه ظاهر لإسكاره ما یوجب حبسه (قوله لا یحبس فی دين مؤجل) لأنه لا یطالب به قبل حلول الأجل (قوله وإن بعد) أى السفر بحيث یحل الأجل قبل قدومه (قوله وقدمناه فی الكفالة) أى فی آخرها وقدمنا هناك ترجیح إلزامه بإعطاء كفیل فراجعه (قوله إن ادعى الفقر) قید لقوله لا یحبس فی غيره (قوله إذ للأصل العسرة) لأن الآدی یولد فقیراً لا مال له ، والمدعى بدعى أمراً عارضاً فكان القول لصاحبه مع یمینه مالم ینكذب الظاهر ، إلا أن یثبت المدعى بالبینه أن له مالا بخلاف ما تقدم ، لأن الظاهر ینكذب زیلعی (قوله أى علی قدرته علی الوفاء) أى ليس المراد بالغنى ملك النصاب لأنه یحبس فيما دونه أفاده فی الفتح (قوله ولو باقتراض) فی البزازیة لو وجد المديون من یقرضه فلم یفعل فهو ظالم ، وفى كراهية القنية لو كان للمديون حرفة نفى إلى قضاء دينه فامتنع منها لا یعذر اهـ وكل من الفرعین ینبغى تهريمه علی ما یقبل فيه قوله فإذا ادعى فی المهر المؤجل مثلاً أنه معسر ووجد من یقرضه ، أو كان له حرفة توفیه فلم یفعل حبسه الحاكم ، لأن الحبس جزاء الظلم ، وأما ما لا یقبل فيه قوله فظلمه فيه ثابت قبل وجود من یقرضه نهر (قوله أو بتقاضى غريمه) بأن كان له مال علی غريم موسر :

قال فی البزازیة : فإن حبس غريمه الموسر لا یحبس وفيها ولو كان للمحبوس مال فی بلد آخر یطلقه بكفيل اهـ (قوله فيحبسه حينئذ) أى حين إذ قام البرهان علی غناه فی هذا القسم ، وبمجرد دعوى المدعى غناه فی القسم الأول كما مر (قوله ولو يوماً) أخذه فی البحر من ظاهر كلامهم (قوله هو الصحيح) صرح به فی الهداية ، لأن المقصود من الحبس الضجر والتسارع لقضاء الدين وأحوال الناس فيه متفاوتة ومقابله رواية تقديره بشهرين

يل في شهادات الملتقط قال أبو حنيفة : إذا كان المعسر معروفا بالعسرة لم أحبسه ، وفي الخانية ولو فقره ظاهرا
سأل عنه عاجلا وقبل بينته على إفلاسه وخلى سبيله نهر وفي البرازية قال المديون حلفه أنه ما يعلم أني معسر أجابه
القاضي فإن حلف حبسه بطله وإن نكل بخلاه وأقره المصنف وغيره .

قلت : قدمنا أن الرأي لمن له ملكة الاجتهاد فتنبه (ثم) بعد حبسه بما يراه لو حاله . شكلا عند القاضي
وإلا عمل بما ظهر بحر واعتمده المصنف (سأل عنه) احتياطا لوجوبها من جبرانه ويكفي عدل بغيبة دائن وأما المستور
فإن وافق قوله رأى القاضي عمل به وإلا أنفع الوسائل بحثا ولا يشترط حضرة الخصم ولا لفظ الشهادة إلا إذا تنازعا
في اليسار والإعسار قهستاني .

أو ثلاثة وفي رواية بأربعة وفي رواية بنصف حول (قوله لم أحبسه) أي ولو كان الدين ثمنا أو قرضا كما هو ظاهر
الإطلاق ، وهو أيضا مقتضى عبارة شرح الاختيار التي قدمناها (قوله ولو فقره ظاهرا الخ) أفاد أن قوله فيحبسه
بما يرى إنما هو حيث كان حاله مشكلا كما نبه عليه الشارح بعده . وفي شرح أدب القضاء قال محمد بعد ذكر
التقدير هذا إذا أشكل على أمره أفقر أم غنى وإلا سألت عنه عاجلا ، يعني إذا كان ظاهر الفقر أقبل البيئنة على
الإفلاس وأخلى سبيله اه (قوله قال المديون) أي بما أصله ثمن ونحوه إذ القسم الثاني القول فيه للمديون
أنه معسر ، فلا يحتاج إلى تحليف الدائن نعم يتأني فيه أيضا إذا أثبت يساره لكنه بعيد إذ لا يحلف المدعى بعد
البيئنة تأمل (قوله قلت قدمنا الخ) تقييد لقول المصنف فيحبسه بما رأى وقدم الشارح ذلك عند قول المصنف
قبل هذا الفصل ، ولا يخبر إذا لم يكن مجتهدا وقد تبع الشارح في هذا القهستاني قال ح : أقول مثل هذا لا يتوقف
على كون القاضي مجتهدا كما لا يخفى اه أي فإن ما يقتضيه حال ذلك المديون من قدر مدة حبسه التي يظهر فيها
أنه لو كان له مال لأظهره يستوى في علم ذلك المجتهد وغيره بدون توقف على العلم باللغة والكتاب والسنة متنا
وسندا كما لا يخفى ، فالظاهر حمل ما قالوه فيما يفرض إلى رأى القاضي من الأحكام والله سبحانه أعلم (قوله ثم بعد
حبسه الخ) الظرف متعلق بقول المصنف الآتي سأل عنه ، وقوله لو حاله مشكلا قيد لقوله حبسه بما يراه وقوله
وإلا أي إن لم يكن مشكلا بأن كان فقره ظاهرا وهذا كله يغني عنه ما قبله (قوله احتياطا لوجوبها) قال شيخ
الإسلام لأن الشهادة بالإعسار شهادة بالنفي فكان للقاضي أن لا يسأل ، ويعمل برأيه ولكن لو سأل مع هذا
كان أحوط زيلعي .

وقال في الفتح : وإلا فبعد مضي المدة التي يغلب ظن القاضي أنه لو كان له مال دفعه وجب إطلاقه إن لم يقم
المدعى بيئنة يساره من غير حاجة إلى سؤال (قوله ويكفي عدل) والاثنان أحوط وكيفية أنه يقول المخبران حاله
حال المعسرين في نفقته وكسوته وحاله ضيقة وقد اخترنا حاله في السر والعلانية بحر عن البرازية وقيد سماع هذه
الشهادة بما بعد الحبس ومضي المدة ، لأنها قبل الحبس لا تقبل في الأصح كما يأتي وكذا قبل المدة التي يراها القاضي
كما سنذكره (قوله بغيبة دائن) أي يكفي ذلك في غيبة الدائن ، فلا يشترط لسماعها حضرته لكن إذا كان غائبا
سمعا وأطلقه بكفيل كما في البحر عن البرازية وسيأتي مع زيادة . لو كان الدين لوقف أو يتيم (قوله وأما المستور
الخ) فيه كلام يأتي قريبا (قوله ولا يشترط حضرة الخصم) يغني عنه قوله بغيبة دائن (قوله إلا إذا تنازعا الخ)
قال في النهر وقيد في النهاية الاكتفاء بالواحد بما إذا لم تقع خصومة ، فإن كانت كأن ادعى المحبوس الإعسار ورب
الدين يساره فلا بد من إقامة البيئنة على الإعسار اه ومثله في البحر .

قلت : وهذا مشكل فإن ما مر من الاكتفاء بعدل لاشك أنه عند المنازعة إذ لو اعترف المدعى بفقر المحبوس
أو اعترف المحبوس بغناه لم يحنج إلى سؤال ولا إلى إخبار ، ثم رأيت في أنفع الوسائل نقل عبارة النهاية المارة بزيادة

قلت : لكنها بالإعسار للنفي وهي ليست بحجة ولذا لم يجب السؤال أنفع الوسائل فتنبيه (فإن لم يظهر له مال خلاه) بلا كفيل إلا في ثلاث مال يتيم ووقف وإذا كان الدائن غائبا ثم لا يجبهه ثانيا لا للأول ولا لغيره حتى يثبت غريمه غناه بزائية وفي القنية برهن المحبوس على إفلاسه فأراد الدائن إطلاقه قبل تفليسه فعلى القاضي القضاء به حتى لا يعيده الدائن ثانيا :

وهي فإن شهدا بأنه معسر خلى سبيله ولا تكون هذه شهادة على النفي فإن الإعسار بعد اليسار أمر حادث ، فتكون شهادة بأمر حادث لا بالنفي اه فأفاد أن هذه الخصومة بإعسار حادث يعني إذا أراد حبسه فيها يكون القول فيه للمدعى بيساره أو في القسم الآخر وبرهن على يساره بارث من أبيه منذ شهر مثلا ، وهو ادعى إعسارا حادثا فلا بد فيه من نصاب الشهادة ، لأنها شهادة صحيحة لوقوعها على أمر حادث لا على النفي بخلاف الشهادة على أنه معسر ، فإنها قامت على نفي اليسار الذي يحبس بسببه لا على إعسار حادث بعده أو المراد إقامة البينة على إعساره بعد حبسه قبل تمام المدة التي يظهر فيها للقاضي عسرته ، لكن سيأتي أن سماع البينة قبل المدة خلاف ظاهر الرواية فتأمل (قوله قلت لكنها الخ) استدراك على التقييد بالعدل في قوله : ويكفي عدل فقد نقل في أنفع الوسائل عن الخلاصة أنه يسأل عنه الثقات والواحد يكفي ، ولا يشترط لفظ الشهادة ثم نقل عبارة شيخ الإسلام المارة ثم قال فقوله : أي شيخ الإسلام هذا ليس بواجب وهذا ليس بحجة ، وأن للقاضي أن لا يسأل يؤيد قولنا أنه لا يشترط العدالة في هذا الواحد ، لأنها تشترط في أمر واجب أو في إثبات حجة شرعية ، وإلا فلا فائدة في اشتراطها ، لأن القاضي له إخراجها بلا سؤال أحد عنه الخ ، وأراد بذلك الرد على الزيلعي حيث قيد بالعدل في قوله : والعدل الواحد يكفي وإثبات أن المستور الواحد يكفي دون الفاسق ، ثم قال والأحسن عندي أن يقال إن كان رأى القاضي موافقا لقول هذا المستور في العسرة يقبل وإلا بأن لم يكن للقاضي رأى في عسرة المحبوس أو يسر به فيشترط كون الخبر عدلا اه واستحسنه في النهر وغيره :

قلت : قد رجع إلى مقاله الزيلعي من حيث لا يشعر وذلك أنه إذا كان للقاضي رأى في عسرته بأن ظهر له حاله لا يحتاج إلى شاهد أصلا ، بل له إخراجها بلا سؤال ، والأحوط السؤال من عدل ليتحقق به ما رآه القاضي ولا يكون بمجرد رأيه ، ويظهر من كلام شيخ الإسلام المار وكذا من كلام الفتح الذي ذكرناه بعده أنه لا يلزمه العمل بقول ذلك العدل إذا خالف رأيه ، وإذا وافق قول الخبر رأى القاضي لاشك أنه يعمل به سواء كان الخبر عدلا أو فاسقا أو مستورا فعلم أن كلام الزيلعي محمول على ما إذا لم يكن للقاضي رأى بدليل قوله في شرح أدب القضاء وإذا مضت تلك المدة واحتاج القاضي إلى معرفة حاله سأل الثقات من جيرانه وأصدقائه الخ فقوله واحتاج دليل أنه لا رأى له فقد ظهر أنه في هذه الصورة تشترط العدالة كما اعترف به الطرسوسي : وفي الصورة الأولى لا تشترط عدالة ولا غيرها وإلا لم يكن للقاضي العمل برأيه وإخراج المحبوس بلا سؤال ، وبه ظهر سقوط هذا البحث من أصله فافهم واغتنم هذا التحرير (قوله ولذا لم يجب السؤال) أي سؤال القاضي عن حال المحبوس وإنما يسأل احتياطا كما مر (قوله فإن لم يظهر له مال خلاه) أي أطلقه من الحبس جبرا على الدائن نهر ثم إن إطلاقه باخبار واحد لا يكون ثبوتا ، حتى لا يجوز أن يقول هذا القاضي ثبت عندي أنه معسر ، ولا ينقل ثبوته إلى قاض آخر بل هذا يختص بهذا القاضي أنفع الوسائل وأقره في البحر والنهر (قوله ووقف) ذكره في البحر بحثا لحاقا باليتيم (قوله فعلى القاضي القضاء به) أي إذا أبي المحبوس أن يخرج حتى يقضى بإفلاسه كما في البحر وغيره (قوله حتى لا يعيده الدائن ثانيا) أي قبل ظهور غناه بمر والظاهر أن المراد أن لا يعيده قاض آخر لأن الأول ظهر له حاله فكيف يعيده إلى الحبس بل لا يعيده لا لهذا الدائن ولا لغيره حتى يثبت غناه كما هو صريح عبارة البرازية

[فرع] أحضر المحبوس الدين وغاب ربه يريد تطويل حبسه إن عامه وقدره أخذه أو كفيلا وخلاه خانية وفي الأشباه لا يجوز إطلاق المحبوس إلا برضا خصمه إلا إذا ثبت إيساره أو أحضر الدين للقاضي في غيبة خصمه (ولو قال) من يراد حبسه (أبيع عرضي وأقضى ديني أجله القاضي) يومين أو (ثلاثة أيام ولا) يحبسه لأن الثلاثة مدة ضربت لإبلاء الأعدار (ولواه عقار يحبسه) أي (ليبيعه ويقضى الدين) الذي عليه (ولو بثمن قليل) بزازية وسيجيء تمامه في الحجر (ولم يمنع غرماءه عنه) على الظاهر فيلزمونه نهارا لاليل إلا أن يكتسب فيه ويستأجر للمرأة مرة تلازمها منية :

المذكورة وأيضا إذا ثبت إيساره الحادث بشهادة تامة بعد خصومة كما مر فليس لقاض آخر حبسه ثانيا فيما يظهر لأنه يكون ثبوتنا فيتعدى بخلاف ما إذا أطلقه بإخبار واحد تأمل وقدم الشارح في الوقف في صور من ينتصب خصما عن غيره عد منها المديون إذا أثبت إيساره في وجه أحد الغرماء (قوله يريد تطويل حبسه) الظاهر أنه قيد باعتبار العادة وإلا ففي هيئته تطويل حبسه وإن لم يرد ذلك ولذا لم يقيد بذلك في عبارة الأشباه الآتية أفاده ط (قوله وقدره) بالنصب عطفًا على الضمير المنصوب في علمه (قواه أو كفيلا) أي بالمال أو النفس (قوله إلا إذا ثبت إيساره) المناسب إسقاط إلا وعطفه بأو والمراد بالثبوت الظهور ولو برأي القاضي أو إخبار عدل كما مر (قوله أبيع عرضي) انظر ما فائدة التقييد بالعرض ، فإن العقار كذلك فيما يظهر ، وكذا لو قال أمهاني ثلاثا لأدفعه كما قدمناه عن شرح الوهبالية ، وهذا أعم من أن يدفعه ببيع عرض أو عقار أو باستقراض أو استيهاب أو غير ذلك ولا داعي إلى ما قاله المصنف في المنع من حمله على المقيد هنا كما لا يخفى (قوله لإبلاء الأعدار) أي لاختبار مدعيها وبمحمل أن الهمة للسلب والإبلاء بمعنى الإفناء أي لإزالة الأعدار يعني أنه لا عذر له بعدها فالثلاثة تبلى الأعدار وتفنيها ط (قوله وسيجيء تمامه في الحجر) قال المصنف والشارح هناك والقاضي يحبس الحر المديون لبيع ماله لدينه وقضى دراهم دينه من دراهمه يعني بلا أمره وكذا لو كانا دنانيز وبيع دنانيزه بدراهم دينه وبالعكس استحسانا لانحادهما في الثمنية لا يبيع القاضي عرضه ولا عقاره للدين خلافا لهما وبه أي بقولها يبيعهما للدين يفتي اختيار وصححه في تصحيح القدوري ويبيع كل ما لا يحتاجه للحال ه :

وحاصله : أنه إذا امتنع عن البيع يبيع عليه القاضي عرضه وعقاره وغيرها وفي البرازية وفرع على صحة الحجر أنه يترك له دست من الثياب ويباع الباقي وتباع الجسنة ويشترى له الكفاية ويباع كانون الحديد ويشترى له من طين ويباع في الصيف ما يحتاجه للشتاء وعكسه (قوله ولم يمنع غرماءه عنه) عطف على قوله خلاه وكان ينبغي ذكره عقبه (قوله على الظاهر) أي ظاهر الرواية وهو الصحيح بحر :

مطلب في ملازمة المديون

(قوله فيلزمونه الخ) قال في أنفع الوسائل : وبعد ما نحل القاضي سبيله فاصحاب الدين أن يلزمه في الصحيح : وأحسن الأقاويل في الملازمة ماروي عن محمد أنه قال : يلزمه في قيامه وعوده ولا يمنع من الدخول على أهله ولا من الغذاء والعشاء والوضوء والخلاء وله أن يلزمه بنفسه وإخوانه وولده ممن أحب اه وتمامه في البحر (قوله لا ليلا) لأنه ليس بوقت الكسب فلا يتوهم وقوع المال في يده فالملازمة لا تفيد بحر عن المحيط وبظهر منه أنه ليس له الملازمة في وقت لا يتوهم وقوع المال في يده فيه كما لو كان مريضا مثلا تأمل وأنه ليس له ملازمته ليلا على قصد الإضجار لأن الكلام فيما بعد ظهور حسرته وتخليته من الحبس والعلة في الملازمة إمكان تبرته على الوفاء بعد تخليته فيلزمه كي لا يخفيه (قوله ويستأجر للمرأة مرة تلازمها منية) عبارة منية المفتى ولو كان المدعى عليه

[فرع] لو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة ففي حجر الهداية يجبر الطالب لإلضرار وكلفه في البرازية الكفيل بالنفس وللطالب ملازمته بلا أمر قاض لو مقرا بحقه (ولا يقبل برهانه على إفلاسه قبل حبسه) لقيامها على النفي وصححه عزى زاده وصحح غيره قبولها والمعول عليه رأيه كما مر فإن علم إعساره قبيلها وإلا لانهر فليحفظ

امرأة قبل يستاجر امرأة تلازمها وقيل له أن يلازمها ويجلس معها ويقبض على ثيابها بالنهار، أما بالليل فتلازمها النساء فإن هربت ودخلت خربة لا بأس أن يدخل الرجل إذا كان يأمن على نفسه في ذلك ويكون بعيدا منها ويحفظها بعينه اه ونقل الثاني في البحر عن الواقعات معللا بأن له ضرورة في هذه الخلوة ، أى الخلوة بالمرأة الأجنبية (قوله إلا لضرر) عبارة الهداية إلا إذا علم القاضى أن بالملازمة يدخل عليه ضرر بين ، بأن لا يمكنه من دخول داره فحينئذ يجسه دفعا للضرر اه :

قلت : والظاهر أن هذا فيمن لم يظهر للقاضى عسرته بعد حبسه وإلا فكيف يجس ثالبا بلا ظهور غناه أو هو مفروض فيما قبل الحبس أصلا (قوله وكلفه في البرازية الكفيل بالنفس) الأولى بكفيل بالباء وعبارة البرازية نقلا عن الإمام محمد وإن في ملازمته ذهاب قوله وعياله أكلفه أن يقيم كفيلا بنفسه ثم يخلى سبيله (قوله ولا يقبل برهانه على إفلاسه قبل حبسه الخ) هذا مقابل قوله ثم بعد حبسه سأل عنه وقد اختلف التصحيح في هذه المسألة ففي الخانية عن ابن الفضل أن الصحيح القبول وفي شرح أدب القضاء أن الصحيح عدمه ، وأن عليه عامة المشايخ واختار في الخانية أنه مفوض إلى رأى القاضى ، فإن رأى أنه لين يقبل وإن علم أنه وقع لا قال في أنفع الوسائل وكأنه أراد بقوله لين أن يعتذر إليه ويتلطف معه وبقوله وقع أن يقول لو قعدت في الحبس كذا وكذا ، لا يحصل لك منى شيء وأخرتى أخرج على رغمتك ونحو ذلك : ثم قال : وكان والذى يقول ينبغي للقاضى إذا علم أن بينته عدول مهادون في العدالة يقبل قال وهذا حسن أيضا وعملي عليه لأن العدل المتحرى لا يشهد ما لم يقطع بفقره ، بخلاف غيره ممن يحتاج إلى تركية ولا يعرف القاضى تحريه ولا ديانته اه ملخصا وبقي ما إذا برهن على إفلاسه بعد حبسه قبل مضي المدة وفي الخانية لا يقبل في الروايات الظاهرة إلا بعد مضي المدة اه ومشى الإمام الخصاص في أدب التمساء على قبولها قبل مضي المدة (قوله وصححه عزى زاده) ليس هو من أهل التصحيح ، ولكنه نقل عن الزيلعى أن عليه عامة المشايخ :

قلت : وعليه الكثر وغيره وعلمت التصريح بتصحيحه وعله الزيلعى بأنها بينة على النفي فلا تقبل ما لم تتأيد بمؤيدوه وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط لاعلى الوجوب كما بينا اه (قوله والمعول عليه رأيه) أى رأى القاضى واعلم أن كلام النهر هنا غير محرر ، فإنه قال بعد تعليل الزيلعى المذكور آنفا والمعول عليه رأيه كما مر عن شيخ الإسلام وهذا هو إحدى الروايتين وهو اختيار العامة وهو الصحيح وقال ابن الفضل الصحيح أنها تقبل ، وقال قاضيخان ينبغي أن يكون مفوضا إلى رأى القاضى إن علم يساره لا يقبلها وإن علم إعساره قبلها اه وبقي ما إذا لم يعلم من حاله شيئا والظاهر أنه لا يقبلها اه ما في النهر وفيه أن ما مر عن شيخ الإسلام ، هو ما قدمناه عنه في سؤال عن حالة المحبوس بعد تمام المدة وأنه لا يجب بل له أن يعمل بما يراه ولا يخفى أن كلامنا هنا فيما قبل الحبس ، وما نقله عن قاضيخان غيره ما قدمناه عنه آنفا ، ولا يخفى ما فيه فإنه إذا علم إعساره وكان ظاهرا يسأل عنه عاجلا ويقبل بينته ، ويخلى سبيله كما قدمه الشارح ، والكلام هنا فيما إذا كان أمره مشكلا كما في البرازية ، حيث قال : وإن كان أمره مشكلا هل يقبل البينة قبل الحبس فيه روايتان .

(وبينة يساره أحق) من بينة إعساره بالقبول لأن اليسار عارض والبيئات للإثبات : نعم أو بين سبب إعساره وشهدوا به فتقدم لإثباتها أمرا عارضا فتح بحثا واعتمده في النهر وفي القنية إن لم يبينوا مقدار ما يملك قببات وإلا لم يمكن قبولها لأنها قامت للمحبوس وهو منكر والبينة منى قامت للمنكر لا تقبل (وأبد حبس الموسر) لأنه جزاء الظلم :

مطلب بينة اليسار أحق من بينة الإعسار عند التعارض

(قوله وبينة يساره أحق الخ) هذا ظاهر فيما يكون فيه القول للمديون إنه فقير لأن البينة لإثبات ، خلاف الظاهر وذلك في بينة اليسار : أما القسم الأول وهو ما يكون القول فيه للمدعى بأن كان الدين ملتزما بمقابلة مال أو يعتمد فلا يظهر ، لأن الأصل فيه اليسار بل الظاهر تقدم بينة الإعسار لإثباتها خلاف الظاهر ولم أر من فصل بل كلامهم هنا مجمل فليتأمل (قوله لأن اليسار عارض) فإن الآدمي يولد ولا مال له كما مر ، لكن إذا تحق دخول المبيع في يده صار اليسار هو الأصل فينبغي ترجيح بينة الإعسار كما قلنا تأمل (قوله نعم لو بين الخ) عبارة الفتح هكذا وكالما تعارضت بينة اليسار والإعسار قدمت بينة اليسار لأن معها زيادة علم اللهم إلا أن يدعى أنه موسر وهو يقول أعسرت من بعد ذلك وأقام بذلك بينة فإنها تقدم لأن معها علما بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال اه :

قال في البحر : والظاهر أنه بحث منه وليس بصحيح لجواز حدوث اليسار بعد إعساره الذي ادعاه اه ورده المقدسي بقوله وهذا تجر من غير تجر (١) اه :

قلت : ووجهه أولا منع كونه بحثا بل ظاهر كلام الفتح أنه منقول كيف وهو موافق لما قدمناه عن أنفع الوسائل عن النهاية عند قول الشارح إلا إذا تنازعا وثانيا ما قاله في النهر : من أنه ينبغي أن يكون معناه أنه بين سبب الإعسار وشهدوا به ، وما في البحر مدفوع بأنهم لم يشهدوا بيسار حادث بل بما هو سابق على الإعسار الحادث وبينة الإعسار تحدث أمرا عارضا اه لكن يظهر لي أن بيان سبب الإعسار غير لازم بل يكفي قولهم إنه أعسر بعد ذلك تأمل :

[تنبية] قال البيهقي وفي أوضح رمز ناقلا عن المستصفي : واعلم أن بينة الإعسار إنما تقبل إذا قالوا إنه كثير العيال وضيق الحال ، أما إذا قالوا لا مال له لا تقبل اه (قوله فتقدم) الأولى حذف الفاء ط (قوله قبلت) لأن المقصود منها دوام الحبس عليه بحر عن البزازية (قوله وإلا الخ) أي بأن بينوا مقدار ما يملك لم يمكن قبولها (قوله لأنها قامت للمحبوس الخ) أي على إثبات ملكه لقدر معين قال في القنية : وقولهم أي الشهود إنه موسر ليس كذلك فيقبل اه .

قلت : وحاصله أن الشهود لو قالوا إنه يملك الشيء الفلاني مثلا لا تقبل لأنه يقول لأملك شيئا وهم يشهدون له بأن ذلك الشيء ملكه والبينة لا تقبل للمنكر بل تقبل عليه ، وهذه شهادة له صريحا وتتضمن الشهادة عليه بيساره إدامة حبسه ، وإذا بطل الصريح بطل ما في ضمنه بخلاف قولهم إنه موسر فإنها شهادة عليه صريحا وإن كان قولهم إنه موسر يتضمن الشهادة بأنه يملك قدر الدين أو أكثر فإنها ليست بشهادة له. إذ ليس فيها إثبات شيء معين أو مقدار

(١) قوله (وهذا تجر من غير تجر) الأول بالجيم من الجراءة وهي الإقدام على الشيء بلا ترؤف والثاني بالخاء المهملة وهو طلب الأمر الأخرى أي الأول من اه منه .

قلت : وسيجيء في الحجر أنه يباع ماله لدينه عندهما وبه يفتى وحينئذ فلا يتأبد حبسه فتنبه (ولا يجبس لما مضى من نفقة زوجته وولده) إذا ادعى الفقر وإن قضى بها لأنها ليست بدل مال ولازمته بعقد على ما مر حتى لو برهنت على يساره حبس بطلبها (بل يجبس إذا) برهنت على يساره بطلبها كما لو (أبي أن ينفق عليهما) أو على أصوله وفروعه فيحبس إحياء لهم بحر .

قلت : وهل يجبس لحرمة لو أبي؟ لم أره وظاهر تقييدهم لا

قدر الدين لأن اليسار أعم، وأيضا فإنها ضمنية لا صريحة بل الصريح منها قصد إدامة حبسه فافهم (قوله وسيجيء في الحجر) قدمنا عبارته فيه (قوله وحينئذ فلا يتأبد حبسه) أي على قولها وكذا على قوله إن كان ماله غير عقار ولا عرض بل كان من الأثمان ولو خلاف جنس الدين كما قدمناه (قوله ولا يجبس لما مضى الخ) اعلم أن نفقة الزوجة لا نصير ديناً على الزوج إلا بالقضاء أو الرضا، فإذا مضت مدة قبل القضاء أو الرضا سقطت عنه والمراد بالمدة شهر فأكثر وكذا نفقة الولد الصغير الفقير، وأما نفقة سائر الأقارب فإنها تسقط بالمضي، ولو بعد القضاء أو الرضا إلا إذا كانت مستدانة بأمر قاض، فلا تسقط بالمضي هذا حاصل ما قدمه الشارح في النفقات، لكن ما ذكره من كون الصغير كالزوجة نقله هناك عن الزيلعي، وقدما هناك أنه مخالف لإطلاق المتون والشروح ولما صرح به في الهداية والذخيرة وشرح أدب القضاء والخائبة من أن نفقة الولد والوالدين والأرحام إذا قضى بها ومضت مدة سقطت (قوله وإن قضى بها) أفاد أنه إذا لم يقض بها لا يجبس بها بالأولى، لأنها لم تصر ديناً أصلاً وأما إذا قضى بها ومثله الرضا فلا أنها ليست بدل مال ولا ملتزمة بعقد على ما مر أي في قوله: لا يجبس في غيره إن ادعى الفقر كما مر تقريره (قوله حتى لو برهنت الخ) المناسب حذفه والاقتصار على ما بعده لئلا يتكرر (قوله حبس بطلبها) أي بطلبها حبسه إن كانت النفقة مقضياً بها أو متراضى عليها (قوله كما لو أبي أن ينفق عليهما) أي كما يجبس الموسر لو امتنع من الإنفاق على زوجته وولده الفقير الصغير كما في السراج وفهم في البحر أنه قيد احترازي عن البالغ الزمن الفقير وقال: وفيه تأمل لا يخفى قال في المنح وليس كذلك، فإنه في معنى الصغير كما لا يخفى فيحبس أبوه إذا امتنع من الإنفاق عليه كما هو الظاهر اهـ .

وفي الفتح: ويحقق الامتناع بأن تقدمه في اليوم الثاني، من يوم فرض النفقة، وإن كان مقدار النفقة قليلاً كالدائق إذا رأى القاضي ذلك فأما بمجرد فرضها لو طلبت حبسه لم يجبسه، لأن العقوبة تستحق بالظلم، وهو بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق وهذا يقتضى أنه إذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي إذا قدمته في اليوم الثاني أن يأمره بالإنفاق، فإن رجع فلم ينفق أوجعه عقوبة وإن كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها وهو قياس ما أسلفناه في باب القسم من قولهم إذا لم يقسم لها فرافعته بأمره بالقسم وعدم الجور، فإن ذهب ولم يقسم فرافعته أوجعه عقوبة، وإن كان ما ذهب لها من الحق لا يقضى ويحصل به ضرر كبير اهـ (قوله وفروعه) أي وبقيّة فروعه كالإناث والولد البالغ الزمن وهذا بناء على ما مر من أن الصغير غير قيد (قوله وهل يجبس لحرمة لو أبي لم أره) أصل التوقف لصاحب الشرع لبلالية .

قلت: إذا حبس الأب فقيره بالأولى مع أنا قدمنا في آخر النفقات التصريح بذلك عن البدائع فإنه قال ويجبس في نفقة الأقارب كالزوجات، أما غير الأب فلا شك فيه وأما الأب فلأن في النفقة ضرورة دفع الهلاك عن الولد ولأنها تسقط بمضي الزمان، فلو لم يجبس سقط حق الولد رأساً فكان في حبسه دفع الهلاك، واستدراك الحق عن الفوات لأن حبسه يحمله على الأداء اهـ وقدما هناك أن هذا خلاف ما عزاه الشارح إلى البدائع (قوله وظاهر تقييدهم) أي بالولد فإن عبارة السكندر وغيره ويجبس الرجل بنفقة زوجته لا في دين ولده إلا إذا امتنع من الإنفاق

لكن ما مر عن الأشباه لا يضرب المحبوس إلا في ثلاث يفيدته فتأمل عند الفتوى وسيجيء حبس الول بدين الصغير (لا) يحبس (أصل) وإن علا (في دين فرعه) بل يقضى القاضى دينه من عين ماله أو قيمته والصحيح عندهما بيع عقاره كمنقوله بحر فليحفظ (ولا يستحلف قاض) نائبا (إلا إذا فوض إليه) صريحا كقول من شئت أو دلالة كجعلتك قاضى القضاة والدلالة هنا أقوى لأن في الصريح المذكور يملك الاستخلاف لا العزل وفي الدلالة بملكهما

عليه ولا يخفى أنها لا تفيد عدم الحبس في نفقة غير الولد (قوله لكن ما مر) أى في أول الباب (قوله يفيدته) أى يفيد حبسه بالامتناع عن نفقة القريب المحرم حيث عبر بالمحبوس (قوله فتأمل عند الفتوى) أى حيث حصل الاضطراب في فهم هذا الحكم من كلامهم فلا تعجل في الفتوى .

قلت : وبما نقلناه عن البدائع زال الاضطراب واتضح الجواب فافهم (قوله وسيجيء) أى في آخر الباب ويأتى الكلام عليه (قوله لا يحبس أهل الخ) أى ولو وجد الأم لأنه لا قصاص عليه بقتل ولد بنته ، فكذا لا يحبس بدينه ، وقيد بالأصل لأن الولد يحبس بدين أصله ، وكذا القريب بدين قريبه كما في الخانية بحر . وسيد در الشارح آخر الباب لظا جماعة ممن لا يحبس وسيأتى عدتهم عشرة (قوله بل يقضى القاضى الخ) أفاد أنه لا فرق في عدم الحبس بين الموسر والمعسر لكن يبيع القاضى مال الأب لقضاء دين ابنه إذا امتنع ، لأنه لا طريق له إلا البيع والإضاع أفاده في البحر وذكر في جواهر الفتاوى لا يحبس الأب إلا إذا تمرد على الحاكم اهـ لكن ما ذكر من أن القاضى يقضى دينه بغنى عن حبسه ذكره الرملى عن المصنف (قوله من عين ماله) أى إن كان من جنس الدين وقوله أو قيمته أى إن كان من غير جنسه كما لو كان الدين دراهم والمال دنانير فتباع الدنانير بالدراهم ويقضى بها الدين عند الإمام وصاحبه (قوله والصحيح الخ) مقابله أنه يبيع عندهما المنقول دون العقار وأما عنده فلا يبيع المنقول ولا العقار وقدما أن المفتى به قولها :

مطلب في استخلاف القاضى نائبا عنه

(قوله ولا يستخلف قاض الخ) أى ولو بعذر بحر عن العناية فدخّل فيه ما لو وقعت له عارضة فلا يستخلف بلا تفويض . ففى البحر عن السراجية القاضى إذا وقعت له عارضة أو لولده فأناب غيره وكان من أهل الإنابة وتخاصما عنده وقضى له أو لولده جاز ثم قال : وقد مثلت عن صحة تولية القاضى ابنه قاضيا حيث كان مأوذنا له بالاستخلاف فأجبت بنعم ، وشمل إطلاقه الاستخلاف ما إذا كان مذهب الخليفة موافقا لمذهبه أو مخالفا ثم قال : وظاهر إطلاقهم أن المأذون له بالاستخلاف يملكه قبل الوصول إلى محل قضائه ، وقد جرت عادتهم بذلك ، ومثلت عنه فأجبت بذلك اهـ ثم نقل عن شرح أدب القضاء أنه ذكر في موضع أن القاضى إنما يصير قاضيا إذا بلغ إلى الموضع ، ألا ترى أن الأول لا ينزل مالم يبلغ هو البلد وفي موضع آخر ينبغي له أن يقدم نائبا قبل وصوله ليتعرف عن أحوال الناس اهـ فالأول يفيد أنه لا يملكه قبل وصوله إلا أن يقال إن قاضى القضاة مأذون بذلك من السلطان ، وهو الواقع الآن اهـ ملخصا .

قلت : وما نقله ثانيا صريح في أن له الإنابة قبل وصوله والتعليل بالتعرف عن أحوال الناس لا ينافى أن للنائب القضاء قبل وصول المنيب لأن التعرف يكون بالقضاء فحينئذ إذا وصل نائبا فالظاهر العزال الأول ، لأن النائب قائم مقام المنيب ، وقد حللوا لعدم انزال الأول قبل وصول الثانى بصيانة المسلمين عن تعطيل قضاياهم وبوصول نائب الثانى لاتعطل قضاياهم وحيث كان الواقع الآن هو الإذن من السلطان فلا كلام وبه لنُدفع ما قبل إنه لا يعول على ما أتى به في البحر (قوله إلا إذا فوض إليه) ومثله نائب القاضى قال في البحر وفي الخلاصة الخليفة إذا أذن

كقوله ول من شئت واستبدل أو استخلف من شئت فإن قاضي القضاة هو الذي يتصرف فيهم مطلقا تقايدا وعزلا (بخلاف المأمور بإقامة الجمعة) فإنه يستخلف بلا تفويض للإذن دلالة ابن ملك وغيره وما ذكره من لا خسرو قال في البحر لا أصل له وإنما هو فهم فهمه من بعض العبارات وقد مر في الجمعة (نائب القاضي المفوض إليه الاستنابة) فقط لا العزل (نائب عن الأصل) وهو السلطان وحينئذ (فلا يملك أن يعزله القاضي بغير تفويض منه) للعزل أيضا كوكيل وكل

للقاضي في الاستخلاف فاستخلف رجلا وأذن له في الاستخلاف جازله الاستخلاف ثم وثم اه (قوله كقوله ول من شئت واستبدل) هذا تنظير لا تمثيل أي فإنه في الدلالة يملك الاستخلاف والعزل نظير ما لو صرح بهما (قوله أو استخلف من شئت) لا يصبح عطفه على قوله واستبدل ، لأنه يقتضي أنه لو قال ول من شئت واستخلف من شئت يملك العزل أيضا وليس كذلك لأن استخلف بمعنى ول بل نص في البحر في هذه الصورة على أنه لا يملك العزل فتعين عطفه على قوله ول وعليه فكان المناسب أن يقول كقوله ول أو استخلف من شئت واستبدل (قوله فإن قاضي القضاة الخ) في موضع التعليل لقوله وفي الدلالة يملكها (قوله فيهم) أي في القضاة (قوله تقليدا وعزلا) تفسير للإطلاق (قوله فإنه يستخلف بلا تفويض) فإن كان قبل شروعه لحدث أصابه لم يجز أن يستخلف إلا من كان شهد الخطبة ، وإن بعد الشروع فاستخاف من لم يشهدا جاز نهر : أي لأنه بان وليس بمفتتح والخطبة شرط الافتتاح ، وقد وجد في حق الأصل فتح ، واعترض بما لو استخلف شخصا لم يشهد الخطبة ثم أفسد صلواته ثم افتتح بهم الجمعة فإنه يجوز : وأجيب بأنه لما صح شروعه فيها وصار خليفة للأول التحق بمن شهدا واستظهر في العناية الجواب بالحاقه بالباقي لتقدم شروعه فيها (قوله للإذن دلالة) لأن المولى عالم بتوقنها وأنه إذا عرض عارض فانت لا إلى خلف ومعلوم أن الإنسان غرض الأعراض (١) فتح. قال في النهر وهو ظاهر في جواز الاستخلاف للمرض ونحوه ، وتقييد الزيلعي بالحدث لا دليل عليه وقد منا في الجمعة مسألة الاستنابة بغير عذر فارجع إليه اه .

وحاصل ما مر في الجمعة أنه قيل لا يصبح الاستخلاف بلا إذن السلطان إلا إذا سبقه الحدث فيها وقيل إن لضرورة جاز أي لحدث أو غيره وإلا فلا وقيل يجوز مطلقا وعليه مشى في شرح المنية والبحر والنهر ، وكذا الشرنبلالي والمصنف والشارح (قوله وما ذكره من لا خسرو) أي في الدرر والغرر من باب الجمعة من أنه لا يستخلف للصلاة ابتداء بل بعد ما أحدث إلا إذا كان مأذونا من السلطان بالاستخلاف اه وهو ما مر عن الزيلعي (قوله وقد مر في الجمعة) ومر أيضا هناك عن العلامة محب الدين بن جرباش في النجعة في تعداد الجمعة أن إذن السلطان بإقامة الخطبة شرط أول مرة للباقي، فيكون الإذن منسجبا لتولية النظار الخطباء، وإقامة الخطيب نائبا ولا يشترط الإذن لكل خطيب اه بحر وقد منا هناك نحوه عن فتاوى ابن الجلبى وذكرنا هناك أن معناه أن إذن السلطان شرط في أول مرة ، فإذا أذن لشخص باقامتها كان له الإذن لآخر والآخر الإذن لآخر وهكذا ، وليس المراد أن إذن السلطان باقامتها أول مرة يكون إذنا لكل من أراد إقامتها في ذلك المسجد بدون إذن من السلطان أو من مأذونه كما يوهمه ظاهر العبارة وتقدم تمامه فراجع (قوله المفوض إليه) بالجرنعت للقاضي (قوله بغير تفويض منه) أي من السلطان درر (قوله كوكيل وكل) أي بإذن الموكل فإنه لا يملك عزله ولا ينزل بموته ، وينزلان بموت الموكل بخلاف الوصي حيث يملك الإيصاء إلى غيره ، ويملك التوكيل والعزل في حياته لرضا الموصى بذلك دلالة لعجزه بحر

(١) قوله (غرض للأمراض) الأول بالعين المعجمة وهو الهدف الذي يرمى إليه والغاى بالمهملة جمع مرض بمعنى مرض فالإنسان شبه بالهدف والأعراض مشبهة بالمهام اه منه .

(و) كذا (لاينعزل) أيضا فعزله ولا بموته ولا بموت السلطان بل بعزله زيلعي وعبني وابن ملك وغيرهم في الوكالة واعتمده في الدرر والملتي وفي البرازية وعليه الفتوى وتماه في الأشباه وفي فتاوى المصنف وهذا هو المعتمد في المذهب لا ما ذكره ابن الغرس لمخالفته للمذهب (ونائب غيره) أي غير المفوض إليه (إن قضى عنده أو) في غيبته و (أجازه) القاضي (صح) قضاؤه لو أهلا بل لو قضى فضولى أو هو في غير نوبته وأجازه جاز لأن المقصود حصول رأيه بمر قال وبه علم دخول الفضولى في القضاء.

[فرع] في الأشباه والمنظومة المحيية لو فوض لعبد ففوض لغيره صح ولو حكم بنفسه لم يصح ولو عتق فقضى صح بخلاف صبي بلغ (وإذا رفع إليه حكم قاض) خرج المحكم ودخل الميت والمعزول والمخالف لرأيه

(قوله وكذا لاينعزل أيضا بعزله) أي لاينعزل النائب بعزل القاضي أي بعزل السلطان له (قوله ولا بموته) أي موت القاضي المستنيب (قوله ولا بموت السلطان) أي لاينعزل النائب به كما لاينعزل المستنيب، بخلاف موت الموكل فإنه ينعزل به الوكيل والفرق كما في وكالة الزيلعي أن السلطان عامل للمسلمين فلا ينعزل بموته القاضي الذي ولاه هو أو ولاه القاضي بإذنه والموكل عامل لنفسه فينعزل وكيله بموته لبطلان حتمه (قوله بل بعزله) أي بعزل السلطان للنائب (قوله واعتمده في الدرر) أي في ممتها حيث قال: ولاينعزل أي نائب القاضي بخروجه أي القاضي عن القضاء، وقال في الملتي فنائبه لاينعزل بعزله ولا بموته بل هو نائب السلطان الأصيل أه فالضمير راجع إلى عدم عزل النائب بموته القاضي أو بعزله ط (قوله وتماه في الأشباه) قال فيها فتححرر من ذلك اختلاف المشايخ في انعزال النائب بعزل القاضي، وموته وقول البرازية الفتوى على أنه لاينعزل بعزل القاضي بدل على أن الفتوى على أنه لاينعزل بموته بالأولى، ثم نقل عن التتارخانية القاضي رسول عن السلطان في نصب النواب أنه ط (قوله وفي فتاوى المصنف الخ) حيث سئل عما ذكره ابن الغرس، من أن نائب القاضي في زماننا ينعزل بعزله أو بموته فإنه نائبه من كل وجه أوجب: لايعتمد على ما ذكره ابن الغرس لمخالفته للمذهب فقد نقل الثقات أن النائب لاينعزل بعزل الأصيل ولا بموته قال الزيلعي من كتاب الوكالة لايملك القاضي الاستخلاف إلا بإذن الخليفة، ثم لاينعزل بعزل القاضي الأول ولا بموته وينعزلان بعزل الخليفة لهما ولا ينعزلان بموته، وهو المعتمد في المذهب ولم نر خلافا في المسألة والله سبحانه أعلم اه لكن الخلاف موجود كما رعن الأشباه (قوله صح قضاؤه لو أهلا) في التتارخانية عن المحيط ولو أن السلطان لم يأذن له في الاستخلاف، فأمر رجلا فحكم بين اثنين لم يجز حكمه، ثم إن القاضي لو أجاز ذلك الحكم بنظر إن كان بحال يجوز حكمه لو كان قاضيا جاز إمضاء القاضي حكمه، وإن كان بحال لايجوز حكمه لو كان قاضيا بنظر إن كان ممن يختلف فيه الفقهاء كالمحدود في القذف جاز إمضاء ذلك وإن كان صيدا أو صبيا لم يجز (قوله بل لو قضى فضولى) أي من غير استخلاف أصلا (قوله أو هو) أي القاضي كما لو كان مولى في كل أسبوع يومين، فقضى في غير اليومين توقف قضاؤه، فإن أجازه في نوبته جاز جامع الفصولين (قوله في القضاء) أي ليس خاصا بعقد نحو البيع والنكاح (قوله ففوض لغيره صح) ظاهره ولو بدون الإذن الصريح، لأنه مأذون دلالة للعلم بأن قضاه بنفسه لا يصح تأمل (قوله ولو عتق الخ) ومثله لو فوض لكافر فأسلم فهو على قضائه عند محمد كما قدمناه عند قوله: أهله أهل الشهادة وقدمنا هناك وجه الفرق بينهما وبين الصبي، حيث يحتاج إلى تجديد التفويض (قوله خرج المحكم) فإنه إذا رفع حكمه إلى قاض أهله إن وافق مذهبه، وإلا أبطله لأن حكمه لا يرفع خلافا كما يأتي في التحكيم ح (قوله ودخل الميت الخ) وكذا قاضي البغاة فإذا رفع إلى قاضي العدل نقله كما ذكره الشارح عند قول المصنف فيما مر ويجوز تقليد القضاء من السلطان العادل والجائر وأهل البغية وقدمنا فيه ثلاثة أقوال وأن المعتمد أنه ينفذه وافق رأيه أولا فافهم (قوله والمخالف لرأيه) أي رأى القاضي المرفوع إليه

(٥٠ - حاشية ابن عابدين - ٥)

لأنه لكثرة في سياق الشرط فتعم فافهم (آخر) قيد اتفاق إذ حكم نفسه قبل ذلك كذلك ابن كمال (نقده) أي أتم الحكم والعمل بمقتضاه لو مجتهدا فيه

الحكم لكن فيه تفصيل يأتي قريبا ، وأما لو كان القاضي الأول حكم بخلاف رأيه ، فسيأتي في قول المصنف قضي في مجتهد فيه الخ ،

مطلب في صوم النكرة في سياق الشرط

(قوله لأنه لكثرة الخ) تعليلا لقوله ودخل الخ قصد به الرد على الزبلي حيث ذكر أن كلام المصنف يوم اختصاصه بما إذا كان موافقا لرأيه ، وقد تبع الشارح في هذا التعليق صاحب البحر : وفيه نظر وكان المناسب أن يقول بدله لأنه مطلق عن التقييد : أما العموم فمنوع لما صرحوا به في كتب الأصول كالتهذيب وغيره من أن النكرة إنما نعم نصا إذا وقعت في سياق النفي ، ومنه وقوعها في الشرط المثبت إذا كان يمينا لأنها تكون على النفي كقوله إن كلمت رجلا فعبدي حر ، فإن الحلف على نفيه فالمعنى لا أكلم رجلا فهي نكرة في سياق النفي فتعم : ولهذا لا نعم في الشرط المثبت مثل إن لم أكلم رجلا لأنه على الإثبات كأنه قال لا كلمن رجلا فلا نعم وأما الشرط في غير اليمين مثل إن جاءك رجل فاطعمه فليس نصا في العموم ومثله ما نحن فيه فافهم .

مطلب ما ينفذ من القضاء وما لا ينفذ

(قوله إذ حكم نفسه قبل ذلك) أي قبل الرفع إليه كذلك أي كحكم قاض آخر في أنه ينفذه إذا رفع إليه ويكون هذا رافعا للخلاف فيه ، ولا يحتاج في نفوذه على المخالف إلى قاض آخر لكن ذكر ذلك ابن الغرس سؤالا وأجاب عنه بأنه لا يصح ، لأنه غير ممكن شرعا إذ القاضي لا يقضى لنفسه بالإجماع ، والحكم به حكم بصحة فعل نفسه فيلغو اه .

قلت : هذا ظاهر بالنسبة إلى رفع الخلاف أما بالنسبة إلى منع الخصم والزامه به فلا فتأمل (قوله نقده) أي يجب عليه تنفيذه (قوله لو مجتهدا فيه) بنصب مجتهدا خبرا لكان المقدرة بعد لو واسمها ضمير عائد إلى حكم العائد إليه ضمير نقده .

ثم اعلم أنهم قسموا الحكم ثلاثة أقسام ، قسم يرد بكل حال وهو ما خالف النص أو الإجماع كما يأتي وقسم يمضي بكل حال ، وهو الحكم في محل الإجتهد ، بأن يكون الخلاف في المسألة وسبب القضاء وأمثله كثيرة منها لو قضى بشهادة المحدودين بالقذف بعد التوبة وكان يراه كشافعي ، فإذا رفع إلى قاض آخر لا يراه كحنفي يمضيه ولا يبطله ، وكذا لو قضى لامرأة بشهادة زوجها وآخر أجنبي ، فرفع لمن لا يجيز هذه الشهادة أمضاه ، لأن الأول قضى بمجتهد فيه فينفذ ، لأن المجتهد فيه سبب القضاء ، وهو أن شهادة هؤلاء هل تصير حجة للحكم أم لا فالخلاف في المسألة وسبب الحكم لاني نفس الحكم ، وكذا لو سمع البيعة على الغائب بلا وكيل عنه ، وقضى بها ينفذ لأن المجتهد فيه سبب القضاء ، وهو أن البيعة هل تكون حجة بلا خصم حاضر ، فإذا رآها صح . وسيأتي اختلاف الترجيح في الأخيرة . وقسم اختلفوا فيه : وهو الحكم المجتهد فيه وهو ما يقع الخلاف فيه بعد وجود الحكم فقبل ينفذ ، وقيل يتوقف على إمضاء قاض آخر وهو الصحيح كما في الزبلي وغيره وبه جزم في الخانية وحكي ابن الشحنة في رسالته المؤلفة في الشهادة على الخط عن جده ترجيح الأول ، فإذا رفع إلى الثاني فأمضاه يصير كأن القاضي الثاني حكم في فصل مجتهد فيه فليس للثالث نقضه ولو أبطله الثاني بطل ، وليس لأحد أن يجيزه كما لو قضى لولده على أجنبي

عالما باختلاف الفقهاء فيه فلو لم يعلم لم يجز قضاؤه ولا يمضيه الثاني في ظاهر المذهب زبلي وعيني وابن كمال لكن في الخلاصة ويفتى بخلافه وكأنه تيسيرا فليحفظ

أولاً مرآته أو كان القاضي محدوداً في قذف ، لأن نفس القضاء مختلف فيه وسيشير الشارح إلى القسم الأخير ونظام الكلام على ذلك في رسالة ابن الشحنة المذكورة والبرازية وسيأتي له مزيد تحقيق (قوله عالماً) حال من قول المصنف قاض آخر ، وساغ مجيء الحال منه وهو منكرة لتخصيصها بالوصف ، وهو آخر ولا يصح كونه خبراً بعد خبر لكان المقدرة بعد لوفى قوله لو مجتهداً فيه ، لأن الضمير المستتر فيها عائداً إلى الحكم كما علمت ، فيبازم أن يكون الضمير المستتر في عالماً عائداً إلى الحكم أيضاً ولا يوضح :

مطلب مهم في قولهم يشترط كون القاضي عالماً باختلاف الفقهاء

(قوله عالماً باختلاف الفقهاء فيه الخ) أقول : ذكر ذلك أيضاً في البحر فذكر أن هذا شرط نفاذ القضاء في ظاهر المذهب ثم ذكر عبارة الخلاصة ثم قال : والتحقيق المعتمد أن علمه بكون ما حكم به مجتهداً فيه شرط ، وأما علمه بكون المسألة اجتهادية ، فلا ويدل عليه ما في الفتاوى الصغرى اه ثم ذكر مسألة قضاء القاضي مخالفاً لرأيه ، وأطال الكلام عليها . وسيذكرها المصنف في قوله قضى في مجتهد فيه ، بخلاف رأيه الخ ويأتي الكلام عليها ، وهذه غير مسألة اشتراط العلم التي نحن فيها ولم يوفها صاحب البحر حقها ، حتى اشتبهت على بعض المحشين فتكلم عليها بما قالوه في المسألة الثانية الآتية ، مع أنهما مسألتان متغايرتان فافهم ومسألة اشتراط العلم وقع فيها نزاع ، وقد ألف فيها العلامة المحقق الشيخ قاسم رسالة :

حاصلها : أن وضع المسألة المذكورة في قضاء القاضي المجتهد في حادثة له فيها رأى مقرر قبل قضائه في تلك الحادثة التي قصد فيها المتفق عليه ، فحصل حكمه في المحل المختلف فيه ، وهو لا يعلم ثم بان أن قضاؤه هذا على خلاف رأيه المقرر قبل هذه الحادثة ، فحينئذ لا ينفذ قضاؤه ، وأما إذا وافق قضاؤه رأيه في المسألة ولم يعلم حال قضائه أن فيها خلافاً ، فلم يقل أحد من علماء الإسلام بأنه لا ينفذ قضاؤه ، خلافاً لمن زعم ذلك وبيان ذلك بالنصوص الصريحة منها قول الإمام حسام الدين الشهيد في الفتاوى الصغرى إذا قضى في فصل مجتهد فيه ، وهو لا يعلم بذلك لا ينفذ ، فإنه ذكر في السير الكبير : رجل مات وله مدبرون حتى عتقوا ، ثم جاء رجل وأثبت ديناً على الميت ، فباعهم القاضي على ظن أنهم عبيد وقضى بجوازه ، ثم ظهر أنهم مدبرون كان قضاؤه بذلك باطلاً ، وإن مضى في فصل مجتهد فيه ، وهو جواز بيع المدبر لكن لما لم يعلم بذلك كان باطلاً اه :

فعلم أن الضابط أخذ من فرع وقع فيه القضاء على خلاف رأيه السابق وهو أن المدبر لا يباع ، فلذا كان قضاؤه باطلاً وعدم العلم دليل على بقاء رأيه السابق ، أما لو كان عالماً وقضى على خلاف رأيه السابق حمل على تبدل اجتهاده بدليل ما في السير الكبير في باب الفداء الذي يرجع إلى أهله حيث قال : مات وله رقيق ، وعليه دين كثير فباع القاضي رقيقه ، وقضى دينه ثم قامت البيعة لبعضهم أن مولاه كان دبره ، فإن بيع القاضي فيه يكون باطلاً ، ولو كان القاضي عالماً بتدبيره واجتهد وأبطل تدبيره لكونه وصية وباعه في الدين ثم ولي قاض آخر يرى ذلك خطأ فإنه ينفذ قضاء الأول الخ فعلم أن عدم الأخذ ليس هو لعدم العلم بل لكونه بيع الحر وقال الحسام أيضاً قال في كتاب الرجوع عن الشهادة : إذا قضى القاضي بشهادة محدودين في قذف ، وهو لا يعلم بذلك ثم ظهر لا ينفذ قضاؤه ، وهو محمول على محدودين شهدا بعد التوبة كما في قضاء شرح الجامع ومع المعلوم أن قضاء هذا على خلاف رأيه المقرر قبل ذلك فلذا لم ينفذ ، فعدم النفاذ لعدم صحة الشهادة لا لعدم العلم ، فإذا ظهر أن

بعد دعوى صحيحة من خصم على خصم حاضر وإلا كان إفتاء فيحكم بمذهبه لا غير بحر وسيجيء آخر الكتاب وأنه إذا ارتاب في حكم الأول له طلب شهود الأصل قال وبه عرف أن تنافيذ زماننا لا تعتبر

هذا في قضاء القاضى المجتهد ، وأن اعتبار العلم وعدمه إنما هو للدلالة على البقاء على الاجتهاد الأول أو تبدله ، وأنه لو كان على وفق رأيه نفذ وإن لم يعلم بالخلاف ظهر لك أن اعتبار هذا في القاضى المقلد جهالة فاحشة ، وخرق لما أجمعت عليه الأمة في أن المقلد إذا قضى بقول إمامه مستوفيا للشروط نفذ قضاؤه ، سواء علم أن في المسألة خلافاً أو لا وصار اختلف فيه بقاؤه متمثلاً عليه كما صرحت به نصوص المختصرات والمطولات وامتنع نقضه بالإجماع هذا خلاصة ما في تلك الرسالة :

وحاصله أن اشتراط كون القاضى المجتهد عالماً بالخلاف إنما هو لبيان أن الموضوع المختلف فيه الذى لم يقصد الحكم به لعدم علمه به كصحة بيع المدبر ، وقبول شهادة الحدود لا يصير محكوماً به في ضمن الحكم الذى قصده وهو بيع عبد المديون لقضاء دينه وقبول شهادة العدل في الصورتين السابقتين ونحوهما إذ لا وجه لصيرورته محكوماً به مع عدم علمه به ، وقصد له ومع كونه مخالفاً لرأيه ، بخلاف ما إذا كان عالماً به ، وقصد الحكم به ، فإنه وإن خالف رأيه يصح حكمه به ، ويكون ذلك رجوعاً عن رأيه السابق لتغير اجتهاده فينفذ وإذا رفع إلى قاض آخر أفضاه وهذا كلام في غاية التحقيق ، وحيث كان هذا هو ظاهر الرواية فلا يعدل عنه وكان صاحب الخلاصة فهم أن المراد اشتراط علمه بالخلاف فيما قصد الحكم به أو لم يقصد فلذا قال : ويفتى بخلافه ولا سيما إن كان فهم أيضاً أنه شرط في المجتهد وغيره إذ لا شك في عسر ذلك ولا سيما على قضاة زماننا فافهم والله سبحانه أعلم (قوله بعد دعوى صحيحة الخ) الظرف متعلق بحكم في قوله : حكم قاض أو بمحذوف خبر أيضاً لكان المقدرة بعد لوفى قوله لو مجتهداً فيه قال في البحر أول كتاب القضاء ، فإن فقد هذا الشرط لم يكن حكماً وإنما هو إفتاء صرح به الإمام السرخسي ، وبأنه شرط لنفاذ القضاء في المجتهدات .

ونقل الشيخ قاسم في فتاواه الاجماع عليه ثم قال هنا في البحر فالخاصل : أن الحكم المرفوع لا بد أن يكون في حادثة وخصومة صحيحة كما صرح به العمادى والبزازى ، وقالوا حتى لو فات هذا الشرط لا ينفذ القضاء لأنه فتوى اه فلو رفع إلى حنفى قضاء مالكي بلا دعوى ، لم يلتفت إليه ويحكم بمقتضى مذهبه ، ولا بد في إمضاء الثانى لحكم الأول من الدعوى أيضاً كما سمعت اه أى لا بد في حكم الثانى إذا رفع إليه حكم الأول ، من أن يكون أيضاً بعد دعوى صحيحة كما نقله قبله عن البزازية وهذه الدعوى والخصومة تسمى الحادثة لجودها عند القاضى ليحكم بها ، بخلاف ما كان من لوازم تلك الحادثة فإنه لم يحدث بدون الخصومة فيه ، فلذا لم يصح حكمه به قبلها كما يأتي بيانه في الموجب قريباً .

ثم اعلم أن اشتراط تقدم الدعوى إنما هو في القضاء القصدى القولى دون الضمنى والفعلى كما سنحققه في للفروع وكذا ما تسمع فيه الدعوى حسبة ومنه الوقف كما يأتي قريباً (قوله وإلا لا) أى وإن لم يكن حكم الأول بعد دعوى صحيحة لم يكن قضاء صحيحاً بل كان إفتاءً أى بياناً لحكم الحادثة وإذا كان إفتاءً لم يازم القاضى الثانى تنفيذه بل يحكم بمقتضى مذهبه وافق حكم الأول أو خالفه فافهم (قوله وسيجيء آخر الكتاب) أى في مسائل شتى قبيل الفرائض وحاصله بما قدمناه عن البحر (قوله وأنه إذا ارتاب الخ) عطف على الضمير المستتر في سيجيء فإن هذا الحكم المذكور هناك أيضاً اه ح لكن هذا ذكره في البحر وقال في النهر : ولم أجده لغيره وتبعه الحموى ط (قوله قال) أى صاحب البحر ، وسبقه إلى ذلك العلامة ابن الغرس (قوله وبه عرف) أى بما ذكر

لترك ما ذكر وقد تعارفوا في زماننا القضاء بالموجب

فإنه أفاد أن شرط صحة الحكم كونه بعد دعوى صحة الخ (قوله لترك ما ذكر) فؤداها إحاطة القاضي الثاني
عاما بحكم القاضي الأول على وجه التسليم له ، وأنه غير معترض عنده ويسمى اتصالا ويتجاوز بذكر الثبوت
والتنفيذ فيه اه ابن الغرس :

قلت : وللعلامة ابن نجم صاحب البحر رسالة في الحكم بلا تقدم الدعوى وقال في آخرها : واعلم أن هذا
فيما تشترط فيه الدعوى ، وأما الوقف فالصحيح عدم اشتراطها لكونه حق الله تعالى ، فتقبل البيعة بلا دعوى
ويحكم به كما في البزازية والظهيرية والعمادية وغيرها فعلى هذا لا إنكار على التنافيذ الواقعة في زماننا لكتب
الأوقاف لأن حاصلها إقامة البيعة على حكم قاض بالوقف فتوهم إن التنافيذ في زماننا ليست أحكاما وإنما هو في غير
الوقف الخ اه ملخصا :

قلت : لكن هذا ظاهر في الوقف على الفقراء وفي إثبات مجرد كونه وقفا ، أما كونه موقوفا على فلان
أو فلان وأن الواقف شرط كذا أو كذا فهذا حق عبد فلا بد فيه من دعواه لإثبات حقه ، وكذا في إثبات شروطه
كما يعلم مما ذكرناه في كتاب الوقف فتأمل .

مطلب مهم في الحكم بالموجب

(قوله وقد تعارفوا الخ) هذا من متعلقات اشتراط صحة الدعوى من خصم على خصم حاضر لصحة القضاء
وبيانه أنه إذا وقع تنازع في موجب خاص ، من موجب ذلك الشيء الثابت عند القاضي ، ووقعت الدعوى
بشروطها كان حكما بذلك الموجب فقط دون غيره ، فلو أقر بوقف عتار عند القاضي ، وشرط فيه شروطا وسلمه إلى
المتولى ثم تنازعا عند القاضي الحنفي في صحته ولزومه ، فحكم بهما وبموجبه لا يكون حكما بالشروط فلشافعي
أن يحكم فيها بمقتضى مذهبه ، ولا يمنعه حكم الحنفي السابق وتماه في الأشباه وذكر في البحر : أن القاضي إذا
قضى بشيء في حادثة بعد دعوى صحيحة لا يكون قضاء فيها هو من لوازمه إلى أن قال فتقد علمت من ذلك كثيرا
من المسائل ، فإذا قضى شافعي بصحة بيع عتار ، وموجبه لا يكون حكما منه بأنه لا شفعة للجار لعدم حداثتها ،
وكذا إذا قضى حنفي لا يكون حكما بأن الشفعة للجار ، وإن كانت الشفعة من مواجبه لأن حداثتها لم توجد وقت
الحكم ولا شعور للقاضي بها ، وكذا إذا قضى ما لكي بصحة التعليق في البين المضافة لا يكون حكما بأنه لا يصح
نكاح الفضولي المجاز بالفعل لعدم وقته فافهم فإن أكثر أهل زماننا عنه غافلون اه وكذا قال العلامة قاسم أما كون
الحكم حادثة فاحتراز عما لم يحدث بعد كما لو حكم بموجب إجارة لا يكون حكما بالفسخ بموت أحد المتأجرين
لأنه لم توجد فيه خصومة اه :

قلت : وقد ظهر من هذا أن المراد بالموجب هنا الذي لا يصح به الحكم هو ما ليس من مقتضيات العقد ،
فالبيع الصحيح مقتضاه خروج المبيع عن ملك البائع ، ودخوله في ملك المشتري ، واستحقاق التسليم ، والتسليم
في كل من الثمن والمثمن ونحو ذلك فإن هذه وإن كانت من موجباته لكنها مقتضيات لازمة له ، فيكون الحكم به
حكما بها بخلاف ثبوت الشفعة فيه للخليط أو للجار مثلا ، فإن العقد لا يقتضي ذلك أي لا يستلزمه فكم من بيع
لا تطلب فيه الشفعة ، فهذا يسمى موجب البيع ، ولا يسمى مقتضى وهذا معنى قول بعض المحققين من الشافعية إن
الموجب عبارة عن الأثر المترتب على ذلك الشيء ، وهو والمقتضى مختلفان خلافا لمن زعم اتحادهما إذ المقتضى
لا ينفك ، والموجب قد ينفك فالأول كانتقال الملك للمشتري بعد لزوم البيع ، والثاني كالرد بالعيب والموجب أع

لأنه الأثر اللازم سواء كان ينفك أولا اه وهذا أحسن مما قاله العلامة ابن الغرس مع أن موجب الشيء ما أوجبه ذلك الشيء واقتضاه ، فالموجب والمقتضى في الأصل واحد ، ولكن يلزم من بعض الصور أن الموجب في باب الحكم أعم ، وهو التحقيق إذ لو باع مدبره ثم تنازعا عند القاضي الحنفى ، فحكم بموجب ذلك البيع صح الحكم ومعناه الحكم ببطلان ذلك البيع ، ومن المعلوم أن الشيء لا يقتضى بطلان نفسه فظهر أن الحكم في هذه الصورة لا يكون حكما بالمقتضى ، وإلا كان باطلا وكان للشافعى نقضه ، والحكم بصحة البيع إذ لا مقتضى للبيع عند الحنفى لأنه باطل ويصح عند الحنفى أن يقال موجب هذا البيع البطلان اه ملخصا : وإنما قلنا إن ما مر أحسن لأنه يرد على ما قاله ابن الغرس أنه كما يقال إن الشيء لا يقتضى بطلان نفسه ، فكذلك يقال إنه لا يوجب بطلان نفسه ، فدعواه أنهما في الأصل بمعنى واحد ، وأن هذا السبب هو الداعى إلى الفرق بينهما هنا غير مسلم ، فالظاهر أن الفرق بينهما هو اشتراط عدم الإنفكاك في المقتضى لا في الموجب فالموجب أعم فالحكم بالموجب عندنا لا يصح ، مالم يكن حادثة بأن وقع فيه الترافع ، وبالتنازع عند الحاكم كما مر ، فإذا وقع التنازع في صحة البيع ولزومه فحكم بموجب ذلك البيع كان حكما بصحته . وبباقى مقتضياته الشرعية التى لا تنفك عنه كملك المشتري المبيع ، ولزوم دفعه الثمن ونحو ذلك بخلاف ، وجبه المنفك عنه كاستحقاق الجار الأخذ بالشفعة لعدم الحادثة كما قلنا :

مطلب الموجب على ثلاثة أقسام

ثم اعلم أن ابن الغرس ذكر أن الموجب على ثلاثة أقسام لأنه إما أن يكون أمرا واحدا أو أمورا يستلزم بعضها بعضا أولا ، فالأول : كالقضاء بالأحكام المرسله والطلاق والعتاق إذ لا موجب لكذا سوى ثبوت ملك الرقبة للعين والحرية وانحلال قيد العصمة ، والثانى : كما إذا ادعى رب الدين على الكفيل بدين له على الغائب المكفول عنه وطالبه به ، فأزكر الدين فأثبتته وحكم بموجب ذلك فالموجب هنا أمران لزوم الدين للغائب ولزوم أدائه على الكفيل والثانى : يستلزم الأول فى الثبوت والثالث : كما إذا حكم شافعى بموجب بيع عقار اقتصر الحكم على ما وقعت به الدعوى فلا يكون حكما بأه لا شفعة للجار وهكذا فى نظائره هذا حاصل ما قرره ابن الغرس وتبعه فى النهروان زاد عليه قسما رابعا لكنه يرجع إلى كونه شرطا للقسم الثانى كما يظهر بالتأمل لمن راجعه :

[تنبيه] قدمنا آنفا عن البحر عن فتاوى الشيخ قاسم أنه نقل الإجماع على أن تقدم الدعوى الصحيحة شرط لنفاذ الحكم ، وأيد ذلك صاحب البحر فى رسالة ألفها فى ذلك ، ثم قال فقد استفيد مما فى هذه الكتب المعتمدة أنه لا فرق بين ما إذا كان القاضي حنفيا أو غيره إلى أن قال : ومما فرغته على أن قضاء المخالف إذا رفع إلينا فإننا نمضيه فيما وقع حكمه به لا فى غيره مالم يوجب شافعى بيينة ذى اليد على خارج نازعه ، ثم تنازع ذو اليد وخارج آخر عند حنفى فإنه يسمع الدعوى ولا يمنعه قضاء الشافعى من سماعها بناء على أن مذهبنا أن القضاء بالملك لا يكون قضاء على الكفاية ، بل يقتصر على المقتضى عليه ، وهو الخارج الأول وإن كان مذهب الحاكم تعديه كما قدمناه من أن قضاء المالكى بغير دعوى غير صحيح عندنا وإن صح عنده ، فإذا رفع إلينا لانتفذه ، وكذلك هنا لا نتعرض لحكمه على الخارج الأول ، وأما الثانى فلم يقع حكمه عليه على مقتضى مذهبنا ، ومما فرغته لو حجب شافعى على سفيه بعد دعوى صحيحة ، ثم رفعت إلينا حادثة من تصرفاته فإننا نحكم بمذهب أبى يوسف وعمد للحجر على السفيه فإنهما وإن وافقا الشافعى فى أصل الحجر ، لم يوافقاه فى أنه يؤثر فى كل شيء وإنما يؤثر عندهما فيما يؤثر فيه الهزل ، فإذا تزوجت السفية التى حجب عليها شافعى ، ولم يرفع نكاحها إليه ولم يبطله بل رفع إلى حنفى ، فله

وهو عبارة عن المعنى المتعلق بما أضيف إليه في ظن القاضى شرعا من حيث إنه يقضى به فإذا حكم حنفى بموجب بيع المدبر كان معناه الحكم ببطلان البيع

أن يحكم بصحته لو الزوج كفؤا على قولها المفتى به ، ولا يمنعه مذهب الحاجر ، لعدم وجود حادثة الزوج وقت الحجر ، ولم تكن لازمة للحجر حتى تدخل ضمننا لقبول الانفكاك ، لجواز أن لا تزوج المحجورة أصلا ، وقد توقف فيه بعض من لا اطلاع له على كلامهم اه :

قلت : ويعلم منه ما يقع الآن من وقوع التنازع في صحة الإجارة الطويلة عند قاض شافعى فيحكم بصحتها ، وبعدم انقضاءها بموت ولا غيره فإن عدم الانقضاء بالموت لم يصر حادثة وقت الحكم ، لأن الموت لم يوجد وقته ، فللحنفى أن يحكم بالفسخ بالموت كما أفقئ به في الخيرية . وذكر ابن الغرس من هذا القبيل مالو وهب ابنه وماله العين الموهوبة ، وقضى شافعى بالموجب ثم بعد مدة رجع الواهب في هبته وترافعا عند القاضى الحنفى فحكم ببطلان الرجوع قال : وقد حصل التنازع في هذه المسألة بين أهل المذهبين فقال القاضى الشافعى حكم الحنفى باطل ، لأنى حكمت قبله بموجب الهبة ومن موجبها عندى أن الأب يملك الرجوع ، والحكم في الخلافية يجعلها وفاقية ، وقال القاضى الحنفى الرجوع حادثة مستقلة وجدت بعد الحكم الأول بمدة طويلة ، فكيف تدخل تحت حكمه ، وأجيب فيها بأن الموجب هنا أمور هي خروج العين من ملك الواجب ، ودخولها في ملك الموهوب له وملك الواهب الرجوع إذا كان أبا عند الشافعى ، وعدمه عند الحنفى ، فإن كان الداعى عند القاضى ليس إلا فى انتقال العين من ملك الواهب إلى ملك الموهوب له اقتصر القضاء بالموجب على ذلك ، فإذا كان القاضى الأول شافعى لا يصير كون الأب يملك الرجوع محكوما به ، وإذا كان حنفيا لا يصير عدم ملكه ذلك محكوما به ، فللقاضى الثانى أن يحكم بمذهبه : أى لأن الأمر الأول لا يستلزم الأمر الثانى فى الثبوت قال : فتبين أن القضاء فى حقوق العباد يشترط له الدعوى الموصلة له شرعا على وجه يحصل به المطابقة لإلما كان على سبيل الإمتزام الشرعى أى كما فى مسألة الكفالة المارة وليس للقاضى أن يتبرع بالقضاء بين اثنين فيما لم يتخاصما إليه فيه اه ملخصا فاغتنر التطويل فى هذا المقام بما حواه من الفوائد العظام (قوله وهو عبارة عن المعنى) أى كخروج المبيع من ملك البائع ، ودخوله فى ملك المشتري ، ووجوب التسلم والتسليم ، ونحو ذلك من مقتضيات البيع ، ولوازمه فذلك المعنى المحكوم به المضاف إلى المبيع المتعلق به فى ظن القاضى شرعا هو الموجب ههنا ، وهو الذى اقتضاه عقد البيع وأما الحكم بموجب بيع المدبر ، فهو المعنى الذى أضيف إلى ذلك البيع فى ظن القاضى شرعا ، وهو كون ذلك البيع باطلا ولكن هذا المعنى ليس هو مقتضى ذلك البيع إذا البيع لا يقتضى بطلان نفسه اه ابن الغرس وظهر منه أن المراد بما فى قوله بما أضيف له هو البيع مثلا ، فإن دخول المبيع فى ملك المشتري متعلق بذلك البيع ومضاف إليه شرعا فى ظن القاضى : أى فى قصده من حيث إنه يقضى به : أى يقصد القضاء به وكذا غيره من مقتضيات البيع اللازمة له ، واجتزأ به عما لا يقصد القضاء به لعدم التنازع فيه كثبوت حق الشفعة ، وأفاد أن الموجب قد يكون مقتضى كمثلنا ، وقد يكون غير مقتضى كبطلان بيع المدبر ، فإنه موجب لا مقتضى على ما قرره سابقا فافهم . ثم لا يخفى أن هذا التعريف مع ما فيه من التعقيد خاص بالموجب الذى وقع الحكم به صحيحا مع أن الموجب أعم منه فإن المعنى المتعلق بذلك البيع المضاف إليه يصدق على ثبوت حق الشفعة فيه وثبوت رده بخيار عيب ونحو ذلك مما ليس من مقتضياته اللازمة له بدليل ما مر من أن الموجب قد يكون أمورا يستلزم بعضها بعضا أولا يستلزم فالأظهر والأخصر تعريفه بما قدمناه من أنه الأثر المترتب على ذلك الشيء ، وإن أراد تخصيصه بما يقع به الحكم صحيحا عندنا يزيد على ذلك قولنا إذا صار حادثة

ولو قال الموثق وحكم بمقتضاه لا يصح لأن الشيء لا يقتضى بطلان نفسه وبه ظهر أن الحكم بالموجب أعم نهر (إلا ما) عري عن دليل مجمع أو (خالف كتابا) لم يخالف في تأويله السلف كمتروك تسمية (أو سنة مشهورة)

فيخرج مالا حادثة فيه كما لو حكم شافعي بموجب بيع بعد إنكاره لا يكون حكما بثبوت خيار المجلس مثلا ، مما ليس من لوازمه ومثله ما قدمناه من مسألة الهبة وغيرها هذا ما ظهر لي في هذا المجل فتأمل (قوله فإذا قال (١) الموثق) هو كاتب القاضي الذي يكتب الوثيقة وهي المسماة حجة في زماننا (قوله وبه ظهر أن الحكم بالموجب أعم) أي من المقتضى ، فإن بطلان بيع المدبر موجب لا مقتضى لما ذكره فكل مقتضى موجب ، ولا عكس والضمير في به عائد إلى قوله ولو قال الموثق الخ فإن الشارح اقتصر على التمثيل ببيع المدبر الذي هو من أفراد الموجب لينبه على أن الموجب لا يلزم كونه مقتضى ، فلا يرد ما قيل إن الذي ظهر من عبارته أن بينهما التباين لا للعموم فافهم (قوله مجمع) لم يمثل له في شرحه قال ط : والمراد به كما رأيت بهامشه نحو القضاء بسقوط الدين عند ترك المطالبة به سنين (قوله لم يخالف في تأويله السلف) الجملة صفة كتابا والمراد بالسلف الصحابة والتابعون رضي الله تعالى عنهم أجمعين ، لقول الخديفة المعتبر الاختلاف في الصدر الأول ، وهم الصحابة والتابعون اه وعليه فلا يعتبر اختلاف من بعدهم كمالك والشافعي ، وسيأتي أنه خلاف الأصح (قوله كمتروك تسمية) أي عمدا فإنه مخالف لظاهر قوله تعالى - ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه - بناء على أن الواو في قوله وإنه لفسق للعطاف ، والضمير راجع إلى مصدر الفعل الذي دخل عليه حرف النهي ، أو إلى الموصول ، واحتمال كونها حالية فتكون قيدا للنهي رد بأن التأكيد بان واللام بنفيه ، لأن الحال في النهي مبنية على التقدير كأنه قيل لا تأكلوا منه إن كان فسقا فلا يصح وإنه لفسق ، بل وهو فسق ولو سلم فلا نسلم أنه قيد للنهي بل هو إشارة إلى المعنى الموجب له كلاتهن زيدا وهو أخوك ولا تشرب الخمر وهو حرام عليك نهر موضعا وتمامه في رسالة ابن نجيم المؤلفة في هذه المسألة .

مطلب في الحكم بما خالف الكتاب أو السنة أو الإجماع

(قوله أو سنة مشهورة) قيد بالمشهورة احترازا عن الغريب زيلعي ، ولا بد ههنا من تقييد الكتاب بأن لا يكون قطعي الدلالة وتقييد السنة ، بأن تكون مشهورة أو متواترة غير قطعية الدلالة ، وإلا فمخالفة المتواتر من كتاب أو سنة إذا كان قطعي الدلالة كذا في التأويل ، وأما إذا وقع الخلاف في أنه مؤول أو غير مؤول فلا بد أن يترجح أحد القولين بثبوت دليل التأويل ، فيقع الاجتهاد في بعض أفراد هذا التسميم أنه مما يسوغ فيه الاجتهاد أم لا كذا في الفتح وظاهر كلامهم يعطى أن آية التسمية على الذبيحة ، لا تقبل التأويل بل هي نص في المدعى ، وفيه نظر يظهر مما مر نهر أي ما مر من احتمال أوجه الإعراب ، على أنه إذا كان المراد من النص ظني الدلالة كما مر ، ففي عدم نفاذ الحكم بمعارضته نظر ظاهر كما قاله العلامة ابن أبي رجاج في شرح التحرير : ثم قال : والذي يظهر أن القضاء بحل متروك التسمية عمدا وبشاهد ويمين ينفذ من غير توقف ، على إضفاء قاض آخر وبيع أمهات الأولاد لا ينفذ .

الم بمضه قاض آخر اه : قلت : لکن قد علمت أن عدم النفاذ في متروك التسمية مبنى على أنه لم يخالف فيه السلف ، وأنه لا اعتبار بوجود الخلاف بعدهم وحينئذ فلا يفيد احتمال الآية أوجها من الإعراب نعم على ما يأتي من تصحيح اعتبار اختلاف من بعدهم بقوى هذا البحث ، ويؤيده ما في الخلاصة من أن القضاء بحل متروك التسمية عمدا جائز عندهما

(١) قوله (إذا قال الخ) هكذا بنهه والذي في نسخ الشارح ولو قال الخ وهو الموافق لقول الهن في القولة التي بعدها والضمير

في به عائد إلى قوله ولو قال الموثق الخ اه تصححه .

كتحليل بلا و طء لخالفته حديث العسيلة المشهور (أو إجماعاً) كحل المتعة لإجماع الصحابة على فساده وكبيع أم ولد على الأظهر وقيل ينفذ على الأصح (و) من ذلك ما (لو قضى بشاهد ويمين) المدعى لخالفته للحديث المشهور «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» (أو بقصاص بتعيين الولي واحداً من أهل المحلة أو بصحة نكاح المتعة أو الموقت أو بصحة بيع معتق البعض

لا عند أبي يوسف، وكذا ما في الفتح عن المنتقى، من أن العبرة في كون المحل مجتهداً فيه اشتباه الدليل لاحقيقة الخلاف قال في الفتح: ولا يخفى أن كل خلاف بيننا وبين الشافعي أو غيره محل اشتباه الدليل، فلا يجوز نقضه بلا توقف على كونه بين الصدر الأول. والذي حققه في البحر أن صاحب الهدية أشار إلى القولين، فإنه ذكر أولاً عبارة القدوري، وهي وإذا رفع إليه حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع، وذكر ثانياً عبارة الجامع الصغير: وهي وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه فما ذكره أصحاب الفتاوى من المسائل الآتية التي لا ينفذ فيها قضاء القاضى مبنى على عبارة القدوري، لا على ما في الجامع، ومن قال: لا اعتبار بخلاف مالك والشافعي اعتمد قول القدوري: ومن قال باعتباره اعتمده ما في الجامع وفي الواقعات الحسامية عن الفقيه أبي الليث وبه أي بما في الجامع نأخذ، لكن في شرح أدب القضاء أن الفتوى على ما في القدوري اه ملخصاً. فقد ظهر أنهما قولان مصححان والمتون على ما في القدوري والأوجه ما في الجامع ولذا رجحه في الفتح كما يأتي أيضاً (قوله كتحليل بلا و طء) أي تحليل المطلقة الثلاث بمجرد عقد المحلل بلا دخول عملاً بقول سعيد بحر (قوله أو إجماعاً) المراد منه ما ليس فيه خلاف يستند إلى دليل شرعي بحر (قوله كحل المتعة) أي كالتضاء بصحة نكاح المتعة، كقوله: متعني بنفسك عشرة أيام فلا ينفذ بخلاف القضاء بصحة النكاح المؤقت بأيام أي بدون لفظ المتعة، فإنه ينفذ كما في الفتح وقدمنا عنه في النكاح ترجيح قول زفر بصحة النكاح المؤقت بالغاء التوقيت فينقذ مؤبداً (قوله وكبيع أم ولد الخ) قال شمس الأئمة السرخسي هذه المسألة تبتنى على أن الإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد، وعندهما لا يرفع يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعها، ثم أجمع المتأخرون على عدمه، فكان القضاء به على خلاف الإجماع عند محمد فيبطله القاضى الثاني، وعندهما لما لم يرفع خلاف الصحابة وقع في محل اجتهاد فلا ينفذه الثاني لكن قال القاضى أبو زيد في التقويم إن محمداً روى عنهم جميعاً أن القضاء ببيعها لا يجوز فتح:

وذكر في التحرير أن الأظهر من الروايات أنه لا ينفذ عندهم جميعاً لكن ذكر أيضاً عن الجامع أنه يتوقف على قضاء قاض آخر، لأن الإجماع المسبوق بخلاف مختلف في كونه إجماعاً ففيه شبهة كخبر الواحد، فكذا في متعلقه وهو ذلك الحكم المجمع عليه وقدمنا تمام الكلام على ذلك في باب الاستيلاء (قوله ومن ذلك ما لو قضى بشاهد ويمين) مقتضاه أنه لا ينفذ، وإذا رفع إلى قاض آخر أبطله مع أنه قال في الفتح ولو قضى بشاهد ويمين لا ينفذ: ويتوقف على إمضاء قاض آخر ذكره في أفضية الجامع، وفي بعض المواضع ينفذ مطلقاً اه وفي ط عن الهندية ذكر في كتاب الاستحسان أنه ينفذ على قول الإمام لا على قول الثاني اه (قوله لخالفته الخ) الأولى ذكره عقب المسألة الثانية ليكون حلة للمسألتين (قوله البينة على من ادعى) كذا في البحر وفي الفتح على المدعى (قوله أو بقصاص الخ) أي إذا قضى القاضى بالقصاص بيمين المدعى أن فلانا قتله، وهناك لوث من عداوة ظاهرة كما هو قول مالك لا ينفذ لخالفته السنة المشهورة «البينة على المدعى، واليمين على من أنكر» وتماه في الفتح (قوله أو بصحة نكاح المتعة أو الموقت) لعل الصواب لا الموقت بلا النافية لما قدمناه قريباً عن الفتح من نفاذ القضاء بصحة الموقت ونقل ط مثله عن الهندية ولم أر مع ذكر عدم نفاذه (قوله أو بصحة بيع معتق البعض)

أو بسقوط الدين بمضى سنين أو بصحة) طلاق (الدور وبقاء النكاح) كما مر في بابہ (وقضاء عبد وصبي مطلقا و) قضاء (كافر على مسلم أبدا ونحو ذلك) كالتفريق بين الزوجين بشهادة المرضعة (لا ينفذ) في الكل وعد منها في الأشباه نيفا وأربعين وذكر في الدرر لما ينفذ سبع صور منها لو قضت المرأة بحد وقود

في الهندية عن الظهيرية : رجل أعتق نصف عبده أو كان العبد بين اثنين أعتقه أحدهما، وهو معسر وقضى القاضى للآخر في بيع نصيبه فباع ثم اختصما إلى قاض آخر لا يرى ذلك ذكر الخصاص أن القاضى يبطل البيع والقضاء وحكى شمس الأئمة الحلوانى عن المشايخ أن ما ذكره الخصاص ليس فيه شيء عن أصحابنا ولولا قول الخصاص لقلنا إنه ينفذ قضاؤه لأنه قضاء في فصل مجتهد فيه اه ط (قوله أو بسقوط الدين الخ) أى كما قال بعضهم: إذا لم يهاصم ثلاث سنين وهو في المصر بطل حقه فلا ينفذ القضاء به لأنه قول مهجور، فإذا رفع إلى آخر أبطله وجعل المدعى هلى حقه كما في الخانية (قوله أو بصحة طلاق الدور وبقاء النكاح) أى صحة التعليق في طلاق الدور لاصحة نفس الطلاق ، فإذا قال إن طلقك فأنت طالق قبله ثلاثا ، فإن القبلية تلغو وتطلق ثلاثا لأن صحة تعليق الثلاث تؤدي إلى إبطاله فلو قضى قاض بصحة التعليق وبطلان الطلاق وإبقاء النكاح لا ينفذ (قوله في بابہ) أى في أول كتاب الطلاق وأوضحنا الكلام عليه هناك فافهم (قوله وقضاء عبد) استشكل بأن العبد يصلح شاهدا عند مالك وشريح فيصالح قاضيا فإذا اتصل به إمضاء قاض آخر ينبغي أن ينفذ كما في المحدود في القذف ط عن الهندية (قوله مطلقا) أى سواء قضيا على حر أو عبد بالغ أو صبي مسلم أو كافر اه ح (قوله أبدا) محل ذكره بعد قوله لا ينفذ كما في عبارة الدرر (قوله وعد منها في الأشباه نيفا وأربعين) تقدم الكلام عليها آخر كتاب الوقف فراجع (قوله وذكر في الدرر لما ينفذ سبع صور) حيث قال فإن أمضى قضاء من حد في قذف وتاب أو قضاء الأعمى أو قضاء امرأة بحد أو قود أو قضاء قاض لامرأته أو قاض بشهادة المحدود النائب وبشهادة الأعمى وقاض لامرأة بشهادة زوجها وقاض بحد أو قود بشهادتها نفذ حتى لو أبطله ثان نفعه ثالث ، لأن الاجتهاد الأول كالثاني ، والأول تأيد باتصال القضاء فلا ينقض باجتهاد لم يتأيد به لأنه دونه اه .

قلت : وفي هذه العبارة من الخفاء ما لا ينبغي ، لأن القضاء في هذه السبع لا ينفذ ما لم يمضه قاض آخر ، لأن المجتهد فيه نفس القضاء لا المقتضى به فهو القسم الثالث من الأقسام الثلاثة التي ذكرناها عند قول الشارح لو مجتهدا فيه فقول الدرر نفذ أى إمضاء القاضى الثانى قضاء القاضى الأول المحدود في قذف الخ : وقوله : حتى لو أبطله ثان الخ صوابه : حتى لو أبطله ثالث لم يبطل فتنبه لذلك فإنى لم أر من نبه عليه ، لكن ما ذكرنا من أنه لا ينفذ قضاء الأول موافق لما في الزيلعى ، وهو ظاهر في الأربعة الأول دون الثلاثة الأخيرة ، بل هو نافذ فيها فيصح أن يقال فيها حتى لو أبطله ثان نفعه ثالث أى نفذ الثالث قضاء الأول لأنه وقع نافذا ، فلم يصح إبطال الثانى له وهذا هو الموافق لما قدمناه في بيان الأقسام الثلاثة ، ويوضحه ما في الخانية والبزازية وغيرهما إذا كان نفس القضاء مختلفا فيه ورفع إلى قاض آخر لا يراه له إبطاله ، وإذا رفع إلى من يراه وينفذه ثم رفع إلى ثالث لا يرى ذلك ليس له إبطاله ، فلو كان القاضى هو المحدود في قذف فرفع حكمه إلى قاض آخر لا يرى جوازه أبطله الثانى ، وكذا لو قضى لامرأته بشهادة رجلين لا يجوز : فلو رفع إلى آخر لا يراه جاز له إبطاله لأنه كما لا يصلح شاهدا لامرأته لا يصلح قاضيا لها ، فإن رفع القضاء الأول إلى من يرى جوازه فأمضاه ، ثم رفع إمضاء الثانى إلى الثالث لا يرى جوازه أمضى الثالث إمضاء الثانى ، ولا يبطله وكذا قضاء الأعمى ، وكذا قضاء المرأة في حد أو قصاص ، وفيها أيضا لو قضى بشهادة محدود في قذف ، وهو يراه فرفع إلى من لا يراه لا يبطله ، وكذا لو قضى بشهادة رجل وامرأتين في المحدود والقصاص اه .

وسيجيء متنا خلافا لما ذكره المصنف شرحا والأصل أن القضاء يصح في موضع الاختلاف لا الخلاف والفرق أن للأول دليلا لا الثاني وهل اختلاف الشافعي معتبر؟ الأصح نعم صدر الشريعة (يوم الموت لا يدخل تحت القضاء بخلاف يوم القتل) فلو برهن على موت أبيه في يوم كذا ثم برهن امرأة أن الميت نكحها بعد ذلك قضى بالنكاح ولو برهن على قتله فيه فبرهن أن المقتول نكحها بعده

والحاصل : أن الخلاف إذا كان بعد القضاء بأن كان المجتهد فيه نفس القضاء الأول لا ينفذ ما لم ينفذه قاض ثان فيكون القضاء الثاني هو النافذ ، فإذا رفع إلى ثالث وجب عليه تنفيذه ولا يصح إبطاله إياه ، بخلاف إذا كان المجتهد فيه نفس المقتضى به قبل القضاء ، فإن القضاء به نافذ بدون تنفيذ وإذا رفع إلى آخر نفيه ، وإن لم يكن مذهبه وهذا مامر في قوله : وإذا رفع إليه حكم قاض آخر نفيه ، وبخلاف ما خالف الدليل فإنه لا ينفذ وإن نفذ ألف قاض كما قاله الزيلعي وهذا مامر في قوله إلا ما خالف كتابا أو سنة مشهورة أو إجماعا أو به تمت الأقسام الثلاثة فافهم واغتم تحرير هذا المقام (قوله وسيجيء متنا) أي في باب كتاب القاضي إلى القاضي ح (قوله خلافا لما ذكره المصنف شرحا) حيث عد هذه الصورة من جملة ما لا ينفذ لمخالفته الدليل لكن نقل ط عن الهندية حكاية قولين (قوله والفرق الخ) هذه تفرقة عرفية ، وإلا فقد قال تعالى - وما اختلف فيه إلا الذين أوتوه - وما اختلف الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة - ولا دليل لهم والمراد أنه خلاف لأدليل له بالنظر للمخالف ، وإلا فالقائل اعتمد دليلا ثم مسائل الخلاف التي لا ينفذها هي ما تقدمت في قوله إلا ما خالف كتابا الخ ط (قوله الأصح نعم) وقيل إنما يعتبر الخلاف في الصدر الأول قال في الفتح : وعندى أن هذا لا يعول عليه ، فإن صحح أن مالك وأبا حنيفة والشافعي مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهاديا وإلا فلا ولا شك أنهم أهل اجتهاد ورفعة ، ويؤيده ما في الصغير خالع الأب الصغيرة على صداقها ورآه خيرا لها صحح عند مالك وبرىء الزوج عنه ، فلو قضى به قاض نفذ ومثل شيخ الإسلام عطاء بن حمزة عن أبي الصغيرة زوجها من صغير ، وقبل أبوه وكبر الصغيران وبينهما غيبة منقطعة ، وقد كان الزوج بشهادة الفسقة هل يجوز للقاضي أن يبعث إلى شافعي المذهب ليبتل هذا النكاح بسبب أنه كان بشهادة الفسقة قال نعم اه ط :

فات : والمسألة الثانية لم أرها في الفتح بل ذكر مسألة غيرها وذكر عبارته في البحر :

مطلب يوم الموت لا يدخل تحت القضاء

(قوله يوم الموت لا يدخل تحت القضاء) أي لا يقضى به قصدا بأن تنازع الخصمان في يوم موت آخر أنه كان في يوم كذا ، بخلاف ما إذا كان المقصود غيره كتقديم ملك أحدهما ، ولذا قال في البزاية فإن ادعى الميراث وكل منهما يقول : هذا لي ورثته من أبي إن في يد ثالث ولم يورثها أو أرثها تاريخا واحدا فأنصافا ، وإن أحدهما سبق فهو له عند الإمامين وليس فيه القول بدخول يوم الموت تحت القضاء ، لأن النزاع وقع في تقديم الملك قصدا اه وفيها ادعى على آخر ضيعة بأنها كانت لفلان وورثتها منه أخته فلانة فانت وأنا وارثها وبرهن تسمع ، ولو برهن المطلوب أن فلانة ماتت قبل فلان يعني مورثها صح الدفع ، وفيه نظر لما تقرر أن زمان الموت لا يدخل تحت القضاء قيل النزاع لم يقع في الموت المجرد فصار كالورثة تنازعا في تقديم موت المورث من المورث الآخر قبله وبعده كابن الابن مع الابن إذا تنازعا في تقديم موت أبيه قبل الجد أو بعده اه (قوله فلو برهن على موت أبيه) أي بأن ادعى شيئا لأبيه وبرهن أن أباه مات وتركه ميراثا وأنه مات يوم كذا يرى عن شرح أدب القضاء (قوله قضى بالنكاح) أي فيجعل لها الصداق والميراث مع الابن لأن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء ، لأنه لا يتعلق

واستثنى محشوها من الأول مسائل منها ادعياء ميراثا فلاسبقتها تاريخا :

برهن الوكيل على وكالته وحكم بها فادعى المطلوب موت الطالب صحح الدفع :

برهن أنه شراه من أبيه منذ سنة وبرهن ذواليد على موته منذ سنتين لم تسمع وقيل تسمع وسره أن القضاء بالبينة عبارة عن رفع النزاع والموت من حيث إنه موت ليس محلا للنزاع ليرتفع بإثباته بخلاف القتل فإنه من حيث هو محل للنزاع كما لا يخفى (وينفذ القضاء بشهادة الزور ظاهرا وباطنا) حيث كان المحل قابلا والقاضي غير عالم بزورهم (في العقود) كبيع ونكاح (والفسوخ) كإقالة وطلاق

لناس منذ عشرين سنة فادعى رجل أنه اشترى منه داره منذ سنة لا يقبل ، ثم رأيت ما يشهد به صريحا في التارخالية في الفصل الثامن في التهار لو ادعى المشهود عليه أن الشهود محدودون في قذف من قاضي بلد كذا فأقام الشهود أن القاضي مات في سنة كذا لا يقضى به إذا كان موت القاضي قبل تاريخ شهود المدعى عليه مستفيضا اه مختصرا فراجعه إن شئت اه (قوله من الأول) وهو أن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء (قوله ادعياء ميراثا الخ) قدمناه عن البرازية (قوله برهن الوكيل) أي بقبض المال جاع الفصولين (قوله صحح الدفع) أي إذا برهن المطلوب على الموت لأنه ينعزل به الوكيل فالحكم بالموت هنا لالذاته بل لأجل العزل (قوله من أبيه) أي من أبي ذى اليد (قوله لم تسمع) هو الصواب ، لأن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء اه قنية من باب دفع الدعاوى : قلت : ووجهه أنه قضاء بيوم الموت قصدا ، لأن ما تضمنه وهو عدم الشراء لا تصح البينة عليه ، لأنه نفي فمحص قضاء بالموت فلا يصح (قوله وقيل تسمع) وعليه فهي من المستثنيات كما في البحر (قوله وسره الخ) مرتبط بالمتن والمراد بيان وجه الفرق ، ولما كان خفيا عبر عنه بالسر (قوله من حيث أنه موت) أما إذا كان المقصود من ذكره غيره مما تقام عليه البينة فيكون هو محل النزاع فيدخل تحت القضاء كسألة دعوى اليراث فإن المقصود من تاريخ الموت تقدم الملك وكسألة دعوى الوكالة فإن المقصود منه انعزال الوكيل (قوله فإنه من حيث هو) محل للنزاع قدمنا وجهه في عبارة الأجناس :

مطلب في القضاء بشهادة الزور

(قوله وينفذ القضاء بشهادة الزور) قيد بها لأنه لو ظهر الشهود عبيدا أو كفارا أو محدودين في قذف لم ينفذ إجماعا ، لأنها ليست بحجة أصلا بخلاف الفساق على ما عرف ، وإمكان الوقوف عليهم فلم تكن شهادتهم حجة بحر ثم قال : وفي القنية : ادعى عليه جارية أنه اشتراها بكذا فأنكر فحلف فنكل فقضى عليه بالنكول محل الجارية للمدعى ديانة وقضاء كما في شهادة الزور اه فعلى هذا القضاء بالنكول كالقضاء بشهادة الزور اه (قوله ظاهرا وباطنا) المراد بالنفاد ظاهرا أن يسلم القاضي المرأة إلى الرجل ، ويقول سلمى نفسك إليه فإنه زوجك ويقضى بالنفقة والقسم وبالنفاد باطنا أن يحل له وطؤها ويحل لها التمكين فيما بينها وبين الله تعالى ط (قوله حيث كان المحل قابلا الخ) شرطان للنفاد ، ويأتي في كلام الشارح محرزهما (قوله في العقود) أطلقها فشمع عقود التبرعات ، قالوا : وفي الهبة والصدقة روايتان وكذا في البيع بأقل من قيمته في رواية لا ينفذ باطنا ، لأن القاضي لا يملك إنشاء التبرعات في ملك الغير ، والبيع بأقل تبرع من وجه بحر (قوله كبيع ونكاح) فلو قضى ببيع أمة بشهادة زور حل للمنكر وطؤها وكذا لو ادعى على امرأة لنكاحها وهي جامدة أو بالعكس ، وقضى بالنكاح كذلك حل للمدعى الوطاء ، ولما التمكين عنده بحر (قوله والفسوخ) أراد بها ما يرفع حكم العقد فيشمل الطلاق ومن فروعها : ادعت أنه طلقها ثلاثا وهو ينكر وأقامت بينة زور فقضى بالفرقة فنزوجت بآخر بعد العدة حل

لقول على رضى الله تعالى عنه لتلك المرأة شاهدك زوجك وقالا وزفر والثلاثة ظاهرا فقط وعليه الفتوى شربلاية
عن البرهان (بخلاف الأملاك المرسلة) أى المطلقة عن ذكر سبب الملك فظاهرا فقط إجماعا لتزاحم الأسباب
حتى لو ذكر أسبابا معينة فعلى الخلاف إن كان سببا يمكن إنشاؤه وإلا لا ينفذ اتفاقا كالإرث وكما لو كانت المرأة
محرمة بنحو عدة أو ردة وكما لو علم القاضى بكذب الشهود حيث لا ينفذ أصلا

له وطؤها عند الله تعالى وإن علم بحقيقة الحال ، وحل لأحد الشاهدين أن يتزوجها ويطأها ولا يحل للأول وطؤها
ولا يحل لها تمكينه بحر (قوله لقول على الخ) قال محمد رحمه الله تعالى فى الأصل : بلغنا عن على كرم الله وجهه أن
رجلا أقام عنده بينة على امرأة أنه تزوجها فأنكرت ففضى له بالمرأة فقالت إنه لم يتزوجنى فأما إذا قضيت على
فجدد نكاحى فقال : لا أجدد نكاحك الشاهدان زوجك قال : وبهذا نأخذ فلو لم ينعقد النكاح بينهما باطنا بالقضاء
لما امتنع من تجديد العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها وقد كان فى ذلك تخصيصها من الزنا وصيانة مائة اه من رسالة
العلامة قاسم المؤلف فى هذه المسئلة وقوله : وبهذا نأخذ دليل لما حكاه الطحاوى من أن قول محمد كقول أبى حنيفة
(قوله ظاهرا فقط) أى ينفذ ظاهرا لا باطنا لأن شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فينفذ القضاء كذلك لأن القضاء
ينفذ بقدر الحجة درر (قوله وعليه الفتوى) نقله أيضا فى القهستانى عن الحقائق وفى البحر عن أبى الليث لكن
قال : وفى الفتح من النكاح وقول أبى حنيفة هو الوجه اه .

قلت : وقد حقق العلامة قاسم فى رسالته قول الإمام بما لا مزيد عليه ثم أورد عليه إشكالا ، وأجاب عنه
وعليه المتون (قوله بخلاف الأملاك المرسلة) وهى التى لم يذكر لها سبب معين فإنهم أجمعوا أنه ينفذ فيها ظاهرا
لا باطنا لأن الملك لا بد له من سبب ، وليس بعض الأسباب بأولى من البعض لتزاحمها فلا يمكن إثبات السبب
سابقا على القضاء بطريق الافتضاء ، وفى النكاح والشراء يتقدم النكاح والشراء تصحيحا للقضاء درر قال فى
البحر : ولو حذف الأملاك لكان أولى ليشمل ما إذا شهدوا بزور بدين لم يبينوا سببه فإنه لا ينفذ وفى حكم المرسلة
الإرث كما يأتى وظاهر اقتضاره عليها أنه لا ينفذ باطنا فى النسب إجماعا كما فى المحيط عن بعض المشايخ ، ونص
الخصاف على أنه ينفذ عند أبى حنيفة ففيه روايتان عنه ، والشهادة بعق الأمة كالشهادة بطلاق المرأة ، وينبغى أن
تكون بالوقف كالعق ولم أر نقلا فى الشهادة بأن الوقف ملك أو بتزوير شرائط الوقف أو أن الواقف أخرج
فلانا وأدخل فلانا زورا إذا اتصل به القضاء ، وظاهر الهداية أن ما عدا الأملاك المرسلة ينفذ باطنا وإذا قلنا بأن
الوقف من قبيل الإسقاط فهو كالطلاق والعناق اه ملخصا (قوله فظاهرا فقط إجماعا) فلا يحل للمقضى له الوطء
والأكل واللبس وحل للمقضى عليه لكن يفعل ذلك سرا وإلا فسقه الناس بحر (قوله إن كان سببا يمكن إنشاؤه)
كالبيع والنكاح والإجارة (قوله كالإرث) فإنه وإن كان ملكا بسبب لكنه لا يمكن إنشاؤه فلا ينفذ القضاء
بالشهود زورا فيه باطنا اتفاقا بحر . قال : وسأنى الاختلاف فى باب اختلاف الشاهدين فى أنه مطلق أو بسبب
والمشهور الأول واختار فى الكنز الثانى (قوله وكما لو كانت المرأة محرمة الخ) هذا محترز قوله : حيث كان المحل
قابلا اه ح فإذا ادعى أنها زوجته ، وأثبت ذلك بشهادة الزور ، وهو يعلم أنها محرمة عليه بكونها منكوحه الغير
أو معتدته أو بكونها مرتدة ، فإنه لا ينفذ باطنا اتفاقا لأنه وإن كان الملك بسبب لكن لا يمكن إنشاؤه وأما
ظاهرا فلا شك فى نفاذه كسائر الأحكام بشهادة الزور فى غير العقود والفسوخ وليس المراد بنفاذه ظاهرا حل
الوطء له وحل تمكينها منه بل أمر القاضى لها به أما الحل فهو فرع نفاذه باطنا وبما قررناه ظهر أنه كالإرث فانهم
(قوله وكما لو علم القاضى الخ) محترز قوله والقاضى غير عالم بزورهم ، والظاهر أنه هنا لا ينفذ ظاهرا كما

كالقضاء باليمين الكاذبة زيلعي ونكاح الفتح (قضى في مجتهد فيه بخلاف رأيه) أى مذهبه مجمع

لا ينفذ باطنا لعدم شرط القضاء ، وهو الشهادة الصادقة في زعم القاضى تأمل (قوله كالقضاء باليمين الكاذبة)
محترز قول المتن : بشهادة قالوا لو ادعت أن زوجها أبانها بثلاث فأكر فحلفه القاضى فحلف والمرأة تعلم أن
الأمر كما قالت لا يسعها المقام معه ، ولا أن تأخذ من ميراثه شيئا وهذا لا يشكل إذا كان ثلاثا لبطلان الحيلة للإنشاء
قبل زوج آخر وفيها دون الثلاث مشكل لأنه يقبل الإنشاء وأجيب بأنه إنما يثبت إذا قضى القاضى بالنكاح وهنا
لم يقض به لا عترافهما به وإنما ادعت الفرقة زيلعي . وفي الخلاصة ولا يحل وطؤها إجماعا بحر .
قلت : والظاهر أن عدم النفاذ هنا في الباطن فقط تأمل :

مطلب مهم المقضى له أو عليه يتبع رأى القاضى وإن خالف رأيه

[تنبيه] أشار المصنف إلى أن قضاء القاضى يحل ما كان حراما في معتقد المقضى له ولذا قال في الولوالجية
ولو قال لها أنت طالق البتة فخاصمها إلى قاض يراها رجعية بعد الدخول ، فقضى بكونها رجعية والزوج يرى
أنها بائنة أو ثلاث فإنه يتبع رأى القاضى عند محمد ، فيجوز له المقام معها وقيل إنه قول أبي حنيفة ، وعلى
قول أبي يوسف لا يحل وإن رفع إلى قاض آخر لا يتقضه ، وإن كان خلاف رأيه وهذا إذا قضى له فإن قضى
عليه بالبينونة أو الثلاث والزوج لا يراه يتبع رأى القاضى إجماعا وهذا كله إذا كان الزوج له رأى واجتهاد فلو عاميا
اتبع رأى القاضى سواء قضى له أو عليه هذا إذا قضى أما إذا أفتى له فهو على الاختلاف السابق لأن قول المفتى
في حق الجاهل بمنزلة رأيه واجتهاده اه بحر .

قلت : وقوله فلو عاميا المراد به غير المجتهد بدليل المقابلة فيشمل العالم والجاهل تأمل قال في الفتح : والوجه عندى
قول محمد لأن اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضى يرجحه على اجتهاد الزوج والأخذ بالراجح متعين وكونه
لا يراه حلالا إنما يمنع من قربان قبل القضاء أما بعده وبعد نفاذه باطنا فلا اه :

مطلب في قضاء القاضى بنير مذهبه

(قوله قضى في مجتهد فيه) أى في أمر يسوغ الاجتهاد فيه بأن لم يكن مخالفا لدليل كما مر بيانه ، وقوله : بخلاف
رأيه متعلق بقضى : وحاصل هذه المسألة أنه يشترط لصحة القضاء أن يكون موافقا لرأيه أى لمذهبه مجتهدا كان
أو مقلدا ، فلو قضى بخلافه لا ينفذ لكن في البدائع أنه إذا كان مجتهدا ينبغي أن يصح ويحمل على أنه اجتهاد فأداه
اجتهاده إلى مذهب الغير ، ويؤيده ما قدمناه عن رسالة العلامة قاسم مستدلا بما في السير الكبير فراجعه وبه
يندفع تعجب صاحب البحر من صاحب البدائع :

واعلم أن هذه المسألة غير مسألة اشتراط كون القاضى عالما بالخلاف كما نهبنا عليه سابقا :

مطلب حكم الحنفى بمذهب أبي يوسف أو محمد حكم بمذهبه

(قوله أى مذهبه) أى أصل المذهب كالحنفى إذا حكم حل مذهب الشافعى أو نحوه أو بالعكس ، وأما إذا
حكم الحنفى بمذهب أبي يوسف أو محمد أو نحوه من أصحاب الإمام فليس حكما بخلاف رأيه درر
أى لأن أصحاب الإمام ما قالوا بقول إلا قد قال به الإمام كما أوضحت ذلك في شرح منظومتى في رسم المفتى
عند قولى فيها :

وابن كمال (لا ينفذ مطلقا) ناسيا أو عامدا عندهما والأئمة الثلاثة (وبه يفتى) مجمع ووقاية وملتقى وقيل بالنفاذ يفتى : وفي شرح الوهبانية للشرنبلالي قضى من ليس مجتهدا كحنفية زماننا بخلاف مذهبه عامدا لا ينفذ اتفاقا وكذا ناسيا عندهما ولو قيده السلطان بصحيح مذهبه كزماننا تقيد بلا خلاف لكونه معزولا عنه انتهى :
وقد غيرت بيت الوهبانية فقلت :

واعلم بأن عن أبي حنيفة جاءت روايات غدت منيفه
اختار منها بعضها والباقي يختار منه سائر الرفاق
فلم يكن لغيره جواب كما عليه أقسم الأصحاب

(قوله وابن كمال) قال في شرحه لم يقل بخلاف رأيه لإيهامه أن يكون الكلام في المجتهد خاصة ، وليس كذلك (قوله لا ينفذ مطلقا الخ) قال في الفتح : لو قضى في المجتهد فيه ناسيا لمذهبه مخالفا لرأيه نفذ عند أبي حنيفة رواية واحدة ، وإن كان عامدا فقيه روايتان ، وعنهما لا ينفذ في الوجهين أى وجهى النسيان والعمد والفتوى على قولها . وذكر في الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قوله ، فقد اختلف في الفتوى والوجه في هذا الزمان أن يفتى بقولها ، لأن التارك لمذهبه عمدا لا يفعله ، إلا لهوى باطل لا لقصد جميل ، وأما الناسي فلأن المقلد ماقلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره هذا كله في القاضى المجتهد ، فأما المقلد فلإنما ولاء ليحكم بمذهب أبي حنيفة فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة إلى ذلك الحكم اهـ : قال في الشرنبلالية عن البرهان : وهذا صريح الحق الذى بعض عليه بالنواجذ اهـ . وقال في النهر : وادعى في البحر أن المقلد إذا قضى بمذهب غيره أو برواية ضعيفة أو بقول ضعيف نفذ . وأقوى ما تمسك به مافى البرازية إذا لم يكن القاضى مجتهدا وقضى بالفتوى على خلاف مذهبه نفذ وليس لغيره نقضه ، وله نقضه كذا عن محمد وقال الثانى ليس له نقضه اهـ : ومافى الفتح يجب أن يعول عليه في المذهب ، ومافى البرازية محمول على رواية عنهما إذ قصارى الأمر أن هذا منزل منزلة الناسي لمذهبه وقد مر عنهما في المجتهد أنه لا ينفذ فالمقلد أولى اهـ مافى النهر ويأتى قريبا ما يؤيده (قوله من ليس مجتهدا) وكذا المجتهد كما مر في كلام الفتح (قوله لا ينفذ اتفاقا) هذا مبنى على إحدى الروايتين عن الإمام في العامد أما على رواية النفاذ فلا تصح حكاية الاتفاق (قوله لكونه معزولا عنه) أى عن غير ما قيد به قال الشرنبلالي في شرح الوهبانية : محل الخلاف فيما إذا لم يقيد عليه السلطان القضاء بصحيح مذهبه ، وإلا فلا خلاف في عدم صحة حكمه بخلافه لكونه معزولا عنه اهـ ح هـ

مطلب الحكم والفتوى بما هو مرجوح خلاف الإجماع

قلت : وتقييد السلطان له بذلك غير قيد لما قاله العلامة قاسم في تصحيحه من أن الحكم والفتوى بما هو مرجوح خلاف الإجماع اهـ . وقال العلامة قاسم في فتاواه : وليس للقاضى المقلد أن يحكم بالضعيف ، لأنه ليس من أهل الترجيح فلا يعدل عن الصحيح إلا لقصد غير جميل ولو حكم لا ينفذ لأن قضاءه قضاءه بغير الحق لأن الحق هو الصحيح وما وقع من أن القول بالضعيف يتقوى بالقضاء المراد به قضاء المجتهد كما بين في موضعه اهـ وقال ابن الغرس وأما المقلد المحض فلا يقضى إلا بما عليه العمل والفتوى اهـ : وقال صاحب البحر في بعض رسائله : أما القاضى المقلد فليس له الحكم إلا بالصحيح المفتى به في مذهبه ولا ينفذ قضاؤه بالقول الضعيف اهـ : ومثله ما قدمه الشارح أول كتاب القضاء وقال وهو المختار للفتوى كما بسطه المصنف في فتاويه وغيره وكذا ما نقله بعد أسطر عن الملتقط (قوله وقد غيرت بيت الوهبانية) وهو :

ولو حكم القاضي بحكم مخالف لمذهبه ما صح أصلا بسطر
قلت : وأما الأمير فتى صادف فصلا مجتهدا فيه نفذ أمره كما قدمناه عن سير القنارخانية وغيرها فليحفظ
(ولا يقضى على غائب ولا له) أى لا يصح بل ولا ينفذ على المفتى به بجر (إلا بحضور نائبه) أى من يقوم مقام
الغائب (حقيقة كوكيله)

ولو حكم القاضي بحكم مخالف . مقاده ما صح إن كان يذكر
وبعضهم إن كان سموا أجازوه عن الصدر لأعن صاحبيه يصدر
وقد أفاد كلام الوهبانية الخلاف فيما إذا قضى به ساهيا : أى ناسيا مذهبه وأنه لا خلاف فيما إذا كان ذا كرا
وهذا على إحدى الروايتين عن الإمام كما علمت ولما كان المعتمد المفتى به ما ذكره المصنف فى المتن من عدم النفاذ
أصلا أى ذا كرا أو ناسيا غير الشارح عبارة النظم جازما بما هو المعتمد فافهم . لكن الأولى كما قال السائحانى تغيير
الشرط الثانى هكذا . المعتمد فى رأيه فهو مهمل .

مطلب فى أمر الأمير وقضائه

(قوله قلت وأما الأمير الخ) الذى رأيت فى سير القنارخانية قال محمد : وإذا أمر الأمير العسكر بشيء كان
على العسكر أن يطيعوه إلا أن يكون المأمور به معصية أه فتقول الشارح : نفذ أمره بمعنى وجب امتثال تأمل .
وقدمنا أن السلطان لو حكم بين اثنين فالصحيح نفاذه وفى البحر إذا كان القضاء من الأصل ومات القاضي ليس
للأمير أن ينصب قاضيا وإن ولى عشرها وخارجها ، وإن حكم الأمير لم يجز حكمه الخ ، وفى الأشباه قضاء الأمير
جائز مع وجود قاضى البلد إلا أن يكون القاضي مولى من الخليفة كذا فى الملتقط أه .
والحاصل : أن السلطان إذا نصب فى البلدة أميرا وفوض إليه أمر الدين والدنيا صح قضاؤه وأما إذا نصب
قاضيا فلا ، لأنه جعل الأحكام الشرعية للقاضى لا للأمير ، وهذا هو الواقع فى زماننا ولذا قال فى البحر أول كتاب
القضاء سئلت عن تولية الباشا بالقاهرة قاضيا ليحكم فى حادثة خاصة مع وجود قاضيا المولى من السلطان فأجبت
بعدم الصحة لأنه لم يفوض إليه تقليد القضاء ولذا أو حكم بنفسه لم يصح أه (قوله كما قدمناه) أى فى أول الكتاب
فى بحث رسم المفتى (قوله ولا يقضى على غائب) أى بالبينة ، سواء كان غائبا وقت الشهادة أو بعدها ، وبعد
التزكية ، وسواء كان غائبا عن المجلس أو عن البلد ، وأما إذا أقر عند القاضي ، فيقضى عليه وهو غائب ، لأن له
أن يطعن فى البينة ، دون الإقرار ولأن القضاء بالإقرار قضاء إعانة : وإذا أنفذ القاضي إقراره سلم إلى المدعى حقه
عينا كان أو دينا أو عقارا إلا أنه فى الدين يسلم إليه جنس حقه إذا وجد فى يد من يكون مقرا بأنه مال الغائب المقر
ولا يبيع فى ذلك العرض والعقار لأن البيع قضاء على الغائب فلا يجوز بجر عن شرح الزيارات للعتابى . لكن فى الخامس
من جامع الفصولين عن الخانية غاب المدعى عليه بعد ما برهن عليه أو غاب الوكيل بعد قبول البينة قبل التعديل
أو مات الوكيل ثم عدلت تلك البينة لا يحكم بها وقال أبو يوسف : يحكم وهذا أرفق بالناس ولو برهن على الموكل
فغاب ثم حضر وكيله أو على الوكيل ثم حضر موكله يقضى بتلك البينة وكذا يقضى على الوارث ببينة قامت على
مورثه (قوله أى لا يصح) لما فى الفتح من أن حضرة الخصم ، ليتحقق إنكاره شرط لصحة الحكم بجر (قوله
بل ولا ينفذ) هذه العبارة غير محررة لأن نفي الصحة يستلزم نفي النفاذ ، وأيضا فالحكم صحيح وإنما الخلاف فى نفاذه
بدون تنفيذ قاض آخر كما أفاده ح . ولذا فسر فى البحر كلام الكنز بعدم الصحة ثم قال : والأولى أن يفسر بعدم
النفاذ أقولهم إذا نفذه قاض آخر براه فإنه ينفذ ثم ذكر اختلاف التصحيح وسيأتى فى كلام الشارح (قوله كوكيله)

ووصيه ومتولى الوقف) أفاد بالاستثناء أن القاضي إنما يحكم على الغائب والميت لاعلى الوكيل والوصى فيكتب في السجل أنه حكم على الميت وعلى الغائب بحضرة وكيله وبحضرة وصيه جامع الفصولين ، وأفاد بالكاف عدم الحصر فإن أحد الورثة كذلك ينتصب خصما عن الباقيين وكذا أحد شريكي الدين وأجنبي بيده مال اليتيم وبعض الموقوف عليهم أى لو الوقف ثابتا كما مر في بابہ (أو) نائبه (شرعا كوصى) نصبه (القاصى)

أطلقه فشمّل ما إذا كان وكيلًا في الخصومة والدعوى أو وكيلًا للقضاء كما إذا أقيمت البينة عليه فوكل ليقضى عليه ثم غاب كما في القنية بحر (قوله ووصيه) أى وصى الميت فإن الميت غائب ووصيه قائم مقامه حقيقة ، ويجوز عود الضمير إلى الصغير المعلوم من المقام فإنه في حكم الغائب وشمّل وصى الوصى ولو قال كويله لكان أولى ليشمل الأب والجد :

مطلب في القضاء على الغائب

(قوله إنما يحكم على الغائب والميت) ترك الوقف ويظهر لى أنه يحكم على الواقف فيما يتعلق به وعلى الوقف فيما يتعلق به سائحاني (قوله ينتصب خصما عن الباقيين) أى فيما للميت، وعليه لكن إذا كان في عين فلا بد من كونها في يده فلو ادعى عينا من التركة على وارث ليست في يده لم تسمع ، وفي دعوى الدين ينتصب أحدهم خصما ، وإن لم يكن في يده شيء بحر : وفيه من متفرقات القضاء أنه ينتصب أحدهم عن الباقي بشروط ثلاثة : كون العين كلها في يده ، وأن لا تكون مقسومة ، وأن يصدق الغائب أنها إرث عن الميت اه وقد منا تمام الكلام على ذلك في كتاب الوقف ، وأفاد الخبير الرملى في حاشيته على جامع الفصولين أن اشتراطهم كون العين في يد المدعى عليه يشمل ما لو كان المدعى بعض الورثة على بعض فتسمع الدعوى بشراء الدار من المورث وهي واقعة الفتوى اه ، (قوله وكذا أحد شريكي الدين) أى هو خصم عن الآخر في الإرث وفاقا ، وكذا في غيره عندهما لا عند أى حنيفة ، وقوله قياس ، وقولها استحسان . ثم على قولها الغائب لو صدق الحاضر إن شاء شاركه فيما قبض أو اتبع المطلوب بنصيبه جامع الفصولين ، ومقتضاه أن الدين للمدعى وشريكه وأما الدعوى بدين لواحد على اثنين ، فذكر قبله ما حاصله : أنه يقضى به عليهما عنده في رواية وفي رواية وهي قول أبي يوسف : يقضى بنصفه على الحاضر ، ثم قال : يحتمل أن يكون اختلاف الروايات فيه بناء على اختلاف الروايات في جواز الحكم على الغائب (قوله وأجنبي) أى من ليس وارثا ولا وصيا وقوله بيده مال اليتيم . الذى في البحر : مال الميت وصورتها ما في جامع الفصولين وهب في مرض موته جميع ماله أو أوصى به ، فمات ثم ادعى رجل دينا على الميت قبل تسمع بيته على من بيده المال ، وقيل : يجعل القاضي خصما عنه أى عن الميت ويسمع عليه بيته فظهر أن فيه اختلاف المشايخ .

مطلب فيمن ينتصب خصما عن غيره

(قوله وبعض الموقوف عليهم) لما في القنية وقف بين أخوين مات أحدهما وبقي الوقف في يد الحى ، وأولاد الميت فأقام الحى بينة على واحد من أولاد الأخ أن الوقف بطه بعد بطن والباقي غيب والواقف واحد تقبل وينتصب خصما عن الباقي ثم قال وقف بين جماعة تصح الدعوى من واحد منهم أو وكيله على واحد منهم ، أو وكيله إذا كان الوقف واحدا وتماه في البحر (قوله أى لو الوقف ثابتا) أما إذا لم يكن ثابتا وأراد إثبات أنه وقف فلا ، وقد منا في الوقف تقرير هذه المسألة بأنم وجهه وذكرنا هناك مسائل أخر ينتصب فيها البعض خصما

خرج المسخر كما سيجيء (أو حكما بأن يكون ما يدعى على الغائب سببا) لا محالة، فلو شري أمة ثم ادعى أن مولاهما زوجها من فلان الغائب وأراد ردها بعيب الزواج لم يقبل لاحتمال أنه طلقها وزال العيب ابن كمال (ما يدعى على الحاضر) مثاله (كما إذا) ادعى دارا في يد رجل و (برهن) المدعى (على ذى اليد أنه اشترى) الدار (من فلان الغائب فحكم) الحاكم (على) ذى اليد (الحاضر كان) ذلك (حكما على الغائب) أيضا حتى لو حضر وأنكر لم يعتبر لأن الشراء من المالك سبب الملكية لا محالة وله صور كثيرة ذكر منها في المجتبى تسعا وعشرين (ولو كان ما يدعى على الغائب شرطا) لما يدعى على الحاضر كما إذا ادعى عبد على مولاه أنه علق عتقه بتطليق زوجة زيد وبرهن على التطليق بغيبة زيد

عن غيره (قوله خرج المسخر) هو من ينصبه القاضي لسماع الدعوى على الغائب (قوله كما سيجيء) أى قريبا أى مماثلا لما يأتي من تقييده بغير الضرورة (قوله أو حكما) أى بأن يكون قيامه عنه حكما لأمر لازم فتح (قوله سببا لا محالة) أى لا تحول له عن السببية فاحترز بكونه سببا عما يكون شرطا، وسيدكره المصنف وبقوله لا محالة عما يكون سببا في حال دون حال وعما لا يكون سببا إلا بالبقاء إلى وقت الدعوى، فما يكون سببا في حال دون حال يقبل في حق الحاضر دون الغائب، وبيانه في مسألتين الوكيل بنقل العبد إلى مولاه أو بنقل المرأة إلى زوجها فإذا برهن العبد أنه حرره أو المرأة أنه طلقها ثلاثا يقبل في حق قصر يد الحاضر لا في ثبوت العتق أو الطلاق، فإن المدعى هنا على الغائب، وهو العتق أو الطلاق ليس سببا لا محالة لما يدعى على الحاضر، وهو قصر يده بانعزاله عن الوكالة، لأنه قد يتحقق العتق والطلاق بدون انعزال وكيل بأن لا يكون هناك وكالة أصلا وقد يتحقق موجبا للانعزال، بأن كان بعد الوكالة فليس انعزال الوكيل حكما أصليا للطلاق والعتاق، فمن حيث أنه ليس سببا لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر خصما عن الغائب ومن حيث أنه قد يكون سببا قبلنا البينة في حق الحاضر بقصر يده وانعزاله، وأما ما لا يكون سببا إلا بالبقاء إلى وقت الدعوى، فلا يقبل مطلقا وبيانه في مسائل منها مالو برهن المشتري فاسدا على البيع من غائب حين أراد البائع فسخ البيع للفساد لا يقبل في حق الحاضر في الفسخ ولا في حق الغائب في البيع، لأن نفس البيع ليس سببا لبطلان حق الفسخ لجواز أنه باع من الغائب، ثم فسخ البيع بينهما وإن شهدوا ببقاء البيع وقت الدعوى لا يقبل لأنه إذا لم يكن خصما في إثبات نفس البيع لم يكن خصما في إثبات البقاء، لأن البقاء تبع للابتداء وتماه في الفتح وغيره (قوله فلو شري أمة) تفريع على قوله لا محالة فكان الأولى ذكره عند قول المصنف: ولو كان ما يدعى على الغائب شرطا بأن يقول بخلاف مالو شري أمة الخ وبخلاف مالو كان ما يدعى على الغائب شرطا الخ ليكون ذكر محترز القيود في محل واحد (قوله لم يقبل) أى برهانه لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لأن المدعى شينان الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغائب والثاني ليس سببا للأول إلا باعتبار البقاء، لجواز أن يكون زوجها ثم طلقها وإن برهن على البقاء أى إنها امرأته للحال لا يقبل أيضا لأن البقاء تبع للابتداء فتح (قوله مثاله) لاحاجة إليه لإغناء الكاف عنه اهـ ح (قوله من فلان الغائب) زاد في الفتح وهو يملكها أى لأن مجرد الشراء لا يثبت الملك للمشتري لاحتمال كونها لغير البائع وهو فضولى (قوله لأن الشراء من المالك) هذا هو المدعى على الغائب (قوله سبب الملكية) أى والملكية هنا هى المدعى على الحاضر

مطلب المسائل التي يكون القضاء فيها

على الحاضر قضاء على الغائب

(قوله تسعا وعشرين) قال في المنح وفي المجتبى بعد أن علم بعلامة شطب كل من ادعى عليه حق لا يثبت عليه

إلا بالقضاء على الغائب فالقضاء على الحاضر قضاء على الغائب .

(لا) يقبل

وتظهر ثمرته في مسائل : منها أقام بينة أن له على فلان الغائب كذا ، وأن هذا كفيل عنه بأمره يقضى على الغائب والحاضر ، لأنها كالمعاوضة ولو لم يقل بأمره لا يقضى على الغائب ، ومنها لو أقام بينة أنه كفيل بكل ماله على فلان وأن له على فلان ألفا كانت قبل الكفالة يقضى على الحاضر والغائب ، ولا يحتاج إلى دعوى الكفالة بأمره بخلاف الأولى ، لأن الكفالة المطلقة لا توجب المال على الكفيل ، ألم توجبه على الأصيل ، فصار كأنه علق الكفالة بوجوب المال على الأصيل فانتصب عن الغائب خصما ، ومنها : أن القاذف إذا قال : أنا عبد فلان فلا حد على فأقام المقدوف بينة أن فلانا أعتقه حد ، وكان قضاء على الغائب بالعتق ، ومنها : لو قال له يا ابن الزانية فقال القاذف أمه أمة فلان فأقام المقدوف بينة أنها بنت فلان القرشية يحكم بالنسب ويحد ، ومنها : لو أقام بينة أنه ابن عم الميت فلان ، وأن الميت فلان بن فلان مجتمعان إلى أب واحد ، وأنه وارثه فحسب قضي بالميراث والنسب على الغائب ، ومنها : لو أقام بينة أن أبوي الميت كانا مملوكين أعتقتهما ، ثم ولد لهما هذا الولد ومات وأنه مولاه ووارثه قضي بالولاء وكان قضاء بالولاء على الأبوين وحرية المولدين بعد عتقهما ، ومنها : لو قال لدائن العبد المأذون ضمنت لدينك عليه إن أعتقه مولاه فأقام بينة عليه أن مولاه أعتقه بعد الضمان والعبد والمولى غائبان يقضى بالضمان ، وكان قضاء بالعتق للغائب ، وعلى الغائب . ومنها : لو قال المشهود عليه الشاهد عبد فأقام المدعى أو الشاهد بينة أن مولاه أعتقه قبل الشهادة ، ومنها : لو ادعى شيئا في يد رجل أنه اشتراه من فلان وأقام بينة يقضى له بالملك والشراء من فلان ، ومنها : ما لو قذف عبدا فأقام المقدوف بينة أن مولاه كان أعتقه وادعى كمال الحد ، ومنها : ما لو أقام العبد المشتري بينة أن البائع كان أعتقه أو رجل آخر أعتقه وهو يملكه ، ومنها : ما لو قال لرجل ما بايعت فلانا فعلى فأقام الرجل بينة على الضامن أنه باع فلانا عبده بألف ، ومنها : ما لو أقام بينة على رجل أنك اشتريت هذه الدار من فلان وأنا شفيعها ، ومنها : ما لو قال لرجل على ألف فاقضها فأقام المأمور بينة أنه قضاها يقضى بقبض الغائب والرجوع على الآخر ومنها ما لو قال لغيره الذي في يدي لفلان فاشتره لي وأنقد الثمن فأقام المأمور بينة أنه فعل ذلك ، ومنها : ما لو قال لرجل اضمن لهذا مادائتي فضمن فأقام الضمين بينة أن فلانا داينك كذا وإني قضيت عنك ، ومنها : الكفيل بأمر أقام بينة على الأصيل أنه أوفى الطالب . ومنها : ما لو أقام بينة على أن له على فلان ألفا وأنه أحال بماعليه ، ومنها : ما لو أقام بينة على رجل أنه كان لفلان عليك ألف أحلته به على وأديتها إليه ، ومنها : الوطاب البائع المشتري بالثمن فأقام هو بينة أنه أحاله بالثمن على فلان ، ومنها : ما لو قال لرجل إن جنى عليك فلان فأنا كفيل بنفسه فأقام بينة أنه جنى عليه فلان ، ومنها : ما لو أقام بينة على رجل في يده دار أنها له فأقام ذو اليد بينة أن فلانا وهبها له وسلم أو أودع أو باع ، ومنها : ما لو أقام ذو اليد بينة أن المدعى باعها من فلان وقبضها تبطل بينة المدعى ويلزم الشراء الغائب ، ومنها : ما لو قال ذو اليد أودعني فلان فطلب المدعى تحليفه به فنكحل فقضى عليه نفذ على فلان ، ومنها : ما لو قال وصل إلى من زيد وكيل فلان بأمره أو من غاصب منه وحلف المدعى ما يعلم دفع زيد فقضى عليه نفذ على فلان ، ومنها : ما لو أقام بينة على عبد أن مولاه أعتقه وأنه قطع يده بعد ذلك أو استدان منه أو اشترى منه أو باع منه ، ومنها : ما قيل إنه لو قال لأمراة إن طلق فلان إمرأته فأنت طالق فأقامت بينة على الحاضر إن فلانا طلق امرأته ، ومنها : ما لو أقام الحاضر على القاتل بينة أن الولي الغائب قد عفا فقبل البينة في جميع هذه الصور ويتضمن القضاء على الحاضر القضاء على الغائب فيها اه ح (قوله لا يقبل) لأن الشرط ليس بأصل بالنسبة إلى المشروط بخلاف السبب ، فإن قضي فقد قضي على الغائب ابتداء فهستاني ط .

في الأصح (إذا كان فيه إبطال حق الغائب) فأولم يكن كما إذا علق طلاق امرأته بدخول زيد الدار يقبل لعدم ضرر الغائب. ومن حيل لإثبات العتق على الغائب أن يدعى المشهود عليه أن الشاهد عبد فلان فبرهن المدعى أن مالكة الغائب أعتقه تقبل ومن حيل الطلاق حيلة الكفالة بمهرها معلومة بطاقتها ودعوى كفالته بنفقة العدة معلومة بالطلاق ، ومن أراد أن لا يزني فحيلته ما في دعوى البرازية :

ادعى عليها أن زوجها الغائب طلقها وانقضت عدتها وتزوجها فأقرت بزوجة الغائب وأنكرت طلاقه

قلت : والمتبادر من إطلاقهم أنه لا يقبل في حق الحاضر ولا في حق الغائب ، ويؤيده ما في البحر عن جامع الفصولين علق طلاقها بتزوج عليها فبرهنت أنه تزوج عليها فلانة الغائبة عن المجلس هل تسمع حال الغيبة فيروا بينان والأصح أنها لا تقبل في حق الحاضرة والغائبة فلا طلاق ولا نكاح اه لكن نقل عنه عقبه فرعا آخر وهو ادعت عليه أنه كفل بمهرها عن زوجها لو طلقها ثلاثا وأنه طلقها ثلاثا ، فأقر المدعى عليه بالكفالة ، وأنكر العلم بوقوع الثلاث فبرهنت به بحكم لها بالمهر على الحاضر لا بالفرقة على الغائب اه والظاهر أنه خلاف الأصح بقريته قوله والأصح أنها لا تقبل الخ (قوله في الأصح) مقابله ما حكاه في الفتح عن بعض المتأخرين كتمخر الإسلام والأوزجندی أنهم أفتوا فيه بانتصاب الحاضر خصما أي فالشرط عندهم كالسبب ، ويقابله أيضا ما ذكرناه آنفا من قبولها في حق الحاضر لا الغائب (قوله يقبل لعدم ضرر الغائب) وذكر في الفتح أنه ليس في هذا قضاء على الغائب بشيء إذ ليس فيه إبطال حق له اه : أي لأن دخول الغائب الدار لا يترتب عليه حكم لكن قال ط : لو كان الغائب علق طلاق امرأته بدخوله الدار ، فالظاهر أنه في حكم الأول لزوم الضرر اه (قوله ومن حيل إثبات العتق الخ) هي من جملة الصور التسع والعشرين المارة (قوله ومن حيل الطلاق الخ) الأولى إسقاطه لقول البحر وأما حيل إثبات طلاق الغائب فكلها على الضعيف من أن الشرط كالسبب ، قال في جامع الفصولين ومع هذا لو حكم بالحرمة نفذ لاختلاف المشايخ اه .

قلت : يعني إذا كان الحاكم مجتهدا ، أما المقلد فلا يصح حكمه بالضعيف كما ذكرناه سابقا نعم نقل في البحر بعد هذا عن الخلاصة الطريق في إثبات الرضائية أن يعلق وكالة بدخوله فيتنازعان في دخوله فيشهد الشهود فيقضى بالوكالة وبدخوله اه قال في البحر وعليه فإثبات طلاق معلق بدخول شهر حيلة فيه ، ولو كان الزوج غائبا لأن هذا ليس من قبيل الشرط ، لأنه لا بد أن يكون فعل الغائب ، وكذا إثبات ملك أو وقف أو نكاح ، فيعلق وكالة بملك فلان ذلك الشيء أو بوقفية كذا أو بكون فلانة زوجة فلان ، ويدعى الوكيل فيقول الخصم وكانك معلقة بما لم يوجد ، فيقول الوكيل بل هي منجزة لتعلقها بكائن ، وبرهن على الملك ونحوه ولا يعلق بفعل الغائب كأن نكح إن وقف إن طلق إن ملك هذا ما ظهر لي اه ملخصا :

قلت : وفيه نظر لأن المانع لإثبات الضرر بالغائب قال في الفتح : الأصل أن ما كان شرطا لثبوت الحق للحاضر من غير إبطال حق للغائب قبلت البيئنة فيه إذ ليس فيه قضاء على الغائب وما تضمن إبطالا عليه لا تقبل اه فعلم أن المناط لإبطال حق الغائب سواء كان الشرط فعله أولا فلا فرق بين كون الشرط إن نكح أو إن كانت منكوحته فتتبرع هذه المسائل على ما في الخلاصة غير ظاهر إذ ما فيها ليس فيه حكم على غائب أصلا بخلاف هذه المسائل ، فإن فيها الحكم على الغائب ابتداء بما يتضرر به ونحو ملكا فإنه قد يلزمه منه ضرر واضح اليد المدعى أنه ملكه وغير ذلك فتدبر (قوله ومن أراد أن لا يزني الخ) إن كانت هذه الحيلة صدقا فلا وجه لتسميتها حيلة ، ولا نقوله ومن أراد أن لا يزني وصنيعه بوهم أن ذلك سائق كذبا وليس كذلك ، بل مثله من أكبر الكبائر ط فالصواب إسقاط هذه

فرهن عليها بالطلاق يقضى عليها أنها زوجة الحاضر ولا يحتاج إلى إعادة البيعة إذا حضر الغائب (ولو قضى على غائب بلا نائب ينفذ) في أظهر الروايتين عن أصحابنا ذكره من لا يخسر في باب خيار العيب

العبارة والافتصار على عبارة البزازية كما فعل في البحر على أن في صحة هذا الفرع كلاما نذكره عقبه (قوله فرهن عليها بالطلاق) أي وبأنه تزوجها بعد العدة كما هو ظاهر (قوله يقضى عليها أنها زوجة الحاضر) أي ويقضى على الغائب بالطلاق كما يدل عليه ما بعده :

قلت : لكن تقدم أن القضاء على الغائب إنما يصح إذا كان سببا لما يقضى على الحاضر لا محالة ، ولا شك أن طلاق الغائب ليس كذلك لأن الزوج قد يكون بدون طلاق كما لو لم تكن زوجة أحد وانظر ما قدمناه عند قوله سببا لا محالة يظهر لك حقيقة الأمر (قوله ولا يحتاج الخ) قال الخير الرملي وفي جامع الفصولين خلافة (قوله ولو قضى على غائب الخ) أي قضى من يرى جوازه كشافعي لإجماع الحنفية على أنه لا يقضى على غائب كما ذكره الصدر الشهيد في شرح أدب القضاء كذا حققه في البحر :

والحاصل : أنه لا خلاف عندنا في عدم جواز القضاء على الغائب ، وإنما الخلاف في أنه لو قضى به من يرى جوازه هل ينفذ بدون تنفيذ أو لا بد من إمضاء قاض آخر ، ورأيت نحو هذا منقولاً عن إجابة السائل عن بعض رسائل العلامة قاسم وبه ظهر أن قول المصنف فيما مر ، ولا يقضى على غائب بيان لحكم المذهب عندنا وقوله هنا ولو قضى الخ حكاية للخلاف في النفاذ وعدمه .

قلت : بئى ما لو قضى الحنفى بذلك ولا يخفى أنه يأتي فيه الكلام المار فيما لو قضى في مجتهد فيه ، بخلاف رأيه وما فيه من التخصيل واختلاف التصحيح فعلى قول من رجح الجواز لا يبقى فرق بين الحنفى وغيره ، وعلى هذا يحمل ما صرح به في القنية من أنه لا يشترط في نفاذ القضاء على الغائب أن يكون من شافعي ، وبه اندفع ما أورده الرملي والمقدسى على صاحب البحر حيث خصه بمن يرى جوازه كما ذكرنا. واندفع أيضا ما يتوهم من المناقاة بين ما ذكره الصدر الشهيد وما في القنية ها ما ظهر لي فتدبره لكن استظهر في البحر بعد ذلك تخصيص الخلاف في النفاذ وعدمه بالحكم للمفقود لا مطاق الغائب واستدل بعبارة في الخانية ، ونازعه الرملي بأنها لا تدل على مدعاه بل الظاهر من كلامهم التعميم ا وقال في جامع الفصولين : قد اضطربت آراؤهم وبياناتهم في مسائل الحكم للغائب ، وعليه ولم يصف ولم ينقل عنهم أصل قوى ظاهر يبنى عليه الفروع بلا اضطراب ، ولا إشكال فالظاهر عندي أن يتأمل في الوقائع ، ويحتاط ويلاحظ الحرج والضرورات فيفتى بحسبها جوازا أو فسادا. مثلا لو طلق امرأته عند العدل فغاب عن البلد، ولا يعرف مكانه أو يعرف، ولكن يعجز عن إحضاره أو عن أن تسافر إليه هي أو وكيلها لبعده أو لمانع آخر وكذا المدبون لو غاب وله نقد في البلد أو نحو ذلك ، ففي مثل هذا لو برهن على الغائب ، وغاب على ظن القاضي أنه حق لا تزوير ، ولا حيلة فيه فيبغى أن يحكم عليه وله وكذا للمفتى أن يفتى بجوازه دفعا للحرج والضرورات وصيانة للحقوق عن الضياع مع أنه مجتهد فيه ذهب إليه الأئمة الثلاثة وفيه روايتان عن أصحابنا ، ويبنى أن ينصب عن الغائب وكيل يعرف أنه يراعى جانب الغائب ولا يفرط في حقه اه وأقره في نور العين :

قلت : ويؤيده ما يأتي قريبا في المسخر وكذا ما في الفتح من باب المفقود لا يجوز القضاء على الغائب إلا إذا رأى القاضي مصلحة في الحكم له وعليه فحكم فإنه ينفذ لأنه مجتهد فيه اه .

قلت : وظاهره ولو كان القاضي حنفيا ولو في زماننا ولا ينافى ما مر لأن تجوز هذا للمصلحة والضرورة

(وقيل لا) ينفذ ورجحه غير واحد وفي المنية والبزازية ومجمع الفتاوى وعليه الفتوى ورجح في الفتح توقفه على إضفاء قاض آخر وفي البحر والمعتمد أن القضاء على المسخر لا يجوز إلا لضرورة وهي في خمس مسائل .
اشترى بالخيار فتواري اختفى المكفول له .

حلف ليوفينه اليوم فتغيب الدائن ؛
جعل أمرها بيدها إن لم تصل نفقتها فتغيب ؛
الخامسة إذا تواري الخصم فالتأخرون أن القاضي ينصب وكيلًا في الكل وهو قول الثاني خانية .
قلت : ونقل شراح الوهبانية عن شرح أدب القاضي

(قوله وقيل لا ينفذ) أي بل يتوقف على إضفاء قاض آخر كما في البحر (قوله ورجح في الفتح الخ) ليس قولاً ثالثاً ، بل هو القول الثاني كما علمت وهذا مبني على أن نفس القضاء مجتهد فيه كقضاء محدود في قذف بعد توبته والأول مبني على أن المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن هذه البيعة هل تكون حجة للقضاء بلا خصم حاضر أم لا فإذا قضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف بعد توبته .

مطلب في القضاء على المسخر

(قوله والمعتمد الخ) مقابله قول جواهر زاده بجوازه ، لأنه أفتى بجواز القضاء على الغائب ، وهو عين القضاء على الغائب بحر وفيه أيضاً وتفسير المسخر أن ينصب القاضي وكيلًا عن الغائب ليعلم الخصومة عليه وشرطه عند القائل به أن يكون الغائب في ولاية القاضي (قوله وهي في خمس) لم يذكر الرابعة في البحر بل زادها الشارح (قوله اشترى بالخيار) أي وأراد الرد في المدة فاخترى البائع فطلب المشتري من القاضي أن ينصب خصماً عن البائع ليرده عليه وهذا أحد قولين عزاهما في جامع الفصولين إلى الخانية لكنه قدم هذا وعادة قاضي بخان تقديم الأشهر (قوله اختفى المكفول له) صورته : كفل بنفسه على أنه إن لم يوافق به غدا فدينه على الكفيل ، فتغيب الطالب في الغد فلم يجده الكفيل ، فرفع الأمر إلى القاضي ، فنصب وكيلًا عن الطالب وسلم إليه المكفول عنه يبرأ وهو خلاف ظاهر الرواية إنما هو في بعض الروايات عن أبي يوسف قال أبو الليث : لو فعل به قاهس علم أن الخصم تغيب لذلك فهو حسن جامع الفصولين .

قلت : ما قاله أبو الليث توفيق بين الروايتين لكن ما ذكره من التصحيح في المسألة التالية لهذه ينبغي لإجراؤه في رواية أبي يوسف إذ لا فرق يظهر بين المسألتين نأمل (قوله حلف ليوفينه اليوم الخ) بأن علق المديون العتق أو الطلاق على عدم قضائه اليوم ثم غاب الطالب وخاف الحالف الخنث فإن القاضي ينصب وكيلًا عن الغائب ويدفع الدين إليه ولا يحنث الحالف وعليه الفتوى بحر عن الخانية . وفي حاشية مسكين عن الشيخ شرف الدين الغزالي أنه لا حاجة إلى نصب الوكيل لقبض الدين فإنه إذا دفع إلى القاضي بر في يمينه على المختار المفقى به كما في كثير من كتب المذهب المعتمدة ولو لم يكن ثمة قاض حنث على المفقى به اهـ (قوله فتغيب) أي لإيقاع الطلاق عليه فإنه ينصب من يقبض لها ط (قوله خانية) لم أر هذه العبارة في الخانية في هذا المثل :

مطلب في الخصم إذا اختفى في بيته

(قوله الخامسة الخ) ذكر في شرح أدب القاضي لو قال رجل للقاضي لي على فلان حق وقد تواري عنى في منزله فالقاضي يكتب إلى الوالي في إحضاره فإن لم يظفر به وسأل الطالب الختم على بابه فإن أتى بشاهدين أنه في منزله وقالوا رأيتاه منذ ثلاثة أيام أو أقل ختم عليه لا إن زاد على ثلاث والصحيح أنه مفوض إلى رأي الحاكم فإذا

أله قول الكل وأن القاضى يختم بيته مدة يراها ثم ينصب الوكيل (ولاية بيع التركة المستغرقة بالدين للقاضى لا للورثة) لعدم ملكهم

ختم وطلب المدعى أن ينصب له وكيلا بعث القاضى إلى داره رسولا مع شاهدين ينادى بخضرتيها ثلاثة أيام في كل يوم ثلاث مرات يا فلان بن فلان إن القاضى يقول لك حضر مع خصمك فلان مجلس الحكم وإلا نصبت لك وكيلا وقبلت بينته عليك ، فإن لم يخرج نصب له وكيلا وسمع شهود المدعى وحكم عليه بمحضر وكيله اه ناهخصا (قوله أنه قول الكل) أى النصب عن الخصم المتوارى ، وهو الذى تعطيه عبارة الكمال (قوله وأن القاضى الخ) الذى فى شرح الأدب هو ما ذكرناه من تفويض المدة إلى القاضى فى رؤية الشاهدين للمختفى لا فى مدة الختم والذى فى شرح الوهبانية مثل ما ذكرناه أيضا .

مطلب فى بيع التركة المستغرقة بالدين

(قوله ولاية بيع التركة المستغرقة بالدين للقاضى لا للورثة) هذا مقيد بما إذا لم تنفق الورثة على أداء الدين كله من المالم لما فى الثامن والعشرين من جامع الفصولين لو أرادت الورثة أداء دينه لتبقى تركته لم فاتفقوا عليه وتحملوا قضاء دينه وإنفاذ وصاياه من ما لهم ، فلهم ذلك ولو اختلفوا فللوصى بيعها لدينه ووصاياه ، ولا يلتفت إلى قولهم ثم قال وجاز لأحد الورثة استخلاص العين من التركة بأداء قيمته إلى الغرماء لا إلى الوارث الآخر اه وقوله : بأداء قيمته الخ قال الرملى فى حاشيته : عليه هذا إذا لم يكن الدين زائدا لأنه ذكر قبله أن الدين لو كان زائدا على التركة فلهم استخلاصها بأداء دينه كله لا بقدر تركته كقن جنى يفديه مولا بأرشه (قوله لا للورثة) أى إلا برضا الغرماء ، حتى لو باع الوارث أى بدون رضا الغرماء لا ينفذ ، وكذلك المولى إذا حجر على العبد المأذون وعليه دين محيط ليس للمولى أن يبيع العبد وما فى يده وإنما يبيعه القاضى كذا هذا منح عن العمادية ثم ذكر عن الثانية قولين ثانيهما : أن القاضى إنما يبيع التركة المستغرقة لقضاء الدين إذا اتنع الورثة عن بيعها ، ولم يحك ترجيحها لكن اقتصره فى المتن على القول الأول تبعا للدر ، يفيد ترجيحه وحكى القولين فى التتارخانية ، والبزازية أيضا .

ورأيت بخط شيخنا منلا على التركمانى مانصه أقول فلذا القضاء الآن يأذنون لبعض ورثة الميت المستغرقة تركته بالدين يبيعها لوفاء دينه توفيقا بين القولين وعملا بهما .

[تنبيه] لم يذكر بيع الوصى ، وفى جامع الفصولين يصح بيع الوصى تركة مستغرقة لو بقيمتها وليس للغرماء إبطاله (قوله لعدم ملكهم) قال فى جامع الفصولين : ولو استغرقتها دين لا يملكها وارث إلا إذا أبرأ الميت غريمه أو أداء وارثه بشرط التبرع وقت الأداء أما لو أداء من مال نفسه مطلقا بلا شرط تبرع أو رجوع يجب له دين على الميت فتصير التركة مشغولة بدينه فلا يملكها حتى لو ترك ابنا وقنا ودينه مستغرق فأداه وارثه ثم أذن للقن فى التجارة أو كاتبه لم يصح إذا لم يملكه اه وتام الكلام على ذلك فى المنع .

مطلب دفع الورثة كرما من التركة إلى أحدهم

لبقضى دين مورثهم فقضاه يصح

[تنبيه] قيد بالتركة المستغرقة لأن غيرها ملك للورثة وفى جامع الفصولين : عليه دين غير مستغرق فلا حاضر من ورثته يبيع حصته لحصته من الدين لا يبيع حصه غيره للدين لأنها ملك الوارث الآخر إذ الدين لم يستغرق فلو دفعت الورثة إلى أحدهم كرما من التركة لبقضى دين مورثهم وهو غير مستغرق فقضاه صح لأنه يبيع منهم لحصتهم

حيث كان الدين لغيرهم (يقرض القاضى مال الوقف والغائب) واللقطة (واليتيم) من ملىء مؤتمن حيث لا وصى ولا من يقبله مضاربة

منه بقدر الدين لأنهم لو دفعوه إلى أجنبي لأداء الدين يكون بيعا كذا هذا (قوله حيث كان الدين لغيرهم) قال في جامع الفصولين : استغراق التركة بدين الوارث لا يمنع إرثه إذا كان هو وارثه لا غير اه ومفاده أنه لو كان الدين لبعض الورثة فهو كدين الأجنبي بالنسبة إلى باقى الورثة :

[تنبيه] ذكر الخير الرملى فى حاشية الفصولين أن قوله هنا لا يمنع إرثه لا ينافى ما مر آنفا من أن الوارث لو أدى دين المغريم بلا شرط تبرع لا يملكها لأنه يثبت له الرجوع بأداء الدين بعد أن لم يكن له ملك فلا يملك القرن إلا بتملك القاضى بخلاف الاستغراق بدينه ابتداء إذ لا مانع يمنعه من الملك اه.

مطلب للقاضى إقراض مال اليتيم ونحوه

(قوله يقرض القاضى الخ) أى يستحب له ذلك لأنه لكثرة أشغاله لا يمكنه أن يباشر الحفظ بنفسه والدفع بالقرض أنظر لليتيم لكونه مضمونا والوديعة أمانة وينبغى له أن يتفقد أحوال المستقرضين حتى لو اختل أحدهم أخذ منه المال وتماهى فى البحر وليس للقاضى أن يستقرض ذلك لنفسه ط عن الهندية (قوله مال الوقف) ذكره فى البحر عن جامع الفصولين لكن فيه أيضا عن العدة يسع للمتولى إقراض ما فضل من غلة الوقف لو أحرز اه ومقتضاه أنه لا يختص بالقاضى مع أنه صرح فى البحر عن الخزائنة أن المتولى يضمن إلا أن يقال : إنه حيث لم يكن الإقراض أحرز (قوله والغائب) زاد فى البحر وله بيع منقوله إذا خاف التلف إذا لم يعلم بمكان الغائب أما إذا علم فلا لأنه يمكنه بعثه إليه إذا خاف التلف اه وانظر هل يقيد إقراضه ماله بما إذا لم يعلم مكانه (قوله واللقطة) الظاهر قرأته بالنصب عطفًا على مال ، ويجوز جره عطفًا على المضاف إليه ، وهو أولى لتلايق منصوبا بين مجرورين لكن الإضافة فيه بيانية وفيما قبله وما بعده لامية تأمل ثم الظاهر أن المراد بإقراض القاضى اللقطة هنا ما إذا دفعها الملتقط إليه ، وإلا فالنصرف فيها من تصدق أو إمساك للملتقط تأمل (قوله من ملىء) بالهمز فى المصباح رجل ملىء على فعيل غنى مقتدر ، ويجوز الإبدال والإدغام اه : أى إبدال الهمزة ياء وإدغامها فى الياء (قوله حيث لا وصى) هذا الشرط زاده فى البحر بحثا بقوله : وينبغى أن يشترط لجواز إقراض القاضى عدم وصى لليتيم ، فإن كان له وصى ولو منصوب القاضى لم يجوز لأنه من التصرف فى ماله وهو ممنوع منه مع وجود وصيه كما فى بيوع القنية اه ورده محشبه الرملى : بأن إطلاق المتون على خلافه ، وبأنه إذا لم يجوز منه والوصى ممنوع من الإقراض امتنع النظر لليتيم ولا قائل به تأمل اه لكنه أفتى فى وصايا الخيرية بأن للوصى إقراض مال اليتيم بأمر القاضى أخذا بما فى وقف البحر عن القنية ، من أن للمتولى إقراض مال المسجد بأمر القاضى قال : والوصى مثل القيم لقولم الوصية والوقف أخوان فلم يمتنع النظر لليتيم بهذه الجهة نعم يرد على النحر أن الوصى إذا كان لا يملك الإقراض بدون إذن القاضى علم أن ذلك لم يدخل تحت وصايته ، بل بقى للقاضى فلم يكن ممنوعا منه مع وجود الوصى كما لو نصب وصيا على بقيمة ليس لها ولى فللقاضى أن يزوجهما بنفسه ، أو يأذن للوصى بتزويجها وليس للوصى ذلك بدون إذن إذ لا يدخل تحت وصايته بخلاف بيع مال اليتيم ونحوه ، فليس للقاضى فعله مع وجود الوصى فلذا لم يذكر هذا القيد فى المتون فانهم (قوله ولا من يقبله مضاربة الخ) فى البحر عن جامع الفصولين إنما يملك القاضى إقراضه إذا لم يجد ما يشتره له يكون غلة لليتيم لا لو وجده ، أو وجد من يضارب لأنه أنفع اه أى أنفع من الإقراض وما قبل إن مال المضاربة أمانة غير مضمون ، فيكون الإقراض أولى فهو مدفوع بأن المضاربة فيها ربح بخلاف القرض

ولا مستغلا يشتره، وله أخذ المال من أب مبذر ووضعه عند عدل قنية (ويكتب الصك) ندبا ليحفظه (لا) يفرض (الأب) ولو قاضيا لأنه لا يقضى لولده (و) لا (الوصي) ولا الملتقط فإن أقرضوا ضمنوا لعجزهم عن التحصيل بخلاف القاضى ويستثنى إقراضهم للضرورة كحرق ونهب فيجوز اتفاقا بجر ومتى جاز للملتقط التصديق بالإقراض أولى (ولو قضى بالجور فالغرم عليه في ماله إن متعمدا وأقر به) أى بالعمد (ولو خطأ) الغرم (على المقضى له) درر وفي المنح معزيا للسراج قال محمد: لو قال تعمدت الجور

(قوله ولو مستغلا يشتره) أى ما يكون فيه لليتيم غلة كما علمت وهو منصوب بالعطف على محل اسم لا الأولى وإلا كان حقه الرفع أو البناء على الفتح كما لا يخفى (قوله ليحفظه) أى بالاستدكار للمال وأسماء الشهود ونحو ذلك (قوله لا يفرض الأب) أى فى أصح الروايتين فتح قال فى البحر: وفى خزائنه الفتاوى الصحيح أن الأب كالقاضى فقد اختلف التصحيح والمعتمد ما فى المتون وشمل ما إذا أخذ مال ولده الصغير قرضا لنفسه، وهو مروى عن الإمام وقيل له ذلك ولم أر حكم الجد فى جواز إقراضه على رواية جوازه للأب والظاهر أنه كالأب لقولهم الجد أبو الأب كالأب إلا فى مسائل واختلفوا فى إعاره الأب مال ولده الصغير وفى الصحيح لا اه (قوله لأنه لا يقضى لولده) لأنه ربما ينكر المستقرض فيحتاج للبينة والقضاء بها ط (قوله ولا الوصى) فلو فعل لا يعد خيانة فلا يعزل به، وكذا ليس له أن يستقرض لنفسه على الأصح، فلو فعل ثم أنفق على اليتيم مدة يكون متبرعا إذا صار ضامنا، فلا يتخلص ما لم يرفع الأمر إلى الحاكم ويملك الإيداع، والبيع نسيئة وتماه فى البحر وفيه عن الخزانة: إذا أجر الوصى أو الأب أو الجد أو القاضى الصغير فى عمل من الأعمال فالصحيح جوازها وإن كانت بأقل من أجره المثل اه: أى لأن الوصى والأب والجد استعماله بلا عوض بطريق التهذيب والريضة فبالعوض أولى كما فى السابع والعشرين من جامع الفصولين وتتمام أبحاث هذه المسائل فيه (قوله ومتى جاز الخ) تقييد لقوله ولا الملتقط بما إذا كان قبل جواز التصديق بها وهذا ذكره الزيلعى فى مسائل شتى آخر الكتاب بقوله إلا أن الملتقط إذا نشد اللقطة ومضى مدة النشدة ينبغى أن يجوز له الإقراض من فقير لأنه لو تصدق بها عليه فى هذه الحالة جاز فالقرض أولى اه فانهم .

مطلب فيما لو قضى القاضى بالجور

(قوله ولو قضى بالجور الخ) القضاء بخلاف الحق إما عن خطأ أو عمد وكل على وجهين إما فى حقه تعالى أو حق العبد فالخطأ فى حق العبد إما أن يمكن فيه التدارك والرد أولا فإن أمكن بأن قضى بمال أو صدقة أو طلاق أو إعتاق ثم ظهر أن الشهود عيب أو كفار أو محدودون فى قذف يبطل القضاء ويرد العبد رقيقا، والمرأة إلى زوجها والمال إلى من أخذ منه، وإن لم يمكن الرد بأن قضى بالقصاص واقتص لا يقتل المقضى له، وبصير صورة القضاء شبهة مانعة بل تجب الدية فى مال المقضى له، وهذا كله إذا ظهر خطأ القاضى بالبينة أو بإقرار المقضى له، فلو بإقرار القاضى لا يظهر فى حق المقضى له، حتى لا يبطل القضاء فى حقه، وأما الخطأ فى حقه تعالى بأن قضى بحد زنا أو سرقة أو شرب واستوفى الحد ثم ظهر أن الشهود كما مر فى الضمان فى بيت المال وإن كان القضاء بالجور عن عمد وأقر به فالضمان فى ماله فى الوجوه كلها بالجنابة، والإتلاف، ويعزر القاضى ويعزل عن القضاء ط عن الهندية ملخصا .

مطلب إذا قاس القاضى وأخطأ فالخصومة للمدعى عليه

مع القاضى والمدعى يوم القيامة

[تنبيه] القاضى إذا قاس مسألة على مسألة وحكم ثم ظهر رواية بخلافه فالخصومة للمدعى عليه يوم القيامة مع

انعزل عن القضاء وفيه عن أبي يوسف إذا غلب جوره ورشوته ردت قضاياه وشهادته .
[فروع] القضاء مظهر لامثبت ويتخصص بزمان ومكان وخصومة حتى لو أمر السلطان بعد سماع الدعوى
بعد خمسة عشر سنة فسمها لم ينفذ .
قلت : فلا تسمع الآن بعدها إلا بأمر

القاضي والمدعى ، أما مع المدعى فلائه أتم بأخذ المال وأما مع القاضي فلائه أتم بالاجتهاد لأن أحدا ليس من أهل
الاجتهاد في زماننا وبعض أذكيا خوارج قاس المقتى على القاضي فأوردت أن القاضي صاحب مباشر للحكم فكيف
يؤخذ السبب مع المباشر فالقطع ، وكان له أن يقول إن القاضي في زماننا ملجأ إلى الحكم بعد الفتوى لأنه لو ترك
يلازم لأنه غير عالم حتى يقضى بعلمه بزانية قبيل الشهادات .

قلت : وفيه نظر فإن هذا لا يسمى إلقاء حقيقة وإلا لزم أن تنقطع النسبة عن المباشر إلى المتسبب كما لو أكره
رجل آخر بإتلاف عضو على أخذ مال إنسان فإن الضمان على المكره بالكسر لصيرورة المكره بالفتح كالألة
ولا شك أن ما هنا ليس كذلك فلم تنقطع النسبة عن المباشر وهو القاضي ، وإن أتم المتسبب وهو المقتى ، ولا يقاس
هذا على مسألة تضمين الساعي إلى ظالم مع أن الساعي متسبب لا مباشر فإن تلك مسألة استحسانية خارجة عن
القياس زجرا عن السعاية لكن قد يقال إن هذا حكم الضمان في الدنيا والكلام في الخصومة في الآخرة ، ولا شك
في أن كلا من المباشر والمتسبب ظالم أتم وللمظلوم الخصومة معهما وإن اختلف ظاهما فإن المباشر ظلمه أشد
كمن أمسك رجلا حتى قتله آخر (قوله انعزل عن القضاء) الظاهر أن هذا وما بعده مبنيان على رواية انعزله
بالفسق وتقدم أن المذهب أنه لا ينعزل بل يستحق العزل (قوله وفيه) لم يذكر ذلك في المنع فيعيد الضمير إلى
السراج (قوله وشهادته) أي إذا أراد أن يشهد شهادة عند القاضي المولى لا يقبلها لفسقه بغلبة الجور والرشوة فافهم
(قوله القضاء مظهر لامثبت) لأن الحق المحكوم به كان ثابتا والقضاء أظهره والمراد ما كان ثابتا ولو تقديرا كالقضاء
بشهادة الزور كما مر بيانه في تعريف القضاء عن ابن الغرس .

مطلب القضاء يقبل التقييد والتعليق

(قوله ويتخصص بزمان ومكان وخصومة) عزاه في الأشباه إلى الخلاصة وقال في الفتح من أول كتاب القضاء
الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كقواه : إذا وصلت إلى بادية كذا فأنت قاضيا وإذا وصلت إلى مكة فأنت
أمير الموسم والإضافة : كجعلتك قاضيا في رأس الشهر ، والاستثناء منها كجعلتك قاضيا إلا في قضية فلازولا تنظر
في قضية كذا والدليل على جواز تعليق الإمارة وإضافتها قوله صلى الله عليه وسلم حين بعث البعث إلى موتة وأمر
عليهم زيد بن حارثة وإن قتل زيد بن حارثة فجعفر أميركم وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة وهذه القصة مما اتفق
عليها جميع أهل السير والمغازي اه .

مطلب في عدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة

(قوله بعد خمسة عشر سنة) المناسب خمس عشرة بتذكير الأول وتأنيت الثاني لكون المعلوم مؤثنا وهو سنة
وأجاب ط بأنه على تأويل السنة بالعام أو الحول (قوله فلا تسمع الآن بعدها) أي لنهي السلطان عن سماعها بعدها
فقد قال السيد الحموي في حاشية الأشباه : أخبرني أستاذي شيخ الإسلام يحيى أفندي الشهير بالمتقاري أن
السلطين الآن يأمرون قضاتهم في جميع ولايتهم أن لا يسمعوا دعوى بعد خمس عشرة سنة سوى الوقف
والإرث اه ونقل في الحامدية فتاوى من المذاهب الأربعة بعدم سماعها بعد النهي المذكور .

إلا في الوقف والإرث ووجود عذر شرعي وبه أفق المفتي أبو السعود فليحفظ :

مطلب هل يبقى النهي بعد موت السلطان

لكن هل يبقى النهي بعد موت السلطان الذي نهى ، بحيث لا يحتاج من بعده إلى نهى جديد؟ أفق في الخيرية بأنه لا بد من تجديد النهي ، ولا يستمر النهي بعده ، وبأنه إذا اختلف الخصمان في أنه منهي أو غير منهي فالقول للقاضي ما لم يثبت المحكوم عليه النهي وأطال في ذلك وأطاب فراجع. وأما ما ذكره السيد الحموي أيضا من أنه قد علم من عاتقهم يعني سلاطين آل عثمان نصرهم الرحمن من أنه إذا تولى سلطان عرض عليه قانون من قبله وأخذ أمره باتباعه فلا يفيد هنا لأن معناه أن يلتزم قانون أسلافه بأن يأمر بما أمروا به وينهى عما نهوا عنه ولا يلزم منه أنه إذا ولي قاضيا ولم ينه عن سماع هذه الدعوى أن يصير قاضيه منهيًا بمجرد ذلك وإنما يلزم منه أنه إذا ولاه ينهيه صريحا ليكون عاملا بما التزمه من القانون كما اشتهر أنه حين بوليه الآن يأمره في منشوره بالحكم بأصح أقوال المذهب كعادة من قبله ، وتمام الكلام على ذلك في كتابنا تنقيح الحامدية فراجع وأطلقنا الكلام عليه أيضا في كتابنا تنبيه الرلاة والحكام (قوله إلا في الوقف والإرث ووجود عذر شرعي) استثناء الإرث موافق لما مر عن الحموي ولما في الحامدية عن فتاوى أحمد أفندي المهنداري مفتي دمشق أنه كتب على ثلاثة أسئلة أنه تسمع دعوى الإرث ولا يمنعها طول المدة وبخالفه ما في الخيرية حيث ذكر أن المستثنى ثلاثة مال اليتيم والوقف والغائب ومقتضاه أن الإرث غير مستثنى فلا تسمع دعواه بعد هذه المدة ، وقد نقل في الحامدية عن المهنداري أيضا أنه كتب على سؤال آخر فيمن تركت دعواها الإرث بعد بلوغها خمس عشرة سنة ، بلا عذر أن الدعوى لا تسمع إلا بأمر سلطاني ونقل أيضا مثله فتوى تركية عن المولى أبي السعود ، وتعريبها إذا تركت دعوى الإرث بلا عذر شرعي خمس عشرة سنة ، فهل لا تسمع؟ الجواب : لا تسمع اه إذا اعترف الخصم بالحق ، ونقل مثله شيخ مشايخنا التركماني عن فتاوى علي أفندي مفتي الروم ونقل مثله أيضا شيخ مشايخنا السامحاني عن فتاوى عبد الله أفندي مفتي الروم ، وهذا الذي رأينا عليه عمل من قبلنا فالظاهر أنه ورد نهى جديد بعدم سماع دعوى الإرث والله سبحانه أعلم .

[تنبيهات الأول] : قد استفيد من كلام الشارح أن عدم سماع الدعوى بعد هذه المدة إنما هو للنهي عنه من السلطان فيكون القاضي معزولا عن سماعها لما علمت من أن القضاء يتخصص فلذا قال إلا بأمر أي فإذا أمر بسماعها بعد هذه المدة تسمع ، وسبب النهي قطع الحبل والتزوير ، فلا ينافي ما في الأشباه وغيرها من أن الحق لا يسقط بتقدم الزمان اه ، ولذا قال في الأشباه أيضا : ويجب عليه سماعها اه : أي يجب على السلطان الذي نهى قضاته عن سماع الدعوى بعد هذه المدة أن يسمعها بنفسه ، أو يأمر بسماعها ، كي لا يضيع حق المدعي والظاهر أن هذا حيث لم يظهر من المدعي أمانة التزوير ، وفي بعض نسخ الأشباه : ويجب عليه عدم سماعها وعليه فالصحيح يعود للقاضي المنهي عن سماعها لكن الأول هو المذكور في معين المفتي .

الثاني : أن النهي حيث كان للقاضي لا ينافي سماعها من المحكم بل قال المصنف في معين المفتي : إن القاضي لا يسمعها من حيث كونه قاضيا فلو حكمه الخصمان في تلك القضية التي مضى عليها المدة المذكورة ، فله أن يسمعها :

الثالث : عدم سماع القاضي لها إنما هو عند إكثار الخصم فلو اعترف تسمع كما علم مما قدمناه من فتوى المولى أبي السعود أفندي إذ لا تزوير مع الإقرار :

الرابع : عدم سماعها حيث تحقق تركها هذه المدة فلو ادعى في أثناءها لا يمنع بل يسمع دعواه ثانيا ما لم يكن بين الدعوى الأولى والثالثة هذه المدة ورأيت بخط شيخ مشايخنا التركماني في مجموعته أن شرطها أي شرط الدعوى مجلس القاضي ، فلا تصح الدعوى في مجلس غيره كالمهادة تنوير وبحر ودرر قال : واستفيد منه جواب حادثة الفتوى وهي أن زيدا ترك دعواه على عمرو مدة خمس عشرة سنة ، ولم يدع عند القاضي بل طالبه بحقه مرارا في غير مجلس القاضي ، فقتضى ما مر لا تسمع لعدم شرط الدعوى ، فليكن على ذكر منك ، فإنه تكرر السؤال عنها وصريح فتوى شيخ الإسلام على أفندي : أنه إذا ادعى عند القاضي مرارا ، ولم يفصل القاضي الدعوى ومضت المدة المزبورة تسمع ، لأنه صدق عليه أنه لم يتركها عند القاضي اه مافي المجموعة ، وبه أفتي في الحامدية ثم لا يخفى أن ترك الدعوى إنما يتحقق بعد ثبوت حق طلبها ، فلو مات زوج المرأة أو طلقها بعد عشرين سنة مثلا من وقت النكاح ، فلها طلب مؤخر المهر ، لأن حق طلبه إنما ثبت لها بعد الموت أو الطلاق لا من وقت النكاح ، ومثله ما يأتي فيما لو أخرج الدعوى هذه المدة لإعسار المديون ، ثم ثبت يساره بعدها ، وبه يعلم جواب حادثة الفتوى سئلت عنها جين كتابتي لهذا المحل في رجل له كدك دكان وقف مشتمل على منجور وغيره وضعه من ماله في الدكان بإذن ناظر الوقف من نحو أربعين سنة وتصرف فيه هو وورثته من بعده في هذه المدة ، ثم أنكره الناظر الآن وأنكر وضعه بالإذن ، وأراد الورثة إثباته وإثبات الإذن بوضعه ، والذي ظهر لي في الجواب سماع البيعة في ذلك لأنه حيث كان في يدهم ويد مورثهم هذه المدة بدون معارض لم يكن ذلك تركا للدعوى . ونظير ذلك ما لو ادعى زيد على عمرو بدار في يده فقال له عمرو : كنت اشتريتها منك من عشرين سنة ، وهي في ملكي إلى الآن وكذبه زيد في الشراء فتسمع بيعة عمرو على الشراء المذكور بعد هذه المدة ، لأن الدعوى توجهت عليه الآن وقبلها كان واضح اليد بلا معارض ، فلم يكن مطالبا بإثبات ملكيتها فلم يكن تاركا للدعوى ومثله فيما يظهر أن مستاجر دار الوقف يعمرها بإذن الناظر ، وينفق عليها مهلغا من الدراهم بصير ديناله على الوقف ، ويسمى في زماننا مرصدا ولا يطالب به مادام في الدار فإذا خرج منها فله الدعوى على الناظر بمرصده المذكور وإن طال مدته حيث جرت عادة بأنه لا يطالب به قبل خروجه ، ولا سيما إذا كان في كل سنة يقطع بعضه من أجره الدار فليطأله .

الخامس : استثناء الشارح العذر الشرعي أعم مما في الخيرية من الاقتصار على استثناء الوقف ومال اليتيم والغائب لأن العذر يشمل مالو كان المدعى عليه حاكما ظالما كما يأتي ومالو كان ثابت الإعسار في هذه المدة ثم أيسر بعدها فتسمع كما ذكره في الحامدية .

السادس : استثناء مال اليتيم مقيد بما إذا لم يتركها بعد بلوغه هذه المدة وبما إذا لم يكن له ولي كما يأتي وفي الحامدية لو كان أحد الورثة قاصرا والباقي بالغين تسمع الدعوى بالنظر إلى القاصر بقدر ما يخصه دون البالغين ،

مطلب إذا ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة لا تسمع

السابع : استثنوا الغائب والوقف ولم يبينوا له مدة فتسمع من الغائب ولو بعد خمسين سنة ويؤيده قوله في الخيرية من المقرر أن الترك لا يتأتى من الغائب له أو عليه لعدم تأتى الجواب منه بالغيبه والعلة خشية التزوير ولا يتأتى بالغيبه الدعوى عليه ، فلا فرق فيه بين غيبة المدعى والمدعى عليه اه . وكذا المظاهر في باقي الأعداء أنه لا مدة لها لأن بقاء العذر وإن طال مدته يؤكد عدم التزوير بخلاف الوقف ، فإنه لو طال مدة دعواه بلا عذر ثلاثا وثلاثين سنة

أمر السلطان إنما ينفذ إذا وافق الشرع وإلا فلا أشباه مع القاعدة الخامسة وفوائد شتى فلو أمر قضائه بتحليف الشهود وجب على العلماء أن ينصحوه ويقولوا له لانكاف قضاتك إلى أمر يلزم منه سخطك أو مسخط الخالق تعالى .

قضاء الباشا وكتابه إلى القاضى جاز إن لم يكن قاض مولى من السلطان .
الحاكم كالقاضي إلا في أربع عشرة مسألة

لا تسمع كما أفتى به في الحامدية أخذا بما ذكره في البحر في كتاب الدعوى عن ابن الغرس عن المبسوط إذا ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة ، ولم يكن مانع من الدعوى ثم ادعى لا تسمع دعواه لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهرا اه وفي جامع الفتوى عن فتاوى العتابي قال المتأخرون من أهل الفتوى : لا تسمع الدعوى بعد ست وثلاثين سنة إلا أن يكون المدعى غائبا أو صيبا أو مجنونا وليس لها ولى أو المدعى عليه أميراجائرا اه ونقل ط عن الخلاصة لا تسمع بعد ثلاثين سنة اه ثم لا يخفى أن هذا ليس مبنيا على المنع السلطاني بل هو منع من الفقهاء فلا تسمع الدعوى بعده وإن أمر السلطان بسماعها .

مطلب باع عقارا وأحد أقاربه حاضر لا تسمع دعواه

الثامن : سماع الدعوى قبل مضي المدة المحدودة مقيد بما إذا لم يمنع منه مانع آخر يدل على عدم الحق ظاهرا للماسياتى في مسائل شتى آخر الكتاب من أنه لو باع عقارا أو غيره وامرأته أو أحد أقاربه حاضر يعلم به ، ثم ادعى ابنه مثلا أنه ملكه لا تسمع دعواه وجعل سكوته كالإفصاح قطعا للتزوير والحيل بخلاف الأجنبي فإن سكوته ولو جارا لا يكون رضا إلا إذا سكت الجار وقت البيع ، والتسليم وتصرف المشتري فيه زراعا وبناء فلا تسمع دعواه على ماعليه الفتوى قطعا الأطماع الفاسدة اه . وأطال في تحقيقه في الخيرية من كتاب الدعوى ، فقد جعلوا مجرد سكوت القريب أو الزوجة عند البيع مانعا من دعواه بلا تقييد باطلاعه على تصرف المشتري كما أطلقه في الكنز والملتقى ، وأما دعوى الأجنبي واولجارا فلا بد في منعها من السكوت بعد الاطلاع على تصرف المشتري ، ولم يقيدوه بمدة وقد أجاب المصنف في فتاواه فيمن له بيت يسكنه مدة تزيد على ثلاث سنين ، ويتصرف فيه هدمًا وعمارة مع اطلاع جاره على ذلك بأنه لا تسمع دعوى الجار عليه البيت أو بعضه على ماعليه الفتوى وسيأتى تمام الكلام على ذلك آخر الكتاب في مسائل شتى قبيل الفرائض إن شاء الله تعالى فالظنه هناك فإنه مهم .

مطلب طاعة الإمام واجبة

(قوله أمر السلطان إنما ينفذ) أى يتبع ولا تجوز مخالفته وسيأتى قبيل الشهادات عند قوله أمرك قاض بقطع أو رجم الخ التعليل بوجوب طاعة ولى الأمر وفي ط عن الحموى أن صاحب البحر ذكر نافلا عن أئمتنا أن طاعة الإمام في غير معصية واجبة فلو أمر بصوم يوم وجب اه وقد منا أن الساطان لو حكم بين الخصمين ينفذ في الأصح وبه يفتى (قوله يلزم منه سخطك) أى إن عصوك وسخط الخالق أى إن أطاعوك اه ح عن الأشباه ، وفي مسخط ضم المهملة مع سكون الخاء المعجمة وفتحهما ، ونقل عن الصيرفية جواز التحليف ، وهو مقيد بما إذا رآه القاضى جائرا أى بأن كان ذا رأى أما إذا لم يكن له رأى فلا ط عن أبى السعود والمراد بالرأى الاجتهاد (قوله قضاء الباشا الخ) قدمنا الكلام عليه قبيل قول المصنف لا يقضى على غائب ولاله (قوله الحاكم كالقاضي) في بعض النسخ الحكم وهو الذى في البحر والأشباه (قوله إلا في أربع عشرة مسألة) سيأتى في آخر باب الحكميم أنه في البحر هدمًا

ذكرناها في شرح الكنز يعني في البحر .

وفي الفصل الأول من جامع الفصولين القاضى بتأخير الحكم يأثم ويعزر ويعزل وفي الأشباه لا يجوز للقاضى تأخير الحكم بعد وجود شرائطه إلا في ثلاث: لرؤية ولرجاء صلح أقارب وإذا استمهل المدعى .
لا يصح رجوعه عن قضائه إلا في ثلاث لو بعلمه أو ظهر خطؤه أو بخلاف مذهبه .
فعل القاضى حكم ، فلو زوج اليتيمة من نفسه أو ابنه لم يجوز

سبعة عشر ، وبأنى بيانه هناك مع زيادة عليها (قوله ذكرناها) من كلام الأشباه (قوله ويعزل) أى يستحق العزل كما فى الزيلعى (قوله لرؤية) أى إذا كان له رؤية فى الشهود ومنها ثلاثة شهدوا عنده ثم قال أحدهم قبل القضاء : أستغفر الله كذبت فى شهادتى فسمعه القاضى بلاتعيين شخصه ، فسألهم فقالوا كلنا على شهادتنا فإنه لا يقضى بشهادتهم ، ويخرجهم من عنده حتى ينظر فى ذلك يرى (قوله ولرجاء صلح أقارب) وكذا الأجانب لأن القضاء يورث الضغينة فيحترز عنه مهما أمكن ط عن الشيخ صالح وفى البيروى عن خزاعة الأكل إذا طمع القاضى فى إرضاء الخصمين لأبأس بردهم ، ولا ينفذ القضاء بينهما لعلهما يصطلحان ولا يردهما أكثر من مرتين وإن لم يطمع أنفذ القضاء اه (قوله وإذا استمهل المدعى) أراد أن المدعى إذا استمهل من القاضى حتى يحضر بيته فإنه يمهله وكذا إذا أقام البينة ثم إن المدعى عليه استمهل من القاضى ، حتى يأنى بالدفع فإنه يجيبه ، ولا يعجل بالحكم اه وهذا بعد أن يسأله عن الدفع وكان صحيحا فلو فاسدا لا يمهله ، ولا يلائمت إليه كما فى قاضىخان ببرى .

قلت : وسأنى قبيل باب دعوى الرجلين أنه او قال المدعى عليه لى دفع يمهل إلى المجلس الثانى وزاد البيروى عن الخلاصة مسألة أخرى يؤخر فيها إذا لم يعتمد على فتوى أهل مصره فبعث الفتوى إلى مصر آخر لا يأثم بتأخير القضاء .

مطلب لا يصح رجوع القاضى عن قضائه إلا فى ثلاث

(قوله لا يصح رجوعه عن قضائه) فلو قال رجعت عن قضائى أو وقعت فى تلبيس الشهود أو أبطلت حكى لم يصح والقضاء ماض كما فى الخانية أشباه قيد بالرجوع ، لأنه لو أنكر القضاء وقال الشهود قضى فالقول له على المفتى به ذكره ابن الغرس وقدمنا أول القضاء عن جامع الفصولين اعتماد خلافه فى زماننا .

مطلب فى حكم القاضى بعلمه

(قوله ولو بعلمه) كما إذا اعترف عنده شخص لآخر بمبلغ وغابا عنه ، ثم تداعى عنده اثنان فحكم على أحدهما ظانا أنه ذلك المعترف ، ثم تبين له أنه غيره له نقضه وتمايه فى شرح الوهبانية ، وهذا مبنى على أن للقاضى العمل بعلمه والفتوى على عدمه فى زماننا كما نقله فى الأشباه عن جامع الفصولين ، وقيد بزماننا لفساد القضاء فيه وأصل المذهب الجواز وسأنى تمامه فى باب كتاب القاضى إلى القاضى (قوله أو ظهر خطؤه) تقدم بيانه عند قوله ولو قضى بالجور (قوله أو بخلاف مذهبه) تقدم بيانه عند قوله قضى فى مجتهد فيه بخلاف رأيه .

مطلب فعل القاضى حكم

(قوله فعل القاضى حكم الخ) كذا فى الأشباه تفریعا واستثناء وذكر فى البحر أول كتاب القضاء ، فعل القاضى على وجهين .

الأول : مالا يكون موضعا للحكم كما لو أذنته مكلفة بتزويجها فزوجها فإنه وكيل عنها ففعله ليس بحكم كما في القاسمية.

الثاني : ما يكون محلا للحكم كتزويج صغيرة لا ولي لها وشرائه وبيعه مال اليتيم وقسمته العقار ونحو ذلك فجزم في التجنيس بأنه حكم وكذا تزويج اليتيمة من ابنه. ورده في نكاح الفتح بأن الأوجه أنه ليس بحكم لانتهاء شرطه أي من الدعوى الصحيحة ، وبأن إلحاقه بالوكيل يكفي للمنع ، يعني أن الوكيل بالنكاح لا يملك التزويج من ابنه فالقاضي بمنزلة ، فيغني ذلك عن كونه حكما.

وعلى هذا فقولهم شراء القاضي مال اليتيم أو شيئا من الغنيمة لنفسه لا يجوز لأنه حكم لنفسه خلاف الأوجه لأن إلحاقه بالوكيل للمنع مغل عن كونه حكما لأن شراء الوكيل لنفسه باطل لكن لما كثر في كلامهم كون فعله حكما.

مطلب القضاء القولي يحتاج للدعوى بخلاف الفعلي والضمني

فالأولى أن يقال تصحيحا لكلامهم إن الحكم القولي يحتاج إلى الدعوى والفعلي لا كلقضاء الضمني لا يحتاج إليها وإنما يحتاجها القصدى ، ويدخل الضمني تبعا . وقال محمد في الأصل لو طلب الورثة القسمة للعقار وفيهم غائب أو صغير قال الإمام لا أقسم ما لم يبرهنوا على الموت والمواريث ، ولا أقضى على الغائب والصغير بقولهم لأن قسمة القاضي قضاء منه وقال يقسم اه وهذا قاطع للشبهة فتعين الرجوع إلى الحق اه ما في البحر ملخصا :

وحاصله أن ما في الأصل لا يمكن إلحاقه بالوكيل في المنع من القسمة ، فتعين أن العلة مانص عليها من كون فعله حكما ، وتعين التوفيق بما ذكر من أن القضاء الفعلي لا يحتاج إلى الدعوى كالضمني بخلاف القولي القصدى . وبه اندفع ما مر عن الفتح من قوله لانتهاء شرطه واندفع أيضا قول ابن الغرس : إن الصواب أن الفعل لا يكون حكما نعم قال في النهر : مما يدل على أنه ليس بحكم لإثباتهم خيار البلوغ للصغير والصغيرة بتزويج القاضي على الأصح إذ لو كان تزويجه حكما لزم نقضه اه .

قلت : وقد يقال إن معنى كونه حكما أنه إذا زوج اليتيمة ليس لغيره نقضه كما أفتى به ابن نجيم أي لو رفع إلى حاكم آخر لا يراه ليس له نقضه بل عليه تنفيذه ، لأن الحكم يرفع الخلاف ، ولا يلزم من هذا أنه ليس لها خيار البلوغ كما لو زوجها عصابة غير الأب والجد وحكم به القاضي ، فإن حكمه بصحة العقد لا ينافي ثبوت خيار البلوغ كما لا يفتى فكذا هنا بالأولى .

مطلب في القضاء الضمني

[تنمة] قال في الأشباه : القضاء الضمني لا يشترط له الدعوى ، والخصومة فإذا شهدا على خصم بحق وذكر اسميه واسم أبيه وجده ، وقضى بذلك الحق كان قضاء بنسبه ضمنا وإن لم يكن في حادثة النسب اه أي إذا كان المشهود عليه غير مشار إليه ، فلو مشارا إليه لا يثبت نسبه كما أوضحه الحموي ثم قال في الأشباه : وعلى هذا لو شهدا بأن فلانة زوجة فلان ، وكات زوجها فلانا في كذا على خصم منكر ، وقضى بتوكيلها كان قضاء بالزوجية بينهما : وهي حادثة الفتوى ، ونظيره ما في الخلاصة من طريق الحكم بثبوت الرضائية أن يعاق رجل وكالة فلان بدخول رمضان ، ويدعى بحق على آخر ويتنازعا في دخوله فتقام البينة على رؤياه ، فيثبت رمضان ضمن ثبوت التوكيل وأصل القضاء الضمني ما ذكره أصحاب المتون من أنه لو ادعى كفالة على رجل بمال بإذنه فأقر بها ، وأنكر الدين فبرهن على الكفيل بالدين وقضى عليه بها كان قضاء عليه قصدا وعلى الأصيل الغائب ضمنا وله فروع

إلا في مسألتين : إذا أذن الولي للقاضي بتزويجها كان وكيلًا، وإذا أعطى فقيرًا من وقف الفقراء كان له إعطاء غيره .
أمر القاضي حكم إلا في مسألة الوقف المذكورة فأمره فتوى فلو صرف بغيره صح .
القاضي يحلف غريم الميت ولو أقر به المريض :

وتفاصيل ذكرناها في الشرح اه (قوله إلا في مسألتين الخ) استثناء من قوله فعل القاضي حكم ، ووجه الأولى أن فعله بطريق الوكالة ، ووجه الثانية أن فعله كفعل الواقف فلقاض آخر نقضه كما في منتخب المحيط الرضوى ، وقيد ذلك فيه بقيدتين عن بعض المشايخ فإنه قال : وإن أعطى القاضي بعض القرابة أى فقيرًا من قرابة الواقف ، ولم يقض له بذلك ولم يجعله راتبه في الوقف كان لقاض آخر نقضه لكن ذكر في الأشباه من القاعدة الخامسة أن تقرير القاضى المرتبات غير لازم إلا إذا حكم بعدم تقرير غيره فحينئذ يازم وهى في الخصاص أفاده البيهقي .

مطلب أمر القاضي حكم

(قوله أمر القاضي حكم) قدمنا أول القضاء أنهم اتفقوا على أن أمره بحبس المدعى عليه بالحق كأمره بالآخذ منه وعلى أن أمره بصرف كذا من وقف الفقراء إلى فقير من قرابة الواقف ليس بحكم حتى لو صرفه إلى فقير آخر صح واختلفوا في قولهم سلم الدار وتمام الكلام عليه في البحر والنهر هناك .

مطلب يحلف القاضي غريم الميت

(قوله القاضي يحلف غريم الميت) لم يبين أن هذا التحليف واجب أم لا ، وتوقف فيه المقدسى ، لكن قال في الخلاصة عن أدب القاضي للخصاص : وأجمعوا على أن من ادعى دينًا على الميت يحلف من غير طلب الوصى والوارث بالله ما استوفيت دينك من المديون ، ولا من أحد أداه إليك عنه ولا قبضه قابض ولا أبرأته ولا شيئًا منه ولا أحلت بذلك ولا بشيء منه على أحد ولا عندك به ولا بشيء منه رهن اه وعلة الصدر الشهيد بأن اليمين ليست للوارث ههنا ، وإنما هى للتركة لأنه قد يكون له غريم آخر أو وصى له فالحق في هذا في تركة الميت فعلى القاضي الاحتياط في ذلك وقال قبله ، ولا يدفع له شيئًا حتى يستحلفه اه فحيث أجمعوا على تحليفه وذكروا أنه لا يدفع إليه المال ، حتى يستحلف ، ولو لم يفعل ذلك لم تستوف الدعوى شرطها فلا ينفذ حكمه بالدفع والقبض والقاضي مأمور بالحكم بأصح أقوال الإمام ، فإذا حكم بغيره لم يصح فكيف وقد أجمعوا على التحليف وتمامه في الحامدية قال في البحر من الدعوى : ولا خصوصية للدين بل في كل موضع يدعى حقا في التركة ، وأثبته بالبينة وعزاه إلى الولوالجية ثم قال : ولم أر حكم من ادعى أنه دفع للميت دينه وبرهن هل يحلف وينبغى أن يحلف احتياطًا اه قال محشبه الرملى : قد يقال إنما يحلف في مسألة مدعى الدين على الميت احتياطًا لاحتمال أنهم شهدوا باستصحاب الحال وقد استوفاه في باطن الأمر ، وأما في مسألة دفع الدين فقد شهدوا على حقيقة الدفع فانتفى الاحتمال المذكور اه . وهذا وجهه كما لا يخفى :

[تنبيه] قيد بالقاضي لأن للوصى أن يدفع ذلك للمقر له إذا أقر به الميت عنده كما نصوا عليه وتمامه في البيهقي (قوله ولو أقر به المريض) أى في مرض موته قال في التارخانية وقال القاضي الإمام أبو على النسفى : عرفنا أن الدين إذا تقدم وجوبه حتى يتوهم سقوطه بهذه الأسباب فغريم الميت يستحاف وكنا نظن أن الدين إذا ثبت (٥٤ - حاشية ابن مابدين - ٥)

لا يقبل قول أمين القاضى إنه حلف المخدرة إلا بشاهدين :
 من اعتمد على أمر القاضى الذى ليس بشرعى لم يخرج عن العهدة اه وقدمننا فى الوقف عن المنظومة المحيية
 مغزياً للمبسوط أن للسلطان مخالفة شرط الواقف لو غالبه قرى ووزارعه وأنه يعمل بأمره وإن غير الشرط فليحفظ :
 قلت : وأجاب صنعى أفندى بأنه متى كان فى الوقف سعة ولم يقصر فى أداء خدمته لا يمنع فتنبه : وفى الوهبانية
 يحبس الولى بدين الصغير حتى يوفيه أو يظهر فقر الصغير .
 قلت : لكن قدم شارحها عن قاضيخان أن الحر والعبد والبالغ والصبي فى الحبس سواء فيتأمل نفيه هنا قاله
 الشرنبلالى : قال : وإيسى للقاضى البيع مع وجود أب أو وصى وهى فائدة حسنة .
 قلت : وفى القنية ومتى باعاً للقاضى نقضه لو أصلح كما نظمه الشارح فضممته للمتن مغزياً لبعضه فقالت :
 وينقض بيع من أب أو وصيه ولو مصالحا والأصلح النقض بسطر

بإقرار المريض فى مرض موته أن الغريم لا يستحلف ، لأنه ذكر فى المبسوط فى مواضع أن المريض إذا أقر فى
 مرضه بالديون للغرماء ، فإنهم يعطون ذلك ولم يشترط اليمين والحصاف ذكر اليمين هنا وهذا الشىء استفيد من جهته اه
 يرى (قوله إنه حلف المخدرة) هى التى لا تخالط الرجال وإن خرجت لحاجة وحمام كذا ذكره الشارح عن القنية
 فى باب الشهادة على الشهادة (قوله إلا بشاهدين) هذه عبارة الأشباه ، وظاهرها أنه لا بد من شاهدين غير الأمين
 وقدم عن الصغيرى أنه يقبل قول شامد معه قال شيخ صالح : ولعل ذلك لاختلاف الروايتين ط (قوله وقدمننا فى
 الوقف الخ) كان الأولى ذكره عند قوله أمر السلطان إنما ينفذ الخ (قوله أن للسلطان مخالفة شرط الواقف)
 فيجوز له إحداث وظيفة أو مرتب إذا كان المقرر فى ذلك من مصارف بيت المال ط (قوله لو غالبه قرى ومزارع)
 بأن كان الواقف له سلطاناً أو واحداً من الأمراء ، ولم يعلم تملكه لها بوجه شرعى ، ولذا علله الشارح هناك
 بقوله لأن أصلها لبيت المال ، وأفتى المفتى أبو السعود أفندى بأن أوقاف الملوك والأمراء لا يراعى شروطها ،
 لأنها من بيت المال أو ترجع إليه اه . وقدمننا تمام الكلام على ذلك فى الوقف (قوله وأجاب صنعى أفندى)
 أى عن سؤال سئل عنه (قوله متى كان فى الوقف سعة) بفتح السين والعين المهملتين أى بأن كانت غلته وافرة
 (قوله ولم يقصر) أى ذر الوظيفة التى أحدها السلطان (قوله لا يمنع) أى من تناول ما قرره له .

مطلب فى حبس الصبي

(قوله يحبس الولى الخ) فى البحر لا يحبس صبي على دين الاستهلاك ولو له مال من عروض وعقار إذا لم
 يكن له أب أو وصى ، والرأى فيه للقاضى ، فبإذن فى بيع بعض ماله للإيفاء ، ولو له أب أو وصى يحبس إن
 امتنع من قضاء دينه من ماله أى مال الصبي ، ولا يحبس الصبي إلا بطريق التأديب لئلا يتجاسر إلى مثله إذا باشر
 شيئاً من أسباب التعدى قصداً فلو خطأ فلا كذا فى كفالة المبسوط وفى المحيط للقاضى حبس الصبي التاجر تأديباً
 لا عقوبة ، لئلا يماطل حقوق العباد فإن الصبي يؤدب لينزجر عن الأفعال الذميمة اه (قوله فيتأمل نفيه هنا) قد
 علمت من عبارتى المبسوط والمحيط أن نفيه على وجه العقوبة وإثباته على وجه التأديب وهو شامل أيضاً للمأذون
 والمحجور فانهم (قوله قال) أى الشرنبلالى وقد جزاه فى النهر للطرسوسى أخذاً من قول المبسوط ولو له أب
 أو وصى الخ (قوله للقاضى نقضه) أى نقض بيع الأب والوصى لو النقض أصلح للصغير (قوله كما نظمه الشارح)
 أى شارح الوهبانية القاضى عبد البر بن الشحنة (قوله ولو مصالحا) إنما ذكره لأنهم صرحوا بأن شرط بيع الأب
 عقار الصغير بمثل القيمة كونه محرراً أو مستوراً ، فلو كان مفسداً لا يجوز إلا بضعف القيمة (قوله والأصلح النقض)

ويحبس في دين على الطفل والد وصى وللتأديب بعض بصور
وفي الدين لم يحبس أب ومكاتب وعبد لمولاه كعكس ومعسر
لعم لو العبد مديونا يحبس المولى بدينه لأنه للفرماء ، وكذا يحبس بدين مكاتبه إلا فيما كان من جنس الكتابة ،
ففي عناق الوهبالية :

وفي غير جنس الحق يحبس سيدها مكاتبه والعبد فيها مخير
وفي حجرها : ويحبس ذو الكتب الصحاح المحرر على الدين إذ بالكتب ما هو معسر

باب التحكيم

الواو للحال وقوله يسطر بسكون السين جملة استثنائية (قوله ويحبس الخ) أي يحبس الوالد والوصى في دين على الطفل لأجنبي إذا كان للطفل مال وامتنعا من أدائه كما علم مما مر (قوله وصى) على تقدير الواو العاطفة (قوله وللتأديب الخ) أي وحبس الصبي للتأديب بعض المشايخ تصورا (قوله وفي الدين لم يحبس أب) تقدمت هذه المسألة في قوله لا يحبس أصل وإن علا في دين فرعه بل يقضى القاضى دينه مع عين ماله أو قيمته الخ واخترز بالدين عن النفقة فإنه يحبس بها كما مر هناك (قوله ومكاتب) بفتح التاء أي لا يحبس المكاتب بدين الكتابة ، فإن كان ديننا آخر يحبس به للمولى ومنهم من منعه لأنه يتمكن من إسقاطه بالتعجيز وصححه في المبسوط وعليه الفقوى بجر عن أنفع الوسائل (قوله وعبد لمولاه) أي لدين مولاه أطلقه الزبلى فظاهره ولو كان مديونا بجر (قوله كعكس) أي عكس المكاتب والعبد فلا يحبس المولى بدين مكاتبه إن كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة ، وإلا يحبس لتوقفها على الرضا ، ولا يحبس المولى بدين عبده المأذون غير المديون وإن مديونا يحبس لحق الفرماء بجر وذكره الشارح بعد .

مطلب جملة من لا يحبس عشرة

(قوله ومعسر) أي من ظهر إعساره بعد حبسه المدة التي يراها القاضى فلا يحبس بعدها وهذا بلغ عدد من لا يحبس سبعة أولها الصبي أو كلها في النظم قد عدتها في البحر كذلك لكنه أسقط المعسر وذكر بدله العاقلة إن كان لم عطاء فلا يحبسون في دية وأرش ، ويؤخذ من العطاء وإن لم يكن عطاء يحبسون ثم قال : ويزاد مستثنان لا يحبس المديون إذا علم القاضى أن له مالا غائبا أو محبوسا موسرا فصارت تسعا هـ .

قلت : وبالمعسر صارت عشرا (قوله نعم الخ) تقييد لقوله كعكس (قوله إلا فيما كان من جنس الكتابة) الأولى أن يقول : إن لم يكن من جنس الكتابة فإنه تقييد أيضا لقوله كعكس كما علم من عبارة البحر المارة آنفا (قوله سيدها) مفعول مقدم على فاعله وهو مكاتبه (قوله العبد فيها) أي في الكتابة مخير ، لأنها عقد غير لازم في جانبها فله فسخها (قوله المحرر) اسم فاعل أي الذى حرر لكتب وصححها واحتاج إليها لاعتماده عليها (قوله إذ بالكتب ما هو معسر (١)) إذ قضاء الدين مقدم على حاجته إليها وإن كان فقيرا في حق أخذ الصدقة وعدم وجوب الزكاة كما لو كان له قوت شهر فإنه يباع عليه وهو موسر ولا يباع عليه قوت يومه كما في القنية والله سبحانه أعلم .

باب التحكيم

لما كان من فروع القضاء وكان أحط رتبة من القضاء آخره ، ولهذا قال أبو يوسف : لا يجوز تعليقه بالشرط

(١) قوله (إذ هو بالكتب الخ) هكذا بخطه ، والذي في نسخ الشارح إذ بالكتب الخ وهو الموافق لوزن اه مصحبه .

(هو) لغة : جعل الحكم فيما لك لغيرك . وعرفا : (تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما . وركنه انظمه الدال عليه مع قبول الآخر) ذلك (وشرطه من جهة المحكم) بالكسر (العقل لا الحرية والإسلام) فصيح تحكيم ذمی ذمیا (و) شرطه (من جهة المحكم) بالفتح (صلاحيته للقضاء) كما مر (ويشترط الأهلية) المذكورة (وقته) أي التحكيم (ووقت الحكم جميعا ، فلو حكما عبدا فعتق أو صبيا فبلغ أو ذميا فأسلم ثم حكم لا ينفذ كما) هو الحكم (في مقلد) بفتح اللام مشددة بخلاف الشهادة وقدمنا أنه لو استعصى العبد ثم عتق فقضى صح وعزاه سعدى أفندى للمبتغى (حكما رجلا) معلوما إذ لو حكما أول من يدخل المسجد لم يجز إجماعا للجهاالة (فحكم بينهما بيينة أو إقرار أونكول)

وإضافته إلى وقت ، بخلاف القضاء لكونه صلحا من وجه بحر (قوله هو لغة الخ) في الصحاح ويقال حكمته في مالى إذا جعلت إليه الحكم فيه اه : وهذه العبارة لا تدل على أن التحكيم لغة خاص بالمال خلافا لما توهمه عبارة الشارح ، ولذا قال في المصباح : حكمت الرجل بالتشديد فوضت الحكم إليه (قوله وعرفا تولية الخصمين) أي الفريقين المتخاصمين ، فيشمل ما لو تعدد الفريقان ولذا أعيد عليهما ضمير الجماعة في قوله تعالى - هذان خصمان اختصموا - وفي المصباح : الخصم يقع على المفرد وغيره والذكر والأنثى بلفظ واحد ، وفي لغة يطابق في التثنية والجمع فيجمع على خصوم وخصام اه فافهم (قوله حاكما) المراد به ما يعم الواحد والمتعدد :

[تنبيه] في البحر عن البرازية قال بعض علمائنا : أكثر قضاة عهدنا في بلادنا مصالحوون ، لأنهم تقلدوا القضاء بالرشوة ، ويجوز أن يجعل حاكما بترافع القضية ، واعترض بأن الرفع ليس على وجه التحكيم بل على اعتقاد أنه ماضى الحكم وحضور المدعى عليه قد يكون بالأشخاص والجبر فلا يكون حكما ، ألا ترى أن البيع قد ينعقد ابتداء بالتعاطى ، لكن إذا تقدمه بيع باطل أو فاسد وترتب عليه التعاطى لا ينعقد البيع لكونه ترتب على سبب آخر فكذا هنا ولهذا قال السلف القاضى النافذ حكمه أعز من الكبريت الأحمر اه قال ط : وبعض الشافعية يعبر عنه بأنه قاضى ضرورة إذ لا يوجد قاض فيما علمناه من البلاد إلا وهو راش ومرتش اه وانظر ما قدمناه أول القضاء (قوله وركنه لفظه الخ) أي ركن التحكيم لفظه الدال عليه أي اللفظ الدال على التحكيم كالحكم بيننا أو جعلناك حكما أو حكمتك في كذا ، فليس المراد خصوص لفظ التحكيم (قوله مع قبول الآخر) أي المحكم بالفتح فلو لم يقبل لا يجوز حكمه إلا بتجديد التحكيم بحر عن المحيط (قوله من جهة المحكم) أي جنسه الصادق بالفريقين وشمل ما لو كان أحدهما قاضيا كما في القهستاني (قوله لا الحرية) فتحكيم المكاتب وللعبد المأذون صحیح بحر (قوله فصيح تحكيم ذمی ذمیا) لأنه أهل للشهادة بين أهل الذمة دون المسلمين ، ويكون تراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان إياه ، وتقليد الذمی ليحكم بين أهل الذمة صحیح لا بين المسلمين ، وكذلك التحكيم هندية عن النهاية ط وفي البحر عن المحيط : فلو أسلم أحد الخصمين قبل الحكم لم ينفذ حكم الكافر على المسلم وينفذ للمسلم على الذمی ، وقيل : لا يجوز للمسلم أيضا وتحكيم المرتد موقوف عنده ، فإن حكم ثم قتل أو لحق بطل وإن أسلم نفذ وعندهما جائز بكل حال (قوله كما مر) أي في الباب السابق في قوله : والمحكم كالقاضى ، وأفاد جواز تحكيم المرأة والفاسق لصلاحيتهما للقضاء والأولى أن لا يحكما فاسقا بحر (قوله وقته ووقت الحكم جميعا) وكذا فيما بينهما بخلاف القاضى كما سيأتى في المسائل المخالفة بحر (قوله فلو حكما عبدا الخ) ولو حكما حرا وعبدا فحكم الحر وحده لم يجز وكذا إذا حكما بحر عن المحيط (قوله في مقلد) بفتح اللام مبنى للمجهول أى فيمن قلده الإمام القضاء (قوله بخلاف الشهادة) فإن اشتراط الأهلية فيها عند الأداء فقط وأشار بهذا إلى فائدة قول المصنف : صلاحيته للقضاء حيث لم يقل للشهادة (قوله وقدمنا) أى قبيل قوله وإذا رفع إليه حكم قاض وأشار بهذا إلى أن قوله

ورضيا بحكمه (صبح لو في غير حد وقود ودية على عاقلة) الأصل أن حكم المحكم بمنزلة الصلح وهذه لا تجوز بالصلح فلا تجوز بالتحكيم (وينفرد أحدهما بنقضه) أي التحكيم بعد وقوعه (كما) ينفرد أحد العاقدين (في مضاربة وشركة ووكالة) بلا التماس طالب (فإن حكم لزمهما) ولا يبطل حكمه بعزلها لصدوره عن ولاية شرعية و (لا) يتعدى حكمه إلى (غيرهما) إلا في مسألة ، أو حكم أحد الشريكين وغيرهما له رجلا فحكم بينهما وألزم الشريك تعدي للشريك الغائب لأن حكمه كالصلح بحر (فلو حكماه في عيب مبيع فقضى برده ليس للبائع رده على بائعه إلا يرضا البائع الأول والثاني والمشتري)

كما في مقلد ليس متفقا عليه وقد منا أول القضاء عند قوله : وأهله أهل الشهادة أن فيه روايتين وأنه في الواقعات الحسامية قال الفتوى على أنه لا ينزل بالردة ، لأن الكفر لا ينافي ابتداء القضاء في إحدى الروايتين وإن هذا يؤيد رواية صحة تولية الكافر والعبد وصحة حكمها بعد الإسلام والعق بلا تجديد تولية وبه جزم في البحر واقصر عليه في الفتح خلافا لما مشى عليه المصنف هنا وإن هذا بخلاف الصبي إذا بلغ فإنه لا بد من تجديد توليته وقد منا وجه الفرق هناك فافهم وهل تجرى هذه الرواية في المحكم ؟ لم أره والظاهر لا .

مطلب حكم بينهما قبل تحكيمه ثم أجازاه جاز

(قوله ورضيا بحكمه) أي إلى أن حكم كذا في الفتح ، فأفاد أنه احترز عما لو رجعا عن تحكيمه قبل الحكم أو عما لو رضى أحدهما فقط ، لكن كان الأولى ذكره قبل قوله : فحكم لثلاث يومهم اشتراط الرضا بعد الحكم مع أنه إذا حكم لزمهما حكمه كما في الكنز وغيره ويأتي متنا أو يذكره هنا بأو ليدخل ما لو حكم بينهما قبل تحكيمه ثم قالوا رضينا بحكمه وأجزناه فإنه جائز كما نقله ط عن الهندية (قوله صبح لو في غير حد وقود الخ) شمل سائر المجتهدات من حقوق العباد كما ذكره بعد ، وما ذكره من منعه في القصاص تبعاً للكنز وغيره هو قول الخصاص وهو الصحيح كما في الفتح ، وما في المحيط من جوازه فيه لأنه من حقوق العباد ضعيف رواية ودراية ، لأن فيه حق الله تعالى أيضا وإن كان الغالب حق العبد وكذا ما اختاره السرخسي من جوازه في حق القذف ضعيف بالأولى لأن الغالب فيه حق الله تعالى على الأصح بحر (قوله ودية على عاقلة) خرج ما لو كانت على القاتل بأن ثبت القتل بإقراره ، أو ثبتت جراحة بينة وأرشفها أقل مما تحمله العاقلة خطأ كانت الجراحة أو عمداً ، أو كانت قدر ما تحمله ولكن كانت الجراحة عمداً لا توجب القصاص فينفذ حكمه وتماه في البحر (قوله بمنزلة الصلح) لأنهما توافقا على الرضا بما يحكم به عليهما (قوله وهذه لا تجوز بالصلح) اعترض بأنه سيأتي في الصلح جوازه في كل حق يجوز الاعتياض عنه ، ومنه القصاص لا فيما لا يجوز ، ومنه الحدود :

أقول : منشأ الاعتراض عدم فهم المراد فإن المراد أن هذه الثلاثة لا تثبت بالصلح أي بأن اصطلاحاً على لزوم الحد أو لزوم القصاص الخ : وما سيأتي في الصلح معناه أنه يجوز الصلح عن القصاص بما لا يجوز الاعتياض عنه بخلاف الحد ، فالقصاص هنا مصالح عنه ، وفي الأول مصالح عليه ، والفرق ظاهر كما لا يخفى (قوله بعد وقوعه) الأولى أن يبدله بقوله قبل الحكم (قوله كما ينفرد أحد العاقدين الخ) أي بنقض العقد وفسخه إذا علم الآخر ولو بكتابة أو رسول على تفصيل مر في الشركة ، ويأتي في الوكالة والمضاربة إن شاء الله تعالى (قوله بلا التماس طالب) يعني أن الموكل ينفرد بعزل الوكيل ما لم يتعلق بالتوكيل حق المدعى كما لو أراد خصمه لسفر فطالب منه أن يوكل وكيلاً بالخصومة فليس له عزله كما سيأتي في بابه (قوله وغير بما له) منصوب على أنه ممنوع معه (قوله لأن حكمه كالصلح) والصلح من صنيع التجار ، فكان كل واحد من الشريكين راضياً بالصلح وما في معناه بحر

بتحكيمه فتح ثم استثناء الثلاثة يفيد صحة التحكيم في كل المجتهدات كحكمه بكون الكنايات رواجع وفسخ اليمين المضافة إلى الملك وغير ذلك لكن هذا مما يعلم ويحكم وظاهر الهداية أنه يجب بلايحل فتأمل (وصح إخباره بإقرار أحد الخصمين وبعدالة الشاهد حال ولايته) أي بقاء تحكيمهما

(قوله بتحكيمه) متعلق برضا (قوله ثم استثناء الثلاثة) أي الحد والقود والدية على العاقلة وكان الأولى ذكر هذا عقبها (قوله في كل المجتهدات) أي المسائل التي يسوغ فيها الاجتهاد من حقوق العباد كالطلاق والعناق والكتابة والكفالة والشفعة والنفقة والديون والبيوع بخلاف ما خالف كتابا أو سنة وإجماعا (قوله كحكمه بكون الكنايات رواجع الخ) قال الصدر الشهيد في شرح أدب القضاء هو الظاهر عند أصحابنا وهو الصحيح ، لكن مشايخنا امتنعوا عن هذه الفتوى وقالوا يحتاج إلى حكم الحاكم كما في الحدود والقصاص كي لا يتجاسر العوام فيه اه .

قال في الفتح : وفي الفتاوى الصغرى حكم المحكم في الطلاق المضاف ينفذ لكن لا يفتى به وفيها روى عن أصحابنا ما هو أوسع من هذا ، وهو أن صاحب الحادثة لو استفتى فقيها عدلا فأفتاه ببطلان اليمين وسعه اتباع فتواه وإسك المرأة المحلوف بطلاقها . وروى عنهم ما هو أوسع وهو إن تزوج أخرى وكان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فاستفتى فقيها آخر فأفتاه بصحة اليمين فإنه يفارق الأخرى ويمسك الأولى عملا بفتواهما اه (قوله وغير ذلك) كما إذا مس صهرته بشهوة وانتشر لها فحكم الزوجان حكما ليحكم لهما بالحل على مذهب الشافعي ، فالأصح هو النفاذ إن كان المحكم يراه وإلا فالصحيح عليه أفاده في البحر عن القنية (قوله وظاهر الهداية الخ) حيث قال قالوا : وتخصيص الحدود والنصاص بدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات ، وهو الصحيح إلا أنه لا يفتى به ويقال يحتاج إلى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام اه أي تجاسرهم على هدم المذهب فتح . ومثل عبارة الهداية عبارة شرح أدب القضاء المارة آنفا ، وتقدم فيها أن الصحيح صحة التحكيم ، وأنه انظر عن أصحابنا وكان ما هنا ترجيح للقول الآخر المقابل للصحيح . والمتبادر من عبارة الهداية : أنه لا يفتى بجوازه في سائر المجتهدات . لكن ذكر في البحر عن الولوالجية ، والقنية ما هو كالصريح في أن ذلك في اليمين المضافة ونحوها ، ونحوه ما قدمناه آنفا عن الفتح عن الفتاوى الصغرى : وبأن التصريح به في المخالفات ، ولكن يتأمل في وجه المنع من عدم الإفتاء به ، والتعليل بأن لا يتجاسر العوام على هدم المذهب لا يظهر في خصوص اليمين المضافة ونحوها .

ثم رأيت المتمدسي توقف في ذلك أيضا وأجاب بما حاصله : أنهم منعوا من تولية القضاء لغير الأهل لئلا يحكم بغير الحق وكذلك منعوا من التحكيم هنا لئلا يتجاسر العوام على الحكم بغير علم .

قلت : هذا يفيد منع التحكيم مطلقا إلا لعالم : والأحسن في الجواب أن يقال : إن الخالف في اليمين المضافة إذا كان يعتقد صحتها يازمه العمل بما يعتقد ، فإذا حكم بعدم صحتها حاكم مولى من السلطان لزمه اتباع رأى الحاكم وارتفع بحكمه الخلاف ، أما إذا حكم رجلا فلا يفيد شيئا سوى هدم مذهبه لأن حكم المحكم بمنزلة الصلح لا يرفع خلافا ولا يبطل العمل بما كان الخالف يعتقد فلذا قالوا لا يفتى به ولا بد من حكم المولى هذا ما ظهر لي والله سبحانه أعلم .

[تنبيه] سيأتي في المخالفات أنه لا يصح حكمه بما فيه ضرر على الصغير بخلاف القاضي (قوله وصح إخباره الخ) أي إذا قال لأحدهما أقررت عندي ، أو قامت عندي بينة عليك لهذا فعدوا عندي ، وقد ألزمتك بذلك وحكمت لهذا فأنكر المقتضى عليه لا يلتفت إلى إنكاره ومضى القضاء عليه مادام المجلس باقيا ، لأن المحكم مادام تحكيمهما قائما كالمقتضى المقلد إلا أن يخرج الخطاب عن الحكم ، وبهزله قبل أن يقول حكمت عليك أو قاله بعد المجلس

(لا) يصح (إخباره بحكمه) لانقضاء ولايته (ولا يصح حكمه لأبويه وولده وزوجته) كحكم القاضي (بخلاف حكمهما) أى القاضي والمحكم (عليهم) حيث يصح كالشهادة (حكما رجلين فلا بد من اجتماعهما) على المحكوم به (ويمضى) القاضي (حكمه إن وافق مذهبه وإلا أبطله) لأن حكمه لا يرفع خلافا (وليس له) للمحكم (تفويض التحكيم إلى غيره وحكمه بالوقف لا يرفع خلافا) على الصحيح خاتية (فلو رفع إلى موافق) لمذهبه (حكم) ابتداء (بلزومه) بشرطه (ولا يمضيه) لأنه لم يقع معتبرا .
والحاصل أنه كالقاضي إلا في مسائل عد منها في البحر سبعة عشر منها لو ارتد انزل فإذا أسلم احتاج لتحكيم جديد

لأنه بالقيام منه ينزل كما ينزل بعزل أحدهما قبل الحكم فصار كالقاضي إذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق فتح (قوله لا يصح إخباره بحكمه) أى بعد ما قام (قوله كحكم القاضي) فإنه لا يصح أن لا تقبل شهادته له (قوله فلا بد من اجتماعهما) فلو حكم أحدهما أو اختلفا لم يجوز كفاي البحر عن الولوالجية وفيه عن الحصاص لو قال لامرأته أنت على حرام ، ونوى الطلاق دون الثلاث فحكما رجلين ، فحكم أحدهما بأنها بائن وحكم الآخر بأنها بائن بالثلاث لم يجوز لأنهما لم يجتمعا على أمر واحد اه (قوله ويمضى حكمه) أى إذا رفع حكمه إلى القاضي إن وافق مذهبه أمضاه وإلا أبطله ، وفائدة إضائه ههنا أنه لو رفع إلى قاض آخر يخالف مذهبه ليس لذلك القاضي ولاية التقض فيما أمضاه هذا القاضي جوهرية . وفي البحر ولو رفع حكمه إلى حكم آخر حكاه بعد الثاني كالقاضي بمضيه إن وافق رأيه وإلا أبطله (قوله لأن حكمه لا يرفع خلافا) لتصور ولايته عليهما بخلاف القاضي العام (قوله للمحكم) بدل من له (قوله تفويض التحكيم إلى غيره) فلو فوض وحكم الثاني بلا رضاها فأجازة القاضي لم يجوز إلا أن يجزاه بعد الحكم ، وقيل ينبغي أن يكون كالوكيل الأول إذا أجاز فعل الوكيل الثاني فتح (قوله وحكمه بالوقف) أى بازومه لا يرفع خلافا أى خلاف الإمام القائل بعدم لزومه ، بل يبقى عنده غير لازم يصح رجوعه عنه (قوله بشرطه) أى من كونه مفرزا عقارا ونحو ذلك مما مر في بابه (قوله ولا يمضيه) عبارة البحر لأنه بمضيه (قوله عد منها في البحر سبعة عشر) أشار إلى أنها تزيد على ذلك وهو كذلك وتقدم كثير منها في الشرح والمتمن ؛ منها أنه لو استقضى العبد ثم عتق فقتل صح على أحد القولين بخلاف المحكم كالمير ، وأنه لا بد من تراخيها عليه وأن التحكيم لا يصح في حد وقود ودية على العاقلة ، وأن لكل منهما عزله قبل الحكم ، وأنه لا يتعدى حكمه في الرد بالعيب إلى بائع البائع ، وأنه لا يبقى بحكمه في فسخ اليمين المضافة ونحوها وأنه لا يصح إخباره بحكمه بخلاف القاضي على ماسياتي في آخر المتفرقات ، وأنه لو خالف حكمه رأى القاضي أبطله ، وأنه ليس له التفويض إلى غيره ، وأن الوقف لا يلزم بحكمه فهذه عشرة مسائل مذكورة في البحر . وبني أنه لا يجوز تعليقه ولا إضافته عند أبي يوسف وأنه لا يتعدى حكمه إلى الغائب لو كان ما يدعى عليه سببا لما يدعى على الحاضر ، وأنه لا يجوز كتابه إلى القاضي كمكانه وأنه لا يحكم بكتاب قاض إلا إذا رضى الخصمان وأنه لا يتعدى حكمه من وارث إلى الباقي والميت وأنه لا يتعدى حكمه على وكيل بعيب المبيع إلى موكله وأنه لا يصح حكمه على وصي صغير بما فيه ضرر على الصغير وأنه لا يتقيد ببلد التحكيم بل له الحكم في البلاد كلها ، وأنه لو اختلف الشاهدان فشهد أحدهما أنه وكل زيدا بالخصومة إلى قاضي الكوفة والآخر إلى قاضي البصرة تقبل لا لو شهد أحدهما بذلك إلى الفقيه فلان والآخر إلى الفقيه فلان آخر ، لأن الحكم متوسط ، وقد يكون أحد المحكمين أحذق من الآخر فلا يرضى الموكل بالآخر بخلاف ما لو كان المطاوب نفس القضاء فإنه لا يخلف كما في شرح أدب القضاء فهذه تسع مذكورة في البحر أيضا وذكر فيه أربع مسائل آخر ذكرها الشارح بعد ، فهذه ثلاث وعشرون مسألة وزاد في البحر أخرى حيث قال : ثم اعلم أنهم قالوا إن القضاء يتعدى إلى الكافة

بخلاف القاضى ومنها لورد الشهادة لثمة فغيره قبولها ، وينبغى أن لا يلى الحبس ولم أره وكذا لم أر حكم قبوله الهدية وينبغى أن لا تجوز إن أهدى إليه وقت التحكيم .

باب كتاب القاضى إلى القاضى وغيره

أراد بغيره قوله والمرأة تقضى الخ (القاضى يكتب إلى القاضى فى) كل حق به يفتى استحسنانا (غير خد وقود) للشبهة

فى أربع الحربة والنسب والنكاح والولاء ولم يصرحوا بحكهما من المحكم . ويجب أن لا يتعدى ، فتسمع دعوى الملك فى المحكوم بعتمه من المحكم بخلاف القاضى اه :

قلت : ويزاد أيضا أنه ينزل بقيامه من المجلس كما قدمناه عن الفتح فهى أربعة وعشرون (قوله بخلاف القاضى) فإن الفتوى على أنه لا ينزل بالردة كما قدمناه فإذا أسلم لا يحتاج إلى تولية جديدة (قوله فغيره قبولها) بخلاف ما لورد قاض شهادة للثمة لا يقبلها قاض آخر ، لأن القضاء بالرد نفذ على الكافة بحر عن المحيط (قوله وينبغى أن لا يلى الحبس ولم أره) كذا فى بعض نسخ البحر ، وفى بعضها قبل قوله ولم أره مانصه وفى صدر الشريعة من باب التحكيم قال : وفائدة إلزام الخصم أن المتبايعين إن حكما حكما فالحكم يجبر المشتري على تسليم الثمن والبائع على تسليم المبيع ومن امتنع بحبسه اه فهذا صريح فى أن الحكم يحبس اه (قوله وكذا الخ) هذا من البحر أيضا حيث قال : وكذا لم أر حكم قبول الهدية وإجابة الدعوة ، وينبغى أن يجوز له لانتهاه التحكيم بالفراغ إلا أن يهدى إليه وقته من أحدهما فينبغى أن لا يجوز اه وذكر الرحتى أن الذى ينبغى الجواز لأن من ارتاب فيه له عزله قبل الحكم بخلاف القاضى اه وفيه نظر والله سبحانه أعلم :

باب كتاب القاضى إلى القاضى وغيره

هذا أيضا من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق فى الوجود إلا بقاضيين ، فهو كالمركب بالنسبة لما قبله فتح وهذا أولى من قول الزبلى إنه ليس من كتاب القضاء لأنه إما نقل شهادة أو نقل حكم : نعم هو من عمل القضاة فكان ذكره فيه أنسب اه وحيث كان من عملهم فكيف ينبغى بحر : وأجاب فى النهر بأن المنى كونه قضاء والمثبت كونه من أحكامه (قوله وغيره) عطف على كتاب ط (قوله إلى القاضى) أى البعيد بمسافة يأتى بياتها وأفاد أن قاضى مصر يكتب إلى مثله وإلى قاضى الرستاق ، بخلاف العكس وفيه خلاف يأتى قال فى الفتح : ولو كتب القاضى إلى الأمير الذى ولاه أصلح الله الأمير ثم قص القصة وهو معه فى المصر فجاء به ثقة يعرفه الأمير فى القياس لا يقبل لأن إيجاب العمل بالبينة ، ولأنه لم يذكر اسمه واسم أبيه : وفى الاستحسنان يقبل لأنه متعارف ولا يلىق بالقاضى أن يأتى فى كل حادثة إلى الأمير ليخبره ، ولو أرسل رسولا ثقة كان كالمُرسل فى جواز العمل به ، فكذا إذا أرسل كتابه ولم يجر الرسم فى مثله من مصر إلى مصر فشرطنا هناك كتاب القاضى إلى القاضى اه أى شرطنا ذلك فيما إذا كان الأمير فى مصر آخر وقد أسقط فى البحر والنهر من عبارة الفتح قوله ولم يجر الرسم فى مثله من مصر إلى مصر فاختلف نظام الكلام فافهم (قوله كل حق) من نكاح وطلاق وقتل موجه مال وأعيان ولو منقولة وهو المروى عن محمد وعليه المتأخرون ، وبه يفتى للضرورة وفى ظاهر الرواية لا يجوز فى المنقول للحاجة إلى الإشارة إليه عند الدعوى والشهادة ، وعن الثانى تجوز فى العبد لغلبة الإباق فيه لا فى الأمة وعنه تجوز فى الكل قال فى الإسيجابى وعليه الفتوى بحر (قوله استحسنانا) والقياس أن لا يجوز لأن كتابته لا تكون أقوى من عبارته وهو لو أخبر القاضى فى محله لم يعمل بأخباره فكتابه أولى وإنما جوزه لآثر على رضى الله تعالى عنه وللحاجة بحر

إن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة وكتب بحكمه (ليحفظ) (و) كتاب الحكم (هو السجل الحكمي)
 أي الحجة التي فيها حكم القاضي هذا في عرفهم وفي عرفنا كتاب كبير تضبط فيه وقائع الناس (وإن لم يكن الخصم
 حاضر لم يحكم) لأنه حكم على الغائب (وكتب الشهادة) إلى قاض يكون الخصم في ولايته (ليحكم) القاضي
 (المكتوب إليه بها على رأيه وإن كان مخالفا لرأي الكاتب) لأنه ابتداء حكم وهو نقل الشهادة حقيقة ويسمى
 (الكتاب الحكمي) وليس بسجل (وقرأ) الكتاب (عليهم) أو أعلمهم بما فيه (وختم عندهم) أي عند شهود الطريق

(قوله فإن شهدوا على خصم حاضر الخ) قال في النهاية المراد بالخصم هو الوكيل عن الغائب أو المسخر الذي جعله
 أي القاضي وكيلا لإثبات الحق، ولو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه لما احتجج إلى قاض آخر، لأن حكم القاضي
 قد تم على الأول .

أقول : لا يخفى ما فيه من التكلف والأحسن أن يقال : إن قوله فإن شهدوا على خصم ليس بمقصود بالذات
 في هذا الباب بل توطئة أقوله : وإن شهدوا بغير خصم لم يحكم فيه ، ونظائره كثيرة كذا في الدرر :
 قلت : وحاصله أنه ليس المراد في هذه المسألة من كتاب القاضي حكمه إلى قاض آخر حتى يراد بالخصم فيها
 الوكيل أو للمسخر بل المراد أن الشهادة عند القاضي تارة تكون على خصم حاضر ، فيحكم بها عليه ، ويكتب
 بحكمه كتابا ليحفظ الواقعة لالبعثه إلى قاض آخر ، لأن الحكم قد تم وتارة تكون على خصم غائب ، وهي الآتية
 فهذه ذكرت توطئة لفلان وإلى هذا أشار الشارح بقوله ليحفظ : أي ليحفظ الواقعة وذكر في النهر عن الزبائعي
 أنه إذا قدر أن الخصم غاب بعد الحكم عليه وجحد الحكم فحينئذ يكتب له ليسم إليه حقه أو لينفذ حكمه اهـ .
 وحاصله أنه قد يحتاج في المسألة الأولى إلى أن يبعث بكتاب حكمه على الخصم الحاضر إلى قاض آخر فيكون
 ذكرها مقصودا في هذا الباب وأفاد القهستاني أن الكتاب يكون إلى القاضي ، ولو كان الخصم حاضرا وذلك
 لامضاء قاض آخر كما إذا ادعى على آخر ألفا وبرهن وحكم به ، ثم اصطلاحا أن يأخذه منه في بلد آخر وخاف أن
 ينكر فكتب به لامضاء قاضي البلد (قوله هو السجل) بكسر السين والجيم وتشديد اللام والضممتان مع التشديد
 والفتح مع سكون الجيم والكسر لغات قهستاني عن الكشاف (قوله التي فيها حكم القاضي) بيان للنسبة في قوله
 الحكمي وشمل ما إذا كان إلى قاض آخر أولا (قوله وكتب الشهادة) أي بعد ما سمعها وعدلت نهر (قوله وإن كان
 مخالفا لرأي الكاتب الخ) أي بخلاف السجل فإنه ليس له أن يخالفه وينقض حكمه لأن السجل محكوم به دون الكتاب
 ولهذا له أن لا يقبل الكتاب دون السجل كما في البحر عن منية المفتي وقوله في النهر ولم أجده فيها مبنى على ما في
 نسخته وإلا فقد وجدته في نسختي وفي الفتح والكتاب الحكمي لا يلزم العمل إذا كان يخالفه لأنه لم يقع حكم في
 محل اجتهاد فله أن لا يقبله ولا يعمل به (قوله ويسمى الكتاب الحكمي) هذا في عرفهم نسبه إلى الحكم باعتبار
 ما يتول فتح (قوله وليس بسجل) لأن السجل محكوم به بخلاف الكتاب الحكمي (قوله وقرأ الكتاب عليهم)
 أي على شهود الطريق ولو فسر الضمير هنا وتركه في قوله وختم عندهم ليعود على معلوم لسكان أولى ط (قوله
 أو أعلمهم بما فيه) أي بأخباره لأنه لا شهادة بلا علم المشهود به ، كما أو شهدوا بأن هذا الصاك مكتوب على فلان
 لا يفيد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين فتح .

قال في البحر : ولا بد لهم من حفظ ما فيه ولهذا قيل ينبغي أن يكون معهم نسخة أخرى مفتوحة ، فيستعينوا
 منها على الحفظ فإنه لا بد من التذكر وقت الشهادة إلى وقت الأداء عندهما (قوله وختم عندهم) أي على الكتاب
 بعد طيه ولا اعتبار للختم في أسفله فلو انكسر خاتم القاضي أو كان الكتاب منشورا لم يقبل ، وإن ختم في أسفله كما
 في الذخيرة ، ونما قال عندهم لأنه لا بد أن يشهدوا عنده أن الختم بحضورهم كما في المفتي ، واشتراط الختم ليس

(وسلم المكتاب إليهم بعد كتابة عنوانه في باطنه) وهو أن يكتب فيه اسمه واسم المكتوب إليه وسنهما (فلو كان) العنوان (على ظاهره لم يقبل) قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا يكون على الظاهر فيعمل به واكتفى الثاني بأن يشهدهم أنه كتابه وعليه الفتوى كما في العزيمة عن الكفاية وفي المتنق وليس الخبر كالعيان (فإذا وصل إلى المكتوب إليه نظر إلى ختمه) أولا (ولا يقبله) أي لا يقرؤه (إلا بحضور الخصم وشهوده) واوكان لدى على ذي لشهادتهم على فعل المسلم (إلا إذا أقر الخصم فلا حاجة إليهم) أي الشهود

بشرط إلا إذا كان الكتاب في المدعى وبه يفتى كما ذكره المصنف قهستاني (قوله وسلم المكتاب إليهم) أي في مجلس يصبح حكمه فيه فلو سلم في غير ذلك المجلس لم يصبح كما في الكرماني قهستاني قال في النهاية : وعمل القضاة اليوم أنهم يسلمون المكتوب إلى المدعى وهو قول أبي يوسف وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة وعلى قول أبي حنيفة يسلم المكتوب إلى الشهود كذا وجدت بخط شيخنا ما ثم قال وأجمعوا في الصك أن الإشهاد لا يصبح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب فاحفظ هذه المسألة فإن الناس اعتادوا خلاف ذلك اه سعيدي لکن يتأني دعوى الإجماع ما سيأتي عن أبي يوسف وقدم المصنف في باب الاستحقاق لا يحكم بسجل الاستحقاق بشهادة أنه كتاب كذا بل لا بد من الشهادة على مضمونه وكذا ما سوى نقل الشهادة والوكالة اه ومثله في الغرر فهذا صريح في أن كتاب نقل الشهادة والوكالة لا يحتاج للشهادة على مضمونه ومقتضاه أنه لا حاجة لقراءته على الشهود أيضا والظاهر أنه مبنى على قول أبي يوسف الآتي تأمل (قوله وشهرتهما) أفاد أن الاسم وحده لا يكفي بلا شهرة بكنية ونحوها قال في الفتح : ولو كان العنوان من فلان إلى فلان أو من أبي فلان إلى أبي فلان لا يقبل ، لأن مجرد الاسم أو الكنية لا يتعرف به إلا أن تكون الكنية مشهورة مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى وكذلك النسبة إلى أبيه فقط كعمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وقيل هذا رواية وفي سائر الروايات لا تقبل الكنية المشهورة لأن الناس يشتركون فيها ويشتهر بها بعضهم فلا يعلم أن المكتوب إليه هو المشهور بها أو غيره بخلاف ما لو كتب إلى قاضي بلدة كذا فإنه في الغالب يكون واحدا فيحصل التعريف بالإضافة إلى محل ولايته اه ملخصا :

قال في النهر : ويكتب فيه اسم المدعى والمدعى عليه وجدهما ، ويذكر الحق والشهود إن شاء وإن شاء اكتفى بذكر شهادتهم ومن الشروط أن يكتب فيه التاريخ فلو لم يكتبه لا يقبل اه أي ليعلم أنه كان قاضيا حال الكتابة كما في الفتح (قوله واكتفى الثاني الخ) الذي في العزيمة عن الكفاية هو عبارة النهاية التي ذكرناها آنفا وعبارة المتنق هكذا وأبو يوسف لم يشترط شيئا من ذلك سوى شهادتهم أنه كتابه لما ابتلى بالقضاء ، واختار السرخسي قوله وليس الخبر كالعيان اه أي أن أبا يوسف باشر القضاء مدة مديدة فاختر ذلك لما عين المشقة في الشروط المارة ، فلذا اختار السرخسي قوله : وظاهره أن الختم ليس بشرط عنده وظاهر الفتح أنه رواية عنه قال : ولا شك هندي في صحته فإن الفرض عدالة حملة الكتاب فلا يضر عدم ختمه مع شهادتهم أنه كتابه نعم إذا كان الكتاب مع المدعى ينبغي اشتراط الختم لاحتمال التغيير إلا أن يشهدوا بما فيه حفظا (قوله أي لا يقرؤه) أشار إلى ما في البحر عن الفتح من أن المراد من عدم قبوله بلا خصم عدم قراءته لا مجرد قبوله لأنه لا يتعلق به حكم اه (قوله إلا بحضور الخصم وشهوده) أي شهود أنه كتاب فلان القاضي وأنه ختمه نهر وزاد بعد هذا في الكنز فإن شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه قال في البحر : يعني إذا ثبتت عدالتهم بأن كان يعرفهم بها أو وجد في الكتاب عدالتهم أو سأل من يعرفهم من الثقات فزكوا وأما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به ولا يلزم الخصم ثم ذكر قول أبي يوسف المار (قوله لشهادتهم على فعل المسلم) وهو أنه كتب الكتاب وختمه وقرأه عليهم وسلمه إليهم (قوله إلا إذا أقر الخصم) أي بأنه كتاب

(بخلاف كتاب الأمان) في دار الحرب (حيث لا يحتاج إلى بيعة) لأنه ليس بمعلوم وفي الأشباه : لا يعمل بالخط إلا في مسألة كتاب الأمان ويلحق به البراءات

فلان القاضي (قوله بخلاف كتاب الأمان) معناه إذ جاء الكتاب من ملكهم بطاب الأمان بحر عن العناية (قوله لأنه ليس بملزوم) لأن له أن لا يعطيهم الأمان بخلاف كتاب القاضي ، فإنه يجب على القاضي المكتوب إليه أن ينظر فيه ويعمل به ولا بد للملزم من الحججة وهي البيعة فتح :
[فرغ] لو مرض شهود الكتاب في الطريق أو الرجوع إلى بلدهم أو السفر إلى بلدة أخرى فأشهدوا قوما على شهادتهم جاز وتمامه في الخاتمة .

مطلب لا يعمل بالخط

(قوله لا يعمل بالخط) عبارة الأشباه لا يعتمد على الخط ، ولا يعمل بمكتوب الوقف الذي عليه خطوط القضاة الماضين الخ : قال البيهقي : المراد من قوله لا يعتمد : أي لا يقضى القاضي بذلك عند المنازعة ، لأن الخط مما يزور ويفتعل كما في مختصر الظيرية وليس منه ما في دواوين القضاة إلى آخر ما قدمناه أول القضاء عند قوله فإذا تقلد طلب ديوان قاض قبله فراجعه (قوله ويلحق به البراءات) عبارة الأشباه ويمكن إلحاق البراءات السلطانية المتعلقة بالوظائف إن كانت العلة أنه يعنى كتاب الأمان لا يزور وإن كانت العلة الاحتياط في الأمان لحقن الدم فلا .

أقول : يجب المصير إلى الأخير سائحاني أي لا مكان التزوير بل قد وقع كما ذكره الحموي وحينئذ فلا يصح الإلحاق ولكن قد علمت أن العلة في كتاب الأمان أنه غير ملازم وقد منا أول القضاء استظهار كون علة العمل بماله رسوم في دواوين القضاة الماضين هي الضرورة وهنا كذلك فإنه يتعذر إقامة البيعة على ما يكتبه السلطان من البراءات لأصحاب الوظائف ونحوهم وكذا منشور القاضي والوالي وعمامة الأوامر السلطانية مع جريان العرف والعادة بقبول ذلك بمجرد كتابته وإمكان تزويرها على السلطان لا يدفع ذلك ، لأنه وإن وقع فهو أمر نادر فلما يقع وهو أندر من إمكان تزوير الشهود وهو أولى بالقبول من دفتر الصراف ونحوه فإنهم عملوا به للعرف كما يأتي .

مطلب في العمل بما في الدفاتر السلطانية

وذكر العلامة البعلبي في شرحه على الأشباه أن للشارح العلامة الشيخ علاء الدين رسالة حاصلها بعد نقله ما في الأشباه : وأن ابن الشحنة وابن وهبان جزما بالعمل بدفاتر الصراف ونحوه لعلة أمن التزوير كما جزم به البزازی والسرخسي وقاضبخان قال إن هذه العلة في الدفاتر السلطانية أولى : كما يعرفه من شاهد أحوال أهلها حين نقلها إذ لا تحرر أولا إلا بإذن السلطان ثم بعد اتفاق الجرم الغفير على نقل ما فيها من غير تساهل بزيادة أو نقصان تعرض على المعين لذلك فيضع خطه عليها ثم تعرض على المتولى لحفظها المسمى بدفتر أمين فيكتب عليها ثم تعاد أصولها إلى أمكتها المحفوظة بالختم فالأمن من التزوير مقطوع به وبذلك كله يعلم جميع أهل الدولة والكتابة فلو وجد في الدفاتر أن المكان الفلاني وقف على المدرسة الفلانية مثلا يعمل به من غير بيعة وبذلك يفتي مشايخ الإسلام كما هو مصرح به في بهجة عبد الله أفندي وغيرها فليحفظ. اهـ .

قلت : ويؤيده العمل بما في دواوين القضاة الماضين وكان مشايخ الإسلام المولدين في الدولة العثمانية أفتوا بما

ودقتر ببيع وصراف وسمسار وجوزه محمد لراو وقاض وشاهد

ذكر إلحاقا للدقتر السلطانية بدواوين القضاة المذكورة لانتحاد العلة فيهما والله سبحانه أعلم لكن قدمنا في الوقف عن الخيرية أنه لا يثبت الوقف بمجرد وجوده في الدقتر السلطاني .

مطلب في دقتر البياع والصراف والسمسار

(قوله ودقتر ببيع وصراف وسمسار) عطف على كتاب الأمان فإن هذا منصوص عليه لا ملحق به فقد قال في الفتح من الشهادات أن خط السمسار والصراف حجة للعرف الجاري به اه قال البيري : هذا الذي في غالب السكتب حتى المجتبى فقال في الإقرار وأما خط البياع والصراف والسمسار فهو حجة وإن لم يكن مصدرا معنونا تعرف ظاهرا بين الناس وكذا مايكتب الناس فيما بينهم يجب أن يكون حجة للعرف اه وفي خزائن الأكل صراف كتب على نفسه بمال معلوم وخطه معلوم بين التجار وأهل البلد ثم مات فجاء غريم يطلب المال من الورثة وعرض خط الميت بحيث عرف الناس خطه يحكم بذلك في تركته إن ثبت أنه خطه وقد جرت العادة بين الناس بمثله حجة اه قال العلامة العيني : والبناء على العادة الظاهرة واجب فعلى هذا إذا قال البياع وجدت في بادكارى بخطى أو كتبت في بادكارى بيدي أن فلان على ألف درهم كان هذا إقرارا ملزما بإياه .

أقول : ويزاد أن العمل في الحقيقة إنما هو لموجب العرف لا بمجرد الخط والله أعلم وبهذا عرف أن قولهم فيما إذا ادعى رجل مالا وأخرج بالمال خطأ وادعى أنه خط المدعى عليه فأنكر كون الخط خطه فاستكتب فكتب وكان بين الخطين مشابهة ظاهرة تدل على أنهما خط كاتب واحد اختلف فيه المشايخ والصحيح أنه لا يقضى بذلك فإنه لو قال هذا خطى وليس على هذا المال كان القول قوله يستثنى منه ما إذا كان الكاتب سمسارا أو صرافا أو نحو ذلك ممن يؤخذ بخطه كذا في قاضيخان اه كلام البيري .

قلت : ويستثنى منه أيضا ما قدمناه أول الباب من كتابة القاضي إلى الأمير الذي ولاه وكذا ما سيذكره الشارح عن شرح الوهبالية والمنتقط ، وهو ما إذا كان على وجه الرسالة مصدرا معنونا اه وهو أن يكتب في صدره من فلان إلى فلان على ما جرت به العادة ، فهذا كالتنطق فلزم حجة كما في الملتقى والزيمى من مسائل شتى آخر الكتاب ، ومثله في الهداية والخاتبة ، وهذا إذا اعترف أن الخط خطه فإنه يلزمه ما فيه وإن أنكر أن يكون في ذمته ذلك المال بخلاف ما إذا لم يكن مصدرا معنونا كما هو صريح الخاتبة وهذا ذكره في الأخرس وذكر في الكفاية آخر الكتاب عن الشافى أن الصحيح مثل الأخرس فإذا كان مستبينا مرسوما وثبت ذلك بإقراره أو ببينة فهو كالخطاب اه ومقتضى كلامهم اختصاص ذلك بكونه على وجه الرسالة إلى الغائب وهو أيضا مفاد كلام الفتح في الشهادات فراجع له لكن في شهادات البحر عن البرازية ما يدل على أنه لا فرق في المعنون بين كونه لغائب أو لحاضر ومثله ما في فتاوى قارىء الهداية إذا كتب على وجه الصكوك يلزمه المال وهو أن يكتب يقول فلان الفلاني إن في ذمتي فلان الفلاني كذا وكذا فهو إقرار يلزم وإن لم يكتب على هذا الرسم فالقول قوله مع يمينه اه .

قلت : والعادة اليوم في تصديرها بالعنوان أنه يقال فيها سبب تحريره هو أنه ترتب في ذمة فلان الفلاني الخ وكذا الوصول الذي يقال فيه وصل إلينا من يد فلان الفلاني كذا ومثله ما يكتبه الرجل في دقتره مثل قوله : علم بيان الذي في ذمتنا فلان الفلاني ، فهذا كله مصدر معنون جرت العادة بتصديره بذلك ، وهو مفاد كلام قارىء الهداية المذكور ، فمقتضاه أن هذا كله إذا اعترف بأنه خطه يلزمه وإن لم يكن مصدرا معنونا لا يلزمه إذا أنكر المال ، وإن اعترف بكونه كعبه بخطه إلا إذا كان بياعا أو صرافا أو سمسارا لمافي الخاتبة وصلك الصراف والسمسار

إن تيقن به قبل وبه يفتي (ولابد من مسافة ثلاثة أيام بين القاضيين كالشهادة على الشهادة) على الظاهر وجوزهما الثاني إن بحيث لا يعود في يومه وعليه الفتوى شربلاية وسراجية (ويبطل) الكتاب (بموت الكاتب وعزله

حجة عرفا ما فشم ما إذا لم يكن مصدرا معنونا وهو صريح ما مر عن المجتبي وما إذا لم يعترف بأنه خطه كما هو صريح ما مر عن الخزانة :

ثم إن قول المجتبي ، وكذا ما يكتب الناس فيما بينهم الخ يفيد عدم الاقتصار على الصراف والسمسار والبيع ، بل مثله كل ما جرت العادة به فيدخل فيه ما يكتبه الأمراء والأكابر ونحوهم ممن يتعذر الإشهاد عليهم ، فإذا كتب وصولا أو ضكبا بدين عليه ، وختمه بخاتمه المعروف ، فإنه في العادة يكون حجة عليه بحيث لا يمكنه إنكاره ، ولو أنكره يعد بين الناس مكابرا فإذا اعترف بكونه خطه وختمه ، وكان مصدرا معنونا فينبغي القول بأنه يلزمه ، وإن لم يعترف به ، أو وجد بعد موته فمقتضى ما في المجتبي أنه يلزمه أيضا عملا بالعرف كدفتر الصراف ونحوه ومثله ما إذا وجد في صندوقه مثلا صرة دراهم مكتوب عليها هذه أمانة فلان الفلاني فإن العادة تشهد بأنه لا يكتب بخطه ذلك على دراهمه :

ثم اعلم أن هذا كله فيما يكتبه على نفسه كما قيده بعض المتأخرين ، وهو ظاهر بخلاف ما يكتبه لنفسه ، فإنه لو ادعاه بلسانه صريحا لا يؤخذ خصمه به فكيف إذا كتبه ولذا قيده في الخزانة بقوله كتب على نفسه كما مر وذكر في شرح الوهبانية أئمة بلخ قالوا يادكار البياع حجة لازمة عليه ، فإن قال البياع وجدت بخطي أن على فلان كذا لزم قال السرخسي ، وكذا خط السمسار والصراف اه فقوله إن على فلان الخ صريح في ذلك وأما قول ابن وهبان في تعليل المسألة لأنه لا يكتب إلا ماله وعليه ، فمراده أن البياع ونحوه لا يكتب في دفتره شيئا على سبيل التجربة للخط أو اللغو واللعب بل لا يكتب إلا ماله أو عليه ولا يلزم من هذا أن يعمل بكتابه في الذي كما لا يخفى ، خلافا لمن فهم منه ذلك ويجب تقييده أيضا بما إذا كان دفتره محفوظا عنده ، فلو كانت كتابته فيما عليه في دفتر خصمه فالظاهر أنه لا يعمل به خلافا لما بحثه ط لأن الخط مما يزور وكذا لو كان له كاتب والدفتر عند الكاتب ، لاحتمال كون الكاتب كتب ذلك عليه بلا علمه ، فلا يكون حجة عليه إذا أنكره أو ظهر ذلك بعد موته وأنكرته الورثة خلافا لمن حكم في عصرنا بذلك لذي ادعى على ورثة تاجر له كاتب ذمى ودفتر التاجر عند كاتبه الذي فقد كنت أفيت بأنه حكم باطل وكون المدعى والكاتب ذميين يقوى شبهة التزوير وإن الكتابة حصلت بعد موت التاجر وتتمام الكلام في كتابتنا تنقيح الحامدية (قوله إن تيقن به) أي بأنه خط من يروي عنه في الأول ، وبأنه خط نفسه في الأخير اه ح (قوله قيل وبه يفتي) قال في خزانة الأكل : أجاز أبو يوسف ومحمد العمل بالخط في الشاهد والقاضي والراوى إذا رأى خطه ولم يذكر الحادثة قال في العيون : والفتوى على قولها إذا تيقن أنه خطه سواء كان في القضاء أو الرواية أو الشهادة على الصك ، وإن لم يكن الصك في يد الشاهد ، لأن الغلط نادر وأثر التغيير يمكن الاطلاع عليه ، وقلا يشبه الخط من كل وجه فإذا تيقن جاز الاعتماد عليه توسعة على الناس اه حموى لئكن سيدكر الشارح في الشهادات قبيل باب القبول مانصه ، وجوزاه لو في حوزة وبه نأخذ بحر عن المبتغى اه وهذا ما اختاره المحقق ابن الهمام هناك وسيأتي تمامه إن شاء الله تعالى (قوله ولا بد من مسافة الخ) فلو أقل لا يقبل وفي نوادر هشام : إذا كان في مصر واحد قاضيان جاز كتابة أحدهما إلى الآخر في الأحكام جوهرية عن الينابيع وكذا كتابة القاضي إلى الأمير الذي ولاه وهو معه في المصر كما مر أول الباب (قوله على الظاهر الخ) قال في المنح هذا هو ظاهر الرواية ، وجوزها محمد وإن كانا في مصر واحد وعن أبي يوسف إن كان في مكان أو عدا لأداء الشهادة يستطيع أن يبيت في أهله صح الإشهاد والكتابة وفي السراجية وعليه الفتوى اه (قوله ويبطل الكتاب الخ)

قبل وصول الكتاب إلى الثاني أو بعد وصوله قبل القراءة) وأجازته الثاني (وأما بعدهما فلا) يبطل (و) يبطل (بجنون الكاتب وورده وحده لقتل وعماه وفسقه بعد عدالته) لخروجه عن الأهلية وأجازته الثاني (و) كذا (بموت المكتوب إليه) وخروجه عن الأهلية (إلا إذا عمم بعد تخصيصه) اسم المكتوب إليه (بخلاف ما لو عمم ابتداء) وجوزته الثاني (و) عليه العمل خلاصة (لا) يبطل (بموت الخصم) أيا كان لقيام وارثه أو وصيه مقامه . قلت: وكذا لا يبطل بموت شاهد الأصل كما سيأتي متنافي بابه خلافا لما وقع في الخانية هنا فهو مخالف لما ذكره بنفسه ثمة فتنبه .

(و) اعلم أن (الكتابة بعلمه كالقضاء بعلمه) في الأصح بحر فمن جوزها جوزها

هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به ، وهو أن يكون القاضي الكاتب على قضائه نهر : أي لأنه بمنزلة الشهادة فبموت الأصل قبل أداء الفروع الشهادة تبطل شهادة الفروع فكذا هذا ط عن العيني (قوله قبل وصول الكتاب الخ) لو اقتصر على قوله قبل القراءة لأغناه ، ولذا قال في الفتح العبارة الجيدة أن يقال : لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله ، لأن وصوله قبل ثبوته عند المكتوب إليه وقراءته لا يوجب شيئا اه (قوله فلا يبطل) أي في ظاهر الرواية بحر (قوله ويبطل بجنون الكاتب الخ) في الخانية وإن عزل القاضي الكاتب أو مات بعد ما وصل الكتاب إلى الآخر ، فإنه يعمل به لأن الموت والعزل ليس بمخرج بخلاف ما إذا فسخ الكاتب أو عمي أو مار بحال لا يجوز حكمه وشهادته ، فإن الآخر لا يقبل كتابه لأن كتاب القاضي بمنزلة الشهادة ، فما يمنع القضاء بشهادته يمنع القضاء بكتابه اه وظاهره أنه يبطل بذلك ولو بعد وصوله مع أن الزيلعي صرح بأن ذلك كعزله ثم رأيت في البحر ذكر أن بين كلاميهما مخالفة ، ولم يجب عنها تأمل ورأيت في البرازية مثل ما في الخانية وفي الدرر مثل ما هنا فالظاهر أن في المسألة قولين (قوله وعماه) الأنسب وعماه بدون هزل لأن العمى مقصور (قوله وفسقه) عبر عنه في النهر بقيل وقال إنه بناء على عزله بالفسق ومثله في الفتح (قوله وكذا بموت المكتوب إليه) لأن الكاتب لما خصه فقد اعتمد عدالته وأمانته والقضاء متفاوتون في ذلك فصح التعيين نهر (قوله إلا إذا عمم الخ) بأن قال إلى فلان قاضي بلد كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين ، لأن غيره صار تبعاً له فتح (قوله بخلاف ما لو عمم ابتداء) بأن قال إلى كل من يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم (قوله وجوزته الثاني) وكذا الشافعي وأحمد فتح (قوله وعليه العمل) قال الزيلعي : واستحسنه كثير من المشايخ في الفتح ، وهو الأوجه لأن إعلام المكتوب إليه وإن كان شرطاً بالعموم يعلم كما يعلم بالخصوص ، وليس العموم من قبيل الإجمال والتجهيل فصار قصدية وتبعيته سواء نهر (قوله أيا كان) أي مدعياً أو مدعى عليه (قوله في بابه) أي في باب الشهادة على الشهادة ح (قوله خلافاً لما وقع في الخانية هنا) أي في هذا الباب حيث قال : لو مات القاضي الكاتب أو عزل قبل وصول الكتاب بطل كتابه كشاهد الأصل إذا مات قبل أن يشهد الفرع على شهادة الأصل اه (قوله ثمة) أي هناك أي في باب الشهادة على الشهادة حيث قال : الشهادة على الشهادة لا تجوز إلا أن يكون المشهود على شهادته مريضاً في المصر أو يكون ميتاً الخ وهذا هو الموافق للمتون .

مطلب في قضاء القاضي بعلمه

(قوله فمن جوزها جوزها) وشرط جوازها عند الإمام أن يعلم في حال قضائه في المصر الذي هو قاضيه بحق غير حد خالص لله تعالى من قرض أو بيع أو غصب ، أو تظليق أو قتل عمداً أو حد قذف ، فأو علم قبل القضاء في حقوق العباد : ثم ولي فرغت إليه تلك الحادثة أو علمها في حال قضائه في غير مصره ثم دخله فرغت لا يقضي

ومن لا فلا إلا أن المعتمد عدم حكمه بعلمه في زماننا أشباه وفيها الإمام يقضى بعلمه في حد قذف وقود وتعزير : قلت : فهل الإمام قيد كما قدمناه في الحدود لم أره لكن في شرح الوهبة للشرنبلالي والمختار الآن عدم حكمه بعلمه مطلقا كما لا يقضى بعلمه في الحدود الخالصة لله تعالى كزنا وخرم مطلقا غير أن يعزر من به أثر السكر للتهمة وعن الإمام إن علم القاضى في طلاق وعتاق وغصب يثبت الحيولة على وجه الحسبة لا التبرء (ولا يقبل) كتاب القاضى (من محكم بل من قاض مولى من قبل الإمام يملك) إقامة (الجمعة)

عنده ، وقال : يقضى وكذا الخلاف لو علم بها وهو قاض في مصره ، ثم عزل ثم أعيد وأما في حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقا فتح ملخصا : وبه علم أنه في الحدود الخالصة لله تعالى لا ينفذ كما صرح به في شرح أدب القضاء معللا ، بأن كل واحد من المسلمين يساوى القاضى فيه وغير القاضى إذا علم لا يمكنه إقامة الحد فكذا هو ثم قال إلا في السكران أو من به أمارة السكر ينبغي له أن يعزره للتهمة ولا يكون حدا اه (قوله ومن لا فلا) قال في الفتح إلا أن التفاوت هنا هو أن القاضى يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالإجماع (قوله إلا أن المعتمد) أى عند المتأخرين لفساد قضاة الزمان ، وعبارة الأشباه الفتوى اليوم على عدم العمل بعلم القاضى في زماننا كما في جامع الفصولين (قوله وفيها) أى في الأشباه نقلا عن السراجية ، لسكن في منية المفتى المملخصة من السراجية التعبير بالقاضى لا بالإمام حيث قال القاضى يقضى بعلمه بحد القذف والقصاص والتعزير ، ثم قال قضى بعلمه في الحدود الخالصة لله تعالى لا يجوز اه أفاده بعض المحشين ، وهذا موافق لما مر عن الفتح من الفرق بين الحد الخالص لله تعالى وبين غيره ففي الأول لا يقضى اتفاقا بخلاف غيره فيجوز القضاء فيه بعلمه وهذا على قول المتقدمين ، وهو خلاف المفتى به كما علمت :

[تنبيه] ذكر في النهر في الكفالة بحثا أنه يجب أن يحمل الخلاف بين المتقدمين والمتأخرين على ما كان من حقوق العباد ، أما حقوق الله المحضة فيقضى فيها بعلمه اتفاقا ثم استدلل لذلك بأن له التعزير بعلمه : قلت : ولا ينبغي أنه خطأ صريح مخالف لصريح كلامهم كما علمت : وأما التعزير فليس بحد كما أسبقناك من عبارة شرح أدب القضاء وأيضا فهو ليس بقضاء (قوله فهل الإمام قيد) أقول على فرض ثبوته في عبارة السراجية ليس بقيد لما علمت من عبارة الفتح المصرحة بجواز قضاء القاضى بعلمه في قتل عمد أو حد قذف لكونه من حقوق العباد (قوله لكن الخ) استدراك على ما نقله ثانيا عن الأشباه بأنه مبني على خلاف المختار ، أو على قوله فهل الإمام قيد فإن قول الشرنبلالي لا يقضى بعلمه في الحدود الخالصة لله تعالى يعنى اتفاقا يفهم منه أنه يقضى بعلمه في غيرها كحد قذف وقود وتعزير على قول المتقدمين ، وهو خلاف المختار فيكون ذكر الإمام غير قيد فافهم (قوله مطلقا) أى سواء كان علمه بعد توليقه أو قبلها خ أو سواء كان حدا غير خالص لله تعالى ، أو قودا أو غيرهما من حقوق العباد (قوله وخرم مطلقا) أى سواء سكر منه أولا (قوله للتهمة) أى إذا علم القاضى بأنه سكران له تعزيره لأن القاضى له تعزير المتهم وإن لم يثبت عليه كما مر تحريره في الكفالة (قوله يثبت الحيولة) أى بأن يأمر بأن يحال بين المطلق وزوجته والمعتق وأمه أو عبده والغاصب وما غصبه بأن يجعله تحت يد أمين إلى أن يثبت ما علمه القاضى بوجه شرعى (قوله على وجه الحسبة) أى الاحتساب وطلب الثواب لثلايطأها الزوج أو السيد أو الغاصب (قوله لا القضاء) أى لا على طريق الحكم بالطلاق أو العتاق أو الغصب (قوله ولا يقبل كتاب القاضى) الأولى حذف القاضى ، لأن المحكم ليس قاضيا إلا أن يراد به ما يشمل المولى من السلطان وغيره (قوله بل من قاض مولى الخ) أفاد أن هذا شرط في الكاتب فقط قال في المنح : فلا تقبل من قاضى رستاق إلى قاضى مصر ، وإنما تقبل من قاضى مصر إلى قاضى مصر آخر أو إلى قاضى رستاق (قوله يملك إقامة الجمعة) الظاهر أن هذا غير قيد ، ولا سيما

وقبل يقبل من قاضي رستاق إلى قاضي مصر أو رستاق واعتمده المصنف والكامل (كتب كتابا إلى من يصل إليه من قضاة المسلمين فوصل إلى قاضٍ ولا بعد كتابة هذا المكتوب لا يقبل) لعدم ولايته وقت الخطاب جواهر الفتاوى وفيها لوجعل الخطاب للمكتوب إليه ليس لنائبه أن يقبله (والمرأة تقضى في غير حد وقود وإن أم المولى لها) الخبر البخاري «لن يفلح قوم ولا أمرهم امرأة» (وتصالح ناظرة) لو توف (ووصية) ليقيم (وشاهدة) فتصح فتصح تقريرها في النظر، شهادة في الأوقاف ولو بلا شرط واقف بحر قال: وقد أفيتت فيمن شرط الشهادة في وقفه لفلان ثم له فمات وترك بذنا أنها تستحق وظيفة الشهادة وفي الأشباه من أحكام الأنثى

و زماننا لأن السلطان لا يأذن للقاضي بها، والظاهر أن مراده الإشارة إلى أن المراد قاضي مصر التي تقام فيها الجمعة تأمل وفي المنح عن السراجية، وإنما تقبل كتب قضاة الأمصار التي تقام فيها الحدود وينفذ فيها حكم الأحكام إلا فيما لا خطر له شرعا لأن الولاية لا تثبت إلا في محل قابل للولاية لمن هو أهل له (قوله وقيل يقبل الخ) الظاهر أن الخلاف مبني على الخلاف في أن المصر هل هو شرط لتنفيذ القضاء أم لا، فحكوا عن ظاهر الرواية أنه شرط وعن رواية النوادر أنه ليس بشرط وبه يفتي كما في البرازية فعلى هذا يفتي بقبوله من قاضي رستاق إلى قاضي مصر أو رستاق منح ومثله في شرح المقدسي، ورأيت بخط بعض الفضلاء أن ما ذكر من ابتداء الخلاف على الخلاف الآخر مصرح به في البرازية (قوله واعتمده المصنف والكامل) قد علمت كلام المصنف، وأما الكامل فقد قال: والذي ينبغي أنه بعد عدالة شهود الأصل والكتاب لا فرق أي بين كونه من قاضي مصر أو غيره (قوله إلى من يصل إليه الخ) أي بناء على قول الثاني يجوز التعميم ابتداء كما مر (قوله لعدم ولايته وقت الخطاب) أي لأنه خطاب والخطاب إنما يصح إذا كان له ولاية وقته منح (قوله ليس لنائبه أن يقبله) لأنه قد كتب إلى غيره ولو جعل الخطاب إلى النائب وسماه باسمه ليس للمنيب أن يقبله، لأنه لا يقبل الكتاب إلا المكتوب إليه (قوله في غير حد وقود) لأنها لا تصاح شهادة فيهما فلا تصلح حاكمة.

مطلب في جعل المرأة شاهدة في الوتف

(قوله ولو بلا شرط واقف) أما إذا شرط الواقف فلا شك فيها لأنها أهل للشهادة وأما بدون شرطه الناص عليها كما في صورة الحادثة التي ذكرها ففيه نزاع فقد رده في النهر بأن قوله ثم أولده لا يشمل الأنثى، لأن عرف الواقفين مراعى، ولم يتفق تقرير أنثى شاهدة في وقف في زمن ما فيها علمنا فوجب صرف ألفاظه إلى ما نعرفوه وهو الشاهد الكامل إلى آخر كلامه، ونقل الحموي مثله عن المقدسي، ثم نقل عن بعضهم أن هذا لا يمنع كونها أهلا للشهادة وقول الأصحاب يجوز شهادتها وقضاؤها في غير حد وقود صريح في صحة تقريرها في الأوقاف اهـ : قلت: لا ينبغي ما فيه فإن الكلام ليس في أهليتها بل في دخولها في كلام الواقف المبني على المتعارف:

مطلب لا يصح تقرير المرأة في وظيفة الإمامة

[تنبيه] وأما تقريرها في نحو وظيفة الإمام، فلا شك في عدم صحته لعدم أهليتها خلافا لما زعمه بعض الجهلة إنه يصح وتسنيب، لأن صحة التقرير يعتمد وجود الأهلية، وجواز الاستنابة فرع صحة التقرير اهـ، أبو السعود.

مطلب لا يصح تولية السلطان مدرسا ليس بأهل

وفي الأشباه: إذا ولي السلطان مدرسا ليس بأهل لم تصح توليته لأن فعله مقيد بالمصلحة ولا مصلحة في تولية

اختار في المسيرة جواز كونها لبية لارسولة لبناء حالن على الستر (ولو قضت في حد وقود فرفع إلى قاض آخر) يرى جوازه (فأمضاه ليس لغيره إبطاله) بخلاف شريح عيني والحنثي كالأنثى بحر :
واعلم أنه إذا وقع للقاضي حادثة أو لولده فأناج غيره و (قضى نائب القاضي له أو لولده جاز) قضاؤه (كما لو قضى للإمام الذي قلده القضاء أو لولد الإمام) سراجية وفي البزازية كل من تقبل شهادته له وعليه يصح قضاؤه له وعليه اه خلافا للجواهر والمثقت فليحفظ (ويقضى النائب بما شهدوا به عند الأصل وعكسه) وهو قضاء الأصل بما شهدوا به عند النائب فيجوز للقاضي أن يقضى بتلك الشهادة باخبار النائب وعكسه خلاصة :

غير الأهل ، وإذا عزل الأهل لم ينزل وفي [معيد النعم ، ومبيد النقم] المدرس إذا لم يكن صالحا للتدريس لم يحل له تناول للمعلوم اه والذي يظهر في تعريف أهلية التدريس أنها بمعرفة منطوق الكلام ، ومفهومه وبمعرفة المفاهيم ، وأن يكون له سابقة اشتغال على المشايخ ، بحيث صار يعرف الاصطلاحات ، ويقدر على أخذ المسائل من الكتب وأن يكون له قدرة على أن يسأل ويجيب إذا سئل ويتوقف ذلك على سابقة اشتغال في النحو والصرف بحيث صار يعرف الفاعل من المفعول وغير ذلك ، وإذا قرأ لا يلحن وإذا قرأ لاحن بحضرتة رد عليه اه ، مختصرا ط :

مطلب في توجيه الوظائف لابن ولو صغيرا

قلت : ومقتضاه أنه إذا مات الإمام أو المدرس لا يصبح توجيهه وظيفته على ابنه الصغير وقدمنا في الجهاد في آخر فصل الجزية عن العلامة البيهقي بعد كلام نقله إلى أن قال أقول هذا مؤيد لما هو عرف الحرمين الشريفين ومصر والروم من غير كبير من إبقاء أبناء الميت ولو كانوا صغارا على وظائف آبائهم من إمامة وخطابة وغير ذلك عرفا مرضيا لأن فيه إحياء خلف العلماء ومساعدتهم على بذل الجهد في الاشتغال بالعلم وقد أفتى بجواز ذلك طائفة من أكابر الفضلاء الذين يعول على إفتائهم اه وقيدنا ذلك هناك بما إذا اشتغل الابن بالعلم أما لو تركه وكبر وهو جاهل ، فإنه يعزل وتعطى الوظيفة للأهل لفوات العلة ، وقدمنا في الوقف أنه لا يصبح جعل الصبي الصغير ناظرا على وقف فراجع ما حررناه في الموضوعين (قوله اختار) أي السكمال في المسيرة هي رسالة في علم الكلام ساير بها عقيدة الغزالي ط (قوله لبناء حالن على الستر) أي والرسول يحتاج إلى مخالطة الذكور بالتعليم وإقامة الحجج عليهم وغير ذلك مما لا يكون إلا من الذكور والجواز لا يقتضي الوقوع قال في بدء الأمالي وما كانت نبيا قط أنثى ط (قوله يرى جوازه) قيد به لأن نفس القضاء إذا كان مختلفا فيه لا ينفذ مالم ينفذه قاض آخر يرى جوازه ، فحينئذ إذا رفع إلى من لا يراه نفذه بخلاف ما إذا كان الخلاف في طريق القضاء لا في نفسه ، فإنه ينفذ على المخالف بدون تنفيذ آخر كما حررناه سابقا ولذا قال العيني : ولو قضت بالحدود والقصاص وأمضاه قاض آخر يرى جوازه جاز بالإجماع ، لأن نفس القضاء مجتهد فيه فإن شريحا كان يجوز شهادة النساء مع رجل في الحدود والقصاص وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير : ولو قضى القاضي في الحدود بشهادة رجل وامرأتين نفذ قضاؤه وليس لغيره إبطاله لأنه قضى في فصل مجتهد فيه وليس نفس القضاء هنا مختلفا فيه اه أي بخلاف قضاء المرأة في الحدود فإن المجتهد فيه نفس القضاء (قوله والحنثي كالأنثى) أي فيصح قضاؤه في غير حد وقود بالأولى وينبغي أن لا يصح في الحدود والقصاص لشبهة الأنوثة بحر (قوله أو لولده) أي ونحوه من كل من تقبل شهادته له كما يعلم مما يأتي (قوله فأناج غيره) أي وكان من أهل الإنابة بحر عن السراجية أي بأن كان مأذونا له بالإنابة (قوله كما لو قضى) أي القاضي (قوله خلافا للجواهر) حيث قال فيها (٥٦ - حاشية ابن مابدين - ٥)

[فروع] لا يقضى القاضى لمن لا تقبل شهادته له إلا إذا ورد عليه كتاب قاض لمن لا تقبل شهادته له فيجوز قضاؤه به أشباه وفيها لا يقضى لنفسه ولا أولاده إلا في الوصية وحرر الشرنبلالى في شرحه للوهبانية صحة قضاء القاضى لأم امرأته ولا امرأة أبيه ولو في حياة امرأته وأبيه وأنه يقضى فيها هو تحت نظره من الأوقاف وزاد بيتين فقال :

ويقضى لأم العرس حال حياتها وعرس أبيه وهو حي محرر
وبعد وفاة إن خلعت نصيبه بميراث مقضى به فتبصروا
ويقضى بوقف مستحق لريعه لوصف القضا والعلم أو كان ينظر

القاضى إذا كانت له خصومة على إنسان فاستخلف خليفة فقضى له على خصمه لا ينفذ ، لأن قضاء نائبه كقضائه بنفسه وذلك غير جائز لما ذكر محمد أن من وكل رجلا بشيء ثم صار الوكيل قاضيا فقضى لموكله في تلك الحادثة لم يجز ، لأنه قضى لمن ولاه ذلك ، فكذلك نائب هذا القاضى قال والوجه لمن ابتلى بمثل هذا أن يطلب من السلطان الذى ولاه أن يولى قاضيا آخر حتى يختصما إليه ، فيقضى أو يتحاكما إلى حاكم محكم ويتراضيا بقضائه فيقضى بينهما فيجوز اه .

قلت : ولعل هذا محمول على ما إذا لم يكن القاضى مأذونا له بالإجابة كما يدل عليه قوله والوجه الخ وإلا فلو كان مأذونا كان نائبه نائبا عن السلطان كما مر في فصل الحبس ، فلا يحتاج إلى أن يطلب من السلطان تولية قاض آخر فلذا مشى المصنف هنا على الجواز وإن تردد فيه في شرحه قبيل قوله ويرد هدية (قوله لا يقضى القاضى الخ) في الهندية لا يجوز للقاضى أن يقضى لوكيله ولا لوكيل وكيله ولا لوكيل أبيه وإن علا أو ابنه وإن سفل ، ولا لعيده ولا لمكاتبه ولا لعيده من لا تقبل شهادتهم له ولا لمكاتبهم ، ولا لشريكه مفاوضة أو عنانا في مال هذه الشركة كذا في المحيط ، وكل من لا يجوز شهادته كالوالدين والمولودين والزوج والزوجة كذا في شرح الطحاوى اه ملخصا . وفي معين الحكام مما يجرى مجرى القضاء الإفتاء فينبغى للمفتى المهروب من هذا متى قدر اه أى وكان هناك . فتغيره حموى ط : قلت : والعلة في ذلك التهمة (قوله إلا في الوصية) صورتها مافى الأشباه لو كان القاضى غريم ميت ، فأثبت أن فلانا وصيه صح وبرى بالدفع إليه بخلاف ما إذا دفع له قبل القضاء امتنع القضاء وبخلاف الوكالة عن غائب فإنه لا يجوز القضاء بها إذا كان القاضى مديون الغائب سواء كان قبل الدفع أو بعده (قوله ولو في حياة امرأته وأبيه) لكن بعد موتها يقضى فيها لم يرث منه كما باتى (قوله وزاد بيتين) أى زاد على نظم الوهبانية بيتين وهما الأولان أما الثالث فهو من زيادات شارحها ابن الشحنة نقله عنه الشرنبلالى في شرحه (قوله لأم العرس) بكسر العين أى لأم زوجته (قوله محرر) خبر لمبتدأ محذوف أى هذا الحكم محرر ط (قوله بميراث) بدون تنوين للضرورة ولو قال من الإرث لكان أولى (قوله مقضى) بالرفع فاعل خلا قال الشرنبلالى في شرحه فأم زوجته يصح لها القضاء بالمال وغيره حال حياة زوجته ، وبعد موت الزوجة يصح فيها لم يكن ميراثا له عن زوجته ، ولا يصح في الموروث لاستحقاق القاضى حصة منه بالميراث من زوجته وقضاؤه لزوجة أبيه كذلك في حال حياة الأب يصح مطلقا وبعد موته ينحص بالميراث منه القاضى كما إذا ادعت استحقاقا في وقف يخصها اه . ولا يخفى أن هذا أيضا مخصوص بما إذا كانت أم زوجته المقضى لها حية وإلا كان قضاء زوجته فيها ترث منه (قوله ويقضى الخ) فاعله قوله مستحق قال الشرنبلالى صورتها : وقف على علماء كذا وسلم للمتولى فادعى فساد الوقت بسبب الشيوع عند قاض ومن أولئك العلماء نفذ قضاؤه ، وكذا يقضى فيها هو تحت نظره من الأوقاف قال ابن الشحنة وقولى لوصف القضاء والعلم ليخرج مالمو كان استحقاقه لذاته لا لوصف وهذه المسألة نظير مسألة الشهادة على وقف لمدرسة هو مستحق وسعاني في كتاب الشهادات والله سبحانه أعلم .

هذه مسائل شتى

أى متفرقة وجاء واشتى أى متفرقين (يمنع صاحب سفلى عليه علو) أى طبقة (لآخر من أن يتد) أى يدق الوتد (فى سفله) وهو البيت التحتانى (أو ينقب كوة) بفتح أو ضم الطاقة وكذا بالعكس دعوى المجمع (بلا رضا الآخر) وهذا عنده وهو القياس بحر وقال لكل فعل مالا يضر ولو أنهدم السفلى بلا صنع ربه لم يجبر على البناء لعدم التعدى ولذى العلو أن يبني ثم يرجع بما أنفق إن بنى بإذنه أو إذن قاض وإلا فبقيمة البناء يوم بنى وتماه فى العيني

هذه مسائل شتى

قدر الشارح لفظ هذه إشارة إلى أن مسائل خبر مبتدأ محذوف وشى صفة لمسائل (قوله أى مفرقة) ومنه قوله تعالى - إن سعيكم لشتى - أى لمختلف فى الجزاء وتماه فى البحر (قوله سفلى) بكسر السين وضمها ضد العلو بضم العين وكسرها مع سكون اللام فهما ط عن الحموى (قوله من أن يتد) أصله يوتد حذف الواو لوقوعها بين الياء والكسرة من باب ضرب والوتد كمانى البحر عن البناية كالحازوق القطعة من الخشب أو الحديد يدق فى الحائط ليعلق عليه شىء أو يربط به : وفى البحر أيضا : وأشار المصنف إلى منعه من فتح الباب ووضع الجذوع وهدم سفله وقيد بالتصرف فى الجدار احترازا عن تصرفه فى ساحة السفلى فذكر قاضيخان لو حفر صاحب السفلى فى ساحته بزا وما أشبهه ذلك عنده، وإن تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلوم بعملة الضرر اه (قوله بفتح أو ضم) أى مع تشديد الواو ويجمع الأول على كوات كحبة وحببات والثانى على كواء بالمد والقصر كمدية ومدى ط والسكوة ثقب البيت وتستعار لمفاتيح الماء إلى المزارع والجداول بحر عن المغرب، والمراد بها ما يفتح فى حائط البيت لأجل الضوء أو ما تحرق فيه بلا نفاذ لأجل وضع مناع ونحوه (قوله الطاقة) تفسر للسكوة لبكن فى القاموس الطاق ما عطف من الأبنية ولم أر من ذكره فى اللغة بالتاء تأمل (قوله وكذا بالعكس الخ) أى كما يمنع ذو السفلى يمنع ذو العلو وعبارة المجمع وكل من صاحب علو وسفلى ممنوع من التصرف فيه إلا بإذن الآخر وأجازته إن لم يضر به وفى العيني، وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على العلو شيئا أو بيتا أو يضع عليه جذوعا أو يحدث كنيفا اه، وكذا جعله فى الهداية على الخلاف لكن فى البحر عن قسمة الولوالجية اختلف المشايخ على قوله فقبل له أن يبني ما بداله مالم يضر بالسفلى وقيل وإن أضر والمختار للفتوى أنه إذا أشكل أنه يضر أم لا يملك وإذا علم أنه لا يضر يملك (قوله وقال الخ) قال فى الفتح قبل ما حكى عنهما تفسير لقول الإمام لأنه إنما يمنع ما فيه ضرر ظاهر لا مالا يضر فيه فلا خلاف بينهم وقيل بينهما خلاف وهو ما فيه شك فما لاشك فى عدم ضرره كوضع مسار صغير أو وسط يجوز اتفاقا وما فيه ضرر ظاهر كفتح الباب يلغى أن يمنع اتفاقا وما يشك فى التضرر به كدق الوتد فى الجدار أو السقف فعندهما لا يمنع وعنده يمنع اه وفى قسمة المنية أن المختار أن الخلاف فيما إذا أشكل فعنده يمنع وعندهما لا اه وكذا يأتى فى كلام الشارح قريبا أنه المختار للفتوى :

مطلب فيما لو أنهدم المشترك وأراد أحدهما البناء وأبى الآخر

(قوله ولو أنهدم السفلى الخ) أى بنفسه وأما لو هدمه فقد قال فى الفتح : وعلمت أنه ليس لصاحب السفلى هدمه فلو هدمه يجبر على بنائه ، لأنه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو (قوله وتماه فى العيني) حيث قال بخلاف الدار المشتركة إذا أنهدمت فبناها أحدهما بغير إذن صاحبه حيث لا يرجع ، لأنه متبرع إذ هو ليس بمضطر لأنه يمكنه أن يقسم عرصتها ، ويبني فى نصيبه وصاحب العلو ليس كذلك ، حتى لو كانت الدار صغيرة بحيث لا يمكن الانقاع بنصيبه بعد القسمة كان له أن يرجع ، وعلى هذا إذا أنهدم بعض الدار أو بعض الحمام فأصلحه أحد الشريكين له أن يرجع لأنه مضطر إذ لا يمكنه قسمة بعضه ، ولو أنهدم كله فعلى التفصيل

الذي ذكرناه اه أى إن أمكنه قسمة العرصه لبني في نصيبه لا يكون مضطرا وإلا كان مضطرا :
والحاصل أنه إذا انهدم كل الدار والحمام فإن كان يمكنه قسمة العرصه تبني في نصيبه لا يكون مضطرا فلو عمر بدون
إذن شريكه يكون متبرعا والظاهر أن المراد ما إذا أمكنه إعادة العرصه دارا أو حماما كما كانت لامطلق البناء وإن كان
لا يمكن قسمة العرصه فهو مضطر وإن انهدم بعض الحمام أو بعض الدار فهو مضطر أيضا، والظاهر أن المراد ما إذا كانت
الدار صغيرة أما إذا كانت كبيرة يمكن قسمتها، فإنه يقسمها فإن خرج المنهدم في نصيبه بناه أو في نصيب شريكه
يفعل به شريكه ما أراد :

[تنبيه] قال في البحر: وذكر الحلواني ضابطا فقال كل من أجبر أن يفعل مع شريكه، فإذا فعل أحدهما بغير
أمر الآخر لم يرجع لأنه متطوع إذ كان يمكنه أن يجبر مثل كرى الأنهار وإصلاح السفينة المعيبة وفداء العبد الجاني
وإن لم يجبر لا يكون متطوعا كسألة انهدام العلو والسفل اه ومن ذلك لو أنفق على الدابة بلا إذن شريكه لم يرجع
لتمكنه من رفعه إلى القاضي ليجبر بخلاف الزرع المشترك، فإنه يرجع لأنه لا يجبر شريكه كما في المحيط فكان مضطرا اه
وتمام ذلك فيه وذكر قبله أن صاحب العلو إن بنى السفل بأمر القاضي رجح بما أنفق وإلا فبقيمة البناء به يفتى ،
والصحيح أن المعتبر في الرجوع قيمة البناء يوم البناء لا يوم الرجوع :

قلت : وقد تلخص من هذا الأصل ومما قبله أنه إن لم يضطر بأن أمكنه القسمة فعمر بلا أمر فهو متبرع
وإلا فإن كان شريكه يجبر على العمل معه ككرى النهر ونحوه فكذلك وإن كان شريكه لا يجبر كسألة السفل لا يكون
متبرعا بل يرجع بما أنفق إن بنى بأمر القاضي ، وإلا فبقيمة البناء يوم البناء وقد وقع في هذه المسألة اضطراب كثير
وقدمنا تمام الكلام عليها آخر الشركة وكنت نظمت ذلك بقولي :

وإن يعمر الشريك المشترك	بدون إذن للرجوع ممالك
إن لم يكن لذلك مضطرا بأن	أمكنه قسمة ذلك السكن
أما إذا اضطرت لذا وكان من	أبى على التعمير يجبر فإن
يأذله أو إذن قاض يرجع	وفعله بدون ذا تبرع
ثم إذا اضطرت ولا جبر كما	في السفل والجدار يرجع بما
ألفقه إن كان بالإذن بنى	لذا وإلا فبقيمة البناء

ثم اعلم أن صاحب العلو إذا بنى السفل، فله أن يمنع صاحب السفل من السكنى حتى يدفع إليه لكونه مضطرا وكذا
حائط بين اثنين لها عليه خشب فبنى أحدهما فله منع الآخر من وضع الخشب حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيا
كما في البحر وفيه عن جامع الفصولين لكل من صاحب السفل والعلو حق في ملك الآخر لدى العلو حق قراره
ولدى السفل حق دفع للمطر والشمس عن السفل اه ثم نقل عنه أيضا لو هدم ذو السفل سفله وذو العلو علوه أخذ
ذو السفل ببناء سفله إذ فوت عليه حقا الحق بالملك فيضمن كما لو فوت عليه ملكا اه قال في البحر وظاهره أنه لا جبر
على ذي العلو وظاهر الفتح خلافه وهو محمول على ما إذا بنى ذو السفل سفله وطلب من ذي العلو بناء علوه فإنه
يجبر اه أى لأن فرض المسألة أنه هدم علوه فيجبر على بنائه بعدما بنى ذو السفل سفله لا قبله وإنما أجبر لأن لدى
السفل حقا في العلو كما علمت وأما لو انهدم العلو بلا صنعه فلا يجبر لعدم تعديه كما ذكره الشارح فيما لو انهدم
السفل وفي البحر عن الذخيرة سقف السفل وجدوعه وهراديه وبواريه وطينه لدى السفل قال : ذكر الطرسوسى
أن المرادى ما يوضع فوق السقف من قصب أو عريش اه :

(زائفة مستطيلة) أي سكة طويلة (يتشعب عنها) سكة (مثالها) لكن (غير نافذة) إلى محل آخر (يمنع أهل الأولى عن فتح باب) للمرور لا للاستضاءة والرياح عيني

قلت : لكن في المغرب عن الليث الهردية قضبان تضم ملوية بطاقات من السكرم يرسل عليها قضبان السكرم اه فهي التي تسمى في عرفنا سقالة. هذا وذكر في الخبرية أن تطيين سقف السفلى لا يجب على واحد منهما ، أما ذو العلو فلعدم وجوب إصلاح ملك الغير عليه وإن تلف الطين بالسكن المأذون فيه شرعا إلا إذا تعدى بإزالته فيضمنه ، وأما ذو السفلى فلعدم إجباره على إصلاح ملكه فإن شاء طينه ورفع ضرره وكف الماء عنه وإن شاء تحمل ضرره .

[تمة] في البحر عن جامع الفصولين جدار بينهما ، ولسكل منهما حمولة فوهي الحائط فأراد أحدهما رفعه ليصلحه وأبي الآخر ، ينبغي أن يقول يريد الإصلاح للآخر ارفع حمولتك بأسطوانات وعمد ويعلمه أنه يريد رفعه في وقت كذا وأشهد على ذلك ، فلو فعله وإلا فله رفع الجدار فلو سقطت حمولته لم يضمن اه .

قلت : والظاهر أن مثله ما إذا احتاج السفلى إلى العمارة فتعليق العلو على صاحبه وهذه فائدة حسنة لم أجد من نبه عليها (قوله زائفة مستطيلة) وفي الهذيب : الزائفة الطريق الذي حاد عن الطريق الأعظم اه من زاغت الشمس إذا مالت والمستطيلة الطويلة من استطال بمعنى طال أفاد في البحر (قوله مثلها) أي طويلة احترازا عن المستديرة كما يأتي (قوله لكن غير نافذة) أفاد أن الأولى نافذة وقد قال في البحر أطلقها أي الأولى تبعا لأكثر الكتب ، وقيدها في النهاية تبعا للفقهاء أبي الليث والتمرتاشي بغير النافذة ويمكن حمل كلامه عليه لقوله مثلها غير نافذة اه أي بناء على أن غير نافذة بيان لوجه المماثلة ، وفيه نظر بل المتبادر أن المماثلة في الطول وغير نافذة حال لبيان قيد زائد فيها على الأولى ، وإلا لزم أن لا تكون الثانية مقيدة بكونها طويلة ، فيشمل المستديرة ، وهو غير صحيح واستظهر الخبر الرمي لإطلاق الأولى إذ لا عبرة بكونها نافذة أو غير نافذة لامتناع مرور أهلها في الثانية مطلقا بخلاف المتشعبة كما يأتي :

قلت : لكن في بعض الصور يظهر الفرق في الأولى بين النافذة وغيرها كما تعرفه (قوله إلى محل آخر) متعلق بنافذة والمراد به الطريق العام أو ما يتوصل منه إليه احترازا عن النافذة إلى سكة أخرى غير نافذة .

مطلب في فتح باب آخر للدار

(قوله عن فتح باب للمرور) قال في فتح القدير قال بعض المشايخ لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لأن له رفع كل جداره فكذا له رفع بعضه والأصح أنه يمنع من الفتح لأنه منصوص عليه في الرواية بنص محمد في الجامع ولأن المنع بعد الفتح لا يمكن إذ تمكن (١) مراقبته ليلا ونهارا في الخروج ليخرج ولأنه عساه يدعى بعد تركيب الباب وطول الزمان حقا في المرور ويستدل عليه بتركيب الباب اه (قوله لا للاستضاءة والرياح) قال العيني بعد حكاية القولين المذكورين ولكن هذا إذا أراد بفتح الباب المرور فإنه يمنع استحسانا وإذا أراد به الاستضاءة والرياح دون المرور لم يمنع من ذلك كذا نقله فخر الإسلام عن الفقيه أبي جعفر اه :

(١) قوله (إذ تمكن) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ولعل للصواب إذ لا يمكن تأمل اه مصححه

(في القصبوى) الغير النافذة على الصحيح إذ لاحق لهم في المرور بخلاف النافذة (وفي زائغة مستديرة لزق) أى اتصل (طرفاها) أى نهاية سعة اعوجاجها بالمستطيلة (لا) يمنع لأنها كساحة مشتركة في دار بخلاف مالو كانت مربعة فلإنها كسكة في سكة ولذا يمكنهم نصب البوارق ابن كمال بهذه الصورة :

قلت : هذا إذا كان الباب عاليا لا يصلح للمرور كما يدل عليه التعليل المار وإلا كان قول بعض المشايخ بعينه وهو خلاف الأصح فعلم أن المراد غيره وهو مسألة الطاقة الآتية فافهم (قوله في القصبوى) أى البعدى وهى المتشعبة من الأولى الغير النافذة أما النافذة فلا يمنع من الفتح فيها لأن لكل أحد حق المرور فيها (قوله على الصحيح) مقابله ما قدمناه آنفا من القول بأنه لا يمنع من الفتح بل من المرور (قوله إذ لاحق لهم في المرور) أى لاحق لأهل الزائغة الأولى في المرور في الزائغة القصبوى ، بل هو لأهلها على الخصوص ، ولذا لو بيعت دار في القصبوى لم يكن لأهل الأولى شفعة فيها كذا في الفتح : أى لاشفعة لهم بحق الشركة في الطريق إذ لو كان جارا ملاصقا كان له الشفعة شربلاية ثم قال في الفتح بخلاف أهل القصبوى ، فإن لأحدهم أن يفتح بابا في الأولى لأن له حق المرور فيها اه :

قال العلامة المقدسى : هذا إذا فتح في جانب يدخل منه إليها ، أما في الجانب الآخر غير النافذ فلا اه وفيه فائدة حسنة يفيدها التعليل أيضا ، وهى أن الزائغة الأولى إذا كانت غير نافذة وأراد واحد من أهل القصبوى فتح باب في الأولى له ذلك إن كانت داره متصلة بركن الأولى ، وكانت من جانب الدخول إلى القصبوى ، أما لو كانت من الجانب الثانى فلا إذ لاحق له في المرور في الجانب الثانى ، بخلاف ما إذا كانت الأولى نافذة فإن له المرور من الجانبين ، فيكون له فتح الباب من الجانب الثانى أيضا ، وبه يظهر الفرق بين كون الأولى نافذة أولا خلافا لما مر عن الرملى ، والظاهر أن كلام الفتح مبنى على كون الأولى نافذة وإن حمل على أنها غير نافذة يدعى تخصيصه بغير الصورة المذكورة :

[تنبيه] يعلم مما هنا أنه لو أراد فتح باب أسفل من بابه والسكة غير نافذة يمنع منه وقيل لا وفى كل من القولين اختلاف التصحيح والفتوى قال فى الخيزرية والمتون على المنع فليكن الممول عليه (قوله وفى زائغة مستديرة) معزز قوله بتشعب عنها مثلها ، فإن المراد بها الطويلة ويقابلها المستديرة وفى حاشية الوافى على الدرر هذا إذا كانت أى المستديرة مثل نصف دائرة أو أقل ، حتى لو كانت أكثر من ذلك لا يفتح فيها الباب والفرق أن الأولى تصير ساحة مشتركة بخلاف الثانية فإنه إذا كان داخلها أو سع من مدخلها بصير موضعا آخر غير تابع للأول كذا قيل اه وقائله صدر الشريعة ومنلامسكين ورده ابن كمال (قوله لأنها كساحة الخ) قال فى الفتح : لأن لكل حق المرور إذ هى ساحة مشتركة غاية الأمر أن فيها اعوجاجا ولهذا يشتركون فى الشفعة إذا بيعت دار منها اه (قوله ولذا يمكنهم نصب البوابة) لم أرفها عندى من كتب اللغة لفظ البوابة وهى فى عرف الناس اليوم اسم للباب الكبير الذى ينصب فى رأس السكة أو المحلة مثلا وعجاجة ابن كمال عن الحلوانى ولذا يمكنهم نصب الدرب ، وفى القاموس ، الدرب باب السكة الواسع والباب الأكبر جمعه دراب (قوله بهذه الصورة) اختلفت اللسخ فى كيفية رقبها ولتصورها بصورة جامعة للمستطيلة المتشعب عنها مستطيلة مثلها نافذة وغير نافذة ومستديرة ومربعة مكذبا :

(بينا) فيمنع من ذلك وعليه الفتوى بزازية ، واختاره في العمادية وأفتى به قارى الهداية ، حتى يمنع الجار من فتح الطاقة ، وهذا جواب المشايخ استحسنانا ، وجواب ظاهر الرواية عدم المنع مطلقا وبه أفتى طائفة ، فالإمام ظهير الدين وابن الشحنة ووالده وورجحه في الفتح وفي قسمة المجتبى وبه يفتى ، واعتمده المصنف ثمة فقال : وقد اختلف الإفتاء ، وينبغي أن يعول على ظاهر الرواية اه :

قلت : وحيث تعارض متنه وشرحه فالعمل على المتون كما تقرر مرارا فتدبر :

قلت : وبني مالمو أشكل هل يضرم لا ، وقد حرر محشى الأشباه المنع

سفله يؤمر بإعادته بخلاف ما هنا هذا ما ظهر لي فاغتنمه (قوله بينا) أى ظاهرا ويأتى بيانه قريبا (قوله واساره في العمادية) حيث قال كمالى جامع الفصولين والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن من تصدت في خالص ملكه لا يمنع منه ولو أضر بغيره لكن ترك القياس في محل يضر بغيره ضررا بينا وقيل بالمنع وبه أخذ كثير من مشايخنا وعليه الفتوى اه :

قلت : قوله وقيل بالمنع عطف تفسير على قوله ترك القياس فليس قولنا ثالثا ، ثم وقع في الخبرية : وقيل بالمنع مطلقا الخ ، ومنتضاه أنه قول ثالث بالمنع سواء كان الضرر بينا أولا لكم . را في الخبرية ذلك إلى التارخانية والعمادية وليس ذلك في العمادية كما رأيت ، فالظاهر أن لفظ طلقا سبق قلم ؛ وبدل عليه قوله في الفتح : والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل المالك ما بدا له مطلقا لأنه متصرف في خالص ملكه لكن ترك القياس في موضع يتعدى ضرره إلى غيره ضده فاحشا وهو المراد بالبين وهو ما يكون سببا للهدم ، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية واختاروا الفتوى عليه فأما التوسع إلى منع كل ضرر ما يفسد باب انتفاع الإنسان بملكه كما ذكرنا قريبا اه ملخصا فانظر كيف جعل المفتى به القياس الذى يكون فيه الضرر بينا لا مطلقا ، وإلا لزم أنه لو كانت له شجرة مملوكة يستظل بها جاره وأراد قطعها أن يمنع لتضرر الجار به كما قرره في الفتح قبله :

قلت : وأفتى المولى أبو السعود أن سد الضوء بالكلية ما يكون ما نعاين الكتابة ، فعلى هذا لو كان للمكان كوتان مثلا فسد الجار ضوءا إحداهما بالكلية لا يمنع إذا كان يمكن الكتابة بضوء الأخرى ، والظاهر أن ضوء الباب لا يعتبر لأنه يحتاج لغلقة لبرد ونحوه كما حررته في تنقيح الحامدية : وفي البحر : وذكر الرازى في كتاب الاستحسان لو أراد أن يبني في داره تنورا للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين أو رضى للطحن أو مدقات للقصارين لم يجوز لأنه يضر بجيرانه ضررا فاحشا لا يمكن التحرز عنه فإنه يأتي منه الدخان الكثير ، والرحى والدق بوهج البناء ، بخلاف الحمام لأنه لا يضر إلا بالندوة ويمكن التحرز عنه بأن يبني حائطا بينه وبين جاره ، وبخلاف التنور المعتاد في البيوت اه وصحح النسفى في الحمام أن الضرر لو فاحشا يمنع وإلا فلا ، وتماه فيه (قوله حتى يمنع الجار من فتح الطاقة) أى يكون فيها ضرر بين بقربنة ما قبله وهو ما أفتى به قارى الهداية لما سئل هل يمنع الجار أن يفتح كوة يشرف منها على جاره وعياله ؟ فأجاب بأنه يمنع من ذلك اه : وفي المنع عن المضمرات شرح القدورى : إذا كانت الكوة للنظر وكانت الساحة محل الجلوس للنساء يمنع وعليه الفتوى اه . قال الخيز الرملى :

وأقول لا فرق بين القديم والحديث حيث كانت العلة الضرر البين لوجودها فيهما (قوله ورجحه في الفتح) حيث قال والوجه لظاهر الرواية (قوله ثمة) أى في كتاب القسمة في المنع (قوله فالعمل على المتون) قد يقال : إن هذا لا يقال في كل متن مع شرح بل هذا في نحو المتون القديمة ط أى وهذه المسألة ليست من مسائل (١) ويظهر من كلام

(١) قوله (من مسائل) هكذا بخطه ، ولعل فيه سقطا والأصل من مسائلها أى المتون القديمة أو نحو ذلك وليرد اه مصححه .

قياساً على مسألة السفل والعلو أنه لا يتبدل إذا أضر وكذا إن أشكل على المختار للفتوى كفاي الخالية ، قال المحشى فكذا تصرفه في ملكه إن أضر أو أشكل (يمنع وإن لم يضر لم يمنع) قال : ولم أر من لبه عليه ، فليفتنم فإنه من خواص كتابي انتهى :

(ادعى) على آخر (هبة) مع قبض (في وقت فستل) المدعى (بينة فقال) قد (جحدنيها) أي الهبة (فاشتربتها منه أو لم يقل ذلك) أي جحدنيها ،

الشارح الميل إلى ما مشى عليه المصنف في مقته لأنه أوفق بدفع الضرر البين عن الجار المأمور بإكرامه ، ولذا كان هو الاستحسان الذي مشى عليه مشايخ المذهب المتأخرين (١) وصرحوا بأن الفتوى عليه :

والحاصل أنهما قولان معتمدان يترجح أحدهما بما ذكرنا والآخر بكونه أصل المذهب (قوله قياساً على مسألة السفل الخ) أقول : هذا غير مسلم لأنه مخالف لكلامهم مع أنه قياس مع الفارق وذلك أنك علمت أن أصل المذهب في مسئلتنا عدم المنع مطلقاً لكونه تصرفاً في خالص ملكه ، وخالف المشايخ أصل المذهب فيما إذا كان الضرر بيناً ولا يخفى أن التقييد بالبين مخرج للمشكل فالقول بمنع المشكل مخالف للقولين وقياسه على المشكل في مسألة السفل غير صحيح لأن المتون الموضوعية لنقل المذهب ماشية على منع التصرف فيها عكس مسألتنا . وذكر بعض المشايخ أن المختار تقييد المنع بالمضر أو المشكل وما ذاك إلا لكونه تصرفاً فيما للجار فيه حق وهو صاحب العلو فالأصل فيه عدم جواز التصرف إلا بإذنه بخلاف مسألتنا فإن الأصل فيها الجواز لكونه تصرفاً في خالص حقه فالحاق المشكل فيها بالمشكل في الأولى غير صحيح فافهم :

وهذا آخر ما حرره المؤلف بخطه من هذا الجزء ، وأما بقية الأجزاء فتممها بنفسه قبل حلول

رمسه ، فبادر نجله السعيد السيد محمد علاء الدين إلى تكملة الجزء المذكور

بتجريد الهوامش التي بخط والده وغيرها على الشرح فقال :

(بسم الله الرحمن الرحيم)

بالميل لبابك يجبر ثلم القلوب ، وبالترقب لهبوب نسائم منحك يضرب على صفحات ثقب الغيوب ، يامرني بصر بعظيم قدرته العباد وقهرهم بها فلا يكون إلا ما أراد ، فنحمده بالحمد اللائق ، ونشكره على آلائه بالشكر الفائق ونصلي ونسلم على رسوله محمد المكمل لأمنته وعلى آله وصحبه ومن لهج بدعوته :

وبعد فإن العالم العامل والعلامة الكامل ، وحيد الدهر ، وفريد العصر ، سيد الزمان ، وسعد الأقران ، يعسوب العلماء العاملين ، ومرجع الجهابذة الفاضلين ، ومؤلف هذه الحاشية المرحوم سيدي وأستاذي ووالدي السيد محمد أفندي عابدين ، سقى الله ثراه صوب الغفران ، وجمعنا وإياه في مستقر رحمته ، وأسكننا بمجوة جنته لما وصل إلى هذا المحل من الكتاب اشتاق إلى مشاهدة رب الأرباب ، فنزل حياض المنون ، وآثر الجلدث الذي ليس بمسكون . وكان رحمه الله بدأ أولاً في التأليف من الإجازة إلى الآخر ، ثم من أول الكتاب إلى انتهاء هذا التحرير الفاخر وترك على لسخته الدر بعض تعليقات وتحريرات واعتراضات قد كاد تداول الأيدي أن يذهبها لعدم من يذهبها مذهبها ، فأردت أن أجرد ما كتبه والدي على لسخته ، وألحقه بمسودته من غير زيادة عليه خوف الغلط ونسبته إليه ، وإن رأيت حاشية ليست من خطه ألبه عليها بقولي كذا أو ذكر أو في أو قاله في الهامش لعامى بأنه أقرها وإلا شطبت عليها ، ومع هذا يلزم التنبيه كما ترى ، والله يعلم ويرى ، ومنه أطاب الإعانة والتوفيق لأقوم طريقه : قال رحمه الله تعالى ولنفعنا به ورضى عنه آمين (قوله ادعى على آخر الخ) قال قاضيخان : ادعى على رجل أنه

(١) (قوله المتأخرين) كذا بخطه وصوابه المتأخرون كما لا يخفى اه مصححه .

ومفاده الاكتفاء بإمكان التوفيق وهو مختار شيخ الإسلام من أقوال أربعة ؛ واختار الخجندی أنه يكفي من المدعى عليه لا من المدعى لأنه مستحق وذاك دافع ، والظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق بزازية (فأقام بيعة على الشراء بعد وقتها) أي وقت الهبة (تقبل في صورتين وقبله لا) لوضوح التوفيق في الوجه الأول وظهور التناقض في الثاني ، ولو لم يذكر لها تاريخاً أو ذكر لأحدهما تقبل لإمكان التوفيق بتأخير الشراء ، وهل يشترط كون الكلامين عند القاضي أو الثاني فقط خلاف وينبغي ترجيح الثاني بحر لأن به التناقض والتناقض يرتفع بتصديق الخصم وبقول المتناقض تركت الأول وأدعى بكذا أو بتكذيب الحاكم وتماه في البحر وأقره المصنف (كما لو ادعى أولاً أنها) أي الدار مثلاً (وقف عليه ثم ادعاها لنفسه) أو ادعاها لغيره ثم ادعاها (لنفسه) لم تقبل للتناقض ، وقيل تقبل إن وفق بأن قال كان لفلان ثم اشتريته درر في أواخر الدعوى قال (ولو ادعى الملك) لنفسه (أولاً ثم) ادعى (الوقف)

أخذ منه مالا وبين المال ووصفه وأقام المدعى عليه البيعة على إقرار المدعى أنه أخذ فلان آخر هذا المال المسمى فأبى المدعى ذلك لم تقبل منه هذه البيعة ولا يكون ذلك إبطالا لدعوى الأول ، لأن من حجة الأول أن يقول أخذه مني فلان آخر ثم رده عليّ وأخذه مني هذا المدعى عليه بعد ذلك اه كذا في الهامش (قوله ومفاده) أي مفاد قوله أو لم يقل ذلك ح (قوله بإمكان التوفيق) نقل في البحر إن هذا هو القياس ، والاستحسان أن التوفيق بالفعل شرط . قال الرملي : وجواب الاستحسان هو الأصح كما في منية المفتي (قوله وهو مختار الخ) قيده في البحر في فصل الفضولي بأن لا يكون ساعياً في نقض ما تم من جهته فراجع (قوله من أقوال أربعة) وهي كفاية إمكان التوفيق مطلقاً ، وعدم كفايته مطلقاً ، وكفايته من المدعى عليه لا من المدعى ، وكفايته إن اتخذ وجه التوفيق لا إن تعددت وجوهه ح كذا في الهامش (قوله بعد وقتها) ظرف للشراء كقبله ح (قوله في صورتين) يعني ما إذا قال جحدنيها أو لم يقل ح (قوله في الثاني) لأنه يدعى الشراء بعد الهبة وشهوده يشهدون له به قبلها وهو تناقض ظاهر لا يمكن التوفيق بينهما ، ومرادهم بين الدعوى والبيعة وإلا فالمدعى لا تناقض منه لأنه ما ادعى الشراء سابقاً على الهبة بحر (قوله وينبغي ترجيح الثاني الخ) ولعل وجهه أنه الذي يتحقق به التناقض منح . وفي النهر من باب الاستحقاق : والأوجه عندي اشتراطهما عند الحاكم إذ من الدعوى كونها لديه اه . وفي شرح المقدسي : ينبغي أن يكفي أحدهما عند القاضي بل يكاد أن يكون الخلاف لفظياً ، لأن الذي حصل سابقاً على مجلس القاضي لا بد أن يثبت عنده ليرتب على ما عنده حصول التناقض ، والثابت بالبيان كالثابت بالبيان فكأنهما في مجلس القاضي ، فالذي شرط كونهما في مجلسه يعم الحقيقي والحكمي في السابق واللاحق انتهى وهو حسن (قوله أو بتكذيب الحاكم) كما لو ادعى أنه كفل له عن مديونه بألف فأنكر الكفالة وبرهن الدائن أنه كفل عن مديونه وحكم به الحاكم وأخذ المكفول منه المال ثم إن الكفيل ادعى على المديون أنه كفل عنه بأمره وبرهن على ذلك يقبل عندنا ويرجع على المديون بما كفل ، لأنه صار مكذباً شرعاً بالقضاء كذا في المنح ح (قوله وتماه في البحر) عبارة البحر في الاستحقاق أولى ، وهي إذا قال تركت أحد الكلامين يقبل منه لأنه استدل له بما في البزازية هي الذخيرة : ادعاه مطلقاً فدفعه المدعى عليه بأنك كنت ادعيت قبل هذا مقيداً وبرهن عليه فقال المدعى أدعيه الآن بذلك السبب وترك المطلق يقبل ويبطل الدفع اه فإن المتروك الثانية لا الأولى ومع هذا نظر فيه صاحب النهر هناك . وقد يقال ذلك القول توفيق بين الدعوتين تأمل : وذكر سيدي الوالد في باب الاستحقاق تأييد ما في النهر : وقال في الخانية رجل ادعى ملكاً بسبب ثم ادعاه بعد ذلك ملكاً مطلقاً فشهد بشهوده بذلك ذكر في عامة الروايات أنه لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته . قال مولانا رضي الله تعالى عنه : قال جدي شمس الأئمة رحمه الله تعالى لا تقبل

عليه (تقبل كما لو ادعاها لنفسه ثم لغيره) فإنه يقبل :
 (ومن قال لآخر اشترت مني هذه الجارية وأنكر) الآخر الشراء جاز (للبائع أن يطأها إن ترك) البائع
 (الخصومة) واقتزن تركه بفعل يدل على الرضا بالفسخ كما مساكها ونقلها لمنزله، لما نقرر أن (بجود) جميع العقود
 (ماعد النكاح فسخ) فللبائع ردها بعبق قديم لتمام الفسخ بالتراضى عيني، أما النكاح فلا يقبل الفسخ أصلا
 (ف) لذا (لو جحد أنه تزوجها ثم ادعاه وبرهن) على النكاح (يقبل) برهانه (بخلاف البيع) فإنه إذا أنكره
 ثم ادعاه لا يقبل لانفساخه بالإنكار بخلاف النكاح :

(أقر بقبض عشرة) دراهم (ثم ادعى أنها زيوف) أو نهرجة (صدق) بيمينه لأن اسم الدراهم يعمها،
 بخلاف السترة لغلبة غشها (و) لذا (لو ادعى أنها سترة لا) يصدق (إن) كان البيان (مفصولا وصدق لو)
 بين (موصولا) نهاية، فالتفصيل في المفصول لا في الموصول (ولو أقر بقبض الجهاد لم يصدق مطلقا) وأوموصولا
 للتناقض (ولو أقر أنه قبض حقه أو) قبض (الثن أو استوفى) حقه (صدق في دعواه الزيادة لو) بين
 (موصولا وإلا لا) لأن قوله جواد مفسر فلا يحتمل التأويل، بخلاف غيره لأنه ظاهر أو نص فيحتمل التأويل
 ابن كمال :

(أقر بدين ثم ادعى أن بعضه قرض وبعضه ربا) وبرهن عليه (قبل) برهانه قنية عن علاء الدين وسيجيء

في الإقرار :

(قال لآخر لك على ألف) درهم (فرده) المقر له (ثم صدقه)

بينته ولا تبطل دعواه حتى لو قال أردت بهذا الملك المطاق الملك بذلك السبب تسمع دعواه وتقبل بينته (قوله
 عليه) كذا في المنع ولم يذكره في البحر، وكأنه أخذه من قاعدة إعادة السنكرة معرفة فيكون المراد به الوقف المار
 قبل وعليه فلا يظهر التوفيق لأنه تناقض ظاهر ويمكن جريانه على مذهب الثاني القائل بصحة وقفه على نفسه انتهى
 ولا يخفى عليك ما فيه. وفي البحر من فصل الاستحقاق : ولو ادعى أنها له ثم ادعى أنها وقف عليه تسمع لصحة
 الإضافة بالأخصية انتفاعا (قوله أن يطأها) أي بعد الاستبراء إن كانت في يد المشتري أبو السعود عن الحموي
 عن الجلي بحثا (قوله فللبائع ردها) قيده في النهاية بأن يكون بعد تحليف المشتري، إذ لو كان قبله فليس له الرد على
 بائنه لاحتمال نكول المدعى عليه فاعتبر بيعا جديدا في حق ثالث، وقيده الشارح بأن يكون بعد القبض أما قبله
 فينبغي أن له الرد مطلقا لكونه فسحا من كل وجه في غير العقار إلا بعد حلفه فيجب تقبيد الكتاب بحر (قوله
 أقر الخ) للإمام الطرسوسي تحقيق في هذه المسألة فراجع في أنفع الوسائل (قوله زيوف) ما يردده بيت المال
 (قوله نهرجة) ما يردده التجار : قال في القاموس في فصل النون : النهرجة الزيف الرديء اه : وفي المغرب :
 النهرج الدرهم الذي فضته رديئة ، وقيل الذي الغلبة فيه للفضة ، وقد استعير لكل رديء باطل ، ومنه بهرج
 دمه : إذا أهدر وأبطل وعن اللحياني درهم نهرج ولم أجده بالنون إلا له اه وهو مخالف لما في القاموس مع أنه
 المشهور (قوله أو استوفى) الاستيفاء عبارة عن قبض الحق بالتمام سعديا وابن كمال (قوله لأنه ظاهر) راجع
 للأولى وهي قبض الحق أو الثمن ، والظاهر ما احتمال غير المراد احتمالا بعيدا ، والنص يحتمله احتمالا أبعد دون
 المفسر لأنه يحتمل غير المراد أصلا (قوله أو نص) راجع للثانية وهو قوله أو استوفى (قوله قبل برهانه) لأنه
 مضطر وإن تناقض قنية (قوله فرده الخ) حاصل مسائل رد الإقرار بالمال أنه لا يخلو إما أن يردده مطلقا أو يرد
 الجهة التي عينها المقر ويحولها إلى أخرى أو يردده لنفسه ويحولها إلى غيره ، فإن كان الأول بطل ، وإن كان الثاني
 فإن لم يكن بينهما منافاة وجب المال كقوله له ألف بدل قرضي فقال بدل غصب وإلا بطل كقوله ثمن عبد لم أقبضه

في مجلسه (فلا شيء عليه) للمقر له إلا بحجة أو إقرار ثانيا ، وكذا الحكم في كل ما فيه الحق لو اُحد :
 (ومن ادعى على آخر ما لا يقال) المدعى عليه (ما كان لك على شيء قط فبرهن المدعى على) أنه عليه (ألف
 وبرهن) المدعى عليه (على القضاء) أي الإيفاء (أو الإبراء ولو بعد القضاء) أي الحكم بالمال إذ الدفع بعد قضاء
 القاضي صحيح إلا في المسألة الخمسة

وقال قرض أو غصب ولم يكن للعبد في يده فيأزمه الألف صدقه في الجهة أو كذبه عند الإمام ، وإن كان في يده
 فالقول للمقر في يده ، وإن كان الثالث ، نحو ما كانت لي قط لكنها لفلان فإن صدقه فلان تحول إليه وإلا فلا ،
 وإن كان بطلاق أو عتاق أو ولاء أو نكاح أو وقف أو نسب أو ورق لم يرتد بالرد فيقال الإقرار يرتد برد المقر له
 إلا في هذه ذكر مجموع ذلك في البحر ، وفيه اختصار أو ضحته في حاشيته (قوله في مجلسه) وفي غيره بالأولى
 (قوله إلا بحجة) كيف تقبل حجته وهو معناقض في دعواه تأمل في جوابه سعدية واستشكله في البحر أيضا ،
 ونقل خلافه عن البرازية حيث قال : في يده عبد فقال لرجل هو عبدك فرده المقر له ثم قال بل هو عبدى وقال
 المقر هو عبدى فهو لذي اليد المقر ، ولو قال ذو اليد لآخر هو عبدك فقال بل هو عبدك ثم قال الآخر بل هو
 عبدى وبرهن لا يقبل للتناقض وهذا يخالف ما في الهداية من أنه لا بد من الحججة فإنه يقتضى سماع الدعوى اه
 (قوله لو اُحد) بخلاف ما لو قال اشتريت وأنكر له أن يصدقه لأن أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ فلا ينفرد بالعقد
 والمعنى أنه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق ، أما المقر له فينفرد برد الإقرار فاقترا كذا في الهداية :

فالحاصل أن كل شيء يكفر الحق لها جميعا إذا رجع المنكر إلى التصديق قبل أن يصدقه الآخر على إنكاره
 فهو جائز كالبيع والنكاح ، وكل شيء يكون فيه الحق لو اُحد كالهبة والصدقة والإقرار لا ينفعه إقراره بعده
 كما في القنية بجرس (قوله ما كان لك) النظر لو لم يذكر لفظ كان وانظر ما سنذكره قريبا عند واقعة سرقند
 فإنه يفيد الفرق بين الماضي والحال (قوله قط) لافرق بين أن يؤكد النفي بكلمة قط أولا بجرس (قوله على الخ)
 الأصوب أن يقول على ألف له عليه فافهم ، وفي بعض النسخ على أنه له عليه ألف (قوله على القضاء) أي الإيفاء
 قيد بدعوى الإيفاء بعد الإنكار : إذ لو ادعاه بعد الإقرار بالدين ، فإن كان كلا القولين في مجلس واحد
 لم يقبل للتناقض ، وإن تفرقا عن المجلس ثم ادعاه وأقام البينة على الإيفاء بعد الإقرار تقبل لعدم التناقض ،
 وإن ادعى الإيفاء قبل الإقرار لا يقبل كذا في خزائنة المفتين بجرس (قوله إلا في المسألة الخمسة) كأودعني فلان
 أو أجرني أو ارتبته أو غصبته منه أو قال أخذت هذه الأرض مزارعة من فلان أو هذا الكرم معاملة منه سميت
 خمسة لأن فيها خمسة أقوال :

قال في البحر : وهذه خمسة كتاب الدعوى لأن صورها خمسة : ودبعة وإجارة وإعارة ورهن وغصب ،
 أو لأن فيها خمسة أقوال للعلماء : الأول ما في الكتاب ، وهو أنه تندفع خصومة المدعى لأن البينة أثبتت أن يده
 ليست بيد خصومة وهو قول أبي حنيفة ، الثاني قول أبي يوسف ، واختاره في المختارات ، المدعى عليه إن كان
 صالحا فكما قال الإمام ، وإن معروفا بالجهاز لم تندفع عنه لأنه قد يدفع ماله إلى مسافر يرد له إياه ويشهد فيحتمل
 لإبطال حق غيره فإذا اتهم به القاضي لا يقبله : الثالث قول محمد إن الشهود إذا قالوا نعرفه بوجهه فقط لا تندفع ،
 فعنده لا بد من معرفته بالوجه والاسم والنسب : وفي البرازية تعويل الأئمة على قول محمد : وفي العمادية : أو قالوا
 نعرفه باسمه ونسبه لا بوجهه لم يذكر في شيء من الكتب وفيه قولان ، وعند الإمام لا بد أن يقول نعرفه (١) . به

(١) (قوله لا بد أن يقول نعرفه) كذا بالأصل المقابل على خط ، ولعله أن يقولوا كالسباق والسباق اه مصححا .

كما سيجيء (قبل) برهانه لإمكان التوفيق . لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة ، وسيجيء في الإقرار أنه لو برهن على قول المدعى أنا مبطل في الدعوى أو شهودي كذبة أو ليس لي عليه شيء صح الدفع إلى آخره ، وذكره في الدرر قبيل الإقرار في فصل الاستشراء (كما) يقبل (لو ادعى القصاص على آخر فالنكر) المدعى عليه (فبرهن المدعى) على القصاص (ثم برهن المدعى عليه على العفو أو) على (الصلح عنه على مال وكذا في دعوى الرق) بأن ادعى عبودية شخص فالنكر فبرهن المدعى ثم برهن العبد أن المدعى أعتقه يقبل إن لم يصلح له ؛ ولو ادعى الإيفاء ثم صالحه قبل برهانه على الإيفاء بجزء : وفيه : برهن أن له أربعمائة ثم أقر أن عليه للمنكر ثلثمائة سقط عن المنكر ثلثمائة ، وقيل لا وعليه الفتوى ملتبس ، وكأنه لأنه لما كان المدعى عليه جاحدا فذمته غير مشغولة في زعمه فأين تقع المقاصة ، والله تعالى أعلم (وإن زاد) كلمة (ولا أعرفك ونحوه) كما رأيتك (لا) يقبل اتعذر التوفيق ، وقيل يقبل لأن المحتجب أو المخدرة قد يتأذى بالشغب على بابه فيأمر بإرضاء الخصم ولا يعرفه ثم يعرفه ، حتى لو كان ممن يعمل بنفسه لا يقبل ، نعم لو ادعى إقرار المدعى عليه بالوصول والإيصال صح درر في آخر الدعوى لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار (أقر ببيع عبده) من فلان (ثم جحدته صح) لأن الإقرار بالبيع بلا ثمن باطل إقرار بزارية :
(ادعى على آخر أنه باعه)

ولسبه وتكفي معرفة الوجه ، وانفقوا على أنهم لو قالوا أودعه رجل لانعرفه لاندفع . الرابع قول أبي شبرمة إنها لاندفع عنه مطلقا لأنه تعذر إثبات الملك لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه . قلنا مقتضى البينة شيان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعى وهو خصم فيه فثبت وهو كالكيل بتقل المرأة وإقامة البينة على الطلاق . الخامس قول ابن أبي ليلى تندفع بدون بيعة لإقراره بالملك للغائب وقلنا إنه صار خصما بظاهر يده ، فهو بإقراره يريد أن يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق إلا بحجة ، كما لو ادعى تحول الدين من ذمته إلى ذمة غيره اهـ (قوله كما سيجيء) في فصل رفع الدعاوى من كتاب الدعوى ح (قوله قبل برهانه) النظر لو برهن على إيفاء البعض فقد صارت حادثة القتوى (قوله في فصل الاستشراء) وفيه فوائد جمة فراجعه : والاستشراء : طلب شراء شيء (قوله إن لم يصلح له) محل هذه المسألة عند قوله ومن ادعى على آخر ما لا قال في البحر : وقيد كون المدعى عليه لم يصلح لسكوته عنه والأصل العدم : أما إذا أنكر فصالحه على شيء ثم برهن على الإيفاء أو الإبراء لم تسمع دعواه ، كذا في الخلاصة ح (قوله وكأنه الخ) من كلام صاحب المنح (قوله فأين) الواقع في المنح فأنى (قوله وإن زاد) أي على قوله فيما تقدم مالك على شيء (قوله وقيل) ذكره القدوري عن أصحابنا بحر (قوله لأن المحتجب) أي من الرجال . والمحتجب : من لا يتولى الأعمال بنفسه ، وقيل من لا يراه كل أحد لعظمته بحر (قوله حتى لو كان) أي المدعى عليه ، فرع هذا على ذلك القول في النهاية تبعاً لقاضيخان : وفي إيضاح الإصلاح : وفيه نظر لأن مبنى إمكان التوفيق على أن يكون أحدهما ممن لا يتولى الأعمال بنفسه لا المدعى عليه بخصوصه انتهى ، ودفعه ظاهر لأن الكلام كله في تناقض المدعى عليه لا المدعى بحر (قوله نعم لو ادعى الخ) قال في الدرر عن القنية : المدعى عليه قال للمدعى لا أعرفك فلما ثبت الحق بالبينة ادعى الإيصال لانسجع ، ولو ادعى إقرار المدعى بالوصول أو الإيصال تسمع اهـ . قال في البحر : لأن المتناقض هو الذي يجمع بين كلامين وهنا لم يجمع ولهذا لو صدقه المدعى حيانا لم يكن متناقضا ذكره القمراشي انتهى وتماه فيه ، وهو أحسن مما علل به الشارح ، وبه ظهر أن قول الشارح إقرار المدعى عليه صوابه المدعى إلا أن يقرأ المدعى بصيغة المبني للفاعل تأمل (قوله لأن الإقرار الخ) فيه أن الإقرار بالبيع إقرار بركننه لأنه مبادلة مال بمال إلا أن يحمل على أنه أقر

أتمته (منه) فقال (الآخر) لم أبعها منك قط فبرهن (المدعى (على الشراء) منه (فوجد) المدعى (بها عيبا) وأراد ردها (فبرهن البائع أنه) أى المشتري (برىء إليه من كل عيب بها لم تقبل) بينة البائع للتناقض ، وعن الثانى تقبل لإمكان التوفيق ببيع وكيله وإبرائه عن العيب ، ومنه واقعة سمرقند : ادعت أنه نكحها بكذا وطالبته بالمهر فأنكر فبرهنت فادعى أنه نجلها على المهر تقبل لاحتمال أنه وجه أبوه وهو صغير ولم يعلم خلاصة (يبطل) جميع (صك) أى مكتوب (كتب إن شاء الله فى آخره) وقال آخره فقط وهو استحسان راجع على قوله فتح : وانفقوا على أن الفرجة كفصل السكوت وعلى انصرافه للكلى فى جمل عطف بواو وأعقب بشرط ، وأما الإستثناء بإلا وأخواتها فلاخير إلا لقربنة كله مائة درهم وخمسون دينارا لإدراجها فى الأول استحسانا وأما الاستثناء بإن شاء الله بعد جملتين إبقاعيتين فإليهما اتفاقا وبعد طلاقين معلقين أو طلاق معلق وعق معلق فإليهما عند الثالث والأخير عند الثانى ، ولو بلا عطف

بالبيع بلا مال تأمل : قال فى المبسوط : شهدا على إقرار البائع ولم يسميا الثمن ولم يشهدا بقبض الثمن لا تقبل وإن قالا أقر عندنا أنه باعه منه واستوفى الثمن ولم يسميا الثمن جاز : وفى مجمع الفتاوى : شهدا أنه باع وقبض الثمن جاز ، وإن لم يبينوا الثمن ، وكذا لو شهدا بإقرار البائع أنه باعه وقبض الثمن اه : وقال فى الخلاصة : شهدوا على البيع بلا بيان الثمن ، إن شهدوا على قبض الثمن تقبل ، وكذا لو بين أحدهما وسكت الآخر اه نور العين فى أوائل الفصل السادس ، وانظر ما سنذكره فى كتاب الشهادة وفى باب الاختلاف فيها (قوله أتمته منه) لاجابة إلى قوله منه لأن ضمير باعه يبنى عنه ح (قوله أى المشتري) الأصوب أى البائع كما فى البحر (قوله للتناقض) لأن اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيقتضى وجود العقد وقد أنكره ، بخلاف ما مر لأن الباطل قد يقضى ويبرأ منه دفعا للدعوى للباطلة ، وهذا ظاهر الرواية عن الكلى بحر (قوله ببيع وكيله) أى وكيل البائع (قوله وإبرائه عن العيب) من إضافة المصدر إلى مفعوله وهو ضمير الوكيل والفاعل المشتري الخ ه وعلى ما قلنا مضاف إلى فاعله والضمير لوكيله وهو المفهوم من عبارة البحر ، فقوله أولام أبعها منك قط أى مباشرة ، وقوله إنه برىء إليه : أى إلى وكيله (قوله فأنكر) أى بأن قال لانكاح بيننا كما فى البحر عن جامع الفصولين ، ولو قال لانكاح بينى وبينك فلما برهنت على النكاح برهن هو على الخلع تقبل بينته ، ولو قال لم يكن بيننا نكاح قط أو قال لم أزوجها قط والباقي بحاله ينبغى أن يكون هذا وسيلة العيب ، وفى ظاهر الرواية لا تقبل بينة البراءة عن العيب لأنها إقرار بالبيع فكذا الخلع يقتضى سابقة النكاح فيتحقق التناقض اه (قوله راجع على قوله) إذ الأصل فى الجمل الاستقلال والصك يكتب للاستيثاق ، فلوانصرف إلى الكلى كان مبطلاله فيكون ضد ما قصدوه فينصرف إلى ما يليه ضرورة كذا فى التبيين ح (قوله فى جمل) أى قولية وإلا نأى ما قبله ه

وفى البحر : والحاصل أنهم اتفقوا على أن المشيئة إذا ذكرت بعد جمل متعاطفة بالواو كقوله عبده حر و امرأته طالق وعليه المشى إلى بيت الله الحرام إن شاء الله ينصرف إلى الكلى فبطل الكلى ، فشى أبو حنيفة على حكمه وهما أخرجا صورة ، كتب الصك من عموم بهعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب ، جملا متعاطفة للعادة وعليها يحمل الحادث ، ولذا كان قولها استحسانا وارجحا على قوله كذا فى الفتح القدير وظاهره أن الشرط ينصرف إلى الجميع وإن لم يكن بالمشيئة انتهى (قوله بشرط) أى سواء كان الشرط هو المشيئة أو غيرها كما صرح به فى البحر ، والظاهر أن هذا خاص بالإقرار لما سيأتى بعده من قوله وأما الاستثناء الخ تأمل ، (قوله إبقاعيتين) أن منجزتين ليس فيهما تعليق بقربنة المقابلة نحو أنت طالق ، وهذا حر إن شاء الله تعالى ح

أو به بعد سكوت فلاخير اتفاقا وعطفه بعد سكوته لغو إلا بمافيه تشديد على نفسه وتماه في البحر :
 (مات ذى فقالت عرسه أسلمت بعد موته وقالت ورثته قبله صدقوا) تحكما للحال (كما) يحكم الحال
 (في مسألة) جريان (ماء الطاحونة) ثم الحال إنما تصلح حجة للدفع لا للاستحقاق (كما في مسلم مات فقالت عرسه)
 الذمية (أسلمت قبل موته) فأرثه (وقالوا بعده) فالقول لهم لأن الحادث يضاف لأقرب أوقاته ،
 [فرع] وقع الاختلاف في كفر الميت وإسلامه فالقول لمدعى الإسلام بحر (قال المودع) بالفتح (هذا) ابن مودعي
 بالكسر (الميت لا وارث له غيره دفعها إليه) وجوبها كقوله هذا ابن دائي ، قيد بالوارث لأنه لو أقر أنه
 وصيه أو وكيله أو المشتري منه لم يدفعها (فإن أقر) ثانيا (بابن آخر له لم يفد) إقراره (إذا كذبه) الابن (الأول)
 لأنه إقرار على الغير ، ويضمن للثاني حظه إن دفع للأول بلا قضاء زيلعي ،
 (تركه قسمت بين الورثة أو الغرماء بشهود لم يقولوا نعم)

(قوله أو به بعد سكوت) أى إذا كان السكوت بين الجملة الأخيرة وبين ما قبلها (قوله إلا بمافيه تشديد) فلو قال إن
 دخلت الدار فانت طالق وسكت ، ثم قال : وهذه الأخرى دخلت الثانية في اليمين ، بخلاف وهذه الدار الأخرى
 ولو قال وهذه طالقة ثم سكت وقال وهذه طلقت الثانية وكذا في العتق بحر كذا في الهامش (قوله تحكما للحال)
 أى لظاهر الحال (قوله كما الخ) ليست هذه المسألة موجودة فيما كتب عليه المصنف (قوله جريان الخ) لأوجه
 لتخصيص الجريان بل الإنقطاع كذلك فكان الأولى حذفه (قوله ثم الحال إنما تصلح حجة للدفع لا للاستحقاق)
 فإن قبل هذا منقوص بالقضاء بالأجر على المستأجر إذا كان ماء الطاحونة جاريا عند الاختلاف لأنه استدلال بالحال
 لإثبات الأجر قلنا إنه استدلال لدفع ما يدعى المستأجر على الأجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الأجر . وأما
 ثبوت الأجر فإنه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لا موجبا يعقوبية . وفي الهامش عن البحر : فلو
 مات مسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت : أسلمت قبل موته ، وقالت الورثة أسلمت
 بعد موته فالقول قولهم أيضا ولا يحكم الحال ، لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة
 إليه وأما الورثة فهم الدافعون ويظهر لهم ظاهر الحدوث أيضا اه (قوله كما في مسلم الخ) تمثيل للمنفى وهو
 الاستحقاق : وحاصله إنما كان القول لهم هنا أيضا لما سبأني ، ولا يمكن أن تكون لها بناء على تحكيم الحال ، لأنه
 لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة إليه (قوله لمدعى الإسلام) فلو مات رجل وأبواه ذميان فقالات ابنا
 كافرا وقال ولده المسلمون مات مسلما فبإرثه للولد دون الأبوين بحر عن الخزانة (قوله مودعي) قال في البحر
 قيد بإقراره بالبنة ، لأنه لو قال هذا أخوه شقيقه ولا وارث له غيره وهو يدعيه فالقاضي يتأني في ذلك : والفرق
 أن استحقاق الأخ بشرط عدم الإبن بخلاف الإبن لأنه وارث على كل حال ، ومراده بالابن من يرث بكل حال
 فالبنات والأب والأم كالابن ، وكل من يرث بحال دون حال فهو كالأخ بحر (قوله زيلعي) وهو الصواب كما في الفتح
 خلافا لما في غاية البيان (قوله تركه قسمت الخ) قال في آخر الفصل الثاني عشر من جامع الفصولين رامنز إلى
 الأصل : الوارث لو كان محجوبا بغيره كجد و جدة وأخ وأخت لا يعطى شيئا ما لم يبرهن على جميع الورثة : أى
 إذا ادعى أنه أخو الميت فلا بد أن يثبت ذلك في وجه جميع الورثة الحاضرين أو يشهدا أنهما لا يعلمان وارثا غيره ،
 ولو قال لا وارث له غيره تقبل عندنا لا عند ابن أبي ليلى لأنهما جاز تأولنا العرف فإن مراد الناس به لانعلم له
 وارثا غيره ، وهذه شهادة على التقى فقبلت لما مر من أنها تقبل على الشرط وأول نفيا وهنا كذلك لقيامها على شرط
 الإرث ، ولو كان الوارث ممن لا يجب بأحد ، فلو شهدا أنه وارثه ولم يقولوا لا وارث له غيره أولا نعلمه يتاوم
 القاضي زمانا رجاء أن يحضر وارث آخر ، فإن لم يحضر يقضى له بجميع الإرث ولا يكفل عند أبي حنيفة في المسألين

كذا نسخ المتن والشرح ، وعبارة الدرر وغيرها لا اعلم (له وارثا أو غريما لم يكفوا) خلافا لها لجهالة المكفول له ويتلوم القاضي مدة ثم يقضى ، ولو ثبت بالإقرار كفوا اتفاقا ، ولو قال الشهود ذلك لا اتفاقا .
 (ادعى) على آخر (دارا لنفسه ولأخيه الغائب) إرثا (وبرهن عليه) على ما ادعاه (أخذ) المدعى (نصف المدعى) مشاعا (وترك باقيه في يد ذى اليد بلا كفيل جحد) ذو اليد (دعواه أو لم يجحد) خلافا لها ، وقولها استحسان نهاية ، ولا تعاد البينة ولا القضاء إذا حضر الغائب في الأصح لانتصاب أحد الورثة خصما للميت حتى تقضى منها ديوله ، ثم إنما يكون خصما بشروط تسعة مبسطة في البحر ، وألحق الفرق بين الدين

يعنى فيما إذا قالا لا وارث له غيره أولا نعلمه ، وعندهما يكفل فيهما ، ومدة التلوم مفوضة إلى رأى القاضي ، وقيل حول وقيل شهر ، وهذا عند أبي يوسف : وأما أحد الزوجين لو أثبت الوراثة بيينة ولم يثبت أنه لا وارث له غيره فعند أبي حنيفة ومحمد يحكم لها بأكثر النصيبين بعد التلوم ، وعند أبي يوسف بأقلهما وله الربع ولها الثمن اه ملخصا ، وإن تلوم ومضى زمانه فلا فرق بين كونه ممن يجب كالأخ أو ممن لا يجب كالابن كما في البرازية من العاشر في النسب والإرث ، وانظر ماسياتى قبيل باب الشهادة على الشهادة (قوله كذا نسخ المتن) يعنى بإسقاط لا ، وألحق ثبوتها كما فى سائر الكتب ح (قوله لم يكفوا) مبنى للمجهول مضعف العين والواو للورثة أو الغرماء : أى لا بأخذ القاضي منهم كفيلا ح . قال فى الدرر : أى لم يؤخذ منه كفيل بالنفس عند الإمام وقالا يؤخذ اه ، وهذا ظاهر فى أنه على قولها يؤخذ كفيل بالنفس ، ثم رأيت لتاج الشريعة أبي السعود عن شيخه ولم ير فى البحر فتوقف فى أنها بالمال أو بالنفس (قوله لجهالة) هلة لقوله لم يكفوا كذا فى الهامش (قوله ويتاوم) أى يتأنى ، والمراد تأخير القضاء لا تأخير الدفع بعده كما أفاده فى البحر عن غاية البيان ، والمسألة على وجوه ثلاثة فارجع إلى البحر ، وسياتى شىء منها قبيل الشهادة على الشهادة (قوله مدة) وقدر مدته مفوض إلى رأى القاضي ، وقدره الطحاوى بحول ، وعلى عدم التقرير حتى يغلب على ظنه أنه لا وارث أو لا غريم له آخر (قوله ثبت بالإقرار) أى الإرث والدين ، وهو محترز قوله بشهود (قوله ذلك) أى قالوا لا نعلم له وارثا أو غريما كذا فى الهامش (قوله ادعى) قال فى جامع الفصولين من الرابع : ادعى عليهما أن الدار التى بيد كما ملكى فبرهن على أحدهما ، فلو الدار فى يد أحدهما بإرث فالحكم عليه حكم على الغائب إذا أحد الورثة ينتصب خصما عن البقية ، ولو لم يكن كل الدار بيده لا يكول قضاء على الغائب بل يكون قضاء بما فى يد الحاضر على الحاضر ، ولو بيد أحدهما بشراء لا يكون الحكم على أحدهما حكما على الآخر انتهى (قوله جحد ذو اليد الخ) هذا التعميم غير صحيح بعد قوله وبرهن عليه لأن البرهان يستلزم سبق الجحد ، والصواب أن يبدل قوله وبرهن عليه بقوله وثبت ذلك فيشمل الثبوت بالإقرار وبالبينة ، وحينئذ يسقط قوله جحد دعواه أو لم يجحد ح . ويجاب بأن هذا التعميم راجع إلى قوله وترك باقيه أشار به إلى الخلاف فافهم (قوله خلافا لها) حيث قالا إن جحد ذو اليد يؤخذ منه ويجعل فى يد أمين نخبته بمجوده وإلا ترك فى يده (قوله خصما للميت) الأصوب عن الميت . قال فى الهامش ناقلا عن البحر : إنما ينتصب خصما عن الباقي بثلاثة شروط : كون العين كلها فى يده ، وأن لا تكون مقسومة ، وأن يصدق الغائب على أنها إرث عن الميت المعين انتهى (قوله وألحق الخ) لارتباط له بما قبله لأن ما قبله فى انتصاب أحد الورثة خصما للميت ، وهذا الفرق فى انتصاب أحدهم خصما فيما عليه .

قال فى البحر : وكذا ينتصب أحدهم فيما عليه مطلقا إن كان ديننا ، وإن كان فى دعوى عين فلا بد من كونها فى يده ليهكون قضاء على الكل ، وإن كان البعض فى يده نفذ بقدره كما صرح به فى الجامع الكبير ، وظاهر ما فى الهداية والنهاية والعناية أنه لا بد من كونها كلها فى يده فى دعوى الدين أيضا ، وصرح فى فتح القدير بالفرق

والعين (ومثله) أى العقار (المنقول) فيما ذكر (فى الأصح) درر لىكن اعتمد فى الملتقى أنه يؤخذ منه اتفاقا ومثله فى البحر : قال : وأجمعوا على أنه لا يؤخذ لو مقرا .

(أوصى له بثلث ماله يقع) ذلك (على كل شىء) لأنها أخت الميراث :

(ولو قال مالى أو ما أملكه صدقة فهو على) جنس (مال الزكاة) استحسانا (وإن لم يجد غيره أمسك منه) قدر (قوته ، فإذا ملك) غيره (تصدق بقدره) فى البحر قال : إن فعلت كذا فأملكه صدقة فحيلته أن يبيع ملكه من رجل بثوب فى مندبل ويقبضه ولم يره ثم يفعل ذلك ثم يردده بخيار الرؤية فلا يلزمه شىء ، ولو قال ألف درهم من مالى صدقة إن فعلت كذا ففعله وهو يملك أقل لزمه بقدر ما يملك ، ولو لم يكن له شىء لا يجب شىء (وصح الإيصاء بلا علم الوصى فصح) تصرفه (لا) يصح (التوكيل بلا علم وكيل) والفرق أن تصرف الوصى خلافه والوكيل نيابة (فاو علم) الوكيل بالتوكيل (ولو من) مميز

بين العين والدين وهو الحق وغيره سهوا : وفى حاشية أبى السعود عن شيخه : ووجهه الفرق بينهما أن حق الدائن شائع فى جميع التركة بخلاف مدعى العين اه (قوله والعين) حيث لا ينتصب أحد الورثة خصما عن الباقى فى دعوى العين إلا إذا كانت فى يده ، ولا يشترط فى دعوى الدين كون جميع التركة فى يده حتى ينتصب خصما عن الباقى خلافا لما فى الهداية والنهاية والعناية ح (قوله لو مقرا) أى كالعقار (قوله مالى أو ما أملكه الخ) ظاهره دخول الدين أيضا ، وحكى فى القنية قولين ، واعتمد فى وصايا الوهبالية الدخول ، ونقل السائحانى عن المقدسى لاشك أن الدين يجب فيه الزكاة ويصير مالا عند الاستيفاء ، لىكن فى البحر عن الخانية عدم الدخول ، وهو مقتضى قولهم إن الدين ليس بمال ، حتى لو حلف أن لا مال له وله دين على الناس لم يحث . ونقل ابن الشحنة عن ابن رهبان أن فى حفظه من الخالية رواية الدخول ح (قوله جنس مال الزكاة) أى جنس كان ، بلغت نصابا أولا ، عليه دين مستغرق أولا بحر (قوله تصدق بقدره) أى بقدر ما أمسك لأن حاجته مقدمة ، فيمسك أهل كل صنعة قدر كفايته إلى أن يتجدد له شىء فتح (قوله فحيلته) أى إن أراد أن يفعل ولا يحث (قوله ثم يفعل ذلك) أى الخلو ف عليه (قوله فلا يلزمه شىء) قال العلامة المقدسى : ومنه يعلم أن المعتبر الملك حين الحث لا حين الحلف انتهى .

أقول : ويعلم منه أن المشتري باسم المفعول بخيار الرؤية لا يدخل فى ملكه حتى يراه ويرضى به قاله الشيخ أبو الطيب مدنى ، والمسألة تحتاج إلى المراجعة ، وما نقله عن البحر عزاه فى البحر إلى الوالوجية فى الحيل آخر الكتابة ، وتماه فيها حيث قال : وإن كان له ديون على الناس يتصالح عن تلك الديون مع رجل بثوب فى مندبل ثم يفعل ذلك ويرد الثوب بخيار الرؤية فيعود الدين ولا يحث انتهى (قوله فصح تصرفه) لا يخفى أن من حكم الوصى أنه لا يملك عزل نفسه بعد القبول حقيقة أو حكما ، وظاهر ما هنا تبعاً للمكتر أنه يصير وصيا قبل التصرف ، وليس كذلك بل إنما يصير بعده كما نبه عليه فى البحر ، ولذا قال فى نور العين : مات وباع وصيه قبل علمه بوصايته وموته جاز استحسانا ويصير ذلك قبولا منه للوصاية ولا يملك عزل نفسه فكان على الشارح أن يقول إن تصرفه قبله بدل قوله فصح تصرفه فتنبه (قوله بلا علم وكيل) فاو باع الوصى شيئا من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع ، ولو باع الوكيل قبل العلم بها لم يجز بحر أى فيكون بيع الفضولى فلم يجزه موكله أو الوكيل بعد علمه بها كما فى نور العين من الثالث والعشرين . وفى البزارية عن الثانى خلافه : وفى البحر : أما إذا علم المشتري بالوكالة واشترى منه ولم يعلم البائع الوكيل كونه وكيلًا بالبيع بأن كان المالك قال للمشتري اذهب بعبدى إلى زيد فقل له

أو (فاسق صبح تصرفه ولا يثبت عزله إلا به) إخبار (عدل) أو فاسق إن صدقه بجنابة (أو مستورين أو فاسقين) في الأصح (كل إخبار السيد بجنابة عبده) فلو باعه كان مختاراً للقاء (والشفيع) بالبيع (والبكر) بالنكاح (والمسلم الذي لم يهاجر) بالشرائع ، وكذا الإخبار بعيب لمريد شراء وحجر مأذون وفسخ شركة وعزل قاض ومتولى وقف فهي عشرة يشترط فيها أحد شطري الشهادة لا لفظها (ويشترط سائر الشروط في الشاهد) وقيدته في البحر بالعزل القصدى وبما إذا لم يصدقه ، ويكون المخبر غير المرسل ورسوله فإنه يعمل بخبره مطلقاً كما سيبيح في بابيه :

(باع قاض أو أمينه) وإن لم يقل جعلتك أميناً في بيعه على الصحيح ولو الجنية (عبدان) دين (الغرماء) وأخذ المال (فضاع) ثمنه عند القاضي (واستحق العبد) أو ضاع قبل تسليمه (لم يضمن) لأن أمين القاضي كالقاضي والقاضي كالإمام ، وكل متهم لا يضمن بل ولا يحلف ، بخلاف نائب الناظر (ورجع المشتري على الغرماء) لتعذر الرجوع على العاقد :

حتى يبيعه بوكالته عنى منك فذهب به إليه ولم يخبره بالتوكيل فباعه هو منه يجوز ، وتماه فيه (قوله أو فاسق) أى إذا صدقه الوكيل حتى لو كذبه لا يثبت ، فعلى هذا لافرق بين الوكالة والعزل لأن في العزل أيضاً إذا صدقه يعزل كذا في غاية البيان يعقوبية (قوله في الأصح) خلافاً لما في الكنز حيث قيد بالمستورين : فإن ظاهره أنه لا يقبل خبر الفاسقين وهو ضعيف لأن تأثير خبرهما أقوى من تأثير خبر العدل بدليل أنه لو قضى بشهادة واحد عدل لم ينفذ وبشهادة عدلين نفذ (١) كما في البحر عن الفتح ، ونقله في المنح أيضاً (قوله وعزل قاض) ذكره في البحر بحثاً (قوله شطري الشهادة) أى العدد أو العدالة :

وفي الحواشي السعدية : أقول فيه إشارة إلى أن العدالة لا تشترط في العدد وأن قوله وعدل صفة رجل قال في التلويح وهو الأصح (قوله ويشترط) أى في المخبر (قوله سائر الشروط) أى مع العدد أو العدالة على قول الإمام الأعظم فلا يثبت بخبر المرأة والعبد والصبي وإن وجد العدد أو العدالة ، وقل من نبه على هذا (قوله في الشاهد) أى المشروطة في الشاهد (قوله القصدى) احتراز عما إذا كان حكماً كوت الموكل فإنه يثبت وينزل قبل العلم ح (قوله إذا لم يصدقه) أما إذا صدقه قبل ولو فاسقاً بحر وقد مر (قوله غير المرسل) الذى في البحر غير الخصم ورسوله (قوله ورسوله) فلا يشترط فيه العدالة ، حتى لو أخبر الشفيع المشتري بنفسه وجب الطلب إجماعاً والرسول يعمل بخبره وإن كان فاسقاً صدقه أو كذبه بحر ، وتماه فيه (قوله وإن لم يخ) بأن قال له بيع هذا العبد فقط (قوله على الصحيح) اعلم أن أمين القاضي هو من يقول له القاضي جعلتك أميناً في بيع هذا العبد ، أما إذا قال بيع هذا العبد ولم يرد عليه اختلف المشايخ ، والصحيح أنه لا يلحقه عهدة ذكره شيخ الإسلام جواهر زاده كما في البحر معزياً إلى شرح التلخيص للفارسي :

أقول : والمسألة المذكورة هكذا في الفتاوى الولوالجية منح (قوله الغرماء) أى أرباب الديون لم يذكر الوارث مع أنهما سواء فإذا لم يكن في الشركة دين كان العاقد عاملاً له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة إن كان وصى الميت وإن كان القاضي أو أمينه هو العاقد يرجع على المشتري (٢) كما ذكره الزيلعي ، لأن ولاية البيع للقاضي إذا كانت الشركة قد أحاط بها الدين ولا يملك الوارث البيع بحر (قوله عند القاضي) أو أمينه منح (قوله بخلاف) قيد لقوله ولا يحلف (قوله نائب الناظر) قال في البحر : إن نائب الإمام كهو ونائب الناظر كهو في قبول قوله ، فلو ادعى

(١) (قوله وبشهادة عدلين نفذ) لعل الصواب فاسقين تأمل اه .

(٢) (قوله يرجع على المشتري الخ) لعل الصواب يرجع عليه : أى على من عقده ، وليس للتفسير عائداً على العاقد اه .

(ولو باعه الوصي لهم) أي لأجل الغرماء (بأمر القاضي) أو بلا أمره (فاستحق) العبد (أو مات قبل القبض) للعبد من الوصي (وضاع) الثمن (رجع المشتري على الوصي) لأنه وإن نصبه القاضي عاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق إليه (وهو يرجع على الغرماء) لأنه عاقل لهم ، وأو ظهر بعده للميت مال رجوع الغريم فيه بدينه هو الأصح (أخرج القاضي الثلث للفقراء ولم يعطهم إياه حتى هلك كان) الهالك (من مالهم) أي الفقراء (والثلثان للورثة) لما مر :

(أمر كقاضي) عدل (برجم أو قطع) في سرقة (أو ضرب) في حد (قضى به) بما ذكر (وسلك فعله) لوجوب طاعة ولي الأمر ، ومنعه محمد حتى يعاين الحججة ، واستحسنوه في زماننا : وفي العيون وبه يفتى إلا في كتاب القاضي للضرورة ، وقيل يقبل أو عدلا عالما (وإن عدلا جاهلا

ضباع مال الوقف أو تفريقه على المستحقين فأنكروا فالقول له كالأصيل لكن مع اليمين ، وبه فارق أمين القاضي فإنه لا يمين عليه كالقاضي اه منح (قوله ولو باعه الوصي) قال في الشرنبلالية : لا فرق فيه بين وصي الميت ومنصوب القاضي مدني (قوله أو بلا أمره) أي بطريق الأولى (قوله للعبد) وقول الدرر الثمن سبق قلم وصوابه المثلث (قوله وإن نصبه القاضي) الأولى حذفه والاختصار على قوله لأنه عاقد نيابة عن الميت كما في الهداية ليضمحل وهي الميت ، قال في الكفاية : أما إذا كان الميت أوصى إليه فظاهر ، وأما إذا نصبه فكذلك لأن القاضي إنما نصبه ليكون قائما مقام الميت لا مقام القاضي (قوله إليه) كما إذا وكله حال حياته (قوله ولو ظهر بعده الخ) فيه إيجاز محتمل بوجه ما في فتح القدير ، فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه بلا شك ، وهل يرجع بما ضمن للمشتري ؛ فيه خلاف قيل نعم ، وقال مجد الأئمة السرخسي : لا يأخذ في التصحيح من الجواب لأن الغريم إنما يضمن من حيث إن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره ، وفي الكافي : الأصح الرجوع لأنه قضى بذلك وهو مضطر فيه ، فقد اختلف في التصحيح كما سمعت اه وقوله بما ضمن للمشتري يفيد أن الاختلاف في المسألة الأولى لأنه في الثانية إنما ضمن للوصي لا للمشتري ، لكن قال في البحر : وقيل لا يرجع به في الثانية والأول أصح اه .

والحاصل أنه في الأولى اختلف التصحيح في الرجوع وفي الثانية الأصح عدمه فتنبه ، ووجدت في نسخة رجوع الغريم منه بدينه لا بما غرم هو الأصح : قال ح : وقيل يرجع بما غرم أيضا وصحح (قوله فيه) أي في المال الذي ظهر للميت (قوله لما مر) متعلق بقوله كان الهالك من مالهم والمراد بما مر أن القاضي لا يضمن (قوله عدل) أي وعالم كذا قيده في الملتقى وغيره مدني ، وكذا قيده في الكنز ولا بد منه هنا لمقابلة قوله وإن عدلا جاهلا : قال في البحر وما ذكره المصنف قول الماتريدي . وفي الجامع الصغير لم يعتبره بهما ، ثم رجع محمد فقال لا يؤخذ بقوله إلا أن يعاين الحججة أو يشهد بذلك مع القاضي عدل وبه أخذ مشايخنا اه : وبهذا يظهر لك أن كلام المصنف ملفق من قولين لأن عدم تقييده بالعدالة والعلم مبني على ما في الجامع الصغير والتفصيل بعده مبني على قول الماتريدي ، وحينئذ فحيث قيده الشارح بقوله عدل يجب زيادة عالم أيضا فيكون على قول الماتريدي ، ويكون قوله بعد وقيل يقبل لو عدلا عالما مستدركا ، وحقه أن يقول وقيل يقبل وأولم يكن عالما وهو ما في الجامع الصغير (قوله ولي الأمر) الظر ما قدمناه في باب الإمامة من كتاب الصلاة (قوله ومنعه محمد) هذا ما رجع إليه بعد الموافقة لها (قوله حتى يعاين الحججة) زاد عليه بعض المشايخ أو يشهد بذلك مع القاضي عدل وهو رواية عنه : وقد استبعده في فتح القدير بكونه بعيدا في العادة وهو شهادة القاضي عند الجلاء والاكتفاء بالواحد على هذه الرواية في حق بثبت شاهدين ، وإن كان في زنا فلا بد من ثلاثة أخر كذا ذكره الإسيبجاني بحر (قوله وقيل يقبل لو عدلا عالما) دخول على المتن قصد به إصلاحه ، وذلك أنه أطلق أولا القاضي ولم يقيده بالعدل العالم تبعا للجامع الصغير وهو ظاهر

إن استفسر فأحسن (تفسير (الشرائط صدق وإلا لا ، وكذا) لا يقبل قوله (لو) كان (فاسقا) عالما كان أو جاهلا للتهمة فالقضاء أربعة (إلا أن يعاين الحججة) أى سببا شرعيا :
 (صب دهننا لإنسان عند الشهود) فادعى مالكة ضمانه (وقال) الصاب (كانت) الدهن (نجسة وأنكره المالك فالقول للصاب) لإنكاره الضمان والشهود يشهدون على الصب لا على عدم النجاسة :
 (ولو قتل رجلا وقال قتله لردته أو لقتله أبى لم يسمع) قوله لثلا يؤدي إلى فتح باب العدوان فإنه يقتل ويقول كان القتل لذلك وأمر الدم عظيم فلا يهمل ، بخلاف المال إقرار بزارية :
 (صدق) قاض (معرول) بلا يمين (قال لزيد أخذت منك ألفا قضيت به) أى بالألف (لبكر ودفعته إليه أو قال قضيت بقطع يدك في حق وادعى زيد أخذه) الألف (وقطعه) اليد (ظلما وأقر بكونهما) أى الأخذ والقطع (في) وقت (قضائه) وكذا لو زعم فعله قبل التقليد أو بعد العزل في الأصح لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان فيصدق إلا أن يبرهن زيد على كونهما في غير قضائه فالقاضي يكون مبطلا صدر شريعة .

الرواية ، ثم ذكر التفصيل وهو على قول الماتريدي القائل باشتراط كونه عدلا عالما كما مشى عليه في الكنز ، وإن أردت زيادة الدراية فارجع إلى الهداية ، وحيث كان مراد الشارح ذلك فكان الصواب أن يحذف قوله عدل في أول المسألة فإنه من الشرح على ما رأيناه :

واعلم أنه على رواية الجامع رجع محمد وقال لا حتى يعاين الحججة كما مر بيانه وأن عليه الفتوى وقال في البحر لكن رأيت بعد ذلك في شرح أدب القضاء للصدر الشهيد أنه صح رجوع محمد إلى قولها :

قال : والحاصل المفهوم من شرح الصدر أنهما قالا بقبول إخباره عن إقراره بشيء لا يصح رجوعه عنه مطلقا وأن محمدا أولا وافقهما ثم رجع عنه وقال لا يقبل إلا بضم رجل آخر عدل إليه ثم صح رجوعه إلى قولها :
 وأما إذا أخبر القاضي بإقراره عن شيء يصح رجوعه عنه كالحمد لم يقبل قوله بالإجماع وإن أخبر عن ثبوت الحق بالبينة فقال قامت بذلك بينة وعدلوا وقبلت شهادتهم على ذلك تقبل في الوجهين جميعا اه : وضمير إقراره راجع إلى الخصم : هذا ، ولا ينبغي عليك أن الكلام في القاضي المولى ، وأما المعزول فلا يقبل ولو شهد معه عدل كما مر عن النهر أوائل كتاب القضاء (قوله إن استفسر الخ) بأن يقول في حد الزنا إنى استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ، ويقول في حد السرقة إنه ثبت عندي بالحجة أنه أخذ لصابا من حرز لاشبهة فيه وفي القضاص أنه قتل عمدا بلا شبهة ، وإنما يحتاج إلى استفسار الجاهل لأنه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا كفاية (قوله شرعيا) فيشمل الإقرار (قوله لإنكاره الضمان) بالمثل لا بالقيمة شيخنا فلا يكون القول له إلا في أنها متنجسة فيضمن قيمتها متنجسة كما نقله أبو السعود عن الشيخ شرف الدين الغزى عثى الأشباه .
 وعبارة الخانية قبيل كتاب القاضي من الشهادات : القول قوله مع يمينه في إنكاره استهلاك الطاهر ولا يسع الشهود أن يشهدوا عليه أنه صب زيتا غير نجس ، وتمايمه فيها فراجعها وهي أظهر مما هنا (قوله وكذا لو زعم الخ) أى المدعى ، لكن لو أقر القاطع والآخذ في هذا بما أقر به القاضي يضمنان لأنهما أقرتا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لاني إبطال سبب الضمان عن غيره بخلاف الأول لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد أقر بما أقر به القاضي وأما أخذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو لا يؤخذ منه لأنه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى التملك إلا بحجة ، وقوله المعزول ليس بحجة فيه بحر (قوله لأنه أسند) أى القاضي (قوله إلى حالة) فصار كما إذا قال طلقت أو عصمت وأنا مجنون وجنوله معهود بحر (قوله للضمان) أى من كل وجه كما زاده في البحر أخذا مما في الجمع : قال فلا يرد ما لو قال المولى لأمه بعد

[فرع] نقل في الأشباه عن بعض الشافعية : إذا لم يكن للقاضي شيء في بيت المال فله أخذ عشر ما يتولى مع أموال اليتامى والأوقاف : وفي الخانية : للمتولى العشر في مسألة الطاحونة : قلت : لكن في البرازية كل ما يجب على القاضي والمفتي لا يحل لهما أخذ الأجر به كمنكاح صغير لأنه واجب عليه وكجواب المفتي بالقول : وأما بالكتابة فيجوز لهما على قدر كتبهما لأن الكتابة لا تلزمهما ، ونمامه في شرح الوهبانية . وفيها :

وليس له أجر وإن كان قاسما وإن لم يكن من بيت مال مقرر
ورخص بعض لانعدام مقرر وفي عصرنا فالقول الأول ينصر
وجوز للمفتي على كتب خطه على قدره إذ ليس في الكتب يحصر

كتاب الشهادات

آخرها عن القضاء لأنها كالوسيلة وهو المقصود (هي) لغة خبر قاطع : وشرعا (إخبار صدق لإثبات حق) فتح :

قلت : فإطلاقها على الزور مجاز كإطلاق اليمين على الغموس (بلفظ الشهادة في مجلس القاضي) وأو بلاد عوى كما في عتق الأمة : وسبب وجوبها طلب ذى الحق أو خوف فوت حقه بأن لم يعلم بها ذو الحق

عتقها قطعت يدك وأنت أمتي وقالت قطعها وأنا حرة حيث يكون القول لها لأنه أسند فعله إلى حانة قد يجامعها الضمان في الجملة ، لأن كونها أمة له لا ينفي الضمان عنه من كل وجه ، ألا ترى أنه بضمين إذا كانت موهولة أو مأذونة مديونة اه ملخصا وتمام التفاريع عليه فيه فراجع (قوله في الأشباه) وعبارتها قال في بسط الأنوار للشافعية من كتاب القضاء ما لفظه : وذكر جماعة من أصحاب الشافعي وأبي حنيفة إذا لم يكن للقاضي شيء من بيت المال فله أخذ عشر ما يتولى من مال الأيتام والأوقاف ثم بالغ في الإنكار اه ولم أر هذا لأصحابنا اه وما أحسبت نقل الشارح العبارة على هذا الوجه لثلا يظن بعض المنهورين صحة هذا النقل مع أن الناقل بالغ في إنكاره كما ترى كيف وقد اختلفوا عندنا في أخذه من بيت المال فما ظنك في اليتامى والأوقاف (قوله والأوقاف) أقول : زاد في الأشباه قوله ثم بالغ في الإنكار الخ :

قال العلامة الشيخ خير الدين الرملي في حاشيته على الأشباه ما نصه : قوله ثم بالغ في الإنكار أقول بعني على الجماعتين والمبالغة في إنكار واضحة الاعتبار ، وذلك أنه لو تولى على عشرين ألفا مثلا ولم يلحقه من المشقة فيها شيء بماذا يستحق عشرها وهو مال اليتيم وفي حرمة جاءت القواطع ، فما هو إلا بهتان على الشرع الساطع وظلمة غطت على بصائرهم ، فنعوذ بالله من غضبه الواقع ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم اه . وقال يرى زاده في حاشيتها : الصواب أن المراد من العشر أجر مثل عمله حتى لو زاد رد الزائد اه مدني (قوله في مسألة الطاحونة) أي إذا كان له عمل . والذي في الخالية من الوقف : رجل وقف ضيعة على مواليه وقفا صحيحا فمات الواقف وجعل القاضي الوقف في يد قيم وجعل للعشر الغلات وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها إلى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يقبضون غلتها لا يجب للقيم عشر هذه الطاحونة لأن القيم يأخذ ما يأخذ بطريق الأجر فلا يستوجب الأجر بدون العمل اه وهكذا في التارخالية ح :

كتاب الشهادات

(قوله كإطلاق في اليمين) فإن حقيقة اليمين عقد يتقوى به عزم الخالف على الفعل أو الترك في المستقبل .

وخاف فوته لزمه أن يشهد بلا طلب فتح :
 (شرطها) أحد وعشرون شرطا شرائط مكانها واحد : وشرائط التحمل ثلاثة (العقل الكامل) وقت التحمل ، والبصر ، ومعاينة المشهود به إلا فيما يثبت بالتسامع (و) شرائط الأداء سبعة عشر : عشرة عامة وسبعة خاصة ، منها (الضبط والولاية) فيشترط الإسلام لو المدعى عليه مسلما (والقدرة على التمييز) بالسمع والبصر (بين المدعى والمدعى عليه) ومن الشرائط عدم قرابة ولاد أو زوجية أو عداوة دليوية أو دفع مغرم أو جرم مغتم كما سيجيء (وركنها لفظ أشهد) لا غير لتضمنه معنى مشاهدة وقسم وإخبار للحال فكأنه يقول أقسم بالله لقد اطلعت على ذلك وأنا أخبر به وهذه المعاني مفقودة في غيره فتعين ،

والغموس : الحلف على ماضى كذبا عمدا (قوله وخاف) أى الشاهد، وقوله فوته : أى الحق (قوله بلا طلب) نظر فيه المقدسى بأن الواجب فى هذا إعلام المدعى بما يشهد فإن طلب وجب عليه أن يشهد وإلا لا إذ يحتمل أنه ترك حقه ط (قوله شرائط مكانها واحد) أى مجلس القضاء منح (قوله العقل الكامل وقت التحمل) المراد ما يشمل التمييز بدليل ما سيأتى فى الباب الآتى (قوله عشرة عامة) أى فى جميع أنواع الشهادة أما العامة فهى الحرية والبصر والنطق والعدالة لكن هى شرط وجوب القبول على القاضى لا شرط جوازه وأن لا يكون محدودا فى قذف وأن لا يجر الشاهد إلى نفسه مغنا ولا يدفع عن نفسه مغرما فلا تقبل شهادة الفرع لأصله وعكسه وأحد الزوجين للآخر وأن لا يكون خصما فلا تقبل شهادة الوصى لليتيم والوكيل لموكله وأن يكون عالما بالمشهود به وقت الأداء ذاكر له ولا يجوز اعتاده على خطه خلافا لهما :

وأما ما يخص بعضها فالإسلام إن كان المشهود عليه مسلما والذكورة فى الشهادة فى الحد والقصاص ، وتقدم الدعوى فيما كان من حقوق العباد وموافقها للدعوى ، فإن خالفتم لم تقبل إلا إذا وفق المدعى عند إمكانه ، وقيام الرأفة بالشهادة على شرب الخمر ولم يكن سكران لا لبعده مسافة (١) والأصل فى الشهادة فى الحدود والقصاص وتعذر حضور الأصل فى الشهادة على الشهادة كذا فى البحر ، لكنه ذكر أولا أن شرائط الشهادة نوعان : ما هو شرط تحملها وما هو شرط أدائها فالأول ثلاثة وقد ذكرها الشارح ، والثانى أربعة أنواع : ما يرجع إلى الشاهد ، وما يرجع إلى الشهادة ، وما يرجع إلى مكانها ، وما يرجع إلى المشهود به ، وذكر أن ما يرجع إلى الشاهد السبعة عشر العامة والخاصة : وما يرجع إلى الشهادة ثلاثة : لفظ الشهادة ، والعدد فى الشهادة بما يطلع عليه الرجل ، واتفاق الشاهدين ، وما يرجع إلى مكانها واحد وهو مجلس القضاء ، وما يرجع إلى المشهود به علم من السبعة الخاصة :

ثم قال : فالحاصل أن شرائطها إحدى وعشرون ، فشرائط التحمل ثلاثة ، وشرائط الأداء سبعة عشر : منها عشرة شرائط عامة ، ومنها سبعة شرائط خاصة : وشرائط نفس الشهادة ثلاثة وشرائط مكانها واحد ومقتضاه أن شرائط الأداء نوعان لا أربعة كما ذكر أولا ، والصواب أن يقول إنها أربعة وعشرون ثلاثة منها شرائط التحمل وإحدى وعشرون شرائط الأداء ، منها سبعة عشر شرائط الشاهد وهى عشرة عامة وسبعة خاصة ، ومنها ثلاث شرائط لنفس الشهادة ، ومنها واحد شرط مكانها ، وبهذا يظهر لك ما فى كلام الشارح أيضا (قوله أشهد) فلو قال شهدت لا يجوز لأن الماضى موضوع للإخبار عما وقع فيكون غير مخير فى الحال من (قوله لتضمنه) أى باعتبار الاشتقاق (قوله معنى مشاهدة) وهى الاطلاع على الشيء عيانا (قوله وقسم) لأنه قد استعمل فى القسم نحو أشهد بالله لقد كان كذا أى أقسم من (قوله للحال) ولا يجوز شهدت لأن الماضى موضوع للإخبار عما وقع (قوله فتعين الخ) فلذا اقتصر عليه احتياطا وابتاعا للمأثور ، ولا يخاو عن معنى التعبد إذ لم يتعل غيره كما بسطه فى البحر

(١) (قوله ولم يكن سكران لالهمه مسافة) هكذا فى النسخة المجموع منها ولا يخلو من تأمل فليحرر اه مصححه .

حتى او زاد فيها أعلم بطل للشك: وحكمها وجوب الحكم على القاضى بموجبها بعد التركة بمعنى افتراضه فوراً إلا في ثلاث قدمناها (فلو امتنع) بعد وجود شرائطها (أثم) لتركة الفرض (واستحق العزل) لفسقه (وعزر) لارتكابه ما لا يجوز شرعاً زيلعى (وكفر إن لم ير الوجوب) أى إن لم يعتقد افتراضه عليه ابن ملك ، وأطاق الكافي جنى كفره واستظهر المصنف الأول (ويجب أداؤها بالطاب) ولو حكما كما مر ، لكن وجوبه بشروط سبعة وبسوطه في البحر وغيره ، منها عدالة قاض وقرب مكانه وعلمه بقبوله أو بكونه أسرع قبولاً وطاب المدعى (لو في حق العبد إن لم يوجد بدله) أى بدل الشاهد لأنها فرض كفاية تتعين لو لم يكن إلا شاهدان لتحمل أو أداء ، وكذا الكاتب إذا تعين ، لكن له أخذ الأجرة لا للشاهد ، حتى لو أركبه بلا عذر لم تقبل وبه تقبل الحديث «أكرموا الشهود» وجوز الثاني الأكل مطلقاً وبه يفتى بحر ، وأقره المصنف (و) يجب الأداء (بلا طلب أو) الشهادة (في حقوق الله تعالى) وهي كثيرة عد منها في الأشباه أربعة عشر: قال: ومتى آخر شاهد الحسبة شهادته بلا هذر فسق فترد (كطلاق امرأة) أى بائناً (وعتق أمة) وتدبيرها وكذا عتق عبد وتدبيره شرح وهبانية ، وكذا الرضاع كما مر في بابه ، وهل يقبل جرح الشاهد حسبة؟ الظاهر نعم لكونه حقاً لله تعالى أشباه فبلغت

(قوله حتى لو زاد فيها أعلم الخ) فلو قال أشهد بكذا فيما أعلم لم تقبل كما لو قال في ظنى بخلاف ما لو قال أشهد بكذا قد علمت ، ولو قال لا حق لى قبل فلان فيما أعلم لا يصح الإبراء ، ولو قال لفلان على ألف درهم فيما أعلم لا يصح الإقرار ، ولو قال المعدل هو عدل فيما أعلم لا يكون تعديلاً بحر (قوله ثلاث) خوف ريبة ورجاء صلح أقارب وإذا استمهل المدعى من (قوله قدمناها) أى قبيل باب التحكيم ح (قوله إن لم ير الوجوب) نقله في أول قضاء البحر عن شرح الكنز لباكير (قوله وأطاق الكافي جنى) أى في رسالته [سيف القضاة على البغاة] حيث قال: حتى لو أخر الحكم بلا عذر عمداً قالوا إنه يكفر (قوله كما مر) هو قوله أو خوف فوت حقه (قوله وقرب مكانه) فإن كان بعيداً بحيث لا يمكنه أن يغدو إلى القاضى لأداء الشهادة ، ويرجع إلى أهله في يومه ذلك قالوا يأثم لأنه يلحقه ضرر بذلك قال تعالى - ولا يضار كاتب ولا شهيد - بحر (قوله إن لم يوجد بدله) هذا هو خامس الشروط: وأما الإثنان الباقيان فهما أن لا يعلم بطلان المشهود به وأن لا يعلم أن المقر أقر خوفاً ح (قوله أخذ الأجرة) لينظر مع ما تقدم من قوله كل ما يجب على القاضى والمفتى لا يحل لها أخذ الأجر به وليس خاصاً بهما بدليل ما ذكره من أن غاسل الأموات إذا تعين لا يحل له أخذ الأجر فتأمل (قوله بلا عذر) بأن كان لم قوة المشى أو مال يستكرون به الدواب (قوله وبه) أى بالعذر كذا في الهامش (قوله مطلقاً) أى سواء صنعه لأجلهم أولاً ومنعه محمد مطلقاً وبعضهم فصل (قوله أربعة عشر) قدمناها في الوقف ح (قوله حسبة) متعلق بالجرح لا بالشاهد ح: قال في الأشباه تقبل شهادة الحسبة بلا دعوى في طلاق المرأة وعتق الأمة والوقف وهلال رمضان وغيره إلا هلال الفطر والأضحى والحدود إلا الحد القذف والسرقة: واختلفوا في قبولها بلا دعوى في النسب كما الظهيرية من النسب وجزم بالقبول ابن وهبان في تدبير الأمة وحرمة (١) والخلع والإبلاء والظهار ولا تقبل في عتق العبد بدون دعوى عنده خلافاً لها:

واختلفوا على قوله في الحرية الأصلية والمعتمداً اه. وفي الظهيرية إذا شهد اثنان على امرأة أن زوجها طلقها ثلاثاً أو على عتق أمة وقالوا كان ذلك في العام الماضي جازت شهادتهما وتأخيرهما لا يوهن شهادتهما قبل وينبغى أن يكون ذلك وهنا في شهادتهما إذا علما أنه بمسكها إمساك الزوجات والإماء لأن الدعوى ليست شرطاً لقبول هذه الشهادة فإذا أخروها صاروا فسقة اه كذا في الهامش:

(١) (قوله وحرمة) هكذا في النسخة المجموع منها ، راجع المضاف إليه المصاهرة وليحرر اه مصححه .

ثمانية عشر ، وليس لنا مدعى حسبة إلا في الوقف على المزجوح فليحفظ (وسترها في الحدود أبر) لحديث «من ستر ستر» فالأولى الكتمان إلا لمتنتك بحر (و) الأولى أن (يقول) الشاهد (في السرقة أخذ) إحياء للحق (لاسرقة) رعاية للستر (ونصاها للزنا أربعة رجال) ليس منهم ابن زوجها ، واو علق عتقه بالزنا وقع برجلين ولا حد ، ولو شهدا بعتقه ثم أربعة بزناه محصنا فأعتقه القاضي ثم رجه ثم رجع الكل ضمن الأولان قيمته لمولاه والأربعة ديتة له أيضا لو وارثه (و) لبقية (الحدود والقود و) منه (إسلام كافر ذكر) لما لقتله بخلاف الأثني بحر (و) مثله (ردة مسلم رجلا) إلا المعاق فيتع ولا يحسد كما مر (وللولادة واستهلال الصبي للصلاة عليه) وللإرث

[فرع] في المجتبي عن الفضلي : تحمل الشهادة فرض على الكفاية كأدائها وإلا اضاعت الحقوق وعلى هذا الكاتب إلا أنه يجوز له أخذ الأجرة على الكتابة دون الشهادة فيمن تعينت عليه باجماع الفقهاء وكذا من لم تعين عليه عندنا وهو قول للشافعي ، وفي قول يجوز لعدم تعينه عليه اه شلبي اه ط (قوله ثمانية عشر) أي بزيادة عتق العبد وتديره والرضاع والجرح . وأما طلاق المرأة وعتق الأمة وتديرها فن الأربعة عشر (قوله إلا في الوقف) يعني إذا ادعى الموقوف عليه أصل الوقف تسمع عند البعض والمفتي به عدم سماعها إلا بقولية كما تقدم في الوقف (قوله والأولى أن يقول الخ) فيه إشارة إلى أن المراد ستر أسباب الحدود ، منهوات ابن كمال (قوله ونصاها) لم يقل وشرطها أي كما قال في الكنز لما سيأتي أن المرأة ليست بشرط في الولادة وأختها ابن كمال (قوله أربعة رجال) فلا تقبل شهادة النساء (قوله ابن زوجها) أي إذا كان الأب مدعيا . قال في البحر : اعلم أنه يجوز أن يكون من الأربعة ابن زوجها .

وحاصل ما ذكره في المحيط البرهاني أن الرجل إذا كان له امرأتان وإلحداهما خمس بنين فشهد أربعة منهم على أخيم أنه زنى بامرأة أبيهم تقبل إلا إذا كان الأب مدعيا أو كانت أمهم حية اه (قوله فأعتقه) أي حكم بعتقه (قوله لو وارثه) بأن لم يكن له وارث غيره وإلا لو ارثه (قوله والقود) شمل القود في النفس والعضو وقيد به لما في الخانية : واو شهد رجل وامرأتان بقتل الخطأ أو بقتل لا يوجب القصاص تقبل شهادتهم ، وقوله بخلاف الأثني أي فإنه يقبل على إسلامها بشهادة رجل وامرأتين ، بل في المقدسي : لو شهد نصرانيان على نصرانية أبي أنها أسامت بجاز ونجبر على الإسلام :

قلت : وينبغي في النصراني كذلك فيجبر ولا تقبل ورأيت في اللؤلؤ الجية انتهى سائحاني . وانظر لم يقل كذلك في شهادة رجل وامرأتين على إسلامه لسكته يعلم بالأولى ، وصرح به في البحر عن المحيط عند قوله والذي على مثله ، وانظر ما مر في باب المرتد عن الدرر (قوله ومنه) أي من القودح (قوله لقتله) أي إن أصر على كفره (قوله بخلاف الأثني) فإنها لا تقبل فتقبل شهادة رجل وامرأتين فلذا قيد بذكر (قوله رجلا) في البحر : لو قضى بشهادة رجل وامرأتين في الحدود والقصاص وهو يراه أو لا يراه ثم رفع إلى قاض آخر أمضاه .

وفي الخانية : رجل قال إن شربت الخمر فعاوكي حر فشهد رجل وامرأتان أنه شربه عتق العبد ولا يحسد السيد وعلى قياس هذا إن سرق ، والفتوى على قول أبي يوسف فيهما كذا في الهامش (قوله إلا المعلق فيقع) يعني ما علق على شيء مما يوجب الحد أو القود لا يشترط فيه رجلا بل يثبت برجل وامرأتين وإن كان المعاق عليه لا يثبت بذلك قاله في البحر (قوله كما مر) أي قريبا (قوله وللولادة) لم يذكرها في الإصلاح : قال لأن شهادة امرأة واحدة على الولادة إنما تكفي عندهما بخلافه على ما مر في باب ثبوت النسب ، وأما شهادتهما على الاستهلال

عندهما والشافعي وأحمد وهو أرجح فتح (والبكاره وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه الرجال امرأة) حرة مسامة والثنتان أحوط ، والأصح قبول رجل واحد خلاصة وفي البرجندی عن الملتقط أن المعلم إذا شهد منفردا في حوادث الصبيان تقبل شهادته اه فليحفظ (و) نصابها (لغيرها من الحقوق سواء كان) الحق (مالا أو غيره ككنكاح وطلاق ووكالة ووصية واستهلال صبي) ولو (للإرث رجلان) إلا في حوادث صبيان المكتب فإنه يقبل فيها شهادة المعلم منفردا فهستانى عن التجنيس (أو رجل وامرأتان) ولا يفرق بينهما لقوله تعالى - فتذكر إحداهما الأخرى - ولا تقبل شهادة أربع بلا رجل لثلا يكثر خروجهن ، وخصهن الأئمة الثلاثة بالأموال وتوابعها (وازم في الكل) من المراتب الأربع (لفظ أشهد) بلفظ المضارع بالإجماع ، وكل مالا يشترط فيه هذا اللفظ كطهارة ماء ورؤية هلال فهو إخبار لا شهادة (لقبولها والعدالة لوجوبه) في الينابيع : العدل من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج ومنه الكذب لخروجه من البطن (لا لصحته) خلافا للشافعي رضى الله تعالى عنه (فلو قضى

فتقبل بالإجماع في حق الصلاة إنما قلنا في حق الصلاة لأن في حق الإرث لا تقبل عنده خلافا لها اه (قوله عندهما) قيد للإرث وأما في حق الصلاة فتقبل اتفاقا كما في المنح (قوله وعيوب النساء) أى كما لو اشترى جارية فادعى أن بها قرنا أو رتقا لكن ذكر في المنح في باب خيار العيب عند قوله ادعى إباقا أن مالا يعرفه إلا النساء يقبل في قيامه للحال قول امرأة ثقة ثم إن كان بعد القبض لا يرد بقولها بل لا بد من تحليف البائع وإن كان قبله فكذلك عند محمد : وعند أبي يوسف يرد بقولهن بلا يمين البائع اه .

وفي الفتح قبيل باب خيار الرؤية أن الأصل أن القول لمن تمسك بالأصل وأن شهادة النساء بانفرا دهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة إذا تأيدت بمؤيد وإلا تعتبر لتوجه الخصومة لا لإلزام الخصم ثم ذكر أنه لو اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده في بكارتها يريها القاضى النساء ، فإن قلن بكر لزم المشتري لأن شهادتهن تأيدت بأن الأصل البكاره ، وإن قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لأنها حجة قوية لم تتأيد بمؤيد ، لكن تثبت الخصومة ليتوجه اليمين على البائع فيحلف بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهى بكر ، فإن نكل ردت عليه وإلا فلا اه ملخصا (قوله رجل واحد) قال في المنح : وأشار بقوله فيما لا يطلع عليه الرجال إلى أن الرجل لو شهد لا تقبل شهادته وهو محمول على ما إذا قال تعمدت النظر . أما إذا شهد بالولادة وقال فاجأتها فانفق نظرى عليها تقبل شهادته إذا كان عدلا كما في المبسوط اه (قوله لغيرها) أى لغير الحدود والقصاص وما لا يطلع عليها الرجال منح فشمّل القتل خطأ والقتل الذى لا فصاص فيه لأن موجه المال ، وكذا تقبل فيه الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى رملى عن الخانية وتماه فيه (قوله ولو للإرث) في بعض النسخ لو بلا واو ، والظاهر حذفها تأمل ، وقوله للإرث : أى عند الإمام . قال في المنح : والعناق والنسب (قوله إلا في حوادث الخ) مكرر مع ما تقدم (قوله فتذكر إحداهما الأخرى) حكى أن أم بشر شهدت عند الحاكم فقال الحاكم فرقوا بينهما فقالت ليس لك ذلك ، قال الله تعالى - أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى - فسكت الحاكم كذا في الملتقط بحر (قوله وتوابعها) كالأجل وشرط الخيار (قوله لفظ أشهد) قال في اليعقوبية : والعراقيون لا يشترطون لفظ الشهادة في شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال فيجعلونها من باب الإخبار لا من باب الشهادة : والصحيح ما في الكتاب لأنه من باب الشهادة ولهذا شرط فيه شرائط الشهادة من الحرية ومجلس الحكم وغيرهما اه (قوله لوجوبه) أى لوجوب القضاء على القاضى منح (قوله العدل) قال في الذخيرة . وأحسن ما قيل في تفسير العدالة : أن يكون مجتنباً للكبار ، ولا يكون مصرا على الصغائر ، ويكون صلاحه أكثر من فساده وصوابه أكثر من خطئه اه فتال (قوله لا لصحته) أى لصحة

بشهادة فاسق نفذ) وأثم فتح (إلا أن يمنع منه) أى من القضاء بشهادة الفاسق (الإمام فلا) بنفذ لما مر أنه يتأقت ويتفقد بزمان ومكان وحادثه وقول معتمد حتى لا ينفذ قضاؤه بأقوال ضعيفة وما فى القنية والمجتبى من قبول ذى المروءة والصادق فقول الثانى بحر وضعفه الكمال بأنه تعليل فى مقابلة النص فلا يقبل وأقره المصنف (وهى) إن (على حاضر يحتاج) الشاهد (إلى الإشارة إلى) ثلاثة مواضع أعنى (الخصمين والمشهود به لو عيننا) لا ديننا (وإن على غائب) كما فى نقل الشهادة (أو ميت فلا بد) لقبولها (من نسبتها إلى جده فلا يكفى ذكر اسمه واسم أبيه وصناعته إلا إذا كان يعرف بها) أى بالصناعة (لا محالة) بأن لا يشاركه فى المصر غيره (فلو قضى بلا ذكر الجدة نفذ) فالمعتبر التعريف لا تكثير الحروف ، حتى لو عرف باسمه فقط أو بلقبه وحده كفى جامع الفصولين وملتقط (ولا يسأل عن شاهد بلا طعن من الخصم إلا فى حد وقود ، وعندهما يسأل فى الكل) إن جهل بمحالم بحر (سرا وعلنا به يفتى) وهو اختلاف زمان لأنهما كانا فى القرن الرابع ، ولو اكتفى بالسرا جمع وبه يفتى مراجبة (وكفى فى التزكية) قول المزكى (هو عدل فى الأصح) لثبوت الحرية بالدار درر يعنى الأصل فيمن كان فى دار الإسلام

القاضى (١) يعنى نفاذه منح (قوله بشهادة فاسق نفذ) قال فى جامع الفتاوى : وأما شهادة الفاسق ، فإن تحرى القاضى الصدق فى شهادته تقبل وإلا فلا اه فتال : وفى الفتاوى القاعدية : هذا إذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ درر أول كتاب القضاء ، وظاهر قوله وهو مما يحفظ اعتماده اه (قوله بحر) الذى فى البحر أنه رواية عن الثانى (قوله النص) وهو قوله تعالى - وأشهدوا ذوى عدل منكم - وأجبنا عنه أول القضاء (قوله يحتاج الشاهد الخ) :

[فرع] فى البرازية : كتب شهادته فقرأها بعضهم فقال الشاهد أشهد أن لهذا المدعى على هذا المدعى عليه كل ما سئى ووصف فى هذا الكتاب ، أو قال هذا المدعى الذى قرئ ووصف فى هذا الكتاب فى يد هذا المدعى عليه بغير حق وعليه تسليمه إلى هذا المدعى يقبل ، لأن الحاجة تدعو إليه لطول الشهادة ولعجز الشاهد عن البيان اه (قوله أو بلقبه) وكذا بصفته ، كما أفتى به فى الحامدية فيمن يشهد أن المرأة التى قتلت فى سوق كذا يوم كذا فى وقت كذا قتلها فلان تقبل بلا بيان اسمها وأبيها حيث كانت معروفة لم يشاركها فى ذلك غيرها (قوله جامع الفصولين) أى فى الفصل التاسع (قوله يسأل) أى وجوبا وليس بشرط للصحة عندهما كما أوضحه فى البحر : وفيه : ومحل السؤال عن قولها عند جهل القاضى بمحالم ، ولذا قال فى الملتقط : القاضى إذا عرف الشهود يرح أو عدالة لا يسأل عنهم اه (قوله به يفتى) مرتبط بقوله وعندهما يسأل فى الكل :

قال فى البحر : والحاصل أنه إن طعن الخصم سأل عنه فى الكل وإلا سأل فى الحدود والقصاص ، وفي غيرها محل الاختلاف : وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ، والفتوى على قولها فى هذا الزمان كذا فى الهداية انتهى ، فكان ينبغى للمصنف أن يقدمه على قوله سرا وعلنا لتلايهم خلاف المراد فإنه سينقل أن الفتوى الاكتفاء بالسرا وجزم به ابن الكمال فى متنه . وذكر فى البحر أن ما فى الكنز خلاف المفتى به ، وبه ظهر أن ما يفعل فى زماننا من الاكتفاء بالعلانية خلاف المفتى به ، بل فى البحر لا بد من تقديم تزكية السر على العلانية ، لما فى الملتقط عن أبى يوسف : لا أقبل تزكية العلانية حتى يزكى فى السرا اه فتنبه (قوله الرابع) والإمام فى القرن الثالث الذى شهد له رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخيرية (قوله هو عدل) أى وجائز الشهادة : قال فى الكافى : ثم قيل لا بد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة ، إذ العبد والحدود فى القذف إذا تاب قد يعدل : والأصح أن يكفى

(١) (قوله أى لصحة القاضى) هكذا فى الأصل ، وأصل الأصوب لصحة القضاء فأمل اه صححه .

الحرية فهو بعبارة جواب عن النقص بالعبد وبدلالته جواب عن النقص بالمحدود ابن كمال (والتعديل مع الخصم الذي لم يرجع إليه في التعديل لم يصلح) فلو كان ممن يرجع إليه في التعديل صح بزالية، والمراد بتعديله تزكيته بقوله هم عدول زاد لكنهم أخطئوا ونسوا أو لم يزد (و) أما (قوله صدقوا أو هم عدول صدقة) فإنه (اعتراف بالحق) فيقضى بإقراره لا بالبينة عند الجحود اختيار : وفي البحر عن التهذيب : يحلف الشهود في زماننا لعذر التزكية إذ المجهول لا يعرف المجهول وأقره المصنف . ثم نقل عنه عن الصيرفية تفويضه للقاضي :

قلت : ولا تنس ما مر عن الأشباه (و) الشاهد (له أن يشهد بما سمع أو رأى في مثل البيع) ولو بالتعاطى فيكون مع المرئى (والإقرار) ولو بالكتابة فيكون مرثيا (وحكم الحاكم والغصب والقتل

بقوله هو عدل لثبوت الحرية بالدار كذا في الهامش ، لكن في البحر : واختار السرخسي أنه لا يكتفى بقوله هو عدل ، لأن المحدود في قذف بعد التوبة عدل غير جازر الشهادة وينبغي ترجيحه اهـ . وفي الهامش قوله قول المزكى الخ أو يكذب في ذلك القرطاس تحت اسمه هو عدل ، ومن عرف في الفسق لا يكتب شيئا احترازا عن الهتك أو يكذب الله أعلم درر (قوله الحرية) مخالف لما نقل في بعض الشروح عن الجامع الكبير من أن الناس أحرار إلا في الشهادة والحدود والقصاص كما لا يخفى فليتأمل بعقوبية ، لكن ذكر في البحر عن الزيلعي أن هذا محمول على ما إذا طعن الخصم بالرق كما قيده القدوري اهـ (قوله بالمحدود) أي قولهم الأصل فيمن كان في دار الإسلام الحرية بمفهوم الموافقة المسمى بدلالة النص بجواب عن النقص بالمحدود في القذف الوارد على ما تقدم فإن العدالة لا تستلزم عدم الحد في القذف ، وإنما دل بمفهوم الموافقة لأن الأصل فيمن كان في دار الإسلام عدم الحد في القذف أيضا فهو مسامح (قوله والتعديل) أي التزكية (قوله من الخصم) أي المدعى عليه والمدعى بالأولى ، وأطلقه فشم ما إذا عدله المدعى عليه قبل الشهادة أو بعدها كما في البزالية ويحتاج إلى تأمل ، فإنه قبل الدعوى لم يوجد منه كذب في إنكاره وقت التعديل وكان الفسق الطارىء على المعدل قبل القضاء كالمقارن بحر (قوله لم يصلح) أي لم يصلح مزكيا : قال في الهامش : لأن من زعم المدعى وشهده أن المدعى عليه كاذب في الإنكار وتزكية الكاذب الفاسق لا تصح ، هذا عند الإمام . وعندهما تصح إن كان من أهله بأن كان عدلا ، لكن عند محمد لا بد من ضم آخر إليه (قوله عن الأشباه) أي قبيل النحكيين من أن الإمام لو أمر قضاته بتحليف الشهود وجب على العلماء أن ينصحوه ويقولوا له الخ (قوله في مثل البيع) ولا بد من بيان الثمن في الشهادة على الشراء وسنوضحه في باب الاختلاف فراجع (قوله ولو بالتعاطى) وفيه يشهدون بالأخذ والإعطاء ، ولو شهدوا بالبيع جاز بحر عن البزالية ، وفيه عن الخلاصة : رجل حضر بيعا ثم احتسب إلى الشهادة للمشتري يشهد له بالملك بسبب الشراء ولا يشهد له بالملك المطلق اهـ . وفيه : ولا بد من بيان الثمن في الشهادة على الشراء لأن الحكم بالشراء بثمن مجهول لا يصح كما في البزالية ، والنظر ماسياتي وما مر :

وفي الهامش عن الدرر : ويقول أشهد أنه باع أو أقر لأنه عين السبب فوجب عليه الشهادة به كما عين ، وهذا إذا كان البيع بالعقد ظاهرا ، وإن كان بالتعاطى فكذلك لأن حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد وجد ، وقيل لا يشهدون على البيع بل على الأخذ والإعطاء لأنه بيع حكيم لاحقبقى اهـ (قوله والإقرار) بأن يسمع قول المقر لفلان على كذا درر كذا في الهامش (قوله ولو بالكتابة) في البحر عن البزالية ماملخصه : إذا كتب إقراره بين يدي الشهود ولم يقل شيئا لا يكون إقرارا فلا تحمل الشهادة به ، ولو كان مصدرا مرسوما وإن الغائب على وجه الرسالة على ما عليه العامة لأن الكتابة قد تكون للتجربة ، وفي حق الأخرس بشرط أن يكون معنونا مصدرا وإن لم يكن إلى الغائب ، وإن كتب وقرا عند الشهود مطلقا أو قرأه غيره وقال الكاتب اشهدوا على به أو كتبه

وإن لم يشهد عليه (ولو مختفياً يرى وجه المقر ويفهمه) ولا يشهد على محجب بسماعه منه إلا إذا تبين لقائل (بأن لم يكن في البيت غيره ، لكن لو فسر لانتقل درر (أو يرى شخصها) أي للقائلة (مع شهادة اثنين بأنها فلانة بنت فلان بن فلان) ويكفي هذا للشهادة على الاسم والنسب وعليه الفتوى جامع الفصولين .

[فرع] في الجواهر عن محمد : لا ينبغي للفقهاء كتب الشهادة لأن عند الأداء يبغضهم المدعى عليه فيضره (وإذا كان بين الخطين) بأن أخرج المدعى خطأ إقرار المدعى عليه فأنكر كونه خطه فاستكتب فكتب وبين الخطين (مشابهة ظاهرة) على أنهما خط كاتب واحد (لا يحكم عليه بالمال) هو الصحيح خاتية ، وإن أقر قارى الهداية بخلافه فلا يعول عليه ، وإنما يعول على هذا الصحيح لأن قاضيخان من أجل من يعتمد على تصحيحاته ، كذا ذكره المصنف هنا ، وفي كتاب الإقرار واعتمده في الأشباه ، لكن في شرح الوهبانية : لو قال هذا لخطي لكن ليس على هذا المال ، إن كان الخط على وجه الرسالة مصدراً معنوياً

عندهم وقال اشهدوا على بما فيه كان إقراراً وإلا فلا ، وبه ظهر أن ما هنا خلاف ما عليه العامة ، لكن جزم به في الفقه وغيره (قوله وإن لم يشهد عليه) لو قال المؤلف : ولو قال لا تشهد على بدل قوله وإن لم يشهد عليه لكان أفود ؛ لما في الخلاصة : لو قال المقر لا تشهد على بما سمعت تسعه الشهادة اه فيعلم حكم ما إذا سكت بالأولى بحر . وفيه : وإذا سكت يشهد بما علم ولا يقول أشهدني لأنه كذب (قوله غيره) انظر عبارة البحر (قوله فسر) أي بأنه شاهد على المحجب (قوله شخصها) في الملتقط : إذا سمع صوت المرأة ولم ير شخصها فشهد اثنان عندها فلانة لا يحل له أن يشهد عليها وإن رآى شخصها وأقرت عنده فشهد اثنان أنها فلانة حل له أن يشهد عليها بحر اه من أول الشهادات ، واحترز برؤية شخصها عن رؤية وجهها . قال في جامع الفصولين : حسرت عن وجهها وقالت أنا فلانة بنت فلان بن فلان وهبت لزوجي مهري فلا يحتاج الشهود إلى شهادة عدلين أنها فلانة بنت فلان مادامت حية إذ يمكن الشاهد أن يشير إليها ، فإن ماتت فحينئذ يحتاج الشهود إلى شهادة عدلين بنسبها (قوله وعليه الفتوى) ومقابله يقول لا بد من شهادة جماعة ولا يكفي الاثنان . ذكر الفقيه أبو الليث عن نصير بن يحيى قال : كنت عند أبي سليمان فدخل ابن محمد بن الحسن فسأله عن الشهادة على المرأة متى تجوز إذا لم يعرفها قال : كان أبو حنيفة يقول لا تجوز حتى يشهد عنده جماعة أنها فلانة ، وكان أبو يوسف وأبو بكر يقولان يجوز إذا شهد عنده عدلان أنها فلانة ، وهو المختار للفتوى وعليه الاعتماد لأنه أيسر على الناس اه .

واعلم أنهما كما احتاجا للاسم والنسب للمشهود عليه وقت التحمل يحتاجان عند أداء الشهادة إلى من يشهد أن صاحبة الاسم والنسب هذه . وذكر الشيخ خير الدين أنه يصح التعريف ممن لا تقبل شهادته لها سواء كانت الشهادة عليها أو لها سائحاً من زيادة من البحر وغيره (قوله لأن عند الخ) اسم إن ضمير الشأن محذوفاً والجملة بعده خبرها (قوله فيضره) أي يضر المدعى عليه بغضه للفقهاء (قوله وإذا كان بين الخطين الخ) وفي الباقي عن خزانة الأكل : صراف كتب على نفسه بمال معلوم وخطه معلوم بين التجار وأهل البلاد ثم مات فجاء غريمه يطالب المال من الورثة وعرض خط الميت بحيث عرف الناس خطه حكم بذلك في تركته إن ثبت أنه خطه ، وقد جرت العادة بين الناس أن مثله حجة ، وهذا مشكل لكونها شهادة على الخط وهنالم يعتبروا هذا الاشتباه ، ووجهه لا ينهض وسيجيء ، وقدّم الشارح أنه لا يعمل بالخط إلا في مسألتين : يعمل بكتاب أهل الحرب بطاب الأمان كافي سير الخاتية ، ويلحق به البراءات السلطانية بالوظائف في زهانا . الثانية يعمل بدقتر السمسار والصراف والبيع كافي قضاء الخاتية اه كذا في الهامش (قوله ظاهرة) ضمنه معنى دالة فعدها بعلي أو متعلقة بتدل محذوقاً أو لفظ على محذوق

لا يصدق ويلزم بالمال ونحوه في الملتقط وفتاوى قارى الهداية فراجع ذلك (ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد عليه) وقيدته في النهاية بما إذا سمعه في غير مجلس القاضى ، فلو فيه جاز وإن لم يشهده شرابلاية عن الجوهره ، ويخالفه تصوير صدر الشريعة وغيره ، وقولهم لا بد من التحميل وقبول التحميل وعدم النهى بعد التحميل على الأظهر ، نعم الشهادة بقضاء القاضى صحيحة وإن لم يشهدهما القاضى عليه ، وقيدته أبو يوسف بمجلس القضاء وهو الأحوط ذكره في الخلاصة (كفى) عدل (واحد) في اثني عشر مسألة على ما في الأشباه منها إخبار القاضى بإفلاس المحبوس بعد المدة (للتزكية) أى تزكية السر ، وأما تزكية العلانية فشهادة إجماعا (وترجمة الشاهد) والخصم (والرسالة) من القاضى إلى المزكى والاثنان أحوط ، وجاز تزكية عبد وصبي ووالده ، وقد نظم ابن وهبان منها أحد عشر فقال :

(قوله لا يصدق) هذا خلاف ما عليه العامة كما قدمناه عن البحر (قوله وفتاوى قارى الهداية) عبارتها : سئل إذا كتب شخص ورقة بخطه أن في ذمته لشخص كذا ثم ادعى عليه فجحد المبلغ واعترف بخطه ولم يشهد عليه ، أجب إذا كتب على رسم الصكوك يلزم المال ، وهو أن يكتب يقول : فلان بن فلان الفلانى إن في ذمته لفلان ابن فلان الفلانى كذا وكذا فهو إقرار يلزم به وإن لم يكتب على هذا الرسم فالقول قوله مع بيمينه اه . ثم أجب عن سؤال آخر نحوه بقوله إذا كتب إقراره على الرسم المتعارف بحضور الشهود فهو معتبر فيسع من شاهد كتابته أن يشهد عليه إذا حجده إذا عرف الشاهد ما كتب أو قرأه عليه : أما إذا شهدوا أنه خطه من غير أن يشاهدوا كتابته لا يحكم بذلك اه .

وحاصل الجوابين أن الحق يثبت باعترافه بأنه خطه أو بالشهادة عليه بذلك إذا عاينوا كتابته أو إقراره عليهم وإلا فلا ، وهذا إذا كان معنونا : ثم لا يخفى أن هذا لا يخالف ما في المتن ، نعم يخالف ما في البحر عن البرازية في تعليل المسألة بقوله لأنه لا يزيد على أن يقول هذا خطى وأنا حررته ، لكن ليس على هذا المال وثمة لا يجب كذا هنا . وقد يوفق بينهما بحمله على ما إذا لم يكن معنونا ، لكن هو قول القاضى النسفى كما في البرازية ، وقد قدمنا أنه خلاف ما عليه العامة (قوله ما لم يشهد عليه) أى ما لم يقل له الشاهد اشهد على شهادتى (قوله تصوير صدر الشريعة) حيث قال : سمع رجل أداء الشهادة عند القاضى لم يسع له أن يشهد على شهادته (قوله وقولهم) عطف على تصوير ووجه المخالفة الإطلاق وعدم تقييد الاشرط بما إذا كانت عند غير القاضى (قوله وقبول التحميل) فلو أشهده عليها فقال لا أقبل لا يصير شاهدا ، حتى لو شهد بعد ذلك لا يقبل قنية ، وينبغى أن يكون هذا على قول محمد من أنه توكيل وللوكيل أن لا يقبل . وأما على قولها من أنه تحميل فلا يبطل بالرد لأن من حمل غيره شهادة لم تبطل بالرد بحر (قوله بعد المدة) أى بعد أن حبسه القاضى مدة يعلم من حاله أنه أو كان له مال لقضى دينه ولم يصبر على ذل الحبس كما تقدم مدنى (قوله فشهادة إجماعا) الأحسن ما في البحر حيث قال : وقيدنا بتزكية السر للاحتراز عن تزكية العلانية فإنه يشترط لها جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر وغير ذلك إلا لفظ الشهادة إجماعا ، لأن معنى الشهادة فيها أظهر فلإنها تختص بمجلس القضاء ، وكذا يشترط العدد فيها على ما قاله الخصاص اه :

وفي البحر أيضا : وخرج من كلامه تزكية الشاهد بحد الزنا فلا بد في المزكى فيها من أهلية الشهادة والعدد الأربعة إجماعا ، ولم أر الآن حكم تزكية الشاهد ببقية الحدود ، ومقتضى ما قالوه اشرط رجائين لها اه (قوله والخصم) أى المدعى أو المدعى عليه كما في الفتح (قوله إلى المزكى) وكذا من المزكى إلى القاضى فتح (قوله وجاز تزكية الخ) وكذا تزكية المرأة والأعمى ، بخلاف ترجمتهما كما في البحر (قوله ووالد) اولد . زاد في البحر : وعكسه : والعبد

ويقبل عدل واحد في تقوّم وجرح وتعديل وأرش يقدر
وترجمة والسلم هل هو جيد وإفلاسه الإرسال والعيب يظهر
وصوم على مامر أو عند علة وموت إذا للشاهدين يخبر

(والتزكية للذمي) تكون (بالأمانة في دينه ولسانه ويده وأنه صاحب بقظة) فإن لم يعرفه المسلمون سأوا
عنه عدول المشركين اختيار : وفي الملتقط : عدل نصراني ثم أسلم قبلت شهادته ، ولو سكر الذمي لا تقبل
(ولا يشهد من رأى خطه ولم يذكرها) أي الحادثة (كذا القاضي والراوى) مشابهة الخط للخط ، وجوزاه لو في
جوزه ، وبه تأخذ بحر عن المبتغى (ولا) يشهد أحد (بما لم يعاينه) بالإجماع (إلا في) عشرة على مافي شرح
الوهبانية : منها العتق والولاء عند الثاني والمهر على الأصح بزازية و (النسب والموت

لمولاه وعكسه ، والمرأة والأعمى ، والمحدود في قذف إذا تاب ، وأحد الزوجين للآخر (قوله تقوّم) أي تقوم
الصيد والمتلفات (قوله هو جيد) أي المسلم فيه كذا في الهامش (قوله وإفلاسه) يعني إذا أخبر القاضي بإفلاس
المجوس بعد مضي مدة الحبس أطلقه حموى على الأشباه كذا في الهامش (قوله والعيب يظهر) أي في إثبات العيب
الذي يختلف فيه البائع والمشتري (قوله على مامر) أي من رواية الحسن من قبول خبر الواحد بلا علة (قوله
وموت) أي موت الغائب (قوله يخبر) أي إذا شهد عدل عند رجلين على موت رجل وسعهما أن يشهدا على موته
والثانية عشر قول أمين القاضي : إذا أخبره بشهادة شهود على عين تعذر حضورها كما في دعوى القنية أشباه مدني
(قوله وفي الملتقط الخ) وفي الخاتمة : صبي احتلم لا أقبل شهادته ما لم أسأل عنه ، ولا بد أن يتأني بعد البلوغ بقدر
ما يقع في قلوب أهل مسجده ومحلته كما في الغريب أنه صالح أو غيره اه وفرق في الظهيرية بينهما بأن النصراني
كان له شهادة مقبولة قبل إسلامه بخلاف الصبي ، وهو يدل على أن الأصل عدم العدالة بحر (قوله ولم يذكرها)
وهذا قولها . وقال أبو يوسف : يجل له أن يشهد . وفي الهداية محمد مع أبي يوسف ؛ وقيل لاختلاف بينهم في هذه
المسألة أنهم متفقون على أنه لا يجل له أن يشهد في قول أصحابنا جميعا إلا أن يتذكر الشهادة ، وإنما اختلف بينهم
فيما إذا وجد القاضي شهادة في ديوانه لأن مافي قطره تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم
ولا كذلك الشهادة في الصك لأنها في يد غيره ، وعلى هذا إذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة أو أخبره قوم
من يثق بهم أنا شهدنا نحن وأنت كذا في الهداية : وفي البزدوى : الصغير إذا استيقن أنه خطه وعلم أنه لم يزد فيه
شيء بأن كان مخبوعا عنده وعلم بدليل آخر أنه لم يزد فيه ، لكن لا يحفظ ماسمع ، فعندهما لا يسعه أن يشهد ،
وعند أبي يوسف يسعه ، وما قاله أبو يوسف هو المعمول به : وقال في التقويم : قولها هو الصحيح جوهره
(قوله عن المبتغى) قدمنا في كتاب القاضي عن الخزانة أن يشهد وإن لم يكن الصك في يد الشاهد لأن التغيير
نادر وأثره يظهر فراجع ، ورجح في الفتح ما ذكره الشارح وذكر له حكاية تؤيده (قوله إلا في عشرة) كلها
مذكورة هنا متنا وشرحا آخرها قول المتن ومن في بدء شيء ح . وفي الطبقات السنية للتميمي في ترجمة إبراهيم
ابن إسحاق من نظمه :

افهم مسائل ستة واشهد بها من غير رؤياها وغير وقوف

نسب وموت والولاد وناكح وولاية القاضي وأصل وقوف اه

(قوله والنسب) قال في فتاوى قارى الهداية : لو أن رجلا نزل بين ظهراى قوم وهم لا يعرفونه وقال أنا

فلان بن فلان ، قال محمد رضى الله عنه : لا يسعهم أن يشهدوا على نسبه حتى يلقوا من أهل بلده رجلا يشهدان
عندهم على نسبه ، قال الخصاص وهو الصحيح اه كذا في الهامش (قوله والموت) قال في الثاني عشر من جامع

والنكاح والدخول) بزواجه (وولاية القاضي وأصل الوقف) وقيل وشرائطه على المختار كما مر في بابه (و) أصله (هو كل ما تعلق به صحته وتوقف عليه) وإلا فن شرائطه (فله الشهادة بذلك إذا أخبره بها) بهذه الأشياء (من يثني) الشاهد (به) من خبر جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب بلا شرط عدالة أو شهادة عدلين إلا في الموت، فيمكن العدل ولو أثنى وهو المختار ملتقى وفتح، وقيدته شارح الوهبانية بأن لا يكون المخبر منهما كوارث وموصى له (ومن في يده شيء سوى رقيق) علم رقه و (يعبر عن نفسه) وإلا فهو كمتاع ف (ملك أن تشهد) به (أنه له إن وقع في قلبك ذلك) أي أنه ملكه (وإلا لا) ولو عاين القاضي ذلك جاز له القضاء به بزازية: أي إذا ادعاه المالك وإلا لا (وإن فسر) الشاهد (للقاضي أن شهادته بالتسامع أو بمعاينة اليد ردت) على الصحيح (إلا في الوقف والموت إذا) فسر أو (قالا فيه أخبرنا من نثق به) تقبل (على الأصح) خلاصة، بل في العزيمة عن الخالية: معنى التفسير أن يقولوا شهدنا لأننا سمعنا من الناس، أما لو قالوا لم نعاين ذلك ولكنه اشتهر عندنا جازت

الفصولين: شهد أحد العدلين بموت الغائب والآخر بحياته فالمرأة تأخذ بقول من يخبر بموته وتماه فيه اه كذا في الهامش وفيه: إذا لم يعاين الموت إلا واحد لا يقضى به وحده، ولكن لو أخبر به عدلا مثله فإذا سمع منه حل له أن يشهد بموته فيشهدان فيقضى بجامع الفصولين. وفيه: ولو جاء خبر بموت رجل من أرض أخرى وصنع أهله ما يصنع على الميت لم يسغ لأحد أن يشهد بموته إلا من شهر موته أو سمع من شهد موته لأن مثل هذا الخبر قد يكون كذا بجامع الفصولين اه (قوله والنكاح) قال في جامع الفصولين: الشهادة بالسماح من الخارجين من بين جماعة حاضرين في بيت عقد النكاح بأن المهر كذا يقبل لا ممن سمع من غيرهم اه كذا في الهامش (قوله وولاية القاضي) ويزاد الوالي كما في الخلاصة والبزازية (قوله وشرائطه) المراد من الشرائط أن يقولوا إن قدرا من الغلة لكذا ثم يصرف الفاضل إلى كذا بعد بيان الجهة بحر (قوله كما مر) أي في كتاب الوقف، وقد هنا هناك تحقيقه (قوله عدلين) يعني ومن في حكمهما وهو عدل وعدلتان كما في الملتقى (قوله إلا في الموت) قال في جامع الفصولين: شهدا أن أباه مات وتركه ميراثا له إلا أنهما لم يدركا الموت لا تقبل لأنهما شهدا بملك للميت بسماح لم تجز اه (قوله ومن في يده الخ) في حد هذه من العشرة نظر ذكره في الفتح والبحر (قوله علم رقه) صوابه لم يعلم رقه كما هو ظاهر لمن تأمل مدني (قوله لك أن تشهد الخ) قال في البحر: ثم اعلم أنه إنما يشهد بالملك لدى اليد بشرط أن لا يظن به عدلان بأنه لغيره، فلو أخبره لم تجز له الشهادة بالملك كما في الخلاصة اه (قوله ذلك) قال في الشرع لبلاية: إذا رأى إنسان درة ثمينة في يد كناس أو كتابا في يد جاهل ليس في آبائه من هو أهله لا يسعه أن يشهد بالملك له فعرف أن مجرد اليد لا يكفي اه مدني (قوله إذا ادعاه) أشار إلى التوفيق بينه وبين ما في الزيلعي كما أوضحه في البحر (قوله أو بمعاينة اليد) أي بأن يقول لأني رأيت في يده يتصرف فيه تصرف المالك بجامع الفصولين: وفي الظهيرية: من الشهرة الشرعية أن يشهد عنده عدلان أو رجل وامرأتان بلفظ الشهادة من غير استشهاد ويقع في قلبه أن الأمر كذلك اه مثله في جامع الفصولين (قوله على الأصح) انظر ما كتبناه في كتاب الوقف في فصل يراعى شرط الواقف نقلنا عن مجموعة شيخ مشايخنا منلا على، فإنه صحح عدم القبول تعويلا على ما في عامة المتون وغيرها، وأن ما في المتون مقدم على الفتاوى وبه أفتى الرملي ومفتي دار السلطنة على أفندي (قوله خلاصة) كتبت فيما مر تأييده (قوله سمعنا من الناس الخ) قال في الخالية: شهدنا بذلك لأننا سمعنا من الناس لا تقبل شهادتهم:

أقول: بقي لو قال: أخبرني من أثنى به، وظاهر كلام الشارح أنه ليس من التسامع، لكن في البحر عن الينابيع أنه منه، ولو شهدا على موت رجل فلما أن يطلقا فتقبل أو قال لم نعاين موته وإنما سمعنا من الناس،

في الكل وصحة شارح الوهبانية وغيره اه :

باب القبول وعدمه

أى من يجب على القاضى قبول شهادته ربن لا يجب لا من يصح قبولها ، أو لا يصح لصحة الفاسق مثلا كما حققه المصنف تبعا ليعقوب باشا وغيره .

(تقبل من أهل الأهواء) أى أصحاب بدع لا تكفر كجبر وقدر ورفض وخروج وتشبيه وتعطيل ، وكل منهم اثنا عشر فرقة فصاروا اثنين وسبعين (إلا الخطابية) صنف من الروافض يرون الشهادة لشيعةهم والكل من حلف أنه محق فردهم لا لبدعتهم بل لتهمة الكذب ولم يبق لمذهبهم ذكر بحر (و) من (الذمى) لو عدلا في دينهم جوهره (على مثله) إلا في خمس مسائل

فإن لم يكن موته مشهورا فلا تقبل بلا خلاف ، وإن كان مشهورا ذكر في الأصل أنه تقبل : وقال بعضهم : لا تقبل وبه أخذ الصدر الشهيد : وفي العناية هو الصحيح ، وإن قالوا نشهد أنه مات أخبرنا بذلك من شهد موته ممن يوثق به جازت : وقال بعضهم : لا تجوز حامدية (قوله في الكل) أى فيما يجوز فيه الشهادة بالسمع كما في الخانية كذا في الهامش :

باب القبول وعدمه

(قوله أى من يجب الخ) قال في البحر : والمراد من يجب قبول شهادته على القاضى ومن لا يجب لا من يصح قبولها ومن لا يصح ، لأن ممن ذكره ممن لا تقبل الفاسق وهو لو قضى بشهادته صح ، بخلاف العبد والصبي والزوجة والولد والأصل ، لكن في خزانة المفتين : إذا قضى بشهادة الأعمى والمحدود في القذف إذا تاب أو بشهادة أحد الزوجين مع آخر لصاحبه أو بشهادة الوالد لولده أو عكسه نفذ حتى لا يجوز للثاني إبطاله ، وإن رأى بطلانه فالمراد من عدم القبول عدم حله : وذكر في منية المفتى اختلافا في النفاذ بشهادة المحدود بعد التوبة اه (قوله لصحة الفاسق) أى شهادته (قوله مثلا) إنما قال مثلا ليشمل الأعمى (قوله تقبل الخ) أى لا قبولاً عاماً على المسلمين وغيرهم بل المراد أصل القبول ، فلا ينافى أن بعضهم كفار وإنما تقبل شهادتهم لأن فسقهم من حيث الاعتقاد ، وما أوقعهم فيه إلا التعمق والغلو في الدين ، والفاسق إنما ترد شهادته بتهمة الكذب مدنى (قوله لا تكفر) فنوجب إكفاره منهم فالأكثر على عدم قبوله كما في التقرير : وفي المحيط البرهاني : وهو الصحيح ، وما ذكر في الأصل محمول عليه بحر : وفيه عن السراج : وأن لا يكون ماجنا ، ويكون عدلا في تعاطيه . واعترضه بأنه ليس مذكورا في ظاهر الرواية ، وفيه نظر فإنه شرط في السنى ، فما ظنك في غيره تأمل (قوله ولكل من حلف أنه محق فودهم الخ) الأولى التعبير بالراء كما في الفتح بدل الواو ، وهذا قول ثان في تفسيرهم كما في البحر وشرح ابن الكمال ، نعم في شرح الجمع كما هنا حيث قال : هم صنف من الروافض ينسبون إلى أبى الخطاب محمد بن أبى وهب الأجدع الكوفى يعتقدون جواز الشهادة لمن حلف عندهم أنه محق ، ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا ويعتقدون أن الشهادة واجبة لشيعةهم سواء كان صادقا أو كاذبا اه . وفي تعريفات السيد الشريف ما يفيد أنهم كفار ، فإنه قال مانصه : قالوا الأئمة الأنبياء وأبو الخطاب نبى ، وهؤلاء يستحلون شهادة الزور لموافقهم على مخالفهم وقالوا الجنة نعيم الدنيا كالنار آلامها (قوله بل لتهمة الخ) ومن التهمة المانعة أن يجر الشاهد بشهادته إلى نفسه نفعا أو يدفع عن نفسه مغرما مخائبة ، فشهادة الفرد ليست مقبولة لاسيما إذا كانت على فعل نفسه هداية ، كذا في الهامش (قوله ومن الذمى الخ) قال في فتاوى الهندية : مات وعليه

على ما في الأشباه وتبطل بإسلامه قبل القضاء، وكذا بعده لو بعقوبة كقودبحر (وإن اختلفا ملة) كاليهود والنصارى (و) الذي (على المستأمن لاعمسه) ولا مرتد على مثله في الأصح (وتقبل منه على) مستأمن (مثله مع اتحاد الدار) لأن اختلاف داريهما يقطع الولاية كما يمنع التوارث (و) تقبل من عدو بسبب الدين (لأنها من التدين) بخلاف الدنيوية فإنه لا يأمن من التقول عليه كما سيجيء؛ وأما الصديق لصديقه فتقبل إلا إذا كانت الصداقة متناهية بحيث يتصرف كل في مال الآخر فتاوى المصنف معزيا لمعين الحكام (و) من (مرتكب صغيرة) بلا إصرار (إن اجتنب الكبائر) كلها وغلب صوابه على صغائره درر وغيرها قال: وهو معنى العدالة: وفي الخلاصة: كل فعل يرفض المروءة والكرم كبيرة، وأقره ابن الكمال: قال: ومتى ارتكب كبيرة سقطت عدالته (و) من (أقلف) لو لعذر وإلا لا وبه نأخذ

دين لمسلم بشهادة نصراني ودين لنصراني بشهادة نصراني، قال أبو حنيفة رحمه الله ومحمد وزفر: بديء بدين المسلم؛ فإن فضل شيء كان ذلك للنصراني هكذا في المحيط اه كذا في الهامش (قوله على ما في الأشباه) وهي ما إذا شهد نصرانيان على نصراني أنه قد أسلم حيا كان أو ميتا فلا يصلى عليه، بخلاف ما إذا كانت نصرانية كما في الخلاصة، وما إذا شهدا على نصراني ميت بدين وهو مديون مسلم، وما إذا شهدا عليه بعين اشتراها من مسلم، وما إذا شهد أربعة نصارى على نصراني أنه زنى بمسلمة إلا إذا قالوا استكرهها فيجد الرجل وحده كما في الخانية، وما إذا ادعى مسلم عبدا في يد كافر فشهد كافران أنه عبده قضى به فلان القاضي المسلم له كذا في الأشباه والنظائر مدني (قوله بإسلامه) أي إسلام المشهود عليه (قوله منه) أي من المستأمن، قيد به لأنه لا يتصور غيره، فإن الحربى لو دخل بلا أمان قهرا استرق ولا شهادة للعبد على أحد فتح (قوله مع اتحاد الدار) أي بأن يكونا من أهل دار واحدة، فإن كانوا من دارين كالروم والترك لم تقبل هداية، ولا يخفى أن الضمير في كانوا للمستأمنين في دارنا، وبه ظهر عدم صحة ما نقل عن الحموى من تمثيله لاتحاد الدار بكونهما في دار الإسلام وإلا لزم توارثهما حينئذ وإن كانا من دارين مختلفين. وفي الفتح: وإنما تقبل شهادة الذي على المستأمن وإن كانا من أهل دارين مختلفين لأن الذي بعقد الذمة صار كالمسلم، وشهادة المسلم تقبل على المستأمن فكذا الذي (قوله على صغائره) أشار إلى أنه كان ينبغي أن يزيد وبلا غلبة، قال ابن الكمال: لأن الصغيرة تأخذ حكم الكبيرة بالإصرار، وكذا بالغلبة على ما أفصح عنه في الفتاوى الصغرى حيث قال: العدل من يجنب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته، وفي الصغائر العبرة للغلبة أو الإصرار على الصغيرة فتصير كبيرة ولذا قال وغلب صوابه اه: قال في الهامش: لا تقبل شهادة من يجلس مجلس الفجور والمجانة والشرب وإن لم يشرب، هكذا في المحيط فتاوى هندية. وفيها: والفاسق إذا تاب لا تقبل شهادته ما لم يمض عليه زمان يظهر عليه أثر التوبة: والصحيح أن ذلك مفوض إلى رأى القاضي اه (قوله وفي الخلاصة الخ) قال في الأفضية: والذي اعتاد الكذب إذا تاب لا تقبل شهادته ذخيرة، وسيدكره الشارح (قوله كبيرة) الأصح أنها كل ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الدين كما بسطه القهستاني وغيره كذا في شرح الملتقى: وقال في الفتح: وما في الفتاوى الصغرى: العدل من يجنب الكبائر كلها، حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته: وفي الصغائر العبرة للغلبة لتصير كبيرة حسن، ونقله عن أدب القضاء لعصام وعليه المعول، غير أن الحاكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور فلذا شرط في شرب المحرم والسكر الإدمان، والله سبحانه أعلم اه (قوله سقطت عدالته) وتعود إذا تاب، لكن قال في البحر: وفي الخانية الفاسق إذا تاب لا تقبل شهادته ما لم يمض عليه زمان يظهر التوبة، ثم بعضهم قدره بستة أشهر، وبعضهم قدره بسنة، والصحيح أن ذلك مفوض

بجر والاستهزاء بشيء من الشرائع كفر ابن كمال (وخصي) وأقطع (وولد الزنا) ولو بالزنا خلافاً للمالك (وحنثي) كأنني لو مشكلا وإلا فلا إشكال (وعتق لمعتقه وعكسه) إلا لثمة لما في الخلاصة شهدا بعد عتقهما أن الثمن كذا عند اختلاف بائع ومشتري لم تقبل لجر النفع بإثبات العتق (ولأخيه وعمه ومن محرم رضاعاً أو مصاهرة) إلا إذا امتدت الخصومة وخصم معه على ما في القنية : وفي الخزانة : تخصم الشهود والمدعى عليه تقبل لو عدولا (ومن كافر على عبد كافر مولاة مسلم أو) على وكيل (حر كافر موكله مسلم لا) يجوز (عكسه) لقيامها على مسلم قصداً وفي الأول ضمناً (و) تقبل (على ذى ميت وصيه مسلم إن لم يكن عليه دين لمسلم)

إلى رأى القاضي والمعدل : وفي الخلاصة : ولو كان عدلاً فشهد بزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة اه وقدمنا أن الشاهد إذا كان فاسقاً سرا لا ينبغي أن يجزى بفسقه كي لا يبطل حق المدعى وصرح به في العمدة أيضاً اه :

[فائدة] من اتهم بالفسق لا تبطل عدالته ، والمعدل إذا قال للشاهد هو متهم بالفسق لا تبطل عدالته خانية (قوله بجر) مثله في التاترخانية (قوله كفر) أشار إلى فائدة تقييده في الهداية بأن لا يترك الختان استخفافاً بالدين : وفي البحر عن الخلاصة والمختار أن أول وقته سبع وآخره اثنتا عشرة (قوله وخصي) لأن حاصل أمره أنه مظلوم ، نعم لو كان ارتضاه لنفسه وفعله مختاراً منع . وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصى على قدامة بن مظعون ، رواه ابن أبي شيبة منح (قوله وأقطع) لما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع يد رجل في سرقة ثم كان بعد ذلك يشهد فقبل شهادته » منح (قوله بالزنا) أي ولو شهد بالزنا على غيره تقبل . قال في المنح : وتقبل شهادة ولد الزنا لأن فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما ، أطلقه فشمّل ما إذا شهد بالزنا أو بغيره خلافاً للمالك في الأول اه مدني (قوله كأنني) فيقبل مع رجل وامرأة في غير حد وقود (قوله بإثبات العتق) تقدم أنه لا تحالف بعد خروج المبيع عن ملكه إلى آخر ما مر في التحالف فراجع ، وقوله العتق لأنه لولا شهادتهما لتحالفاً وفسخ البيع المقتضى لإبطال العتق منح (قوله ومن محرم رضاعاً) قال في الأقضية : تقبل لأبويه من الرضاع ولمن أرضعته امرأته ولأم امرأته وأبها بزازية من الشهادة فيما تقبل وفيها لا تقبل اه : وتقبل لأم امرأته وأبها ولزوج ابنته وامرأة ابنه وامرأة أبيه ولأخت امرأته اه كذا في الهامش عن الخامدية مغزياً للخلاصة (قوله امتدت الخصومة) أي سنتين منح (قوله لو عدولا) قال في المنح عن البحر : وينبغي حمله على ما إذا لم يساعد المدعى في الخصومة أو لم يكتر ذلك توفيقاً اه : ووفق الرملي بغيره حيث قال : مفهوم قوله لو عدولا أنهم إذا كانوا مستورين لا تقبل وإن لم تمتد الخصومة للثمة بالخاصة ، وإذا كانوا عدولا تقبل لارتفاع التهمة مع العدالة ، فيحمل ما في القنية على ما إذا لم يكونوا عدولا توفيقاً ، وما قلناه أشبه لأن المعتمد في باب الشهادات العدالة (قوله على ذى ميت) نصراني مات وترك ألف درهم وأقام مسلم شهوداً من النصارى على ألف على الميت وأقام نصراني آخرين كذلك فالألف المنروكة للمسلم عنده وعند أبي يوسف بتحصان ، والأصل أن القبول عنده في حق إثبات الدين على الميت فقط دون إثبات الشركة بينه وبين المسلم وعلى قول الثاني في حقهما ذخيرة ملخصاً وبه ظهر أن قبولها على الميت مقيد بما إذا لم يكن عليه دين لمسلم ، نعم هو قيد لإثباتها الشركة بينه وبين المدعى الآخر فإذا كان الآخر نصرانياً أيضاً يشاركه وإلا فالأصل للمسلم ، إذ لو شاركه لزم قيامها على المسلم ، وظهر أيضاً أن المصنف ترك قيوداً لا بد منه وهو ضيق التركة عن الدينين وإلا فلا يلزم قيامها على المسلم كما لا ينبغي ، هذا ما ظهر لي بعد التنقيح القائم حتى ظفرت بعبارة الذخيرة ، فاغتم هذا التحرير وادع لي . وفي حاشية الرملي على البحر عن المنهاج لأبي حفص العقيلي : نصراني مات فجاء مسلم ونصراني وأقام كل واحد منهما البيعة أن له على الميت ديناً ، فإن كان شهود الفريقين ذميين أو شهود النصراني ذميين بدين المسلم ، فإن فضل شيء

بحر . وفي الأشباه : لا تقبل شهادة كافر على مسلم إلا تبعاً كما مر أو ضرورة في مسألتين : في الإبصاء . شهد كافران على كافر أنه أوصى إلى كافر وأحضر مسلماً عليه حق للميت : وفي النسب شهدا أن النصراني ابن الميت قاضي على مسلم بحق وهذا استحسان ووجهه في الدرر (والعمال) للسلطان (إلا إذا كانوا أعواناً على الظلم) فلا تقبل شهادتهم لغلبة ظلمهم كرتيس القرية والجابى والصراف والمعرفين في المراكب والعرفاء في جميع الأصناف ومحضر قضاة العهد والوكلاء المنتعلة والضكالك وضمان الجهات كمتباطعة سوق النخاسين حتى حل لعن الشاهد لشهادته على باطل فتح وبحر : وفي الوهبانية : أمير كبير ادعى فشهد له عماله ونوابه ورعاياهم لا تقبل كشهادة المزارع لرب الأرض ، وقيل أراد بالعمال المحترفين : أى بحرفة لائقة به وهى حرفة آباءه وأجداده وإلا فلا مروءة له لو دنيئة ، فلا شهادة له لما عرف في حد العدالة فتح وأقره المصنف (لا) تقبل

صرف إلى دين النصراني ، وروى الحسن عن أبي يوسف أنه يجعل بينهما على مقدار دينهما ، قيل إنه قول أبي يوسف الأخير ، وإن كان شهود الفريقين مسلمين أو شهود الذى خاصة مسلمين فالمال بينهما في قولهم اه (قوله بحر) عبارته : فإن كان فقد كتبناه عن الجامع اه . والذى كتبه هو قوله نصراني مات عن مائة ، فأقام مسلم شاهدين عليه بمائة ومسلم ونصراني بمثله فالثلثان له والباقي بينهما والشركة لا تمنع لأنها بإقراره اه : ووجهه أن الشهادة الثانية لا تثبت للذى مشاركته مع المسلم كما قدمناه ، ولكن المسلم لما ادعى المائة مع النصراني صار طالبا نصفها والمنفرد يطلب كلها فتقسم عولا ، فالمدعى الثلثان لأن له نصفين ، وللمسلم الآخر الثلث لأن له نصفاً فقط ، لكن لما ادعاه مع النصراني قسم الثلث بينهما وهذا معنى قوله والشركة لا تمنع لأنها بإقراره ، وانظر ما سنذكر أول كتاب الفرائض عند قوله ثم تقدم ديونه (قوله كما مر) أى قريبا (قوله في مسألتين) حل القبول فيما في الشربلاية بحثا على ما إذا كان الخصم المسلم مقرا بالدين منكرا للوصاية والنسب ، وأما لو كان منكرا للدين كيف تقبل شهادة الذميين عليه (قوله وأحضر) أى الوصى (قوله ابن الميت) أى النصراني (قوله على مسلم) أو قام شاهدين نصرانيين على نسبه تقبل وهذا استحسان : ووجهه الضرورة لعدم حضور المسلمين موتهم ولا نكاحهم كذا في الدرر كذا في الهامش (قوله بحق) أى ثابت كذا في الهامش (قوله كرتيس القرية) قال في الفتح : وهذا المسمى في بلادنا شيخ البلد ، وقدمنا عن البزدوى أن القائم بتوزيع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين مأجور وإن كان أصله ظلماً ، فعلى هذا تقبل شهادته اه (قوله النخاسين) جمع نخاس مع النخس وهو الطعن ، ومنه قيل للدلال الدواب نخاس (قوله وقيل) هذا ممكن في مثل عبارة الكنز فإنه لم يقل إلا إذا كانوا أعواناً الخ (قوله المحترفين) فيكون فيه رد على من رد شهادة أهل الحرف الخسيسة : قال في الفتح : وأما أهل الصناعات الدنيئة كالتنواتى والزبال والحائك والحجام فقيل لا تقبل ، والأصح أنها تقبل لأنه قد تولاهما قوم صالحون ، فالمدعى يعلم القادح لا يبني على ظاهر الصناعة وتماه فيه فراجع (قوله وإلا الخ) أى بأن كان أبوه تاجراً واحترف هو بالحياكة أو الحلاقة أو غير ذلك لارتكابه الدناءة كذا في الهامش (قوله فتح) لم أره في الفتح بل ذكره في البحر بصيغة ينبغي : وقال الرملى : في هذا التقييد نظر يظهر لمن له نظر فتأمل : أى في التقييد بقوله بحرفة لائقة الخ . ووجهه أنهم جعلوا العبرة للعدالة لا للحرفة ، فكم من دنيء صناعة أتى من ذى منصب ووجاهة على أن الغالب أنه لا يعدل عن حرفة أبيه إلى أدنى منها إلا لقلّة ذات يده أو صعوبتها عليه ولا سيما إذا علمه إياها أبوه أو وصيه في صغره ولم يتقن غيرها فتأمل : وفي حاشية أبي السعود : فيه نظر لأنه مخالف لما قدمه هو قريبا من أن صاحب الصناعة الدنيئة كالزبال والحائك مقبول الشهادة إذا كان عدلاً في الصحيح اه :

(من أعمى) أى لا يقضى بها ، ولو قضى صح ، وعم قوله (مطلقا) مالو عمى بعد الأداء قبل انقضاء وما جاز بالسمع خلافا للثانى ، وأفاد عدم قبول الأخرس مطلقا بالأولى (ومرتد ومملوك) ولو مكاتبا أو مبعضا (وصى) ومغفل ومجنون (إلا)

قلت : ويدفع بأن مراده أن عدوله عن حرقة أبيه إلى أدنى منها دائل على عدم المروءة ، وإن كانت حرقة أبيه دنيئة ، فينبغى أن يقال هو كذلك إن عدلا بلا عذر تأمل (قوله من أعمى) إلا فى رواية زفر عن أبي حنيفة فيما يجزى فيه التسماع لأن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه باقانى على الملتقى كذا فى الهامش (قوله أى لا يقضى بها) خلافا لأبى يوسف فيما إذا نحمله بصيرا فلإنها تقبل لحصول العلم بالمعينة ، والأداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما فى الشهادة على الميت : ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه ، ولا يميز الأعمى إلا بالنعمة ، وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بحبس الشهود والنسبة لتمييز الغائب دون الحاضر وصار كالحذود والقصاص اه : باقانى على الملتقى كذا فى الهامش (قوله بالسمع) كالنسب والموت (قوله خلافا للثانى) أى فيهما ، واستظهر قوله بالأول صدر الشريعة فقال وقوله أظهر ، لكن رده فى يعقوبية بأن المفهوم من سائر الكتب عدم أظهريته : وأما قوله بالثانى فهو مروى عن الإمام أيضا . قال فى البحر : وانظاره فى الخلاصة ، ورده للرملى بأنه ليس فى الخلاصة ما يقتضى ترجيحه واختياره (قوله بالأولى) لأن فى الأعمى إنما تتحقق التهمة فى نسبه وهنا تتحقق فى نسبه وغيرها من قدر المشهود به وأمر آخر كذا فى الفتح ، ونقل أيضا عن المبسوط أنه بإجماع الفقهاء لأن لفظ الشهادة لا يتحقق منه وتامه فيه (قوله ولو مكاتبا) والمعنى فى المرض كالمكاتب فى زمن السعاية عند أبى حنيفة ، وعندهما حرمديون .

[تنبيهات] مات عن عم وأمتين وعبدتين فأعتقهما العم فشهدا ببنوة أحدهما بعينها أى أنه أقر بها فى صحته لم تقبل عنده لأن فى قبولها ابتداء بطلانها انتهاء لأن معتق البعض ككاتب لا تقبل شهادته عنده لا عندهما ، ولو شهدا أن الثالثة أخت الميت قبل شهادة الأولى أو بعدها ، أو معها لا تقبل بالاجماع ، لأننا لو قبلنا لصارت عصابة مع البنت فيخرج العم عن الورثة ببحر عن المحيط .

أقول : هذا ظاهر عند وجود الشهادتين ، وأما عند سبق شهادة الأختية فالعلة فيها هى علة البنوية فتفقه : وفى المحيط : مات عن أخ لا يعلم له وارث غيره فقال عبدان من رقيق الميت إنه أعتقنا فى صحته وإن هذا الآخر ابنه فصديقهما الأخ فى ذلك لا تقبل فى دعوى الإعتراف لأنه أقر بأنه لا ملك له فيهما بل هما عنده للآخر لإقرار الأخ إنه وارث دونه فتبطل شهادتهما فى النسب ، ولو كان مكان الآخر أنثى جاز شهادتهما وثبت نسبها ويسعيان فى نصفت قيمتهما لأنه أقر أن حقه فى نصف الميراث فصح بالعق لأنه لا يتجزأ عندهما إلا أن العتق فى عبد مشترك فتجب السعاية للشريك الساكت : وأقول : عند أبى حنيفة بعثقان كما قال ، غير أن شهادتهما بالبنوية لم تقبل لأن معتق البعض لا تقبل شهادته فتفقه .

[فائدة] قضى بشهادة فظهورا عبيدا تبين بطلانه ، فلو قضى بوكالة بينة وأخذ ما على الناس من الديون ثم وجلوا عبيدا لم تبرأ الغرماء ولو كان بمثله فى وصاية برعوا لأن قبضه بإذن القاضى وإن لم يثبت الإيصاء كإذنه لم فى الدفع إلى ابنه ، بخلاف الوكالة إذ لا يملك الإذن لغريم فى دفع دين الحى لغيره . قال المقدسى : فعلى هذا ما يقع الآن كثيرا من تولية شخص نظر وقف فيتصرف فيه تصرف مثله من قبض وصرف وشراء وبيع ثم يظهر أنه بغير شرط الواقف أو أن إنهاء باطل ينبغى أن لا يضمن لأنه تصرف بإذن القاضى كالوصى فليتأمل ، قلت : وتقدم فى الوقف ما يؤيده سائحاني (قوله ومغفل) وعن أبى يوسف أنه قال : إنا نرد شهادة أقوام نرجو شفاعتهم

في حال صحته إلا (أن يتحملا في الرق والتميز وأديا بعد الحربة) ولو لمعتقه كما مر (و) بعد (البلوغ) وكذا بولد إحصار وإسلام وتوبة فسق وطلاق زوجة لأن المعتبر حال الأداء شرح تسكلمة . وفي البحر: متى حكم برده لعامة ثم زالت فشهد بها لم تقبل إلا أربعة عبدوصبي وأعمى وكافر على مسلم وإدخال الكمال أحد الزوجين مع الأربعة سهو (ومحدود في قذف) تمام الحد وقيل بالأكثر (وإن تاب) بتكذيبه نفسه ففتح، لأن الرد من تمام الحد بالنص والاستثناء . ونصرف لما يابيه وهو وأولئك هم الفاسقون - (إلا أن يحد كافرا) في القذف (فيسلم) فتقبل وإن ضرب أكثره بعد الإسلام على الظاهر بخلاف عبد حد فعتق لم تقبل (أو يقيم) المحدود (بينة على صدقه) إما أربعة على زناه أو اثنين على إقراره به ، كما لو برهن قبل الحد بحر . وفيه : الفاسق إذا تاب تقبل شهادته إلا المحدود بقذف والمعروف بالكذب وشاهد الزور لو عدلا لا تقبل أبدا ملتقط ، لكن سيجيء ترجيح قبولها (ومسجون في حادثة) تقع في (السجون) وكذا لا تقبل شهادة الصبيان فيما يقع في الملاعب ، ولا شهادة النساء فيما يقع في الحمامات وإن مست الحاجات لمنع الشرع عما يستحق به السجن وملاعب الصبيان وحمامات النساء ، فكان التقصير مضافا إليهم لا إلى الشرع بزانية وصغرى وشرب ليلية ، لكن في الحاوي : تقبل شهادة النساء وحدهن في القتل في الحمام بحكم الدية كي لا يهدر الدم اه فليتنبه عند الفتوى ، وقد منا قبول شهادة المعلم في حوادث الصبيان (والزوجة لزوجها وهو لها)

يوم القيامة ، معناه أن شهادة المغفل وأمثاله لا تقبل وإن كان عدلا صالحا تاريخانية (قوله في حال صحته) أي وقت كونه صاحبيا كذا في الهامش (قوله بعد إحصار) بشرط أن يتحمل وهو بصير أيضا بأن كان بصيرا ثم عمى ثم أبصر فأدى فانهم (قوله زوجة) أي إن لم يكن حكم بردها لما يأتي قريبا (قوله وفي البحر) أي عن الخلاصة (قوله فشهد بها) أي بتلك الحادثة (قوله إلا أربعة) أما ما سوى الأعمى فظاهر لأن شهادتهم ليست شهادة ، وأما الأعمى فلينظر الفرق بينه وبين أحد الزوجين ، ثم رأيت في الشرنبلالية استشكل قبول شهادة الأعمى (قوله عبد الخ) قال في البحر : فعلى هذا لا تقبل شهادة الزوج والأجير والمغفل والمتهم والفاسق بعد ردها اه .

وذكر في البحر أيضا قبل هذا الباب : اعلم أنه لا يفرق بين المردود لثمة وبين المردود لشبهة ، فالثاني يقبل عند زوال المانع ، بخلاف الأول فإنه لا يقبل مطلقا وإليه أشار في النوازل اه (قوله وإدخال الخ) مع أنه صرح في صدر عبارته بخلافه ، ومثله في التاريخانية والجوهرة والبدائع (قوله سهو) لأن الزوج له شهادة وقد حكم بردها بخلاف العبد ونحوه تأمل (قوله بتكذيبه) الباء للتصوير تأمل ، ويؤيده ما في الشرنبلالية فراجعها (قوله فتقبل) لأن للكافر شهادة فكان ردها مع تمام الحد بالإسلام حدثت شهادة أخرى ، وليس المراد أنها تقبل بعد إسلامه في حق المسلمين فقط بحر (قوله لم تقبل) لأنه لاشهادة للعبد أصلا في حال رقه فيتوقف على حدودها فإذا حدثت كان رد شهادته بعد العتق من تمام الحد بحر (قوله زناه) أي المقذوف (قوله إذا تاب الخ) قال قاضيخان : الفاسق إذا تاب لا تقبل شهادته ما لم يمض عليه زمان يظهر أثر التوبة ، ثم بعضهم قدر ذلك بستة أشهر ، وبعضهم قدره بسنة . والصحيح أنه مفوض إلى رأى القاضى والمعدل وتمامه هناك : وفي خزنة المفيعن ، كل شهادة ردت لثمة الفسق فإذا دعاها لا تقبل اه كذا في الهامش (قوله سيجيء) أي قبيل باب الرجوع عن الشهادة (قوله ترجيح قبولها) وكذا قال في الخانية ، وعابه الاعتماد وجعل الأول رواية عن الثاني (قوله لا إلى الشرع) وقيل في كل ذلك تقبل ، والأصح الأول كذا في القنية جامع الفتاوى (قوله وحدهن) قدم في الوقف أن القاضى لا يمضى قضاء قاض آخر بشهادة النساء وحدهن في شجاج الحمام ما تخانى ، ويمكن

وجاز عليها إلا في مسألتين في الأشباه (ولو في عدة من ثلاث) لما في القنية طلقها ثلاثا وهي في العدة لم تجز شهادته لها ولا شهادتها له ، ولو شهد لها ثم تزوجها بطلت خانية ، فعلم منع الزوجية عند القضاء لا تحمّل أو أداء (والفرع لأصله) وإن علا إلا إذا شهد الجد لابن ابنه على أبيه أشباه . قال : وجاز على أصله إلا إذا شهد على أبيه لأمه ولو بطلاق ضررتها والأم في نكاحه ، وفيها بعد ثمان وورقات : لا تقبل شهادة الإلسان لنفسه إلا في مسألة القاتل إذا شهد بعفو ولي المقتول فراجعها (وبالعكس) للتهمة (وسيد لعبدته ومكاتبه والشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لأنها لنفسه من وجه . في الأشباه : للخصم أن يطعن بثلاثة : برق وحد وشركة : وفي فتاوى النسفي : لو شهد بعض أهل القرية على بعض منهم بزيادة الخراج لا تقبل ما لم يكن خراج كل أرض معيناً أو لاخراج للشاهد ، وكذا أهل قرية شهدوا على ضيعة أنها من قريتهم لا تقبل ، وكذا أهل سكة يشهدون بشيء من مصالحه لو غير نافذة ، وفي النافذة إن طلب حتماً لنفسه لا تقبل ، وإن قال لا آخذ شيئاً

حماء على النصاص بالشجاج (قوله وجاز عليها الخ) قال في الأشباه : شهادة الزوج على الزوجة مقبولة إلا بزناها وقذفها كما في حد القذف ، وفيها إذا شهد على إقرارها بأنها أمة لرجل يدعيها فلا تقبل إلا إذا كان الزوج أعطاها المهر والمدعى يقول : أذنت لها في النكاح كما في شهادة الخانية كذا في الهامش (قوله في الأشباه) وهما في البحر أيضاً (قوله ولو شهد لها الخ) وكذا لو شهد ولم يكن أجيراً ثم صار أجيراً قبل أن يقضى بها تاترخانية (قوله ثم تزوجها) أي قبل القضاء (قوله فعلم الخ) الذي يعلم مما ذكره منع الزوجية عند القضاء ، وأما منعها عند الحمل أو الأداء فلم يعلم مما ذكره فلا بد من خصيصة ما ذكره في المنع عن البزازية لو تحملها حال نكاحها ثم أبانها وشهد لها : أي بعد انقضاء عدتها تقبل ، وما ذكره أيضاً عن فتاوى القاضي : لو شهد لامرأته وهو عدل فلم يرد الحاكم شهادته حتى طلقها بائناً وانقضت عدتها . روى ابن شجاع رحمه الله أن القاضي ينفذ شهادته .

قال في البحر : والحاصل أنه لا بد من التفاء التهمة وقت الزوجية ، وأما في باب الرجوع في الهبة فهي مانعة منه وقت الهبة لا وقت الرجوع ، فلو وهب لأجنبية ثم نكحها فله الرجوع ، بخلاف عكسه كما سيأتي ، وفي باب إقرار المريض الاعتبار لكونها زوجة وقت الموت لا وقت الوصية اهـ : (قوله والفرع) ولو فرعية من وجه كولد الملاعنة وتمامه في البحر (قوله إلا إذا شهد الجد) محل هذا الاستثناء بعد قوله وبالعكس إذ الجد أصل لا فرع (قوله ولو بطلاق ضررتها) لأنها شهادة لأمه بحر كذا في الهامش (قوله والأم في نكاحه) الواو للحال ، وذكر في البحر هنا فروعا حسنة فلترجع (قوله في مسألة القاتل) وصورته : ثلاثة قتلوا رجلاً عمداً ثم شهدوا بعد التوبة أن الولي قد عفا عنا . قال الحسن : لا تقبل شهادتهم إلا أن يقول اثنان منهم عفا عنا وعن هذا الواحد ، ففي هذا الوجه قال أبو يوسف ، تقبل في حق الواحد ، وقال الحسن : تقبل في حق الكل ح كذا في الهامش ، وانظر ما في حاشية الفتح عن الحموي والكثيري (قوله ولو بالعكس (١)) ولو كانت الزوجة أمة بحر (قوله لشريكه) أطلقه فشمّل الشركات بأنواعها ، وفي المفاوضات كلام في البحر فراجع (قوله من شركتهما) وتقبل فيما ليس من شركتهما فتاوى هندية كذا في الهامش (قوله أن يطعن بثلاثة الخ) انظر حاشية الرمي على البحر قبيل قوله والمحدود في قذف اهـ (قوله أو لإخراج للشاهد) أي عليه (قوله على ضيعة) لعلة على أقطعة كما في البزازية لكن في الفتح كما هنا : وفي القاموس : الضيعة العقار والأرض . المعلقة اهـ : وفي الهامش عن الحامدية : شهدوا

(١) (قوله ولو بالعكس) هكذا في النسخة المبرور منها ، ولا وجود لذلك في نسخ الشارح التي يهديها مصححوه .

تقبل وكذا في وقف المدرسة انتهى فليحفظ (والأجير الخاص لمستأجره) مسانمة أو مشاهرة أو الخادم أو التابع أو التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه درر ، وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة للقانع بأهل البيت ، أي الطالب معاشه منهم ، من القنوع لامن القناعة ، ومفاده قبول شهادة المستأجر والأستاذ له (ومغنت) بالفتح (من يفعل الرديء) ويؤتى . وأما بالكسر فالتكسر المتلين في أعضائه وكلامه خلقة فتقبل بجر (ومغنية) ولو لنفسها لحرمة رفع صوتها درر ، وينبغي تقييده بمداومتها عليه ليظهر عند القاضي كما في مدين الشرب على اللهو ذكره الوافي

مع متولى الوقف على آخر أن هذه القطعة الأرض من جملة أراض قريتهم تقبل اه تمرتاشي من الشهادة (قوله لا تقبل) وقيل تقبل مطلقا في النافذة فتح (قوله وكذا) أي تقبل (قوله المدرسة) أي في وقفية وقف على مدرسة كذا وهم من أهل تلك المدرسة ، وكذلك الشهادة على وقف مكتب وللشاهد صبي في المكتب ، وشهادة أهل المحلة في وقف عليها ، وشهادتهم بوقف المسجد ، والشهادة على وقف المسجد الجامع ، وكذا أبناء السبيل إذا شهدوا بوقف على أبناء السبيل ، فالعتمد القبول في الكل بزازية :

قال ابن الشحنة : ومن هذا النمط مسألة قضاء القاضي في وقف تحت نظره أو مستحق فيه اه ، وهذا كله في شهادة الفقهاء بأصل الوقف : أما شهادة المستحق فيما يرجع إلى الغلة كشهادته بإجارة ونحوها لم تقبل لأن له حقا فيه فكان متبها ، وقد كتبت في حواشي جامع الفصولين أن مثله شهادة شهود الأوقاف المقررين في وظائف الشهادة لما ذكرنا ، وتقريره فيها لا يوجب قبولها : وفائدتها إسقاط التهمة عن المتولى فلا يحلف ، ويقوم به أن البيعة تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى الرد أو الهلاك بجر ملخصا فراجعه (قوله انتهى) أي ما في فتاوى النسفي ونقله عنه في الفتح آخر الباب (قوله أو مشاهرة) أي أو مياومة هو الصحيح جامع الفتاوى (قوله أو التلميذ الخاص) وفي الخلاصة ، هو الذي يأكل معه وفي عياله وليس له أجره معلومة ، وتماه في الفتح فارجع إليه : وفي الهامش ، ولو شهد الأجير لأستاذه وهو التلميذ الخاص الذي يأكل معه وفي عياله لا تقبل إن لم يكن له أجره معلومة وإن كان له أجره معلومة مياومة أو مشاهرة أو مسانمة إن أجير واحد لا تقبل ، وإن أجير مشترك تقبل :

وفي العيون قال محمد رحمه الله تعالى : استأجره يوما فشهد له في ذلك اليوم القياس أن لا تقبل ، ولو أجير خاص فشهد ولم يعدل حتى ذهب الشهر ثم عدل لا تقبل كمن شهد لامرأته ثم طلقها ، ولو شهد ولم يكن أجيرا ثم صار قبل القضاء لا تقبل بزازية ، ثم نقل في الهامش فرعا ليس محله هنا ، وهو : بيده ضبعة وادعى آخر أنها وقف وأحضر صكها فيه خطوط العدول والقضاة الماضين وطلب الحكم به ليس للقاضي أن يقضى بالصك لأنه إنما يحكم بالحجة وهي البيعة أو الإقرار لا الصك لأن الخط مما يزور ، وكذا لو كان على باب الحانوت لوح مضروب ينطق بوقفية الحانوت لم يجز للقاضي أن يقضى بوقفية به بجامع الفصولين ، فلم من ذلك أنه ليس للقاضي أن يحكم بما في دفتر البياع والصراف والسمسار خصوصا في هذا الزمان ولا ينبغي الإفتاء به لمجره اه (قوله ومفاده) صرح به في الفتح جازما به ، لكن في التارخانية عن الفتاوى الغيائية ، ولا تجوز شهادة المستأجر للأجير . وفي حاشية الفتال عن المحيط السرخسي : قال أبو حنيفة في المجرى : لا ينبغي للقاضي أن يجيز شهادة الأجير لأستاذه ولا الأستاذ لأجيره ، وهو مخالف لما استنبطه من الحديث (قوله رفع صوتها) في النهاية فلذا أطلق في قوله مغنية ، وقيد في غناء الرجال بقوله للناس وتماه في الفتح . وأما الشهادة عليها بذلك فهي جرح مجرد فلذا احتص الظهور عند القاضي بالمدامة تأمل (قوله درر) ما ذكره جار في النوح بعينه ، فما باله لم يكن مسقطا للعدالة إذا ناحت في مصيبة

(ولأنه في مصيبة غيرها) بأجز درر وفتح : زاد العيني : فلو في مصيبتها تقبل وعمله الوائي بزيادة اضطرارها وانسلا ب صبرها واختيارها فكان كالشرب للتداوي (وعدو بسبب الدنيا) جعله ابن الكمال عكس الفرع لأصله فتقبل له لا عليه ، واعتمد في الوهبانية والمجبية قبولها ما لم يفسق بسببها . قالوا : والحمد فسق للنهي عنه . وفي الأشباه في تمة قاعدة : إذا اجتمع الحرام والحلال ولو العداوة للدنيا لا تقبل سواء شهد على عدوه أو غيره لأنه فسق وهو لا يتجزأ . وفي فتاوى المصنف : لا تقبل شهادة الجاهل على العالم لفسقه بترك ما يجب تعلمه شرعا فحينئذ لا تقبل شهادته على مثله ولا على غيره ، ولما حكم تعزيره على تركه ذلك : ثم قال : والعالم من يستخرج المعنى من التركيب كما يمتق وينبغي (ومجازف في كلامه) أو يحلف فيه كثيرا أو اجتاد شتم أولاده أو غيرهم لأنه معصية كبيرة كترك زكاة أو حج على رواية فوريته أو ترك جماعة أو جمعة ، أو أكل فوق شبع بلا عذر ، وخروج لفرجة

نفسها سعدية . ويمكن الفرق بأن المراد رفع صوت يخشى منه الفتنة (قوله وناثحة الخ) لا تقبل شهادة الناثحة ، ولم يرد به التي تنوح في مصيبتها وإنما أراد به التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبة تاترخانية عن المحيط ونقله في الفتح عن الذخيرة ثم قال : ولم يتعقب هذا من المشايخ أحد فيما علمت ، وتعامه فيه فراجعه (قوله واختيارها) مقتضاه لو فعلمته عن اختيارها لا تقبل (قوله وعدو الخ) أي على عدوه ملتقى : قال الخاتوني : مثل في شخص ادعى عليه وأقيمت عليه بيعة فقال : إنهم ضربوني خمسة أيام فحكم عليه الحاكم ثم أراد أن يقيم البيعة على الخصومة بعد الحكم فهل تسمع ؟ الجواب : قد وقع الخلاف في قبول شهادة العدو على عدوه عداوة دليوية وهذا قبل الحكم ، وأما بعده فالذي يظهر عدم نقض الحكم ، كما قالوا إن القاضي ليس له أن يقضى بشهادة الفاسق ولا يجوز له ، فإذا قضى لا ينقض اه وهو مخالف لما في اليعقوبية (قوله واعتمد في الوهبانية الخ) قال في المنع : وما ذكره هنا في المختصر من التمهيل في شهادة العدو تبعا للكنز وغيره هو المشهور على السنة فقهاؤنا وقد جزم به المتأخرون ، لكن في القنية أن العداوة بسبب الدنيا لا تمنع ما لم يفسق بسببها أو يجلب منفعة أو يدفع بها عن نفسه مضرة ، وهو الصحيح وعليه الاعتماد ، واختاره ابن وهبان ، ولم يتعقبه ابن الشحنة ، لكن الحديث شاهد لما عليه المتأخرون اه وتعامه فيها ، وانظر ما كتبناه أول القضاء .

أقول : ذكر في الخبرية بعد كلام ما نصه فتحصل من ذلك أن شهادة العدو على عدوه لا تقبل وإن كان عدلا وصرح يعقوب باشا في حاشيته بعدم نفاذ قضاء القاضي بشهادة العدو على عدوه والمسألة دواراة في الكتب ، وذكر في الشارح عبارة يعقوب باشا في أول كتاب القضاء (قوله أو اجتاد شتم أولاده) قال في الفتح : وقال نصير بن يحيى : من يشتم أهله ومماليكه كثيرا في كل ساعة لا يقبل وإن كان أحيانا يقبل وكذا الشتم للحيوان كدابته اه . (قوله كترك زكاة) الصحيح أن تأخير الزكاة لا يبطل العداوة : وذكر الخالصي عن قاضيبيخان أن الفتوى على سقوط العدالة بتأخيرها من غير عذر لحق الفقراء دون الحج خصوصا في زماننا ، كذا في شرح النظم الوهباني منع في المروع آخر الباب (قوله أو ترك جماعة) قال في فتح القدير : منها ترك الصلاة بالجماعة بعد كون الإمام لا طعن عليه في دين ولا حال ، وإن كان متأولا كأن يكون معتقدا أفضليتها أول الوقت والإمام يؤخر الصلاة أو غير ذلك لا تسقط عدالته بالترك ، وكذا بترك الجمعة من غير عذر ، فمنهم من أسقطها بمرة واحدة كالحلواني ، ومنهم من شرط ثلاث مرات كالسرخسي والأول أوجه اه لكن قدمنا عنه أن الحكم بسقوط العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور تأمل (قوله بلا عذر) احتراز عما إذا أراد التقوى على صوم الغدا أو مؤانسة

قدوم أمير وركوب بحر ولبس حرير ، وبول في سوق أو إلى قبلة أو شمس أو قر أو طفيلي ومسخرة ورقاص وشتام للدابة وفي بلادنا يشتمون بائع الدابة فتح وغيره . وفي شرح الوهبانية : لا تقبل شهادة البخيل لأنه لبخله يستقصي فيما يتقرض من الناس فيأخذ زيادة على حقه ، فلا يكون عدلا ولا شهادة الأشراف من أهل العراق لتعصبهم ونقل المصنف عن جواهر الفتاوى ، ولا من انتقل من مذهب أبي حنيفة إلى مذهب الشافعي رضي الله تعالى عنه وكذا بائع الأكفان والحنوط لتمنيه الموت ، وكذا الدلال والوكيل لو بإثبات النكاح ، أما لو شهد أنها امرأته تقبل والحيلة أنه يشهد بالنكاح ولا يذكر الوكالة بزازية وتسهيل ، واعتمده قدرى أفندي في واقعاته ، وذكره المصنف في إجازة معينة معزيا للزازية ، وملخصه أنه لا تقبل شهادة الدالين والصكاكين والمحضرين والوكلاء المنفصلة على أبوابهم ، ونحوه في فتاوى مؤيد زاده ، وفيها وصي أخرج من الوصاية بعد قبولها لم تجز شهادته للميت أبدا ، وكذا الوكيل بعد ما أخرج من الوكالة إن خاصم اتفاقا ، وإلا فكذلك عند أبي يوسف (ومدمن الشرب) لغير الخمر لأن بقطرة منها يرتكب الكبيرة فترد شهادته ، وما ذكره ابن الكمال غلط

الضعيف كما في الشرنبلالية والفتح (قوله قدوم أمير) إلا أن يذهب للاعتبار فحينئذ لا تسقط عدالته (قوله فيما يتقرض) عبارة غيره بقرض (قوله الأشراف من أهل العراق) أي لأنهم قوم يتعصبون فإذا نابت أحدهم نائبة أي سيد قومه فيشهد له ويشفع فلا يؤمن أن يشهد له بزور اه وعلى هذا كل متعصب لا تقبل شهادته بحر كذا في الهامش (قوله من مذهب أبي حنيفة) أي استخفافا . قال في القنية من كتاب الكراهية : ليس للعالم أن يتحول من مذهب إلى مذهب ويستوى فيه الحنفي والشافعي ، وقيل لمن انتقل إلى مذهب الشافعي ليزوج له أخاف أن يموت مسلوب الإيمان لإهانته للدين لجيفة قدرة . وفي آخر هذا الباب من المنح : وإن انتقل إليه لقلته مبالاته في الاعتقاد والجراءة على الانتقال من مذهب إلى مذهب كما يتفق له ويميل طبعه إليه لغرض يحصل له فإنه لا تقبل شهادته اه .

فعلم بمجموع ما ذكرناه أن ذلك غير خاص بانتقال الحنفي وأنه إذا لم يكن لغرض صحيح ، فافهم ولا تكن من المتعصبين فتحرم بركة الأئمة المجتهدين ، وقد مننا هذا البحث مستوفى في فصل التعزير فارجع إليه (قوله وكذا بائع الأكفان) إذا ابتكر وترصد لذلك جامع الفتاوى وبحر (قوله لتمنيه الموت) وإن لم يتمنه بأن كان عدلا تقبل كذا قيده شمس الأئمة س (قوله وكذا الدلال) أي فيما عقده أو مطلقا لكثرة كذبه (قوله والحيلة الخ) مقتضاه أن من لا تقبل شهادته لعله يجوز له أن يخفيها ويشهد ، كما إذا كان عبدا للمشهود له أو ابنه أو نحو ذلك فليتأمل (قوله بزازية) عبارتها ، وشهادة الوكيلين أو الدالين إذا قالوا نحن بعنا هذا الشيء أو الوكيلان بالنكاح أو بالخلع إذ قالوا نحن فعلنا هذا النكاح أو الخلع لا تقبل ، أما لو شهد الوكيلان بالبيع أو للنكاح أنها منكوحته أو ملكه تقبل ، وذكر أبو القاسم ، أنكر الورثة النكاح فشهد رجل قد تولى العقد والنكاح يذكر النكاح ولا يذكر أنه تولاه اه (قوله والوكلاء المنفصلة) أي الذين يجتمعون على أبواب القضاة يتوكلون للناس بالخصومات ح كذا في الهامش (قوله على أبوابهم) أي القضاة (قوله وفيها) مكرر مع ما يأتي متنا (قوله ومدمن الشرب) الإدمان أن يكون في لبته الشرب متى وجد . قال شمس الأئمة : يشترط مع هذا أن يخرج سكران ويسخر منه الصبيان أو أن يظهر ذلك للناس ، وكذلك مدمن سائر الأشربة ، وكذا من يجلس مجلس الفجور والحجاة في الشرب لا تقبل شهادته وإن لم يشرب بزازية كذا في الهامش (قوله وما ذكره ابن الكمال غلط) حيث قال ومدمن الشراب يعني شراب الأشربة المحرمة مطلقا على اللهو ، لم يشترط الخصاص في شرب الخمر الإدمان . ووجهه أن نفس شرب الخمر يوجب الحد فيوجب رد الشهادة ، وشرط في شهادة الأصل الإدمان لأنه إذا شرب في السر لا تسقط

كما حرره في البحر . قال : وفي غير الخمر يشترط الإدمان لأن شربه صغيرة ، وإنما قال (على اللهو) ليخرج الشرب للعداوى فلا يسقط العدالة لشبهة الاختلاف صدر الشريعة وابن كمال (ومن يلعب بالصبيان) لعدم مروءته وكذبه غالبا كافي (والطبور) إلا إذا أمسكها للاستئناس فيباح إلا أن يجرح حمام غيره فلا يأكله للحرام عيني وعناية (والطنبور) وكل هو شنيع بين الناس كالطنابير والمزامير ، ولم يكن شنيعا نحو الحداء وضرب القصب فلا إلا إذا فحش بأن يرقصوا به خانية لدخوله في حد الكبائر بحر (ومن يغني للناس) لأنه يجمعهم على كبيرة هداية وغيرها ، وكلام سعدى أفندي يفيد تقييده بالأجرة فتأمل .

وأما المغني لنفسه لدفع وحشته فلا بأس به عند العامة عناية ، وصححه العيني وغيره : قال : ولو فيه وعظ وحكمة فجائز اتفاقا ، ومنهم من أجازته في العرس كما جاز ضرب الدف فيه ، ومنهم من أباحه مطلقا ، ومنهم من كرهه مطلقا اه .

وفي البحر : والمدب حرمة مطلقا فانقطع الاختلاف ، بل ظاهر الهداية أنه كبيرة ولو لنفسه وأقره المصنف : قال : ولا تقبل شهادة من يسمع الغناء أو يجلس مجلس الغناء : زاد العيني : أو مجلس الفجور والشراب وإن لم يسكر لأن اختلاطه بهم وتركه الأمر بالمعروف يسقط عدالته (أو يرتكب ما يحد به) للفسق ، ومراده من يرتكب كبيرة قاله المصنف وغيره (أو يدخل الحمام بغير إزار) لأنه حرام (أو يلعب بنرد) أو طاب مطلقا أمر أولا :

عدالته لأن الإدمان أمر آخر وراء الإعلان بل لأن شرب الخمر ليس بكبيرة فلا يسقط العدالة إلا الإصرار عليه وذلك بالإدمان : قال في الفتاوى الصغرى : ولا تسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لأن هذا الحد ما ثبت بنص قاطع إلا إذا دام على ذلك ح كذا في الهامش (قوله كما حرره في البحر) حيث قال وذكر ابن الكمال أن شرب الخمر ، ليس بكبيرة فلا يسقط العدالة إلا بالإصرار عليه بدليل عبارة الفتاوى الصغرى المتقدمة اه .

لكن في الهامش قال تحت قول الشارح كما حرره في البحر : أي من أن التحقيق أن شرب قطرة من الخمر كبيرة وإنما شرط المشايخ الإدمان ليظهر شربه عند القاضي اه ح (قوله القصب) الذي في المنع القضيب (قوله بأن يرقصوا) وفي بعض النسخ زيادة كانوا فتأمل : والوجه أن اسم مغنية ومغن : إنما هو في العرف لمن كان الغناء حرفته التي يكتسب بها المال وهو حرام ، ونصوا على أن التغني للهو أو لجمع المال حرام بلا خلاف ، وحينئذ فكأنه قال لا تقبل شهادة من اتخذ التغني صناعة يأكل بها وتمناه فيه فراجع (قوله وغيره) كابن كمال (قوله قال) أي العيني (قوله جائز اتفاقا) اعلم أن التغني لإسباع الغير وإيناسه حرام عند العامة ، ومنهم من جوزه في العرس والوليمة ، وقيل إن كان يتغني ليستفيد به نظم القوافي وبصير فصيح اللسان لا بأس . أما التغني لإسباع نفسه ، قيل لا يكره وبه أخذ شمس الأئمة ، لما روى ذلك عن أزهة الصحابة البراء بن عازب رضي الله عنه : والمكروه على ما يكون على سبيل اللهو ، ومن المشايخ من قال ذلك يكره وبه أخذ شيخ الإسلام بزازية (قوله ضرب الدف فيه) جواز ضرب الدف فيه خاص بالنساء لما في البحر عن المعراج بعد ذكره أنه مباح في النكاح وما في معناه من حادث سرور : قال : وهو مكروه للرجال على كل حال للتشبه بالنساء (قوله فانقطع الاختلاف) فيه كلام ذكرته في حاشيتي على البحر ، وقد رد السائحاني على صاحب البحر (قوله أو يلعب بنرد) أي إذا علم ذلك فتح (قوله أو طاب) نوع من اللعب كذا في الهامش :

قال في الفتح : ولعب الطاب في بلادنا مثله لأنه يرمى ويطرح بلا حساب وإعمال فكره وكل ما كان كذلك مما أحدثه الشيطان وعمله أهل الغفلة فهو حرام سواء قومه به أولا اه .

أما الشطرنج فلشبهة الاختلاف شرط واحد من ست فلذا قال (أو يقامر بشطرنج أو يتزك به الصلاة) حتى يفوت وقتها (أو يخلف عليه) كثيرا (أو يلعب به على الطريق أو يذكر عليه فسقا) أشباه أو يداوم عليه ذكره سعدى أفندي معزيا للكافي والمعراج (أو يأكل الربا) قيدوه بالشهرة ، ولا يخفى أن الفسق يمنعها شرعا إلا أن القاضي لا يثبت ذلك إلا بعد ظهوره له فالكل سواء بحر فليحفظ (أو يبول أو يأكل على الطريق) وكذا كل ما يخجل بالمروءة ، ومنه كشف عورته ليستنجى من جانب البركة والناس حضور وقد كثر في زماننا فتوح (أو يظهر سب السلف) لظهور فسقه ، بخلاف من يخفيه لأنه فاسق مستور عيني : قال المصنف : وإنما قيدنا بالسلف تبعاً لكلامهم ؛ وإلا فالأولى أن يقال سب مسلم لسقوط العدالة بسبب المسلم وإن لم يكن من السلف كما في السراج والنهاية : وفيها : الفرق بين السلف والخلف ، أن السلف الصالح الصدر الأول من التابعين منهم أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه .

والخلف : بالفتح من بعدهم في الخير ، وبالسكون في الشر بحر : وفيه عن العناية عن أبي يوسف : لا أقبل شهادة من سب الصحابة وأقبلها ممن تبرأ منهم لأنه يعتمد دينا وإن كان على باطل فلم يظهر فسقه بخلاف الساب : شهدا أن أباهما أوصى إليه

قلت : ومثله اللعب بالصينية والخاتم في بلادنا ، وإن تورع ولم يلعب ولكن حضر في مجلس اللعب بدليل من جلس مجلس الغناء ، وبه يظهر جهل أهل الورع البارد (قوله أما الشطرنج فلشبهة الاختلاف) أي اختلاف مالك والشافعي في قولها بإباحته ، وهو رواية عن أبي يوسف ، واختارها ابن الشحنة : أقول : هذه الرواية ذكرها في المجتبى ولم تشتهر في الكتب المشهورة ، بل المشهور الرد على الإباحة ، وابن الشحنة لم يكن من أهل الاختيار سائحاني ، وانظر ما في شرح المنظومة المحبية للأستاذ عبد الغني اهـ (قوله شرط واحد) أي لحرمة .

والحاصل أن العدالة إنما تسقط بالشطرنج إذا وجد واحد من خمسة : القمار وفوت الصلاة بسببه وإكثار الخلف عليه واللعب به على الطريق كما في فتح القدير ، أو يذكر عليه فسقا كما في شرح الوهبانية بحر كذا في الهامش (قوله على الطريق) قال في الفتح : وأما ما ذكر من أن من يلعبه على الطريق ترد شهادته فلا يتيانه الأمور المحقرة اهـ (قوله أو يداوم عليه) هذا سادس الستة كذا في الهامش (قوله قيدوه بالشهرة) قيل لأنه إذا لم يشتهر به كان الواقع ليس لإثمة أكل الربا ولا تسقط العدالة به ، وهذا أقرب ، ومرجعه إلى ما ذكر في وجه تقييد شرب الخمر بالإدمان (قوله فالكل سواء) أي كل المفسقات لا خصوص الربا سائحاني (قوله بحر) أصل العبارة للكمال حيث قال : والحاصل أن الفسق في نفس الأمر مانع شرعا غير أن القاضي لا يرتب ذلك إلا بعد ظهوره له فالكل سواء في ذلك . وقال قبله : وأما أكل مال اليتيم فلم يقيد أحد ونصوا أنه بكرة ، وأنت تعلم أنه لا بد من الظهور للقاضي لأن الكلام فيما يرد به القاضي الشهادة فكأنه بكرة يظهر لأنه يحاسب فيعلم أنه استنقص من المال اهـ (قوله أو يأكل على الطريق) أي بأن يكون بمرأى من الناس بحر .

ثم اعلم أنهم اشترطوا في الصغيرة الإدمان ، وما شرطوه في فعل ما يخجل بالمروءة فيما رأيت ، وينبغي اشتراطه بالأولى ، وإذا فعل ما يخجل بها سقطت عدالته وإن لم يكن فاسقا حيث كان مباحا ، ففاعل الخجل بها ليس بفاسق ولا عدل ، فالعدل من اجتنب الثلاثة ، والفاسق من فعل كبيرة أو أصغر على صغيرة ، ولم أر من نبه عليه . وفي العتابية ، ولا تقبل شهادة من يعتاد الصباح في الأسواق بحر . قال في النهاية : وأما إذا شرب الماء أو أكل الفواكه على الطريق لا يقدح في عدالته لأن الناس لا تستقبح ذلك منح س (قوله أوصى إليه) أي إلى زيد ،

فإن ادعاه (صحت) صحت شهادتهما استحسانا كشمادة دائني الميت ومدبوليه والموصى لها ووصية لثالث على الإيصاء (وإن أنكر لا) لأن القاضي لا يملك إجبار أحد على قبول الوصية عيني (كما) لا تقبل (لو شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديوله وادعى الوكيل أو أنكر) والفرق أن القاضي لا يملك نصب الوكيل على الغائب بخلاف الوصي : (شهد الوصي) أي وصى الميت (بحق للميت) بعد ما عزله القاضي عن الوصاية ونصب غيره أو بعد ما أدرك الورثة (لا تقبل) شهادته للميت في ماله أو غيره (خاصم أولا) لحلول الوصي محل الميت ، ولذا لا يملك عزل نفسه بلا عزل قاض فكان كالميت نفسه فاستوى خصامه وعدمه ، بخلاف الوكيل فلذا قال (ولو شهد الوكيل بعد عزله للموكل إن خاصم) في مجلس القاضي ثم شهد بعد عزله (لا تقبل) اتفاقا للثمة (وإلا قبلت) لعدمها خلافا للثاني فجعله

والأولى إظهاره (قوله فإن ادعاه) أي رضى به سعدية وعزيمة (قوله والموصى لهما) أورد على هذا أن الميت إذا كان له وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى نصب آخر : وأجيب بأنه يملكه لإقرارهما بالعجز عن القيام بأمور الميت كذا في البحر (قوله لثالث) أي لرجل ثالث متعلق بشهادة كقوله على الإيصاء ، أي على أن الميت جعله وصيا وهذا مرتبط بالمسائل الأربع لا بالأخيرة كما لا يخفى فافهم . وفي البحر : ولا بد من كون الميت معروفا في الشكل ، أي ظاهرا إلا في مسألة المديونين لأنهما يقران على أنفسهما بثبوت ولاية القبض للمشهود له ، فانتفت التهمة وثبت موته بإقرارهما في حقهما ، وقيل معنى الثبوت أمر القاضي إياهما بالأداء إليه لا براءتهما عن الدين بهذا الأداء لأن استيفاء منهما حق عليهما ، والبراءة حق لهما فلا تقبل كذا في الكافي اه ملخصا (قوله على قبول الوصية) ظاهر في أن الوصي من جهة القاضي خلافا لما في البحر (قوله كما لا تقبل لو شهدا الخ) هذا إذا كان المطلوب يجحد الوكالة وإلا جازت الشهادة لأنه يجبر على دفع المال بإقراره بدون الشهادة ، وإنما قامت الشهادة لإبراء المطلوب عند الدفع إلى الوكيل إذا حضر الطالب وأنكر الوكالة فكانت شهادة على أبيهما فتقبل : وفرق بينها وبين من وكل رجلا بالخصومة في دار بعينها وقبضها وشهد ابنا الموكل بذلك لا تقبل وإن أقر المطلوب بالوكالة لأنه لا يجبر على دفع الدار إلى الوكيل بحكم إقراره بل بالشهادة فكانت لأبيهما فلا تقبل بحر ملخصا عن المحيط (قوله أباهما) أشار إلى عدم قبول شهادة ابن الوكيل مطلقا بالأولى ، والمراد عدم قبولها في الوكالة من كل من لا تقبل شهادته للموكل ، وبه صرح في البرازية بحر (قوله الغائب) قيد به ، لأنه لو كان حاضرا لا يمكن الدعوى بها ليشهدا لأن التوكيل لا تسمع الدعوى به لأنه من العقود الجارزة ، لكن يحتاج إلى بيان صورة شهادتهما في غيبته مع جحد الوكيل لأنها لا تسمع إلا بعد الدعوى .

ويمكن أن تصور بأن يدعى صاحب ودیعة عليه بتسليم ودیعة الموكل في دفعها فيجحد فيشهدان به وبقبض ديون أبيهما ، وإنما صورناه بذلك لأن الوكيل لا يجبر على فعل ما وكل به إلا في رد الوديعة ونحوها كما سيأتي فيها بحر ، وفيه نظر بيناه في حاشيته فتدبر (قوله عن الغائب) لعدم الضرورة إليه لوجود رجاء حضوره من : قال في البحر بعد ذكر الغائب إلا في المفقود (قوله بعد) وكذا قبله بالأولى ، فكان الأولى أن يقول ولو بعد ما عزله القاضي ودلت المسألة على أن القاضي إذا عزل الوصي بعزل برازية . ويمكن أن يقال عزله بجنحة (قوله ولو شهد الخ) أصل المسألة في البرازية حيث قال : وكله بطاب ألف درهم قبل فلان والخصومة فخاصم عند غير القاضي ثم عزل الوكيل قبل الخصومة في مجلس القضاء ثم شهد الوكيل بهذا المال لموكله يجوز : وقال الثاني لا يجوز بناء على أن نفس الوكيل قام مقام الموكل اه فالمراد هنا أنه خاصم فيها وكل به ، فإن خاصم في غيره ففيه تفصيل أشار إليه الشارح فيما يأتي اه .

كالوصى سراج . وفي قسامة الزيلعي : كل من صار خصما في حادثة لا تقبل شهادته فيها ومن كان بعرضية أن يصير خصما ولم ينتصب خصما بعد تقبل وهذان الأصلان متفق عليهما وتماه فيه ، قيدنا بمجلس القاضى لأنه لو خصم في غيره ثم عزله قبلت عندهما كما لو شهد في غير ما وكل فيه وعليه جادع الفتاوى . وفي البزازية : وكله بالخصومة عند القاضى فخاصم المطلوب بألف درهم عند القاضى ثم عزله فشهد أن لموكله على المطلوب مائة دينار تقبل بخلاف مالو وكله عند غير القاضى وخصم وتماه فيها . (ك) ما قبلت عندهما خلافا للثانى (شهادة اثنين بدين على الميت لرجلين ثم شهد المشهود لهما للشاهدين بدين على الميت) لأن كل فريق يشهد بالدين في الذمة وهى تقبل حتموقا شتى فلم تقع الشركة له في ذلك ،

ونقل في الهامش فرعا هو : ادعى المشتري أنه باعه من فلان وفلان يجحد فشهد له البائع لم تقبل كذا في المحيط والبائع إذا شهد لغيره بما باع لا تقبل شهادته ، وكذا المشتري كذا في فتاوى قاضيخان الفتاوى الهندية اه (قوله كالوصى) بناء على أن عنده بمجرد قبول الوكالة يصير خصما وإن لم يخاصم ، ولهذا لو أقر على موكله في غير مجلس القضاء نفذ إقراره عليه : وعندهما لا يصير خصما بمجرد القبول ولهذا لا ينفذ إقراره ذخيرة مخصصا (قوله وفي قسامة الزيلعي الخ) المسألة مبسوطه في الفصل السادس والعشرين من التتارخانية (قوله متفق عليهما) فيه أن أبا يوسف جعل الوكيل كالوصى وإن لم يخاصم مع أنه بعرضية أن يخاصم (قوله عندهما) أى خلافا للثانى كما تقدم ح (قوله أو عليه) أى أو شهد عليه أى على الموكل (قوله وفي البزازية) بيان لقوله في غير ما وكل فيه (قوله عند القاضى) متعلق بوكل لا بالخصومة (قوله مائة دينار) أى مال غير الموكل به ، بخلاف ما مر (قوله وتماه فيها) حيث قال : بخلاف مالو وكله عند غير القاضى فخاصم مع المطلوب بألف وبرهن على الوكالة ثم عزله الموكل عنها فشهد له على المطلوب بمائة دينار ، فما كان للموكل على المطلوب بعد القضاء بالوكالة لا يقبل ، لأن الوكالة لما اتصل بها القضاء صار الوكيل خصما في حقوق الموكل على غرماه فشهادته بعد العزل بالدنانير شهادة الخصم فلا تقبل ، بخلاف الأول لأن علم القاضى بوكالته ليس بقضاء فلم يصير خصما في غير ما وكل به وهو الدرهم فتجاوز شهادته بعد العزل في حق آخر اه بزيادة من جامع الفتاوى : وزاد في الذخيرة : إلا أن يشهد بمال حادث بعد تاريخ الوكالة فحينئذ تقبل شهادتهما عنده اه ولهذا قال في البزازية بعد ما مر : وهذا غير مستقيم فيما يحدث لأن الرواية محفوظة فيما إذا وكله بالخصومة في كل حق له وقبضه على رجل ، يعنى أنه لا يتناول الحادث أما إذا وكله بطلب كل حق له قبل الناس أجمعين فالخصومة تنصرف إلى الحادث أيضا استحسانا فإذا تحمل المذكورة على الوكالة العامة .

ثم قال : والحاصل أنه في الوكالة العامة بعد الخصومة لا تقبل شهادته لموكله على المطلوب ولا على غيره في القائمة ولا في الحادثة إلا في الواجب بعد العزل اه يعنى وأما في الخاصة فلا تقبل فيما كان على المطلوب قبل الوكالة وتقبل في الحادث بعدها أو بعد العزل ، وإنما جاء عدم الاستقامة بالتهديد بقوله بما كان للموكل على المطلوب بعد القضاء بالوكالة ، ولذا لم يقيد بذلك في الذخيرة ، بل صرح بعده بأن الحادث تقبل فيه كما قدمناه ، فاغتنم هذا التحرير اه . وذكر في الهامش عبارة جامع الفتاوى ونصها : لأنه في الفصل الثانى لما اتصل القضاء بها أى بالوكالة صار الوكيل خصما في جميع حقوق الموكل على غرماه ، فإذا شهد بالدنانير فقد شهد بما هو خصم فيه ، وفي الأول : علم القاضى بوكالته ليس بقضاء فلم يصير خصما فكان في غير ما وكل به وهو الدرهم فتجاوز شهادته بعد العزل في حق آخر اه (قوله شهادة اثنين الخ) راجع الفصل الرابع والعشرين من التتارخانية (قوله في ذلك) أى فيما في الذمة وإنما تثبت الشركة في المقبوض بعد القبض . ووجه قول

بخلاف الوصية بغير عين كما في وصايا المجمع وشرحه وسيجيء ثمة (و) ك (شهادة وصيين لو ارث كبير) على أجنبي (في غير مال الميت) فإنها مقبولة في ظاهر الرواية ، كما لو شهد الوصيان على إقرار الميت بشيء معين لو ارث بالغ تقبل بزازية (و لو) شهد (في ماله) أي الميت (لا) خلافا لهما ، ولو لصغير لم يجز اتفاقا ، وسيجيء في الوصايا (كما) لا تقبل (الشهادة على جرح) بالفتح : أي فسق (مجرد) عن إثبات حق لله تعالى أو للعبد ، فإن تضمنته قبلت وإلا لا (بعد التعديل و) لو (قبله قبلت) أي الشهادة بل الإخبار ولو من واحد على الجرح المحرد كذا اعتمده المصنف تبعا لما قرره صدر الشريعة ، وأقره من لا خسرو وأدخله تحت قولهم : الدفع أسهل من الرفع ، وذكر وجهه ، وأطلق ابن الكمال ردها تبعا لعامة الكتب ، وذكر وجهه ، وظاهر كلام الواني وعزمي زاده الميل إليه ، وكذا القهستاني حيث قال : وفيه أن القاضي لم يلتفت لهذه الشهادة ولكن يزكي الشهود سرا وعلنا ، فإن عدلوا قبلها وعزاه للمضمرات

أبي يوسف بعدم القبول أن أحد الفريقين إذا قبض شيئا من التركة بدينه شاركه الفريق الآخر فصار كل شاهدا لنفسه (قوله بخلاف الوصية بغير عين) كما إذا شهد أن الميت أوصى لرجلين بألف فادعى الشاهدان أن الميت أوصى لهما بألف وشهد الموصى لهما أن الميت أوصى للشاهدين بألف لا تقبل الشهاداتتان لأن حق الموصى له تعلق بعين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة فصار كل واحد من الفريقين مثبتا لنفسه حق المشاركة في التركة فلا تصح شهادتهما ، واحتجز بالوصية بغير عين عن الوصية بها ، كما لو شهدا أنه أوصى لرجلين بعين وشهد المشهود لهما للشاهدين الأولين أنه أوصى لهما بعين أخرى فإنها تقبل الشهاداتتان اتفاقا لأنه لا شركة ولا تهمة اه ح كذا في الهامش (قوله على أجنبي) الظاهر أنه غير قيد تأمل (قوله حق الله تعالى) ولو كان الحق تعزيرا ، وانظر باب التعزير من البحر عند قوله يا فاسق يا زاني (قوله وإلا لا) تكرار س (قوله بعد التعديل) ولو قبله قبلت : ذكر في البحر أن التفصيل إنما هو إذا ادعاه الخصم وبرهن عليه جهرا أما إذا أخبر القاضي به سرا وكان مجردا طلب منه البرهان عليه ، فإذا برهن عليه سرا أبطل الشهادة لتعارض الجرح والتعديل فيقدم الجرح ، فإذا قال الخصم للقاضي سرا إن الشاهد أكل ربا وبرهن عليه رد شهادته كما أفاده في الكافي اه : ووجهه أنه لو كان البرهان جهرا لا يقبل على الجرح المحرد لفسق الشهود به بإظهار الفاحشة ، بخلاف ما إذا شهدوا سرا كما بسطه في البحر .

وحاصله أنها تقبل على الجرح ولو مجردا أو بعد التعديل لو شهدوا به سرا ، وبه يظهر أنه لا بد من التقييد لقول المصنف لا تقبل بعد التعديل بما إذا كان جهرا ، وظاهر كلام الكافي أن الخصم لا يضره الإعلان بالجرح المحرد كما في البحر : أي لأنه إذا لم يشتهه بالشهود سرا وفسق بإظهار الفاحشة لا يسقط حقه ، بخلاف الشهود فإنها تسقط شهادتهم بفسقهم بذلك ، وكذا يقبل عند سؤال القاضي .

قال في البحر أول الباب المار : وقد ظهر من إطلاق كلامهم هنا أن الجرح يقدم على التعديل سواء كان مجردا أولا عند سؤال القاضي عن الشاهد والتفصيل الآتي من أنه إن كان مجردا لا تسمع البيعة به أولا فتسمع إنما هو عند طعن الخصم في الشاهد علانية اه .

هذا ، وقد مر قبل هذا الباب أنه لا يسأل عن الشاهد بلا طعن من الخصم . وعندهما يسأل مطلقا ، والفتوى على قولها من عدم الاكتفاء بظاهر العدالة ، وحينئذ فكيف يصح القول برد الشهادة على الجرح المحرد قبل التعديل . وأجاب السامحاني بأن من قال تقبل أراد أنه لا يكفي حينئذ ظاهر العدالة ، ومن قال ترد أراد أن التعديل لو كان ثابتا أو أثبت بعد ذلك لا يعارضه الجرح المحرد فلا تبطل العدالة اه ويشير إلى هذا قول ابن الكمال :

وجعله البرجندی علی قولها لا قوله فتنبه (مثل أن يشهدوا علی شهود المدعی) علی الجرح المجرد (بأنهم فسقة أو زناة أو آكلة الربا أو شربة الخمر أو علی إقرارهم أنهم شهدوا بزور أو أنهم أجراء فی هذه الشهادة أو أن المدعی مبطل فی هذه الدعوى أو لأنه لا شهادة لهم علی المدعی علیه فی هذه الحادثة) فلا تقبل بعد التعديل بل قبله درر ، واعتمده المصنف (وتقبل لو شهدوا علی) الجرح المركب (كإقرار المدعی بنفسهم أو إقراره بشهادتهم بزور أو بأنه استأجرهم علی هذه الشهادة) أو علی إقرارهم أنهم لم يحضروا المجلس الذى كان فيه الحق عینی (أو أنهم عبید أو محدودون

فإن قلت : أليس الخبر عن فسق الشهود قبل إقامة البينة علی عدالتهم يمنع القاضی عن قبول شهادتهم والحكم بها .

قلت : نعم ، لكن ذلك للطعن فی عدالتهم لا لسقوط أمر يسقطهم عن حيز القبول ، ولذا لو عدلوا بعد هذا تقبل شهادتهم ، ولو كانت الشهادة علی فسقهم مقبولة لسقطوا عن حيز الشهادة ولم يبق لهم مجال التعديل اه وهذا معنى كلام القهستانی ، وكذلك كلام صدر الشريعة ومنلا خسرو ، ويرجع إلى ما ذكره ابن الكمال (قوله وجعله البرجندی) أقول : المتبادر منه رجوعه إلى قوله لكن يزكى الشهود سرا وعلنا ، أما علی قول الإمام فيكتفى بالنزكية علنا كما تقدم ، وهذا محله ما إذا لم يطعن الخصم : أما إذا طعن كما هنا فلا اختلاف ، بل هو علی قول الكل من أنهم يزكون سرا وعلنا فتأمل وراجع ، ولعل هذا هو وجه أمر الشارح بقوله فتنبه من الظاهر أن الضمير راجع إلى الإطلاق المفهوم من قوله وأطلق الكمال (قوله أو زناة الخ) أى عادتهم الزنا أو أكل الربا أو الشرب وفى هذا لا يثبت الحد ، بخلاف ما يأتي من أنهم زفوا أو سرقوا منى الخ لأنها شهادة علی فعل خاص موجب للحد ، هذا ما ظهر لى .

[فرع] ذكره فى الهامش : ومن ادعى ملكا لنفسه ثم شهد أنه ملك غيره لا تقبل شهادته ، ولو شهد بملك لإنسان ثم شهد به لغيره لا تقبل ، ولو ابتاع شيئا من واحد ثم شهد به لآخر ترد شهادته ، ولو برهن أن الشاهد أقر أنه ملكى يقبل ، والشاهد لو أنكر الإقرار لا يحلف جامع الفصولين فى الرابع عشر اه (قوله فلا تقبل) تكرار مع مامر (قوله واعتمده المصنف) قال : وإنما لم تقبل هذه الشهادة بعد التعديل ، لأن العدالة بعد ما ثبتت لا ترتفع إلا بإثبات حق الشرع أو العبد كما عرفت ، وليس فى شيء مما ذكر إثبات واحد منهما ، بخلاف ما إذا وجدت قبل التعديل فإنها كافية فى الدفع كما مر ، كذا قاله منلا خسرو وغيره :

فإن قلت : لانسلم أنه ليس فيما ذكر إثبات واحد منهما يعنى حق الله تعالى وحق العبد ، لأن إقرارهم بشهادة الزور أو شرب الخمر مع ذهاب الرأحة موجب للتعزير وهو هنا من حقوق الله تعالى .

قلت : الظاهر أن مرادهم بما يوجب حقا لله تعالى الحد لا التعزير لقولهم وليس فى وسع القاضى إلزامه لأنه يدفعه بالتوبة ، لأن التعزير حق الله تعالى يسقط بالتوبة ، بخلاف الحد لا يسقط بها ، والله تعالى أعلم اه :

قلت : لكن صرح فى تعزير البحر أن الحق لله تعالى لا يختص بالحد بل أعم منه ومن التعزير ، وصرح هناك أيضا بأن التعزير لا يسقط بالتوبة : إلا أن يقال إن مراده به ما كان حقا للعبد لا يسقط بها تأمل (قوله كإقرار المدعی) قال فى البحر : لا يدخل تحت الجرح ما إذا برهن على إقرار المدعی بنفسهم أو أنهم أجراء أو لم يحضروا الواقعة أو على أنهم محدودون فى قذف أو على رق الشاهد أو على شركة الشاهد فى العين ، وكذا قال فى الخلاصة : للخصم أن يطعن بثلاثة أشياء : أن يقول هما عبدان أو محدودان فى قذف أو شريكان ، فإذا قال هما عبدان يقال للشاهدين أقيم البينة على الحرية ، وفى الآخرين يقال للخصم أقم البينة أنهما كذلك اه . فعلى هذا الجرح

بقذف) أو أنه ابن المدعى أو أبوه عنابة أو قاذف والمقذوف يدعيه (أو أنهم زلوا ووصفوه أو سرقوا من كذا) وبينه (أو شربوا الخمر ولم يتقدم العهد) كما مر في بابه (أو قتلوا النفس عمداً) عيني (أو شركاء المدعى) أي والمدعى مال (أو أنه استأجرهم بكذا لها) للشهادة (وأعطاهم ذلك مما كان لي عنده) من المال (ولو لم يقله لم تقبل لدعواه الاستئجار لغيره) ولا بولاية له عليه (أو أني صالحتهم على كذا ودفعته إليهم) أي رشوة ولا فلا صلح بالمعنى الشرعي ، ولو قال ولم أدفعه لم تقبل (على أن لا يشهدوا على زورا و) قد (شهدوا زورا) وأنا أطلب ما أعطيتهم وإنما قبلت في هذه الصور لأنها حق الله تعالى أو العبد فست الحاجة لإحيائهما (شهد عدل فلم يبرح) عن مجلس القاضي ولم يطل المجلس ولم يكذبه المشهود له (حتى قال أوهمت) أخطأت (بعض شهادتي ولا مناقضة قبلت) شهادته بجميع ما شهد به لو عدلا ولو بعد القضاء وعليه الفتوى خاتمة وبجر .

قلت : لكن عبارة الملتقى تقضي قبول قوله أوهمت وأنه يقضى بما بقي وهو مختار السرخسي وغيره ، وظاهر كلام الأكل وسعدى ترجيحه

في الشاهد إظهار ما يخل بالعدالة لا بالشهادة مع العدالة ، فإدخال هذه المسائل في الجرح المقبول كما فعل ابن افيهم مردود بل من باب الطعن كما في الخلاصة : وفي خزائن الأكل : لو برهن على إقرار المدعى بفسقهم أو بما يبطل شهادتهم يقبل ، وليس هذا بجرح وإنما هو من باب إقرار الإنسان على نفسه اه وهذا لا يرد على المصنف فكان على الشارح أن لا يذكر قوله الجرح المركب فإنها زيادة ضرر (قوله بقذف) لأن من تمام حده رد شهادته وهو من حقوق الله تعالى (قوله ولم يتقدم العهد) بأن لم يزل الريح في الخمر ولم يمض شهر في الباقي ، قيد بعدم التقدم إذ أو كان متقدما لا تقبل لعدم إثبات الحق به لأن الشهادة بحد مقدم مردودة منح ، وما ذكره المصنف بقوله ولم يتقدم العهد وفق به الزيلعي بين جعلهم هم زناة شربة الخمر من الجرد وجعلهم زلوا أو سرقوا من غيره . ونقل عن المقدسي أن الأظهر أن قولهم زناة أو فسقة أو شربة أو أكلة ربا اسم فاعل ، وهو قد يكون بمعنى الاستقبال فلا يقطع بوصفهم بما ذكر بخلاف الماضي اه ملخصا وهو حسن جدا لأنه هو المتبادر من تخصيصهم في التمثيل للأول بإسم الفاعل وللثاني بالماضي (قوله أو شركاء) فيما إذا كانت الشهادة في شركتهما منح ، والمراد أن الشاهد شريك مفاوض فهما حصل من هذا الباطل يكون له فيه منفعة لا أن يراد أنه شريكه في المدعى به وإلا كان إقرارا بأن المدعى به لها فتح ، ومثله في القهستاني : وما في البحر من حمله على الشركة عقدا يشمل بعمومه العنان ولا يلزم منه نفع الشاهد فكانه سبق قلم . وعلى ما قلنا فقول الشارح والمدعى مال : أي مال تصح فيه الشركة ليخرج نحو العقار وطعام أهله وكسوتهم مما لا تصح فيه (قوله أو أني صالحتهم) أي شهدوا على قول المدعى إني صالحتهم الخ (قوله أي رشوة) قاله في السعدية (قوله فلم يبرح) لأنه لو قام لم يقبل منه ذلك لجواز أنه غره الخصم بالدنيا بحر (قوله أخطأت) قال في البحر : معنى قوله أوهمت أخطأت بنسيان ما كان يحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة كذا في الهداية اه (قوله بعض شهادتي) منصوب على نزع الخافض : أي في بعض شهادتي سعدية (قوله قبلت شهادته) قال في المنح : واختاره في الهداية لقوله في جواب المسألة جازت شهادته ، وقيل يقضى بما بقي إن تداركه بنقصان ، وإن بزيادة يقضى بها إن ادعاه المدعى ، لأن ما حدث بعدها قبل القضاء يجعل كحدثه عندها ، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي ، واقصر عليه قانميخان ، وعزاه إلى الجامع الصغير اه (قوله لو عدلا) تكرار مع المتن من (قوله وعليه الفتوى) أي على قوله ولو بعد القضاء (قوله بما بقي) أي أو بما زاد كما صرح به غيره ومثله في البحر . قال : وعليه فبني القبول

فتنبه وتبصر (وإن) قاله الشاهد (بعد قيامه عن المجلس لا) تقبل على الظاهر احتياطاً وكذا لو وقع الغلط في بعض الحدود أو النسب هداية (بينة أنه) أي المجروح (مات من الجرح أولى من بينة الموت بعد البرء) ولو (أقام أولياء مقتول بينة على أن زيدا جرحه وقتله وأقام زيد بينة على أن المقتول قال إن زيدا لم يجرخني ولم يقتلني فبينة زيد أولى من بينة أولياء المقتول) مجموع الفتاوى (وبينة العين)

العمل بقوله الثاني (قوله فتنبه وتبصر) في كلام الشارح عنى عنه في هذا المقام نظر من وجوه :
الأول : أن قوله ولو بعد القضاء ليس في محله لأن الضمير في قول المصنف قبلت راجع إلى الشهادة كما نص عليه في المنح ، وهو مقتضى صنيعه هنا ، وحينئذ فلا معنى لقبولها بعد القضاء بل الصواب ذكره بعد عبارة الملتقى .
الثاني : أنه لا محل للاستدراك هنا لأن في المسئلة قولين : ولا يقبل الاستدراك بقول على آخر إلا أن يعتبر الاستدراك بالنظر إلى ترجيح الثاني .
الثالث : أن قوله وكذا لو وقع الغلط في بعض الحدود أو النسب يقتضى أنه مفرع على القول المذكور في المتن وليس كذلك .

الرابع : أنه يقتضى أنه لا يقبل قوله بذلك وليس كذلك :
وعبارة الزيلعي تدل على ما قلنا من أوجه النظر المذكورة ، حيث قال : ثم قيل يقتضى بجميع ما شهد به أولاً ، حتى لو شهد بألف ثم قال غلطت في خمسمائة يقتضى بألف لأن المشهود به أولاً صار حقا للمدعى ووجب على القاضي القضاء به فلا يبطل برجوعه ، وقيل يقتضى بما بقى لأن ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء كحدثه عند الشهادة . ثم قال : وذكر في النهاية أن الشاهد إذا قال أوهمت في الزيادة أو في النقصان يقبل قوله إذا كان عدلاً ، ولا يتفاوت بين أن يكون قبل القضاء أو بعده رواه عن أبي حنيفة ، وعلى هذا لو وقع الغلط في ذكر بعض حدود العقار أو في بعض النسب ثم تذكر تقبل لأنه قد يبتلى به في مجلس القضاء فذكره ذلك للقاضي دليل على صدقه واحتياطه في الأمور اه فتأمل (قوله أو النسب) بأن قال محمد بن علي بن عمران فتداركه في المجلس قبل وبعده ، وقوله بعض الحدود بأن ذكر الشرقي مكان الغربي ونحوه فتح (قوله أولى من بينة الموت) نقل الشيخ غانم خلافة عن الخلاصة وغيرها فراجع ، وأفتى المفتي أبو السعود بخلافه : وذكر في البحر مسائل في تعارض البيئات وترجيحها في الباب الآتي عند قوله : ولو شهدا أنه قتل زيدا يوم النحر الخ : وذكر في الهامش مسائل في تعارض البيئات هي قطع أقامت الأمة بينة أن مولاها دبرها في مرض موته وهو عاقل وأقامت الزوجة بينة أنه كان مخلوط العقل فبينة الأمة أولى ، وكذا إذا خالغ امرأته ثم أقام الزوج بينة أنه كان مجنوناً وقت الخلع والمرأة على أنه كان عاقلاً فبينة المرأة أولى في الفصلين . زوج الأب بنته البالغة من رجل على أنه يعطيه ألفاً فأعطاه ثم ادعت البنت أن الألف مهرها وادعى الأب أنه له لأجل قفتنا نلق ٧ وأقاما البينة فبينة البنت أولى لأن بينتها تثبت الوجوب في النكاح وبينته تثبت الرشوة . حاوى الزاهدى ، ولو ادعى أحدهما البيع بالتلجئة وأنكر الآخر فالقول لمدعى الجدة بيمينه ، ولو برهن أحدهما قبل ، ولو برهننا فالتلجئة كما سبق في البيع تعارضت بيننا صحة الوقف وفساده ، فإن الفساد لشرط في الوقف مفسد فبينة الفساد أولى ، وإن كان المعنى في المحل وغيره فبينة الصحة أولى . وعلى هذا التفصيل إذا اختلف البائع والمشتري في صحة البيع وفساده باقاني على الملتقى . بينة أنه باعها في البلوغ أولى من بينة أنه باعها في صغره حاوى الزاهدى : إذا تعارضت بينة القدم والحلوث . ففي البزازية والخلاصة : بينة القدم أولى . وفي ترجيح البيئات للبغدادى عن القنية : بينة الحلوث

من يتيم بلغ (أولى من بينة كون القيمة) أى قيمة ما اشتراه من وصيه فى ذلك الوقت (مثل الثمن) لأنها تثبت أمرا زائدا ولأن بينة الفساد أرجح من بينة الصحة درر خلافا لما فى الوهبانية ، أما بدون البينة فالقول لمدعى الصحة منية (وبينة كون المتصرف) فى نحو تدبير أو خلع أو خصومة (ذا عقل أولى من بينة) الورثة مثلا (كونه مخلوط العقل أو مجنوناً) ولو قال الشهود لاندري كان فى صحة أو مرض فهو على المرض ، ولو قال الوارث كان يهذى يصدق حتى يشهد أنه كان صحيح العقل بزازية (وبينة الإكراه) فى إقراره (أولى من بينة الطوع) إن أرتخا واتخذ تاريخهما ، فإن اختلفا أولم يؤرخا فبينة الطوع أولى ملتقط وغيره ، واعلمده المصنف وابنه وعزى زاده :

[فروع] بينة الفساد أولى من بينة الصحة شرح وهبانية . وفى الأشباه : اختلف المتبايعان فى الصحة والبطالان

أولى : وذكر العلأى فى شرح الملتقى أن بينة القدم أولى فى البناء وبينة الحدوث أولى فى الكيف اه حامدية ، ولو ظهر جنونه وهو مفيق يجحد الإفاقة وقت بيعه فالقول له وبينة الإفاقة أولى من بينة الجنون : وعن أبى يوسف : إذا ادعى شراء الدار فشهد شاهدان أنه كان مجنوناً عندما باعه وآخران أنه كان عاقلاً فبينة العقل وصحة البيع أولى : إذا اختلف المتبايعان فى صحة العقد وفساده فإنما يجعل القول لمن يدعى الصحة والبينة بينة من يدعى الفساد ، ولو قال لا دعوى على تركة أخى أو لاحق فى تركة أخى وهو أحد الورثة لا يبطل ولا يدفع الورثة بهذا اللفظ بجر عن النوادر اه (قوله من يتيم بالغ) متعلق ببينة (قوله ما اشتراه) أى المشتري (قوله من وصيه) أى وصى اليتيم (قوله ذا عقل) بينة كون البائع معتوماً (١) أولى من بينة كونه عاقلاً غانم البغدادى (قوله فهو على المرض) لأن تصرفه أدنى من تصرف الصحة فيكون متيقناً وانظر نسخة السامحانى : قال : مجرد هذه الحواشى الذى فى السامحانى هو قوله ولو قال الشهود لاندري كان فى صحة أو مرض فهو على المرض . أى لأن تصرفه أدنى من تصرف الصحة فيكون متيقناً : وفى جامع الفقاوى : ولو ادعى الزوج بعد وفاتها أنها كانت أبراته من الصداق حال صحتها وأقام الوارث بينة أنها أبراته فى مرض موتها فبينة الصحة أولى ، وقيل بينة الورثة أولى ، ولو أقرا الوارث ثم مات فقال المقر له أقر فى صحته وقال بقية الورثة فى مرضه فالقول للورثة والبينة للمقر له وإن لم يقم بينة وأراد استجلا فمهم له وذلك : ادعت المرأة البراءة عن المهر بشرط وادعاها الزوج مطلقاً وأقاما البينة فبينة المرأة أولى إن كان الشرط متعارفاً يصح الإبراء معه ، وقيل : البينة من الزوج أولى ، ولو أقامت المرأة بينة على المهر على أن زوجها كان مقراً به يومنا هذا وأقام الزوج بينة أنها أبراته من هذا المهر فبينة البراءة أولى وكذا فى الدين لأن بينة مدعى الدين بطلت كإقرار المدعى عليه بالدين ضمن ذعواه البراءة كشهود بيع وإقالة ، فإن بينتها لم يبطلها شيء وتبطل بينة البيع لأن دعوى الإقالة لإقراره ، وقوله فهو على المرض لم يذكر ما إذا اختلفا فى الصحة والمرض : وفى الأنقروى : ادعى بعض الورثة أن المورث وهب شيئاً معيناً وقبضه فى صحته وقالت البقية كان فى المرض فالقول لهم ، وإن أقاموا البينة فالبينه لمدعى الصحة ، ولو ادعت أن زوجها طلقها فى مرض الموت ومات وهى فى العدة وادعى الورثة أنه فى الصحة فالقول لها ، وإن برهنا وقتنا واحداً فبينة الورثة أولى اه هذا ما وجدته فيها (قوله أولى من بينة الطوع) قال ابن الشحنة :

ربينتا كره وطوع أقيمتا فتقديم ذات الكره صحح الأكثر

قال فى الهامش : تعارضت بينة الإكراه والطوع فى البيع والصلح والإقرار فبينة الإكراه أولى باقانى على

(١) (قوله بينة كون البائع معتوماً بالغ) هكذا فى النسخة المجموع منها ، وليعامل فيه مع قول المصنف وبينة كون المتصرف

ذا عقل بالغ وللمحرر اه مصححه .

فالقول لمدعى البطلان ، وفي الصحة والفساد لمدعى الصحة إلا في مسألة الإقالة . وفي الملتقط اختلفا في البيع والرهن فالبيع أولى : اختلفا في البتات والوفاء فالوفاء أولى استحسانا . شهادة قاصرة يتمها غيرهم تقبل كأن شهدا بالدار بلا ذكر أنها في يد الخصم فشهد به آخران أو شهدا بالملك بالحدود وآخران بالحدود أو شهدا على الاسم والنسب ولم يعرفا الرجل بعينه فشهد آخران أنه المسمى به درر ، شهد واحد فقال الباكون نحن اشهد كشهادته لم تقبل حتى يتكلم كل شاهد بشهادته وعليه الفتوى : شهادة النفي المتواتر مقبولة . الشهادة إذا بطلت في البعض بطلت في الكل إلا في عيب بين مسلم ونصراني فشهد نصرانيان عليهما بالعتق قبلت في حق النصراني فقط أشباه .

قلت : وزاده محشيا خمسة أخرى معزية للبرازية .

المتنى وخانية في أحكام البيوع الفاسدة وترجيح البيئات . وبينت الرجوع عن الوصية أولى من بينة كونه موصيا مصرا إلى الوفاة أبو السعود وحامدية (قوله لمدعى البطلان) لأنه منكر للعقد (قوله لمدعى الصحة) مفاده أن البينة بينة الفساد فيوافق ما قبله (قوله إلا في مسألة الإقالة) كما لو ادعى المشتري أنه باع المبيع من البائع بأقل من الثمن قبل النقد وادعى البائع الإقالة فالقول للمشتري مع أنه يدعى فساد العقد ولو كان على القلب تحالفا أشباه (قوله وفي الملتقط) أنظر ما كتبه قبيل الكفالة (قوله شهادة النفي المتواتر مقبولة) بخلاف غيره فلا يقبل سواء كان نفيًا ضرورة أو معني ، وسواء أحاط به علم الشاهد أولا كما مر في باب التيمين في البيع والشراء ، نعم تقبل بينة النفي في الشروط كما قدمناه هناك :

وذكر في الهامش في النوادر عن الثاني شهدا عليه بقول أو فعل يلزم عليه بذلك إجارة أو بيع أو كتابة أو طلاق أو عتاق أو قتل أو قصاص في مكان أو زمان وصفات فبرهن المشهود عليه أنه لم يكن ثمة يومئذ لا تقبل لكن قال في المحيط في الحادى والخمسين إن تواتر عند الناس وعلم الكل عدم كونه في ذلك المكان والزمان لا تسمع الدعوى ويقضى بفراغ الذمة لأنه يلزم تكذيب الثابت بالضرورة ما لم يدخله الشك عندنا إلى الكلام الثاني (١) وكذا كل بينة قامت على أن فلانا لم يقل ولم يفعل ولم يقر ، وذكر الناطق أمن الإمام أهل مدينة من دار الحرب فاختلفوا بمدينة أخرى وقالوا : كنا جميعا فشهدا . أنهم لم يكونوا وقت الأمان في تلك المدينة يقبلان إذا كانا من غيرهم بزازية : وذكر الإمام السرخسى أن الشرط وإن نفيًا كقوله إن لم أدخل الدار اليوم فامرأته كذا فبرهنت على عدم الدخول اليوم يقبل حلقه إن لم تأت صهرتي في الليلة ولم أكلمها فشهدا على عدم الإتيان ، والكلام يقبل لأن الغرض إثبات الجزاء ، كما لو شهد اثنان أنه أسلم واستثنى وآخران بلا استثناء يقبل ويحكم بإسلامه بزازية (قوله خمسة أخرى) الأولى قال لعبدته : إن دخلت هذه الدار فأنت حر وقال نصراني إن دخل هو هذه الدار فامرأته طالق فشهد نصرانيان على دخوله الدار ، إن العبد مسلما لا تقبل وإن كافرا تقبل في حق وقوع الطلاق لا العتق . الثانية لو قال : إن استقرضت من فلان فعبدته حر فشهد رجل وأبو العبد أنه استقرض من فلان والحالف ينكر يقبل في حق المسأل لا في حق عتق لأن فيها شهادة الأب لابن . الثالثة لو قال : إن شربت الخمر فعبدته حر فشهد رجل وامرأتان على تحققه يقبل في حق العتق لا في حق لزوم الحد . الرابعة لو قال إن سرقت فعبدته حر فشهد رجل وامرأتان عليه بها يقبل في حق العتق لا في حق القطع الكل من البرازية .

قلت : ثم رأيت مسألة أخرى فزدتها وهي : الخامسة لو قال لها : إن ذكرت طلاقك إن سميت طلاقك إن

(١) (قوله إلى الكلام الثاني) هكذا في النسخة المجموع منها ، وأصل صوابه كلام الثاني بالإضافة وللهجرا موصح .

باب الاختلاف في الشهادة

مبنى هذا الباب على أصول مقررة

منها أن الشهادة على حقوق العباد لا تقبل بلا دعوى ، بخلاف حقوقه تعالى . ومنها أن الشهادة بأكثر من المدعى باطلة ، بخلاف الأقل للاتفاق فيه . ومنها أن الملك المطلق أزيد من المقيد لثبوتة من الأصل والملك بالسبب مقتصر على وقت السبب . ومنها موافقة الشهادتين لفظا ومعنى ، وموافقة الشهادة الدعوى معنى فقط ومبنيها .

(تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبولها) لتوقفها على مطالبتهم ولو بالتوكيل ، بخلاف حقوق الله تعالى لوجوب إقامتها على كل أحد فكل أحد خصم فكان الدعوى موجودة (فإذا وافقتها) أى وافقت الشهادة الدعوى (قبلت وإلا) توافقتها (لا) تقبل

تكلمت به فعبدته حرفشهد شاهد أنه طلقها اليوم والآخر على طلاقها أمس يقع الطلاق لا العتاق وهي في البرازية أيضا كذا في حاشية تنوير البصائر اه وزاد البيرى ما في خزائن الأكل من اللامطة ، وذلك لقطة في يد مسلم وكافر فأقام صاحبها شاهدين كافرين عليها تسمع على ما في يد الكافر خاصة استحسانا ، وما لو مات كافر فاقسم ابنه تركته ثم أسلم أحدهما ثم شهد كافرين على أبيه بدين قبلت في حصة الكافر خاصة اه .

باب الاختلاف في الشهادة

(قوله منها أن الشهادة الخ) هذه عبارة الدرر : قال محشيها الشرنبلالي : ليس من هذا الباب لأنه في الاختلاف في الشهادة لا في قبول الشهادة وعدمه اه مدني (قوله بأكثر من المدعى) ومنه إذا دعى ملكا مطلقا أو بالتناج فشهدوا في الأول بالملك بسبب وفي الثاني بالملك المطلق قبلت لأن الملك بسبب أقل من المطلق لأنه يفيد الأولوية ، بخلافه بسبب فإنه يفيد الحدوث والمطلق أقل من التناج لأن المطلق يفيد الأولوية على الاحتمال والتناج على اليقين وفي قلبه ، وهو دعوى المطلق فشهدوا بالتناج لا تقبل ، ومن الأكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل إلا إذا كان السبب الإرث باقاني ، وتماه هناك كذا في الهامش (قوله باطلة) أى إلا إذا وفق وبيانه في البحر (قوله موافقة الشهادتين الخ) كما لو ادعى دارا في يد رجل أنها له منذ سنة فشهد الشهود أنها منذ عشرين سنة بطلت ، فلو ادعى المدعى أنها منذ عشرين سنة والشهود شهدوا أنها منذ سنة جازت شهادتهم خالية . وفي الأنقروبي عن القاعدية في الشهادات : الشهادة لو خالفت الدعوى بزيادة لا يحتاج لإثباتها أو نقصان كذلك فإن ذلك لا يمنع قبولها اه حامدية .

وفي الخيرية عن الفصولين : ولا يكلف الشاهد ، إلى بيان كون الدابة لأنه سئل عما لا يكلف إلى بيانه فامعوى ذكره وتركه ، ويخرج منه مسائل كثيرة اه حامدية .

رجل ادعى في يد رجل متاعا أو دارا أنها له وأقام البينة وقضى القاضي له فلم يقبضه حتى أقام الذي في يده البينة أن المدعى أقر عند غير القاضي أنه لا حق له فيه قال : إن شهدوا أنه أقر بذلك قبل القضاء بطل القضاء . وإن شهدوا أنه أقر به بعد القضاء لا يبطل القضاء لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا ، ولو عين القاضي إقراره بذلك كان الحكم على هذا الوجه خالية من تكذيب الشهود وكذا في الهامش (قوله فإذا وافقتها قببات) صدر الباب بهذه المسألة مع أنها ليست من الاختلاف في الشهادة لكونها كالدليل لوجوب اتفاق الشاهدين ، ألا ترى أنهما لو اختلفا لزم اختلاف الدعوى والشهادة كما لا يخفى على من له أدنى بصيرة سعدية ، وبه ظهر وجه جعل ذلك من الأصول : ثم

وهذا أحد الأصول المتقدمة (فلو ادعى ملكا مطلقا فشهدا به بسبب) كسواء أو إرث (قبلت) لكونها بالأقل مما ادعى فتطابقا معنى كما مر (وعكسه) بأن ادعى بسبب وشهدا بمطلق (لا) تقبل لكونها بالأكثر كما مر .
قلت : وهذا في غير دعوى إرث ونتاج وشراء من مجهول كما بسطه الكمال ، واستثنى في البحر ثلاثة وعشرين (وكذا تجب مطابقة الشهادتين لفظا ومعنى) إلا في اثنتين وأربعين مسألة مبسوطه في البحر وزاد ابن المصنف في جاشيته على الأشباه ثلاثة عشر آخر تركتها خشية التطويل (بطريق الوضع) لا التضمن ، واكتفيا

إن التفريع على ما قبله مشعر بما قاله في البحر من أن اشتراط المطابقة بين الدعوى والشهادة إنما هو فيما كانت الدعوى شرطاً فيه وتبعه في تنوير البصائر وهو ظاهر ، لأن تقدم الدعوى إذا لم يكن شرطاً كان وجودها كعدمها فلا يضر عدم التوافق . ثم إن تفريعه على ما قبله لا ينافي كونه أصلاً لشيء آخر وهو الاختلاف في الشهادة فافهم .
وبما تقرر اندفع ما في الشرنبلالية من أن قوله منها أن الشهادة على حقوق العباد الخ ليس من هذا الباب لأنه في الاختلاف في الشهادة لا في قبولها وعدمه فتدبر (قوله وهذا أحد الأصول الخ) نبه عليه دون ما قبله لدفع توهم عدم أصلية سبب كونه مفرعاً على ما قبله فإنه لا تنافي كما قد سنناه وإلا فما قبله أصل أيضاً كما علمته فتنبه (قوله أو إرث) تبع فيه الكنز ، والمشهور أنه كدعوى الملك المطلق كما في البحر عن الفتح وسيند كره الشارح ، فلو أسقطه هنا لكان أولى ح (قوله قبلت) فيه قيد في البحر عن الخلاصة (قوله بأن ادعى بسبب) أي ادعى العين لا الدين بحر (قوله بالأكثر) وفيه لا تقبل إلا إذا وفق بحر (قوله في غير دعوى إرث) لأنه مساو للملك المطلق كما قدمناه (قوله ونتاج) لأن المطلق أقل منه لأنه يلبيد الأولوية على الاجتهال والنتاج على اليقين ، وذكر في الهامش أن الشهادة على النتاج بأن يشهدا أن هذا كان يتبع هذه الناقة ، ولا يشترط أداء الشهادة على الولادة فتاوى الهندية في باب تحمل الشهادة عن التارخانية عن الينابيع اه (قوله وشراء من مجهول) لأن الظاهر أنه مساو للملك المطلق ، وكذا في غير دعوى قرض بحر ، ومثله شراء مع دعوى قبض ، فإذا ادعاهما فشهدا على المطلق تقبل بحر عن الخلاصة .

وحكى في الفتح عن العمادية خلافاً (قوله ثلاثة وعشرين) لكن ذكر في البحر بعدها أنه في الحقيقة لا استثناء فراجع (قوله خشية التطويل) قدمها الشارح في كتاب الوقف (قوله بطريق الوضع) أي بمعناه المطابق ، وهذا جعله الزيلعي تفسيراً للموافقة في اللفظ حيث قال : والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن ، حتى لو ادعى رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم ، وآخر بدرهين ، وآخر بثلاثة ، وآخر بأربعة وآخر بخمسة لم تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لعدم الموافقة لفظاً ، وعندهما يقضى بأربعة اه .

والذي يظهر من هذا أن الإمام اعتبر توافق اللفظين على معنى واحد بطريق الوضع وأن الإمامين اكتفيا بالموافقة المعنوية ولو بالتضمن ولم يشترط المعنى الموضوع له كل من اللفظين ، وأيس المراد أن الإمام اشترط التوافق في اللفظ والتوافق في المعنى الوضعي ، وإلا أشكل ما فرعه عليه من شهادة أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج ، وكذا الهبة والعطية فإن اللفظين فيهما مختلفان ولكنهما توافقا في معنى واحد ، أفاده كل منهما بطريق الوضع ، ويدل على هذا التوفيق أيضاً ما نقله الزيلعي عن النهاية حيث قال : إن كانت المخالفة بينهما في اللفظ دون المعنى تقبل شهادته وذلك نحو أن يشهد أحدهما على الهبة والآخر على العطية ، وهذا لأن اللفظ ليس بمقصود في الشهادة بل المقصود ما تضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علماً عليه ، فإذا وجدت الموافقة في ذلك لا تضر المخالفة فيما سواها . قال : هكذا ذكره ولم يحك فيه خلافاً اه . وهذا بخلاف الفرع السابق الذي

بالموافقة المعنوية وبه قالت الأئمة الثلاثة (ولو شهد أحدهما بالتمكاح والآخر بالتزويج قبلت) لاتحاد معناه (كذا الهبة والعطية ونحوهما ، ولو شهد أحدهما بألف والآخر بألفين أو مائة ومائتين أو طلقة وطلقتين أو ثلاث ردت) لاختلاف المعنيين (كما لو ادعى غصبا أو قتلا فشهد أحدهما به والآخر بالإقرار به) لم تقبل ، ولو شهد بالإقرار به قبلت (وكذا) لا تقبل (في كل قول جمع مع فعل) بأن ادعى ألفا فشهد أحدهما بالدفع والآخر بالإقرار بها لا تسمع للجمع بين قول وفعل قنية ، إلا إذا اتحدا لفظا كشهادة أحدهما ببيع أو قرض أو طلاق أو عتاق والآخر بالإقرار به فتقبل لاتحاد صيغة الإنشاء والإقرار ، فإنه يقول في الإنشاء بعث واقترضت وفي الإقرار كنت بعث واقترضت فلم يمنع القبول ، بخلاف شهادة أحدهما بقتله عمدا بسيف والآخر به بسكين لم تقبل لعدم تكرار الفعل بتكرار الآلة محيط وشرذبلالية (وتقبل على ألف في) شهادة أحدهما (بألف و) الآخر (بألف ومائة إن ادعى) المدعى (الأكثر) لا الأقل إلا أن يوفق باستيفاء أو إبراء ابن كمال ، وهذا في الدين (وفي العين تقبل على الواحد كما لو شهد واحد أن هذين العبدان له وآخرا ن هذا له قبلت على) العبد (الواحد) الذي انفقا عليه اتفاقا درر (وفي العقد لا) تقبل (مطلقا) سواء كان المدعى أقل المائين أو أكثرهم عزى زاده :

ثم فرع على هذا الأصل بقوله (فلو شهد واحد بشراء عبد أو كتابته على **أ** وآخر بألف وخمسة ردت) لأن المقصود إثبات العقد ،

نقلناه عنه ، فإن الخمسة معناها المطابق لا يدل على الأربعة بل تتضمنها ولذا لم يقبلها الإمام وقبلها أصحابه لا كقائمه بالتضمن .

والحاصل أنه لا يشترط عند الإمام الاتفاق على لفظ بعينه بل إما بعينه أو بمرادفه ، وقول صاحب النهاية لأن اللفظ ليس بمقصود مراده به أن التوافق على لفظ بعينه ليس بمقصود لا مطلقا كما ظن فافهم (قوله بالموافقة المعنوية) فإن قيل : يشكل على قول الكل ما لو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية والآخر أنت بربة لا يقضى بينونة أصلا مع إفادتهما معناها ، أجيب بمنع الترادف بل هما متباينان لمعنيين يلزمهما لازم واحد وهو وقوع البينة ، وتماه في الفتح (قوله لاتحاد معناه) أي مطابقة فصار كأن اللفظ متحد أيضا فافهم (قوله ولو شهدا بالإقرار) مقتضاه أنه لا يضر الاختلاف بين الدعوى والشهادة في قول مع فعل ، بخلاف اختلاف الشاهدين في ذلك (قوله للجمع بين قول وفعل) بخلاف ما إذا شهد أحدهما بألف للمدعى على المدعى عليه وشهد الآخر على إقرار المدعى عليه بألف فإنه يقبل فإنه ليس بجمع بين قول وفعل منبلا على التركيب عن الحاوي الزاهدي (قوله إلا إذا اتحدا) الظاهر أن الاستثناء منقطع لأنه لا فعل مع قول في هذه الصور بل قولان ، لأن الإنشاء والإقرار به كل منهما قول كما سيذكره (قوله بألف ومائة) بخلاف العشر وخمسة عشر حيث لا يقبل لأنه مركب كالألفين إذ ليس بينهما حرف العطف ذكره الشارح بحر (قوله إلا أن يوفق) كأن يقول كان لي عليه كما شهدا إلا أنه أوفاني كذا بغير علمه . وفي البحر : ولا يحتاج هنا إلى إثبات التوفيق بالبينة لأنه يتم به بخلاف ما ادعى الملك بالشراء فشهد بالهبة فإنه يحتاج لإثباته بالبينة سائحاني (قوله وهذا في الدين) أي اشتراط الموافقة بين الشهادتين لفظا (قوله سواء كان المدعى الخ) وسواء كان المدعى البائع أو المشتري درر (قوله أو كتابته على ألف) شامل لما إذا ادعاهما العبد وأنكر المولى وهو ظاهر ، لأن مقصوده هو العقد : ولما إذا كان المدعى هو المولى كما زاده صاحب الهداية على الجامع قال في الفتح لأن دعوى السيد المال على عبده لاتصح إذ لا دين له على عبده إلا بواسطة دعوى الكتابة فينصرف إنكار العبد إليه لعدم العلم بأنه لا يتصور له عليه دين إلا به فالشهادة ليست إلا لإثباتها .

وهو يختلف باختلاف البدل فلم يتم العدد على كل واحد (ومثله العتق بمال والصالح عن قود والرهن وانخلع إن ادعى العبد والقائل والراهن والمرأة) لف ونشر مرتب إذ مقصودهم إثبات العقد كما مر (وإن ادعى الآخر) كالمولى مثلا (فكدعوى الدين) إذ مقصودهم المال فتقبل على الأقل إن ادعى الأكثر كما مر .
(والإجارة كالبيع) لو (في أول المدة) للحاجة لإثبات العقد (وكالدين بعدها) لو المدعى المؤجر ، ولو مستأجر فدعوى

وفي البحر والتبيين وقيل لا تفيد بيينة المولى لأن العقد غير لازم في حق العبد لتمكينه من الصسخ بالتهجيز اهـ ؛ وجزم بهذا القيل العيني ، وهو موافق لما يفهم من عبارة الجامع (قوله وهو يختلف باختلاف البدل) أشار إلى أنهما لو شهدا بالشراء ولم يبينا الثمن لم تقبل ، وتماه في البحر : وقال الخير الرهلي في حاشيته عليه ، المفهوم من كلاهما في هذا الموضع وغيره أنه فيما يحتاج فيه إلى القضاء بالثمن لا بد من ذكره وذكر قدره وصفته ، وما لا يحتاج فيه إلى القضاء به لا حاجة إلى ذكره :

[تنبيه] في المبسوط ؛ وإذا ادعى رجل شراء دار في يد رجل ، وشهد شاهدان ولم يسميا الثمن والبايع ينكر ذلك فشهادتهما باطلة ، لأن الدعوى إن كانت بصفة الشهادة فهي فاسدة ، وإن كانت مع تسمية الثمن فالشهود لم يشهدوا بما ادعاه المدعى : ثم القاضي يحتاج إلى القضاء بالعقد ؛ ويتعذر عليه القضاء بالعقد إذا لم يكن الثمن مسمى لأنه كما لا يصح البيع ابتداء بدون تسمية الثمن فكذلك لا يظهر القضاء بدون تسمية الثمن ، ولا يمكنه أن يقضى بالثمن حين لم يشهد به الشهود ، ثم قال : فإن شهد على إقرار البائع بالبيع ولم يسميا ثمنا ولم يشهدا بتبض الثمن فالشهادة باطلة لأن حاجة القاضي إلى القضاء بالعقد ولا يتمكن من ذلك إذا لم يكن الثمن مسمى ، وإن قالوا أقر عندنا أنه باعها منه واستوفى الثمن ولم يسميا الثمن فهو جائز لأن الحاجة إلى القضاء بالملك للمدعى دون التضياع بالعقد فقد انتهى حكم العقد باستيفاء الثمن (قوله على كل واحد) لم يظ كل مما لا حاجة إليه سعديّة (قوله والرهن) قال في البحر : وظاهر الهداية أن الرهن إنما هو من قبيل دعوى الدين :

وتعقبه في العناية تبعا للنهاية بأن عقد الرهن بألف غيره بألف وخمسمائة ، فيجب أن لا تقبل البينة وإن كان المدعى هو المرتهن لأنه كذب أحد شاهديه ؛ وأجيب بأن العقد غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متى شاء فكان في حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين لأن الرهن لا يكون إلا بدين فتقبل البينة كما في سائر الديون ويثبت الرهن بالألف ضمنا وتبعا اهـ : وفي الحواشي اليعقوبية ذكر الراهن (قوله إن ادعى العبد) تقييدا لمسألة العتق بمال فقط إن أجرى قول المصنف أو كتابته على عمومته موافقة لما قاله صاحب الهداية أولها إن خص بما إذا ادعى الكتابة العبد موافقة لما في الجامع ولما في العيني (قوله فكدعوى الدين) أي الدين المنفرد عن العقد سعديّة (قوله إذ مقصودهم المال) لأنه ثبت العتق والعقد والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم تبق الدعوى إلا في الدين فتح ، زاد في الإيضاح : وفي الرهن إن كان المدعى هو الراهن لا تقبل لأنه لاحظ له في الرهن فعربت الشهادة عن الدعوى ، وإن كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين اهـ . وفي اليعقوبية : وذكر الراهن في البيّن (١) ليس على ما ينبغي (قوله على الأقل) أي اتفاقا إن شهد شاهد أكثر بعطف مثل ألف وخمسمائة ، وإن كان بدونه كالألف والألفين فكذلك عندهما ، وعنده لا يقضى بشيء فتح (قوله العقد) وهو يختلف باختلاف البدل فلا تثبت الإجارة فتح (قوله وكالدين) إذ ليس المقصود بعد المدة إلا الأجر فتح (قوله بعدها) استوفى المنفعة

(١) (ذكره في البيّن) اهـ لتبيين اهـ .

عقد اتفاقا (وصح النكاح) بالأقل أى (بألف) مطلقا (استحسانا) خلافا لها (ولزم) فى صحة الشهادة (الجبر بشهادة إرث) بأن يقول مات وتركه ميراثا للمدعى (إلا أن يشهدا بملكه) عند موته (أو يده أو يد من يقوم مقامه) كمتأجر ومستعير وغاصب ومودع فيغنى ذلك عن الجبر ، لأن الأيدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان ، فإذا ثبت الملك ثبت الجبر ضرورة (ولا بد مع الجبر) المذكور (من بيان

أولا بعد أن تسلّم فتح (قوله عقد اتفاقا) لأنه معترف بمال الإجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين أو اختلافهما فيه ، ولا يثبت العقد للاختلاف فتح (قوله مطلقا) سواء ادعى الزوج أو الزوجة الأقل أو الأكثر هكذا صححه فى الهداية ، وذكر فى الفتح أنه مخالف للرواية ، وتماه فى الشرنبلالية (قوله خلافا لها) حيث قالها هى باطلة أيضا لأنه اختلاف فى العقد وهو القياس . ولأبى حنيفة أن المال فى النكاح تابع والأصل فيه الحل والملك والازدواج ، ولا اختلاف فيما هو الأصل فيثبت ، فإذا وقع الاختلاف فى التبّع يقضى بالأقل لاتفاقهما عليه (قوله فى صحة الشهادة) قال فى البحر بعد كلام : وبه ظهر أن الجبر شرط صحة الدعوى لا كما يتوهم من كلام المصنف من أنه شرط القضاء بالبينة فقط اهـ : أى يشترط أن يقول فى الدعوى مات وتركه ميراثا كما يشترط فى الشهادة ، وإنما لم يذكره لأن الكلام فى الشهادة (قوله الجبر) أى النقل : أى أن يشهدا بالانتقال ، وذلك إما نصا كما صورّه الشارح أو بما يقوم مقامه من إثبات الملك للميت عند الموت أو إثبات يده أو يد نائبه عند الموت أيضا ، وهو ما أشار إليه بقوله إلا أن يشهدا الخ : وهذا عندهما . خلافا لأبى يوسف فإنه لا يشترط شيئا ، ويظهر الخلاف فيما إذا شهدا أنه كان ملك الميت بلا زيادة وطولها بالفرق بين هذا وبين ما يأتى من أنه لو شهد الحى أنه كان فى ملكه تقبل :

والفرق ما فى الفتح إلى آخر ما يأتى . قال مجرد هذه الحواشى : وكتب المؤلف على قوله الجبر هامشة وعليها أثر الضرب ، لكنى لم أنحققه فأحببت ذكرها وإن كانت مفهومة مما قبلها فقال : قوله الجبر هذا عندهما لأن ملك الوارث متجدد إلا أنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا يده أو يد من يقوم مقامه : وأبو يوسف يقول : إن ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة للوارث ، فالجبر أن يقول الشاهد مات وتركها ميراثا أو ما يقوم مقامه من إثبات ملكه وقت الموت أو يده أو يد من يقوم مقامه ، فإذا أثبت الوارث أن العين كانت لمورثه لا يقضى له وهو محل الاختلاف ، بخلاف الحى إذا أثبت أن العين كانت له فإنه يقضى له بها اعتبارا للاستصحاب إذ الأصل البقاء انتهى (قوله إرث) بأن ادعى الوارث عينا فى يد إنسان أنها ميراث أبيه وأقام شاهدين فشهدا أن هذه كانت لأبيه لا يقضى له حتى يجزا الميراث بأن يقول الخ (قوله بملكه) أى المورث (قوله عند موته) لا بد من هذا القيد كما علمت ، وكان ينبغي ذكره بعد الثلاثة (قوله لأن الأيدى) تعليل للاستغناء بالشهادة على يد الميت عن الجبر ، وبيان ذلك أنه إذا ثبت يده عند الموت ، فإن كانت يد ملك فظاهر لأنه أثبت ملكه أو أن الانتقال إلى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة كما لو شهد بالملك ، وإن كانت يد أمانة فكذلك الحكم لأن الأيدى فى الأمانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان إذا مات مجهلا لتركه الحفظ والمضمون بملكه للضامع على ما عرف فيكون إثبات اليد فى ذلك الوقت إثباتا للملك ، وترك تعليل الاستغناء بالشهادة على يد من يقوم مقامه لظهوره لأن إثبات يد من يقوم مقامه إثبات يده فيغنى إثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجبر فاكتمى به عنه اهـ (قوله ولا بد مع الجبر من بيان سبب الوراثة الخ) قال فى الفتح : وينسب الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحد ويذكر أنه وارثه ، وهل يشترط قوله ووارثه فى الأب والأم والولد ؟ قيل يشترط والفتوى على عدمه ، وكذا كل من لا يجب

سبب الوراثة و) بيان (أنه أخوه لأبيه وأمه أو لأحدهما) ونحو ذلك ظهيرية ، وبقي شرط ثالث (و) هو (قول الشاهد لا وارث) أو لا أعلم (له) وارثا (غيره) ورابع ، وهو أن يدرك الشاهد الميت وإلا فباطلة لعدم معاينة السبب ذكرهما البزازی (وذكر اسم الميت ليس بشرط وإن شهدا بيدحي) سواء قالا (مذشهر) أولا (ردت) لقيامها بمجهول لتتويع يد الحى (بخلاف ما لو شهدا أنها كانت ملكه أو أقر المدعى عليه بذلك أو شهد شاهدان أنه أقر أنه كان في يد المدعى) دفع للمدعى لمعلومية الإقرار ، وجهالة المقر به لا تبطل الإقرار : والأصل أن الشهادة بالملك المنقضى مقبولة لا باليد المنقضية

بحال ، وفي الشهادة بأنه ابن ابن الميت أو بنت ابنة لا بد منه وفي أنه مولا لا بد من بيان أنه أعققه اه ولم يذكر هذا الشرط متناولا شرحا ، والظاهر أن الجرم مع الشرط الثالث يغني عنه فليتأمل ، وانظر مامر قبيل الشهادات (قوله سبب الوراثة) وهو أنه أخوه مثلا (قوله لأبيه وأمه) ذكر في البحر عن البزازی أنهم لو شهدوا أنه ابنه ولم يقولوا ووارثه الأصح أنه يكفي ، كما لو شهدوا أنه أبوه أو أمه ، فإن ادعى أنه عم الميت يشترط لصحة الدعوى أن يفسر فيقول عمه لأبيه وأمه أو لأبيه أو لأمه ، وبشترط أيضا أن يقول ووارثه ، وإذا أقام البينة لا بد للشهود من نسبة الميت والوارث حتى يلتصقا إلى أب واحد وكذلك هذا في الأخ والجد اه ملخصا (قوله وارثا غيره) قال في فتح القدير : وإذا شهدوا أنه كان لمورثته تركه ميراثا له ولم يقولوا لا أعلم له وارثا سواه ، فإن كان ممن يرث في حال دون حال لا يقضى لاحتمال عدم استحقاقه ، أو يرث على كل حال محتاط القاضي وينتظر مدة هل له وارث آخر أو لا . قال مجردا : هذا بياض تركه المؤلف ونقط عليه لتوقفه في فهمه من نسخة الفتح الحاضرة عنده فلتراجع نسخة أخرى يقضى بكله ، وإن كان نصيبه يختلف في الأحوال يقضى بالأقل ، فيقضى في الزوج بالربع والزوجة بالثلث إلا أن يقولوا لا نعلم له وارثا غيره . وقال محمد وهو رواية عن أبي حنيفة يقضى بالأكثر ، والظاهر الأول ، وبأخذ القاضي كفيلا عندهما ، ولو قالوا لا نعلم له وارثا بهذا الموضع كفي عند أبي حنيفة خلافا لهما اه وتقدمت المسألة قبيل كتاب الشهادات ، وذكرها في السادس والخمسين من شرح أدب القضاء منوعة ثلاثة أنواع فأرجع إليه ، ونخلصها هناك صاحب البحر بما فيه خفاء ، وقد علم بما مر أن الوارث إن كان ممن قد يجب حجب حرمان فذكر هذا الشرط لأصل القضاء ، وإن كان ممن قد يجب حجب نقصان فذكره شرط للقضاء بالأكثر ، وإن كان وارثا دائما ولا ينقص بغيره فذكره شرط للقضاء حالا بدون تلوم فتأمل (قوله لعدم معاينة السبب) ولأن الشهادة على الملك لا تجوز بالتسامع فتح (قوله البزازی) وكذا في الفتح (قوله وذكر اسم الميت) حتى لو شهدا أنه جده أبو أبيه ووارثه ولم يسم الميت تقبل بزازیة (قوله ردت) وعن أبي يوسف تقبل (قوله يد الحى) لاحتمال أنها كانت ملكا له أو وديعة مثلا ، وإذا كانت وديعة مثلا تكون باقية على حالها ، أما الميت فتقلب ملكا له إذا مات مجهلا لها كما تقدم (قوله أنها كانت ملكه) أى لو شهد المدعى ملك عين في يد رجل أنها كانت ملك المدعى يقضى بها وإن لم يشهدا أنها ملكه إلى الآن . والفرق بين هذه وبين مامر من أنها كانت ملك الميت فإنها ترد ما لم يشهدا بأنها ملكه عند الموت ما ذكره في الفتح من أنهما إذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فإنما يثبت بالاستصحاب والثابت به حجة لإبقاء الثابت لا لإثبات ما لم يكن وهو المحتاج إليه في الوارث ، بخلاف مدعى العين فإن الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدد (قوله بذلك) أى بيد الحى أو ملكه ومن اقتصر على الثاني فقد قصر (قوله دفع للمدعى) الأولى أن يقول فإنه يدفع للمدعى كما يظهر بالتأمل .

لتنوع اليد لا الملك بزازية ، ولو أقر أنه كان بيد المدعى بغير حق هل يكون إقرارا له باليد ؟ المفتى به : نعم جامع الفصولين :

[فروع] شهدا بألف وقال أحدهما قضي خمسمائة قبلت بألف إلا إذا شهد معه آخر ، ولا يشهد من علمه حتى يقر المدعى به :

شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع خلافا لهما ، واستظهر صدر الشريعة قولهما ، وهذا إذا لم يذكر المدعى لونها ذكره الزيلعي :

ادعى المديون الإيصال متفرقا وشهدا به مطلقا أو جملة لم تقبل وهبانية :

شهدا في دين الحى بأنه كان عليه كذا تقبل إلا إذا سألها الخصم عن بقائه الآن فقالا لا ندري ، وفي دين الميت لا تقبل مطلقا حتى يقول مات وهو عليه بحر :

قلت : وبخالفه ما في معين الحكام من ثبوته بمجرد بيان سببه وإن لم يقول مات وعليه دين اه

والاحتياط لا ينبغي :

ادعى ملكا في الماضي وشهدا به في الحال لم تقبل في الأصح ، كما لو شهدا بالماضي أيضا جامع الفصولين :

وفي البحر : وإنما قال دفع إليه دون أن يقول إنه إقرار بالملك لأنه لو برهن على أنه ملكه فإنه يقبل اه
أى في مسألة الإقرار باليد أو الشهادة عليه لأنهما المذكورتان في الكنز دون مسألة الشهادة بالملك (قوله لتنوع الهد) لاحتمال أنه كان له فاشتراه منه (قوله بألف) أى ولا يسمع قوله قضاء (قوله إلا إذا شهد معه آخر) لسكنا النصاب (قوله ولا يشهد) أى بالألف كلها (قوله من علمه) أى قضاء خمسمائة كذا في الهامش (قوله حتى يقر المدعى به) لثلا يكون إعانة على الظلم ، والمراد من ينبغي في عبارة الكنز معنى يجب فلا تحمل له الشهادة بحر (قوله إذا لم يذكر المدعى لونها) قال في الفتح : ولو عين لونها فقال أحدهما سوداء لم يقطع إجماعا اه
(قوله مطلقا أو جملة) أما الأول فلأن الإطلاق أزيد من المقيد ، وأما الثانى فلاختلاف الشهادة والدعوى للمباينة بين المتفرق والجملة (قوله بحر) أوضحه عند قول الكنز وبعبكسه لا فراجعه (قوله قلت) القول لصاحب المنح (قوله بيان سببه) قواه المقدسى :

قلت : وكذا في نور العين وقال : إن الأول ضعيف وأن الاحتياط في أمر الميت يكفي فيه تحريف خصمه مع وجود بيينة وأن في هذا الاحتياط ترك احتياط آخر في وفاة دينه الذى يحجبه عن الجنة وتضييع حقوق أناس كثيرين لا يجردون من يشهد لهم على هذا الوجه ح (قوله ملكا في الماضي) بأن قال كان ملكى وشهد أنه له (قوله كما لو شهدا بالماضي أيضا) أى لا تقبل لأن إسناد المدعى يدل على نفي الملك في الحال إذ لا فائدة للمدعى في إسناد مع قيام ملكه في الحال ، بخلاف الشاهدين لو أسندا ملكه إلى الماضي لأن إسنادهما لا يدل على النفي في المال لأنهما لا يعرفان بقاءه إلا بالاستصحاب منح ، وبهذا ظهر الفرق بين ما هنا وبين ما تقدم متنا من قوله بخلاف ما لو شهدا أنها كانت ملكه .

[فرع مهم] قال المدعى إن الدار التى حدودها مكتوبة في هذا المحضر ملكى وقال الشهود إن الدار التى حدودها مكتوبة في هذا المحضر ملكه صح الدعوى والشهادة ، وكذا لو شهدوا أن المال الذى كتب في هذا الصك عليه تقبل ، والمعنى فيه أنه أشار إلى المعلوم لو شهدا بملك المتنازع فيه والخصمان تصادقا على أن المشهود به هو المتنازع فيه ينبغي أن تقبل الشهادة في أصل الدار وإن لم تذكر الحدود لعدم الجهالة المنفضية إلى النزاع في أصل الدار جامع الفصولين في آخر الفصل السابع :

باب الشهادة على الشهادة

(هي مقبولة) وإن كثرت استحسانا في كل حق على الصحيح (إلا في حدود وقود) لسقوطهما بالشبهة وجزاز الإشهاد مطلقا ، لكن لا تقبل إلا (بشرط تعذر حضور الأصل بموت) أي موت الأصل ، وما نقله القهستاني عن قضاء النهاية فيه كلام فإنه نقله عن الخانية عنها ، وهو خطأ والصواب ما هنا (أو مرض أو سفر) واكتفى الثاني بغيبته بحيث يتعذر أن يبيت بأهله ، واستحسنه غير واحد . وفي القهستاني والسراجية ، وعليه الفتوى وأقره المصنف (أو كون المرأة مخدرة) لا تخالط الرجال وإن خرجت لحاجة وحمام قنية : وفيها لا يجوز الإشهاد لسلطان وأمير ، وهل يجوز لمحبوس إن من غير حاكم الحصومة ، نعم ذكره المصنف في الوكالة وقوله (عند الشهادة) عند القاضي قيد لكل لإطلاق جواز الإشهاد لا الأداء

باب الشهادة على الشهادة

(قوله وإن كثرت) أعني الشهادة على شهادة الفروع ثم وثم ، لكن فيها شبهة البدلية لأن البدل ما يصار إليه إلا عند العجز عن الأصل ، وهذه كذلك ولذا لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال درر ، كذا في الهامش (قوله إلا في حدود وقود) أي ما يوجب الحد ، فلا يرد أنه إذا شهد على شهادة شاهدين أن قاضي بلد كذا ضرب فلانا حدا في قذف فإنها تقبل حتى ترد شهادته بجر عن المبسوط . وفيه إشعار بأنها تقبل في التعزير ، وهذه رواية عن أبي يوسف ، وعن أبي حنيفة أنها لا تقبل كما في الاختيار قهستاني (قوله مطلقا) بعذر أو غيره (قوله إلا بشرط تعذر حضور الأصل) أشار إلى أن المراد بالمرض مالا يستطيع معه الحضور إلى مجلس القاضي كما قيده في الهداية ، وأن المراد بالسفر الغيبة مدته كما هو ظاهر كلام المشايخ وأفصح به في الخانية والهداية ، لا مجاوزة البيوت وإن أطلقه كالمرض في الكنز ولم يصرح بالتعذر ، ولكن ما ذكرنا هو المراد لأن العلة العجز فافهم (قوله وما نقله القهستاني) عبارته لكن في قضاء النهاية وغيره : الأصل إذا مات لا تقبل شهادة فرعه فتشترط حياة الأصل اه كذا في الهامش (قوله فيه كلام) ويؤيد كلام القهستاني قوله الآتي وبخروج أصله عن أهلها (قوله فإنه نقله عن الخانية عنها) ليس في القهستاني ذلك ، وانظر ما ذكره في كتاب القاضي إلى القاضي (قوله والصواب ما هنا) قال في الدر المنتقى : لكن نقل البرجندي والقهستاني كلامهما عن الخلاصة وكذا في البحر والمنع والسراج وغيرها أنه متى خرج الأصل عن أهلية الشهادة بأن خرس أو فسق أو عمى أو جنون أو ارتد بطلت الشهادة اه فتنبه ح كذا في الهامش (قوله وفي القهستاني) عبارته وتقبل عند أكثر المشايخ وعليه الفتوى كما في المضممرات ، وذكر القهستاني أيضا أن الأول ظاهر الرواية وعليه الفتوى .

وفي البحر قالوا : الأول أحسن ، وهو ظاهر الرواية كما في الحاوي ، والثاني أرفق الخ : وعن محمد يجوز كيفما كان ، حتى روى عنه أنه إذا كان الأصل في زاوية المسجد والفرع في زاوية أخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم منع وبجر (قوله أو كون المرأة مخدرة) قال البزدوي : هي من لا تكون برزت بكرا كانت أو ثيبا ولا يراها غير المحارم من الرجال ، أمالتي جلست على المنصة فرآها رجال أجنب كما هو عادة بعض البلاد لا تكون مخدرة حموى (قوله في الوكالة) وذكره هنا أيضا (قوله عند القاضي) قاله في المنع (قوله لإطلاق جواز الإشهاد) يعني يجوز أن يشهد وهو صحيح أو سقيم ونحوه ، ولكن لا تجوز الشهادة عند القاضي إلا وما ذكر موجود .

قال في البحر لقلا عن خزانة المفتين : والإشهاد على شهادة نفسه يجوز وإن لم يكن بالأصول حذر ، حق

كما مر (و) بشرط (شهادة عدد) نصاب ولو رجلا وامرأتين ، وما في الحاوي غلط بحر (عن كل أصل) ولو امرأة (لا تغاير فرعى هذا وذاك) خلافا للشافعي (و) كيفيتها أن (يقول الأصل مخاطبا للفرع) ولو ابنه بحر (اشهد على شهادتي أني أشهد بكذا) ويكفي سكوت الفرع ، ولو رده ارتدقنية ، ولا ينبغي أن يشهد على شهادة من ليس يعدل عنده حاوي (ويقول الفرع وأشهد أن فلانا أشهدني على شهادته بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك) هذا أوسط العبارات وفيه خمس شينات ، والأقصر أن يقول اشهد على شهادتي بكذا ويقول الفرع اشهد على شهادته ، وكذا فتوى السرخسي وغيره ابن كمال وهو الأصح كما في القهستاني عن الزاهدي :

لو حل بهم العذر يشهد الفروع اه : ومثله في المنع عن السراجية (قوله كما مر) أي في قوله وجزاز الإشهاد مطلقا (قوله وما في الحاوي غلط) من أنه لا تقبل شهادة النساء على الشهادة . وفي الهامش : ولو شهد على شهادة رجل وأحدهما يشهد بنفسه أيضا لم يجوز ، كذا في محيط السرخسي فتاوى الهندية (قوله عن كل أصل) فلو شهد عشرة على شهادة واحد تقبل ولكن لا يقضى حتى يشهد شاهد آخر لأن الثابت بشهادتهم شهادة واحد بحر عن الخزانة ، وأفاد أنه لو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة غيره يصح ، وصرح به في البرازية (قوله وذاك) يعني بأن يكون لكل شاهد شاهدان متغايران بل يكفي شاهدان على كل أصل (قوله ولو ابنه) كما يأتي متنا (قوله إني أشهد بكذا) قيد بقوله أشهد لأنه بدونه لا يسعه أن يشهد على شهادته وإن سمعها منه لأنه كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل ، وبقوله على شهادتي لأنه لو قال اشهد على ذلك لم يجوز لاحتمال أن يكون الإشهاد على نفس الحق المشهود به فيكون أمرا بالكذب وبعلى ، لأنه لو قال بشهادتي لم يجوز لاحتمال أن يكون أمرا بأن يشهد مثل شهادتي بالكذب وبالشهادة على الشهادة لأن الشهادة بقضاء القاضي صحيحة وإن لم يشهدا القاضي عليه (قوله سكوت الفرع) أي عند تحميله .

قال في البحر : لو قال لا أقبل . قال في القنية : ينبغي أن لا يصير شاهدا حتى او شهد بعد ذلك لا تقبل اه (قوله حاوي) نقله في البحر ، ثم قال بعد ورقة ، وفي خزانة المفتين ، الفرع إذا لم يعرف الأصل بعدالة ولا غيرها فهو مسيء في الشهادة على شهادته بتركه الاحتياط اه . وقالوا الإساءة أفحش من الكراهة اه : لكن ذكر الشارح في شرحه على المنار أنها دونها ، ورأيت مثله في التقرير شرح البزدوى والتحقيق وغيرهما تأمل (قوله أن فلانا الخ) وبدكر اسمه واسم أبيه وجده فإنه لا بد منه كما في البحر (قوله هذا أوسط العبارات) والأطول أن يقول أشهد أن فلانا شهد عندي أن لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته وأمرني أن أشهد على شهادته وأنا الآن أشهد على شهادته بذلك ففيه ثمان شينات (قوله وعليه فتوى السرخسي) قال في الفتح : وهو اختيار الفقيه أبي الليث وأستاذه أبو جعفر ، وهكذا ذكره محمد في السير الكبير ، وبه قالت الأئمة الثلاثة : وحكى أن فقهاء زمن أبي جعفر خالفوه واشتروا زيادة طويلة فأخرج أبو جعفر الرواية من السير الكبير فانقادوا له : قال في الذخيرة : فلو اعتمد أحد على هذا كان أسهل ، وكلام المصنف أي صاحب الهداية يقتضي ترجيح كلام القدوري المشتمل على خمس شينات حيث حكاه ، وذكر أن ثم أطول منه وأقصر : ثم قال : وخير الأمور أوساطها .

وذكر أبو نصر البغدادي شارح القدوري أقصر آخر بثلاث شينات وهو أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا ، ثم قال : وما ذكره القدوري أولى وأحوط ، ثم حكى خلافا في أن قوله وقال لي اشهد على شهادتي شرط عند أبي حنيفة ومحمد ، فلا يجوز تركه لأنه إذا لم يقله احتمل أنه أمره أن يشهد مثل شهادته وهو كذب وأنه أمره على وجه التحمل فلا يثبت بالشك : وعند أبي يوسف يجوز لأن أمر الشاهد محمول على

(ويكفي تعديل الفرع لأصله) إن عرف الفروع بالعدالة وإلا لزم تعديل الكل (ك) ما يكفي تعديل (أحد الشاهدين صاحبه) في الأصح لأن العدل لا يتهم بمثله (وإن سكت) الفرع (عنه نظر) القاضي (في حاله) وكذلك قال لأعرف حاله على الصحيح شربلاية وشرح المجمع، وكذا أو قال ليس يعدل على ما في القهستاني عن المحيط فتنبه. (وتبطل شهادة الفرع) بأمور بنهيم عن الشهادة على الأظهر خلاصة وسبجيء متنا ما يخالفه، وبخروج أصله عن أهليتها كفسق وخرس وعمى و(بالنكار أصله الشهادة) كقولهم

الصحة ما أمكن اه. والوجه في شهود الزمان القول بقولها وإن كان فيهم العارف المتدين، لأن الحكيم للغالب خصوصاً المتخذ بها مكسبة للدرهم اه ما في الفتح باختصار:

وحاصله أنه اختار ما اختاره في الهداية وشرح القدوري من لزوم خمس شينات في الأداء، وهو ما جرى عليه في المتون كالقدوري والكنز والغرر والملتقى والإصلاح ومواهب الرحمن وغيرها (قوله الفرع لأصله) لأنه من أهل التزكية هداية (قوله وإلا لزم تعديل الكل) هذا عند أبي يوسف: وقال محمد لا تقبل لأنه لا شهادة إلا بالعدالة، فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل: ولأبي يوسف أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لأنه قد يخفى عليهم فيتعرف القاضي العدالة، كما إذا شهدوا بأنفسهم كذا في الهداية وفي البحر: وقوله وإلا صادق بصور الأولى أن يسكتوا وهو المراد هنا كما أفصح به في الهداية. الثانية أن يقولوا لا نخبرك فجعله في الخانية على الخلاف بين الشيخين، وذكر الخصاص أن عدم القبول ظاهر الرواية، وذكر الحلواني أنها تقبل وهو الصحيح لأن الأصل بقي مستورا، إذ يحتمل الجرح والتوقف فلا يثبت الجرح بالشك. ووجه المشهور أنه جرح للأصول، واستشهد الخصاص بأنهما لو قالوا إنا نتمه في الشهادة لم يقبل القاضي شهادته، وما استشهد به هو الصورة الثالثة وقد ذكرها في الخانية اه ملخصا، وحيث كان المراد الأولى فقول الشارح وإلا لزم الخ، تكرار مع ما في المتن (قوله لأن العدل لا يتهم بمثله) كذا علل في البحر، وفيه عود الضمير على غير المذكور وأصل العبارة في الهداية حيث قال: وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر يجوز لما قلنا، غاية الأمر أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته ولكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه اه. قال في النهاية: أي بمثل ما ذكرت منه الشبهة:

وحاصل ما في الفتح أن بعضهم قال لا يجوز لأنه منهم حيث كان بتعديله رفيقه يثبت القضاء بشهادة: والجواب أن شهادة نفسه تنضمّن مثل هذه المنفعة وهي القضاء بها، فكما أنه لم يعتبر الشرع مع عدالته ذلك مانعا كذا ما نحن فيه (قوله في حاله) فيسأله عن عدالته فإذا ظهرت قبله وإلا لا منح (قوله على ما في القهستاني) عبارته: وفيه إيماء إلى أنه لو قال الفرع إن الأصل ليس يعدل أو لا أعرفه لم تقبل شهادته كما قال الخصاص: وعن أبي يوسف أنه تقبل، وهو الصحيح على ما قال الحلواني كما في المحيط اه. فتأمل النقل مدني (قوله عن المحيط) ذكر في التارخانية خلافه ولم يذكر فيه خلافا، وكيف هذا مع أنهما لو قالوا نتمه لا تقبل شهادتهما، وظاهر استشهاد الخصاص به كما مر أنه لا خلاف فيه: وفي البرازية شهدا عن أصل، وقالوا: لا خير فيه وزكاه غيرهما لا يقبل، وإن جرحه أحدهما لا يلتفت إليه اه. (قوله بأمور) عد منها في البحر حضور الأصل قبل القضاء مستدلا بما في الخالية، ولو أن فروعا شهدوا على شهادة الأصول ثم حضر الأصول قبل القضاء لا يقضى بشهادة الفروع اه.

لكن قال في البحر، وظاهر قوله لا يقضى دون أن يقول بطل الإشهاد أن الأصول لو غابوا بعد ذلك قضى بشهادتهم اه. فلهذا تركه الشارح (قوله ما يخالفه) وهو خلاف الأظهر (قوله وبالنكار أصله الشهادة) هكذا

لنا شهادة أو لم نشهدهم أو أشهدناهم وغلطنا ، ولو سئلوا فسكتوا قبلت خلاصة (شهدا على شهادة اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالوا أخبرانا بمعرفتها وجاء المدعى بامرأة لم يعرفها أنها هي قبل له هات شاهدين أنها هي فلانة) ولو مقررة (ومثله الكتاب الحكيم) وهو كتاب القاضي إلى القاضي لأنه كالشهادة على الشهادة ، فلو جاء المدعى برجل لم يعرفاه كلف إثبات أنه هو ولو مقررا لاحتمال التزوير بجر ، ويلزم مدعى الاشتراك البيان كما بسطه قاضيخان (وأو قالاً فيهما التيمية لم تجز حتى ينسبها إلى فخذها) كجدها ، ويكفي نسبتها لزوجها ، والمقصود الإعلام (أشهد على شهادته ثم نهاه عنها لم يصح) أي نفيه ، فله أن يشهد على ذلك درر وأقره المصنف هنا ، لكنه قدم ترجيح خلافه عن الخلاصة .

(كافرين شهدا على شهادة مسلمين لكافر على كافر لم تقبل كذا شهادتهما على القضاء لكافر على كافر ، وتقبل شهادة رجل على شهادة أبيه وعلى قضاء أبيه) في الصحيح درر خلافاً للملقط (من ظهر أنه

وقع التعبير في كثير من المعتمرات . وفي الشرنبلالية عن الفاضل جوى زاده ما يفيد أن الأولى التعبير بالإشهاد ، لأن إنكار الشهادة لا يشمل ما إذا قال لي شهادة على هذه الحادثة لكن لم أشهدهم ، بخلاف إنكار الإشهاد فإنه يشمل لهذا ويشمل إنكار الشهادة لأن إنكارها يستلزم إنكاره فإنكار الإشهاد نوعان صريح وضمني ، ولذا عبر الزيلعي وصاحب البحر بالإشهاد ، وبه اندفع اعتراض الدرر على الزيلعي ، وظهر أيضا أن قول الشارح هنا أو لم نشهدهم ليس في محله لأنه ليس من أفراد إنكار الشهادة لأن معناه لنا شهادة ولم نشهدهم فتأمل (قوله ما لنا شهادة) يعني ثم غابوا أو مرضوا ثم جاء الفروع فشهدوا لانقبيل (قوله وغلطنا) هو في معنى إنكار الشهادة تأمل (قوله قيل له هات الخ) فهذا من قبيل ما مر شهادة قاصرة يتمها غيرهم كذا في الهامش (قوله ولو مقررة) فلعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة منح (قوله إلى القاضي) فإن كتب أن فلانا وفلانا شهدا عندي بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية وأحضر المدعى امرأة عند القاضي المكتوب إليه وألكرت المرأة أن تكون هي المنسوبة بتلك النسبة فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان أنها المنسوبة بتلك النسبة كما في المسألة الأولى كذا في العيني مدني (قوله لاحتمال التزوير) أي بأن يتواطأ المدعى مع ذلك الرجل (قوله البيان) يعني إذا ادعى المدعى عليه أن غيره يشاركه في الاسم والنسب كان عليه البيان ح كذا في الهامش : أي يقول له القاضي أثبت ذلك ، فإن أثبت تندفع عنه الخصومة كما لو علم القاضي بشارك له في الاسم والنسب ، وإن لم يثبت ذلك يكون خصما (قوله فيهما) أي في الشهادة وكتاب القاضي (قوله إلى فخذها) بسكون الخاء وكسرها ، يريد به القبيلة الخاصة التي ليس دونها أخص منها وهذا على أحد قوانين للغويين وهو في الصحاح .

وفي الجمهرة : جعل الفخذ دون القبيلة وفوق البطن ، وجعله في ديوان أقل من البطن وكذا صاحب الكشاف . قال : العرب على ست طبقات ، الشعب كضرو وبيعة وحمير ، سميت به لأن القبائل تنشعب عنها ، والقبيلة ككنانة ، والعمارة كقريش ، والبطن كقصي ، والفخذ كهاشم ، والفصيلة كالعباس وكل واحد يجمع ما بعده ، فالشعب يجمع القبائل ، والعمارة تجمع البطون وهكذا ، وعليه فلا يجوز الاكتفاء بالفخذ ما لم ينسبها إلى الفصيلة ، والعمارة بكسر العين والشعب بفتح الشين فتح ملخصا (قوله كجدها) الألسب أوجدها (قوله والمقصود الإعلام) قال في الفتح : ولا يظن أنه ليس المقصود من التعريف أن ينسب إلى أن يعرفه القاضي لأنه قد لا يعرفه وإن نسبه إلى مائة جده بل ليثبت الاختصاص ويحول الاشتراك ، فإنه قلما يفتق اثنان في اسمها واسم أبيهما وجدهما أو صناعتها ولقبهما ، فما ذكر عن قاضيخان من أنه لو لم يعرف مع ذكر الجده لا يكتفى بذلك ، إلا وجه منه ما في الفصولين من أن شرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء ، غير أنهم اختلفوا في اللقب

شهد بزور) بأن أقر على نفسه ولم يدع سهوا أو غلطا كما حرره ابن الكمال، ولا يمكن إثباته بالبينة لأنه من باب النفي (عزر بالتشهير) وعليه الفتوى سراجية، وزاد ضربه وحبسه مجمع. وفي البحر: وظاهر كلامهم أن للقاضي أن يسح وجهه إذا رآه سياسة، وقيل إن رجع مصر آ ضرب إجماعا، وإن ثابتا لم يعزر إجماعا، وتفويض مدة توبته لرأي القاضي على الصحيح لو فاسقا، ولو عدلا أو مستورا لا تقبل شهادته أبدا.

قلت: وعن الثاني تقبل، وبه يفتي عيني وغيره، والله أعلم.

مع الاسم هل هما واحد أو لا. والمراد بالثلاثة اسمه واسم أبيه وجده أو صناعته أو فخذة فإنه يكفي عن الجدد خلافا لما في البزازية.

ففي الهداية: ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجدد عندهما خلافا لأبي يوسف على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجدد لأنه اسم الجد الأعلى أي في ذلك الفخذ الخاص، فنزل منزلة الجدد الأدنى وفي إيضاح الإصلاح وفي العجم ذكر الصناعة بمنزلة الفخذ لأنهم ضيعوا أنسابهم، والأولى أن يقول بدل الأعلام رفع الاشتراك، لأن الأعلام بأن يعرف غير مراد كما مر. والبحر عن البزازية: وإن كان معروفا بالاسم المحرد مشهورا كشهرة الإمام أبي حنيفة يكفي عن ذكر الأب والجدة، ولو كنى بلا تسمية لم يقبل إلا إذا كان مشهورا كالإمام (قوله شهد بزور) والرجال والنساء فيها سواء بحر عن كافي الحاكم (قوله بأن أقر على نفسه) قال في البحر: وقيد بإقراره لأنه لا يحكم به إلا بإقراره. وزاد شيخ الإسلام أن يشهد بموت واحد فيجىء حيا، كذا في فتح القدير وبحث فيه الرمي في حاشية البحر.

واعترض بالإقرار صدر الشريعة بأنه قد يعلم بدونه، كما إذا شهد بموت زيد أو بأن فلانا قتله ثم ظهر زيد حيا أو برؤية الهلال فمضى ثلاثون يوما ليس في السماء علة ولم ير الهلال. وأجاب في العناية بأنه لم يذكره إما لتدبرته وإما لأنه لا محيص له أن يقول كذبت أو ظننت ذلك فهو بمعنى كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم، وفي اليقوبية أيضا يمكن أن يحمل قوله لا يعلم إلا بإقرار على الحصر الإضافي بقريظة قوله لا يعلم بالبينة. وأجاب ابن الكمال بأن الشهادة بالموت تجوز بالتسامع وكذا بالنسب، فيجوز أن يقول رأيت قتيلا سمعت الناس يقولون إنه عمرو ابن زيد. وأما الشهادة على رؤية الهلال فالأمر فيه أوسع. (قوله ولا يمكن إثباته) أي إثبات تزويره، أما إثبات إقراره فممكن كما لا يخفى تأمل (قوله وزاد ضربه) قال في البحر: ورجح في فتح القدير قولها وقال: إنه الحق (قوله أن يسح) السح بضم السين وسكون الحاء المهملتين السودوانى كذا في الهامش (قوله إذا رآه سياسة) قدم الشارح في آخر باب حد القذف ما يخالف هذا حيث قال: واعلم أنهم يذكرون في حكم السياسة أن الإمام يفعلها ولم يقولوا القاضي فظاهره أن القاضي ليس له الحكم بالسياسة ولا العمل بها فليحذر فقال (قوله مصرأ) قال في الفتح: واعلم أنه قد قيل إن المسألة على ثلاثة أوجه إن رجع على سبيل الإصرار، مثل أن يقول نعم شهدت في هذه بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك فإنه يعزر بالضرب بالاتفاق، وإن رجع على سبيل التوبة لا يعزر إتفاقا، وإن كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف المذكور، وقيل لا خلاف بينهم فجوابه في التائب لأن المقصود من التعزير الأثر جار وقد انزجر بداعي الله تعالى. وجوابها فيمن لم يتب ولا يخالف فيه أبو حنيفة (قوله أهدا) لأن عدالته لا تعتمد مثلا على (قوله تقبل) أي من غير ضرب مرة كما في البحر عن الخلاصة قبيل قوله والأقلف: وفي الخالية: المعروف بالعدالة إذا شهد بزور عن أبي يوسف أنه لا تقبل شهادته أبدا لأنه لا تعرف توبته. وروى الفقيه: أبو جعفر أنه تقبل وعليه الاعتقاد. وكلام الشارح صريح في أن الرواية الثانية عن أبي يوسف أيضا تأمل.

باب الرجوع عن الشهادة

(هو أن يقول رجعت عما شهدت به ونحوه ، فلو أنكرها لا) يكون رجوعا (و) الرجوع (شرطه مجلس القاضى) ولو غير الأول لأنه فسخ أو توبة وهي بحسب الجناية كما قال عليه الصلاة والسلام « السر بالسر والعلاية بالعلانية » (فلو ادعى) المشهود عليه (رجوعهما عند غيره وبرهن) أو أراد يمينهما (لا يقبل) لفساد الدعوى ، بخلاف ما لو ادعى وقوعه عند قاض وتضمنه إياها ملتقى أو برهن أنهما أقرتا برجوعهما عند غير القاضى قبل وجعل إنشاء للحال ابن ملك (فإن رجعا قبل الحكم بها سقطت ولا ضمان) وعزر ولو عن بعضها لأنه فسق نفسه جامع الفصولين (وبعده لم يفسخ) الحكم (مطلقا) لترجيحه بالقضاء (بخلاف ظهور الشاهد عبدا أو محدودا في قذف) فإن القضاء يبطل ويرد ما أخذ وتازم الدية لو قصاصا ، ولا يضمن الشهود لما مر أن الحاكم إذا أخطأ فالغرم على المقتضى له شرح تكملة (وضمننا ما ألتفاه للمشهود عليه)

باب الرجوع عن الشهادة

(قوله فلو أنكرها) أى بعد القضاء (قوله مجلس القاضى) وتتوقف صحة الرجوع على القضاء به أو بالضمان خلافا لمن استبعده كما نبه عليه في الفتح : وفيه أيضا : ويتفرع على اشتراط المجلس أنه لو أقر شاهد بالرجوع في غير المجلس وأشهد على نفسه به وبالزام المال لا يلزمه شيء ، ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه إذا تصادقا أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع (قوله لأنه فسخ) تعاميل لاشتراط مجلس القاضى ، وقوله فسخ أى فيخصص بما تختص به الشهادة من مجلس القاضى منح (قوله وهي) أى التوبة (قوله فلو ادعى) بيان لفائدة اشتراط مجلس القاضى (قوله عند غيره) أى عند غير القاضى ولو شرطيا كما في المحيط (قوله لا يقبل) أى ولا يستجلف (قوله لفساد الدعوى) أى لأن مجلس القاضى شرط للرجوع فكان مدعيا رجوعا باطلا ، والبينة أو طلب اليمين إنما يكون بعد الدعوى الصحيحة (قوله وتضمنه) أى القاضى أى حكمه عليهما بالضمان (قوله سقطت) أى الشهادة فلا يقضى القاضى بها لتعارض الخبرين بلا مرجح للأول (قوله وعزر) قال في الفتح : قالوا يعزر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده ، ولا يخلو عن نظر لأن الرجوع ظاهر في أنه توبة عن تعدد الزور وإن تعنده أو السهو والعجلة إن كان أخطأ فيه ، ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدر اه : وأجاب في البحر بأن رجوعه قبل القضاء قد يكون لقصد إتلاف الحق أو كون المشهود عليه غره بما لا يذكره ، وبعد القضاء قد يكون لظنه بجهله أنه إتلاف على المشهود له مع أنه إتلاف لما له بالغرامة (قوله عن بعضها) كما لو شهدا بدار وبنائها أو باتان وولدها ثم رجعا في البناء والولد لم يقض بالأصل منح (قوله مطلقا) قال في المنح : وقولى مطلقا يشمل ما إذا كان الشاهد وقت الرجوع مثل ما شهد في العدالة أو دونه أو أفضل منه ، وهكذا أطلق في أكثر الكتب مقولا وشروحا وفتاوى . وفي المحيط يصبح رجوعه لو حاله بعد الرجوع أفضل منه وقت الشهادة في العدالة وإلا لا ويعزر ورده في البحر . ونقل في الفتح أنه قول أبي حنيفة أولا ، وهو قول شيخه حماد ثم رجع إلى قولها ، وعليه استقر المذهب ، وعزاه في البحر أيضا إلى كافي الحاكم (قوله لترجيحها) قوله ويرد ما أخذ (أى إلى المقتضى عليه بحر) قوله إذا أخطأ (وهنا أخطأ بعدم الفحص عن حال الشهود) قوله وضمننا ما ألتفاه (اعلم أن تضمين الشاهد لم ينحصر في رجوعه مثل ما إذا ذكر شيئا لازما للقضاء ثم ظهر بخلافه كما أوضحه في لسان الحكام وأشار إليه في البحر فراجعهما : وذكر في البحر ما يسقط به ضمان الشاهد : ويؤخذ من قوله ألتفاه أنه لو لم يصف التلف إليهما لا يضمنان ،

لتسببها تعديا مع تعذر تضمين المباشر لأنه كالملجأ إلى القضاء (قبض المدعى المال أولا به يفتى) بحر وجزازية وخلاصة وخزانة المفتين ، وقيدته في الوقاية والكف والدرز والملتقى بما إذا قبض المال لعدم الإنلاف قبله ، وقيل إن المال عينا فكالأول ، وإن دينا فكالثاني وأقره القهستاني (والعبرة فيه لمن بقى) من الشهود (لا لمن رجع فإن رجع أحدهما ضمن النصف ، وإن رجع أحد ثلاثة لم يضمن ، وإن رجع آخر ضمنا النصف ، وإن رجعت امرأة من رجل وامرأتين

كما لو شهدا بنسب قبل الموت فمات المشهود عليه ورث المشهود له المال من المشهود عليه ثم رجعا لم يضمننا لأنه ورث بالموت وذلك لأن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت والاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجودا فيضاف للموت ذكره الزيلعي في إقرار المريض سائحاني عن المقدسي :

قلت : وفي البحر عن العتابة شهدوا على أنه أبرأه من الدين ثم مات الغريم مفلسا ثم رجعا لم يضمننا للطالب لأنه نوى ما عليه بالإفلاس اه (قوله لتسببها) قال في البحر : وفي إيجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفائه من المدعى لأن الحكم ماض فاعتبر التسبب اه . كذا في الهامش (قوله لأنه كالملجأ) أي القاضي (قوله وقيدته الخ) أي وكذا في الهداية والختار والإصلاح ومواهب الرحمن ، وجزم به في الجوهرة وصاحب الجمع ، وأنت على علم بأن اقتصار أرباب المتون على قول ترجيع له ، وما في المتون مقدم على ما في الشروح فيقدم على ما في الفتاوى بالأولى ، وما كان ينبغي للمصنف مخالفة عامة المتون ، وما نقله في البحر عن الخلاصة أن ما في الفتاوى هو قول الإمام الأخير لنا فيه كلامه وكأنه هو الذي غر المصنف (قوله فكالأول) أي يضمنه الشهود مطلقا قبضها المشهود له أولا لأن العين يزول ملك المشهود عليه عنها بالقضاء وفي الدين لا يزول ملكه حتى يقبضه (قوله فكالثاني) أي لو رجع الشهود قبل قبضه لا يضمنون ولو بعده يضمنون (قوله ضمن النصف) إذ بشهادة كل منهما يقوم نصف الحجة فببقاء أحدهما على الشهادة تبقى الحجة في النصف فيجب على الراجع ضمان ما لم تبقى الحجة فيه وهو النصف ، ويجوز أن لا يثبت الحكم ابتداء ببعض العلة ثم يبقى ببقاء بعض العلة ، كابتداء الحول لا يتعد على بعض النصاب ويبقى منعقدا ببقاء بعض النصاب منح (قوله لم يضمن) أي الراجع (قوله ضمنا النصف) وفي المقدسي ، فإن قيل ينبغي أن يضمن الراجع الثاني فقط لأن التلف أضيف إليه : قلنا التلف مضاف إلى المجموع إلا أن رجوع الأول لم يظهر أثره لمانع وهو من بقى فإذا رجع الثاني ظهر أن التلف بهما :

أقول : تقدم في الحدود عن المحيط إذا شهد على حد الرجم خمسة فرجع الخامس لا ضمان ، وإن رجع الرابع ضمنا الربع ، وإن رجع ثالث يضمن الرابع ، فقوله يضمن الثالث الربع مخالف لما هنا لأن المأخوذ من باب الرجوع في الشهادة أن الخامس والرابع والثالث يضمنون النصف أثلاثا ، فما في المحيط إما غلط أو ضعيف أو غير مشهور . وإذا شهد أربعة على شخص بأربعمائة درهم وقضى بها فرجع أحدهم عن مائة وآخر عن تلك المائة ومائة أخرى وآخر عن تلك المائتين ومائة أخرى فعلى الراجعين خمسون أثلاثا لأن الأول لم يرجع إلا عن مائة فبقى شاهدا بثلاثمائة ، والرابع الذي لم يرجع شاهدا بثلاثمائة كما هو شاهد بالمائة الرابعة أيضا فوجد نصاب الشهادة في الثلاثمائة فلا ضمان فيها . وأما المائة الرابعة لما بقى الرابع شاهدا بها ورجع البقية تنصفت لأن العبرة لمن بقى فيضمنون نصفها وهو الخمسون أثلاثا ، فإن رجع الرابع عن الجميع ضمنوا المائة أرباعا يعني المائة التي اتفقوا على الرجوع عنها ، وغير الأول يضمن الخمسين التي اتفقوا على الرجوع عنها أثلاثا : ووجه عدم ضمان المائتين والخمسين أن الأول بقى شاهدا بثلاثمائة والثالث بقى شاهدا بمائتين فالمائتان تم عليها النصاب وبقى على الثالثة شاهد واحد لم يرجع ،

ضمنت الربع ، وإن رجعتا فالنصف ، وإن رجع ثمان نسوة من رجل وعشر نسوة لم يضمن ، فإن رجعت أخرى ضمن (التسع (ربه) لبقاء ثلاثة أرباع النصاب (فإن رجعوا فالغرم بالأسداس) وقالوا عليهن النصف كما لو رجعن فقط (ولا يضمن راجع في النكاح شهد بمهر مثلها) أو أقل إذ الإلتلاف بعوض كلا إلتلاف (وإن زاد عليه ضمناها) لو هي المدعية وهو المنكر عزى زاده :

(ولو شهدا بأصل النكاح بأقل من مهر مثلها فلا ضمان) على المعتمد لتعذر المائلة بين الهضغ والمال (بخلاف ما لو شهدا عليها بقبض المهر أو بعضه ثم رجعا) ضمناها لإلتلافهما المهر (وضمنا في البيع والشراء مانقص عن قيمة المبيع) لو الشهادة على البائع (أو زاد) لو الشهادة على المشتري للإلتلاف بلاعوض ، ولو شهدا بالبيع وبنقد الثمن ، فلو في شهادة واحدة

ولكن لما رجع الثلاثة غيره تنصفت فضمنوا الخمسين أثلاثا سائحاني ، وقوله والثالث بقي شاهد العلة والثاني والمسألة مذكورة في البحر عن المحيط موجهة بعبارة أخرى فراجع (قوله ضمنن الربع) إذ بقي على الشهادة من يبقى به ثلاثة الأرباع منح (قوله فإن رجعوا) أي رجع الكل من الرجل والنساء (قوله بالأسداس) السدس على الرجل وخمسة الأسداس على النسوة ، لأن كل امرأتين تقوم مقام رجل واحد (قوله فقط) لأنهن وإن كثرن بمنزلة رجل واحد (قوله ولا يضمن راجع الخ) هذه المسألة على ستة أوجه ، لأنهما إما أن يشهدا بمهر المثل أو بأزيد أو بأنقص ، وعلى كل فالمدعى إما هو أو هو ، ولا ضمان إلا في صورة ما إذا شهدا عليه بأزيد ، ولو قال المصنف بعد قوله ضمناها للزوج كما في المنح لأفاد جميع الصور خمسة منطوقا وواحدة مفهوما ولا غنى عما نقله الشارح عن العزيمة ، وكان عليه أيضا أن يقول وإن بأقل ويحذف ، ولو شهدا بأصل النكاح لإيهامه أن الشهادة في الأول ليست على أصله ، وعلى كل فقول الشارح أو أقل تكرار كما لا يخفى :

قال الحلبي : فلو قال المتن ويضمن الزيادة بالرجوع من شهد على الزوج بالنكاح بأكثر من مهر المثل لاستوفى السنة واحدا منطوقا وخمسة مفهوما ، ثم ظهر لي أن المصنف أظهر ما خفي وأخفى ما ظهر من هذه الصور فذكر عدم الضمان في الشهادة بمهر المثل ويلزم منه عدمه في الشهادة بالأقل وصرح بضمان الزيادة ، وهذا كله لو هي المدعية كما نبه عليه الشارح وأشار به إلى أن ما بعده فيما لو كان هو المدعى ، فذكر المصنف بعده أنه لا ضمان لو شهدا بأقل من مهر المثل وسكت عما لو شهدا بمهر المثل أو أكثر للعلم بأنه لا ضمان بالأولى ، لأن الكلام فيما إذا كان هو المدعى ، ولم يصرح به الشارح كما صرح بالأقل في الأول اعتمادا على ظهور المراد فتنبه (قوله على المعتمد) خلافا لما في المنظومة النسفية وشرحها ، وتبعهما صاحب الجمع حيث ذكروا أنهما يضمنان عندهما خلافا لأبي يوسف :

قال في الفتح : وما في الهداية وشروحها هو المعروف ولم ينقلوا سواه ، وهو المذكور في الأصول كالمبسوط وشرح الطحاوي والذخيرة وغيرها ، وإنما نقلوا فيها خلاف الشافعي ، فلو كان لهم شعور بالخلاف في المذهب لم يعرضوا عنه بالكلية ولم يشتغلوا بنقل خلاف الشافعي (قوله ولو شهدا بالبيع) قال العيني : فإن شهدا بالبيع بألف مثلا ففرضي به القاضى ثم شهدا عليه بعد القضاء بقبض الثمن ففرضي به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا الثمن ، وإن كان أقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة أيضا مع ذلك ، وإن شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملة واحدة ففرضي به ثم رجعا عن شهادتهما تجب عليهما القيمة فقطح ، ولا يظهر تفاوت بين المسألتين في الحكم بالضمان لأنه فيهما

ضمنا القيمة ، ولو في شهادتين ضمنا الثمن عيني :
 (ولو شهدا على البائع بالبيع بالفين إلى سنة وقيمه ألف ، فإن شاء ضمن الشهود قيمته حالا ، وإن شاء أخذ
 المشتري إلى سنة وأياما اختار برىء الآخر) وتماه في خزانه المفتين (وفي الطلاق قبل وطء وخاوة ضمنا نصف المال)
 المسمى (أو المتعة) إن لم يسم (ولو شهدا أنه طلقها ثلاثا وآخران أنه طلقها واحدة قبل الدخول ثم رجعا فضاء نصف
 المهر على شهود الثلاث لا غير) للحرمة الغليظة (ولو بعد وطء أو خلو فلا ضمان) ولو شهدا بالطلاق قبل
 الدخول وآخران بالدخول ثم رجعا ضمن شهود الدخول ثلاثة أرباع المهر وشهود الطلاق ربعه اختيار :
 (ولو شهدا بعق فرجعا ضمنا القيمة) لمولاه (مطلقا) ولو معسرين لأنه ضمان إتلاف (والولاء للمعتق)
 لعدم تحول العتق إليهما بالضمام فلا يتحول الولاء هداية (وفي التدبير ضمنا مانقصة) وهو ثلث قيمته ، ولو مات
 المولى عتق من الثلث ولزمهما بقية قيمته ، وتماه في البحر (وفي الكتابة

يضمن القيمة لأنه في الأولى إن كان الثمن مثل القيمة فيها وإن كان أقل منها يضمنان الزيادة أيضا اه (قوله ضمنا
 القيمة) لأن المقضى به البيع دون الثمن لأنه لا يمكن القضاء بإيجاب الثمن لاقتترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء
 بالإيفاء ، ولذا قلنا لو شهدا أنه باع من هذا عبده وأقاله بشهادة واحدة لا يقضى بالبيع لمقارنة ما يوجب انفساخه
 وهو القضاء بالإقالة فتح ، وقوله ضمنا الثمن لأن القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لأههما لم يشهدا بالإيفاء بل شهدا
 به بعد ذلك ، وإذا صار الثمن مقضيا به ضمناه برجوعهما فتح . زاد الزيلعي : وإن كان الثمن أقل من قيمة المبيع
 يضمنان الزيادة أيضا مع ذلك لأنهما أتلفا عليه هذا القدر بشهادتهما الأولى اه . (قوله وتماه في خزانه المفتين)
 عبارتها كما في المنح ، فإن اختار الشهود رجعا بالثمن على المشتري ويتصدقون بالفضل ، فإن رد المشتري المبيع
 بعيب بالرضا أو تقابلا رجع على البائع بالثمن ولا شيء على الشهود ، وإن رد بقضاء فالضمان على الشهود بحاله
 وإن أديا رجعا بما أديا اه (قوله ضمنا نصف المال المسمى أو المتعة الخ) لأنهما أكدا ضمانا على شرف السقوط ،
 ألا ترى أنها لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلا منح (قوله قبل الدخول) قيد في الشهادتين ح
 (قوله لا غير) لأنه لم يقض بشهادة شهود الواحدة لأنه لا يفيد ، لأن حكم الواحدة حرمة خفيفة وحكم الثلاث
 حرمة غليظة منح (قوله فلا ضمان) لتأكد المهر بالدخول فلم يقررا عليه ما كان على شرف السقوط ح (قوله
 ضمن شهود الدخول الخ) لأنهم قرروا عليه بشهادتهم جميع المهر وقد كان جميعه على شرف السقوط ، وهذا
 يقتضى أن يضمننا جميعه لكن شهود الطلاق قبل الدخول قرروا عليه نصف المهر وقد كان على شرف السقوط
 وقد اختص الفريق الأول بضمنا نصف وتنازع مع الفريق الثاني في ضمان النصف الآخر فيقسم عليهما فيصيب
 الأول ثلاثة أرباع والثاني ربع ح كذا في الهامش (قوله اختيار) علله بأن الفريقين اتفقا على النصف فيكون على
 كل فريق ربعه والفرد شهود الدخول بالنصف فينفردون بضمناه اه :

فقال وفي البحر عن المحيط : ولو رجع. شاهدا الطلاق لا ضمان عليهما لأنهما أوجبا نصف المهر وشاهد
 الدخول لا غير يجب عليهما نصف المهر لأنه يثبت بشهادة شهود الطلاق نصف المهر وتلف بشاهدي الدخول
 نصف المهر ، وإن رجع من كل طائفة واحد لا يجب على شاهدي الطلاق شيء ويجب على شاهدي الدخول
 الربع اه (وقوله لأنه ضمان إتلاف) بخلاف ضمان الإعتاق لأنه لم يتلف إلا ملكه وازم منه فساد ملك صاحبه
 فضمنه الشارع صلة ومواساة له (قوله بقية قيمته) فإن لم يكن له مال غير العبد عتق ثلثه وسعى في ثلثه وضمن
 الشاهدان ثلث القيمة بغير عوض ولم يرجعا به على العبد ، فإن عجز العبد عن الثلثين يرجع به الورثة على الشاهدين

يضمنان قيمته) كلها ، وإن شاء اتبع المكاتب (ولا يعتق حتى يؤدي ماعليه إليهما) وتصدقا بالفضل والولاء لمولاه ، ولو عجز عاد لمولاه ورد قيمته على الشهود (وفي الاستيلاء بضمنان نقصان قيمتها) بأن تقوم قنة وأم ولد أو جاز بيعها فيضمنان ما بينهما (فإن مات المولى عتقت وضمننا) بقية (قيمتها) أمة (للورثة) وتماه في العيني (وفي القصاص الدية) في مال الشاهدين وورثاه (ولم يقتصا) لعدم المباشرة ، ولو شهدا بالعفو لم يضمننا لأن القصاص ليس بمال اختيار (وضمن شهود الفرع برجوعهم) لإضافة التلف إليهم (لا شهود الأصل بقولهم) بعد القضاء (لم نشهد الفروع على شهادتنا أو أشهدناهم وغلطنا) وكذا لو قالوا رجعنا عنها لعدم إتلافهم ولا الفروع لعدم رجوعهم (ولا اعتبار بقول الفروع) بعد الحكم (كذب الأصول أو غلطوا) فلا ضمان ، ولو رجع الكل ضمن الفرع فقط (وضمن المذكون) ولوالدية (بالرجوع) عن الزكية (مع علمهم بكونهم عبيدا) خلافا لها (أما مع الخطأ فلا) إجماعا بحر (وضمن شهود التعليق) قيمة القن ونصف المهر لو قبل الدخول (لا شهود الإحصان) لأنه شرط ، بخلاف الزكية لأنها علة (والشرط) ولو وحدهم على الصحيح عيني : قال : وضمن شاهدا الإيقاع لا التفويض لأنه علة والتفويض سبب اه :

ويرجع به الشاهد على العبد عندهما بحر (قوله يضمنان قيمته) والفرق أنهما بالكتابة حالا بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما غاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فإنه لا يحول بل تنقص ماليته فتصح (قوله على الشهود) قال في البحر بعد نقله ذلك عن المحوط : وبه علم أن ما في فتح القدير من أن الولاء للذين شهدوا عليه بالكتابة سهوا (قوله وورثاه) أي المشهود عليه لو كانا وارثين له (قوله لا شهود الأصل الخ) قال المصنف في وجهه لأنهم أنكروا أي شهود الأصل السبب وهو الإشهاد وذلك لا يبطل القضاء لأنه خبر يحتل الصدق والكذب فصار كرجوع الشاهد بعد القضاء لا ينقض به الشهادة لهذا بخلاف ما إذا أنكروا الإشهاد قبل القضاء لا ينعى بشهادة الفرعين كما إذا رجعوا قبله فتح (قوله فلا ضمان) لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع منح (قوله وضمن المذكون) قال في البحر : وأطلق ضمانهم فشمّل الدية لو زكوا شهود الزنا فرجم فإذا الشهود عبيد أو مجوس فالدية على المذكين عنده (قوله بكونهم عبيدا) بأن قالوا علمنا أنهم عبيد ومع ذلك زكيناهم ، وقيل الخلاف فيما إذا أخبر المذكون بالحرية بأن قالوا هم أحرار ، أما إذا قالوا هم عدول فبانوا عبيدا لا يضمنون إجماعا لأن العبد قد يكون عدلا جوهره (قوله أما مع الخطأ) بأن قال أخطأت في الزكية (قوله وضمن شهود التعليق) قال في البحر : لأنهم شهود العلة إذا التلف يحصل بسببه وهو الإعتاق والتطبيق وهم أثبتوه وأطلقه فشمّل تعليق العتق والطلاق ، فيضمن في الأول القيمة وفي الثاني نصف المهر إن كان قبل الدخول كذا في الهامش (قوله والشرط) اعلم أن الشرط عند الأصوليين ما يتوقف عليه الوجود وليس بمؤثر في الحكم ولا مفض إليه ، والعلة هي المؤثرة في الحكم والسبب هو المفضي ، إلى الحكم بلا تأثير ، والعلامة ما دل على الحكم وليس الوجود متوقفا عليه ، وبهذا ظهر أن الإحصان شرط كما ذكر الأكثر لتوقف وجوب الحد عليه منح كذا في الهامش (قوله شاهدا الإيقاع) قال في منية المفتي : شهدا على أنه أمر امرأته أن تطلق نفسها وآخرا أنها طلقت نفسها وذلك قبل الدخول ثم رجعوا فالضمان على شهود الطلاق لأنهما أثبتا السبب والتفويض شرط كونه سببا بحر كذا في الهامش (قوله لا التفويض) أي تفويض الطلاق إلى المرأة أو تفويض العتق إلى العبد وشهد آخرا أنها طلقت وأن العبد عتق الخ شني مدني :

كتاب الوكالة

مناسبتة أن كلا من الشاهد والوكيل ساع في تحصيل مراد غيره

(التوكيل صحيح) بالكتاب والسنة ، قال تعالى - فابعثوا أحدكم بورقكم - ووكل عليه الصلاة والسلام حكيم بن حزام بشراء ضحية ، وعليه الاجماع ، وهو خاص وعام

كتاب الوكالة

(قوله التوكيل صحيح) لم يذكر ما يصير به وكيلًا ولا الفرق بين الوكيل والرسول ، وحررته في بيوع تنقيح الحامدية . قال مجرد هذه الحواشي : ذكر المؤلف رحمه الله في الحامدية في الخيارات سؤالًا طويلًا وذيله بالفرق ، وها أنا أذكر السؤال من أصله تنميًا للفائدة :

قال رحمه الله : سئل في رجل اشترى من آخر نصف أغانم معلومة ولم يرها ووكل زيدًا بقبضها ورآها زيد ويزعم الرجل أن له خيار الرؤية إذا رآها ، وإن رآها وكيله بالقبض فهل ينظر الوكيل بالقبض مسقط خيار رؤية الموكل ؟ الجواب نعم ، وكفى رؤية وكيل قبض ووكيل شراء لرؤية رسول المشتري تنوير من خيار الرؤية ، ونظر الوكيل بالقبض : أي قبض المبيع سقط عند أبي حنيفة خيار رؤية الموكل كالوكيل بالشراء ، يعني كما أن نظر الوكيل بالشراء يسقط خياره . وقالوا : هو كالرسول ، يعني نظر الوكيل بالقبض كنظر الرسول في أنه لا يسقط الخيار ، قيد بالوكيل بالقبض لأنه لو وكل رجلاً بالرؤية لا تكون رؤيته كرؤية الموكل اتفاقًا كذا في الخانية الخ ما ذكره الشارح ابن ملك ، والمسألة في المتون وأطال فيها في البحر فراجعه : وصورة التوكيل بالقبض كن وكيلًا عن قبض ما اشتريته وما رأيت كذا في الدرر :

أقول : ولم يذكر الفرق بين الوكيل والرسول وهو لازم . قال في البحر : وفي المعراج : قيل الفرق بين الرسول والوكيل أن الوكيل لا يضيف العقد إلى الموكل والرسول لا يستغنى عن إضافته إلى المرسل . وفي الفوائد : صورة التوكيل أن يقول المشتري لغيره ، كن وكيلًا في قبض المبيع أو وكلتك بقبضه . وصورة الرسول أن يقول كن رسولًا عنى في قبضه أو أرسلتك لتقبضه أو قل لفلان أن يدفع المبيع إليك ، وقيل لا فرق بين الرسول والوكيل في فصل الأمر ، بأن قال قبض المبيع فلا يسقط الخيار اه كلام البحر ، وكتبت فيما علقته عليه أن قوله وفي الفوائد الخ لا ينافي ما قبله لأن الأول في الفرق بين الرسول والوكيل ، فالرسول لا بد له من إضافة العقد إلى مرسله ، لما مر عن الدرر من أنه معبر وسفير ، بخلاف الوكيل فإنه لا يضيف العقد إلى الموكل إلا في مواضع كالنكاح والخلع والهبة والرهن ونحوها ، فإن الوكيل فيها كالرسول ، حتى لو أضاف النكاح لنفسه كان له ، وما في الفوائد بيان لما يصير به الوكيل وكيلًا والرسول رسولًا :

وحاصله أنه يصير وكيلًا بألفاظ الوكالة ، ويصير رسولًا بألفاظ الرسالة وبالأمر ، لكن صرح في البدائع أن افعل كذا وأذنت لك أن تفعل كذا توكيل ، ويؤيده ما في اللؤلؤية : دفع له ألفًا وقال اشتر لي بها أو بيع أو قال اشتر بها أو بيع ولم يقل لي . كان توكيلًا ، وكذا اشتر بهذا الألف جارية ، وأشار إلى مال نفسه ، ولو قال اشتر هذه الجارية بألف درهم كان مشورة والشراء للمأمور إلا إذا زاد على أن أعطيك لأجل شرائك درهما ، لأن اشتراط الأجر له يدل على الإنابة اه . وأفاد أنه ليس كل أمر توكيلًا بل لا بد مما يفيد كون فعل المأمور بطريق النيابة عن الأمر فليحفظ اه هذا جميع ما كتبه نقلته ، وبالله التوفيق (قوله ووكل عليه الصلاة والسلام الخ) رواه أبو داود بسند فيه مجهول ، ورواه الترمذي عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم وقال لا نعرفه إلا من هذا

كانت وكيلي في كل شيء عم الكل حتى الطلاق قال الشهيد : وبه يفتى ، وخصه أبو الليث بغير طلاق وعتاق ووقف ، واعتمده في الأشباه ، وخصه قاضيخان بالمعاوضات ، فلا يلي العتق والتبرعات وهو المذهب كما في تنوير البصائر وزواهر الجواهر ، وسهجيء أن به يفتى ، واعتمده في الملتقط فقال : وأما الهبات والعتاق فلا يكون وكيلاً عند أبي حنيفة خلافاً لمحمد .

وفي الشربلالية : ولو لم يكن للموكل صناعة معروفة فالوكالة باطلة (وهو إقامة الغير مقام نفسه) ترفها أو عجزاً (في تصرف جائز معلوم) ،

الوجه ، وحبيب لم يسمع عندي من حكيم إلا أن هذا داخل في الإرسال عندنا فيصدق قول المصنف : أي صاحب الهداية صح إذا كان حبيب إماماً ثقة فتح (قوله كانت وكيلي في كل شيء) نقل في الشربلالية وغيرها عن قاضيخان : لو قال لغيره أنت وكيلي في كل شيء أو قال أنت وكيلي بكل قليل وكثير يكون وكيلاً بحفظ لا غير هو الصحيح ، ولو قال أنت وكيلي في كل شيء جائز أمرك بصير وكيلاً في جميع التصرفات المالية كبيع وشراء وهبة وصدقة :

واختلفوا في طلاق وعتاق ووقف ، فتميل يملك ذلك لإطلاق تعميم اللفظ ، وقيل لا يملك ذلك إلا إذا دل دليل سابقة الكلام ونحوه وبه أخذ النقيبه أبو الليث اه . وبه يعلم ما في كلام الشارح سابقاً ولاحقاً فتدبر ، ولابن نجيم رسالة سماها [المسألة الخاصة في الوكالة العامة] ذكر فيها ما في الخاتمة وما في فتاوى أبي جعفر : ثم قال : وفي البرازية أنت وكيلي في كل شيء جائز أمرك ملك الحفظ والبيع والشراء وبملك الهبة والصدقة ، حتى إذا أنفق على نفسه من ذلك المال جاز حتى يعلم خلافه من قصد الموكل : وعن الإمام تخصيصه بالمعاوضات ، ولا يلي العتق والتبرع ، وعليه الفتوى ، وكذا لو قال طلقت امرأتك ووهبت ووقفت أرضك في الأصح لا يجوز اه : وفي الذخيرة أنه توكيل بالمعاوضات لا بالإعتاق والهبات ، وبه يفتى اه :

وفي الخلاصة كما في البرازية : والحاصل أن الوكيل وكالة عامة يملك كل شيء إلا الطلاق والعتاق والوقف والهبة والصدقة على المفتي به ، وينبغي أن لا يملك الإبراء والحط عن المدينين لأنهما من قبيل التبرع فدخلا تحت قول البرازي أنه لا يملك التبرع ، وظاهر أنه يملك التصرف في مرة بعد أخرى وهل له الإقراض والهبة بشرط العوض فإنهما بالنظر إلى الابتداء تبرع ، فإن القرض عارية ابتداء معاوضة انتهاء والهبة بشرط العوض هبة ابتداء معاوضة انتهاء ، وينبغي أن لا يملكهما الوكيل بالتوكيل العام لأنه لا يملكهما إلا من يملك التبرعات ، ولذا لا يجوز إقراض الوصي مال اليتيم ولا هبته بشرط العوض وإن كانت معاوضة في الانتهاء ، وظاهر العموم أنه يملك قبض الدين واقتضائه وإيفاءه والدعوى بمحقوق الموكل وسماع الدعوى بمحقوق على الموكل والأقارير على الموكل بالمدينين ، ولا يختص بمجلس القاضي لأن ذلك في الوكيل بالخصومة لا في العام :

فإن قلت : لو وكله بصيغة وكلتك وكالة مطلقة عامة فهل يتناول الطلاق والعتاق والتبرعات ؟ قلت : لم أره صريحاً والظاهر أنه لا يملكها على المفتي به لأن من الألفاظ ما صرح قاضيخان وغيره بأنه توكيل عام ومع ذلك قالوا بعده اه ما ذكره ابن نجيم في رسالته ملخصاً ، وقد ساقها القتال في حاشيته برمتها (قوله وفي الشربلالية) عبارتها نقلاً عن الخاتمة : وفي فتاوى النقيبه أبو جعفر رجل قال لغيره وكلتك في جميع أموري وأقتك مقام نفسي لأنكون الوكالة عامة ، ولو قال : وكلتك في جميع أموري التي يجوز بها التوكيل كانت الوكالة عامة تتناول البياعات والألحكة . وفي الوجه الأول إذا لم تكن عامة بنظر ، إن كان الرجل يختلف ليس له صناعة معروفة فالوكالة

فلو جهل ثبت الأدنى وهو الحفظ ممن يملكه) أى التصرف نظرا إلى أصل التصرف ، وإن امتنع في بعض الأشياء بعارض النهى ابن كمال (فلا يصح توكيل مجنون وصبي لا يعقل مطلقا وصبي يعقل بـ) تصرف ضار (نحو طلاق وعناق وهبة وصدقة ، وصح بما ينفعه) بلا إذن وليه (كقبول هبة ، و) صح (بما تردد بين ضرر ونفع كبيع وإجارة إن مأذونا وإلا توقف على إجازة وليه) كما لو باشره بنفسه (ولا يصح توكيل عبد محجور : وصح لو مأذونا أو مكاتبا ، وتوقف توكيل مرتد ، فإن أسلم نفذ ، وإن مات أو لحق أو قتل لا) خلافا لها (و) صح (توكيل مسلم ذميا ببيع خمر أو خنزير) وشراهما كما مر في البيع الفاسد (ومحرم حلالا ببيع صيد وإن امتنع عنه الموكل لعارض) النهى كما قدمنا فتنبه :

ثم ذكر شرط التوكيل فقال (إذا كان الوكيل يعقل العقد ولو صبيا أو عبدا محجورا) لا يجنى أن الكلام الآن في صحة الوكالة لا في صحة بيع الوكيل فلذا لم يقل ويقصد تبعا للكفر :

ثم ذكر ضابط الموكل فيه فقال

باطلة ، وإن كان الرجل تاجرا تجارة معروفة تنصرف إليها اه .

وبه يعلم ما في كلام الشارح ، إذ صورة البطلان ليست في قوله أنت وكيلى في كل شيء كما بنى عليه الشارح هذه العبارات بل في غيرها وهى وكالتك في جميع أمورى الخ إلا أن يقال هما سواء في عدم العموم ، ولكن مبنى كلامه على أن ما ذكره عام وليكنك قد علمت ما فيه مما نقلناه سابقا أن ما ذكره ليس مما الكلام فيه اه (قوله فلو جهل) كما لو قال وكالتك بمالى منح (قوله نظرا إلى أصل التصرف الخ) جواب عما يرد على هذا الشرط وهو توكيل المسلم ذميا ببيع خمر أو خنزير وتوكيل المحرم حلالا ببيع الصيد لأنه صحيح عنده ولا يملكه الموكل من (قوله فلا يصح توكيل مجنون) مصدر مضاف للفاعل (قوله بتصرف) متعلق بتوكيل (قوله إن مأذونا) أى إن كان الصبي الموكل مأذونا (قوله توكيل عبد) مضاف لفاعله (قوله توكيل مرتد) بخلاف توكله عن غيره كما سنذكره (قوله وإن امتنع عنه الموكل الخ) ومثله ما لو اشترى عبدا شراء فاسدا وأعتقه قبل قبضه لا يصح ، ولو أمر البائع بإعتاقه يصح لأنه يصير قابضا افتضاء كما قدمه في البيع الفاسد (قوله فتنبه) أشار به إلا أنه لا تنافى بين كلاميه كما قدمه (قوله ثم ذكر) عطف على محذوف : أى ذكر شرط الموكل به والموكل ثم ذكر الخ تأمل (قوله يعقل العقد) أى يعقل أن البيع سالب للمبيع جالب للثمن وأن الشراء بالعكس ح . وفى البحر : وما يرجع إلى الوكيل فالعقل فلا يصح توكيل مجنون وصبي لا يعقل لا البلوغ والحربة وعدم الردة ، فيصح توكيل المرتد ولا يتوقف لأن المتوقف ملكه والعلم للوكيل بالتوكيل ، فلو وكله ولم يعلم فتصرف توقف على إجازة الموكل أو الوكيل بعد علمه اه (قوله ولو صبيا) قال فى جامع أحكام الصغار : فإن كان الصبي مأذونا فى التجارة فصار وكيلًا بالبيع بثمن حال أو مؤجل فباع جازيعة ولزمته العهدة ، وإن كان وكيلًا بالشراء ، فإن كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياسا واستحسانا وتكون العهدة على الأمر حتى أن البائع يطالب الأمر بالثمن دون الصبي ، وإن وكله بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا تلزمه العهدة . وفى الاستحسان تلزمه اه فقال ، وتامه فى البحر فى شرح قوله والحقوق فيما يضيفه الوكيل إلى نفسه الخ فراجع (قوله محجورا) صفة للصبي والعبد كذا فى الهامش (قوله فلذا لم يقل ويقصده) أى البيع احترازا عن بيع الهازل والمكره كما ذكره صاحب الهداية كذا فى الهامش (قوله تبعا للكفر) أى حال كونه تابعا فى عدم القول للكفر ، وذكره صاحب الهداية محترزا به عن بيع الهازل والمكره ح (قوله ثم ذكر ضابط الموكل فيه) أى ما ذكره المصنف ضابطا لاحد فلا يرد عليه أن المسلم لا يملك بيع الخمر ويملك توكيل الذى به لأن إبطال القواعد بإبطال الطرد لا العكس ، ولا يبطل طرده عدم توكيل الذى مسلما ببيع خمره ، وهو يملكه

(بكل ما يباشره) الموكل (بنفسه) لنفسه فشمّل الخصومة فلذا قال (فصح بخصومة في حقوق العباد برضا الخصم) وجوازه بلا رضاه ، وبه قالت الثلاثة ، وعليه فتوى أبي الليث وغيره ، واختاره العتباتي ، وصححه في النهاية ، والمختار للفتوى تفويضه للحاكم درر (إلا أن يكون) الموكل (مريضا) لا يمكنه حضور مجلس الحكم بقدميه ابن كمال (أو غائبا مدة سفر أو مريدا له) ويكفي قوله أنا أريد السفر ابن كمال (أو مخدرة) لم تخالط الرجال كما مر (أو حائضا) أو نفساء (والحاكم بالمسجد) إذا لم يرض الطالب بالتأخير بحر (أو محبوسا من غير حاكم) هذه (الخصومة) فلو منه فليس بعذر بزازية بحثا (أو لا يحسن الدعوى) خانية (لا) يكون من الأعداء (إن كان) الموكل (شريفا خاصم من دونه) بل الشريف وغيره سواء بحر

لأنه يملك التوصل به بتوكيل الذي به فصدق الضابط لأنه لم يقل كل عقد يملكه يملك توكيل كل أحد به بل اتوصل به في الجملة ، وتماه في البحر (قوله بكل) متعلق بقول الماتن أول الباب التوكيل صحيح لنفسه أخرج الوكيل فإنه لا يوكل مع أنه يباشر بنفسه (قوله فشمّل الخصومة) تفريع على قوله بكل ما يباشره ، وهو أولى من قول الكنز بكل ما يعقد لشموله العقد وغيره كما في البحر : أي كالخصومة والقبض (قوله فصح بخصومة) شمل بعضا معينا وجميعها كما في البحر : وفيه عن منية المفتي ، ولو وكلة في الخصومة له لاعليه ، فله إثبات ما للموكل فلو أراد المدعى عليه الدفع لم يسمع .

قال : فالحاصل أنها تنخصص بتخصيص الموكل وتعمم بتعميمه : وفي البزازية : ولو وكلة بكل حق هو له وبخصومته في كل حق له ولم يعين الخصم به والخاصم فيه جازاه وتماه فيه (قوله برضا الخصم) شمل الطالب والمطلوب بحر (قوله وجوزاء الخ) قال في الهداية : لا خلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم ، يعني هل ترد الوكالة برد الخصم عند أبي حنيفة نعم وعندهما لا ويجبر جوهره (قوله وعليه فتوى أبي الليث) أفق الرمل بقول الإمام الذي عليه المتون واختاره غير واحد (قوله تفويضه للحاكم) بحث فيه في البزازية ، فانظر ما في البحر : وفي الزيلعي : أي أن القاضي إذا علم من الخصم التعنت في الإباء عن قبول التوكيل لا يمكنه من ذلك ، وإن علم من الموكل قصد الإضرار لخصمه لا يقبل منه التوكيل إلا برضا اه (قوله لا يمكنه حضور مجلس الحكم) وإن قدر على الحضور على ظهر الدابة أو ظهر إنسان ، فإن ازداد مرضه بذلك لزم توكيله ، فإن لم يزد قبل على الخلاف والصحيح لزومه كذا في البزازية بحر (قوله ويكفي قوله أنا أريد السفر) قال في البحر ، وفي المحيط : وإرادة السفر أمر باطن فلا بد من دليلها ، وهو إما تصديق الخصم بها أو القرينة الظاهرة ، ولا يقبل قوله إني أريد السفر لكن القاضي بنظر في حاله وفي عدته فإنه لا يخفى هيئة من يسافر ، كذا ذكره الشارح : وفي البزازية : وإن قال أخرج بالقافلة الفلانية سالم عنه كما في فسح الإجارة : وفي خزائن المفتين : وإن كذبه الخصم في إرادته السفر يخلفه القاضي بالله إنك تريد السفر اه (قوله إذا لم يرض الطالب) قال في الجوهره : إن كانت هي طالبة قبل منها التوكيل بغير رضا الخصم ، وإن كانت مطلوبة إن أخرها الطالب حتى يخرج القاضي من المسجد لا يقبل منها التوكيل بغير رضا الخصم الطالب لأنه لا عذر لها إلى التوكيل اه (قوله بزازية بحثا) عهارتها وكونه محبوسا من الأعداء يلزمه توكيله ، فعلى هذا لو كان الشاهد محبوسا له أن يشهد على شهادته : قال القاضي : إن في عجن القاضي لا يكون عذرا لأنه يخرج حتى يشهد ثم يعيده ، وعلى هذا يمكن أن يقال في الدعوى أيضا كذلك بأن يجب من الدعوى ثم يعاد اه ،

قلت : ولا يخفى أنه مفهوم عبارة المصنف وهي ليست من عنده بل واقعة في كلام غيره والمفاهيم حجة ، بل صرح به في الفتح حيث قال : ولو كان الموكل محبوسا فعلى وجهين : إن كان في حبس هذا القاضي لا يقبل

(وله الرجوع عن الرضا قبل سماع الحاكم الدعوى) لابعده قنية (ولو اختلفا في كونها مخدرة إن من بنات الأشراف فالقول لها مطلقا) ولو ثيبا فيرسل أمينه ليحلفها مع شاهدين بحر وأقره المصنف (وإن من الأوساط فالقول لها لو بكرا، وإن) هي (من الأسافل فلا في الوجهين) عملا بالظاهر بزازية (و) صحح (بإيفائها و) كذاب (استيفائها إلا في حد وقود) بغيبة موكله عن المجلس ملتي (وحقوق عقد لا بد من إضافته) أي ذلك العقد (إلى الوكيل كبيع وإجارة وصلاح، عن إقرار يتعلق به) ما دام حيا ولو غائبا ابن ملك (إن لم يكن محجورا كتسليم مبيع وقبضه وقبض ثمن ورجوع به عند استحقاقه وخصوصة في عيب بلا فصل بين حضور موكله وغيبته) لأنه العاقد حقيقة وحكما، لكن في الجوهرية: لو حضرا فالعهدة على أخذ الثمن لا العاقد في أصح الأقاويل، ولو أضاف العقد إلى الموكل تتعلق الحقوق بالموكل اتفاقا ابن ملك فليحفظ، فقوله لا بد فيه مافيه ولذا قال ابن السكالم

التوكيل بلا رضاه لأن القاضي يخرج من السجن ليخاصم ثم يعيد، وإن كان في حبس الوالي ولا يمكنه الوالي من الخروج للخصومة يقبل منه التوكيل اه (قوله وله) أي المدعى عليه (قوله فيرسل أمينه) أي القاضي (قوله فالقول لها) أي إذا وجب عليها يمين (قوله في الوجهين) أي فيما إذا كانت بكرا أو ثيبا (قوله و صحح بإيفائها) أي حقوق العباد، أي يصح التوكيل بإيفاء جميع الحقوق واستيفائها إلا في الحدود والقصاص لأن كلا منهما يباشره بنفسه فيملك التوكيل به، بخلاف الحدود والقصاص فإنها تندرى بالشبهات، والمراد بالإيفاء هنا دفع ما عليه وبالاستيفاء القبض منح (قوله إلا في حد وقود) استثناء من قوله وبإيفائها واستيفائها، وقوله بغيبة موكله قيد للثاني فقط كما نبه عليه في البحر، وقوله قبله باستيفائها: أي وكذا بإثباتها بالبينة عند الإمام أبي حنيفة خلافا لأبي يوسف، ولم يصرح به هنا لدخوله في قوله فصح بخصومة كما في البحر (قوله يتعلق به) أي بالتوكيل منح (قوله ما دام حيا ولو غائبا) فإذا باع وغاب لا يكون للموكل قبض الثمن كما في البحر عن المحيط، وقوله ما دام حيا عزاه في البحر إلى الصغرى، ولما قال بعده: وشمل ما إذا مات، لما في بزازية: إن مات الوكيل عزه وصى قال الفضلي تنقل الحقوق إلى وصيه لا الموكل، وإن لم يكن وصى يرفع إلى الحاكم ينصب وصيا عند القبض وهو المعقول: وقيل ينتقل إلى موكله ولاية قبضه فيحتاط عند الفتوى اه:

ثم قال في البحر بعد ورقة ونصف: والوكيل بالشراء إذا اشترى بالنسيئة فمات الوكيل حل عليه الثمن ويبقى الأجل في حق الموكل وجزمه هنا أن يدل على أن المعتمد في المذهب ما قال إنه المعقول، وقد أفقيت به بعد ما احتطت كما قال فيما سبق اه (قوله إن لم يكن) أي الوكيل (قوله محجورا) فإن كان محجورا كالعبد والصبي المحجورين فإنهما إذا عقدا بطريق الوكالة تتعاق حقوق عقدهما بالموكل س (قوله كتسليم مبيع) بيان لحقوق العقد (قوله ورجوع به عند استحقاقه) شامل لمسألتين:

الأولى ما إذا كان الوكيل بائعا وقبض الثمن من المشتري ثم استحق المبيع، فإن المشتري يرجع بالثمن على الوكيل سواء كان الثمن باقيا في يده أو سلمه إلى الموكل وهو يرجع على موكله:

الثانية ما إذا كان مشتريا فاستحق المبيع من يده فإنه يرجع بالثمن على البائع دون موكله. وفي بزازية: المشتري من الوكيل باعه من الوكيل ثم استحق من الوكيل رجوع الوكيل على المشتري منه وهو على الوكيل والوكيل على الموكل، وتظهر فائدته عند اختلاف الثمن اه بحر (قوله في عيب) شامل لمسألتين أيضا: أما إذا كان بائعا فإذ كان المشتري عليه، وما إذا كان مشتريا فإذ كان المشتري على بائعه، لكن بشرط كونه في يده، فإن سلمه إلى الموكل فلا يرد إلا بإذنه كما سيأتي في الكتاب بحر (قوله ولو أضاف الخ) رده في البحر فراجع، فلا يرد اعتراضه على المصنف: وههنا كلام في حاشية الفتال وحاشية أبي السعود فراجع وكذا في نور العين في أحكام

يكتفى بالإضافة إلى نفسه فافهم ۵

(و شرط الموكل عدم تعلق الحقوق به) أى بالوكيل (لغو) باطل جوهره (والمالك يثبت للموكل ابتداء)
 فى الأصح (فلا يعتق قريب الوكيل بشرائه ولا يفسد نكاح زوجته به و) لكن (هما) ثابتان (على الموكل
 لو اشترى وكيله قريب موكله زوجته) لأن الموجب للعق و الفساد الملك المستقر (وفى كل عقد لا بد من إضافته
 إلى موكله) يعنى لا يستغنى عن الإضافة إلى موكله ، حتى لو أضافه إلى نفسه لا يصح ابن كمال (كنكاح وخلع
 و صلح عن دم عمد أو عن إنكار و عتق على مال و كتابة و هبة و تصدق و إعارة و إيداع و رهن و إقراض) و شركة
 و مضاربة عيني (تتعلق بموكله) لا به لكونه فيها سفيرا محضا ، حتى لو أضافه لنفسه وقع النكاح له فكان
 كالرسول (فلا مطالبة عليه) فى النكاح (بمهر و تسليم) للزوجة (وللمشترى الإبراء عن دفع الثمن للموكل وإن
 دفع) له (صح ولو مع نهى الوكيل) استحسانا (ولا يطالبه الوكيل ثانيا) لعدم الفائدة ، نعم تقع المقاصة بدين
 الوكيل لو وحده و يضمه لموكله ،

الوكالة فى الفصل الثالث والثلاثين ، و كتبه فى هامش البحر (قوله يكتفى) أى من غير لزوم (قوله لأن الموجب
 الخ) هذا لا يناسب كلام المصنف ، بل هو جار على القول الثانى من أنه يثبت للوكيل ابتداء ثم ينتقل إلى الموكل
 (قوله حتى لو أضافه إلى نفسه لا يصح) أى لا يصح على الموكل فلا ينافى قوله الآتى حتى لو أضاف النكاح
 لنفسه وقع النكاح له كما ظن : وفى البرازية الوكيل بالطلاق و العتاق إذا أخرج الكلام مخرج الرسالة بأن قال
 إن فلانا أمرنى أن أطلق أو أعتق ينفذ على الموكل لأن عهدتهما على الموكل على كل حال ، ولو أخرج الكلام
 فى النكاح و الطلاق مخرج الوكالة بأن أضافه إلى نفسه صح إلا فى النكاح : و الفرق أنه فى الطلاق أضافه إلى الموكل
 معنى لأنه بناء على ملك الرقبة و هى للموكل فى الطلاق و العتاق ، فأما فى النكاح فذمة الوكيل قابلة للمهر حتى
 لو كان بالنكاح من جانبها و أخرج مخرج الوكالة لا يصير مخالفا لإضافته إلى المرأة معى فكانه قال ملكتك بضع
 موكلتى ۵ . قال فى البحر : فعلى هذا معنى الإضافة إلى الموكل مختلف ، فى وكيل النكاح من قبل الزوج على
 وجه الشرط ، و فيما عداه على وجه الجواز فيجوز عدمه ۵ . وفى حاشية الفتاوى عن الأشباه : الوكيل بالإبراء إذا
 أرا ولم يصفه إلى موكله لم يصح كذا فى الخزانة ۵ :

أقول : و ظاهر ما فى البحر أنه لا تلزم الإضافة إلا فى النكاح ، وهو مخالف لنكلامهم فانظر ما فى الدرر
 و تدبر ، و انظر ما علقناه على البحر و راجع أيمان شرح الوهبانية (قوله أو عن إنكار) هذا الصلح لا تصلح
 لإضافته إلى الوكيل ، بخلاف الصلح عن إقرار فإنه تصح إضافته إلى كل منهما ، و قد عرفت اختلاف الإضافة
 فى الموضوعين فافترق الصلحان فى الإضافة ابن كمال : و فيه رد على صدر الشريعة حيث قال لا فرق فيما (قوله
 و هبة و تصدق) أنظر ما حقوق الهبة و الصدقة المتعلقة بالموكل (قوله سفيرا) السفير الرسول و المصلح بين القوم
 صحاح كذا فى الهامش فإنه يضيفهما إلى موكله فإنه يقول خالك و كل بكذا و كذا فى أمثاله ابن مالك مجمع (قوله
 بمهر) أى إذا كان وكيل الزوج (قوله و تسليم) أى إذا كان وكيلها (قوله للموكل) لكونه أجنبيا عن الحقوق
 لرجوعهما إلى الوكيل أصالة (قوله نعم تقع المقاصة) فلو كان للمشترى على الموكل تقع المقاصة بمجرد العقد
 بوصول الحق إليه بطريق التقاص ، و لو كان له دين عليهما تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل ، و لو كان
 له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به و يضمن الوكيل للموكل لأنه قضى دينه بمال الموكل . و قال أبو يوسف
 رضى الله عنه : لا تقع المقاصة بدين الوكيل ، بخلاف ما إذا باع مال اليتيم و دفع المشتري الثمن إلى اليتيم حيث
 لا تبرأ ذمته بل يجب عليه أن يدفع الثمن إلى الوصى لأن اليتيم ليس له قبض ماله أصلا فلا يكون له الأخذ من الدين

بخلاف وكيل يتيم وصرف عيني (ومثله) أى مثل الوكيل عبد (ماذون لادين عليه مع ولواه) فلا يملك قبض ديونه ، ولو قبض صح استحسانا ما لم يكن عليه دين لأنه للغرماء بزازية :
[فرع] التوكيل بالاستقراض باطل لا الرسالة درر ، والتوكيل بقبض القرض صحيح فتنبه :

باب الوكالة بالبيع والشراء

الأصل أنها إن عمت أو علمت أو جهلت جهالة يسيرة وهي جهالة النوع المحض كفرس صحت وإن فاحشة وهي جهالة الجنس كدابة بطلت ، وإن متوسطة كعبد ، فإن بين الثمن أو الصفة كتركى صحت وإلا لا ؛
(وكله بشراء ثوب هروى أو فرس أو بغل صح) بما يحتمله حال الأمر زيلعى فراجعه (وإن لم يسم) ثمنا لأنه من القسم الأول (وبشراء دار أو عبد جاز إن سمى) الموكل (ثمنا بخصص) أو عا أولا بحر (أو نوعا كحبشى) زاد في البزازية : أو قدرا ككذا قفيزا (وإلا) يسم ذلك (لا) يصح وألحق بجهالة الجنس (و) هى مالو وكله

فيكون الدفع إليه تضييعا فلا يعتد به ، وبخلاف الوكيل فى الصرف إذا صارف وقبض الموكل بدل الصرف حيث يبطل الصرف ولا يعتد بقبضه اه عيني كذا فى الهامش (قوله بخلاف) متعلق بقوله وإن دفع له ح ، وقوله وكيل يتيم : أى وصيه (قوله فلا يملك) أى المولى (قوله بقبض القرض) بأن يقول الرجل أقرضنى ثم بوكل رجلا بقبضه بحر عن القنية .

[فرع] التوكيل بالإقرار صحيح ولا يكون التوكيل به قبل الإقرار إقرارا من الموكل : وعن الطواويسى : معناه أن بوكل بالخصومة ويقول خاصم فإذا رأيت لحوق مؤنة أو خوف عار على فأقر بالمدعى يصح إقراره على الموكل كذا فى البزازية ، وللشافعية فيها قولان : أحدهما لا يصح ، وقدم الشيخ يعنى صاحب البحر فى كتاب الشركة فى الكلام على الشركة الفاسدة أنه لا يصح التوكيل فى المباح وأنه باطل رمل على البحر ، والفرع سيأتى مقنا فى باب الوكالة بالخصومة ، والله أعلم .

باب الوكالة بالبيع والشراء

(قوله إن عمت) بأن يقول ابتع لى ما رأيت لأنه فوتض الأمر إلى رأيه فأى شىء يشتره يكون ممثلا درر ؛
وفى البحر عن البزازية : ولو وكله بشراء أى ثوب شاء صح ، ولو قال اشتر لى الأثواب لم يذكره محمد ، قيل يجوز ، وقيل لا ، ولو أثوابا لا يجوز ، ولو ثيابا أو الدواب أو الثياب أو دواب يجوز وإن لم يقدر الثمن (قوله بطلت) أى وإن بين الثمن (قوله متوسطة) أو ضمها فى النهاية (قوله زيلعى) عهده لأن الوكيل قادر على تحصيل مقصود الموكل بأن ينظر فى حاله ح ؛

وفى الكفاية : فإن قيل الحمير أنواع : منها ما يصلح لركوب العظاء ، ومنها ما لا يصلح إلا ليحمل عليه ؛ قلنا هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك بصير معلوما بمعرفة حال الموكل ، حتى قالوا إن الغازى إذا أمر إنسانا بأن يشتري له حمارا ينصرف إلى ما يركب مثله ، حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الأذنين لا يجوز عليه اه (قوله القسم الأول) أى ما فيه جهالة يسيرة وهي جهالة النوع المحض (قوله دار أو عبد) جعل الدار كالعبد تبعاً للكنز موافقا لقاضيخان ، لكنه شرط مع بيان المحلة كما فى فتاواه مخالفا للهداية فإنه جعلها كالثوب لأنها تختلف باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان . وذكر فى المعراج أنه مخالف لرواية المبسوط : قال : والمتأخرون قالوا : فى ديارنا لا يجوز إلا ببيان المحال : ووفق فى البحر بحمل ما فى الهداية على ما إذا كانت تختلف فى تلك الدار اختلافا فاحشا وكلام غيره على غيره (قوله أولا) بأن كان يوجد بهذا الثمن أنواع (قوله وهى)

(بشراء ثوب أو دابة لا) يصح وإن سمي ثمنا للجهالة الفاجشة (وبشراء طعام وبين قدره أو دفع ثمنه وقع) في عرفنا (على المعتاد) المهيأ (للأكل) من كل مطعوم يمكن أكله بلا إدام (كالحم مطبوخ أو مشوي) وبه قالت الثلاثة ، وبه يفتى عيني وغيره اعتبارا للعرف كما في اليمين (وفي الوصية له) أي لشخص (بطعام يدخل كل مطعوم) ولو دواء به حلاوة كسكنجبين بزازية :

(وللوكيل الرد بالعيب ما دام المبيع في يده) لتعلق الحقوق به (ولو ارثه أو وصيه ذلك بعد موته) موت الوكيل (فإن لم يكونا فلموكله ذلك) أي الرد بالعيب وكذا الوكيل بالبيع وهذا إذا لم يسلمه (فلو سلمه إلى موكله امتنع رده إلا بأمره) لانتهاء الوكالة بالتسليم بخلاف وكيل باع فاسدا فله الفسخ مطلقا لحق الشرع قنية (و) للوكيل (حبس المبيع بثمن دفعه) الوكيل (من ماله أولا) بالأولى لأنه كالبائع (ولو اشتراه) الوكيل (بتقدّم أجله البائع) كان للوكيل المطالبة به (حالا) وهي الحيلة خلاصة ، ولو وهبه كل الثمن رجع بكله ولو بعضه رجع بالباقي لأنه حط بجزءه (هلك المبيع من يده قبل حبسه هلك من مال موكله ولم يسقط الثمن) لأن يده كيدته (ولو) هلك (بعد حبسه فهو كبيع) فيهلك بالثمن ، وعند الثاني كرهه (ولا اعتبار بمفارقة الموكل) ولو حاضر كما اعتمده المصنف تبعا للبحر خلافا للعيني وابن ملك (بل بمفارقة الوكيل)

أي جهالة الجنس (قوله بشراء ثوب أو دابة الخ) أقول : سيأتي متنا في هذا الباب أو وكله بشراء شيء بغير عينه فالشراء للوكيل إلا إذا نواه للموكل أو شراه بماله : أي مال الموكل ، والظاهر أنه مقيد بما إذا سمي ثمنا أو نوعا تأمل ، ويكون قوله بغير عينه مقابلا لما سمي عينه بعد بيان الجنس (قوله في عرفنا) نقلوه عن بعض مشايخ ما وراء النهر : قال في البزازية : وعرفنا ما ذكرنا . قال في البحر : ولكن عرف القاهرة على خلافهما فإن الطعام عندهم للطبيخ بالمرق واللحم (قوله بزازية) قال في المنح بعد قوله يدخل كل مطعوم كما في البزازية : وفي أيمانها لا يأكل طعاما فأكل دواء ليس بطعام كالسقمونيا لا يحنت ، ولو به حلاوة كالسكنجبين اه فلي تأمل (قوله بالعيب) أشار إلى أنه لو رضى بالعيب فإنه يلزمه ، ثم الموكل إن شاء قبله وإن شاء ألزم الوكيل ، وقبل أن يلزم الوكيل لو هلك يهلك من مال الموكل كذا في البزازية وإلى أن الرد عليه لو كان وكيلًا بالبيع فوجد المشتري به عيبا ما دام الوكيل عاقلا من أهل لزوم العهدة ، فلو محجورا فعلى الموكل بحر (قوله وهذا الخ) لاحاجة إليه مع قول المتن ما دام المبيع في يده ح (قوله مطلقا) أي وإن سلمه وقبض الثمن وسلمه إلى الموكل فيسترد الثمن منه بغير رضاه (قوله حبس المبيع) الذي اشتراه للموكل منح (قوله دفعه) قال في المنح : قيد بقوله دفعه لأنه لو لم يكن دفعه فله الحبس بالأولى ، لأنه مع الدفع ربما يتوهم أنه متبرع بدفع الثمن فلا يحبس ، فأفاد بالحبس أنه ليس بمتبرع وأن له الرجوع على موكله بما دفعه وإن لم يأمره به صريحا للإذن حكما (قوله أولا) أي لم يدفعه (قوله لأنه) تعليل للحبس لا للأولوية (قوله بتقص) أي بثمن حال ، فلو بمؤجل تأجل في حق الموكل أيضا فليس للوكيل طلبه حالا بحر (قوله كل الثمن) أي جملة واحدة : قال في البحر : ولو وهبه خمسمائة ثم الخمسمائة الباقية لم يرجع الوكيل على الأمر إلا بالأخرى لأن الأولى حط والثانية هبة (قوله فهو كبيع) عند محمد ، وهو قول أبي حنيفة ابن كمال (قوله كرهه) أي فيهلك بالأقل من قيمته ومن الثمن : وعند زفر كغصب ، فإن كان الثمن مساويا للقيمة فلا اختلاف ، وإن كان الثمن عشرة والقيمة خمسة عشر ، فعند زفر يضمن خمسة عشر لكن يرجع الموكل على الوكيل بخمسة وعند الباقيين يضمن عشرة وإن كان بالعكس فعند زفر يضمن عشرة ويطلب الخمسة من الموكل ، وكذا عند أبي يوسف لأن الرهن يضمن بالأقل من قيمته والدين ، وعند محمد يكون ضدونا بالثمن وهو خمسة عشر ابن كمال (قوله وابن ملك) أي والحنادي نقلا عن المستصفي ، ومشي عليه في درر البحار ، وعزاه

ولو صبيا (في صرف وسلم فيبطل العقد بمفارقته صاحبه قبل القبض) لأنه العاقد ، والمراد بالسلم الإسلام لا قبول السلم لأنه لا يجوز ابن كمال (والرسول فيهما) أى الصرف والسلم (لا تعتبر مفارقته بل مفارقة مرسله) لأن الرسالة في العقد لا القبض ، واستفيد صحة التوكيل بهما :

(وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى ضعفه بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم) خلافا لها والثلاثة : قلنا إنه مأمور بأرطال مقدرة فينفذ الزائد على الوكيل ، ولو شري مالايساوى ذلك وقع للوكيل إجماعا كغير موزون (ولو وكله بشراء شيء بعينه) بخلاف الوكيل بالنكاح إذا تزوجها لنفسه صح منية ، والفرق في الوانى (غير الموكل لا يشتريه لنفسه) ولا لموكل آخر

صاحب النهاية إلى الإمام خواهر زاده .

واستشكله الزيلعي وصاحب العناية بأن الوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر . وقال الزيلعي : وإطلاق المبسوط وسائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلا ولو كان حاضرا وهذا منشأ ما مشى عليه المصنف تبعا للبحر ، لكن أجاب العيني عن الإشكال بأن الوكيل نائب فإذا حضر الأصيل فلا يعتبر النائب اه . وتعقبه الحموي بأن الوكيل نائب في أصل العقد أصيل في الحقوق فلا اعتبار بحضرة الموكل ، وبه علمت أن ما ذكره الشارح : أى العيني في غير محله .

قلت : والذي يدفع الإشكال من أصله ما قدمه الشارح عن الجوهرية من أن العهدة على آخذ الثمن لا العاقد لو حضرا في أصح الأقاويل ، وما ذكره العيني وصاحب العناية مبنى على القول الآخر من أنه لا عبرة بحضرة وهو ما مشى عليه في المتن سابقا فتنبه (قوله ولو صبيا) أنى بالمبالغة لأنه محل موهم حيث لا ترجع الحقوق إليه (قوله فيبطل العقد الخ) كذا قاله صاحب الهداية والكافي وسائر المتأخرين درر ، وهو تفريع على الأصل المذكور (قوله بمفارقته) أى الوكيل (قوله صاحبه) وهو العاقد منح (قوله والمراد الخ) قال الزيلعي : وهذا في الصرف مجره على إطلاقه فإنه يجوز التوكيل فيه من الجالبيين . وأما في السلم فإنه يجوز بدفع رأس المال فقط ، وأما ما يأخذه فلا يجوز لأن الوكيل إذا قبض رأس المال يبقى المسلم فيه في ذمته وهو مبيع ورأس المال ثمنه ، ولا يجوز أن يبيع الإنسان ماله بشرط أن يكون الثمن لغيره كما في بيع العين ، وإذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب المسلم فيه في ذمته رأس المال مملوك له ، وإذا سلمه إلى الأمر على وجه التملك منه كان قرضا اه . (قوله ضعفه) احتراز عن الزيادة القليلة كعشرة أرطال ونصف فإنها لازمة للأمر لأنها تدخل بين الوزنين فلا يتحقق حصول الزيادة بحر عن غاية البيان (قوله خلافا لها) فعندهما يلزمه العشرون بدرهم لأنه فعل المأمور وزاده خيرا منح (قوله كغير موزون) قيد به لأن في القيميات لا ينفذ شيء على الموكل منح (قوله بخلاف الخ) محل هذا بعد قوله لا يشتريه لنفسه ح (قوله والفرق في الوانى) ذكره الزيلعي أيضا .

وحاصله أن النكاح الداخلى تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل فينزل إذا خالفه وأضافه إلى نفسه بخلاف الشراء فإنه مطلق غير مقيد بالإضافة إلى كل أحد اه . (قوله غير الموكل) بالجر صفة شيء مخصصة وبالنصب استثناء منه أو حال .

قال في المنع : وإنما قيدنا بغير الموكل للاحتراز عما إذا وكل العبد من يشتريه له من مولاه أو وكل العبد بشرائه له من مولاه فاشترى فإنه لا يكون للأمر مالم يصرح به للمولى أنه يشتريه فيهما الآخر مع أنه وكيل بشراء شيء بعينه كما سياتى اه وكان وجه الاحتراز عما ذكره من الصورتين باعتبار اجتنال لفظ الموكل لاسم الفاعل واسم المفعول ولا يخفى ما فيه ، فكان الأولى أن يقول غير الموكل والموكل اه (قوله لا يشتريه لنفسه) أى بلا حضوره باقانى

بالأولى (عند غيبته حيث لم يكن مخالفا دفعا للغرر) فلو اشتراه بغير النقود أو بخلاف ماسمى (الموكل له من الثمن وقع) الشراء (للوكيل) لمخالفته أمره وينعزل في ضمن المخالفة عيني (وإن) بشراء شيء (بغير عينه فالشراء للوكيل إلا إذا نواه للموكل) وقت الشراء (أو شراء بماله) أى بمال الموكل ، ولو تكاذبا في النية حكم بالنقد إجماعا ، ولو توافقا أنها لم تحضره فروايتان :

(زعم أنه اشترى عبدا لموكله فهلك وقال موكله بل شريته لنفسك ، فإن) كان العبد (معيننا وهو حى) قائم (فالقول للمأمور مطلقا إجماعا نقده الثمن أولا) لإخباره عن أمر يملك استثنافه (وإن ميتا و) الحال أن (الثمن منقود فكذلك) الحكم (وإلا) يكن منقودا (فالقول للموكل) لأنه ينكر الرجوع عليه (وإن) العبد (غير معين) وهو حى أو ميت (فكذا) أى يكون للمأمور (إن الثمن منقودا) لأنه أمين (وإلا فلا) للتهمة بخلافها (قال) يعنى هذا العمرو فباعه ثم أنكر الأمر (أى أنكر المشتري أن عمرا أمره بالشراء) أخذه عمرو ولغا إنكاره الأمر لما تضمنه لإقراره بوقيله

كذا في الهامش (قوله بالأولى) أوضحه في البحر (قوله دفعا للغرر) قال الباقرى لأنه يؤدى إلى تغيير الأمر حيث اعتمد عليه ولأن فيه عزل نفسه فلا يملكه على ما قيل إلا بمحض من الموكل كذا في الهداية اه هكذا في الهامش ، وفيه الوكيل بالبيع لا يملك شراءه لنفسه لأن الواحد لا يكون مشتريا وبائعا فيبيعه من غيره ثم يشتريه منه ، وإن أمره الموكل أنه يبيعه من نفسه أو أولاده الصغار أو ممن لا تقبل شهادته فباع منه جاز بزاية اه حامدية ، وإذا وكله أن يشتري له عبدا بعينه بثمن مسمى وقبل الوكالة ثم خرج من عند الموكل وأشهد على نفسه أن يشتريه لنفسه ثم اشترى العبد بمثل ذلك الثمن فهو للموكل فتاوى هندية (قوله فلو اشتراه) تفريع على قوله حيث لم يكن مخالفا (قوله بغير النقود) أى إذا لم يكن الثمن مسمى (قوله أو بخلاف) شمل المخالفة في الجنس والقدر ، وفيه كلام فانظره في البحر (قوله ماسمى) أى إن كان الثمن مسمى (قوله فالشراء للوكيل) المسألة على وجوه كما في البحر : وحاصلها أنه إن أضاف العقد إلى مال أحدهما كان المشتري له ، وإن أضافه إلى مال مطلق فإن نواه للأمر فهو له وإن نواه لنفسه فهو له ، وإن تكاذبا في النية يحكم بالنقد إجماعا ، وإن توافقا على عدمها فللعاقده عند الثاني وحكم النقد عند الثالث ، وبه علم أن محل النية للموكل فيما إذا أضافه إلى مال مطلق سواء نقده من ماله أو من مال الموكل ، وكذا قوله ولو تكاذبا ، وقوله ولو توافقا مجمله فيما إذا أضافه إلى مال مطلق ، لكن في الأول يحكم النقد إجماعا وفي الثاني على الخلاف السابق اه (قوله أو شراء) معناه إضافة العقد إلى ماله لا الشراء من ماله بحر (قوله فهلك) الصواب إسقاطه لقوله وهو حى كما في الشرنبلالية وتبع فيه صاحب الدرر وصدر الشريعة (قوله قائم) لا حاجة إليه ، ولعله أراد أنه قائم من كل وجه ليحترز به عما إذا حدث به عيب فإنه كالهلاك كما في الزاية تأمل (قوله للمأمور) أى مع يمينه يعقوبية (قوله وإلا يكتن منقودا) سواء كان العبد حيا أو ميتا ، وفيه أن صورة الحى مرت وهذه في الميت (قوله أى يكون) أى القول كذا في الهامش (قوله وإلا فلا) حاصل المسألة المذكورة على ثمانية أوجه كما قال الزيلعى ، لأنه إما أن يكون أمورا بشراء عبدا بعينه أو بغير عينه وكل وجه على وجهين : إما أن يكون الثمن منقودا أو غير منقود : وكل وجه على وجهين : إما أن يكون العبد حيا حين أخبر الوكيل بالشراء أو ميتا . ثم قال : فحاصله أن الثمن إن كان منقودا فالقول للمأمور في جميع الصور وإن كان غير منقود ينظر ، فإن كان الوكيل لا يملك الإنشاء بأن كان ميتا فالقول للأمر ، وإن كان يملك الإنشاء فالقول للمأمور هندا ، وكذا عند أبى حنيفة في غير موضع التهمة وفي موضع التهمة القول للأمر اه (قوله للتهمة) فإنه يحتمل أنه اشتراه لنفسه فلما رأى الصفقة نحاسرة أراد إلزامه للموكل ح كذا في الهامش (قوله بخلافها)

بقوله بمعنى لعمره (إلا أن يقول عمرو لم أمره به) أى بالشراء (فلا) يأخذه عمرو لأن إقرار المشتري ارتد برده (إلا أن يسلمه المشتري إليه) أى إلى عمرو لأن التسليم على وجه البيع يبيع بالتعاطى ، وإن لم يوجد لقد الثمن للعرف : (أمره بشراء شئین معينین) أو غير معينین إذا نواه للموكل كما مر بحر (و) الحال أنه (لم يسم ثمننا فاشترى له أحدهما بقدر قيمته أو بزيادة) بسيرة (بتغابن الناس فيها صح) عن الأمر (وإلا لا) إذ ليس للوكيل الشراء بغير فاحش إجماعاً ، بخلاف وكيل البيع كما سيجىء (و) كذا (بشرائهما بألف وقيمتها سواء فاشترى أحدهما بنصفه أو أقل صح ، و) لو (بالأكثر) ولو يسيراً (لا) يلزم الأمر (إلا أن يشتري الثانى) من المعينين مثلاً (بما بقى) من الألف (قبل الخصومة) لحصول المقصود وجوازه إن بقى ما يشتري بمثله الآخر (و) لو أمر رجل مديونه (بشراء شئ) معين (بدين له عليه وعينه أو) عين (البائع صح) وجعل البائع وكيلاً بالقبض دلالة فيبرأ الغريم بالتسليم إليه ، بخلاف غير المعين لأن توكيل المجهول باطل ولذا قال (وإلا) يعين (فلا) يلزم الأمر (ونفذ على المأمور) فهلاكه عليه خلافاً لها ، وكذا الخلاف لو أمره أن يسلم ما عليه أو بصرفه بناء على تعيين النقود فى الوكالات عنده وعدم تعيينها فى المعاوضات عندهما :

(ولو أمره) أى أمر رجل مديونه (بالتصدق بما عليه صح) أمره يجعله المال لله تعالى وهو معلوم (كما) صح أمره (لو أمر) الآخر (المستأجرة بمرمة ما استأجره كما عليه من الأجرة) وكذا لو أمره بشراء عبد يسوق الدابة وينفق عليها صح اتفاقاً للضرورة لأنه لا يجد الأجر كل وقت فجعل المؤجر كالمؤجر فى القبض :

قلت : وفى شرح الجامع الصغير لقاضيخان : إن كان ذلك قبل وجوب قبوله الأجرة لا يجوز ، وبعد الوجوب قبل على الخلاف الخ فراجع (و) لو أمره (بشرائه بألف ودفع) الألف (فاشترى وقيمته كذلك) فقال الأمر (اشترى بنصفه وقال المأمور) بل (بكله صدق) لأنه أمين (وإن) كان (قيمته نصفه) القول

الخلاف فيما إذا كان منكراً حياً والثمن غير منقود فقط ح كذا فى الهامش (قوله بقوله بمعنى الخ) بدل من قوله بتوكيله (قوله أو غير معينين) بحث فيه أبو السعود فانظر ما كتبناه على البحر (قوله إذا نواه الخ) قيد فى غير معينين فقط ح ، كذا فى الهامش (قوله كما مر) قريباً فى قوله وإن بغير عينه فالشراء للوكيل إلا إذا نواه للموكل (قوله عن الأمر) لأن التوكيل مطلق : أى عن قيد المعينة ، وقد لا يتفق الجمع بينهما (قوله معين) لا حاجة إليه مع قول المصنف وعينه ح (قوله وإلا يعين) لا المبيع ولا البائع (قوله خلافاً لها) فقلاً يلزم الأمر إذا قبضه المأمور بحر (قوله ما عليه) أى يعقد عقد السلم ح ، بأن قال له أسلم الدين الذى لى عليك إلى فلان جاز ، وإن لم يعين فلان لم يجوز عنده ، وعندهما يجوز كيفما كان ، وكذا لو أمره بأن يصرف ما عليه من الدين زيلعى (قوله أو بصرفه) أى يعقد عقد الصرف ح كذا فى الهامش (قوله فى الوكالات عنده) ولهذا لو قبضها بالعين منها أو بالدين منها ثم ملك العين أو سقط الدين بطلت الوكالة ، فإذا تعينت فيها كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين وذا لا يجوز إلا إذا وكله بقبضه له ثم بقبضه لنفسه وتوكيل المجهول لا يجوز فكان باطلاً أو يكون أمراً بصرف مالا يملكه إلا بالقبض قبله زيلعى (قوله فى المعاوضات) عينا كانت النقود أو ديناً (قوله فجعل المؤجر) بالفتح وهو الدار مثلاً (قوله كالمؤجر) بالسكسر (قوله فراجع) أقول : الذى رأيت فى الشرح المذكور فى هذا المحل مثل ما قدمه : ونصه : وأما مسألة إجارة الحمام ونحوها قيل ذلك قولها ، وإن كان قول الكل فإنما جاز باعتبار الضرورة لأن المستأجر لا يجد الأجر فى كل وقت فجعلنا الحمام قائماً مقام الأجر فى القبض اه . ولم أجد هذه العبارة فيه لكن لا تخالف ما ذكره الماتن لأن وجوب الأجرة يكون بعد استيفاء المنفعة أو باشرط التعجيل ،

(للآمر) بلا یمین درر ، وابن کمال تبعاً لصدر الشريعة حيث قال صدق في الكل بغير الحلف وتبعهم المصنف ، لكن جزم الوافی بأنه تحريف وصوابه بعد الحلف (وإن لم يدفع) الألف (وقيمه لصفه ذ) القول (للآمر) بلا یمین قاله المصنف تبعاً للدرر كما مر :

قلت : لكن في الأشباه : القول للوكيل بيمينه إلا في أربع فبالبينة فتنبه (وإن) كان (قيمته ألفا فيتحالفان ثم يفسخ العقد) بينهما (فيلزم) المبيع (المأمور) وكذا لو أمره (بشراء معين من غير بيان ثمن فقال المأمور اشتريته بكذا و) إن (صدقه بائعه) على الأظهر (وقال الأمر بنصفه تحالفاً) فوقع الاختلاف في الثمن بوجوب التحالف (ولو اختلفا في مقداره) أي الثمن (فقال الأمر أمرتك بشرايه بمائة وقال المأمور بألف فالقول للآمر بيمينه) فإن برهنا قدم برهان المأمور لأنها أكثر إثباتا (و) لو أمره (بشراء أخيه فاشتري الوكيل فقال الآ . ر ليس هذا) المشتري (بأخى فالقول له) بيمينه (ويكون الوكيل مشتريا بنفسه) والأصل أن الشراء متى لم ينفذ على الأمر ينفذ على المأمور بخلاف البيع ، كما مر في خيار الشرط (وعتق العبد عليه) أي على الوكيل (لزعمه) عتقه على موكله فيؤاخذ به خانية (و) لو أمره عبد (بشراء نفس الأمر من مولاه بكذا ودفع) المبلغ (فقال) الوكيل (لسيدته اشتريته لنفسه فباعه على هذا) الوجه (عتق) على المالك (وولاه لسيدته) وكان الوكيل سفيرا (وإن قال) الوكيل (اشتريته) ولم يقل لنفسه (فالعبد) ملك (للمشتري والألف للسيد فيهما) لأنه كسب عبده (وعلى العبد ألف أخرى في) الصورة (الأولى) بدل الإعتاق (كما على المشتري) ألف (مثلها في الثانية) لأن الأولى مال المولى فلا يصالح بدلا (وشراء العبد من سيده إعتاق) فتلغو أحكام الشراء فلذا قال (فلو شري) العبد (نفسه إلى العطاء صح) الشراء بحر (كما صح في حصته إذا اشترى نفسه من مولاه

وهو معنى قول المتن لما عليه من الأجرة (قوله للآمر) وينفذ على المأمور زيالي (قوله بلا یمین) في الأشباه : كل من قبل قوله فعليه اليمين إلا في مسائل عشر وعدها ، وليس منها ما ذكره هنا ، ويمكن الجواب تأمل ، كذا بخط بعض الفضلاء :

وذكر في الهامش فروعا هي : وإن قال أمرني فدفعته إلى وكيل له أو غريم له أو وهبه لي أو قضى لي من حق كان لي عليه لم يصدق وضمن المال اه بحر :

وفيه من شتى القضاء : نائب الناظر كهو في قبول قوله ، فلو ادعى ضياع مال الوقف أو تفريقه على المستحقين وأنكروا فالقول له كالأصيل لكن مع اليمين ، وبه فارق أمين القاضي لأنه لا يمين عليه كالقاضي . وفي الخبرية من الوصايا الوصي مثل القيم لقولهم : الوصية والوقف أخوان اه خامدية اه (قوله جزم الوافی) وكذا اعترضه في اليعقوبية ، وقد ذكرت العبارتين في هامش البحر (قوله تحريف) وادعى أنه مخالف للعقل والنقل (قوله لكن في الأشباه) في عبارة الأشباه كلام طويل ذكره الشرنبلالي في رسالة حافلة ، وكذا المقدسي له رسالة تلخصها الحموي في حاشيته ونقله الفتال ، فراجع ذلك إن شئت (قوله المأمور) في صورتين زيالي (قوله ولو اختلفنا الخ) هنا اتفقا على بيان شيء لكن الاختلاف في المقدار ، بخلاف الصورة التي قبلها فإنه لم يبين فيها شيء من الثمن ، وما في الزيالي سهو كما نبه عليه في البحر (قوله بشراء أخيه) أي أخى الأمر (قوله فالقول له) أي للآمر (قوله من مولاه بكذا) أي بألف مثلا ، وكان ينبغي التعبير به لقوله بعد والألف للسيد (قوله سفيرا) فلا ترجع الحقوق إليه والمطالبة بالألف الأخرى على العبد لا على الوكيل هو الصحيح بحر (قوله فتلغو أحكام الشراء) أي فلا يبطل بالشروط الفاسدة ولا يدخله خيار الشرط ح كذا في الهامش (قوله إلى العطاء) فإنه لو كان شراء حقيقة

ومعه رجل) آخر (وبطل) الشراء (في حصة شريكه) بخلاف ما لو شري الأب ولده مع رجل آخر فإنه يصح
فهيما بيوع: الخالية من بحث الاستحقاق: والفرق انعقاد البيع في الثاني لا الأول لأن الشرع جعله إعتاقاً ولذا بطل
في حصة شريكه للزوم الجمع بين الحقيقة والمجاز:

(قال لعبد اشترى نفسك من مولاي فقال لمولاه يعني نفسي لفلان ففعل) أي باعه على هذا الوجه (فهو
للأمر) فلو وجد به عيباً، إن علم به العبد فلا رد لأن علم الوكيل كعلم الموكل، وإن لم يعلم فالرد للعبد اختيار
(وإن لم يقل لفلان عتق) لأنه أتى بتصرف آخر فنفذ عليه وعليه الثمن فيهما لزوال حجره بعقد باسره مقترنا
بإذن المولى دور:

[فرع] الوكيل إذا خالف، إن خلافاً إلى خير في الجنس كبيع بألف درهم فباعه بألف ومائة نفذ، ولو بمائة
دينار لا، ولو خيراً خلاصة ودور:

فصل لا يعقد وكيل البيع والشراء

والإجارة والصرف والسلم ونحوها

(مع من ترد شهادته له) للتهمة وجوزاه بمثل القيمة (إلا من عبد ومكاتبه إلا إذا أطلق له الموكل).
كبيع ممن شئت (فيجوز بيعه لهم بمثل القيمة) اتفاقاً (كما يجوز عقده معهم بأكثر من القيمة) اتفاقاً: أي
بيعه لأشراؤه بأكثر منها اتفاقاً، كما لو باع بأقل منها بغبن فاحش لا يجوز اتفاقاً، وكذا بيسير عنده خلافاً لهما
ابن ملك وغيره: وفي السراج: لو صرح بمجاز إجماعاً إلا من نفسه وطفله وعبد غير المديون:

لأفسده الأجل المجهول (قوله ومعه رجل) أي تشارك الرجل والعبد في شراء نفس العبد، أي صفقة واحدة بجر
(قوله انعقاد البيع في الثاني) أي في شراء الأب، لأن صيغة الشراء استعملت في معناها الحقيقية لا الأول، لأن
ما وقع من العبد لم يكن صيغة تنفيذ الشراء من (قوله الحقيقة) وهو ثبوت الملك للمشتري (قوله والمجاز) وهو
الإعتاق (قوله لزوال حجره) جواب عما يقال العبد المحجور إذا توكل لا ترجع الحقوق إليه، وعزاً في الهامش
الإشكال إلى الدرر (قوله الوكيل إذا خالف) قال في الهامش: وكذا أن يبيع عبده بألف وقيمته كذلك ثم زادت
قيمته إلى ألفين لا يملك بيعه بألف بزانية اه:

فصل لا يعقد وكيل البيع والشراء

(قوله والإجارة الخ) أما الحوالة والإقالة والخط والإبراء والتجوز بدون حقه يجوز عندهما ويضمن. وعند
أبي يوسف لا يجوز الوكيل بالبيع يملك الإقالة، حتى لو باع ثم أقال لزمه الثمن للموكل والوكيل بالشراء لا يملكها
بخلاف الوكيل بالبيع (١) والوكيل بالسلم والوصى والأب المتولى كالوكيل ولو قال الموكل للوكيل ما صنعت من
شيء فهو جائز يملك الحوالة بالإجماع والإقالة على خلاف ما مر، وكذا لو أبرأ المشتري عن الثمن صح عندهما
لكن يضمن، وهذا إذا لم يقبض الثمن، أما إذا قبض فلا يملك الخط والإقالة اه كذا في الهامش (قوله إلا من
عبد ومكاتبه) وكذا مفاوضه وابنه الصغير فالمستثنى من قولها أربع بجر، وقيد العبد في المبسوط بغير المديون،
وفيه إشارة إلى أنه لو كان مديوناً يجوز بجر (قوله كما يجوز عقده) أي عند عدم الإطلاق (قوله إلا من نفسه)
وفي السراج: لو أمره بالبيع من هؤلاء فإنه يجوز إجماعاً إلا أن يبيعه من نفسه أو ولده الصغير أو عبده ولا دين
عليه فلا يجوز قطعاً وإن صرح به الموكل اه منح: الوكيل بالبيع لا يملك شراءه لنفسه لأن الواحد لا يكون

(١) (قوله بخلاف الوكيل بالبيع) الظاهر أنه لا حاجة إليه تأمل اه مصححه.

(وصح بيعه بما قل أو أكثر وبالعرض) وخصاه بالقيمة وبالتقود وبه يفتى بزازية ، ولا يجوز في الصرف كدينار بدرهم بغين فاحش إجماعاً لأنه بيع من وجه شراء من وجه صيرفية (و) صح (بالنسبة إن) التوكيل بالبيع (للتجارة وإن) كان (للحاجة لا) يجوز (كالمرأة إذا دفعت غزلاً إلى رجل لبيعه لها ويتعين النقد) به يفتى خلاصة ، وكذا في كل موضع قامت الدلالة على الحاجة كما أفاده المصنف ، وهذا أيضاً إن باع بما يبيع الناس نسبة ، فإن طول المدة لم يجز به يفتى ابن ملك ، ومتى عين الأمر شيئاً تعين إلا في بعه بالنسبة بألف فباع بالنقد بألف جاز بحر .

قلت : وقد منا أنه إن خالف إلى خير في ذلك الجنس جاز وإلا لا وأنها تنقيد

مشترياً وبائعاً فيبيعه من غيره ثم يشتريه منه ، وإن أمره الموكل أن يبيعه من نفسه وأولاده الصغار أو ممن لا تقبل شهادته فباع منهم جاز بزازية كذا في البحر ، ولا يخفى ما بينهما من المخالفة ، وذكر مثل ما في السراج في النهاية عن المبسوط ، ومثل ما في البزازية في الذخيرة عن الطحاوي ، وكان في المسألة قولين خلافاً لمن ادعى أنه لا مخالفة بينهما (قوله وصح بيعه بما قل أو أكثر الخ) قال الخجندی : جملة من يتصرف بالتسليط حكمهم على خمسة أوجه : منهم من يجوز بيعه وشراؤه بالمعروف وهو الأب والجد والوصي وقدر ما يتغابن يجعل عفواً . ومنهم من يجوز بيعه وشراؤه على المعروف وعلى خلافه وهو المكاتب والمأذون عند أبي حنيفة يجوز لهم أن يبيعوا ما يساوي ألفاً بدرهم ويشترى ما يساوي درهما بألف ، وعندهما لا يجوز إلا على المعروف ، وأما الحر البالغ العاقل يجوز بيعه كيفما كان وكذا شراؤه إجماعاً . ومنهم من يجوز بيعه كيفما كان وكذا شراؤه على المعروف وهو المضارب وشريكا العنان أو المفاوضة والوكيل بالبيع المطلق يجوز بيع هؤلاء عند أبي حنيفة بما عزّ وهان عندهما ولا يجوز إلا بالمعروف ، وأما شراؤهم فلا يجوز إلا على المعروف إجماعاً ، فإن اشترى بخلاف المعروف والعادة أو بغير النقود نقد شراؤهم على أنفسهم وضمنوا ما نقلوا فيه من مال غيرهم إجماعاً . ومنهم من لا يجعل قدر ما يتغابن فيه عفواً وهو المريض إذا باع في مرض موته وحاجي فيه قليلاً وعليه دين مستغرق فإنه لا يجوز محاباته وإن قلت ، والمشتري بالخيار إن شاء وفي الثمن إلى تمام القيمة ، وإن شاء فسخ : وأما وصيه بعد موته إذا باع تركته لقضاء ديوله وحاجي فيه قدر ما يتغابن فيه صح بيعه ويجعل عفواً ، وكذا لو باع ماله من بعض ورثته وحاجي فيه ، وإن قل لا يجوز البيع على قول أبي حنيفة ، وإن كان أكثر من قيمته حتى تجيز سائر ورثته ، وليس عليه دين ، ولو باع الوصي ممن لا تجوز شهادته له وحاجي فيه قليلاً لا يجوز وكذا المضارب ، ومنهم من لا يجوز بيعه وشراؤه ما لم يكن خيراً وهو الوصي إذا باع ماله من اليتيم أو اشترى ، فعند محمد لا يجوز بحال ، وعندهما إن خيراً فخير وإلا لم يجز اه سائمانى .

قلت : وفي وصايا الخالية فسر السرخسي الخيرية بما إذا اشترى الوصي لنفسه مال اليتيم ما يساوي عشرة بخمسة عشر وباع مال نفسه من اليتيم ما يساوي عشرة بثمانية ، وذكر ما قدمناه في منية المفتى بعبارة أخصر بما قدمناه (قوله بزازية) قال العلامة قاسم في تصحيحه على القدوري ورجح دليل الإمام المعول عليه عند النسفي وهو أصح الأقاويل والاختيار عند الحنوبى ، ووافق الموصلى وصدر الشريعة اه رملى وعليه أصحاب المتون الموضوعة لنقل المذهب بما هو ظاهر الرواية سائمانى (قوله بالنقد بألف جاز) لأنه وإن صار مخالفاً إلا أنه إلى خير من كل وجه ، وإن باع بأقل من الألف بالنقد لا يجوز لأنه وإن خالف إلى خير من حيث التصجيل خالف إلى شر من حيث المقدار والخلاف إلى شر من وجه يكفى في المنع ، فإن باعه بالدين نسبة وشهراً أيضاً لا يجوز ذخيرة ، وفيها قبله : وإذا وكله بالبيع نسبة فباعه بالنقد ، إن بما يباع بالنسبة جاز وإلا فلا اه : وفي البحر من

بزمان ومكان ، لكن في البزازية الوكيل إلى عشرة أيام وكيل في العشرة وبعدها في الأصح ، وكذا الكفيل لكنه لا يطالب إلا بعد الأجل كما في تنوير البصائر : وفي زواهر الجواهر : قال به بشهود أو برأى فلان أو علمه أو معرفته وباع بدونهم جاز ، بخلاف لا تبع إلا بشهود أو إلا بمحضر فلان به يفتى ، وقلت : وبه علم حكم واقعة الفتوى : دفع له مالا وقال اشترى لي زيتا بمعرفة فلان فذهب واشترى بلا معرفته فهلك الزيت لم يضمن ، بخلاف لا تشتري إلا بمعرفة فلان فليحفظ (و) صح (أخذه رهنا وكفيل بالثمن فلا ضمان عليه إن ضاع) الرهن (في يده أو توى) المال (على الكفيل) لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان (وتقيده شراؤه بمثل القيمة وغبن يسير) وهو

الخلاصة : لو قال به إلى أجل فباعه بالنقد . قال السرخسي الأصح أنه لا يجوز بالإجماع ، وفرق بينه وبين مانقاه الشارح بتعيين الثمن وعدمه :

قلت : لكن ينبغي أن يكون ما في الخلاصة محمولا على ما إذا باع بالنقد بأقل مما يباع بالنسيئة بدليل ما قدمناه عن الذخيرة ، وقوله قبله بالنسيئة بألف قيد ببيان الثمن لأنه لو لم يعين وباع بالنقد لا يجوز كما بينه في البحر (قوله بزمان ومكان) فلو قال به غدا لم يجز بيعه اليوم وكذا الطلاق والعتاق وبالعكس ، فيه روايتان ، والصحيح أنه كالأول س (قوله أو إلا بمحضر فلان الخ) قال في الفتاوى الهندية : وكله بالبيع ونهاه عن البيع إلا بمحضر فلان لا يبيع إلا بمحضرتة ، كذا في وجيز الكردي : وإذا أمره أن يبيع برهن أو كفيل فباع من غير رهن أو من غير كفيل لم يجز أكده بالنفي أو لم يؤكده . وإذا قال برهن ثقة لم يجز إلا برهن يكون بقيمته وفاء بالثمن أو تكون قيمته أقل بمقدار ما يتغابن فيه ، وإذا أطلق جاز بالرهن القليل كذا في المحيط ، ولو قال به وخذ كفيل أو به وخذ رهنا لا يجوز إلا كذلك اه كذا في الهامش .

وجملة الأمر أن كل ما قيد به الموكل إن مفيدا من كل وجه يلزم رعايته أكده بالنفي أولا كبعه بخيار فباعه بدوله ، نظيره الوديعة إن مفيدا كاحفظ في هذه الدار تعين وإن لم يقل لا تحفظ إلا في هذه الدار امتنوت الحرز وإن لا يفد أصلا لا يجب مراعاته كبعه بالنسيئة فباعه بنقد يجوز ، وإن مفيدا من وجه يجب مراعاته إن أكده بالنفي وإن لم يؤكده به لا يجب ، مثاله لا تبعه إلا في سوق كذا يجب رعايته ، بخلاف قوله به في سوق كذا وكذا في الوديعة إذا قال لا تحفظ إلا في هذا البيت يلزم الرعاية ، وإن لم يفد أصلا بأن عين صندوقا لا يلزم الرعاية ، وإن أكده بالنفي والرهن والكفالة مفيد من كل وجه فلا يجوز خلافا أكده بالنفي أولا والإشهاد قد يفيد إن لم يغب الشهود وكانوا عدولا وقد لا يفيد ، فإذا أكده بالنفي يلزم الرعاية وإلا لا عملا بالشبهين بزازية قبيل الفصل الخامس ، وانظر ما قدمناه عن البحر في مسألة البيع بالنسيئة (قوله واقعة الفتوى الخ) المسألة مصرح بها في وصايا الخالية لكن بلفظ بمحضر فلان والحكم فيها ما ذكره هنا اه : (قوله وصح أخذه رهنا الخ) قال في نور العين : وكيل البيع لو أقال أو احتال أو أبرأ أو حط أو وهب أو تجوز صح عند أبي حنيفة ومحمد وضمن لموكله لا عند أبي يوسف ، والوكيل لو قبض الثمن لا يملك الإقالة إجماعا اه :

قلت : وكذا بعد قبض الثمن لا يملك الحط والإبراء بزازية (قوله أو توى المال على الكفيل) وهو يكون بالرافعة إلى حاكم مالكي يرى براءة الأصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الأصيل بموته مفلسا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا ابن كمال ، ومثله في الشرنبلالية عن الكافي وتحقيقه في شرح الزيلعي اه (قوله وتقيده شراؤه) لأن التهمة في الأكثر متحققة فلعله اشتراه لنفسه فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره على ما مر ، وأطلقه فشمّل ما إذا كان وكيفا بشراء معين فإنه وإن كان لا يملك شراؤه لنفسه فبالمخالفة يكون مشتريا لنفسه فالتهمة باقية كما في الزيلعي ، وفي الهداية قالوا ينفذ على الأمر ، وذكر في البناء أنه قول عامة المشايخ والأول قول البعض ،

ما يقوم به مقوم وهذا (إذا لم يكن سعره معروفا وإن كان) سعره (معروفا) بين الناس (كخبز ولحم) وموزوجين (لا ينفذ على الموكل وإن قلت الزيادة) ولو فلسا واحدا به يفتى بحر وبنائة :
 (وكله يبيع عبد فباع نصفه صح) لإطلاق التوكيل : وقالا إن باع الباقي قبل الخصومة جاز وإلا لا وهو استحسن ملتقى وهداية ، وظاهره ترجيح قولها والمفتى به بخلافه بحر ، وقيد ابن الكمال الخلاف بما يعيب بالشركة وإلا جاز اتفاقا فليراجع (وفي الشراء يتوقف على شراء باقيه قبل الخصومة) اتفاقا (ولورد مبيع يعيب على وكيله) بالبيع (بيئته أو لسكوله أو إقراره فيما لا يحدث) مثله في هذه المدة (رده) الوكيل (على الأمر ، و) لو (بإقراره فيما يحدث لا) يردده ولزم الوكيل :

وفي الذخيرة أنه لا نص فيه بحر ملخصا (قوله ما يقوم به مقوم) أى لم يدخل تحت تقويم أحد من المقومين : قال مسكين : فلو قومه عدل عشرة وعدل آخر ثمانية وآخر سبعة فما بين العشرة والسبعة داخل تحت تقويم المقومين ونماه فيه (قوله وبنائة) هى شرح الهداية (قوله لإطلاق التوكيل) أى إطلاقه عن قيد الاجتماع والافتراق (قوله وظاهره الخ) أى لأنه جعله استحصانا . وقال فى البحر ولذا أخره مع دليله كما هو عادته ، ولذا استشهد لقول الإمام بما لو باع الكل بثمن النصف فإنه يجوز ، وقد علمت أن المفتى به خلاف قوله اه ، أى خلاف قوله فيما استشهد به . قلت : وقد علمت ما قدمناه عن العلامة قاسم (قوله وقيد ابن الكمال الخ) ومثله فى البحر معزوا إلى المعراج ، ونقل الاتفاق أيضا فى الكفاية عن الإيضاح (قوله وفى الشراء يتوقف الخ) لا فرق بين التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغير عينه زيلعى : وفيه لا يقال إنه لا يتوقف بل ينفذ على المشتري لأننا نقول إنما لا يتوقف إذا وجد نفاذا على العاقد وههنا شراء النصف لا ينفذ على الوكيل لعدم مخالفته من كل وجه ولا على الأمر لأنه لم يوافق أمره من كل وجه فقلنا بالتوقف اه ملخصا (قوله اتفاقا) والفرق لأبى حنيفة بين البيع والشراء أن فى الشراء تتحقق تهمة أنه اشتراه لنفسه ولأن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الإطلاق والأمر بالشراء يصادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق كما فى الهداية (قوله ولورد مبيع يعيب على وكيله) أطلقه فشمّل ما إذا قبض الثمن أولا وأشار إلى أن الخصومة مع الوكيل فلا دعوى للمشتري على الموكل ، فلو أقر الموكل بعيب فيه وأكراه الوكيل لا يلزمهما شيء لأن الموكل أجنبي فى الحقوق ، ولو بالعكس رده المشتري على الوكيل لأن إقراره صحيح فى حق نفسه لا الموكل بزازية ، ولم يذكر الرجوع بالثمن . وحكمه أنه على الوكيل إن كان نقده وعلى الموكل إن كان نقده كما فى شرح الطحاوى ، وإن نقده إلى الوكيل ثم هو إلى الموكل ثم وجد الشارى عيبا أفنى القاضى أنه يردده على الوكيل كذا فى البزازية ، وقيد بالبيع لأن الوكيل بالإجازة إذا أجر وسلم ثم طعن المسأجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء يلزم الموكل ولم يعتبر إجازة جديدة ، وقيد بالعيب إذ لو قبله بغير قضاء بخيار رؤية أو شرط فهو جائز على الأمر ، وكذا لو رده المشتري عليه بعيب قبل القبض بحر ملخصا (قوله رده الوكيل على الأمر) لو قال فهو رده على الأمر لكان أولى لأن الوكيل لا يحتاج إلى خصومة مع الموكل إلا إذا كان عيبا يحدث مثله ورد عليه بإقرار بقضاء ، وإن بدون قضاء لا تصح خصومته لكونه مشتريا كما أفاده فى البحر :

وحاصل هذه المسألة أن العيب لا يخلو إما أن يحدث مثله كالسن أو الأصعب الزائدة أو يكون حادثا لكن لا يحدث مثله قبل هذه المدة أو يحدث فى مثلها ، فى الأول والثانى يردده القاضى من غير حجة من بيئته أو إقرار أو سكول لعلمه بكونه عند البائع ، وتأويل اشتراط الحجة فى الكتاب أن الحال قد يشبهه على القاضى بأن لا يعرف تاريخ البيع فيحتاج إليها ليظهر التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه إلا الأطباء أو النساء ، وقولهم حجة

(الأصل في الوكالة الخصوص وفي المضاربة العموم) وفرع عليه بقوله (فإن باع) الوكيل (نسبته فقبل أمرتك بنقد وقال أطلقت صدق الأمر ، وفي) الاختلاف في (المضاربة) صدق (المضارب) عملا بالأصل (لا يتقد تصرف أحد الوكيلين) معا كوكلكما بكذا (وحده) واو الآخر عبدا أو صبيا أو مات أو جن (إلا) فيما إذا وكلهما على التعاقب بخلاف الوصيين كما سيجيء في بابہ و (في خصومة) بشرط رأى الآخر لا حضرته على الصحيح إلا إذا انتهيا إلى القبض فحق يجتمعا جوهره (وعتق معين وطلاق معينة لم يعوضا) بخلاف معوض وغير معين (وتعليق بمشيتهما) أى الوكيلين فإنه يلزم اجتماعهما عملا بالتعليق قاله المصنف :

قلت : وظاهره عطفه على لم يعوضا كما يعلم من العيني والدرر ، فحق العبارة ولا علقا بمشيتهما فتدبر (و) في (تدبير ورد عين) كودبعة وعارية ومغصوب ومبيع فاسد خلاصة بخلاف استردادها ،

في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر إلى الحجة للرد ، حتى لو عين القاضى البيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج إلى شيء منها ، وكذا الحكم في الثالث إن كان بيينة أو لسكول لأن البينة حجة مطلقة ، وكذا السكول حجة في حقه فيرده عليه ، والرد في هذه المواضع على الوكيل رد على الموكل : وأما إن رده عليه في هذا الثالث بإقراره فإن كان بقضاء فلا يكون ردا على الموكل لأنه حجة قاصرة فلا تعدى ولكن له أن يخاصم الموكل فيرده عليه بيينة أو بنكوله لأن الرد فسخ لأنه حصل بالقضاء كرها عليه فانهدم الرضا وإن كان بغير قضاء فليس له الرد لأنه إقالة وهي بيع جديد في حق ثالث وهو الموكل في الأول ، والثاني أورد على الوكيل بالإقرار بدون قضاء لزم الوكيل ، وليس له أن يخاصم الموكل في عامة الروايات وفي رواية يكون ردا على الموكل ، وتماه في شرح الزيلعي وبه ظهر أن ما في المتن تبعاً للكنز مبنى على هذه الرواية ، وكذا قال في الإصلاح ، وكذا بإقرار فيما لا يحدث ، مثله إن رد بقضاء . وفي المواهب : لورد عليه بما لا يحدث مثله بإقراره يلزم الوكيل وأزوم الموكل رواية اه و (قوله الأصل في الوكالة الخصوص الخ) قال :

الأصل في الوكالة الخصوص لا في المضاربة ذا المنصوص

(قوله لا يتقد تصرف أحد الوكيلين) لأن الموكل لا يرضى برأى أحدهما ، والبديل وإن كان مقدرا لسكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى في الزيادة واختيار المشتري منح أى التقدير للبديل لمنع النقصان عنه فربما يزداد عند الاجتماع وربما يختار الثاني مشتريا مليا والأول لا يهتدى إلى ذلك. قال في الهامش : ولو دفع ألف درهم إلى رجلين مضاربة وقال لهما اهملأ برأيكما لم يكن لكل واحد منهما أن ينفرد بالبيع والشراء لأنه رضى برأيهما لا برأى أحدهما ، ولو عمل أحدهما بغير إذن صاحبه ضمن نصف المال وله ربحه وعليه وضيعته لانقد نصف رأس مال المضاربة في الشراء لنفسه للمضاربة بغير إذن رب المال فصار ضامنا عطاء الله أفندى ، وهكذا وجدت هذه العبارة فلتراجع من أصلها (قوله أو مات) أى الآخر المشتمل على العبد أو الصبي وكذا قوله أو جن (قوله أو جن) فلا يجوز للآخر التصرف وحده لعدم رضاه برأيه وحده ، ولو وصيين لا يتصرف الحى إلا برأى القاضى بحر عن وصايا الخالية (قوله بخلاف الوصيين) فإنه إذا أوصى إلى كل منهما بكلام على حدة لم يجوز لأحدهما الانفراد في الأصح لأنه عند الموت صارا وصيين جملة واحدة : وفي الوكالة يثبت حكمهما بنفس التوكيل بحر (قوله كما سيجيء) وسيجيء قريبا معنا (قوله فحق يجتمعا) لكن سيأتى أن الوكيل بالخصومة لا يملك القبض وبه يفتى أبو السعود (قوله وظاهره) أى ظاهر قول المصنف ، وقوله عطفه : أى التعليق بمشيتهما (قوله والدرر) حيث قال بعد قوله لم يعوضا ، بخلاف ما إذا قال لها طلقاها إن شئت أو قال أمرها بأيديكما لأنه تفويض إلى مشيتهما فيقتصر على المجلس (قوله ولا علقا) استثنى في البحر ثلاث مسائل غير هذين فراجع واعترضه الرهلى :

فلو قبض أحدهما ضمن كله لعدم أمره بتقبض شيء منه، وجده سراج (و) في (تسليم هبة) بخلاف قبضها ولو الجبنة (وقضاء دين) بخلاف اقتضائه عيني (و) بخلاف (الوصاية) لاثنين (و) كذا (المضاربة والقضاء) والتحكيم (والقولية على الوقف) فإن هذه الستة (كالوكالة فليس لأحدهما الانفراد) بحر إلا في مسألة ما إذا شرط الوقف النظر له الاستبدال مع فلان فإن للواقف الانفراد دون فلان أشباه (والوكيل بقضاء الدين) من ماله أو مال موكله (لا يجبر عليه) إذا لم يكن للموكل على الوكيل دين وهي واقعة الفتوى كما بسطه العمادى واعتمده المصنف . قال : ومفاده أن الوكيل يبيع عين مال الموكل لوفاء دينه لا يجبر عليه كما لا يجبر الوكيل بنحو طلاق ولو بطلبها على المعتمد وعقوبة هبة من فلان وبيع منه

(قوله فلو قبض أحدهما) أى بدون إذن صاحبه وهالك في يده كما صرح به في الذميمة لا بدون حضوره كما توهمه عبارة البحر (قوله ضمن كله) عبارة السراج كما في البحر :

فإن قيل ينبغي أن يضمن النصف لأن كل واحد منهما مأور بتقبض النصف : قلنا ذلك مع إذن صاحبه ، وأما في حال الانفراد فغير مأور بتقبض شيء منه (قوله والوصاية) مبتدأ خبره قوله كالأوكالة وزاد بعد الواو بخلاف ليعطنه على قوله بخلاف اقتضائه فالمعطوف خمسة والسادس المعطوف عليه فلا اعتراض في كلامه فتنبه ، لكن لا يحسن تشبيه مسألة الاقتضاء بالوكالة لأنها وكالة حتمية (قوله فإن هذه الستة) فيه أن المذكور هنا خمسة وإن أراد جميع ما تقدم مما لم يجز فيه الانفراد فهي تسع عشرة صورة مع مسألة الوكالة ح ، كذا في الهامش : قال جامعهم : وقد عامت مما سبق جوابه (قوله النظر له) أى للواقف (قوله أو مال موكله) كذا استنبطه العمادى من مسألة ذكرها عن الخائنية ، ولكن ذكر قبله عنها أنه لو كتب في آخر الكتاب أنه يخاصم ويخاصم ثم ادعى قوّم قبل الموكل الغائب ما لا فأقر الوكيل بالوكالة وأنكر المال فأحضروا الشهود على الموكل لا يكون لهم أن يجسوا الوكيل لأنه جزاء الظلم ولم يظهر ظلمه ، إذ ليس في هذه الشهادة أمر بأداء المال ولا ضمان الوكيل على الموكل ، فإذا لم يجب على الوكيل أداء المال من مال الموكل بأمر موكله ولا بالضمان عن موكله لا يكون الوكيل ظالماً بالامتناع اهـ ملخصاً : ومفاده أنه لو ثبت أمر موكله أو كفالته عنه يؤمر بالأداء ، وعليه يحمل كلام قارى' الهداية تأمل .

ثم رأيت في حاشية المنح حيث قال : أقول كلام الخائنية صريح فيما أفتى به قارى' الهداية فإنه صريح في وجوب أداء المال بأحد شيئين : إما أمر الموكل أو الضمان فليكن المعول عليه فلي تأمل اهـ . ثم قال موفقا بين عبارة الخائنية السابقة الثانية القائنة وإن لم يكن له دين على الوكيل لا يجبر وبين عبارة الفوائد لابن نجيم القائلة لا يجبر الوكيل إذا امتنع عن فعل ما وكل فيه إلا في مسائل الخ ما نصه : أقول الذى ذكره في الفوائد مطلق عن قيد كونه من ماله أو من مال موكله أو من دين عليه . والفرع الأخير المنقول عن الخائنية مقيد بما إذا لم يكن عليه دين وما قبله بما إذا لم يكن له مال تحت يده . وأنت إذا تأملت وجدت المسألة ثلاثية : إما أن يوجد أمره ولا مال له تحت يده ولا دين أو له واحد منهما ، والظاهر أن الوديعة مثل الدين لصحة التوكيل بتقبضها فهو ، فيحمل الدين في الفرع الثانى على مطلق المال حتى لا يخالف كلامه في الفرع الأول كلامه في الفرع الثانى لصحة وجهه ، ويحمل كلامه في الفوائد على عدم وجود واحد منهما فيحصل التوفيق فلا مخالفة فتأمل اهـ :

وحاصله أنه لا يجبر إذا لم يكن له عند الوكيل مال ولا دين ، وعليك بالتأمل في هذا التوفيق (قوله لا يجبر عليه) لو قال : ولا يجبر الوكيل إذا امتنع عن فعل ما وكل فيه إلا في مسائل وهي الثلاثة الآتية لكان أولى لئلا يختص بما ذكر في المتن كما في الأشباه كذا في الهامش (قوله لا يجبر عليه) أى على البيع (قوله على المعتمد)

لكونه متبرعا إلا في مسائل : إذا وكله بدفع عين ثم غاب ، أو ببيع رهن شرط فيه أو بعده في الأضع ، أو بخصوصية بطلب المدعى وغاب المدعى عليه أشباه خلافا لما أفتى به قارىء الهداية .

قلت : وظاهر الأشباه أن التوكيل بالأجر يجبر فتدبر ، ولا تنس مسألة واقعة الفتوى وراجع تنوير البصائر فلعله أوفى : وفي فروق الأشباه : التوكيل بغير رضا الخصم لا يجوز عند الإمام إلا أن يكون الموكل حاضرا بنفسه أو مسافرا أو مريضا أو مخدرا :

(التوكيل لا يوكل إلا بإذن أمره) لوجود الرضا (إلا) إذا وكله (في دفع زكاة) فوكل آخر ثم وثم فدفع الأخير جاز ولا يتوقف ، بخلاف شراء الأضحية . أضحية الخانية (و) لا التوكيل (في قبض الدين) إذا وكل (من في عياله) صحح ابن ملك (و) إلا (عند تقدير الثمن) من الموكل الأول (له) أى لو كيله فيجوز بلا إجازته

وسياتى في باب عزل الوكيل (قوله لكونه متبرعا) علة لقوله لا يجبر (قوله بدفع عين ثم غاب) لاحتمال أنها له فيجب دفعها له نور العين (قوله أو ببيع رهن شرط فيه الخ) أى سواء شرط في عقد الرهن التوكيل بالبيع أو بعده . قال في نور العين : لو لم بشرط التوكيل في البيع في عقد الرهن وشرط بعده ، قيل لا يجب ، وقيل يجب وهذا أصح اه (قوله بطلب المدعى) سند ذكر بيانه في باب عزل الوكيل ، وأشار إلى أن المراد بوكيل الخصوصية وكيل المدعى عليه ، فقول الدرر : وكيل خصوصية لو أبى عنها لا يجبر عليها لأنه وعد أن يتبرع ينبغي أن يخص بوكيل المدعى كما يفهم مما هنا كما نبه عليه ، في نور العين ، ويبيده قوله إذا غاب المدعى فالأحسن ما سند ذكره بعد (قوله خلافا لما أفتى به قارىء الهداية) مرتبط بالمتن فإنه سئل هل يحبس الوكيل في دين وجب على موكله إذا كان للموكل مال تحت يده : أى بدو كيله وامتنع الوكيل عن إعطائه سواء كان الموكل حاضرا أو غائبا . فأجاب إنما يجبر على دفع ما ثبت على موكله من الدين إذا ثبت أن الموكل أمر الوكيل بدفع الدين أو كان كفيلا وإلا فلا يحبس اه ح كذا في الهامش (قوله وظاهر الأشباه) حيث قال : ولا يجبر الوكيل بغير أجر على تقاضى الثمن وإنما يحيل الموكل ح : ويستفاد هذا من قول الشارح لكونه متبرعا قبل الاستثناء . قال في الهامش : ولا يحبس الوكيل بدين موكله ولو كانت عامة إلا أن يضمن ، وتماه في وكالة الأشباه (قوله واقعة الفتوى) أى السابقة آنفا ، وهى ما إذا وكله بقضاء الدين مما له عليه فتصير المستثنيات خمسة بضم الوكيل بالأجر (قوله وفي فروق الأشباه) تقدمت أول كتاب الوكالة (قوله حاضرا بنفسه) أنظر ما معنى هذا فلإننا لم نر من ذكره بل المذكور تعذر حضوره شرط ، ولم أر هذه العبارة في فروق الأشباه فراجعها (قوله الوكيل لا يوكل) المراد أنه لا يوكل فيما وكل فيه فيخرج التوكيل بحقوق العقد فيما ترجع الحقوق فيه إلى الوكيل فله التوكيل بلا إذن لكونه أصيلا فيها ولذا لا يملك نبيه عنها وصح توكيل الموكل كما قدمناه بحر ، وفيه : وخرج عنه ما لو وكل الوكيل بقبض الدين من في عياله فدفع المديون إليه فإنه يبرأ لأن يده كيده ذكره الشارح في السرقة اه وذكر الثاني المصنف (قوله بخلاف شراء الأضحية) فلو وكل غيره بشرائها فوكل الوكيل غيره ثم وثم فاشترى الأخير يكون موقوفا على إجازة الأول ، إن أجاز جاز وإلا فلا بحر عن الخالية (قوله تقدير الثمن) أى لو عين ثمنه لو كيله س (قوله من الموكل الأول) مخالف لما في البحر وللتعليل كما يظهر مما كتبناه على البحر ، والموافق لما في البحر أن يقول من الوكيل الأول له : أى للوكيل الثاني :

وأفاد اقتضاره على هذه المسائل أن الوكيل في النكاح ليس له التوكيل ، وبه صرح في الخلاصة والبرازية والبحر من كتاب النكاح ، وقدمناه في باب الولى فراجع خلافا لما قاله ط هناك بحثا من أن له التوكيل قياسا على

لحصول المقصود درر (والتفويض إلى رأيه) كاعمل برأبك (كالأذن) في التوكيل (إلا في طلاق وعتاق) لأنهما مما يحلف به فلا يقوم غيره مقامه قنية (فإن وكل) التوكيل غيره (بدونهما) بدون إذن وتفويض (ففعل الثاني) بمضرتة أو غيبته (فأجازة) التوكيل (الأول صحح) وتتعلق حقوقه بالعاقدة على الصحيح (إلا في) ما ليس بعقد نحو (طلاق وعتاق) لتعلقهما بالشرط فكان الموكل علقه باللفظ الأول دون الثاني (لإبراء) عن الدين قنية (وخصومة وقضاء دين) فلا تسكني الحضرة ابن ملك خلافا للخانية (وإن فعل أجنبي فأجازة التوكيل) الأول (جاز إلا في شراه) فإنه ينفذ عليه ولا يتوقف متى وجد نفاذا (وإن وكل به) أي بالأمر أو التفويض (فهو) أي الثاني (وتكيل الأمر) وحينئذ (فلا ينزل بعزل موكله أو موته وينزلان بموت الأول) كما مر في القضاء : وفي البحر عن الخلاصة والخانية : له عزله في قوله اصنع ما شئت لرضاه بصنعه وعزله من صنعه ، بخلاف عمل برأبك : قال المصنف : فعليه لو قيل للقاضي اصنع ما شئت فله عزل نائبه بلا تفويض العزل صريحا لأن النائب كوكيل التوكيل .

واعلم أن التوكيل وكالة عامة مطابقة مفوضة إنما يملك المعاوضات لا الطلاق والعتاق والتبرعات به بقى زواهر الجواهر وتنوير البصائر .

(قال) لرجل (فوضت إليك أمر امرأتى صار وكيلًا بالطلاق وتقيده) طلاقه (بالمجلس بخلاف قوله وكلتك) في أمر امرأتى فلا يتميد به درر ، من لا ولاية له على غيره لم يجز تصرفه في حقه وحينئذ (فإذا باع عبد أو مكاتب أو ذمي) أو حرني عيني (مال صغيره الحر المسلم أو شري واحد منهم به أو زوج صغيرة كذلك) أي حرة مسلمة (لم يجز) لعدم الولاية (والولاية في مال الصغير إلى الأب ثم وصيه ثم وصي وصيه) إذ الوصي

هذه المسألة الثالثة فافهم (قوله لحصول المقصود) لأن الاحتياج فيه إلى الرأي لتقدير الثمن ظاهر وقد حصل ، بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن لأنه لما فوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري كما مر درر (قوله خلافا للخانية) راجع إلى الخصومة كما قيده في المنح والبحر (قوله ينفذ عليه) أي على الأجنبي بحر عن السراج (قوله وإن وكل) أي التوكيل (قوله أي بالأمر) أي وكالة ملتبسة بالأمر بالتوكيل أي الإذن به (قوله وينزلان) أي التوكيل الأول والثاني (قوله بموت الأول) أي الموكل وكان الأولى التعبير به ح (قوله وفي البحر) الذي في البحر نسبة أن الثاني صار وكيل الموكل فلا يملك عزله فيما إذا قال اعلم برأبك إلى الهداية ، ونسبة أن له عزله في قوله اصنع ما شئت إلى الخلاصة . ثم قال : وهو مخالف للهداية إلا أن يفرق بين اصنع ما شئت وبين اعلم برأبك ، والفرق ظاهر .

وعلل في الخالية بأنه لما فوضه إلى صنعه فقد رضى بصنعه وعزله من صنعه اه فليس في كلام الخلاصة والخانية التصريح بمخالفة أحدهما للآخر فيحتمل أن في المسألة قولين ، ودعوى صاحب البحر ظهور الفرق غير ظاهرة لما في الحواشي البيهقوية والحواشي السعدية أنه ينبغي أن يملكه في صورة عمل برأبك لتناول العمل بالرأي العزل كما لا يخفى اه (قوله بخلاف عمل برأبك) بحث فيه في الحواشي البيهقوية والسعدية (قوله واعلم) تكرار مع ما تقدم أول الكتاب مستوفى ح (قوله زواهر الجواهر وتنوير البصائر) هما حاشيتان على الأشباه الأولى للشيخ صالح والثانية لأخيه الشيخ عبد القادر ولدى الشيخ محمد بن عبد الله الغزي صاحب المنح (قوله لعدم الولاية) وكذا لا ولاية لمسلم على كافرة في نكاح ولا مال كما في البحر في كتاب النكاح من باب الولي ، وتقدم هناك أيضا : منا وشرحا فليحفظ ، قال تعالى - والذين كفروا بعضهم أولياء بعض - (قوله إلى الأب) حيث لم يكن سفيها ، أما الأب السفيه لا ولاية له في مال ولده أشباه في الفوائد من الجمع والفرق . وفي جامع الفصولين :

يملك الإيصاء (ثم إلى) الجدد (أبي الأب ثم إلى وصيه) ثم وصى وصيه (ثم إلى القاضي ثم إلى من نصبه القاضي) ثم وصى وصيه (وليس لوصي الأم) ووصى الأخ (ولاية التصرف في تركة الأم مع حضرة الأب أو وصيه أو وصي وصيه أو الجدد) أبي الأب (وإن لم يكن واحد مما ذكرنا فله) أي لوصي الأم (الحفظ) وله (بيع المنقول لا العقار) ولا يشتري إلا الطعام والكسوة لأنهما من جملة حفظ الصغير خانية .

[فروع] وصى القاضي كوصي الأب إلا إذا قيد القاضي بنوع تقيده به ، وفي الأب يعم الكل عمادية . وفي منفرقات البحر القاضي أو أمينه لا ترجع حقوق عقد باسراء لليتيم إليهما بخلاف وكيل ووصي وأب ، فلو ضمن القاضي أو أمينه ثمن ما باعه لليتيم بعد بلوغه صح بخلافهم . وفي الأشباه : جاز التوكيل بكل ما يعقده الوكيل لنفسه إلا الوصي فله أن يشتري مال اليتيم لنفسه لا لغيره بوكالة وجاز التوكيل بالتوكيل .

باب الوكالة بالخصومة والقبض

(وكيل الخصومة والتقاضى) أي أخذ الدين (لا يملك القبض) عند زفر وبه يفتى لفساد الزمان ، واعتمد في البحر العرف (و) لا (الصلح) إجماعا بحر (ورسول التقاضى يملك القبض لا الخصومة) إجماعا بحر ، أرسلتك أو كن رسولا عنى إرسال وأمرتك بقبضه توكيل

ليس للأب تحرير قنه بمال وغيره ولا أن يهب ماله ولو بعوض ولا إقراضه في الأصح ، وللقاضي أن يقرض مال اليتيم والوقف والغائب ، وليس لوصي القاضي إقراضه ، ولو أقرضه ضمير ، وقيل يصح للأب إقراضه إذ له الإبداع فهذا أولى اه عدة كذا في الهامش (قوله يملك الإيصاء) سواء كان وصي الميت أو وصي القاضي منج (قوله ثم وصى وصيه) قال في جامع الفصولين في ۲۷ ولهم الولاية في الإجارة في النفس والمال والمنقول والعقار ، فلو كان عقدهم بمثل القيمة أو يسير الغبن صح لا بفاحشه ، ولا يتوقف على إجازته بعد بلوغه لأنه عقد لا يجيز له حال العقد وكذا شراؤهم لليتيم يصح بيسير الغبن ولو فاحشا نفذ عليهم لا عليه ، ولو بلغ في مسدة الإجارة ، فلو كانت على النفس تخير أبطل أو أمضى ، ولو على أملاكه فلا خيار له ، وليس له فسخ البيع الذي نفذ في صغره فصط ، قبل إنما يجوز إجارتهم اليتيم إذا كانت بأجر المثل لا بأقل منه ، الصحيح جوازه ولو بأقل اه كذا في الهامش ، وقوله فصط هو رمز لفوائد صاحب المحيط (قوله لا العقار) فيه كلام ذكره أبو السعود في حاشية مسكين فراجع (قوله فله أن يشتري الخ) أي والنفع ظاهر أشباه . والفرق أنه إذا اشتري لغيره فحقوق العقد من جانب اليتيم راجعة إليه ومن جانب الأمر كذلك فيؤدي إلى المضارة بخلاف نفسه حموى س (قوله بالتوكيل) بيانه في الأشباه من الوكالة .

باب الوكالة بالخصومة والقبض

(قوله أي أخذ الدين) هذا لغة وعرفا هو المطالبة عناية ح ، وكان عليه أن يذكر هذا المعنى فإنهم بنوا الحكم عليه معللين بأن العرف قاض على اللغة ، ولا يخفى عليك أن أخذ الدين بمعنى قبضه ، فلو كان المراد المعنى اللغوي بصير المعنى الوكيل بقبض الدين لا يملك القبض وهو غير معقول تدبر (قوله عند زفر) وروى عن أبي يوسف غرر الأفكار (قوله واعتمد في البحر العرف) حيث قال : وفي الفتاوى الصغرى التوكيل بالتقاضى يعتمد العرف ، إن كان في بلدة كان العرف بين التجار أن المتقاضى هو الذي يقبض الدين كان التوكيل بالتقاضى توكيلا بالقبض وإلا فلا ح ، وليس في كلامه ما يقتضى اعتقاده ، نعم نقل في المنع عن السراجية أن عليه الفتوى وكذا في القهستاني عن المضمرات (قوله إجماعا) لأن الوكيل بعقد لا يملك عقدا آخر (قوله وأمرتك بقبضه توكيل)

خلافًا للزيلي (ولا يملكهما) أي الخصومة والقبض (وكيل الملازمة كمالا يملك الخصومة وكيل الصالح) بحر (وكيل قبض الدين يملكها) أي الخصومة خلافًا لها لو وكيل الدائن ، ولو وكيل القاضي لا يملكها اتفاقًا وكيل قبض العين اتفاقًا. وأما وكيل قسمة وأخذ شفعة ورجوع هبة ورد بعيب فيملكها مع القبض اتفاقًا ابن ملك . (أمره بقبض دينه وأن لا يقبضه إلا جميعًا فقبضه إلا درهما لم يجز قبضه) المذكور (على الأمر) لخالفته له فلم يصر وكيلًا (و) الأمر (له الرجوع على الغريم بكلمة) وكذا لا يقبض درهما دون درهم بحر (ولو لم يكن للغريم بينة على الإيفاء فقضى عليه) بالدين (وقبضه الوكيل فضاغ منه ثم برهن المطلوب) على الإيفاء للموكل (فلا سهيل له) للمديون (على الوكيل ، وإنما يرجع على الموكل) لأن يده كيدته ذخيرة (الوكيل بالخصومة إذا أتي) بالخصومة (لا يجبر عليها)

قال في البحر أول كتاب الوكالة: فإن قلت: فما الفرق بين التوكيل والإرسال، فإن الإذن والأمر توكيل كما علمت أي من كلام البدائع من قوله الإيجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا أو أذلت لك أن تفعل كذا ونحوه. قلت: الرسول أن يقول له أرسلتك أو كني رسولاً عني في كذا ، وقد جعل منها الزيلي في باب خيار الرؤية أرسلتك بقبضه ، وصرح في النهاية فيه معزباً إلى الفوائد الظهيرية أنه من التوكيل ، وهو الموافق لما في البدائع إذ لا فرق بين افعل كذا وأمرتك بكذا اه وتماه فيه (قوله خلافًا للزيلي) حيث جعل أمرتك بقبضه إرسالاً كذا في الهامش (قوله وكيل الصالح) لأن الصالح مسالمة لا مخاصمة (قوله أي الخصومة) حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده : وقالوا : لا يكون خصماً زيلعي (قوله ولو وكيل القاضي) بأن وكله بقبض دين الغائب شرنبلالية (قوله أمره بقبض دينه) قال في الهامش نقلًا عن الهندية الوكيل بقبض الدين إذا أخذ العروض من الغريم والموكل لا يرضى ولا يأخذ العروض فللتوكيل أن يردّ العروض على الغريم وبطالته بالدين ، كذا في جواهر الفتاوى :

رجل له على رجل ألف درهم وضع فوكل رجلاً بقبضها وأعلمه أنها وضع فقبض الوكيل ألف درهم غلة وهو يعلم أنها غلة لم يجز على الأمر ، فإن ضاعت في يده ضمنها الوكيل ولم يلزم الأمر شيء ، ولو قبضها وهو لا يعلم أنها غلة فقبضه جائز ولا ضمان عليه ، وله أن يردّها ويأخذ خلافها ، فإن ضاعت من يده فكانها ضاعت من يد الأمر ، ولا يرجع بشيء في قياس قول أبي حنيفة ، وفي قياس قول أبي يوسف ردّها مثلها وبأخذ الوضع اه .

أقول : الأوضح حلّ من فضة جمع وضع ، وأصله البياض مغرب . وفي المختار : والأوضح حلّ من الدراهم الصالح . وذكر في الهامش : دفع إلى رجل ما لا يدفعه إلى رجل فذكر أنه دفعه إليه وكذبه في ذلك الأمر والمأمور له بالمال فالقول قوله في براءة نفسه عن الضمان ، والقول قول الآخر ، أنه لم يقبضه ، ولا يسقط دينه عن الأمر ، ولا يجب اليمين عليهما جميعاً ، وإنما يجب على الذي كذبه دون الذي صدقه ، فإن صدق المأمور في الدفع فإنه يحلف بالله ما قبض ، فإن حلف لا يسقط دينه ، وإن لكل سقط وصدق الآخر أنه لم يقبضه ، وإن كذب المأمور فإنه يحلف بالمأمور خاصة لقد دفعه إليه ، فإن حلف برىء ، وإن لكل لزمه ما دفع إليه اه هندية من فصل : إذا وكل إنساناً بقضاء دين عليه (قوله درهما دون درهم) معناه لا يقبض مضرراً ، فلو قبض شيئاً دون شيء لم يبرأ الغريم من شيء جامع الفصولين: وفيه وكيل قبض الوديعة قبض بعضها جاز ، فلو أمر أن لا يقبضها إلا جميعاً قبض بعضها ضمن ولم يجز القبض ، فلو قبض ما بقي قبل أن يهلك الأول جاز القبض على الموكل اه

فی الأشباه : لا یجبر الوکیل إذا امتنع عن فعل ما وكل فيه لتبرعه إلا فی ثلاث كما مر (بخلاف الكفیل) فإنه یجبر علیها للالتزام .

(وكله بخصوصاته وأخذ حقوقه من الناس علی أن لا یكون وکیلا فیما یدعی علی الموكل جاز) هذا التوكیل (فلو أثبت) الوکیل (المال له) أى لموكله (ثم أراد الخصم الدفع لا یسمع علی الوکیل) لأنه لیس بوکیل فیہ درر (وصح إقرار الوکیل بالخصومة) لا بغيرها مطلقا . (بغير الحدود والقصاص) علی موكله (عند القاضی دون غیره) استحصانا (وإن انزل) الوکیل (به) أى بهذا الإقرار حتى لا یدفع إلیه المال وإن برهن بعده علی الوكالة للتناقض درر (وكذا إذا استثنی) الموكل (إقراره) بأن قال وكلتك بالخصومة غیر جائز الإقرار صح التوكیل والاستثناء علی الظاهر بزایة (فلو أقر عنده) أى القاضی (لا یصح وخرج به عن الوكالة) فلا تسمع خصوصته درر (وصح التوكیل بالإقرار ولا یصیر به) أى بالتوكیل (مقرا) بحر (وبطل توكیل الكفیل بالمال) لتلا بصیر عاملا لنفسه (كما) لا یصح (لو وكله بقبضه) أى الدین (من نفسه أو عبده)

(قوله فی الأشباه الخ) الظاهر أنه أراد بالنقل المذكور الإشارة إلى مخالفته ، لما فی الأشباه : فإن من جملة الثلاث كما تقدم قبل هذا الباب أنه یجبر الوکیل بخصومة بطلب المدعی إذا غاب المدعی علیه ، وقد تبع المصنف صاحب الدرر .

وقال فی العزمية : لم نجد هذه المسألة هنا لا فی المتن ولا فی الشروح . ثم أجاب كالشرنبلالی بأنه لا یجبر علیها ، یعنی ما لم یغیب موكله فإذا غاب یجبر علیها كما ذكره المصنف فی باب رهق بوضع عند عدل اه وهذا أحسن مما قدمناه عن نور العین تأمل : هذا ، ولكن المذكور فی المنح متنا موافق لما فی الأشباه فإنه ذكر بهد قوله لا یجبر علیها إلا إذا كان وکیلا بالخصومة بطلب المدعی علیه وغاب المدعی وكأله ساقط من المتن الذى شرح علیه الشارح تأمل (قوله وصح إقرار الوکیل) یعنی إذا ثبت وكالة الوکیل بالخصومة وأقر علی موكله سواء كان موكله المدعی فأقر باستيفاء الحق أو المدعی علیه فأقر بثبوته علیه درر (قوله بالخصومة) متعلق بالتوكیل (قوله لا بغيرها) أى لا إقرار الوکیل بغير الخصومة أى وكالة كانت (قوله بغير الحدود والقصاص) متعلق بإقرار (قوله استحصانا) والقیاس أن لا یصح عند القاضی أيضا لأنه مأمور بالخاصة والإقرار یضرها لأنه مسالمة ح (قوله انزل) أى عزل نفسه لأجل دفع الخصم وانى ، ورده عزى زاده ط قال فی الهدایة : تحت قوله انزل أى لو أقيمت البينة علی إقراره فی غیر مجلس القضاء ینخرج من الوكالة اه (قوله حتى لا یدفع إلیه المال) أى لا یؤمر الخصم بدفع المال إلی الوکیل لأنه لا یمکن أن یبقى وکیلا بجواب مقید وهو الإقرار ، وما وكله بجواب مقید وإنما وكله بالجواب مطلقا اه ح عن شرح الهدایة معزیا لقاضی زاده (قوله للتناقض) لأنه زعم أنه مبطل فی دعواه درر (قوله بأن قال) المسألة علی خمسة أوجه مبسوطة فی البحر (قوله علی الظاهر) أى ظاهر الروایة ومثله استثناء الإنسكار فیصح منها فی ظاهر الروایة زیلعی وبیانه فیہ (قوله أى بالتوكیل) التوكیل بالإقرار صحیح ، ولا یكون التوكیل به قبل الإقرار إقرارا من الموكل ، وعن الطواویسی : معناه أن یوكل بالخصومة ویقول خاصم فإذا رأیت لحوق مؤنة أو خوف عار علی فأقر بالمدعی بصح إقراره علی الموكل كذا فی البزایة رملى .

قلت : ویظهر منه وجه عدم كونه إقرارا ، ونظيره صلح المنكر (قوله وبطل توكیل الكفیل) فلو أبراه عن الكفالة لم تنقلب صحیحة لوقوعها باطلة ابتداء كما لو كفل عن غائب فإنه یقع باطلا ثم إذا أجازہ لم یجز (قوله بالمال) متعلق بالكفیل ح ومیاتی محترزه متنا (قوله لو وكله بقبضه) أى فیما لو أعتق المولى عبده المدیون حتى لزمه ضمان قیمته للغرماء وبطال العبد بجميع الدین ، فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لأن الوکیل من

لأن الوكيل متى عمل لنفسه بطلت إلا إذا وكل المديون بإبراء نفسه فيصبح ، ويصح عزله قبل إبرائه نفسه أشباه (أو وكل المحتال المحيل بقبضه من المحال عليه) أو وكل المديون وكيل الطالب بالقبض لم يصح لاستحالة كونه قاضيا ومقتضيا قنية (بخلاف كفيل النفس والرسول ووكيل الإمام ببيع الغنائم والوكيل بالتزويج) حيث يصح ضمانهم لأن كلا منهم سفير (الوكيل بقبض الدين إذا كفل صح وتبطل الوكالة) لأن الكفالة أقوى لازوما فتصاح ناسخة (بخلاف العكس ، وكذا كلما صححت كفالة الوكيل بالقبض بطلت وكالته تقدمت الكفالة أو تأخرت) لما قلنا (وكيل البيع إذا ضمن الثمن للبائع عن المشتري لم يجز) لما مر أنه يصير عاملا لنفسه (فإن أدى بحكم الضمان رجوع) لبطلانه (وبدونه لا) لتبرعه .

(ادعى أنه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم أمر بدفعه إليه) عملا بإقراره ولا يصدق لو ادعى الإبقاء (فإن حضر الغائب فصدقه) في التوكيل (فيها) ونعمت (وإلا أمر الغريم بدفع الدين إليه) أي الغائب (ثانها) لفساد الأداء بإنكاره مع يمينه (ورجع) الغريم (به على الوكيل إن باقيا في يده ولو حكما) بأن استهلكه

يعمل لغيره والمولى عامل لنفسه لأنه يعرى به نفسه فلا يصح وكيلا كفاية (قوله لأن الوكيل) قال في الهامش : أي لأن الوكيل عامل لغيره ، فمضى عمل لنفسه فقط بطلت الوكالة اه أشباه (قوله إلا إذا الخ) الاستثناء مستدرك ، فانظر ما في البحر ، والمديون بالنصب وفاعل وكل مستتر فيه (قوله قنية) عبارتها كما في المنع ، ولو وكله بقبض دينه على فلان فأجبر به المديون فوكله ببيع سلعته وإبقاء ثمنه إلى رب الدين فباعها وأخذ الثمن وهلك يهلك من مال المديون لاستحالة أن يكون قاضيا ومقتضيا . والواحد لا يصلح أن يكون وكيلا للمطلوب والطالب في القضاء والافتضاء اه وتماه في البحر فانظره (قوله بخلاف كفيل النفس) قيده الزيلعي بأن يوكله بالخصومة . قال في البحر : وليس بقيد ، إذ لو وكله بالقبض من المديون صح اه (قوله حيث يصح ضمانهم) بالثمن والمهر لأن كل واحد منهم سفير ومعبر منح ، والمناسب أن يقول يصح توكيلهم لكن لا يظهر في مسألة وكيل الإمام ببيع الغنائم تأمل (قوله سفير) أي معبر عن غيره فلا تلحقه العهدة (قوله بخلاف العكس) هو تكرار محض ح أي مع قوله وبطل توكيل الكفيل بالمال ، لكن إذا لوحظ ارتباطه بقوله فتصلح لاسخنة إظهارا للفرق بينهما لم يكن تكرارا تأمل (قوله وكذا كلما الخ) تكرار محض مع ما قبلها ح (قوله للبائع) المناسب للموكل (قوله لم يجز) استشكله الشرنبلالي بوكيل الإمام ببيع الغنائم ، ودفعه أبو السعود بما مر من أنه سفير ومعبر فلا تلحقه عهدة (قوله عاملا لنفسه) لأن حق الافتضاء له (قوله رجوع) أي على موكله بالبيع : ولقائل أن يقول التبرع حصل في أدائه إليه بجهة الضمان كأدائه بحكم الكفالة عن المشتري بدون أمره فليأمل شرنبلالية ، ولا يخفى أن التبرع في المقيس عليه إنما هو في نفس الكفالة ، وأما الأداء فهو ملزم به شاء أو أبي بخلاف مسألتنا على أنه إذا أدى على حكم الضمان لا يسمى متبرعا بل هو ملزم به في ظنه اه (قوله عملا بإقراره) أي في مال نفسه لأن الديون تقضى بأمثالها بخلاف إقراره بقبض الوديعة الآتي لأن فيها إبطال حق المسالك في العين سائمانى (قوله ولا يصدق الخ) سيأتي معنا في قوله ولو وكله بقبض مال فادعى الغريم ما يسقط حق موكله الخ (قوله لفساد الأداء) لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر ، فقوله بإنكاره الباء للسببية ، وقوله مع يمينه يشير إلى أنه لا يصدق بمجرد الإنكار :

وفي البحر عن البزازية : ولو ادعى الغريم على الطالب حين أراد الرجوع عليه أنه وكل القابض وبرهن يقبل ويبرأ وإن أنكر حلفه ، فإن نكل برى اه : وفيه عنها أيضا : وإن أراد الغريم أن يحلفه بالله ما وكلته له ذلك ، وإن دفع عن سكوت ليس له إلا إذا عاد إلى التصديق ، وإن دفع عن تكذيب ليس له أن يحلفه ، وإن

فإنه يضمن مثله خلاصة (وإن ضاع لا) عملا بتصديقه (إلا إذا) كان قد (ضمنه عند الدفع) بقدر ما يأخذه الدائن ثانيا لا ما أخذه الوكيل لأنه أمانة لا تجوز بها الكفالة زيلعى وغيره (أو قال له قبضت منك على أنى أبرأتك من الدين) فهو كما لو قال الأب للختن عند أخذ مهر بنته أخذ منك على أنى أبرأتك من مهر بنتى ، فإن أخذه البنت ثانيا رجع الختن على الأب فكذا هذا بزازية (وكذا) يضمنه (إذا لم يصدقه على الوكالة بعم) صورتنى السكوت والتكذيب (ودفع له ذلك على زعمه) الوكالة فهذه أسباب الرجوع عند الملاك (فإن ادعى الوكيل هلاكه أو دفعه لموكله صدق) الوكيل (بحلفه وفى الوجوه) المذكورة (كلها) الغريم (ليس له الاسترداد حتى يحضر الغائب) وإن برهن أنه ليس بوكيل أو على إقراره بذلك أو أراد استخلافه لم يقبل لسعيه فى نقض ما أوجبه للغائب ، نعم لو برهن أن الطالب جحد الوكالة وأخذ منى المال تقبل بجره ، ولو مات الموكل وورثه غريمه أو وهبه له أخذه قائما ، ولو هالكاً ضمنه إلا إذا صدقه على الوكالة ، ولو أقر بالدين وأنكر الوكالة حلف ما يعلم أن الدائن وكله عينى .

(قال إنى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه) على المشهور خلافا لابن الشحنة ، ولو دفع لم يملك الاسترداد مطلقا لما مر (وكذا) الحكم (لو ادعى شراءها من المالك وصدقه) المودع لم يؤمر بالدفع لأنه إقرار على الغير (ولو ادعى انتقالها بالإرث أو الوصية منه وصدقه أمر بالدفع إليه) لاتفاهما على ملك الوارث (إذا لم يكن على الميت دين مستغرق) ولا بد من التلوم فيهما لاحتمال ظهور وارث آخر (ولو أنكر موته أو قال لا أدرى لا) يؤمر به ما لم يبرهن ، ودعوى الإبصاء كوكالة فليس لمودع ميت ومديونه الدفع قبل ثبوت أنه وصى ولولا وصى فدفعت لبعض الورثة برىء عن حصته فقط (ولو وكله بقبض مال فادعى الغريم ما يستقط حق موكله) كأداء أو إبراء أو إقراره بأنه ملكى (دفع) الغريم (المال) ولو عقارا (إليه) أى الوكيل

عاد إلى التصديق لكنه يرجع على الوكيل اه فإطلاق الشارح فى محل التقييد تأمل (قوله فإنه يضمن مثله) الأولى بدله تأمل (قوله قد ضمنه) بتشديد الميم بأن يقول أنت وكيله لكن لا آمن أن يجحد الوكالة ويأخذ منى ثانيا فيضمن ذلك المأخوذ فالضمير المستتر فى وكله عائد إلى الوكيل والبارز إلى المال بجر (قوله أو قال) أى مدعى الوكالة (قوله فهذه) أى الثلاثة . وذكر فى الهامش عن القول لمن من الوكالة فى شخص أذن لآخر أن يعطى زيدا ألف درهم من ماله الذى تحت يده فادعى المأمور الدفع وغاب زيد وأنكر الإذن وطالبه بالبينة على الدفع فهل يلزمه ذلك ؟ أجاب إن كان المال الذى عنده أمانة فالقول قول المأمور مع يمينه ، وإن كان تعويضا أو ديننا لم يقبل قوله إلا ببينة اه (قوله لم يقبل) ولا يكون له حق الاسترداد (قوله خلافا لابن الشحنة) فيه أن ابن الشحنة نقل رواية عن أبى يوسف أنه يؤمر بالدفع وما هنا هو المذهب فلامعارضته ح (قوله مطلقا) سواء سكنت أو كذب أو صدق (قوله لما مر) أنه يكون ساعيا فى نقض ما أوجبه للغائب :

وفى البحر : لو هلك الوديعة عنده بعد ما منع ، قيل لا يضمن وكان ينبغي الضمان لأنه ممنوع من وكيل المودع فى زعمه اه ومثله فى جامع الفصولين (قوله ولو ادعى) أى الوارث أو الموصى له (قوله على ملك الوارث) أى والموصى (قوله ولا بد من التلوم الخ) تقدمت هذه المسائل فى متفرقات القضاء ، وقدمنا الكلام عليها (قوله ودعوى الإبصاء كوكالة) فإذا صدقه ذو اليد لم يؤمر بالدفع له إذا كان عيننا فى يد المقر لأنه أقر أنه وكيل صاحب المال بقبض الوديعة أو الغصب بعد موته فلا يصح ، كما لو أقر أنه وكيله فى حياته بقبضها ، وإن كان المال ديننا على المقر فعلى قول محمد الأول يصدق ويؤمر بالدفع إليه ، وعلى قوله الأخير وهو قول أبى يوسف لا يصدق ولا يؤمر بالتسليم إليه وبيانه فى الشرح بجر (قوله أو إقراره) أى الموكل بأنه ملكى المسألة فى جامع الفصولين

لأن جوابه تسليم ما لم يبرهن ، وله تحليف الموكل لا الوكيل لأن النيابة لا تجرى في اليمين خلافا لزفر (ولو وكله بعيب في أمة وادعى البائع أن المشتري رضى بالعيب لم يرد عليه حتى يحلف المشتري) والفرق أن القضاء هنا فسخ لا يقبل النقص ، بخلاف ما مر خلافا لها (فلو ردها الوكيل على البائع بالعيب فحضر الموكل وصدقه على الرضا كانت له لا للبائع) اتفاقا في الأصح لأن القضاء لا عن دليل بل للجهل بالرضا ثم ظهر خلافه فلا ينفذ باطنها نهاية (والمأمور بالإتفاق) على أهل أو بناء (أو القضاء) لدين (أو الشراء أو التصديق عن زكاة إذا أمسك ما دفع إليه ونقد من ماله) ناويا الرجوع كذا قيد الخامسة في الأشباه (حال قيامه لم يكن متبرعا) بل يقع التقصان استحسانا (إذا لم يضاف إلى غيره) فلو كانت رقت إنفاقه مستهلكة ولو بصرفها لدين نفسه أو أضاف العقد إلى دراهم نفسه ضمن وصار مشتريا لنفسه متبرعا بالإتفاق لأن الدراهم تتعين في الوكالة نهاية وبزارية ، نعم في المنتقى: لو أمره أن يقبض من مديونه ألفا ويتصدق فصدق بألف ليرجع على المديون جاز استحسانا .

حيث قال : قال ادعى أرضا وكالة أنه ملك موكل فبرهن فقال ذو اليد إنه ملكي وموكلك لأقر به ، فلو لم يكن له بيعة فاه أن يحلف الموكل لا وكيله فموكله لو غائبا فللقاضي أن يحكم به لموكله ، فلو حضر الموكل وحلف أنه لم يقر له بقي الحكم على حاله ، ولو لكل بطل الحكم اه وبه يظهر ما في كلام الشارح (قوله لأن جوابه تسليم) لأنه إنما ادعى الإيفاء وفي ضمن دعواه إقرار بالدين وبالوكالة ، وتعممه في التبیین (قوله ما لم يبرهن) أي على الإيفاء فتقبل لما مر أن الوكيل يقبض الدين وكيل بالخصومة بحر (قوله لا الوكيل) أي على عدم علمه باستيفاء الموكل بحر (قوله لأن النيابة لا تجرى في اليمين) وكيل قبض الدين ادعى عليه المديون الإيفاء إلى موكله أو إبراءه وأراد تحليف الوكيل أنه لم يعلم به لا يحلف ، إذ لو أقر به لم يجز على موكله لأنه على الغير جامع الفصولين وهذا التعديل أظهره مما ذكره الشارح فتدبر .

وفي نوز العين عن الخلاصة وفي الزيادات في كل موضع لو أقر لزمه فإذا أنكر يستحلف إلا في ثلاث مسائل : وكيل شراء وجد عيبا فأراد الرد وأراد البائع تحليفه بالله ما يعلم أن الموكل رضى بالعيب لا يحلف ، فإن أقر الوكيل لزمه .

الثالثة وكيل قبض الدين إذا ادعى عليه المديون أن موكله أبراه عن الدين واستحلف الوكيل على العلم لا يحلفه ولو أقر به لزمه . يقول الحقيير لم يذكر الثالثة في الخلاصة ، وفي الثانية نظر إذ المقر به هو الإبراء الذي يدعيه المديون فكيف يتصور لزومه على الوكيل (قوله ولو وكله بعيب) أي برد أمة بسبب عيب ح (قوله لم يرد عليه الخ) أي لم يرد الوكيل على البائع ح كذا في الهامش (قوله حتى يحلف الخ) يعني لا يقضى اتفاقا بالرد عليه حتى يحضر المشتري ويحلف أنه لم يرض بالعيب ح كذا في الهامش (قوله والفرق) أي بين هذه المسألة حيث لا ترد الأمة على البائع وبين التي قبلها حيث يدفع الغريم المال إلى الوكيل ح كذا في الهامش (قوله خلافا لها) حيث قال لا يؤخر القضاء في الفصلين لأن قضاء القاضي عندهما ينفذ ظاهرا فقط إذا ظهر الخطأ ح (قوله فلا ينفذ باطنا) اعترضه قاضي زاده أنه إذا جاز نقض القضاء ههنا عند أبي حنيفة أيضا بأي سبب كان لا يتم الدليل المذكور للفرق بين المسألتين ح (قوله أو الشراء) قيد به ، لما في البحر عن الخلاصة : الوكيل يبيع الدينار إذا أمسك الدينار وباعه ديناره لا يصح (قوله عن زكاة) الظاهر أنه ليس بقودح ويدل عليه إطلاق ما يأتي عن المنتقى (قوله إلى غيره) أي غير مال الأمر سواء أضاف إلى مال الأمر أو أطلق ح (قوله وقت إنفاقه) أي أو شرائه أو صدقه (قوله لدين نفسه) أو غيره ح (قوله نعم الخ) لا وجه للاستدراك فإنها لا تنافي ما قبلها ، فإن قيام

(وصى أنفق من ماله و) الحال أن (مال اليتيم غائب فهو) أى الوصى كالأب (منطوع إلا أن يشهد أنه قرض عليه أو أنه يرجع) عليه جامع الفصولين وغيره ، وعمله في الخلاصة بأن قول الوصى وإن اعتبر في الإنفاق لكن لا يقبل في الرجوع في مال اليتيم إلا بالبينة .
[فروع] الوكالة المجردة لا تدخل تحت الحكم وبيانه في الدرر صحح التوكيل بالسلم لا يقبول عقد السلم ، فللناظر أن يسلم مع ربه في زبته وحصره ، وليس له أن يوكل به من يجعله يجعل أميناً على القرية فيأمره بعقد السلم ويستلم منه على ما قرر له باطنا لأنه وكيل الواقف والوكالة أمانة لا يصح بيعها ، وتامه في شرح الوهبانية .

الدين في ذمة المديون كقيام المال في يد الوكيل وصاحب المنح والبحر ذكراها من غير استدراك (قوله وصى أنفق الخ) سيأتي تحرير هذه المسألة في آخر كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى (قوله غائب) والحاضر كذلك بالأولى (قوله فروع) تكرر مع ما يأتي قريباً أول الباب (قوله وبيانه في الدرر) قال فيها . قال في الصغرى : الوكيل يقبض الدين إذا أحضر خصماً فأقر بالتوكيل وأنكر الدين لا تثبت الوكالة : حتى لو أراد الوكيل إقامة البينة على الدين لا تقبل اه : أقر بالتوكيل وأنكر الدين لا تثبت الوكالة لأنه لما أقر بالوكالة لا يكون خصماً بالدين ، بخلاف ما إذا أنكر الوكالة وأقر بالدين فإنه يكون خصماً في إثبات الدين لكون البينة واقعة على خصم منكر للوكالة فافهم كذا في الهامش (قوله صحح التوكيل بالسلم) أى الإسلام ، وقد تقدم التنبيه على هذه المسألة في باب الوكالة بالبيع والشراء حيث قال هناك والمراد بالسلم الإسلام لا يقبل السلم فإنه لا يجوز ابن كمال ، وأوضحناه بعبارة الزيلعي فراجع : وفي شرح الوهبانية قال في المبسوط : إذا وكله أن يأخذ الدراهم في طعام مسمى فأخذها الوكيل ثم دفعها إلى الموكل فالطعام على الركيل وللوكيل على الموكل الدراهم قرض لأن أصل التوكيل باطل لأن المسلم إنبيء أمره ببيع الطعام من ذمته إلى ذمة الوكيل ، ولو أمره أن يبيع عين ماله على أن يكون الثمن على الآمر كان باطلاً فكذلك إذا أمره أن يبيع طعاماً في ذمته وقبول السلم من صنيع المفاضل فالتوكيل به باطل (قوله فللناظر أن يسلم الخ) فزعه على ما قبله لأنه كالوكيل على ما صرحوا به . وفي هذه العبارة إيجاز الحقها بالألغاز ، وهي مشتملة على مسألتين :

أحدهما يجوز للقيم أن يسلم من ريع الوقف في زبته وحصره كالوكيل بعقد السلم ثم رأس المال وإن ثبت في ذمته كالمسألة السابقة فهو مأمور بدفع بدلته من غلة الوقف ، وليس المراد ثبوته في الذمة متأخراً فيفسد العقد بل المراد أنه كالثمن ثبت في الذمة ثم ما يعطيه يكون بدلاً عما وجب وهنا يعطيه في المجلس كالتوكيل بالشراء يصح وإن لم يكن الثمن ملكه : أو نقول ، الثمن هنا معين : أى رأس مال السلم لأن مال الأمانة يتعين بالتعيين .

ثاليتها : قد عانت أن قيم الوقف وكيل الواقف والوكالة أمانة لا يصح بيعها : ولما اشترى أن ذلك لا يصح جعل النظار له حيلة إذا أرادوا أن يجعلوا في القرية أميناً يحفظ زرعها ويقررون له على ذلك جعلاً ، وهي أن يأمره بعقد السلم ويستلمون من الوكلاء على ما هو مقرر لهم باطناً فالغلة المسلم فيها تثبت في ذمة الوكيل ، وأوصرفها من غلة الوقف ضمنها ، ولو صرف مال السلم على المستحقين لم يرجع به في غلة الوقف وكان متبرعاً لأنه صرف مال نفسه في غير ما أذن له فيه تخريجاً على المسألة السابقة لأنه توكيل يقبل السلم هذا حاصل ما ذكره شراح الوهبانية في هذا المحل وقد صعب على فهم هذا الكلام ، ولم يتلخص منه حاصل مدة طويلة حتى فتح المولى

باب عزل الوكيل

(الوكالة من العقود الغير اللازمة) كالعارية (فلا يدخلها خيار شرط ولا يصح الحكم بها مقصودا وإنما يصح في ضمن دعوى صحيحة على غريم) وبيانه في الدرر (فلاموكل العزل متى شاء ما لم يتعلق به حق الغير) كوكيل خصومة بطلب الخصم كما سيجيء ولو الوكالة دورية

بشيء يغلب على ظني أنه هو المراد في تصوير هذه الحيلة في المسألة الثانية ، وهي أن شخصا يكون ناظراً على وقف فيريد أن يجعل أميناً قادراً عليه بحيث ينتفع هو عاجلاً والأمين آجلاً فإذا أخذ من الأمين شيئاً على ذلك ليقوم مقامه ويأخذ مستغلات الوقف بدلاً عن الجعل فهو لا يجوز لأنه بيع الوكالة في المعنى ، لما علمت أن الناظر وكيل الواقف وهذا يفعل في زمننا كثيراً في المقاطعات والأوقاف ويسمونه التزاماً فإذا تحيل له بهذه الحيلة ، وهي أن يأخذ الناظر من الأمين مبلغاً معلوماً سلماً على غلة الوقف ليصرفه في مصاريفه ويأخذ منه ما عينه له الواقف من العشر مثلاً ويستغل ذلك الأمين غلة الوقف على أنه المسلم فيه ليحصل للناظر نفع بنظارته والأمين بأمانته فهو أيضاً لا يجوز لأن الناظر وكيل عن الواقف فكأنه صار وكيلاً عن الواقف في قبول عقد السلم وأخذ الدراهم على الغلة الخارجة ، وقد علمت أن الجائز التوكيل بعقد السلم لا يقبوله فإذا أخذ الدراهم وصرفها على المستحقين يكون متبرعاً صارفاً من مال نفسه وتثبت الغلة في ذمته فيلزمه مثلها وهذا ما ظهر لي : ثم لا يخفى أن هذا كله إنما يكون بعد بيان مقدار المسلم فيه مع سائر شروط السلم وإلا يكون فساداً من جهة أخرى كما لا يخفى والله تعالى أعلم .

باب عزل الوكيل

(قوله خيار شرط) لأنه إنما يحتاج إليه في عقد لازم ليعمك من له الخيار من فسخه إذا أراد منح (قوله فلاموكل العزل) قال الزيلعي بعد تقرير مسألة عزل الوكيل ما لم يتعلق به حق الغير ، وعلى هذا قال بعض المشايخ إذا وكل الزوج بطلاق زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وليس بشيء بل له عزله في الصحيح لأن المرأة لا حق لها في الطلاق ، وعلى هذا قالوا لو قال الموكل للوكيل كلما عزلت فانت وكبلي لا يملك عزله لأنه كلما عزله تجددت الوكالة له ، وقبل ينزل بقوله كلما وكلت فانت معزول ،

وقال صاحب النهاية : عندي أنه يملك عزله أن يقول عزلت عن جميع الوكالات فينصرف ذلك إلى المعلق والمنفذ وكلاهما ليس بشيء ، ولكن الصحيح إذا أراد عزله وأراد أن لا تنقذ الوكالة بعد العزل أن يقول رجعت عن المعلقة وعزلت عن المنجزة لأن ما لا يكون لازماً يصبح الرجوع عنه والوكالة منه أم ملخصاً (قوله كوكيل خصومة) تمثيل لمدخل النفي : أي ليس له عزله وإن علم به الوكيل لتعلق حق الغير به ، فليس للموكل العزل كوكيل خصومة ، وهو ما إذا وكل المدعي عليه وكيلاً بالخصومة بطلب الخصم الذي هو المدعي ثم غاب وعزله فإنه لا يصح لتلا يضيع حق المدعي ح (قوله كما سيجيء) أي قريباً (قوله ولو الوكالة دورية) لا يخلو إما أن يكون مبالغاً على قوله فلاموكل العزل أو على قوله ما لم يتعلق به حق الغير ، فعلى الأول يكون المعنى أن له العزل ولو كانت الوكالة دورية والمبالغة حينئذ ظاهرة ، وعلى الثاني أنه ليس له العزل في الوكالة الدورية ، وعلى كل ففي كلام الشارح مناقشة . أما على الأول فلحنافاته لقوله وسيجيء عن العيني بخلافه لأن الذي سيجيء أن له العزل فليس بخلافه . وأما على الثاني فلأنه يقتضى أنه مما يتعلق به حق الغير وليس كذلك ، لأن من يقول بعدم

في طلاق وعتاق على ما صححه البزازي ، وسيجيء عن العيني خلافه فتنبه (بشرط علم الوكيل) أي في القصدى ، أما الحكمي فيثبت وينعزل قبل العلم كالرسول (ولو) عزله (قبل وجود الشرط في المعلق به) أي بالشرط به يفتى شرح وهبانية (ويثبت ذلك) أي العزل (بمشافهة به وبكتابة) مكتوب بعزله (وإرساله رسولا) مميزا (عدلا أو غيره) اتفاقا (حرا أو عبدا صغيرا أو كبيرا) صدقه أو كذبه ، ذكره المصنف في متفرقات القضاء (إذا قال) الرسول (الموكل أرسلني إليك لأبلغك عزله إياك عن وكالته ، ولو أخبره فضولى) بالعزل (فلا بد من أحد شرطى الشهادة) عدد أو عدالة (كأخوانها) المتقدمة في المتفرقات ، وقد منا أنه متى صدقه قبل ولو فاسقا اتفاقا ابن ملك ، وفرع على عدم لزومها من الجانبين بقوله (فالوكيل) أي بالخصومة وبشراء المعين لا الوكيل بنكاح وطلاق وعتاق وبيع ماله وبشراء شيء بغير عينه كما في الأشباه (عزل نفسه بشرط علم موكله) وكذا يشترط علم السلطان بعزل قاض وإمام نفسهما وإلا لا كما بنسطة في الجواهر (وكله بقبض الدين ملك عزله إن بغير حضرة المديون ، وإن) وكله (بحضرتة لا) لتمام حقه به كما مر (إلا إذا علم به) بالعزل (المديون) فحينئذ ينعزل ؛ ثم فرع عليه بقوله (فلو دفع المديون دينه إليه) أي الوكيل (قبل علمه) أي المديون (بعزله يبرأ) وبعده لا لدفعه لغير وكيل

عزله في الوكالة الدورية يقول إنه لا يمكن لأنه كلما عزله تجددت له وكالة ، وقوله في طلاق وعتاق يحتمل أنه حال من الوكالة الدورية ويحتمل أنه مسألة أخرى من مدخول لو أيضا : أي ولو في طلاق وعتاق لا بقيد كونه في الوكالة الدورية ، وفي كل مناقشة أيضا ، لأن البزازي لم يصح شيئا منهما ، بل قال وكله غير جائز الرجوع ؛ قال بعض المشايخ : ليس له أن يعزله في الطلاق والعتاق ؛ وقال بعض مشايخنا : له العزل وليس فيه رواية مسطورة . وقال قبله : لو عزل الوكيل بالطلاق والنكاح لا يصح بلا علم لأنه وإن لم يلحقه ضرر لمسكنه بصير مكذبا فيكون غرورا اه : نعم يصح حمله على الثاني إن جعلت المبالغة على قوله فللموكل عزله ؛ ولا يرد حينئذ عليه أنه مما لاحق فيه للغير كما سيصرح به ، والظاهر أن قوله وسيجيء عن العيني خلافه وقع من سهو القلم ولو حذفه لاستقام الكلام وانتظم ؛ والعبارة الجيدة أن يقول : فللموكل العزل متى شاء ولو الوكالة دورية ما لم يتعلق به حق الغير كوكيل خصومة بطلب الخصم بشرط علم الوكيل ولو في طلاق وعتاق (قوله في طلاق وعتاق) لو داخله على الظرف أيضا فكأنه قال ولو كانت الوكالة بطلاق أو عتاق : أي فإن العزل فيها لا يصح س (قوله وسيجيء) أي قريبا (قوله بشرط علم الوكيل) فلو أشهد على العزل في غيبة الوكيل لم يتضرر بحر (قوله كالرسول) فإنه ينعزل قبل علمه س (قوله بعزله) أي إن وصل إليه المكتوب كما سيأتي في الفروع (قوله الموكل الخ) هو مقول القول (قوله كأخواتها) وهي إخبار السيد بجناية عبده والشفيع بالبيع والبكر بالنكاح والمسلم الذي لم يهاجر بالشرائع والإخبار بعيب لمريد شراء وحجر مأذون وفسخ شركة وعزل قاض ومتولى وقف (قوله لا الوكيل بنكاح) فإنه يصح عزله نفسه في هذه الأشياء وإن لم يعلم الموكل لعدم تضرره ح (قوله عزل نفسه) قال في الأشباه : لا يصح عزل الوكيل نفسه إلا بعلم الموكل إلا الوكيل بشراء شيء بعينه أو بيع ماله ذكره في وصايا الهداية ؛

قلت : وكذا الوكيل في النكاح والطلاق والعتاق اه : وقال الباقي : لا يصح ولا يخرج عن الوكالة قبل علم الموكل : وفي الزيلعي : عزل نفسه عن الوكالة ثم تصرف فيما وكل إليه قبل علم الموكل العزل صح تصرفه اه كذا في الهامش (قوله وإمام) أي للصلاة منح : أي لا يصح العزل إلا بعلم المولى ؛ ونص الجواهر : لا ينعزل (٦٨ - حاشية ابن مابن - ٥)

(ولو عزل العدل) الموكل ببيع الرهن (نفسه بحضرة المرتين إن رضى به) بالعزل (صح وإلا لا) اتعاق حقه به، وكذا الوكالة بالخصومة بطلب المدعى عند غيبته كما مر وليس منه توكيله بطلاقها بطلبها على الصحيح لأنه لاحق لها فيه ولا قوله كلما عزلت فأنت وكيلى لعزله بكلمة وكلت فأنت معزول عيني (وقول الوكيل بعد القبول بحضرة الموكل ألغيت توكيلي أو أنا برىء من الوكالة ليس بعزل كجحد الموكل) بقوله لم أوكلك لا يكون عزلا (إلا أن يقول) الموكل للوكيل (والله لا أوكلك بشيء فقد عرفت تهاونك فعزل) زيلى، لكنه ذكر في الوصايا أن جحدوه عزل، وحمله المصنف على ما إذا وافقه الوكيل على الترك، لكن أثبت القهستاني اختلاف الرواية وقدم الثاني وعلمه بأن جحدوه ما عدا النكاح فسخ. ثم قال: وفي رواية لم ينزل بالجدود اه فليحفظ.

(وينزل الوكيل) بلا عزل (بنهاية) الشيء (الموكل فيه كأن وكله بقبض دين فقبضه) بنفسه (أو) وكله (بنكاح فزوجه) الوكيل بزانية، ولو باع الموكل والوكيل معا أو لم يعلم السابق فبيع الموكل أولى عند محمد، وعند أبي يوسف يشتركان ويخبران كما في الاختيار وغيره (و) ينزل (بموت أحدهما وجنونه مطبقا) بالكسرة أى مستوعبا سنة على الصحيح درز وغيرها، لكن في الشرنبلالية عن المضمرة شهر، وبه يفتى وكذا في القهستاني والباقاني، وجعله قاضيخان في فصل فيما يقضى بالمجتهادات قول أبي حنيفة وأن عليه الفتوى فليحفظ (و) بالحكم (بلحوقه مرتدا) ثم لا تعود

إلا إذا علم به السلطان ورضى بعزله سائحاني (قوله ولو عزل الخ) العدل فاعل عزل والموكل مبنى للمجهول صفة العدل ونفسه مفعول عزل (قوله عند غيبته) أى غيبة الخصم الموكل (قوله وليس منه) أى ماتعلق به حق الغير حتى لا يملك عزل نفسه (قوله ولا قوله) معطوف على توكيله (قوله لعزله) قدمنا عن الزبلى طرق عزله عن الوكالة الدورية وما هو الصحيح فيها. وأما ما ذكره هنا في البحر: لو قال كلما وكلت فأنت معزول لم يصح. والفرق أن التوكيل يصح تعليقه بالشروط والعزل لا كما صرح به في الصغرى والصيرفية فإذا وكله لم ينزل اه (قوله لم ينزل بالجدود) وفي حاشية أبي السعود عن خط السيد الحموى عن الولوالجية تصحيح أن الجحدود رجوع: قال: وعليه الفتوى (قوله وينزل الوكيل) وفي شركة العناية: يشكل على هذا أن من وكل بقضاء الدين فمضاه الموكل ثم قضاه الوكيل قبل العلم لم يضمن مع أنه عزل حكى: وأجيب بأن الوكيل بقضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدى مضمونا على القابض لأن الديون تقضى بأعمالها وذلك يتصور بعد أداء الموكل ولذا يضمنه القابض لو هلك، بخلاف الوكيل بالتصدق إذا دفع بعد دفع الموكل، فلو لم يضمن الوكيل يتضرر الموكل لأنه لا يتمكن من استرداده الصدقة من الفقير ولا تضمينه اه بنوع تصرف سائحاني (قوله فزوجه الوكيل) أشار بهذا وبما قبله إلى أن نهاية الموكل فيه إما أن تكون من جهة الموكل أو من جهة الوكيل وينزل الوكيل بها، فلو طلق الموكل المرأة فليس للوكيل أن يزوجه إياها لأن الحاجة قد انقضت: وفي البزازية: وكله بالتزويج فزوجه ووطنها وطلقها وبعد العدة زوجه من الموكل صح لبقاء الوكالة سائحاني:

أقول: الظاهر أن الضمير في تزوجه للوكيل لا الموكل وإلا لاقى ما هنا وما يأتي من أن تصرفه بنفسه عزل تأمل (قوله وينزل) وفي التجنيس من باب المنقود رجل غاب وجعل دارآله في يد رجل ليعمرها فدفع إليه ما لا ليحفظه ثم فقد الدافع فله أن يحفظ وليس له أن يعمر الدار إلا بإذن الحاكم لأنه لعله قد مات، ولا يكون الرجل وصيا للمنفود حتى يحكم بموته اه وبهذا علم أن الوكالة تبطل لفقد الموكل في حق التصرف لا الحفظ بحر (قوله عن المضمرة شهر) أى مقدار شهر (قوله بلحوقه مرتدا) في إيضاح الإصلاح، المراد باللعاق ثبوته

بعوده مسلما على المذهب ولا بإفاقته ببحر .

وفي شرح المجمع : واعلم أن الوكالة إذا كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض فلذا قال (إلا) الوكالة اللازمة (إذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل فلا ينعزل) بالعزل ، ولا (بموت الموكل وجنونه كالوكيل بالأمر باليد والوكيل ببيع الوفاء) لا ينعزلان بموت الموكل ، بخلاف الوكيل بالخصومة أو الطلاق بزارية .

قلت : والحاصل كما في البحر أن الوكالة ببيع الرهن لا تبطل بالعزل حقيقيا أو حكما ولا بالخروج عن الأهلية بجنون وردة ، وفيما عداها من اللازمة لا تبطل بالحقيقي بل بالحكمي وبالخروج عن الأهلية : قلت : فإطلاق الدرر فيه لظن (و) ينعزل (باقتراق أحد الشريكين) ولو بتوكيل ثالث بالتصرف (وإن لم يعلم الوكيل) لأنه عزل حكما .

(و) ينعزل (بعجز موكله)

بحكم الحاكم ببحر ، لكن عبارة درر البحار : ولحاقه بحرب فهطل بغير حكم به . قال شارحه : لأن أهل الحرب أموات في أحكام الإسلام وبلحاقه صار منهم اه .

وفي المجمع : ولحاق الموكل بعد رده بدار الحرب يبطل . وقالا : إن حكم به . قال ابن ملك لأن لحاقه إنما يثبت بقضاء القاضي ، قيد بالحق لأن المرتد قبله لا يبطل توكيله عندهما ، وموقوف عنده ، إن أسلم نفذ وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطل اه . فعلم أن ما في الإيضاح على قولها ، وفيه بحث في البعقوبية فانظر ما كتبناه على البحر (قوله بعوده مسلما) أي سواء كان وكيلا أو موكلا ببحر (قوله ببحر) عبارته ومقتضاه أنه لو أفاق بعد جنونه مطبقا لا تعود وكالته (قوله العدل) مفعول وكل ، وقوله أو المرتهن عطف على العدل خ (قوله والوكيل ببيع الوفاء) لعل وجهه أن بيع الوفاء في حكم الرهن فيصير وكيلا بأن يرهن ذلك الشيء فيكون مما تعلق به حق الغير وهو المشتري : أي المرتهن تأمل ثم رأيت منقولاً عن الحموي ، وما ذكره السائحاني من أنه يبيع الرهن فهو غفلة فتنبه : قال جامعهم : الذي كتبه السائحاني في هذا المحل ما نصه : قوله والوكيل ببيع الوفاء لعل صورته ما في المحيط وكله ببيع عين له عزله إلا أن يتعلق به حق الوكيل بأن يأمره بالبيع واستيفاء الثمن بإزاء دينه . وقال قاضيخان : إذا دفع إلى صاحب الدين عينا وقال بعه ونخذ حقتك منه فباعه وقبض الثمن فهلك في يده يهلك مع مال المديون ما لم يحدث رب الدين فيه قبضا لنفسه . زاد في البرازية : ولو قال بعه لحقتك صار قابضا والهلاك عليه لأعلى المديون اه . وأما بيع الوفاء للمعهود فهو في حكم الرهن اه (قوله بالخصومة) أي بالتماس الطالب ببحر (قوله أو الطلاق) فيه أن التوكيل بالطلاق غير لازم كما تقدم ح . والظاهر أنه مبني على مقابل الأصح من أنه لازم (قوله بزارية) ونصها : فأما في الرهن فإذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل أو الوكيل بالأمر باليد لا ينعزل وإن مات الموكل أو جن ، والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بجنون الموكل وموته ، والوكيل بالطلاق ينعزل بموت الموكل استحسانا لا قياسا اه ببحر فتأمل (قوله وفيما عداها) أي الوكالة ، وهذا ينافي قول المتن كالوكيل بالأمر باليد والوكيل ببيع الوفاء ح (قوله فإطلاق الدرر) حيث قال : وإذا أي انعزال الوكيل في الصور المذكورة إذا لم يتعلق به أي بالتوكيل حق الغير ، أما إذا تعلق به ذلك فلا ينعزل اه ، فإن قوله أما إذا تعلق به حق الغير يدخل فيه الوكالة بالخصومة بالتماس الطالب والحكم فيها ليس كذلك ح وأصله في المنح ، ولا يخفى أنه وارد على ما نقله الشارح عن شرح المجمع أيضا (قوله ولو بتوكيل ثالث) أي توكيل الشريكين أو أحدهما ثالثا ببحر ، يعني

لو مكاتباً وحجره) أى موكله (لو مأذوناً كذلك) أى علم أولاً لأنه عدل حكيم كما مر ، وهذا (إذا كان وكيلاً فى العقود والخصومة ، أما إذا كان وكيلاً فى قضاء دين واقتضائه وقبض وديعة فلا) ينزل بحجر وعجز ، ولو عزل المولى وكيل عبده المأذون لم ينزل (و) ينزل (بتصره) أى الموكل (بنفسه) فيما وكل فيه تصرفاً يعجز الوكيل عن التصرف معه وإلا لا ، كما لو طلقها واحدة والعدة باقية) فالوكيل تطليقها أخرى لبقاء المحل ، ولو ارتد الزوج أو لحنى وقع طلاق وكيله ما بقيت العدة (وتعود الوكالة إذا عاد إليه) أى الموكل (قديم ملكه) كأن وكله ببيع فباع موكله ثم رد عليه بما هو فسخ بقى على وكالته (أو بقى أثره) أى أثر ملكه كسألة العدة بخلاف ما لو تجدد الملك .

[فروع] فى المانقط عزل وكتب لا ينزل ما لم يصله الكتاب :

وكل غالباً ثم عزله قبل قبوله صح وبعده لا :

دفع إليه قممة ليدفعها إلى إنسان يصلحها فدفعها

أنه تبطل الوكالة التى فى ضمن الشركة ووكالة وكيلهما بالتصرف : وفيه إشكال من حيث أنه لا يصح أن يفرد أحدهما بفسخ الشركة بدون علم صاحبه بل يتوقف على علمه لأنه عزل قصدى فكيف يتصور أن ينزل بدونه ، ويمكن أن يحمل على ما إذا هلك المالان أو أحدهما قبل الشراء ، فإن الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التى كانت فى ضمنها علماً بذلك أو لم يعلم لأنه عزل حكيم إذا لم تكن الوكالة مصرحاً بها عند عقد الشركة زيلعى من (قوله لو مكاتباً) يؤخذ من عموم بطلان الوكالة بعزل الموكل أن للمكاتب والمأذون عزل وكيلهما أيضاً كما نبه عليه فى البحر . وقال فيه : وإن باع العبد ، فإن رضى المشتري أن يكون العبد على وكالته فهو وكيل ، وإن لم يرض بذلك لم يجز على الوكالة كذا فى كافى الحاكم ، وهو يقتضى أن توكيل عبد الغير موقوف على رضا السيد وقد سبق إطلاق جوازه على أنه لا عهدة عليه فى ذلك إلا أن يقال إنه من باب استخدام عبد الغير اه :

ثم المكاتب لو كتب أو أذن المحجور لم تعد الوكالة لأن صحتها باعتبار ملك الموكل التصرف عند التوكيل وقد زال ذلك ولم يعد بالكتابة الثانية أو الإذن الثانى شرح مجمع لابن ملك (قوله لم ينزل) لأنه حجر خاص والإذن فى التجارة لا يكون إلا عاماً فكان العزل باطلاً ، ألا ترى أن المولى لا يملك نهيته عن ذلك مع بقاء الإذن من (قوله وينزل الخ) قال فى الهامش : ولو وكلت بالتزويج ثم إن المرأة تزوجت بنفسها خرج الوكيل عن الوكالة علم بذلك أو لم يعلم ، ولو أخرجته عن الوكالة ولم يعلم الوكيل لا يخرج عن الوكالة ، وإذا زوجها جاز النكاح ولو كان وكيلاً من جانب الرجل بتزويج امرأة بعينها ثم إن الزوج تزوج أمها أو بنتها خرج الوكيل عن الوكالة كذا فى المحيط مندبة (قوله والعدة باقية) الواو استثنائية لا للحال فافهم (قوله أو لحنى) أى ولم يحكم به فلا ينافى ما تقدم (قوله وتعود الوكالة) أى يعود ملك التصرف للوكيل بموجب الوكالة السابقة ، وليس المراد أنها تعود بعد زوالها لأنه لم ينزل كما يفهم من قوله قبله وإلا لا . وعبارة الزيلعى : فالوكيل باقى على وكالته (قوله بقى على وكالته) وإن رد بما لا يكون فسخاً لتعود الوكالة ، كما لو وكله فى هبة شىء ثم وهبه الموكل ثم رجع فى هبته لم يكن للوكيل الهبة منع (قوله وبعده لا) أى حتى يصل إليه الخبر (قوله دفع إليه الخ) وكيل البيع قال بتمته وسلمته من رجل لا أعرفه وضاع الثمن قال القاضى يضمن لأنه لا يملك التسليم قبل قبض ثمنه والحكم صحيح والعلة لا ، لما مر أن النهي عن التسليم قبل قبض ثمنه لا يصح فلما لم يعمل النهي عن التسليم فلأن لا يكون ممنوعاً

ونسى لا يضمن الوكيل بالدفع .

أراه مما له عليه برى من الكل قضاء ، وأما في الآخرة فلا إلا بقدر ما يتوهم أن له عليه :
وفي الأشباه : قال لمديونه من جاءك بعلامة كذا أو من أخذ أصبعك أو قال لك كذا فادفع إليه لم يصح لأنه
توكيل المجهول فلا يبرأ بالدفع إليه ، وفي الوهبانية قال :

ومن قال أعط المال قابض خنصر فأعطاه لم يبرأ وبالمال يخسر
وبعه وبيع بالنقد أو بيع لخالد فخالفه قالوا يجوز التعيير
وفي الدفع قل قول الوكيل مقدم كذا قول رب الدين والخصم يجبر
ولو قبض الدلال مال المبيع كي يسلمه منه وضاع يشطر

كتاب الدعوى

لا يخفى مناسبتها للوكالة بالخصومة (هي) لغة قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره وألفها للتأنيث
فلا تنون وجمعها دعاوى بفتح الواو كفتوى وفتاوى درر ، لكن جزم في المصباح بكسرها أيضا فيهما محافظة
على ألف التأنيث ، وشرعا (قول مقبول) عند القاضي (يقصد به طلب حق قبل غيره) خرج الشهادة والإقرار
(أو دفعه) أى دفع الخصم (عن حق نفسه) دخل دعوى دفع التعرض فتسمع به يفتى بزازية ، بخلاف دعوى
قطع النزاع فلا تسمع سراجية وهذا إذا أريد بالحق في التعريف الأمر الوجودى ، فلو أريد ما يعم الوجودى
والعدى لم يمتنع

عن التسليم أولى ، وهذه المسألة تخالف مسألة القمقمة بزازية (قوله ونسى) أى نسي من دفعها إليه (قوله أبرأه
مما له عليه) انظر ما مناسبة ذكر هذا الفرع هنا :

[فروع] بعث المديون المال على يد رسول فهلك ، فإن كان رسول الدائن هلك عليه ، وإن كان رسول
المديون هلك عليه ، وقول الدائن ابعث بها مع فلان ليس رسالة منه فإذا هلك هلك على المديون ، بخلاف قوله
ادفعها إلى فلان فإنه إرسال فإذا هلك هلك على الدائن ، وبيانه في شرح المنظومة أشباه (قوله أو بيع لخالد) أى
أو قال بعه وبيع لخالد (قوله فخالفه) أى لو خالفه يجوز البيع لأنه لما أمر بالبيع كان مطلقا ، ثم قوله وبيع بالنقد
أو بيع لخالد بعده كان مشورة ، بخلاف قوله ببيع بالنقد أو بيع لخالد ، ونقل الجواز ولهذا أتى بصيغة قالوا شر بلبالى
ملخصا (قوله وفي الدفع) أى إذا وكله بدفع ألف يقضى بها دينه فادعى الدفع (قوله مقدم) على قول الموكل
لأنه لم يدفع (قوله رب الدين) أى بأنه ما قبض (قوله والخصم يجبر) أى يجبر الموكل على الدفع إلى الطالب (قوله
مال المبيع) أى الثمن ابن الشحنة (قوله يشطر) أى يصالح بينهما بالنصف .

كتاب الدعوى

في الفواكه البدرية لابن الغرس مسائل كثيرة تتعلق بالدعوى فلتراجع (قوله لكن جزم) عبارته مختلة :
قال في المصباح (١) وجمع الدعوى الدعوى بكسر الواو لأنه الأصل كما سيأتى ويفتحها محافظة على ألف التأنيث ح
كذا في الهامش (قوله دعوى دفع التعرض) قال في البحر : اعلم أنه مثل قارىء الهداية عن الدعوى بقطع
النزاع بينه وبين غيره ، فأجاب لا يجبر المدعى على الدعوى لأن الحق له اه ولا يعارضه ما نقلوه في الفتاوى من

(١) (قوله قال في المصباح) هو منقول بالمعنى ، وفي المقام مزهد بيان وتحقيق يعلم بمراجعة عبارة المصباح اه مصححه .

لهذا القيد (والمدعى من إذا ترك) دعواه (ترك) أى لا يجبر عليها (والمدعى عليه بخلافه) أى يجبر عليها ، فلو فى البلدة قاضيان كل فى محلة فالتحيار للمدعى عليه عند محمد به بفتى بزازية ولو القضاة فى المذاهب الأربعة على الظاهر ، وبه أفتيت مرارا بحر :

صحة الدعوى بدفع التعرض وهى مسموعة كما فى البزازية والخزانة ، والفرق ظاهر فإنه فى الأول إنما يدعى أنه إن كان شىء يدعىه وإلا يشهد على نفسه بالإبراء ، وفى الثانى إنما يدعى عليه أنه يتعرض فى كذا بغير حق ويطلبه فى دفع التعرض فافهم كذا فى الهامش (قوله لهذا القيد) أى قوله أودفعه فإنه فصل قصد به الإدخال والفصل بعد الجنس قيد فافهم (قوله فلو) أشار به إلى أن الجبر فى أصل للدعوى لا فيمن يدعى بين يديه والتفريع لا يظهر ط ، وفى بعض النسخ بالواو (قوله فى محلة) أى بخصوصها وليس قضاؤه عاما (قوله بزازية) ليس ما ذكره عبارة البزازية : وعبارتها كما فى المنح : قاضيان فى مصر طلب كل واحد منهما أن يذهب إلى قاض فالتحيار للمدعى عليه عند محمد وعليه الفتوى اه :

وفى المنح قبل هذا عن الخالية : قال ولو كان فى البلدة قاضيان كل واحد منهما فى محلة على حدة فوقعت الخصومة بين رجلين أحدهما من محلة والآخر من محلة أخرى والمدعى يريد أن يخاصمه إلى قاضى محله والآخريانى ذلك اختلف فيها أبو يوسف ومحمد : والصحيح أن العبرة لمكان المدعى عليه ، وكذا لو كان أحدهما من أهل العسكر والآخر من أهل البلدة اه . وعلاؤه فى المحيط كما فى البحر بأن أبى يوسف يقول : إن المدعى منشىء للخصومة فيعتبر قاضيه ، ومحمد يقول : إن المدعى عليه دافع لها اه وإنما حمل الشارح عبارة البزازية على ما فى الخالية من التقييد بالمحلة لما قاله المصنف فى المنح ، هذا كله وكل عبارات أصحاب الفتاوى يفيد أن فرض المسألة التى وقع فيها الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فيما إذا كان فى البلدة قاضيان كل قاض فى محلة : وأما إذا كانت الولاية لقاضيين أو لقضاة على مصر واحد على السواء فيعتبر المدعى فى دعواه فله الدعوى عند أى قاض أراد اه إذ لا تظهر فائدة فى كون العبرة للمدعى أو المدعى عليه ، ويشهد لصحة هذا ما قدمناه من تعليل صاحب المحيط اه ورده الخير الرملى وادعى أن هذا بالمزبان أشبه ، وذكر أنه حيث كانت العلة لأبى يوسف أن المدعى منشىء للخصومة ولمحمد أن المدعى عليه دافع لها لا يتجه ذلك ، فإن الحكم دائر مع العلة اه وهو الذى يظهر كما قال شيخنا . وأقول : التحرير فى هذه المسألة ما نقله الشارح عن خط المصنف ومنشىء عليه العلامة المقدسى كما نقله عنه أبو السعود .

وحاصله أن ما ذكره من تصحيح قول محمد من أن العبرة لمكان المدعى عليه إنما هو فيما إذا كان قاضيان كل منهما فى محلة وقد أمر كل منهما بالحكم على أهل محله فقط بدليل قول العمادى : وكذا لو كان أحدهما من أهل العسكر والآخر من أهل البلد فأراد العسكرى أن يخاصمه إلى قاضى العسكر فهو على هذا ولا ولاية لقاضى العسكر على غير الجندى فقوله ولا ولاية دليل واضح على ذلك . أما إذا كان كل منهما مأذونا بالحكم على أى من حضر عنده من مصرى وشامى وحلبى وغيرهم كما فى قضاة زماننا فينبغى التعويل على قول أبى يوسف لموافقته لتعريف المدعى عليه : أى فإن المدعى هو الذى له الخصومة فيطلبها قبل أى قاض أراد ، وبه ظهر أنه لا وجه لما فى البحر من أنه لو تعدد القضاة فى المذاهب الأربعة كما فى القاهرة فالتحيار للمدعى عليه حيث لم يكن القاضى من محلهما ، قال : وبه أفتيت مرارا :

أقول : وقد رأيت بخط بعض العلماء نقلا عن المفتى أبى السعود العمادى أن قضاة المالك المحروسة ممنوعون

قال المصنف : ولو الولاية لقاضيين فأكثر على السواء فالعبرة للمدعى ، نعم لو أمر السلطان إجابة المدعى عليه لزم اعتباره لعزله بالنسبة إليها كما مر مرارا .

قلت : وهذا الخلاف فيما إذا كان كل قاض على محلة على حدة ، أما إذا كان في المصر حنق وشافعي ومالكي وحنبلي في مجلس واحد أو ولاية واحدة فلا ينبغي أن يقع الخلاف في إجابة المدعى لما أنه صاحب الحق كذا ينظر المصنف على هامش البرازية فليحفظ (وركنها إضافة الحق إلى نفسه) أو أصهلا كلي عليه كذا (أو) إضافته (إلى من ناب) المدعى (منابه) كوكيل ووصي (عند النزاع) متعلق بإضافة الحق (وأهلها العاقل المميز) ولو صبيا لو مأذونا في الخصومة وإلا لا أشباه (وشرطها) أي شرط جواز الدعوى (مجلس القضاء وحضور خصمه) فلا يقضى على غائب وهل يحضره بمجرد الدعوى ؟ إن بالمصر أو بحيث يبيت بمنزله نعم وإلا فحتى يبرهن أو يحلف منية (ومعلومية) المال (المدعى) إذا لا يقضى بمجهول ، ولا يقال مدعى فيه وبه إلا أن يتضمن الإخبار (و) شرطها أيضا (كونها ملزمة) شيئا على الخصم بعد ثبوتها

عن الحكم على خلاف مذهب المدعى عليه اه وأشار إليه الشارح (قوله قال المصنف) فيه رد على البحر لأن قضاة المذاهب في زماننا ولايتهم على السواء في التعميم (قوله على السواء) أي في عموم الولاية (قوله لعزله) أي لعزل من اختاره المدعى عن الحكم بالنسبة إلى هذه الدعوى (قوله كما مر) من أن القضاء يتقيد (قوله قلت) مكرر مع ما قبله (قوله على حدة) أي لا يقضى على غير أهلها (قوله في مجلس) قيد اتفاق ، والظاهر أنه أراد في بلدة واحدة (قوله والولاية واحدة) أي لم يخصص كل واحد بمحلة (قوله عند النزاع) قال في البحر فخرج الإضافة حالة المسألة فإنها دعوى لغة لا شرعا ، ولظنيره ما في البرازية : عين في بدرجل يقول هو ليس لي وليس هناك منازع لا يصبح نفيه ، فلو ادعاه بعد ذلك لنفسه صح ، وإن كان ثمة منازع فهو إقرار للمنازع ، فلو ادعاه بعده لنفسه لا يصبح ، وعلى رواية الأصل لا يكون إقرارا بالملك له اه : قال السائحاني : أقول كلام البرازية مفروض في كون النفي إقرارا للمنازع أولا وليس فيه دعواه الملك لنفسه حالة المسألة (قوله وشرطها) لم أر اشتراط لفظ مخصوص للدعوى وينبغي اشتراط ما يدل على الجزم والتحقق ، فلو قال أشك أو أظن لم تصح الدعوى بحر .

[فائدة] لم تسمع الدعوى بالإقرار لما في البرازية عن الذخيرة : ادعى أن له كذا وأن العين الذي في يده له لما أنه أقر له به أو ابتداء بدعوى الإقرار وقال إنه أقر أن هذا لي أو أقر أن لي عليه كذا قيل يصبح ، وعامة المشايخ على أنه لا تصح الدعوى لعدم صلاحية الإقرار للاستهقاق الخ بحر من فصل الاختلاف في الشهادة ، وصيأتي معنا أول الإقرار (قوله فحتى يبرهن أو يحلف) هذان قولان لا قول واحد يخبر فيه بين البرهان والتحليف فراجع البحر (قوله ومعلومية المال المدعى) أي بيان جنسه وقدره كما في الكنز (قوله إذا لا يقضى بمجهول) ويستثنى من فساد الدعوى بالمجهول دعوى الرهن والغصب ، لما في الخانية معزيا إلى رهن الأصل إذا شهدوا أنه رهن عنده ثوبا ولم يسموا الثوب ولم يعرفوا عينه جازت شهادتهم ، والقول للمرتين في أي ثوب كان وكذلك في الغصب اه فالدعوى بالأولى اه بحر .

قلت : وفي المعراج : وفساد الدعوى إما أن لا يكون لزمه شيء على الخصم أو يكون المدعى مجهولا في نفسه ولا يعلم فيه خلاف إلا في الوصية بأن ادعى حقا من وصية أو إقرار فإنهما يصحان بالمجهول وتصح دعوى الإبراء المجهول بلا خلاف اه فبلغت المستثنيات خمسة تأمل (قوله ولا يقال مدعى فيه وبه) وفي طلبه الطلبة : ولا يقال

وإلا كان عبثاً (وكون المدعى مما يحتمل الثبوت فدعوى ما يستحيل وجوده) عقلاً أو عادة (باطلة) لتيقن الكذب في المستحيل العقلي كقوله المعروف بالنسب أو لمن لا يولد مثله لمثله هذا ابني ، وظهوره في المستحيل العادي كدعوى معروف بالفقر أموالاً عظيمة على آخر أنه أقرضه إياها دفعة واحدة أو غصبها منه ، فالظاهر عدم سماحها بحر ، وبه جزم ابن الغرس في الفواكه البدرية (وحكمها وجوب الجواب على الخصم) وهو المدعى عليه بلا أو بنعم ، حتى أو سكت كان إنكاراً فتسمع البيينة عليه إلا أن يكون أخرس اختياراً وسنحقة ، وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي المهامات (فالو كان ما يدعيه منقولاً في يد الخصم ذكر) المدعى (أنه في يده بغير حق) لاحتمال كونه مرهوناً في يده أو محبوساً بالثمن في يده (وطلب) المدعى (إحضاره إن أمكن) فعلى الغريم إحضاره (ليشار إليه في الدعوى والشهادة) والاستحلاف (و ذكر) المدعى (قيمته إن تعذر) إحضار العين بأن كان في نقلها مؤنة وإن قلت ابن كمال معزياً للخزانة (بهلاكها أو غيبتها) لأنه مثله معنى (وإن تعذر) إحضارها (مع بقائها كرحى وصبرة طعام) وقطيع غنم (بعث القاضي أمينه) ليشار إليها (وإلا) تكن باقية (اكتفى) في الدعوى (بذكر القيمة) وقالوا لو ادعى أنه غصب منه عين كذا ولم يذكر قيمتها تسمع فيحلف خصمه أو يجبر على البيان درر وابن ملك ،

مدعى فيه وبه وإن كان يتكلم به المتفهمة إلا أنه خطأ مشهور فهو خير من صواب مهجور حموى ط (قوله وإلا كان عبثاً) أى وإن لم تكن ملزمة ، كما إذا ادعى التوكيل على موكله الحاضر فإنها لا تسمع لإمكان عزله كما في البحر كذا في الهامش (قوله وظهوره) بالجر عطف على تيقن (قوله في الفواكه البدرية) قال في المنح : لكنه لم يستند في منع دعوى المستحيل العادي إلى نقل عن المشايخ :

قلت : لكن في المذهب فروع تشهد له منها ما سيأتي آخر فصل التحالف (قوله وسنحقة) عند قول المصنف وقضى بنكواه مرة (قوله أنه في يده) فلو أنكر كونه في يده فبرهن المدعى أنه كان في يد المدعى عليه قبل هذا التاريخ بسنة هل يقبل ويجبر بإحضاره ، قال صاحب جامع الفصولين : ينبغي أن يقبل إذا لم يثبت خروج من يده فتبقى ولا تزول بشك ، وأفره في البحر ، وجزم به القهستاني : ورده في نور العين بأن هذا استصحاب ، وهو حجة في الدفع لا في الإثبات كما في كتب الأصول (قوله وطلب المدعى الخ) هذا إذا لم يكن المدعى عليه مودعاً ، فإن ادعى عين وديعة لا يكلف إحضارها بل يكلف التخليه كما في البحر عن جامع الفصولين (قوله بأن كان في نقلها مؤنة) فيه أن هذا من قبيل الرحي والصبرة فذكره هنا سهو : وقال في إيضاح الإصلاح : إلا إذا تعسر بأن كان في نقلها مؤنة وإن قف ذكره في الخزانة ح (قوله أو غيبتها) بأن لا يدري مكانها ذكره قاضي زاده ح (قوله لأنه) أى القيمة وذكر الضمير باعتبار المذكور وهو علة لقوله وذكر قيمته (قوله وإن تعذر) أى تعسر (قوله وإلا تكن) تكرار مع قوله وذكر قيمته إن تعذر س :

[فرع] وصف المدعى المدعى فلما حضر خالف في البعض ، إن ترك الدعوى الأولى وادعى الحاضر تسمع لأنها دعوى مبتدأة وإلا فلا بحر عن البرازية (قوله بذكر القيمة) لأن عين المدعى تعذر مشاهدتها ولا يمكن معرفتها بالوصف ، فاشترط بيان القيمة لأنها شيء تعرف العين المالكه به غاية البيان . وفي شرح ابن الكمال : ولا عبرة في ذلك للتوصيف لأنه لا يجدي بدون ذكر القيمة وعند ذكرها لا حاجة إليه أشير إلى ذلك في الهداية اه . وفي القهستاني : وفي قوله وذكر قيمته إن تعذر إشارة إلى أنه لا يشترط ذكر اللون والذكورة والأنوثة والسر في الدابة . وفيه خلاف كما في العبادية : قال السيد أبو القاسم : إن هذه التعريفات للمدعى لازمة إذا أراد أخذ عينه أو مثله في المثل ، أما إذا أراد أخذ قيمته في القيمي فيجب أن يكتب بذكر القيمة كما في محاضر الخزانة اه (قوله عين كذا) قال في البحر : والحاصل أنه في دعوى الغصب والرهن لا يشترط بيان الجنس والقيمة في صحة الدعوى

ولهذا لو (ادعى أعيانا مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل جملة كنى ذلك) الإجمال على الصحيح، وتقبل بينته أو يحلف خصمه على الكل مرة (وإن لم يذكر قيمة كل عين على حدة) لأنه لما صح دعوى الغصب بلا بيان فلأن يصح إذا بين قيمة الكل جملة بالأولى، وقيل في دعوى السرقة يشترط ذكر القيمة ليعلم كونها نصابا، فأما في غيرها فلا يشترط عمادية وهذا كله في دعوى العين لا الدين، فلو (ادعى قيمة شيء مستهلك اشترط بيان جنسه ولوعه) في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي بما إذا يقضى (واختلف في بيان الذكورة والأنوثة في الدابة) فشرطه أبو الليث أيضا واختاره في الاختيار، وشرط الشهيد بيان السن أيضا وتماه في العمادية (وفي دعوى الإيداع لا بد من بيانه مكانه) أى مكان الإيداع (سواء كان له حمل أولا. وفي الغصب أن له حمل ومؤنة فلا بد) لصحة الدعوى (من بيانه وإلا) حمل له (لا) وفي غصب غير المثل يبين قيمته يوم غضبه على الظاهر عمادية (ويشترط التحديد في دعوى العقار كما يشترط في الشهادة عليه ولو) كان العقار (مشهورا) خلافا لهما (إلا إذا عرف للشهود الدار بعينها فلا يحتاج إلى ذكر حدودها) كما لو ادعى ثمن العقار لأنه دعوى لدين حقيقة بحر (ولا بد من ذكر بلدة بها الدار ثم المحلة ثم السكة) فيبدأ بالأعم ثم الأخص فالأخص

والشهادة ويكون القول في القيمة للغاصب المرتين اه :

قلت : وزاد في المعراج دعوى الوصية والإقرار ، قال فإنهما يصحان في المجهول ، وتصح دعوى الإبراء المجهول بلا خلاف اه فهي خمسة (قوله ولهذا) أى لسماعها في الغصب وإن لم يذكر القيمة : قال في الدرر : ولو قال غصبت منى عين كذا ولا أدري قيمته قالوا تسمع . قال في الكافي : وإن لم يبين القيمة وقال غصبت منى عين كذا ولا أدري أهو هالك أو قائم ولا أدري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب أنه تسمع دعواه لأن الإنسان ربما لا يعلم قيمة ماله ، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به .

أقول : فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم إذا أنكر والجبر على البيان إذا أقر أو نكل عن اليمين فتأمل ، فإن كلام الكافي لا يكون كافيا إلا بهذا التحقيق ح (قوله وتقبل بينته) أى على القيمة (قوله أو يحلف) أى عند عدم البينة (قوله لأنه) حلة للعلة (قوله يشترط ذكر القيمة) قال الشيخ عمر مؤلف النهر : ينبغي أن يكون المعنى أنه إذا كانت العين حاضرة لا يشترط ذكر قيمتها إلا في دعوى السرقة حموى (قوله وهذا كله) أى المذكور من الشروط السابقة (قوله لا الدين) ستأتى دعوى الدين في المتن (قوله اشترط بيان جنسه) أقول لى شبهة فى هذا المحل ، وهى أنه لو ادعى أعيانا مختلفة فقد مر أنه يكتب بذكر القيمة للكل جملة . وذكر فى الفصولين أنه لو ادعى أن الأعيان قائمة بيده يؤمر بإحضارها فتقبل البينة بحضورها ، وأو قال لأنها هالكة وبين قيمة الكل جملة تسمع دعواه ، فظهر أن ما قد به المصنف فى دعوى الأعيان إنما هو إذا كانت هالكة وإلا لم ينجح إلى ذكر القيمة لأنه مأمور بإحضارها ، وقد منا عن ابن الكمال أن العين إذا تعذر إحضارها بهلاك ونحوه فذكر القيمة مغل عن التوصيف ، وهو موافق لما ذكره المصنف فى الأعيان من الاكتفاء بذكر القيمة ، فقوله هنا اشترط بيان جنسه ونوعه مشكل ، وإن قلنا إنه لا بد مع ذكر القيمة من بيان التوصيف لم يظهر فرق بين دعوى القيمة ودعوى نفس العين الهالكة . فما معنى قوله تبعا للبحر ؟ وهذا كله فى دعوى العين لا الدين فليتأمل : وفى البحر عن السراجية : ادعى ثمن محدود لم يشترط بيان حدوده (قوله من بيانه) أى بيان موضع الغصب (قوله على الظاهر) قال فى نور العين : وفى غصب غير المثل وإهلاكه ينبغي أن يبين قيمته يوم غضبه فى ظاهر الرواية : وفى رواية بتخير المالك بين أخذ قيمته يوم غضبه أو يوم هلاكه فلا بد من بيان أنها قيمة أى اليومين ، ولو ادعى ألف دينار بسبب إهلاك الأعيان لا بد من أن يبين قيمتها فى موضع الإهلاك ، وكذا لا بد من بيان الأعيان فإن منها ما هو قيمي ومنها ما هو مثلى اه (قوله فى دعوى العقار) فى المغرب العقار الضيعة ،

كما في النسب (ويكتفى بذكر ثلاثة) فلو ترك الرابع صح ، وإن ذكره وغلط فيه لامتنع لأن المدعى يختلف به ثم إنما يثبت الغلط بإقرار الشاهد فصولين (و ذكر أسماء أصحابها) أي الحدود (وأسماء السابهم ، ولا بد من ذكر الجرد) لكل منهم (إن لم يكن) الرجل (مشهورا) وإلا اكتفى باسمه لحصول المقصود (و) ذكر (أنه) أي العقار (في يده) ليصير خصما (ويزيد) عليه (بغير حق إن كان) المدعى

وقبل كل مال له أصل كالدار والضبيعة اه :

وقد صرح مشايخنا في كتاب الشفعة بأن البناء والنخل من المنقولات وأنه لا شفعة فيهما إذا بيعا بلا عرصه ، فإن بيعا معها وجبت تبعا ، وقد غلط بعض العصريين فجعل النخيل من العقار ونبه فلم يرجع كعادته بجره : وفي حاشية أبي السعود : وقوله لا شفعة فيهما الخ يحمل على ما إذا لم تكن الأرض محتكرة وإلا فالبناء بالأرض المحتكرة تثبت فيه الشفعة لأنه لما له من حق القرار التحق بالعقار كما سيأتي في الشفعة (قوله كما في النسب) فإن ذكر الاسم أعم من الاسم مع ذكر اسم الأب ، وهذا أعم من ذكر الاسم مع اسم الأب واسم الجرد كذا في الهاشم (قوله فلو ترك) أي المدعى أو الشاهد فحكهما في التوى والغلط واحد كما صرح في الفصولين (قوله وغلط فيه لا) أي لا يصح ، ونظيره إذا ادعى شراء شيء بثمن منقود فإن الشهادة تقبل وإن سكتوا عن بيان جنس الثمن ، ولو ذكره واختلفوا فيه لم تقبل كما في الزيلعي سائحاني (قوله فصولين) وفيه أيضا : أما لو ادعاه المدعى لا تسمع ولا تقبل بينته لأن المدعى عليه حين أجاب المدعى فقد صدقه أن المدعى بهذه الحدود فيصير بدعوى الغلط بعده مناقضا ؛ أو نقول تفسير دعوى الغلط أن يقول المدعى عليه أحدا للحدود ليس ما ذكره الشاهد أو يقول صاحب الحد ليس بهذا الاسم كل ذلك نفي والشهادة على النفي لا تقبل اه :

والصاحب جامع الفصولين بحث فيما ذكر كتبهناه على هامش البحر حاصله أنه يمكن أن يجيب المدعى بأن هذا ليس لك فلا يكون مناقضا ، أو يجيب ابتداء بأنه مخالف لما حددته فينبغي التفصيل ، وتماه فيه . وبخط السائحاني والمخلص أن يقول المدعى عليه هذا الحدود ليس في يدي فيلزم أن يقول الخصم بل هو في يدك ولكن حصل غلط فيمنع به ، ولو تدارك الشاهد الغلط في المجلس يقبل أو في غيره إذا وفق بزازية : وعبارتها : ولو غلطوا في حد واحد أو حدين ثم تداركوا في المجلس أو غيره يقبل عند إمكان التوفيق بأن يقول كان اسمه فلانا ثم صار اسمه فلانا أو باع فلان واشتراه المذكور (قوله ولا بد من ذكر الجرد) قدمنا قبيل باب الشهادة على الشهادة أن الدعوى والشهادة بالحدود في هذا الصلح تصح ، أما في الدار فلا بد من تحديده ولو مشهورا عند أبي جنيفة ، وتماه حده بل ذكر جرد صاحب الحد . وعندهما التحديد ليس بشرط في الدار المعروف كدار عمر بن الحارث بكوفة ، فعلى هذا لو ذكر لزيق دار فلان ولم يذكر اسمه ونسبه وهو معروف يكفيه إذ الحاجة إليهما لإعلام ذلك الرجل وهذا مما يحفظ جدا فصولين .

[فرع] قال في جامع الفصولين : لو ذكر لزيق دار ورثة فلان لا يحصل التعريف إذ هو بذكر الاسم والنسب ، وقيل يصح لأنه من أسباب التعريف اه . وعمل للأول قبله بأن الورثة مجهولون منهم ذو فرض وعصبة وذو رحم ثم رمز : لو كتب لزيق ورثة فلان قبل القسمة قيل يصح وقيل لا ، ثم رمز : كتب لزيق دار من زكاة فلان يصح حداً ، ولو جعل أحد حدوده أرضا لا يدري مالسها لا يكتفى :

أقول : لو كانت معروفة ينبغي أن لا يحتاج إلى ذكر صاحب اليد لحصول الغرض اه . ولا ينبغي أن يحثه مخالف لقول الإمام كما قدمناه عنه : ثم قال : ولو جعل أحد الحدود أرض المملوكة يصح وإن لم يذكر أنه في يد من لأنها في يد السلطان بواسطة يد نائبه والطريق يصلح حداً بلا بيان طوله وعرضه إلا على قول والنهر لا عند

(منقولاً) لما مر (ولا تثبت يده في العقار بتصادقهما بل لا بد من بينة أو علم قاض) لاحتمال تزويرهما بخلاف المتقول لمعاينة يده ، ثم هذا ليس على إطلاقه بل (إذا ادعى) العقار (ملكاً مطلقاً ، أما في دعوى الغصب و) دعوى (الشراء) من ذى اليد (فلا) يفتقر لبينة ، لأن دعوى الفعل كما تصح على ذى اليد تصح على غيره أيضاً بزازية (و) ذكر (أنه يطالبه به) لتوقفه على طلبه ولاحتمال رهنه أو حبسه بالثمن وبه استغنى عن زيادة بغير حق فافهم (ولو كان) ما يدعيه (ديناً) مكبلاً أو موزوناً نقداً أو غيره (ذكر وصفه) لأنه لا يعرف إلا به (ولا بد في دعوى المثليات من ذكر الجنس والنوع والصفة والقدر وسبب الوجوب) فلو ادعى كرت بر ديناً عليه ولم يذكر سبباً لم تسمع ؛ وإذا ذكر ، ففي السلم إنما له المطالبة في مكان عيناه ، وفي نحو قرض وغصب واستهلاك في مكان القرض ونحوه بحر فليحفظ (ويسأل القاضى المدعى عليه) عن الدعوى فيقول إنه ادعى عليك كذا فإذا تقول (بعد صحتها وإلا) تصدر صحيحة (لا) يسأل لعدم وجوب جوابه (فإن أقر) فيها (أو أنكر)

البعض ، وكذا السور وهو رواية ، وظاهر المذهب يصلح والخندق كنه ، ولو قال لزيق أرض فلان وافلان في هذه القرية أراض كثيرة متفرقة مختلفة تصح الدعوى والشهادة ، ولو ذكر لزيق أرض الوقف لا يكفي ، وينبغي أن يذكر أنها وقف على الفقراء أو المسجد أو نحوه ويكون كذكر الواقف ، وقيل لا يثبت التعريف بذكر الواقف ما لم يذكر أنه في يد من ؛

أقول : ينبغي أن يكون هذا على تقدير عدم المعرفة إلا به وإلا فهو تضيق بلا ضرورة اه ملخصاً (قرره منقولاً) هو تكرار مع ما مر من (قوله ولا تثبت يده في العقار بتصادقهما الخ) هذا مما يقع كثيراً ويغفل عنه كثير من قضاة زماننا حيث يكتب في الصكوك فأقر بوضع يده على العقار المذكور فلا بد أن يقول المدعى إنه واضح يده على العقار ويشهد له شاهدان ولذا نظمت ذلك بقولي :

واليد لا تثبت في العقار مع التصديق فلا تمار

بل يلزم البرهان إن لم يدع عليه غصبا أو شراء مدعى

وفي جامع الفصولين برمز الخانية : ادعى شيئاً بيد آخر وقال هو المملوك وهذا أحدث يده عليه بلا حق ،

قالوا ليس هذا دعوى غصب على ذى اليد :

قال صاحب الفصولين : أقول قياس ما مر في فحش أنه لو ادعى أنه ملكي وفي يدك بغير حق يصح ، ولو لم يذكر يوم غصبه ينبغي أن يصح هنا أيضاً ، وتماه فيه في الفصل السادس (قوله يطالبه به) أى سواء كان عيناً أو ديناً منقولاً أو عقاراً ، فلو قال : لى عليه عشرة دراهم ولم يزد على ذلك لم يصح ما لم يقل للقاضى مره حتى يعطيه ، وقيل يصح وهو الصحيح قهستاني سائحاني (قوله وبه استغنى) أى بذكر أنه يطالبه به لأنه لا مطالبة له إذا كان محبوساً بحق (قوله ذكر وصفه) زاد في السكيز وأنه يطالبه به . قال في البحر : هكذا يجزم به في المتون والشروح : وأما أصحاب الفتاوى كالتخلص والبيزازية فجعلوا اشتراطه قولاً ضعيفاً ، وليس المراد لفظ وأطالبه به بل هو أو ما يفيد من قوله مره ليعطينى حتى كما في العمدة اه ، ولا يخفى أنه كان ينبغي للمصنف ذكره ، لما قالوا إن ما في المتون والشروح مقدم على ما في الفتاوى (قوله من ذكر الجنس) كحنطة والنوع كسقية والصفة كجيدة (قوله لم يسمع) ويذكر في السلم شرائطه من أعلام جنس رأس المال وغيره من لوعه وصفته وقدره بالوزن إن كان وزنيا وانتقاد بالمجلس حتى يصح ، ولو قال بسبب بيع صحيح جرى بينهما صحته الدعوى بلا خلاف وعلى هذا في كل سبب له شرائط كثيرة لا يكتفى بقوله بسبب كذا صحيح ، وإذا قلت الشرائط يكفي وأجاب

فبرهن المدعى قضى عليه (بلا طلب المدعى (وإلا) يبرهن (حلفه) الحاكم (بعد طلبه) إذ لا بد من طلبه اليمين في جميع الدعاوى إلا عند الثاني في أربع على ما في البزازية : قال : وأجمعوا على التحليف بلا طلب في دعوى الدين على الميت :

(وإذا قال) المدعى عليه (لا أقر ولا أنكر لا يستحلف بل يجبس ليقر أو ينكر) درر ، وكذا لو لزم السكوت بلا آفة عند الثاني خلاصة . قال في البحر : وبه أفتيت لما أن الفتوى على قول الثاني فيما يتعلق بالقضاء اه : ثم نقل عن البدائع : الأشبه أنه إنكار فيستحلف ، قيدنا بتحليف الحاكم لأنهما لو (اصطلاحا على أن يحلف عند غير قاض ويكون بريئا فهو باطل) لأن اليمين حق القاضي مع طلب الخصم ولا عبرة باليمين ولا نكول عند غير القاضي (فلو برهن عليه) أى على حقه (يقبل وإلا يحلفه ثانيا عند قاض) بزازية

شمس الإسلام فيمن قال كفل كفالة صحيحة أنه لا يصح كالسلم لأنه لعله صحيح في اعتقاده لا عند الحنفي المعتقد عدمها بلا قبول ، فيقول كفل وقبل المكفول له في المجلس ويذكر في القرض وأقرضه من نال نفسه لجواز أن يكون وكيفا وهو سفير لا يملك الطلب ويذكر أنه قبضه وصرفه في حوائجه ليكون ديناً إجماعاً لأنه عند الثاني موقوف على صرفه واستهلاكه بزازية ملخصاً (قوله فبرهن) ظاهره أن البيعة لا تقام على مقر . قال في البحر إلا في أربع فراجع ، وفيه لو أقر بعد البيعة يقضى به لا بها ، وأنه لو سكت عن الجواب يجبس إلى أن يجيب راجعه (قوله حلفه الحاكم) ولا يبطل حقه بيمينه ، ولكنه ليس له أن يخاصم ما لم يتم البيعة على وفق دعواه ، فإن وجدها أقامها وقضى له بها درر كذا في الهامش (قوله في أربع) في الرد بالعيب يحلف المشتري بالله ماضية بالعيب ، والشفيع بالله ما أبطلت شفيعتك ، والمرأة إذا طلبت فرض النفقة على زوجها الغائب تحلف بالله ما خلف لك زوجك شيئاً ولا أعطاك النفقة ، والرابع يحلف المستحق بالله ما بايعت ح كذا في الهامش : وفيه : فرع رجل ادعى على رجل أنه كان لأبي عليك مائة دينار وقد مات أبي قبل استيفاء شيء منها وصارت ميراثاً لي بموته وطالبه بتسليم المائة دينار فقال المدعى عليه قد كان لأبيك على مائة دينار إلا أنني أدبت منها ثمانين ديناراً إلى أبيك في حياته وقد أقر أبوك بالقبض ببلدة سمرقند في بيتي في يوم كذا بالفاظ فارسية وأقام على ذلك بيعة فقال المدعى للمدعى عليه إنك مبطل في دعواك إقرار أبي بقبض ثمانين ديناراً منك ، لما أن أبي كان غائباً عن بلدة سمرقند في اليوم الذي ادعيت إقراره فيه وكان ببلدة كبيرة وأقام على ذلك بيعة هل تندفع بيعة المدعى عليه ببيعة المدعى ؟ فقيل لا إلا أن تكون غيبة أبي المدعى عن سمرقند في اليوم الذي شهد شهود المدعى عليه على إقراره بالاستيفاء بسمرقند وكونه ببلدة كبيرة ظاهراً مستفيضاً يعرفه كل صغير وكبير وكل عالم وجاهد ، فحينئذ القاضي يدفع ببيئته بيعة المدعى عليه كذا في الذخيرة فتاوى الهندية من الباب التاسع في الشهادة على النفي والإثبات اه (قوله وأجمعوا) الألسب أن يقول وإلا في دعوى الدين على الميت اتفاقاً :

وصورة التحليف أن يقول له القاضي : بالله ما استوفيت من الديون ولا من أحد أداه إليك عنه ولا قبضه لك قابض بأمرك ولا أبرأته منه ولا شيء منه ولا أحلت بشيء من ذلك أحداً ولا عندك به ولا بشيء منه رهن ، كذا في البحر عن البزازية ح ويحلف ، وإن أقر به المريض في مرض موته كما في الأشباه عن القطارخالية وقدمه الشارح قبيل باب التحكيم من القضاء (قوله ثم نقل) أى في مسألة المتن . قال في الهامش : قوله ثم نقل عن البدائع : المتبادر أنه راجع إلى مسألة السكوت ، وليس كذلك بل هو راجع إلى المتن : قال في البحر : وفي الجمع ، ولو قال لا أقر ولا أنكر فالقاضي لا يستحلفه . قال الشارح : بل يجبس عند أبي حنيفة حتى يقر أو ينكر . وقال يستحلف : وفي البدائع أنه إنكار وهو تصحيح لقولها كما لا يخفى ، فإن الأشبه من ألفاظ التصحيح كما في البزازية ح

إلا إذا كان حلفه الأول عنده فيكفي درر : ونقل المصنف عن القنية أن التحليف حق القاضي ، فما لم يكن باستحلاله لم يعتبر (وكذا لو اصطالحا أن المدعى لو حلف فالخصم ضامن) للمال (وحالف) أي المدعى (لم يضمن) الخصم لأن فيه تغيير الشرع (واليمين لا ترد على مدع) لحديث « البينة على المدعى » وحديث الشاهد واليمين ضعيف ، بل رده ابن معين ، بل أكره الراوى عيني :

(برهن) المدعى (على دعواه وطلب من القاضي أن يحلف المدعى أنه محق في الدعوى أو على أن الشهود صادقون أو محقون في الشهادة لا يجيبه) القاضي إلى طابته لأن الخصم لا يحلف مرتين فكيف الشاهد لأن لفظ أشهد عندنا يمين ، ولا يكرر اليمين لأننا أمرنا بإكرام الشهود ولذا لو (علم الشاهد أن القاضي بحلفه) ويعمل بالمنسوخ (له الامتناع عن أداء الشهادة) لأنه لا يلزمه بزازية (وبينة الخارج في الملك المطلق) وهو الذي لم يذكر له منب (أحق من بينة ذي اليد) لأنه المدعى والبينة له بالحديث ، بخلاف المقيد بسبب كنتاج ونكاح فالبينة لذي اليد إجماعا كما سيجيء (وقضى) القاضي (عليه بنكوله مرة) لو نكوله (في مجلس القاضي) حقيقة (بقوله لا أحلف) أو حكما كان (سكت) وعلم أنه (من غير آفة) كخرس وطرش في الصحيح سراج وعرض اليمين ثلاثا ثم القضاء أحوط

(قوله إلا إذا كان) استثناء منقطع لأن فرض المسألة في أن الحلف الأول عند غير قاض (قوله حلفه الأول عنده) أي عند قاض فيكفي : أي لا يحتاج إلى التحليف ثانيا . هذا ، ولا موقع للاستثناء كما لا يخفى ح اللهم إلا أن يكون المراد عنده قبل تقلده القضاء تأمل وراجع ، وقوله حلفه بفتح الحاء وكسر اللام وضم الفاء والهاء (قوله لم يعتبر) هذه المسألة تغاير المقدمة في المتن ، فإن تلك إذا حلف عند غير قاض وهذه فيما إذا حلف عند القاضي باستحلاف المدعى لا القاضي ح (قوله وكذا لو اصطالحا) وفي الواقعات الحسامية قبيل الرهن : وعند محمد قال لآخر لي عليك ألف درهم فقال له الآخر إن حلفت إنها لك أديتها إليك فحالف فأداها إليه المدعى عليه ، إن كان أداها إليه على الشرط الذي شرط فهو باطل وللمؤدى أن يرجع فيما أدى لأن ذلك الشرط باطل لأنه على خلاف حكم الشرع لأن حكم الشرع أن اليمين على من أنكر دون المدعى اه بحر (قوله أو على أن الشهود الخ) أي أو طلب تحليف الشهود على أنهم صادقون (قوله في الملك المطلق) قيد بالملك المطلق لما سيأتي وهو مقيد بما إذا لم يؤرخا أو أرخا وتاريخ الخارج مساو أو أسبق . أما إذا كان تاريخ ذي اليد أسبق فإنه يقضى له كما سيأتي في الكتاب بخلاف ما إذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الشراء من فلان وبرهنا وأرخا وتاريخ ذي اليد أسبق فإنه يقضى للخارج كما في الظهيرية بحر (قوله بخلاف المقيد) لأن البينة قامت على ما لا يدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح : ودليله من السنة ما روى عن جابر بن عبد الله « أن رجلا ادعى ناقة في يد رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجتها وأقام الذي بيده البينة أنها ناقته نتجتها ، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هي في يده » وهذا حديث صحيح مشهور بحر ؛ كذا في الهامش (قوله ونكاح) أي لو برهن على نكاح امرأة فتهازرا تعذر العمل بهما لأن المحل لا يقبل الاشتراط ، وإذا تهازرا فرق القاضي بينهما حيث لا مرجح كما في القنية ، ولا شيء على واحد منهما إن كان قبل الدخول . أما لو كان التهازر بعد موتها ولم يؤرخا فإنه يقضى بالنكاح بينهما ، وعلى كل واحد منهما نصف المهر ويرثان ميراث زوج واحد بحر وتماه فيه كذا في الهامش (قوله في الصحيح) أي على قول الثاني الذي عليه الفتوى كما تقدم (قوله وعرض اليمين) هو مبتدأ ، وقوله أحوط خبر عنه (قوله أحوط) أي ندبا وعن أبي يوسف ومحمد أن التكرار حتم حتى لو قضى

(وهل يشترط القضاء على فور النكول ، خلاف) درر ، ولم أر فيه ترجيحاً قاله المصنف : قلت : قدمنا أنه يفترض القضاء فوراً إلا في ثلاث (قضى عليه بالنكول ثم أراد أن يحلف لا يلتفت إليه والقضاء على حاله) ماض درر فبلغت طرق القضاء ثلاثاً ، وعددها في الأشباه سبعة بينة وإقرار ويمين ونكول منه وقسامة وعلم قاض على المرجوح ، والسابع قرينة قاطعة كأن ظهر من دار خالية لسان خائف بسكين متلوث بدم فدخلوها فوراً فأوا مذبوحة لحينه أخذ به إذ لا يمتري أحد أنه قاتله ، (شك فيما يدعى عليه يلغى أن يرضى خصمه ولا يحلف) تحرزا عن الوقوع في الحرام (وإن أبي خصمه إلا حلفه ، إن أكبر رأيه أن المدعى مبطل حلف وإلا) بأن غلب على ظنه أنه محق (لا) يحلف بزازية (وتقبل البينة لو أقامها) المدعى وإن قال قبل اليمين لا بينة لي سراج خلافاً لما في شرح المجمع عن المحيط (بعد يمين) المدعى عليه كما تقبل البينة بعد القضاء بالنكول خالية (عند العامة) وهو الصحيح لقول شريح : اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة ، ولأن اليمين كالحلف عن البينة فإذا جاء الأصل انتهى حكم الحلف كأنه لم يوجد أصلاً بحر (ويظهر كذبه بإقامتها) أي البينة (لو ادعاه) أي المال (بلا سبب فحلف) أي المدعى عليه ثم أقامها حتى يحنث في يمينه وعليه الفتوى طلاق الخالية

القاضي بالنكول مرة لا ينفذ ، والصحيح أنه ينفذ من (قوله وهل يشترط) الأولى يفترض (قوله قاله المصنف) قال الرملي في حاشية المنح : تقدم أنه ينزل منكر على قولها ، وعلى قول أبي يوسف يحبس إلى أن يجيب ، ولكن الأول فيما إذا لزم السكوت ابتداء ولم يجب عند الدعوى بجواب ، وهذا فيما إذا أجاب بالإنكار ثم لزم السكوت تأمل (قوله قدمنا) أي في كتاب القضاء ح (قوله لا يلتفت إليه) أما لو أقام بينة بعده فتقبل كما يأتي قريباً (قوله ثلاثاً) بينة وإقرار ونكول (قوله والسابع الخ) بحث في هذه السابعة الخیر الرملي في حاشية المنح وقال إنه غريب لا يقبل ما لم يعضده نقل من كتاب معتمد : وذكر في البحر أن مدارها على ابن الغرس ، لكن عبارة ابن الغرس : فقد قالوا لو ظهر إنسان الخ (قوله خلافاً لما في شرح المجمع) ليس فيه ما ينافي ذلك بل حكى قولين ح (قوله بعد يمين المدعى عليه) لأن حكم اليمين انقطاع الخصومة للحال إلى غاية إحضار البينة وهو الصحيح وقبل انقطاعها مطلقاً (قوله بعد القضاء بالنكول) كأن فائدتها لتتعدى إلى غيره لأن النكول إقرار وهو حجة قاصرة ، بخلاف البينة شيخنا ، وهذا ظاهر في نحو الرد بالعيب (قوله خالية) قال في البحر : ثم اعلم أن القضاء بالنكول لا يمنع المقضى عليه من إقامة البينة بما يبطله ، لما في الخالية : رجل اشترى من رجل عبداً فوجد به عيباً فخاصم البائع فأنكر البائع أن يكون العيب عنده فاستحلف فنكل فقضى القاضي عليه وألزمه العبد ثم قال البائع بعد ذلك قد كنت تبرأت إليه من هذا العيب وأقام البينة ثبت بينته اه :

أقول : إن كان يبنى ما ذكره من القاعدة هو ما نقله عن الخالية ففيه نظر ، فإن نكوله عن الحلف بذل أو إقرار بأن العيب عنده فإقامته البينة بعده على أنه تبرأ إليه من هذا العيب مؤكداً لما أقربه في ضمن نكوله ، أما لو ادعى عليه مالا ولكل عن اليمين فقضى عليه به يكون إقراراً به وحكماً به ، فإذا برهن على أنه كان قضاه إياه يكون تناقضاً ونقضاً للحكم فين المسألتين. فرق فكيف نصح قاعدة كلية ثم لا يخفى أن كلام البحر في إقامة المقضى عليه البينة ، وظاهر كلام الشارح أن المدعى هو الذي أقام البينة كما يدل عليه السياق فلا يدل عليه ما في الخالية من هذا الوجه أيضاً ، وانظر ما كتبناه في هامش البحر عن حاشية الأشباه للحموي (قوله طلاق الخالية) الذي نقله في البحر عن طلاق الخالية والولواجية من الحنث مطلق عن التقييد بالسبب وعدمه ، وما في الدرر من عدم الحنث مطلقاً جعلوه إحدى الروايتين عن محمد . والذي جعلوا الفتوى عليه هو الرواية الثانية عنه وهو قول

خلافاً لإطلاق الدرر (وإن ادعاه (بسبب فحلف) أنه لا دين عليه (ثم أقامها) المدعى على السبب (لا) يظهر كذبه لجواز أنه وجد القرض ثم وجد الإبراء أو الإيفاء وعليه الفتوى فصولين وسراج وشمى وغيرهم (ولانحليف في نكاح) أكره هو أو هي (ورجعة) جحدما هو أو هي بعد عدة (وفىء إيلاء) أكره أحدهما بعد المدة (واستبلاد) تدعيه الأمة ، ولا يتأني عكسه لثبوته بإقراره (ورق ولسب) بأن ادعى على مجهول أنه قنه أو ابنه وبالعكس (وولاء) عتاقة أو مولاة ادعاه الأعلى أو الأسفل (وحد ولعان) والفتوى على أنه يحلف المنكر (في الأشياء) السبعة ، ومع عدما ستة ألحق أمومية الولد بالنسب أو الرق :

والحاصل أن المقتى به التحليف في الكل إلا في الحدود ومنها حد قذف ولعان فلا يمين إجماعاً ، لا إذا تضمن حقا بأن علق عتق عبده بزنا نفسه فللعبد تحليفه ، فإن نكل ثبت العتق لا الزنا (و) كذا (يستحلف السارق) لأجل المال (فإن نكل ضمن ولم يقطع) وإن أقر بها قطع ، وقالوا : يستحلف

أبي يوسف ، والتفصيل المذكور في المن ذكره في جامع الفصولين ، فعبارة الشارح غير محررة (قوله خلافاً لإطلاق الدرر) حيث قال وهل يظهر كذب المنكر بإقامة البينة ، والصواب أنه لا يظهر حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ذكره الزيلعي (قوله ثم أقامها المدعى) سيعيد الشارح المسألة بعد نحو ورقتين (قوله أو الإيفاء) بحث فيه العلامة المقدسى بأن الأصل في الثابت أن يبقى على ثبوته وقد حكتم لمن شهد له بشيء أنه كان له أن الأصل بقاؤه وإذا وجد السبب ثبت والأصل بقاؤه اه ط :

أقول : وجوابه أن إثبات كون الشيء له يفيد ملكيته له في الزمن السابق واستصحاب هذا الثابت يصلح لدفع من يعارضه في الملكية بعد ثبوتها له ، وقد قالوا الاستصحاب يصلح للدفع لا للإثبات ، وإذا أثبتنا الحنث بكون الأصل بقاء القرض يكون من الإثبات بالاستصحاب وهو لا يجوز فالفرق ظاهر فتأمل (قوله ولانحليف) أى في تسعة (قوله بعد عدة) قيد للثاني كما في الدرر (قوله تدعيه الأمة) بأنها ولدت منه ولداً وقد مات أو أسقطت سقطاً مستبين الخلق وأكره المولى ابن كمال (قوله ولا يتأني الخ) وقلب العبارة الزيلعي وهو سبق قلم (قوله ولسب) وفي المنظومة وولاد : قال في الحقائق : لم يقل ونسب لأنه إنما يستحلف في النسب المجرى عندهما إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن في حق الرجل والأب في حق المرأة ابن كمال (قوله وولاء) أى بأن ادعى على معروف الرق أنه معتقه أو مولاه (قوله في الأشياء السبعة) أى السبعة الأولى من التسعة . قال الزيلعي : وهو قولها ، والأول قول الإمامس : قال الرملى : ويقضى عليه بالنكول عندهما (قوله وكذا يستحلف السارق) وكذا يحلف في النكاح إن ادعت هي المال : أى إن ادعت المرأة النكاح وغرضها المال كالمهر والنفقة فأنكر الزوج يحلف ، فإن نكل يلزمه المال ولا يثبت الحل عنده لأن المال يثبت بالبدل لا الحل : وفي النسب إذا ادعى حقا ما لا كان كالإرث والنفقة أو غير مال كحق الحضانة في اللقيط والعتق بسبب الملك وامتناع الرجوع في الهبة ، فإن نكل ثبت الحق ، ولا يثبت النسب إن كان مما لا يثبت بالإقرار ، وإن كان منه فعلى الخلاف المذكور وكذا منكر العقود الخ ابن كمال وإلنكار القود سيد كره المصنف : وفي صدر الشريعة ، فيبلغز أيما مرة تأخذ نفقة غير معتدة ولا حائضة ولا نساء ولا يحل وطؤها . وفيه ويلغز أى شخص أخذ الإرث ولم يثبت نسبه كما لو ادعى إرثاً بسبب إخوة فالنكر إخرته :

والحاصل أن هذه الأشياء لا تحليف فيها عند الإمام ما لم يدع معها مالا فإنه يحلف وفاقا سائحاني (قوله ولم يقطع) اعترض بأنه ينبغي أن يصح قطعه عند أبي حنيفة لأنه بدل كما في قود الطرف :

والحاصل أن النكول في قطع الطرف والنكول في العرقه ينبغي أن يتحدا في إيجاب القطع وعدمه : ويمكن

في التعزير كما بسطه في الدور : وفي الفصول : ادعى لكاحها فحيلة دفع يمينها أن تزوج فلا تحلف : وفي الخالية لاستحلاف في إحدى وثلاثين مسألة (النيابة تجرى في الاستحلاف لا الحلف) وفرع على الأول بقوله (فالوكيل والوصي والمتولي وأبو الصغير يملك الاستحلاف) فله طلب يمين خصمه (ولا يحلف) أحدهمهم (إلا إذا) ادعى عليه العقد أو (صح إقراره) على الأصيل فيستحلف حينئذ ، كالوكيل بالبيع فإن إقراره صحيح على الموكل ، فكذا لكوله . وفي الخلاصة : كل موضع لو أقر لزمه فإذا أنكره يستحلف إلا في ثلاث ذكرها ، والصواب في أربع وثلاثين لما مر عن الخالية ؛ وزاد ستة أخرى في البحر ، وزاد أربعة عشر في تنوير البصائر حاشية الأشباه والنظائر لابن المصنف ، ولولا خشية التطويل لأوردتها كلها :

(التحليف على فعل نفسه يكون على البتات) أى القطع بأنه ليس كذلك (و) التحليف (على فعل غيره) يكون (على العلم) أى إنه لا يعلم أنه كذلك لعدم علمه بما فعل غيره ظاهرا ، اللهم (إلا إذا كان) فعل الغير (شيئا يتصل به) أى بالخالف وفرع عليه بقوله (فإن ادعى) مشتري العبد (سرقة العبد أو إباقه) وأثبت ذلك (بحلف) البائع

الجواب بأن قود الطرف حق العبد فيثبت بالشبهة كالأموال ، بخلاف القطع في السرقة فإنه خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهة فظهر الفرق فليتأمل بعقوبية (قوله في التعزير) لأنه محض حق العبد ولهذا يملك العبد إسقاطه بالعفو س (قوله فحيلة دفع يمينها) أى دفع اليمين عنها كذا في الهامش (قوله أن تزوج) أى بآخر كذا في الهامش (قوله في إحدى وثلاثين مسألة) تقدمت في الوقف س وذكرها في البحر هنا ، وذكر في الهامش عن الإمام الخصاص . كان الإمام الثاني وغيره رحمهم الله تعالى من أصحابنا يقولون يحلف في كل سبب لو أقر المدعى عليه لزمه ، كما لو ادعى أنه أبوه أو ابنه أو زوجته أو مولاه ، ولو ادعى أنه أخوه أو عمه أو نحوه لا يحلف إلا أن يدعى حتما في ذمته كالإرث بجهة فحينئذ يحلف ، وإن نكل يقضى بالمال إن ثبت المال ، ودعوى الوصية بثلاث المال كدعوى الإرث على ما ذكرنا إلا في فصل واحد : وهو أن الوارث لو نكل عن اليمين عن موت مورثه ودفع ثلث ما في يده من ماله إلى ثلث مدعى الوصية بالثلث ثم جاء المورث حيا لا يضمن الوارث الناكل له شيئا من البرازية من كتاب أدب القاضى في اليمين (قوله لا الحلف) يخالفه ما يأتي عن شرح الوهبانية من أن الأخرس الأصم الأعمى يحلف وليه (قوله ولا يحلف الخ) الأولى أن يقول وفرع على الثاني بقوله ولا يحلف الخ (قوله على الأصيل) أى الوكيل لقط كذا في الهامش (قوله فيستحلف الخ) بقى هل يستحلف على العلم أو على البتات؟ ذكر في الفصل السادس والعشرين من نور العين أن الوصى إذا باع شيئا من التركة فادعى المشتري أنه معيب فإنه يحلف على البتات ، بخلاف الوكيل فإنه يحلف على عدم العلم اه فتأمله كذا بخط بعض الفضلاء (قوله والصواب في أربع وثلاثين) أى يضم الثلاثة إلى ما في الخالية ، لكن الأولى منها مذكورة في الخالية (قوله لابن المصنف) وهو الشيخ شرف الدين عبد القادر وهو صاحب تنوير البصائر وأخوه الشيخ صالح صاحب الزواهر كذا يفهم من كتاب الوقف (قوله سرقة العبد الخ) يعنى أن مشتري العبد إذا ادعى أنه سارق أو آبق وأثبت إباقه أو سرقة في يد نفسه وادعى أنه آبق أو سارق في يد البائع وأراد التحليف يحلف البائع بالله ما آبق بالله ماسرق في يدك وهذا تحليف على فعل الغير درر كذا في الهامش (قوله أو إباقه) ليس المراد بالإباق الذى يدعيه المشتري الإباق الكائن عنده ، إذ لو أقر به البائع لا يلزمه شيء لأن الإباق من العيوب التى لا بد فيها من المعاودة بأن يثبت وجوده عند البائع ثم عند المشتري كلاهما في صغره أو كبره على ما سبق في محله أبو السعود . وفي الحواشى السعدية ، قوله يحلف على البتات بالله ما آبق :

(على البتات) مع أنه فعل الغير وإنما صح باعتبار وجوب تسليمه سلباً فرجع إلى فعل نفسه فحلف على البتات لأنها آكد ولذا تعتبر مطلقاً بخلاف العكس درر عن الزيلعي : وفي شرح المجمع عنه : هذا إذا قال المنكر لا علم لي بذلك ، ولو ادعى العلم حلف على البتات كمودع ادعى قبض ربها وفرع على قوله وفعل غيره على العلم بقوله (وإذا ادعى) بكر (سبق الشراء) له على شراء زيد ولا بينة (يحلف خصمه) وهو بكر (على العلم) أي أنه لا يعلم أنه اشتراه قبله لما مر (كذا إذا ادعى ديناً أو عينا على وارث إذا علم القاضى كونه مبرأاً أو أقر به المدعى أو برهن الخصم عليه) فيحلف على العلم (ولو ادعى عما) أي الدين والعين (الوارث) على غيره (يحلف) المدعى عليه (على البتات) كوهوب وشراء درر (و) يحلف (جاحد القود) إجماعاً (فإن نكل ، فإن كان في النفس حجب حتى يقر أو يحلف وفيما دونه يقتصر) لأن الأطراف خلقت وقاية للنفس كالمال فيجربى فيها الابتذال

أقول : الظاهر أنه يحلف على الحاصل بالله ما عليك الرد فإن في الحلف على السبب بتضرر البائع أو قد يبرأ المشتري على العيب اهـ (قوله على البتات) كل موضع وجب اليمين فيه على العلم فحلف على البتات كنى وسقطت عنه وعلى عكسه لا ، ولا يقضى بنكوله على ما ليس واجباً عليه بحر (قوله لأنها آكد) أي لأن يمين البتات آكد من يمين العلم اهـ ح (قوله ولذا تعتبر مطلقاً) أي ولسكون يمين البتات آكد من يمين العلم تعتبر في فعل نفسه وفي فعل غيره ح كذا في الهامش (قوله مطلقاً) أي فعل نفسه وفعل غيره (قوله بخلاف العكس) يعني أن يمين العلم لا تكفى في فعل نفسه ح كذا في الهامش (قوله عن الزيلعي) قال الزيلعي : في كل موضع يجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبراً حتى لا يقضى عليه ولا يسقط اليمين عنه ، وفي كل موضع وجب اليمين فيه على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط اليمين عنه ويقضى عليه إذا نكل لأن الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقاً بخلاف العكس اهـ .

وفي جامع الفصولين قبل هذا الفرع مشكل : قال الرملي : وجه إشكاله أنه يقضى عليه مع أنه غير مكلف إلى البت ويزول الإشكال بأنه مسقط لليمين الواجبة عليه فاعتبر فيكون قضاء بعد نكول عن يمين مسقط للحلف عنه بخلاف عكسه ولهذا يحلف ثانياً لعدم سقوط الحلف عنه بها فنكوله عنه لعدم اعتباره والاحتراز به فلا يقضى عليه بسببه تأمل اهـ : واستشكل في السعدية الفرعين ولم يجب على الثاني ، وأجاب عن الأول بأنه يجوز أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذراً عن التكرار اهـ وهو بمعنى ما ذكره الرملي (قوله وهو بكر) تفسيرا للضمير ، والأولى أن يقول : أي خصم بكر وهو زيد :

أقول : تبع الشارح في هذا المصنف وصاحب الدرر : قال بعض مشايخنا : صوابه زيد لأنه هو المنكر واليمين عليه : ويمكن أن يقال أن يحلف بالبناء للفاعل لا للمفعول ، ومعناه أن يطلب من القاضى تحليفه لأن ولاية التحليف له فيكون قوله وهو بكر تفسيرا للضمير في خصمه لكن فيه ركافة من : وقال في الهامش : قوله وهو بكر راجع إلى المضاف إليه لا للمضاف ، وأو قال وهو زيد لسكان أولى ح (قوله إذا علم القاضى) ينبغي أن يخصص التقييد بذلك بصورة العين كما يظهر من العمادية ، فإن جريان ذلك في الدين مشكل عزمي . وذكر في البحر تفصيلاً في دعوى الدين فراجع فإنه مهم (قوله كونه مبرأاً) أي كون المورث مات وتركه (قوله أو برهن الخصم) وهو المدعى عليه (قوله فيحلف) أي الوارث (قوله على العلم) أي وإلا بأن لم يعلم القاضى حقيقة الحال ولا إقرار المدعى بذلك ولا أقام المدعى عليه بينة يحلف على البتات بالله ما عليك تسليم هذه العين إلى المدعى عمادية عزمي (قوله كوهوب) يعني لو وهب رجل لرجل عبداً فقبضه أو اشترى رجل مع رجل عبداً فجاء رجل وزعم (٧٠ - خاتمة ابن مابدين - ٥)

خلافاً لها :

(قال المدعى : لى بيته حاضرة) فى المصر (وطلب يمين خصمه لم يخاف) خلافاً لها ، ولو حاضرة فى مجلس الحكم لم يخلف اتفاقاً ، ولو غائبة عن المصر حلف اتفاقاً ابن ملك ، وقدر فى المجتبى الغيبة بمدة السفر (وبأخذ القاضى) فى مسألة المتن فيما لا يسقط بشبهة (كفيلاً ثقة) بأمن هروبه بجر فليحفظ (من خصمه) ولو وجبها والمال حقيراً فى ظاهر المذهب عبنى (بنفسه ثلاثة أيام) فى الصحيح ، وعن الثانى إلى مجلسه الثانى وصحح (فإن امتنع من) إعطاء (ذلك) الكفيل (لا زمه) بنفسه أو أمينه مقدار (مدة التكفيل) لئلا يغيب (إلا أن يكون) الخصم (غريباً)

أن العبد عبده ولا بيته له فأراد استحلاف المدعى عليه بخلاف على البتات ح (قوله خلافاً لها) فعندهما يلزمه الأرش فهما لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص منع (قوله حاضرة فى المصر) أطلق حضورها فشمّل حضورها فى المصر بصفة المرض ، وظاهر ما فى خزائنة المفتين خلافه فإنه قال الاستحلاف يجرى فى الدعاوى الصحيحة إذا أنكر المدعى عليه ويقول المدعى لا شهود لى أو شهودى غيب أو فى المصر اه بحر (قوله وبأخذ القاضى) أى بطلب المدعى كما فى الخانية : وفى الصغرى : هذا إذا كان المدعى عالماً بذلك ، أما إذا كان جاهلاً بالقاضى يطلب رواه ابن سماعة عن محمد اه بحر (قوله فى مسألة المتن) قيد بها لأنه لو قال لا بيته لى أو شهودى غيب لا يكفل لعدم الفائدة ، كذا فى الهداية (قوله يؤمن هروبه) بأن يكون له دار معروفة وحانوت معروف لا يسكن فى بيت بكراء ويتركه ويهرب منه منع وهذا شىء يحفظ جداً بحر عن الصغرى : قال : وينبغى أن يكون الفقيه ثقة بوظائفه فى الأوقاف وإن لم يكن له ملك فى دار أو حانوت لأنه لا يتركها ويهرب اه :

وفى البحر أيضاً عن كفالة الصغرى : لقاضى أو رسوله إذا أخذ كفيلاً مع المدعى عليه بنفسه بأمر المدعى أولاً بأمره ، فإن لم يصف الكفالة إلى المدعى بأن قال أعط كفيلاً بنفسك ولم يقل للطالب ترجع الحقوق إلى القاضى أو رسوله ، حتى لو سلم إليه الكفيل يبرأ ، ولو سلم إلى المدعى فلا ، وإن أضاف إلى المدعى كان الجواب على العكس اه : وفيه عنها طلب المدعى من القاضى وضع المنقول عند عدل ولم يكتب بكفيل النفس . فإن كان المدعى عليه عدلاً لا يجيبه القاضى ، ولو فاسقاً يجيبه . وفى العقار لا يجيبه إلا فى الشجر الذى عاياه الثمر لأن الثمر نقلى اه . قال فى البحر : وظهره أن الشجر من العقار وقدمنا خلافه . وفى أبو السعود عن الحموى عن المقدسى التصريح بأنه من العقار (قوله فى الصحيح) فى البحر عن القنية : ادعى القاتل أن له بيته حاضرة على العفو أجل ثلاثة أيام ، فإن مضت ولم يأت بالبيته وقال لى بيته غائبة يقضى بالقصاص قياساً كالأموال : وفى الاستحسان يؤجل استعظماً لأمر الدم اه :

وفى البحر أيضاً عن قضاء الصغرى أن فائدة الكفالة بالثلاث أو نحوها لا لبراءة الكفيل بعدها فإن الكفيل إلى شهر لا يبرأ بعده ، لكن التكفيل إلى شهر للتوسعة على الكفيل فلا يطالب إلا بعد مضيه ، لكن لو عجل لا يضحق وهنا للتوسعة على المدعى فلا يبرأ الكفيل بالتسليم للحال إذ قد يعجز المدعى عن البيته ، وإذا أحضرها يعجز عن إقامتها وإنما يسلم إلى المدعى بعد وجود ذلك الوقت ، حتى لو أحضر البيته قبل الوقت يطالب الكفيل (قوله إلى مجلسه) أى القاضى (قوله لا زمه) أى دار معه حيث دار فلا يلزمه فى مكان معين : وفى الصغرى : ولا يلزمه فى المسجد لأنه بنى للذكر به يفتى . ثم قال : ويبعث معه أميناً يدور معه . ورأيت فى زيادات بعض المشايخ أن المطلوب أن لا يرضى بالأمين عنده خلافاً لها بناء على التوكيل بلا رضا الخصم بحر ملخصاً وتمامه فيه

أى مسافرا (ف) يلزم أو يكفل (إلى انتهاء مجلس القاضى) دفعا للضرر ، حتى لو علم وقت سفره يكفله إليه وينظر في زيه أو يستخير رفقائه أو أنكر المدعى بزانية (قال لا بينة لى وطالب يمينه فحلفه القاضى ثم برهن) على دعواه بعد اليمين (قبل ذلك) البرهان عند الإمام (منه) وكذا لو قال المدعى كل بينة آتى بها فهى شهود زور أو قال إذا حلفت فأنت برىء من المال فحلف ثم برهن على الحق قبل خانية ، وبه جزم فى السراج كما مر (وقيل لا) يقبل قائله محمد كما فى العبادية ، وعكسه ابن ملك ، وكذا الخلاف لو قال لادفع لى ثم آتى بدفع ، أو قال الشاهد : لا شهادة لى ثم شهد . والأصح القبول لجواز النسيان ثم التذكر كما فى الدرر ، وأقره المصنف :

(ادعى المديون الإيصال فألكر المدعى) ذلك (ولا بينة له) على مدعاه (فطلب يمينه فقال المدعى اجعل حتى فى الختم ثم استحلفنى له ذلك) قنية (واليمين بالله تعالى) لحديث « من كان حالفا فليحلف بالله تعالى أوليدرا » وهو قول والله خزانة ، وظاهره أنه لو حلفه بغيره لم يكن يميناً ، ولم أره صريحاً بجر (لا بطلاق وعتاق) وإن ألح الخصم وعليه الفتوى تناوخانية ، لأن التحليف بها حرام خانية (وقيل إن مست الضرورة فوض إلى القاضى) اتباعاً للبعض (فلو حلفه) القاضى (به فنكحل فقاضى عليه) بالمال (لم ينفذ) قضاؤه (على) قول (الأكثر) كذا فى خزانة المفتين ، وظاهره أنه مفرغ على قول الأكثر ، أما على القول بالتحليف بهما فيعتبر نكوله ويقضى به وإلا فلا فائدة بجر ، واعتمده المصنف :

قلت : ولو حلف بالطلاق أنه لا مال عليه ثم برهن المدعى على المال ، إن شهدوا على السبب كالإقراض لا يفرق ، وإن شهدوا على قيام الدين يفرق لأن السبب لا يستلزم قيام الدين : وقال محمد : فى الشهادة على قيام المال لا يثبت لاحتمال صدقه خلافاً لأبى يوسف ، كذا فى شرح الوهبانية للشرنبلالى

(قوله أى مسافرا) تفسير مراد (قوله حتى لو علم) بأن قال أخرج غدا مثلاً (قوله يكفله) أى إلى وقت سفره بجر (قوله كما مر) أى عند قول المصنف اصطلاحاً على أن يحلف عند غير قاض الخ ، لكن هناك اليمين من المدعى وكما مر عند قوله وتقبل البينة لو أقامها بعد يمين (قوله فألكر المدعى) أى مدعى الدين (قوله ولا بينة له) أى لمدعى الإيصال (قوله فطلب يمينه) أى يمين الدائن (قوله فقال المدعى) أى مدعى الدين (قوله اجعل حتى فى الختم) أى الصك ، ومعناه اكتب لى الصك بالبينة ثم استحلفنى مدنى ، أو المراد إحضار نفس الحق فى شيء مختم وهو الأظهر : وفى حاشية الفتاوى الأنقرويه : يعنى أحضر حتى ثم استحلفنى ، ومثله بخط للسائحانى ، ومثله فى الحامدية (قوله أنه لو حلفه بغيره) كالرحمن والرحيم بجر (قوله ولم أره صريحاً) فيه أن قولهم فى التغليظ ويجتنب العطف كى لا تتكرر اليمين كما يأتى ، وصاحب البحر نفسه صرح به ، وقولهم فى كتاب الأيمان : والقسم بالله تعالى أو باسم من أسمائه كالرحمن والرحيم والحق أو بصفة يحلف بها من صفاته تعالى كعزة الله وجلال الله وكبريائه وعظمته وقدرته يدل على كونه يميناً اه شيخنا : والعجب من صاحب المنع حيث نقله وأقره عليه وكذا الشارح ، ثم رأيت مثل ما قدمته منقولاً عن المقدسى وكتبته فى هامش البحر (قوله وإلا فلا فائدة) تظهر فائدته فيما إذا كان جاهلاً بعدم اعتبار نكوله فإذا طلب حلفه به ربما يمتنع ويقر بالمدعى درر البحار (قوله واعتمده المصنف) لكن عبارة ابن السكال : فإن ألح الخصم قيل صح بهما فى زماننا لكن لا يقضى عليه بالنكول لأنه امتنع عما هو منهى عنه شرعاً ، ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ انتهت ، ومثله فى الزيلعى وشرح درر البحار ، وظاهره أن القائل بالتحليف بهما يقول إنه غير مشروع ولكن يعرض عليه لعله يمتنع ، فإن من له أدنى ديانة لا يحلف بهما كاذباً فإنه يؤدي إلى طلاق الزوجة وعتق الأمة أو إمساكهما بالحرام ، بخلاف اليمين بالله تعالى فإنه يتساهل به فى زماننا كثيراً تأمل ، وقوله لأنه امتنع عما هو منهى عنه شرعاً :

وقد تقدم (ويغلظ بذكر أوصافه تعالى) وقيده بعضهم بفاسق ومال خطير (والاختيار) فيه و(في صفته إلى القاضي) ويجتنب العطف كي لا تنكسر اليمين (فلو حلف بالله ونكل عن التغليظ لا يقضى عليه به) أي بالنكول لأن المقصود الحلف بالله وقد حصل زيلعي (لا) يستحب التغليظ على المسلم (بزمان و) لا ب(مكان) كذا في الحاوي ، وظاهره أنه مباح (ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى ، والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى ، والجوسي بالله الذي خلق النار) فيغلظ على كل بمعتقده ، فلو اكتفى بالله كالمسلم كفى اختيار (والوثنى بالله تعالى) لأنه يقر به وإن عبد غيره ، وحزم ابن الكمال بأن الدهرية لا يعتقدونه تعالى :

قلت : وعليه فيماذا يحلفون : وبقي تحليف الأخرس أن يقول له القاضي عليك عهد الله وميثاقه إن كان كذا وكذا فإذا أوما برأسه أي نعم صار حالفا ، ولو أصم أيضا كتب له ليجيب بخطه إن عرفه وإلا فبإشارته ، ولو أعمى أيضا فأبوه أو وصيه أو من نصبه التماضي شرح وهبائية (ولا يحلفون في بيوت عباداتهم) لكرهه دخولها بحر (ويحلف القاضي) في دعوى سبب يرتفع (على الحاصل) أي على صورة إنكار المنكر ، وفسره بقوله (أي بالله)

أقول : فكيف يجوز للقاضي تكليفه الإتيان بما هو منهي شرعا ولعل ذلك البعض يقول النهي عنه تنزيهي سعادية (قوله وقد تقدم) أي قبيل قوله ولا تحليف في طلاق ورجعة الخ (قوله ويغلظ الخ) أي يؤكد اليمين بذكر أوصاف الله تعالى وذلك مثل قوله : والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه ولا شيء منه لأن أحوال الناس شتى ، فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويحتال عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك زيلعي (قوله زيلعي) عبارته : ولو أمره بالعطف فأتى بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضى عليه بالنكول لأن المستحق عليه يمين واحدة وقد أتى بها (قوله وظاهره أنه مباح) في البحر عن المحيط : لا يجوز التغليظ بالمكان (قوله فيغلظ على كل الخ) قال في البحر : فإن قلت : إذا حلف الكافر بالله فقط ونكل عما ذكر هل يكفيه أم لا؟ قلت : لم أره صريحا ، وظاهر قولهم إنه يغلظ به أنه ليس بشرط وأنه من باب التغليظ فيكتفى بالله ولا يقضى عليه بالنكول عن الوصف المذكور (قوله صار حالفا) ولا يقول بالله إنه كان كذا لأنه إذا قال نعم يكون إقرارا لا يمينا كما في الشرهاللية س (قوله أو وصيه أو من نصبه القاضي) وهذا مستثنى من قولهم : الحلف لا يجزى فيه النيابة أبو السعود (قوله ويحلف القاضي الخ) قال في نور العين : النوع الثالث في مواضع التحليف على الحاصل والتحليف على السبب جمع .

ثم المسألة على وجوه : إما أن يدعى المدعى ديناً أو ملكاً في عين أو حقا في عين ، وكل منها على وجهين : إما أن يدعيه مطلقاً أو بناء على سبب ، فلو ادعى ديناً ولم يذكر سببه يحلف على الحاصل ماله قبلك ما ادعاه ولا شيء منه ، وكذا لو ادعى ملكاً في عين حاضر أو حقا في عين حاضر ادعاه مطلقاً ولم يذكر له سبب يحلف على الحاصل ما هذا لفلان ولا شيء منه ، ولو ادعاه بناء على سبب بأن ادعى ديناً بسبب قرض أو شراء أو ادعى ملكاً بسبب بيع أو هبة أو ادعى غصباً أو ودبعة أو عارية يحلف على الحاصل في ظاهر الرواية لأعلى السبب بالله ما استقرضت ما غصبت ما أودحك ما شربت منه كافي : وعن أبي يوسف يحلف على السبب في هذه الصورة المذكورة إلا عند تعريض المدعى عليه نحو أن يقول أيها القاضي قد يبيع الإلسان شيئاً ثم يقبل فحينئذ يحلف القاضي على الحاصل منح : وذكر شمس الأئمة الحلواني رواية أخرى عن أبي يوسف أن المدعى عليه لو أنكر السبب يحلف على السبب ولو قال ما علي ما يدعيه يحلف على الحاصل قاضياً وهذا أحسن الأقاويل عندي وعليه أكثر القضاة ، بقول

ما بينكما نكاح قائم و) ما بينكما (بيع قائم وما يجب عليك رده) او قائما أو بدله لو هالكما (وبما هي بائن منك) وقوله (الآن) متعلق بالجميع مسكين (في دعوى نكاح وبيع وغضب وطلاق) فيه لف ونشر لا على السبب أي بالله ما نكحت وما بعثت خلافا للثاني نظرا للمدعى عليه أيضا لاحتمال طلاقه وإقالته (إلا إذا لزم) من الحلف على الحاصل (ترك النظر للمدعى فيحلف) بالإجماع (على السبب) أي على صورة دعوى المدعى (كدعوى شفعة بالجوار ونفقة مبتوتة والخصم لا يراها) لكونه شافعيًا لصدق حلفه على الحاصل في معتقده فيتضرر المدعى :

قلت : ومفاده أنه لا اعتبار بمذهب المدعى عليه ، وأما مذهب المدعى

الجبير : وكذا في مختارات النوازل لصاحب الهداية اه (قوله ما بينكما نكاح قائم) إدخال النكاح في المسائل التي يحلف فيها على الحاصل عندهما غفلة من صاحب الهداية والشارحين لأن أبا حنيفة لا يقول بالتحليف في النكاح إلا أن يقال إن الإمام فرغ على قولها لا على قوله كتنفيره في المزارعة على قولها بحر: ونقل عن المقدسي أنه محمول على ما إذا كان مع النكاح دعوى المال (قوله بيع قائم) هذا ، والحق ما في الخزانة من التفصيل . قال المشتري : إذا ادعى الشراء فإن ذكر نقد الثمن فالمدعى عليه يحلف بالله ما هذا العبد ملك المدعى ولا شيء منه بالسبب الذي ادعى ولا يحلف بالله ما بعته ، وإن لم يذكر المشتري نقد الثمن يقال له أحضر الثمن ، فإذا أحضره استخلفه بالله ما يملك قبض هذا الثمن وتسليم هذا العبد من الوجه الذي ادعى ، وإن شاء حلفه بالله ما بينك وبين هذا شراء قائم الساعة :

والحاصل أن دعوى الشراء مع نقد الثمن دعوى المبيع ملكًا مطلقًا وليست بدعوى العقد ولهذا تصح مع جهالة الثمن معنى ، وليست بدعوى العقد ولهذا تصح مع جهالة المبيع فيحلف على ذلك الثمن اه بحر (قوله لو قائما الخ) زاده لما في البحر ، وفي قول المؤلف وما يجب عليك رده قصور ، والصواب ما في الخلاصة : وما يجب عليك رده ولا مثله ولا بدله ولا شيء من ذلك اه وكذا في قوله وما هي بائن منك الآن لأنه خاص بالبائن . وأما الرجعي فيحلف بالله ما هي طالق في النكاح الذي بينكما . وأما إذا كانت الدعوى بالطلاق الثلاث فقال الإسبيجاني يحلف بالله ما طلقها ثلاثا في النكاح الذي بينكما اه :

وقد ذكر في البحر هنا جملة مما يحلف فيه على الحاصل فراجعه وقال بعدها : ثم اعلم أنه تكرر منهم في بعض صور التحليف تكرار لا في لفظ اليمين خصوصًا في تحايف مدعى دين على الميت فإنها تصل إلى خمسة ، وفي الاستحقاق إلى أربعة مع قولهم في كتاب الأيمان إن اليمين تنكرر بتكرار حرف العطف مع قوله لا كقوله لا آكل طعاما ولا شرابا ، ومع قولهم هنا في تغليظ اليمين يجب الاحتراز عن العطف لأن الواجب يمين واحدة فإذا عطف صارت أيمانًا، ولم أر عنه جوابًا بل ولا من تعرض له اه : قال الرملي : أقول إذا تأمل المتأمل وحد التكرار لتكرار المدعى فليتأمل اه يعني أن المدعى وإن ادعى شيئًا واحدًا في اللفظ لكنه مدع لأشياء متعددة ضمنا فيحلف الخصم عليها احتياطًا (قوله نظرا للمدعى عليه) تعليل لقوله لا على السبب (قوله لكونه شافعيًا) لأن الشافعي يحلف على الحاصل معتقداً مذهبه أنها لا تستحق نفقة ولا شفعة فيضيع النفع فإذا حلف أنه ما أبانها واشترى ظهر النفع ورعاية جانب المدعى أولى ، لأن السبب إذا ثبت ثبت الحق واحتمال سقوطه بعارض مفهوم والأصل عدمه حتى

ففيه خلاف ، والأوجه أن يسأله القاضي هل تعتقد وجوب شفعة الجوار أولا ، واعتمده المصنف (وكذا) أي يحاف على السبب إجماعا (في سبب لا يرتفع) برفع بعد ثبوته (كعبد مسلم يدعى) على مولاه (عتقه) لعدم تكرر رقه (و) أما (في الأمة) ولو مسلمة (والعبد لكافر) فلتكرر رقهما بالحق حلف مولاها (على الحاصل) والحاصل اعتبار الحاصل إلا لضرر مدغ وسبب غير متكرر (وصح فداء اليمين والصالح منه) لحديث «ذبوا عن أعراضكم بأموالكم» وقال الشهيد : الاحتراز عن اليمين الصادقة واجب . قال في البحر : أي ثابت بدليل جواز الحلف صادقا (ولا يحاف) المنكر (بعده) أبدا لأنه أسقط حقه (و) قيد بالفداء أو الصالح لأن المدعى (لو أسقطه) أي اليمين (قصدا بأن قال برئت من الحلف أو تركته عليه أو وهبته لا يصح وله التحليف) بخلاف البراءة عن المال لأن التحليف للمحاكم بزازية ، وكذا إذا اشترى يمينه لم يجز لعدم ركن البيع درر .

[فرع] استحلف خصمه فقال حلفتني مرة ، إن عند حاكم أو محكم وبرهن قبل وإلا فله تحليفه درر .

قلت : ولم أر ما لو قال إني قد حلفت بالطلاق إني لا أحلف فيحزر .

يقوم الدليل على العارض اه (قوله ففيه خلاف) قيل لا اعتبار به وإنما الاعتبار لمذهب القاضي (قوله والأوجه أن يسأله) أي بسأل المدعى (قوله واعتمده المصنف) أي تبعاً للبحر ، وانظر هل يجري ذلك في قضاة زماننا المأمورين بالحكم بمذهب أبي حنيفة (قوله والصالح منه) أي على شيء معلوم ، والفرق أن الثاني بأقل من المدعى ، وأما الأول فقد يكون بمثله كما في القهستاني ح (قوله ولا يحلف) ضبطها المؤلف رحمه الله بتشديد اللام (قوله لأنه أسقط حقه) أي حقه في الخصومة ، والذي في البحر لأنه أسقط خصومته بأخذ المال منه مدني (قوله وبرهن قبل) في البحر عن البرازية : ولو قال المدعى عليه حين أراد القاضي تحليفه إنه حلفني على هذا المال عند قاض آخر أو أبرأني عنه إن برهن قبل واندفع عنه الدعوى وإلا قال الإمام البزدوي : انقلب المدعى مدعى عليه ، فإن نكل اندفع الدعوى وإن حلف لزم المال لأن دعوى الإبراء عن المال إقرار بوجود المال عليه ، بخلاف دعوى الإبراء عن دعوى المال اه . وظاهر هذا أن قول الشارح وإلا فله تحليفه : أي وإلا يبرهن فله تحليفه : أي تحليف المدعى الأول تأمل : وعبرة الدرر : ولو لم يكن له بيعة واستحلفه أي أراد تحليف المدعى جاز (قوله وإلا فله تحليفه) أي تحليف المدعى . قال في نور العين : أراد تحليفه فبرهن أن المدعى حلفني على هذه الدعوى عند قاضي كذا يقبل ، ولو لا بيعة له فله تحليف المدعى لأنه يدعى بقاء حقه في اليمين ، ولو ادعى أن المدعى أبرأني عن هذه الدعوى ليس له تحليفه إن لم يبرهن إذ المدعى بدعواه استحق الجواب على المدعى عليه . والجواب إما إقرار أو إنكار ، وقوله أبرأني الخ ليس بإقرار ولا إنكار فلا يسمع ويقال له أجب خصمك ثم ادع ما شئت ، وهذا بخلاف ما لو قال أبرأني عن هذا الألف فإنه يحلف ، إذ دعوى البراءة عن المال إقرار بوجوده والإقرار جواب ودعوى الإبراء مسقط فيترتب عليه اليمين ، ومنهم من قال الصواب أن يحلف على دعوى البراءة كما يحلف على دعوى التحليف وإليه مال منح ، وعليه أكثر قضاة زماننا اه . وعبرة الدرر : ولو لم يكن له بيعة واستحلفه : أي أراد تحليف المدعى جاز انتهت ، وبه علم ما في عبارة الشارح من الإبهام فتنبه (قوله ولم أر الخ) وجدت في هامش نسخة شيخنا بهط بعض العلماء ما نصها : قد رأيتها في أواخر القضاء قبيل كتاب الشهادة من فتاوى الكرنبشي معزيا لأول قضاء جواهر الفتاوى : وعبارته : رجل ادعى على آخر دعوى وتوجهت عليه اليمين فلما عرض القاضي اليمين عليه قال : إني حلفت بالطلاق إني لا أحلف أبدا والآن لا أحلف حتى لا يقع على الطلاق فإن القاضي يعرض عليه اليمين ثلاثا ثم يحكم بالنكول ، ولا يسقط عنه اليمين بهذا اليمين اه (قوله فيحزر) أقول سبق عن العناية أن القاضي لا يجز بدنا من إلحاق الضرر بأحدهما في الاستحلاف على الحاصل أو على السبب ، فراعاة

باب التحالف

لما قدم يمين الواحد ذكر يمين الاثنین (اختلفا) أى المتبايعان (فى قدر ثمن) أو وصفه أو جنسه (أو) فى قدر (مبيع حكم لمن برهن) لأنه نور دعواه بالحجة (وإن برهن فلمثبت الزيادة) إذ البينات للإثبات (وإن اختلفا فهما) أى الثمن والمبيع جميعا (قدم برهان البائع أو) الاختلاف (فى الثمن وبرهان المشتري أو فى المبيع) نظرا لإثبات الزيادة (وإن عجزا) فى الصور الثلاث عن البينة ، فإن رضى كل بمقالة الآخر فيها (و) إن (لم يرض واحد منهما بدعوى الآخر تحالفا) ما لم يكن فيه خيار فيفسخ من له الخيار (وبدى ب) يمين (المشتري) لأنه البادى بالإنكار ، وهذا (لو) كان (يبيع عين بدين وإلا)

جانب المدعى أولى ، فعلى هذا لا يعذر بدعواه الحالف بالطلاق ويقضى عليه بالنكول ، على أن ذلك يكون بالأولى لأنه هو الذى ألحق الضرر بنفسه بإقدامه على الحلف بالطلاق اه أبو السعود .

أقول : وأيضا لو كان ذلك حجة صحيحة لتحيل له كل من توجه عليه يمين فيلزم منه ضباغ حق المدعى ومخالفة نص الحديث واليمين على من أنكر فتدبر :

باب التحالف

(قوله أو وصفه) كالبخارى والبغدادى (قوله أو جنسه) كدراهم أو دنانير (قوله أو فى قدر مبيع) فلو فى وصفه فلا تحالف ، والقول للبائع كما سيذكره الشارح (قوله والاختلاف فى الثمن) أقول : فى زيادة لو هنا فى الموضوعين خلل . وعبارة الهداية : ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع فى الثمن أولى وبينة المشتري فى المبيع أولى نظر إلى زيادة الإثبات قاله شيخ والدى المقتى محمد تاج الدين المدنى (قوله فإن رضى الخ) هذه العبارة لا تشمل إلا صورة الاختلاف فهما ، فالأولى أن يقول كما قال غيره : فإن تراضيا على شىء أى بأن رضى البائع بالثمن الذى ادعاه المشتري أو رضى المشتري بالمبيع الذى ادعاه البائع عند الاختلاف فى أحدهما أو رضى كل بقول الآخر عند الاختلاف فهما . وقال الحلبي : العبارة فاسدة والصواب كما قال غيره فإن تراضيا على شىء (قوله فيفسخ من له الخيار) قال فى البحر : وأشار بعجزهما إلى أن البيع ليس فيه خيار لأحدهما ولهذا قال فى الخلاصة : إذا كان للمشتري خيار رؤية أو خيار عيب أو خيار شرط لا يتحالفان اه والبائع كالمشتري ، فالمقصود أن من له الخيار متمكن من الفسخ فلا حاجة إلى التحالف ، ولسكن ينبغى أن البائع إذا كان يدعى زيادة الثمن وأنكرها المشتري فإن خيار المشتري يمنع التحالف ، وأما خيار البائع فلا ، ولو كان المشتري يدعى زيادة المبيع والبائع ينكرها فإن خيار البائع يمنعه من الفسخ ، وأما خيار المشتري فلا ، هذا ما ظهر لى تخريجا لا نقلا اه :

وحاصله أن من له الخيار لا يتمكن من الفسخ دائما فينبغى تخصيص الإطلاق (قوله وبدى بيمين المشتري) أى فى الصور الثلاث كما فى شرح ابن الكمال : وقوله لأنه البادى بالإنكار : قال السامحاني : هذا ظاهر فى التحالف فى الثمن ، أما فى المبيع مع الاتفاق على الثمن فلا يظهر لأن البائع هو المنكر فالظاهر البداءة به ، ويشهد له ما سياتى أنه إذا اختلف المؤجر والمستأجر فى قدر المدة بدى بيمين المؤجر وإلى ذلك أو ما القهستاني اه وبمحت

بأن كان مقايضة أو صرفاً (فهو مخير) وقبل يقرع ابن ملك، ويقتصر على النبي في الأصح (ونسخ القاضي البيهقي بطالب أحدهما) أو بطلهما، ولا يفسخ بالتحالف ولا يفسخ أحدهما بل يفسخهما بحر (ومن لكل) منهما (لزومه دعوى الآخر) بالقضاء، وأصله قوله صلى الله عليه وسلم «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا» وهذا كله لو اختلف في البذل مقصوداً، فلو في ضمن شيء كاختلافهما في الزق فالقول للمشتري في أنه الزق ولا تحالف، كما لو اختلفا في وصف المبيع كقوله اشتريته على أنه كاتب أو خباز وقال البائع لم اشترط فالقول للبائع ولا تحالف ظهرياً (و) قيد باختلافهما في ثمن ومبيع لأنه (لا تحالف في غيرهما) لأنه لا يختل به قوام العقد نحو (أجل وشرط) رهن أو خيار أو ضمان (وقبض بعض ثمن والقول للمنكر) بيمينه: وقال زفر والشافعي: يتحالفان (ولا) تحالف إذا اختلفا

مثل هذا البحث العلامة الرملي (قوله بأن كان مقايضة) أي سلعة بسلعة (قوله أو صرفاً) أي ثمناً بثمن (قوله ويقتصر على النبي) بأن يقول البائع والله ما باعه بألف والمشتري والله ما اشتراه بألفين (قوله في الأصح) وفي الزيادات: يحلف البائع والله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف س (قوله بل يفسخهما) ظاهر ما ذكره الشارحون أنهما لو فسخاه انفسخ بلا توقف على القاضي وأن يفسخ أحدهما لا يكفي وإن اكتفى بطلب أحدهما بحر، وذكر فائدة عدم فسخه بنفس التحالف أنه لو كان المبيع جارية فللمشتري وطؤها كما في النهاية (قوله والسلعة قائمة) احتراز عما إذا هلكت وسيأتي متناً (قوله كاختلافهما في الزق) هو الظرف إذا ذكر البائع أن هذا زقه، وصورته كما في الزيلعي: أن يشتري الرجل من آخر سمناً في زق وزنه مائة رطل ثم جاء بالزق فارغاً ليزده على صاحبه ووزله عشرون فقال البائع ليس هذا زقي وقال المشتري هو زقك فالقول قول المشتري سواء سمي لكل رطل ثمناً أو لم يسم، فجعل هذا الاختلاف في المقبوض، وفيه القول قول القابض إن كان في ضمنه اختلاف في الثمن ولم يعتبر في إيجاب التحالف لأن الاختلاف فيه وقع مقضى اختلافهما في الزق اهـ (قوله نحو أجل) ذكر في البحر هنا مسألة عجيبة فلتراجع (قوله نحو أجل وشرط) لأنهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض، فقد جزموا هنا بأن القول لمنكر الخيار كما علمت: وذكروا في خيار الشرط فيه قولين قدمناهما في بابه والمذهب ما ذكرناه هنا بحر: أطلق الاختلاف في الأجل فشمّل الاختلاف في أصله وقدره فالقول لمنكر الزائد، بخلاف ما لو اختلفا في الأجل في السلم فإنهما يتحالفان كما قدمناه في بابه، وخرج الاختلاف في مضيه فإن القول فيه للمشتري لأنه حقه وهو منكر استيفاء حقه كذا في النهاية بحر: وفيه ويستثنى من الاختلاف في الأجل ما لو اختلفا في أجل السلم بأن ادعاه أحدهما ونفاه الآخر فإن القول فيه لمذهبه عند الإمام لأنه فيه شرط وتركه فيه مفسد للعقد وإقدامهما عليه يدل على الصحة بخلاف ما نحن فيه، لأنه لا تعلق له بالصحة والفساد فيه فكان القول لنا فيه (قوله وشرط رهن) أي بالثمن من المشتري ط (قوله أو ضمان) أي اشتراط كفيل (قوله وقبض بعض ثمن) أو حط البعض أو إبراء الكل بحر والتقييد به اتفاق، إذ الاختلاف في قبض كله كذلك وهو قبول قول البائع وإنما لم يذكره باعتبار أنه مفروغ عنه بمنزلة سائر الدعاوى كذا في النهاية بحر (قوله بيمينه) لأنه اختلاف في غير المعقود عليه وبه فأشبه الاختلاف في الحط والإبراء، وهذا لأن بالعدم لا يختل ما به قوام العقد، بخلاف الاختلاف في وصف الثمن أو جنسه فإنه بمنزلة الاختلاف في القول في جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الأجل ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه بحر (قوله إذا اختلفا) أي في مقدار الثمن معراج ومثله في متن الجمع

(بعد هلاك المبيع) أو خروجه عن ملكه أو تعيبه بما لا يرد به (وحلف المشتري) إلا إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري : وقال محمد والشافعي : يتحالفان وينسخ على قيمة الهالك وهذا لو الثمن ديناً ، فلو مقابضة تحالفاً إجماعاً لأن المبيع كل منهما ويرد مثل الهالك أو قيمته ، كما لو اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة بأن قال أحدهما دراهم والآخر دنانير تحالفاً ولزم المشتري رد القيمة سراج (ولا) تحالف (بعد هلاك بعضه) أو خروجه عن ملكه كعبدین مات أحدهما عند المشتري . بعد قبضهما ثم اختلفا في قدر الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (إلا أن يرضى البائع بترك حصه الهالك) أصلاً فحينئذ يتحالفان ، هذا على تخريج الجمهور ، وضرف مشايخ بلخ الاستثناء إلى يمين المشتري (ولا في) قدر (بدل كتابة) لعدم لزومها (و) قدر (رأس مال بعد إقالة)

(قوله بعد هلاك المبيع) أفاد أنه في الأجل وما بعده لا فرق بين كون الاختلاف بعد الهلاك أو قبله (قوله المبيع) أي عند المشتري إذ قبل قبضه ينسخ العقد بهلاكه معراج (قوله أو تعيبه الخ) فيه أنه داخل في الهلاك لأنه منه تأمل : ثم إن عبارتهم هكذا أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب : قال في الكفاية : بأن زاد زيادة متصلة أو منفصلة أي زيادة من الذات كسمن وولد وعقر : قال في غرر الأفكار : ولو لم تنشأ من الذات سواء كانت من حيث السعر أو غيره قبل القبض أو بعده يتحالفان اتفاقاً ويكون الكسب للمشتري اتفاقاً اه ثم إن الشارح تبع الدرر ، ولا يخفى أن ما قالوه أولى لما علمت من شموله العيب وغيره تأمل (قوله غير المشتري) فإنهما يتحالفان لقيام القيمة مقام العين كما في البحر س (قوله على قيمة الهالك) إن قيمياً ومثله إن مثلياً خير الدين س (قوله تحالفاً إجماعاً) وإن اختلفا في كون البدل ديناً أو عيناً إن ادعى المشتري أنه كان عيناً يتحالفان عندهما ، وإن ادعى البائع أنه كان عيناً وادعى المشتري أنه كان ديناً لا يتحالفان ، والقول قول المشتري كفاية (قوله لأن المبيع كل منهما) أي فكان قائماً ببقاء المعمود عليه فيرده بجر : أي يرد القائم (قوله كما لو اختلفا) وبهذا علم أن الاختلاف في جنس الثمن كالاختلاف في قدره إلا في مسألة هي ما إذا كان المبيع هالكاً بجر (قوله تحالفاً) لأنهما لم يتفقا على ثمن فلا بد من التحالف للفسخ (قوله بعد هلاك بعضه) أي هلاكه بعد القبض كما سيذكره قريباً (قوله عند المشتري) قبل نقد الثمن (قوله بعد قبضهما) فلو قبله يتحالفان في موتها وموت أحدهما وفي الزيادة لوجود الإنكار من الجانبين كفاية (قوله عند أبي حنيفة) لأن التحالف مشروط بعد القبض بقيام السلعة وهي اسم لجميع المبيع فإذا هلك بعضه لعدم الشرط ، والقول للمشتري مع يمينه عنده لإنكاره الزائد غرر الأفكار (قوله أصلاً) أي لا يأخذ من ثمن قيمة الهالك شيئاً أصلاً ويجعل الهالك كأن لم يكن وكان العقد على القائم فحينئذ يتحالفان في ثمنه وبنسكول أيهما لزم دعوى الآخر غرر الأفكار (قوله يتحالفان) أي على ثمن الحى ح (قوله تخريج الجمهور) من صرف الاستثناء إلى التحالف (قوله وصرف مشايخ بلخ الاستثناء الخ) أي المقدر في الكلام لأن المعنى ولا تحالف بعد هلاك بعضه بل يمين على المشتري إلا أن يرضى الخ . قال في غرر الأفكار بعد ما قدمناه وقيل الاستثناء ينصرف إلى حلف المشتري المفهوم من السياق ، يعني يأخذ من ثمن الهالك قدر ما أقر به المشتري إذ البائع أخذ القائم صلحاً عن جميع ما ادعاه على المشتري فلم يبق حاجة إلى تحليف المشتري : وعن أبي حنيفة أنه يأخذ من ثمن الهالك ما أقر به المشتري لا الزيادة فيتحالفان ويترادان في القائم اه (قوله إلى يمين المشتري) وحينئذ فالبايع يأخذ الحى صلحاً عما يدعيه قبل المشتري من الزيادة زبلى (قوله بعد إقالة) قيد بالاختلاف (١) بعدها

(١) (قوله بعد بالاختلاف إلى آخر القول) هكذا في النسخة المجموع منها وليس في يدي صواها ، وهي عبارة غير ظاهرة المعنى فلعل لفظة كان سائلة قبل قوله كالاختلاف في المسلم به وليحرراه مصححه .

عقد (السلم) بل القول للعبد والمسلم إليه ولا يعود السلم (وإن اختلفا) أي المتعاقدان (في مقدار الثمن بعد الإقالة) ولا بيعة (تحالفا) وعاد البيع (لو كان كل من المبيع والثمن مقبوضا ولم يرد المشتري إلى بائعه) بحكم الإقالة (فإن رده إليه بحكم الإقالة) لا تحالف خلافا لمحمد (وإن اختلفا) أي الزوجان (في) قدر (المهر) أو جنسه (قضى لمن أقام البرهان ، وإن برهننا فللمرأة إذا كان مهر المثل شاهدا للزوج) بأن كان كقالتة أو أقل (وإن كان شاهدا لها) بأن كان كقالتها أو أكثر (فيبنته أولى) لإثباتها خلاف الظاهر (وإن كان غير شاهد لكل منهما) بأن كان بينهما (فالتهار) للاستواء (ويجب مهر المثل) على الصحيح (وإن عجزا) عن البرهان (تحالفا ولم يفسخ النكاح) لتبعية المهر بخلاف البيع (ويبدأ بيمينه) لأن أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه ظهريه (ويحكم) بالتشديد أي يجعل (مهر مثلها) حكما لسقوط اعتبار التسمية بالتحالف (فيقضى بقوله لو كان كقالتة أو أقل ، وبقولها لو كقالتها أو أكثر ، وبه لو بينهما) أي بين ما تدعيه ويدعيه (ولو اختلفا) أي المؤجر والمستأجر (في) بدل (الإجارة) أو في قدر المدة (قبل الاستيفاء) للمنفعة

لأنهما لو اختلفا في قدره وتحالفا فالاختلاف في جنسه ولوعه وصفته كالاختلاف في المسلم فيه في الوجوه الأربعة كما قدمناه بحر (قوله عقد السلم) وإنما يجوز التحالف لأن موجب رفع الإقالة دعوى السلم مع أنه دين والساقط لا يعود سائغاني (قوله للعبد والمسلم إليه) أي مع يمينها بحر (قوله ولا يعود السلم) لأن الإقالة في باب السلم لا تشمل النقض لأنه إسقاط فلا يعود بخلاف البيع كما سيأتي ، وينبغي أخذنا من تعليلهم أنهما لو اختلفا في جنسه أو نوعه أو صفته بعدها فالحكم كذلك ولم أره صريحا بحر : وفيه : وقد علم مع تقريرهم هنا أن الإقالة تقبل الإقالة إلا في إقالة السلم وأن الإبراء لا يقبلها ، وقد كتبناه في الفوائد (قوله لا تحالف) أي والقول للمنكر من (قوله أو جنسه) كقوله هو هذا العبد وقولها هو هذه الجارية فحكم القدر والجنس سواء إلا في فصل واحد ، وهو أنه إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر فلها قيمة الجارية لا عينها كما في الظهيرية والهداية بحر : وفيه ولم يذكر حكمه بعد الطلاق قبل الدخول ، وحكمه كما في الظهيرية أن لها نصف ما ادعاه الزوج ، وفي مسألة العبد والجارية لها المنفعة إلا أن يتراضيا على أن تأخذ نصف الجارية اه (قوله البرهان) أما قبول بيعة المرأة فظاهر لأنها تدعى الألفين ولا إشكال وإنما يرد على قبول بيعة الزوج لأنه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البيعة كيف تقبل بينته قلنا هو مدع صورة لأنه يدعى على المرأة تسليم نفسها بأداء ما أقربه من المهر وهي تنكر والدعوى كافية لقبول البيعة كما في دعوى المودع رد الوديعة معراج (قوله لإثباتها) علة للمسألتيين . قال في الهامش : اختلفت مع الورثة في مؤخر صداقها على الزوج ولا بيعة فالقول قولها بيمينها إلى قدر مهر مثلها حامدية عن البحر (قوله على الصحيح) قيد للتهار . قال في البحر : فالصحيح التهار ، ويجب مهر المثل (قوله ولم يفسخ النكاح) لأن أثر التحالف في العدم التسمية وأنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع ، لأن عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ منح وبحر (قوله ويبدأ بيمينه) نقل الرملي عن مهر البحر عن غاية البيان أنه يقرع بينهما استحبابا : واختار في الظهيرية وكثيرون أنه يبدأ بيمينه ، والخلاف في الأولوية (قوله لأن أول التسليمين) تسليم المهر وتسليم الزوجة نفسها (قوله ويحكم) هذا أصح التحالف أولا ثم التحكيم قول الكرخي لأن مهر المثل لا اعتبار به مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلماذا تقدم في الوجوه كلها ، وأما على تخريج الرازي فالتحكيم قبل التحالف ، وقد قدمناه في المهر مع بيان اختلاف التصحيح وخلاف أبي يوسف بحر (قوله قبل الاستيفاء) لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفق القياس والإجارة قبل الاستيفاء لظهيره بحر ، والمراد بالاستيفاء التحكيم

(تحالفا) وترادا وبدىء يمين المستأجر لو اختلفا في البذل والمؤجر لو في المدة وإن برهنا فالبينة للمؤجر في البذل وللمستأجر في المدة (وبعده لا والقول للمستأجر) لأنه منكر للزيادة (ولو) اختلفا (بعد التمكّن من استيفاء البعض) من المنفعة (تحالفا وفسخ العقد في الباقي والقول في الماضي للمستأجر) لانعقادها ساعة فساعة فكل جزء كعقد بخلاف البيع (وإن اختلف الزوجان) ولو مملوكين أو مكاتبين أو صغيرين والصغير يجمع أو ذمية مع مسلم قام النكاح أولا في بيت لها أو لأحدهما خزانة الأكل لأن العبرة للبذل لا للملك (في متاع) هو هنا ما كان في (البيت) ولو ذهب أو فضة فا (لقول لكل واحد منهما فيما صلح له مع يمينه) إلا إذا كان كل منهما يفعل أو يبيع ما يصلح الآخر فالقول له لتعارض الظاهرين درر وغيرها (والقول له في الصالح لها) لأنها وما في يدها في يده والقول لدى اليد بخلاف ما يختص بها لأن ظاهرها أظهر من ظاهره وهو يد الاستعمال (ولو أقاما بينة يقضى بيمينتها) لأنها خارجة خانية

منه في المدة وبعده عدمه لما عرف أنه قائم مقامه في وجوب الأجر بحر (قوله تحالفا) وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وأيهما برهن قبل (قوله وبدىء يمين المستأجر الخ) فإن قيل كان الواجب أن يبدأ يمين الأجر التعميل فائدة النكول فإن تسليم المعقود عليه واجب؟ أجيب: بأن الأجرة إن كانت مشروطة التعميل، فهو كالأسبق إنكاراً فيبدأ به وإن لم يشترط لا يمتنع الأجر من تسليم العين المستأجرة، لأن تسليمه لا يتوقف على قبض الأجرة أبو السعود عن العناية (قوله لو في المدة) وإن كان الاختلاف فيما قبلت بينة كل منهما فيما يدعيه من الفضل، نحو: أن يدعى هذا شهراً بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة فيقضى بشهرين بعشرة بحر (قوله وبعده) أي بعد الاستيفاء (قوله وإن اختلف الزوجان) قيد به للاحتراز عن اختلاف نساء الزوج دونه وعن اختلاف الأب مع بنته في جهازها أو مع ابنه فيما في البيت، وعن اختلاف إسكاف وعطار في آلة الأساكفة، أو العطارين وهي في أيديهما واختلاف المؤجر والمستأجر في متاع البيت، واختلاف الزوجين فيما في أيديهما من غير متاع البيت وبيان الجميع في البحر فراجعه وسيأتي بعضه (قوله قام النكاح أولاً) بأن طلقها مثلاً، ويستثنى ما إذا مات بعد عدتها كما سيأتي قال الرملي في حاشية البحر في لسان الأحكام ما يخالف ذلك فارجع إليه، ولكن الذي هنا هو الذي مشى عليه الشراح (قوله صلح له) الضمير راجع لكل وفي التقنية من باب ما يتعلق بتجهيز البنات افتراقاً وفي بيتها جاربة لقلتها مع نفسها، واستخدمتها سنة والزوج عالم به ساكت، ثم ادعاهما فالقول له لأن يده كانت ثابتة ولم يوجد المزيل اهـ.

وبه علم أن سكوت الزوج عند نقلها ما يصلح لها لا يبطل دعواه في البدائع، هذا كله إذا لم تقر المرأة أن هذا المتاع اشتراه، فإن أقرت بذلك سقط قولها لأنها أقرت بالملك لزوجها، ثم ادعت الانتقال إليها فلا يثبت الانتقال إلا بالبينة اهـ وكذا إذا ادعت أنها اشترته منه كما في الخانية، ولا يخفى أنه لو برهن على شرائه كان كإقرارها بشرائه، فلا بد من بينة على الانتقال إليها منه جهة ونحو ذلك، ولا يكون استمتاعها بمشربه ورضاه بذلك دليلاً على أنه ملكها ذلك كما تفهمه النساء والعوام، وقد أفقيت بذلك مراراً بحر وذكر في الهامش القول للمرأة مع يمينها فيما تدعيه أنه ملكها مما هو صالح للنساء، ومما هو صالح للرجال والنساء، وكذا القول قولها مع يمينها أيضاً فيما تدعيه أنه ودیعة تحت يدها مما هو صالح للنساء ومما هو صالح للنساء والرجال والله أعلم كذا في الحامدية عن الشلبي (قوله الظاهرين) أي فرجعنا إلى اعتبار اليد وإلا فالتعارض يقتضي التسايط (قوله درر) عبارة الدرر إلا إذا كان كل منهما يفعل أو يبيع ما يصلح للآخر اهـ أي إلا أن يكون الرجل صائفاً، وله أساور

والبيت للزوج إلا أن يكون لها بيعة بجر : وهذا لو حيين (وإن مات أحدهما واختلف وارثه مع الحي في المشكل)
الصالح لها (فالقول) فيه (للحي) ولورقيقا وقال الشافعي ومالك : الكل بينهما وقال ابن أبي ليلى : الكل
له وقال الحسن البصري الكل لها وهي المسبعة وقال في الخانية تسعة أقوال (ولو أحدهما مملوكا) ولو ماذونا أو
مكاتبا وقالوا والشافعي هما كالحر (فالقول للحر في الحياة وللحي في الموت)

وخواتيم النساء والحي والخلخال ونحوها فلا يكون لها وكذا إذا كانت المرأة دلالة تباع ثياب الرجال ، أو تاجرة
تتجر في ثياب الرجل أو النساء أو ثياب الرجال وحدها كذا في شروح الهداية اه . قال في الشرنبلالية : قوله
إلا إذا كان كل منهما يفعل أو يبيع ما يصلح للآخر ليس على ظاهره في عمومه . ففي قول أحدهما يفل أو يبيع (١)
الآخر ما يصلح له لأن المرأة إذا كانت تباع ثياب الرجال أو ما يصلح لها كالأنية والذهب والفضة والأمتعة
والعقار ، فهو للرجل ، لأن المرأة وما في يدها للزوج ، والقول في الدعوى لصاحب اليد ، بخلاف ما يختص
بها لأنه عارض يد الزوج أقوى منها ، وهو الاختصاص بالاستعمال كما في العناية ويعلم مما سيذكره المصنف رحمه
الله تعالى اه . وحينئذ فقول الدرر وكذا إذا كانت المرأة دلالة الخ معناه أن القول فيه للزوج أيضا إلا أنه خرج
منه ما لو كانت تباع ثياب النساء بقوله قبله ، فالقول لكل منهما فيما يصلح له ويمكن حمل كلام الشارح على
هذا المعنى أيضا يجعل الضمير في قوله ، فالقول له راجعا إلى الزوج ، ثم قوله لتعارض الظاهرين لا يصلح علة
سواء حمل الكلام على ظاهره أو على هذا المعنى . أما الأول فلأنه إذا كان الزوج يبيع يشهد له ظاهران اليد
والبيع لا ظاهر واحد فلا تعارض إلا إذا كانت هي تباع ذلك ، فلا يرجع ملكها لما ذكره الشرنبلالي إلا إذا
كان مما يصلح لها على أن التعارض لا يقتضي الترجيح ؛ بل التهار وأما الثاني فلأنه إذا كان الزوج يبيع فلا تعارض
كما مر ، وأما إذا كانت تباع هي فكذلك لما مر أيضا فتنبه :

أقول : وما ذكره في الشرنبلالية عن العناية صرح به في النهاية لكن في الكفاية ما يقتضي أن القول للمرأة
حيث قال : إلا إذا كانت المرأة تباع ثياب الرجال ، وما يصلح للنساء كالخمار والدرع والملحفة والحي ، فهو
للمرأة أي القول قولها فيها لشهادة الظاهر اه ومثله في الزيلعي . قال : وكذا إذا كانت المرأة تباع ما يصلح للرجال
لا يكون القول قوله في ذلك اه . فالظاهر أن في المسألة قولين فليحرر (قوله والبيت للزوج) أي لو اختلفا
في البيت فهو له (قوله لها بيعة) أي فيكون البيت لها وكذا لو برهنت على كل ما يصلح لها (قوله لو حيين)
بالتثنية (قوله في المشكل) أنظر ما حكم غيره والظاهر أن حكمه ما مر ثم رأيت في ط عن الحموي (قوله فالقول
فيه للحي) مع يمينه در منتقى إذ لا يد للميت ، وذكر في البحر عن الخزانة استثناء ما إذا كانت المرأة ليلة الزفاف
في بيعة ، فالمشكل وما يجهز مثلها به لا يستحسن جعله للزوج إلا إذا عرف بتجارة جنس منه ، فهو له وألحق
صاحب البحر ما إذا اختلفا في الحياة ليلة الزفاف قال : وينبغي اعتماده للفتوى إلا أن يوجد نص بخلافه (قوله
ولورقيقا) يستغنى عنه بما يأتي في المنح (قوله ولو أحدهما مملوكا إلى قوله وللحي في الموت) كذا في عامة
شروح الجامع وذكر الرضى أنه سهو : والصواب أنه للحر مطلقا وذكر فخر الإسلام أن القول له هنا في الكل
لا في خصوص المشكل كما في القهستاني سائحاني (قوله تسعة أقوال) الأول ما في الكتاب وهو قول الإمام الثاني قول
أبي يوسف للمرأة جهاز مثلها والباقي للرجل ، يعني في المشكل في الحياة والموت . الثالث : قول ابن أبي ليلى :
المقاع كله له ولها ما عليها فقط . والرابع : قول ابن معن وشريك : هو بينهما . الخامس : قول الحسن البصري :

(١) قوله (في قول أحد يفعل أو يبيع) هكذا في النسخة المجموع منها ولا تخلو العبارة من تأمل فلعلها محرقة فنهني محررها

بمراجعة عبارة الشرنبلالية اه مصححه .

لأن يد الحر أقوى ولا يد للميت (أعتقت الأمة) أو المكاتبة والمدبرة (واختارت نفسها فما في البيت قبل العتق فهو للرجل ، وما بعده قبل أن تختار نفسها فهو على ما وصفناه في الطلاق) بحر وفيه : طلقها ومضت العدة فالمشكك للزوج ولورثته بعده لأنها صارت أجنبية لا يدها ولما ذكرنا أن المشكك للزوج في الطلاق فكذا لو ارثته : أما لو ماتت وهي في العدة فالمشكك لها فكأنه لم يطلقها بدليل إرثها : ولو اختلف المؤجر والمستأجر في متاع البيت فالقول للمستأجر بيمينه وليس للمؤجر إلا ما عليه من ثياب بدنه ، ولو اختلف إسكافي وعطار في آلات الأساكفة وآلات العطارين ، وهي في أيديهما فهي بينهما بلا نظر لما يصلح لكل منهما وتماه في السراج : (رجل معروف بالفقر والحاجة صار بيده غلام وعلى عنقه بكرة وذلك بداره فادعاه رجل عرف باليسار وادعاه صاحب الدار فهو للمعروف باليسار. وكذا كناس في منزل رجل وعلى عنقه قطيفة يقول) الذي على عنقه (هي لي وادعاهما صاحب المنزل فهي لصاحب المنزل : رجلان في سفينة بها دقيق فادعى كل واحد السفينة وما فيها وأحدهما يعرف بببيع الدقيق والآخر يعرف بأنه ملاح فالدقيق للذي يعرف ببيعه والسفينة لمن يعرف بأنه ملاح) عملا بالظاهر ولو فيها راكب وآخر ممسك وآخر يجذب وآخر يمدّها وكلهم يدعونها فهي بين الثلاثة أثلاثا ولا شيء للماد : رجل يقود قطارا بل وآخر راكب إن على الكل متاع الراكب فكأها له والقائد أجيره وإن لاشيء عليها فللراكب ما هو راكبه والباقي للقائد بخلاف البقر والغنم وتماه في خزنة الأكل :

كله لها وله ما عليه. السادس : قول شريح البيت للمرأة : السابع : قول محمد في المشكك للزوج في الطلاق والموت ووافق الإمام فيما لا يشكك . الثامن : قول زفر المشكك بينهما : التاسع : قول مالك : الكل بينهما هكذا حكى الأقوال في خزنة الأكل ولا يظن أن التاسع هو الرابع بحر كذا في الهامش (قوله لأن يد الحر الخ) لف ونشر مرتب (قوله للميت) بحث فيه صاحب اليعقوبية (قوله فهو على ما وصفناه في الطلاق) يعني المشكك للزوج ولها ما صلح لها لأنها وقتها حرة كما هو معلوم من السياق واللحاق ، ويؤيده قول السراج ولو كان الزوج حرا والمرأة مكاتبة أو أمة أو مدبرة أو أم ولد وقد أعتقت قبل ذلك ثم اختلفا في متاع البيت فما أحدثاه قبل العتق فهو للرجل ، وما أحدثاه بعده فهما فيه كالحرين سائحاني (قوله في الطلاق) أي في مسألة اختلاف الزوجين التي قبل قوله وإن مات أحدهما فإنها تشمل حال قيام النكاح وبعده كما ذكره الشارح اه (قوله ثم اعلم أن هذا (١)) أي جميع ما مر إذا لم يقع التنازع بينهما في الرق والحرية والنكاح وعدمه فإن وقع إلى آخر ما في البحر فراجع (قوله لأنها صارت إلى الخ) يفيد أنهما لو ماتا فكذلك (قوله بلا نظر) فهذا الفرع خالف ما قبله والمسائل الآتية بعده :

[فرع] رجل تصرف زمانا في أرض ورجل آخر رأى الأرض والتصرف ولم يدع ومات على ذلك لم تسمع بعد ذلك دعوى ولده فتترك على يد المقصر لأن الحال شاهداه حامدية عن الولو انجليزية (قوله بكرة) البكرة عشرون ألف دينار بحر كذا في الهامش (قوله قطيفة) دثار مخمل والجمع قطائف وقطف مثل صحائف وصحف لأنها جمع قطيفة وصحيفة ، ومنه القطائف التي تؤكل صحاح الجوهري كذا في الهامش (قوله وآخر ممسك) الظاهر أنه ممسك الدفة التي هي للسفينة بمنزلة اللجام للدابة (قوله بخلاف البقر والغنم) قال في المنح : أما لو كان بقرا أو غنما عليها رجلان أحدهما قائد والآخر سائق ، فهي للسائق إلا أن يقود شاة معه فتكون له تلك الشاة وحدها كذا في الهامش :

(١) قول (ثم اعلم أن هذا) لا وجود لذلك هنا في نسخ الشارح التي بيدي فليحذر اه مصححه .

فصل في دفع الدعاوى

لما قدم من يكون خصما ذكر من لا يكون (قال ذو اليدهذا الشيء) المدعى به منقولا كان أو عقارا (أودعنيه أو أعارنيه أو آجرنيه أو رهنيه زيد الغائب أو غصبته منه) من الغائب (وبرهن عليه) على ما ذكر والعين قائمة لا هالكه وقال الشهود لعرفه باسمه ونسبه أو بوجهه . وشرط محمد معرفته بوجهه أيضا فلو حلف لا يعرف فلانا وهو لا يعرفه إلا بوجهه لا يحنث ذكره الزيلعي وفي الشرنبلالية عن خط العلامة المقدسي .

[فرع] دفع إلى قصار أربع قطع كرباس ليغسلها فلما فرغ قال له القصار : ابعث إلى رسولك لأنفذ لك فجاء الرسول بثلاث قطع فقال القصار : بعثت إليك أربع قطع وقال الرسول : دفع إلى ولم يعده على يقال لرب الثوب صدق أيهما شئت ، فإن صدق الرسول برى من الدعوى وتوجه اليمين على القصار إن حلف برى وإن لكل وجب عليه الضمان ، وكذلك إن صدق القصار برى ، ووجب اليمين على الرسول ووجب عليه أجر القصار إذا حلف القصار على ذلك أو صدقه صاحب الثوب ، لأنه لما حلف القصار فني زعمه أنه أعطاه أربع قطع فيأخذ ذلك وأوالجية في الفصل الثاني .

فصل في دفع الدعاوى

(قوله أودعنيه) ظاهر قوله أودعنيه وما بعده يفيد أنه لا بد من دعوى إيداع الكل وليس كذلك لما في الاختيار أنه لو قال النصف لي والنصف وديعة عندي لفلان وأقام بيته على ذلك اندفعت في الكل لتعذر التمييز اه بحر : وفيه أيضا وأفاد المؤلف أنه لو أجاب بأنها ليست لي أو هي لفلان ، ولم يزد لا يكون دفعا وقيد بكونه اقتصر على الدفع بما ذكر للاحتراز عما إذا زاد وقال كالت داري بعثها من فلان وقبضها ثم أودعنيها أو ذكرهبة وقبضا لم تندفع إلا أن يقر المدعى بذلك أو يعلمه القاضي (قوله أو رهنيه زيد) أتى بالاسم لعلم ، لأنه لو قال : أودعنيه رجل لا أعرفه لم تندفع ، فلا بد من تعيين الغائب في الدفع ؛ وكذا في الشهادات كما سيذكره الشارح فلو ادعاه من مجهول وشهدا بمعين أو عكسه لم تندفع بحر ، وفيه عن خزائنة الأكل والخانية ، لو أقر المدعى أن رجلا دفعه إليه أو شهدوا على إقراره بذلك فلا خصومة بينهما ، وفيه وأطلق في الغائب فشمّل ما إذا كان بعيدا معروفا يتعذر الوصول إليه أو قريبا كما في الخلاصة والبرازية (قوله على ما ذكر) لكن لا تشترط المطابقة لعين ما ادعاه لما في خزائنة الأكل لو شهدوا أن فلانا دفعه إليه ، ولا ندري لمن هو فلا خصومة بينهما ، وأراد بالبرهان وجود حجة سواء كانت بيته أو علم القاضي أو إقرار المدعى كما في الخلاصة ولو لم يبرهن المدعى عليه وطلب يمين المدعى استحلّفه القاضي ، فإن حلف على العلم كان خصما ، وإن نكل فلا خصومة كما في خزائنة الأكل بحر (قوله أو العين قائمة) أخذ التقييد من الإشارة بقوله هذا الشيء ، لأن الإشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود في الخارج كما أفاده في البحر وسيأتي محمّزه قال في الهامش : عبد هلك في يد رجل ، وأقام رجل البيته أنه عبده وأقام الذي مات في يده أنه أودعه فلان أو غصبه أو آجره لم يقبل ، وهو خصم فإنه يدعى القيمة عليه وإيداع الدين لا يمكن ثم إذا حضر الغائب وصدقه في الإيداع والإجارة والرهن رجع عليه بما ضمن للمدعى : أما لو كان غاصبا لم يرجع وكذا في العارية والإباق مثل الهلاك ههنا فإن عاد العبد يوما يكون عبدا لمن استقر عليه الضمان اه بحر (قوله لعرفه) أي الغائب (قوله أو بوجهه) فمعرفة وجهه فقط كافية عند الإمام بزازية (قوله وشرط محمد) محل الاختلاف فيما إذا ادعاه الخصم من معين بالاسم والنسب ، فشهدا له بمجهول لكن قال لعرفه بوجهه وأما لو ادعاه من مجهول لم تقبل الشهادة إجماعا كذا في شرح أدب القضاء للخصاف (قوله فلو حلف) لا يعني أن التفريع غير

عن البرازية أن تعويل الأئمة على قول محمد اه فليحفظ (دفعت خصومة المدعى) للملك المطلق لأن يد هؤلاء ليست يد خصومة وقال أبو يوسف : إن عرف ذو اليد بالحيل لا تندفع وبه يؤخذ ملتقى واختاره في المختار وهذه خمسة كتاب الدعوى ، لأن فيها أقوال خمسة علماء كما بسط في الدرر أو لأن صورها خمس عيني وغيره .

قلت : وفيه نظر إذ الحكم كذلك لو قال وكلني صاحبه بحفظه ، أو أسكنتني فيها زيد الغائب أو سرقت منه أو انتزعت منه أو ضل منه فوجدته بحر أو هي في يدي مزارعة بزازية فالصور إحدى عشرة ؛ قلت : لكن الحق في البرازية المزارعة بالإجارة أو الودبعة قال فلا يزداد على الخمس

ظاهر ، فكان الأولى أن يقول ولم يكتف محمد بمعرفة الوجه فقط يدل عليه قول الزيلعي والمعرفة بوجهه فقط لا تكون معرفة ، الأثرى إلى قوله عليه الصلاة والسلام لرجل «أتعرف فلانا فقال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه؟ فقال لا : فقال إذن لا تعرفه» وكذا لو حلف الخ (قوله عن البرازية) ونقل عنها في البحر (قوله دفعت خصومة المدعى) أي حكم القاضي بدفعها وأفاد أنه لو أعاد المدعى الدعوى عند قاض آخر لا يحتاج المدعى عليه إلى إعادة الدفع بل يثبت حكم القاضي الأول كما صرحوا به . وظاهر قوله دفعت أنه لا يحلف للمدعى أنه لا يلزمه تسليمه إليه ولم أره الآن بحر : وفيه نظر فإنه بعد البرهان كيف يحلف ؛ أما قبله فقد نقل عن البرازية أنه يحلف على البتات لقد أودعها إليه لا على العلم ، ثم نقل عن الذخيرة أنه لا يحلف لأنه مدع الإيداع ولو حلف لا تندفع بل يحلف المدعى على عدم العلم (قوله للملك المطلق) ومنه دعوى الوقف دعوى غائبه كما حرره في البحر أول الفصل الآتي قال في البحر : ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعالى صورة دعوى المدعى ، وأراد بها أن المدعى ادعى ملكا مطلقا في العين ولم يدع على ذي اليد فعلا بدليل ما يأتي من المسائل المقابلة لهذه .

وحاصل جواب المدعى عليه أنه ادعى أن يده يد أمانة أو مضمونة والملك للغير ، ولم يذكر برهان المدعى ولا بد منه لما عرف أن الخارج هو المطالب بالبرهان ولا يحتاج المدعى عليه إلى الدفع قبله . وحاصله أن المدعى لما ادعى الملك المطلق فيما في يد المدعى عليه أنكره فطالب من المدعى البرهان فأقامه ولم يقض القاضي به حتى دفعه المدعى عليه بما ذكر وبرهن على الدفع اه (قوله بالحيل) بأن يأخذ مال إنسان غصبا ثم يدفعه سرا إلى مريد سفر ويودعه بشهادة الشهود ، حتى إذا جاء المالك وأراد أن يثبت ملكه فيه أقام ذو اليد بينة على أن فلانا أودعه فيبطل حقه كذا في الدرر ح (قوله في المختار) وفي المعراج رجع إليه أبو يوسف حين ابتلى بالقضاء ، وعرف أحوال الناس فقال المحتال من الناس يأخذ من إنسان غصبا ثم يدفعه سرا إلى من يريد السفر حتى يودعه بشهادة الشهود حتى إذا جاء المالك وأراد أن يثبت ملكه يقيم ذو اليد بينة على أن فلانا أودعه فيبطل حقه وتندفع عنه الخصومة كذا في المبسوط (قوله كما بسط في الدرر) ذكر هنا أقوال أئمتنا الثلاثة الرابعة قول ابن شبرمة : أنها لا تندفع عنه مطلقا والخامس : قول ابن أبي ليلى تندفع بدون بينة لإقراره بالملك للغائب س (قوله وفيه نظر) فيه نظر لأن وكلني يرجع إلى أودعني وأسكنتني إلى أعارني وسرقت منه إلى غصبت منه وضل منه فوجدته إلى أودعني وهي في يدي مزارعة إلى الإجارة أو الودبعة فلا يزداد على الخمس كذا في الهامش (قوله بحر) ذكر في البحر بعد هذا مانصه ، والأولان راجعان إلى الأمانة والثلاثة الأخيرة إلى الضمان إن لم يشهد في الأخيرة وإلا فإلى الأمانة فالصور عشر وبه علم أن الصور لم تنحصر في الخمس اه ولا يخفى أنه بعد رجوع ما زاده إلى ما ذكر لا محل للاعتراض بعدم الانحصار تأمل (قوله أو هي في يدي) مقتضى كلامه أن هذه العبارة ليست في البحر مع أنها والتي بعدها فيه ح (قوله الحق) بصيغة الماضي (قوله قال) أي في البرازية (قوله فلا يزداد) أي لا يزداد مسألة المزارعة التي زادها

وقد حررت في شرح الملتقى (وإن كان هالكا أو قال الشهود أودعه من لانعرفه أو أقر ذواليد بيد الخصومة كأن (قال) ذواليد (اشتريقه) أو اتهمته (من الغائب أو) لم يدع الملك المطلق بل ادعى عليه الفعل بأن (قال المدعى غصبته) في (أو) قال (سرق مني) وبناء للمفعول للستر عليه فكأنه قال سرقت مني بخلاف غصب مني أو غصبه مني فلان الغائب كما سيجيء حيث تندفع وهل تندفع بالمصدر الصحيح لا بزائية (وقال ذواليد) في الدفع (أودعني فلان وبرهن عليه) لا تندفع في الكل لما قلنا (قال في غير مجلس الحكم إنه ملكي ثم قال في مجلسه إنه وديعة عندي) أو رهن (من فلان تندفع مع البرهان على ما ذكر ولو برهن المدعى على مقالته الأولى يجعله خصما ويحكم عليه) لسبق إقرار يمنع الدفع بزائية (وإن قال المدعى اشتريقته من فلان) الغائب (وقال ذواليد أودعني فلان

البزازي وقد علمت مما في البحر أنه لا يزداد البقية أيضا (قوله وقد حررت الخ) حيث عمم قوله غصبته منه بقوله ولو حكما فأدخل فيه قوله أو سرقت منه أو انزعته منه وكذا عمم قوله أودعني بقوله: ولو حكما فأدخل فيه الأربعة الباقية ولا يخفى أنه محرر أحسن مما هنا فإنه هنا أرسل الاعتراض ولم يجب عنه إلا في مسألة المزارعة فأوهم خروج ما عداها عما ذكره مع أنه داخل فيه كما علمت فافهم (قوله أو أقر ذواليد) ولو برهن بعده على الوديعة لم تسمع بزائية (قوله وقال ذواليد) حاصل هذه أن المدعى ادعى في العين ملكا مطلقا فأنكره المدعى عليه فبرهن المدعى على الملك فدفعه ذواليد بأنه اشتراها من فلان الغائب وبرهن عليه لم تندفع عنه الخصومة يعني فيقضى القاضى ببرهان المدعى ، لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما بحر : وفيه عن الزيلعي وإذا لم تندفع هذه المسألة وأقام الخارج البينة فقضى له ثم أحال المقر له الغائب وبرهن تقبل بينته لأن الغائب لم يهر مقتضيا عليه وإنما قضى على ذى اليد خاصة (قوله اشتريقته) ولو فاسدا مع القبض بحر (قوله أو اتهمته) أشار به إلى أن المراد من الشراء الملك مطلقا (قوله بل ادعى عليه) أي على ذى اليد الفعل وقيد به للاحتراز عن دعواه على غيره فدفعه ذواليد بواحد مما ذكر وبرهن فإنها تندفع كدعوى الملك المطلق كما في البزازية بحر : وأشار الشارح إلى هذا أيضا بقوله بخلاف قوله غصب مني الخ لكن قوله : وبرهن ينافيه ما سنقله عن نور العين عند قول المتن اندفعت من أنه لا يحتاج إلى البينة وكذا مسألة الشراء التي ذكرها المصنف وهي مسألة المتون (قوله أو قال سرق مني) ذكر الغصب تمثيل والمراد دعوى فعل عليه ، فلو قال المدعى أودعتك إياه أو اشتريقته منك وبرهن ذواليد كما ذكرنا على وجه لا يفيد ملك الرقبة لا يتدفع كذا في البزازية بحر ، فكان الأولى أن يقول كأن قال (قوله وبناء) ويعلم حكم ما إذا بناه للفاعل بالأولى بحر (قوله الصحيح لا) أقول هذا المذكور في الغصب فما الحكم في السرقة ويجب أن لا تندفع بالأولى كما في بنائه للمفعول وهو ظاهر تأمل رملي على المنع (قوله بزائية) قال ادعى أنه ملكه وفي يده غصب فبرهن ذواليد على الإيداع قيل تندفع لعدم دعوى الفعل عليه والصحيح أنها لا تندفع بحر س (قوله وبرهن عليه) أراد بالبرهان إقامة البينة ، فخرج الإقرار لما في البزازية معزيا إلى الذخيرة من صار خصما لدعوى الفعل عليه إن برهن على إقرار المدعى بإيداع الغائب منه تندفع كإقامته على الإيداع لثبوت إقرار المدعى أن يده ليست بد خصومة اه بحر (قوله لما قلنا) من أن المدعى ادعى الفعل عليه ، أما في مسألتى المتن فأشار إلى علة الأولى بقوله : أو أقر ذواليد بيد الخصومة وإلى علة الثانية بقوله : ادعى عليه الفعل أي فإنه صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق ، لأنه خصم فيه باعتبار يده كما في البحر : وأما علة ما إذا كان هالكا فلم يشر إليها وهي أنه يدعى الدين ومحل الدمة ، فالمدعى عليه ينتصب خصما بذمته ، وبالبينة أنه كان في يده وديعة لا يتبين أن ما في ذمته لغيره فلا تنفع كما في المعراج . وكذا علة ما إذا قال الشهود أودعه من لانعرفه وهي أنهم ما أحالوا المدعى على رجل تمكن من خصمته كذا قيل (قوله في مجلسه)

ذلك) أى بنفسه فلو بوكيله لم تندفع بلا بينة (دفعت الخصومة وإن لم يبرهن) لتوافقهما أن أصل الملك للغائب إلا إذا قال اشتريته ووكلتى بقبضه وبرهن ولو صدقه في الشراء لم يؤمر بالتسليم لثلا يكون قضاء على الغائب بإقراره وهي عجيبة ثم اقتصر الدرر وغيرها على دعوى الشراء قيد اتفاقى فلذا قال : (ولو ادعى أنه له غصبه منه فلاز الغائب وبرهن عليه وزعم ذو اليد أن هذا الغائب أودعه عنده اندفعت) لتوافقهما أن اليد لذلك الرجل (ولو كان مكان دعوى الغصب دعوى سرقة لا) تندفع بزعم ذى اليد إيداع ذلك الغائب استحسنانا بزازية وفي شرح الوهبانية للشرنبلالى لو اتفقا على الملك لزيد وكل يدعى الإجارة منه لم يكن الثانى خصما للأول على الصحيح ولا المدعى رهن أو شراء أما المشتري فخصم للكل :

[فروع] قال المدعى عليه لى دفع يجهل إلى المجلس الثانى صغرى :

للمدعى تحليف المدعى الإيداع على البتات درر وله تحليف المدعى على العلم وتمامه فى اللبازية :

أى مجلس الحكم (قوله لسبق إقرار) بإضافة سبق إلى إقرار والدفع مفعول يمنع (قوله ذلك) أى المذكور فى كلام المدعى ح (قوله أى بنفسه) تقييد لقوله أودعنيه لانتفسير لقوله ذلك ح وقال فى الهامش بنفسه : أى بنفس فلان الغائب (قوله بلا بينة) لأن الوكالة لا تثبت بقوله معراج ، ولأنه لم يثبت تلقى اليد من اشترى هو منه لإنكار ذى اليد ولا من جهة وكيله لإنكار المشتري بحر (قوله وإن لم يبرهن) وفى البنابة ولو طلب المدعى بمينه على الإيداع يحلف على البتات اه بحر (قوله إلا إذا قال) أى المدعى (قوله اشتريته) أى من الغائب كذا فى الهامش (قوله وهي عجيبة) لم يظهر وجه العجب (قوله ولو ادعى الخ) المسألة تقدمت متنا قبيل باب عزل الوكيل معللة بأنه إقرار على الغير :

قلت : وكذا لو ادعى أنه أعاره لفلان كما يظهر من العلة قال فى الهامش الخصم فى إثبات النسب خمسة الوارث والوصى والموصى له والغريم للميت أو على الميت بزازية وكذلك فى الإرث جامع الفصولين اه (قوله اندفعت) أى بلا بينة نور العين (قوله دعوى سرقة لا) وهذا بخلاف قوله إنه توبى سرقة منى زيد وقال ذو اليد : أودعنيه زيد ذلك لا تندفع الخصومة استحسنانا؛ يقول الحقيق لعل وجه الاستحسان هو أن الغصب إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطله كما ذكر فى كتب الفقه ، فاليد للغاصب فى مسألة الغصب بخلاف مسألة السرقة إذ اليد فيها لذى اليد إذ لا يد للسارق شرعا ، ثم إن فى عبارة لا يد للسارق نكتة لا يفتى حسنها على ذوى النهى نور العين : وهذا أولى وما قاله السامحانى يجب حمله على ما إذا قال سرق منى أما لو قال سرقة الغائب منى فإنها تندفع لتوافقهما أن اليد للغائب وصار من قبيل دعوى الفعل على غير ذى اليد : وهي تندفع كما فى البحر لكن ذكر بعده هذه المسألة وأفاد أنها بنيت للفاعل وصرح بذلك فى الفصولين ففعل فى المسألة قولين قياسا واستحسنانا اه (قوله لا تندفع) قال صاحب البحر : وقد سئلت بعد تأليف هذا المحل بيوم : عن رجل أخذ متاع أخته من بيتها ورهنه وغاب فادعت الأخت به على ذى اليد فأجاب بالرهن : فأجبت : إن ادعت المرأة غصب أخيها وبرهن ذو اليد على الرهن اندفعت وإن ادعت السرقة لا اه أى لا تندفع وظاهره أنها ادعت سرقة أخيها مع أنها قدمنا عنه أن تقييد دعوى الفعل على ذى اليد للاحتراز عن دعواه على غيره فإنه لو دفعه ذو اليد لواحد مما ذكر وبرهن تندفع ، فيجب أن يحمل على أنها ادعت أنه سرق منها مبنيا للمجهول ليكون الدعوى على ذى اليد لكن ينافيه قولها إن أخاها أخذه من بيتها تأمل (قوله يجهل إلى المجلس الثانى) أى بعد أن سأله عنه وعلم أنه دفع صحيح كما قدمناه قبل التحكيم (قوله للمدعى تحليف الخ) خلافا لما فى الدخيرة لأنه يدعى الإيداع ولا حلف على المدعى ح كذا فى الهامش :

وكل بنقل أمته فبرهنت أنه أعتقها قبل للدفع لا للعتق ما لم يحضر المولى ابن ملك .

باب دعوى الرجلين

(تقدم حجة خارج في ملك مطلق) أى لم يذكر له سبب كما مر (على حجة ذى اليد وإن وقت أحدهما فقط) وقال أبو يوسف : ذو الوقت أحق وثمرته فيما لو (قال) فى دعواه (هذا العبد لى غاب عنى منذ شهر وقال ذواليد لى منذ سنة قضى للمدعى) لأن ما ذكره تاريخ غيبة لملك فلم يوجد التاريخ من الطرفين فقضى بينة الخارج

[فروع] ادعى لكاح امرأة لها زوج يشترط حضرة الزوج الظاهر جامع الفصولين .
لسباهى لا ينتصب خصما المدعى الأرض ملكا أو وقفا خيرية من الدعوى :
الأصل سقوط دعوى الملك المطلق دون المقيد بسبب در متقى :
المشترى ليس بهضم للمستأجر والمرتهن جامع الفصولين فى الفصل الثالث .

باب دعوى الرجلين

لا يخفى عليك أن عقد الباب لدعوى الرجلين على ثالث ، وإلا فجميع الدعاوى لا تكون إلا بين اثنين ،
وحيث لا تكون هذه المسألة من مسائل هذا الكتاب فلذلك ذكره صاحب الهداية والكفر فى أوائل
كتاب الدعوى .

قلت : ولعل صاحب الدرر إنما أخرها إلى هذا المقام مقتضيا فى ذلك أثر صاحب الوقاية لتحقق مناسبة بينها
وبين مسائل هذا الباب بحيث تكون فاتحة لمسائله وإن لم تكن منه عزمى (قوله حجة خارج) الخارج وذو اليد
لو ادعى إرثا من واحد فذو اليد أولى كما فى الشراء ، هذا إذا ادعى الخارج وذو اليد تلقى الملك من جهة
واحد فلو ادعى من جهة اثنين يحكم للخارج ، إلا إذا ثبت تاريخ ذى اليد بخلاف ما لو ادعى من واحد فإنه
ثمة يقضى لذى اليد إلا إذا سبق تاريخ الخارج والفرق فى الهداية ولو كان تاريخ أحدهما أسبق ، فهو أولى
كما لو حضر البائعان وبرهنا وأرخا وأحداهما أسبق تاريخا والمبيع فى يد أحدهما يحكم للأسبق : اه فصولين من
الثامن وتماه فيه (قوله وفى ملك مطلق) لأن الخارج هو المدعى والبينة بينة المدعى بالحديث قيد الملك
بالمطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج ، وعن المقيد بما إذا ادعى تلقى الملك من واحد وأحداهما قابض
وبما إذا ادعى الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق فإن فى هذه الصورة تقبل بينة ذى اليد بالإجماع كما
سبأى درر .

[فرع] فى الهامش : إذا برهن الخارج وذو اليد على لسب صغير قدم ذو اليد إلا فى مسألتين فى الخزانة الأولى
لو برهن الخارج على أنه ابنه من امرأته وهما حران ، وأقام ذو اليد بينة أنه ابنه ولم ينسبه إلى أمه فهو للخارج
الثانية لو كان ذو اليد ذميا والخارج مسلما ، فبرهن الذى بشهود من الكفار وبرهن الخارج قدم الخارج سواء
برهن بمسلمين أو بكفار ولو برهن الكافر بمسلمين قدم على المسلم مطلقا أشباه قبيل الوكالة اه (قوله فقط) قيد
بقوله فقط لأنه لو وقتا يعتبر السابق ، كما يأتى متنا فالمراد سواء لم يوقتا أو وقت أحدهما وحده ، ولو استوى
تاريخهما فالخارج أولى فالأهم قول الفرع حجة الخارج فى الملك المطلق أولى إلا إذا أرخا وذو اليد أسبق سائغاني
(قوله قال فى دعواه هذا العبد الخ) تقدمت المسألة متنا قبيل السلم (قوله تاريخ غيبة) لأن قوله منذ شهر متعلق
بغاب فهو قيد للغيبة ، وقوله منذ سنة متعلق بما يتعلق به قوله لى : أى ملك لى منذ سنة فهو قيد للملك وتاريخ له

وقال أبو يوسف : يقضى للمؤرخ ولو حالة الانفراد : وينبغي أن يفنى بقوله لأنه أوفق وأظهر كذا في جامع الفصولين وأقره المصنف (ولو برهن خارجان على شيء قضى به لهما فإن برهنا في) دعوى (نكاح سقطا) لتعذر الجمع لو حية ولو مائة قضى به بينهما وعلى كل نصف المهر وراثان ميراث زوج واحد ولو ولدت يثبت النسب منهما وتماه في الخلاصة (وهي لمن صدقته إذا لم تكن في يد من كذبتة ولم يكن دخل) من كذبتة (بها) هذا إذا لم يؤرخا (فإن أرخا فالسابق أحق بها) فلو أرخ أحدهما فهي لمن صدقته

والمعتبر تاريخ الملك ولم يوجد من الطرفين (قوله وقال أبو يوسف) ضعيف (قوله ولو حالة الانفراد) ينبغي إسقاطها لأن الكلام في حالة الانفراد (قوله كذا في جامع الفصولين) ذكر هذا في الفصل السادس عشر حيث قال : استحق حمار فطلب ثمنه من بائعه فقال البائع للمستحق من كم مدة غاب عنك هذا الحمار فقال منذ سنة ، فبرهن البائع أنه ملكه منذ عشر سنين قضى به للمستحق ، لأنه أرخ فبيته لا الملك والبائع أرخ الملك ، ودعواه دعوى المشتري لتلقيه من جهته فصار كأن المشتري ادعى ملك بائعه بتاريخ عشر سنين غير أن التاريخ لا يعتبر حالة الانفراد عند أبي حنيفة فيبقى دعوى الملك المطلق ، فحكم للمستحق :

أقول : يقضى بها للمؤرخ عند أبي يوسف لأنه يرجح المؤرخ حالة الانفراد اه ملخصا وقد قدمه في الثامن وقال لكن الصحيح والمشهور من مذهبه يعني أبا حنيفة أنه أي تاريخ ذي اليد وحده غير معتبر تذه ذكره خير الدين الرملي في حاشية المنع (قوله ولو برهن خارجان) يعني إذا ادعى اثنان عينا في يد غيرهما وزعم كل واحد منهما أنها ملكه ، ولم يذكر سبب الملك ولا تاريخه قضى بالعين بينهما لعدم الأولوية وأطلقه فشمّل ما إذا ادعى الوقف في يد ثالث فيقضى لكل وقف النصف (١) وهو من قبيل دعوى الملك المطلق باعتبار ملك الواقف وتماه بيانه في البحر وفيه بيان أن الغلة مثله وقيد بالبرهان منهما إذ لو برهن أحدهما فقط فإنه يقضى له بالكل ، فلو برهن الخارج الآخر يقضى له بالكل لأن المقضى له صار ذا يد بالقضاء فتقدم بيته الخارج الآخر عليه بحر وتماه فيه (قوله ولو مائة) أي ولم يؤرخا أو استوى تاريخهما كما هو في عبارة البحر عن الخلاصة (قوله ولو ولدت) أي الميعة قبل الموت وظاهر العبارة أنها ولدت بعده : ولكن ينظر هل يقال له ولادة (قوله وتماه في الخلاصة) هو أنه يرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل ، وهما يرثان من الابن ميراث أب واحد (قوله هي لمن صدقته) يشمل ما إذا سمعه القاضي أو برهن عليه مدعيه بعد إنكارها له بحر عن الخلاصة (قوله إذا لم تكن الخ) أما إن كانت في يد من كذبتة أو دخل بها فهو أولى ولا يعتبر قولها لأن تمكنه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عقده ، إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله فيكون أولى لأن الصريح يفوق الدلالة زيلعي : بقي لو دخل بها أحدهما وهي في بيت الآخر ففي البحر عن الظهيرية أن صاحب البيت أولى (قوله هذا إذا لم يؤرخا) وكذا إذا أرخا واستويا (قوله فإن أرخا) أي الخارجان مطلقا (قوله فالسابق أحق) أي وإن صدقت الآخر أو كان ذا يد ودخل بها :

والحاصل كما في الزيلعي : أنهما إذا تنازعا في امرأة وبرهنا فإن أرخا وتاريخ أحدهما أقدم كان هو أولى وإن لم يؤرخا أو استويا فإن مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها إلى منزله كان هو أولى وإن لم يوجد شيء يرجع إلى تصديق المرأة اه (قوله فالسابق أحق بها) أي ولا يعتبر ما ذكره من كونها في يده أو دخل بها مع التاريخ لكونه صريحا ، وهو يفوق الدلالة منع (قوله فلو أرخ أحدهما) أي وصدقت الآخر أو كان ذا يد

(١) قوله (فيقضى لكل وقف النصف) هكذا في النسخة المجموع منها ولعله : فيقضى لكل بنصف الوقف وليحرر اه صحيحه .

أو لذي اليد بزازية :

قلت : وعلى ما مر عن الثاني ينبغي اعتبار تاريخ أحدهما ، ولم أر من لبه على هذا فتأمل (وإن أقرت لمن لا حجة له فهي له وإن برهن الآخر قضى له ولو برهن أحدهما وقضى له ثم برهن الآخر لم يقض له إلا إذا ثبت سبقه) لأن البرهان مع التاريخ أقوى منه بدوله (كما لم يقض ببرهان خارج على ذي يد ظهر لكاحه إلا إذا ثبت سبقه) أي أن لكاحه أسبق (وإن) ذكرنا سبب الملك بأن (برهنا على شراء شيء من ذي يد ، فلكل نصفه بنصف الثمن) إن شاء (أو تركه) إنما خير لتفريق الصفقة عليه (وإن ترك أحدهما بعد ما قضى لها لم يأخذ الآخر كله) لانفساخها بالقضاء فلو قبله فله (وهو) أي ما ادعيا شراءه (للسابق) تاريخا (إن أرخا) فيرد البائع ما قبضه مع الآخر إليه سراج (و) هو (لذي يد إن لم يؤرخا أو أرخ أحدهما) واستوى تاريخهما (و) هو لذي وقت إن وقت أحدهما

فإن لم يوجد قدم المؤرخ ، فالتصديق أو اليد أقوى من التاريخ ، وعلم مما مر أن اليد أرجح من التصديق ومن الدخول :

فالحاصل كما في البحر أن سبق التاريخ أرجح من الكل ثم اليد ثم الدخول ثم الإقرار ثم تاريخ أحدهما (قوله أو لذي اليد) أي لو أرخ أحدهما وللآخر يد فإنها لذي اليد (قوله وعلى ما مر عن الثاني) أي من أنه يقضى للمؤرخ حالة الانفراد على ذي اليد فيقضى هنا للمؤرخ ، وإن كان الآخر ذا يد لترجح جانب المؤرخ حالة الانفراد عند أبي يوسف ، وقدمنا عن الزيلعي أنه لو برهن أنه تزوجها قبله فهو أولى وسيأتي متنا (قوله وإن أقرت لمن لا حجة له فهي له) قال السامحاني كان عليه أن يقول فإن لم تقم حجة فهي لمن أقرت له ثم إن برهن الآخر قضى له الخ (قوله من ذي يد) أما لو ادعيا الشراء من غير ذي اليد فسيأتي متنا في قوله وإن برهن خارجا على ملك مؤرخ الخ (قوله بنصف الثمن) أي الذي عينه فإن ادعى أحدهما أنه اشتراه بمائة والآخر بمائتين أخذ الأول نصفه بخمسين والآخر بمائة (قوله ما قبضه) أي الثمن (قوله وهو لذي يد) أي المدعى بالفتح قال في البحر : ولي إشكال في عبارة الكتاب هو أن أصل المسألة مفروض في خارجين تنازعا فيما في يد ثالث ، فإذا كان مع أحدهما قبض كان ذا يد تنازع مع خارج فلم تكن المسألة : ثم رأيت في المعراج ما يزيد من جواز أنه أثبت بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان وهو الآن في يد البائع اه إلا أنه يشكل ما ذكره بعده عن الذخيرة بأن ثبوت اليد لأحدهما بالمعاينة اه والحق أنها مسألة أخرى وكان ينبغي إفرادها .

وحاصلها أن خارجا وذا يد ادعى كل الشراء من ثالث وبرهنا قدم ذو اليد في الوجوه الثلاثة والخارج في وجه واحد اه وقد أشار المصنف إلى ذلك حيث ذكر قوله والذي وقت ولكن كان عليه أن يقدمه على قوله والذي يد لأنه مع تمة المسألة الأولى ويكون قوله والذي استثناف مسألة أخرى :

[فرع] سئل في شاب أمرد كره خدمة من هو في خدمته لمعنى هو أعلم بشأنه وحقيقته فخرج من عنده فاتهم أنه عمد إلى بيته وكسره في حال غيبته وأخذ منه كذا مبلغ سماه وقامت أمانة عليه بأن غرضه منه استبقاؤه واستقراره في يده على ما يتواخاه هل يسمع القاضي والحالة هذه عليه دعواه ويقبل شهادة من هو متقيد بخدمته وأكله وشربه من طعامه ومرقته والحال أنه معروف بحب الغلمان الجواب ولكنك فسيح الجنان؟ الجواب : قد سبق لشيخ الإسلام أبي السعود العمادي رحمه الله تعالى في مثل ذلك فتوى بأنه يحرم على القاضي سماع مثل هذه الدعوى معللا بأن مثل هذه الحيلة معهود فما بين الفجرة ، واختلافاتهم فيما بين الناس مشهورة ومن لفظه رحمه الله تعالى

(فقط و) الحال أنه (لا يدلها) وإن لم يورثا فقد مر أن لكل نصفه بنصف الثمن (والشراء أحق من هبة وصدقة) ورهن ولو مع قبض وهذا (إن لم يورثا فلو أرخا واتحد المملك فالأسبق أحق) لقوته (ولو أرخت إحداهما فقط فالأورخة أولى) ولو اختلف المملك استويا وهذا فيما لا يقسم اتفاقا واختلف التصحيح فيما يقسم كالدار والأصح أن الكل لمدعى الشراء لأن الاستحقاق من قبيل الشيوع المقارن لا الطارىء هبة الدرر (والشراء والمهر سواء) فينصف وترجع هي بنصف القيمة

فيها لا بد للحكام أن لا يصغوا إلى مثل هذه الدهاوى بل يعزز والمدعى ويحجزوه عن التعرض لمثل ذلك الغمر المنخدع ، وبمثلته أفتى صاحب تنوير الأبصار لانتشار ذلك غالب القرى والأمصار : ويؤيد ذلك فروع ذكرت في باب الدهوى تتعلق باختلاف حال المدعى وحال المدعى عليه ، ويزيد ذلك بعد شهادة من بعشائه بتعشى وبغدائه يتغدى فلا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم إنا لله وإنا إليه راجعون ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن والله تعالى أعلم فتاوى خيرية . وعبارة المصنف في فتاواه بعد ذكر فتوى أبي السعود وأنا أقول : إن كان الرجل معروفا بالفسق وحب الغلمان والتحيل لا تسمع دعواه ، ولا يلتفت القاضي لها وإن كان معروفا بالصلاح والفلاح فله سماعها والله تعالى أعلم (قوله فقط) أقول : التاريخ في الملك المطلق لا عبرة به من طرف واحد ، بخلافه في الملك بسبب كما هو معروف قاله شيخ والدي مدني (قوله والشراء أحق من هبة) أي لو برهن خارجان على ذي يد أحدهما على الشراء منه ، والآخر على الهبة منه كان الشراء أولى ، لأنه أقوى لسكونه معاوضة من الجانبين ولأنه يثبت الملك بنفسه والمالك في الهبة يتوقف على القبض ، فلو أحدهما ذا يد والمسألة بحالها يقضى للخارج أو للأسبق تاريخا وإن أرخت إحداهما فلا ترجيح ، ولو كل منهما ذا يد فهو لها أو للأسبق تاريخا كدعوى ملك مطلق وأطلق في الهبة وهي مقيدة بالتسليم ، وبأن لا تكون بعوض وإلا كانت بيعا وأشار إلى استواء الصدقة والهبة المقبوضتين للاستواء في التبرع ، ولا ترجيح للصدقة بالزوم ، لأنه يظهر في ثانی الحال ، وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل والهبة قد تكون لازمة كهبة محرم والصدقة قد لا تازم بأن كانت لغنى اه مامنصا من البحر وفيه ولم أر حكم الشراء الفاسد مع القبض والهبة مع القبض ، فإن الملك في كل متوقف على القبض وينبغي تقديم الشراء للمعاوضة ورده المقدسي بأن الأولى تقديم الهبة لكونها مشروعة (قوله ولو أرخت إحداهما) أي إحدى البينتين (قوله ولو اختلف المملك استويا) لأن كلامهما خصم عن مملكه في إثبات ملكه وهما فيه سواء بخلاف ما إذا اتحد لا يحتاجهما إلى إثبات السبب وفيه يقدم الأقوى . وفي البحر لو ادعى الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة من آخر قضى بينهم أرباعا لأنهم يتلقون الملك من مملكتهم ، فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق اه (قوله وهذا) أي استواؤهما فيما لو اختلف المملك وكذا لو كانت العين في أيديهما ولم يسبق تاريخ أحدهما فإنهما يستويان كما قدمناه (قوله فيما لا يقسم) كالعبد والدابة (قوله لأن الاستحقاق الخ) جواب عما قاله في العمادية من أن التصحيح أنهما سواء لأن الشيوع الطارىء لا يفسد الهبة والصدقة ويفسد الرهن اه وأقره في البحر وصدر الشريعة :

قال المصنف نقلا عن الدرر : عده صورة الاستحقاق من أمثلة الشيوع الطارىء غير صحيح والتصحيح ما في الكافي والفصولين فإن الاستحقاق إذا ظهر بالبينة كان مستندا إلى ما قبل الهبة فيكون مقارنا لها لا طارنا عليها اه أي وحيث كان من قبيل المقارن ، وهو يبطل الهبة إجماعا ينفرد مدعى الشراء بالبرهان فيكون أولى (قوله لا الطارىء) لأن الشيوع الطارىء لا يفسد الهبة والصدقة بخلاف المقارن (قوله وترجع هي) أي على الزوج

وهو بنصف الثمن أو يفسخ لما مر (هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا واستوى تاريخهما فإن سبق تاريخ أحدهما كان أحق) قيد بالشراء لأن النكاح أحق من هبة أو رهن أو صدقة عمادية ، و المراد من النكاح : المهر كما حرره في البحر مغلطا للجامع . نعم يستوى النكاح والشراء لو تنازعا في الأمة من رجل واحد ولا مرجح فتكون ملكا له منكوحة للآخر فتدبر (ورهن مع قبض أحق من هبة بلا عوض معه) استحسانا ولو به فهي أحق لأنها بيع انتهاء والبيع ولو بوجه أقوى من الرهن ولو العين معهما استويا ما لم يؤرخا وأحدهما أسبق (وإن برهن خارجا على ملك مؤرخ أو شراء مؤرخ من واحد) غير ذي يد (أو) برهن (خارج على ملك مؤرخ وذو يد على ملك مؤرخ أقدم فالسابق أحق وإن برهننا على شراء متفق تاريخهما) أو مختلف عيني (وكل يدعى الشراء

(قوله وهو بنصف الثمن) كالرجوع ببعض (قوله لما مر) أى من تفريق الصنفقة (قوله فإن سبق تاريخ أحدهما) لكن بشرط في الشهادة أنه اشترى من فلان وهو يملكها كما في دعوى الحامدية عن البحر معزيا لخزائن الأكل كذا في الهامش (قوله مغلطا للجامع) أى جامع الفصولين في قوله : لو اجتمع نكاح وهبة يمكن أن يعمل بالبنتين لو استويا بأن تكون منكوحة ، هذا وهبة الآخر بأن يهبه أمته المنكوحة فينبغي أن لا تبطل بينة الهبة حذرا من تكذيب المؤمن ، وحلاله على الصلاح وكذا الصدقة مع النكاح وكذا الرهن مع النكاح اه قال مولانا في بحره : وقد كتبت في حاشيته أنه وهم لأنه فهم أن المراد أنهما تنازعا في أمة أحدهما ادعى أنها ملكه بالهبة والآخر أنه تزوجها وليس مرادهم ذلك ، وإنما المراد من النكاح المهر كما عبر به في الكتاب وتماه في المنع (قوله نعم الخ) ذكر هذا في الجامع بحثا كما علمت وقال في البحر : ولم أره صريحا (قوله معه) الضمير راجع للقبض (قوله أقوى من الرهن) هذا إذا كانت في يد ثالث س (قوله استويا) بحث فيه العمادى بأن الشيوخ الطارى يفسد الرهن ، فينبغي أن يتمضى بالكل لمدعى الشراء ، لأن مدعى الرهن أثبت رهننا فاسدا فلا تقبل بينته فصار كأن مدعى الشراء انفرد بإقامة البينة وتماه في البحر :

قلت : وعلى ما مر من أن الاستحقاق من الشيوخ المتعارن ينبغى أن يقضى لمدعى الشراء بالأولى ، فالحكم بالاستواء على كل من التمولين مشكلا فليتأمل (قوله غير ذي يد) قيد به لأن دعواهما الشراء من صاحب اليد قد مر في صدر الباب س (قوله على ملك مؤرخ) قيد بالملك لأنه لو أقامها على أنها في يده منذ سنتين ، ولم يشهدوا أنها له قضى بها للمدعى ، لأنها شهدت باليد لا بالملك بحر (قوله فالسابق أحق) لأنه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه منح ، وقيد بالتاريخ منهما لأنه إذا لم يؤرخا أو استويا فهي بينهما في المسألين الأولين ، وإن سبقت إحداهما فالسابقة أولى فيهما ، وإن أرخت إحداهما فقط فهي الأحق في الثانية لا الأولى ، وأما في الثانية فالسابق أولى في الصور الثلاث وتماه في البحر (قوله موقوف) صوابه النصب على الحال من فاعل برهننا ح (قوله أو مختلف) أى تاريخهما باقانى ، وإن ادعى الشراء كل واحد منهما من رجل آخر فأقام أحدهما بينة بأنه اشتراه من فلان ، وهو يملكها وأقام آخر البينة أنه اشتراه من فلان آخر وهو يملكها فإن القاضى يقضى به بينهما وإن وقتا فصاحب الوقت الأول أولى في ظاهر الرواية . وعن محمد أنه لا يعتبر التاريخ وإن أرخ أحدهما دون الآخر يقضى بينهما اتفاقا فإن كان لأحدهما قبض فالآخر أولى ، وإن كان البائعان ادعىا لأحدهما يد فإنه يقضى للمخارج منهما قاضيه خان كذا في الهامش (قوله عيني) ومثله في الزيلعى تبعاً للكافى ، وادعى في البحر أنه سهو وأنه يقدم الأسبق كما في دعوى الشراء من شخص واحد ، فإنه يقدم الأسبق تاريخا : ورده الرملى بأنه هو السامى فإن في المسألة اختلاف الرواية ، ففي جامع الفصولين لو برهننا على الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق اختلفت الروايات في الكتب ، فما ذكر في الهداية بشر

من (رجل (آخر أو وقت أحدهما فقط استويا) إن تعدد البائع وإن اتحد فذو الوقت أحق ثم لا بد من ذكر المدعى وشهوده ما يفيد ملك بائعه إن لم يكن المبيع في يد البائع ولو شهد بيده فقولان بزازية (فإن برهن خارج على الملك وذو اليد على الشراء منه ، أو برهننا على سبب ملك لا يتكرر كالنتاج) وما في معناه كنسج لا يعاد وغزل قطن (وحب لبن وجز صوف) ونحوها ولو عند بائعه درر (فذو اليد أحق) من الخارج إجماعا إلا إذا ادعى الخارج عليه فعلا كغصب أو ودیعة أو إجارة ونحوها في رواية درر أو كان سببا يتكرر كبناء وغرس

إلى أنه لا عبرة لسبق التاريخ ، وفي المبسوط ما يدل على أن الأسبق أولى ، ثم رجح صاحب جامع الفصولين الأول اه ملخصا :

قلت : وفي نور العين عن قاضيه خان ادعيا شراء من اثنين يقضى به بينهما نصفين ، وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو أحق في ظاهر الرواية وعن محمد لا يعتبر التاريخ يعني بينهما ، وإن أرخ أحدهما فقط يقضى به بينهما نصفين وفاقا فلو لأحدهما يد فالخارج أولى . ثم قال في نور العين : فما في المبسوط يؤيده ما في قاضيه خان أنه ظاهر الرواية وما في الهداية اختيار قول محمد ، ثم قال ودليل ما في المبسوط وقاضيه خان وهو أن الأسبق تاريخا يضيف الملك إلى نفسه في زمان لا ينازعه غيره أقوى من دلائل ما في الهداية ، وهو أنهما يثبتان الملك لبائعهما فكانهما حضرا وادعيا الملك بلا تاريخ وجه قوة الأول غير خاف على من تأمل اه وكذا بحث في دليل ما في الهداية في الحواشي السعدية فراجعها . وبه علم أن تقييد المصنف باتفاق التاريخ مبنى على ظاهر الرواية فهو أولى مما فعله الشارح وإن وافق الكافي والهداية ، وأما الحكم عليه بالسهو كما في البحر فما لا ينبغي (قوله من رجل آخر) أي غير الذي يدعى الشراء منه صاحبه زيلعي (قوله استويا) لأنهما في الأولى يثبتان الملك لبائعهما ، فكانتاهما حضرا ولو وقت أحدهما فتوقيته لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما إذا كان البائع واجدا لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته ، فإذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره بحر . ثم قال : وإذا استويا في مسألة الكتاب يقضى به بينهما نصفين ثم بخير كل واحد منهما إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن ، وإن شاء ترك اه (قوله ملك بائعه) بأن يشهدوا أنه اشتراها من فلان وهو يملكها بحر (قوله أو برهننا) أي الخارج وذو اليد وفي البحر أطلقه فشمّل ما إذا أرخا واستوى تاريخهما أو سبق أو لم يؤرخا أصلا أو أرخت إحداهما فلا اعتبار بالتاريخ مع النتاج إلا من أرخ تاريخا مستحيلا بأن لم يوافق من المدعى وقت ذى اليد ، ووافق وقت الخارج فحينئذ يحكم للخارج ، ولو خالف سنة الوقتين لغت البيعتان عند عامة المشايخ ، ويترك في يد ذى اليد على ما كان كذا في رواية وهو بينهما نصفين في رواية كذا في جامع الفصولين وفيه برهن الخارج أن هذه أمته وولدت هذا القن في ملكي وبرهن ذو اليد على مثله يحكم بها للمدعى ، لأنهما ادعيا في الأمة ملكا مطلقا فيقضى بها للمدعى ، ثم يستحق القن تبعها اه وبهذا ظهر أن ذى اليد إنما يقدم في دعوى النتاج على الخارج إذا لم يتنازعا في الأم ، أما لو تنازعا في ملك مطلق وشهدوا به وبناتج ولدها فإنه لا يقدم وهذه يجب حفظها اه (قوله كالنتاج) هو ولادة الحيوان من نتجت عنده بالبناء للمفعول ولدت ووضعت كما في المغرب والمراد ولادته في ملكه أو في ملك بائعه أو مورثه وبيانه في البحر (قوله فعلا) أي . وإن لم يدع الخارج النتاج تأمل (قوله في رواية) الأولى أن يقول في قول كما في الشرنبلالية (قوله درر) اقتصر عليها الزيلعي وصاحب البحر وشرح الهداية : ويؤيده ما كتبه فيما يأتي تحت قول المصنف ، فلو لم يؤرخا قضى بها لذى اليد ، قال الزيلعي بعد تعليل تقديم ذى اليد في دعوى النتاج ، بأن اليد لا تدل على أولية الملك فكان مساويا للخارج فيها ، فإثباتها يندفع الخارج وبينه ذى اليد مقبولة للدفع ، ولا يلزم ما إذا ادعى الخارج الفعل على ذى اليد

ولسج خز وزرع بر ونحوه أو أشكل على أهل الخبرة فهو للخارج لأنه الأصل وإنما عدلنا عنه بحديث التاج (وإن برهن كل) من الخارجين أو ذوى الأبدى أو الخارج وذى اليد عيني (على الشراء مع الآخر بلا وقت سقطا وترك المال) المدعى به (فى يد من معه) وقال محمد : بقضى للخارج .

قلنا : الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك له ولو أثبتنا قبضا تهاارتا اتفاقا درر (ولا يرجح زيادة عدد الشهود) فإن الترجيح عندنا بقوة الدليل لا بكثرته ، ثم فرع على هذا الأصل بقوله (فلو أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) فى ذلك (وكذا لا ترجيح بزيادة العدالة) لأن المعتبر أصل العدالة إذ لا أحد للأعدائية : (دار فى يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها وبرهنا فلأول ربعها والباقي للآخر بطريق المنازعة) وهو أن النصف سالم لمدعى الكل بلا منازعة ثم استوت منازعتهما فى النصف الآخر فينصف (وقالوا الثلث له والباقي للثاني بطريق العول) لأن فى المسألة كلا ونصفا فالمسألة من اثنين وتعول إلى ثلاثة :

واعلم أن أنواع القسمة أربعة :

ما يقسم بطريق العول إجماعا وهو ثمان ميراث وديون ووصية

حيث تكون بينته أرجح ، وإن ادعى ذو اليد التاج لأنه فى هذه أكثر إثباتا لإثباتها ما هو غير ثابت أصلا اه ملخصا . ويستثنى أيضا ما إذا تنازعا فى الأم كما مر وما إذا ادعى الخارج إعتاقا مع التاج وبياله فى البحر (قوله ونسج خز) قال فى الكفاية : الخز اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا ، قيل هو نسج فإذا بلى يغزل مرة ثالية ثم ينسج اه عزمى كذا فى الهامش (قوله بحديث التاج) هو ما روى جابر بن عبد الله رضى الله عنه وأن رجلا ادعى ناقة فى يد رجل ، وأقام للبينة أنها ناقته نتجت عنده وأقام الذى هى فى يده البينة أنها ناقته لتجتها فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى هى فى يده ، وهذا حديث صحيح مشهور فصارت مسألة التاج مخصوصة بحر (قوله من الآخر) أى من خصمه الآخر (قوله بلا وقت) فلو وقتا يقضى لذى الوقت الآخر بحر (قوله وقال محمد يقضى للخارج) لأن العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد مع الآخر وقبض ثم باع ، وتماه فى البحر (قوله بالملك له) فصار كأنهما قامتا على الإقرارين وفيه التهاثر بالإجماع كذا هنا . (قوله تهاارتا) لأن الجمع غير ممكن بحر ، وهذا فى غير العقار وبيانه فى البحر أيضا (قوله فهما سواء فى ذلك) قال شيخ مشايخنا : ينبغى أن يقيد ذلك بما إذا لم يصل إلى حسد التواتر فإنه حينئذ يفيد العلم فلا ينبغى أن يجعل كالجانب الآخر اه :

أقول : ظاهر ما فى الشمنى والزيلعى يفيد ذلك حيث قال : ولنا أن شهادة كل شاهدين علة تامة كما فى حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوتها ، بأن يكون أحدهما متواترا والآخر آحادا أو يكون أحدهما مفسرا والآخر مجملا فيترجح المفسر على المجمل والمتواتر على الآحاد اه يرى (قوله بطريق المنازعة) اعلم أن أبا حنيفة رحمه الله اعتبر فى هذه المسألة طريق المنازعة وهو أن النصف سالم لمدعى الكل بلا منازعة فيبقى النصف الآخر وفيه منازعتهما على سواء فيتدصف فلصاحب الكل ثلاثة أرباع ولصاحب النصف الربع ، وهما اعتبرا طريق العول والمضاربة ، وإنما سمي بهذا لأن فى المسألة كلا ونصفا ، فالمسألة من اثنين وتعول إلى ثلاثة فلصاحب الكل سهمان ولصاحب النصف سهم هذا هو العول وأما المضاربة فإن كل واحد يضرب بقدر حقه فصاحب الكل له ثلثان من الثلاثة ، فيضرب للثلثان فى الدار وصاحب النصف له ثلث من الثلاثة فيضرب الثلث فى الدار فحصل ثلث الدار ، لأن ضرب الكسور بطريق الإضافة فإنه إذا ضرب الثالث فى الستة معناه ثلث الستة وهو

ومحابة ودرهم مرسله وسعاية وجنابة وحق .

وبطريق المنازعة إجماعاً وهو مسألة الفضولين :

وبطريق المنازعة عنده والعول عندهما وهو ثلاث مسائل مسألة الكتاب وإذا أوصى لرجل بكل ماله أو بعبد

بعينه ولآخر بنصف ذلك :

وبطريق العول عنده والمنازعة عندهما وهو خمس كما بسطه الزيلعي والعيني ونمامه في البحر : والأصل عنده أن القسمة متى وجبت حتى ثابت في عين أو ذمة شائعا فعولية أو مميزاً أو لأحدهما شائعا وللآخر في الكل فنازعة وعندهما متى ثبتا معا على الشيوخ فعولية وإلا فنازعة فليحفظ (ولو الدار في أيديهما فهي للثاني) نصف لبالقضاء ونصف به لأنه خارج ولو في يد ثلاثة وادعى أحدهم كلها وآخر نصفها وآخر ثلثها وبرهنوا قسمت عنده بالمنازعة وعندهما بالعول وبيانه في الكافي (ولو برهننا على نتاج دابة) في أيديهما أو أحدهما أو غيرهما (وأرخا قضى لمن وافق سنه تاريخه) بشهادة الظاهر (فلو لم يؤرخا قضى بها لذي اليد ولها أن في أيديهما أو في يد ثالث وإن لم يوافقهما) بأن خالف أو أشكل (فلهما إن كالت في أيديهما أو كانا خارجين فإن في يد أحدهما قضى بها له) هو الأصح .

اثنان منح (قوله ومحابة) الوصية بالمحابة إذا أوصى بأن يباع العبد الذي قيمته ثلاثة آلاف درهم من هذا الرجل بألفي درهم ، وأوصى لآخر أن يباع العبد الذي يساوي ألفي درهم بألف درهم حتى حصلت المحابة لها بألفي درهم كان الثلث بينهما بطريق العول والوصية بالدرهم المرسله إذا أوصى لرجل بألف ولآخر بألفين كان الثلث بينهما بطريق العول والوصية بالعتق إذا أوصى بأن يعتق من هذا العبد نصفه وأوصى بأن يعتق من هذا الآخر ثلثه يقسم ثلث المال بينهما بطريق العول ، ويسقط من كل واحد منهما حصته من السعاية اهـ ح كذا في الهامش وفيه : مدبر جنى على هذا الوجه ودفعت القيمة إلى أولياء الجناية كانت القيمة بينهما بطريق العول ، وأما ما يقسم بطريق المنازعة عندهم فمسألة واحدة ذكرها في الجامع : فضولي باع عبداً من رجل بألف درهم وفضولي آخر باع نصفه من آخر بخمسمائة فأجاز المولى البيعين جميعاً بخير المشتريين فإذا اختاروا الأخذ أخذ بطريق المنازعة ثلاثة أرباعه لمشتري الكل وربعه لمشتري النصف عندهم جميعاً . وفي البحر : عبد فقاً عين رجل وقتل آخر خطأ فدفعت بهما يقسم الجاني بينهما بطريق العول ثلثاه لولى القتل وثلثه للآخر بحر اهـ . قال المؤلف رحمه الله : وأسقط ابن وهبان الوصية بالعتق وبها تم الثمان (قوله لأنه خارج) لأن مدعى النصف تنصرف دعواه إلى ما في يده ولا يدعى شيئاً مما في يد صاحبه (قوله وبيانه في الكافي) ذكره في غرر الأفكار فراجع (قوله ولو برهننا) يتصور هذا بأن رأى الشاهدان أنه ارتضع من لبن أنثى كالت في ملكه ، وآخران رأيا أنه ارتضع من لبن أنثى في ملك آخر فتحل الشهادة للفريقين بحر عن الخلاصة : وقد منا أنه لا اعتبار بالتاريخ مع النتاج إلا من أرخ تاريخاً مستحيلاً الخ فتأمل (قوله لذي اليد) هذا قيد لما إذا ادعى كل منهما النتاج فقط إذ لو ادعى الخارج الفعل على ذي اليد كالغصب والإجارة والعارية ، فبينة الخارج أولى لأنها أكثر إثباتاً لإثباتها الفعل على ذي اليد كما في البحر عن الزيلعي ، ونقله في نور العين عن الذخيرة على خلاف ما في المبسوط : وقال : الظاهر أن ما في الذخيرة هو الأصح والأرجح لما في الخلاصة عن كتاب الولاء لخواهر زاده ، أن ذا اليد إذا ادعى النتاج وادعى الخارج أنه ملكه غصبه منه ذو اليد أو أودعه له أو أعاره منه كالت بينة الخارج أولى وإنما ترجع بينة ذي اليد على النتاج إذا لم يدع الخارج فعلاً على ذي اليد أما لو ادعى فعلاً كالشراء وغير ذلك فبينة الخارج أولى ، لأنها أكثر إثباتاً لأنها

(٧٣ - حاشية ابن ماجة - ٥)

قلت : وهذا أولى مما وقع في الكنز والدرر والملتقى فتبصر (برهن أحد الخارجين على الغصب) من زيد (والآخر على الوديعة) منه (استويا) لأنها بالجحد تصير غصبا (الناس أحرار) بلا بيان (إلا في) أربع (الشهادة والحدود والقصاص والقتل) كذا في نسخة المصنف وفي نسخة والعقل وعبارة الأشباه الودية وحينئذ (فلو ادعى على مجهول الحال) أحر أم لا (أنه عبده فألكر وقال أنا حر الأصل فالقول له) لتمسكه بالأصل (واللابس) للثوب (أحق من أخذ الكم والراكب أحق من أخذ اللجام ومن في السرج من رديفه وذو حملها ممن علق كوزه) بها لأنه أكثر تصرفا (والجالس على البساط والمتعلق به سواء) كجالسيه وراكبي سرج (كمن معه ثوب وطرفه مع الآخر لاهدبته) أي طرفه الغير المنسوجة لأنها ليست بثوب (بخلاف جالسي دار تنازعا فيها) حيث لا يقضى لها لاحتمال أنها في يد غيرهما

ثبتت الفعل عليه اه وانظر أيضا ما كتبناه قريبا بنحو ورقة (قوله مما وقع في الكنز) حيث قال : وإن أشكل فلهما لأن قوله وإن لم يوافقهما أعم من قول الكنز ، وكذا قول الكنز فلهما مقيد بما إذا لم تكن في يد أحدهما ، وعبارة الملتقى والغرر : وإن أشكل فلهما وإن خالفهما بطل قال الشارح في شرح الملتقى : فيقضى لذي اليد قضاء ترك كذا اختاره في الهداية والكافي :

قلت : لكن الأصح أنه كالمشكل كما جزم به في التنوير والدرر والبحر وغيرها فليحفظ اه :
قلت : نقل الشربلالي عن كافي الحاكم أن الأول هو الصحيح لليقين بكذب البيتين فيترك في يد ذي اليد وقال : ومحصله اختلاف التصحيح (قوله من زيد) هكذا وقع في النسخ وصوابه على الغصب من يده أي من يد أحد الخارجين قال الزيلعي والمنع : معناه إذا كان عين في يد رجل فأقام رجلان عليه البينة أحدهما بالغصب منه ، والآخر بالوديعة استوت دعواتهما حتى يقضى بها بينهما نصفين لأن الوديعة تصير غصبا بالجحود حتى يجب عليه الضمان مدني ، والظاهر أنه أراد على الغصب الناشئ من زيد فزيد هو الغاصب ، فمن ليست صلة الغصب بل ابتدائية تأمل (قوله الشهادة) فيسأل عن الشاهد إذا طعن الخصم بالرق لا إن لم يطعن فلا يقبل قوله : أنا حر بالنسبة إليها ما لم يبرهن وإذا قذف ثم زعم أن المقتوف عبد لا يحد ، حتى يثبت المقتوف حرته بالحجة وكذا لو قطع يد إنسان وكذا لو قتله خطأ وزعمت العاقلة أن المقتول عبد ط (قوله والدية) الثلاث بمعنى واحد في المآل (قوله واللابس للثوب) قال الشيخ قاسم فيقضى له قضاء ترك لا استحقاق ، حتى لو أقام الآخر البينة بعد ذلك يقضى له شربلالية (قوله ومن في السرج) نقل الناطقي هذه الرواية عن النوادر ، وفي ظاهر الرواية هي بينهما نصفين :

أقول : لكن في الهداية والملتقى مثل ما في المتن فتنبه ، بخلاف ما إذا كانا راكبين في السرج فإنها بينهما قولاً واحداً كما في الغاية ويؤخذ منه اشتراكهما إذا لم تكن مسرجة شربلالية (قوله وذو حملها أولى ممن علق كوزه) احتراز عما لو كان له بعض حملها إذ لو كان لأحدهما من " والآخر مائة من " كانت بينهما كما في التبيين (قوله لا هديفه) يقال له بالتركي سجع سعدية (قوله بخلاف جالسي دار) كذا قال في العناية وبخالفه ما في البدائع لو ادعيا داراً وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن وكذلك لو كان أحدهما أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي له ، وإن لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج عنها فهي بينهما وكذا لو كانا جميعاً فيها لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وإنما تثبت بالتصرف اه :

[تنبيه] قال في البدائع : كل موضع قضى بالملك لأحدهما لكون المدعى في يده يجب عليه اليمين لصاحبه إذا

وهنا علم أنه ليس في يد غيرهما عيني (الحائط لمن جذوعه عليه أو متصل به اتصال تربيعة) بأن تتداخل أنصاف لبناته في لبنات الآخر ولو من خشب فبأن تكون الخشبة مركبة في الأخرى لدلالته على أنهما بنيا معا ولذا سمي بذلك لأنه حينئذ يبنى مربعا (لا لمن له) اتصال ملازقة أو نقب وإدخال أو (هرادی) كقصب وطبق يوضع على الجذوع (بل) يكون (بين الجارين لو تنازعا) ولا يخص به صاحب المرادی بل صاحب الجذوع الواحد أحق منه خازية ولو لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فلدى الاتصال وللآخر حق للوضع ، وقيل لدى الجذوع ملتحق وتماه في العيني وغيره ، وأما حق المطالبة برفع جذوع وضعت تعد فلا يسقط بإبراء ولا صلح وعفو وبيع

طلب فإن نكل قضى عليه به شربلاية (قوله وهنا علم) أي في الجلوس على البساط ، والأولى وهناك قال الزيلعي : وكذا إذا كانا جالسين عليه فهو بينهما بخلاف ما إذا كانا جالسين في دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها لاحتمال أنها في يد غيرهما ، وهنا علم أنه ليس في يد غيرهما اه (قوله لمن جذوعه عليه) ولو كان لأحدهما جذوع أو جذعان دون الثلاثة وللآخر عليه ثلاثة أجزاع أو أكثر ذكر في النوازل : أن الحائط يكون لصاحب الثلاثة ولصاحب ما دون الثلاثة موضع جذعه قال : وهذا استحسن وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخره وقال أبو يوسف : إن القياس أن يكون الحائط بينهما لصفين وبه كان أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه يقول أولا ثم رجع إلى الاستحسان قاضيهان في دعوى الحائط والطريق وبه أفتى الحامدي ، وإذا لزم تعميره فعلى صاحب الخشبة عمارة موضعها كما في الحامدية يعني ما تحتها من أسفل إلى الأعلى مما شأنه أن تكتمن به الخشبة كما ظهر لي سائحاني :

ثم قال : وفي البزازية جدار مشترك بين اثنين لأحدهما عليه حمولة للآخر أن يضع عليه مثل صاحبه إن كان الحائط محتمل ، وإلا يقال لدى الجذوع إن شئت فارفعها ليستوى صاحبك وإن شئت فحط بقدر ما يمكن محمل الشريك اه ملخصا وفي البزازية أيضا جدار بينهما أراد أحدهما أن يبنى عليه سقفًا آخر أو غرفة بمنع وكذا إذا أراد أحدهما وضع السلم بمنع إلا إذا كان في القديم اه حامدية وأفتى فيها بخلافه نقلا عن العمادية فراجعها (قوله أو متصل به اتصال تربيعة) ثم في اتصال التربيعة هل يكفي من جالب واحد فعلى رواية الطحاوي يكفي وهذا أظهر وإن كان في ظاهر الرواية يشترط من جوانبه الأربع ، ولو أقام البينة قضى لهما ولو أقام أحدهما قضى له خلاصة حامدية كذا في الهامش ، وإن كان كلا الاتصاليين اتصال تربيعة أو اتصال مجاورة يقضى بينهما وإن كان لأحدهما تربيعة وللآخر ملازقة يقضى لصاحب التربيعة ، وإن كان لأحدهما تربيعة وللآخر عليه جذوع فصاحب الاتصال أولى وصاحب الجذوع أولى من الاتصال الملازقة ثم في اتصال التربيعة (١) هل يكفي من جالب واحد فعلى رواية الطحاوي يكفي وهذا أظهر وإن كان في ظاهر الرواية يشترط من جوانبه الأربع ، ولو أقام البينة قضى لهما ولو أقام أحدهما البينة قضى له خلاصة بزازية كذا بنحط منلا على (قوله في لبنات الآخر) انظر ما في الزيلعي عن الكرخي وقد أشبع الكلام هنا رحمه الله (قوله أو نقب) أي بأن نقب وأدخلت الخشبة وهذا فيما لو كان مع خشب (قوله أو هرادی) المرادى جمع هرديّة قصبات تضم ملوية بطاقات من أقلام يرسل عليها قصبان الكرم كذا في الهامش وفي منهوات العزيمة : المرديّة بضم الهاء وسكون الراء المهملة وكسر الدال المهملة والياء المشددة والمرادى بفتح الهاء وكسر الدال اه (قوله ولو لأحدهما جذوع) قال منلا على وإن كالت جذوع أحدهما أسفل وجذوع الآخر أعلى بطبقة وتنازعا في الحائط ، فإنه لصاحب الأسفل لسبق يده ولا ترفع جذوع الأعلى

(١) قوله (ثم في اتصال التربيعة الخ) هو مكرر مع ما في صدر القولة اه تصحيحه .

وإجارة أشباه من أحكام الساقط لا يعود فليحفظ (وذو بيت من دار) فيها بيوت كثيرة (كذى بيوت) منها (في حق ساحتها فهي بينهما نصفين) كالطريق (بخلاف الشرب) إذا تنازعا فيه (فإنه يقدر بالأرض) بقدر سقيها (برهنا) أي الخارجات (على يد) لكل منهما (في أرض قضى بيدهما) فتنصف (ولو برهن عليه) أي على اليد (أحدهما أو كان تصرف فيها) بأن ابن أو بنى (قضى بيده) لوجود تصرفه : (ادعى الملك في الحال وشهد الشهود أن هذا العين كان ملكه تقبل) لأن ما ثبت في زمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل درر (صبي يعبر عن نفسه) أي يعقل ما يقول (قال أنا حر فاقول له) لأنه في يد نفسه كالبالغ (فإن قال أنا عبد فلان) لغير ذى اليد

عمادية في الفصل الخامس والثلاثين ومثله في الفصولين (قوله وإجارة) أي إجارة داره (قوله أشباه من أحكام الساقط لا يعود) رجل استأذن جارا له في وضع جنود له على حائط الجار أو في حفر سرداب تحت داره فأذن له في ذلك ففعل ، ثم إن الجار باع داره فطلب المشتري رفع الجنود والسرداب كان له ذلك إلا إذا كان البائع شرط في البيع ذلك فحينئذ لا يكون للمشتري أن يطلب ذلك قاضيه من باب ما يدخل في البيع تبعاً من الفصل الأول ومثله في البرازية من القسمة وفي الأشباه من العارية وراجع السيد أحمد محشيه منلا على والمسألة ستأتي في العارية (قوله في حق ساحتها) إذا لم يعلم قدر الأنصبة منية المفتى (قوله كالطريق) الطريق يقسم على عدد الرؤوس لا يقدر مساحة الأملاك إذا لم يعلم قدر الأنصبة وفي الشرب متى جهل قدر الأنصبة يقسم على عدد الأملاك لا الرؤوس منية .

[فرغ] الساباط إذا كان على حائط إنسان فانهدم الحائط ذكر صاحب الكتاب أن حمل الساباط وتعليقه على صاحب الحائط لأن حمله مستحق عليه وبه كان يفتى أبو بكر الخوارزمي ، ويريد به أنه يملك مطالبته ببناء الحائط اه من الفصل الثالث من كتاب الحيطان لقاسم بن قطلوبغا اه من مراصد الحيطان ، وقوله ويريد به الخ أي بقوله ، لأن حمله الخ كذا ظهر لي فتأمل والنظر ما كتبناه في متفرقات القضاء (قوله بخلاف الشرب) دار فيها عشرة أبيات لرجل وبيت واحد لرجل تنازعا في الساحة ، أو ثوب في يد رجل وظرف منه في يد آخر تنازعا فيه فذلك بينهما نصفان ولا يعتبر بفضل اليد كما لا اعتبار بفضل الشهود لبطلان الترجيح بكثرة الأدلة برازية من الفصل الثالث عشر . وبه علم أن ذلك حيث جهل أصل الملك أما لو علم كما لو كانت الدار المذكورة كلها لرجل ثم مات عن أولاد تقاسموا البيوت منها فالساحة بينهم على قدر البيوت (قوله بقدر سقيها) فعند كثرة الأراضي تكثر الحاجة إليه فيقدر بقدر الأراضي بخلاف الانتفاع بالساحة فإنه لا يختلف باختلاف الأملاك كالمرور في الطريق زيلعي .

واعلم أن القسمة على الرؤوس في الساحة والشفعة وأجرة القسام والنواب أي الهوائية المأخوذة ظلماً والعاقل وما يرى من المركب خوف الغرق والطريق كذا بخط الشيخ شاهين أبو السعود (قوله أي الخارجات) كذا في الدرر والمنع وعبرة الهداية والزيلعي كغيرهما تفيد أنهما ذو يد ، وفي الفصولين : ادعى كل منهما أنه له وفي يده ذكر محمد في الأصل أن على كل منهما البيعة ، وإلا فاليمين إذ كل منهما مقر بتوجه الخصومة عليه لما ادعى اليد لنفسه ، فلو برهن أحدهما حكم له باليد وبصير مدعى عليه والآخر مدعى ولو برهننا يجعل المدعى ن يدهما لتساويهما في إثبات اليد ، وفي دعوى الملك في العقار لا تسمع إلا على ذى اليد ودعوى اليد تقبل على غير ذى اليد لو نازعه ذلك الغير في اليد فيجعل مدعى اليد مقصوداً ومدعى للملك تبعاً اه : وفي الكفاية وذكر الترتاشي فإن طلب كل واحد يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات ، فإن حلفا

(قضى به لدى اليد) كمن لا يعبر عن نفسه لإقراره بعدم يده (فلو كبر وادعى الحرية تسمع مع البرهان) لما تقرر أن التناقض في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى :

باب دعوى النسب

الدعوة لوعان دعوة استيلاء وهو أن يكون أصل العلق في ملك المدعى ودعوة تحرير وهو بخلافه والأولى أقوى لسبقه واستنادها لوقت العلق واقتصار دعوى التحرير على الحال وسيوضح (مبيعة ولدت لأقل من ستة أشهر منذ بيعت فادعاه) البائع (ثبت نسبه) منه استحسانا لعلوقها في ملكه ومبنى النسب على الخفاء فيعنى فيه التناقض (و) إذا صحت استندت ف (صارت أم ولده فيفسخ البيع ويرد الثمن و) لكن (إذا ادعاه المشتري قبله ثبت) نسبه (منه) لوجود ملكه وأمينها

لم يقض باليد لها وبريء كل عن دعوى صاحبه وتوقف الدار إلى أن يظهر المال ، فإن نكلا قضى لكل بالنصف الذي في يد صاحبه ، وإن لكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان في يد صاحبه بنكوله ، وإن كانت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده لأن نكوله ليس بحجة في حق الثالث اه فعلم أن الخارجين قيد اتفاق فالأولى حذفه (قوله قضى به) لا يقال الإقرار بالرق من المضار فلا يعتبر من الصبي لأننا نقول لم يثبت بقوله بل بدعوى ذى اليد لعدم المعارض ، ولا نسلم أنه من المضار لإمكان التدارك بعده بدعوى الحرية ، ولا يقال الأصل في الأدب الحرية فلا تقبل الدعوى بلا بينة وكونه في يده لا يوجب قبول قوله عليه كاللقيط لا يقبل قول الملتقط أنه عبده وإن كان في يده . لأننا نقول إذا اعترض على الأصل دليل خالفه بطل ، وثبوت اليد دليل الملك ولا نسلم أن اللقيط إذا عبر عن نفسه وأقر بالرق يخالفه في الحكم وإن لم يعبر فليس في يد الملتقط من كل وجه لأنه أمين زيلعى .

باب دعوى النسب

(قوله الدعوة) أى بكسر الدال في النسب وبفتحها الدعوة إلى الطعام (قوله في ملك المدعى) أى حقيقة أو حكما كما إذا وطئ جارياً ابنه فولدت وادعاه فإنه يثبت ملكه فيها ويثبت عتق الولد ويضمن قيمتها لولده كما تقدم وجعلها الإتقاني دعوة شبهة (قوله واستنادها) عطف علة على معلول قال في الدرر : والأول أقوى لأنه سبق لاستنادها ح (قوله من ستة أشهر) أفاد أنها اتفاقاً على المدة وإلا ففي التارخائية عن الكافي قال البائع بعثها منك منذ شهر والولد منى ، وقال المشتري بعثها منى لأكثر من سنة والولد ليس منك فالقول للمشتري بالاتفاق فإن أقاما البينة فالبينة للمشتري أيضاً عند أبي يوسف وعند محمد للبائع ، وسيدكره الشارح بقوله ولو تنازعا وقيد بدعوى البائع إذ لو ادعاه ابنه وكذبه المشتري صدقه البائع أولاً فدعوته باطلة وتامه فيها (قوله فادعاه) أفاد بالفاء أن دعوته قبل الولادة موقوفة ، فإن ولدت حيا ثبت وإلا فلا كما في الاختيار ، ويلزم البائع أن الأمة لو كانت بين جماعة فشرها أحدهم فولدت فادعوه جميعاً ثبت منهم عنده وخصاه بائنين وإلا فلا كما في النظم وبالإطلاق أنه لو لم يصدق المشتري البائع وقال لم يكن العلق عندك كان القول للبائع بشهادة الظاهر فإن برهن أحدهما فبينته وإن برهنها فبينته المشتري عند الثاني وبينته البائع عند الثالث كما في المنية شرح الملتقى (قوله البائع) ولو أكثر من واحد فهستاني (قوله ثبت نسبه) صدقه المشتري أولاً كما في غرر الأفكار وأطلق في البائع ، فشمع المسلم والذمي والحر والمكاتب كذا رأيت معزوا للاختيار (قوله استحسانا) أى لا قياساً لأن بيعه إقرار منه بأنها أمة فيصير مناقضا (قوله وأمينها) عطف على فاعل ثبت ح وهذا لو جهل الحال لما سبق في الاستيلاء أنه

بإقراره وقيل يحمل على أنه لكحها واستولدها ثم اشتراها (واو ادعاه معه) أى مع ادعاء البائع (أو بعده لا) لأن دعوته تحرير والبائع استيلاء فكان أقوى كما مر (وكذا) يثبت من البائع (أو ادعاه بعد موت الأم بخلاف موت الولد) لفوات الأصل (وبأخذه) البائع بعد موت أمه (ويسترد المشتري كل الثمن) وقالا حصته (وإعتاقهما) أى إعفاق المشتري الأم والولد (كموتهما) فى الحكم (والتدبير كالاتفاق) لأنه أيضا لا يمتثل الإبطال ويرد حصته اتفاقا ملتقى وغيره وكذا حصتها أيضا على الصحيح من مذهب الإمام كما فى القهستانى والبرهان ونقله فى الدرر والمنع عن الهداية على خلاف ما فى الكافى عن المبسوط وعبارة المواهب وإن ادعاه بعد عتقها أو موتها ثبت منه وعليه رد الثمن واكتفيا برد حصته وقيل لا يرد حصتها فى الإعتاق بالاتفاق اهـ فليحفظ (ولو ولدت) الأمة المذكورة (لأكثر من حولين من وقت البيع وصدقه المشتري ثبت النسب) بتصديقه (وهى أم ولده على المعنى اللغوى

لو زنى بأمة فولدت فملكها لم تصر أم ولد وإن ملك الولد عتق عليه ومر فيه متنا :

اسقولد جارية أحد أبويه وقال ظننت حلها لى فلا نسب وإن ملكه عتق عليه قال الشارح ثمة وإن ملك أمه لا تصير أم ولده لعدم ثبوت نسبه سائحانى (قوله بإقراره) ثم لا تصح دعوى البائع بعده لاستغناء الولد بثبوت نسبه ، ولأنه لا يمتثل الإبطال زيلعى (قوله واو ادعاه) أى وقد ولدته لدون الأقل (قوله بخلاف موت الولد) أى وقد ولدته لدون الأقل فلا يثبت الاستيلاء فى الأم لفوات الأصل ، فإنه اسقنى بالموت عن النسب وكان الأولى للشارح التعليل بالاستغناء كما لا يخفى فتدبر (قوله كل الثمن) لأنه تبين أنه باع أم ولده وماليتها غير متقومة عنده فى العقد والغصب فلا يضمها المشتري وعندهما متقومة فيضمها هداية (قوله وقالا حصته) أى حصته الولد أى لا يرد حصته الأم (قوله الأم والولد) الواو بمعنى أو مانعة الخلو والظاهر أنها حقيقية لأحد الشئيين تأمل (قوله كموتهما) حتى لو أعتق الأم لا الولد فادعاه البائع أنه ابنه صحت دعوته ، ويثبت نسبه منه ولو أعتق الولد لا الأم لم تصح دعوته لا فى حق الولد ولا فى حق الأم كما فى الموت منح (قوله ويرد حصته) أى فيما لو أعتق الأم أو دبرها لا الولد (قوله وكذا حصتها) نصار حاصل هذا أن البائع برد كل الثمن وهو حصته الأم وحصته الولد فى الموت والعتق عند الإمام ، ويرد حصته الولد فقط فيهما عندهما: وعلى ما فى الكافى يرد حصته فقط فى الإعتاق عند الإمام كقولها (قوله أيضا) أى فى التدبير والإعتاق وأما فى الموت فبرد حصتها أيضا عند أبي حنيفة رحمه الله قولا واحدا كما يدل عليه كلام الدرر حيث قال وفيما إذا أعتق المشتري الأم أو دبرها يرد البائع على المشتري حصته من الثمن عندهما: وعنده يرد كل الثمن فى الصحيح كما فى الموت كذا فى الهداية ح (قوله ونقله فى الدرر) وذكر فى المبسوط يرد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق وفرق على هذا بين الموت والعتق بأن القاضى كذب البائع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشتري فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب فى فصل الموت فيؤخذ بزعمه فيسترد حصتها كذا فى الكافى اهـ . لكن رجح فى الزيلعى كلام المبسوط وجعله هو الرواية فقال بعد نقل التصحيح عن الهداية وهو مخالف الرواية وكيف يقال بسترده جميع الثمن والبيع لم يبطل فى الجارية حيث لم يبطل إعقاقه بل يرد حصته الولد فقط بأن يقسم الثمن على قيمتهما وتعتبر قيمة الأم يوم القبض لأنها دخلت فى ضمالة بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لأنه صار له قيمة بالولادة فتعتبر قيمته عند ذلك اهـ (قوله ما فى الكافى) وهو رد حصته لا حصتها بالاتفاق (قوله لأكثر من حولين) مثله تمام السنتين إذا لم يوجد اتصال العلق بملكه يقينا وهو الشاهد والحجة شربلاية (قوله ثبت النسب) وإن ادعاه المشتري وحده صح وكانت دعوة استيلاء وإن ادعاه معا

لكاحا) حملا لأمره على الصلاح: بنى لو ولدت فيما بين الأقل والأكثر إن صدقه فحكمه كالأول لاحتمال العلوق قبل بيعه وإلا لا، ولو تنازعا فالقول للمشتري اتفاقا وكذا البينة له عند الثاني خلافا للثالث شربلاية وشرح مجمع، وفيه لو ولدت عند المشتري ولدين أحدهما لدون ستة أشهر والآخر لأكثر ثم ادعى البائع الأول ثبت لسبهما بلا تصديق المشتري.

(باع من ولد عنده وادعاه بعد بيع مشتريه ثبت نسبه) لكون العلوق في ملكه (ورد بيعه) لأن البيع يحتمل النقص (وكذا) الحكم (لو كاتب الولد أو رهنه أو أجره أو كاتب الأم أو رهنها أو أجرها أو زوجها ثم ادعاه) فيثبت نسبه وترد هذه التصرفات بخلاف الإعتاق كما مر (باع أحد التوأمين المولودين) يعني علقا وولدا (عنده وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع) الولد (الآخر ثبت لسبهما وبطل عتق المشتري) بأمر فوقه وهو حرية الأصل

أو سبق أحدهما صححت دعوة المشتري للبائع تارخانية (قوله لكاحا) بأن زوجه إياها المشتري وإلا كان زنا (قوله فحكمه كالأول) فيثبت النسب ويبطل البيع والأمة أم ولد تارخالية (قوله قبل بيعه) قال في التارخانية هذا الذي ذكرنا إذا علمت المدة فإن لم تعلم أنها ولدت لأقل من ستة أشهر أو لأكثر إلى سنتين أو أكثر من وقت البيع، فإن ادعاه البائع لا يصح إلا بتصديق المشتري وإن ادعاه المشتري تصح، وإن ادعياه معا لا تصح دعوة واحد منهما وإن سبق أحدهما فلو المشتري صححت دعوته، ولو البائع لم تصح دعوة واحد منهما (قوله وإلا) أى بأن كذبه وإن لم يدعه أو ادعاه أو سكت فهو أعم من قوله ولو تنازعا (قوله ولو تنازعا) أى في كونه لأقل من ستة أشهر أو لأكثر كما قدمناه عن التارخالية (قوله والآخر لأكثر) أى وليس بينهما ستة أشهر (قوله وكذا الحكم لو كاتب) أى المشتري.

واعلم أن عبارة الهداية كذلك ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه وبطل البيع لأن البيع يحتمل النقص وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لأجله وكذلك إذا كاتب الولد أو رهنه أو أجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها، ثم كانت الدعوة لأن هذه العوارض تحتمل النقص فينقص ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مره قال صدر الشريعة: ضمير كاتب إن كان راجعا إلى المشتري وكذا في قوله أو كاتب الأم يصير تقدير الكلام ومن باع عبدا ولد عنده وكاتب المشتري الأم وهذا غير صحيح لأن المعطوف عليه بيع الولد لا بيع الأم، فكيف يصح قوله وكاتب المشتري الأم، وإن كان راجعا إلى من في قوله ومن باع عبدا فالمسألة أن رجلا كاتب من ولد عنده أو رهنه أو أجره ثم كانت الدعوة فحينئذ لا يحسن قوله بخلاف الإعتاق لأن مسألة الإعتاق التي مرت ما إذا أعتق المشتري الولد لأن الفرق صحيح إذ يكون بين إعتاق المشتري وكتابته لا بين إعتاق المشتري وكتابة البائع، إذا عرفت هذا فرجع الضمير في كاتب الولد هو المشتري، وفي كاتب الأم من في قوله من باع اه.

أقول: الأظهر أن المرجع فيهما المشتري وقوله لأن المعطوف عليه بيع الولد لا بيع الأم مدفوع بأن المقادير بيعه مع أمه بقريته سوق الكلام ودليل كراهة التفريق بحديث سيد الأنام عليه الصلاة والسلام: نعم كان مقتضى ظاهر عبارة الوقاية أن يقال بالنظر إلى قوله بعد بيع مشتريه وكذا بعد كتابة الولد ورهنه الخ لكنه سهو، وإنى على الدرر (قوله أو كاتب الأم) أى لو كانت بيعت مع الولد فالضمير في الكل للمشتري وبه يسقط ما في صدر الشريعة (قوله يعني علقا) محترزه قوله لو اشتراها حبلى (قوله ثم ادعى البائع الولد) لأن دعوة البائع صححت في الذى لم يبعه لمصادفة العلوق والدعوى ملكه فيثبت نسبه ومن ضرورته ثبوت الآخر لأنهما من ماء واحد فيلزم بطلان عتق المشتري بخلاف ما إذا كان الولد واحدا وتمامه في الزيلعي (قوله وهو حرية الأصل) أى الثابتة

لأنهما علقا في ملكه، حتى لو اشتراها حبلى لم يبطل عتقه لأنها دعوة تحرير فتقتصر عيني وغيره وجزم به المصنف ثم قال : وحيلة إسقاط دعوى البائع أن يقر البائع أنه ابن عبده فلان فلا تصح دعواه أبدا مجعبي وقد أفاده بقوله (قال) عمرو (لصبي معه) أو مع غيره عيني (هو ابن زيد) الغائب (ثم قال هو ابني لم يكن ابنه) أبدا (وإن) وصلية (جحد زيد بنوته) خلافا لها لأن النسب لا يحتمل النقص بعد ثبوته حتى لو صدقه بعد تكذيبه صح ، ولذا لو قال لصبي هذا الولد مني ثم قال ليس مني لا يصح نفيه لأنه بعد الإقرار به لا ينتفى بالنفي فلا حاجة إلى الإقرار به ثانيا ولا سهو في عبارة العمادى كما زعمه من لا خسرو كما أفاده الشرنبلالى وهذا إذا صدقه الابن وأما بدونه فلا إلا إذا عاد الابن إلى التصديق لبقاء إقرار الأب ، ولو أنكر الأب الإقرار فبرهن عليه الابن قبل وأما الإقرار بأنه أخوه فلا يقبل لأنه إقرار على الغير :

[فروع] لو قال لست وارثه ثم ادعى أنه وارثه وبين جهة الإرث صح

بأصل الخلقة وأما حرية الإعناق فعارضة (قوله لأنهما علقا في ملكه) بخلاف ما إذا كان الولد واحدا حيث لا يبطل فيه إعناق المشتري لأنه لو بطل فيه بطل مقصودا لأجل حق الدعوة للبائع وأنه لا يجوز وهنا تثبت الحرية في الذى لم يبيع ثم تتعدى إلى الآخر وكمن من شيء يثبت ضمنا ولم يثبت مقصودا عيني (قوله حتى لو اشتراها) أى البائع وقوله حبلى وجاءت بهما لأكثر من سنتين عيني (قوله لم يبطل) قال الأكل ونوقض بما إذا اشترى رجل أحد توأمين واشترى أبوه الآخر فادعى أحدهما الذى في يده بأنه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان ولم تقتصر الدعوى : وأجيب : بأن ذلك لموجب آخر وهو إن كان الأب فالابن قد ملك أخاه وإن كان هو الابن فالأب قد ملك حافده فيعتق ، ولو ولدت توأمين فباع أحدهما ثم ادعى أبو البائع الولدين وكذباه أى ابنه البائع والمشتري صارت أم ولده بالقيمة وثبت نسبهما وعتق الذى في يد البائع ولا يعتق المبيع لما فيه من إبطال ملكه الظاهر ، بخلاف النسب لأنه لا ضرر فيه. والفرق بينه وبين البائع إذا كان هو المدعى أن النسب ثبت في دعوى البائع بعلوق في ملكه وهنا حجة الأب أن شبهة «أنت ومالك لأبيك» تظهر في مال ابنه البائع فقط وتماه في نسخة السامخانى عن المقدسى (قوله لأنها دعوة تحرير) لعدم العلوق في ملكه (قوله فتقتصر) بخلاف المسألة الأولى وهو ما إذا كان العلوق في ملكه حيث يعتقان جميعا لما ذكر أنها دعوة استيلاء فتستند ومن ضرورته عتقهما بطريق أنهما حرا الأصل ، فتبين أنه باع حرا عيني (قوله أبدا) أى وإن جحد العبد (قوله خلافا لها) هما قالا إذا جحد زيد بنوته فهو ابن للمقر وإذا صدقه زيد أو لم يدر تصديقه ولا تكذيبه لم تصح دعوة المقر عندهم درر (قوله بعد ثبوته) وهنا ثبت من جهة المقر للمقر له (قوله حتى لو صدقه) أى صدق المقر له المقر وفى التصريح خفاء ، وعبارة الدرر وله أى لأبى حنيفة أن النسب لا يحتمل النقص بعد ثبوته ، والإقرار بمثله لا يرتد بالرد إذا تعلق به حق المقر له ولو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وأيضا تعلق به حق الولد ، فلا يرتد برد المقر له فظهر أنه مفرع على تعلق حق المقر له به (قوله لا ينتفى بالنفي) وهذا إذا صدقه الابن أما بمضى تصديق (١) فلا يثبت النسب إذا لم يصدقه الابن ثم صدقه ثبت البنوة لأن إقرار الأب لم يبطل بعدم تصديق الابن فصولين ، قال جماعة : أظن أن هذه القولة مشطوب عليها فلتعلم (قوله في عبارة العمادى) عبارته هذا الولد ليس مني ثم قال : هو مني صح إذ بإقراره بأنه منه ثبت نسبها فلا يصح نفيه ففيها سهو كما قال من لا خسرو لأنه ليس في العبارة سبق الإقرار على النفي اه كذا في الهامش (قوله كما زعمه) تمثيل للمنى وقوله كما أفاده تمثيل للنفي

(١) قوله (أما بمضى تصديق الخ) هكذا في النسخة المجموع منها ولا تظهر العبارة من تأمل ولعل فيها تحريفا ، والأصل : أما بدون تصديق فلا يثبت النسب وإذا لم يصدقه الخ ولتراجع عبارة الفصولين اه مصححه .

إذ التناقض في النسب عفو ولو ادعى بنوة العم لم يصح ما لم يذكر اسم الجدة ولو برهن أنه أقر أنى ابنه تقبل لثبوت النسب بإقراره ولا تسمع إلا على خصم هو وارث أو دائن أو مديون أو موصى له أو أحضر رجلا لهدعى عليه حقا لأبيه وهو مقر به أولا فله إثبات نسبه بالبينة عند القاضي بحضرة ذلك الرجل ولو ادعى إرثا عن أبيه فلو أقر به أمر بالدفع إليه ولا يكون قضاء على الأب حتى لو جاء حيا يأخذه من الدافع والدافع على الابن ولو أنكر قيل للابن برهن على موت أبيك وأنت وارثه ولا يمين والصحيح تحليفه على العلم بأنه ابن فلان وأنه مات ثم يكلف الابن بالبينة بذلك وتماه في جامع الفصولين من الفصل السابع والعشرين (ولو كان) الصبي (مع مسلم وكافر فقال المسلم هو عبدى وقال الكافر هو ابني فهو حر ابن الكافر) لنيله الحرية حالا والإسلام مآلا لكن جزم ابن الكمال بأنه يكون مسلما لأن حكمه حكم دار الإسلام ، وعزاه للتحفة فليحفظ (قال زوج امرأة لصبي معها هو ابني من غيرها

قال في الهامش: وهو عدم السهو ونصه والذي يظهر لي أن اللفظة الثالثة وهي قوله: هو منى صح ليس له فائدة في ثبوت صحة النسب لأنه بعد الإقرار به أولا لا يفتنى بالنفى فلا يحتاج إلى الإقرار به بعده فليتأمل (قوله إذ التناقض الخ) ذكر في الدرر في فصل الاستشراء فوائد جمعة فراجعها (قوله اسم الجدة) بخلاف الإخوة فإنها تصح بلا ذكر الجدة كما في الدرر، واعلم أن دعوى الإخوة ونحوها مما لو أقر به المدعى عليه لا يلزمه لا تسمع ما لم يدع قبله مالا ، قال في الولوالية: ولو ادعى أنه أخوه لأبويه فجدد: فإن القاضي يسأله ألك قبله ميراث تدعيه أو نفقة أو حق من الحقوق التي لا يقدر على أخذها إلا بإثبات النسب ، فإن كان كذلك يقبل القاضي بينته على إثبات النسب ، وإلا فلا خصومة بينهما لأنه إذا لم يدع ما لا لم يدع حقا لأن الإخوة المجاورة بين الأخوين في الصلب أو الرحم ، ولو ادعى أنه أبوه وأنكر فأثبته يقبل ، وكذا عكسه وإن لم يدع قبله حقا لأنه لو أقر به صح فينتصب خصما ، وهذا لأنه يدعى حقا فإن الابن يدعى حق الانتساب إليه والأب يدعى وجوب الانتساب إلى نفسه شرعا وقال عليه الصلاة والسلام ومن انتسب إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، اه ملخصا وتماه فيها وفي البرازية (قوله أنى ابنه) مكرر مع ما قدمه قريبا (قوله ولا تسمع) أى بيته الإرث كما في الفصولين (قوله أو دائن) انظر ماصورته ولعل صورته أن يدعى دينا على الميت وينصب له القاضي من يثبت في وجهه دينه ، فحينئذ يصير خصما لمدعى الإرث ومثل ذلك يقال في الموصى له تأمل (قوله أو موصى له) أو الوصى بزازية كذا في الهامش (قوله فلو أقر) أى المدعى عليه وقوله به أى بالبنوة وبالوروث (قوله ولو أنكرك) أى المدعى عليه (قوله تحليفه) أى المنكر (قوله على العلم) أى على نفي العلم بأن يقول والله لا أعلم أنه ابن فلان الخ (قوله بأنه ابن فلان) الظاهر أن تحليفه على أنه ليس بابن فلان إنما هو إذا أثبت المدعى الموت وإلا فلا فائدة في تحليفه إلا على عدم العلم بالموت تأمل (قوله بذلك) أى بالمال الذي أنكركه أيضا (قوله السابع والعشرين) صوابه الفصل الثامن والعشرين كذا في الهامش (قوله وقال الكافر هو ابني) قال في شرح الملتقى وهذا إذا ادعى ما فلو سبق دعوى المسلم كان عبدا له ولو ادعى البنوة كان ابنا للمسلم إذ القضاء بنسبه من المسلم قضاء بإسلامه (قوله والإسلام مآلا) لظهور دلائل التوحيد لكل عاقل وفي العكس يثبت الإسلام تبعا ولا يحصل له الحرية مع العجز عن تحصيلها درر (قوله لكن جزم الخ) فيه أنه لا عبرة للدار مع وجود أحد الأبوين ح .

قلت: يخالفه ما ذكروا في اللقيط لو ادعاه ذمى يثبت نسبه منه ، وهو مسلم تبعا للدار وقدمناه في كتابه عن الولوالية (قوله بأنه يكون مسلما) أى وابنا للكافر (قوله معهما) أى في يدهما احترز به عما لو كان في يد أحدهما: قال في التارخالية: وإن كان الولد في يد الزوج أو يد المرأة فالقول للزوج فيها ، وقيد بإستاد كل منهما الولد إلى غير صاحبه لما فيها أيضا عن الملتقى صبي في يد رجل وامرأة قالت المرأة: هذا ابني من هذا الرجل

وقالت هو ابني من غيره فهو ابنيهما (إن ادعيا معا وإلا ففيه تفصيل ابن كمال وهذا (لو غير معبر وإلا) بأن كان معبرا (فهو لمن صدقه) لأن قيام أيديهما وفراشهما يفيد أنه منهما (ولو) ولدت أمة اشتراها فاستحقت غرم الأب قيمة الولد يوم الخصومة لأنه يوم المنع (وهو حر) لأنه مغرور والمغرور من يطا امرأة معتمدا على ملك يمين أو لكاح فقلد منه ثم تستحق فلذا قال (وكذا) الحكم (لو ملكها بسبب آخر) أي سبب كان عيني (كما لو تزوجها على أنها حرة فولدت له ثم استحقت) غرم قيمة ولده (فإن مات الولد قبل الخصومة فلا شيء على أبيه) لعدم المنع كما مر (وإرثه له) لأنه بحر الأصل في حقه فيرثه (فإن قتله أبوه أو غيره) وقبض الأب من دينه قدر قيمته (غرم الأب قيمته) للمستحق كما لو كان حيا ولو لم يقبض شيئا لا شيء عليه وإن قبض أقل لزمه بقدره عيني (ورجع بها) أي بالقيمة في الصورتين (۵) ما يرجع به (ثمنها) ولو هالككة (على بائعها) وكذا لو استولدها المشتري الثاني لكن إنما يرجع المشتري الأول على البائع الأول بالثمن فقط كما في المواهب وغيرها (لابعقرها) الذي أخذه منه المستحق للزومه باستيفاء منافعتها كما مر في بابي المراجعة والاستحقاق مع مسائل التناقض وغالبها مر في مفرقات القضاء ويجيء في الإقرار :

[فروع] : التناقض في موضع الخفاء عفو :

لانسمع الدعوى على غريم ميت

وقال : ابني من غيرها يكون ابن الرجل ولا يكون للمرأة فإن جاءت بامرأة شهدت على ولادتها إياه كان ابنها منه وكالت زوجته بهذه الشهادة ، وإن كان في يده وادعاه وادعت امرأته أنه ابنها منه ، وشهدت المرأة على الولادة لا يكون ابنها منه بل ابنه : لأنه في يده واحترز عما فيها أيضا صبي في يد رجل لا يدعيه أقامت امرأة أنه ابنها ولدته ، ولم تسم أباه وأقام رجل أنه ولد في فراشه ولم يسم أمه يجعل ابنه من هذه المرأة ، ولا يعتبر الترجيح باليد كما لو ادعاه رجلان وهو في يد أحدهما فإنه يقضى لدى اليد (قوله لأن) تعليل للمسألة الأولى فكان الأولى تقديمه على قوله وإلا (قوله ولو ولدت أمة) أي من المشتري وادعى الولد حموي (قوله يوم الخصومة) أي لا يوم القضاء كما في الشرنبلالية وإليه يشير قوله : لأنه يوم المنع وتماه في الشرنبلالية (قوله أي سبب كان) كبديل أجره دار وكهبة وصدقة ووصية إلا أن المغرور لا يرجع بما ضمن في الثلاث كما في أبي السعود (قوله غرم قيمة ولده) أي ولا يرجع بذلك على المخبر كما مر في آخر باب المراجعة (قوله فيرثه) ولا يغرم شيئا لأن الإرث ليس بعوض عن الولد فلا يقوم مقامه فلا يجعل سلامة الإرث كسلامته (قوله بالقيمة) يعني في صورة قتل غير الأب ، أما إذا قتله الأب كيف يرجع بما غرم وهو ضمان إتلافه ، وقد صرح الزيلعي بذلك أي بالرجوع فيما إذا قتله غيره وبعدهم بقتله اه شرنبلالية وعلى هذا فقول الشارح في الصورتين معناه في صورة قبض الأب من دينه قدر قيمته وصورة قبضه أقل منها أو المراد صورتا الشراء والزواج كما نقل عن المقدسي . قال السائغاني : قوله في الصورتين أي الشراء والزواج ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصى بشيء من قيمة الأولاد مقدسي اه (قوله وكذا الخ) أي فإنه يرجع على المشتري الأول بالثمن وقيمة الولد (قوله منافعتها) أي بالوطء (قوله عفو) في الأشباه يعذر الوارث والموصى والمتولى للجهل اه لعله لجهله بما فعله المورث والموصى والمتولى ، وفي دعوى الألقروى في التناقض المديون بعد قضاء الدين والمختلعة بعد أداء بدل الخلع ، لو برهنت على طلاق الزوج قبل الخلع وبرهنت على إبراء الدين يقبل : لكن نقل أنه إذا استعمل في قضاء الدين ثم ادعى الإبراء لا يسمع سائغاني (قوله لا تسمع الدعوى) أي ممن له دين على الميت (قوله على غريم ميت) الظاهر أن المراد منه مديون الميت

إلا إذا وهب جميع ماله لأجنبي ، وسلمه له فإنها تسمع عليه لكونه زائدا .
لا يجوز للمدعى عليه الإنكار مع علمه بالحق إلا في دعوى العيب لبرهنه فيتمكن من الرد وفي الوصي
إذا علم بالدين :

لأنه لا يجرى مع البرهان إلا في ثلاث : دعوى دين على ميت واستحقاق مبيع ودعوى آبق .
الإقرار لا يجمع البينة إلا في أربع : وكالة ووصاية وإثبات دين على ميت واستحقاق عين من مشتر
ودعوى الآبق :

لا تخلف على حق مجهول إلا في ست : إذا اتهم القاضي وصى يتيم ومتولى وقف وفي رهن مجهول ودعوى
سرقة وغصب وخيانة مودع .

لا يخلف المدعى إذا حلف المدعى عليه إلا في مسألة في دعوى البحر قال : وهي غريبة يجب حفظها أشباهه

حموى (قوله إلا إذا وهب) استثناء منقطع لأنه ليس غريبا إلا إذا كان الموهوب عينا مفضوبة ونحوها كان خصما
للمدعى حموى ملخصا (قوله لكونه زائدا) عبارة الأشباه زايد (قوله لا يجوز للمدعى عليه الإنكار الخ) قال
بعض الفضلاء يلحق بهذا مدعى الاستحقاق للمبيع ، فإنه ينكر الحق حتى يثبت ليتمكن من الرجوع على بائعه
ولو أقر لا يقدر وأيضا ادعاء الوكالة أو الوصاية وثبوته لا يكون إلا على وجه الخصم الواحد كما ذكره قاضيخان
فإن أنكر المدعى عليه ليهكون ثبوت الوكالة والوصاية شرعا صحيحا يجوز فيلحق هذا أيضا بهما ويلحق بالوصى
أحد الورثة إذا ادعى عليه الدين ، فإنه لو أقر بالحق يلزم الكل من حصته ، وإذا أنكر فأقيمت البينة عليه
يلزم من حصته وحصتهم حموى (قوله دعوى دين على ميت) أجمعوا على أن من ادعى ديننا على الميت يخلف
بلا طلب وصى ووارث بالله ما استوفيت دينك منه ، ولا من أحد أداه عنه وما قبضه قابض ولا أبرأته ولا شيئا
منه وما أحلت به ولا شيء منه على أحد ولا عندك ، ولا بشيء منه رهن خلاصة فلو حكم القاضي بالدفع قبل
الاستحلاف لم ينفذ حكمه وتماه في أوائل دعوى الحامدية ، ومرة في أول كتاب الدعوى تحت قول الماتن :
ويسأل القاضي المدعى بعد صحتها الخ ومرة في كتاب القضاء (قوله ودعوى آبق) لعل صورتها فيما إذا ادعى على
رجل أن هذا العبد عبدى آبق منى وأقام بينة على أنه عبده فيحلف أيضا لاحتمال أنه باعه تأمل ثم رأيت في شرح
هذا الشرح نقل عن الفتح هكذا : وعبارته : قال في الفتح يخلف مدعى الآبق مع البينة بالله أنه آبق على ملكك
إلى الآن لم يخرج ببيع ولا هبة ولا غيرها اه (قوله الإقرار لا يجمع البينة) لأنها لا تقام إلا على منكر ذكر
هذا الأصل في الأشباه في كتاب الإقرار عن الخالية : واستثنى منه أربع مسائل : وهي ما سوى دعوى الآبق
وكذا ذكرها قبله في كتاب القضاء والشهادات ، ولم يذكر الخامسة ، بل زاد غيرها وعبارته لا تسمع البينة على
مقر إلا في وارث مقر بدين على الميت فتقام البينة للعدى : وفي مدعى عليه أقر بالوصاية فبرهن الوصى وفي مدعى
عليه أقر بالوكالة فيثبتها الوكيل دفعا للضرر ، وفي الاستحقاق تقبل البينة به مع إقرار المستحق عليه ليتمكن من
الرجوع على بائعه ، وفيها لو خصم الأب بحق عن الصبي فأقر لا يخرج عن الخصومة ، وليكن تقام البينة عليه
مع إقراره بخلاف الوصى ، وأمين القاضي إذا أقر خرج عن الخصومة وفيها لو أقر الوارث للموصى له ، فإنها
تسمع البينة عليه مع إقراره وفيها لو أجر دابة بعينها من رجل ثم من آخر فأقام الأول البينة فإن كان الآخر حاضرا
تقبل عليه البينة وإن كان يقر بما يدعى اه ملخصا فهي سبع (قوله إلا في أربع) هي مبيع كما في الحموى والمذكور
هنا خمسة (قوله مني مشتر) فتقبل البينة به مع إقرار المستحق عليه ليتمكن من الرجوع على بائعه كذا ذكره في
الأشباه لكن مع إقراره كيف يكون له الرجوع تأمل (قوله وفي رهن مجهول) كثوب مثلا (قوله في دعوى البحر)

قلت : وهي ما لو قال المصوب منه كالت قيمة ثوبى مائة وقال الغاصب لم أدر ولكنها لا تبلغ مائة صدق بيمينه وألزم ببيانه فلو لم يبين يحلف على الزيادة ثم يحلف المصوب منه أيضا أن قيمته مائة ولو ظهر خير الغاصب بين أخذه أو قيمته فليحفظ والله تعالى أعلم :

كتاب الإقرار

مناسبتة أن المدعى عليه إما منكر أو مقر وهو أقرب لغلبة الصديق (هو) لغة الإثبات يقال قر الشيء إذا ثبت وشرعا (إخبار بحق عليه) للغير (من وجه إنشاء من وجه) قيد بعليه لأنه لو كان لنفسه يكون دعوى لا إقرارا :

ثم فرع على كل من الشبهين فقال (فا) لوجه (الأول) وهو الإخبار (صح إقراره بمال مملوك للغير) ومتى أقر بملك الغير (بلزمه تسليمه) إلى المقر له (إذا ملكه)

قيل قوله ولا ترد يمين على مدع (قوله وهي ما لو قال الخ) ستأتى هذه المسألة في كتاب الغصب وكتب المحشى هناك على قوله فلو لم يبين فقال : الظاهر أن في النسخة خللا لأنه إذا لم يبين فالتك الزيادة التي يحلف عليها أى على نفسها ، وفي ظنى أن أصل النسخة فإن بين يعنى أنه لو بين حلف على نفي الزيادة التي هي أكثر مما بينه ، وأقل مما يدعيه المالك هذا وينبغى أن يقارب في البيان حتى لو بين قيمة فرس بدرهم لا يقبل منه كما تقدم نظيره اه . وكعب على قوله هناك ولو حلف المالك أيضا على الزيادة أخذها لم يظهر وجهه فليراجع اه (قوله يحلف على الزيادة) أى التي يدعيها المالك (قوله أو قيمته) عطف على الضمير المحرور أى أخذ قيمته .

كتاب الإقرار

(قوله وهو أقرب) أى المقر (قوله إخبار بحق عليه) لعله ينتقض بالإقرار بأنه لا حق له على فلان بالإبراء وإسقاط الدين ونحوه كإسقاط حق الشفعة سعدية وقد يقال فيه إخبار بحق عليه وهو عدم وجوب المطالبة تأمل (قوله إنشاء من وجه) هو الصحيح وقبل : إنشاء وينبغى عليه ما سياتى ، لكن المذكور في غاية البيان عن الأستروشنية .

قال الحلوانى : اختلف المشايخ في أن الإقرار سبب للملك أم لا قال ابن الفضل : لا واستدل بمسألتين : أحدهما : المريض الذى عليه دين إذا أقر بجميع ماله لأجنبي يصح بلا إجازة الوارث ، ولو كان تملك لا ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم الإجازة : والثانية : أن العبد المأذون إذا أقر لرجل بعين في يده يصح ولو كان تملك يكون تبرعا منه فلا يصح وذكر الجرجاني أنه تملك واستدل بمسائل منها إن أقر في المرض لو ارثه بدين لم يصح اه ملخصا فظهر أن ما ذكره المصنف وصاحب البحر جمع بين الطريقتين وكان وجهه ثبوت ما استدل به الفريقان تأمل (قوله لأنه لو كان لنفسه) أى على الغير ولو للغير على الغير فهو شهادة (قوله لا إقرارا) ولا ينتقض بإقرار الوكيل والولى ونحوهما لأنها تتم مناب المنوبات شرعا شرح ملتقى (قوله صح إقراره بمال الخ) ويجبر الغاصب على البيان لأنه أقر بقيمة مجهولة وإذا لم يبين يحلف على ما يدعى المالك من الزيادة ، فإن حلف ولم يثبت ما ادعاه المالك يحلف أن قيمته مائة ، وبأخذ من الغاصب مائة ، فإذا أخذ ثم ظهر الثوب خير الغاصب بين أخذه أو رده ، وأخذ القيمة :

برهنة من الزمان لتفاذه على نفسه ، ولو كان إنشاء لما صح لعدم وجود الملك وفي الأشباه أقر بحرية عبد ثم شرأه عتق عليه ولا يرجع بالثمن أو بوقفية دار ثم شرأها أو ورثها صارت وقفا مؤاخذاة له بزعمه (ولا يصح إقراره بطلاق وعتاق مكرها) ولو كان إنشاء لصح لعدم التخلف (وصح إقرار المأذون بعين في يده والمسلم بخمر وبنصف داره مشاعا والمرأة بالزوجية من غير شهود) ولو كان إنشاء لما صح (ولا تسمع دعواه عليه) بأنه أقر له (بشيء) معين (بناء على الإقرار) له بذلك به يفتى لأنه إخبار يحتمل الكذب حتى لو أقر كاذبا لم يحل له لأن الإقرار ليس سببا للملك : نعم لو سلمه برضاه كان ابتداء هبة وهو الأوجه بزازية (إلا أن يقول) في دعواه (هو ملكي) وأقر لي به أو يقول لي عليه كذا وهكذا أقر به فتسمع إجماعا لأنه لم يجعل الإقرار سببا للوجوب : ثم لو أنكر الإقرار هل يحلف ؟ الفتوى أنه لا يحلف على الإقرار ، بل على المال وأما دعوى الإقرار في الدفع فتسمع عند العامة (و ۱) لوجه (الثاني) وهو الإنشاء (لورد) المقر له (إقراره

وحكى عن الحاكم أبي محمد العيني : أنه كان يقول ما ذكر من تحليف المغضوب منه وأخذ المائة بقيمتها من الغاصب هذا بالإنكار يصح ، وكان يقول الصحيح في الجواب أن يجبر الغاصب على البيان ، فإن أبي يقول له القاضي أكان قيمته مائة فإن قال لا يقول : أكان خمسين فإن قال لا يقول له خمسة وعشرين إلى أن ينتهي إلى ما لا تنقص عنه قيمته عرفا وعادة فيلزمه ذلك من متفرقات إقرار التارخانية (قواه برهنة) أي قليلا (قوله ولا يرجع) لاقتضار إقراره عليه فلا يتعدى إلى غيره (قوله مكرها) لقيام دليل الكذب وهو الإكراه والإقرار إخبار يحتمل الصدق والكذب ، فيجوز تخلف مدلوله الوضعي عنه منح (قوله لعدم التخلف) أي لعدم صحة تخلف المدلول الوضعي للإنشاء عنه كذا في الهامش أي فإن الإنشاء لا يتخلف مدلوله عنه (قوله والمسلم بخمر) حتى يؤمر بالتسليم إليه ولو كان تملكها مبتدأ لما صح وفي الدرر ، وفيه إشارة إلى أن الخمر قائمة لا مستهلكة إذ لا يجب بدلها للمسلم نص عليه في المحيط كما في الشرلبلالية (قوله وبنصف داره) أي القابلة للقسمة (قوله بناء على الإقرار) يعني إذا ادعى عليه شيئا لأنه أقر له به لا تسمع دعواه ، لأن الإقرار إخبار لا سبب للزوم المقر به على المقر : وقد علل وجوب المدعى به على المقر بالإقرار ، وكأنه قال أطلبه بما لا سبب لتجوبه عليه أو لزومه بإقراره وهذا كلام باطل منح وبه ظهر أن الدعوى بالشئ المعين ، بناء على الإقرار كما هو صريح المتن لا بالإقرار بناء على الإقرار فقوله بأنه أقر له لا محل له تأمل (قوله لم يحل له) أي للمقر له كذا في الهامش (قوله ثم لو أنكر الخ) وفي دعوى الدين لو قال المدعى عليه : إن المدعى أقر باستيفائه وبرهن عليه ، فقد قيل إنه لا تسمع ، لأنه دعوى الإقرار في طرق الاستحقاق إذ الدين يقضى بمثله ففي الحاصل هذا دعوى الدين لنفسه فكان دعوى الإقرار في طرق الاستحقاق فلا تسمع ط ذ جامع الفصولين وفتاوى قدوري كذا في الهامش والطاء للمحيط ، والدال للذخيرة ومثل ما هو المسطور في جامع الفصولين في البرازية وزاد فيها وقيل يسمع لأنه في الحاصل يدفع أداء الدين عن نفسه ، فكان في طرف ذكره في المحيط .

وذكر شيخ الإسلام برهن المطلوب على إقرار المدعى ، بأنه لا حق له في المدعى أو بأنه ليس بملك له أو ما كانت ملكا له تندفع الدعوى إن لم يقربه لإنسان معروف وكذا لو ادعاه بالإرث ، فبرهن المطاوب على إقرار المورث كما ذكرنا وتماه فيها كذا في الهامش (قوله وأما دعوى الإقرار) أي بأن المدعى ملك المدعى عليه وأما دعوى الإقرار بالاستيفاء فقبل لا تسمع قال في الهامش : واختلفوا أنه هل يصح دعوى الإقرار في طرق الدفع ، حتى لو أقام المدعى عليه بينة أن المدعى أقر أن هذه العين ملك المدعى عليه هل تقبل قال بعضهم : لا تقبل

ثم قبل لا يصح) ولو كان إخبارا لصح . وأما بعد القبول فلا يرتد بالزرد ولو أعاد المقر إقراره فصدقه
لزمه لأنه إقرار آخر ثم لو أنكر إقراره الثاني لا يحلف ولا تقبل عليه بيعة قال البديع : والأشبه قبولها واعتمده
ابن الشحنة وأقره الشرنبلالي (والمالك الثابت به) بالإقرار (لا يظهر في حق الزوائد المستهلكة فلا يملكها المقر له)
ولو إخبارا للملكها (أقر جر مكلف) يقظان ظائعا (أو عبد) أو صبي أو معتوه (مأذون) لهم إن أقروا بتجارة
كإقرار محجور بحد وقود وإلا فبعد عتقه ونائم ومغنى عليه كجنون وسبجىء السكران ومهر المكره (بحق معلوم
أو مجهول) صح لأن جهالة المقر به لا تضر إلا إذا بين سببا تضره الجهالة كبيع وإجارة :
وأما جهالة المقر فتضر كقوله لك على أحدنا ألف درهم لجهالة المقضى عليه إلا إذا جمع

وهمتهم ههنا على أنها تقبل درر (قوله ثم قبل لا يصح) محله فيما إذا كان الحق فيه لواحد مثل الهبة والصدقة ،
أما إذا كان لهما مثل الشراء والنكاح فلا وهو إطلاق في محل التقييد ، ويجب أن يقيد أيضا بما إذا لم يكن المقر
مصرأ على إقراره لما سيأتي من أنه لا شيء له إلا أن يعود إلى تصديقه وهو مصرحوى . ويخط السائحاني عن
الخلاصة لو قال لآخر : كنت بعثك العبد بألف فقال الآخر لم أشرته منك فسكت البائع ، حتى قال المشتري
في المجلس أو بعده بلى اشتريته منك بألف ، فهو الجائر وكذا النكاح وكل شيء يكون لهما جميعا فيه حق ، وكل
شيء يكون فيه الحق لواحد مثل الهبة والصدقة لا ينفعه إقراره بعد ذلك (قوله فلا يرتد) لأنه صار ملكه وتنفى
المالك ملكه عن نفسه عند عدم المنازع لا يصح : نعم لو تصادقا على عدم الحق صح لما مر في البيع الفاسد أنه
طلب ربح مال ادعاه على آخر فصدقه على ذلك فأوفاه ثم ظهر عدمه بتصادقهما فانظر كيف التصادق اللاحق
نقض السابق ؛ مع أن ربحه طيب خلال سائحاني (قوله قال البديع) هو شيخ صاحب القنية (قوله الزوائد
المستهلكة) يفيد بظاهره أنه يظهر في حق الزوائد الغير المستهلكة وهو مخالف لما في الخانية قال رجل في يده
جارية وولدها أقر أن الجارية لفلان لا يدخل فيه الولد ، ولو أقام بيعة على جارية أنها له يستحق أولادها وكذا
لو قال : هذا العبد ابن أمك وهذا الجددي من شأنك لا يكون إقرارا بالعبد وكذا بالجددي فليحرر حوى س وقيد
بالمستهلكة في الاستروشنية ونقله عنها في غاية البيان (قوله فلا يملكها) شري أمة فولدت عنده باستبلاده ، ثم
استحققت بيعة يتبعها ولدها ، ولو أقر بها لرجل لا والفرق أنه بالبيعة يستحقها من الأصل ولذا قلنا إن الباعة
يتراجعون فيما بينهم ، بخلاف الإقرار حيث لا يتراجعون ف ثم الحكم بأمة حكم بولدها وكذا الحيوان إذ الحكم
حجة كاملة ، بخلاف الإقرار فإنه لم يتناول الولد لأنه حجة ناقصة وهذا لو الولد بيد المدعى عليه فالو في ملك
آخر هل يدخل في الحكم اختلف المشايخ نور العين في آخر السابق ففيه مخالفة المفهوم كلام المصنف (قوله أقر
حر مكلف) اعلم أن شرطه التكليف والطوع مطلقا والحرية للتنفيذ للحال لا مطلقا : فصح إقرار العبد للحال
فيما لا تهمة فيه كالحدود والتقصاص ، ويؤخر ما فيه تهمة إلى ما بعد العتق ، والمأذون بما كان من التجارة للحال
وتأخر بما ليس منها إلى العتق كإقراره بجناية ومهر موطوءة بلا إذن والصبي المأذون كالعبد فيما كان من التجارة
لا فيما ليس منها كالكفالة وإقرار السكران بطريق محظور صحيح إلا في جد الزنا وشرب الخمر مما يقبل الرجوع
وإن بطريق مباح لا منج وانظر العزيمة (قوله إن أقروا بتجارة) جوابه قول المصنف الآتي صح أي صح
للحال زاد الشمي أو ما كان من ضرورات التجارة كالدين والوديعة والعارية والمضاربة والغصب دون ما ليس
منها كالمهر والجناية والكفالة لدخول ما كان من باب التجارة تحت الإذن دون غيره اه فتال (قوله وقود) أي
مما لا تهمة فيه فيصح للحال (قوله وإلا) أي بأن كان مما فيه تهمة (قوله تضره الجهالة) لأن من أقر أنه باع مع
فلان شيئا أو اشترى من فلان كذا بشيء أو آجر فلانا شيئا لا يصح إقراره ولا يجبر المقر على تسليم شيء درر

بين نفسه وعبده فيصح وكذا تضر جهالة المقر له إن فحشت كل واحد من الناس على كذا وإلا لا كلاً حد هذين على كذا فيصح ولا يجبر على البيان لجهالة المدعى بحر ونقله في الدرر لكن باختصار محل كما بينه عزمي زاده (وازومه بيان ماجهل) كشيء وحق (بذى قيمة) كفلس وجوزة لا بما لا قيمة له كحبة حنطة وجلد ميتة وصبي حر لأنه رجوع فلا يصح (والقول للمقر مع حلفه) لأنه المنكر (إن ادعى المقر له أكثر منه) ولا بيعة (ولا يصدق في أقل من درهم في على مال ومن النصاب) أي نصاب الزكاة في الأصح اختيار وقيل إن المقر فقيراً فنصاب السرقة وصح

كذا في الهامش (قوله بين نفسه وعبده) قال المقدسي هذا في حكم المعلوم لأن ما على عبده يرجع إليه في المعنى لكن إنما يظهر هذا فيما يلزمه في الحال أما ما يلزمه بعد الحرية فهو كالأجنبي فيه فإذا جمعه مع نفسه كان كقوله لك على أو على زيد فهو مجهول لا يصح ذكره الحموي على الأشباه فقال (قوله على كذا) بتشديد الياء (قوله ولا يجبر على البيان) زاد الزبلي ويؤمر بالتذكر لأن المقر قد نسي صاحب الحق، وزاد في غاية البيان أنه يحلف لكل واحد منهما إذا ادعى وفي التارخانية، ولم يذكر أنه يستحلف لكل واحد منهما يمينا على حدة بعضهم قالوا نعم: ويبدأ القاضي بيمين أيهما شاء أو يقرع: وإذا حلف لكل لا يخلو من ثلاثة أوجه إن حلف لأحدهما فقط يقضى بالعبد للآخر فقط، وإن نكل لها يقضى به وبقيمة الوالد بينهما نصفين، سواء نكل لها جملة بأن حلفه القاضي لها يمينا واحدة أو على التعاقب بأن حلفه لكل على حدة، وإن حلف فقد برى عن دعوة كل فإن أراد أن يصطلحا وأخذ العبد منه لما ذلك في قول أبي يوسف الأول، وهو قول محمد كما قبل الحلف ثم رجع أبو يوسف وقال: لا يجوز اصطلاحهما بعد الحلف قالوا ولا رواية عن أبي حنيفة اهـ.

[فرع] لم يذكر الإقرار العام وذكره في المنح وصح الإقرار بالعام كما في يدي من قليل أو كثير أو عبد أو متاع أو جميع ما يعرف بي أو جميع ما ينسب إلى لفلان، وإذا اختلفا في عين أنها كانت موجودة وقت الإقرار أولا فالقول قول المقر إلا أن يقيم المقر له البيعة أنها كانت موجودة في يده وقته:

واعلم أن القبول ليس من شرط صحة الإقرار لكنه يرتد برد المقر له صرح به في الخلاصة، وكثير من الكتب المعتبرة واستشكل المصنف بناء على هذا قول العمادى وقاضيخان الإقرار للغائب يتوقف على التصديق ثم أجاب عنه. وبحث في الجواب الرملي.

ثم أجاب عن الإشكال بما حاصله: أن اللزوم غير الصحة ولا مانع من توقف العمل مع صحته كبيع الفضولي فالتوقف لزومه لا صحته فالإقرار للغائب لا يلزمه حتى يصح إقراره لغيره كما لا يلزم من جانب المقر له حتى يصح رده وأما الإقرار للحاضر فيلزم من جانب المقر حتى لا يصح إقراره لغيره به قبل رده ولا يلزم من جانب المقر له فيصح رده وأما الصحة فلا شبهة فيها في الجانبين بدون القبول (قوله عزمي زاده) وحاصله: أن ما ذكره صاحب الدرر من الجبر إنما هو فيما إذا جهل المقر به لا المقر له لقول الكافي لأنه إقرار للمجهول وهو لا يفيد وفائدة الجبر على البيان إنما تكون لصاحب الحق وهو مجهول (قوله كشيء وحق) ولو قال أردت حق الإسلام لا يصح إن قاله مفضولا وإن موصولا يصح تارخانية وكفاية (قوله في على مال) بتشديد الياء (قوله ومن النصاب) معطوف على قوله من درهم وكذا المعطوفات بعده (قوله وقيل إن المقر الخ) قال الزبلي والأصح أن قوله يبني على حال المقر في الفقر والغنى، فإن القليل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغني ليس بعظيم وهو في الشرح متعارض فإن المائتين في الزكاة عظيم، وفي السرقة والمهر العشرة عظيمة فيرجع إلى حاله ذكره في النهاية وحواشي الهداية معزيا إلى المبسوط شرنبلالية وذكر في الهامش عن الزبلي: وينبغي على قياس ما روى

(في مال عظيم) لو بينه (من الذهب والفضة ومن خمس وعشرين من الإبل) لأنها أدنى لصاب يؤخذ من جنسه (ومن قدر النصاب قيمة في غير مال الزكاة من ثلاثة نصب في أموال عظام) ولو فسره بغير مال الزكاة اعتبر قيمتها كما مر (وفي دراهم ثلاثة و) في (دراهم) أو دنانير أو ثياب (كثيرة عشرة) لأنها نهاية اسم الجمع (وكذا درهما درهم) على المعتمد ولو خفضه لزمه مائة وفي درهم أو درهم عظيم درهم والمعتبر الوزن المعتاد إلا بحجة زيلعي (وكذا كذا) درهما (أحد عشر وكذا وكذا أحد وعشرون) لأن نظيره بالواو أحد وعشرون (ولو ثلث بلا واو فأحد عشر) إذ لا نظير له فحمل على التكرار (ومعها مائة وأحد وعشرون وإن ربع) مع الواو (زيد ألف) ولو خمس زيد عشرة آلاف ولو سُدس زيد مائة ألف ولو سبع زيد ألف ألف وهكذا يعتبر نظيره أبدا (ولو) قال له (على أو) له (قبلي) فهو (إقرار بدين) لأن على للإيجاب وقبلي للضمان غالبا (وصدق إن وصل به هو وديعة) لأنه يحتمله مجازا (وإن فصل لا) يصدق لتقرره بالسكوت

عن أبي حنيفة أن يعتبر فيه حال المقر شربلاية اه (قوله في مال عظيم) برفع مال وعظيم (قوله لو بينه) بأن قال مال عظيم من ذهب أو قال مع الفضة (قوله ومن خمس وعشرين) أي ولا يصدق في أقل من خمس وعشرين لو قال مال عظيم من الإبل (قوله ومن قدر النصاب قيمة) بنصب قيمة (قوله ومن ثلاثة نصب) من أي جنس سماه تحقيقا لأدنى الجمع حتى لو قال من الدراهم كان ستائة درهم ، وكذا في كل جنس يريد حتى لو قال من الإبل يجب عليه من الإبل خمس وسبعون كفاية (قوله اعتبر قيمتها) ويعتبر الأدنى في ذلك للتيقن به زيلعي أي أدنى النصب من حيث القيمة أبو السعود (قوله اسم الجمع) يعني يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ كما في الهداية س (قوله وكذا) أي لو قال له على كذا درهما يجب درهم (قوله على المعتمد) لأن ما في المتون مقدم على الفتاوى شربلاية ؛ وفي التثمة والذخيرة درهما لأن كذا كناية عن العدد وأقله اثنان إذ الواحد لا يعد ، حتى يكون معه شيء وفي شرح المختار قيل : يلزمه عشرون وهو القياس ، لأن أقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون منع (قوله وكذا كذا درهما) أي بالنصب وبالحفظ ثلاثمائة وفي كذا كذا درهما وكذا كذا دينار عليه من كل أحد عشر ، وفي كذا كذا دينار ودرهما أحد عشر بينهما جميعا ، ويقسم ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير احتياطا ، ولا يعكس لأن الدراهم أقل مالبة والقياس خمسة ونصف مع كل لكن ليس في لفظه ما يدل على الكسر غاية البيان ملخصا (قوله واو ثلث) بأن قال كذا كذا درهما (قوله إذ لا نظير له) وما قيل نظيره مائة ألف ألف فسو ظاهر ، لأن الكلام في نصب الدرهم وتمييز هذا العدد مجرور ، ولينظر هل إذا جره يلزمه ذلك وظاهر كلامهم لا (قوله ولو خمس زيد الخ) فيه أنه يضم الألف إلى عشرة آلاف (قوله عشرة آلاف) هذا حكاية العيني بلفظ يلغى لكنه غلط ظاهر ، لأن العشرة آلاف تتركب مع الألف بلا واو فيقال أحد عشر ألفا فتدبر الواو التي تعتبر معه ما أمكن ، وهنا ممكن فيقال أحد وعشرون ألفا ومائة وأحد وعشرون درهما نعم قوله : ولو سُدس الخ مستقيم سائحاني أي بأن يقال مائة ألف وأحد وعشرون ألفا وأحد وعشرون درهما وكذا لو سبع زيد قبله ألف وما ذكره أحسن من قول بعضهم (قوله زيد عشرة آلاف) فيه أنه يضم الألف إلى العشرة آلاف ، فيقال : أحد عشر والقياس لزوم مائة ألف وعشرة آلاف الخ اه لأن أحد وعشرون ألفا أقل من مائة ألف ، وقد أمكن اعتبار الأقل فلا يجب الأكثر ويلزم أيضا اختلال المسائل التي بعده كلها فيقال لو خمس زيد مائة ألف ولو سُدس زيد ألف ألف وهكذا بخلافه على ما مر فتدبر (قوله زيد مائة ألف) فيقال مائة ألف وأحد وعشرون ألفا ومائة وأحد وعشرون (قوله أو قبلي) في بعض النسخ وقبلي

(عندي أو معي أو في بيتي أو) في (كيسي أو) في (صندوق) إقرارا بال (أمانة) عملا بالعرف (جميع مالي أو ما أملكه له) أو له من مالي أو من دراهمي كذا فهو (هبة لا إقرار) ولو عبر بنى مالي أو بنى دراهمي كان إقرارا بالشركة (فلا بد) لصحة الهبة (من التسليم) بخلاف الإقرار : والأصل أنه متى أضاف المقر به إلى ملكه كان هبة ولا يرد ما في بيتي لأنها إضافة نسبة لا ملك ، ولا الأرض التي حدودها كذا لطفى فلان فإنه هبة وإن لم يقبضه ، لأنه في يده إلا أن يكون مما يحتمل القسمة ، فيشترط قبضه

(قوله عندي أو معي) كأنه في عرفهم كذلك أما العرف اليوم في عندي ومعني للدين لكن ذكروا علة أخرى تفيد عدم اعتبار عرفنا . قال السائحاني نقلا عن المقدسي ، لأن هذه المواضع محل العين لا الدين إذ محل الذمة والعين يحتمل أن تكون مضمونة وأمانة والأمانة أدنى ، فحمل عليها والعرف يشهد له أيضا فإن قيل : لو قال على مائة وديعة دين أو دين وديعة لا تثبت الأمانة مع أنها أقلهما أجيب : بأن أحد اللفظين إذا كان للأمانة والآخر للدين ، فإذا اجتمعا في الإقرار يترجح الدين أي بخلاف اللفظ الواحد المحتمل لمعنيين (قوله بالشركة) قال المقدسي ثم إن كان متميزا فوديعة وإلا فشركة سائحاني ، فكان عليه أن يقول أو بالوديعة (قوله بخلاف الإقرار) فإنه لو كان إقرارا لا يحتاج إلى التسليم (قوله متى أضاف) ينبغي تقييده بما إذا لم يأت بلفظ في كما يعلم مما قبله (قوله المقر به) بضم الميم وفتح القاف وتشديد الراء (قوله كان هبة) لأن قضية الإضافة تنافي جملة على الإقرار الذي هو إخبار لا إنشاء ، فيجعل إنشاء فيكون هبة فيشترط فيه ما يشترط في الهبة منح إذا قال : اشهدوا أنني قد أوصيت لفلان بألف ، وأوصيت أن لفلان في مالي ألفا فالأولى وصية ، والأخرى إقرار : وفي الأصل : إذا قال في وصيته سدس داري لفلان فهو وصية ولو قال : لفلان سدس في داري فإقرار ، لأنه في الأول جعل له سدس دار جميعها مضاف إلى نفسه وإنما يكون ذلك بقصد التملك ، وفي الثاني : جعل دار نفسه ظرفا للسدس الذي كان لفلان وإنما تكون داره ظرفا لذلك السدس إذا كان السدس مملوكا لفلان قبل ذلك فيكون إقرارا . أما لو كان إنشاء لا يكون ظرفا لأن الدار كلها له ، فلا يكون البعض ظرفا للبعض ، وعلى هذا إذا قال له ألف درهم من مالي فهو وصية استجسانا إذا كان في ذكر الوصية وإن قال : في مالي فهو إقرار اه : من النهاية أول كتاب الوصية فقول المصنف فهو هبة أي إن لم يكن في ذكر الوصية ، وفي هذا الأصل خلاف كما ذكره في المنح وسيأتي في مظرفات الهبة عن البرازية وغيرها الدين الذي لي على فلان لفلان إنه إقرار واستشكله الشارح هناك وأوضحه ثمة فراجع (قوله ولا يرد) أي على منطوق الأصل المذكور وقوله ولا الأرض : أي لا يرد على مفهومه وهو أنه إذا لم يقبضه كان إقرارا وقوله للإضافة تقديرا علة لقوله ولا الأرض (قوله ما في بيتي) وكذا ما في منزلي ويدخل فيه الدواب التي يبيعها بالنهار وتأوى إليه بالليل وكذا العبيد كذلك كما في الفاتر الحالية أي فإنه إقرار (قوله لأنها إضافة) أي فإنه أضاف الظرف لا المظروف المقر به (قوله ولا الأرض) لا ورود لها على ما تقدم إذ الإضافة فيها إلى ملكه : ثم نقلها في المنح عن الحالية على أنها تملك : ثم نقل عن المنتقى نظيرتها على أنها إقرار ، وكذا نقل عن القنية ما يفيد ذلك حيث قال : إقرار الأب لولده الصغير بعين من ماله تملك إن أضافه إلى نفسه في الإقرار ، وإن أطلق فإقرار كما في سدس داري وسدس هذه الدار ، ثم نقل عنها ما يخالفه :

ثم قال قلت : بعض هذه الفروع يقتضي التسوية بين الإضافة وعدمها فيفيد أن في المسألة خلافا ومسألة الابن الصغير يصح فيها الهبة بدون القبض : لأن كونه في يده قبض فلا فرق بين الإقرار والتملك بخلاف الأجنبي ولو كان في مسألة الصغير شيء مما يحتمل القسمة ظهر الفرق بين الإقرار والتملك في حقه أيضا لافتقاره إلى القبض مفررا اه :

مفرزا للإضافة تقديرا بدليل قول المصنف : أقر لآخر بعين ولم يصفه لكن من المعام لكثير من الناس أنه ملكه فهل يكون إقرارا أو تملكا ينبغى الثاني فبراعى فيه شرائط التملك فراجعه :
(قال لي عليك ألف فقال أترنه أو أنتقده أو أجليني به أو قضيتك إياه أو أبرأني منه أو تصدقت به على أو وهبته لي أو أحلتك به على زيد) ونحو ذلك (فهو إقرار له بها)

ثم قال : وهنا مسألة كثيرة الوقوع وهي ما إذا أقر لآخر الخ ما ذكره الشارح مختصرا :
وحاصله : أنه اختلف النقل في قوله الأرض التي حدودها كذا لطفلي هل هو إقرار أو هبة ، وأفاد أنه لا فرق بينهما إلا إذا كان فيها شيء مما يحتمل القسمة ، فتظهر ثمرة الاختلاف في وجوب القبض وعدمه ، وكان مراد الشارح الإشارة إلى أن ما ذكره المصنف آخره يفيد التوفيق بأن يحمل قول من قال : إنها تملك علي ما إذا كانت معلومة بين الناس أنها ملكه ، فتكون فيها الإضافة تقديرا وقول من قال : إنها إقرار علي ما إذا لم تكن كذلك فقوله ولا الأرض أي ولا ترد مسألة الأرض التي الخ على الأصل السابق فإنها هبة أي لو كانت معلومة أنها ملكه للإضافة تقديرا لكن لا يحتاج إلى التسليم كما اقتضاه الأصل لأنها في يده وحينئذ يظهر دفع الورد تأمل (قوله مفرزا للإضافة) في بعض النسخ يوجد هنا بين قوله مفرزا وقوله : للإضافة بياض وفي بعضها لفظ اه ، وقد منا قريبا أن قوله للإضافة علة لقوله ولا الأرض (قوله فهل يكون إقرارا) أقول المفهوم من كلامهم أنه إذا أضاف المقر به أو الموهوب إلى نفسه كان هبة وإلا يحتمل الإقرار والهبة ، فيعمل بالقرائن لكن يشكل على الأول ما عن نجم الأئمة البخاري أنه إقرار في الحالتين وربما يوفق بين كلامهم ، بأن الملك إذا كان ظاهرا للملك ، فهو تملك وإلا فهو إقرار إن وجدت قرينة وتمليك إن وجدت قرينة تدل عليه فتأمل : فلنا نجد في الحوادث ما يقتضيه رملي ، وقال السامحاني : أنت خبير بأن أقوال المذهب كثيرة والمشهور هو ما مر من قول الشارح والأصل الخ : وفي المنع عن السعدى : أن إقرار الأب لولده الصغير بعين ماله تملك إن أضاف ذلك إلى نفسه فانظر لقوله بعين ماله ولقوله لولده الصغير فهو يشير إلى عدم اعتبار ما يعهد بل العبرة للفظ اه :

قلت : ويؤيده ما مر من قوله ما في بيتي وما في الخالية جميع ما يعرف بي أو جميع ما ينسب إلى فلان قال الإسكاف إقرار اه فإن ما في بيته وما يعرف به وينسب إليه يكون معلوما لكثير من الناس ، أنه ملكه فإن اليد والنصرف دليل الملك ، وقد صرحوا بأنه إقرار وأقضى به في الحامدية وبه تأيد بحث السامحاني ، ولعله إنما عبر في مسألة الأرض بالهبة لعدم الفرق فيها بين الهبة والإقرار إذا كان ذلك لطفله ولذا ذكرها في المنتقى في جانب غير الطفل مضافة للمقر حيث قال : إذا قال أرضي هذه وذكر حدودها لفلان أو قال الأرض التي حدودها كذا لولدي فلان وهو صغير كان جائزا ويكون تملك فتأمل والله أعلم (قوله فهو إقرار له بها) وكذا لا أفضيها أو والله لا أفضيها ولا أعطيها فإقرار : وفي الخالية لا أعطيها لا يكون إقرارا ولو قال أحل غرماك علي أو بعضهم أو من شئت أو من شئت منهم فإقرار بها مقدسى وفيه قال أعطني الألف التي لي عليك فقال اصبر أو سوف تأخذها لا وقوله أترن (۱) إن شاء الله إقرار وفي البرازية قوله عند دعوى المال ما قبضت منك بغير حق ، لا يكون إقرارا ولو قال بأي سبب دفعته إلي قالوا يكون إقرارا وفيه نظر اه قدمه إلى الحاكم قبل حلول الأجل وطالبه به ، فله أن يحلف ماله على اليوم شيء وهذا الحلف لا يكون إقرارا وقال الفقيه لا يلتفت إلى قول من

(۱) قوله (وقوله أترن الخ) لعل صوابه أترنهما كما هي صيغة البرازية وحينئذ فلا إشكال اه .

لرجوع الضمير إليها في كل ذلك عزمي زاده ، فكان جوابا وهذا إذا لم يكن على سبيل الاستهزاء ، فإن كان وشهد الشهود بذلك لم يلزمه شيء : أما لو ادعى الاستهزاء لم يصدق (وبلا ضمير) مثل أترن الخ وكذا نتحاسب أو ما استقرضت من أحد سواك أو غيرك أو قبلك أو بعدك (لا) يكون إقرارا لعدم انصرافه إلى المذكور فكان كلاما مبتدأ ، والأصل أن كل ما يصلح جوابا لا ابتداء يجعل جوابا وما يصلح للابتداء لا للبناء أو يصلح لها يجعل ابتداء لتلا يازمه المال بالشك اختيار وهذا إذا كان الجواب مستقلا فلو غير مستقل كقوله : نعم كان إقرارا مطلقا حتى لو قال أعطني ثوب عبدي هذا ، أو افتتح لي باب داري هذه أو جصص لي داري هذه أو أسرج دابتي هذه أو أعطني سرجها أو لجامها فقال نعم كان إقرارا منه بالعبد والدار والدابة كافي (قال أليس لي عليك ألف فقال بلى فهو إقرار له بها وإن قال نعم لا) وقيل نعم لأن الإقرار يحمل على العرف لأعلى دقائق العربية كذا في الجوهر والفرق أن بلى جواب الاستفهام المنفي بالإثبات ونعم جوابه بالنفي (والإيماء بالرأس) من الناطق (ليس بإقرار بمال وعتق وطلاق وبيع ونكاح وإجارة وهبة بخلاف إفتاء ونسب وإسلام وكفر) وأمان كافر وإشارة محرم لصيد والشيخ برأسه في رواية الحديث والطلاق في أنت طالق هكذا وأشار بثلاث إشارة الأشباه ويزاد اليمين كحلفه لا يستخدم فلانا أو لا يظهر سره أو لا يدل عليه وأشار حنث عمادية فتحرر بطلان إشارة الناطق إلا في تسع فليحفظ (وإن أقر بدين مؤجل وادعى المقر له حيا) لزمه الدين (حالا) وعند الشافعي رضي الله عنه مؤجلا بيمينه (كإقراره بعبد في يده أنه لرجل وأنه استأجره منه) فلا يصدق في تأجيل وإجارة لأنه دعوى بلا حجة (و) حينئذ (يستجلف المقر له فيما بخلاف ما لو أقر بالدرهم السود فكذبه في صفتها) حيث (يازوه ما أقر به فقط) لأن السود نوع والأجل عارض لثبوته بالشرط والقول للمقر في النوع ٧ وللمنكر في العوارض (كإقرار الكفيل بدين مؤجل) فإن القول له في الأجل لثبوته في كفالة المؤجل بلا شرط (وشراؤه) أمة

جعله إقرارا سائحا وفي العيني عن الكافي زيادة ، ونقله الفتح وذكر في المنع جملة منها فراجعها (قوله لرجوع الضمير إليها) فكأنه قال أترن الألف التي لك علي (قوله على سبيل الاستهزاء) أي بالقرائن (قوله إلى المذكور) أي انصرفا متعينا وإلا فهو محتمل (قوله والأصل أن كل ما يصلح الخ) كالألفاظ المارة وعبارة الكافي بعد هذا كما في المنع فإن ذكر الضمير صلح جوابا لا ابتداء وإن لم يذكره لا يصلح جوابا أو يصلح جوابا وابتداء فلا يكون إقرارا بالشك (قوله جوابا) ومنه ما إذا تقاضاه بمائة درهم فقال قضيتكها أو أبرأتني (قوله لا للبناء) أي على كلام سابق بأن يكون جوابا عنه (قوله وهذا) أي التفصيل بين ذكر الضمير وعدمه كما استفاد مما نقلناه قبل (قوله مطلقا) أي ذكر الضمير كقوله نعم هو علي أو لم يذكره كما مثل (قوله لا يستخدم فلانا) أي فأشار إلى خدمته كذا في الهامش ويأتي في الشرح (قوله إلا في تسع) ينبغي أن يزداد تعديل الشاهد من العالم بالإشارة فإنها تكفي كما قدمناه في الشهادات فقال :

[فرع ذكره في الهامش] ادعى بعض الورثة بعد الاقسام دينا على الميت يقبل ، ولا يكون الاقسام لإبراء عي الدين لأن حقه غير متعلق بالغير ، فلم يكن الرضا بالقسمة إقرارا بعدم التعلق ، بخلاف ما إذا ادعى بعد القسمة عينا من أعيان التركة حيث لا تسمع ، لأن حقه متعلق بعين التركة صورة ومعنى فانتظمت القسمة بانقطاع حقه عن التركة صورة ومعنى ، لأن القسمة تستدعي عدم اختصاصه به برؤية اه (قوله بلا شرط) فالأجل فيها نوع فكانت الكفالة المؤجلة أحد نوعي الكفالة ، فيصدق لأن إقراره بأحد النوعين لا يجعل إقرارا بالنوع الآخر غاية البيان وقد مرت المسألة في الكفالة عند قوله لك مائة درهم إلى شهر (قوله وشراؤه) أمة

(متنقبة إقرار بالملك للبائع كثوب في جراب وكذا الاستيلاء والاستيداع) وقبول الوديعة بحر (والإعارة والاستيلاء والاستيلاء ولو من وكيل) فكل ذلك إقرار بملك ذي اليد فيجمع دعواه لنفسه ولغيره بوكالة أو وصاية للتناقض بخلاف إبرائه عن جميع الدعاوى ثم الدعوى بهما لعدم التناقض ذكره في الدرر قبيل الإقرار وصححه في الجامع خلافاً

متنقبة الخ) وفي النزاع علة لذلك بقوله والضابط أن الشيء إن كان مما يعرف وقت المساومة كالجارية القائمة المتنقبة بين يديه لا يقبل إلا إذا صدقه المدعى عليه في عدم معرفته إياها فيقبل وإن كان مما لا يعرف كثوب في مندبل أو جارية قاعدة على رأسها غطاء لا يرى منها شيء يقبل ولهذا اختلفت أقاويل العلماء اه ويظهر لي أن الثوب في الجراب كهو في المندبل سائحاني (قوله كثوب) أي كسواء ثوب في جراب (قوله وكذا الاستيلاء) انظر جامع الفصولين ، ونور العين في الفصل العاشر وحاشية الفتال :

[فرع ذكره في الهامش] رجل قال لآخر : لي عليك ألف درهم فقال له المدعى عليه : إن حلفت أنها مالك على دفعتها إليك ، فحلف المدعى ، ودفع المدعى عليه الدراهم قالوا : إن أدى الدراهم بحكم الشرط الذي شرط فهو باطل وللدافع أن يسترد منه لأن الشرط باطل خالية (قوله والإعارة) الأولى أن يقال الاستعارة كما في جامع الفصولين في العاشر كذا في الهامش :

[فرع في الهامش : شراه فشهد رجل على ذلك وختم ، فهو ليس بتسليم يريد به أنه إذا شهد بالشراء أي كتب الشهادة في صك الشهادة ، وختم على صك الشهادة ثم ادعاه صح دعواه ، ولم تكن كتابة الشهادة إقراراً بأنه للبائع وهذا لأن الإنسان يبيع مال غيره كمال نفسه والشهادة بالبيع لا تدل على صحته جامع الفصولين في الرابع عشر (قوله ذكره في الدرر) الضمير راجع إلى المذكور مقنا من قوله وكذا الخ سوى الإجارة ، وإلى المذكور شرحاً فجميع ذلك مذكور فيها والضمير في قوله وصححه في الجامع الخ راجع إلى ما في المتن فقط يدل عليه قول المصنف في المنع ، وممن صرح بكونه إقراراً من لا خسرو : وفي النظم الوهباني لعبد البر خلافة : ثم قال : والحاصل أن رواية الجامع أن الاستيلاء والاستيلاء والاستعارة ونحوها إقرار بالملك للمساوم منه ، والمستأجر منه ورواية الزيادات أنه لا يكون ذلك إقراراً بالملكية وهو الصحيح ، كذا في العمادية وحكي فيها اتفاق الروايات على أنه لا ملك للمساوم ، ونحوه فيه وعلى هذا الخلاف ينبغي صحة دعواه ملكاً للمساوم فيه لنفسه (١) أو لغيره اه ، وإنما جزمنا هنا بكونه إقراراً أخذاً برواية الجامع الصغير والله تعالى أعلم اه : قال السائحاني : ويظهر لي أنه إن أبدى عنرا يفتي بما في الزيادات من أن الاستيلاء ونحوه ، لا يكون إقراراً : وفي العمادية وهو الصحيح وفي السراجية أنه الأصح ، قال الأنقروى والأكثر على تصحيح ما في الزيادات وأنه ظاهر الرواية (قوله وصححه في الجامع) أي جامع الفصولين وهذه رواية الجامع للإمام محمد والضمير في صححه لكونه إقراراً بالملك لدى اليد قال في الشربلالية ، كون هذه الأشياء إقراراً بعدم الملك للمباشر متفق عليه وأما كونها إقراراً بالملك لدى اليد ففيه روايتان ، على رواية الجامع يفيد الملك لدى اليد وعلى رواية الزيادات لا ، وهو الصحيح كذا في الصغيرى : وفي جامع الفصولين صحح رواية إفادته الملك فاختلف التصحيح للروايتين ، ويتفق على عدم إفادته ملك المدعى عليه جواز دعوى المقر بها لغيره اه ونقل السائحاني عن الأنقروى أن الأكثر على تصحيح ما في الزيادات ، وأنه ظاهر الرواية اه :

قلت : فيفتى به لترجمه لكونه ظاهر الرواية وإن اختلف التصحيح :

(١) (قوله لنفسه الخ) الصواب إسقاطها إذ لا وجه لصحة الدعوى لنفسه بعد اتفاق الروايات على أنه لا ملك للمساوم ونحوه اه

لتصحيح الوهبانية ووفق شارحها الشرنبلالي بأنه إن قال : بمعنى هذا كان إقرارا وإن قال : أتبيع لي هذا لا يؤيده مسألة كتابته وخطه ، على صك البيع فإنه ليس بإقرار بعدم ملكه (و) له على (مائة ودرهم كلها دراهم) وكذا المكيل والموزون استحسنانا (وفي مائة وثوب ومائة وثوبان يفسر المائة) لأنها مبهمة (وفي مائة وثلاثة أثواب كلها ثياب) خلافا للشافعي رضي الله عنه :

قلنا : الأثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف التفسير إليهما لاستوائهما في الحاجة إليه (والإقرار بدابة في اصطبل تلزمه) الدابة (فقط) والأصل أن ما يصلح ظرفا إن أمكن نقله لزمه وإلا لزم المظروف فقط خلافا لمحمد ، وإن لم يصلح لزم الأول فقط كقوله درهم في درهم . قلت : ومفاده أنه لو قال دابة في خيمة

[تلمة] [الاشتراء (١)] من غير المدعى عليه في كونه إقرارا بأنه لا ملك للمدعى كالاقتراء من المدعى عليه حتى لو برهن يكون دفعا ، قال في جامع الفصولين بعد نقله عن الصغرى أقول : ينبغي أن يكون الاستيداع وكذا الاستيعاب ونحوه كالاقتراء .

[مهمة] قال في البرازية : وما يجب حفظه هنا أن المساومة إقرار بالملك للبائع أو بعدم كونه ملكا ضمننا لا قصدا ، وليس كالإقرار صريحا بأنه ملك البائع والتفاوت يظهر فيما إذا وصل إلى يده يؤمر بالرد إلى البائع في فصل الإقرار الصريح ، ولا يؤمر في فصل المساومة ، وبيانه اشترى متاعا من إنسان وقبضه ، ثم إن أبا المشتري استحقه بالبرهان من المشتري وأخذته ثم مات الأب ، وورثه الابن المشتري لا يؤمر برده إلى البائع ، ويرجع بالثمن على البائع ويكون المتاع في يد المشتري هذا بالإرث ولو أقر عند البيع بأنه ملك البائع ثم استحقه أبوه من يده ثم مات الأب وورثه الابن المشتري لا يرجع على البائع ، لأنه في يده بناء على زعمه بحكم الشراء ، تقرر أن القضاء للمستحق لا يوجب فسخ البيع قبل الرجوع بالثمن اه ذكره في الفصل الأول من كتاب الدعوى ، وفيه فروع جمة كلها مهمة فراجع (قوله لتصحيح الوهبانية) أي في مسألة الاستيلاء (قوله لا) بل يكون استيفاءا وطلب لإشهاد على إقراره بإعادة بيع ملك القائل فيلزمه بعد ذلك شرنبلالية (قوله فإنه ليس بإقرار) أي فما هنا أولى أو مساو : قال في الهامش : وإن رأى المولى عبده يبيع عينا من أعيان المولى ، فسكت لم يكن إذنا وكذا المرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن ، فسكت لم يبطل الرهن . وروى الطحاوي عن أصحابنا المرتهن إذا سكت كان رضا بالبيع ، ويبطل الرهن خانية من كتاب المأذون (قوله والموزون) كقوله مائة وقفيز كذا أو رطل كذا ولو قال له نصف درهم ودينار وثوب ، فعليه نصف كل منها وكذا نصف هذا العبد وهذه الجارية ، لأن الكلام كله وقع بغير عينه أو بعينه ، فينصرف النصف إلى الكل بخلاف ما لو كان بعضه غير معين كنصف هذا الدينار ودرهم يجب الدرهم كله : قال الزيلعي : وعلى تقدير خفض الدرهم مشكل .

وأقول : لا إشكال على لغة الجوار على أن الغالب على الطلبة عدم التزام الأعراب سائحاني أي فضلا عن العوام ، ولكن الأحوط الاستفسار ، فإن الأصل براءة الدمة فلعله قصد الجور تأمل (قوله كلها ثياب) لأنه ذكر عددين مبهمين وأردفهما بالفسير فصرف إليهما لعدم العاطف منح (قوله بحرف العطف) بأن يقول مائة وأثواب ثلاثة كما في مائة وثوب (قوله إن أمكن نثله) كقوله في قوصرة (قوله خلافا لمحمد) فعنده لزمه جميعا لأن غضب غير المنقول مقصور عنده زيلعي (قوله في خيمة) فيه أن الخيمة لا تسمى ظرفا (٢) حقيقة والمعتبر كونه ظرفا

(١) (قوله الاشتراء الخ) لعل صوابه الاقتراء وكذا ما بعده بقريئة عبارة جامع الفصولين اه .

(٢) (قوله فيه أن الخيمة لا تسمى ظرفا الخ) غير مسلم نعم هي لا تسمى ظرفا عرفا وكذا الاصطبل لا تسمى ظرفا في العرف وإن

كان يسمى ظرفا حقيقة والمعتبر إنما هو التسمية الحقيقية كما قال فافهم اه .

لزمه ولو قال ثوب في درهم لزمه الثوب ولم أره فيحرر (وبخاتم) تازمه (حلقته وفصه) جميعا (وبسيف جفته وحائله ونصله وبججلة) بحاء فجيم بيت مزين بستور وسرر (العبدان والكسوة وبتمر في قوصرة أو بطعام في جوائق أو) في (سفينة أو ثوب في مندبل أو) في (ثوب يلزمه الظرف كالمظروف) لما قدمناه (ومن قوصرة) مثلا (لا) تلزمه القوصرة ونحوها (كثوب في عشرة وطعام في بيت) فيلزمه المظروف فقط لما مر إذ العشرة لا تكون ظرفا لواحد عادة (وبخمس في خمسة وعنى) معنى على أو (الضرب خمسة) لما مر وألزمه زفر بخمسة وعشرين (وعشرة إن عنى مع) كما مر في الطلاق

حقيقة كما في المنع (قوله لزمه) لأن الإقرار بالغصب إخبار عن نقله : ونقل المظروف حال كونه مظروفا لا يتصور إلا بنقل الظرف ، فصار إقرارا بغصبها ضرورة ، ورجع في البيان إليه لأنه لم يعين هكذا قرر في غاية البيان وغيرها هنا وفيما بعده وظاهره قصره على الإقرار بالغصب ، ويؤيده ما في الخاتمة له على ثوب أو عبد صح ، وبقضى بقيمة وسط عند أبي يوسف وقال محمد : القول له في القيمة اه وفي البحر والأشباه لا يلزمه شيء اه ولعله قول الإمام : فهذا يدل على أن ما هنا قاصر على الغصب ، وإلا لزمه القيمة أو لم يلزمه شيء ، ثم رأيت في الشرنبلالية عن الجوهرة حيث قال : إن أضاف ما أقر به إلى فعل بأن قال غصبت منه تمرا في قوصرة لزمه التمر والقوصرة والإبل ذكره ابتداء وقال على تمر في قوصرة فعليه التمر دون القوصرة لأن الإقرار قول والقول بتمييزه البعض (۱) دون البعض كما لو قال بعت له زعفرانا في سلة اه والله الحمد : ولعل المراد بقوله فعليه التمر قيمته تأمل (قوله لزمه الثوب) هو ظاهر ويدل عليه ما يأتي متنا وهو ثوب في مندبل أو في ثوب فإن ما هنا أولى وفي غاية البيان ولو قال : غصبتك كذا في كذا والثاني لا يكون وعاء (۲) للأول لزمه ، وفيها ولو قال على درهم في قفيز حنطة لزمه الدرهم فقط ، وإن صلح القفيز ظرفا بيانه ما قاله نحو باهر زاده أنه أقر بدرهم في الذمة ، وما فيها لا يتصور أن يكون مظروفا في شيء آخر اه ويظهر لي أن هذا في الإقرار ابتداء ، أما في الغصب فيلزمه الظرف أيضا كما في غصبتك درهما في كيس ، بناء على ما قدمناه وبقيده التعليل وعلى هذا التفصيل درهم في ثوب تأمل (قوله جفته) بفتح الجيم أى غمده (قوله وحائله) أى علاقته : قال الأصمعي : لا واحد لها من لفظها وإنما واحدا محمل عيني (قوله في قوصرة) بالتشديد وقد تخفف مختار (قوله وطعام في بيت) الأصل في جنس هذه المسائل أن الظرف إن أمكن أن يجعل ظرفا حقيقة ينظر : فإن أمكن نقله لزمه وإن لم يمكن نقله لزمه المظروف خاصة عندهما لأن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في غير المنقول ولو ادعى أنه لم ينقل المظروف لا يصدق ، لأنه أقر بغصب تام إذ هو مطلق ، فيحمل على الكمال : وعند محمد لزمه جميعا لأن غصب المنقول (۳) منصور عنده ، وإن لم يمكن أن يجعل ظرفا حقيقة لم يلزمه إلا الأول كقولهم : درهم في درهم لم يلزمه الثاني لأنه لا يصلح أن يكون ظرفا منح كذا في هامش (قوله لا تكون ظرفا) بخلاف محمد لأنه يجوز أن يلفث الثوب بنفسه في عشرة أبواب منح ، كذا في الهامش (قوله خمسة) لأن أثر الضرب في تكثير الأجزاء لا في تكثير المال درر كذا في الهامش : وفي اللؤلؤية إن عنى بعشرة في عشرة الضرب فقط أو الضرب بمعنى تكثير الأجزاء فعشرة وإن نوى بالضرب تكثير العين لزمه مائة سائحاني (قوله وعشرة إن عنى مع) وفي البيانية على درهم

(۱) قوله (والقول بتمييزه البعض الخ) هكذا في النسخة المجموع منها وانظر ما معناه تأمل اه مصححه .

(۲) قوله والثاني لا يكون وعاء (لعل الأول ما لا يكون تأمل اه .

(۳) قوله لأن غصب المنقول الخ (لعل صوابه زيادة غير تأمل اه .

(ومن درهم إلى عشرة أو ما بين درهم إلى عشر تسعة) لدخول الغاية الأولى ضرورة إذ لا وجود لما فوق الواحد بدوله بخلاف الثانية وما بين الحائطين فلذا قال (و) في له (كر حنطة إلى كرسعير لزماء) جميعا (إلا قفيزا) لأنه الغاية الثانية (ولو قال له على عشرة دراهم إلى عشرة دنائير يلزمه الدراهم وتسعة دنائير) عند أبي حنيفة رضي الله عنه لما مر نهاية (وفي) له (مع داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط له ما بينهما) فقط لما مر (وصح الإقرار بالحمل المحتمل وجوده وقته) أي وقت الإقرار بأن تلد لدون نصف حول لو مزوجة أو لدون حولين لو معتدة لثبوت نسبه (ولو) الحمل (غير آدمي) ويقدر بأدنى مدة يتصور ذلك عند أهل الخبرة زيلعي :

لكن في الجوهرة أقل مدة حمل الشاة أربعة أشهر وأقلها لبقية الدواب ستة أشهر (و) صح (له إن بين) المقر (سببا صالحا) يتصور للمحل (كالإرث والوصية) كقوله مات أبوه فورثه أو أوصى له به فلان يجوز وإلا

مع درهم أو معه درهم لزماء وكذا قبله أو بعده ، وكذا درهم فدرهم أو ودرهم بخلاف درهم على درهم أو قال درهم درهم لأن الثاني تأكيد وله على درهم في قفيز بر لزمه درهم ، وبطل القفيز كعكسه وكذا له فرق زيت في عشرة مخاتيم حنطة ودرهم ثم درهمان لزمه ثلاثة ودرهم بدرهم واحد لأنه للبديهة اه ملخصا :

وفي الحاوي القدسي : له على مائة ونيف لزمه مائة والقول له في النيف ، وفي قريب من ألف عليه أكثر من خمسمائة والقول له في الزيادة وفي الهامش لو قال أردت خمسمائة مع خمسمائة (۱) لزمه عشرة لأن اللفظ يحتمله قال تعالى - فادخلي في عبادي - قيل مع عبادي فإذا احتمله اللفظ ، ولو مجازا ونواه صح لاسيما إذا كان فيه تشديد على نفسه كما عرف في موضعه درر اه (قوله تسعة عند أبي حنيفة) وقال يلزمه عشرة وقال زفر ثمانية وهو القياس ، لأنه جعل الدرهم الأول والآخر حدا والحد لا يدخل في الحدود ، ولها أن الغاية يجب أن تكون موجودة إذ المعدوم لا يجوز أن يكون حدا للموجود ووجوده يوجبته فتدخل الغايتان ، وله أن الغاية لا تدخل ، لأن الحد يغير الحدود لكن هنا لا بد من إدخال الأولى ، لأن الدرهم الثاني والثالث لا يتحقق بدون الأولى فدخلت الآية الأولى ضرورة ولا ضرورة في الثانية درر كذا في الهامش (قوله بخلاف الثانية) أي الغاية الثانية (قوله إلا قفيزا) من شعير وعندهما كران منح كذا في الهامش (قوله لما مر) أي من أن الغاية الثانية لا تدخل لعدم الضرورة :

واعلم أن المراد بالغاية الثانية المتمم للمذكور ، فالغاية في إلى عشرة وفي إلى ألف الفرد الأخير ، وهكذا على ما يظهر لي : قال المقدسي : ذكر الانقاني عن الحسن أنه لو قال من درهم إلى دينار لم يلزمه الدينار . وفي الأشباه على من شاة إلى بقرة لا يلزمه شيء سواء كان بعينه أولا ورأيت معزيا لشرحها : قال أبو يوسف : إذا كان بغير عينه فهما عليه ولو قال ما بين درهم إلى درهم فعليه درهم عند أبي حنيفة ودرهمان عند أبي يوسف سائحاني (قوله لما مر) من أن الغاية الثانية لا تدخل ، وأن الأولى تدخل للضرورة أي ولا ضرورة هنا تأمل وعلل له في البرهان كما في الشرئبلالية بقيامهما بأنفسهما (قوله وصح الإقرار بالحمل) سواء كان حمل أمة أو غيرها بأن يقول حمل أمي أو حمل شاتي لفلان ، وإن لم يبين له سببا لأن لتصحیحها وجهها ، وهو الوصية من غيره كأن أوصى رجل بحمل شاة مثلا لآخر ومات فأقر ابنه بذلك فحمل عليه (قوله المحتمل) أي والمتيقن بالأولى ولعل الأولى أن يقول المتيقن وجوده شرعا (قوله لثبوت نسبه) فيكون حكما بوجوده (قوله لكن في الجوهرة) الاستدراك على ما تضمنته الكلام السابق من الرجوع إلى أهل الخبرة إذ لا يلزم فيما ذكر (قوله وصح له) أي للحمل

(۱) (قوله أردت خمسمائة مع خمسمائة الخ) لعل صوابه خمسة مع خمسة ليناسب قوله لزمه عشرة تأمل اه .

فلا كما يأتي (فإن ولدته حيا لأقل من نصف حول) مذاقر (فله ما أقروا إن ولدت حيين فلهما) نصيبين ولو أحدهما ذكرا والآخر أنثى فكذلك في الوصية بخلاف الميراث (وإن ولدت ميعة) يرد (لوثة) ذلك (الموصى والمورث) لعدم أهلية الجنين (وإن فسره ب) ما لا يتصور كهبة أو (بيع أو إقراض أو إهم الإقرار) ولم يبين سببا (لغا) وحمل محمد الميهم على السبب الصالح ، وبه قالت الثلاثة (و) أما (الإقرار للرضيع) فإنه (صحيح وإن بين) المقر (سببا غير صالح منه حقيقة كالإقراض) أو ثمح مبيع لأن هذا المقر محل لثبوت الدين للصغير في الجملة أشباه ،

(أقر بشيء على أنه بالخيار) ثلاثة أيام (لزمه بلا خيار) لأن الإقرار إخبار ، فلا يقبل الخيار (وإن) وصلية (صدقة المقر له) في الخيار لم يعتبر تصديقه (إلا إذا أقر بعقد) بيع (وقع بالخيار له) فيصح باعتبار العقد إذا صدقه أو برهن فلذا قال (إلا أن يكذبه المقر له) فلا يصح لأنه منكر والقول له (كإقراره بدين بسبب كفالة على أنه بالخيار في مدة ولو) المدة (طويلة) أو قصيرة فإنه يصح إذا صدقه لأن الكفالة عقد أيضا بخلاف ما مر لأنها أفعال لا تقبل الخيار زيلعي (الأمر بكتابة الإقرار إقرارا حكما) (١) فإنه كما يكون باللسان يكون بالبنان فلو قال للصكاك : اكتب خط إقرارى بألف على أو اكتب بيع دارى أو طلاق امرأتى (٢) صح كتب أم لم يكتب وحل للصكاك أن يشهد إلا في حد وقود خانية وقد منا في الشهادات عدم اعتبار مشابهة الخططين

المحتمل وجوده وقت الإقرار ، بأن جاءت به لدون نصف حول أو لسنتين وأبوه ميت إذ لو جاءت به لسنتين وأبوه حي ووطء الأم له حلال فالإقرار بالحمل (٣) لأنه محال بالعلوق إلى أقرب الأوقات فلا يثبت الوجود وقت الإقرار لا حقيقة ولا حكما بيانية وكفاية (قوله بخلاف الميراث) فإنه فيه للذكر مثل حظ الأنثيين (قوله فإنه صحيح) لأن الإقرار لا يتوقف على القبول ، ويثبت الملك للمقر له من غير تصديق لكن بطلانه يتوقف على الإبطال كما في الأنقروى سائحاني والفرق بينه وبين الحمل سيذكره الشارح (قوله في الجملة) أى بأن يعقد مع وليه بخلاف الحمل فإنه لا يبلى عليه أحد (قوله لم يعتبر) ينبغى أن يقول ، فإنه لم يعتبر لأن أن وصلية فلا جواب لها ح (قوله أو قصيرة) الأولى حذفها كما لا يخفى ح (قوله لأنها أفعال) لأن الشيء المقر به قرض أو غصب أو وديعة أو عارية (قوله بكتابة الإقرار) بخلاف أمره بكتابة الإجارة ، وأشهد ولم يحز عنه لا تعتقد أشباه (قوله يكون بالبنان) بالبلاء الموحدة والنون ومقتضى كلامه أن مسألة المئن من قبيل الإقرار بالبنان ، والظاهر أنها من قبيل الإقرار باللسان بدليل قوله كتب أم لم يكتب ، وبدليل ما في المنع عن الخانية حيث قال : وقد يكون الإقرار بالبنان كما يكون باللسان رجل كتب على نفسه ذكر حق بمحضرة قوم أو أملى على إنسان ليكتب ، ثم قال اشهدوا على بهذا فلان كان إقرارا اه فإن ظاهر التركيب أن المسألة الأولى مثال للإقرار بالبنان والثانية للإقرار باللسان فتأمل ح .

[فرع] ادعى المديون أن الدائن كتب على قرطاس بخطه أن الدين الذي لي على فلان بن فلان أبرأته عنه صح

(١) (قول المصنف إقرارا حكما) إنما لم يكن إقرارا حقيقة لأن الأمر إنهاء والإقرار إخبار ، فلا يكونان معدين حقيقة بل

المراد أن الأمر بكتابة الإقرار إذا حصل حصل الإقرار اه ح عن الدرر اه ط .

(٢) (قول الشارح أو طلاق امرأتى الخ) وجدت بهامش من خط بعض المشايخ مانعه اختلفوا فيما لو أمر للزوج بكتابة الصك

بطلاق امرأته فقبل هو إقرار به فيقع ، وقبل هو توكيل فلا يقع ، حتى يكتب وبه يلتق في زماننا وهو الصحيح وقيل : لا يقع وإن كتب

إلا إذا نوى للطلاق كذا في الفتنة اه .

(٣) (قوله فالإقرار بالحمل الخ) هكذا في النسخة المجموع منها ولتأمل اه مصححه .

وسقط الدين ، لأن الكتابة المرسومة المعنونة كالنطق به ، وإن لم يكن كذلك لا يصح الإبراء ولا دعوى الإبراء ، ولا فرق بين أن تكون الكتابة بطلب الدائن أو لا بطلبه بزائية من آخر الرابع عشر من الدعوى ، وفي أحكام الكتابة من الأشباه إذا كتب ولم يقل شيئا لا تحمل الشهادة قال القاضي النسفي : إن كتب مصدرا يعني كتب في صدره أن فلان بن فلان له على كذا أو أما بعد فلفلان على كذا يحمل للشاهد أن يشهد وإن لم يقل أشهد على به ، والعام على خلافه لأن الكتابة قد تكون للتجربة ، ولو كتب وقرأه عند الشهود وإن لم يشهدهم (١) ولو كتب عندهم وقال أشهدوا على بما فيه إن علموا بما فيه كان إقرارا وإلا فلا وذكر القاضي ادعى على آخر مالا وأخرج خطأ وقال : إنه خط المدعى عليه بهذا المال فالمراد كونه خطه ، فاستكتب وكان بين الخطين مشابهة ظاهرة تدل على أنهما خط كاتب واحد ، لا يحكم عليه بالمال في الصحيح ، لأنه لا يزيد على أن يقول هذا خطي ، والآخرته لكن ليس على هذا المال وثمة لا يجب كذا هنا إلا في دفتر السمسار والبيع والصراف اه وقدما شيئا من الكلام عليها في باب كتاب القاضي وفي أثناء كتاب الشهادات ومثله في البرازية :

وقال السامحاني وفي المقدسي عن الظهيرية لو قال : وجدت في كتابي أن له على ألفا أو وجدت في ذكري أو في حسابي أو بخطي أو قال كتبت بيدي أن له على كذا كله باطل ، وجماعة من أئمة بلخ قالوا في دفتر البيع إن ما وجد فيه بخط البياع فهو لازم عليه ، لأنه لا يكتب إلا ما على الناس له وما للناس عليه صيانة عن النسيان ، والبناء على العادة الظاهرة واجب اه :

فقد استفدنا من هذا أن قول أئمتنا لا يعمل بالخط يجري على عمومه واستثناء دفتر السمسار والبيع لا يظهر بل الأولى أن يعزى إلى جماعة من أئمة بلخ ، وأن يقيد بكونه فيما عليه ، ومن هنا يعلم أن رد الطرسومي العمل به مؤيد بالذهب فليس إلى غيره نذهب ، وانظر ما قدمناه في باب كتاب القاضي إلى القاضي (قوله أحد الورثة) وإن صدقوا جميعا لكن على التفاوت كرجل مات عن ثلاثة بنين وثلاثة آلاف فاقسموها وأخذ كل واحد ألفا ، فادعى رجل على أبيهم ثلاثة آلاف فصدقه الأكبر في الكل والأوسط في الألفين والأصغر في الألف أخذ من الأكبر ألفا (٢) ومن الأوسط خمسة أسداس الألف ، ومن الأصغر ثلث ألف عند أبي يوسف وقال محمد في الأصغر والأكبر كذلك والأوسط يأخذ الألف ووجه كل في الكافي :

[تنبيه] لو قال المدعى عليه عند القاضي كل ما يوجد في تذكرة المدعى بخطه فقد التزمته ليس بإقرار ،

(١) (قوله ولو كتب وقرأ عند الشهود وإن لم يشهدهم) هكذا في النسخة المجموع منها بدون ذكر جواب لو وليحذر اه ،

(٢) (قوله أخذ من الأكبر ألفا الخ) وجه مقاله أبو يوسف أن الكل اتفقوا على الألف فيؤخذ من يد كل واحد منهم تلك حينئذ يكون قد وصل إليه كل ما أقر به الأصغر ثم اتفق الأوسط والأكبر على ألف آخر فيؤخذ من كل واحد منهما نصفه فيبقى في يد الأوسط سلس الألف فهو له إذ قد وصل إليه كل ما أقر به ذلك الأوسط وبقي في يد الأكبر سدس الألف فيأخذ الدائن لأنه مقر أن الدين مستغرق للتركة ولا إرث له. ووجه قول محمد أن الأصغر يزعم أن المدعى يدعي ثلاثة آلاف ألفا بحق والألفين بغير حق فإذا أخذ من الأكبر ألفا فقد أخذ ثلث الألف بحق والألفين بدون الألفين يزعم أن الدعوى حق في الألفين وكذب في ألف فيكون قد أخذ من الأكبر ثلثي الألف بحق وثلثه بدونه فعل زعم الأصغر يكون قد بقى من دعوى المدعى الحق ثلثا ألف وحل زعم الأوسط ألف وثلث فقد اتفقا على ألف الذي هو زعم الأصغر فيؤخذ من كل واحد نصف ما اتفقا عليه وهو ثلث الألف فيبقى للدائن من إقرار الأوسط ثلثا ألف وذلك في يده فيدفعه إليه فلم يبق في يده شيء اه من كافي للنسفي ببعض تغييره .

أقر بالدين) المدعى به على مورثه وجحده الباكون (يلزمه) الدين (كله) يعني إن وفي ماورثه به برهان وشرح مجمع (وقيل حصته) واختاره أبو الليث دفعا للضرر، ولو شهد هذا المقر مع آخر أن الدين كان على الميت قبلت وبهذا علم أنه لا يحمل الدين في نصيبه

لأنه قيده بشرط لا يلائمه فإنه ثبت عن أصحابنا رحمهم الله أن من قال: كل ما أقر به على فلان فأنا مقر به فلا يكون إقرارا لأنه يشبه وعدا كذا في المحيط شربلاية :

في رجل كان يستدين من زيد ويدفع له ثم تحاسبا على مبلغ دين ازيد بدمه الرجل، وأقر الرجل بأن ذلك آخر كل قبض وحساب، ثم بعد أيام يريد نقض ذلك وإعادة الحساب فهل ليس له ذلك الجواب؟ نعم لقول الدرر لا عنر لمن أقر سائحاني :

وفيها في شريكي تجارة حسب لها جماعة الدفاتر فتراضيا وانفصل المجلس وقد ظنا صواب الجماعة في الحساب، ثم تبين الخطأ في الحساب لدى جماعة أخرى، فهل يرجع للصواب؟ الجواب: نعم لقول الأشباه لأعبرة بالظن البين خطؤه :

في شريكي عنان تحاسبا ثم افترقا بلا إبراء أو بقيا على الشركة ثم تذكر أحدهما أنه كان أوصل لشريكة أشياء من الشركة غير ما تحاسبا عليه فأنكر الآخر ولا بينة، فطلب المدعى يمينه على ذلك فهل له ذلك لأن اليمين على من أنكر الجواب نعم اه (قوله أقر بالدين) سيأتي في الوصايا قبيل باب العتق في المرض (قوله وقيل حصته) عبر عنه بقيل لأن الأول ظاهر الرواية كما في فتاوى المصنف، وسيجيء أيضا وهذا بخلاف الوصية لما في جامع الفصولين: أحد الورثة لو أقر بالوصية يؤخذ منه ما ينحصره وفاقا، وفي مجموعة مناعلي عن العمادية في الفصل التاسع والثلاثين أحد الورثة إذا أقر بالوصية يؤخذ منه ما ينحصره بالاتفاق، وإذا مات وترك ثلاثة بنين وثلاثة آلاف درهم، فأخذ كل ابن ألفا فادعى رجل أن الميت أوصى له بثلث ماله وصدقه أحد الابنين (١) فالقياس أن يؤخذ منه ثلاثة أخماس ما في يده، وهو قول زفر: وفي الاستحسان يؤخذ منه ثلث ما في يده، وهو قول علمائنا رحمهم الله. لنا أن المقر أقر بألف شائع في الكل ثلث ذلك في يده وثلاثه في يد شريكه، فما كان إقرارا فيما في يده يقبل، وما كان إقرارا في يد غيره لا يقبل فوجب أن يسلم إليه أي إلى الموصي له ثلث ما في يده اه (قوله ولو شهد هذا المقر مع آخر) وفي جامع الفصولين ح: ينبغي للقاضي أن يسأل المدعى عليه هل مات مورثك فإن قال: نعم يسأله عن دعوى المال، فلو أقر وكذبه بقية الورثة ولم يقض بإقراره حتى شهد هذا المقر وأجنبي معه يقبل ويقضى على الجميع وشهادته بعد الحكم عليه بإقراره لا تقبل، ولو لم يقم البينة أقر الوارث أو نكل ففي ظاهر الرواية يؤخذ كل الدين من حصته المقر لأنه مقر بأن الدين مقدم على إرثه وقال ث: هو القياس ولكن المختار عندي أن يلزمه ما ينحصره، وهو قول الشعبي والحسن البصري ومالك وسفيان وابن أبي ليلى وغيرهم ممن تابعهم: وهذا القول أحدل وأبعد من الضرر به، ولو برهن لا يؤخذ منه إلا ما ينحصره وفاقا انتهى؛ بقي ما لو برهننا على أحد الورثة بدينه بعد قسمة التركة: فهل للدائن أخذه كله من حصته الحاضر قال المصنف في فتاواه: واختلفوا فيه، فقال بعضهم؟ نعم: فإذا حضر الغائب يرجع عليه: وقال بعضهم لا يأخذ منه إلا ما ينحصره اه ملخصا :

وفي جامع الفصولين أيضا: وكذا لو برهن الطالب على هذا المقر تسمع البينة عليه كما في وكيل قبض العين

(١) قوله (أحد الابنين) مكررا بالأصل المجموع منه ولعله أحد البنين والحرر اه مصححه .

بمجرد إقراره بل بقضاء القاضي عليه بإقراره فلتحفظ هذه الزيادة درر :
 (أشهد على ألف في مجلس وأشهد رجلين آخرين في مجلس آخر) بلا بيان السبب (لزوم) الممالان (ألفان)
 كما اختلف السبب بخلاف ما لو اتحد السبب أو الشهود أو أشهد على صك واحد أو أقر عند الشهود ثم عند القاضي
 أو بعكسه ابن مالك والأصل أن المعرف أو المنكر إذا أعيد معرفاً كان الثاني عين الأول أو منكره فغيره ولو نسي
 الشهود أي موطن أو موطنين فهما مالان ما لم يعلم اتحاده وقيل واحد وتماه في الخاتمة :
 (أقر)

لو أقر من عنده العين أنه وكيل بقضائها لا يكفي إقراره ، ويكلف الوكيل إقامة البينة على إثبات الوكالة حتى يكون
 له قبض ذلك فكذا هنا اه (قوله بمجرد إقراره) ولو كان الدين يحل في نصيبه بمجرد الإقرار ما قبلت شهادته لما
 فيه من دفع المغرّم عنه باقاني ودرر كذا في الهامش (قوله أشهد على ألف الخ) لقل المصنف في المنع عن الخاتمة
 روايتين عن الإمام ليس ما في المتن واحدة منهما إحداهما أن يلزمه الممالان إن أشهد في المجلس الثاني عين الشاهدين
 الأولين ، وإن أشهد غيرهما كان المال واحداً وأحراهما أنه إن أشهد على كل إقرار شاهدين يلزمه الممالان جميعاً
 سواء أشهد على إقراره الثاني الأولين أو غيرهما اه فلزوم الممالين إن أشهد في مجلس آخر آخرين ليس واحداً مما ذكر
 ونقل في الدرر عن الإمام الأولى وأبدل الثانية بما ذكره المصنف متابعة له واعترضه في العزيمة بما ذكرنا وأنه
 ابتداء قول ثالث غير مسند إلى أحد ولا مسطور في الكتب (قوله في مجلس آخر) بخلاف ما لو أشهد أولاً واحداً
 وثانياً آخر في موطن أو موطنين فالمال واحد اتفاقاً وكذا لو أشهد على الأول واحداً وعلى الثاني أكثر في مجلس
 آخر فالمال واحد عندهما وكذا عنده على الظاهر منح (قوله لزوم ألفان) واعلم أن تكرار الإقرار لا يخلو إما أن
 يكون مقيداً بسبب أو مطلقاً. والأول على وجهين : إما بسبب متحد ، فيلزم مال واحد ، وإن اختلف المجلس أو
 بسبب مختلف فالان مطلقاً ، وإن كان مطلقاً فيما بصك أولاً والأول على وجهين : إما بصك واحد فالمال واحد
 مطلقاً ، أو بصكين فالان مطلقاً ، وأما الثاني فإن كان الإقرار في موطن واحد يلزم مالان عنده وواحد عندهما ،
 وإن كان في موطنين ، فإن أشهد على الثاني شهود الأول فال واحد عنده إلا أن يقول المطلوب هما مالان وإن
 أشهد غيرهما فالان وفي موضع آخر عنه على عكس ذلك ، وهو إن اتحد المشهود فالان عنده ، وإلا فواحد عندهما .
 وأما عنده فاختلف المشايخ منهم من قال القياس على قوله مالان وفي الاستحسان مال واحد وإليه ذهب السرخسي
 ومنهم من قال على قول السرخسي مالان وعلى قول الطحاوي واحد وإليه ذهب شيخ الإسلام اه ملخصاً من
 التارخانية وكل ذلك مفهوم من الشرح ، وبه ظهر أن ما في المتن رواية منقولة وأن اعتراض العزيمة على الدرر
 مردود حيث جعله قولاً مبتدعاً غير مسطور في الكتب مستنداً إلى أنه في الخاتمة حكى في المسألة روايتين الأولى لزوم
 مالين إن اتحد الشهود ، وإلا فال الثانية لزوم مالين إن أشهد على كل إقرار شاهدين اتحداً أولاً وقد أوضح المسألة
 في الولوجية فراجعها (قوله كما لو اختلف السبب) ولو في مجلس واحد في البرازية جعل الصفة كالسبب حيث
 قال : إن أقر بألف بيض ثم بألف سود فالان ولو ادعى المقر له اختلاف السبب ، وزعم المقر اتحاده أو الصك
 أو الوصف فالقول للمقر ولو اتحد السبب والمال الثاني أكثر يجب الممالان ، وعندهما يلزم الأكثر سائحاني (قوله
 اتحد السبب) بأن قال له على ألف ثمن هذا العبد ثم أقر بعده كذلك في المجلس أو في غيره منح (قوله أو الشهود)
 هذا ما ذهب إليه السرخسي كما علمته مما مر (قوله ثم عند القاضي) وكذا لو كان كل عند القاضي في مجلس ط (قوله
 والأصل أن المعرف) كالإقرار بسبب متحد (قوله أو المنكر) كالسببين وكالمطلق عن السبب (قوله ولو نسي
 الشهود) في صورة تعدد الإشهاد (قوله وتماه في الخاتمة) ونقلها في المنع (قوله أقر) أي بدين أو غيره كما

ثم ادعى (المقر) أنه كاذب في الإقرار يحلف المقر له أن المقر لم يكن كاذبا في إقراره (عند الثاني وبه يفتى درر (وكذا) الحكم يجري (لو ادعى وارث المقر) فيحلف (وإن كانت الدعوى على ورثة المقر له فاليمين عليهم) بالعلم أنا لا نعلم أنه كان كاذبا صدر الشريعة :

في آخر الكنز (قوله ثم ادعى) ذكر المسألة في الكنز في شتى الفرائض (قوله وبه يفتى) وهو المختار بزاية وظاهره أن المقر إذا ادعى الإقرار كاذبا يحلف المقر له ، أو وارثه على المفتي به من قول أبي يوسف مطلقا ، سواء كان مضطرا إلى الكذب في الإقرار أولا . قال شيخنا : وليس كذلك لما سيأتي في مسائل شتى قبيل كتاب الصلح عند قول المصنف أقر بمال في صدك وأشهد عليه به ثم ادعى أن بعض هذا المال المقر به قرض وبعضه ربا الخ حيث نقل الشارح عن شرح الوهبالية للشرنبلالي ما يدل على أنه إنما يفتى بقول أبي يوسف : من أنه يحلف له أن المقر ما أقر كاذبا في صورة يوجد فيها اضطراب المقر إلى الكذب في الإقرار كالصورة التي تقدمت ونحوها ، كذا في حاشية مسكين للشيخ محمد أبي السعود المصري ، وفيه أنه لا يتعين الحمل على هذا لأن العبارة هناك في هذا ونحوه فقوله ونحوه يحتمل أن يكون المراد به كل ما كان من قبيل الرجوع بعد الإقرار مطلقا ، ويدل عليه ما بعده من قوله وبه جزم المصنف فراجع (قوله فيحلف) أي المقر له وقال بعضهم : إنه لا يحلف بزاية والأصح التحليف حامدية عن صدر الشريعة . وفي جامع الفصولين : أقر فمات فقال ورثته إنه أقر كاذبا فلم يجز إقراره والمقر له عالم به ليس لهم تحليفه إذ وقت الإقرار لم يتعلق حقهم بمال المقر فصح الإقرار وحيث تعاق حقهم (١) صار حقا للمقر له ص :

أقر ومات فقال ورثته إنه أقر تلجئة حلف المقر له بالله لقد أقر لك إقرارا صحيحا ط .

وارث ادعى أن مورثه أقر تلجئة قال بعضهم : له تحليف المقر له ولو ادعى أنه أقر كاذبا لا يقبل قال في نور العين يقول الحقير : كان ينبغي أن يتخذ حكم المسألتين ظاهرا إذ الإقرار كاذبا موجود في التلجئة أيضا ، ولعل وجه الفرق هو أن التلجئة أن يظهر أحد شخصين أو كلاهما في العلن خلاف ما تواضعا عليه في السر ففي دعوى التلجئة يدعى الوارث على المقر له فعلا له وهو تواضعه مع المقر في السر ، فلذا يحلف بخلاف دعوى الإقرار كاذبا كما لا يخفى على من أوتي فهما صافيا اه من أواخر الفصل الخامس عشر .

ثم اعلم أن دعوى الإقرار كاذبا إنما تسمع إذا لم يكن (٢) إبراء عاما فلو كان لا تسمع لكن للعلامة ابن نجيم رسالة : في امرأة أقرت في صحتها بنتها فلانة بمباغ معين ثم وقع بينهما تبارؤ عام ثم ماتت فادعى الوصي أنها كاذبة ، فأفتى بسماع دعواه وتحليف البنت ، وعدم صحة الحكم قبل التحليف لأنه حكم بخلاف المفتي به وأن الإبراء هنا لا يمنع ، لأن الوصي يدعى عدم لزوم شيء بخلاف ما إذا دفع المقر المال المقر به إلى المقر له فإنه ليس له تحليف المقر له لأنه يدعى استرجاع المال والبراءة مانعة من ذلك أما في الأولى فإنه لم يدع استرجاع شيء وإنما يدفع عن نفسه فافترقا ، والله أعلم :

(١) (قوله وحيث تعلق حقهم الخ) في العبارة تحريف وأصلها وحيث تعلق حقهم لم يتعلق بما صار حقا للمقر له أي وقت تعلق

حقهم لم يكن المقر له حق فيما تعلق به حقهم لما أف حقه تعلق بشيء قبل موت مورثهم لا ينزل استحقاقهم عليه اه .

(٢) (قوله إذا لم يكن الخ) أي الإقرار إبراء عاما ، قال شيخنا فعل هذا لو قال لاحق لي عليك ثم ادعى الكذب في هذه المقالة

لا تسمع دعواه وهو غير ظاهر للوجه اه .

باب الاستثناء وما في معناه

في كونه مغيراً كالشرط ونحوه

(هو) عندنا (تكلم بالباقي بعد الثنيا باعتبار الحاصل من مجموع التركيب ونفي وإثبات باعتبار الأجزاء) فالقائل له على عشرة إلا ثلاثة له عبارتان مطوّلة وهي ما ذكرناه ومختصرة وهي أن يقول ابتداء له على سبعة وهذا معنى قولهم تكلم بالباقي بعد الثنيا أي بعد الاستثناء (وشرط فيه الاتصال) بالمستثنى منه (إلا لضرورة كنفس أو معال أو أخذ فم) به يفتى (والنداء بينهما لا يضر) لأنه للتنبيه والتأكيد (كقوله لك على ألف درهم يا فلان إلا عشرة بخلاف لك على ألف فاشهدوا إلا كذا ونحوه) مما يعد فاصلاً لأن الإشهاد يكون بعد تمام الإقرار فلم يصح الاستثناء (فن استثنى بعض ما أقر به صح) استثناءه ولو الأكثر عند الأكثر (ولزمه الباقي) ولو مما لا يقسم كهذا العبد لفلان إلا ثلثه أو ثلثيه صح على المذهب (و) الاستثناء (المستغرق باطل ولو فيما يقبل الرجوع كوصية) لأن استثناء الكل ليس برجوع بل هو استثناء فاسد هو الصحيح جوهره وهذا (إن كان) الاستثناء (ب) مبن (لفظ الصدر أو مساويه) كما يأتي (وإن بغيرهما كعبیدی أحرار إلا هؤلاء أو إلا سالما وغانما وراشدا) ومثله نسائي طوالت إلا هؤلاء أو إلا زينب وعمرة وهند (وهم الكل صح) الاستثناء وكذا ثلث مالي لزبد إلا ألفا والثلث ألف صح فلا يستحق شيئاً إذ الشرط لإبهاً البقاء لاحقيقته حتى لو طلقها ستاً إلا أربعة صح ووقع ثنتان (كما صح استثناء الكيلبي والوزني والمعدود الذي لا تفاوت أحاده كالفانوس والجوز من الدراهم والدنانير ويكون المستثنى القيمة) استحساناً لثبوتها في الذمة فكانت كالثمنين (وإن استغرقت) القيمة (جميع ما أقر به) لاستغراقه بغير المساوي (بخلاف) له على (دينار إلا مائة درهم لاستغراقه بالمساوي) فيبطل لأنه استثنى الكل بجزء

باب الاستثناء وما في معناه

(قوله تكلم بالباقي) أي معنى لاصورة درر (قوله بعد الثنيا) بضم فسكون وفي آخره ألف مقصورة اسم من الاستثناء سائحاتي (قوله لأنه للتنبيه) أي تنبيه المخاطب، وتأكيد الخطاب ، لأن المنادى هو المخاطب ومفاده لو كان المنادى غير المقر له يضر ونقل عن الجوهرة ولم أره فيها لكن قال في غاية البيان ولو قال لفلان على ألف درهم يا فلان إلا عشرة كان جائزاً لأنه أخرجه مخرج الإخبار لشخص خاص ، وهذا صيغته فلا يعد فاصلاً أه تأمل وفي الولوالجية لأن النداء لتنبيه المخاطب وهو محتاج إليه لتأكيد الخطاب والإقرار فصار من الإقرار أه (قوله ولو الأكثر) أي أكثر من النصف كذا في الهامش (قوله لفظ الصدر) كعبیدی أحرار إلا عبیدی (قوله مساويه) كقوله إلا مما يسكي (قوله وإن بغيرهما) بأن يكون أخص منه في المفهوم لكن في الوجوب يساويه (قوله إبهاً البقاء) أي بحسب صورة اللفظ لأن الاستثناء تصرف لفظي ، فلا يضر إهمال المعنى (قوله ووقع ثنتان) وإن كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لأن الطلاق لا يزيد على الثلاث ومع هذا لا يجعل كأنه قال أنت طالق ثلاثاً إلا أربعة فكان اعتبار اللفظ أولى عنابة (قوله كما صح) فصله عما قبله لأنه بيان للاستثناء من خلاف الجنس ، فإن مقدر من مقدر صح عندهما استحساناً ، وتطرح قيمة المستثنى مما أقر به وفي القياس لا يصح وهو قول محمد وزفر وإن غير مقدر من مقدر لا يصح عندنا قياساً واستحساناً خلافاً للشافعي في نحو مائة درهم إلا ثوباً غاية البيان ، لكن حيث لم يصح هنا الاستثناء يجبر على البيان ، ولا يمتنع به صحة الإقرار لما تقر أن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء ذكره في الشربلالية عن قاضي زاده (قوله لثبوتها) أي هذه المذكورات (قوله فكانت كالثمنين) لأنها بأوصافها أثمان حتى لو عينت نعلق العقد

لكن في الجوهرة وغيرها على مائة درهم إلا عشرة دنانير وقيمتها مائة أو أكثر لا يلزمه شيء فيحرق (وإذا استثنى عددان بينهما حرف الشك كان الأقل مخرجا نحو له على ألف درهم إلا مائة) درهم (أو خمسين) درهما فيلزمه تسعمائة وخمسون على الأصح بحر (وإذا كان المستثنى مجهولا ثبت الأكثر نحو له على مائة درهم إلا شيئا أو) إلا (قليلًا أو) إلا (بعضًا لزمه أحد وخمسون) لوقوع الشك في المخرج فيحكم بمخرج الأقل (ولو وصل لإقراره بأن شاء الله تعالى) أو فلان أو علقه بشرط على خطر لا بكائن كإن مت فإنه ينجز (١)

بعينها ولو وصفت ولم تنعين صار حكمها كحكم الدينار كفاية (قوله لكن في الجوهرة) ومثله في الينابيع ، ونقله قاضي زاده على الذخيرة كما في الشرنبلالية وفيها قال الشيخ على عشر دراهم إلا دينارًا وقيمتها أكثر أو لا كبرر كذلك إن مشينا على أن استثناء الكل بغير لفظه صحيح ينبغي أن يبطل الإقرار لكن ذكر في البرازية ما يدل على خلافه قال على دينار إلا مائة درهم بطل الاستثناء لأنه أكثر من الصدر ما في هذا الكيس من الدراهم لفلان إلا ألفًا ينظر إن فيه أكثر من ألف ، فالزيادة للمقر له والألف للمقر وإن ألف أو أقل فكلها للمقر له لعدم صحة الاستثناء :

قلت : ووجهه ظاهر بالتأمل اه :

قلت : فكان ينبغي للمصنف أن يمشى على ما في الجوهرة حيث قال فيما قبله وإن استغرقت تأمل (قوله فيحرق) الظاهر أن في المسألة روايتين مبنيتين على أن الدراهم والدنانير جنس واحد أو جنسان ح (قوله مخرجا) بالبناء للمفعول (قوله فيلزمه تسعمائة البع) لأنه ذكر كلمة الشك في الاستثناء فيثبت أقلهما وهذه رواية أبي سليمان وفي رواية أبي حنيفة يلزمه تسعمائة قالوا : والأول أصح كما كي ، وصحح قاضيخان في شرح الزيادات الثاني ، وهو الموافق لتواعد المذهب كما في الرمز حوى وكتب السائحاني على الأول هذا ظاهر على مذهب الشافعي من أنه خروج بعد دخول ، وأما على مذهبننا من أن التركيب مفاده مفرد ، فكأنه قال له تسعمائة أو تسعمائة وخمسون فنوجب التسعمائة ، لأنها أقل حتى إنهم قالوا ثمرة الخلاف تظهر في مثل هذا التركيب ، فعندنا يلزمه الأقل لأنه لما كان تكلمًا بالباقي بعد الثبوت شككنا في المتكلم به والأصل فراغ الدم وعند الشافعي لما دخل الألف صار الشك في المخرج فيخرج الأقل زيلعي وصححه قاضيخان اه وتعبيرهم بقولهم قالوا والأول أصح يفيد التبري تأمل (قوله في المخرج) بالبناء للمفعول (قوله بمخرج الأقل) وهو ما دون النصف ، لأن استثناء الشيء استثناء الأقل عرفًا فأوجبنا النصف وزيادة درهم لأن أدنى ما تتحقق به القلة النقص عن النصف بدرهم (قوله أو فلان) ولو شاء لا تازمه ولو الجية (قوله على خطر) كإن حلفت فلك ما ادعيت به ، فلو حلف لا يلزمه ولو دفع بناء على أنه يلزمه فله استرداده كما في البحر في فصل صلح الورثة ، وقيد في البحر التعليق على خطر بأن لم يتضمن دعوى الأجل قال : وإن تضمن كإذ جاء رأس الشهر فلك على كذا لزمه للحال ، ويستحاف المقر له في الأجل اه ، تأمل وفي البحر أيضا : ومن التعليق المبطل له ألف إلا أن يبدو لي غير ذلك أو أرى غيره أو فيما أعلم وكذا شهدوا أن له على كذا فيما أعلم (قوله فإنه ينجز) أي في تعليقه بكائن لأنه ليس تعليقا حقيقة بل مراده به أن

(١) (قول الشارح ينجز) تبع فيه المصنف وهو تبع صاحب البحر . قال الحموي نقلا عن الشارح : ولو قال : شهدوا أن له على ألف إن مت فهو عليه مات أو عاش وليس هذا تعاقبا لأن موقه كائن لا محالة ، ومراده أن يشهدهم كثيرا ذمته ويشهدوا بموت موك إن جحد الورثة فرجه إلى تأكيد الإقرار اه ومنه يعلم أن قوله في البحر وإن بشرط كائن فنجز كمل ألف درهم إن مت لزمه قبل الموت منظور فيه . وانقال أن يقول إن قوله إن مت في عبارة الشارح يجعل رجوعه إلى الإقرار لال الشهادة ويجاب بأن تصرف المتكلم به

(بطل إقراره) بقى لو ادعى المشيئة هل يصدق؟ لم أره وقد مننا في الطلاق أن المعتمد لا فليكن الإقرار كذلك لتعلق حق العبد قاله المصنف (وصح استثناء البيت من الدار لاستثناء البناء) منهم الدخوله تبعاً فكان وصف لا يجوز (وإن قال بناؤها لي وعرضتها لك فكما قال) لأن العرصه هي البقعة لا البناء حتى لو قال: وأرضها لك كان له البناء أيضاً الدخوله تبعاً إلا إذا قال بناؤها الزيد والأرض لعمره فكما قال (و) استثناء (فص الخاتم ونخلة البستان وطوق الجارية

يشهدهم لتبراً ذمته بعد موته إن جحد الورثة فهو عليه مات أو عاش ليكفي قدم في متفرقات البيع أنه يكون وصية (قوله بطل إقراره) على قول أبي يوسف أن التعليق بالمشيئة إبطال . وقال محمد : تعليق بشرط لا يوقف عليه والثمرة تظهر فيما إذا قدم المشيئة فقال إن شاء الله أنت طالق عند أبي يوسف لا يقع لأنه إبطال . وقال محمد يقع لأنه تعليق فإذا قدم الشرط ، ولم يذكر الجزاء لم يتعاق وبقى الطلاق من غير شرط كفاية ولو جرى على لساله إن شاء الله من غير قصد وكان قصده إيقاع الطلاق لا يقع لأن الاستثناء موجود حقيقة والكلام معه لا يكون إيقاعاً عيني (قوله لو ادعى المشيئة) أى ادعى أنه قال إن شاء الله تعالى ح (قوله قاله المصنف) قال الرملى في حواشيه : أقول : الفقه يقتضى أنه إذا ثبت إقراره بالبينة لا يصدق إلا ببينة ، أما إذا قال ابتداء أقررت له بكذا مستثنياً في إقراره يقبل قوله بلا بينة كأنه قال له عندي كذا إن شاء الله تعالى بخلاف الأول لأنه يريد إبطاله بعد تفرره تأمل اه (قوله لدخوله تبعاً) ولهذا لو استحق البناء في البيع قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابله بل يتخير المشتري بخلاف البيت تسقط حصته من الثمن (قوله وإن قال بناؤها الخ) قال في الذخيرة : واعلم أن هذه خمس مسائل وتخرجها على أصليين . الأول : أن الدعوى قبل الإقرار لا تمنع صحة الإقرار بعده والدعوى بعد الإقرار في بعض ما دخل تحت الإقرار لا تصح : والثاني : أن إقرار الإنسان حجة على نفسه لا غيره إذا عرفت هذا فنقول إذا قال بناؤها لي وأرضها لفلان إنما كان لفلان لأنه أولاً ادعى البناء وثانياً أقر به لفلان تبعاً للأرض ، والإقرار بعد الدعوى صحيح ، وإذا قال أرضها لي وبناؤها لفلان فكما قال ، لأنه أولاً ادعى البناء لنفسه تبعاً ، وثانياً أقر به لفلان والإقرار بعد الدعوى صحيح ويؤمر المقر له بنقل البناء من أرضه أو إذا قال أرضها لفلان وبناؤها لي فهما لفلان ، لأنه أولاً أقر له بالبناء تبعاً وثانياً ادعاه لنفسه والدعوى بعد الإقرار في بعض ما تناوله الإقرار لا تصح ، وإذا قال أرضها لفلان وبناؤها لفلان آخر فهما للمقر له الأول ، لأنه أولاً أقر بالبناء له تبعاً للأرض ، وبقوله وبناؤها لفلان آخر يصير مقراً على الأول والإقرار على الغير لا يصح ، وإذا قال بناؤها لفلان وأرضها لفلان آخر فكما قال لأنه أولاً أقر بالبناء للأول وثانياً صار مقراً على الأول بالبناء للثاني فلا يصح كفاية ملخصها (قوله فكما قال) وكذا لو قال بياض هذه الأرض لفلان وبناؤها لي (قوله هي البقعة) فقصر الحكم عليها يمنع دخول الوصف تبعاً (قوله فص الخاتم) انظر ما في الحامدية عن الذخيرة (قوله ونخلة البستان) إلا أن يستثنيها بأصولها لأن أصولها دخلت في الإقرار قصداً لا تبعاً: وفي الخانية بعد ذكر الفص والنخلة وحلية السيف قال : لا يصح الاستثناء وإن كان موصولاً إلا أن يقيم المدعى البينة على ما ادعاه لكن في الذخيرة لو أقر بأرض أودار لرجل دخل البناء والأشجار حتى لو أقام المقر بينة بعد ذلك على أن البناء والأشجار له لم تقبل بينته اه : إلا أن يحمل على كونه مفصولاً لا موصولاً كما أشار لذلك في الخانية ما نحاني (قوله وطوق الجارية)

— يمان من الميث وذلك أى صونه بجملة شرطاً للشهادة، فلو قال المقر : أردت تعليق الإقرار ورضى بإلغاء كلامه قلنا تعلق حق المقر له بمنع ذلك كما في الرمز اه مختصراً .

قلت : بقى لو كان الكلام من أول الأمر بصورة صاحب الحجر أى بدون ذكر الشهادة والظاهر لزوم حالاً كما قال لتعلق حق المقر له ولا يجعل وصية وقد استفيد هذا من قوله فلو قال المقر أردت الخ اه ط .

كالبناء) فيما مر (وإن قال) مكلف (له على ألف من ثمن عبد ما قبضته) الجملة صفة عبد وقوله (موصولا) بإقراره حال منها ذكره في الحاوي فليحفظ (وعينه) أي عين العبد وهو في يد المقر له (فإن سلمه إلى المقر لزمه الألف وإلا لا) عملا بالصفة (وإن لم يعين) العبد (لزمه) الألف (مطلقا) وصل أم فصل وقوله ما قبضته لغو لأنه رجوع (كقوله من ثمن خمر أو خنزير أو مال قمار أو حر أو ميتة أو دم) فيلزمه مطلقا (وإن وصل) لأنه رجوع (إلا إذا صدقه أو أقام بيته) فلا يلزمه (ولو قال له على ألف درهم حرام أو ربا فهي لازمة مطلقا) وصل أم فصل لاحتمال حله عند غيره (ولو قال زورا أو باطلا لزمه إن كذبه المقر له وإلا بأن صدقه (لا) يلزمه (والإقرار بالبيع تلجئة) هي أن يلجئك أن تأتي أمرا باطنه على خلاف ظاهره فإنه (على هذا التفصيل) إن كذبه لزم البيع وإلا لا (ولو قال له على ألف درهم زيوف) ولم يذكر السبب (فهى كما قال على الأصح) بحر (ولو قال له على ألف) من ثمن متاع أو قرض وهي زيوف مثلا لم يصدق مطلقا لأنه رجوع ولو قال (من غصب أو ودبعة إلا أنها زيوف أو نهرجة صدق مطلقا) وصل أم فصل (وإن قال ستوقه أو رصاص فإن وصل صدق وإن فصل لا) لأنها دراهم مجازا (وصدق) يمينه (في غصبته) أو أودعني (ثوبا إذا جاء بمعيب) ولا بيته (و) صدق (في له على ألف) ولو من ثمن متاع مثلا (إلا أنه ينقص كذا) أي الدراهم وزن خمسة لأوزن سبعة (متصلا وإن فصل) بلا ضرورة (لا) يصدق لصحة استثناء القدر لا الوصف كالزيادة (ولو قال) لآخر (أخذت منك ألفا ودبعة فهلكت في يدي بلا تعدد وقال الآخر بل) أخذتها مني (غصبا ضمن) المقر لإقراره بالأخذ وهو سبب الضمان (وفي) قوله أنت (أعطيتني ودبعة وقال الآخر) بل (غصبته) مني (لا) يضمن بل القول له لإنكاره الضمان (وفي هذا كان ودبعة) أو قرضالي (عندك فأخذته) منك

استشكل بأنهم نصوا أنه لا يدخل معها تبعا إلا المعتاد للمهنة لا غيره كالطوق إلا أن يحمل على أنه لا قيمة له كثيرة .

أقول : ذاك في البيع لأنها وما عليها للبائع أما هنا لما أقر بها ظهر أنها للمقر له والظاهر منه أن ما عليها للمالكها فينبعها ولو جليلا تأمل (قوله فيما مر) أي من أنه لا يصح (قوله له على ألف) قيد به لأنه لو قال ابتداء: اشتريت منه مبيعا إلا أني لم أقبضه قبل قوله كما قبل قول البائع بعته هذا ولم أقبض الثمن والمبيع في يد البائع لأنه منكر قبض المبيع أو الثمن والقول للمنكر ، بخلاف ما هنا لأن قوله ما قبضته بعد قوله له على كذا رجوع فلا يصح أفاده الرمي (قوله حال منها) أي من الجملة (قوله فإن سلمه) لعلهم أرادوا بالتسليم هنا الإحضار أو ينخص هذا من قولم يلزم المشتري تسليم الثمن أولا لأنه ليس يبيع صريح مقدني أبو السعود ملخصا (قوله إن كذبه) في كونه زورا أو باطلا (قوله إن كذبه لزم البيع وإلا لا) وفي البدائع كما لا يجوز بيع التلجئة لا يجوز الإقرار بالتلجئة بأن يقول لآخر إني أقر لك في العارية بمال وتواضعا على فساد الإقرار لا يصح إقراره حتى لا يملك المقر له سائحاني (قوله صدق مطلقا) لأن الغاصب ينصب ما يصادف والمودع يودع ما عنده فلا يقتضى السلامة ومما يكثر وقوعه ما في التارخالية أعرتنى هذه الدابة فقال لا ولكنك غصبتها فإن لم يكن المستعير ركبها فلا ضمان ، وإلا ضمن وكذا دفعتها إلى عارية أو أعطيتها عارية وقال أبو حنيفة : إن قال أخذتها منك عارية ووجد الآخر ضمن وإذا قال : أخذت هذا الثوب منك عارية فقال أخذته مني بيعا فالقول للمقر ما لم يلبسه لأنه منكر فإن ليس ضمن أعرتنى هذا فقال : لا بل أجرتك لم يضمن إن هلك بخلاف قوله غصبته لكن يضمن إن كان استغصاه (قوله أي الدراهم) مثله في الشر بلابلية لكن في العيني قوله : إلا أنه ينقص كذا أي مائة درهم وهذا ظاهر فقال

(فقال) المقر له (بل هو لي أخذه المقر له) لوقائما وإلا فقيمته لإقراره باليد له ثم بالأخذ منه وهو سبب الضمان (وصدق معي قال آجرت) فلانا (فرسي) هذه (أو ثوبى هذا فركبه أو لبسه) أو أعرته ثوبى أو أسكنته بيتى (ورده أو حاط) فلان (ثوبى هذا بكذا فقبضته) منه وقال فلان : بل ذلك لي (فالتقول للمقر) استحسانا لأن اليد في الإجارة ضرورية بخلاف الوديعة (هذا الألف وديعة فلان لا بل وديعة فلان فالألف للأول وعلى المقر) ألف (مثله للثاني بخلاف هي لفلان لا بل لفلان) بلا ذكر إيداع (حيث لا يجب عليه للثاني شيء) لأنه لم يقر بإيداعه وهذا (إن كانت معينة وإن كانت غير معينة لزمه أيضا كقوله غصبت فلانا مائة درهم ومائة دينار وكرت حنطة لا بل فلانا لزمه لكل واحد منهما كله وإن كانت بعينها فهي للأول وعليه للثاني مثلها ولو كان المقر له واحدا يلزمه أكثرهما قدرا وأفضلهما وصفا) نحو له ألف درهم لا بل ألفان أو ألف درهم جياذ لا بل زيوف أو عكسه (ولو قال الدين الذي لي على فلان) لفلان (أو الوديعة عند فلان هي لفلان فهو إقرار له وحق القبض للمقر) لكن (لو سلم إلى المقر له برى) خلاصة لكنه مخالف لما مر أنه إن أضاف لنفسه كان هبة فيلزم التسليم ولذا قال في الحاوى القدسي : ولو لم يسلطه على القبض فإن قال : واسمى في كتاب الدين عارية صح وإن لم يقله لم يصح قال المصنف

(قوله وإلا فقيمته) فيه أن فرض المسألة في المشار إليه إلا أن يقال كان موجودا حين الإشارة ثم استهلكه المقر تأمل فقال (قوله هذا الألف وديعة فلان الخ) وسيأتى قبيل الصلح ما لو قال : أوصى أبى بثلاث ماله لفلان بل لفلان (قوله لأنه لم يقر بإيداعه) أى فلم يكن مقرا بسبب الضمان بخلاف الأولى ، فإنه حيث أقر بأنه وديعة لفلان آخر يكون ضامنا حيث أقر بها للأول لصحة إقراره بها للأول ، فكانت ملك الأول ولا يمكنه تسليمها للثاني بخلاف ما إذا باع الوديعة ولم يسلمها للمشتري لا يكون ضامنا بمجرد البيع ؛ حيث يمكنه دفعها أربها هذا ما ظهر فتأمل :

[فرع] أقر بمالين واستثنى كله على ألف درهم ومائة دينار إلا درهما ، فإن كان المقر له في المالين واحدا يصرف إلى المال الثاني ، وإن لم يكن من جنسه قياسا وإلى الأول استحسانا لو من جنسه ، وإن كان المقر له رجلين يصرف إلى الثاني مطلقا مثل لفلان على ألف درهم ولفلان آخر على مائة دينار إلا درهما هذا كله قولهما وعلى قول محمد إن كان لرجل يصرف إلى جنسه وإن لرجلين لا يصح الاستثناء أصلا تثارخانية عن المحيط (قوله أكثرهما قدرا) أى لو جنسا واحدا فلو جنسين كألف درهم لا بل ألف دينار لزمه الألفان ط ملاحظا (قوله ولو قال الدين الخ) عبارة الحاوى القدسي قال : الدين الذي لي على فلان لفلان ولم يسلطه على القبض اه : بلا ذكر لفظة لو تحرير كذا في الهامش (قوله لما مر) أوائل كتاب الاقرار (قوله فيلزم التسليم) أى فلا تصح هبة من غير من عليه الدين إلا إذا سلطه على قبضه (قوله ولو لم يسلطه الخ) لو هنا شرطية لا وصلية (قوله واسمى الخ) حاصله إن سلطه على قبضه أو لم يسلطه ، ولكن قال اسمى فيه عارية يصح كما في فتاوى المصنف وعلى الأول يكون هبة ، وعلى الثاني إقرارا وتكون إضافته إلى نفسه إضافة نسبة لا ملك كما ذكره الشارح فيما مر وإنما اشترط قوله واسمى عارية ، ليكون قرينة على إرادة إضافة النسبة وعليه يحمل كلام المن ، ويكون إطلاقا في محل التقييد فلا إشكال حينئذ في جعله إقرارا ولا يخالف الأصل المار للقرينة الظاهرة ، وفي شرح الوهبانية امرأة قالت الصداق الذي لي على زوجي ملك فلان بن فلان لا حق لي فيه وصدقها المقر له ، ثم أبرأت زوجها قبل يبرا وقيل لا والبراءة أظهر لما أشار إليه المرغيناني من عدم صحة الاقرار فيكون الابراء ملاقيا لمحلله اه فإن هنا الإضافة للملك ظاهرة ، لأن صداقها لا يكون لغيرها فكان إقرارها له هبة بلا تسليط على القبض ، وأعاد

وهو المذكور في عامة المعبرات خلافا للخلاصة فتأمل عند الفتوى :

باب إقرار المريض

يعني مرض الموت وحده مر في طلاق المريض وسبجىء في الوصايا (إقراره بدين لأجنبي نافذ من كل ماله)
بأثر عمر ولو بعين فكذلك إلا إذا علم تملكه لها في مرضه فيتقيد بالثلث ذكر المصنف

الشارح المسألة في متفرقات الهبة واستشاكلها وقد علمت زوال الإشكال بعون الملك المتعال فاغتنمه (قوله وهو المذكور) أى قوله وإن لم يقله لم يصح :

باب إقرار المريض

(قوله وحده) مبتدأ وقوله مر الخ خبر في الهندية المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائجه خارج البيت وهو الأصح اه وفي الإسماعيلية من به بعض مرض يشتكى منه وفي كثير من الأوقات يخرج إلى السوق ويقضى مصالحه لا يكون مريضا مرض الموت وتعتبر تبرعته من كل ماله وإذا باع لوارثه أو وهبه لا يتوقف على إجازة باقي الورثة (قوله نافذ) لكن يحلف الغريم كما مر قبيل باب التحكيم ومثله في قضاء الأشباه: قال في الأصل إذا أقر الرجل في مرضه بدين لغير وارث فإنه يجوز ، وإن أحاط ذلك بماله ، وإن أقر لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة اه . وهكذا في عامة الكتب المعبرة من مختصرات الجامع الكبير وغيرها . لكن في الفصول العادية أن إقرار المريض للوارث لا يجوز حكاية ولا ابتداء ، وإقراره للأجنبي يجوز حكاية مع جميع المال وابتداء من ثلث المال اه :

قلت : وهو مخالف لما أطلقه المشايخ فيحتاج إلى التوفيق وينبغي أن يوفق بينهما بأن يقال المراد بالابتداء ما يكون صورته صورة إقرار ، وهو في الحقيقة ابتداء تملك بأن يعلم بوجه من الوجوه أن ذلك الذي أقر به ملك له ، وإنما قصد إخراجه في صورة الإقرار حتى لا يكون في ذلك منع ظاهر على المقر كما يقع أن الإنسان يريد أن يتصدق على فقير فيقرضه بين الناس ، وإذا خلا به وهبه منه أو لثلاث يمسده على ذلك من الورثة فيحصل منهم ابتداء في الجملة بوجه ما وأما الحكاية فهي على حقيقة الإقرار ، وبهذا الفرق أجاب بعض علماء عهدنا المحققين وهو العلامة على المقدسى كما في حاشية الفصولين للرملي :

أقول : ومما يشهد لصحة ما ذكرنا من الفرق ما صرح به صاحب القنية : أقر الصحيح بعد في يد أبيه لفلان ثم مات الأب والابن مريض ، فإنه يعتبر خروج العبد من ثلث المال لأن إقراره متزدد بين أن يموت الابن أولا فيبطل ، وبين أن يموت الأب أولا فيصح فصار كالإقرار المبتدأ في المرض قال أستاذنا : فهذا كالتنصيب على أن المريض إذا أقر بعين في يده للأجنبي فلأنما يصح إقراره من جميع المال إذا لم يكن تملكه إياه في حال مرضه معلوما حتى أمكن جعل تملكه إظهارا فأما إذا علم تملكه في حال مرضه لإقراره به لا يصح إلا من ثلث المال قال رحمه الله :
ولأنه حسن من حيث المعنى اه :

قلت : وإنما قيد حسنه بكونه من حيث المعنى ، لأنه من حيث الرواية مخالف لما أطلقوه في مختصرات الجامع الكبير فكان إقرار المريض لغير وارثه صحيحا مطلقا وإن أحاط بماله ، والله سبحانه أعلم معين المفتى وأقله شيخ مشايخنا من لاعلى ثم قال بعد كلام طويل : فالذي نحرر لنا من المتون والشروح أن إقرار المريض لأجنبي صحيح ، وإن أحاط بجميع ماله وشمل الدين والعين والمتون لا تمشي غالبا إلا على ظاهر الرواية وفي البحر من باب قضاء

في معينه فليحفظ (وأخر الإرث عنه ودين الصحة) مطلقا (وما لزمه في مرضه بسبب معروف) بيينة أو بمعاينة قاضٍ (قدم على ما أقر به في مرض موته ولو) المقر به (ووديعة) وعند الشافعي الكحل سواء (والسبب المعروف) ما ليس بتبرع (كسكاح مشاهد) إن بمهر المثل أما الزيادة فباطلة وإن جاز السكاح عناية (وبيع مشاهد وإتلاف كذلك) أي مشاهد (و) المريض (ليس له أن يقضى دين بعض الغرماء دون بعض ولو) كان ذلك (إعطاء مهر وإيفاء أجرة) فلا يسلم لها (إلا) في مسألتين (إذا قضى ما استقرض في مرضه أو نفذ ثمن ما اشترى فيه) لو بمثل القيمة كما في البرهان (وقد علم ذلك) أي ثبت كل منهما (بالبرهان) لا بإقراره للتممة (بخلاف) إعطاء المهر ونحوه (ما إذا لم يؤذ حتى مات فإن البائع أسوة للغرماء) في الثمن (إذا لم تكن العين) المبيعة (في يده) أي يد البائع فإن كانت كان أولى (وإذا أقر) المريض (بدين ثم) أقر (بدين تحاصبا وصل أو فصل) للاستواء ولو أقر بدين ثم بوديعة تحاصبا وبعبكسه الوديعة أولى (وإبرأؤه مديونه وهو مديونه غير جائز)

الفوائد متى اختلف الترجيح رجح إطلاق المتون اه . وقد علمت أن التفصيل مخالف لما أطلقه وأن حسنه من حيث المعنى لا الرواية اه وقد علمت أن ما نقله الشارح عن المصنف لم يرتضه المصنف إلا إذا علم تملكه لها أي بقاء ملكه لها في زمن مرضه (قوله في معينه) وهو معين المقتى للمصنف (قوله ودين الصحة) مبتدأ خبره جملة قدم (قوله فباطلة) أي إن لم تجزها الورثة لكونها وصية لزوجته الوارثة (قوله والمريض) بخلاف الصحيح كما في حبس العناية (قوله ليس له) أي للمريض ومفاده أن تخصيص الصحيح صحيح كما في حبر النهاية شرح الملتقى (قوله بعض الغرماء) ولو غرماء صحة (قوله إعطاء مهر) بهمز إعطاء ونصبه وإضافته إلى مهر (قوله فلا يسلم لها) بفتح الياء واللام وإسكان السين المهملة أي بل يشاركهما غرماء الصحة ، لأن ما حصل له من السكاح وسكنى الدار لا يصلح لتعلق حقهم فكان تخصيصهما إبطالا لحق الغرماء بخلاف ما بعده من المسألتين لأنه حصل في يده مثل ما نقد وحق الغرماء تعلق بمعنى التركة لا بالصورة فإذا حصل له مثله لا يعد تفويتا كفاية (قوله أي ثبت كل منهما) أي مع القرض والشراء (قوله وإذا أقر الخ) ولو الوارث عليه دين فأقر بقبضه لم يجز سواء وجب الدين في صحته أولا على المريض دين أولا قطنط أقرت بقبض مهرها ، فلو ماتت وهي زوجته أو معتدته لم يجز إقرارها وإلا بأن طلقها قبل دخوله جازع فصولين وقع عت مريض قال في مرض موته : ليس لي في الدنيا شيء ثم مات فلبعض الورثة أن يخلفوا زوجته وبنته على أنهما لا يعلمان شيئا من تركة المتوفى بطريقة أسنع وكذا لو قال ليس لي في الدنيا شيء سوى هذا حاوى الزاهدى ، فرمز وقع للقاضي عبد الجبار وعت لعلا تاجرى وأسنع للأسرار لنجم الدين . إبراء الزوجة زوجها في مرض موتها الذى ماتت فيه موقوف على إجازة بقية الورثة فتاوى الشلبي حامدية كذا في الهامش (قوله الوديعة أولى) لأنه حين أقر بها علم أنها ليست من تركته ثم إقراره بالدين لا يكون شاغلا لما لم يكن من جملة تركته بزازية (قوله وإبرأؤه مديونه وهو مديون) قيد به احترازا عن غير المديون فإن إبراءه الأجنبي نافذ من الثلث كما في الجوهره سائحاني :

[فائدة] أقر في مرضه بشيء فقال كنت قلته في الصحة كان بمنزلة الإقرار في المرض من غير إسناد إلى زمن الصحة أشباه ، وفي البزازية عن المنتقى أقر فيه أنه باع عبده من فلان وقبض الثمن في صحته وصدقه المشتري فيه صدق في البيع لا في قبض الثمن إلا من الثلث اه ونقله في نور العين عن الخلاصة ، ونقل قبله عن الخالية : أقر أنه أبرأ فلانا في صحته مع دينه لم يجز إذ لا يملك إنشاءه للحال ، فكذا الحكاية بخلاف إقراره بقبض إذ يملك إنشاءه فيملك الإقرار به ثم قال فلعل في المسألة روايتين أو أحدهما سهو ، والظاهر أن ما في الخالية أصح وقال

أى لا يجوز (إن كان أجنبيا وإن) كان (وارثا فلا) يجوز (مطلقا) سواء كان المريض مديونا أولا للثمة وحيلة صحته أن يقول لاحق لي عليه كما أفاده بقوله (وقوله لم يكن لي على هذا المطلوب شيء) يشمل الوارث وغيره (صحيح قضاء لا ديانة) فترفع به مطالبة الدنيا لمطالبة الآخرة حاوى إلا المهر فلا يصح على الصحيح بزانية أى لظهور أنه عليه غالبا بخلاف إقرار البنت في مرضها بأن الشيء الفلاني ملك أبى أو أمى لاحق لي فيه أو أنه كان عندى عارية فإنه يصح ولا نسمع دعوى زوجها فيه كما بسطه في الأشباه قائلا فاغتنم هذا التحرير فإنه من مفردات كتابى

أيضا قوله إذ لا يملك إيشاءه للحال مخالف لما فيها أيضا أنه يجوز إبراء الأجنبي إلا أن يخص عدم القدرة على الإنشاء بكون فلان وارثا أو بكون الوارث كفيلا لفلان الأجنبي ففي إطلاقه نظر اه .

قلت : أو يكون المقر مديونا كما أفاده المصنف (قوله أجنبيا) إلا أن يكون الوارث كفيلا عنه فلا يجوز إذ يبرأ الكفيل ببراءة الأصل جامع الفصولين ، ولو أقر الأجنبي باستيفائه دينه منه صدق كما بسطه في الولوالجية (قوله فلا يجوز) سواء كان من دين له عليه أصالة أو كفالة وكذا إقراره بقبضه واحتياله به على غيره فصولين وفي الهامش أقر مريض مرض الموت أنه لا يستحق عند زوجته هند حقا وأبرا ذمتها من كل حق شرعى ومات عنها وورثه غيرها وله تحت يدها أعيان وله بذمتها دين والورثة لم يجزوا الإقرار لا يكون الإقرار صحيحا حامدية (قوله يشمل الوارث) صرح به في جامع الفصولين حيث قال : مريض له على وارثه دين فأبراه لم يجز ، ولو قال لم يكن لي عليك شيء ، ثم مات جاز إقراره قضاء لا ديانة اه . وينبغي لو ادعى الوارث الآخر أو المقر كاذب في إقراره أن يحلف المقر له بأنه لم يكن كاذبا بناء على قول أبى يوسف المفتى به كما مر قبيل باب الاستثناء وفي البزازية : ادعى عليه ديونا ومالا ودبعة ، فصالح الطالب على يسير سرا وأقر الطالب في العلانية أنه لم يكن له على المدعى عليه شيء ، وكان ذلك في مرض المدعى ، ثم مات فبرهن الوارث أنه كان لمورثى عليه أموال كثيرة وإنما قصد حرماننا لا نسمع ، وإن كان المدعى عليه وارث المدعى وجرى ما ذكرنا فبرهن بقية الورثة على أن أبانا قصد حرماننا بهذا الإقرار تسمع اه . وينبغي أن يكون في مسألتنا كذلك لكن فرق في الأشباه بكونه متهما في هذا الإقرار لتقدم الدعوى عليه والصالح معه على يسير والكلام عند عدم قرينة على التهمة اه .

قلت : وكثيرا ما يقصد المقر حرمان بقية الورثة في زماننا وتدل عليه قرائن الأحوال القريبة من الصريح ، فعلى هذا تسمع دعواهم بأنه كان كاذبا وتقبل بينتهم على قيام الحق على المقر له ولهذا قال السامحاني : ما في المتن إقرار وإبراء وكلاهما لا يصح للوارث كما في المتن والشروح فلا يعول عليه لئلا يصير حيلة لإسقاط الإرث الجبرى اه والله أعلم (قوله صحيح قضاء) ومر في الفروع قبيل باب الدعوى (قوله كما بسطه في الأشباه) أقول : قد خالفه علماء عصره وأفتوا بعدم الصحة منهم ابن عبد المال والمقدسى ، وأخو المصنف والحائونى والرولى وكتب الحموى في الرد على ما قاله نقلا عن تقدم كتابة حسنة فلتراجع .

أقول : وحاصل ما ذكره الرولى : أن قوله لم يكن عليه شيء مطابق لما هو الأصل من خلو ذمته عن دينه ، فليس إقرارا بل كاعترافه بعين في يد زيد بأنها أزيد فانتفت التهمة ، ومثله ليس له على والده شيء من تركة أمه وليس لي على زوجى مهر على المرجوح ، بخلاف ما هنا فإن إقرارها بما في يدها إقرار بملكها للوارث بلا شك لأن أقصى ما يستدل به على الملك البد ، فكيف يصح وكيف تنفى التهمة والنقول مصرحة بأن الإقرار بالعين التى في يد المقر كالإقرار بالدين ، وإذا لم يصح في المهر على الصحيح ، مع أن الأصل براءة الذمة فكيف يصح

(وإن أقر المريض لوارثه) بمفرده أو مع أجنبي بعين أو دين (بطل) خلافاً للشافعي رضي الله تعالى عنه : ولنا حديث لا وصية لوارث ولا إقرار له بدين ، (إلا أن يصدقه) بقية (الورثة) فلو لم يكن وارث آخر أو أوصى لزوجته أو هي له صحت الوصية وأما غيرها فبرث الكل فرضاً ورداً فلا يحتاج لوصية شرئبلالية وفي شرحه للوهبانية أقر بوقف ولا وارث له فلو على جهة عامة صح بتصديق السلطان أو لائبه وكذا لو وقف خلافاً لما زعمه الطرسوسي فليحفظ (ولو) كان ذلك إقراراً (بقبض دينه أو غصبه أو رهنه) ونحو ذلك (عليه) أى على وارثه أو عبد وارثه أو مكاتبه لا يصح

فما فيه الملك مشاهد باليد : نعم لو كانت الأمتعة بيد الأب فلا كلام في الصحة وفي حاشية الباري الصواب أن ذلك إقرار للوارث بالعين بصيغة النفي ، وما استند له المصنف في الدين لا العين وهو وصف في الذمة وإنما يصير مالا بقبضه (قوله أو مع أجنبي) قال في نور العين أقر لوارثه ولأجنبي بدين مشترك بطل إقراره عندهما تصادقا في الشركة أو تكاذبا وقال محمد للأجنبي بحضته لو أنكر الأجنبي الشركة وبالعكس لم يذكره محمد ويجوز أن يقال إله على الاختلاف والصحيح أنه لم يجز على قول محمد كما هو قولهما (قوله إلا أن يصدقه) أى بعد موته ولا عبرة لإجازتهم قبله كما في خزانة المفتين وإن أشار صاحب الهداية لضده ، وأجاب به ابنه نظام الدين وحافده عماد الدين ذكره القهستاني شرح الملتقى وفي التعمية إذا صدق الورثة إقرار المريض لوارثه في حياته لا يحتاج لتصديقهم بعد وفاته وعزاه لحاشية مسكين . قال : فلم تجعل الإجازة كالتصديق ، ولعله لأنهم أقروا له ، وقدم الشارح في باب الفضولي وكذا وقف ببيع لوارثه على إجازتهم اهـ في الخلاصة نفس البيع من الوارث لا يصح إلا بإجازة الورثة يعني في مرض الموت وهو الصحيح ، وعندهما يجوز لكن إن كان فيه غبن أو محاباة بخير المشتري بين الرد أو تكميل القيمة سائحاني (قوله أو أوصى) في بعض النسخ وأوصى بدون ألف (قوله لزوجته) يعني ولم يكن له وارث آخر وكذا في عكسه كما في الشرئبلالية قاله شيخ والدي مدني (قوله صحت) ومثله في حاشية الرمي على الأشباه فراجعها (قوله وأما غيرها) أى غير الزوجين وفي الهامش أقر رجل في مرضه بأرض في يده أنها وقف إن أقر بوقف من قبل نفسه كان من الثلث ، كما لو أقر المريض بعتق عبده أو أقر أنه تصدق به على فلان وهي المسألة الأولى قال وإن أقر بوقف من جهة غيره وإن صدقه ذلك الغير أو ورثته جاز في الكل وإن أقر بوقف ولم يبين أنه منه أو من غيره فهو من الثلث ابن الشحنة كذا في الهامش (قوله صح الخ) هذا مشكل فليراجع (قوله لما زعمه الطرسوسي) أى من أنه يكون من الثلث مع تصديق السلطان اهـ كذا في الهامش (قوله ولو كان ذلك) أى الإقرار ولو وصلية (قوله بقبض دينه) قال في الخانية لا يصح إقرار مريض مات فيه بقبض دينه من وارثه ، ولا من كفيل وارثه إلى آخر ما يأتي في القرب من ذلك عن نور العين ، وقيد بدين الوارث احترازا عن إقراره باستيفاء دين الأجنبي .

والأصل فيه أن الدين لو كان وجب له على أجنبي في صحته جاز إقراره باستيفائه ولو عليه دين معروف سواء وجب ما أقر بقبضه بدلا عما هو مال كئمن أولا كبذل صلح دم العمد والمهر ونحوه واو دينا وجب في مرضه وعليه دين معروف أو دين وجب بمعاينة الشهود ، فلو ما أقر بقبضه بدلا عما هو مال لم يجز إقراره أى في حق غرماء الصحة كما نقله السائحاني عن البدائع ، ولو بدلا عما ليس بمال جاز إقراره بقبضه ولو عليه دين معروف جامع الفصولين وفيه لو باع في مرضه شيئا بأكثر من قيمته فأقر بقبضه لم يصدق وقيل للمشتري أد ثمنه مرة أخرى أو انقض البيع عند أبي يوسف وعند محمد يؤدي قدر قيمته أو نقض البيع (قوله أو غصبه) أى بقبض ما غصبه منه (قوله ونحو ذلك) كأن يقر أنه قبض المبيع فاسدا منه أو أنه رجع فيها وهبه له مريضا حموى ط :

لوقوعه لمولاه ولو فعاه ثم برى ثم ملت جاز كل ذلك لعدم مرض الموت اختيار ولو مات المقر له ثم المريض وورثة المقر له من ورثة المريض جاز إقراره كإقراره للأجنبي بحر وسيجيء عن التصريفية (بخلاف إقراره) له أى لوارثه (بوديعة مستهلكة) فإنه جائز .

وصورته أن يقول : كانت عندي وديعة لهذا الوارث فاستهلكتها جوهره .

والحاصل : أن الإقرار للوارث موقوف إلا في ثلاث مذكورة في الأشباه منها إقراره بالأمانات كلها

[فرع] أقر بدين لوارثه أو لغيره ثم برى فهو كدين صحته ولو أوصى لوارثه ثم برى بطات وصيته

جامع الفصولين :

[تنمة] في التارخالية عن واقعات الناطقي أشهدت المرأة شهودا على نفسها لابنها أو لأخيها تريد بذلك إضرار

الزوج أو أشهد الرجل شهودا على نفسه بمال لبعض الأولاد يريد به إضرار باقي الأولاد ، والشهود يعلمون ذلك

وسعهم أن لا يؤدوا الشهادة إلى آخر ما ذكره العلامة البيهقي . وينبغي على قياس ذلك أن يقال إن كان للقاضي

علم بذلك لا يسمع الحكم كذا في حاشية أبي السعود على الأشباه والنظائر (قوله ولو فعله) أى الإقرار بهذه الأشياء

للوارث (قوله من ورثة المريض) كما إذا أقر لابن ابنه ثم مات ابن الابن عن أبيه (قوله وسيجيء) أى قريبا

(قوله بوديعة) الأصوب باستهلاك الوديعة أى المعروفة بالبينة (قوله مستهلكة) أى وهى معروفة (قوله وصورته)

قد أوضح المسألة في الولوالجية ولم يبين بهذه الصورة أن الوديعة معروفة كما صرح به في الأشباه وفي جامع الفصولين

راقا صورتها أودع أباه ألف درهم في مرض الأب أو صحته عند الشهود فلما حضره الموت أقر بإهلاكه صدق

إذا لو سكت ومات ولا يدري ما صنع كان في ماله فإذا أقر بإتلافه فأولى اه .

والحاصل أن مدار الإقرار هنا على استهلاك الوديعة المعروفة لاعليها (قوله والحاصل) فيه مخالفة للأشباه

ونصها وأما مجرد الإقرار للوارث فهو موقوف على الاجازة سواء كان بعين أو دين أو قبض منه أو أبراه لاني ثلاث

لو أقر بإتلاف وديعته المعروفة أو أقر بقبض ما كان عنده وديعة أو بقبض ما قبضه الوارث بالوكالة من مديونه

كذا في تلخيص الجامع وينبغي أن يلحق بالثانية إقراره بالأمانات كلها وأموال الشركة أو العارية والمعنى في الكل

أله ليس فيه إثارة البعض فاغتم هذا التحرير فإنه من مفردات هذا الكتاب اه ط (قوله إقراره بالأمانات)

أى بقبض الأمانات التي عند وارثه لا بأن هذه العين لوارثه ، فإنه لا يصح كما صرح به الشارح قريبا وصرح به

في الأشباه وهذا مراد صاحب الأشباه بقوله : وينبغي أن يلحق بالثانية إقراره بالأمانات كلها فتنبه لهذا فإننا رأينا

من يخطئ فيه ويقول : إن إقراره لوارثه بها جائز مطلقا مع أن النقول مصرحة بأن إقراره له بالعين كالدين كما

قدمناه عن الرملي ومن هذا يظهر لك ما في بقية كلام الشارح ، وهو متابع فيه للأشباه مخالفا للنقول وخالفه فيه

العلماء الفحول كما قدمناه :

وفي الفتاوى الإسماعيلية : سئل فيمن أقر في مرضه أن لاحق له في الأسباب والأمثلة المعلومة مع بنته

المعلومة ، وأنها تستحق ذلك دونه من وجه شرعى ، فهل إذا كانت الأعيان المرقومة في يده وملكه فيها ظاهر

ومات في ذلك المرض ، فالإقرار بها لوارثه باطل : الجواب : نعم على ما اعتمده المحققون ولو مصدرها بالنق

خلافًا للأشباه وقد أنكروا عليه اه : ونقله السانحاني في محتومته ورد على الأشباه والشارح في هامش نسخه

وفي الحامدية سئل في مريض مرض الموت ، أقر فيه أنه لا يستحق عند زوجته هند حقا وأبرا ذمتها على كل حق

شرعى ومات عنها وعن ورثة غيرها وله تحت يدها أعيان وله بدمتها دين والورثة لم يجزوا الإقرار فهل يكون غير

ومنها النفي كلاحق لى قبل أبى أو أمى وهذه الخيلة فى إبراء المريض وإرثه ومنه هذا الشىء الفلانى ملك أبى أو أمى كان عندى عارية ، وهذا حيث لا قرينة وتماه فيها فليحفظ فإنه مهم :

(أقر فيه) أى فى مرض موته (لوارثه يؤمر فى الحال بتسليمه إلى الوارث ، فإذا مات يردده) بزازية وفى القنية تصرفات المريض نافذة وإنما تنقض بعد الموت (والعبرة لسكوله وارثا وقت الموت لا وقت الإقرار) فلو أقر لأخيه مثلا ثم ولد له صحح الإقرار لعدم إرثه (إلا إذا صار وارثا) وقت الموت (بسبب جديد كالزواج وعقد المولاة) فيجوز كما ذكره بقوله (فلو أقر لها) أى لأجنبية (ثم تزوجها صحح بخلاف إقراره لأخيه المحجوب) بكفر أو ابن (إذا زال حجبه) بإسلامه أو بموت الابن فلا يصح لأن إرثه بسبب قديم لا جديد (وبخلاف الهبة) لها فى مرضه (والوصية لها) ثم تزوجها فلا تصح لأن الوصية تملك بعد الموت وهى حينئذ وارثة (أقر فيه أنه كان له على ابنته الميتة عشرة دراهم قد استوفيتها وله) أى للمقر (ابن ينكر ذلك صحح إقراره) لأن الميت ليس بوارث (كما لو أقر لامرأته فى مرض موته بدين ثم ماتت قبله وترك) منها (١) (وارثا) صحح الإقرار (وقيل لا)

صحيح الجواب: يكون الإقرار غير صحيح والحالة هذه والله تعالى أعلم اهـ (قوله ومنها النفي) فيه أنه ليس بإقرار للوارث كما صوبه فى الأشباه (قوله كلاحق لى) هذا صحيح فى الدين لا فى العين كما مر (قوله أو أمى) ومنها إقراره بإتلاف ودبخته المعروفة كما فى المتن كذا فى الهامش (قوله ومنه هذا الشىء) هذا غير صحيح كما علمته بما مر قال فى البحر فى متفرقات القضاء: ليس لى على فلان شىء ثم ادعى عليه مالا وأراد تحليفه لم يحلف ، وعند أبى يوسف يحلف للعادة وسيأتى فى مسائل شتى آخر الكتاب: أن الفتوى على قول أبى يوسف اختاره أئمة خوارج لكن اختلفوا فيما إذا ادعاه وارث المقر على قولين ولم يرجح فى البزازية منهما شيئا وقال الصدر الشهيد الرأى فى التحليف إلى القاضى ، وفسره فى فتح القدير بأنه يجتهد بخصوص الوقائع فإن غلب على ظنه أنه لم يقبض حين أقر يحلف الخصم ، وإن لم يغلب على ظنه ذلك لا يحلفه وهذا إنما هو فى المتفرس فى الأخصام اهـ قلت: وهذا مؤيد لما بحثنا والحمد لله

[تتمة] قال فى التارخانية عن الخلاصة رجل قال: استوفيت جميع مالى على الناس من الدين لا يصح إقراره وكذا لو قال أبرأت جميع غرمائى لا يصح إلا أن يقول قبيلة فلان وهم يحصون فحينئذ يصح إقراره وإبرائه (قوله بسبب قديم) أى قائم وقت الإقرار ولو أقر لوارثه وقت إقراره ووقت موته وخرج من أن يكون وارثا فيما بين ذلك بطل إقراره عند أبى يوسف لا عند محمد بن نور العين عن قاضيخان . وفى جامع الفصولين: أقر لابنه وهو قن ثم عتق فبات الأب جاز لأنه للمولى لا للقن بخلاف الوصية لابنه وهو قن ثم عتق فإنها تبطل لأنها حينئذ للابن اهـ: وبيانه فى المنع وانظر ما كتبناه فى الوصايا (قوله ليس بوارث) يفيد أنها لو كانت حية وارثة لم يصح: قال فى الخالية: لا يصح إقرار مريض مات فيه بقبض دين من وارثه ولا من كفيل وارثه ولو كفل فى صحته وكذا لو أقر بقبضه من أجنبي تبرع عن وارثه وكل رجلا ببيع شىء معين فباعه من وارث موكله ، وأقر بقبض الثمن من وارثه ، أو أقر أن وكيله قبض الثمن ودفعه إليه لا يصدق ، وإن كان المريض هو الوكيل وموكله صحيح فأقر الوكيل أنه قبض الثمن من المشتري ، وجحد الموكل صدق الوكيل ، ولو كان المشتري وارث الوكيل والموكل والوكيل مريضان فأقر الوكيل بقبض الثمن لا يصدق إذ مرضه يكفى لبطلان إقراره لوارثه بالقبض

(١) (قول للشارح وترك منها النفي) قال ط: الظاهر أن قوله المؤلف منها اتفاق ويحمل كلام المصنف على أنه ترك وارثا منكرا ما الهبة اهـ .

فإنه بديع الدين صيرفية ولو أقر فيه لوارثه ولأجنبي بدين لم يصح خلافاً لمحمد عمادية (وإن أقر لأجنبي) مجهول نسبه (ثم أقر ببنته) وصدقه وهو من أهل التصديق (ثبت نسبه) مستندا لوقت العلق (و) إذا ثبت (بطل إقراره) لما مر ولو لم يثبت بأن كذبه أو عرف نسبه صح الإقرار لعدم ثبوت اللبس شرهلالية معزيا للينابيع (ولو أقر لمن طلقها ثلاثا) يعني بائنا (فيه) أى فى مرض موته (فلها الأقل من الإرث والدين) ويدفع لها ذلك بحكم الإقرار لا بحكم الإرث حتى لا نصير شريكة فى أعيان التركة شرهلالية (وهذا إذا) كانت فى العدة و (طلقها بسؤالها) فإذا مضت العدة جاز لعدم التهمة عزيمة (وإن طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغنا ما بلغ ولا يصح الإقرار لها) لأنها وارثة إذ هو فار وأهمله أكثر المشايخ لظهوره من كتاب الطلاق (وإن أقر لغلام مجهول) النسب فى مولده أو فى بلد هو فيها وهما فى السن بحيث (يولد مثله لمثله إنه ابنه وصدقه الغلام) لو مميذا وإلا لم يحتج لتصديقه كما مر وحينئذ (ثبت نسبه) ولو المقر (مريضا و) إذا ثبت (شارك) الغلام (الورثة) فإن انتفت هذه الشروط يؤخذ المقر من حيث استحقاق المال كما لو أقر بأخوة غيره كما مر

فرضهما أولى: مريض عليه دين محيط فأقر بقبض وديعة أو عارية أو مضاربة كانت له عند وارثه صح إقراره لأن الوارث لو ادعى رد الأمانة إلى مورثه المريض وكذبه المورث يقبل قول الوارث اه من نور العين قبيل كتاب الوصية (قوله خلافاً لمحمد) .

[فرع] باع فيه من أجنبي عبداً وباعه الأجنبي من وارثه أو وهبه منه صح إن كان بعد القبض لأن الوارث ملك العبد من الأجنبي لا من مورثه بزازية (قوله عمادية) قدمنا عبارتها عن نور العين (قوله لمن طلقها) أى فى مرضه :

[فرع] إقراره لها أى للزوجة بمهرها إلى قدر مثله صحيح لعدم التهمة فيه ، وإن بعد الدخول قال الإمام ظهير الدين وقيل جرت العادة بمنع نفسها قبل قبض مقدار من المهر فلا يحكم بذلك القدر إذا لم تعترف بالقبض : والصحيح أنه يصدق إلى تمام مهر مثلها وإن كان الظاهر أنها استوفت شيئاً بزازية : وفيها أقر فيه لاهرأته التى ماتت عن ولد بقدر مهر مثلها وله ورثة أخرى لم يصدقوه فى ذلك قال القاضى الإمام لا يصح إقراره ، ولا يناقض هذا ما تقدم لأن الغالب هنا بعد موتها استيفاء ورثتها أو وصيها المهر بخلاف الأول اه .

[فرع] فى التتارخانية عن السراجية : وأوقال مشترك أو شركة فى هذه الدار فهذا إقرار بالنصف وفى العناية ومطلق الشركة بالنصف عند أبى يوسف وعند محمد ما يفسره المقر ، ولو قال فى الثلثين موصولا صدق وكذا قوله بينى وبينه أولى وله اه (قوله وإن أقر لغلام) كان الأولى تقديم هذه المسألة على قوله وإن أقر لأجنبي ثم أقر ببنته لأن الشروط الثلاثة هنا معتبرة هناك أيضا كذا فى حاشية مسكين عن الحموى (قوله أو فى بلد) حكاية قول آخر قال فى الحواشى اليعقوبية : مجهول النسب من لا يعلم له أب فى بلده على ما ذكر فى شرح تلخيص الجامع لأكمل الدين ، والظاهر أن المراد به بلد هو فيه كما ذكر فى القنية لا مسقط رأسه كما ذكره البعض لأن المغربى إذا انتقل إلى المشرق فوقع عليه حادثة يلزم أنه يفتش عن نسبه فى المغرب وفيه من الحرج ما لا يخفى فليحفظ هذا اه (قوله وحينئذ) يلغى حذفها فإن بلد كرها صار الشرط بلا جواب ح (قوله هذه الشروط) أى أحدهما ح (قوله من حيث استحقاق المال) إن كان المراد بالمال هو المقر به كما هو ظاهر قوله كما مر أصح بأن أقر لأجنبي ثم أقر ببنته ولم تثبت بسبب انتفاء شرط فع أنه تكرار لا عمل له هنا ، وإن كان المراد به الإرث كما هو ظاهر قوله كما لو أقر بأخوة غيره ، فيكون المعنى : إن أقر لغلام أنه ابنه ولم يثبت نسبه بسبب انتفاء

هنه الينابيع كذا في الشر بلبلالية فيححرر عند الفتوى (و) الرجل (١) (صح إقراره) أي المريض (بالولد والوالدين) قال في البرهان وإن عليا قال المقدسي : وفيه نظر لقول الزيلعي ولو أقر بالجد وابن الابن لا يصح لأن فيه حمل النسب على الغير (بالشروط) الثلاثة (المتقدمة) في الابن (و) صح (بالزوجة بشرط خلوها عن زوج وعدته وخلوه) أي المقر (عن أختها) مثلا (وأربع سواها و) صح (بالولي) من جهة العتاقة (إن لم يكن ولاؤه ثابتا من جهة غيره) أي غير المقر (و) المرأة صح (إقرارها بالوالدين والزوج والمولى) الأصل أن إقرار الإنسان على نفسه حجة لاعلى غيره .

قلت : وما ذكره من صحة الإقرار بالأم كالأب هو المشهور الذي عليه الجمهور وقد ذكر الإمام العتابي في فرائضه أن الإقرار بالأم لا يصح ، وكذا في ضوء السراج لأن النسب للآباء لا للأمهات وفيه حمل الزوجية على الغير فلا يصح اهـ ولكن الحق صحته بجامع الأصالة فكانت كالأب فليحفظ (و) كذا صح (بالولد إن شهدت) امرأة ولو (قابلة) بتعيين الولد أما النسب فبالفراس شئني ، ولو معتدة جحدت ولادتها فبحجة تامة كما مر في باب ثبوت النسب (أو صدقها الزوج إن كان) لها زوج (أو كانت معتدة) منه (و) صح (مطلقا

شرط من هذه الشروط شارك الورثة فلا يظهر وجهه إذ تقدم أن إقراره له بالمال صحيح ، ولا يصح الإقرار لو ارث كما مر مع أن المؤاخذه حينئذ ليست للمقر ، بل للورثة حيث شاركهم في الإرث ومع هذا فإن كان الحكم كذلك فلا بد له من نقل صريح حتى يقبل ، وقد راجعت عدة كتب فلم أجده ولعله لهذه أمر الشارح بالتحريص فتأمل (قوله عن الينابيع) الذي قدمه الشرنبلالي عن الينابيع عند قوله : أقر لأجنبي ثم بينوته نصه ولو كذبا أو كان معروف النسب من غيره لزمه ما أقر به ولا يثبت النسب اهـ ثم كتب هنا ما نقله الشارح عنه (قوله فيححرر) لم يظهر لي المخالفة الموجبة للتحريص تأمل ح (قوله والرجل صح إقراره) في بعض النسخ إسقاط الرجل ولفظه وصح إقراره (قوله أي المريض) الأولى تركه ح (قوله وإن عليا) بتحريك ثلاثة حروفه أي الوالدان وفيه نظر وجهه ظاهر فهو كإقراره بينت ابن قال في جامع الفصولين أقر بينت فلها النصف والباقي للعبية إذ إقراره بينت جائز لا بينت الابن اهـ : وما ذاك إلا لأن فيه تحميل النسب على الابن فتدبر ط (قوله لا يصح) وصيأتي مقنا التصريح به (قوله وكذا صح) أي إقرارها (قوله ولو قابلة) أفاد بمقابلته بعده بقوله أو صدقها الزوج أن هذا حيث جحد الزوج وادعته منه وأفاد أنها ذات زوج بخلاف المعتدة كما صرح به الشارح ، أما إذا لم تكن ذات زوج ولا معتدة أو كان لها زوج وادعت أن الولد من غيره فلا حاجة إلى أمر زائد على إقرارها صرح بذلك كله ابن الكمال وصيأتي (قوله بتعيين الولد) كما علمت مما قدمناه أن الكلام فيما إذا أنكر الولادة وشهادة القابلة بتعيين الولد فيما إذا تصادقا على الولادة وأنكر التعيين : وعبارة غاية البيان عن شرح الأقطع فتثبت الولادة بشهادتهما ويلتجى النسب بالفراس اهـ : والظاهر أن ما أفاده الشارح حكمه كذلك (قوله وصح مطلقا) أفاد أن ما ذكره من الشروط إنما هو لصحة الإقرار بالنسب لثلا يكون تحميلا على الزوج ، فلو فقد شرط صح إقرارها عليها فبئرها الولد وترثه إن صدقها ، ولم يكن لها وارث غيرهما فصار كالإقرار بالأخ ويفهم هذا مما قدمنا وفي غاية البيان ولا يجوز إقرار المرأة بالولد ، وإن صدقها يعني الولد ولكنهما يتوارثان إن لم يكن لها وارث معروف لأنه اعتبر إقرارها في حقها ، ولا يقضى بالنسب لأنه لا يثبت بدون الحجة وهي ما إذا شهدت القابلة

(١) (قول الشارح والرجل الخ) قال ط : زاد لفظة للرجل ليفيه أن الإقرار بالذكورات ليس قاصرا على المريض فتقوله بعد أي المريض تفسير مضر ولا حاجة إليه بعد تقدم المرجع اهـ .

عند الفتوى (ومن مات أبوه فأقر بأخ شاركة في الإرث) فيستحق نصف نصيب المقر (ولم يثبت نسبه) لما تقرر أن إقراره مقبول في حق نفسه فقط.

قلت : بقی لو أقر الأخ باین هل یصح؟ قال الشافعية لا لأن ما أدى وجوده إلى نفيه انتفى من أصله ولم أره لأئمتنا صریحا وظاهر كلامهم نعم فلیراجع (وإن ترك) شخص (ابنین وله على آخر مائة فأقر أحدهما بقبض أبيه خمسين منها فلا شیء للمقر)

المنح في كتاب الفرائض وبدل عليه قوله الآتي إن بالتصديق يثبت اللبس ولا يكون ذلك إلا من المقر عليه : قال في روح الشروح على السراجية : وأعلم : أنه إن شهد مع المقر رجل آخر أو صدقه المقر عليه أو الورثة وهم من أهل الإقرار فلا يشترط الإصرار على الإقرار إلى الموت ولا ينفع الرجوع لثبوت النسب ح ٨١ .

وفي شرح فرائض الملتقى للطرابلسي : وصح رجوعه لأنه وصية معنى ولا شيء للمقر له من تركته قال في شرح السراجية المسمى بالمتهاج : وهذا إذا لم يصدق المقر عليه إقراره قبل رجوعه أو لم يقر بمثل إقراره أما إذا صدق إقراره قبل رجوعه أو أقر بمثل إقراره فلا ينفع المقر رجوعه عن إقراره لأن نسب المقر له قد ثبت من المقر عليه اه فهذا كلام شراح السراجية فالصواب التعبير بعليه كما عبر به في المنح في كتاب الفرائض ، وإن كانت عبارتها هنا كعبارة الشارح وكذا عبارة الشارح في الفرائض غير محررة فتلبه (قوله عند الفتوى) أقول : تحريره أنه لو صدقه المقر له فله الرجوع ، لأنه لم يثبت النسب وهو ما في البدائع ، ولو صدقه المقر عليه لا يصح رجوعه لأنه بعد ثبوته وهو ما في شروح السراجية فنشأ الاشتباه تحريف الصلة فالموضوع مختلف ولا يخفى أن هذا كله في غير الإقرار بنحو الولد (قوله نصف نصيب المقر) ولو معه وارث آخر شرح الملتقى وبيانه في الزيلعي (قوله في حق نفسه) فصار كالمشتري إذا أقر أن البائع كان أعرق العبد المبيع يقبل إقراره في العتق ، ولم يقبل في الرجوع بالثمن بيانية ، وفي الزيلعي : فإذا قبل إقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقا عندنا ، وعند مالك وابن أبي ليلى يجعل إقراره شائعا في التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك ، حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقر بأخ فكذبه أخوه المعروف فيه أعطى المقر نصف ما في يده ، وعندهما يعني عند مالك وابن أبي ليلى ثلث ما في يده ، لأن المقر قد أقر له بثالث شائع في النصفين فنفذ إقراره في حصته ، وبطل ما كان في حصة أخيه ، فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر في نصيب أخيه بطل إقراره فيه لما ذكرنا ونحن نقول : إن في زعم المقر أنه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بإنكاره فيجعل ما في يد المنكر كالمالك فيكون الباقي بينهما بالتسوية ، ولو أقر بأخت تأخذ ثلث ما في يده وعندهما خمسة ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن وبنت يقسم نصيب المقرين أخماسا وعندهما أرباعا والتخريج ظاهر ، ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما في يده ولو أقر بجدة هي أم الميت أخذت سدس ما في يده فيعامل فيما في يده كما يعامل لو ثبت ما أقر به اه وتماه فيه (قوله باین) أي من أخيه الميت (قوله انتفى) هذه مسألة الدور الحكمي التي عدتها الشافعية من موانع الإرث لأنه يلزم من الفوريت عدمه ، بيانه أنه إذا أقر أخ حائر باین للميت لا يثبت نسبه ولا يرث ، لأنه لو ورث لحجب الأخ فلا يكون الأخ وارثا حائزا فلا يقبل إقراره بالابن ، فلا يثبت نسبه فلا يرث لأن إثبات الإرث يؤدي إلى نفيه وما أدى إثباته إلى نفيه انتفى من أصله وهذا هو الصحيح من مذهبهم لكن يجب على المقر باطنا أن يدفع للابن التركة إذا كان صادقا في إقراره (قوله وظاهر كلامهم نعم) يعني ظاهر كلامهم صحة إقرار هذا الأخ بالابن ويثبت نسبه في حق نفسه فقط فيرث الابن دونه لما قالوا إن الإقرار بنسب

لأن إقراره ينصرف إلى نصيبه (وللآخر خمسون) بعد حلفه أنه لا يعلم أن أباه قبض شطر المائة قاله الأكل .
قلت : وكذا الحكم لو أقر أن أباه قبض كل الدين لكنه هنا يحلف لحق الغريم زيلعي .

فصل في مسائل شتى

(أقرت الحرة المكلفة بدين) لآخر (فكذبها زوجها صح) إقرارها (في حقه أيضا) عند أبي حنيفة (فتحبس) المقررة (وتلازم) وإن تضرر الزوج وهذه إحدى المسائل الست الخارجة من قاعدة الإقرار حجة قاصرة على المقر ولا يتعدى إلى غيره وهي في الأشباه ، وينبغي أن يخرج أيضا من كان في إجارة غيره فأقر لآخر بدين فإن له حبسه وإن تضرر المستأجر وهي واقعة الفتوى ولم نرها صريحة (وعندهما لا) تصدق في حق الزوج فلا تجبس ولا تلازم درر .

قلت : وينبغي أن يعول على قولها إفتاء وقضاء لأن الغالب أن الأب يعلمها الإقرار له أو لبعض أقاربها ليتوصل بذلك إلى منعها بالحبس عنده عن زوجها كما وقفت عليه مرارا حين ابتليت بالقضاء كذا ذكره المصنف .

على غيره بصح في حق نفسه ، حتى تلزمه الأحكام من النفقة والحضانة لافي حق غيره وقد رأيت المسألة منقولة والله تعالى الحمد والمنة في فتاوى العلامة قاسم بن قطلوبغا الحنفي ونصه قال محمد في الإملاء ولو كانت للرجل حمة أو مولى نعمة فأقرت العمة أو مولى النعمة بأخ للميت من أبيه أو أمه أو بعم أو بابن عم أخذ المقر له الميراث كله لأن الوارث المعروف أقر بأنه مقدم عليه في استحقاق ماله وإقراره حجة على نفسه اه هذا كلامه ثم قال فلما لم يكن في هذا دور عندنا لم يذكر في الموانع وذكر في بابه اه (قوله إلى نصيبه) فيجعل كأه استوفى نصيبه ولأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون لأن الديون تفضى بأمثالها ثم تلتحق قصاصا فقد أقر بدين على الميت فيلزم المقر كما مر قبل باب الاستثناء ولا يجزى في هذه المسألة الخلاف السابق كما لا يخفى على الحاذق (قوله بعد حلفه) أي حلف المنكر أي لأجل الأخ لا لأجل الغريم ، لأنه لا ضرر على الغريم فلا ينافي ما يأتي ولو نكل شاركة المقر (قوله لكنه) الاستدراك يقتضى أن لا يحلف في الأولى ، وبه صرح الزيلعي وهو مخالف لما قدمه عن الأكل ومر جوابه (قوله يحلف) أي المنكر بالله لم يعلم أنه قبض الدين فإن نكل برئت ذمة المدين ، وإن حلف دفع إليه نصيبه بخلاف المسألة الأولى حيث لا يحلف لحق الغريم ، لأن حقه كله حصل له من جهة المقر فلا حاجة إلى تحليفه وهنا لم يحصل إلا النصف فيحلفه زيلعي .

فصل في مسائل شتى

(قوله وهي في الأشباه) وعبارتها الإقرار حجة قاصرة على المقر ولا يتعدى إلى غيره فلو أقر المؤجر أن الدار لغيره لا تنسخ الإجارة إلا في مسائل : لو أقرت الزوجة بدين فللدائن حبسها وإن تضرر الزوج ، ولو أقر المؤجر بدين لا وفاء له إلا من ثمن العين فله بيعها لقضائه وإن تضرر المستأجر ، ولو أقرت مجهولة النسب بأنها بنت أبي زوجها وصدقها الأب بفسخ النكاح بينهما بخلاف ما إذا أقرت بالرذة ولو طلقها ثنتين بعد الإقرار بالرق لم يملك الرجعة ، وإذا ادعى ولد أمته المبيعة وله أخ ثبت نسبه وتعدى إلى حرمان الأخ من الميراث لكونه للابن ، وكذا المكاتب إذا ادعى نسب ولد حرة في حياة أخيه صحت وميراثه لولده دون أخيه كما في الجامع اه (قوله وينبغي) البحث لصاحب المنع (قوله إفتاء وقضاء) بنصيهما (قوله لأن الغالب) فيه نظر

(مجهولة النسب أقرت بالرق لإنسان) وصدقها المقر له (ولها زوج وأولاد منه) أى الزوج (وكذبها) زوجها (صح في حقها خاصة) فولد علق بعد الإقرار رقيقا خلافاً لمحمد (لا) في (حقه) يرد عليه انتقاض طلاقها كما حققه في الشرنبلاية (وحق الأولاد) وفرع على حقه بقوله (فلا يبطل النكاح) وعلى حق الأولاد بقوله (وأولاد حصلت قبل الإقرار وما في بطنها وقته أحرار) لحصولهم قبل إقرارها بالرق .

(مجهول النسب حرر عبده ثم أقر بالرق لإنسان وصدق له) المقر له (صح) لإقراره (في حقه) فقط (دون إبطال العتق ، فإن مات العتيق يرثه وارثه إن كان) له وارث يستغرق التركة (وإلا فيرث) الكل أو الباقي كافي وشرنبلاية (المقر له فإن مات المقر ثم العتيق فإرثه لعصبة المقر) ولو جنى هذا العتيق سعى في جنابته لأنه لا عاقلة له ولو جنى عليه يجب أرش العبد وهو كالمملوك في الشهادة لأن حرية بالظاهر وهو يصلح للدفع لا لاستحقاق .

(قال) رجل لآخر (لى عليك ألف فقال) في جوابه (الصدق أو الحق أو اليقين أو نكر) كقوله حقا ونحوه (أو كرر لفظ الحق أو الصدق) كتوله الحق الحق أو حقا حقا

إذ العلة خاصة والمدعى عام لأنه لا يظهر فيما إذا كان الإقرار لأجنبي . وقوله ليتوصل الخ لا يظهر أيضا إذ الحبس عند القاضي لا عند الأب فإذا المعول عليه قول الإمام وأيضاً لم يستند في هذا التصحيح لأحد من أئمة الترجيح ط لكن قوله إذ الحبس عند القاضي مخالف لما مر في بابيه أن الخيار فيه للمدعى (قوله مجهولة النسب أقرت) ليس على إطلاقه لما في الأشباه مجهول النسب إذا أقر بالرق لإنسان وصدق المقر له صح وصار عبده إذا كان قبل تأكيد الحرية بالقضاء أما بعد قضاء القاضي عليه بحد كامل أو بالقصاص في الأطراف لا يصح إقراره بالرق بعد ذلك اه سائمانى (قوله فولد) التفريع غير ظاهر ومحل فيما بعد ، والظاهر أن يقال فتكون رقيقة له كما أفاده في العزيمة (قوله كما حققه في الشرنبلاية) حيث قال لأنه نقل في المحيط عن المبسوط أن طلاقها ثنتان وعدتها حيضتان بالإجماع لأنها صارت أمة وهذا حكم يخصها ثم نقل عن الزيادات : ولو طلقها الزوج تطليقتين وهو لا يعلم بإقرارها ملك عليها الرجعة ، وأو علم لا يملك وذكر في الجامع لا يملك علم أو لم يعلم قبل ما ذكر قياساً : وما ذكره في الجامع استحسان وفي الكافي : آلى وأقرت قبل شهرين فهما عدته ، وإن أقرت بعد مضي شهرين فأربعة . والأصل أنه متى أمكن تدارك ما خاف فوته بإقرار الغير ولم يتدارك بطل حقه لأن فوات حقه مضاف إلى تقصيره فإن لم يمكن التدارك لا يصح الإقرار في حقه فإذا أقرت بعد شهر أمكن الزوج التدارك ، وبعد شهرين لا يمكن وكذا الطلاق والعدة حتى لو طلقها ثنتين ثم أقرت يملك الثالثة ، ولو أقرت قبل الطلاق تبين بثنتين ولو مضت من عدتها حيضتان ثم أقرت يملك الرجعة ولو مضت حيضة ثم أقرت تبين بحيضتين اه .

قلت : وعلى ما في الكافي لا إشكال لقوله إن فوات حقه مضاف إلى تقصيره تأمل (قوله حرر عبده) ماض مبنى للفاعل وعبده مفعول (قوله فيرث الكل) إن لم يكن له وارث أصلاً (قوله أو الباقي) إن كان له وارث لا يستغرق (قوله وشرنبلاية) عبارة الشرنبلاية عن المحيط ، وإن كان للميت بنت كان النصف لها والنصف للمقر له اه وإن جنى هذا العتيق سعى في جنابته ، لأنه لا عاقلة له ، وإن جنى عليه يجب عليه أرش العبد وهو كالمملوك في الشهادة ، لأن حرية في الظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق اه (قوله أرش العبد) وعليه فقد صار الإقرار حجة متعددة في حق المجنى عليه فينبغي زيادة هذه المسألة على الست (١) المتقدمة آنفاً

(١) (قوله على الست الخ) فيه أنه لم يذكر السادسة وإنما ذكرها ط حيث قال السادسة باع المبيع ثم أقر أن البيع كان ثلجثة

وصدقه المشتري فله الرد على بائنه بالمعيب اه مصححه

(ونحوه أو قرن بها البر) كقوله البر حق أو الحق بر الخ (فإقرار ولو قال الحق حق أو الصدق صدق أو اليقين يقين لا) يكون إقرارا لأنه كلام تام بخلاف ما مر ، لأنه لا يصلح للابتداء فجعل جوابا فكأنه قال ادعيت الحق الخ .
 قال لأتمته يا سارقة يا زانية يا مجنونة يا آبهة أو قال هذه السارقة فعلت كذا وباعها فوجد بها واحد منها)
 أي مع هذه العيوب (لا ترد به) لأنه نداء أو شتيمة لا إخبار (بخلاف هذه سارقة أو هذه آبهة أو هذه زانية أو هذه مجنونة) حيث ترد بإحداها لأنه إخبار وهو لتحقيق الوصف (وبخلاف يا طالق أو هذه المطلقة فعلت كذا) حيث تطلق امرأته لتمكنه من إثباته شرعا فجعل إيجابا ليكون صادقا بخلاف الأول قرر (إقرار السكران بطريق محظور) أي ممنوع محرم (صحيح) في كل حق فلو أقر بقود أقيم عليه الحد في سكره وفي السرقة يضمن المسروق كما بسطه سعدى أفندى في باب حد الشرب (إلا في) ما يقبل الرجوع كالردة و (حد الزنا وشرب الخمر وإن) سكر (بطريق مباح) كشربه مكرها (لا) يعتبر بل هو كالإغماء إلا في سقوط القضاء وتماه في أحكامات الأشباه (المقر له إذا كذب المقر بطل إقراره) لما تقرر أنه يرتد بالرد (إلا في) ست على ما هنا تبعا للأشباه (الإقرار بالحرية والنسب وولاء العتاقة والوقف) في الإسعاف لو وقف على رجل فقبله ثم رده لم يرتد وإن رده قبل القبول ارتد (والطلاق والرق) فكلها لا ترتد ويزيد الميراث بزازية والنكاح كما في متفرقات

(قوله ونحوه) بأن كرر اليقين أيضا معرفا أو منسكرا (قوله كقوله البر حق الخ) هذا مما يصلح للإخبار ولا يتعين جوابا . والذي في الدرر البر الحق وهو في بعض النسخ كذلك وهو ظاهر فإنه يحل على الإبدال ط (قوله لأنه نداء) أي فيما عدا الأخيرة والنداء إعلام المنادى وإحضاره لا تحقيق الوصف (قوله حيث ترد) أي لو اشتراها من لم يعلم بهذا الإخبار ثم علم ط (قوله بخلاف الأول) فإن السيد لا يتمكن من إثبات هذه الأوصاف فيها ط (قوله بطريق) متعلق بالسكران (قوله عليه الحد) لعله سبق قلم ، والصواب القصاص فليراجع (قوله كما بسطه سعدى) وعبارته هناك وقال صاحب النهاية : ذكر الإمام القمراشي ولا يحسد السكران بإقراره على نفسه بالزنا والسرقة ، لأنه إذا صح ورجع بطل إقراره ، ولكن يضمن المسروق بخلاف حد القذف والقصاص ، حيث يقام عليه في حال سكره ، لأنه لا فائدة في التأخير ، لأنه لا يملك الرجوع لأنهما من حقوق العباد فأشبه الإقرار بالمال والطلاق والعتاق اه ولا يخفى عليك أن قوله لأنه لا فائدة في التأخير محل بحث : وفي معراج الدراية بخلاف حد القذف ، فإنه يجس حتى يصحو ثم يحسد للقذف ثم يجس حتى يخف منه الضرب ثم يحسد للسكر ذكره في المنبسط وفي معراج الدراية قيد بالإقرار ، لأنه لو زنى وسرق في حاله يحسد بعد الصحو بخلاف الإقرار وكذا في الذخيرة اه (قوله سقوط القضاء) أي قضاء صلاة أزيد من يوم وليلة بخلاف الإغماء (قوله على ما هنا) أي على ما في المتن وإلا فسيأتي زيادة عليها (قوله بالحرية) فإذا أقر أن العبد الذي في يده حر ثبتت حرته وإن كذبه العبد ط (قوله في الإسعاف) ونصه وهن قبل ما وقف عليه ليس له الرد بعده ومن رده أول مرة ليس له القبول بعده اه وتمام التفاريع فيه . ولا يخفى أن الكلام في الإقرار بالوقف لا في الوقف ، وفي الإسعاف أيضا : ولو أقر لرجلين بأرض في يده أنها وقف عليهما ، وعلى أولادهما ونسلهما أبدا ثم من بعدهم على المساكين فصدقه أحدهما وكذبه الآخر ولا أولاد لهما يكون نصفها وقفا على المصدق منهما والنصف الآخر للمساكين ، ولو رجع المنكر إلى التصديق رجعت الغلة إليه وهذا بخلاف ما لو أقر لرجل بأرض فكذبه المقر له ثم صدقه فلأنها لا تصير له ما لم يقر له بها ثانيا والفرق أن الأرض المقر بوقفيتها لا تصير ملكا لأحد فكذيب المقر له فإذا رجع رجع إليه والأرض المقر بكونها ملكا ترجع إلى ملك المقر بالكذب اه (قوله لو وقف) فيه أن الكلام في الإقرار

قضاء البحر وتماه ثمة واستثنى ثمة مسألتي من الإبراء : وهما إبراء الكفيل لا يرتد وإبراء المديون بعد قوله أو أبرئني فأبرأه لا يرتد فالمسئتي عشرة فلتحفظ وفي وكالة الوهبانية ومتى صدقه فيها ثم رده لا يرتد بالرد وهل يشترط لصحة الرد مجلس الإبراء خلاف؟ والضابط أن ما فيه تملك مال من وجه يقبل الرد، وإلا فلا كإبطال شفعة وطلاق وعتاق لا يقبل الرد وهذا ضابط جيد فليحفظ (صالح أحد الورثة وأبرأه إبراء عاما) أو قال لم يبق لي حق من تركة أبي عند الوصي أو قبضت الجميع ونحو ذلك (ثم ظهر في) يد وصيه من (التركة شيء لم يكن وقت الصلح) وتحققه (تسمع دعوى حصته منه على الأصح) صلح البزازية ولا تناقض لحمل قوله لم يبق لي حق أي مما قبضته على أن الإبراء

بالوقف لا في الوقف، وأيضا الكلام فيما لا يرتد ولو قبل القبول على أن عبارة الإسعاف على ما في الأشباه والمنع أن المقر له إذا رده ثم صدقه صحح (قوله قضاء البحر) وعبارته قيد بالإقرار بالمال احترازا عن الإفراق بالرق والطلاق والعتاق والنسب والولاء فإنها لا ترد بالرد: أما الثلاثة الأول ففي البزازية قال لآخر: أنا عبدك فرد المقر له ثم عاد إلى تصديقه فهو عبده، ولا يبطل الإفراق بالرق بالرد كما لا يبطل بحدود المولى بخلاف الإفراق بالعين والدين حيث يبطل بالرد، والطلاق والعتاق لا يبطلان بالرد، لأنهما إسقاط يتم بالمسقط وحده وأما الإفراق بالنسب وولاء العتاقة ففي شرح المجمع من الولاء وأما الإفراق بالنكاح فلم أره الآن اه وتماه هناك (قوله واستثنى ثمة) لا حاجة إلى ذكرهما هنا فإنهما ليستا مما نحن فيه ح أي لأن الكلام في الإفراق وما ذكر في الإبراء (قوله مسألتي) حيث قال: ثم اعلم أن الإبراء يرتد بالرد إلا فيما إذا قال المديون أبرئني فأبرأه فإنه لا يرتد كما في البزازية وكذا إبراء الكفيل لا يرتد بالرد فالمسئتي مسألتي كما أن قولهم إن الإبراء لا يتوقف على القبول يخرج عنه الإبراء عن بدل الصرف والسلم فإنه يتوقف على القبول ليبتلاه كما قدمناه في باب السلم (قوله فيها) أي في الوكالة (قوله أو قال) عطف على صالح لأنها مسألة أخرى في أوائل الثلث الثالث من فتاوى الخانوقى كلام طويل في البراءة العامة فراجع: وفي الخانية: وصى الميت إذا دفع ما كان في يده من تركة الميت إلى ولد الميت وأشهد الولد على نفسه أنه قبض التركة ولم يبق من تركة والده قليل ولا كثير إلا قد استوفاه ثم ادعى في يد الوصي شيئا وقال من تركة والدي وأقام على ذلك بيته، وكذا لو أقر الوارث أنه قبض جميع ما على الناس من تركة والده ثم ادعى على رجل دينا لوالده تسمع دعواه:

قلت: ووجه سماعها أن إقرار الولد لم ينضم من إبراء شخص معين وكذا إقرار الوارث بقبضه جميع ما على الناس ليس فيه إبراء ولو تنزلنا للبراءة فهي غير صحيحة في الأعيان شرح وهبانية للشرنبلالي، وفيه نظر لأن عدم صحتها معناه أن لا نصير ملكا للمدعى عليه وإلا فالدعوى لا تسمع كما يأتي في الصلح (قوله صلح البزازية) وعبارة البزازية قال تاج الإسلام (١) واحد صالح الورثة وأبرأ إبراء عاما ثم ظهر في التركة شيء لم يكن وقت الصلح لا رواية في جواز الدعوى: ولقائل أن يقول تجوز دعوى حصته فيه وهو الأصح. ولقائل أن يقول لا اه وللشرنبلالي رسالة سماها: تنقيح الأحكام في الإقرار والإبراء الخاص والعام.

(١) (قوله قال تاج الإسلام للع) قال شيخنا: عبارة البزازية أحد الورثة صالح وأبرأ الخ وحينئذ فتكون مسارية لعبارة الخانية المارة، ويكون الحكم صحاح الدعوى حيث لم يكن في العبارة تعيين المبرأ، وحيث أن المصنف نقل عبارة البزازية هذه فحكم بأن ذكر النصير بعد أبرأ فيه تحريف، إذ ليس هذا النصير موجودا في البزازية. نعم يبقى قول للشارح لم يبق لي حق من تركة أبي عند الوصي مشكلا اه.

أجاب فيها بأن البراءة العامة بين الوارثين مانعة من دعوى شيء سابق عليها عينا أو ديناً بميزات أو غيره ، وحقق ذلك بأن البراءة إما عامة كلاحق أو لادعوى أو لاختصومة لى قبل فلان ، أو هو برىء من حقى أو لادعوى لى عليه أو لاتعلق لى عليه أو لاستحق عليه شيئاً أو أبرأته من حقى أو مما لى قبله ، وإما خاصة بدين خاص كإبرأته من دين كذا أو عام كإبرأته مما لى عليه ، فيبرأ عن كل دين دون العين ، وأما خاصة بعين فتصح لتقى الضمان لادعوى فيدعى بها على المخاطب وغيره ، وإن كان عن دعواها فهو صحيح . ثم إن الإبراء لشخص مجهول لا يصح وإن لمعلوم صح ولو بمجهول فقوله : قبضت تركة مورثي كلها أو كل من لى عليه شيء أو دين فهو برىء ليس لإبراء عاماً ولا خاصاً بل هو إقرار مجرد لا يمنع من الدعوى لما فى المحيط قال : لادين لى على أحد ثم ادعى على رجل ديناً صح لاحتمال وجوبه بعد الإقرار ، وفيه أيضاً وقوله هو برىء مما لى عنده إخبار عن ثبوت البراءة لا إنشاء وفى الخلاصة للاحق لى قبله فيدخل فيه كل عين ودين وكفالة وإجارة وجناية وحداه وفى الأصل فلا يدعى إرثاً ولا كفالة نفس أو مال ولادينا أو مضاربة أو شركة أو ودیعة أو ميراثاً أو داراً أو عبداً أو شيئاً إلا شيئاً حادثاً بعد البراءة اه فى شرح المنظومة (١) عن المحيط أبرأ أحد الورثة الباقي ثم ادعى التركة وأنكر ولا تسمع دعواه وإن أقروا بالتركة أمروا بالرد عليه اه ظاهر فيها إذا لم تكن البراءة عامة لما علمته ، ولما سئذ كر أنه لو أبرأه عاماً ثم أقر بعده بالمال المبرأ به لا يعود بعد سقوطه . وفى العمادية قال ذو اليد : ليس هذا لى وليس ملكى أو للاحق لى فيه ، أو نحو ذلك ولا منازع له حينئذ ، ثم ادعاه أحد فقال ذو اليد هو لى فالقول له لأن الإقرار لمجهول باطل والتناقض إنما يمنع إذا تضمن إبطال حق على أحد اه ومثله فى الفيض وخزانة المفتين فهذا علمت الفرق بين أبرأتك أو للاحق لى قبلك وبين قبضت تركة مورثي أو كل من لى عليه دين ، فهو برىء ولم يخاطب معينا ، وعلمت بطلان فتوى بعض أهل زماننا بأن إبراء الوارث وارثاً آخر إبراء عاماً لا يمنع من دعوى شيء من التركة ، وأما عبارة البرازية أى التى قدمناها فأصلها معزو إلى المحيط وفيه نظر ظاهر ، ومع ذلك لم يقيد الإبراء بكونه لمعين أولاً وقد علمت اختلاف الحكم فى ذلك ثم إن كان المراد به اجتماع الصلح المذكور فى المتون والشروح فى مسألة التخارج مع البراءة العامة لمعين فلا يصح أن يقال فيه لارواية فيه كيف وقد قال قاضيه خان : اتفقت الروايات على أنه لا تسمع الدعوى بعده إلا فى حادث وإن كان المراد به الصلح والإبراء بنحو قوله : قبضت تركة مورثي ولم يبق لى فيها حق إلا استوفيته ، فلا يصح قوله لارواية فيه أيضاً لما قدمناه من النصوص على صحة دعواه بعده ، واتفقت الروايات على صحة دعوى ذى اليد المقر بأن لا ملك له فى هذا العين عند عدم المنازع . والذى يقرأى أن المراد من تلك العبارة الإبراء لغیر معين مع مافيه ، ولو سلمنا أن المراد به المعين وقطعنا النظر عن اتفاق الروايات على منعه من الدعوى بعده ، فهو مبين لما فى المحيط عن المبسوط . والأصل والجامع الكبير ومشهور الفتاوى المعتمدة كالتحانية والخلاصة ، فيقدم مافيه ولا يعدل عنها إليه ؛ وأما مافى الأشباه والبحر عن القنية افة ق الزوجان ، وأبرأ كل صاحبه عن جميع الدعاوى وللزوج أعيان قائمة لا تبرأ المرأة منها وله الدعوى ، لأن الإبراء إنما ينصرف إلى

(١) (قوله فى شرح المنظومة الخ) قال شيخنا : لاحتاجة إل هذا الحمل بل الحكم كذلك ولو كانت البراءة عامة ، إذ غاية مافى البراءة العامة منع الدعوى فى الأعيان لكن لاتصير العين بها ملكاً للمبرأ فلو أقر بها يؤمر بالدفع بخلاف الدين فإنه يملك بالبراءة فلا يؤمر بالدفع لو أقر ومنع المبرأ من الدعوى لا ينافى أمر المقر بالدفع ؛ ألا ترى أن من منع من سماع الدعوى لطول المدة لو أقر خصمه بالمضى فإنه يؤمر بالدفع اه .

عن الأعيان باطل وحينئذ فالوجه عدم صحة البراءة كما أفاده ابن الشحنة واهتمده الشرنبلالي ومنحقه في الصلح ،
(أقر) رجل بمال في صلح وأشهد عليه به (ثم ادعى أن بعض هذا المال) المقر به (قرض وبعضه
ربا عليه فإن أقام على ذلك بينة تقبل) وإن كان متناقضا لأننا نعلم أنه مضطر إلى هذا الإقرار
شرح وهبانية .

قلت : وحرر شارحها الشرنبلالي إنه لا يفتى بهذا الفرع لأنه لا عذر لمن أقر غايته أن يقال بأنه يحلف المقر
له على قول أبي يوسف المختار للفتوى في هذه ونحوها اه .

قلت : وبه جزم المصنف فيمن أقر فتدبر :

(أقر بعد الدخول) من هنا إلى كتاب الصلح ثابت في نسخ المتن ساقط من نسخ الشرح (إنه طلقها قبل
الدخول لزمه مهر) بالدخول (ونصف) بالإقرار :
(أقر المشروط له الربح) أو بعضه (إله) أي ربح الوقف (يستحقه فلان دونه صح) وسقط حقه ولو كتاب

الديون لا الأعيان اه فمحمول على حصوله بصيغة خاصة كقوله : أبرأتها عن جميع الدعاوى مما لي عليها فيختص
بالديون فقط لكونه مقيدا بمالي عليها ويؤيده التعليل ، ولو بقي على ظاهره فلا يعدل عن كلام المبسوط والمحيط
وكافي الحاكم المصرح بعموم البراءة لكل من أبرأ إبراء عاماً إلى مافي القنية اه .

هذا حاصل ما ذكره الشرنبلالي في رسالته وهي قريب من كراسين وقد أكرر فيها من النقول فمن أراد الزيادة
فليرجع إليها وبه علم أنه ما كان ينبغي للمصنف أن يذكر مافي البزازية متنا وأما ما سيجيء آخر الصلح فليس فيه
إبراء عام فتدبر وانظر شرح الملتقى في الصلح (قوله عن الأعيان) سيأتي الكلام على ذلك في الصلح (قوله في الصلح)
أي في آخره (قوله أقر رجل) تقدمت المسألة متناف متفرقات القضاء (قوله شرح وهبانية) وبه أفتى في الحامدية
والخيرية من الدعوى (قوله لا عذر لمن أقر) فيه أن اضطراره (١) إلى هذا الإقرار عذر (قوله غايته) حاصله :
أنه لا فائدة لدعواه أن بعض المقر به رجا إلا تحليف المقر له بناء على أن الثاني إذا ادعى أنه أقر كاذبا يحلف المقر
له ، وهذه المسألة من أفرادها فلذا قال في هذه ونحوها ولقد أبعد من حمل قول أبي يوسف على الضرورة فقط كما
في هذه المسألة كما مر قبيل الاستثناء (قوله أن يقال الخ) ولأنه لا ينافى على قول الإمام لأنه يقول بلزوم المال ولا يقبل
تفسيره وصل أو فصل وعندهما إن وصل قبل وإلا فلا ولفظة ثم تفيد الفصل فلا يقبل اتفاقا شرنبلالية (قوله وبه
جزم) أي بقول أبي يوسف (قوله فيمن أقر) وفي نسخة فيما مر وعليها فإنه مر قبيل الاستثناء (قوله من نسخ
الشرح) أي المنح (قوله أنه يستحقه) يعمل بالمصادقة على الاستحقاق ، وإن خالفت كتاب الوقف نكن في حق
المقر خاصة الخ مامر في الوقف (قوله وسقط حقه) الظاهر أن المراد سقوطه ظاهرا فإذا لم يكن مطابقا للواقع
لا يحمل للمقر له أخذه ثم إن هذا السقوط مادام حيا ، فإذا مات عاد على ما شرط الواقف ، قال السائحاني في مجموعته
وفي الخصاص : قال المقر له بالغلة عشر سنوات من اليوم لزيد ، فإن مضت رجعت للمقر له فإن مات المقر له
والمقر قبل مضيا ترجع الغلة على شرط الواقف ، فكأنه صرح ببطلان المصادقة بمضي المدة أو موت المقر :
وفي الخصاص أيضا رجل وقف على زيد وولده ثم للمساكين فأقر زيد به ، وبأنه على بكر ثم مات زيد بطل
إقراره لبكر وفي الحامدية إذا تصادق جماعة الوقف ثم مات أحدهم عن ولد فهل تبطل مصادقة الميت في حقه ؟

(١) (قوله في الخ) فيه أن المراد بنى العذر نفي قبوله أي لا طر مقبول ولو كان موجودا تأمل اه .

الوقف بخلافه (ولو جعله لغيره أو أسقطه) لا لأحد (لم يصح) وكذا المشروط (له النظر على هذا) كما مر في الوقف وذكره في الأشباه ثمة وهنا وفي الساقط لا يعود فراجع (القصص المرفوعة إلى القاضي لا يؤخذ رافعها بما كان فيها من إقرار وتناقض) لما قدمنا في القضاء إنه لا يؤخذ بما فيها (إلا إذا) أقر بلفظه صريحا (قال له على ألف في علمي أو فيما أعلم أو أحسب أو أظن لا شيء عليه) خلافا للثاني في الأول (١) قلنا هي للشك عرفا نعم لو قال قد علمت لزمه اتفاقا (قال غصبنا ألفا) من فلان (ثم قال كنا عشرة أنفس) مثلا (وادعى الغاصب) كذا في نسخ المتن وقد علمت سقوط ذلك من نسخ الشرح وصوابه وادعى الطالب كما عبر به في المجمع وقال شراحه أي المغضوب منه (إنه هو وحده) غصبها (لزمه الألف كلها) وألزمه زفر بعشر ما قلنا هذا الضمير يستعمل في الواحد والظاهر أنه ينبغي بفعله دون غيره فيكون قوله كنا عشرة رجوعا فلا يصح نعم لو قال غصبنا كنا صح اتفاقا لأنه لا يستعمل في الواحد .

(قال) رجل (أوصى أبي بثلاث ماله لزيد بل لعمر وبل لبكر فالثالث للأول وليس لغيره شيء) وقال زفر لكل ثلثه وليس للابن شيء قلنا نفاذ الوصية في الثالث وقد أقر به للأول فاستحقه فلم يصح رجوعه بعد ذلك للثاني بها بخلاف الدين لنفاذه من الكل الكل من المجمع .

[فروع] أقر بشيء ثم ادعى الخطأ لم يقبل إلا إذا أقر بالطلاق بناء على إفتاء المفتي ، ثم تبين عدم الوقوع لم تقع بمعنى ديانة قنية .

الجواب : نعم ويظهر لي من هذا أن من منع عن استحقاقه بمضي المدة الطويلة إذا مات فولده يأخذ ما شرطه الواقف له لأن الترك لا يزيد على صريح المصادقة ، ولأن الولد لم يملكه من أبيه وإنما يملكه من الواقف اه (قوله ولو جعله الخ) وفي إقرار الإسماعيلية فيمن أقرت بأن فلانا يستحق ربع ما يخصها من وقف كذا في مدة معلومة بمقتضى أنها قبضت منه مبلغا معلوما فأجاب : بأنه باطل لأنه بيع الاستحقاق المعدوم وقت الإقرار بالمبلغ المعين ، وإطلاق قولهم لو أقر المشروط له الربيع أنه يستحقه فلان دونه يصح ولو جعله لغيره لم يصح يقضى ببطلانه ، فإن الإقرار بعوض معاوضة اه ملخصا .

وفي الخصاص : فإن كان الواقف جعل أرضه موقوفة على زيد ثم من بعده على المساكين فأقر زيد بهذا الإقرار يعني بقوله جعلها وقفا على وعلى هذا الرجل بشاركه الرجل في الغلة أبدا ما كان حيا فإن مات زيد كانت للمساكين ، ولم يصدق زيد عليهم ، وإن مات المقر له وزيد في الحياة فالنصف الذي أقر به زيد للمساكين والنصف لزيد فإذا مات صارت الغلة كلها للمساكين وكذا لو أقر أنها على هذا الرجل وحده فالغلة كلها للرجل مادام زيد المقر حيا فإذا مات فللمساكين ولا يصدق عليهم وإنما يصدق على إبطال حق نفسه مادام حيا اه ملخصا ويظهر من هذا أن المصادقة على الاستحقاق تبطل بموت المقر لزوم الضرر على من بعده ، ولا تبطل بموت المقر له عملا بإقرار المقر على نفسه بقي ماله أقر جماعة مستحقون كثلاثة أخوة مثلا موقوف عليهم سوية ، فتصادقوا على أن زيدا منهم يستحق النصف ، فإذا مات زيد تبقى المصادقة وإن مات المقران تبطل وإن مات أحدهما تبطل في حصته فقط والذي يكثر وقوعه في زماننا المصادقة في النظر والذي يقتضيه النظر بطلانها بموت كل منهما ويرجع التوجيه إلى القاضي هذا ما ظهر لنا فتأمل (قوله كذا في نسخ المتن) أي بعضها وفي بعض نسخ المتن المغضوب منه (قوله من الكل) وقد تقدم قبل إقرار المريض (قوله بناء على إفتاء المفتي) وفي البرازية ظن وقوع الثلاث بإفتاء من

(١) (قول الشارح في الأول) أي للشق الأول وهو قوله في علمي أو فيما أعلم وهو أحسن في تفسيره بن علي فقط إذ لا فرق بينه وبين فيما أعلم اه .

إقرار المكره باطل إلا إذا أقر السارق مكرها فأفتى بعضهم بصحته ظهرياً .
 الإقرار بشيء محال وبالدين بعد الإبراء منه باطل ولو بمهر بعد هبتها له على الأشبه . نعم لو ادعى ديناً بسبب
 حادث بعد الإبراء للعام وإنه أقر به يلزمه ذكره المصنف في فتاويه .
 قلت : ومفاده أنه لو أقر ببقاء الدين أيضاً فحكمه كالأول وهي واقعة الفتوى فتأمل .
 الفعل في المرض أحط من فعل الصحة إلا في مسألة إسناد الناظر لغيره بلا شرط فإنه صحيح في المرض لا في
 الصحة تنمة وتماه في الأشباه وفي الوهبانية :

ليس بأهل ، فأمر الكاتب بصك الطلاق فكتب ، ثم أفتاه عالم بعدم الوقوع له أن يعود إليها في الديانة لكن
 القاضي لا يصدقه لقيام الصك سائحاً . (قوله بشيء محال) كما لو أقر له بأرش يده التي قطعها خمسمائة درهم ويده
 صحيحتان لم يلزمه شيء كما في حيل التارخانية ، وعلى هذا أفتيت ببطلان إقرار إنسان بقدر من السهام لو ارث ،
 وهو أزيد من الفريضة الشرعية لكونه محالاً شرعاً ، ولا بد من كونه محالاً من كل وجه وإلا فلو أقر أن لهذا الصغير
 على ألف درهم قرض أقرضنيه أو من ثمن مبيع باعنيه صحح الإقرار كما مر أشباه ما خصاً (قوله وبالدين) قيد به
 لأن إقراره بالعين بعد الإبراء العام صحيح مع أنه يبرأ من الأعيان في الإبراء العام كما ضرح به في الأشباه ، وتحقق
 الفرق في رسالة الشرنبلالي في الإبراء العام (قوله بعد هبتها له على الأشبه) قال في البرازية وفي المحيط : وهبت
 المهر منه ثم قال اشهدوا أن لها على مهرا كذا فاختار عند الفقيه ، أن إقراره جائز وعليه المذكور إذا قبلت لأن
 الزيادة لا تصح بلا قبولها والأشبه أن لا يصح : ولا تجعل زيادة بغير قصد الزيادة عن الحموى برهن أنه أبرأني عن
 هذه الدعوى ثم ادعى المدعى ثانياً أنه أقر لي بالمال بعد إبرأني فلو قال المدعى عليه أبرأني ، وقبالت الإبراء وقال
 صدقته فيه لا يصح الدفع يعني دعوى الإقرار ، ولو لم يقله يصح الدفع لاحتمال الرد والإبراء يرتد بالرد فيبقى المال
 عليه بخلاف قبوله إذ لا يرتد بالرد بعده جامع الفصولين ، لكن كلامنا في الإبراء عن الدين ، وهذا في الإبراء
 عن الدعوى : وفي الرابع والعشرين من التارخانية : ولو قال أبرأتك مما لي عليك فقال لك على ألف قد صدقت
 فهو برىء استحسننا لاحق لي في هذه الدار فقال كان لك سدس ، فاشتريتها منك فقال لم أبعه فله السدس ولو
 قال خرجت عن كل حق لي في هذه الدار أو برئت منه إليك أو أقررت لك ، فقال الآخر اشتريتها منك فقال لم
 أقبض الثمن فله الثمن اه وفيها عن العناية ولو قال : لاحق لي قيل برىء من كل عيب ودين وعلى هذا لو قال فلان
 برىء مما لي قبله دخل المضمون والأمانة ، ولو قال هو برىء مما لي عليه دخل المضمون دون الأمانة ولو قال هو
 برىء مما لي عنده فهو برىء من كل شيء أصله أمانة ، ولا يبرأ عن المضمون ولو ادعى الطالب حقاً بعد ذلك وأقام
 بينة ، فإن كان أرخ بعد البراءة تسمع دعواه وتقبل بينته ، وإن لم يؤرخ فالقياس أن تسمع وحمل على حق وجب
 بعدها وفي الاستحسان لا تقبل بينته (قوله ذكره المصنف في فتاويه) ونصه سئل عن رجلين صدر بينهما إبراء
 عام ، ثم إن رجلاً منهما بعد الإبراء العام أقر أن في ذمته مبلغاً معيناً للآخر فهل يلزمه ذلك أم لا ؟ أجاب : إذا
 أقر بالدين بعد الإبراء منه لم يلزمه كما في الفوائد الزينية نقلاً عن التارخانية نعم إذا ادعى عليه ديناً بسبب حادث
 بعد الإبراء العام وأنه أقر به يلزمه اه وانظر ما في إقرار تعارض البيئات لغانم البغدادي (قوله قلت ومفاده) أي
 مفاد تقييد اللزوم بدعواه بسبب حادث وقوله لو أقر ببقاء الدين أي بأن قال : ما أبرأني منه باق في ذمتي والفرق
 بين هذا وبين قوله السابق وبالدين بعد الإبراء منه أنه قال هناك بعد الإبراء لفلان على كذا تأمل (قوله ببقاء الدين)
 أي بعد الإبراء العام (قوله كالأول) أي الإقرار بالدين بعد الإبراء منه (قوله تنمة) اسم كتاب

أقر بمهر المثل في ضعف موته فبيئته الإيهاب من قبل تهدير
 وإسناد بيع فيه للصحة اقبلان وفي القبض من ثلث الترات يقدر
 وليس بلا تشهد مقرا نعهه ولو قال لا ظهر فخاف يسطر
 ومن قال ملكي ذا الذي كان منشأ ومن قال هذا ملك ذا فهو مظهر
 ومن قال لا دعوى لي اليوم عند ذا فما يدعى من بعد منها فنسكر

كتاب الصلح

مناسبتة أن إنكار المقر سبب للخصومة المستدعية للصلح (هو) لغة اسم من المصالحة وشرعا (عقد يرفع
 النزاع) ويقطع الخصومة (وركنه الإيجاب) مطلقا (والقبول) فيما يتعين أما فيما لا يتعين كالدراهم فيتم بلا قبول
 عناية وسيجيء (وشرطه العقل) لا البلوغ والحرية (فصيح من صبي مأذون إن عرى) صلحه (عن ضرر بين و)
 صبح (من عبد مأذون ومكاتب) لو فيه نفع (و) شرطه أيضا (كون المصالح عليه معلوما إن كان يحتاج

(قوله أقر بمهر المثل) قيد به إذا لو كان الإقرار بأزيد منه لم يصح (قوله الإيهاب) أي لو أقامت الورثة البيئته ومثله الإبراء
 كما حققه ابن الشحنة (قوله من قبل تهدير) أي في حالة الصحة أن المرأة وهبت مهرها من زوجها في حياته لا تقبل ،
 ولا يتأني هذا ما قدمه الشارح من بطلان الإقرار بعد الهبة لاحتمال أنه أبانها ثم تزوجها على المهر المذكور في هذه
 المسألة كذا قيل وفيه أن الاحتمال موجود ثمة (قوله وإسناد) قال في المنتقى لو أقر في المرض الذي مات فيه أنه
 باع هذا العبد من فلان في صحته ، وقبض الثمن وادعى ذلك المشتري ، فإنه يصدق في البيع ولا يصدق في قبض
 الثمن إلا بقدر الثلث هذه مسألة النظم إلا أنه أغفل فيه قيد تصديق المشتري ابن الشحنة مدني وقدمنا قبل نحو خمسة
 أوراق عن نور العين كلاما فراجع (قوله فيه) أي في ضعف الموت (قوله من ثلث الترات) أي الميراث (قوله
 تشهد) بإسكان الدال المهملة (قوله نعهه) بفتح النون وبالعين ورفع اللدال المشددة (قوله فخلف) برفع الخاء
 وإسكان اللام قال المقدسي ذكر محمد أن قوله لا تخبر فلانا أن له على ألفا إقرار وزعم السرخسي أن فيه روايتين
 سائحاتي (قوله منشأ) أي كان هبة (قوله مظهر) بضم الميم أي مقر :

كتاب الصلح

(قوله مطلقا) فيما يتعين وفيما لا يتعين (قوله بلا قبول) لأنه إسقاط وسيجيء قريبا (قوله وشرطه الخ)
 وشرطه أيضا قبض بدله إن كان ديناً بدين وإلا لا كما سيأتي في مسائل شتى آخر الكتاب فراجع ، وأوجه في الدرر
 هنا (قوله فصيح من صبي الخ) وكذا عنه بأن صالح لبوه عن داره وقد ادعاها مدع وأقام البرهان (قوله لو فيه
 نفع) لو قال لو لم يكن فيه ضرر بين لكان أولى ، ليشمل ما إذا لم يكن فيه نفع ، ولا ضرر أو كان فيه ضرر غير
 بين ط (قوله معلوما) قال في جامع الفصولين عازبا للمبسوط : الصلح على خمسة أوجه : صلح على دراهم
 أو دنالبر أو فلوس فيحتاج إلى ذكر القدر : الثاني : على بر أو كيل أو وزني مما لا حمل له ولا مؤنة ، فيحتاج إلى
 ذكر قدر وصفة إذ يكون جيدا أو وسطا أو رديئا فلا بد من بيانه . الثالث : على كيل أو وزني مما له حمل ومؤنة
 فيحتاج إلى ذكر قدر وصفة ومكان تسليمه عند أبي حنيفة كما في السلم . الرابع : صلح على ثوب ، فيحتاج إلى
 ذكر ذرع وصفة وأجل إذ الثوب لا يكون دينا إلا في السلم وهو حرف مؤجلا . الخامس : صلح على حيوان ولا يجوز

إلى قبضه) كون (المصالح عنه حقا يجوز الاعتياض عنه ولو) كان (غير مال كالفقاصص والتعزير معلوما كان)
المصالح عنه (أو مجهولا لا) يصح (لو) المصالح عنه (مما لا يجوز الاعتياض عنه) وبينه بقوله (كحق شفعة وحد
قذف وكفالة بنفس) ويبطل به الأول والثالث وكذا الثاني لو قبل الرفع للحاكم لاحد زنا وشرب مطلقا (وطلب
الصلح كاف عن القبول من المدعى عليه إن كان المدعى به مما لا يتعين بالتعيين) كالدرهم والدنانير وطلب الصلح
على ذلك ، لأنه إسقاط للبعض وهو يتم بالمسقط (وإن كان مما يتعين بالتعيين فلا بد من قبول المدعى عليه) لأنه
كالبيع بحر (وحكمه وقوع البراءة عن الدعوى ووقوع الملك في مصالح عليه) وعنه لو مقرا أو هو صحيح مع
إقرار أو سكوت أو إنكار فالأول حكمه (كبيع إن وقع عن مال بمال)

إلا بعينه إذ الصلح من التجارة والحيوان لا يصح ديناً فيها اه (قوله إلى قبضه) بخلاف مالا يحتاج إلى قبضه مثل
أن يدعى حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في أرض بيد المدعى فاصطالحا على ترك الدعوى جاز (قوله
والتعزير) أي إذا كان حقا للعبد (١) كما لا يخفى ح (قوله أو مجهولا) أي بشرط أن يكون مما لا يحتاج إلى التسليم
كثر الدعوى مثلا ، بخلاف مالا كان عن تسليم المدعى : وفي جامع الفصولين : ادعى عليه مالا معلوما ، فصالحه
على ألف درهم ، وقبض بدل الصلح وذكر في آخر الصلح ، وأبرأ المدعى عن جميع دعاواه وخصوماته إبراء
صحيحا عاما فقبل : لم يصح الصلح لأنه لم يذكر قدر المدعى فيه ، ولا بد من بيانه ليعلم أن هذا الصلح وقع معاوضة
أو إسقاطا أو وقع صرفا بشرط فيه التقابض في المجلس أولا وقد ذكر قبض بدل الصلح ولم يتعرض لمجلس الصلح
فع هذا الاحتمال لا يمكن القول بصحة الصلح وأما الإبراء فقد حصل على سبيل العموم فلا تسمع دعوى المدعى
بعين للإبراء العام لا للصلح اه و تقدم التصريح به في الاستحقاق وانظر ما كتبناه عن الفتح أو آخر أخبار العيب
(قوله كحق شفعة) إذ هو عبارة عن ولاية الطلب وتسليم الشفعة لقيمة له ، فلا يجوز أخذ المال في مقابلته
(قوله والثالث) هو إحدى الروايتين وبها يفق كما في الشرع بلالية عن الصغرى أما بطلان الأول فرواية واحدة
كما فيها أيضا عن الصغرى (قوله للحاكم) ظاهره أنه يبطل بالصلح أصلا ، وهو الذي في الشرع بلالية عن قاضي بخان ،
فإله قال بطل الصلح وسقط الحد إن كان قبل أن يرفع إلى القاضي ، وإن كان بعده لا يبطل الحد وقد سبق أنه إنما
سقط بالعفو ، لعدم الطلب حتى لو عاد وطلب حد ، إلا أن يحمل مافي الخالية على أنه لم يطلب بعد (قوله مطلقا)
قبل الرفع وبعده (قوله وطلب الصلح) فاعل طلب مستتر فيه والصلح مفعوله ولا حاجة إليه لأنه تكرار مع
مافي المتن (قوله على ذلك) وفي بعض النسخ هذه (قوله بالمسقط) هذا يفيد أنه لا يشترط الطاب كما لا يشترط
القبول ط (قوله وحكمه وقوع الخ) قال في البحر : . وحكمه في جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعى ،
سواء كان المدعى عليه مقرا أو منكرا وفي المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه إن كان مما لا يحتتمل التملك
كالمال ، وكان المدعى عليه مقرا به وإن كان مما لا يحتتمل التملك كالفقاصص فالحكم وقوع البراءة كما إذا كان منكرا
مطلقا (قوله ووقوع الملك) أي للمدعى أو المدعى عليه (قوله عليه) أي مطلقا ولو منكرا (قوله كبيع) أي
فتجرى فيه أحكام البيع ، فينظر إن وقع على خلاف جنس المدعى فهو بيع وشراء كما ذكر هنا وإن وقع على
جنسه فإن كان بأقل من المدعى ، فهو حظ وإبراء وإن كان مثله فهو قبض واستيفاء ، وإن كان بأكثر منه فهو
فضل وزبا اه من الزيلعي وملى قال في البحر : اعتبر بيعا إن كان على خلاف الجنس إلا في مستثنين وتماه فيه

(١) (قوله إذا كان حقا للعبد) أما إذا كان حقا لله تعالى كقبلة في أجنبية فالظاهر عدم صحة الصلح عنه وحرزه اه ط .

وحيث (فتجرى فيه) أحكام البيع ك (الشفعة والرد بعيب وخيار رؤية وشرط ويفسده جهالة البديل المصالح عليه لأجهالة) المصالح عنه لأنه يسقط وتشتت القدرة على تسليم البديل (وما استحق من المدعى) أى المصالح عنه (يرد المدعى حصته من العوض) أى البديل إن كلا فكلأ أو بعضا فبعضا (وما استحق من البديل يرجع) المدعى (بحصته من المدعى) كما ذكرنا لأنه معاوضة وهذا حكمها (و) حكمة (كأجارة) إن وقع (الصلح) عن مال (بمنفعة) كخدمة عبد وسكنى دار (فشرط التوكيل فيه) إن احتيج إليه وإلا لا كصبيغ ثوب (ويبطل بموت أحدهما وبهلاك المحل فى المدة) وكذا لو وقع عن منفعة بمال أو بمنفعة عن جنس آخر ابن كمال لأنه حكم الإجارة (والأخيران) أى الصلح بسكوت أو إنكار (معاوضة فى حق المدعى وفداء يمين وقطع نزاع فى حق الآخر) وحيث (فلا شفعة فى صلح عن دار مع أحدهما) أى مع سكوت أو إنكار لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعى فيدلى بحجته ، فإن كان للمدعى بيعة أقامها الشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة لأن بإقامة الحججة تبين أن الصلح كان فى معنى البيع ، وكذا لو لم يكن له بيعة فحلف المدعى عليه فنكل شربلاية (وتجب فى صلح)

(قوله فتجرى فيه) أى فى هذا الصلح منح فشمى المصالح عنه والمصالح عليه ، حتى لو صلح عن دار بدار وجبت فيها الشفعة ط (قوله وتشتت) فى موضع التعليل لقوله ويفسده جهالة البديل (قوله من المدعى) بالبناء للمفعول (قوله إن كلا الخ) أشار إلى أن من بيانية أو تبعية وكل مراد تأمل (قوله كما ذكرنا) أى أن كلا فكلأ أو بعضا فبعضا (قوله لأنه معاوضة) مقتضى المعاوضة أنه إذا استحق الثمن فإن مثليا رجوع بمثله أو قيميا بقيمته ولا يفسد العقد :

[فرع] قال فى البرازية ، وفى نظم الفقه : أخذ سارقا من دار غيره ، فأراد رفعه إلى صاحب المال ، فدفع له السارق مالا على أن يكف عنه يبطل ، ويرد البديل إلى السارق لأن الحق ليس له ، ولو كان الصلح مع صاحب السرقة برى من الخصومة بأخذ المال وحده السرقة لا يثبت من غير خصومة ويصح الصلح اه وفيها أيضا اتهم بسرقة وحبس فصالح ؛ ثم زعم أن الصلح ، كان خوفا على نفسه إن فى حبس الوالى تصح الدعوى ، لأن الغالب أنه حبس ظلما وإن فى حبس القاضى لا تصح ، لأن الغالب أنه يحبس بحق اه (قوله إن احتيج إليه) كسكنى دار (قوله بموت أحدهما) أى إن عقدها لنفسه بحر (قوله وبهلاك المحل) أى قبل الاستيفاء وتماه فى البحر (قوله لو وقع) كان ينبغى ذكره قبل قوله فشرط التوقيت فيه (قوله عن منفعة) يعنى أنه يصح الصلح ، فلو ادعى بجرى فى دار أو مسيلا على سطح أو شربا فى نهر ، فأقر أو أنكر ثم صالحه على شىء معلوم جاز كما فى القهستانى علائى شرح ملتقى كذا فى الهامش (قوله عن جنس آخر) كخدمة عبد عن سكنى دار (قوله فى حق المدعى) فبطل الصلح على دراهم بعد دعوى دراهم إذا تفرقا قبل القبض بحر (قوله عن دار) يعنى إذا ادعى رجل على آخر داره فسكت الآخر وأنكر فصالح عنها بدفع شىء لم تجب الشفعة لأنه يزعم أنه يستبقى الدار المملوكة على نفسه بهذا الصلح ويدفع خصومة المدعى عن نفسه ، لا أنه يشتريها وزعم المدعى لا يلزمه منح ادعى أرضا فى يد رجل بالإرث من أبيهما ، فجحد ذو اليد فصالحه أحدهما على مائة لم يشاركه الآخر ، لأن الصلح معاوضة فى زعم المدعى فداء يمين فى زعم المدعى عليه فلم يكن معاوضة من كل وجه فلا يثبت للشريك حق الشركة بالشك وفى رواية عن أبى (١) يشاركه نخاوية ملخصا (قوله وتجب) أى تجب الشفعة فى دار وقع الصلح عليها بأن تكون بدلا

(١) قوله (عن أبى) قد سقط من أصل نسخة المؤلف لفظ ما يضاف إليه أبى فتركت عمه بواضا لوضع فب ما يوجد فى الخالية

بعد مراجعتها اه من هامش الأصل .

وقع (عليهما بأحدهما) أو بإقرار ، لأن المدعى يأخذها عن المال فيؤاخذ برعه (وما استحق من المدعى رد المدعى حصته من العوض ورجع بالخصومة فيه) فيخاصم المستحق لخلو العوض عن الغرض (وما استحق من البديل رجع إلى الدعوى في كله أو بعضه) هذا إذا لم يقع الصلح بلفظ البيع فإن وقع به رجع بالمدعى لنفسه لا بالدعوى ؛ لأن إقدامه على المبايعة لإقرار بالملكية عيني وغيره (وهلاك البديل) كلاً أو بعضاً (قبل التسليم له) أي للمدعى (كاستحقاقه) كذلك (في الفصلين) أي مع إقرار أو سكوت وإنكار وهذا لو البديل مما يعين وإلا لم يبطل بل يرجع بمثله عيني (صالح عن) كذا نسخ المتن والشرح وصوابه على (بعض ما يدعيه) أي عين يدعيها لجوازه في الدين كما سيجيء فلو ادعى عليه داراً فصالحه على بيت معلوم منها فلو من غيرها صح قهستاني (لم يصح) لأن ما قبضه من عين حقه وإبراء عن الباقي والإبراء عن الأعيان باطل قهستاني وحيلة حصته ما ذكره بقوله (إلا بزيادة شيء) آخر كثوب ودرهم (في البديل) فيصير ذلك عوضاً عن حقه فيما بقي (أو) يلحق به (الإبراء عن دعوى الباقي)

(قوله بأحدهما) أي الإنكار والسكوت (قوله لخلو) علة لقوله رد المدعى حصته (قوله رجع) أي المدعى (قوله إلى الدعوى) إلا إذا كان مما لا يعين بالتحسين وهو من جنس المدعى به ، فحينئذ يرجع بمثل ما استحق ولا يبطل الصلح كما إذا ادعى ألفاً فصالحه على مائة وقبضها فإنه يرجع عليه بمائة عند استحقاقها ، سواء كان الصلح بعد الإقرار أو قبله كما لو وجدها ستوقه أو نهرجة بخلاف ما إذا كان من غير الجنس كالدينارين هنا إذا استحققت بعد الافتراق ، فإن الصلح يبطل وإن كان قبله رجع بمثلها ولا يبطل الصلح كالفلوس بحر (قوله رجع إلى الدعوى) إلا إذا كان المصالح عنه مما لا يقبل النقص فإنه يرجع بقيمة المصالح عليه كالتقصاص والعنق والذكاح والخلع كما في الأشباه عن الجامع الكبير ، وتام الكلام عليه في حاشية الحموي (قوله في كله) إن استحق كل العوض (قوله أو بعضه) إن استحق بعضه (قوله لأن إقدامه) أي المدعى عليه (قوله بالملكية) أي للمدعى بخلاف الصلح لأنه لم يوجد منه ما يدل على أنه أقر بالملك له إذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة (قوله كاستحقاقه) فيرجع بالمدعى أو بالدعوى در منتقى كذا في الهامش (قوله كذلك) أي كلاً أو بعضاً (قوله بعض ما يدعيه) أي وهو قائم وبأني حكم ما إذا كان هالكاً عند قول الماتن والصلح عن المنصوب الهالك وقال القهستاني : لأن المدعى بهذا الصلح استوفى بعض حقه وأبرأ عن الباقي والإبراء عن الأعيان باطل اه مدني (قوله أو يلحق) منصوب بأن مثل أو يرسل (قوله عن دعوى الباقي) قيد بالإبراء عن دعواه ، لأن الإبراء عن عينه غير صحيح ، كذا في المبسوط ابن ملك بأن يقول : برئت عنها أو عن خصومتي فيها أو عن دعوى هذه الدار ، فلا تسمع دعواه ولا بينته ، وأما لو قال أبرأتك عنها أو عن خصومتي فيها فإنه باطل ، وله أن يخاصم كما لو قال لمن بيده عبد برئت منه ، فإنه يبرأ ولو قال أبرأتك لا لأنه إنما أبرأه عن ضمانه كما في الأشباه من أحكام الدين .

قلت : ففرقوا بين أبرأتك ، وبرئت أو أنا برىء لإضافة البراءة لنفسه فتعم ، بخلاف أبرأتك لأنه خطاب الواحد ، فله مخاصمة غيره كما في حاشيتها معزياً للولوالجية شرح الملتقى : وفي البحر : الإبراء إن كان على وجه الإلشاء ، فإن كان عن العين بطل من حيث الدعوى ، فله الدعوى بها على المخاطب وغيره ، وبصح من حيث نفي الضمان ، فإن كان عن دعواها فإن أضاف الإبراء إلى المخاطب كأبرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتي فيها أو عن دعوى فيها لا تسمع دعواه على المخاطب فقط ، وإن أضافه إلى نفسه كقوله : برئت عنها أو أنا برىء فلا تسمع مطلقاً هذا لو على طريق الخصوص : أي عين مخصوصة فلو على العموم ، فله الدعوى على المخاطب وغيره كما

لكن ظاهر الرواية الصريحة مطلقاً شرابلية ، ومشى عليه في الاختيار وعزاه في العزيمة للبرازية وفي الجلالية لشيخ الإسلام وجعل ما في المتن رواية ابن سماعة وقولهم الإبراء عن الأعيان باطل معناه : بطل الإبراء عن دعوى الأعيان ولم يصير ملكاً للمدعى عليه ولذا لو ظفر بتلك الأعيان حل له أخذها لكن لا تسمع دعواه في الحكم وأما الصلح على بعض الدين فيصح ويبرأ عن دعوى الباقي أي قضاء لا ديانة فلذا لو ظفر به أخذه قهستاني وتماه في أحكام الدين من الأشباه وقد حققته في شرح الملتقى :

لو تباراً الزوجان عن جميع الدعاوى ، وله أعيان قائمة له الدعوى بها ، لأنه ينصرف إلى الديون لا الأعيان ، وأما إذا كان على وجه الإخبار كقوله : هو برىء مما لي قبله فهو صحيح متناول للدين والعين ، فلا تسمع الدعوى وكذا لا ملك لي في هذه العين ذكره في المبسوط والمحيط : فعلم أن قوله : لا أستحق قبله حقاً مطلقاً ولا دعوى يمنع الدعوى بالعين والدين لما في المبسوط لا حق لي قبله يشمل كل عين ودين فلو ادعى حقاً لم يسمع ما لم يشهدوا أنه بعد البراءة اه ما في البحر ملخصاً وقوله بعد البراءة يفيد أن قوله لا حق لي إبراء عام لا إقرار (قوله مطلقاً) أي سواء وجد أحد الأمرين أو لم يوجد فلا يسمع دعوى الباقي ح (قوله وقولهم) جواب سؤال وارد على كلام المأثور لا على ظاهر الرواية إذ لا تعرض للإبراء فيها وما تضمنه الصلح إسقاط للباقي لا إبراء فافهم (قوله عن دعوى الخ) كذا عبارة القهستاني ويجب إسقاط لفظ دعوى بقريئة الاستدراك الآتي. ونقل الحموي عن حواشي صدر الشريعة للحفيد معنى قولنا البراءة عن الأعيان لا تصح : أن العين لا تصير ملكاً للمدعى عليه لا أن يبقى المدعى على دعواه الخ أبو السعود وهذا أوضح مما هنا قال السائحاني : والأحسن أن يقال ، الإبراء عن الأعيان باطل ديانة لا قضاء قال في الهامش وعبارته في شرح الملتقى معناه : أن العين لا تصير ملكاً للمدعى عليه ، لا أنه يبقى على دعواه ، بل تسقط في الحكم كالصلح عن بعض الدين ، فإنه إنما يبرأ عن باقيه في الحكم لا في الديانة فلو ظفر به أخذه ذكره القهستاني والبرجندي وغيرهما . وأما الإبراء عن دعوى الأعيان فصحيح اه ما في الهامش وهو مخالف لما نقلناه عن شرح الملتقى آنفاً وفي الخلاصة : أبرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتى فيها أو عن دعواي فيها فهذا كله باطل حتى لو ادعى بعده تسمع ، ولو أقام بينة تقبل اه تأمل (قوله وأما الصلح) مقابل قوله أي عين يدعيها (قوله بعض الدين) قال المقدسي عن المحيط : له ألف فأنكره المطلوب فصالحه على ثلثائة من الألف صح ، ويبرأ عن الباقي قضاء لا ديانة ، ولو قضاها الألف فأنكر الطالب فصالحه بمائة صح ، ولا يجل له أخذها ديانة فيؤخذ من هنا . ومن أن الربا لا يصح الإبراء عنه ما بقيت عينه عدم صحة براءة علماء قضاء زماننا مما يأخذونه ، ويطلبون الإبراء فيبرءونهم بل ما أخذوه من الربا أعرق بجامع عدم الحل في كل :

واعلم أن عدم براءته في الصلح استثنى منه في الخالية ما لو زاد وأبرأتك عن البقية سائحاني ، ويظهر من هنا أن ما تضمنه الصلح من الإسقاط ليس إبراء من كل وجه وإلا لم يحتاج لقوله أبرأتك عن البقية (قوله أي قضاء) وحينئذ فلا فرق بين الدين والعين على ظاهر الرواية تأمل (قوله من الأشباه) قال فيها عن الخالية : الإبراء عن العين المنصوبة لإبراء عن ضمانها ، وتصير أمانة في يد الغاصب ولو كانت العين مستهلكة صح الإبراء وبرئ من قيمتها اه :

فقولهم : الإبراء عن الأعيان باطل معناه : أنها لا تكون ملكاً للإبراء ، وإلا فالإبراء عنها لسقوط ضمانها صحیح أو يحمل على الأمانة اه ملخصاً : أي أن البطلان عن الأعيان محله إذا كانت الأعيان أمانة ، لأنها إذا كانت أمانة لا تلحقه عهدتها ، فلا وجه للإبراء عنها تأمل :

(وضح) الصلح (عن دعوى المال مطلقا) ولو بإقرار أو بمنفعة (و) عن دعوى (المنفعة) ولو بمنفعة عن جنس آخر (و) عن دعوى (الرق وكان عقدا على مال) ويثبت الولاء لو بإقرار وإلا لا إلا بيينة درر . قلت : ولا يعود بالبينة رقبيا وكذا في كل موضع أقام بيينة بعد الصلح لا يستحق المدعى ، لأنه بأخذ البديل باختياره نزل بانعا فليحفظ (و) عن دعوى الزوج (النكاح) على غير مزوجة (وكان خلعيا) ولا يطيب لو مبطلا ويحل لها الزوج لعدم الدخول ولو ادعت المرأة فصالحها لم يصح وقاية ونقابة ودرر وملتقى ، وصححه في المجتبى والاختيار وصحح الصحة في درر البحار (وإن قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز صلحه عن نفسه) لأنه ليس من تجارته فلم يلزم المولى لكن يسقط به القود ويؤخذ بالبديل بعد عتقه

وحاصله : أن الإبراء المتعلق بالأعيان إما أن يكون عن دعواها وهو صحيح بلا خلاف مطلقا ، وإن تعلق بنفسها فإن كالت مغصوبة هالكة صح أيضا كالدين ، وإن كانت قائمة فعني البراءة عنها البراءة عن ضمانها لو هلكت وتصير بعد البراءة من عينها كالأمانة لا تضمن إلا بالتعدي عليها ، وإن كانت العين أمانة فالبراءة لانصح ديانة بمعنى أنه إذا ظفر بها ما لجبها أخذها ونصح قضاء فلا يسمع القاضي دعواه بعد البراءة هذا ملخص ما استفيد من هذا المقام ط وهو كلام حسن يرشدك إلى أن قول الشارح معناه محمول على الأمانة بقي لو ادعى عليه عينا في يده فأكر ، ثم أبراه المدعى عنها فهو بمنزلة دعوى الغصب لأنه بالإسكار صار غاصبا وهل تسمع الدعوى بعده لو قائمة الظاهر نعم (قوله ولو بإقرار) أي صح الصلح عن دعوى المال ، ولو كان الصلح بإقرار المدعى عليه وسواء كان الصلح عنه بمال أو بمنفعة وقوله هنا عنه أي عن المال (قوله أو بمنفعة) أي ولو بمنفعة (قوله وعن دعوى المنفعة) صورة دعوى المنافع : أن يدعى على الورثة أن الميت أوصى بخدمة هذا العبد ، وأنكر الورثة لأن الرواية محفوظة على أنه لو ادعى استنجار عين والمالك ينكر ثم صالح لم يجز اه وفي الأشباه الصلح جاز عن دعوى المنافع إلا دعوى إجارة كما في المستصفي اه رملى وهو مخالف لما في البحر تأمل (قوله عن جنس آخر) كالصلح عن السكنى على خدمة العبد ، بخلاف الصلح عن السكنى على سكنى ، فلا يجوز كما في العيني والزيلعي : قال السيد الحموي : لكن في الولو الجبية ما يخالفه حيث قال : وإذا ادعى سكنى دار مصالحة عن سكنى دار أخرى مدة معلومة جاز وإجارة السكنى بالسكنى لا تجوز قال : وإنما كان كذلك لأنهما ينعقدان تمليكاً بتمليك اه أبو السعود ذكره ابن ملك شرح النقاية مخالفا لما ذكره في شرحه على المجمع : قال في اليعتوبية : والموافق للكتب ما في شرح المجمع (قوله على مال) أي في حق المدعى وفي حق الآخر دفعا للخصومة بحر (قوله ولو بإقرار) أي من العبد (قوله لا يستحق المدعى) بالبناء للمفعول وسيأتي آخر الباب استثناء مسألة (قوله لأنه بأخذ البديل) بإضافة أخذ إلى البديل (قوله على غير مزوجة) لأنه لو كانت ذات زوج لم يصح الصلح وليس عليها العدة ولا تجديد النكاح مع زوجها كما في العمادية قهستاني (قوله وكان خلعيا) ظاهره أنه ينتقص عدد الطلاق فيملك عليها طلقين لو تزوجها بعد ، أما إذا كان عن إقرار فظاهر وأما إذا كان عن إسكار أو سكوت فعاملة له بزعمه فتدبر ط : (قوله لو مبطلا) هذا عام في جميع أنواع الصلح كفاية (قوله لم يصح) وأطال صاحب غاية البيان في ترجيحه حموي (قوله في درر البحار) وأقره في شرحه غرر الأفكار وعليه اقتصر في البحر فكان فيه اختلاف للصحیح ، وعبارة المجمع أو ادعت منع بكاحه فصالحها جاز وقيل لم يجز (قوله عمدا) قيد به لأنه لو كان القتل خطأ فالظاهر الجواز (١) لأنه يسلك به مسلك الأموال ط (قوله فلم يلزم المولى) قال المقدسي فإن

(١) (قوله فالظاهر الجواز) قال شيخنا الظاهر عدم الجواز لأن ما ذكره الشارح من التعليل في جواب العند يجرى هنا أيضا فيكون مثله اه .

(وإن قتل عبد له) أي للمأذون (رجلا عمدا وصالحه) المأذون (عنه جاز) لأنه من تجارته والمكاتب كالحر (والصلح
عنه المغصوب المالك على أكثر من قيمته قبل القضاء بالقيمة جاز) كصلحه بعرض (فلا تقبل بينة الغاصب بعده)
أي الصلح على (أن قيمته أقل مما صالح عليه) ولا رجوع للغاصب على المغصوب منه بشيء (لو تصادقا بعده
أنها أقل) بحر :

(ولو أعتق مؤسر عبدا مشتركا فصالح) المؤسر (الشريك على أكثر من نصف قيمته لا يجوز) لأنه مقدر
شرعا فبطل الفضل اتفاقا (كالصلح في) المسألة (الأولى) على أكثر من قيمة المغصوب (بعد القضاء بالقيمة)
فإله لا يجوز لأن تقدير القاضي كالشارع (وكذا لو صالح بعرض صح وإن كانت القيمة أكثر من قيمة مغصوب
تلف) لعدم الربا (و) صح (في) الجناية (العمد) مطلقا ولو في نفس مع إقرار (بأكثر من الدية والأرش)
أو بأقل لعدم الربا وفي الخطأ كذلك لانصح الزيادة لأن الدية في الخطأ مقدره حتى لو صالح بغير مقاديرها صح

أجازه صح سائحاني (قوله عبد) فاعل قتل (قوله المغصوب) أي القيمي لأنه لو كان مثليا فهلك ، فالصالح
عليه إن كان من جنس المغصوب لا يجوز الزيادة اتفاقا ، وإن كان من خلاف جنسه جاز اتفاقا ، وقيد بالهلاك
إذ لو كان قبله يجوز اتفاقا ابن ملك ، وسيدكره محترز قوله قبل القضاء وقيد بقوله على أكثر من قيمته ، لأنه
محل الخلاف .

وفي جامع الفصولين : غضب كبر أو ألف درهم فصالح على نصفه فلو كان المغصوب هالكا جاز الصلح
ولو قائما لكن غيبه أو أخفاه وهو مقر أو منكر جاز قضاء لا ديانة ولو حاضرا يراه لكن غاصبه منكر جاز
كذلك ، فلو وجد المالك بينة على بقية ماله قضى له به والصلح على بعض حقه في كيلى أو وزنى حال قيامه باطل
ولو أقر بغصبه وهو ظاهر ويقدر مالكة على قبضه فصالحه على نصفه على أن أبراه مما بقي جاز قياسا لا استحسانا
ولو صالحه في ذلك على ثوب ودفعه جاز في الوجوه كلها إذ يكون مشتريا للثوب بالمغصوب ، ولو كان المغصوب
قنا أو عرضا فصالح غاصبه مالكة على نصفه ، وهو مغيبه عن مالكة وغاصبه مقر أو منكر لم يجز إذ صلحه على
نصفه إقرار بقيامه ، بخلاف كيلى أو وزنى إذ يتصور هلاك بعضه دون بعضه عادة بخلاف ثوب وقن اه (قوله
من قيمته) ولو بغبن فاجش قال في غاية البيان بخلاف الغبن اليسير ، فإنه لما دخل تحت تقويم المقومين لم يعد ذلك
فضلا فلم يكن ربا أي عندهما (قوله بالقيمة جاز) لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس ، فلا يكون ربا
وهذا جاز عند الإمام خلافا لهما ، لأن حق المالك في المالك لم ينقطع ، ولم يتحول إلى القيمة فكان صلحا عن
المغصوب لا عن قيمته (قوله بعرض) أي سواء كانت قيمته كقيمة المالك أو أقل أو أكثر ، وإنما ذكرها الشارع
هنا مع أنها ستأتي متنا إشارة إلى أن محلها هنا (قوله مؤسر) قيد به ، لأنه لو كان معسرا يسعى العبد في نصفه
كما في مسكين (قوله وصح في الجناية العمد) شمل ما إذا تعدد القاتل أو انفرد حتى لو كانوا جماعة فصالح أحدهم
على أكثر من قدر الدية جاز وله قتل البقية والصالح معهم ، لأن حق القصاص ثابت على كل واحد منهم على
سبيل الانفرد تأمل رملى (قوله لعدم الربا) لأن الواجب فيه القصاص وهو ليس بمال (قوله كذلك) أي ولو
في نفس مع إقرار ح (قوله الزيادة) أفاد صحة النقص (قوله حتى لو صالح) أفاد أن الكلام فيها إذا صالح على
أحد مقادير الدية وصح مائة بغير (١) أو مائتا شاة أو مائتا حلة أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم كما في العزيمة

(١) (قوله على أحد مقادير الدية وصح مائة بغير) لعل الصواب وهو مائة بغير وكذا قوله أو مائتا شاة لعل صوابه ألف شاة

كما هو معلوم تأمل اه .

كيفما كان بشرط المجلس ائلا يكون ديننا بدين وتعيين القاضى أحدها بصير غيره كجنس آخر واو صالح على خر
فسد فتلزم الدية في الخطأ وبسقط القود لعدم ما يرجع إليه اختيار (وکل) زيد عمرا (بالصالح عن دم عمد أو
على بعض دين يدعيه) على آخر من مكيل وموزون (لزم بدله الموكل لأنه إسقاط فكان الوكيل سفيرا إلا أن
يضمنه الوكيل) فيؤخذ بزمانه (كما لو وقع الصلح) من الوكيل (عن مال بمال عن إقرار) فيلزم الوكيل لأنه
حينئذ كبيع (أما إذا كان عن إكراه لا) يلزم الوكيل مطلقا بخر ودرر (صلح عنه) فضولي (بلا أمر صح إن
ضمن المال أو أضاف) الصلح (إلى ماله أو قال على هذا أو كذا وسلم) المال صح وصار متبرعا في الكل إلا إذا
ضمن بأمره عزمي زاده (وإلا) يسلم في الصورة الرابعة

عن الكافي (قوله بشرط المجلس) أى بشرط القبض في المجلس ، وهذا مقيد بما إذا كان الصلح بمكيل أو موزون
كما قيده في العناية ح (قوله أحدها) كالإبل مثلا (قوله بصير) بضم الياء وفتح الصاد وكسر الياء المتددة فعمل
مضارع (قوله كجنس آخر) فلو قضى القاضى بمائة بعير فصالح القاتل عنها على أكثر من مائى بقرة ، وهى
عنده ودفعها جاز وتماه في الجوهره (قوله وبسقط القود) أى في العمد يعنى بصير الصلح الفاسد فيما يوجب
القود عفوا عنه وكذا على خنزير أو حر كما في الهندية سائحانى ؛ وهذا بخلاف ما إذا فسدت بالجواهر

قال في المنح : ثم إذا فسدت التسمية في الصلح كما لو صالح على دابة أو ثوب غير معين تجب الدية لأن التولى
لم يرض بسقوط حقه مجانا بخلاف ما إذا لم يسم شيئا أو سمى الخمر ونحوه حيث لا يجب شيء لما ذكرنا أى من أن
القصاص إنما يتقوم بالتقوم ولم يوجد (قوله ما يرجع إليه) إذ لادية فيه بخلاف الخطأ فإنه إذا بطل الصلح يرجع
إلى الدية المتقدمة قريبا (قوله أو على) نسخ المتن أو عن (قوله يدعيه على آخر) العبارة مقلوبة والصواب يدعيه
عليه آخر يدل عليه قوله لزم بدله الموكل (قوله فيؤخذ) أى ويرجع على الموكل به وكذا الصلح بالخلع وكذا
يرجع في الصورة التالية لهذه كما في المقدسى سائحانى (قوله فيلزم الوكيل) أى ثم يرجع به على الموكل (قوله لأنه
حينئذ كبيع) والحقوق فيه ترجع إلى المباشر فكذا ما كان بمنزلة (قوله مطلقا) سواء كان عن مال بمال أولا
ح (قوله صلح عنه فضولى الخ) هذا فيما إذا أضاف العقد إلى المصالح عنه لما في آخر تصرفات الفضولى من جماع
الفصواين ف الفضولى إذا أضاف العقد إلى نفسه يلزمه البديل ، وإن لم يضمنه ولم يضمنه إلى مال نفسه ولا إلى ذمة
نفسه وكذا الصلح عن الغير اه (قوله وسلم) أى في الأخيرة (قوله صح) مكرر بما في المتن .

وفي الدرر أما الأول فلأن الحاصل للمدعى عليه البراءة وفي حقها الأجنبي ، والمدعى عليه سواء ويجوز أن
يكون الفضولى أصيلا إذا ضمن كالفضولى بالخلع إذا ضمن البديل وأما الثانى فلأنه إذا أضافه إلى نفسه ، فقد
الزم تسليمه فصح الصلح وأما الثالث فلأنه إذا عينه للتسليم ، فقد اشترط له سلامة العوض ، فصار العقد تاما
بقبوله وأما الرابع فلأن دلالة التسليم على رضا المدعى فوق دلالة الضمان والإضافة لنفسه على رضاه اه باختصار
(قوله في الكل) فلو استحق العوض في الوجوه التى تقدمت أو وجده زبوا أو ستوقه لم يرجع على المصالح ، لأنه
متبرع التزم تسليم شيء معين ولم يلتزم الإيفاء عن غيره فلا يلزمه شيء آخر ولكن يرجع بالدعوى ، لأنه لم يرض
بتوك حقه مجانا إلا في صورة الضمان فإنه يرجع على المصالح ، لأنه صار ديننا في ذمته ولهذا لو امتنع من التسليم يجبر
عليه زيلعى (قوله بأمره) فيرجع على المصالح عنه إن كان الصلح بأمره بزازية فتقيد الضمان اتفاق وفيها الأمر
بالصلح والخلع أمر بالضمان لعدم توقف صحتهما على الأمر فيصرف الأمر إلى إثبات حتى الرجوع بخلاف الأمر بقضاء
الدين (١) اه (قوله عزمي) لم أجده فيه فليراجع (قوله وإلا يسلم) كان ينبغى أن يقول : وإلا يوجد شيء مما ذكر

(١) (قوله بخلاف الأمر بقضاء الدين) قال شيخنا : انظر ما لفرق مع أن الدين أيضا لا يتوقف صحة قضاءه على الأمر ، فكان
يلبغى أن يصرّف الأمر به إلى إثبات حق الرجوع فليعامل اه .

(فهو موقوف فإن أجازته المدعى عليه جاز و لزمه) البطل (وإلا بطل والخلع في جميع ما ذكرنا من الأحكام)
 الخمسة (كالصلح ادعى وقفية دار ولا بينة له فصالحه المنكر لقطع الخصومة جاز وطاب له) البطل (لو صادقا
 في دعواه وقيل) قائله صاحب الأجناس (لا) يطيب لأنه يبيع معنى وبيع الوقف لا يصح (كل صلح بعد صلح
 فالثاني باطل وكذا) النكاح بعد النكاح والحوالة بعد الحوالة و (الصلح بعد الشراء) والأصل أن كل عقد
 أعيد فالثاني باطل إلا في ثلاث مذكورة في بيوع الأشباه الكفالة والشراء والإجارة فلترجع (أقام) المدعى
 عليه (بينة بعد الصلح عن إنكار أن المدعى قال قبله) قبل الصلح (ليس لي قبل فلان حق فالصلح ماض)
 على الصحة .

(ولو قال) المدعى (بعده ما كان لي قبله) قبل المدعى عليه (حق بطل) الصلح بحر قال المصنف وهو مقيد

من الصور الأربعة كما يعلم مما نقلناه عن الدرر (قوله وإلا فهو موقوف) هذه صورة خامسة متروكة بين الجواز
 والبطلان ووجه الحصر كما في الدرر أن الفضولي إما أن يضمن المال أولا ، فإن لم يضمن فأما أن يضيف إلى ماله
 أولا فإن لم يصفه فلما أن يشير إلى نقد أو عرض أولا ، فإن لم يشر فلما أن يسلم العوض أولا فالصلح جاز في الوجوه
 كلها إلا الأخير وهو ما إذا لم يضمن البطل ، ولم يصفه إلى ماله ولم يشر إليه ولم يسلم إلى المدعى حيث لا يحكم بجواره
 بل يكون موقوفا على الاجازة إذ لم يسلم للمدعى عوض اه وجعل الصور الزيلعي أربعة وألحق المشار بالمضاف
 (دعواه الخمسة) التي خامستها قوله وإلا بطل أو التي خامستها قوله وإلا فهو موقوف بعد (١) قوله أو على هذا
 ويؤيده قول الشارح سابقا في الصورة الرابعة (قوله في دعواه) فيه أنه إذا كان صادقا في دعواه كيف يطيب له
 وفي زعمه أنها وقف وبطل الوقف حرام تملكه من غير مسوغ فأخذه مجرد رشوة ليكف دعواه ، فكان كما إذا
 لم يكن صادقا وقد يقال إنه إنما أخذه ليكف دعواه لا ليبطل وقفته ، وعسى أن يوجد مدع آخر ط :

قلت : أطلق في أول وقف الحامدية الجواب بأنه لا يتضح قال : لأن المصالح يأخذ بدل الصلح عوضا عن
 حقه على زعمه فيصير كالمعاوضة ، وهذا لا يكون في الوقف لأن الموقوف عليه لا يملك الوقف ، فلا يجوز له بيعه
 فهنا إن كان الوقف ثابتا فالاستبدال به لا يجوز وإلا فهذا يأخذ بدل الصلح لآخر حتى ثابت فلا يصح ذلك على
 حال كذا في جواهر الفتاوى اه ثم نقل الحامدي ما هنا ثم قال فتأمل اه وانظر ما كتبناه في باب البيع الفاسد عن
 النهر عند قوله بخلاف بيع فن ضم إلى مدبر (قوله كل صلح بعد صلح) المراد الصلح الذي هو إسقاط أموال اصطلاحا
 على عوض ثم على عوض آخر فالثاني هو الجاز وانفسخ الأول كالبيع نور العين عن الخلاصة (قوله فالثاني باطل) قاله
 القاضي الإمام (قوله وكذا النكاح الخ) وتماه في جامع الفصولين في الفصل العاشر كذا في الهامش (قوله بعد النكاح)
 وفيه خلاف فقيل تجب التسمية الثالثة وقيل كل منهما (قوله والحوالة الخ) بأن كان له على آخر ألف فأحال عليه
 بها شخصا ثم أحال عليه بها شخصا آخر شيئا (قوله بعد الشراء) أي بعد ما اشترى المصالح عنه (قوله إلا في ثلاث)
 قلت : زاد في الفصولين وقيدته في القنية بأن يكون الثاني أكثر ممنا من الأول أو أقل أو بمنس آخر ، وإلا فلا يصح
 أشباه (قوله والإجارة الخ) أي من المستأجر الأول فهي نسخ الأولى أشباه (قوله ليس لي قبل) بكسر ففتح
 (قوله ما كان لي قبله) بكسر ففتح أيضا (قوله قال المصنف) نصه وفي العمادية ادعى فالنكر فصالحه ثم ظهر
 بعده أن لاشي عليه بطل الصلح اه :

(١) (قوله بعد الخ) يشهد به الدال لا ظرفا أي بجمل الإشارة صورة مستقلة غير داخلية في الإضافة وأما لو جعلت هي والإضافة

صورة واحدة يحتاج في إتمامها خمسة إل جعل وإلا بطل صورة خامسة اه .

لإطلاق العماوية ثم نقل عن دعوى البزازية أنه لو ادعى الملك بجهة أخرى لم يبطل فيحرق (والصلح عن الدعوى الفاسدة يصح وعن الباطلة لا) والفاسدة ما يمكن تصحيحها بحر وحرر في الأشباه أن الصلح عن إنكار بعد دعوى فاسدة فاسدا لا في دعوى بمجهول فجاز فليحفظ (وقيل اشترط صحة الدعوى لصحة الصلح غير صحيح مطلقا) فيصح الصلح مع بطلان الدعوى كما اعتمده صدر الشريعة آخر الباب وأقره ابن الكمال وغيره في باب الاستحقاق كما مر فراجع (وضح الصلح عن دعوى حق الشرب

أقول : يجب أن يقيد قوله ثم ظهر بغير الإقرار قبل الصلح لما تقدم من مسألة المختصر ، وبه صرح مولانا صاحب البحر ، ولا يخفى أن علة مضي الصلح على الصحة في مسألة المن المتقدمة عدم قبول الشهادة (١) لما فيه من التناقض ، فلا يظهر حينئذ أن لاشيء عليه فلم تشملها عبارة العماوية فافهم (قوله عن دعوى البزازية) ونصها وفي المنتقى ادعى ثوبا وصالح ، ثم برهن المدعى عليه على إقرار المدعى أنه لاحق له فيه إن على إقراره قبل الصلح فالصلح صحيح وإن بعد الصلح يبطل الصلح ، وإن علم الحاكم إقراره بعدم حقه ولو قبل الصلح يبطل الصلح وعلمه بالإقرار السابق كإقراره بعد الصلح هذا إذا اتحد الإقرار بالملك بأن قال لاحق لي بجهة الميراث ثم قال : إنه ميراث لي عن أبي فأما غيره إذا ادعى ملكا لاجهة الإرث بعد الإقرار بعدم الحق بطريق الإرث بأن قال حتى بالشراء أو بالهبة لا يبطل اه (قوله فيحرق) مانقله عن البزازية لاحتياج إلى تحرير ، لأنه تقييد مفيد ولعله أراد تحرير مقاله المصنف من تقييد ما في العماوية فإنه غير ظاهر كما علمت والله أعلم (قوله والفاسدة) مثال الدعوى التي لا يمكن تصحيحها لو ادعى أمة فقالت : أنا حرة الأصل فصالحها عنه ، فهو جاز وإن أقامت بينة على أنها حرة الأصل بطل الصلح ، إذ لا يمكن تصحيح هذه الدعوى بعد ظهور حربة الأصل : ومثال الدعوى التي يمكن تصحيحها : لو أقامت بينة أنها كانت أمة فلان أعتمها عام أول وهو يملكها بعد ما ادعى شخص أنها أمته لا يبطل الصلح لأنه يمكن تصحيح دعوى المدعى وقت الصلح بأن يقول إن فلانا الذي أعنتك كان غصبك مني حتى لو أقام بينة على هذه الدعوى تسمع حوى مدني وقوله هنا وهو يملكها جملة حالية (قوله وحرر الخ) هذا التحرير غير محرر ورده الرمي وغيره بما في البزازية والذي استقر عليه فتوى أئمة خوارج أن الصلح عن دعوى فاسدة لا يمكن تصحيحها لا يصح والتي يمكن تصحيحها كما إذا ترك ذكر أحد الحدود يصح اه وهذا ما ذكره المصنف ، وقد علمت أنه الذي اعتمده صدر الشريعة وغيره فكان عليه المعول (قوله وقيل الخ) الأخصر أن يقال وقبل يصح مطلقا (قوله آخر الباب) فيه نظر فإن عبارته هكذا ومن المسائل المهمة أنه هل يشترط لصحة الصلح صحة الدعوى أم لا فبعض الناس يقولون يشترط لكن هذا غير صحيح ، لأنه إذا ادعى حقا مجهولا في دار فصول على شيء يصح الصلح على ما مر في باب الحقوق والاستحقاق ، ولا شك أن دعوى الحق المجهول دعوى غير صحيحة وفي الذخيرة مسائل تؤيد ما قلنا : أي فالمتبادر أنه أراد الفاسدة بدليل التمثيل لأنه يمكن تصحيحها بتعيين الحق المجهول وقت الصلح وفي حاشية الرمي على المنع بعد نقله عبارته :

أقول : هذا لا يوجب كون الدعوى الباطلة كالفاسدة إذ لا وجه لصحة الصلح عنها كالصلح عن دعوى حد أو ربا وحلوان الكاهن ، وأجرة النائحة والمغنية الخ وكذا ذكر الرمي في حاشيته على الفصولين نقلنا عن المصنف بعد ذكره عبارة صدر الشريعة قال مانصه فقد أفاد أن القول باشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح ضعيف اه

(١) (قوله عدم قبول الشهادة الخ) وحيث لم تقبل الشهادة لا يقال ظهر أن لاحق وحينئذ فلا تكون هذه الصورة من موضوع كلام العماوية لأن موضوعه فيما إذا ظهر أن لاحق فتكون عبارة العماوية هي عين الشق الثاني في كلام المصنف فكيف يكون لها طاه

وحق الشفعة وحق وضع الجذاع على الأصح) الأصل أنه متى توجهت اليمين نحو الشخص في أي حق كان فافتدى اليمين بدراهم جاز حتى في دعوى التعزير مجتبي بخلاف دعوى حد ونسب درر (الصلح إن كان بمعنى المعاوضة) بأن كان دينار بعين (ينتمض بنقضهما) أي بفسخ المتصالحين (وإن كان لا بمعناها) أي المعاوضة بل استيفاء البعض وإسقاط البعض (فلا) تصح إقالته ولا نقضه لأن الساقط لا يعود قنية وصيرفية فليحفظ :
(ولو صالح عن دعوى دار على سكنى بيت منها أبدا أو صالح على دراهم إلى الحصاد أو صالح مع المودع بغير دعوى الهلاك لم يصح الصلح) في الصور الثلاث سراجية قيد بعدم دعوى الهلاك لأنه لو ادعاه وصالحه قبل اليمين صح به يفتى خائبة (وبصح) الصلح (بعد حلف المدعى عليه دفعا للنزاع)

(قوله وحق الشفعة) أي دعوى حقتها لدفع اليمين بخلاف الصالح عن حقتها الثابت كما مر (قوله دينا بعين) وفي بعض النسخ بدين (قوله وصيرفية) الأولى الاقتصار على العزو إلى القنية ، لأنه في الصيرفية نقل الخلاف في الصحة وعدمها مطلقا وأما في القنية فقد حكى القولين ثم وفق بينهما بما هنا فقال الصواب أن الصالح إن كان الخ (قوله على سكنى بيت) قيد بالسكنى لأنه لو صالحه على بيت منها كان وجه عدم الصحة كونه جزءا من المدعى بناء على خلاف ظاهر الرواية الذي مشى عليه في المتن سابقا وقيد بقوله أبدا ومثله حتى يموت كما في الخائبة لأنه لو بين المدة يصح لأنه صالح على منفعة فهو في حكم الإجارة فلا بد من التوقيت كما مر وقد اشبه الأمر على بعض المحشين (قوله إلى الحصاد) لأنه بيع معنى فتضر جهالة الأجل (قوله بغير دعوى) أي الدعوى من المودع (قوله وبصح الصالح) أي لو ادعى مالا فأنكر وحلف ثم ادعاه عند قاض آخر فأنكر فصالح صح ولا ارتباط لهذه بمسألة الوديعه قال المودع ضاعت الوديعه أو رددتها وأنكر ربه الرد أو الهلاك صدق المودع بيمينه ، ولا شيء عليه فلو صالح ربه بعد ذلك على شيء فهو على أربعة وجوه . أحدها : أن يدعى ربه الأبداع وجحد المودع ، ثم صالحه على شيء معلوم جاز اتفاقا . الثاني : أن يدعى الوديعه وطالبه بالرد فأقر المودع بالوديعه وسكت ولم يقل شيئا ورب المال يدعى عليه الاستهلاك ثم صالحه على شيء معلوم جاز أيضا وفاقا : الثالث : أن يدعى عليه الاستهلاك ، وهو يدعى الرد أو الهلاك ، ثم صالحه على معلوم جاز عند محمد وأبي يوسف آخره ولم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف أولا وبه يفتى ، وأجمعوا على أنه لو صالح بعد ما حلف أنه رد الوديعه أو هلكت لا يجوز الصالح إنما الخلاف فيما أو صالح قبل اليمين : الرابع : أن يدعى المودع الرد أو الهلاك ورب المال سكت ولم يقل شيئا فعند أبي يوسف لا يجوز الصلح ، وعند محمد يجوز قال المودع بعد الصلح : كنت قلت قبل الصلح أنها هلكت أو رددتها فلم يصح الصلح على قول أبي حنيفة وقال رب المال ما قلت ، فالقول للمنكر ولا يبطل الصلح خائبة ، هذا إرأيت في الخائبة بنوع اختصار ورأيت في غيرها معزوا إليها كذلك ، ونقلها في المنع لكن سقط من عبارته شيء احتل به المعنى ، فإنه قال في الوجه الثالث جاز الصلح في قول محمد وأبي يوسف الأول ، وعليه الفتوى ، والذي رأيت في الخائبة أن الفتوى على عدم الجواز وبقي خامسة ذكرها المتقدم : وهي ادعى ربه الاستهلاك ، فسكت فصلحه جائز لكن هذا هو الثاني في الخائبة .

ثم اعلم أن كلام المان والشارح غير محمر لأن قوله بغير دعوى الهلاك شامل للمجود والسكوت ودعوى الرد وهو الوجه الأول والثاني وأحد شق الثالث والرابع ، وقد علمت أنه في الأول ، والثاني جائز اتفاقا ولا يجوز في أحد شق الثالث والرابع على الراجح :
والصواب أن يقول بعد دعوى الرد أو الهلاك بإسقاط غير والتعبير ببعده وزيادة الرد فيدخل فيه الوجه الثالث بناء على المفتى به والوجه الرابع بناء على قول أبي يوسف ، وهو المعتمد لتقديم صاحب الخائبة إياه كما هو عادته

بإقامة البينة ولو برهن المدعى بعده على أصل الدعوى لم تقبل إلا في الوصي عن مال اليتيم على الإنكار إذا صالح على بعضه ثم وجد البينة فإنها تقبل ولو بلغ الصبي، فأقامها تقبل ولو طلب يمينه لا يحاف أشباه (وقيل لا) جزم بالأول في الأشباه، وبالثاني في السراجية وحكماهما في القنية مقدما الأول (طلب الصلح والإبراء عن الدعوى لا يكون إقرارا) بالدعوى عند المتقدمين وخالفهم المتأخرون والأول أصح بزاية (بخلاف طلب الصلح) عن المال (والإبراء عن المال) فإنه إقرار أشباه (صلح عن عيب) أو دين (وظهر عدمه) أو زال العيب (بطل الصلح) ويرد ما أخذه أشباه ودرر.

فصل في دعوى الدين

(الصلح الواقع على بعض جنس ماله عليه) من دين أو غصب (أخذ لبعض حقه وخط لباقيه لا معاوضة للربا) وحينئذ (فصح الصلح بلا اشتراط قبض بدله عن ألف حال على مائة حالة أو على ألف مؤجل وعن ألف جباد على مائة زيوف ولا يصح عن دراهم على دنائير مؤجلة) لعدم الجنس فكان صرفا فلم يجز نسيئة

وقوله لأنه لو ادعاه أى الهلاك شامل لما إذا ادعى المالك الاستهلاك؛ وهو أحد شقي الوجه الثالث أو سكت وهو أحد شقي الرابع وعلمت ترجيح عدم الجواز فيهما فتقوله: صح به يفتى في غير محله وقوله: وصالحه قبل البين هذا وارد على إطلاق المتن أيضا ورأيت عبارة الأشباه نحو ما استصوبته ونصها الصلح عقد يرفع النزاع، ولا يصح مع المودع بعد دعوى الهلاك إذ لا نزاع، ثم رأيت عبارة متن المجمع مثل ما قلته ونصها وأجاز صلح الأجير الخاص والمودع بعد دعوى الهلاك أو الرد والله الحمد (قوله بإقامة) متعلق بالنزاع (قوله بعده) أى الصلح (قوله فلإنها تقبل) أفاد أنها لو موجودة عند الصلح وفيه غبن لا يصح الصلح وبه صرح في البزاية سائحاني (قوله وأو طلب) أى الصبي بعد بلوغه (قوله وقيل لا) وجه بأن البين بدل المدعى فإذا حلفه فقد استوفى البدل حموى عن القنية (قوله في السراجية) وكذا جزم به في البحر قال الحموى: وما مشى عليه في الأشباه رواية محمد عن أبي حنيفة وما مشى عليه في البحر قولهما وهو الصحيح كما في معين المفتى اه (قوله للأول) صوابه للثاني على ما نقله الحموى (قوله والإبراء) الواو هنا وفيها بعده بمعنى أو حموى (قوله عن عيب) أى عيب كان لا خصوص البياض قال وتماه في المنع.

فصل في دعوى الدين

(قوله في دعوى الدين) الأولى في الصلح عن دعوى الدين قال في المنع لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص، وهو دعوى الدين لأن الخصوص أبدأ يكون بعد العموم اه (قوله على بعض الخ) قيد ببعض فأفاد أنه لا يجوز على الأكثر، وأنه يشترط معرفة قدره لكن قال في غاية البيان عن شرح الكافي: ولو كان لرجل على رجل دراهم لا يعرفان وزنها، فصالحه منها على ثوب أو غيره فهو جائز، لأن جهالة المصالح عنه لا تمنع من صحة الصلح، وإن صالحه على دراهم فهو فاسد في القياس، لأنه يحتمل أن بدل الصلح أكثر منه ولكني أستحسن أن أجيزه، لأن الظاهر أنه كان أقل مما عليه، لأن يبنى الصلح على الخط والإغراض، فكان تقديرهما بدل الصلح بشيء دلالة ظاهرة على أنهما عرفاه أقل مما عليه وإن كان قدر ما عليه بنفسه اه (قوله من دين) أى بالبيع أو الإجارة أو القرض فهستاني (قوله وخط لباقيه) فلو قال المدعى للمدعى عليه المنكر: صالحتك

(أو عن ألف مؤجل على نصفه حالا) إلا في صلح المولى مكاتبه فيجوز زيلعي. (أو عن ألف سود على نصفه أيضا) والأصل أن الإحسان إن وجد من الدائن فإسقاط وإن منهما معاوضة (قال) لغريمه (أد إلى خمسمائة غدا من ألف لي عليك على أنك برىء من) النصف (الباقى فقبل) وأدى فيه (برىء وإن لم يؤد ذلك في الغد عاد دينه) كما كان لفوات التقييد بالشرط ووجوهها خمسة أحدها هذا (و) الثاني (إن لم يؤقت) بالغد (لم يعد) لأنه إبراء مطلق (و) الثالث (كذا لو صالحه من دينه على نصفه يدفعه إليه غدا وهو برىء مما فضل على أنه إن لم يدفعه غدا فالكل عليه كان الأمر) كالوجه الأول (كما قال) لأنه صرح بالتقييد والرابع (فلن أبرأه عن نصفه على أن يعطيه ما بقى غدا فهو برىء أدى الباقى) في (الغد أولا) لبداءته بالإبراء لا بالأداء (و) الخامس (لو علق بصريح الشرط كأن أديت إلى) كذا (أو إذا أو متى لا يصح) الإبراء لما تقرر أن تعليقه بالشرط صريحا باطل لأنه تمليك من وجه (وإن قال) المديون (لآخر سرا لا أقر لك بمالك حتى تؤخره حتى أو تحط) عنى (ففعّل) الدائن التأخير أو الحط (صح) لأنه ليس بمكروه عليه :

(ولو أعلن ما قاله سرا أخذ منه الكل للحال) ولو ادعى ألفا وجحد فقال أقرر لي بها على أن أحط منها مائة جاز ، بخلاف على أن أعطيك مائة لأنها رشوة ، ولو قال إن أقررت لي حطت لك منها مائة فأقر صح الإقرار لا الحط مجبى (الدين المشترك) بسبب متحد كتمن مبيع بيع

على مائة من ألف عليك كان أخذ المائة إبراء عن تسعمائة وهذا قضاء لادبانية إلا إذا زاد أبرأتك قهستاني وقدمنا مثله معزوا للخانية (قوله حالا) لأنه اعتياض عن الأجل وهو حرام (قوله فيجوز) لأن معنى الإرفاق فيما بينهما أظهر من معنى المعاوضة فلا يكون هذا مقابلة الأجل ببعض المال ولكنه إرفاق من المولى بحط بعض المال ومساهلة من المكاتب فيما بقى قبل حلول الأجل ليتوصل إلى شرف الحرية (قوله معاوضة) أى ويجرى فيه حكمها فإن تحقق الربا أو شبهته فسدت ، وإلا صححت ط قال ط : بأن صالح على شيء هو أدون من حقه قدرأ أو وصفاً أو وقتا وإن منهما : أى من الدائن والمدين بأن دخل في الصلح مالا يستحقه الدائن من وصف كالبيض بدل السود أو ما هو في معنى الوصف كتعجيل المؤجل أو عن جنس بخلاف جنسه اه (قوله لم يعد) أى الدين مطلقا أدى أو لم يؤد (قوله ما بقى غدا) لو قال : أبرأتك عن الخمسة على أن تدفع الخمسة حالة إن كانت البشرية حالة صح الإبراء لأن أداء الخمسة يجب عليه حالا فلا يكون هذا تعليق الإبراء بشرط تعجيل الخمسة ولو مؤجلة بطل الإبراء إذا لم يعطه الخمسة جامع الفصولين كذا في الهامش (قوله بصريح الشرط) قال القهستاني وفيه إشعار بأنه لو قدم الجزاء صح في الظهيرية لو قال : حطت عنك النصف إن نقدت إلى نصفها فإنه حط عندهم وإن لم يتقده سائغاني (قوله كان أديت) الخطاب للغريم ومثله الكفيل كما صرخ به الإسيبجاني في شرح الكافي قاضيخان في شرح الجامع قال في غاية البيان وفيه أوع إشكال لأن إبراء الكفيل إسقاط محض ولهذا لا يرتد برده فينبغى أن يصح تعليقه بالشرط إلا أنه كإبراء الأصيل من حيث إنه لا يحلف به كما يحلف بالطلاق فيصح تعليقه بشرط متعارف لا غير المتعارف ، ولذا قلنا إذا كفل بمال عن رجل وكفل بنفسه أيضا على أنه إن وافى بنفسه غدا فهو برىء عن الكفالة بالمال فوافق بنفسه برىء عن المال لأنه تعليق بشرط متعارف فصح اه (قوله بمكروه عليه) لأنه لو شاء لم يفعل إلا أن يجد البينة أو يحلف الآخر فينكل عن اليمين إتقاني (قوله أخذ منه) يفيد أن قول المدعى عليه لا أقر لك بمالك الخ إقرار ، ولذا قال في غاية البيان قالوا في شروح الجامع الصغير : وهذا إنما يكون في السر أما إذا قال ذلك علانية يؤخذ بإقراره اه (قوله الدين المشترك) قيد بالدين لأنه لو كان الصلح عن عين مشتركة يخص المصالح ببديل الصالح ، وليس لشريكه أن يشاركه فيه ، لسكوله معاوضة من كل وجه ، لأن المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين زيلعي فليحفظ ، فإنه كثير الوقوع . وفي الخانية : رجلا ن ادعى أرضا أو دارا في يد رجل

صفقة واحدة أو دين موروث أو قيمة مستهلك مشترك (إذا قبض أحدهما شيئاً منه شاركه الآخر فيه) إن شاء أو اتبع الغريم كما يأتي وحيلته (فلو صالح أحدهما عن نصيبه على ثوب) أى خلاف جنس الدين (أخذ الشريك الآخر لصفه إلا أن يضمن) له (ربع) أصل (الدين) فلا حق له في الثوب (ولو لم يصلح بل اشترى بنصفه شيئاً ضمنه) شريكه (الربع) لقبضه النصف بالمقاصة (أو اتبع غريمه) في جميع ما مر لبقاء حقه في ذمته .

(وإذا أبرأ أحد الشريكين الغريم عن نصيبه لا يرجع) لأنه إتلاف لا قبض (وكذا) الحكم (إن) كان للمديون على أحدهما دين قبل وجوب دينهما عليه حتى (وقعت المقاصة بدينه السابق) لأنه قاض لا قاض (ولو أبرأ) الشريك المديون (عن البعض قسم الباقي على سهامه) ومثله المقاصة ولو أجل نصيبه صح عند الثاني والغصب والاستتجار بنصيبه قبض لا الزوج والصلح عن جنابة عمد وحيلة اختصاصه بما قبض أن يهبه الغريم

وقالا : هي لنا ورثناها من أبينا فمحمد الذي هي في يده فصالحه أحدهما عن حصته على مائة درهم فأراد الابن الآخر أن يشاركه في المائة لم يكن له أن يشاركه لأن الصلح معاوضة في زعم المدعى فداء عن اليمين في زعم المدعى عليه فلم يكن معاوضة من كل وجه فلا يثبت للشريك حق الشركة بالشك ، وعن أبي يوسف في رواية لشريكه أن يشاركه في المائة اهـ (قوله صفقة واحدة) بأن كان لكل واحد منهما عين على حدة أو كان لهما عين واحدة مشتركة بينهما وباعا الكل صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما زيلعي . واحترز بالصفقة الواحدة عن الصفقتين حتى لو كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة درهم ، وباع الآخر نصيبه من ذلك الرجل بخمسمائة درهم وكتبنا عليه صكاً واحداً بألف وقبض أحدهما منه شيئاً لم يكن للآخر أن يشاركه لأنه لا شركة لهما في الدين لأن كل دين وجب بسبب على حدة عزيمة وتماه في المنح (قوله موروث) أو كان موصى به لهما أو بدل فرضهما أبو السعود عن شيخه (قوله أو اتبع الغريم) فلو اختار اتباعه ثم توى نصيبه بأن مات الغريم مفلساً رجع على القابض بنصف ما قبض ولو من غيره بجر وراجع الزيلعي (قوله أى خلاف الخ) لأنه لو صالح على جنسه يشاركه فيه أو يرجع على المدين وليس للقابض فيه خيار لأنه بمنزلة قبض بعض الدين زيلعي (قوله نصفه) أى نصف الدين من غريمه أو أخذ نصف الثوب منح (قوله إلا أن يضمن) أى الشريك المصالح (قوله ربع أصل الدين) أفاد أن المصالح غير إذا اختار شريكه اتباعه فإن شاء دفع له حصته من المصالح عليه ، وإن شاء ضمن له ربع الدين ولا فرق بين كون الصلح عن إقرار أو غيره (قوله مامر) أى في مسألة القبض أو الصلح والشراء (قوله قبل وجوب الخ) أما لو كان حادثاً حتى التقيا قصاصاً فهو كالقبض بجر (قوله عليه) أى على المديون (قوله المديون) بالنصب مفعول أبرأ (قوله قسم الباقي الخ) حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فأبرأه أحد الشريكين عن نصف نصيبه كان له المطالبة بالخمسة وللصاكت المطالبة بالعشرة كذا في الهامش (قوله على سهامه) أى الباقية لأصلها سائحاني (قوله ومثله بالمقاصة) بأن كان للمديون على الشريك خمسة مثلاً قبل هذا الدين فإن القسمة على ما بقى بعد المقاصة (قوله والغصب) أى إذا غصب أحدهما من المديون شيئاً ثم أتلفه شاركه الآخر لأنه يملكه من وقت الغصب عند أداء الضمان ، وكذا لو استأجر أحدهما منه داراً بحصته سنة وسكنها وكذا خدمة العبد وزراعة الأرض ، وكذا لو استأجره بأجر مطلق وروى ابن سماعه عن محمد لو استأجر بحصته لم يشاركه الآخر وجعته كالنكاح وتماه في شرح الهداية (قوله لا الزوج) أى تزوج المديونة على نصيبه فإنه إتلاف في ظاهر الرواية بخلاف ما إذا تزوجها على دراهم لأنها صارت قصاصاً وهو كالاتيفاء إتقاني (قوله جنابة عمد) أى أوجنى أحدهما عليه جنابة عمد فيها دون النفس أرشها مثل دين الجاني ، فصالحه على نصيبه وكذا لو فيها قصاص إتقاني

قدر دينه ثم يبرئه أو يبيعه به كفا من تمر مثلا ثم يبرئه ملتقط وغيره ومرث في الشركة (صالح أحد ربي السلم عن نصيبه على ما دفع من رأس المال فإن أجازته الشريك) الآخر (نقد عليهما وإن رده رد) لأن فيه قسمة الدين قبل قبضه وأنه باطل نعم لو كانا شريكي مفاوضة جاز مطلقا بحر (١).

فصل في التخارج

(أخرجت الورثة أحدهم عن) التركة وهي (عرض أو) هي (عقار بمال) أعطاه له (أو) أخرجوه (عن) تركة هي (ذهب بفضة) دفعوها له (أو) على العكس أو عن نقدين بهما (صح) في الكل صرفا للجنس بخلاف جنسه (قل) ما أعطوه (أو أكثر) لكن بشرط التقابض فيما هو صرف (وفي) إخراجهم عن (نقدين) وغيرها بأحد النقدين لا يصح (إلا أن يكون ما أعطى له أكثر من حصته من ذلك الجنس) تخرزا عن الربا ولا بد من حضور النقدين عند الصلح وعلمه بقدر نصيبه شربلاية وجلالية ولو بعرض جاز مطلقا لعدم الربا وكذا لو أنكروا إرثه لأنه حينئذ ليس ببديل بل لقطع المنازعة (وبطل الصلح إن أخرج أحد الورثة وفي التركة

(قوله يبرئه) أي الشريك الغريم (قوله عن نصيبه) أي مع المسلم فيه (قوله من رأس المال) بأن أراد أن يأخذ رأس ماله ويفسخ عقد الشركة إتقاني فالصلح مجاز عن الفسخ عزيمة (قوله عليهما) والمقبوض بينهما وكذا ما بقي من المسلم فيه درر البحار (قوله رد) وبقي السلم كما كان.

فصل في التخارج

(قوله أخرجت الخ) أوصى لرجل بثلث ماله ومات الموصى فصالح الوارث الموصى له من الثلث بالسندس جاز الصلح. وذكر الإمام المعروف بنحوه زاده أن حق الموصى له وحق الوارث قبل القسمة غير متأكد يحتمل السقوط بالإسقاط اهـ.

فقد علم أن حق الغانم قبل القسمة وحق حبس الرهن وحق المسيل المجرد وحق الموصى له بالسكنى وحق الموصى له بالثلث قبل القسمة وحق الوارث قبل القسمة يسقط بالإسقاط وتماه في الأشباه فيما يقبل الإسقاط ومالا كذا في الهامش (قوله صرفا للجنس) حلة للأخير (قوله لكن بشرط) قال في البحر: ولا يشترط في صلح أحد الورثة المتقدم أن تكون أعيان التركة معلومة، لكن إن وقع الصلح عن أحد النقدين بالآخر يعتبر التقابض في المجلس غير أن الذي في يده بقية التركة إن كان جاحدا يكتفي بذلك القبض، لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح، وإن كان مقرا غير مائع يشترط تجديد القبض اهـ (قوله أكثر من حصته) فإن لم يعلم قدر نصيبه من ذلك الجنس، فالصحيح أن الشك إن كان في وجود ذلك في التركة جاز الصلح، وإن علم وجود ذلك في التركة لكن لا يدري أن يبدل الصلح من حصتها أقل أو أكثر أو مثله فسد بحر عن الحانية (قوله وكذا لو أنكروا إرثه) أي فإنه يجوز مطلقا قال في الشربلاية: وقال الحاكم الشهيد إنما يبطل على أقل من نصيبه في مال الربا حالة التصديق، وأما في حالة التناكر بأن أنكروا وراثته، فيجوز: وجه ذلك: أن في حالة التكاذب ما يأخذه لا يكون بدلا في حق الآخذ، ولا في حق الدافع هكذا ذكر المرغيناني، ولا بد من التقابض فيما يقابل الذهب والفضة منه لسكونه صرفا ولو كان بديل الصلح عرضا في الصور كلها جاز مطلقا، وإن قل ولم يقبض في المجلس اهـ

(١) (قول الشارح جاز مطلقا بحر) الذي في البحر جاز ولو في الجميع أي جميع المسلم له يعني أن الهواز لا يخص نصيبه بل

إذا فسح في الجميع جاز قال وأما إذا كانت عنانا فوقف أيضا إن لم يكن من تجارتها اهـ ط.

ديون بشرط أن تكون الديون لبقيةتهم) لأن تملك الدين من غير من عليه الدين باطل ثم ذكر لصحته حيلة فقال (وصح لو شرطوا إبراء الغرماء منه) أي من حصته لأنه تملك الدين ممن عليه فيسقط قدر نصيبه عن الغرماء (أو قضوا نصيب المصالح منه) أي الدين (تبرعا) منهم (وأحالمهم بحصته أو أقرضوه قدر حصته منه وصالحوه عن غيرهم) بما يصلح بدلا (وأحالمهم بالقرض على الغرماء) وقبلوا الحوالة وهذه أحسن الحيل ابن كمال والأوجه أن يبيعوه كفا من تمر أو نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء ابن ملك (وفي صحة صلح عن تركة مجهولة) أعيانها ولا دين فيها (على مكيل أو موزون) متعلق بصلح (اختلاف) والصحيح الصحة زيلعي لعدم اعتبار شبهة الشبهة وقال ابن السكال إن في التركة جنس بدل الصلح لم يجز وإلا جاز وإن لم يدر فعلى الاختلاف (ولو) التركة (مجهولة وهي غير مكيل أو موزون في يد البقية) من الورثة (صح في الأصح) لأنها لا تفضى إلى المنازعة لقيامها في يدهم حتى لو كانت في يد المصالح أو بعضها لم يجز ما لم يعلم جميع ما في يده للحاجة إلى التسليم ابن ملك (وبطل الصلح والقسمة مع إحاطة الدين بالتركة) إلا أن يضمن الوارث الدين بلارجوع أو يضمن أجنبي بشرط براءة الميت أو يوفى من مال آخر (ولا) ينبغي أن (بصالح) ولا يقسم (قبل القضاء) بالدين (في غير دين محيط ولو فعل) الصلح والقسمة (صح) لأن التركة لا تخلو عن قليل دين فلو وقف الكل تضرر الورثة فيوقف قدر الدين استجسانا وقاية لئلا يحتاجوا إلى نقض القسمة بحر.

(قوله ديون) أي على الناس بقريته ما يأتي وكذا لو كان الدين على الميت قال في البرازية وذكر شمس الإسلام أن التخارج لا يصح إذا كان على الميت دين أي يطلبه رب الدين، لأن حكم الشرع أن يكون الدين على جميع الورثة اه (قوله بشرط) متعلق باخرج (قوله لأن تملك الدين) وهو هنا حصصة المصالح (قوله من عليه الدين) وهم الورثة هنا (قوله باطل) ثم يتعدى البطلان إلى الكل، لأن الصفقة واحدة سواء بين حصصة الدين أو لم يبين عند أبي حنيفة. وينبغي أن يجوز عندهما في غير الدين إذا بين حصته ابن ملك (قوله إبراء الغرماء) أي إبراء المصالح الغرماء (قوله وأحالمهم) لا محل لهذه الجملة هنا وهي موجودة في شرح الوقاية لابن ملك وفي بعض النسخ وأحالمهم (قوله عن غيرهم) أي عما سوى الدين (قوله أحسن الحيل) لأن في الأولى ضررا للورثة، حيث لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح، وكذا في الثانية لأن النقد خير من النسيئة إتقاني (قوله والأوجه) لأن في الأخيرة لا يخلو عن ضرر التقديم في وصول مال ابن ملك (قوله شبهة الشبهة) لأنه يحتمل أن لا يكون في التركة من جنسه ويحتمل أن يكون، وإذا كان فيها يحتمل أن يكون الذي وقع عليه الصلح أكثر، وإن احتمل أن يكون مثله أو دونه وهو احتمال الاحتمال، فنزل إلى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة (قوله يدر) بالبناء للمفعول (قوله أو موزون) أي ولا دين فيها ووقع الصلح على مكيل وموزون إتقاني (قوله في الأصح) وقيل لا يجوز لأنه بيع المجهول لأن المصالح باع نصيبه من التركة وهو مجهول بما أخذ من المكيل والموزون إتقاني :

[خاتمة] التهاؤ أي تناوب الشريكين في دابتين غلة أو ركوبا مختص جوازه بالصالح عند أبي حنيفة لا الجبر، وجائز في دابة غلة أو ركوبا بالصالح فاسد في غلتي صدين عنده لو جبرا درر البحار وفي شرحه غرر الأفكار.

ثم اعلم أن التهاؤ جبرا في غلة عبد أو دابة لا يجوز اتفاقا للتفاوت وفي خدمة عبد أو عبيد جاز اتفاقا لعدم التفاوت ظاهرا ولقلته، وفي غلة دار أو دارين أو سكني دار أو دارين جاز اتفاقا لإمكان المعادلة لأن التغير لا يميل إلى العقار ظاهرا وأن التهاؤ صلحا جائز في جميع الصور كما جوز أبو حنيفة أيضا قسمة الرقيق صلحا اه (قوله أو يوفى) بالبناء للمفعول بضم ففتح فتشديد (قوله لئلا الخ) قال العلامة المقدسي فلو هلك المعزول لا بد من نقض

(ولو أخرجوا واحدا) من الورثة (فحصته تقسم بين الباقي على السواء إن كان ما أعطوه من ما لم غير الميراث وإن كان) المعطى (مما ورثوه فعلى قدر ميراثهم) يقسم بينهم وقيد الخصاص بكونه عن إنكار فلو عن إقرار فعلى السواء وصلح أحدهم عن بعض الأعيان صحيح ولو لم يذكر في صلح الخارج أن في التركة ديناً أم لا فالصلح صحيح وكذا لو لم يذكره في الفتوى فيفتى بالصحة ويحمل على وجود شرائطها مجمع الفتاوى (والموصى له) بمبلغ من التركة (كوارث فيما قدسناه) من مسألة الخارج :

(صالحوا) أي الورثة (أحدهم) وخرج من بينهم (ثم ظهر للميت دين أو عين لم يعلموها هل يكون ذلك داخلاً في الصلح) المذكور (قولان أشهرهما لا)

القسمة ط (قوله على السواء) أفاد أن أحد الورثة إذا صالح البعض دون الباقي يصح وتكون حصته له فقط كذا لو صالح الموصى له كما في الأنقروى سائحاني :

[مسألة] في رجل مات عن زوجة وبنت وثلاثة أبناء عم عصبة وخلف تركة اقتسموها بينهم ، ثم ادعت الورثة على الزوجة بأن الدار التي في يدها ملك مورثهم المتوفى ، فأنكرت دعواهم ، فدفعت لهم قدرها من الدراهم صلحاً عن إنكار فهل يوزع بدل الصلح عليهم على قدر موارثهم ، أو على قدر دعوتهم الجواب قال في البحر وحكمه في جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعى ، سواء كان المدعى عليه مقراً أو منكراً وفي المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه اهـ وعمله في المنح وفي مجموع النوازل : سئل عن الصلح على الإنكار بعد دعوى فاسدة هل يصح قال : لأن تصحيح الصلح عن الإنكار من جانب المدعى أن يجعل ما أخذ عين حقه أو عوضاً عنه لا بد أن يكون ثابتاً في حقه ليمكن تصحيح الصلح من الذخيرة فقتضى قوله وقوع الملك فيه للمدعى ، وقوله : أن يجعل عين حقه أو عوضاً عنه أن يكون على قدر موارثهم مجموعة من لا على (قوله من ما لم) أي وقد استؤوا فيه ولا يظهر عند التفاوت ط (قوله فعلى قدر ميراثهم) ومباني آخر كتاب الفرائض بيان قسمة للتركة بينهم حينئذ :

[تقمة] ادعى مالا أو غيره فاشترى رجل ذلك من المدعى يجوز الشراء ويقوم مقام المدعى في الدعوى فإن استحق شيئاً من ذلك كان له وإلا فلا فإن جحد المطلوب ولا بينة فله أن يرجع على المدعى بجر وتأمل في وجهه في البرازية من أول كتاب الهبة وبيع الدين لا يجوز ولو باعه من المديون أو وهبه جاز (قوله صالحوا الخ) أقول قال في البرازية في الفصل السادس من الصلح ولو ظهر في التركة عين بعد الخارج لارواية في أنه هل يدخل تحت الصلح أم لا ولقائل أن يقول يدخل ولقائل أن يقول لا اهـ ثم قال بعد نحو ورقتين: قال تاج الإسلام وبخط صدر الإسلام وجدته : صالح أحد الورثة وأبرأ إبراء عاماً ، ثم ظهر في التركة شيء لم يكن وقت الصلح لارواية في جواز الدعوى ، ولقائل أن يقول يجوز دعوى حصته منه وهو الأصح ولقائل أن يقول : لا وفي المحيط لو أبرأ أحد الورثة الباقي ، ثم ادعى التركة وأنكر وإلا تسمع دعواه وإن أقروا بالتركة أمروا بالرد عليه اهـ كلام البرازية ثم قال بعد أسطر : صالحت أي الزوجة عن الثمن ثم ظهر دين أو عين لم يكن معلوماً للورثة ، قيل لا يكون داخلاً في الصلح ويقسم بين الورثة لأنهم إذا لم يعلموا كان صلحهم عن المعلوم الظاهر عندهم لا عن المجهول ، فيكون كالمستثنى من الصلح فلا يبطل الصلح ، وقيل يكون داخلاً في الصلح لأنه وقع عن التركة والتركة اسم للكل ، إذا ظهر دين فسد الصلح ويجعل كأنه كان ظاهراً عند الصلح اهـ ،

والحاصل : من مجموع كلامه المذكور أنه لو ظهر بعد الصلح في التركة عين هل تدخل في الصلح ، فلا تسمع

بل بين الكل والقولان حكاهما في الخالية مقدما لعدم الدخول وقد ذكر في أول فتاواه أنه يقدم ما هو الأشهر فكان هو المعتمد كذا في البحر :

قلت : وفي البزازية أنه الأصح ولا يبطل الصلح وفي الوهبانية :

وفي مال طفل بالشهود فلم يجز وما يدعى خصم ولا يتنور
وصح على الإبراء من كل غائب ولو زال عيب عنه صلح يهدر
ومن قال إن تحلف فقبراً فلم يجز ولو مدع كالأجنبي بصور

كتاب المضاربة

(هي) لغة مفاعلة من الضرب في الأرض وهو السير فيها وشرعا (عقد شركة في الربح بمال من جانب)
رب المال (وعمل من جانب) المضارب :

الدعوى بها أو لا تدخل فتسمع الدعوى ؟ قولان : وكذا لو صدر بعد الصلح إبراء عام ، ثم ظهر للمصالح عين هل تسمع دعواه فيه قولان أيضا والأصح السماع بناء على القول بعدم دخولها تحت الصلح ، فيكون هذا تصحيحا للقول بعدم الدخول وهذا إذا اعترف بقيمة الورثة بأن العين من التركة ، وإلا فلا تسمع دعواه بعد الإبراء كما أفاده ما نقله عن المحيط وإنما قيد بالعين ، لأنه لو ظهر بعد الصلح في التركة دين فعلى القول بعدم دخوله في الصلح يصح الصلح ويقسم الدين بين الكل ، وأما على القول بالدخول فالصلح فاسد كما لو كان الدين ظاهرا وقت الصلح ، إلا أن يكون مخرجا من الصلح بأن وقع التصريح بالصلح عن غير الدين من أعيان التركة ، وهذا أيضا ذكره في البزازية حيث قال : ثم ما ظهر بعد التخارج على قول من قال إنه لا يدخل تحت الصلح لا خفاء ، ومن قال يدخل تحته فكذلك إن كان عينا لا يوجب فسادا وإن دينا إن مخرجا من الصلح لا يفسد وإلا يفسد اه (قوله بل بين الكل) أى بل يكون الذى ظهر بين الكل (قوله قلت الخ) قلت : وفي الثامن والعشرين من الفصولين أنه الأشبه أى لو ظهر عين لا دين (قوله ولا يبطل الصلح) أى لو ظهر في التركة عين أما لو ظهر فيها دين فقد قال في البزازية : إن كان مخرجا من الصلح لا يفسد وإلا يفسد اه . أى إن كان الصلح وقع على غير الدين لا يفسد وإن وقع على جميع التركة فسد كما لو كان الدين ظاهرا وقت الصلح (قوله وفي مال طفل) أى إذا كان لطفل مال بشهود لم يجز الصلح فيه وما يدعى أى ولا يجوز فيما يدعى خصم من المسال على الطفل ، ولا يتنور بينة له بما ادعاه ومفهومه أنه يجوز الصلح حيث لا بينة للطفل وحيث كانت للخصم بينة ابن الشحنة كذا في الهامش (قوله وصح على الإبراء الخ) فلو صلح من العيب ثم زال العيب بأن كان بياضا في عين عبد فانجلى بطل الصلح ، ويرد ما أخذ لأن المعوض عنه هو صفة السلامة وقد عادت ، فيعود العوض فيبطل الصلح ابن الشحنة شرح الوهبانية كذا في الهامش (قوله ومن قال الخ) أى إن اصطالحا على أن يحلف المدعى عليه ، وإن حلف برىء فحلف المدعى عليه ما له قبله قليل ولا كثير : فالصلح باطل ويكون المدعى على دعواه إن أقام البينة قبلت وإن لم يكن له بينة وأراد أن يستحلفه عند القاضي كان له ذلك وإن اصطالحا على أن يحلف المدعى على دعواه على أنه إن حلف ، فالمدعى عليه يكون ضامنا لما يدعيه فهذا الصلح باطل ابن الشحنة كذا في الهامش (قوله ولو مدع) لو وصلية كذا في الهامش ه

كتاب المضاربة

(قوله من جانب المضارب) قيد به لأنه لو اشترط رب المال أن يعمل مع المضارب فسدت كما سيصرخ به المصنف في باب المضارب بضراب ، وكذا تفسد لو أخذ المال من المضارب بلا أمره وباع واشترى به إلا إذا

(وركنها الإيجاب والقبول وحكمها) أنواع لأنها (إيداع ابتداء) ومن حبل الضمان أن يقرضه المال لإدراهما ثم يعقد شركة عنان بالدرهم وبما أقرضه على أن يعملما والربح بينهما ثم يعمل المستقرض فقط فإن هلك فالقرض عليه (وتوكيل مع العمل) لتصرفه بأمره (وشركة إن ربح وغصب (١) إن خالف وإن أجاز) رب المال (بعده) لصيرورته غاصبا بالمخالفة (وإجارة فاسدة إن فسدت فلا ربح) للمضارب (حينئذ بل له أجر) مثل (عمله مطلقا) ربح أولا (بلا زيادة على المشروط) خلافا لمحمد والثلاثة

صار المال عروضاً فلا تفسد لو أخذه من المضارب كما سيأتي في فصل المتفرقات (قوله إيداع ابتداء) قال الخبير الرملي : سيأتي أن المضارب يملك الإيداع في المطلقة مع ما تقرر أن المودع لا يودع ، فالمراد في حكم عدم الضمان بالهلاك وفي أحكام مخصوصة لا في كل حكم فتأمل (قوله ومن حبل الخ) ولو أراد رب المال أن يضمن المضارب بالهلاك يقرض المال منه ، ثم يأخذه منه مضاربة ثم يبضع المضارب كما في الواقعات قهستاني . وذكر هذه الحيلة الزيلعي أيضا وذكر قبلها ما ذكره الشارح ، وفيه نظر لأنها تكون شركة عنان شرط فيها العمل على الأكثر مالا وهو لا يجوز بخلاف العكس ، فإنه يجوز كما ذكره في الظهيرية في كتاب الشركة عن الأصل للإمام محمد تأمل ، وكذا في شركة البرازية حيث قال : وإن لأحدهما ألف ولآخر ألفان واشتركا واشترطا العمل على صاحب الألف والربح أنصافا جاز وكذا لو شرط الربح والوضعية على قدر المال والعمل من أحدهما بعينه جاز ولو شرط العمل على صاحب الألفين والربح نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما أثلاثا لأن ذا الألف شرط لنفسه بعض ربح مال الآخر بغير عمل ولا مال والربح إنما يستحق بالمال أو بالعمل أو بالضمان اهـ ملخصا لكن في مسألة الشارح شرط العمل على كل منهما لا على صاحب الأكثر فقط .

والحاصل : أن المفهوم من كلامهم أن الأصل في الربح أن يكون على قدر المال إلا إذا كان لأحدهما عمل فيصح أن يكون ربحا بمقابلة عمله ، وكذا لو كان العمل منهما يصح التفاوت أيضا تأمل (قوله وتوكيل مع العمل) فيرجع بما لحقه من العهدة على رب المال درر (قوله بالمخالفة) فالربح للمضارب لكنه غير طيب عند الطرفين در منتقى (قوله مطلقا) هو ظاهر الرواية قهستاني (قوله ربح أولا) وعن أبي يوسف إذا لم يربح لا أجر له وهو الصحيح لثلاثه الفاسدة على الصحيحة سائحاني ومثله في حاشية ط عن العيني (قوله على المشروط) قال في الملتقى : ولا يزداد على ما شرط له كذا في الهامش أي فيما إذا ربح وإلا فلا تتمحق الزيادة فلم يكن الفساد بسبب تسمية دراهم معينة للعامل تأمل (قوله خلافا لمحمد) فيه إشعار بأن الخلاف فيما إذا ربح وأما إذا لم يربح فأجر المثل بالغ ما بلغ لأنه لا يمكن تقدير بنصف الربح المعدوم كما في الفصولين لكن في الواقعات ما قاله أبو يوسف مخصوص بما إذا ربح وما قاله محمد إن له أجر المثل بالغ ما بلغ فيما هو أعم قهستاني (قوله والثلاثة) فعنده له أجر مثل عمله بالغ ما بلغ إذا ربح در منتقى كذا في الهامش .

[سنل] فيما إذا دفع زيد لعمر و بضاعه على سبيل المضاربة وقال لعمر و : بعها ومهما ربحت يكون بيننا مثالثة فباعها ونحسر فيها فالمضاربة غير صحيحة ولعمر و ، أجر مثله بلا زيادة على المشروط حامدية .

(١) (قول المصنف وغصب الخ) استشكل قاضي زاده عند الغصب والإجارة من أحكامها لأن معنى الإجارة إنما يظهر إذا فسدت المضاربة ومعنى الغصب إنما يتمحق إذا خالف المضارب وكلا الأمرين نالض لتمتد المضاربة مقام لصحتها فكيف يصح أن يعمل من أحكامها وحكم الشيء ما يثبت به والذي يثبت بمنافيه لا يثبت به قطعا فإن قلت : قد صلحا أن يكون حكما للفاسدة . قلنا : الأركان والشروط المذكورة هنا للصحة فكذا الأحكام هل أن الغصب لا يصلح حكما للفاسدة لأن حكمها أن يكون للعامل أجر عمله ولا أجر للغاصب اهـ ط مختصرا .

(إلا في وصي أخذ مال يتيم مضاربة فاسدة) كشرطه لنفسه عشرة دراهم (فلا شيء له) في مال اليتيم (إذا عمل) أشباه فهو استثناء من أجر عمله (و) الفاسدة (لا ضمان فيها) أيضا (كصحيحة) لأنه أمين (ودفع المال إلى آخر مع شرط الربح) كله (للمالك بضاعة) فيكون وكيلًا متبرعا (ومع شرطه للعامل قرض (١)) لقلّة ضرره .
(وشرطها) أمور سبعة (كون رأس المال من الأثمان) كما مر في الشركة وهو معلوم للعاقدين (وكفت فيه الإشارة) والقول في قدره وصفته للمضارب بيمينه والبينة للمالك ؛
وأما المضاربة بدين فإن على المضارب لم يجوز وإن على ثالث جاز

رجل دفع لآخر أمتعة وقال : بعها واشترها وما ربحت فبيننا نصفين فمخسر فلا يخسران على العامل ، وإذا طالبه صاحب الأمتعة بذلك فتصالحا على أن يعطيه العامل إياه لا يلزمه ولو كفله إنسان ببديل الصالح لا يصح ، وأو عمل هذا العامل في هذا المال ، فهو بينهما على الشرط لأن ابتداء هذا ليس بمضاربة بل هو توكيل ببيع الأمتعة ثم إذا صار الثمن من النقود ، فهو دفع مضاربة بعد ذلك فلم يضمن أولا لأنه أمين بحق الوكالة ثم صار مضاربا فاستحق المشروط جواهر الفتاوى (قوله وصي الخ) ظاهره أن للوصي أن يضارب في مال اليتيم بجزء من الربح وكلام الزيلعي فيه أظهر ، وأفاد الزيلعي أيضا أن للوصي دفع المال إلى من يعمل فيه مضاربة بطريق النيابة عن اليتيم كأبيه أبو السعود (قوله إذا عمل) لأن حاصل هذا أن الوصي يؤجر نفسه لليتيم وأنه لا يجوز (قوله لقلّة ضرره) أي ضرر القرض بالنسبة إلى الهبة فجعل قرضا ولم يجعل هبة ذكره الزيلعي (قوله من الأثمان) أي الدراهم والدنانير فلو من العروض فباعها فصارت نقودا انقلبت مضاربة واستحق المشروط كما في الجواهر (قوله وهو معلوم للعاقدين) ولو متاعا لما في التارخانية ، وإذا دفع ألف درهم إلى رجل وقال : نصفها معك مضاربة بالنصف صح وهذه المسألة نص على أن قرض المشاع جائز ، ولا يوجد لهذا رواية إلا ههنا وإذا جاز هذا العقد كان لكل نصف حكم نفسه ، وإن قال على أن نصفها قرض ، وعلى أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن الربح كله لي جاز ويكره ، لأنه قرض جر منفعة وإن قال : على أن نصفها قرض عليك ونصفها مضاربة بالنصف ، فهو جائز ولم يذكر الكراهية هنا فمن المشايخ من قال سكوت محمد عنها هنا دليل على أنها تنزيهية وفي الخالية قال : على أن تعمل بالنصف الآخر على أن الربح لي جاز ولا يكره فإن ربح كان بينهما على السواء والوضعية عليهما لأن النصف ملكه بالقرض ، والآخر بضاعة في يده وفي التجريد يكره ذلك وفي المحيط ولو قال على أن نصفها مضاربة بالنصف ، ونصفها هبة لك وقبضها غير مقسومة فالهبة فاسدة والمضاربة جائزة ، فإن هلك المال قبل العمل أو بعده ضمن النصف حصة الهبة فقط وهذه المسألة نص على أن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له اه ملخصا وتمامه فيه فليحفظ فإنه مهم وهذه الأخيرة ستأتي قبيل كتاب الإيداع قريبا (قوله وكفت فيه) أي في الإعلام منح (قوله لم يجوز) وما اشتراه له والدين في ذمته بحر (قوله وإن على ثالث) بأن قال قبض مالي على فلان ، ثم اعلم به مضاربة وأو عمل قبل أن يقبض الكمل ضمن ، ولو قال : فاعمل به لا يضمن وكذا بالواو لأن ثم للترتيب ، فلا يكون مأذونا بالعمل إلا بعد قبض الكمل بخلاف الفاء والواو ،

(١) (قول المصنف للعامل قرض) قال في التبيين : وإنما صار المضارب معقرضا باشتراط كل الربح له لأنه لا يستحق الربح كله إلا إذا صار رأس المال ملكا له لأن الربح فرع المال كالثمر والشجر والولد للحيوان فإذا شرط أن يكون جميع الربح له فقد ملكه بجميع رأس المال مقضى وقضيته أن لا يرد رأس المال لأن التملك لا يقتضي الرد كالهبة لكن لفظ المضاربة يقتضى رد رأس المال فجعلناه قرضا لاشتغال كل المعنيين عملا بهما ولأن القرض أدنى التبرعين لأنه يقطع الحق عن العين دون البديل والهبة تقطعه عنهما فكان أولى لكونه أقل ضررا اه ط .

وكره ولو قال: اشترى عبدًا لسيئة ثم بعه وضارب ثم بعه ففعل جاز كقوله لغاصب أو مستودع أو مستبضع اعلم بما في يدك مضاربة بالنصف جاز مجتبى (وكون رأس المال عينا لا دينًا) كما بسطه في الدرر (وكونه مسلمًا إلى المضارب) ليتمكن التصرف (بخلاف الشركة) لأن العمل فيها من الجاهلين (وكون الربح بينهما شائعًا) فلو عين قدرًا فسدت (وكون نصيب كل منهما معلومًا) عند العقد:

ومن شروطها: كون نصيب المضارب من الربح حتى لو شرط له من رأس المال أو منه ومن الربح فسدت وفي الجلالية كل شرط يوجب جهالة في الربح أو يقطع الشركة فيه يفسدها وإلا بطل الشرط وصح العقد اعتبارًا بالوكالة (ولو ادعى المضارب فسادها فالقول لرب المال وبعبكسه فاللمضارب) الأصل أن القول مدعى الصحة في العقود إلا إذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح إلا عشرة وقال المضارب الثلث فالقول لرب المال ولو فيه فسادها لأنه ينكر زيادة يدعيها المضارب خانية وما في الأشباه فيه اشتباه فافهم:

(ويملك المضارب في المطلقة) التي لم تقيد بمكان أو زمان أو نوع (البيع) ولو فاسدا

ولو قال اقض ديني لتعمل به مضاربة لا يصير مآذونا ما لم يقبض الكحل بحر قال في الهامش: قال في الدرر: فلو قال اعلم بالدين الذي في ذمتك مضاربة بالنصف لم يجز، بخلاف ما لو كان له دين على ثالث فقال اقض مالي على فلان واعمل به مضاربة حتى لا يبقى لرب المال فيه يداه (قوله وكره) لأنه اشترط لنفسه منفعة قبل العقد منج (قوله اشترى عبدًا) هذا يفهم أنه لو دفع عرضًا وقال له بعه واعمل بثمانه مضاربة أنه يجوز بالأولى وقد أوضحه الشارح، وهذه حيلة لجواز المضاربة في العروض، وحيلة أخرى ذكرها الخصاص أن يبيع المتاع من رجل يثق به ويقبض المال فيدفعه إلى المضارب مضاربة، ثم يشتري هذا المضارب هذا المتاع من الرجل الذي ابتاعه من صاحبه ط (قوله عينا) أي معينًا وليس المراد بالعين العرض ط (قوله لا دينًا) مكرر مع ما تقدم (قوله مسلمًا) فلو شرط رب المال أن يعمل مع المضارب لا تجوز المضاربة، سواء كان المالك عاقدًا أو لا كالأب والوصى إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لا تصح المضاربة، وفي السغناقي: وشرط عمل الصغير لا يجوز، وكذا أحد المتفاوضين وشريكه العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسد العقد تارخانية وسيأتي في الباب الآتي متنا بعض هذا (قوله كل شرط الخ) قال الأكل شرط العمل على رب المال يفسدها، وليس بواحد مما ذكر والجواب أن الكلام في شروط فاسدة بعد كون العقد مضاربة، وما أورد لم يكن العقد فيه عقد مضاربة فإن قلت: فما معنى قوله يفسدها إذ النقي (١) يقتضي الثبوت قلت: سلب الشيء عن المعدوم صحيح كزيد المعدوم ليس ببصير، وسيأتي في المتن أنه مفسد قال الشارح لأنه يمنع التخلية فيمنع الصحة فالأولى الجواب بالمنع فيقال لا نسلم أنه غير مفسد سائغانى (قوله في الربح) كما إذا شرط له نصف الربح أو ثلثه بأو الترددية س (قوله فيه) كما لو شرط لأحدهما دراهم مائة س (قوله بطل الشرط) كشرط الخسران على المضارب س (قوله وما في الأشباه) من قوله القول قول مدعى الصحة إلا إذا قال رب المال شرطت لك الثلث وزيادة عشرة وقال المضارب الثلث فالقول للمضارب كما في الذخيرة اه (قوله فيه اشتباه) أي اشتبه عليه مسألة بأخرى وهي المذكورة هنا لأن التي ذكرها داخله تحت الأصل المذكور لأن من له القول فيها مدع للصحة فلا يصح استثنائها بخلاف التي هنا (قوله أو نوع) أي أو شخص كما سيذكره (قوله ولو فاسدا) يعني

(١) (قوله لنقي الخ) المراد من الصحة الذي هو معنى لفظ فسد، وليس المراد به حرف النقي كما قد يعمم فيصوب بقائه لأن الحنى فإن عبارة الأكل ليس فيها حرف نقي أصلا قبل يفسد ويحتمل فلا معنى لقول الهنئ وسيأتي الخ وكذا قوله فالأولى الجواب بالمنع اه

(بنقد ونسيئة معارفة والشراء والتوكيل بهما والسفر برا وبحرا) ولو دفع له المال في بلد على الظاهر (والإبضاع)
 أي دفع المال بضاعة (ولو لرب المال ولا تفسد به) المضاربة كما يجيء (و) يملك (الإيداع والرهن والارتهان
 والاجارة والاستئجار فلو استأجر أرضا بيضاء ليزرعها أو يفرسها جاز) ظهيرية (والاحتيايل) أي قبول الحوالة
 (بالثمن مطلقا) على الأيسر والأعسر لأن كل ذلك من صنيع التجار (لا) يملك (المضاربة) والشركة والخلط
 بمال نفسه (إلا بإذن

لا يكون به مخالفا فلا يكون المال خارجا عن كونه في يده أمانة ، وإن كانت مباشرته العقد الفاسد غير جائزة
 وخرج الباطل كما في الأشباه (قوله بنقد ونسيئة) ولو اختلفا فيهما فالقول للمضارب في المضاربة ، وللموكل
 في الوكالة كما مر متنا في الوكالة (قوله والشراء) الإطلاق مشعر بجواز تجارته مع كل أحد لكن في النظم أنه
 لا يتجر مع امرأته وولده الكبير العاقل ووالديه عنده خلافا لها ولا يشتري من عبده المأذون وقيل من مكاتبه
 بالإتفاق قهستاني .

[فروع مهمة] له أن يرهن ويرهن لها ولو أخذ نخلا أو شجرا معاملة على أن ينفق في تلقيحها وتأييدها من
 المال لم يجز عليها وإن قال له : اعمل برأيك فإن رهن شيئا من المضاربة ضمنه (١) ولو أخرج الثمن جاز على رب
 المال ولا يضمن بخلاف الوكيل الخاص ، ولو حط بعض الثمن إن العيب طعن فيه المشتري وما حط صحت أو
 أكثر يسيرا جاز وإن كان لا يتغابن الناس في الزيادة يصح ، ويضمن ذلك من ماله لرب المال وكان رأس المال
 ما بقي على المشتري ويحرم عليه وطء الجارية ولو بإذن رب المال ولو تزوجها بتزويج رب المال جاز إن لم يكن
 في المال ربح وخرجت الجارية عن المضاربة ، وإن كان فيه ربح لا يجوز وليس له أن يعمل بما فيه ضرر
 ولا ما لا يعمل به التجار وليس لأحد المضاربين أن يبيع أو يشتري بغير إذن صاحبه ، ولو اشتري بما لا يتغابن
 الناس في مثله يكون مخالفا وإن قيل له اعمل برأيك ولو باع بهذه الصفة جاز خلافا لها كالوكيل بالبيع المطلق ،
 وإذا اشترى بأكثر من المال كانت الزيادة له ولا يضمن بهذا الخلط الحكمي ، ولو كان المال دراهم فاشترى
 بغير الأثمان كان لنفسه وبالذنايز للمضاربة لأنهما جنس هنا الكل من البحر (قوله ولا تفسد) لأن حق التصرف
 للمضارب (قوله والاستئجار) أي استئجار العمال للأعمال والمنازل لحفظ الأموال والسفن والدواب (قوله والخلط
 بمال نفسه) أي أو غيره كما في البحر إلا أن تكون معاملة التجار في تلك البلاد أن المضاربين يخلطون ، ولا يهنونهم
 فإن غلب التعارف بينهم في مثله وجب أن لا يضمن كما في التارخانية :

وفيها قبله والأصل أن التصرفات في المضاربة ثلاثة أقسام : قسم هو من باب المضاربة ، وتوابعها فيملكه
 من غير أن يقول له اعمل ما بدالك كالتوكيل بالبيع والشراء والرهن والارتهان والاستئجار والإيداع والإبضاع
 والمسافرة ، وقسم : لا يملك بمطلق العقد بل إذا قيل اعمل برأيك كدفع المال إلى غيره مضاربة أو شركة أو خلط
 ماله بماله أو بمال غيره ، وقسم : لا يملك بمطلق العقد ولا يقوله اعمل برأيك إلا أن ينص عليه وهو مالم يضمن بمضاربة
 ولا يمتثل أن يلحق بها كالأستدانة عليها اه ملخصا (قوله بمال نفسه) وكذا بمال غيره كما في البحر : وهذا إذا
 لم يغلب التعارف بين التجار في مثله كما في التارخانية وفيها من الثامن عشر دفع إلى رجل ألفا بالنصف ثم ألفا
 أخرى كذلك فخلط المضارب المالكين فهو على ثلاثة أوجه : إما أن يقول المالك في كل من المضاربتين : اعمل

(١) (قوله نست) أي إذا رهنه فيما عليه خاصة وليس المراد أنه يضمنه إذا رهنه فيما مل المضاربة لئلا ينافي صدر العبارة

ولأنه من صنيع التجار اه شيخنا فهو مؤيد لقولهم للمضارب أن يرهن اه .

أو اعمل برأيك) إذ الشيء لا يتضمن مثله (و) لا (الإقراض والاستدانة وإن قيل له ذلك) أي اعمل برأيك لأنهما ليسا مع صليح التجار فلم يدخل في التعميم (ما لم ينص) المالك (عليهما) فيملكهما وإن استدان كانت شركة وجوه وحينئذ (فلو اشترى بمال المضاربة ثوبا وقصر بالماء أو حمل) متاع المضاربة (بماله و) قد قيل له ذلك فهو متطوع) لأنه لا يملك الاستدانة بهذه المقالة وإنما قال بالماء لأنه لو قصر بالنشا فحكمه كصبغ (وإن صبغه أحمر فشريك بما زاد) الصبغ ودخل في اعمل برأيك كاخلط (و) كان (له حصة) قيمة (صبغه إن بيع وحصة الثوب) أبيض (في مالها) ولو لم يقل اعمل برأيك لم يكن شريكا بل غاضبا وإنما قال أحمر لما مر أن السواد نقص عند الإمام فلا يدخل في اعمل برأيك بحر (ولا) يملك أيضا (تجاوز بلد أو سلعة أو وقت أو شخص عينه

برأيك أو لم يقل فيهما أو قال في إحداهما فقط وعلى كل فلما أن يكون قبل الربح في المالكين أو بعده فيهما ، أو في أحدهما في الوجه الأول : لا يتضمن مطلقا : وفي الثاني : إن خلط قبل الربح فيهما فلا ضمان أيضا ، وإن بعده فيهما ضمن المالكين وحصة رب المال من الربح قبل الخلط وإن بعد الربح في أحدهما فقط ضمن الذي لربح فيه ، وفي الثالث : إما أن يكون قوله اعمل برأيك في الأولى أو يكون في الثانية وكل على أربعة أوجه إما أن يخلطهما قبل الربح فيهما ، أو بعده في الأولى فقط أو بعده في الثانية فقط أو بعده فيهما قبل الربح فيهما أو بعده في الثانية فإن قال في الأولى : لا يتضمن الأول ولا الثاني فيما لو خلط قبل الربح فيهما اه (قوله إذ الشيء) علة لكونه لا يملك المضاربة ويلزم منها نفي الأخيرين لأن الشركة والخلط أعلى من المضاربة لأنهما شركة في أصل المال (قوله لا يتضمن مثله) لا يرد على هذا المستعير والمكاتب فإن له الإعارة والكتابة لأن الكلام في التصرف نيابة وهما يتصرفان بحكم الملكية لا النيابة إذ المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار حرا يدا والمضارب يعمل بطريق النيابة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه كما في الكفاية (قوله ولا الإقراض) ولا أن يأخذ سفتجة بحر : أي لأنه استدانة وكذلك لا يعطى سفتجة لأنه قرض ط عن الشلبي (قوله والاستدانة) كما إذا اشترى سلعة بشئ دين وليس عنده من مال المضاربة شيء من جنس ذلك الثمن ، فلو كان عنده من جنسه كان شراء على المضاربة ولم يكن من الاستدانة في شيء كما في شرح الطحاوي قهستاني : والظاهر أن ما عنده إذا لم يوف فما زاد عليه استدانة وقد مناه عن البحر إذا اشترى بأكثر من المال كانت الزيادة له ، ولا يتضمن بهذا الخلط الحكمي .

وفي البدائع كما لا تجوز الاستدانة على مال المضاربة لا تجوز على إصلاحه ، فلو اشترى بجميع ما لها ثيابا ثم استأجر على حملها أو قصرها أو قتلها كان متطوعا عاقدا لنفسه ط عن الشلبي وهذا ما ذكره المصنف بقوله فلو شري بمال المضاربة ثوبا الخ فأشار بالتفريع إلى الحكمي (قوله وإن استدان) أي بالإذن وما اشترى بينهما نصفان وكذا الدين عليهما ولا يتغير موجب المضاربة فربح ما لها على ما شرط قهستاني وقال السائحاني : أقول : شركة الوجوه هي أن يتفقا على الشراء لسببته والمشتري عليهما أثلاثا أو أصفافا قال والربح يتبع هذا الشرط ولو جعلاه مخالفا ولم يوجد ما ذكر فيظهر لي أن يكون المشتري بالدين للأمر لو المشتري معيبا أو مجهولا جهالة نوع وسمى ثمنه أو جهالة جنس وقد قيل له اشتر ما تختاره وإلا فللمشتري كما تقدم في الوكالة لكن ظاهر المتن أنه لرب المال وربحه على حسب الشرط ويفتقر في الضمني ما لا يفترق في الصريح اه (قوله بماله) متعلق بكل من قصر وحمل (قوله ذلك) أي اعمل برأيك (قوله بهذه المقالة) وهي اعمل برأيك :

قلت : والمراد بالاستدانة نحو ما قدمناه عن القهستاني فهذا يملكه إذا نص أما لو استدان نقودا ، فالظاهر

المالك) لأن المضاربة تقبل التقييد المفيد ولو بعد العقد ما لم يصر المال عرضاً لأنه حينئذ لا يملك عزله فلا يملك تخصيصه كما سيجيء قيدنا بالمفيد لأن غير المفيد لا يعتبر أصلاً كنهيه عن بيع الحال وأما المفيد في الجملة كسوق من مصر فإن صرح بالنهي صح وإلا لا (فإن فعل ضمن) بالمخالفة (وكان ذلك الشراء له) ولو لم يتصرف فيه حتى عاد للوافق عادت المضاربة وكذا لو عاد في البعض اعتباراً للجزء بالكل (ولا) يملك (تزويج قن من مالها ولا شراء من يعتق على رب المال بقراءة أو يمين بخلاف الوكيل بالشراء) فإنه يملك ذلك (عند عدم القرينة) المقيدة للوكالة كاشترى عبداً أبيعته أو استخدمه أو جارية أطؤها (ولا من يعتق عليه) أي المضارب (إن كان في المال ربح) هو هنا أن تكون قيمة هذا العبد أكثر من كل رأس المال كما بسطه العيني فليحفظ (فإن فعل) شراء من يعتق على واحد منهما (وقع الشراء لنفسه) وإن لم يكن ربح كما ذكرنا (صح) للمضاربة (فإن ظهر) الربح (بزيادة قيمته بعد الشراء عتق حظه ولم يضمن نصيب المالك) لعنته لا بصنعه (وسعى) العبد (المعتق) في قيمة نصيب رب المال ولو اشترى الشريك من يعتق على شريكه أو الأب أو الوصي من يعتق على الصغير نفذ على العاقد) إذ لا نظر فيه للصغير (والمأذون إذا اشترى من يعتق على المولى صح وعتق عليه إن لم يكن

أنه لا يصح لأنه توكيل بالاستقراض ، وهو باطل كما مر في الوكالة وفي الخالية من فصل شركة العنان ، ولا يملك الاستدانة على صاحبه ويرجع المقرض عليه لا على صاحبه ، لأن التوكيل بالاستدانة توكيل بالاستقراض ، وهو باطل لأنه توكيل بالتكدي إلا أن يقول الوكيل للمقرض إن فلانا يستقرض منك كذا فحينئذ يكون على الموكل لا الوكيل اهـ أي لأنه رسالة لا وكالة والظاهر أن المضاربة كذلك كما قلنا (قوله ولو بعد العقد) بأن كان رأس المال بحاله .

[فرع] قال في الهامش لو نهى رب المال المضارب بعد أن صار المال عرضاً عن المبيع بالنسيئة قبل أن تباع ويصير المال ناضباً لا يصح نهيه ، وأما قبل العمل أو بعد العمل وصار المال ناضباً يصح نهيه ، لأنه يملك عزله في هذه الحالة دون الحالة الأولى منح اهـ (قوله عن بيع الحال) يعني ثم باعه بالحال بسعر ما يباع بالمؤجل كما في العيني سائمانى (قوله بالنهي) مثل لا تبع في سوق كذا (قوله الشراء له) وله ربحه وعليه خسارته ولكن يتصدق بالربح عندهما وعند أبي يوسف يطيب له أصله المودع إذا تصرف فيها وربح إتقانى (قوله ولو لم يتصرف) أشار إلى أن أصل الضمان واجب بنفس المخالفة ، لكنه غير قار إلا بالشراء فإنه على عرضية الزوال بالوافق: وفي رواية الجامع أنه لا يضمن إلا إذا اشترى والأول هو الصحيح كما في الهداية قهستاني :

قلت : والظاهر أن ثمرته فيما لو هلك بعد الإخراج قبل الشراء يضمن على الأول لا على الثاني (قوله حتى عاد الخ) يظهر في مخالفته في المكان تأمل (قوله وكذا لو الخ) قال الإتناني فإن اشترى ببعضه في غير الكوفة ثم بما بقى في الكوفة ، فهو مخالف في الأول وما اشتراه بالكوفة فهو على المضاربة ، لأن دليل الخلاف وجد في بعضه دون بعضه (قوله عاد في البعض) أي تعود المضاربة لكن في ذلك البعض خاصة قال الإتناني ما تقدم (قوله أو يمين) بأن قال إن ملكته فهو حر فإنه يملك ذلك والفرق أن الوكالة بالشراء مطلقة وفي المضاربة مقيدة بما يظهر الربح فيه بالبيع فإذا اشترى ما لا يقدر على بيعه خالف (قوله كما بسطه العيني) عبارته إذا كان رأس المال ألفاً وصار عشرة آلاف درهم ، ثم اشترى المضارب من يعتق عليه وقيمه ألف أو أقل لا يعتق عليه وكذا لو كان له ثلاثة أولاد أو أكثر وقيمة كل واحد ألف أو أقل فاشتراهم لا يعتق منهم شيء لأن كل واحد مشغول برأس المال ولا يملك المضارب منهم شيئاً حتى تزيد قيمة كل عين على رأس المال على حدة من غير ضمه إلى آخر عيني كذا في الهامش (قوله ربح) أي في الصورة الثانية (قوله للصغير) علة قاصرة والعلة في الشريك هي

مستغرقا بالدين وإلا لا) خلافا لها زيلعي (مضارب معه ألف بالنصف اشترى به أمة فولدت) ولدا (مساويا له)
 أي للألف (فادعاه موسرا فصارت قيمته) أي الولد (وحده) كما ذكرنا (ألفا ونصفه) أي خمسائة نفذت دعوته
 لوجود الملك بظهور الربح المذكور فعتق (سعى لرب المال في الألف وربعه) إن شاء المالك (أو أعتقه) إن شاء
 (ولرب المال بعد قبضه ألفه) من الولد (تضمنين المدعي) ولو معسرا لأنه ضمان تملك (نصف قيمتها) أي الأمة
 لظهور نفوذ دعوته فيها ويحمل على أنه تزوجها ثم اشتراها حبلى منه ولو صارت قيمتها ألفا ونصفه صارت أم ولد
 وضمن للمالك ألفا وزبعه لو موسرا فلو معسرا فلا سعاية عليها لأن أم الولد لا تسعى وتعامه في البحر والله أعلم :

باب المضارب يضارب

لما قدم المفردة شرع في المركبة فقال - (ضارب المضارب) آخر (بلا إذن) المالك (لم يضمن بالدفع ما لم
 يعمل الثاني ربح) الثاني (أولا) على الظاهر لأن الدفع إيداع وهو يملكه فإذا عمل تبين أنه مضاربة فيضمن
 إلا إذا كانت الثانية فاسدة فلا ضمان وإن ربح بل للثاني أجر مثله على المضارب الأول وللأول الربح المشروط (فإن

المد كورة في المضارب من قصد الاسترباح ط (قوله بالنصف) متعلق بمضارب كذا في الهامش (قوله أمة)
 فوطئها ملتقى كذا في الهامش (قوله موسرا) لأنه ضمان عتق وليس بقيد لازم بل ليفهم أنه لا يضمن لو معسرا
 بالأولى كما نبه عليه مسكين (قوله كما ذكرنا) أي في قوله مساويا له فالكاف بمعنى مثل خبر صار وألفا بدل
 منه أو ألفا هو الخبر والجار والمجرور قبله حال منه (قوله سعى) الأولى وسعى عظفا على نفذت (قوله المدعي)
 وهو المضارب (قوله تملك) بخلاف ضمان الولد لأنه ضمان عتق وهو يعتمد التعدي ولم يوجد (قوله لظهور)
 أي لوقوع دعوته صحيحة ظاهرا (قوله حبلى منه) تنازع فيه كل من تزوجها واشتراها أي حملا لأمره على
 الصلاح ، لكن لا تنفذ هذه الدعوى لعدم الملك ، وهو شرط فيها إذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول
 برأس المال ، فلا يظهر الربح فيه لما عرف أن مال المضاربة إذا صار أجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس
 المال لا يظهر الربح عنده ، لأن بعضها ليس بأولى به من البعض فحينئذ لم يكن للمضارب نصيب في الأمة ولا في
 الولد ، وإنما الثابت له مجرد حق التصرف فلا تنفذ دعوته ، فإذا زادت قيمته وصارت ألفا وخمسمائة ظهر الربح
 وملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته السابقة لوجود شرطها وهو الملك فصار ابنه وعتق بقدر نصيبه
 منه وهو ربعة ولم يضمن حصة رب المال من الولد ، لأن العتق ثبت بالملك والنسب ، فصارت العلة ذات وجهين
 والملك آخرهما وجودا ، فمضاف العتق إليه ولا صنع له في الملك ، فلا ضمان لعدم التعدي فإذا اختار الاستسعاء
 استسعاء في ألف رأس ماله وفي ربعة نصيبه من الربح فإذا قبض الألف صار مستوفيا لرأس ماله وظهر أن الأم
 كلها ربح بينهما نصفين ونفذ فيها دعوة المضارب وصارت كلها أم ولد له لأن الاستيلاء إذا ضادف محلا يحتمل
 النقل لا يتجزأ إجماعا ويجب نصف قيمتها لرب المال فإن قيل : لم لم يجعل المقبوض من الولد من الربح قلنا : لأنه
 من جنس رأس ماله وهو مقدم على الربح فكان أولى يجعله منه زيلعي ما خصا (قوله وضمن للمالك) لأنها لما
 زادت قيمتها ظهر فيها الربح وملك المضارب بعض الربح فنفذت دعوته فيها فيجب عليه لرب المال رأس ماله
 ونصيبه من الربح فإذا وصل إليه ألف استوفى رأس ماله وصار الولد كله ربما فيملك المضارب منه نصيبه فيعتق
 عليه وما لم يصل إليه الألف فالولد رقيق على حاله على نحو ما ذكرنا في الأم :

باب المضارب يضارب

(قوله على الظاهر) أي ظاهر الرواية عن الإمام وهو قولها منح (قوله فاسدة) قال في البحر : وإن كانت

ضاع) المال (من يده) أي يد الثاني (قبل العمل) الموجب للضمان (فلا ضمان) على أحد (وكذا) لا ضمان (لو غصب المال من الثاني و) إنما (الضمان على الغاصب فقط) ولو استهلكه الثاني أو وهبه فالضمان عليه خاصة (فإن عمل) حتى ضمنه (خير رب المال إن شاء ضمن) المضارب (الأول رأس ماله وإن شاء ضمن الثاني) وإن اختار أخذ الربح ولا يضمن ليس له ذلك بحر (فإن أذن) المالك (بالدفع ودفع بالثالث وقد قيل) الأول (ما رزق الله فينتا نصفان فللمالك النصف) عملاً بشرطه (والأول السدس الباقي وللثاني الثلث) المشروط (ولو قيل ما رزقك الله بكاف الخطاب) والمسألة بحالها (فللثاني ثلثه والباقي بين الأول والمالك نصفان) باعتبار الخطاب فيكون لكل ثلث (ومثله ما ربحت من شيء أو ما كان لك فيه من ربح) ونحو ذلك وكذا أو شرط للثاني أكثر من الثلث أو أقل فالباقي بين المالك والأول (ولو قال له ما ربحت بيننا نصفان ودفع بالنصف فللثاني النصف واستويا فيما بقي) لأنه لم يربح سواه (ولو قيل ما رزق الله في نصفه أو ما كان من فضل الله فينتا نصفان فدفع بالنصف فللمالك النصف وللثاني كذا ولا شيء الأول) لجعله ماله للثاني (وإلى شرط) الأول (للثاني ثلثه) والمسألة بحالها (ضمن الأول للثاني سدساً) بالتسمية لأنه التزم سلامة الثلثين (وإن شرط) المضارب (للمالك ثلثه و) شرط (لعبد المالك ثلثه) وقوله (على أن يعمل معه) عادي وليس بقيد (و) شرط (لنفسه ثلثه صح)

إحداهما فاسدة أو كلاهما فلا ضمان على واحد منهما وللعامل أجر المثل على المضارب الأول ويرجع به الأول على رب المال والوضيعة على رب المال والربح بين الأول ورب المال على الشرط بعد أن أخذ الثاني أجرته إذا كانت المضاربة الأولى صحيحة وإلا فلا أول أجر مثله اه (قوله خاصة) والأشهر الخيار فيضمن أيهما شاء كما في الاختيار سائحاني (قوله خير رب المال) فإن ضمن الأول صحّت المضاربة بينه وبين الثاني وكان الربح على ما شرط وإن ضمن الثاني رجع بما ضمن على الأول وصحت بينهما وكان الربح بينهما وطاب للثاني ما ربح دون الأول بحر وفيه؛ ولو دفع للثاني مضاربة إلى ثالث وربح الثالث أو وضع فإن قال الأول للثاني: اعمل فيه برأيتك فلرب المال أن يضمن أي الثلاثة شاء ويرجع الثالث على الثاني والثاني على الأول والأول لا يرجع على أحد إذا ضمنه رب المال وإلا لا ضمان على الأول وضمن الثاني والثالث كذا في المحيط (قوله ضمن الثاني) فيه إشعار بأنه إذا ضمن يرجع على الأول وبطيب الربح له دون الأول، لأنه ملك مستند قهستاني سائحاني (قوله ليس له الخ) لأن المال بالعمل صار خصياً، وليس للمالك إلا تضمين البدل عند ذهاب العين المغصوبة، وليس له أن يأخذ الربح من الغاصب كذا ظهر لي ط (قوله فإن أذن) مفهوم قوله بلا إذن (قوله عملاً بشرطه) لأنه شرط نصف جميع الربح له (قوله الباقي) الأولى إسقاطه حلي والباقي هو الفاضل عما اشترطه للثاني، لأن ما أوجبه الأول ينصرف إلى نصيبه خاصة إذ ليس له أن يوجب شيئاً لغيره من نصيب المالك وحيث أوجب للثاني الثلث من نصيبه وهو النصف يبقى له السدس قال في البحر وطاب الربح للجميع لأن عمل الثاني عمل عن المضارب كالأجير المشترك إذا استأجر آخر بأقل مما استأجر (قوله لعبد المالك) قيد بعبد رب المال لأن عبد المضارب لو شرط له شيء من الربح، ولم يشترط عمله لا يجوز ويكون ما شرط له لرب المال إذا كان على العبد دين، وإلا يصح سواء شرط عمله أولاً ويكون للمضارب بحر وقيد بكون العاقد المولى لأنه لو عقد المأذون فسبأني وشمل قوله له بد مالو شرط للمكاتب بعض الربح، فإنه يصح وكذا لو كان مكاتب المضارب، لكن بشرط أن يشترط عمله فيهما وكان المشروط للمكاتب له لا لمولاه وإن لم يشترط عمله لا يجوز، وعلى هذا غيره من الأجانب فتصح المضاربة، وتكون لرب المال ويبطل الشرط بحر: وصياني الكلام فيه والمرأة والولد كالأجانب هنا كذا في النهاية بحر وقيد باشتراط عمل العبد احترازاً

وصار كأنه اشترط للمولى ثلثي الربح كذا في عامة الكتب وفي نسخ المتن والشرح هنا خلط فاجتنبه (ولو عقدها المأذون مع أجنبي وشرط المأذون عمل مولاه لم يصح إن لم يكن) المأذون (عليه دين) لأنه كاشترط العمل على المالك (والاصح) لأنه حينئذ لا يملك كسبه (واشترط عمل رب المال مع المضارب مفسد) للعقد لأنه يمنع التخليه فيمنع الصحة (وكذا اشترط عمل المضارب مع مضاربه قوله أو عمل رب المال مع) المضارب (الثاني) بخلاف مكاتب شرط عمل مولاه كما لو ضارب مولاه (ولو شرط بعض الربح للمساكين أو للحج أو في الرقاب) أو لامرأة المضارب أو مكانه صح العقد و (لم يصح) الشرط (ويكون) المشروط (لرب المال ولو شرط البعض لمن شاء المضارب فإن شاء نفسه أو لرب المال صح) الشرط (وإلا) بأن شاء لأجنبي (لا) يصح ومتى شرط البعض لأجنبي إن شرط عليه عمله صح وإلا لا :

قلت : لكن في القهستاني أنه يصح مطلقا والمشروط للأجنبي إن شرط عمله وإلا فللمالك أيضا وعزاه للخيرة خلافا للبرجندي وغيره فتنبه ولو شرط البعض لقضاء دين المضارب أو دين المالك جاز ويكون للمشروط له قضاء دينه ولا يلزم بدفعه لغرمائه بحر .

(وتبطل) المضاربة (بموت أحدهما) لكونها وكالة وكذا بقتله وحجر يطرأ على أحدهما ويجنون أحدهما مطبقا قهستاني . وفي البرازية : مات المضارب والمال عروض باعها وصيه ولو مات رب المال والمال نقد تبطل

عن عمل رب المال مع المضارب فإنه مفسد كما سيأتي (قوله للمولى) لكن المولى لا يأخذ ثلث العبد مطلقا لما في التبيين ، ثم إن لم يكن على العبد دين فهو للمولى سواء شرط فيها عمل العبد أولا ، وإن كان عليه دين فهو كغرمائه إن شرط عمله ، لأنه صار مضاربا في مال مولاه فيكون كسبه له فيأخذه غرمائه وإن لم يشترط عمله فهو أجنبي عن العقد ، فكان كالمسكوت . نه فيكون للمولى ، لأنه تمام ملكه إذ لا يشترط بيان نصيبه بل نصيب المضارب لكونه كالأجير اه ملخصا (قوله وفي نسخ المتن الخ) أما المتن فقد رأيت في نسخة منه ولو شرط للثاني ثلثه لعبد المالك ثلثه على أن يعمل ١٠٠هـ ولنفسه ثلثه صح اه وهو فاسد كما ترى وأما الشرح فنصه وقوله على أن يعمل معه عادي ، وليس بتقيد بل يصح الشرط ويكون لسببه ، وإن لم يشترط عمله لا يجوز كذا في الهامش (قوله واشترط) هذه المسئلة كالتعليل لما قبلها فكان الأولى تقديمها وتفريع الأولى عليها (قوله بخلاف مكاتب) أي إذا دفع مال مضاربة لآخر (قوله مولاه) أي فإنه لا يفسد مطلقا فإن عجز قبل العمل ولا دين عليه فسدت بحر (قوله أوفى الرقاب) أي فكها وفساد الشرط في الثلاث لعدم اشتراط العمل كما سيظهر (قوله ولم يصح الشرط) وما في الشراعية من الجواز محمول على جواز العقد لا الشرط منح فلا يحتاج إلى ما قبل إن المسألة خلافية لكن عدم صحة الشرط في هذين إذا لم يشترط عملهما كما سيشير إليه بقوله ومتى شرط لأجنبي الخ ، وير عن النهاية أن المرأة والولد كالأجنبي هنا وفي التبيين ، ولو شرط بعض الربح لمكاتب رب المال أو المضارب إن شرط عمله جاز وكان المشروط اه لأنه صار مضاربا وإلا فلا لأن هذا ليس بمضاربة وإنما المشروط هبة موعودة فلا يلزم ، وعلى هذا غيره من الأجانب إن شرط له بعض الربح وشرط عمله عليه صح وإلا فلا اه (قوله لا يصح) لأنه لم يشترط عمله (قوله صح) أي الاشتراط كالعقد (قوله لكن في القهستاني) لأعمل للاستدراك لأن قوله يصح مطلقا : أي عقد المضاربة صحيح سواء شرط عمل الأجنبي أولا غير أنه إن شرط عمله فالمشروط له ، وإلا فلرب المال لأنه بمنزلة المسكوت منه ، ولو كان المراد أن الاشتراط صحيح مطلقا نافي قوله وإلا أي وإن لم يشترط عمله فللمالك (قوله ويكون) أي البعض (قوله قضاء) نائب فاعل المشروط (قوله بحر) عبارته ولا يجر على دفعه

في حق التصرف ولو عرضا تبطل في حق المسافرة لا التصرف فله بيعه بعرض ونقد (و) بالحكم (بلحق المالك مرتدا فإن عاد بعد لحوقه مسلما بالمضاربة على حالها) حكم بلحاقها أم لاعتناء (بخلاف الوكيل) لأنه لاحق له بخلاف المضارب (ولو ارتد المضارب فهي على حالها فإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه بطلت) وما تصرف نافذ وعهدته على المالك عند الإمام بحر (ولو ارتد المالك فقط) أي ولم يلحق (فتصرفه) أي المضارب (موقوف) وردة المرأة غير مؤثرة (وينعزل بعزله) لأنه وكيل (إن علم به) بخبر رجلين مطلقا أو فضولي عدل أو رسول مميز (وإلا) يعلم (لا) ينعزل (فإن علم) بالعزل ولو حكما كوت المالك ولو حكما (والمال عروض) هو هنا ما كان خلاف جنس رأس المال فالدرهم والدنانير هنا جنسان (باعها) ولو نسبتها وإن نهاء عنها (ثم لا يتصرف في ثمنها) ولا في نقد من جنس رأس ماله ويبدل بخلافه به استحسانا لوجوب رد جنسه وليظهر الربح

لغرمائه اه كذا في الهامش (قوله المسافرة) أي إلى غير بلد رب المال ط عن البرازية (قوله فإن عاد الخ) ينبغي أن يكون هذا إذا لم يحكم بلحاقه أما إذا حكم بلحاقه ، فلا تعود المضاربة ، لأنها بطلت كما هو ظاهر عبارة الانتقائي في غاية البيان ، لكن في العناية أن المضاربة تعود سواء حكم بلحاقه أم لا فتأصل ردلي (قوله بخلاف الوكيل) أي لو ارتد موكله ولحق ثم عاد فلا تبقى الوكالة على حالها والفرق أن محل التصرف خرج عن ملك الموكل ، ولم يتعلق به حق الوكيل فلذا قال لأنه الخ س (قوله بخلاف المضارب) فإن له حقا فإذا عاد المالك فهي على حالها (قوله ولو ارتد) محترز قوله وبلحوق (قوله فقط) على هذا لافرق بين المالك والمضارب ، فلو قال : وبلحوق أحدهما ثم قال : ولو ارتد أحدهما فقط الخ لكان أخصر وأظهر تأمل لكل الفرق أنه إذا ارتد المضارب فتصرفه نافذ (قوله غير مؤثرة) سواء كانت هي صاحبة المال أو المضاربة إلا أن تموت أو تلحق بدار الحرب فيحكم بلحاقها ، لأن ردتها لا تؤثر في أملاكها فكذا في تصرفاتها منح (قوله ولو حكما) أي ولو العزل حكما فلا ينعزل في الحكمي إلا بالعلم بخلاف الوكيل ، حيث ينعزل في الحكمي ، وإن لم يعلم كذا قالوا فإن قلت ما الفرق بينهما ؟ قلت : قد ذكروا أن الفرق بينهما أنه لاحق له بخلاف المضارب منح (قوله ولو حكما) أي كارتداده مع الحكم بلحاقه من (قوله فالدرهم) التصريح غير ظاهر فالأولى الواو كما في البحر والمنح (قوله جنسان) فإن كان رأس المال دراهم وعزله ومعه دنائير له بيعها بالدرهم استحسانا منح وانظر مامر في البيع الفاسد عند قول المصنف والدرهم والدنانير جنس (قوله باعها) أي له بيعها ولا يمنع العزل من ذلك إتقاني (قوله عنها) أي عن النسبة كما لا يضح نبيه عن المسافرة في الروايات المشهورة وكما لا يملك عزله لا يملك تخصيص الإذن ، لأنه عزل من وجه بحر عن النهاية وسيأتي (قوله ويبدل) لاحاجة إليه لفهمه مما قبله حيث بين المراد من العروض هنا قريبا ، وأن الدرهم والدنانير جنسان (قوله خلافه به) أي له أن يبدل خلاف رأس المال مع النقد برأس المال قال في البحر : وإن كان رأس المال دراهم وعزله ومعه دنائير يبيعها بالدرهم استحسانا مدني (قوله لوجوب الخ) أي إن امتنع المالك مع خلاف الجنس كما يفيد ما قدمنا عن الانتقائي :

[فرع] قال في القنية من المضاربة أعطاه دنائير مضاربة ثم أراد القسمة له أن يستوفي دنائير ، وله أن يأخذ من المال بقيمتها ، وتعتبر قيمتها يوم القسمة لا يوم الدفع اه وفي شرح الطحاوي : من المضاربة ، ويضمن لرب المال مثل ماله وقت الخلاف يرى في بحث القول في ثمن المثل ، وهذه فائدة طالما توقفت فيها ، فإن رب المال يدفع دنائير مثلا بعدد مخصوص ، ثم تغلو قيمتها ويريد أخذها عددا لا بالقيمة تأمل : والذي يظهر من هذا أنه

(ولا يملك المالك فسخها في هذه الحالة) بل ولا تخصيص الإذن لآله عزل من وجه نهاية (بخلاف أحد الشريكين إذا فسخ الشركة وما لها أمتعة) صحح (افترقا وفي المال ديون وربح يجبر المضارب على اقتضاء الديون) إذ حينئذ يعمل بالأجرة (وإلا) ربح (لا) جبر لأنه حينئذ متبرع (و) يؤمر بأن (يوكل المالك عليه) لأنه غير العاقد (و) حينئذ (الوكيل بالبيع والمستبضع كالمضارب) يؤمران بالتوكيل (والسمسار يجبر على التقاضي) وكذا الدلال لأنهما يعملان بالأجرة :

[فرع] استؤجر على أن يبيع ويشترى لم يجز لعدم قدرته عليه والحيلة أن يستأجره مدة للخدمة ، ويستعمله في البيع زيلعي (وما هلك من مال المضاربة بصرف إلى الربح) لأنه تبع (فإن زاد المالك على الربح لم يضمن) ولو فاسدة من عمله لأنه أمين (وإن قسم الربح وبقيت المضاربة ثم هلك المال أو بعضه تراد الربح ليأخذ المالك رأس المال وما فضل بينهما وإن نقص لم يضمن) لما مر :

ثم ذكر مفهوم قوله وبقيت المضاربة فقال (وإن قسم الربح وفسخت المضاربة) والمال في يد المضارب (ثم عقداها فهلك المال لم يتراد وبقيت المضاربة) لأنه عقد جديد (وهي الحيلة النافعة للمضارب) :

فصل في المتفرقات

(المضاربة لا تفسد بدفع كل المال أو بعضه) تقييد الهداية بالبعض اتفاقا عناية (إلى المالك بضاعة لامضاربة)

لو علم عدد المدنوع ونوعه فله أخذه ، ولو أراد أن يأخذ قيمته من نوع آخر يأخذه بالقيمة الواقعة يوم الخلاف أي يوم النزاع والخصام وكذا إذا لم يعلم نوع المدفوع كما يقع كثيرا في زماننا حيث يدفع أنواعا ثم تجهل فيضطر إلى أخذ قيمتها لجهااتها فيأخذ بالقيمة يوم الخصام والله أعلم تأمل (قوله في هذه الحالة) أي حالة كون المال عروضا لأن للمضارب حقا في الربح بحر (قوله صح) أي الفسخ (قوله على اقتضاء الديون) أي طلبها من أربابها (قوله إذ حينئذ) عبارة البحر لأنه كالأجير والربح كالأجرة وطلب الدين من تمام تكلة العمل فيجبر عليه (قوله بالأجرة) ظاهره ولو كان الربح قليلا قال في شرح الملتقى ، ومفاده أن نفقة الطالب على المضارب ، وهذا لو الدين في المصر وإلا ففي مال المضاربة قال في الهندية ، وإن طال سفر المضارب ومقامه حتى أنت النفقة في جميع الدين ، فإن فضل على الدين حسب له النفقة مقدار الدين ، وما زاد على ذلك يكون على المضارب كذا في المحيط ط (قوله والسمسار) هو المتوسط بين البائع والمشتري بأجر من غير أن يستأجر (قوله زيلعي) ونعم كلامه وإنما جازت هذه الحيلة لأن العقد يتناول المنفعة : وهي معلومة ببيان قدر المدة ، وهو قادر على تسليم نفسه في المدة ، ولو عمل من غير شرط وأعطاه شيئا لا بأس به لأنه عمل معه حسنة فجازاه خيرا وبذلك جرت العادة وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن (قوله ولو فاسدة) أي سواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة ، وسواء كان الملاك من عمله أو لا (قوله من عمله) يعني المسلط عليه عند التجار ، وأما التعدي فيظهر أنه يضمن سائحاني (قوله فهو بينهما) أي بعد دفع النفقة (قوله لما مر) أي من أنه أمين فلا يضمن (قوله في يد المضارب) مثله في العزيمة عن صدر الشريعة ، وهو نص على المتوهم وإلا فبالأولى إذا دفعه لرب المال بعد الفسخ ثم استرده وعقد أخرى (قوله النافعة للمضارب) أي لو خاف أن يسترد منه رب المال الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقي من رأس المال وعلم بممار آتفا أنه لا يتوقف صحة الحيلة على أن يسلم المضارب رأس المال إلى رب المال وتقييد الزيلعي به اتفاقا كما نبه عليه أبو السعود :

فصل في المتفرقات

(قوله لامضاربة) أي فإنها تفسد وقد تبع الزيلعي ومفهومه أنه لو دفعه مضاربة تفسد الأولى مع أن الذي

لما مر (وإن أخذه) أى المالك المال (بغير أمر المضارب وباع واشترى بطالت إن كان رأس المال نقدا) لأنه عامل لنفسه (وإن صار عرضا لا) لأن النقد الصريح حينئذ لا يعمل فهذا أولى عناية ثم إن باع بعرض بقيت وإن بنقد بطلت لما مر (وإذا سافر) ولو يوما (فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه) بفتح الراء ما يركب ولو بكراء (وكل ما يحتاجه عادة) أى فى عادة التجار بالمعروف (فى مالها) لو صحيحة لا فاسدة لأنه أجيز فلا نفقة له كستبضع ووكيل وشريك كافى وفى الأخير خلاف (وإن عمل فى المصر) سواء ولد فيه أو اتخذ دارا (فنفقته فى ماله) كدوائه على الظاهر أما إذا نوى الإقامة بمصر ولم يتخذ دارا فله النفقة ابن ملك ما لم يأخذ مالا لأنه لم يحتبس بمالها ولو سافر بماله ومالها

يفسد الثانية لا الأولى كما فى الهداية قال فى البحر: وتقييده بالبضاعة اتفاقى لأنه لو دفع المال إلى رب المال مضاربة لا تبطل الأولى، بل الثانية، لأن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا فلو جوزناه يؤدى إلى قلب الموضوع، وإذا لم يصح بقى عمل رب المال بأمر المضارب، فلا تبطل الأولى كذا فى الهداية وبه علم أنها بضاعة وإن سميت مضاربة لأن المراد بالبضاعة هنا الاستعانة لأن الابضاع الحقيقى لا يتأتى هنا، وهو أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر ولا ربح للعامل وفهم من مسألة الكتاب جواز الابضاع مع الأجنبى بالأولى اه (قوله لما مر) أى من أن الشيء لا يتضمن مثله (قوله وإن أخذه) محترز قوله بدفع (قوله وإن صار عرضا) أى فى يد المضارب (قوله ثم إن باع) أى ما صار عرضا (قوله لما مر) أى من أنه عامل لنفسه قال فى الهامش: فلو باع أى رب المال العروض بنقد ثم اشترى عروضها كان للمضارب حصته من ربح العروض الأولى لا الثانية، لأنه لما باع العروض وصار المال نقدا فى يده كان ذلك نقضا للمضاربة فشرأوه به بعد ذلك يكون لنفسه فلو باع العروض لعروض مثلها أو بتكيل أو موزون وربح كان بينهما (١) على ما شرطنا بحروم منح عن المبسوط (قوله ولو يوما) لأن العلة فى وجوب النفقة حبس نفسه لأجلها فعلم أنه ليس المراد بالسفر الشرعى بل المراد أن لا يمكنه المبيت فى منزله، فإن أمكن أنه يعود إليه فى ليلة فهو كالمصر لا نفقة له بحر (قوله ولو بكراء) بفتح الراء ومدى وكسر الهمزة بعدها (قوله لأنه أجيز) أى فى الفاسدة (قوله خلاف) فإنه صرح فى النهاية بوجوبها فى مال الشركة منح، وجعله فى شرح المجمع رواية عن محمد. وفى الحامدية فى كتاب الشركة عن الرملى على المنح أقول: ذكر فى التاترخانية عن الخانية قال محمد هذا استحسنانا اه أى وجوب نفقته فى مال الشركة وحيث علمت أنه الإستحسان فالعمل عليه لما علمت أن العمل على الإستحسان إلا فى مسائل ليست هذه منها خير الدين على المنح اه (قوله ما لم يأخذ مالا) يعنى لو نوى الإقامة بمصر، ولم يتخذ دارا فله النفقة إلا إذا كان قد أخذ مال المضاربة فى ذلك المصر، فلا نفقة له مادام فيه ولا ينحى مافيه من الإيجاز الملحق بالألغاز.

قال فى البحر: فلو أخذ مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة، وكان قدم الكوفة مسافرا، فلا نفقة له فى المال مادام فى الكوفة فإذا خرج منها مسافرا فله النفقة، حتى يأتى البصرة، لأن خروجه لأجل المال، ولا ينفق من المال مادام بالبصرة لأن البصرة وطن أصلى له فكانت إقامته فيه لأجل الوطن لأجل المال، فإذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال إلى أن يأتى الكوفة، لأن خروجه من البصرة لأجل المال، وله أن ينفق أيضا ما أقام بالكوفة حتى يعود إلى البصرة لأن وطنه بالكوفة كان وطن إقامة، وأنه يبطل بالسفر فإذا عاد إليها وليس له بها وطن كانت إقامته فيها لأجل المال كذا فى البدائع والمحيط والفتاوى الظهيرية اه: ويظهر منه (٢) أنه لو كان له وطن

(١) (قوله كان بينهما الخ) لأن رب المال لا يمكن من نقض المضاربة مادام المال عروضيا اه .

(٢) (قوله ويظهر منه الخ) نقل ط عن مكى عن المبسوط مانعه وإن تزوج امرأة واتخذها وطنا زالت نفقته من مال المضاربة

لأن مقامه بها بعد ما تزوج كان لأجل أهله بمنزلة وطنه الأصل اه .

أو خلط بإذن أو بمالين لرجلين أنفق بالحصة ، وإذا قدم رد ما بقي مجمع ، ويضمن الزائد على المعروف ، ولو أنفق من ماله ليرجع في مالها له ذلك ولو هلك لم يرجع على المالك (ويأخذ المالك قدر ما أنفقه المضارب من رأس المال إن كان ثمة ربح فإن استوفاه أو فضل شيء) من الربح (اقتسامه) على الشرط لأن ما أنفقه يجعل كالمالك والمالك يصرف إلى الربح كما مر (وإن لم يظهر ربح فلا شيء عليه) أي المضارب (وإن باع المتاع مراعاة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان وأجرة السمسار والقصار والصبغ ونحوه) مما اعتد ضمه (ويقول) البائع (قام على بكذا وكذا يضم إلى رأس المال ما يوجب زيادة فيه حقيقة أو حكماً أو اعتاده التجار) كأجرة السمسار هذا هو الأصل نهاية (لا) يضم ما أنفقه (على نفسه) لعدم الزيادة والعادة (مضارب بالنصف شري بألفها بزا) أي ثياباً (وباعه بألفين وشري بهما عبداً فصاعاً في يده) قبل تقدمها لبائع العبد (غرم المضارب) نصف الربح (ربيعهما و) غرم (المالك الباقي و) يصير (ربيع العبد) ملكاً (للمضارب) خارجاً عن المضاربة لكونه مضموناً عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما تناف (وباقية لها ورأس المال) جميع ما دفع المالك وهو (ألفان وخمسة) (و) لكن (رابع) المضارب في بيع العبد (على ألفين) فقط لأنه شراه مبهما (ولو بيع) العبد (بضعفهما) بأربعة آلاف (فحصتها ثلاثة آلاف) لأن ربيع المضارب (والربح منها)

بالكوفة أيضاً ليس له الإنفاق إلا في الطريق ورأيت التصريح به في القاتر خانية من الخامس عشر (قوله أو خلط الخ) أو يعرف شائع كما قدمنا أنه لا يضمن به تأمل (قوله بإذن) أي وتصير شركة ملك فلا تنافي المضاربة ونظيره ما قدمناه لو دفع إليه ألفاً نصفها قرض ونصفها مضاربة صح ، ولكل نصف حكم نفسه اه مع أن المال مشترك شركة ملك فلم يضمن المضاربة (١) وبه ظهر أنه لا ينافي ما قدمه الشارح عن الكافي من أنه ليس للشريك نفقة فافهم (قوله أو بمالين) أي وإن كان أحدهما بضاعة فنفقته في مال المضاربة إلا أن يتفرع للعمل في البضاعة فن مال نفسه دون البضاعة إلا إن أذن له المستبضع بالنفقة منها، لأنه متبرع تاريخالية في الخامس عشر عن المحيط ، وفيها عن العتابة ، ولو رجع المضارب من سفره بعد موت رب المال فله أن ينفق من المال على نفسه وعلى الرقيق وكذا بعد النهي ولو كتب إليه بنهاه وقد صار المال نقداً لم ينفق في رجوعه اه (قوله ولو هلك) أي مالها (قوله ويأخذ) أي من الربح (قوله من رأس) متعلق بأنفق وحاصل المسألة أنه لو دفع له ألفاً مثلاً فأنفق المضارب من رأس المال مائة وربيع مائة يأخذ المالك المائة الربح بدل المائة التي أنفقها المضارب ليستوفي المالك جميع رأس ماله فلو كان الربح في هذه الصورة مائتين يأخذ مائة بدل النفقة ويقسمان المائة الثانية (قوله من الحملان) قال في مجمع البحرين : والحملان بالضم : الحمل مصدر حمله والحملان أيضاً أجر ما يحمل اه وهو المراد ط (قوله حقيقة) كالصبغ (قوله أو حكماً) كالقصار (قوله والعادة) قد سبق في المراجعة أن العبرة في الضم لعادة التجار فإذا جرت بضم ذلك يضم ط (قوله أي ثياباً) قال في البحر : وقال محمد في السير البر عند أهل الكوفة ثياب الكتان أو القطن لا ثياب الصوف أو الخز كذا في المغرب اه (قوله نصف الربح) لأنه ظهر فيها ربيع ألف لما صار المال نقداً ، فإذا اشترى بالألفين عبداً صار مشتركاً ربيعاً للمضارب والباقي لرب المال فيكون مضموناً عليهما بالخصص (قوله الباقي) ولكن الألفان يجبان جميعاً للبائع على المضارب ، ثم يرجع المضارب على رب المال بألف وخمسة لأن المضارب هو المباشر للعقد وأحكام العقد ترجع إليه إتقاني (قوله لكونه) علة لقوله خارجاً (قوله وبينهما) أي بين الضمان المفهوم من مضمون وبين الأمانة (قوله لها) لأن ضمان رب المال لا ينافي المضاربة من (قوله ولو بيع) أي والمسألة بحالها (قوله فحصتها) أي المضاربة (قوله لأن ربيع) أي ربيع العبد ملك للمضارب كما تقدم

(١) (قوله فلم يضمن المضاربة) لعل للصواب فلم يظن المضاربة تأمل اه .

نصف الألف بينهما) لأن رأس المال ألفان وخمسمائة (ولو شري من رب المال بألف عبدا شراه) رب المال (بنصفه رابع بنصفه) وكذا عكسه لأنه وكيله ومنه علم جواز شراء المالك من المضارب وعكسه (ولو شري بألفها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على المالك وربعه على المضارب) على قدر ملكهما (والعبد يخدم المالك ثلاثة أيام والمضارب يوما) لخروجه عن المضاربة بالفداء للتنافي كما مر ولو اختار المالك الدفع والمضارب الفداء فله ذلك لتوهم الربح حينئذ .

(اشترى بألفها عبدا وهلك الثمن قبل النقد) للبائع لم يضمن لأنه أمين بل (دفع المالك) للمضارب (ألفا أخرى ثم وثم) أي كلما هلك دفع أخرى إلى غير نهاية (ورأس المال جميع ما دفع)

وفي الهامش قوله ربه وهو الألف اه (قوله بينهما) أي والألف يختص بها المضارب كما مر (قوله عبدا) أي قيمته ألف فالثمن والقيمة سواء وإنما قلنا ذلك لأنه لو كان فيهما فضل بأن اشترى رب المال عبدا بألف قيمته ألفان ، ثم باعه من المضارب بألفين بعد ما ربح المضارب ألفا ، فإنه يرابع على ألف وخمسمائة ، وكذا لو الفضل في قيمة المبيع دون الثمن بأن كان العبد يساوي ألفا وخمسمائة فاشتراه رب المال بألف وباعه من المضارب بألف فإنه يرابع على ألف ومائتين وخمسين ، وكذا عكسه بأن شري عبداً قيمته ألف بألف فباعه منه بألف (١) فالمسألة رباعية قسيان لا يرابع فيها إلا على ما اشترى رب المال وقسيان يرابع فيها عليه وعلى حصة المضارب ، وهذا إذا كان البائع رب المال فلو كان المضارب فهو على أربعة أقسام أيضا كما أتى وتماه في البحر عن المحيط (قوله شراه) صفة عبدا (قوله رابع) جواب لو (قوله وكذا عكسه) وهو مالو كان البائع المضارب والمسألة بحالها بأن شري رب المال بألف عبدا شراه المضارب بنصفه ورأس المال ألف فإنه يرابع بنصفه ، وهذا إذا كانت قيمته كالثمن لأفضل فيهما ، ومثله لو الفضل في القيمة فقط ، أما لو كان فيهما فضل أو في الثمن فقط فإنه يرابع على ما اشترى به المضارب وحصة المضارب وبه علم أن المسألة رباعية أيضا وتماه في البحر (قوله ولو شري) أي مربع معه ألف بالنصف كما قيد به في الكنز (قوله بالفداء) لأنه لما صار المال حينئذ واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال ، فإذا فدياه خرج عن المضاربة لأن نصيب المضارب صار مضمونا عليه ، ونصيب رب المال صار له بقضاء القاضى بالفداء عليهما ، وإذا خرج عنها بالدفع أو بالفداء غرما على قدر (٢) ملكهما بحر والفرق بين هذا وبين ما مر حيث لا يخرج هناك ما خص رب المال عن المضاربة ، وهنا يخرج إذا واجب هناك ضمان التجارة وهو لا ينافي المضاربة وهنا ضمان الجنابة ، وهو ليس من التجارة في شيء فلا يبقى على المضاربة كفاية (قوله كما مر) أي قريبا من أن ضمان المضارب ينافي المضاربة س (قوله ولو اختار المالك الدفع الخ) قال في البحر : قيد بقوله قيمته ألفان ، لأنه لو كانت قيمته ألفا فتدبير الجنابة إلى رب المال ، لأن الرقبة على ملكه لا ملك للمضارب فيها فإن اختار رب المال الدفع والمضارب الفداء مع ذلك فله ذلك لأنه يستبقى بالفداء مال المضاربة وله ذلك لأن الربح يتوهم كذا في الإيضاح اه ونحوه في غاية البيان .

ولا يخفى أن الربح في مسألة المتن محقق بخلاف هذه ، فقد علل لغير مذكور على أن الظاهر أنه في مسألة المتن لا ينفرد أحدهما بالخيار لكون العبد مشتركا يدل له ما في غاية البيان ، ويكون الخيار لهما جميعا إن شاء فديا وإن شاء دفعا فتأمل (قوله مادفع) فلا يظهر الربح إلا بعد استيفاء المالك الكل لكن المضارب لا يرابع إلا على

(١) (قوله فباعه منه بألف الخ) لعل الصواب بألفين فأمل اه .

(٢) (قوله أو بالفداء غرما على قدر الخ) لعل الصواب بخمسمائة على قدر الخ تأمل اه .

بخلاف الوكيل لأن يده ثانيا يد استيفاء لا أمانة :

(معه ألفان فقال) للمالك (دفعت إلى ألفا وربحت ألفا وقال المالك دفعت ألفين فالقول للمضارب) لأن القول في مقدار المقبوض للقابض أميناً أو ضميناً كما لو أنكره أصلاً (ولو كان الاختلاف) مع ذلك (في مقدار الربح فالقول لرب المال في مقدار الربح فقط) لأنه يستفاد من جهته (وأيهما أقام بينة تقبل وإن أقامها فالبينة بينة رب المال في دعواه الزيادة في رأس المال و) بينة (المضارب في دعواه الزيادة في الربح) قيد الاختلاف بكونه في المقدار لأنه لو كان في الصفة فالقول لرب المال فلذا قال (معه ألف فقال هو مضاربة بالنصف وقد ربح ألفا وقال المالك هو بضاعة فالقول للمالك) لأنه منكر (وكذا لو قال) المضارب (هي قرض وقال رب المال هي بضاعة أو ودیعة أو مضاربة فالقول لرب المال والهيئة بينة المضارب) لأنه يدعى عليه التملك والمالك ينكر (و) أما (لو ادعى المالك القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب) لأنه ينكر الضمان وأيهما أقام البينة قبلت (وإن أقام بينة فبينة رب المال أولى) لأنها أكثر إثباتاً وأما الاختلاف في النوع فإن ادعى المضارب العموم أو الإطلاق وادعى المالك الخصوص فالقول للمضارب لتمسكه بالأصل

ألف كما مر (قوله بخلاف الوكيل) أي إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء، ثم هلك فإنه لا يرجع إلا مرة (قوله لأن يده ثانيا الخ) الضمير فيه للوكيل بيانه أن المال في يد المضارب أمانة ، ولا يمكن حمله على الاستيفاء لأنه لا يكون إلا بقبض مضمون ، فكل ما قبض يكون أمانة وقبض الوكيل ثانياً استيفاء ، لأنه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع ، فإذا صار مستوفياً له صار مضموناً عليه فيهلك عليه ، بخلاف ما إذا لم يكن مدفوعاً إليه إلا بعد الشراء حيث لا يرجع أصلاً لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء ، فجعل مستوفياً بالقبض بعده إذ المدفوع إليه قبله أمانة ، وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفياً فإذا هلك يرجع مرة فقط لما قلنا (قوله مع ذلك) أي مع الاختلاف في رأس المال (قوله الربح) صورته : قال رب المال رأس المال ألفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب : رأس المال ألف وشرطت لي النصف (قوله فقط) لاني رأس المال بل القول فيه للمضارب كما علمت (قوله فالبينة الخ) لأن بينة رب المال في زيادة رأس المال أكثر إثباتاً وبينة المضارب في زيادة الربح أكثر إثباتاً كما في الزيلعي ويؤخذ من هذا ومن الاختلاف في الصفة أن رب المال لو ادعى المضاربة وادعى مع يده المال أنها عنان وله في المال كذا وأقاما البينة فبينة ذي اليد أولى لأنها أثبتت حصة من المال وأثبتت الصفة ما نحاني (قوله فالقول للمالك) لأن المضارب يدعى عليه تقوم عمله أو شرطاً من جهته أو يدعى الشركة وهو ينكر منح (قوله المضارب) الأولى ذو اليد (قوله هي قرض) ليكون كل الربح له (قوله فالقول للمضارب) مثله في الخانية وغاية البيان والزيلعي والبحر ونقله ابن الشحنة عن النهاية وشرح التجريد : وحكي ابن وهبان في نظمه قولين وفي مجموعة منلا علي عن مجموعة الأنقروبي عن عبيط السرخسي لو قال رب المال : هو قرض والقابض مضاربة فإن بعد ما تصرف فالقول لرب المال والبينة بينته أيضاً، والمضارب ضامن وإن قبله فالقول قوله ولا ضمان عليه أي القابض ، لأنهما تصادقا على أن القبض كان بإذن رب المال ولم يثبت القرض لإنكار القابض اه ونقل فيها عن الذخيرة من الرابع عشر مثله ، ومثله في كتاب القول لمن عن غانم البغدادي عن الوجيز ، ومثله أفتى على أفندي مفتي الممالك العثمانية ، وكذا قال في فتاوى ابن نجيم القول لرب المال ويمكن أن يقال إن ما في الخانية والتنوير فيما إذا كان قبل التصرف حملاً للمطلق على المقيد لاتحاد الحادثة والحكم وبالله التوفيق من مجموعة منلا على ملخصاً (قوله بالأصل) لأن الأصل في المضاربة العموم إذ المقصود منها الاسترباح والعموم والإطلاق يناسبه ، وهذا إذا تنازعا بعد تصرف المضارب فلو قبله فالقول للمالك كما إذا ادعى المالك بعد التصرف العموم والمضارب

ولو ادعى كل نوعا فالقول للمالك والبينة للمضارب فيقيمها على صحة تصرفه ويلزمه نفي الضمان ولو وقت البينتان قضى بالتأخره وإلا فبينة المالك .

[فروع] دفع الوصي مال الصغير إلى نفسه مضاربة جاز وقبده الطرسوسى بأن لا يجعل الوصى لنفسه من الربح أكثر مما يجعل لأمثاله وتماه في شرح الوهبانية :

وفيها : مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف عاد ديننا في تركته وفي الاختيار دفع المضارب شيئا للعاشر ليكف عنه ضمن لأنه ليس من أمور التجارة لكن صرح في مجمع الفتاوى بعدم الضمان في زماننا قال : وكذا الوصى لأنهما يقصدان الإصلاح وسيجيء آخر الوديعة وفيه : لو شرى بمالها متاعا فقال : أنا أمسكه حتى أجد ربما كثيرا وأراد المالك بيعه فإن في المال ربح أجبر على بيعه لعمله بأجر كما مر إلا أن يقول للمالك أعطيك رأس المال وحصتك من الربح فيجبر المالك على قبول ذلك وفي البزازية : دفع إليه ألفا نصفها هبة ونصفها مضاربة فهلكت بضمن حصة الهبة اه :

قلت : والمفتى به أنه لا ضمان مطلقا لا في المضاربة لأنها أمانة ولا في الهبة لأنها فاسدة وهي تملك بالقبض على المعتمد المفتى به كما سيجيء فلا ضمان فيها وبه يضعف قول الوهبانية : وأودعه عشرا على أن خمسة له هبة فاستهلك الخمس يخسر

الخصوص فالقول للمالك در منتقى (قوله كل نوعا) بأن قال أحدهما في بر وقال الآخر في بر (قوله فالقول للمالك) لأنها اتفقا على الخصوص فكان القول قول من استفاد من جهته الإذن من (قوله فيقيمها) أى البينة (قوله على صحة البيع) يعنى أن البينة تكون حينئذ على صحة تصرفه لا على نفي الضمان حتى تكون على النفي فلا تقبل (قوله ولو وقت) في بعض النسخ ولو وقت (قوله البينتان) فاعل وقت والمسألة بحالها بأن قال رب المال : أدبته إليك مضاربة أن تعمل في بز في رمضان وقال المضارب : دفعت إلى لأعمل في طعام في شوال ، وأقاما البينة (قوله قضى بالتأخره) لأن آخر الشرطين ينسخ أولها (قوله وإلا) أى إن لم يوقتا أو وقت إحداهما دون الأخرى (قوله إلى نفسه) الضمير راجع إلى الوصى (قوله وقبده الطرسوسى) أى بحثا منه ورده ابن وهبان بأنه تقييد لإطلاقهم برأيه مع قيام الدليل على الإطلاق ، واستظهر ابن الشحنة ما قاله الطرسوسى نظرا للصغير . أقول : لكن في جامع الفصولين عن الملتقط ليس للوصى في هذا الزمان أخذ مال اليتيم مضاربة فهذا يفيد المنع مطلقا (قوله في تركته) لأنه صار بالتجهيل مستهلكا وسيأتى تمامه في الوديعة إن شاء الله تعالى وأفتى به في الحامدية قائلا وبه أفتى قارى الهداية (قوله وفيه لو شرى الخ) الكلام هنا في موضعين الأول حق الإمساك المضارب المتاع من غير رضا رب المال ، والثاني إجبار المضارب على البيع حيث لاحق له في الإمساك ، أما الأول فلاحق له فيه سواء كان في المال ربح أولا إلا أن يعطى لرب المال رأس المال فقط إن لم يربح أو مع حصته من الربح فحينئذ له حق الإمساك ، وأما الثاني وهو إجباره على البيع فهو أنه إن كان في المال ربح أجبر على البيع إلا أن يدفع للمالك رأس ماله من حصته من الربح ، وإن لم يكن في المال ربح لا يجبر ولكن له أن يدفع للمالك رأس ماله أو يدفع له المتاع برأس ماله هذا حاصل ما فهمته من عبارة المنع عن الذخيرة وهي عبارة معقدة ، وقد راجعت عبارة الذخيرة فوجدتها كما في المنع ، وبقي ما إذا أراد المالك أن يمسك المتاع والمضارب يريد بيعه وهو حادثة الفتوى ، ويعلم جوابها مما مر قبيل الفصل من أنه لو عزله وعلم به والمال عروض باعها وإن نهاه المالك ولا يملك المالك فسسخها ولا تخصيص الإذن لأنه عزل من وجه (قوله حصة الهبة) لأن هبة المشاع الذى يقبل القسمة غير صحيحة فيكون في ضمائه (قوله وهو الخ) ونقلها الفئال عن الهندية (قوله تملك بالقبض) أقول لاتناق بين الملك بالقبض والضمان سائحاني .

كتاب الإيداع

لا إخفاء في اشتراكه مع ما قبله في الحكم وهو الأمانة

(هو) لغة : من الودع أى الترك وشرعا (تسليط الغير على حفظ ماله صريحا أو دلالة) كأن انفتق زق رجل فأخذه رجل بغيبة ماله ثم تركه ضمن لأنه بهذا الأخذ التزم حفظه دلالة بجر (والوديعة ما ترك عند الأمين) وهى أخص من الأمانة كما حققه المصنف وغيره .
(وركنها : الإيجاب صريحا) كأودعتك (أو كناية) كقوله لرجل أعطني ألف درهم أو أعطني هذا الثوب مثلا فقال : أعطيتك كان وديعة بجر لأن الإعطاء يحتمل الهبة لكن الوديعة أدنى وهو متيقن فصار كناية (أو فعلا) كما لو وضع ثوبه بين يدي رجل ولم يقل

أقول : نص عليه في جامع الفصولين حيث قال رامزا لفتاوى الفضلى الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبه يفتى ، ثم إذا هلكت أفتيت بالرجوع للواهب هبة فاسدة لذى رحم محرم منه إذ الفاسدة مضمونة فإذا كانت مضمونة بالقيمة بعد الهلاك كانت مستحقة الرد قبل الهلاك اه فتنبه .

[فروع] سئل فيما إذا مات المضارب ، وعليه دين وكان مال المضاربة معروفا ، فهل يكون رب المال أحق برأس ماله وحصته من الربح الجواب : نعم كما صرح به في الخانية والذخير البرهانية حامدية ، وفيها عن قارى الهداية من باب القضاء في فتاواه إذا ادعى أحد الشريكين خيانة في قدر معلوم ، وأنكر حلف عليه فإن حلف برى وإن نكل ثبت ما ادعاه ، وإن لم يعين مقدارا ، فكذا الحكم لكن إذا نكل عن اليمين لزمه أن يعين مقدار ما خان فيه والقول قوله في مقداره مع يمينه ، لأن لكوله كإقرار بشيء مجهول والبيان في مقداره إلى المقر مع يمينه إلا أن يقيم خصمه بينة على أكثر اه :

كتاب الإيداع

(قوله بغيبة الخ) قيد به لأن المالك لو كان حاضرا لم يضمن كما حققه المصنف أنظر العقوبية قال في المنخ : إن الأمانة علم لما هو غير مضمون ، فشمل جميع الصور التي لاضمان فيها كالعارية والمستأجرة والموصى بخدمته في يد الموصى له بها والوديعة ما وضع للأمانة بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين : واختاره صاحب النهاية وفي البحر وحكهما مختلف في بعض الصور ، لأنه في الوديعة يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق ، وفي الأمانة لا يبرأ عن الضمان بعد الخلاف .

[نكتة] ذكرها في الهامش روى : أن زليخا لما ابتليت بالفقر وابيضت عينها من الحزن على يوسف عليه السلام جلست على قارعة الطريق في زى الفقراء فمر بها يوسف عليه السلام فقامت تنادى أيها الملك اسمع كلامي فوقف يوسف عليه السلام فقالت : الأمانة أقامت المملوك مقام الملوك والخيانة : أقامت الملوك مقام المملوك فسأل عنها فقيل إنها زليخا فتزوجها رحمة عليها اه زليعى (قوله أو كناية) المراد بها ما قابل الصريح مثل كنايات الطلاق لا البيانية (قوله لأن الخ) التعليل في البحر أيضا (قوله ولم يقل الخ) فلو قال : لأقبل الوديعة لا يضمن إذ القبول عرفا لا يثبت عند الرد صريحا .

قال صاحب جامع الفصولين أقول : دل هذا على أن البقار لا يصير مودعا في بقرة من بعثها إليه فقال البقار للرسول : اذهب بها إلى ربها فإني لأقبلها فذهب بها ، فينبغي أن لا يضمن البقار وقد مر خلافه بقول الحقيير

شيئا فهو إيداع :

(والقبول من المودع صريحا) كقبلت (أو دلالة) كما لو سكت عند وضعه فإنه قبول دلالة كوضع ثيابه في حمام بمرأى من الثيابي وكقوله لرب الخان أين أربطها فقال هناك كان إيداعا خانية هذا في حق وجوب الحفظ وأما في حق الأمانة فتم بالإيجاب وحده حتى لو قال للغاصب أودعتك المغصوب برى عن الضمان وإن لم يقبل اختيار (وشرطها كون المال قابلا لإثبات اليد عليه) فلو أودع الآبق أو الطير في الهواء لم يضمن (وكون المودع مكلفا شرط لوجوب الحفظ عليه) فلو أودع صبيا فاستهلكها لم يضمن ولو عبدا محجورا ضمن بعد عتقه (وهي

قوله : ينبغي لا ينبغي إذ الرسول لما أتى بها إليه خرج عن حكم الرسالة ، وصار أجنبيا فلما قال البقار ردها على مالئها صار كأنه ردها إلى أجنبي أو ردها مع أجنبي فلذا يضمن بخلاف مسألة الثوب نور العين وتامه فيه : وفيه أيضا عن الذخيرة : ولو قال لم أقبل حتى لم يصر مودعا وترك الثوب ربه ، وذهب فرفعه من لم يقبل وأدخله بيته ينبغي أن يضمن لأنه لما ثبت الإيداع صار غاصبا برفعه يقول الحقير فيه إشكال وهو أن الغصب لإزالة يد المالك ولم توجد ورفعه الثوب لقصد النفع لا الضرر بل ترك المالك ثوبه إيداع ثان ورفع من لم يقبل قبول ضمنا ، فالظاهر أنه لا يضمن والله تعالى أعلم اه (قوله شيئا) فلو قال لا أقبل لا يكون مودعا لأن الدلالة لم توجد بحر وفيه عن الخلاصة لو وضع كتابه عند قوم ، فذهبوا وتركوه ضمنوا إذا ضاع ، وإن قاموا واحدا بعد واحد ضمن الأخير لأنه تعين للحفظ فتعين للضمان اه فكل من الإيجاب والقبول فيه غير صريح كمسألة الخاني الآتية قريبا .

[فرع] في جامع الفصولين : لو أدخل دابته دار غيره وأخرجها رب الدار لم يضمن ، لأنها تضر بالدار ولو وجد دابة في مربطه فأخرجها ضمن سائحاني (قوله كما لو سكت) أي فإنه قبول ، وبعد أن ذكر هذا في الهندية قال وضع شيئا في بيته بغير أمره فلم يعلم حتى ضاع لا يضمن لعدم التزام الحفظ. وضع عند آخر شيئا وقال احفظ فضاع لا يضمن لعدم التزام الحفظ اه ويمكن التوفيق بالقربة الدالة على الرضا وعدمه سائحاني (قوله من الثيابي) ولا يكون الحامي مودعا مادام الثيابي حاضرا فإن كان غائبا فالحمي مودع بحر. وفيه عن إجازات الخلاصة لبس ثوبا فظن الثيابي أنه ثوبه ، فإذا هو ثوب الغير ضمن هو الأصح أي لأنه بترك السؤال والفضحص يكون مفرطا ، فلا ينافي ما يأتي من أن اشتراط الضمان على الأمين باطل أفاده أبو السعود (قوله وهذا) أي اشتراط القبول أيضا (قوله وإن لم يقبل) قد مر أن القبول صريح ودلالة فلعله هنا بمعنى الرد أما لو سكت فهو قبول دلالة تأمل (قوله لإثبات اليد) قال بعض الفضلاء فيه تسامح إذ المراد إثبات اليد بالفعل ، ولا يكفي قبول الإثبات كما أشار إليه في الدرر بقوله وحفظ شيء بدون إثبات اليد عليه محال تأمل فتال وأجاب عنه أبو السعود (قوله فلو أودع صبيا) قال الرملي في حاشية المنح : ويستثنى من إيداع الصبي ما إذا أودع صبي محجور مثله : وهي ملك غيرهما فللمالك تضمين الدافع والآخذ كذا في الفوائد الزينية مدني وانظر حاشية الفقال (قوله ضمن بعد عتقه) أي لو بالغنا وإلا فلا ضمان .

[فرع] قال في الهامش لو احتاج إلى نقل العيال أو لم يكن له عيال فسافر بها لم يضمن ، وهذا لو عين المكان فلوم عين بأن قال احفظ هذا ، ولم يقل في مكان كذا ، فسافر به فلو كان الطريق مخوفا ضمن بالإجماع ، وإلا لا عندنا كالأب أو الوصي لو سافر بمال الصبي وهذا إذا لم يكن حمل وموثة جامع الفصولين ، فلو كان لها حمل وموثة وقد أمر بالحفظ مطلقا ، فلو كان لا بد له من السفر ، وقد عجز عن حفظه في المصر الذي أودعه فيه لم

أمانة) هذا حكمها مع وجوب الحفظ والأداء عند الطلب واستحباب قبولها (فلا تضمن بالهلاك) إلا إذا كانت الوديعة بأجر أشباه معزيا للزيلي (مطلقا) سواء أمكن التحرز أم لا هلك معها شيء أم لا لخديث الدارقطني : « ليس على المستودع غير المغل ضمان » .

(واشتراط الضمان على الأمين) كالحامى والخانى (باطل به يفتى) خلاصة وصدر الشريعة (وللمودع حفظها بنفسه وعباله) كما له (وهم من يسكن معه حقيقة أو حكما لا من يئونه) فلو دفعها لولده المميز أو زوجته ولا يسكن معهما ولا ينفق عليهما لم يضمن خلاصة وكذا لو دفعها لزوجها ، لأن العبرة للمساكنة لا للنفقة وقبل يعتبران معا عيني (وشرط كونه) أى من فى عباله (أميننا) فلو علم خيانتة ضمن خلاصة (و) جاز (لمن فى عباله الدفع لمن فى عباله ولو نهاه عن الدفع إلى بعض من فى عباله فدفعت إن وجد بدا منه) بأن كان له عيال غيره ابن ملك (ضمن وإلا لا وإن حفظها بغيرهم ضمن) وعن محمد إن حفظها بمن يحفظ ماله كوكيله ومأذونه وشريكه مفاوضة وعنانا جاز وعليه الفتوى ابن ملك واعتمده ابن الكمال وغيره وأقره المصنف (إلا إذا خاف الحرق أو الغرق) وكاف غالبا محيطا فلو غير محيطة ضمن (فسلمها إلى جاره أو) إلى (فلك آخر) إلا إذا أمكنه دفعها لمن فى عباله

بضمن بالإجماع فلو له بد من السفر فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله قريبا أو بعيدا ، وعن أبي يوسف رحمه الله ضمن لو بعيدا لالو قريبا ، وعن محمد ضمن فى الحالين جامع الفصولين . المودع بأجر ليس له أن يسافر بها لتعيين مكان العقد للحفظ جامع الفصولين (قوله عند الطلب) إلا فى مسائل ستأتى (قوله بأجر) سيأتى أن الأجير المشترك لا يضمن ، وإن شرط عليه الضمان وأيضا قول المتن هنا واشتراط الخ رد عليه ، وهذا مع الشرط فكيف مع عدمه : وفى البرازية : دفع إلى صاحب الحمام ، واستأجره وشرط عليه الضمان إذا تلف قد ذكرنا أنه لا أثر له فيما عليه الفتوى سائحاني : وانظر حاشية الفتال ، وقد يفرق بأنه هنا مستأجر على الحفظ قصدا بخلاف الأجير المشترك فإنه مستأجر على العمل تأمل (قوله للزيلي) ومثله فى النهاية والكفاية وكثير من الكتب وملى على المنح (قوله غير المغل) أى الخائن كذا فى الهاش (قوله كالحامى) أى معلم الحمام ، وأما من جرى الغرف بأنه يأخذ فى مقابلة حفظه أجره يضمن ، لأنه وديع بأجرة لكن الفتوى على عدمه سائحاني (قوله فلو دفعها) تفريع على قوله أو حكما (قوله لولده المميز) بشرط أن يكون قادرا على الحفظ بجر عن الخلاصة (قوله ضمن) أى بدفعها له وكذا لو تركه فى بيته الذى فيه ودائع الناس وذهب فضاعت ضمن بجر عن الخلاصة (قوله فى عباله) الضمير فى عباله الأخير يصح أن يرجع للعيال الأول وبه صرح الشرنبلالى ، ويصح أن يرجع إلى المودع وبه صرح المقدسى ، وفيه لا يشترط فى الأبوين كونهما فى عباله وبه يفتى ، ولو أودع غير عباله ، وأجاز المالك خروج من البين ، ولو وضع فى حرز غيره بلا استئجار يضمن ولو آجر بيتا من داره ، ودفعها أى الوديعة إلى المستأجر إن كان لكل منهما غلق على حدة يضمن ، وإن لم يكن وكل منهما يتدخل على صاحبه من غير حشمة لم يضمن ، وفى سكونهم عن الدفع لعيال المودع إشارة إلى أنه لا يملكه ونقل شيخنا اختلافا وترجيح الضمان سائحاني وأراد بشيخنا أبا السعود :

[فرع] لو قال ادفعها لمن شئت يوصلها إلى فدفعها إلى أمين فضاعت قيل يضمن وقيل لا يضمن تاربخانية سائحاني : [فرع] حضرتها الوفاة فدفعت الوديعة إلى جارتها فهلكت عند الجارة قال البلخي إن لم يكن بحضرتها عند الوفاة أحد ممن يكون فى عباله لا يضمن كما لو وقع الحريق فى دار المودع له دفعها لأجنبي خائبة (قوله وعليه الفتوى) ولقله فى البحر عن النهاية وقال قبله وظاهر المتن أن كون الغير فى عباله شرط واختاره فى الخلاصة (قوله وكان غالبا محيطا) وفى التاربخانية عن التتمة : وسئل حميد الوبرى عن مودع وقع الحريق ببيته ، ولم يتقل

أو ألقاها فوقعت في البحر ابتداء أو بالتدحرج ضمن زيلعي (فإن ادعاه) أى الدفع لجاره أو فلك آخر (صدق إن علم وقوعه) أى الحرق (بيته) أى مدار المودع (وإلا) يعلم وقوع الحرق في داره (لا) يصدق إلا ببينة فحصل بين كلامي الخلاصة والهداية التوفيق وبالله التوفيق .

(ولو منعه الوديعة ظلما بعد طلبه) لرد وديعته فلو حملها إليه لم يضمن ابن مالك بنفسه ولو حكما كوكيله بخلاف رسوله ولو بعلامة منه على الظاهر (قادرا على تسليمها ضمن وإلا) بأن كان عاجزا أو خاف على نفسه أو ماله بأن كان مدفونا معها ابن ملك (لا) يضمن كطلب الظالم (فلو كان الوديعة سيفا أراد صاحبه أن يأخذه ليضرب به رجلا فله المنع من الدفع) إلى أن يعلم أنه ترك الرأى الأول وأنه يذتفع به على وجه مباح جواهر (كما لو أودعت) المرأة (كتابا فيه إقرار منها للزوج بمال أو بقبض مهرها منه) فله منعه منها لئلا يذهب حق الزوج خالية .

الوديعة إلى مكان آخر إن مع تمكنه منه فتركها حتى احترقت ضمن اه ومثله مالو تركها حتى أكلها العت كما يأتي في النظم . ذكر محمد في حريق وقع في دار المودع فدفعها إلى أجنبي لم يضمن ، فلو هرج من ذلك ولم يستردها ضمن ، وتماه في نور العين : وفي جواهر الفتاوى : وإذا دفع الوديعة لآخر لعذر ، فلم يسترد عقب زواله ، فهلكت عند الثاني لا يضمن لأن المودع يضمن بالدفع ولما لم يضمن به للعذر لا يضمن بالترك يدل عليه لو سلمها إلى عياله وتركها عندهم لا يضمن للإذن ، وكذا الدفع هنا مأذون فيه اه مملخصا (قوله أو ألقاها) أى في السفينة (قوله كلامي الخلاصة الخ) نص الخلاصة إذا علم أنه وقع الحريق في بيته قبل قوله وإلا فلا ، وعبارة الهداية أنه لا يصدق إلا ببينة قال في المنح : ويمكن حمل كلام الهداية على ما إذا لم يعلم بوقوع الحريق في بيته ، وبه يحصل التوفيق ومن ثم حولنا عليه في المختصر (قوله كوكيله) في الخلاصة المالك إذا طلب الوديعة فقال المودع : لا يمكنني أن أحضرها الساعة فتركها وذهب إن تركها عن رضا فهلكت لا يضمن ، لأنه لما ذهب فقد أنشأ الوديعة وإن كان عن غير رضا يضمن ، ولو كان الذي طلب الوديعة وكيل المالك يضمن ، لأنه ليس له إنشاء الوديعة بخلاف المالك اه وهذا صريح في أنه يضمن بعدم الدفع إلى وكيل المالك كما لا يخفى .

وفي الفصول العمادية مغزبا إلى الظهيرية : ورسول المودع إذا طلب الوديعة فقال لا أدفع إلا للذي جاء بها ولم يدفع إلى الرسول حتى هلكت ضمن ، وذكر في فتاوى القاضي ظهير الدين هذه المسألة ، وأجاب نجم الدين : أنه يضمن وفيه نظر بدليل أن المودع إذا صدق من ادعى أنه وكيل بقبض الوديعة ، فإنه قال في الوكالة : لا يؤمر بدفع الوديعة إليه ، ولكن لقائل أن يفرق بين الوكيل والرسول لأن الرسول ينطق على لسان المرسل وإلا كذلك الوكيل : ألا ترى أنه لو عزل الوكيل قبل علم الوكيل بالعزل لا يصح ، ولو رجع عن الرسالة قبل علم الرسول صح كذا في فتاواه اه منح .

قال محشية الرمل في حاشية البحر : ظاهر ما في الفصول أنه لا يضمن في مسألة الوكيل فهو مخالف للخلاصة ويتراءى لي التوفيق بحمل ما في الخلاصة على ما إذا قصد الوكيل إنشاء الوديعة عند المودع بعد منعه ليدفع له في وقت آخر وما في الفصول والتجنيس على ما إذا منع ليؤدي إلى المودع بنفسه ، ولذا قال في جوابه : لا أدفع إلا للذي جاء بها وتماه فيها (قوله كطلب الظالم) الظاهر أن المراد بالظالم هنا المالك لأن الكلام في طلبه هو ما بعده مفرع عليه أعنى قوله فلو كانت الخ يدل عليه قول المصنف في المنح لما فيه من الإعانة على الظلم .

[فرع ذكره في الهامش] : مرضت الدابة الوديعة فأمر المودع إلسالا فعالجها ضمن المالك أيهما شاء فلو

(ومنه) أى من المنع ظلما (موته) أى موت المودع (مجهلا فإنه يضمن) فتصير ديننا فى تركته إلا إذا علم أن وارثه يعلمها فلا ضمان ، ولو قال الوارث : أنا علمتها وأنكر الطالب إن فسرهما وقال هى كذا وأنا علمتها وهلك صدق وهذا ما لو كانت عنده سواء إلا فى مسألة وهى أن الوارث إذا دل السارق على الوديعة لا يضمن والمودع إذا دل ضمن خلاصة إلا إذا منعه من الأخذ حال الأخذ (كما فى سائر الأمالات) فإنها تنقلب مضمولة بالموت عن تجهيل كشرىك ومفاوض (إلا فى) عشر على ما فى الأشباه :

ضمن المودع لا يرجع على المعالج ، ولو ضمن المعالج يرجع على المودع علم أنها للغير أولا إلا أن قال المودع ليست لى أو لم أمره بذلك فحينئذ لا يرجع كذا فى جامع الفصولين (قوله المودع) بالفتح (قوله مجهلا) أما بتجهيل المالك فلا ضمان والقول للمودع بيمينه بلا شبهة قال الخانوقى : وهل من ذلك الزائد فى الرهن على قدر الدين اه ؛ أقول : الظاهر أنه منه لقولهم ما يضمن به الوديعة يضمن به الرهن ، فإذا مات مجهلا يضمن ما زاد وقد أفتيت به رملى ملخصا (قوله فإنه يضمن) قال فى مجمع الفتاوى المودع أو المضارب أو المستعير أو المستبضع ، وكل من كان المال بيده أمانة إذا مات قبل البيان ، ولم تعرف الأمانة بعينها فإنه يكون ديننا عليه فى تركته ، لأنه صار مستهلكا للوديعة بالتجهيل ، ومعنى موته مجهلا أن لا يبين حال الأمانة كما فى الأشباه . وقد مثل الشيخ عمر بن نجيم عما لو قال المريض عندى ورقة فى الخانوقى لفلان ضمنها دراهم لا أعرف قدرها مات ولم توجد فأجاب : بأنه من التجهيل لقوله فى البدائع هو أن يموت قبل البيان ولم تعرف الأمانة بعينها اه قال بعض الفضلاء وفيه تأمل فتأمل ملخصا (قوله إلا إذا علم) أى المجهل وإذا قال الوارث ردها فى حياته أو تلفت فى حياته لم يصدق بلا بينة ولو برهن أن المودع قال فى حياته ردها يقبل سائحاني (قوله عنده) أى عند المودع بالفتح وادعى المالك هلاكها والمقصود أن الوارث كالمودع بالفتح فيقبل قوله فى الهلاك إذا فسرهما فهو مثله إلا أنه خالفه فى مسألة قال ربه مات المودع مجهلا وقال ورثته كانت قائمة يوم موته ومعرفة ثم هلكت بعد موته صدق ربه هو الصحيح (١) إذ الوديعة صارت ديننا فى التركة فى الظاهر فلا يصدق الورثة ، ولو قال ورثته : ردها فى حياته أو تلفت فى حياته لا يصدقون بلا بينة لموته مجهلا ، فتقرر الضمان فى التركة ولو برهنوا أن المودع قال فى حياته ردها تقبل إذ الثابت بيينة كالثابت بغيان جامع الفصولين عن الذخيرة (قوله إلا إذا الخ) استثناء من قوله والمودع إذا دل ضمن قال ط عن الخلاصة المودع إنما يضمن إذا دل السارق على الوديعة إذا لم يمنعه من الأخذ حال الأخذ فإن منعه لم يضمن (قوله منعه) أى المودع السارق فأخذ كرها فصولين (قوله سائر الأمالات) ومنها الرهن إذا مات المرتهن مجهلا يضمن قيمة الرهن فى تركته كما فى الأنقروى أى يضمن الزائد كما قدمناه على الرملى ، وكذا الوكيل إذا مات مجهلا ما قبضه كما يؤخذ مما هنا وبه أفتى الحامدى بعد الخيرى ، وفى إجارة البرازية المستأجر يضمن بالموت مجهلا سائحاني (قوله بالموت) ويكون أسوة للزماء ببرى على الأشباه (قوله ومفاوض) وكترته أنقروى كذا فى الهامش (قوله على ما فى الأشباه) وعبارتها الوصى إذا مات مجهلا فلا ضمان عليه كما فى جامع الفصولين ، والأب إذا مات مجهلا مال ابنه ، والوارث إذا مات مجهلا ما أودع عند مورثه ، وإذا مات مجهلا لما ألقته الريح فى بيته أو لما وضعه مالكة فى بيته بغير علمه ، وإذا مات الصبي مجهلا لما أودع عنده محجورا اه ملخصا فهى سبعة (٧) وذكر

(١) (قوله صدق ربه هو الصحيح) أى إذا لم تفسر للورثة الوديعة أما إذا فسروا فيصنفون ولا ضمان عليهم اه .

(٢) (قوله فهى سبعة) فيه أن الذى ذكره سعة فقط فليحذر ذلك بمراجعة الأشباه اه مصحح .

منها (ناظر أودع غلات الوقف ثم مات مجهلا) فلا يضمن قيد بالغلة لأن الناظر لو مات مجهلا لمال البدل ضمنه أشباه أي لثمن الأرض المستبدلة :

قلت : فلمين الوقف بالأولى كالدراهم الموقوفة على القول بجوازه قاله المصنف وأقره ابنه في الزواهر وقيد موته بمحا بالفجأة فلو بمرض ونحوه ضمن لتمسكه من بيانها فكان مانعا لها ظلما فيضمن ورد ما بحثه في أنفع الوسائل فتنبه .

(و) منها (قاض مات مجهلا لأموال اليتامى) زاد في الأشباه عند من أودعها ولا بد منه لأنه لو وضعها في بيته ومات مجهلا ضمن لأنه مودع ، بخلاف ما لو أودع غيره لأن للقاضي ولاية إيداع مال اليتيم على المعتمد كما في تنوير البصائر فليحفظ .

المصنف ثلاثة فهي عشرة (قوله أودع) عبارة الدرر قبض وهي أولى تأمل (قوله غلات الوقف) أقول : هكذا وقع مطلقا في الولوالجية والبرزازية وقيدته قاضيان بمتولى المسجد إذا أخذ غلات المسجد ومات من غير بيان اه :

أقول : أما إذا كانت الغلة مستحقة لقوم بالشرط فيضمن مطلقا ، بدليل اتفاق كلمتهم فيها إذا كانت النار وقفا على أخوين غاب أحدهما وقبض الآخر غلتها تسع سنين ، ثم مات الحاضر وترك وصيا ثم حضر الغائب ، وطالب الوصي بنصيبه من الغلة قال الفقيه أبو جعفر : إذا كان الحاضر الذي قبض الغلة هو القيم إلا أن الأخوين (١) أجرا جميعا فكذلك ، وإن أجر الحاضر كانت الغلة كلها له في الحكم ولا يطيب له اه كلامه :

أقول : ويلحق بغلة المسجد ما إذا شرط ترك شيء في يد الناظر للعمارة والله تعالى أعلم بيري على الأشباه قال الحقيير وهذا مستفاد من قولهم غلات الوقف وما قبض في يد الوكيل ليس غلة الوقف ، بل هو مال المستحقين بالشرط قال في الأشباه من القول في الملك ، وغلة الوقف يملكها الموقوف عليه وإن لم يقبل اه ما خصا من مجموعة مناع على آخر كتاب الوقف نقل ذلك حيث سئل عن وكيل المتولى إذا مات مجهلا هل يضمن .

قلت : وقد ذكر في البحر في باب دعوى الرجلين أن دعوى الغلة من قبيل دعوى الملك فراجعه ، وأشرنا إليه ثم فراجعه ، وبه علم أن إطلاق المصنف والشارح في محل التقييد وبفنده عبارة أنفع الوسائل الآتية فتنبه (قوله المصنف) أي في المنع (قوله ابنه) الشيخ صالح (قوله بالفجأة) لعدم تمسكه من البيان فلم يكن حابسا ظلما :

قلت : هذا مسلم لو مات فجأة عقب القبض تأمل (قوله في أنفع الوسائل) من أنه إن حصل طلب المستحقين وأخر حتى مات مجهلا ضمن ، وإن لم يطلبوا فإن محمودا معروفا بالأمانة لا يضمن ، وإلا ولم يعطهم بلا مانع شرعي ضمن .

وحاصل الرد أنه مخالف لما عليه أهل المذهب مع الضمان (٢) مطلقا محمودا أولا وأقنى في الإسماعيلية بضمان الناظر إذا مات بعد ما طلب المستحق استحقاقه فمنعه منه ظلما ووجهه ظاهر لأن الأمانة تضمن بالمنع (قوله ومنها قاض) لو قال القاضي في حياته ضاع مال اليتيم عندي أو قال أفقتها على اليتيم لا ضمان عليه ولو مات قبل أن يقول شيئا كان ضامنا خالية في الوقف كذا في الهامش (قوله ضمير) لعل وجه الضمان كونها لا تتخلى الورثة

(١) (قوله هو القيم إلا أن الأخوين الخ) فيه سقط وأصله هل هذا الوقف كان لغائب أن يرجع في تركة الميت وأما إذا لم يكن الحاضر هو القيم إلا أن الخ اه .

(٢) (قوله من الضمان الخ) مبنى على كلام ليري أي إطلاق ضمان غير المسجد وقد علمت خلافه اه

(و) منها (سلطان أودع بعض الغنيمة عند غار ثم مات مجهلا) وليس منها مسألة أحد المتفاوضين على المعتمد لما نقله المصنف هنا وفي الشركة عن وقف الخانية أن الصواب أنه يضمن نصيب شريكه بموته مجهلا وخلافه غلط .

قلت : وأقره محشوها فبقي المستثنى تسعة فليحفظ وزاد الشرنبلالي في شرحه للوهبانية على العشرة تسعة :
 التجد ووصيه ووصى القاضي وسعة من المحجورين ، لأن الحجر يشمل سبعة فإنه لصغر ورق وجنون وغفلة ودين
 وسفه وعته والمعته كصبي وإن بلغ ثم مات لا يضمن إلا أن يشهدوا أنها كانت في يده بعد بلوغه لزوال المانع وهو
 الصبا فإن كان الصبي والمعته مأذونا لهما ثم ماتا قبل البلوغ والإفاقة ضمنا كذا في شرح الجامع الوجيز قال فبلغ
 تسعة عشر ونظم عاطفا على بيتي الوهبانية بيتين وهي :

وكل أمين مات والعين يحصر وما وجدت عينا فديننا تصير
 سوى مقولي الوقف ثم مفاوض ومودع مال الغنم وهو المؤمر
 وصاحب دار ألفت الريح مثل ما لو ألقاه ملاك بها ليس يشعر
 كذا والد جد وقاض وصيهم جميعا ومحجور فوارث يسطر

(وكذا لو خلطها المودع) بجنسها أو بغيره (بماله) أو مال آخر ابن كمال (بغير إذن) المالك

فالغرم بالغنم ، ويظهر من هذا أن الوصي إذا وضع مال اليتيم في بيته ومات مجهلا يضمن لأن ولايته قد تكون مستمدة من القاضي أو الأب فضمانه بالأولى وفي الخيرية وفي الوصي قول بالضممان سائحاني (قوله وأقره) أي الصواب (قوله محشوها) أي الأشباه (قوله تسعة) بإخراج أحد المتفاوضين (قوله ووصيه الخ) داخل في قول الأشباه الوصي إلا أن يقال حمله على وصي الأب لبيان التفصيل قصدا للإيضاح تأمل (قوله وستة من المحجورين) وهم ما عدا الصغير وإنما أسقطه لأنه مذكور في الأشباه ، ومراده الزيادة على ما في الأشباه فافهم (قوله يشمل سبعة) لينظر الخارج من السبعة حتى صارت ستة (قوله فإنه لصغر) مسألة الصغير من العشرة التي في الأشباه إلا أن يقال عدما هنا باعتبار قوله وإن بلغ ، ثم مات لا يضمن تأمل ، ثم ظهر لي أن مراده مجرد عد المحجورين سبعة وأن مراده بسعة منهم ما عدا الصغير ، لأنه مذكور في الأشباه ، ولذا قال وستة من المحجورين (قوله ودين) بفتح الدال وسكون الياء (قوله كصبي) لعله قصد بهذا التشبيه الإشارة إلى ما يأتي عن الوجيز تأمل : قال في تلخيص الجامع أودع صبيا محجورا يعقل ابن اثني عشرة سنة ومات قبل بلوغه مجهلا لا يجب الضمان من (قوله وإن بلغ) أي الصبي (قوله يحصر) أي يحفظ مفعوله العين قبله (قوله تصير) بالبناء للمجهول (قوله مفاوض) خلاف المعتمد كما قدمه (قوله ومودع) بكسر الدال والمؤمر بتشديد الميم الثانية (قوله لو ألقاه) بفتح الواو ووصلها باللام (قوله بها) أي بالدار (قوله يشعر) تبع فيه صاحب الأشباه حيث قال بغير علمه ، واعترضه الحموي بأن الصواب بغير أمره كما في شرح الجامع إذ يستحيل تجهيل مالا يعلمه اه ، فكان عليه أن يقول في النظم ليس يأمر (قوله كذا ولد) برفعه وتنوينه كجد (قوله وقاض) بحذف يائه وتنوينه (قوله وصيهم) برفعه (قوله ومحجور) إن كان المراد من المحجور ستة كما قدمه يكن الموجود في النظم سبعة عشر تأمل (قوله فوارث) إذا مات مجهلا لما أخبره المورث به من الوديعة (قوله وكذا لو خلطها) ولو خلط المولى ماله بمال الوقف لم يضمن وفي الخلاصة ضمن وطريق خروجه من الضمان الصرف في حاجة المسجد أو الدفع إلى الحاكم متقي القاضي : لو خلط مال صبي بماله لم يضمن وكذا سمسار خلط مال رجل بمال آخر ، ولو بماله

(بحيث لا تتميز) إلا بكلفة كحنطة بشعير ودرهم جياذ بزيوف مجتبى (ضمنها) لاستهلاكه بالخلط لكن لا يباح تناولها قبل أداء الضمان وضح الإبراء ولو خلطه برديء ضمنه لأنه عيبه وبخس شريك لعدمه مجتبى (وإن بإذله اشتركا) شركة أملاك (كما لو اختلطت بغير صنعه) كأن انشئ الكيس لعدم التعدي واو خلطها غير المودع ضمن الخالط ولو صغيرا ولا يضمن أبوه خلاصة (ولو أنفق بعضها فرد مثله فخلطه بالباقي) خلطا لا يتميز معه (ضمن) الكل خلط ماله بها فلو تأنى التمييز أو أنفق ، ولم يرد أو أودع ودبعتين فأنفق إحداهما ضمن ما أنفق فقط مجتبى وهذا إذا لم يضره التبويض (وإذا تعدي عليها فلبس ثوبها أو ركب دابتها أو أخذ بعضها ثم) رد عينه إلى يده حتى (زال التعدي زال) ما يؤدي إلى (الضمان) إذا لم يكن من نيته العود إليه أشباه

ضمن ، وينبغي أن يكون المتولى كذلك ، ولا يضمن الوصي بموته مجهلا ولو خلط بماله ضمن بقول الحخير ، وقدم نقلنا عن المتقن أيضا أن الوصي او خلط ماله بمال اليتيم لم يضمن . وفي الوجيز أيضا قال أبو يوسف : إذا خلط الوصي مال اليتيم بماله فضاغ لا يضمن نور العين أو آخر السادس والعشرين بخط السائحاني عن الخيرية وفي الوصي قول بالضمان اه : قلت : فأفاد أن المرجح عدمه .

والحاصل : أن من لا يضمن بالخلط بماله المتولى والقاضي والسمسار بمال رجل آخر والوصي ، وينبغي أن الأب كذلك يؤيده ما في جامع الفصولين لا يصير الأب غاصبا بأخذ مال ولده وله أخذه بلا شيء لو محتاجا وإلا فلو أخذه لحفظه ، فلا يضمن إلا إذا أنفقه بلا حاجة اه بل هو أولى من الوصي تأمل والمراد بقوله ولده الولد الصغير كما قيده في الفصول العمادية (قوله لا تتميز) فلو كان يمكن الوصول إليه على وجه التيسير كخلط الجوز باللوز والدرهم السود بالبيض فإنه لا ينقطع حق المالك إجماعا . واستفيد منه أن المراد بعدم التمييز عدمه على وجه التيسير لعدم إمكانه مطلقا بحر (قوله لاستهلاكه) وإذا ضمنها ملكها ولا تباح له قبل أداء الضمان ولا صبيلا للمالك عليها عند أبي حنيفة ولو أبرأه سقط حقه من العين والدين بحر (قوله خلطه) أي الجيد (قوله شريك) نقل نحوه المصنف عن المجتبى ولعل ذلك (١) في غير الوديعة أو قول . مقابل لما سبق من أن الخلط في الوديعة يوجب الضمان مطلقا إذا كان لا يتميز ط (قوله لعدمه) أي التهييب المفهوم من عيبه (قوله بغير صنعه) فإن هلك هلك من مالها جميعا ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما كالمال المشترك بحر (قوله غير المودع) سواء كان أجنبيا أو من في صياله بحر عن الخلاصة (قوله فرد مثله) ابن سماعة عن محمد بن رجل أودع رجلا ألف درهم فاشترى بها ودفعها ثم استردها بجهة أو شراء وردتها إلى موضعها فضاعت لم يضمن : وروى عن محمد أو قضاها غريمه بأمر صاحب الوديعة فوجدها زيوفا فردها على المودع فهلكت ضمن (٢) نادرخانية (قوله الكل) البعض بالإتفاق والبعض بالخلط س بحر (قوله التمييز) أي كخلط الدرهم السود بالبيض أو الدرهم بالدنانير ، فإنه لا يقطع حق المالك بالإجماع مسكين س (قوله ولم يرد) بتشديد الدال (قوله أو أودع) بضم الهمزة (قوله وهذا) مرتبط بقوله أو أنفق ولم يرد كما في البحر قال ط ولم أر فيما إذا فعل ذلك فيما يضره التبويض هل يضمن الجميع أو ما أخذ ونقصان ما بقي فيحرر (قوله التبويض) كالدرهم والدنانير والمكييل والموزون (قوله أشباه)

(١) (قوله ولعل ذلك الخ) قال شيخنا : هو قولهما في الوديعة وغيرها ، قالوا إن الخلط موجب لشركة مالم يوجب عيبا في الأمانة اه .

(٢) (قوله ضمن الخ) قال شيخنا وجهه أنه لما قضاها غريمه بأمر صاحبها صار مستقرضا لها وخرجت من ملك صاحبها وانتقل الحق إلى لفته وجردها لا يعود الحق فيها اه .

من شروط النية (بخلاف المستعير والمستأجر) فلو أزاله لم يبرءا لعمليهما لأنفسهما بخلاف مودع ووكيل بيع أو حفظ أو إجارة أو استئجار ومضارب ومستبضع وشريك عنان أو مفاوضة ومستعير لرهن أشباه .

والحاصل : أن الأمين إذا تعدى ثم أزاله لا يزول الضمان إلا في هذه العشرة لأن يده كيد المالك ولو كذبه في عوده للوفاق فالقول له وقيل للمودع عمادية (و) بخلاف (إقراره بعد جحوده) أى جحود الإيداع حتى لو ادعى هبة أو بهاء لم يضمن خلاصة وقيد بقوله (بعد طلب) ربه (ردها) فلو سأله عن حالها فوجدتها فهلكت لم يضمن بغير .

وقيد بقوله (ونقلها من مكانها وقت الإنكار) أى حال جحوده لأنه لو لم ينقلها وقته فهلكت لم يضمن

عبارتها أن المودع إذا تعدى ثم زال التعدى ومن نيته أن يعود إليه لا يزول التعدى اه كذا في الهامش (قوله من شروط النية) وذكره هنا في البحر عن الظهيرية قال : حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلا ومن عزمه أن يلبسه نهارا ثم سرق ليلا لا يبرأ عن الضمان (قوله والمستأجر) مستأجر الدابة أو المستعير لو نوى أن لا يردها ثم لدم لو كان سائر عند النية ضمن لو هلكت بعد النية ، أما لو كان واقفا إذا ترك نية الخلف عاد أميننا جامع الفصولين (قوله فلو أزاله) أى التعدى (قوله بخلاف مودع الخ) ولو سأمورا بحفظ شهر فضى شهر ثم استعمالها ، ثم ترك الاستعمال وعاد إلى الحفظ ضمن إذا عاد والأمر بالحفظ قد زال جامع الفصولين (قوله ووكيل) بأن استعمال ما وكل ببيعه ثم ترك وضاع لا يضمن (قوله أو إجارة) بأن وكله ليؤجر أو يستأجر له دابة فركبها ثم ترك (قوله أو مفاوضة) أما شريك المالك فإنه إذا تعدى ثم أزال التعدى لا يزول الضمان كما هو ظاهر لما تقرره أنه أجنبي في حصة شريكه ، فلو أعار دابة الشركة فتعدى ثم أزال التعدى لا يزول الضمان ، ولو كانت في نوبته على وجه الحفظ فتعدى ثم أزاله يزول الضمان ، وهي واقعة القوي سئلت عنها فأجبت بما ذكرت وإن لم أرها في كلامهم للعلم بها مما ذكر إذ هو مودع في هذه الحالة وأما استعمالها بلا إذن الشريك فهي مسألة مقررة مشهورة عندهم بالضمان ويصير غاصبا رملي على المنح (قوله ومستعير لرهن) أى إذا استعار عبدا ليرهنه أو دابة فاستخدم العبد وركب الدابة قبل أن يرهنها ثم رهنها بمال مثل القيمة ثم قضى المال ولم يقبضها حتى هلكت عند المرتهن لا ضمان على الراهن لأنه قد برى عن الضمان حين رهنها منح ، وهذه المسألة مستثناة من قوله بخلاف المستعير كما في البحر (قوله ثم أزال) أى التعدى (قوله في عوده للوفاق الخ) عبارة لور العين (١) عن مجمع الفتاوى وكل أمين مخالف ثم عاد إلى الوفاق عاد أميننا كما كان إلا المستعير والمستأجر فإنهما بقيا ضامنين اه وهي أولى تدبر (قوله له) أى للمالك (قوله للمودع) بفتح الدال لأنه ينفي الضمان عنه (قوله هبة الخ) أى أنه وهبها منه أو باعها له (قوله بعد طلب) متعلق بجحوده (قوله ربه) أفاد في الخانية : أن طلب امرأة الغائب وجيران البيت من الوصى لينفق عليه من ماله كذلك سائحان ومثله في الفاتر خالية (قوله وقت الإنكار) ظاهره أنه متعلق بنقلها وهو مستبعد الوقوع وعبارة الخلاصة : وفي غضب الأجناس إنما يضمن إذا نقلها عن موضعها الذي كانت فيه حال الجحود ، وإن لم ينقلها وهلكت لا يضمن اه وهو ظاهر وعليه فهو متعلق بقوله مكانها : وفي المنتقى : لو كانت العارية مما يحول يضمن بالإنكار وإن لم يحولها وذكر شيخنا عن الشربلالية أنه لو جحدتها ضمن ولو لم يحول يؤيده قول البدائع

(١) (قوله عبارة نور العين الخ) محل هذه العبارة عند قول الشارح والحاصل أن الأمين الخ وقوله وهو أول لأن قول الشارح

ثم أزال التعدى فيه شيء لأنه بعد نفي الزمن الذي تحقق فيه يستعمل إزالته وأما قول صاحب مجمع الفتاوى ثم عاد إلى الوفاق لانه لم يكن أول اه .

خلاصة وقيد بقوله (وكانت) الوديعة (منقولا) لأن العقار لا يضمن بالجحود عندهما خلافا لمحمد في الأصح غصب الزيلعي وقيد بقوله (ولم يكن هناك من يخاف منه عليها) فلو كان لم يضمن لأنه من باب الحفظ وقيد بقوله (ولم يحضرها بعد جحودها) لأنه لو جحدتها ثم أحضرها فقال له ربها دعها وديعة فإن أمكنه أخذها لم يضمن لأنه إيداع جديد وإلا ضمنها ، لأنه لم يتم الرد اختيار وقيد بقوله (لملكها) لأنه لو جحدتها لغيره لم يضمن ، لأنه من الحفظ فإذا تمت هذه للشروط لم يبرأ بإقراره إلا بالعقد الجديد ولم يوجد (ولو جحدتها ثم ادعى ردها بعد ذلك وبرهن عليه قبل) وبرى : كما لو برهن أنه ردها قبل الجحود وقال غلطت في الجحود أو لسيت أو ظننت أني دفعتها) قبل برهانه ولو ادعى هلاكها قبل جحوده حلف المالك ما يعلم ذلك فإن حلف ضمنه وإن لكل برى وكذا العارية منهاج ويضمن قيمتها يوم الجحود إن علم وإلا فيوم الإيداع عمادية بخلاف مضارب جحد ثم اشترى لم يضمن خائفة (و) المودع (له السفر بها) ولو لها حمل درر (عند عدم نهي المالك و) عدم (الخوف عليها) بالإخراج فلونهاه وأخاف فإن له بد من السفر ضمن وإلا فإن سافر بنفسه ضمن وبأهله لا اختيار (ولو أودع شيئا) مثلها أو قيميا

أن العقد يفسخ بطلب المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ ، فبقي مال الغير في يده بغير إذنه فيكون مضمونا فإذا هلك تقرر الضمان سائحاني :

وفي التارخانية عن الخائفة ذكر الناطقي إذا جحد المودع الوديعة بحضرة صاحبها يكون ذلك فسخا للوديعة حتى لو نقلها المودع من المكان الذي كانت فيه بحالة الجحود يضمن ، وإن لم ينقلها من ذلك المكان بعد الجحود فهلك لا يضمن اه فتأمل (قوله خلاصة) لم يقتصر في الخلاصة على هذا بل نقله عن غصب الأجناس ، ثم قال بعده وفي المتنق : إذا كانت الوديعة والعارية مما يحول يضمن بالجحود وإن لم يحولها اه وذكر الرملي الظاهر أنه أي ماني الأجناس قول لم يظهر لأصحاب المتون صحته ، فلم ينظروا إليه فراجع المطولات يظهر لك ذلك (قوله لملكها) أو وكيله كما في التارخانية (قوله ولو جحدتها الخ) ولو قال : ليس له على شيء ثم ادعى الرد أو الهلاك يصدق ، ولو قال لم يستودعني ، ثم ادعى الرد أو الهلاك لا يصدق بحر ، وكأن وجه الأول أن على للدين فلم يكن منكرا للوديعة تأمل .

وفي جامع الفصولين : طلبها ربها فقال اطلبها غدا فقال في الغد : تلفت قبل قولي اطلبها غدا ضمن لتناقضه . لا بعده طلبها فقال : أعطيتكها ثم قال : لم أعطكها ولكن تلفت ضمن ولم يصدق للتناقض ، ثم قال وكل فعل يغرر به المودع يغرر به المرتهن (قوله كما لو برهن الخ) هكذا نقله في الخائفة والخلاصة : ونقل في البحر عن الخلاصة أنه لا يصدق لكن في عبارته سقط ، ويدل عليه أن الكلام في البيعة لا في مجرد الدعوى ، حتى يقال لا يصدق ، وقد راجعت الخلاصة ، وكتبت السقط على هامش البحر فتنبه (قوله أني دفعتها) بفتح همزة أني وكسر نونها مشددة أي عند الإيداع (قوله إن علم) الأصوب علمت أي القسمة ونقل في المنح قبله عن الخلاصة ضمان القيمة يوم الإيداع بدون تفصيل لكنه متابع في النقل عن الخلاصة لصاحب البحر ، وفيما نقله سقط. فإن ما رأيت في الخلاصة موافق لما في العمادية فتنبه (قوله فيوم) بنصفه مضافا للإيداع (قوله جحد) أي قال لرب المال لم تدفع إلى شيئا (قوله اشترى) يعني بعد ما أقر ورجع عن الجحود بأن قال بلى قد دفعت إلى بخلاف ما لو أقر جحد الشراء ، فيضمن والمبتاع له منح عن الخائفة (قوله فإن له) بتسكين النون (قوله وبأهله لا) وأجمعوا على أنه لو سافر بها في البحر يضمن قاله الإسيبجاني كذا في العيني مدني (قوله مثلها أو قيميا) وخلافهما

(لم) يجوز أن يدفع المودع إلى أحدهما حظه في غيبة صاحبه) ولو دفع هل يضمن في الدرر نعم وفي البحر الاستحسان لا فكان هو المختار (فإن أودع رجل عند رجلين ما يقسم اقتسامه وحفظ كل نصفه) كرتينين ومستبضحين ووصيين وعدلى رهن ووكيلي شراء (ولو دفعه) أحدهما (إلى صاحبه ضمن) الدافع (بخلاف ما لا يقسم) لجواز حفظ أحدهما بإذن الآخر (ولو قال لا تدفع إلى عيالك أو احفظ في هذا البيت فدفعها إلى مالا بد منه أو حفظها في بيت آخر من الدار فإن كانت بيوت الدار مستوية في الحفظ) أو أحرز (لم يضمن وإلا ضمن) لأن التقييد مفيد (ولا يضمن مودع المودع) فيضمن الأول فقط إن هلك بعد مفارقتها وإن قبلها لاضمان ولو قال المالك : هلك عند الثاني وقال : بل ردها وهلكت عندي لم يصدق :

في الأول قياس على الدين المشترك بحر (قوله لم يجوز) قدره بناء على ما سيأتي من أنه لو دفع لم يضمن ، فلم يبق المراد بنفي الدفع إلا عدم الجواز ، وسيأتي ما فيه . وفي البحر : وأشار بقوله لم يدفع إلى أنه لا يجوز له ذلك حتى لا يأمره القاضي بدفع نصيبه إليه في قول أبي حنيفة ، وأما أنه لو دفع لا يكون قسمة اتفاقا حتى إذا ملك الباقي (١) رجع صاحبه على الآخذ بحصته وإلى أن لأحدهما أن يأخذ حصته منها إذا ظفربها (قوله المودع) بفتح الدال (قوله إلى أحدهما) أي أحد المودعين بكسر الدال (قوله في غيبة صاحبه) عند أبي حنيفة رحمه الله وهو مروى عن علي رضي الله عنه وقال له ذلك ، لأنه طلب نصيبه كما لو حضرا وبه قالت الثلاثة وإن كانت الوديعة من غير ذوات الأمثال ليس له ذلك إجماعا قاله العيني . وفي الدرر قيل الخلاف في المثليات والقيميات معا والصحيح أنه في المثليات فقط اه .

فتبين أن ما في المتن والشرح غير الصحيح المجمع عليه شيخنا القاضي عبد المنعم مدني . قال الفقير محمد البيطار : وأظن أن هذه القولة رجع عنها المؤلف لأنه شطب عليها شطبا لا يظهر جدا ، ورأيتني أني لا أكتبها لكن وقع في قلبي شيء فأحببت كتابتها والتنبيه عليها فأعلمه بالمراجعة وفي الهامش وفي الدرر المنتقى لو دفع المودع إلى الحاضر نصفها . ثم هلك ما بقي وحضر الغائب قال أبو يوسف رحمه الله عليه : إن كان الدفع بقضاء فلا ضمان على أحد وإن كان بغير قضاء ، فإن الذي حضر يتبع الدافع بنصف ما دفع ويرجع به الدافع على القابض وإن شاء أخذ من القابض نصف ما قبض كذا في الذخيرة فتاوى الهندية من الباب الثاني في الوديعة فأفاد أن المودع لو دفع الكل لأحدهما بلا قضاء وضد الآخر حصته من ذلك ، فله الرجوع بما ضمنه على القابض اه (قوله هو المختار) قال المقدمي : مخالف لما عليه الأئمة الأعيان بل غالب المتون عليه . وتفقون ، وقال الشيخ قاسم اختار النسفي قول الإمام والمجوب وصدر الشريعة أبو السعود عن الحموي (قوله ضمن الدافع) أي النصف فقط كما في الإصلاح ، وقوله الدافع أي لا القابض ، لأنه مودع المودع بحر (قوله لا بد منه) أشار إلى أنه لا بد أن تكون الوديعة بما يحفظ في بد منه منعه ، حتى لو كالت فرسا منعه من دفعها إلى امرأته أو عقد جوهر منعه من دفعه إلى غلامه فدفع ضمن بحر (قوله وإلا ضمن) كما إذا كان ظهر البيت المنهي عنه إلى السكة بحر (قوله فقط) أي في إبداع قصدي . قال في جامع الفصولين : دخل الحمام ووضع دراهم الوديعة مع ثيابه بين يدي الثيابي قال ج ضمن لإبداع المودع وقال صط : لا يضمن لأن الإبداع ضمنى وإنما يضمن بإبداع قصدي اه : ولو أودع بلا إذن ثم أجاز المالك خرج الأول من البين بحر عن الخلاصة (قوله لم يصدق) لأنه أقر بوجوب الضمان عليه ثم ادعى

(١) (قوله حتى إذا ملك الباقي الخ) وأما لو هلك ما في الآخذ ليس له أن يشارك الدائب فيما بقى غاية البيان اه ط :

وفي الغصب منه يصدق لأنه أمين سراجية : وفي المجتبى القصار إذا غلط فدفع ثوب رجل لغيره فقطعه فكلاهما ضامن وعن محمد أصاب الوديعة شيء فأمر مودع رجلا ليعالجها فعمطت من ذلك فلربها تضمين من شاء لكن إن ضمن المعالج رجع عن الأول إن لم يعلم أنها لغيره وإلا لم يرجع اهـ (بخلاف مودع الغاصب) فيضمن أيا شاء وإذا ضمن المودع رجع على الغاصب وإن علم على الظاهر درر بخلافه لما نقله القهستاني والباقاني والبرجندي وغيرهم فتنبه : (عنه ألف ادعى رجلا ن كل منهما أنه له أودعه إياه فنكل عن الحلف لها فهو لها وعليه ألف آخر بينهما) ولو حلف لأحدهما

البراءة فلا يصدق إلا ببينة جامع الفصولين (قوله وفي الغصب الخ) أي إذا غصبت من الوديعة فادعى الوديعة الرد يصدق إذ لم يفعل الوديعة ما يوجب الضمان ، فهو على ما كان أمين عند الرد وقبله بعده ، بخلاف دفعه للأجنبي لأنه موجب للضمان سأتحانى :

[فرع] دفع إلى رجل ألف درهم وقال ادفعها إلى فلان بالرى فمات الدافع فدفع المودع المال إلى رجل ليدفعه إلى فلان بالرى فأخذ في الطريق لا يضمن المودع لأنه وصى الميت (١) فلو كان الدافع حيا ضمن المودع ، لأنه وكيل إلا أن يكون الآخر في عياله فلا يضمن حينئذ خالية برهن عليه أنه دفع إليه عشرة فقال دفعته إلى لأدفعه إلى فلان فدفعت يصح الدفع بزازية من الدعوى (قوله على الأول) في جامع الفصولين : ولو ضمن المعالج رجع على المودع علم أنها للغير أولا إلا أن قال المودع لبست لي ولم أؤمر بذلك فحينئذ لا يرجع اهـ تأمل .

[فرع] ولو قال وضعتها بين يدي وقت ونسيتها فضاعت يضمن ، ولو قال وضعتها بين يدي في داري والمسألة بحالها إن مما لا يحفظ في عرصة الدار كسرة النقدين يضمن ، ولو كان مما تعد عرصتها حصنا له لا يضمن بزازية وخلاصة وفصولين وذخيرة وخانية ، وظاهره أنه يجب حفظ كل شيء في حرز مثله تأمل لكن تقدم في السرقة : أن ظاهر المذهب كل ما كان حرزا النوع ، فهو حرز لكل الأنواع ، فيقطع بسرقة لؤاثة من إصطبل تأمل : وقد يفرق بين الحرز في السرقة والحرز في الوديعة ، وذلك أن المعتبر في قطع السارق بتلك الحرز وذلك لا يتفاوت باعتبار المحررات ، والمعتبر في ضمان المودع التقصير في الحفظ ألا ترى أنه لو وضعها في داره الحصينة وخرج وكالت زوجته غير أمينة يضمن ، ولو أحد سرقها يقطع لأن الدار حرز ، وإنما ضمن للتقصير في الحفظ ولو وضعها في الدار وخرج والباب مفتوح ولم يكن في الدار أحد أو في الحمام أو المسجد أو الطريق أو نحو ذلك وغاب يضمن مع أنه لا يقطع سارقها ، ونظائر هذا كثيرة فإذا اعتبرنا هنا الحرز المعتبر في السرقة لزم أن لا يضمن في هذه المسائل ونحوها فيلزم مخالفة ما أطبقوا عليه في هذا الباب ، فظهر يقينا صحة ما قلنا من الفرق والله أعلم وبه ظهر جواب حادثة : وهي أن مودعا وضع بقعة شال غالية الثمن في إصطبل الخيل فسرقته والجواب أنه يضمن وإن قطع سارقها والله تعالى أعلم (قوله بخلاف مودع الغاصب) والفرق بينهما على قول أبي حنيفة أن مودع الغاصب غاصب لعدم إذن المالك ابتداء وهتمام (قوله درر) وجزم به في البحر (قوله فنكل عن الحلف) صور هذه المسألة ستة أقر لها نكل لها حاف لها أقر لأحدهما ونكل للآخر أو حلف نكل لأحدهما وحلف للآخر سأتحانى (قوله ولو حلف الخ) أشار إلى أن المودع يحلف إذا أنكر الإيداع كما إذا ادعى

(١) (قوله لأنه وصى الميت) قال شيخنا : صريحه أن الوكيل يصير وصيا بموت الموكل ولو لم يقل الموكل في حياته وبعد وفاته وهو مخالف لما تقدم في الوكالة من أنه لا يصير وصيا إلا بالمقالة المذكورة فليحرر هذا الفرع اهـ .

ونكل للآخر فالألف لم نكل له (دفع إلى رجل ألفا وقال ادفعها اليوم إلى فلان فلم يدفعها حتى ضاعت لم يضمن) إذ لا يلزمه ذلك (كما لو قال احمل إلى الوديعه فقال افعل ولم يفعل حتى مضى اليوم) وهلك لم يضمن لأن الواجب عليه التخليه عماديه .

(قال) رب الوديعه (للمودع ادفع الوديعه إلى فلان فقال دفعت وكذبه) في الدفع (فلان) وضاعت الوديعه (صدق المودع مع يمينه) لأنه أمين سراجيه .

(قال) المودع ابتداء (لا أدري كيف ذهبت لا يضمن على الأصح كما لو قال ذهبت ولا أدري كيف ذهبت) فإن القول قوله بخلاف قوله لا أدري أضاعت أم لم تضع أو لا أدري وضعتها أو دفنتها في داري أو موضع آخر فإنه يضمن ولو لم يبين مكان الدفن لكنه قال سرقت من المكان المدفون فيه لا يضمن وتماه في العماديه .

الرد أو الهلاك ، أما لنفي التهمة أو لإنكاره الضمان وإلى أنه لو حلف لا شيء عليه لها وإلى أن للقاضي أن يبدأ بأيهما شاء والأولى القرعة ، وإلى أنه لو نكل للأول يحلف للثاني ، ولا يقضى بالنكول بخلاف ما إذا أقر لأحدهما لأن الإقرار حجة بنفسه وتماه في البحر (قوله ونكل للآخر) في التحليف للثاني يقول بالله ما هذه العين له ، ولا قيمتها لأنه لما أقر بها للأول ثبت له الحق فيها ، فلا يفيد إقراره فيها للثاني ، فلو اقتصر على الأول لكان صادقا بحر .

له على رجل دين فأرسل الدائن إلى مديونه رجلا ليقبضه فقال المديون دفعته إلى الرسول وقال دفعته إلى الدائن وألكر الدائن فالقول قول الرسول (١) مع يمينه . والذي في نور العين فالقول للمرسل بيمينه تأمل : قال للدائن ابعث الدين مع فلان فضاع من يد الرسول ضاع من المديون بزازية (قوله وضاعت) يعني غابت ولم تظهر ولا حاجة إليه شيخنا (قوله على الأصح) مقتضاه أن الأجير المشترك لا يضمن : لكن أفتى الخير الرملي بالضمان وعزاه في حاشية الفصولين إلى البرازية معللا بأنه تضييع في زماننا تأمل (قوله بخلاف الخ) هذا مخالف لما في جامع الفصولين ونور العين وغيرهما من أنه لا يضمن ، وهكذا رأيت في نسخة المنع ، لكن لفظة لا ملحقة بين الأسطر وكأنها ساقطة من النسخ فتقلها الشارح هكذا فتنبه .

[فرع] في الهامش وفي النوازل : مر بمال اليتيم على ظالم وخاف إن لم يهد إليه هدية أن يأخذه كله لا يضمن وكذا المضارب ، والمشايخ أخذوا بهذا القول أنقروى : وفي فتاوى النسفي : أنفق الوصي على باب القاضي يضمن الأعطى على وجه الرشوة لا على وجه الإجارة إذا لم يزد على أجر المثل أنقروى اه (قوله فإنه يضمن) قاضيخان قال : وضعتها في داري فنسبت المكان لا يضمن ، ولو قال وضعتها في مكان حصين فنسبت الموضع ضمن ، لأنه جهل الأمانة كما لو مات مجهلا صعب . وقيل لا يضمن كقوله ذهبت ولا أدري كيف ذهبت ، ولو قال دفنت في داري أو في موضع آخر ضمن ، ولو لم يبين مكان الدفن ولكنه قال سرقت من مكان دفنت فيه لم يضمن ، ولو دفنتها في الأرض يبرأ لو جعل هنالك علامة وإلا فلا وفي المفازة ضمن مطلقا ، ولو دفنتها في الكرم يبرأ لو حصينا بأن كان له باب مغلق ، ولو وضعها بلا دفن برى لو موضعها لا يدخل فيه أحد بلا إذن . توجهت اللصوص نحوه في مفازة فدفتها حلرا فلما رجع لم يظفر بمحل دفنته لو أمكنه أن يجعل فيه علامة ، ولم يفعل فضمن وكذا

(١) (قوله فالقول قول الرسول) أي في حق برادة نفسه لاني برادة ذمة المديون إذ لو قبلنا قوله حتى في برادة ذمة المديون لزم إيجاب دين على الدائن بمجرد قول الرسول لما أن المديون تقضى بأمانها وقوله فالقول للمرسل أي في بقاء دينه على الدائن ومثل هذا كثير في الفروع اه .

[فروع] هدد المودع أو الوصي على دفع بعض المال إن خاف تلف نفسه أو عضوه فدفع لم يضمن ، وإن خاف الحبس أو القيد ضمن ، وإن خشى أخذ ماله كله فهو عذر كما لو كان الجابر هو الآخذ بنفسه فلا ضمان عمادية ،

خيف على الوديعة الفساد رفع الأمر للحاكم ليبيعه ولو لم يرفع حتى فسد فلا ضمان ، ولو أنفق عليها بلا أمر قاض فهو متبرع .

قرأ من مصحف الوديعة أو الرهن فهلك حالة القراءة لاضمان لأن له ولاية هذا التصرف صيرفية قال وكذا لو وضع السراج على المنارة وفيها أودع صكاً وعرف أداء بعض الحق ومات الطالب وأسكر الوارث الأداء حبس المودع الصك أبداً . وفي الأشباه لا يبرأ مديون الميت بدفع الدين إلى الوارث وعلى الميت دين .

ليس للسيد أخذ وديعة العبد :

العامل لغيره أمانة لا أجر له إلا الوصي (١) والناظر إذا عملاً :

قلت : فعلم منه أن لا أجر للناظر في المسقف إذا أحيى عليه المستحقون فليحفظوا في الوهبالية :

ودافع ألف مقرضاً ومقارضاً	وربح القراض الشرط جاز ويحذر
وأن يدعى ذو المال قرضاً وخصمه	قرضاً فرب المال قد قبل أحذر
وفي العكس بعد الربح فالقول قوله	كذلك في الإبضاع ما يتغير
وإن قال قد ضاعت من البيت وحدها	يصح ويستحلف فقد يتصور
أو تارك في قوم لأمر صحيفة	فراحوا وراحت يضمن المتأخر

لو أمكنه العود قريباً بعد زوال الخوف فلم يعد ثم جاء ولم يجدها لا أو دفنها بإذن ربها فظاهر (٢) وضعها في زمان القنية في بيت خراب ضمن لو وضعها على الأرض لا لو دفنها نور العين (قوله ماله كله) أما لو خاف أخذ ماله ويبقى قدر الكفاية يضمن فصولين (قوله ولو أنفق البيع) ولو لم ينفق عليها المودع بالفتح حتى هلك يضمن ، لكن نفقتها على المودع بالكسر من لا على حاوي الزاهدي (قوله على المنارة) فيما لو كالت المنارة وديعة (قوله أبداً) أي ما لم يقر الوارث بالأداء (قوله إلى الوارث) ظاهره سواء كان الدين مستغرقاً لما دفعه أولاً ، وسواء كان الدين مستغرقاً أولاً ، والظاهر أن يقيد عدم البراءة بما إذا كان الدين مستغرقاً لما دفعه وانوارث غيره مؤتمن كما قيده بهما في المودع إذا دفع الوديعة للوارث حموي (قوله وديعة العبد) تاجراً كان أو محجوراً عليه دين أولاً وهذا إن لم يعلم أن الوديعة كسب العبد ، فلو علم فله أخذها وكذا لو علم أنها للمولى تاترخانية (قوله قلت) القول لصاحب الأشباه قاله في الهامش (قوله مقرضاً) أي لصفه (قوله ومقارضاً) أي مضارباً نصفه كذا في الهامش (قوله وبيع) مضبوط بالقلم (٣) بفتح الراء (قوله قراضاً) أي مضاربة كذا في الهامش (قوله فالقول قوله) أي قول رب المال . قال في الهامش : وإذا أقام البينة فالبينة بينة العامل وإن هلك المال في يد المضارب بعد ما اختلفا فالعامل ضامن جميع ما في يده لرب المال عمل أو لم يعمل شرح وهبانية لابن الشحنة (قوله يضمن المتأخر) مفهومه

(١) (قول الشارح إلا الوصي للخب) أي وصي القاضى وقد نصبه بأجر وأما وصي الميت فلا يستحق الأجر كما في الأشباه من الجمع والفرق في الكلام هل أجر المثل وقد علل الواو الجى عدم صحة الأجر له ولو جعله المعروف له لينقل له وصاياه بأنه يقبل الوصية صار العمل واجباً عليه والاستتجار على هذا لا يجوز اه ط .

(٢) (قوله فظاهر) هكذا في النسخة المجموع منها ولعل صوابه فضاعت تأمل اه مصححه .

(٣) (قوله مضبوط بالقلم للخب) فيه توقف في العمل اه .

وتارك نشر الصوف صيفا فعث له يضمن وقرض الفار بالعكس يؤثر
إذا لم يسد الثقب من بعد عامه ولم يعلم الملاك ما هي تقرر
قلت : بقي لو سده مرة ففتح الفار وأفسده لم يذكر وينبغي تفصيله كما مر فتدبر :

كتاب العارية

آخرها عن الوديعة لأن فيها تملكها وإن اشتركا في الأمانة ومحاسنها النيابة عن الله تعالى في إجابة المضطر لأنها لا تكون إلا محتاج كالقرض فلذا كانت الصدقة بعشرة والقرض بمائة عشر (هي) لغة مشددة وتخفف إعارة

أنهم إذا قاموا بجملة ضمنوا وبه صرح قاضيخان ، ويظهر لي أن كل ما لا يقسم كذلك سائحاني قال في الهامش : ولو ترك واحد لقوم وديعة وقام الكل دفعة وتركوها ولم يأخذها واحد منهم ضمنها الكل ما بن الشحنة (قوله فعث) بالثلثة (قوله ولم يعلم الخ) الواو بمعنى أو وبضم ياء يعلم كذا في الهامش (قوله وينبغي) البحث للطرسوسي حيث قال : وينبغي أن يكون فيها التفصيل ، لأن الأمر دائر بين الإعلام للمودع أو السد بدونه ، وهو موجود وارثناه ابن الشحنة وأقره الشربلالي :

[فروع] ربطها في طرف كره أو عمامته أو شدها في مندبل ، ووضعها في كره أو ألقاها في جيبه ، ولم تقع فيه وهو يظن أنها وقعت فيه لا يضمن :

خرج وترك الباب مفتوحا ضمن لو لم يكن في الدار أحد ولم يكن في مكان يسمع حس الداخل : جعلها في الكرم فلو له حائط بحيث لا يرى المارة ما في الكرم لا يضمن إذا أغلق الباب وإلا ضمن : سوق قام إلى الصلاة وفيه ودائع (١) لم يضمن إذ جيرانه يحفظونه وليس بإيداع المودع لكنه مودع لم يضيع وذكر الشارح (٢) ما يدل على الضمان فليتأمل عند الفتوى جامع النصولين : وفي النزالية : والحاصل أن العبرة للعرف اه : غاب رب الوديعة ولا يدري أهو حي أم ميت يمسكها حتى يعلم موته ولا يتصدق بها بخلاف اللقطة وإن أنفق عليها بلا أمر القاضي فهو متطوع ، ويسأله القاضي البينة على كونها وديعة عنده ، وعلى كون المالك غائبا فإن برهن ، فلو مما يؤجر وينفق عليها من غلتها أمره به أو لا يأمره بالإتفاق يوما أو يومين أو ثلاثة رجاء أن يحضر المالك لأكثر ، بل يأمره بالبيع وإمساك الثمن ، وإن أمره بالبيع ابتداء فلصاحبها الرجوع عليه به إذا حضر لكن في الدابة يرجع بقدر القيمة لا بالزيادة : وفي العبد بالزيادة على القيمة بالغة ما بلغت ، ولو اجتمع من ألبانها شيء كثير أو كانت أرضا فأثمرت وخاف فساده فباعه لأمر القاضي فلو في المصر أو في موضع يتوصل إلى القامق قبل أن ينسد ذلك ضمن تارخانية من العاشر في المتفرقات :

[تنمة] : في ضمان المودع بالكسر في قاضيخان مودع جعل في ثياب الوديعة ثوبا لنفسه فدفعها إلى ربه ونسى ثوبه فيها فضاع عنده ضمنه ، لأنه أخذ ثوب الغير بلا إذنه والجهل فيه لا يكون عذرا قال في نور العين ينبغي أن تقيد المسألة بما لو كان غير عالم ثم علم بذلك وضاع عنده وإلا فلا سبب للضمان أصلا ، فالظاهر أن قوله والجهل فيه لا يكون عذرا ليس على إطلاقه والله أعلم اه ملخصا :

كتاب العارية

(قوله مشددة) كأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار وعيب صحاح ورده في النهاية بأنه صلى الله عليه وسلم

(١) (قوله وفيه ودائع) هكذا في الأصل ، ولعله عنده ودائع وفي حانوته مثلا وليحرر اه مصححه .

(٢) (قوله وذكر الشارح الخ) صوابه وذكر صحت وهو رمز للصدر للشهيد تأمل اه .

الشيء قاموس : وشرعا (تملك المنافع مجانا) أفاد بالتمليك لزوم الإيجاب والقبول ولو فعلا وحكمها كونها أمانة ،
وشرطها : قابلية المستعار للانتفاع ونحوها عن شرط العوض ، لأنها تصير إجارة وصرح في العمادية بجواز
إعارة المشاع وإيداعه وبيعه يعني ، لأن جهالة العين لا تنفي للجهالة لعدم لزومها وقالوا عاف الدابة على المستعير
وكذا نفقة العبد أما كسوته فعلى المعير وهذا إذا طلب الاستعارة فلو قال المولى خذه واستخدمه من غير أن يستعيره
فنفقته على المولى أيضا لأنه ودیعة .

(وتصح بأعرتك) لأنه صريح (وأطعمتك أرضي) أي غلتها لأنه صريح مجازا من إطلاق اسم المحل على
الحال (ومنحتك) بمعنى أعطيتك (ثوبى أو جاريتى هذه وحملتك على دابتي هذه إذا لم يرد به) بمنحتك وحملتك
(الهبة) لأنه صريح فيفيد العارية بلانية

بأش الاستعارة فلو كان العار في طلبها لما باشرها وقوله على مافى المغرب (١) من أنها اسم من الإعارة وأخذها من
العار العيب خطأ اه وفي المبسوط من التعاور ، وهو التناوب كما فى البحر وتخفف قال الجوهري : منسوبة إلى
العار ورده الراغب بأن العار يأتى والعارية واوى ، وفي المبسوط إنها من العربية تملك الثمار بلا عوض ورده المطرزي
لأنه يقال استعاره منه فأعاره واستعاره الشيء على حذف من الصواب أن المنسوب إليه العارة اسم من الإعارة
ويموز أن تكون من التعاور التناوب قهستاني ملخصا (قوله تملك) فيه رد على الكرخي القائل : بأنها إباحة
وليست بتمليك ، ويشهد له انعقادها بلفظ التملك ، وجواز أن يعبر مالا يختلف بالمستعمل ، والمباح له لا يبيح
لغيره وانعقادها بلفظ الإباحة لأنه استعير للتمليك بحر (قوله واو فعلا) أى كالتعاطى فى القهستاني وهذا مبالغة
على القبول ، وأما الإيجاب فلا يصح به ، وعليه يتفرع ماسيأتى قريبا من قول المولى خذه واستخدمه . والظاهر
أن هذا هو المراد بما نقل عن الهندية ، وركنها الإيجاب من المعير ، وأما القبول من المستعير ، فليس بشرط عند
أصحابنا الثلاثة اه أى القبول صريحا غير شرط بخلاف الإيجاب ، ولهذا قال فى التاترخانية إن الإعارة لا تثبت
بالسكوت اه وإلا لزم أن لا يكون أخذها قبولا (قوله بجواز إعارة المشاع) إعارة الجزء الشائع تصح كيفما كان
فى التى تحمل القسمة أو لا تحتلها من شريك أو أجنبي وكذا إعارة الشيء من اثنين أجمل أو فصل بالتنصيف
أو بالإنثلاث قنية (قوله وبيعه) وكذا إقراضه كما مر ، وكذا إيجاره من الشريك لا الأجنبي وكذا وقفه عند
أبى يوسف خلافا لمحمد فيما يحتل القسمة وإلا فجازر وتماه فى أوائل هبة البحر فراجع (قوله لأن جهالة الخ)
أفاد أن الجهالة لا تنفسدها قال فى البحر : والمراد بالجهالة جهالة المنافع المملوكة لاجهالة العين المستعارة بدائل
مافى الخلاصة لو استعار من آخر حمارا فقال ذلك الرجل : لى حماران فى الاصطبل فخذ أحدهما واذهب فأخذ
أحدهما وذهب به يضمن إذا هلك ، ولو قال خذ أحدهما أيما شئت لا يضمن (قوله للجهالة) وفى بعض النسخ
للمنازعة (قوله لأنه ودیعة) أى أباح له بها الانتفاع (قوله لأنه صريح) أى حقيقة قال قاضى زاده الصريح
عند علماء الأصول ما انكشف المراد منه فى نفسه فيتناول الحقيقة غير المهجورة والمجاز المتعارف اه : فالأول
أعرتك والثانى أطعمتك أرضى ط (قوله لأنه صريح) هذا ظاهر فى منحتك ، أما حملتك فقال الزيلعى إنه مستعمل

(١) (قوله وقوله على مافى المغرب الخ) لم يظهر لى مرجع الضمير هل أن العبارة كلها لا تخلو عن نظر فالأوضح عبارة المصباح
ونصه بعد أن قال : وتعاوروا الشيء واحترروه قداولوه والعارية من ذلك والأصل فعليه بفتح العين . قال الأزهرى نسبة إلى العارة وهى
اسم من الإعارة يقال أمرته الشيء إعارة وعارة مثل أطعته إطاعة وطاعة وأجبتة إجابة وجابة ، وقال الليث : سميت عارية لأنها عار على
طالبها ، وقال الجوهري مثله وبعضهم يقول مأخوذ من عار الفرس إذا ذهب من صاحبه لمروجها من يد صاحبا وهما غلط لأن العارية
من الواو لأن العرب يقولون هم يتعاورون العوارى ويتمورونها بالواو إذا عار بعضهم بعضا والعار وعار الفرس من الياه ، فالصحيح
ماقال الأزهرى وقد تخفف العارية فى الشعر والجمع العوارى بالتخفيف وبالتشديد على الأصل انتهت عبارته اه مصححه .

والهبة بها أى مجازاً (وأخدمتك عبيدى) وأجرتك دارى شهراً مجالاً (ودارى) مبتدأ (لك) خبر (سكنى)
تميز أى بطريق السكنى (و) دارى لك (عمرى) مفعول مطلق أى أعمرتها لك عمرى (سكنى) تمييزه يعنى جعلت
سكنها لك مدة عمرك (و) لعدم لزومها (يرجع المعبر متى شاء) ولو مؤقتة أو فيه ضرر فتبطل وتبقى العين بأجر
المثل كمن استعار أمة لترضع ولده وصار لا يأخذ إلا ثديها فله أجر المثل إلى الفطام وتماه في الأشباه وفيها معزيا
للقنية تلزم العارية فيما إذا استعار جدار غيره لوضع جذوعه فوضعها ثم باع المعبر الجدار ليس للمشتري رفعها
وقيل نعم إلا إذا شرطه وقت البيع :

قلت : وبالقيل جزم في الخلاصة والبزازية وغيرهما واعتمده محشيها في تنوير البصائر ولم يتعقبه ابن المصنف
فكأنه ارتضاه فليحفظ (ولا تضمن)

فيهما يقال حمل فلان فلانا على دابته يراد به الهبة تارة والعارية أخرى ، فإذا نوى أحدهما صحمت نيته وإن لم تكه
له نية حمل على الأدنى كي لا يلزمه الأعلى بالشك اه وهذا يدل على أنه من المشترك بينهما لكن إنما أريد به العارية
عند التجرد عن النية لثلا يلزمه الأعلى بالشك ط وانظر ما كتبناه على البحر عن الكفاية ففيه الكفاية (قوله بها)
أى بالنية (قوله شهراً) فلو لم يقل شهراً لا يكون إعاره بحر عن الخالية أى بل إجارة فاسدة ، وقد قيل بخلافه
تاريخانية ، وينبغى هذا لأنه إذا لم يصرح بالمدة ، ولا بالعوض فأولى أن يكون إعاره من جمعه إعاره مع التصريح
بالمدة دون العوض شيخنا . ونقل الرملى في حاشية البحر عن إجارة البزازية لاتعقد الإعاره بالإجارة ، حتى
لو قال أجرتك منافعها سنة بلا عوض تكون إجارة فاسدة لعارية اه قال فتأمل مع هذا (قوله مجالاً) أى بلا
عوض (قوله مدة عمرك) هذا وجه آخر ذكره القهستاني وهو كون عمرى ظرفاً (قوله ولو مؤقتة) ولكن يكره
قبل تمام الوقت ، لأن فيه خلف الوعد ابن كمال .

أقول : من هنا تعلم أن خلف الوعد مكروه لأحرام وفي الذخيرة يكره تنزيها لأنه خاف الوعد ويستحب
الوفاء بالعهد سائحاني (قوله فتمبطل) أى بالرجوع (قوله فله أجر المثل) أى للمعبر والأولى فعلية أى على المستعير
(قوله للقنية) لم أجده في القنية في هذا المحل (قوله وقت البيع) أى إلا إذا شرط البائع وقت البيع بقاء الجذوع
والوارث في هذا بمنزلة المشتري إلا أن للوارث أن يأمره برفع البناء على كل حال كما في الهندية . ومنه يعلم
أن مع أذن لأحد ورثته ببناء محل في داره ثم مات فلباقى الورثة مطالبته برفعه إن لم تقع القسمة أو لم يخرج
في قسمه .

وفي جامع الفصولين : استعار داراً فبنى فيها بلا أمر المالك أو قال له ابن لنفسك ثم باع الدار بمقوقها يؤمر
البناني بهدم بنائه ، وإذا فرط في الرد بعد الطلب مع التمكن منه ضمن سائحاني . قال في الهامش : وسائى مسألة
من بنى في دار زوجته في شتى الوصايا وفيه زيادة مسألة السرداب على الجذوع فقال رجل : وضع جذوعه على
حائط جاره بإذن الجار أو حفر سرداباً في داره بإذن الجار ثم باع الجار داره وأراد المشتري أن يرفع جذوعه
وسردابه كان للمشتري ذلك إلا إذا كان البائع شرط في البيع بقاء الجذوع والسرداب تحت الدار ، فحينئذ لا يكون
للمشتري أن يطالبه برفع ذلك وتماه في الخالية في فصل ما يضر به الجار اه (قوله وبالقيل الخ) وأفق به
في الخبرية كذا في الهامش (قوله في الخلاصة) وكذا في الخالية كما قدمنا عبارته قبيل دعوى النسب (قوله ولا تضمن)
هذا إذا لم يتبين أنها مستحقة للغير فإن ظهر استحقاتها ضمنها ، ولا رجوع له على المعبر لأنه متبرع ، والمستحق
أن يضمن المعبر ، وإذا ضمنه لارجوع له على المستعير ، بخلاف المودع إذا ضمنها للمستحق ، حيث يرجع على

بالهلاك من غير تعد) و شرط الضمان باطل كشرط عدمه في الرهن بخلاف للجوهرة (ولا تؤجر ولا ترهن) لأن الشيء لا يتضمن ما فوقه (كالدبعية) فإنها لا تؤجر ولا ترهن بل ولا تودع ولا تعار بخلاف العارية على المختار ، وأما المستأجر فيؤجر ويودع ويعار ولا يرهن ، وأما الرهن فكالدبعية ،

وفي الوهبانية نظم تسع مسائل لا يملك فيها تملكها لغيره بدون إذن سواء قبض أولا فقال :

ومالك أمر لا يملكه بدو ن أمر وكيل مستعير ومؤجر

ركوبا ولبسا فيهما ومضارب ومرتهن أيضا وقاض يؤمر

ومستودع مستبضع ومزارع إذا لم يكن من عنده البذر يبذر

قلت والعاشرة: وما للمساق أن يساق غيره وإن أذن المولى له ليس ينكر

(فإن أجر) المستعير (أو رهن فهلكت ضمنه المعير) للتعدى (ولا رجوع له) للمستعير (على أحد) لأنه بال ضمان ظهر أنه أجر ملك نفسه ويتصدق بالأجرة بخلاف للثاني (أو) ضمن (المستأجر) سكت عن المرتن

المودع لأنه عامل له بحر (قوله بالهلاك) هذا إذا كانت مطلقة فلو مقيدة كأن يعيره يوما فلو لم يرد لها بعد مضيه ضمن إذا هلكت كما في شرح المجمع وهو المختار كما في العمادية اه قال في الشر بلالية : سواء استعملها بعد الوقت أولا وذكر صاحب المحيط وشيخ الإسلام : إنما يضمن إذا انتفع بعد مضي الوقت لأنه حينئذ يصير غاصبا أبو السعود (قوله للجوهرة) حيث جزم فيها بصبر وورثتها مضمونة بشرط الضمان ، ولم يقل في رواية مع أن فيها روايتين كما يؤخذ من عبارة الزيلعي من (قوله على المختار) فإنها تعار أشباه قال محشيها : إذا كان مما لا يختلف بالاستعمال كالسكنى والحمل والزراعة وإن شرط أن ينتفع هو بنفسه ، لأن التقييد بما لا يختلف غير مفيد كما في شروع المجمع من وفي البحر وله يعنى المستعير أن يودع على المفق به ، وهو المختار وصحح بعضهم عدمه ويتفرع عليه ما لو أرسلها على يد أجنبي فهلكت ضمن على الثاني لا الأول وسيأتي قريبا اه (قوله وأما المستأجر) في ودبعية البحر عن الخلاصة والودبعية لانودع ولا تعار ولا تؤجر ولا ترهن ، والمستأجر يؤجر ويعار ويودع ولم يذكر حكم الرهن ، وينبغي الخ وفي قول الخلاصة : وينبغي الخ كلام كتبه في هامش البحر (قوله ويودع) لكن الأجير المشترك يضمن بإيداع ما تحت يده لقول الفصولين ولو أودع الدلال ضمن سائحاني (قوله لا يملكه) بتشديد اللام وابتداء البيت الثاني من نون دون (قوله ومؤجر) بفتح الجيم (قوله فيهما) أى الإعارة والإجارة وهذا أو قيد بلبسه ركوبه ، وإلا فقد مر ويأني أنه يعير ما يختلف لو لم يقيد بلاهس وراكب سائحاني : الوكيل لا يوكل والمستعير للباس أو ركوب ليس له أن يعير لمن يختلف استعماله والمستأجر ليس له أن يؤجر لغيره مركوبا كان أو ملبوسا إلا بإذن (قوله ومستودع) بفتح الدال (قوله ضمنه المعير) بتشديد ميم ضمنه مبنيا للفاعل والمعير فاعل والضمير في ضمنه راجع للمستعير (قوله على أحد) عبارة مسكين على المستأجر وهكذا أقره القهستاني ، وقال : فلا فائدة في النكرة العامة قال أبو السعود : وتعقبه شيخنا بأن سلب الفائدة ممنوع بلحواز كون قيمة الرهن عشرين وكان رهنا بعشرة فلا يرجع بالزائد على المرتن (قوله المستأجر) مفعول ضمن هكذا مضبوط بالقلم (قوله عن المرتن) قال في الشر بلالية وسكت عما لو ضمن المرتن ، فينظر حكمه قال شيخنا حكم المرتن في هذه الصورة حكم الغاصب كما ذكره لوح أفندي ، لأنه قبض مال الغير بلا إذنه ورضاه فيكون للمعير تضمينه وبأداء الضمان يكون الرهن هالكا على ملك مرتنه ، ولا رجوع له على الراهن المستعير بما ضمن لما علمت من كونه غاصبا ويرجع بدينه اه وتقييده بقوله : ولا رجوع له على الراهن المستعير للاحتراز عما لو كان الراهن مرتنه فإنه يرجع على

وفي شرح الوهبانية : الخامسة لا يملك المرتهن أن يرهن فيضمن وللمالك الخيار ويرجع الثاني على الأول (ورجع) المستأجر (على المستعير إذا لم يعلم بأنه عارية في يده) دفعا لضرر الغرز (وله أن يعبر ما اختلف استعماله أولا إن لم يعين) المعبر (منتقما و) يعبر (مالا يختلف إن عين) وإن اختلف لا للتفاوت وعزاه في زواهر الجواهر للاختيار (ومثله) أي كالمعار (المؤجر) وهذا عند عدم النهي فإو قال لا تدفع لغيرك فدفع فهلك ضمن مطلقا خلاصة (فن استعار دابة أو استأجرها مطلقا) بلا تقييد (يحمل) ما شاء (ويعبر له) للحمد (ويركب) عملا بالإطلاق (وأيا فعل) أولا (تعين) مرادا (وضمن بغيره) إن عطبت حتى لو ألبس أو أركب غيره لم يركب بنفسه بعده هو الصحيح كافي (وإن أطلق) المعبر أو المؤجر (الانتفاع في الوقت والنوع انتفع ما شاء أي وقت شاء) لما مر (وإن قيده) بوقت أو نوع أو بهما (ضمن بالخلاف إلى شر فقط) لا إلى مثل أو خير (وكذا تقييد

الأول أبو السعود وهذا ما ذكره الشارح بقوله : وفي شرح الوهبانية الخ فليس بيانا لما سكنت عنه المصنف كما يرويه كلامه بل بيان لفائدة أخرى تأمل (قوله وفي شرح الخ) ظاهره أنه بيان لما سكنت عنه المصنف مع أنه ليس من قبيله ، لأن الكلام في المستعير إذا أجز أو رهن (قوله أن يرهن) أي بدون إذن الراهن شرح وهبانية كذا في الهامش (قوله ويرجع الثاني) أي إن ضمن وإن ضمن الأول لا يرجع على أحد ابن الشحنة كذا في الهامش (قوله إن لم يعين) أي بأن نص على الإطلاق كما سنذكره قريبا كما لو استعار دابة للركوب أو ثوبا للباس له أن يعبرهما ، ويكون ذلك تعيينا للراكب واللبس ، فإن ركب هو بعد ذلك قال الإمام على البزدوى يكون ضامنا وقال السرخسي وخواهر زاده : لا يضمن كذا في فتاوى قاضيخان وصحح الأول في الكافي بحر وسيأتي (قوله وإن اختلف) أي إن عين منتقما واختلف استعماله لا يعبر للتفاوت ، قالوا الركوب واللبس مما اختلف استعماله والحمل على الدابة ، والاستخدام ، والسكنى مما لا يختلف استعماله أبو الطيب مدني (قوله المؤجر) بالفتح أي إذا أجز شيئا فإن لم يعين من ينتفع به ف للمستأجر أن يعبره سواء اختلف استعماله أولا وإن عين يعبر مالا يختلف استعماله لا ما اختلف منح (قوله أو استأجرها) فله الحمل في أي وقت وأي نوع شاء باقاني كذا في الهامش (قوله مطلقا) أقول الظاهر أنه أراد بالإطلاق عدم التقييد بمنتهى معين ، لأنه سيذكر الإطلاق في الوقت والنوع وإلا لزم التكرار تأمل (قوله بلا تقييد) قال في التبيين : ينبغي أن يحمل هذا الإطلاق الذي ذكره هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والركوب والزراعة على ما إذا قال على أن أركب عليها من أشياء كما حمل الإطلاق الذي ذكره في الإجارة على هذا وأقره في الشربلالية فما أوهمه قول المؤلف بلا تقييد بالنظر لما يختلف لا يتم ط :

قلت : فعلى هذا يحمل قول المصنف سابقا إن لم يعين بالنسبة للمختلف على ما إذا نص على الإطلاق لعل ما يشمل السكوت ، لكن في الهداية لو استعار دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل ويعبر غيره للحمل ويركب غيره الخ فراجعها (قوله يحمل ما شاء) أي من أي نوع كان لا الحمل فوق طاقتها كما لو سلك طريقا لا يساكنه الناس في حاجة إلى ذلك المكان ضمن إذ مطلق الإذن ينصرف إلى المعارف ، وليس من المعارف الحمل فوق طاقتها ، والتنظير في ذلك والتعليل في جامع الفصولين ، وسيأتي في الإجارة مثله في المتن كذا في الهامش (قوله ويركب) بفتح أوله وضمه سائحاني (قوله أولا) بفتح الهمة وتشديد الواو (قوله بغيره) أي فيما يختلف بالمستعمل كما يفيد السياق واللاحق سائحاني ، وقد منا عن الزيلعي أنه ينبغي تقييد عدم الضمان فيما يختلف بما إذا أطلق الانتفاع فانهم (قوله التفع) فلو لم يسم موضعها ليس له إخراجها من الفصولين (قوله أو بهما) فتقييد من حيث الوقت كيفما كان وكذا من حيث الانتفاع فيما يختلف باختلاف المستعمل ، وفيما لا يختلف لا تقييد لعدم الفائدة كما مر ، ولم يذكر

الإجارة بنوع أو قدر) مثل العارية (عارية الثمين والمكيل والموزون والمعدود والمتقارب) عند الإطلاق (قرض) ضرورة استهلاك عينها (فيضمن) المستعير (بهلاكها قبل الانتفاع) لأنه قرض حتى لو استعارها ليعبر الميزان أو يزين الدكان كان عارية ولو أعار قصعة تزيد فقرص ولو بينهما مباشرة فإباحة وتصحح عارية السهم ولا يضمن لأن الرمي يجري مجرى الهلاك صيرفية (ولو أعار أرضاً للبناء والغرس صح) للعلم بالمنفعة (وله أن يرجع متى شاء) لما تقرر أنها غير لازمة (ويكلفه قلعهما إلا إذا كان فيه مضررة بالأرض فيتركها بالقيمة مقلوعين) لثلاث تلف أرضه (وإن وقت) العارية (فرجع قبله) كلفه قلعهما (وضمن) المعير للمستعير (ما نقص) البناء والغرس (بالقلع)

التقييد بالممكن لكن أشار إليه الشارح في الآخر : وذكره المصنف قبل قوله ولا تؤجر فقال : استعار دابة ليزكها في حاجة إلى ناحية سماها فأخرجها إلى النهر ليستقيها في غير تلك الناحية ضمن إذا هلك ، وكذا إذا استعار ثورا ليكرب أرضه فكرب أرضاً أخرى يضمن ، وكذا إذا قرنه بثور أعلى منه لم تجر العادة به : وفي البدائع : اختلفا في الأيام أو المكان أو ما يحمل فالقول للمعير بيمينه سائحاني . استعارها شهراً فهو على المصر وكذا في إغارة خادم وإجارته وموصى له بخدمته فصولين (قوله قرض) أي إقراض لأن العارية بمعنى الإعارة كما مر وهي التملك وتماه في العزيمة (قوله حتى الخ) تفريع على مفهوم قوله عند الإطلاق (قوله ليعبر) بتشديد الياء الثانية الأصل عابر والجوهري نهى أن يقال غير يعقوبية (قوله أو يزين) بتشديد الياء الثانية (قوله كان عارية) لأنه عين الانتفاع وإنما تكون قرضاً عند الإطلاق كما تقدم (قوله فقرص) فعليه مثلها أو قيمتها منح (قوله وتصحح عارية السهم) أي ليغزو دار الحرب لأنه يمكن الانتفاع به في الحال وإنه يحتمل عوده إليه برمي الكفرة بعد ذلك منح عن الصيرفية ، ونقل عنها قبل هذا أنه إن استعار سهما ليغزو دار الحرب لا يصح ، وإن استعار ليرمي الهدف صح فإنه في الأول لا يمكن الانتفاع بعين السهم إلا بالاستهلاك وكل عارية كذلك تكون قرضاً لا عارية اهـ (قوله ولا يضمن) عبارة الصيرفية كما في المنح قال هو يصح عارية السلاح ، وذكر في السهم أنه يضمن كالقرض ، لأن الرمي يجري مجرى الهلاك وهذه النسخة التي نقلت منها نسخة مصححة عليها خطوط بعض العلماء ، وكان في الأصل مكتوباً لا يضمن فحك منها لفظه لا ويدل عليه تنظيره بقوله : كالقرض ولكن كان الظاهر على هذا أن يقال في التعليل لأن الرمي يجري مجرى الاستهلاك ، فتعبيره بالهلاك يقتضي عدم الضمان فتأمل وراجع (قوله للعلم) تأمل في هذا التعليل استعار رقعة يرفع بها قبصه أو خشبة يدخلها في بنائه أو آجرة ، فهو ضامن لأنه قرض إلا إذا قال لأردّها عليك فهي عارية تاترخانية (قوله مقلوعين) أو يأخذ المستعير غراسه وبنائه بلا تضمين المعير هداية ، وذكر الحاكم أن له أن يضمن المعير قيمتها قائمين في الحال ، ويكونان له وأن يرفعهما إلا إذا كان الرفع مضرراً بالأرض ، فحينئذ يكون الخيار للمعير كما في الهداية وفيه رمز إلى أن لإضمان في العارية المطلقة : وعنه أن عليه القيمة وإلى أن لإضمان في الموقنة بعد انقضاء الوقت ، فيقلع المعير البناء والغرس إلا أن يضر القلع ؛ فحينئذ يضمن قيمتهما مقلوعين لاقائمين كما في المحيط قهستاني كذا في الهامش (قوله ما نقص البناء) هذا مشى عليه في الكنز والهداية : وذكر في البحر عن المحيط ضمان القيمة قائماً إلا أن يقلعه المستعير ولا ضرر ، فإن ضرر ضمان القيمة مقلوعاً ، وعبارة المجمع والزمان الضمان فليل ما نقصهما القلع ، وقيل قيمتهما ، ويملكهما وقيل إن ضرر بخير المالك يعني المعير بخير بين ضمان ما نقص وضمان القيمة ، ومثله في درر البحار والمواهب والملتقى وكلهم قدموا الأول وبعضهم جزم به وهب عن غيره بقيل فلذا اختاره المصنف وهي رواية القدوري والثاني رواية الحاكم

بأن يقوم قائماً إلى المدة المضروبة وتعتبر القيمة يوم الاسترداد بحر (وإذا استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه قبل أن يحمده الزرع وقتها أولاً) فتترك بأجر المثل مراعاة للحقين فلو قال المعبر : أعطيك البذر وكلفتك إن كان لم يثبت لم يجز ، لأن بيع الزرع قبل نباته باطل وبعد نباته فيه كلام أشار إلى الجواز في المعنى نهاية (ومؤنة الرد على المستعير فلو كانت مؤقتة فأمسكها بعده فهلكت ضمنها) لأن مؤنة الرد عليه نهاية (إلا إذا استعارها ليرهنها) فتكون كالإجارة رهن الخانية (وكذا الموصى له بالخدمة مؤنة الرد عليه وكذا المؤجر والغاصب والمرتهن) مؤنة الرد عليهم لحصول المنفعة لهم هذا لو الإخراج بإذن رب المال وإلا فمؤنة رد مستأجر ومستعار على الذي أخرجه إجارة البزازية بخلاف شركة ومضاربة وهبة قضى بالرجوع مجتبي (وإن رد المستعير الدابة مع عبده أو أجيده مشاهرة) لا مياومة (أو مع عبد ربه مطلقاً) يقوم عليها أولاً في الصبح (أو أجيده) أي مشاهرة كما مر فهلكت

الشهيد كما في غرر الأفكار (قوله قائماً) فلو قيمته قائماً في الحال أربعة وفي المال عشرة ضمن ستة شرح الملتقى (قوله المضروبة) فيضمن ما نقص عنها (قوله القيمة) أي ابتداءها (قوله وقتها) بتشديد القاف (قوله فتترك الخ) نص في البرهان على أن الترك بأجر استحسان ثم قال عن المبسوط : ولم يبين في الكتاب أن الأرض ترك في يد المستعير إلى وقت إدراك الزرع بأجر أو بغير أجر قالوا وينبغي أن ترك بأجر المثل كما لو انتهت مدة الإجارة والزرع بقل بعد اه شربلالية (قوله أعطيك البذر) بضم الهمزة والبنر مفعوله (قوله وكلفتك) بضم الكاف وتسكين اللام وفتح الباقى (قوله الجواز) وهو المختار كما في الغياثية ط (قوله على المستعير) .

[فروع] علف الدابة على المستعير مطلقة أو مقيدة ونفقة العبد كذلك والكسوة على المستعير (١) بزازية وقدمه الشارح أول الترجمة وآخر النفقة . جاء رجل إلى مستعير ، وقال : إني استعرت دابة عندك من ربه فلان فأمرني بتمبضها فصدقه ودفعتها ثم أنكر المعبر أمره بذلك ضمن المستعير ، ولا يرجع على القابض إذا صدقه فلو كذبه أو لم يصدقه أو شرط عليه الضمان فإنه يرجع :

قال : وكل تصرف هو سبب الضمان لو ادعى المستعير أنه فعله بإذن المعبر فكذبه ضمن المستعير مالم يبرهن فصولين :

استعار قدراً لغسل الثياب ولم يسلمه حتى سرق ليلاً ضمن بزازية تأمل (قوله لأن) مستدرك بفناء التصريح (قوله إلا إذا استعارها الخ) فمؤنة الرد على المعبر والفرق ما أشار إليه لأن هذه إعارة فيها منفعة لصاحبها فلأنها تصير مضمونة في يد المرتهن ، وللمعبر أن يرجع على المستعير بقيمته ، فكانت بمنزلة الإجارة خانية فقد حصل الفرق بين العارية للرهن وغيرها من وجهين الأول : هذا والثاني ما مر في الباب قبله عند قوله بخلاف المستعير ، والمستأجر أنه لو خالف ثم عاد إلى الوفاق برىء عن الضمان أفاده في البحر (قوله هذا الخ) الأولى ذكره قبل الغاصب ، لأنه راجع إلى كون مؤنة الرد على المؤجر يعني إنما تكون عليه إذا أخرجه المستأجر بإذنه وإلا فعلى المستأجر ، فيكون كالمستعير : وفي البحر عن الخلاصة الأجير المشترك كالجلياط ونحوه مؤنة الرد عليه لاهل رب الثوب (قوله لو الإخراج) أي إلى بلد آخر مثلاً والظاهر أن المراد بالإذن صريحاً وإلا فالإذن دلالة بوجود تأمل (قوله بخلاف شركة الخ) فإن أجرة ردها على صاحب المال والواهب كما في المنع (قوله مع عبده) أي مع من في عيال المستعير قهستاني قال في الهامش ردها مع من في عياله برىء جامع الفصولين (قوله لا مياومة) لأنه ليس في عياله قهستاني (قوله أو مع عبد الخ) أي مع من في عيال المعبر قهستاني (قوله يقوم عليها)

(١) (قوله والكسوة على المستعير الخ) لعل صوابه : المعبر فإنه الذي قدمه الشارح تأمل اه .

قبل قبضها (برى) لأنه أتى بالتسليم المعارف (بخلاف نفيس) كجوهرة (وبخلاف الرد مع الأجنبي) أى (بأن كانت العارية مؤقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبي) لتعديه بالإمساك بعد المدة (وإلا فالمستعير يملك الإيداع) فيما يملك الإعارة (من الأجنبي) به يفتى زيلعى فتعين حمل كلامهم على هذا وبخلاف رد ودبعة ومغصوب إلى دار المالك فإنه ليس بتسليم (وإذا استعار أرضاً) بيضاء (للزراعة يكتب المستعير) أنك (أطعمتني أرضك لأزرعها) فيخصص لتلايعم البناء ونحوه (العبد المأذون يملك الإعارة

أى يعاها كالكائنات (قوله مع الأجنبي) قال فى الهامش المستأجر لورد الدابة مع أجنبي ضمن جامع الفصولين (قوله وإلا فالمستعير الخ) إشارة إلى فائدة اشتراط التوقيت قال الزيلعى : وهذا أى قوله بخلاف الأجنبي يشهد لمن قال من المشايخ إن المستعير ليس له أن يودع ، وعلى المختار تكون هذه المسألة محمولة على ما إذا كانت العارية مؤقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبي ، لأنه بالإمساكها بعد بضمين لتعديه فكذا إذا تركها فى يد الأجنبي اه وفى البرهان : وكذا يعنى يبرأ لوردتها مع أجنبي على المختار بناء على ما قال مشايخ العراق من أن المستعير يملك الإيداع وعليه الفتوى ، لأنه لما ملك الإعارة مع أن فيها إيداعاً وتمليك المنافع فلأن يملك الإيداع ، وليس فيه تمليك المنافع أولى ، وأولوا قوله وإن ردها مع أجنبي ضمنه إذا هلكت بأنها موضوعة فيما إذا كانت العارية مؤقتة وقد انتهت باستيفاء مدتها ، وحينئذ يصير المستعير مودعاً والمودع لا يملك الإيداع بالاتفاق اه شربلالية :

قلت : ومثله فى شروح الهداية ولكن تقدم متناً أنه بضمين فى المؤقتة ، وفى جامع الفصولين لو كانت العارية مؤقتة فأمسكها بعد الوقت مع إمكان الرد ضمن ، وإن لم يستعملها بعد الوقت هو المختار سواء توقفت نصاً أو دلالة حتى إن من استعار قدوماً ليكسر حطباً فكسره فأمسك ضمن ولو لم يوقت اه فعلى هذا فضمانه ليس بالإرسال مع الأجنبي إلا أن يحمل على ما إذا لم يمكنه الرد تأمل ، ومع هذا يبعد هذا التأويل التقييد ولا بالعبد والأجير فإنه على هذا لا فرق بينهما وبين الأجنبي ، حيث لا يضمن بالرد قبل المدة مع أى من كان ويضمن بعدها كذلك فهذا أدل دليل على قول مع قال ليس له أن يودع وصححه فى النهاية كما نقله عنه فى التارخائية (قوله فيما يملك) وهو مالا يختلف وظاهره أنه يملك الإيداع فيما يختلف وليس كذلك . وعبارة الزيلعى ، وهذا لأن الودبعة أدنى حالاً من العارية ، فإذا كان يملك الإعارة فيما لا يختلف ، فأولى أن يملك الإيداع على ما بيننا ولا يختص بشيء دون شيء لأن الكل لا يختلف فى حق الإيداع ، وإنما يختلف فى حق الانتفاع اه اللهم إلا أن يقال ما عبارة عن الوقت : أى فى وقت يملك الإعارة ، وهو قبل مضي المدة إذا كانت مؤقتة ، وهو بعيد كما لا يخفى تأمل .

[فرع] فى الهامش إذا اختلف المعير والمستعير فى الانتفاع بالعارية فادعى المعير الانتفاع بقول (١) مخصوص فى زمن مخصوص ، وادعى المستعير الإطلاق القول قول المعير فى التقييد ، لأن القول له فى أصل الإعارة فكذا فى صفتها قارى الهداية فى القول لمن (قوله على هذا) وهو كون العارية مؤقتة وقد مضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبي لكن لا يخفى أن الضمان حينئذ بسبب مضي المدة لا من كوله بعثها مع الأجنبي ، إذ لا فرق حينئذ بينه وبين غيره (قوله وبخلاف) معطوف على قول المتن بخلاف وكان الأولى ذكره هناك تأمل (قوله فإنه ليس الخ) كذا فى الهداية ومسألة الغير خلافة فى الخلاصة قال مشايخنا : يجب أن يبرأ قال فى الجامع الصغير الإمام قاضيخان السارق والغاصب لا يبرأ بالرد إلى منزل ربها أو مربطه أو أجيره أو عبده ما لم يردّها إلى مالكها (قوله لأزرعها) اللام للتعليل (قوله فيخصص) أى فلا يقول أحرنى (قوله يملك الإعارة) وكذا الصبي المأذون وفى البزازية

(١) (قوله الانتفاع بقول الخ) لعل صوابه بنوع تأمل اه .

والمحجور إذا استعار واستهلكه يضمن بعد العتق، ولو أعار) عبد محجور عبداً محجوراً (مثله فاستهلكها ضمن) الثاني (للحال ولو استعار ذهباً فقلده صبياً فسرق) الذهب (منه) أي من الصبي (فإن كان الصبي يضبط) حفظ (ما عليه) من اللباس (لم يضمن وإلا ضمن) لأنه إعارة والمستعير يملكها (وضعها) أي العارية (بين يديه فنام فصاعت لم يضمن لو نام جالساً) لأنه لا يعد مضيقاً لها (وضمن لو نام مضطجعا) لتركه الحفظ (ليس للأب إعارة مال طفله) لعدم البدل وكذا القاضى والوصى (طالب) شخص (من رجل ثورا عارية فقال أعطيك غداً فلما كان الغد ذهب الطالب وأخذه بغير إذنه واستعمله فمات) الثور (لا ضمان عليه) خانية عن إبراهيم ابن يوسف لکن فی المجتبی وغیره أنه یضمن :

(جهز ابنته بما يجهز به مثاها ثم قال كنت أعرتها الأمتعة إن العرف مستمرا) بين الناس (أن الأب يدفع ذلك) الجهاز (ملكاً لا إعارة لا يقبل قوله) إنه إعارة لأن الظاهر يكذبه (وإن لم يكن) العرف (كذلك) أو تارة وتارة (فالقول له) به يفتى كما لو كان أكثر مما يجهز به مثلها فإن القول له اتفاقاً (والأم) وولى الصغيرة (كالأب) فيما ذكره وفيما يدعيه الأجنبي بعد الموت لا يقبل إلا ببينة شرح وهبالية وتقدم في باب المهر وفي الأشباه (كل أمين ادعى إبطال الأمانة إلى مستحقها قبل قوله) بيمينه (كالودع) إذا ادعى الرد والوكيل والناظر إذا ادعى الصرف إلى الموقوف عليهم) يعنى من الأولاد والفقراء وأمثالها وأما إذا ادعى الصرف إلى

استعار مع صبي مثله كالقدوم ونحوه إن مأذونا، وهو ماله لا ضمان وإن لغير الدافع المأذون يضمن الأول لا الثاني لأنه إذا كان مأذونا صح منه الدفع، وكان التالف حاصلًا بتسليطه وإن الدافع محجوراً يضمن هو بالدفع والثاني بالأخذ لأنه غاصب الغاصب اه (قوله واستهلكه الخ) لأن المعبر سلطه على إتلافه وشرط عليه الضمان فصح تسليطه وبطل الشرط في حق المولى درر كذا في الهامش (قوله عبد محجور عبداً محجوراً) فعبد محجور فاعل أعار وصفة فاعله كما أن عبداً مفعوله وموصوف محجوراً كذا ضبط بالقلم (قوله ضمن الثاني) لأنه أخذه بغير إذن فكان غاصباً (قوله للحال) لأن المحجور يضمن بإتلافه حالاً درر كذا في الهامش (قوله لأنه) حلة لقوله لم يضمن (قوله يملكها) أي الإعارة (قوله وضعها) أي المستعير (قوله يديه) أي يد المستعير (قوله مضطجعا) هذا في الحضر قال في جامع الفصولين: المستعير إذا وضع العارية بين يديه ونام مضطجعا ضمن في حضر لافي سفر، ولو نام فقطع رجل مقود الدابة في يده لم يضمن في حضر وسفر، ولو أخذ المقود من يده ضم من لو نام مضطجعا في الحضر وإلا فلا اه وفي البرازية: نام المستعير في المفازة ومقودها في يده فقطع السارق المقود لا يضمن وإن جذب المقود من يده ولم يشعر به يضمن قال الصدر: هذا إذا نام مضطجعا وإن جالساً لا يضمن في الوجهين وهذا لا يناقض ما مر أن نوم المضطجع في السفر ليس بترك للحفظ، لأن ذلك في نفس النوم وهذا في أمر زائد على النوم اه وفيها استعار منه مرا للشيء واضطجع ونام، وجعل المر تحت رأسه لا يضمن لأنه حافظ؛ ألا يرى أن السارق من تحت رأس النائم يقطع، وإن كان في الصحراء وهذا في غير السفر، وإن في السفر لا يضمن لنام قاعداً أو مضطجعا والمستعار تحت رأسه أو بين يديه أو بحواليه يعد حافظاً اه (قوله أنه يضمن) وبه جزم في البرازية قال: لأنه أخذ بلا إذنه وقال ولو استعار من آخر ثوره غداً فقال نعم، فجاء المستعير غداً فأخذه فهلك لا يضمن لأنه استعاره منه غداً وقال نعم فأنعقدت الإعارة وفي المسألة الأولى وعد الإعارة لاخير (قوله جهز ابنته الخ) وفي الولوالجية إذا جهز الأب ابنته ثم بقية الورثة يطلبون القسمة منها، فإن كان الأب اشترى لها في سفرها أو بعد ما كبرت وسلم إليها وذلك في صحته فلا سبيل للورثة عليه ويكون للبنت خاصة اه منع كذا في الهامش (قوله فإن القول له) ظاهره أن القول له حينئذ في الجميع لافي الزائد على جهاز المثل وليحمر (قوله وأمثالهما) كالماء

وظائف المرتزقة فلا يقبل قوله في حق أرباب الوظائف لكن لا يضمن ما أنكره له بل يدفعه ثانيا من مال الوقف كما بسطه في حاشية أخى زاده :

قلت : وقد مر في الوقف عن المولى أبى السعود واستحسنه المصنف وأقره ابنه فايحفظ (وسواء كان في حياة مستحقها أو بعد موته إلا في الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنه قبضه ودفعه له في حياته لم يقبل قوله إلا بينة بخلاف الوكيل بقبض العين) كودبعة قال قبضتها في حياته وهلكت وأنكرت الورثة أو قال دفعها إليه فإنه يصدق ، لأنه ينفي الضمان عن نفسه ، بخلاف الوكيل بقبض الدين ، لأنه يوجب الضمان على الميت وهو ضمان مثل المقبوض فلا يصدق وكالة الولوالجية :

والأشرف قال بعض الفضلاء : ينبغي أن يقيد بأن لا يكون الناظر معروفا بالحياة كما كثر نظار زماننا بل يجب أن لا يفتوا بهذه المسألة حموي ط (قوله المرتزقة) مثل الإمام والمؤذن والبواب لأن له شيئا (١) بالأجرة بخلاف الأولاد ونحوهم لأنه صلة محضة (قوله أخى زاده) أى على صدر الشريعة (قوله مستحقها) أى الأمانات (قوله إلا في الوكيل) أفاد الحصر قبول القول من وكيل البيع ويؤيده ما في وكالة الأشباه إذا قال بعد موت الموكل بعته من فلان بألف درهم وقبضتها وهلكت وكذبت الورثة في البيع فإنه لا يصدق إذا كان المبيع قائما بعينه بخلاف ما إذا كان هالكا سائحاني (قوله بعد موت الموكل) بخلافه في حياته :

[فروع] شحى لو ذهب إلى مكان غير المسمى ضمن ولو أقصر منه ، وكذا لو أمسكها في بيته ولم يذهب إلى المسمى ضمن قاضيخان ، لأنه أعارها للذهب لا للإمسك في البيت يقول الحقيز يرد على المسألين إشكال وهو أن المخالفة فيهما إلى خير لا إلى شر ، فكان الظاهر أن لا يضمن فيهما ولعل في المسألة الثانية روايتين إذ قد ذكر في يد لو استأجر قدوما لكسر الخطب فوضعه في بيته فتلف بلا تقصير قبل ضمن وقيل لا شحى والمكس المتعاد عفون نور العين : إذا مات المعير أو المستعير تبطل الإعارة خانية :

استعار من آخر شيئا فدفعه ولده الصغير المحجور عليه إلى غيره بطريق العارية فضاع يضمن الصبي الدافع وكذا المدفوع إليه نادر خالية عن المحيط :

رجل استعار كتابا فضاع فجاء صاحبه وطالبه فلم يجبره بالضباع ووعده بالرد ثم أخبره بالضباع قال في بعض المواضع إن لم يكن آيسا من رجوعه فلا ضمان عليه ، وإن كان آيسا ضمن لكن هذا خلاف ظاهر الرواية قال في الكتاب يضمن لأنه متناقض ولوالجية :

وفيها استعار ذهباً فقلده صبيا فسرق إن كان الصبي يضبط حفظ ما عليه لا يضمن وإلا ضمن :

وفيها دخل بيته بإذنه فأخذ إناء لينظر إليه فوقع لا يضمن ولو أخذه بلا إذنه بخلاف ما لو دخل سوقا يباع فيه الإناء يضمن اه : جاء رجل إلى مستعير وقال : إني استعرت دابة عندك من ربه فلان فأمرني بقبضها فصدقه ودفعها ثم أنكر المعير أمره ضمن المستعير ولا يرجع على القابض ، فلو كذبه أو لم يصدقه أو شرط عليه الضمان فإنه يرجع قال ، وكل تصرف هو سبب للضمان لو ادعى المستعير أنه فعله بإذن المعير وكذبه المعير ضمن المستعير ما لم يبرهن فصولين :

وفيها استعاره وبعث قنه ليأتي به فركبه قنه فهلك به ضمن القن ويبيع فيه حالا بخلاف قن محجور أتلف ودبعة قبلها بلا إذن مولاه اه (قوله في حياته) أى الموكل (قوله مثل المقبوض) لأن الديون تقضى بأمثالها

(١) (قوله لأن له شيئا بالأجرة) شبه المولى أبو السعود بما إذا استأجر شخصا لبناء في الجامع بأجرة معلومة ثم ادعى تسليم

الأجرة إليه فإنه لا يقبل قوله اه .

قلت : وظاهره أنه لا يصدق لا في حق نفسه ولا في حق الموكل وقد أفتى بعضهم أنه يصدق في حق نفسه لا في حق الموكل وحمل عليه كلام الولوالجية فيتأمل عند الفتوى .

[فروع] أوصى بالعارية ليس للورثة الرجوع .

العارية كالإجارة تنفسخ بموت أحدهما .

مات وعليه دين وعنده ودیعة بغير عينها فالتركة بينهم بالحصص .

استأجر بعيرا إلى مكة فعلى الذهاب وفي العارية على الذهاب والمجيء لأن ردها عليه .

استعار دابة للذهاب فأمسكها في بيته فهلكت ضمن لأنه أعارها للذهاب لا للإمسك .

استقرض ثوبا فأغار عليه الأتراك لم يضمن لأنه عارية عرفا .

استعار أرضا لبني ويسكن وإذا خرج فالبناء للمالك فللمالك أجر مثلها مقدار السكنى والبناء للمستعير لأن

الإعارة تمليك بلا عوض فكانت إجارة معنى وفسدت بجهالة المدة وكذا لو شرط الخراج على المستعير لجهالة البدل والحياة أن يؤجره الأرض سنين معلومة يبديل معلوم ثم يأمره بإداء الخراج منه .

استعار كتابا فوجد به خطأ أصلحه إن علم رضا صاحبه :

قلت : ولا يأثم بتركه إلا في القرآن لأن إصلاحه واجب بخط مناسب . وفي الوهبانية :

وسفر رأى إصلاحه مستعيره يجوز إذا موله لا يتأثر

وفي معاينتها : وأي معير ليس يملك أخذ ما أعار وفي غير الرهان التصور

وهل واهب لابن يجوز رجوعه وهل مودع ماضيع المال يخسر

(قوله لا في حق نفسه) أي فيضمن (قوله ولا في حق الموكل) أي في إيجاب الضمان عليه بمثل المقبوض (قوله بعضهم) هو من معاصري صاحب المنح كما ذكره فيها وذكر الرمي في حاشيتها أنه هو الذي لا يحيد عنه ، وليس في كلام أئمتنا ما يشهد لغيره تأمل اه :

قلت : وللشربلالي رسالة في هذه المسألة فراجعها كما أشرنا إليه في كتاب الوكالة وكتبت منها شيئا في هامش

البحر هناك (قوله بينهم) أي بين أصحاب الدين ورب الوديعة (قوله لأنه عارية) أي فلا يضمن إلا بالتعدي ولم

يوجد (قوله بلا عوض) أي أو هنا جعل له عوض وفي البزازية دفع داره على أن يسكنها ويرمها ولا أجر

فهى عارية ، لأن المرمة من باب النفقة وهى على المستعير . وفي كتاب العارية بخلافه سأتحانى (قوله بجهالة المدة)

عبارة البحر عن المحيط لجهالة المدة والأجرة لأن البناء مجهول فوجب أجر المثل اه فأفاد أن الحكم كذلك لو بين

المدة لبقاء جهالة الأجرة وهو ظاهر (قوله لو شرط الخ) أي تكون إجارة فاسدة لأنه عليه ولما شرطه على

المستعير ، فقد جعله بدلا عن المنافع فقد أتى بمعنى الإجارة والعبارة في العود للمعاني (قوله لجهالة البدل) أما لو كان

خراج المقاسمة فلأن بعض الخراج يزيد وينقص وأما إذا كان خراجا موظفا فإنه وإن كان مقدرا إلا أن

الأرض إذا لم تحتمله ينقص عنه منع ما خصا (قوله منه) أي من ذلك البدل (قوله وأي معير الخ) أرض

أجرها المالك للزراعة ثم أعارها من المستأجر وزرعها المستعير ، فلا يملك استرجاعها لما فيه من الضرر ، وتنفسخ

الإجارة حين الإعارة ابن الشحنة كذا في الهامش (قوله يجوز رجوعه) والجواب أن هذا الابن مملوك الغير

والمملوك لا يملك شيئا فيقع لغيره وهو سيده فيصح الرجوع كذا في الهامش (قوله وهل مودع) المودع لو دفع

كتاب الهبة

وجه المناسبة ظاهر (هي) لفة : التفضل على الغير ولو غير مال . وشرعا (تمليك العين مجانا) أى بلا عوض لا أن عدم العوض شرط فيه ، وأما تمليك الدين من غير من عليه الدين فإن أمره بقبضه صحته لرجوعها إلى هبة العين (وسببها إرادة الخير للواهب) دنيوى كهوض ومحبة وحسن ثناء وأخروى . قال الإمام أبو منصور يجب على المؤمن أن يعلم ولده الجود والإحسان كما يجب عليه أن يعلمه التوحيد والإيمان إذ حب الدنيا رأس كل خطيئة نهاية مندوبة وقبولها سنة قال صلى الله عليه وسلم « تهادوا تحابوا » .
(وشرائط صحتها فى الواهب العقل والبلوغ والمملك) فلا تصح هبة صغير ورقيق ولو مكاتبا :

الوديعة إلى الوارث بلا أمر القاضى ضمن إن كانت مستغرقة بالدين ولم يكن مؤتمنا وإلا فلا إذا دفع لبعضهم فوائد زينة كذا فى الهامش :

كتاب الهبة

(قوله وجه المناسبة ظاهر) لأن ما قبلها تمليك المنفعة بلا عوض وهى تمليك العين كذلك (قوله مجانا) زاد ابن الكمال للحال لإخراج الوصية (قوله بلا عوض) أى بلا شرط عوض فهو على حذف مضاف، لكن هذا يظهر لو قال بلا عوض كما فى الكنز ، لأن معنى مجانا عدم العوض لعدم اشتراطه على أنه اعترضه الحموى كما فى أبي السعود بأن قوله بلا عوض نص فى اشتراط عدم العوض والهبة بشرط العوض نقيضه فكيف يجتمعان أى فلا يتم المراد بما ارتكبه ، وهو شمول التعريف للهبة بشرط العوض ، لأنه يأنم خروجها عن التعريف حينئذ كما به عليه فى العزيمة أيضا .

قلت : والتحقيق أنه إن جعلت الباء للملابسة متعلقة بمحذوف حالا من تمليك لزم ما ذكر أما لو جعل المحذوف خبرا بعد خبر أى هى كائنة بلا شرط عوض على معنى أن العوض فيها غير شرط بخلاف البيع والإجارة فلا يرد ما ذكر فتدبر (قوله شرط فيه) وإلا لما شمل الهبة بشرط العوض ح (قوله وأما تمليك الدين الخ) جواب عن سؤال مقدر وهو أن تقييده بالعين مخرج لتمليك الدين من غير من عليه مع أنه هبة فيخرج عن التعريف ، فأجاب : بأنه يكون عينا مالا فالمراد بالعين فى التعريف ما كان عينا حالا أو مالا قال بعض الفضلاء ولهذا لا يلزم إلا إذا قبض وله الرجوع قبله فله منعه ، حيث كان بحكم النيابة عن القبض وعليه تبثنى مسألة موت الواهب قبل قبض الموهوب له فى هذه فتأمل . بقى هل الإذن يتوقف على المجلس ؟ الظاهر نعم فليراجع ولا ترد هبة الدين ممن عليه فإنه مجاز عن الإبراء والفرد المجازى لا ينقض والله سبحانه أعلم اه (قوله صحته) أى ويكون وكيفا عنه فيه قال فى البحر عن المحيط : ولو وهب دينا له على رجل وأمره أن يقبضه فقبضه جازت الهبة استحسانا فيصير قابضا للواهب بحكم النيابة ثم يصير قابضا لنفسه بحكم الهبة وإن لم يأذن بالقبض لم يجز اه .

وفى أبي السعود عن الحموى ، ومنه يعلم أن نصيب معلومه المتجمد للغير بعد فراغه له غير صحيح ما لم يأذنه بالقبض وهى واقعة الفتوى وقال فى الأشباه صحته ، ويكون وكيفا قابضا للموكل ثم لنفسه ومقتضاه عزله عن التسليط قبل القبض اه (قوله قال الإمام) بيان للأخروى ح (قوله يعلم) بكسر اللام مشددة (قوله تهادوا تحابوا) بفتح تاء تهادوا وهائه وداله وإسكان واوه وتحابوا بفتح تائه وحائه وضم بائه مشددة (قوله ولو مكاتبا)

(و) شرائط صحتها (في الموهوب أن يكون مقبوضا غير مشاع مميزا غير مشغول) كما سيتضح ؛
(وركنها) هو (الإيجاب والقبول) كما سيجىء ؛

(وحكمها ثبوت الملك للموهوب له غير لازم) فله الرجوع والفسخ (وعدم صحة (١) خيار الشرط فيها)
فلو شرطه صحت إن اختارها قبل تفرقهما وكذا لو أبرأه صح الإبراء وبطل الشرط خلاصة ؛
(و) حكمها (أنها لا تبطل بالشروط الفاسدة) فهبة عبد علي أن يعتقه تصح ويبطل الشرط (وتصح
بإيجاب كوهبت ونحلت وأطعمتك هذا الطعام ولو) ذلك (علي وجه المزاح) بخلاف أطعمتك أرضي فإنه عارية
لرقتها وإطعام لغلتها بحر (أو الإضافة إلى ما) أي إلى جزء (يعبر به عن الكل كوهبت لك فرجها وجعلته لك)

فغيره كالمدير وأم الولد والمبعض بالأولى (قوله صحتها) أي بقائها على الصحة كما سيأتي (قوله مقبوضا) وجل
أصل لؤلؤة فوهبها لآخر وسلطه على طلبها وقبضها متى وجدها . قال أبو يوسف : هذه هبة فاسدة لأنها على خطر
والهبة لا تصح مع الخطر وقال زفر تجوز خانية (قوله مشاع) أي فيما يقسم كما يأتي وهذا في الهبة ، وأما إذا تصدق
بالكل على اثنين فإنه يجوز على الأصح بحر : أي بخلاف ما إذا تصدق بالبعض على واحد فإنه لا يصح كما
يأتي آخر المتفرقات لكن سيأتي أيضا أنه لا شيوع في الأولى وقد ذكر في البحر هنا أحكام المشاع وعقد لها
في جامع الفصولين ترجمة فراجعه ؛

[فائدة] من أراد أن يهب نصف دار مشاعا يبيع منه نصف الدار بثمن معلوم ثم يبريه عن الثمن بزازية
(قوله هو الإيجاب) وفي خزائن الفتاوى إذا دفع لابنه مالا فتصرف فيه الابن يكون للأب إلا إذا دلت دلالة
التملك يرى ؛

قلت : فقد أفاد أن التناظر بالإيجاب والقبول لا يشترط ، بل تكفي القرائن الدالة على التملك كمن دفع لفقير
شيئا وقبضه ولم يتلفظ واحد منهما بشيء وكذا يقع في الهداية ونحوها فاحفظه ، ومثله ما يدفعه لزوجته أو غيرها
قال : وهبت منك هذه العين فقبضها الموهوب له بحضور الواهب ولم يقل قبلت صح لأن القبض في باب الهبة
جار مجرى الركن فصار كالقبول ولو الجية . وفي شرح المجموع لابن مالك عن المحيط لو كان أمره بالقبض حين وهب
لا بتقييد بالمجلس ويجوز قبضه بعده (قوله والقبول) فيه خلاف في القهستاني وتصح الهبة بكوهبت وفيه دلالة
على أن القبول ليس بركن كما أشار إليه في الخلاصة وغيرها : وذكر الكرماني أن الإيجاب في الهبة عقد تام ؛
وفي المبسوط : أن القبض كالقبول في البيع ، ولذا لو وهب الدين من الغريم لم يفتقر إلى القبول كما في الكرماني
لكن في الكافي والتحفة أنه ركن ، وذكر في الكرماني : أنها تفتقر إلى الإيجاب لأن ملك الإنسان لا ينتقل إلى الغير
بدون تملكه ، وإلى القبول لأنه لإلزام الملك على الغير ، وإنما يحنث إذا حاف أن لا يهب فوهب ولم يقبل ، لأن
الغرض عدم إظهار الجود وقد وجد الإظهار ، ولعل الحق الأول فإن في التأويلات التصريح بأنه غير لازم ولذا
قال أصحابنا : لو وضع ماله في طريق ليكون ملكا للرافع جازاه وسيأتي تمامه قريبا (قوله فلو شرطه) بأن
وهبه علي أن الموهوب له بالخيار ثلاثة أيام (قوله وكذا أو الخ) أي لا يصح خيار الشرط أي لو أبرأه علي أنه
بالخيار ثلاثة أيام يصح الإبراء ، ويبطل الخيار منح وهذا مخالف لما مر في باب خيار الشرط (قوله المزاح)

(١) (قول المصنف وعدم صحة الخ) مذهب هذا التعبير أن الهبة تصح ويبطل الشرط وليس كذلك وإلا لمسا احتيج إل تعبيه
اختباره بالمجلس فكان لا صوب أن يقول : وعدم صحتها بخيار الشرط وإسقاط أداة التشبيه في مسألة الإبراء لأن الإبراء يصح ويبطل
الشرط أه ط يتصرف إلا أن مسألة الإبراء فيها قبولان هل يصح الإبراء دون الشرط أو يبطل الإبراء فلعل للشارح جري على الثاني أه

لأن اللام للتملك بخلاف جعلته باسمك فإنه ليس بهبة وكذا هي لك حلال إلا أن يكون قبله كلام يفيد الهبة
مخالصة (وأعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة) ناويا بالحمل الهبة كما مر (وكسوتك هذا الثوب ودارى
لك هبة) أو عمرى (تسكنها) لأن قوله تسكنها مشورة لا تفسير لأن الفعل لا يصلح تفسيراً للاسم فقد أشار عليه
في ملكه بأن يسكنه فإن شاء قبل مشورته وإن شاء لم يقبل (لا) لو قال (هبة مسكنى أو سكنى هبة) بل تكون
عارية أخذاً بالميقن .

وحاصله : أن اللفظ إن أتى عن تملك الرقبة فهبة أو المنافع فعارية أو احتمال اعتبار النية لو ازل وفي البحر
أغرسه باسم ابني الأقرب الصحة

رده المقدسى (١) على صاحب البحر وأجبنا عنه في هامشه (قوله بخلاف جعلته باسمك) قال في البحر: قيد بقوله لك
لأنه لو قال جعلته باسمك لا يكون هبة ولهذا قال في الخلاصة لو غرس لابنه كرماً إن قال جعلته لابني يكون هبة وإن
قال باسم ابني لا يكون هبة ولو قال أغرس باسم ابني فالأمر متردد وهو إلى الصحة أقرب اهـ : وفي المنع عن الخالية بعد
هذا قال جعلته لابني فلان يكون هبة لأن الجعل عبارة عن التملك وإن قال أغرس باسم ابني لا يكون هبة وإن قال :
جعلته باسم ابني يكون هبة لأن الناس يريدون به التملك والهبة اهـ : وفيه مخالفة لما في الخلاصة كما لا يخفى اهـ : قال الرملى :
أقول : ما في الخالية أقرب لعرف الناس تأمل اهـ : وهنا تكلمة لهذه لكن أظن أنها مضروب عليها لفهمها مما
مر وهي وظاهره أنه أقره على المخالفة وفيه أن ما في الخالية فيه لفظ الجعل وهو مراد به التملك بخلاف
ما في الخلاصة اهـ تأمل نعم عرف الناس التملك مطلقاً تأمل (قوله ليس بهبة) بقى ما لو قال ملكتك هذا الثوب
مثلاً فإن قامت قرينة على الهبة صححت وإلا فلا لأن التملك أعم منها لصدقه على البيع والوصية والإجارة وغيرها
وانظر ما كتبناه في آخر هبة الحامدية وفي الكازرونى أنها هبة :

[فروع] : في الهامش رجل قال لرجل : قد متعتك بهذا الثوب أو هذه الدراهم فقبضها فهى هبة وكذا
لو قال لامرأة قد تزوجها على مهر مسمى قدمتعتك بهذه الثياب أو بهذه الدراهم فهى هبة كذا في محيط السرخسى
فتاوى هندية :

أعطى لزوجته دنائير لتتخذ بها ثياباً وتلبسها عنده فدفعها معاملة فهى لها قنية :

اتخذ أولده الصغير ثوباً يملكه وكذا الكبير بالتسليم بزارية :

لو دفع إلى رجل ثوباً وقال ألبس نفسك ففعل يكون هبة ولو دفع دراهم وقال أنفقها عليك يكون
قرضاً باقانى :

اتخذ لولده ثياباً ليس له أن يدفعها إلى غيره إلا إذا بين وقت الاتخاذ أنها عارية وكذا لو اتخذ لتلميذه ثياباً
فأبقى التلميذ فأراد أن يدفعها إلى غيره بزارية كذا في الهامش (قوله مشورة) بضم الشين أى فقد أشار في ملكه
بأن يسكنه فإن شاء قبل مشورته وإن شاء لم يقبل كقوله هذا الطعام لك تأكله أو هذا الثوب لك تلبسه بحر
(قوله لو قال هبة مسكنى) منصوب على الحال أو التمييز بحر (قوله أو سكنى هبة) بالنصب (قوله باسم ابني)
قدمنا الكلام فيه تقريباً :

(١) (قوله رده المقدسى) ونصر عبارته : الذى في الخلاصة أنه طلب الهبة مزاحاً لاجدا فوهبه جدا وسلم صحت الهبة لأن الواهب
غير مازح وقد قبل الموهوب له قبولاً صحيحاً اهـ وما نقله المصنف من الخلاصة مستدلاً به على ما في المتن لا يفيد فإنه نحو ما في الخلاصة ،
وعبارتها لو قال هبى هذا الشيء على وجه المزاح فقالت وهبت إليك وسلم جاز اهـ وكذا ما في القهستانى لا يفيد ونصه ويدخل فيه ما يكون
على وجه المزاح فلو قال وهبت لك كذا فقال وهبت وقال الآخر قبلت وسلم إليه جاز اهـ كذا في ط .

(٨٧ - حاشية ابن عابدين - ٥)

(و) تصح (بقبول) أى فى حق الموهوب له أما فى حق الواهب فتصح بالإيجاب وحده ، لأنه متبرع حتى لو حلفت أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برّ وبعبكسه حنث بخلاف البيع (و) تصح (بقبض بلا إذن فى المجلس) فإنه هنا كالتقبول فاخص بالمجلس (وبعده به) أى بعد المجلس بالإذن وفى المحيط لو كان أمره بالقبض حين وهبه لا يتقيد بالمجلس ويجوز القبض بعده (والتمكك من القبض كالتقبض فلو وهب لرجل ثيابا فى صندوق مقفل ودفع إليه الصندوق لم يكن قبضا) لعدم تمكنه من القبض (وإن مفتوحا كان قبضا تمكنه منه) فإنه كالتخلى فى البيع اختيار وفى الدرر والمختار صحته بالتخلى فى صحيح الهبة لا فاسدها وفى التنف ثلاثة عشر عقدا لا تصح بلا قبض (ولو نهاه) عن القبض (لم يصح) قبضه (مطلقا) ولو فى المجلس لأن الصريح أقوى من الدلالة (وتم) الهبة (بالقبض) الكامل (ولو الموهوب شاغلا لملك الواهب لا مشغولا به) والأصل أن الموهوب إن مشغولا بملك الواهب منع تمامها ،

أقول : قوله جعلته باسمك غير صحيح كما مر فكيف يكون ما هو أدنى رتبة منه أقرب إلى الصحة سأتحانى ، قلت : قد يفرق بأن ما مر ليس خطابا لابنه بل لأجنبي ، وما هنا مبنى على العرف تأمل (قوله وتصح بقبول) أى ولو فعلا ومنه وهبت جاريتى هذه لأحدكما فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهما تكون له وكان أخذه قبولا وما فى المحيط من أنها تدل على أنه لا يشترط فى الهبة القبول مشكل بحر :

قلت : يظهر لى أنه أراد بالقبول قولاً وعليه يحمل كلام غيره أيضا وبه ظهر التوفيق بين القولين باشتراط القبول وعدمه والله الموفق وقدما نظيره فى العارية وانظر ما كتبناه على البحر : نعم القبول شرط لو كان الموهوب فى يده كما يأتى (قوله بخلاف البيع) فإنه إن لم يقبل لم يحنث (قوله صحته) أى القبض بالتخلى قال فى القارخالية وهذا الخلاف فى الهبة الصحيحة ، فأما الهبة الفاسدة فالتخلى ليست بقبض اتفاقا والأصح أن الإقرار بالهبة لا يكون إقرارا بالقبض خانية (قوله وفى التنف ثلاثة عشر) أحدها الهبة والثانى الصدقة والثالث الرهن والرابع الوقف فى قول محمد بن الحسن والأوزاعى وابن شبرمة وابن أبى ليلى والحسن بن صالح : والخامس : العمرى ، والسادس : النجاة ، والسابع : الجنين ، والثامن : الصلح ، والتاسع : رأس المال فى السلم ، والعاشر : البدل فى السلم إذا وجد بعضه زيوفا فإن لم يقبض بدلها قبل الافتراق بطل حصتها من السلم ، والحادى عشر : الصرف ، والثانى عشر : إذا باع السكىلى بالسكىلى والجنس مختلف مثل الخنطة بالشعير جاز فيه التفاضل لا النسبة ، والثالث عشر : إذا باع الوزنى بالوزنى مختلفا مثل الحديد بالصفير أو الصفير بالنحاس أو النحاس بالرصاص جاز فيه التفاضل لا النسبة منح الغفار كذا فى الهامش (قوله بالقبض) فيشترط القبض قبل الموت ولو كانت فى مرض الموت للأجنبي كما سبق فى كتاب الوقف كذا فى الهامش (قوله بالقبض الكامل) وكل الموهوب له رجلين بقبض الدار فقبضاها جاز خانية (قوله منع تمامها) إذ القبض شرط فصولين وكلام الزيلعى يعطى أن هبة المشغول فاسدة والذى فى العبادية أنها غير تامة قال الحموى فى حاشية الأشباه : فيحتمل أن فى المسألة روايتين كما وقع الاختلاف فى هبة المشاع المحتمل للقسمة ، هل هى فاسدة أو غير تامة ؟ والأصح كما فى البناية أنها غير تامة ، فكذلك هنا كذا بخط شيخنا ومنه يعلم ما وقعت الإشارة إليه فى الدر المختار ، فأشار إلى أحد القولين بما ذكره أولا من عدم التمام ، وإلى الثانى بما ذكره آخر من عدم الصحة فتدبر أبو السعود :

واعلم أن الضابط فى هذا المقام أن الموهوب إذا اتصل بملك الواهب اتصال خلقة وأمكن فصله لا تجوز هبته ما لم يوجد الانفصال والتسليم كما إذا وهب الزرع أو الثمر بدون الأرض والشجر أو بالعكس ، وإن اتصل اتصال

وإن شاغلا لا فلو وهب جرابا فيه طعام الواهب أو دارا فيها متاعه أو دابة عليها سرجه وسلمها كذلك لا تصح وبعبكسه تصح في الطعام والمتاع والشرح فقط لأن كلا منها شاغل الملك أو اهب لامشغول به لأن شغله بغير ملك واهبه لا يمنع وتامها كرهن وصدقة لأن القبض شرط تمامها وتامه في العادية وفي الأشباه هبة المشغول لا تجوز إلا إذا وهب الأب لطفله :

قلت : وكذا الدار المعارة والتي وهبتها لزوجها على المذهب لأن المرأة ومتاعها في يد الزوج فصيح التسليم وقد غيرت بيت الوهبانية فقلت :

مجاورة فإن كان الموهوب مشغولا بحق الواهب لم يجوز ، كما إذا وهب السرج على الدابة ، لأن استعمال السرج إنما يكون للدابة فكالت للواهب عليه يد مستعملة ، فتوجب نقصانا في القبض ، وإن لم يكن مشغولا جاز كما إذا وهب دابة مسرجة دون سرجها لأن الدابة تستعمل بدونها ، ولو وهب الحمل عليها دونها جاز ، لأن الحمل غير مستعمل بالدابة ولو وهب دارا دون ما فيها من متاعه لم يجوز وإن وهب ما فيها وسلمه دونها جاز كذا في المحيط شرح مجمع (قوله وإن شاغلا) تجوز هبة الشاغل لا المشغول فصولين :

أقول : هذا ليس على إطلاقه فإن الزرع والشجر في الأرض شاغل لامشغول ومع ذلك لا تجوز هبته لانصاله بها تأمل خير الدين على الفصولين (قوله فلو وهب الخ) وإن وهب دارا فيها متاع وسلمها كذلك ثم وهب المتاع منه أيضا جازت الهبة فيهما (١) لأنه حين هبة الدار لم يكن للواهب فيها شيء وحين هبة المتاع في الأولى زال المانع عن قبض الدار لكن لم يوجد بعد ذلك فعل في الدار ليتم قبضه فيها فلا ينقلب القبض الأول صحيحا في حقها بحر عن المحيط (قوله وسلمها كذلك الخ) قال صاحب الفصولين : فيه نظر إذ الدابة شاغلة للسرج والنجام لا مشغولة بقول الحقيير صل : أي الأصل عكس في هذا ، والظاهر أن هذا هو الصواب يؤيده ما في قاضيخان وهب أمة عليها حلي وثياب وسلمها جاز ، ويكون الحلي وما فوق ما يستر عورتها من الثياب للواهب لمكان العرف ، ولو وهب الحلي والثياب دونها لا يجوز حتى ينزعهما ويدفعهما إلى الموهوب له ، لأنهما ما دام عليها يكون تبعاً لها ومشغولا بالأصل فلا تجوز هبته نور العين (قوله لأن شغله) تعليل لقوله لا مشغول به أي بملك الواهب حيث قيده بملك الواهب فافهم :

أقول : الذي في البحر والمنع وغيرهما تصوير المشغول بملك الغير بما إذا ظهر المتاع مستحقا أو كان غصبه الواهب أو الموهوب له وانظر ما كتبناه على البحر عن جامع الفصولين (قوله بغير ملك واهبه) وفي بعض النسخ بملك غير واهبه اه (قوله كرهن وصدقة) أي كما أن شغل الرهن والصدقة بملك غير الرهن وغير المتصدق لا يمنع تمامها كما المحيط وغيره مدني قال في المنع وكل جواب عرفته في هبة الدار والجوالت بما فيها من المتاع فهو الجواب في الرهن والصدقة لأن القبض شرط تمامهما كالهبة (قوله إلا إذا وهب) كأن وهبه دارا (٢) والأب ساكنها أوله فيها متاع لأنها مشغولة بمتاع القابض وهو مخالف لما في الخانية فقد جزم أولا بأنه لا تجوز ثم قال وعن أبي حنيفة في مجرد تجوز وبصير قابضا لابنه تأمل (قوله وكذا الدار) مستدرك بأن الشغل هنا بغير ملك الواهب والمراد شغله بملكه (قوله المعارة) أي لو وهب طفله دارا يسكن فيها قوم بغير أجر جاز وبصير قابضا لابنه لا لو كان

(١) (قوله جازت الهبة فيهما) فيه سقط ، وأصله : جازت الهبة في المتاع خاصة وإن بدأ فوهب له المتاع وقبض الدار والمتاع ثم وهب الدار جازت الهبة فيهما اه .

(٢) (قوله كأن وهبه دارا الخ) الذي نقله أبو السمود في حواشي الأشباه من الواوالية والبخارية أن ما عليه الفتوى هو الجواز وأنه قول أبي يوسف اه .

ومن وهبت للزوج دارا لها بها متاع وهم فيها تصح المحرر
وفي الجوهرة وحيلة هبة المشغول أن يودع الشاغل أولا عند الموهوب له ثم يسامه الدار مثلا فتصح لشغلها
بمتاع في يده (في) متعلق بتم (محور) مفرغ (مقسوم ومشاع لا) يبقى منتزعا به بعد أن (يقسم) كبيت وحمام
صغيرين لأنها (لا) تم بالقبض (فيا يقسم ولو) وهبه (لشريكه) أو لأجنبي لعدم تصور القبض الكامل
كما في عامة الكتب فكان هو المذهب وفي الصيرفية عن العتاني وقيل يجوز لشريكه وهو المختار (فإن قسمه
وسلمه صح) لزوال المانع (ولو سلمه شائعا لا يملكه فلا ينفذ تصرفه فيه) فيضمنه وينفذ تصرف الواهب دره
لكن فيها عن الفصولين الهبة الفاسدة تنفيذ الملك

بأجر كذا لقل عن الخالية (قوله تصح المحرر) وكان أصله * وهم فيها فقولان يربر * بضم الميم (١) من هم لأجل الوزن
(قوله مفرغ) تفسير لجوز واحترز به عن هبة التمر على النخل ونحوه لما سيأتي درر (قوله بعد أن يقسم) ويشترط
في صحة هبة المشاع الذي لا يحتملها أن يكون قدرا معلوما حتى لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلمه به لم يجز ، لأنها
جهالة توجب المنازعة بحر وانظر ما كتبناه عليه (قوله وحمام) فيه أن الحمام مما لا يقسم مطلقا كذا في الهامش
(قوله في عامة الكتب) وصرح به الزيلعي وصاحب البحر منح (قوله هو المذهب) راجع لمسألة الشريك كما
في المنح (قوله وهو المختار) قال الرملي : وجد بخط المؤلف يعني صاحب المنح بإزاء هذا ما صورته ولا يخفى
عليك أنه اختلاف المشهور (قوله فإن قسمه) أي الواهب بنفسه أو نائبه أو أمر الموهوب له بأن يقسم مع شريكه
كل ذلك تم به الهبة كما هو ظاهر لمن عنده أدنى فقه تأمل رملي والتخلية : في الهبة الصحيحة قبض لا في الفاسدة
جامع الفصولين (قوله ولو سلمه شائعا الخ) قال في الفتاوى الخيرية : ولانفيذ الملك في ظاهر الرواية قال الزيلعي :
ولو سلمه شائعا لا يملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه فيكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب ذكره الطحاوي
وقاضيخان وروى عن ابن رستم مثله وذكر عصام أنها تنفيذ الملك وبه أخذ بعض المشايخ اه ومع إفادتها للملك
عند هذا البعض أجمع الكل على أن للواهب استردادها من الموهوب له ، ولو كان ذارحم محرم من الواهب
قال في جامع الفصولين رامزا لفتاوى الفضلي ثم إذا هلكت أفتيت بالرجوع للواهب هبة فاسدة لدى رحم محرم
منه إذا الفاسدة مضمونة على مامر فإذا كانت مضمونة بالقيمة بعد الهلاك كانت مستحقة الرد قبل الهلاك وكما يكون
للوالب الرجوع فيها يكون لوارثه بعد موته لكونها مستحقة الرد ، ويضمن بعد الهلاك كالبيع الفاسد إذا مات
أحد المتبايعين فلورثته نقضه ، لأنه مستحق الرد ومضمون بالهلاك : ثم من المقرر أن القضاء بتخصيص ، فإذا ولي
السلطان قاضيا يقضى بمذهب أبي حنيفة لا ينفذ قضاؤه بمذهب غيره ، لأنه معزول عنه بتخصيصه فالتحق فيه
بالرعية لص على ذلك علماءنا رحمهم الله تعالى اه ما في الخيرية وأفتى به في الحامدية أيضا والتاجية وبه جزم
في الجوهرة والبحر :

ونقل عن المبتغى بالغين المعجمة : أنه لو باعه الموهوب له لا يصح ، وفي نور العين عن الوجيز الهبة الفاسدة
مضمونة بالقبض ، ولا يثبت الملك فيها إلا عند أداء العوض لص عليه محمد في المبسوط ، وهو قول أبي يوسف
إذ الهبة تنقلب عقد معاوضة اه وذكر قبله هبة المشاع فيما يقسم لانفيذ الملك عند أبي حنيفة ، وفي القهستاني لانفيذ
الملك وهو المختار كما في المضمرات ، وهذا مروى عن أبي حنيفة وهو الصحيح اه :
فحيث علمت أنه ظاهر الرواية وأنه بص عليه محمد ورووه عن أبي حنيفة ظهر أنه الذي عليه العمل وإن
صرح بأن المفتي به خلافه ، ولا سيما أنه يكون ملكا خبيثا كما يأتي ويكون مضمونا كما علمته فلم يجد لفتا

(١) (قوله بضم الميم الخ) لاحاجة إليه كما لا يخفى اه مصححه .

بالقبض وبه يفتى ومثله في البزازية على خلاف ما صححه في العمادية لكن لفظ الفتوى أكد من لفظ الصحيح كما بسطه المصنف مع بقية أحكام المشاع وهل للقريب الرجوع في الهبة الفاسدة قال في الدرر نعم وتعقبه في الشربلاية : بأنه غير ظاهر على القول المفتى به من إفادتها الملك بالقبض فليحفظ (والمانع) من تمام التبض (شيوخ مقارن) للعقد (لا طارىء) كأن يرجع في بعضها شأنها فإنه لا يفسد اتفاقاً (والاستحقاق) شيوخ (مقارن) لا طارىء فيفسد الكل حتى لو وهب أرضاً وزرعاً وسلمهما فاستحق الزرع بطلت في الأرض ، لاستحقاق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة والاستحقاق إذا ظهر بالبينة كان مستنداً إلى ما قبل الهبة فيكون مقارناً لها لا طارئاً كما زعمه صدر الشريعة وإن تبعه ابن السكالك فتنبه (ولا تصح هبة لبن في ضرع وصوف على غنم ونخل في أرض وتمر في نخل) لأنه كشاع (ولو فصله وسلمه جاز) لزوال المانع وهل يكفي فصل الموهوب له

للموهوب له فاغتنمه ، وإنما أكثر النقل في مثل هذه لكثرة وقوعها وعدم تنبيه أكثر الناس للزوم الضمان على قول المخالف ورجاء لدعوة نافعة في الغيب (قوله بالقبض) لكن ملكاً خبيثاً وبه يفتى قهستاني أي وهو مضمون كما علمته آتفا فتنبه وفي حاشية المنع ومع إفادتها للملك يحكم بنقضها للفساد كالبيع الفاسد ينقض له تأمل (قوله في البزازية) عبارتها وهل يثبت الملك بالقبض قال الناطقي عند الإمام : لا يفيد الملك وفي بعض الفتاوى يثبت فيها فاسداً وبه يفتى ، ونص في الأصل أنه لو وهب نصف داره من آخر وسلمها إليه فباعها الموهوب له لم يجز دل أنه لا يملك حيث أبطل البيع بعد القبض ، ونص في الفتاوى أنه هو المختار ورأيت بخط بعض الأفاضل على هامش المنع بعد نقله ذلك وأنت تراه عزاً رواية إفادة الملك بالقبض والإفتاء بها إلى بعض الفتاوى فلا تعارض رواية الأصل ولذا اختارها قاضيخان ، وقوله لفظ الفتوى الخ قد يقال بمنع عمومه لا سيما مثل هذه الصيغة في مثل سياق البزازي ، فإذا تأملته تفضي برجحان ما دل عليه الأصل اه (قوله وتعقبه) قد علمت ما فيه مما قدمناه عن الخبرية فتنبه (قوله للعقد لا طارىء) أقول : منه ما لو وهب داراً في مرضه وليس له سواها ثم مات ولم يجز الورثة الهبة بقيت الهبة في ثلثها وتبطل في الثلثين كما صرح به في الخانية (قوله البعض الشائع) أي حكماً لأن الزرع مع الأرض بحكم الاتصال كشيء واحد فإذا استحق أحدهما صار كآله استحق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة ، فتبطل الهبة في الباقي كذا في الكافي درر قال في الخانية والزرع لا يشبه المتاع (قوله بالبينة) لينظر فيما لو ظهر بإقرار الموهوب له أما بإقرار الواهب فالظاهر أنه لغو ، لأنه أقر بملك الغير (قوله لأنه كشاع) قال في شرح الدرر هذه نظائر المشاع لا أمثلتها (١) فلا شيوخ في شيء منها لكنها في حكم المشاع ، حتى إذا فصلت وسلمت صح ، وقوله لأنه بمنزلة المشاع :

أقول : لا يذهب عليك أنه لا يلزم أن يأخذ حكمه في كل شيء ، وإلا لزم أن لا تجوز هبة النخل من صاحب الأرض ، كذا عكسه ، والظاهر خلافه ، والفرق بينهما أنه ما من جزء من المشاع وإن دق إلا وللشريك فيه ملك فلا تصح هبته ، ولو من الشريك لأن القبض الكامل فيه لا يتصور ، وأما نحو النخل في الأرض والتمر في النخل والزرع في الأرض ، لو كان كل واحد منها لشخص فوهب صاحب النخل نخله كله لصاحب الأرض أو عكسه فإن الهبة تصح لأن ملك كل منهما متميز عن الآخر ، فيصبح قبضه بتامه ولم أر من صرح به لكن يؤخذ الحكم من كلامهم ولكن إذا وجد النقل فلا يسعنا إلا التسليم .

(١) (قوله لا أمثلتها) لعل الأولى لإملاكه وقوله لأنه بمنزلة المشاع لعل ذلك في نسخته وإلا فعبرة الشارح الذي بأيدينا لأنه كشاع

وعبرة شرح الدرر لكنها في حكم المشاع والمآل واحد اه مصححه .

بإذن الواهب ؟ ظاهر الدرر : نعم (بخلاف دقيق في برّ ودهن في ستم وسمن في لبن) حيث لا يصح أصلاً لأنه معدوم فلا يملك إلا بعقد جديد (وملك) بالقبول (بلا قبض جديد لو الموهوب في يد الموهوب له) ولو بنصب أو أمانة لأنه حينئذ عامل لنفسه والأصل أن القبضين إذا تجالسا ناب أحدهما عن الآخر ، وإذا تغايرتا ناب الأعلى عن الأدنى لا عكسه (وهبة من له ولاية على الطفل في الجملة) وهو كل من يعوله فدخّل الأخ والعم عند عدم الأب لو في عيالهم (تم بالعقد) لو الموهوب معلوماً وكان في يده أو يد مودعه ، لأن قبض الولي ينوب

[فرع] له عليه عشرة فقضاها فوجد القابض دانقا زائدا فوهبه للدائن أو للبائع أن الدراهم صحاحا يضرها التبعض يصح لأنه مشاع لا يحتمل القسمة وكذا هبة بعض الدراهم والدنانير إن ضرها التبعض تصح وإلا لجزائية (قوله ظاهر الدرر نعم) أقول ضرح به في الخانية نقال : ولو وهب زرعاً بدون الأرض أو تمراً بدون النخل وأمره بالحصاد والجذاذ ففعل الموهوب له ذلك جاز لأن قبضه بالإذن يصح في المجلس وبعده وفي الحامدية عن جامع الفتاوى ولو وهب زرعاً في أرض أو ثمراً في شجر أو حلية سيف أو بناء دار أو ديناراً على رجل أو قفيزاً من صبرة وأمره بالحصاد والجذاذ والنزع والنقض والقبض والكيل ففعل صح استحساناً الخ (قوله أصلاً) أى وإن سلمها مفرزة (قوله لأنه معدوم) أى حكماً وكذا لو وهب الحمل وسلم بعد الولادة لا يجوز ، لأن في وجوده احتمالاً فصار كالمعدوم منح (قوله جديد) وهذا لأن الخنطة استحالت وصارت دقيقة وكذا غيرها وبعداً الاستحالة هو عين آخر على ما عرف في الغصب بخلاف المشاع ، لأنه محل للملك لأنه لا يمكن تسليمه فإذا زال المانع جاز منح (قوله بالقبول) إنما اشترط القبول نصاً لأنه إذا لم يوجد كذلك يقع الملك فيها بغير رخصاء ، لأنه لا حاجة إلى القبض ولا يجوز ذلك لما فيه من توهم الضرر ، بخلاف ما إذا لم يكن في يده وأمره بقبضه فإنه يصح إذا قبض ولا يشترط القبول لأنه إذا قدم على القبض كان ذلك قبولا ورضاً منه بوقوع الملك له فيملكه طملاً ملخصاً . وهذا معنى قوله بعد لأنه حينئذ عامل لنفسه أى حين قبل صريحاً (قوله بلا قبض) أى بأن يرجع إلى الموضع الذي فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها قهستاني (قواه ولو بنصب) انظر الزبلي (قوله عن الآخر) كما إذا كان عنده وديعة فأعارها صاحبها له فإن كلا منهما قبض أمانة فناب أحدهما عن الآخر (قوله عن الأدنى) فناب قبض الموصوب والمبيع فاسداً عن قبض المبيع الصحيح ، ولا ينوب قبض الأمانة عنه منح (قوله لا عكسه) فقبض الوديعة مع قبض الهبة يتجانسان لأنهما قبض أمانة ومع قبض الشراء يتغايران لأنه قبض ضمان فلا ينوب الأول عنه كما في المحيط ، ومثله في شرح الطحاوى ، لكنه ليس على إطلاقه فإنه إذا كان مضمولاً بغيره كالبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين لا ينوب قبضه عن القبض الواجب كما في المستصفي ، ومثله في الزاهدى ، فلو باع من المودع احتاج إلى قبض جديد وتمامه في العمادى قهستاني (قوله على الطفل) فلو بالغاً يشترط قبضه ولو في عياله تارخالية (قوله في الجملة) أى ولو لم يكن له تصرف في ماله (قوله بالعقد) أى الإيجاب فقط كما يشير إليه الشارح كذا في الهامش وهذا إذا أعلمه أو أشهد عليه والإشهاد للتحرز عن الجحود بعد موته والإعلام لازم لأنه بمنزلة القبض جزائية ، قال في التارخانية : فلو أرسل العبد في حاجة أو كان آبقاً في دار الإسلام فوهبه من ابنه صحت فلو لم يرجع العبد حتى مات الأب لا يصير ميراثاً عن الأب اهـ (قوله لو الموهوب الخ) لعلة احتراز عن نحو وهبته شيئاً مع مالى تأمل (قوله معلوماً) قال محمد رحمه الله كل شيء وهبه لابنه الصغير ، وأشهد عليه وذلك الشيء معلوم في نفسه فهو جائز ، والقصد أن يعلم ما وهبه له والإشهاد ليس بشرط لازم لأن الهبة تتم بالإعلام تارخانية (قوله أو يد مودعه) أى أو يد مستعيره لا كونه في يد خاصه أو مرتبه

عنه والأصل أن كل عقد يتولاه الواحد يكتفى فيه بالإيجاب (وإن وهب له أجنبي يتم بقبض وليه) وهو أحد أربعة : الأب ، ثم وصيه ، ثم الجد ، ثم وصيه ، وإن لم يكن في حجرهم وعند عدمهم تتم بقبض من يعوله كعمه (وأمه وأجنبي) ولو ملقطة (لوفى حجرهما) وإلا لا لقوات الولاية (وبقبضه لو مميزا) يعقل التحصيل (ولو مع وجود أبيه) مجتبي لأنه في النافع المحض كالبالغ ، حتى لو وهب له أعمى لانفع له وتلحقه مؤنته لم يصح قبوله أشباهه : قلت : لكن في البرجندی اختلاف فيما لو قبض من يعوله والأب حاضر فقيل : لا يجوز والصحيح هو الجواز اه : وظاهر القهستاني ترجيحه ، وعزاه لفخر الإسلام وغيره على خلاف ما اعتمده المصنف في شرحه ، وعزاه للخلاصة لكن معناه يحتمله بوصول ولو بأمه والأجنبي أيضا فتأمل (وصح رده

أو المشتري منه بشراء فاسد بزازية : قال السائغانى : إنه إذا انقضت الإجارة أو ارتد الغصب تم الهبة كما تم في نظائره (قوله بتولاه) كبيعته ماله من طفله تارخانية (قوله ثم وصيه) ثم الوالى ثم القاضى ووصى القاضى كما سيأتى في المأذون ، ومر قبيل الوكالة في الخصومة والوصى كالأب والأم كذلك لو الصبي في عيالهما إن وهبت له أو وهب له تملك الأم القبض ، وهذا إذا لم يكن للصبي أب ولا جد ولا وصيهما ، وذكر الصدر أن عدم الأب لقبض الأم ليس بشرط ، وذكر في الرجل إذا زوج ابنته الصغيرة من رجل فزوجها يملك قبض الهبة لها ، ولا يجوز قبض الزوج قبل الزفاف وبعد البلوغ : وفي التجريد : قبض الزوج يجوز إذا لم يكن الأب حيا ، فلو أن الأب ووصيه والجد ووصيه غائب غيبة منقطعة جاز قبض الذى يتولاه ، ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصغير في عياله أولا وسواء كان ذا رحم محرم أو أجنبياً وإن لم يكن واحد من هؤلاء الأربعة جاز قبض من كان الصبي في حجره ، ولم يجز قبض من لم يكن في عياله بزازية قال في البحر : والمراد بالوجود الحضور اه :

وفي غاية البيان : ولا تملك الأم وكل من يعول الصغير مع حضور الأب وقال بعض مشايخنا : يجوز إذا كان في عياله كالأب والجد ووصيه غائب غيبة منقطعة جاز قبض الذى يتولاه ، لأن التأخير إلى قدوم الغائب تفويت للمنفعة للصغير فتنتقل الولاية إلى من يتولاه كما في الإلصاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء مع وجود أحدهم ، ولو في عيال القابض أو رحما محرما منه كالأخ والعم والأم بدائع ملخصا ولو قبض له من هو في عياله مع حضور الأب قيل : لا يجوز ، وقيل : يجوز وبه يفتى مشتمل الأحكام والصحيح الجواز كما لو قبض الزوج والأب حاضر خالية والفتوى على أنه يجوز استروشى : فقد علمت أن الهداية والجوهرة على تصحيح عدم جواز قبض من يعوله مع عدم غيبة الأب ، وبه جزم صاحب البدائع وقاضيهان وغيره من أصحاب الفتاوى صححوا خلافه ، وكن على ذكر مما قالوا لا يبعدل عن تصحيح قاضيهان ، فإنه فقيه النفس ولا سيما وفيه هنا نفع للصغير فتأمل عند الفتوى ، وإنما كثرت من النقول لأنها واقعة الفتوى وبعض هذه النقول نقلتها من خط منلا على التركمانى واعتمدت في عزوها عليه فإنه ثقة ثبت رحمه الله تعالى (قوله عدمهم) ولو بالغيبة المنقطعة (قوله يعقل التحصيل) تفسير التمييز (قوله لكن) استدراك على قوله وعند عدمهم ح (قوله بوصول ولو بأمه) يعنى جاز وصول قول المتن ولو مع وجود أبيه بقوله بأمه وأجنبي ح كذا في الهامش (قوله ولو بأمه) متعلق بوصول (قوله -وصح رده) أى رد الصبي وانظر حكم

لها كقبوله) سراجية وفيها حسنات الصبي له ولأبويه أجر التعليم ونحوه ويباح لوالديه أن يأكلا من ما كول وهب له ، وقيل لا انتهى ، فأفاد أن غير المأكول لا يباح لها إلا الحاجة وضعوا هدايا الختان بين يدي الصبي فما يصلح له كتياب الصبيان فالهدية له وإلا فإن المهدي من أقرباء الأب أو معارفه فلأب أو من معارف الأم فللأم قال هذا لصبي أولا ولو قال : أهديت للأب أو للأم فالقول له وكذا زفاف البنت خلاصة وفيها : اتخذ لولده أو لتلميذه ثيابا ثم أراد دفعها لغيره ليس له ذلك ما لم يبين وقت الاتخاذ أنها عارية ، وفي المبتغى ثياب البدن يملكها بلبسها بخلاف نحو ملحفة ووسادة : وفي الخانية لأبأس بتفضيل بعض الأولاد في الهبة لأنها عمل القلب وكذا في العطايا إن لم يقصد به الإضرار وإن قصده فسوى بينهم يعطى البنت كالابن عند الثاني وعليه الفتوى ولو وهب في صحته كل المال للولد جاز وأثم وفيها : لا يجوز أن يهب شيئا من مال طفله ولو بعوض لأنها تبرع ابتداء وفيها ويبيع القاضى ما وهب للصغير حتى لا يرجع الواهب في هبته (ولو قبض زوج الصغيرة) أما البالغة فالقبض لها (بعد الزفاف

رد الولي والظاهر أنه لا يصح حتى لو قبل الصبي بعد رد وليه يصح ط (قوله لها) أي للهبة (قوله وهب له) قال في التارخانية روى عن محمد نصا أنه يباح : وفي الذخيرة وأكثر مشايخ بخارى على أنه لا يباحه وفي فتاوى سمرقند إذا أهدى الفواكه للصغير يحل للأبوين الأكل منها إذا أريد بذلك الأبوان لكن الإهداء للصغير استصغارا للهبة اه :

قلت : وبه يحصل التوفيق ويظهر ذلك بالقرائن وعليه فلا فرق بين المأكول وغيره بل غيره أظهر فتأمل (قوله فأفاد) أصله لصاحب البحر وتبعه في المنح (قوله إلا الحاجة) قال في التارخانية وإذا احتاج الأب إلى مال ولده فإن كانا في المصر واحتاج لفقره أكل بغير شيء وإن كانا في المفازة واحتاج إليه لانعدام الطعام معه فله الأكل بالقيمة اه (قوله فالقول له) لأنه هو المملك (قوله وكذا زفاف البنت) أي على هذا التفصيل بأن كان من أقرباء الزوج أو المرأة أو قال المهدي : أهديت للزوج أو المرأة كما في التارخالية. وفي الفتاوى الخيرية مثل فيما يرسله الشخص إلى غيره في الأعراس ونحوها هل يكون حكمه حكم القرض فيلزمه الوفاء به أم لا ؟ أجاب : إن كان العرف بأنهم يدفعونه على وجه البذل يلزم الوفاء به مثليا فبمثلته ، وإن قيميا فبقيمتته وإن كان العرف بخلاف ذلك بأن كانوا يدفعونه على وجه الهبة ولا ينظرون في ذلك إلى إعطاء البذل فحكمه حكم الهبة في سائر أحكامه فلا رجوع فيه بعد الهلاك أو الاستهلاك ، والأصل فيه أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا اه :

قلت : والعرف في بلادنا مشترك نعم في بعض القرى يعدونه فرضا حتى إنهم في كل وليمة يحضرون الخطب يكذب لهم ما يهدى فإذا جعل المهدي وليمة يراجع المهدي الدفتر فيهدى الأول إلى الثاني مثل ما أهدى إليه (قوله لولده) أي الصغير وأما الكبير فلا بد من التسليم كما في جامع الفتاوى وأما التلميذ فلو كبيرا فكذلك ، ويملك الرجوع عن هبته لو أجنبيا مع الكراهة ويمكن حمل قوله ليس له الرجوع عليه سائجاني (قوله أو لتلميذه) مسألة التلميذ مفروضة بعد دفع الثياب إليه قال في الخانية : اتخذ شيئا لتلميذه فأبق التلميذ بعد ما دفع إليه إن بين وقت الاتخاذ أنه إعارة يمكنه الدفع إليه (١) فافهم (قوله وإن قصده) بسكون الصاد ورفع الدال وعبارة المنح وإن قصد به الإضرار وهكذا رأيت في الخانية (قوله وعليه الفتوى) أي على قول أبي يوسف : من أن التصيب بين الذكر والأنثى أفضل من الثلث الذي هو قول محمد رملي (قوله ولو بعوض) وأجازها محمد بعوض مساو

(١) قوله (يمكنه الدفع إليه) لعل صوابه إل غيره ولبحر اه مصححه .

ما وهب لها صح (قبضه ولو بحضرة الأب في الصحيح لنيابته عنه فصيح قبض الأب كقبضها مميزة (وقبله) أى الزفاف (لا) يصح لعدم الولاية (وهب اثنان دارا لواحد صح) لعدم الشبوع (وبقلبه) الكبيرين (لا) عنده للشبوع فيما يحتمل القسمة أما مالا يحتمله كالبيت فيصح اتفاقا قيدنا بكبيرين لأنه لو وهب لكبير وصغير في عيال الكبير أولا بنية صغير وكبير لم يجز

كما يذكر آخر الباب الآتي وعبارة المجمع ، وأجازها محمد بشرط عوض مساواه . وسيأتى قبيل المتفرقات سئل أبو مطيع عن رجل قال لآخر : ادخل كرمي وخذ من العنب كم بأخذ؟ قال : يأخذ عنقودا واحدا وفي العتابية هو المختار وقال أبو الليث : مقدار ما يشبع إنسان تاترخانية ، وفيها عن التتمة سئل عمر النسفي عن أمر أولاده أن يفتسموا أرضه التي في ناحية كذا بينهم ، وأراد به التملك فافتسموها ، وتراضوا على ذلك هل يثبت لهم الملك أم يحتاج إلى أن يقول لهم الأب ملكتكم هذه الأراضى ، أو يقول : لكل واحد منهم ملكتك هذا النصيب المفرز؟ فقال لا . وسئل عنها الحسن فقال : لا يثبت لهم الملك إلا بالقسمة ، وفي تجنيس الناصرى ، ولو وهب دارا لابنه الصغير ثم اشترى بها أخرى فالثانية لابنه الصغير خلافا لزر ، ولو دفع إلى ابنه مالا فتصرف فيه الابن بكونه لابن إذا دلت دلالة على التملك اه .

وسئل الفقيه عن امرأة وهبت مهرها الذى لها على الزوج لابن صغير له وقبل الأب قال أنا في هذه المسألة واقف فيحتمل الجواز كمن كان له عبد عند رجل ودبعة فأبق العبد ووهبه مولاه من ابن المودع فإنه يجوز : وسئل مرة أخرى عن هذه المسألة فقال لا يجوز وقال الفقيه أبو الليث وبه نأخذ وفي العتابية وهو المختار تاترخانية (قوله دارا) المراد بها ما يقسم (قوله وبقلبه) وهو هبة واحد من اثنين قال في الهامش دفع لرجل ثوبين وقال أيهما شئت فلك ، والآخر لابنك فلان إن يكن قبل أن يتفرقا جاز وإلا لا :

له على آخر ألف نقد وألف غلة فقال وهبت منك أحد المالين جاز والبيان إليه وإلى ورثته بعد موته بزازية (قوله لكبيرين) أى غير فقيرين وإلا كانت صدقة فتصح كما يأتى (قوله يحتمل القسمة) انظر القهستاني (قوله بكبيرين) هذه عبارة البحر وقد تبعه المصنف وظاهرها أنهما لو كانا صغيرين في عياله جاز عندهما وفي البزازية ما يدل عليه فراجع . وأقول : كان الأولى عدم هذا القيد لأنه لا فرق بين الكبيرين والصغيرين والكبير والصغير عند أبي حنيفة ويقول أطلق ذلك ، فأفاد أنه لا فرق بين أن يكونا كبيرين أو صغيرين أو أحدهما كبيرا والآخر صغيرا ، وفي الأولين خلافا رملى (قوله في عيال الكبير) صوابه في عيال الواهب كما يدل عليه كلام البحر وغيره (قوله أو لابنيه الخ) عبارة الخانية وهب داره لابنين له أحدهما صغير في عياله كانت الهبة فاسدة عند الكل بخلاف ما لو وهب من كبيرين وسلم إليهما جملة ، فإن الهبة جائزة لأنه لم يوجد الشبوع وقت العقد ، ولا وقت القبض وأما إذا كان أحدهما صغيرا فكما وهب بصير قابضا حصصا الصغير فيمكن الشبوع وقت القبض اه فليتأمل ثم ظهر أن هذا التفصيل مبنى على قولها ، أما عنده فلا فرق بين الكبيرين وغيرهما في الفساد (قوله لم يجز) والحيلة أن يسلم للدار إلى الكبير ويهبها منها بزازية ، وأفاد أنها للصغيرين تصح لعدم المرجح لسبق قبض أحدهما ، وحيث اتحد وليهما فلا شبوع في قبضه . ويؤيده قول الخانية دارى هذه لو لدى الأصاغر يكون باطلا لأنها هبة ، فإذا لم يبين الأولاد كان باطلا اه فأفاد أنه لو بين صح ، ورأيت في الأنقروى عن البزازية أن الحيلة في صحة الهبة لصغير مع كبير أن يسلم للدار للكبير ويهبها منها ، ولا يرد ما مر عن الخزانة ولو تصدق بدار على ولدين له صغيرين لم يجز ، لأنه مخالف لما في المتن وللشروح سائحاتى : أى من أن الهبة لمن

اتفاقا وقيدنا بالهبة لجواز الرهن والإجارة من اثنين اتفاقا (وإذا تصدق بعشرة) دراهم (أو وهبها لفقيرين صح) لأن الهبة للفقير صدقة والصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد فلا شيوع (لا لغنيين) لأن الصدقة على الغني هبة فلا تصح للشيوع أى لا تملك حتى لو قسمها وسلمها صح .

[فروع] وهب لرجلين درهما إن صحبها صح وإن مغشوشا لا لأنه مما يقسم لكونه في حكم العروض .
معه درهما فقال لرجل : وهبت لك أحدهما أو نصفهما إن استويا لم يجوز ، وإن اختلفا جاز لأنه مشاع لا يقسم ولذا لو وهب ثلثهما جاز مطلقا .

تجوز هبة حائط بين دارة ودار جاره لجار هبة البيت من الدار فهذا يدل على كون سقف الواهب على الحائط واختلاط البيت بحيطان الدار لا يمنع صحة الهبة مجتبي .

باب الرجوع في الهبة

(صح الرجوع فيها بعد القبض) أما قبله فلم تتم الهبة (مع انتفاع مانع) الآتي (وإن كره) الرجوع (تحريما) وقيل تنزيها نهاية (ولو مع إسقاط حقه من الرجوع) فلا يسقط بإسقاطه خافية ، وفي الجواهر لا يصح الإبراء عن الرجوع ولو صالحه من حق الرجوع على شيء صح وكان عوضا عن الهبة لكن سيجيء .

له ولاية تتم بالعقد (قوله اتفاقا) لتفرق القبض (قوله صدقة) انظر ما نكتبه بعد للباب عند قول المتن والصدقة كالهبة ، وفي المصنعات ولو قال : وهبت منكما هذه الدار والموهوب لها فقيران صححت الهبة بالإجماع تارخائية لكن قال بعده ، وفي الأصل هبة الدار من رجلين لا تجوز وكذا الصدقة ، فيحتمل أن قوله وكذا الصدقة أى على غنيين ، والأظهر أن في المسألة روايتين اه : قال في البحر : وصحح في الهداية ما ذكره في الفرق (قوله لا لغنيين) هذا قوله وقال يجوز وفي الأصل أن الهبة لا تجوز ، وكذا الصدقة عنده ففي الصدقة عنه روايتان خافية (قوله لا تملك) تقدم أن المفتى به أن الفاسدة تملك بالقبض ، فهو مبنى على ما قدمنا ترجيحه تأمل (قوله لو قسمها الخ) قاله في البحر (قوله إن استويا) أى وزنا وجودة خافية (قوله جاز) مخالف لما في الخافية فإنه ذكر التفصيل فيما إذا قال نصفهما ثم قال وإن قال أحدهما لك هبة لم يجوز كأننا سواء أو مختلفين (قوله ثلثهما جاز) هذا يفيد أن المراد بقوله سابقا أو لنصفهما واحد منهما لا نصف كل ، وإلا فلا فرق بينه وبين الثالث في الشيع ، بخلاف حمله على أن المراد أحدهما فإنه مجهول فلا يصح (قوله مطلقا) استويا أو اختلفا منع (قوله تجوز هبة حائط الخ) وفي الذخيرة هبة البناء دون الأرض جائزة وفي الفتاوى عن محمد فيمن وهب لرجل غلة وهي قائمة لا يكون قابضا لها حتى يقطعها ويسلمها إليه وفي الشراء إذا خلى بينه وبينها صار قابضا لها متفرقات التارخائية وقدما نحوه عن حاشية الفصولين للرمل :

باب الرجوع في الهبة

في الهامش ولو قال اله اهب : أسقطت حتى في الرجوع لا يبطل حقه فيه بزانية (قوله لكن سيجيء) أى عن المجتبي والضمير في اشتراطه للعوض : قال الرمل : وقد يقال ما في الجواهر لم يدخل في كلام المجتبي إذ ما في الجواهر صلح عن حق الرجوع نصا وقد صح الصلح فلزم سقوطه ضمنا بخلاف ما لو أسقطه قصدا فكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا ، وليس بحق مجرد حتى يقال يمنع الاحتياض عنه كما هو ظاهر وما في المجتبي

اشتراطه في العقد (ويمنع الرجوع فيها) حروف (دمع خزقه) يعني الموانع السبعة الآتية (فالبدال الزيادة) في نفس العين الموجبة لزيادة القيمة (المتصلة) وإن زالت قبل الرجوع كأن شب ثم شاخ لكن في الخانية ما يخالفه واعتمده القهستاني فليتنبه له ، لأن الساقط لا يعود (كبناء وغرس) إن عدا زيادة في كل الأرض وإلا رجع ولو عدا في قطعة منها امتنع فيها فقط زيلعي (وسمن) وجمال وخطاطة وصبيغ وقصر ثوب وكبر صغير وسماص أصم وإبصار أعى وإسلام عبد ومداواته وعفو جنابة وتعليم قرآن أو كتابة أو قراءة ونقط مصحف بإعرابه ، وحمل تمر من بغداد إلى بلخ مثلا ونحوها .
وفي البرازية : والحبل إن زاد خيرا منع الرجوع

مسألة أخرى فتأمل (قوله اشتراطه) أي العوض لكن سيجيء البحث في هذا الاشتراط (قوله ويمنع الرجوع الخ) هو كقول بعضهم :

ويمنع الرجوع في فضل الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقه
قال الرملي : قد نظم ذلك والدي العلامة شيخ الإسلام محيي الدين فقال :
منع الرجوع من المواهب سبعة فزيادة موصولة موت عوض
وخروجها عن ملك موهوب له زوجية قرب هلاك قد عرض

(قوله يعني الموانع) لا يقال بقي من الموانع الفقير لما سيأتي أنه لا رجوع في الهبة للفقير لأنها صدقة شربلائية (قوله فالبدال الزيادة) قيد بها لأن التقصان كالحبل وقطع الثوب بفعل الموهوب له أولا غير مانع بحر وفي الحبل كلام يأتي (قوله في نفس العين) خرج الزيادة من حيث السعر فله الرجوع بحر (قوله القيمة) خرج الزيادة في العين فقط كطول الغلام وفداء الموهوب له لو جنى الموهوب خطأ بحر وتماه فيه (قوله كأن شب ثم شاخ) فيه أنه من قبيل زوال المانع كما قاله الإسيبجاني ولهذا سموها موانع وعبارة القهستاني مانع الزيادة إذا ارتفع كما إذا بنى ثم هدم عاد حق الرجوع كما في المحيط وغيره ، ومن الظن أنه ينافيه ما في النهاية أنه حين زاد لا يعود حق الرجوع بعده لأنه قال ذلك فيما إذا زاد وانتقص جميعا كما صرح به نفسه اهـ

قلت : في التارخانية ولو كانت الزيادة بناء فإنه يعود حق الرجوع والمانع من الرجوع الزيادة في العين كذا ذكر شمس الأئمة السرخسي (قوله لأن الساقط) تعليل لما يفهم من قوله فليتنبه له فإنه بمنزلة قوله وفيه نظر (قوله وإلا رجع) أي إن لم يعدا زيادة رجع قال في الخالية : وهب دارا فبنى الموهوب له في بيت الضيافة التي تسمى بالفارسية كاسناه تنورا للخبز كان للواهب أن يرجع لأن مثل هذا يعد نقصانا لا زيادة اهـ (قوله ولو عدا الخ) مفهوم قوله في كل الأرض وقوله : في قطعة منها بأن كانت عظيمة (قوله ومداواته) أي لو كان مريضا من قبل فلو مرض عنده فداواه لا يمنع الرجوع بحر (قوله وحمل تمر) قال الزيلعي ولو نقله من مكان إلى مكان حتى ازدادت قيمته ، واحتاج فيه إلى مؤنة النقل ، ذكر في المنتقى أن عندهما ينقطع الرجوع ، وعند أبي يوسف لا ، لأن الزيادة لم تحصل في العين ، فصار كزيادة السعر : ولها أن الرجوع يتضمن إبطال حق الموهوب له في المكراة ومؤنة النقل بخلاف نفقة العبد ، لأنها يبدل وهو المنفعة والمؤنة بلا بدل اهـ :

قلت : ورأيت في شرح السير الكبير للسرخسي أنه لو كانت الهبة في دار الحرب ، فأخرجها الموهوب له إلى موضع يقدر فيه على حملها لم يكن للواهب الرجوع لأنه حدث فيها زيادة بصنع الموهوب له فإنها كالتك مشرفة على الهلاك في مضيقه ، وقد أحيها بالإخراج من ذلك الموضع اهـ لكنه ذكر ذلك في صورة ما إذا ألتى شيئا وقال حين ألقاها من أخذه فهو له ذكره في التامع والنسعين اهـ (قوله وفي البرازية) أقول ما في البرازية جزم به

وإن نقص لا ولو اختلفا في الزيادة في المتولدة ككبر ، القول للواهب وفي نحو بناء وخياطة وصبغ للوهوب له خالية وحاوي ومثله في المحيط لكنه استثنى ما لو كان لا يبنى في مثل تلك المدة (لا) تمنع الزيادة (المنفصلة كولد وأرش وعقر) وثمرة فيرجع في الأصل لا الزيادة لكن لا يرجع بالأم حتى يستغنى الولد عنها كذا نقله القهستاني لكن نقل البرجندي وغيره أنه قول أبي يوسف فليتنبه له :

ولو حبلت ولم تلد هل للواهب الرجوع ؟ قال في السراج : لا وقال الزيلعي : نعم .
وفي الجوهرة مريض مديون بمستغرق وهب أمة فمات وقد وطئت يرد لها مع عقرها هو المختار

في الخلاصة (قوله وإن نقص لا) قال في الهداية والجواري في هذا تختلف فمنه من إذا حبلت اصفر لونها ودق ساقتها ، فيكون ذلك نقصا فيها لا يمنع للواهب من الرجوع اهـ وينبغي حمل هذا على ما إذا كان الحبل من غير الموهوب له فلو منه لا رجوع ، لأنها ثبت لها بالحمل منه وصف لا يمكن زواله وهو أنها تأملت لكونها أم ولده كما إذا ولدت منه بالفعل كما ذكره بعض المتأخرين تفقها وقد ذكروا أن الموهوب له إذا دبر العبد الموهوب انقطع الرجوع ط (قوله كولد) بنكاح أو سفاح بزازية (قوله قول أبي يوسف) أقول وظاهر الخاتبة اعتماد خلافه حيث قال : ولو ولدت الهبة ولدا كان للواهب أن يرجع في الأم في الحال وقال أبو يوسف : لا يرجع حتى يستغنى الولد عنها ثم يرجع في الأم دون الولد اهـ وكتبنا في أول العتق عند قوله : والولد تبع الأم الخ مسألة الحبل فراجعها (قوله ولو حبلت) تقدم قريبا أن الحبل إن زاد خيرا منع وإن نقص لا فليكن التوفيق سائحاني (قوله ولم تلد) مفهومه أنها لو ولدت ثبت الرجوع كما لو زال البناء تأمل (قوله وقال الزيلعي الخ) والتوفيق مامر عن البزازية وعن الهندية (قوله نعم) لأنه نقصان وقدم في باب خهار العيب عن النهر أن الحبل عيب في بنات آدم لا في البهائم اهـ (قوله مريض مديون الخ) :

[فروع] وهب في مرضه ولم يسلم حتى مات بطلت الهبة ، لأنه وإن كان وصية حتى اعتبر فيه الثلث فهو هبة حقيقة فيحتاج إلى القبض .

وهب المريض عبدا لآمال له غيره ، ثم مات وقد باعه الموهوب له لا ينقض البيع ، ويضمن ثلثيه وإن أعتقه الموهوب له والواهب مديون ولا مال له غيره قبل موته جاز وبعد موت الواهب لا لأن الاعتاق في المرض وصية : وهي لا تعمل حال قيام الدين ، وإن أعتقه الواهب قبل موته ومات لاسعابة على العبد لجواز الاعتاق ولعدم الملك يوم الموت بزازية ورأيت في مجموعة منلا على الصغيرة بخطه عن جواهر الفتاوى كان أبو حنيفة حاجا فوقت مسألة الدور بالكوفة ، فتكلم كل فريق بنوع فذكروا له ذلك حين استقبلوه فقال من غير فكر ولا رواية أسقطوا السهم الدائرة تصح المسألة مثاله مريض وهب عبدا له من مريض ، وسلمه إليه ثم وهبه من الواهب الأول وسلمه إليه ، ثم ماتا جميعا ولا مال لهما غيره ، فإنه وقع فيه الدور ، حتى رجع إليه شيء منه زاد في ماله وإذا زاد في ماله زاد في ثلثه وإذا زاد في ثلثه زاد فيما يرجع إليه وإذا زاد فيما يرجع إليه زاد في ثلثه ثم لا يزال كذلك فاحتجج إلى تصحيح الحساب ، وطريقه أن تطلب حساباً له ثلث وأقله تسعة ثم تقول : صحته الهبة في ثلاثة منها ويرجع من الثلاثة سهم إلى الواهب الأول فهذا السهم هو سهم الدور فأسقطه من الأصل بقي ثمانية ومنها تصح وهذا معنى قول أبي حنيفة أسقطوا السهم الدائر ، وتصح الهبة في ثلاثة من ثمانية والهبة الثانية في سهم فيحصل للواهب الأول ستة ضعف ما صحناه في هبته ، وصحنا الهبة الثانية في ثلث ما أعطينا فنبت أن تصحبه بإسقاط سهم الدور وقيل دع الدور يدور في الهواء اهـ ملخصاً وفيه حكاية عن محمد فلتراجع (قوله وقد وطئت) أي من الموهوب له

(والميم موت أحد العاقدين) بعد التسليم فلو قبله بطل ولو اختلفا والعين في يد الوارث فالقول للوارث وقد نظم المصنف ما يسقط بالموت فقال :

كفارة دية خراج ورابع ضمان لعق هكذا نفقات
كذاهبة حكم الجميع سقوطها بموت لما أن الجميع صلوات

(والعين العوض) بشرط أن يذكر لفظا يعلم الواهب أنه عوض كل هبته (فإن قال خذه عوض هبتك أو بدلها) أو في مقابلتها ونحو ذلك (فقبضه الواهب سقط الرجوع) ولو لم يذكر أنه عوض رجع كل هبته (و) لذا (يشترط فيه شرائط الهبة) كقبض وإفراز وعدم شيوع ولو العوض مجانسا أو يسيرا ، وفي بعض نسخ المتن

أو غيره ط (قوله والميم الخ) لينظر مالو حكم بلحاظه مرتدا أما إذا مات الموهوب له فلأن الملك قد انتقل إلى الورثة . وأما إذا مات الواهب ، فلأن النص لم يوجب حق الرجوع إلا للواهب ، والوارث ليس بواهب درر :

قلت : مفاد التعليل أنه لو حكم بلحاظه مرتدا ، فالحكم كذلك وإبراج صريح النقل والله أعلم (قوله بطل) يعني عقد الهبة ، والأولى بطلت أي لإنتقال الملك للوارث قبل تمام الهبة سائحاني (قوله ولو اختلفا) أي الشخصان لا يقيد الواهب والموهوب له وإن كان التركيب يوهمه بأن قال وارث الواهب ما قبضته في حياته ، وإنما قبضته بعد وفاته وقال الموهوب له هل قبضته في حياته والعبء في يد الوارث ط (قوله فالقول للوارث) لأن القبض قد علم الساعة والميزات قد تقدم القبض بحر (قوله كفارة) سقوطها إذا لم يوص بها وكذا الخراج (قوله دية) بسكون الهاء وخراج بإسكان الجيم (١) ولو قال هكذا لكان موزونا . خراج ديات ثم كفارة كذا . (قوله ضمان) أي إذا أعتق نصيبه موسرا فضمنه شريكه (قوله نفقات) أي غير المستدانة بأمر القاضي (قوله صلوات) بكسر الصاد (قوله والعين العوض) وهب لرجل عبدا بشرط أن يعرضه ثوبا إن تقايضا جاز وإلا لاخانية (قوله سقط الرجوع) أي رجوع الواهب والمعوض كما في الأنقروى وإليه يشير مفهوم الشارح سائحاني : قال في الخامس : المرأة إذا أرادت أن يتزوجها الذي طلقها ، فقال المطلق : لا أتزوجك حتى تهينني مالك على فوهيت مهرها الذي عليه على أن يتزوجها ثم أبي أن يتزوجها قالوا مهرها الذي عليه على حاله تزوجها أو لم يتزوجها لأنها جعلت المال على نفسها عوضا عن النكاح ، وفي النكاح العوض لا يكون على المرأة خالية وأفقي في الخيرية بذلك اه (قوله رجع كل) برفع كل منونا عوضا عن المضاف إليه ، لأن التملك المطلق يحتمل الإبتداء ، ويحتمل المجازاة فلا يبطل حق الرجوع بالشك مستصفي (قوله بهبته) ههنا كلام وهو أن الأصل المعروف كالمفروض ، كما صرح به في الكافي وفي العرف يقصد التعويض ، ولا يذكر خذ بدل هبتك ونحوه استحياء ، فينبغي أن لا يرجع ، وإن لم يذكر البدلية وفي الخانية بعث إلى امرأته هدايا ، وعوضته المرأة وزفت إليه ، ثم فارقتها فادعى الزوج أن مابعثه عارية وأراد أن يسترد وأرادت المرأة أن تسترد العوض فالقول للزوج في متاعه ، لأنه أنكر التملك وللمرأة أن تسترد ما بعثته إذ زعم أنه عوض للهبة ، فإذا لم يكن ذلك هبة لم يكن هذا عوضا فلكل منهما استرداد متاعه وقبل أبو بكر الإسكافي : إن صرحت حين بعثت أنه عوض فكذلك ، وإن لم تصرح به ولا يمكن نوت أن يكون عوضا كان ذلك هبة منها وبطلت نيتها ولا ينجى أنه على هذا ينبغي أن يكون في مسألتنا اختلاف يعقوبية (قوله أويسيرا)

(١) قوله (وخراج بإسكان الجيم) فيه نظر والمناسب عبارة ط ونصها قال ح : هو من الطويل من الضرب الثالث منه والجزء الأول فيه للثم والجزء الثاني مقبوض مع تسكين هاء ديه اه .

بدل الهبة العمد وهو تحريف (ولا يجوز للأب أن يعوّض عما وهب للصغير من ماله) ولو وهب العبد التاجر ثم عوض فلشكل منهما الرجوع بحر (ولا يصح تعويض مسلم من نصراني عن هبته خيرا أو خنزيرا) إذ لا يصح تملكها من المسلم بحر (وبشرط أن لا يكون العوض بعض الموهوب ، فلو عوضه البعض عن الباقي) لا يصح (فله الرجوع في الباقي) ولو الموهوب شيئين فعوضه أحدهما عن الآخر إن كانا في عقدين صح وإلا لا لأن اختلاف العقد كاختلاف العين والدرهم تتعين في هبة ورجوع مجتبي (ودقيق الخنطة يصلح عوضا عنها) لحدوثه بالطحن وكذا لو صبغ بعض الثياب أولت بعض السويق ثم عوضه صح خائفة (ولو عوضه ولد إحدى جاريتين موهبتين وجد) ذلك الولد (بعد الهبة امتنع الرجوع وصح) العوض (من أجنبي ويسقط حق الواهب في الرجوع إذا قبضه) كبديل الخلع (ولو) التعويض بغير إذن (الموهوب له) ولا رجوع ولو بأمره إلا إذا قال عوض عنى على أى ضامن لعدم وجوب التعويض بخلاف قضاء الدين (و) الأصل أن (كل ما يطالب به الإنسان بالحبس والملازمة يكون الأمر بأدائه مثبتا للرجوع من غير اشتراط الضمان ومالا فلا) إلا إذا شرط الضمان ظهيرة وحينئذ (فلو أمر المديون رجلا بقضاء دينه رجع عليه) وإن لم يضمن لوجوبه عليه لكن يخرج عن الأصل ما لو قال أنفق على بناء دارى أو قال الأسير اشتري فإنه يرجع فيهما بلا شرط رجوع كفالة خائفة مع أنه لا يطالب بهما لا بحبس ولا بملازمة فتأمل (وإن استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض وعكسه لا ما لم يرد ما بقى) لأنه

أى أقل من الموهوب ، لأن العوض ليس ببديل حقيقة وإلا لما جاز بالأقل للربا (قوله أن يعوض) وإن عوض فللواهب الرجوع لبطالان التعويض بزازية (قوله من ماله) أى من مال الصغير ولو من مال الأب صح لما سياتى من صحة التعويض من الأجنبي سائجاني (قوله وهب العبد) فوهب مبنى للمفعول أى وهب له شخص شيئا (قوله ثم عوض) أى عوض العبد عن هبته (قوله الرجوع) لعدم ملك التاجر المأذون الهبة فلم يصح العوض (قوله بحر) لأن العبد المأذون لا يملك أن يهب أولا ولا أخرا في التعويض سائجاني ، ويحتمل أن وهب مبنى للفاعل وعوض مبنى للمفعول (قوله من نصراني) من بمعنى اللام (قوله خيرا) مفعول تعويض (قوله في هبة) يعنى إذا وهبه دراهم تعينت فلو أبدلها بغيرها كان إضرعا منه عنها فلو أنى بغيرها ودفعه له فهو هبة مبتدأة ، وإذا قبضها الموهوب له وأبدلها بجنسها أو بغير جنسها لارجوع عليه ومثل الدرهم الدنانير ط (قوله ورجوع) أى ليس له أن يرجع إلا إذا كانت دراهم الهبة قائمة بعينها فلو أنفقها كان إهلاكا يمنع الرجوع ط (قوله بالطحن) أى فلا يقال إنه عين المردوب أو بعضه (قوله ثم عوضه) أى البعض أى جعله عوضا عن الهبة لحصول الزيادة فكأله شىء آخر (قوله امتنع الرجوع) لأنه ليس له الرجوع فى الولد فصح العوض (قوله ولا رجوع) أى للمعوض على الموهوب له ولو كان شريكه سواء كان بإذنه أولا ، لأن التعويض ليس بواجب عليه فصار كما لو أمره أن يتبرع لإنسان إلا إذا قال على أى ضامن بخلاف المديون إذا أمر رجلا بأن يقضى دينه حيث يرجع عليه ، وإن لم يضمن ، لأن الدين واجب عليه منح (قوله لعدم) هبة لقوله ولا رجوع (قوله والأصل الخ) تقدم قبل كفالة الرجلين أصلا آخران (قوله لكن) استدرالك على قوله ومالا فلا (قوله رجع بنصف العوض) قال فى الجوهرة : وهذا أى الرجوع فيما إذا لم يحتمل التمسمة ، وإن فيما يحتملها إذا استحق بعض الهبة بطل فى الباقي ويرجع بالعوض اه أى لأن الموهوب له تبين أنه لم يملك ذلك البعض المستحق ، فبطل العقد من الأصل لأنه هبة مشاع فيما يحصل القسمة (قوله وعكسه لا) أى إن استحق نصف العوض لا يرجع بنصف الهبة ، لأن النصف الباقي مقابل لكل الهبة فإن الباقي يصلح للعوض ابتداء ، فكان إبقاء إلا أنه بتخير لأنه ما أسقط حقه فى الرجوع إلا ليس له كل

يصلح عوضا ابتداء فكذا بقاء ولكنه يجبر ليسلم العوض ومراده العوض الغير المشروط أما المشروط فبإدلة كما سيجيء فيوزع البديل على المبدل نهاية (كما لو استحق كل العوض حيث يرجع في كلها إن كانت قائمة لا إن كانت هالكة) كما لو استحق العوض وقد ازدادت الهبة لم يرجع خلاصة (وإن استحق جميع الهبة كان له أن يرجع في جميع العوض إن كان قائما وبمثله إن) العوض (هالكا وهو مثل وبقيمته إن قيميا) غاية (ولو عوض النصف رجح بما لم يعوض) ولا يضر الشيوخ لأنه طارىء ؛

[تنبيه] نقل في المجتبى أنه يشترط في العوض أن يكون مشروطا في عقد الهبة أما إذا عوضه بعده فلا ولم أر من صرح به غيره وفروع المذهب مطلقة كما مر فتدبر (والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له) ولو بهبة إلا إذا رجح الثاني فلأول الرجوع سواء كان بقضاء أو رضا لما سيجيء أن الرجوع فسخ حتى لو عادت بسبب جديد بأن تصدق بها الثالث على الثاني أو باعها منه لم يرجع الأول ولو باع نصفه رجح في الباقي لعدم المانع وقيد الخروج بقوله (بالكلية) بأن يكون خروجا عن ملكه من كل وجه ثم فرغ عليه بقوله (فلو ضحى الموهوب له بالشاة الموهوبة أو لذر التصديق بها وصارت لهما لا يمنع الرجوع) ومثله المتعة والقران والنذر مجتبى وفي المنهاج وإن وهب له ثوبا فجعله صدقة لله تعالى فله الرجوع خلافا للثاني (كما لو ذبحها من غير تضحية) فله الرجوع اتفاقا :

[فرع] عبد عليه دين أو جنانية خطأ فوهبه مولاه لغريمه أو لولى الجنانية سقط الدين والجنانية ثم لو رجح

العوض ولم يسلم له فله أن يردده (قوله ليسلم) الأولى لأنه لم يسلم له العوض (قوله الغير المشروط) أى في العقد (قوله ولو عوض النصف الخ) عوضه في بعض دينه بأن كانت ألفا عوضه درهما منه ، فهو فسخ في حق الدرهم ويرجع في الباقي وكذا البيت في حق الدار بزالية (قوله ولا يضر الشيوخ) أى الحاصل بالرجوع في النصف (قوله ولم أر من صرح الخ) قائله صاحب المنع أقول : صرح به في غاية البيان ونصه قال أصحابنا : إن العوض الذى يسقط به الرجوع ما شرط في العقد فأما إذا عوضه بعد العقد لم يسقط الرجوع ، لأنه غير مستحق على الموهوب له وإنما تبرع به ليسقط عن نفسه الرجوع ، فيكون هبة مبتدأ وليس كذلك إذا شرط في العقد ، لأنه يوجب أن يصير حكم العقد حكم البيع ، ويتعلق به الشفعة ويرد بالعيب ، فدل أنه قد صار عوضا عنها وقالوا أيضا : يجب أن يعتبر في العوض الشرائط المعتبرة في الهبة من القبض ، وعدم الإشاعة لأنه هبة كذا في شرح الأقطع ، وقال في التحفة فأما العوض المتأخر عن العقد ، فهو لإسقاط الرجوع ، ولا يصير في معنى المعاوضة لا ابتداء ولا انتهاء وإنما يكون الثاني عوضا عن الأول بالإضافة إليه نصا كهذا عوض عن هبتك ، فإن هذا عوض إذا وجد القبض ويكون هبة يصح ويبطل فيما تصح وتبطل به الهبة ، وأما إذا لم يصف إلى الأول يكون هبة مبتدأ ويثبت حق الرجوع في الهبتين جميعا مع بعض اختصار ومفاده : أنهما قولان أو روايتان الأول لزوم اشتراطه في العقد ، والثاني لا بل لزوم الإضافة إلى الأول ، وهذا الخلاف في سقوط الرجوع ، وأما كونه بيعا انتهاء فلا نزاع في لزوم اشتراطه في العقد تأمل (قوله وفروع المذهب الخ) قلت : الظاهر أن الاشتراط بالنظر لما سبق من توزيع البديل على المبدل لا مطلقا وحينئذ فما في المجتبى لا يخالف إطلاق فروع المذهب فتأمل أبو السعود المصرى (قوله كما مر) من دقيق الحنطة وولد إحدى جاريتين (قوله سواء كان) أى رجوع الثاني (قوله فسخ) فإذا عاد إلى الواهب الثاني ملكه عاد بما كان متعلقا به (قوله لم يرجع الأول) لأن حق الرجوع لم يكن ثابتا في هذا الملك درر عن المحيط (قوله لا يمنع الرجوع) وجازت الأضحية كما في المنع عن المجتبى (قوله فجعله) أى الموهوب له (قوله عهد عليه دين الخ) صبى له على مملوك وصية دين ، فوهب الوصى عبده للصبي ، ثم أراد الوصى الرجوع في ظاهر الرواية

صح استحسانا ولا يعود الدين والجنابة عند محمد ورواية عن الإمام كما لا يعود النكاح او وهبها لأزواجها ثم رجع
 خائفة (والزاي الزوجية وقت الهبة فلو وهب لامرأة ثم نكحها رجع ولو وهب لامرأة لا) كعكسه :
 [فرع] لانصح هبة المولى لأم ولده ولو في مرضه ولا تنقلب وصية إذ لا يد للمحجور ، أما لو أوصى لها
 بعد موته تصح لعتقها بموته فيسلم لها كافي (والقاف القرابة ، فلو وهب لذي رحم محرم منه) نسبا (ولو ذميا أو
 مستأمنا لا يرجع) شئني (ولو وهب لمحرم بلا رحم كأخيه رضاعا) ولو ابن عمه (ومحرم بالمصاهرة كأمهات النساء
 والربائب وأخيه وهو عيب لأجنبي أو لعبد أخيه رجع ولو كانا) أي العبد ومولاه (ذارحم محرم من الواهب
 فلا رجوع فيها اتفاقا على الأصح) لأن الهبة لأيهما وقعت تمنع الرجوع بحر :
 [فرع] وهب لأخيه وأجنبي ما لا يقسم فقبضاه له الرجوع في حظ الأجنبي لعدم المانع درر (والهاء هلاك
 العين الموهوبة ولو ادعاه) أي الهلاك (صدق بلا حلف) لأنه ينكر الرد (فإن قال الواهب هي هذه) العين
 (حلف) المنكر (أنها ليست هذه) خلاصة (كما يحلف) الواهب (أن الموهوب له ليس بأخيه إذا ادعى)
 الأخ (ذلك) لأنه يدعى مسبب النسب لا النسب خائفة (ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم)

له ذلك وعن محمد المنع بزازية (قوله استحسانا) قال في الخائفة : وفي القياس لا يصح رجوعه في الهبة ودور رواية
 الحسن عن أبي حنيفة والمعلی عن أبي يوسف وهشام عن محمد وعلى قول أبي يوسف إذا رجع في الهبة ويعود الدين
 والجنابة وأبو يوسف استتمحش قول محمد ، وقال أرأيت لو كان على العبد دين لصغير فوهبه مولاه منه فقبل
 الوصي وقبض فستقط الدين ، فإن رجع بعد ذلك لو قلنا لا يعود الدين كان قبول الوصي الهبة تصرفا مضرا على
 الصغير ولا يملك ذلك وأما مسألة النكاح ففيها روايتان عن أبي يوسف في رواية إذا رجع الواهب يعود النكاح اه
 (قوله كعكسه) أي لو وهبت لرجل ثم نكحها رجعت ولو أزوجها (قوله لذي رحم محرم) خرج من كان
 ذارحم ، وليس بمحرم ومن كان محرما وليس بذی رحم درر : فالأولى كابن العم ، فإذا كان أخاه من الرضاع
 أيضا فهو خارج أيضا واحترز عنه بقوله نسبا فإنه ليس بذی رحم محرم من النسب كما في الشربلالية والثاني
 كالأخ رضاعا (قوله منه نسبا) الضمير في منه للرحم فخرج الرحم غير المحرم كابن العم والمحرم غير الرحم كالأخ
 رضاعا والرحم المحرم الذي محرمة له لأم من الرحم كابن عم هو أخ رضاعا وعلى هذا لا حاجة إلى قوله نسبا . نعم يحتاج
 إليه لو جعل الضمير للواهب ليخرج به الأخير تدبر (قوله ولو ابن عمه) أي ولو كان أخوه رضاعا ابن عمه وهذا
 خارج بقوله منه أو بقوله نسبا لأن محرمة له ليست من النسب بل من الرضاع . ولا يخفى أن وصله بما قبله غير ظاهر
 لأن قوله المحرم بلا رحم لا يشمل ، لكونه رحما ويمكن أن يقال قوله بلا رحم الباء فيه للسببية أي لمحرم بسبب غير
 الرحم كالباء في قوله بعده بالمصاهرة (قوله ومحرم) عطف على لمحرم فلا يمنع الرجوع باقاني (قوله والربائب الخ)
 وأزواج البنين والبنات خائفة (قوله رجع) لأن الملك لم يقع فيها للقريب من كل وجه بدليل أن العبد أحق بما
 وهب له إذا احتاج إليه وهذا عنده وقالوا : يرجع في الأولى دون الثانية كما في البحر (قوله ذارحم محرم) صورته
 أن يكون لرجل أختان لكل واحدة منهما ولد وأحد الولدين مملوك الآخر ، أو يكون له أخ من أبيه وأخ من أمه
 وأحدهما مملوك للآخر (قوله هلاك العين) وكذا إذا استهدمت كما هو ظاهر صرح به أصحاب الفتاوى روى قلت
 وفي بزازية ولو استهلك البعض له أن يرجع بالباقي (قوله مسبب النسب) بضم الميم وفتح السين وتشديد الباء
 وهو اللال أي ادعى بسبب النسب مالا لازما وكان المقصود إثباته دون النسب منع (قوله ولا يصح الخ) قال
 قاضيه خان وهب ثوبا لرجل ثم اختلسه منه . فاستهلكه ضمن الواهب قيمة الثوب لاه وهوب له لأن الرجوع في الهبة
 لا يكون إلا بقضاء أو رضاسانحاني (قوله أو بحكم الحاكم الخ) الواهب إذا رجع في هبته في مرض الموهوب

للإختلاف فيه فيضمن بمنعه بعد القضاء لا قبله (وإذا رجع بأحدهما) بقضاء أو رضا (كان فسخا) لعقد الهبة (مع الأصل وإعادة للملكه) القديم لا هبة للواهب (ف) لهذا (لا يشترط فيه قبض الواهب وصح) الرجوع (في الشائع) ولو كان هبة لما صح فيه (وللواهب رده على بائعه مطلقا) بقضاء أو رضا (بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء) لأن حق المشتري في وصف السلامة لا في الفسخ فافتراقا ثم مرادهم بالفسخ من الأصل أن لا يقرب على العقد أثر في المستقبل لا بطلان أثره أصلا وإلا لعاد المنفصل إلى ملك الواهب برجوعه فصولين (اتفاقا) الواهب والموهوب له (على) الرجوع في (موضع لا يصح) رجوعه من المواضع السبعة السابقة (كالهبة لقربته جاز) هذا الإنفاق منهما جوهرية : وفي المجتبى لا تجوز الإقالة في الهبة والصدقة في المحارم إلا بالقبض لأنها هبة ثم قال : وكل شيء يفسخه الحاكم إذا اختصما إليه فهذا حكمه ولو وهب الدين لطفل المديون لم يجز لأنه غير مقبوض وفي الدرر قضى ببطلان الرجوع لما منع ثم زال المانع عاد الرجوع (تلفت) العين (الموهوبة واستحققتها مستحق وضمن) المستحق (الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن) لأنها عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة (والإهارة كالهبة) هنا لأن قبض المستعير كان لنفسه ولا غرور لعدم العقد وتماه في العمادية (وإذا وقعت الهبة بشرط العوض المعين فهي هبة ابتداء فيشترط التقابض في العوضين ويبطل) العوض (بالشيوع) فيها يقسم

له بغير قضاء يعتبر ذلك من جميع مال الموهوب له أو من الثلث فيه روايتان ذكر ابن سماعه في القياس يعتبر من جميع ماله خائبة (قوله بمنعه) أي وقد طلبه لأنه تعدى فلو اعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا إذا هلك بعد القضاء لأنه أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه بحر (قوله وإعادة) بنصبه معطوف على فسخا (قوله لاهبة) أي كما قاله زفر رحمه الله (قوله في الشائع) بأن رجع لبعض ما وهب (قوله على بائعه) أي بحكم خيار العيب يعني ولم يعلم بالعيب قبل الهبة أبو السعود (قوله مطلقا) حال من رجوع الواهب (قوله وصف السلامة) ولهذا لو زال العيب امتنع الرد (قوله لعاد المنفصل) أي الزوائد المنفصلة المتولدة من الموهوب كذا في الهامش (قوله لا يصح رجوعه) صفة للموضع كذا في الهامش (قوله لأنها هبة) أي الإقالة هبة أي مستقلة وهبارة البرازية استقال المتصدق عليه بالصدقة فأقاله لم يجز ، حتى يقبض لأنه هبة مستقلة وكذا إذا كانت الهبة لذي رحم محرم ، وكل شيء لا يفسخه الحاكم إذا اختصما إليه فهذا حكمه وتماه فيها فراجعها في نسخة صحيحة (قوله وكل شيء يفسخه) قيل الظاهر أنه سقط منه لفظة لا والأصل لا يفسخه كما هو الواقع في الخائبة اه وبه يظهر المعنى ويكون المراد منه تعميم المحارم وغيرهم مما لا رجوع في هبتهم (قوله ولو وهب الخ) سيجيء في الورقة الثانية أن المعتمد الصحة سائحاني (قوله عاد الرجوع) مبنى على ما قدمه عن الخائبة واعتمده القهستاني لكن في كلامه هناك إشارة إلى اعتماد خلافه :

قلت : ولا يخفى ما في إطلاق الدرر فإن المانع قد يكون خروج الهبة مع ملكه ثم تعود بسبب جديد وقد يكون للزوجية ، ثم زول وفي ذلك لا يعود الرجوع كما صرحوا به ، نعم صرحوا به فيما إذا بنى في الدار ثم هدم البناء وفيما إذا وهبها لآخر ثم رجع ، ولعل المراد زوال المانع العارض فالزوجية وإن زالت لكننا مانع من الأصل والعود بسبب جديد بمنزلة تجديد ملك حادث من جهة غير الواهب ، فصارت بمنزلة عين أخرى غير الموهوبة بخلاف ما إذا عادت إليه بما هو فسخ هذا ما ظهر لي فتدبره (قوله وضمن) بتشديد الميم والمستحق فاعله والموهوب مفعوله (قوله التقابض) أي في المجلس وبعده بالإذن سائحاني (قوله في العوضين) فإن لم يوجد التقابض فلكل واحد منهما أن يرجع وكذا لو قبض أحدهما فقط ، فلكل الرجوع القابض وغيره سواء غاية (٨٩ - حاشية ابن مابدين - ٥)

(بيع انتهاء فتره بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة) هذا إذا قال وهبتك على أن تعطيني كذا أما لو قال وهبتك بكذا فهو بيع ابتداء وانتهاء وقيد العوض بكونه معيناً ، لأنه لو كان مجهولاً بطل اشتراطه فيكون هبة ابتداء وانتهاء .

[فرع] وهب الواقف أرضها شرط استبداله بلا شرط عوض لم يجوز وإن شرط كان كبيع ذكره الناصبي .
وفي المجمع وأجاز محمد هبة مال طفله بشرط عوض مساو ومنعاه .
قلت : فيحتاج على قولها إلى الفرق بين الوقف ومال الصغير انتهى والله أعلم .

فصل في مسائل متفرقة

(وهب أمة إلا حماتها وعلى أن يردها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو) وهب (داراً على أن يرد عليه شيئاً منها) ولو معيناً كثلث الدار أو ربعها (أو على أن يعوض في الهبة والصدقة شيئاً عنها صحت) الهبة (وبطل الاستثناء) في الصورة الأولى (و) بطل (الشرط) في الصور الباقية لأنه بعض أو مجهول والهبة لا تبطل بالشروط ولا تنس ما مر من اشتراط معلومية العوض .

البيان (قوله بيع انتهاء) أي إذا اتصل القبض بالعوضين غاية البيان إلا أنه لا يخالف لو اختلفا في قدر العوض لما في المقدسي عن الذخيرة اتفاقاً على أن الهبة بعوض : واختلفا في قدره ولم يقبض والهبة قائمة خبز الواهب بين تصديق الموهوب له والرجوع في الهبة أو بقيمتها لو هالكه ولو اختلفا في أصل العوض فالقول للموهوب له في إنكاره ، وللواهب الرجوع لو قائماً ولو استهلكها فلا شيء له ولو أراد الرجوع فقال أنا أخوك أو عوضتك أو إنما تصدقت بها فالقول للواهب استحساناً له ملخصاً (قوله بلا شرط) متعلق بوهب (قوله إلى الفرق) قال شيخ والدي : وقد يفرق بينهما بأن الواقف لما شرط الاستبدال وهو يحصل بكل عقد يفيد المعاوضة كان هذا العقد داخلاً في شرطه بخلاف هبة الأب مال ابنه الصغير كذا قاله الرملي في حاشيته على المنح مدني .

فصل في مسائل متفرقة

(قوله إلا حماتها) اعلم أن استثناء الحمل ينقسم ثلاثة أقسام في قسم يجوز التصرف ويبطل الاستثناء كالهبة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد ، وفي قسم لا يجوز أصل التصرف كالبيع والإجارة والرهن ، لأن هذه العقود تبطل بالشروط وكذا باستثناء الحمل ، وفي قسم يجوز التصرف والاستثناء جميعاً كالوصية لأن أفراد الحمل بالوصية جائز فكذا استثناءه يعقوبية (قوله شيئاً عنها) أي شيئاً مجهولاً (قوله لأنه بعض) وقد مر متناً أنه يشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب (قوله أو مجهول) الأول : راجع إلى صورة هبة الدار ، والثاني : إلى قوله أو على أن يعوض ، ولا يشمل الثلاث التي بعد الأولى ، فالأولى تعليل الهداية بأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد ، فكالت فاسدة والهبة لا تبطل بها إلا أن يقال قوله والهبة لا تبطل بالشروط مع تمام التعليل (قوله ولا تنس الخ) نبه عليه إشارة إلى دفع ما قاله الزيلعي تبعاً للنهاية من أن قوله أو على أن يعوض الخ : فيه إشكال ، لأنه إن أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط ، وإن أراد به أن يعوضه عنها شيئاً من العين الموهوبة فهو تكرار محض لأنه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيئاً منها وحاصل الدفع أن المراد الأول وإنما بطل الشرط لجهالة العوض كذا أفاده في البحر : ثم رأيت صدر الشريعة

(اعتق حل أمة ثم وهبها صح ولو دبره ثم وهبها لم يصح) لبقاء الحمل على ملكه فكان مشغولا به بخلاف الأول (كما لا يصح) تعليق الإبراء على الدين بشرط محض كقوله لمديونه : إذ جاء غد أو إن مت بفتح التاء فانت برى من الدين أو إن مت من مرضك هذا أو إن مت من مرضي هذا فانت في حل من مهري فهو باطل لأنه مخاطرة وتعليق (إلا بشرط كائن) ليكون تنجيذا كقوله لمديونه إن كان لي عليك دين أبرأك عنه صنع وكذا إن مت بضم التاء فانت برى منه أو في حل جاز وكان وصية خالية (جاز العمرى) للمعمر له ولورثته بعده لبطان الشرط (لا) تجوز (الرقبي) لأنها تعليق بالخطر وإذا لم تصح تكون عارية شتمى لحديث أحمد وغيره من أمر عمرى فهى لمعمره في حياته وموته لا ترقبوا فرج أرقب شيئا فهو سبيل الميراث ، :
(بعث إلى امرأته متاعا) هدايا إليها (وبعثت له أيضا) هدايا عوضا للهبة صرحت بالعوض أولا (ثم افترقا بعد الزفاف وادعى) الزوج (أنه عارية) لاهبة وحلف (فأراد الاسترداد وأرادت) هى (الاسترداد) أيضا

صرح به فقال : مرادهم ما إذا كان العوض مجهولا وإنما يصح العوض إذا كان معلوما (قوله بشرط محض الخ) :

[فروع] وهبت مهرها لزوجها على أن يجعل أمر كل امرأة يتزوجها عليها بيدها ، ولم يقبل الزوج قيل لا يبرأ والمختار أن الهبة تصح بلا قبول المديون وإن قبل إن جعل أمرها بيدها فالإبراء ماض ، وإن لم يجعل فكذلك عند البعض والمختار أنه يعود وكذا لو أبرأته على أن لا يضربها ، ولا يحجرها أو يهب لها كذا ، فإن لم يكن هذا شرطا في الهبة لا يعود المهر :

منعها من المسير إلى أبويها حتى تهب مهرها ، فالهبة باطلة لأنها كالمكرهه ، وذكر شمس الإسلام شعوبها بضرب حتى تهب مهرها فلا كراه إن كان قادرا على الضرب وذكر بكر سقوط المهر :

لا يقبل التعليق بالشرط ألا ترى أنها لو قالت لزوجها : إن فعلت كذا فانت برى من المهر لا يصح .
قال لمديونه : إن لم أقتض ما لي عليك حتى تموت ، فانت في حل فهو باطل لأنه تعليق والبراءة لا تحتمله بزازية (قوله لأنه مخاطرة) لأحتمل موت الدائن قبل الغد أو قبل موت المديون ونحو ذلك لأن المعنى إذا مت قبلى وإن جاء الغد والدين عليك فيحتمل أن يموت الدائن قبل الغد أو قبل موت المديون ، فكان مخاطرة كذا قرره شيخنا :

وأقول : الظاهر أن المراد أنه مخاطرة في مثل إن مت مع مرضك هذا وتعليق في مثل إن جاء الغد والإبراء لا يحتملها ، وأن المراد بالشرط الكائن الموجود حالة الإبراء وأما قوله : إن مت بضم التاء فإنما صح وإن كان تعليقا لأنه وصية : وهى تحتمل التعليق فافهم وتقدمت المسألة في متفرقات البيوع فيما يبطل بالشرط ، ولا يصح تعليقه به (قوله جاز العمرى) بالضم من الإعمار كما في الصحاح قال في الهامش : العمرى هى أن يجعل داره له عمره فإذا مات ترد عليه اه (قوله لا تجوز الرقبي) هى أن تقول إن مت قبلك فهى لك لحديث أحمد وأبي داود والنسائي مرفوعا من أمر عمرى الخ ، كذا في الهامش في كافى الحاكم الشهيد باب الرقبي .

رجل حضرته الوفاة فقال : دارى هذه حبيس ، لم تكن حبيسا وهى ميراث وكذا إن قال دارى هذه حبيس على عقبى من بعدى والرقبي هو الحبيس وليس بشيء :

رجل قال لرجلين : عبيدى هذا لأطولكما حياة أو قال عبيدى هذا حبيس على أطولكما حياة فهذا باطل وهو الرقبي وكذا لو قال لرجل : دارى لك حبيس وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف : أما أنا فأرى أنه إذا قال لك حبيس ، فهى له إذا قبضها وقوله حبيس باطل وكذلك إذا قال هى لك رقبي اه وفيه أيضا فإذا

(يسترد كل) منهما (ما أعطى) إذ لاهية فلا عوض ولو استهلك أحدهما ما بعثه الآخر ضمنه ، لأن من استهلك العارية ضمنها نخانية (هبة الدين ممن عليه الدين وإبرأه عنه يتم من غير قبول) إذ لم يوجب الفساح عقد صرف أو سلم لكن يرتد بالرد في المجلس وغيره لما فيه من معنى الإسقاط وقيل يتقيد بالمجلس كذا في العناية لكن في الصيرفية لو لم يقبل ولم يرد حتى افتراقا ثم بعد أيام رد لا يرتد في الصحيح لكن في المجتبى الأصح أن الهبة تملك والإبراء إسقاط (تملك الدين ممن ليس عليه الدين باطل إلا) في ثلاث : حوالة ، وصية ، و (إذا سلطه) أي سَلَطَ المملك غير المديون (على قبضه) أي الدين (فيصح) حينئذ ومنه ما لو وهبت من ابنها ما على أبيه فالعتمد الصحة للتسليط ويتفرع على هذا الأصل لو قضى دين غيره على أن يكون له لم يجوز ولو كان وكيلًا بالبيع

قال : دارى هذه لك عمرى تسكنها وسلمها إليه ، فهي هبة وهي بمنزلة قوله طعامى هذا لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه وإن قال : وهبت لك هذا العبد حياتك وحياته فقبضه فهي هبة جائزة وقوله حياتك باطل وكذا لو قال أعمرتك دارى هذه حياتك أو قال : أعطيتكها حياتك فإذا مت فهي لى وإذا مت أنا فهي لوارثى وكذا لو قال : هو هبة لك ولعقبك من بعدك وإن قال : أسكنتك دارى هذه حياتك ولعقبك من بعدك فهي عارية وإن قال : من لك ولعقبك من بعدك فهي هبة له وذكر العقب لغواه (قوله فلا عوض) لأنها إنما قصدت التعويض عن هبة فلما ادعى العارية ورجع لم يوجد التعويض فلها الرجوع (قوله من غير قبول) لما فيه من معنى الإسقاط (قوله عقد صرف أو سلم) لأنه لا يتوقف على القبول في السلم والصرف لكونه موجبا للفسخ فيما لا لكونه هبة منح (قوله لكن يرتد الخ) استدراك على قوله يتم من غير قبول بمعنى أنه وإن تم من غير قبول لما فيه من معنى الإسقاط لكنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التملك ح :

قال في الأشباه : الإبراء يرتد بالرد إلا في مسائل الأولى : إذا أبرأ المحال عليه فرده لا يرتد ، وكذا إذا قال المديون أبرئني فأبرأه ، وكذا إذا أبرأ الطالب الكفيل ، وقيل يرتد الرابعة : إذا قبله ثم رده لم يرتد اه (قوله الإسقاط) تعليل للتعميم يعني وإنما صح الرد في غير المجلس لما فيه من معنى الإسقاط إذ التملك المحض يتقيد رده بالمجلس ، وليس تعليلا لقوله يرتد بالرد لما علمت أن علمته ما فيه من معنى التملك فتنبه ح (قوله لكن في الصيرفية) استدراك على تضعيف صاحب العناية القول الثاني (قوله لكن في المجتبى) استدراك على جعلهم كلا من الهبة والإبراء إسقاطا من وجه تملكها من وجه ، وأنت خبير بأن هذا الاستدراك يخالف للمشهور (قوله تملك) أي فيحتاج إلى القبول قال في الهامش ، ففي قال بالتملك يحتاج إلى الجواب منح (قوله إسقاط) ومن قال للإسقاط لا يحتاج إليه منح كذا في الهامش (قوله على قبضه) أي وقبضه قال في جامع الفصولين : هبة الدين ممن ليس عليه لم تجز إلا إذا وهبه وأذن له بقبضه جاز صلح لم يجز إلا إذا سلطه على قبضه فيصير كأنه وهبه حين قبضه ولا يصح إلا بقبضه اه فتنبه لذلك رمى قال السائحاني : وحينئذ يصير وكيلًا في القبض عن الأمر ، ثم أصيلا في القبض لنفسه : ومقتضاه صحة عزله عن التسليط قبل القبض ، وإذا قبض بدل الدراهم دنالير صح ، لأنه صار الحق للموهوب له فذلك الاستبدال وإذا لوى في ذلك التصديق بالزكاة أجزاء كما في الأشباه اه (قوله ما على أبيه) أي وأمرته بالقبض بزاية مدنى (قوله للتسليط) أي إذا سلطه على القبض كما يشير إليه قوله ومنه وفي الخالية : وهبت المهر لابنها الصغير الذى من هذا الزوج الصحيح ، أنه لا تصح الهبة إلا إذا سلطت ولدها على القبض فيجوز ويصير ملكا للولد إذا قبض اه فقول الشارح للتسليط أي التسليط صريحا لا حكما كما فهمه السائحاني وغيره ، لكن لينظر فيما إذا كان الابن لا يعقل فإن القبض يكون لأبيه ، فهل يشترط أن يفرز الأب قدر المهر ويقبضه لابنه أو يكفي قبوله كما في هبة الدين ممن عليه (قوله بالبيع) فلو دفع للموكل عن دين المشتري

فصولين (و) ليس منه ما (إذا أقر الدائن أن الدين لفلان وأن اسمه) في كتاب الدين (عارية) حيث (صح) إقراره لكونه إخبارا لا تمليكا فللمقر له قبضه بزازية وتمامه في الأشباه من أحكام الدين وكذا لو قال الدين الذي لي على فلان لفلان بزازية وغيرها .

قلت : وهو مشكل لأنه مع الإضافة إلى نفسه يكون تمليكا وتمليك الدين ممن ليس عليه باطل فتأمله : وفي الأشباه في قاعدة تصرف الإمام معزيا لصلح البزازية اصطلاحا أن يكتب اسم أحدهما في الديوان فالعطاء لمن كتب اسمه الخ (والصدقة كالحبة) بجامع التبرع وحينئذ (لاتصح غير مقبوضة ولا في مشاع يقسم ولا رجوع فيها) ولو على غنى لأن المقصود فيها الثواب لا العوض ولو اختلفا فقال الواهب هبة والآخر صدقة فالقول للواهب خالية : [فروع] كتب قصة إلى السلطان يسأله تمليك أرض محدودة فأمر السلطان بالتوقيع فكتب كاتبه جعلتها ملكا له هل يحتاج إلى القبول في المجلس ؟ القياس : نعم لكن لما تعذر الوصول إليه أقيم السؤال بالقصة مقام حضوره :

أعطت زوجها مالا بسؤاله ليتوسع فظفر به بعض غرماثة إن كالت وهبته أو أقرضته ليس لها أن تسترد من الغريم وإن أعطته ليتصرف فيه على ملكها فلها ذلك لا له : دفع لابنه مالا ليتصرف فيه ففعل وكثر ذلك فبات الأب إن أعطاه هبة فالكل له وإلا فتراث وتمامه في جواهر الفتاوى :

بعث إليه بهدية في إثناء هل يباج أكلها فيه إن كان ثريدا ونحوه مما لو حوله إلى إثناء آخر ذهبت لذته يباج وإلا فإن كان بينهما البساط يباج أيضا وإلا فلا .

على أن يكون ما على المشتري للوكيل لا يجوز (قوله وليس منه) أي من تمليك الدين ممن ليس عليه (قوله فتأمله) يمكن الجواب بأن المراد الدين الذي لي على فلان بحسب الظاهر هو لفلان في نفس الأمر ، فلا إشكال فتدبر ح .

أقول : ويمكن أن يكون مبنيا على الخلاف فإنه قال في القنية راقما لعلى السعدى إقرار الأب لولده الصغير بعين مع ماله تمليك إن أضافه إلى نفسه في الإقرار ، وإن أطلق لإقرار كما في سدس دارى وسدس هذه الدار ، ثم رقم لنجم الأئمة البخارى إقرار في الحالين لا تمليك اه قال في إقرار المنح فيفيد أن في المسألة خلافا ولكن الأصل المذكور هو المشهور وعليه فروع في الخانية وغيرها ، وقد يجاب بأن الإضافة في قوله الدين الذي لي إضافة نسبة لا ملك كما أجاب به الشارح في الإقرار عن قولهم جميع ما في بيتي لفلان فإنه إقرار وكذا قالوا من أفاض الإقرار جميع ما يعرف بي أو جميع ما ينسب إلى الله تعالى أعلم . وقد مرت المسألة قبيل إقرار المريض وأجبنا عنه بأحسن مما هنا فراجع (قوله غير مقبوضة) فإن قلت قدم أن الصدقة لفقيرين جائزة فيما يحتمل القسمة بقوله وصح تصدق عشرة لفقيرين . قلت : المراد هنا من المشاع أن يهب بعضه لواحد فقط فحينئذ هو مشاع بحمل القسمة بخلاف الفقيرين فإنه لا شيوع كما تقدم بحر (قوله ولو على غنى) اختاره في الهداية مقتصرًا عليه لأنه قد يقصد بالصلحة على الغنى الثواب لكثرة عياله بحر ، وهذا مخالف لما مر قبيل باب الرجوع من أن الصدقة على الغنى هبة ولعلها قولان تأمل (قوله فأمر السلطان) هذا إنما يتم في أرض موات أو ملك السلطان أما إذا أقطعه من غير ذلك فللإمام أن يخرج مني شاء كما سلف ذلك في العشر والحراج ط (قوله أو أقرضته) وسبأني ما لو تصرف في مالها وادعى أنه بإذنها (قوله وإلا فتراث) بأن دفع إليه ليعمل للأب .

دعا قوما إلى طعام و فرقههم على أخونة ليس لأهل خوان مناولة أهل خوان آخر ولا إعطاء مائل و خادم
 و هرة لغير رب المنزل ولا كلب ، ولو لرب المنزل إلا أن يناوله الخبز المحترق للإذن عادة و تمامه في الجوهره .
 وفي الأشباه لا جبر على الصلوات إلا في أربع شفعة و نفقة زوجة و عين موصى بها و مال وقف ، و قد حررت
 أبيات الوهبانية على وقف ما في شرحها للشربلالي فقلت :

وواهب دين ليس يرجع مطلقا وإبراء ذى نصف يصح المحرر
 على حجها أو تركه ظلمه لها إذا وهبت مهرا ولم يوف ينحسر
 معلق تطليق بإبراء مهرها وإنكاح أخرى لو برد فيظفر

[فروع] دفع دراهم إلى رجل وقال : أنفقها ففعل فهو قرض ولو دفع إليه ثوبا ، وقال ألبسه نفسك ،
 فهو هبة والفرق مع أنه تملك فيهما أن التملك قد يكون بعوض ، وهو أدنى من تملك المنفعة ، وقد أمكن
 في الأول لأن قرض الدراهم يجوز ، بخلاف الثانية ولو الجبنة وفيها قال أحد الشريكين للآخر : وهبتك حصق
 من الربح و المال قائم لا تصح ، لأنها هبة مشاع فيما يحتمل القسمة ولو كان استهلكه الشريك صحته

رجل اشترى حليا و دفعه إلى امرأته و استعملته ، ثم ماتت ثم اختلف الزوج و ورثتها أنها هبة أو عارية فالقول
 قول الزوج مع اليمين أنه دفع ذلك إليها عارية ، لأنه منكر للهبة منح و انظر ما كتبناه أول كتاب الهبة عن خزانة
 الفتاوى قال الرملي : وهذا صريح في رد كلام أكثر العوام أن تمتع المرأة بوجوب التملك ولا شك في فساده اه
 و سبقه إلى هذا صاحب البحر كما ذكرناه عنه في باب التحالف ، و كتبنا هناك عن البدائع : أن المرأة إن أقرت
 أن هذا المتاع اشتراه لي مقطوع قولها لأنها أقرت بالملك لزوجها ثم ادعت الانتقال إليها فلا يثبت إلا بالبينة اه
 و ظاهره شمول ثياب البدن و لعله في غير الكسوة الواجبة ، وهو الزائد عليها تأمل و راجع و يدل عليه ما مر أول
 الهبة من قوله اتخذ لولده ثيابا الخ فحيث لا رجوع له هناك ما لم يصرح بالعارية فهنا أولى (قوله خوان) بكسر
 الخاء و أخونة قبلها بكسر التاء منونة (قوله على الصلوات) بكسر الصاد (قوله مطلقا) أى سواء قبل المديون
 أولا و قيل لا بد من القبول ، و يظهر لك منه ما في كلام البحر حيث قال : أول باب الرجوع و أطلق الهبة فالصرفت
 إلى الأعيان ، فلا رجوع في هبة الدين للمديون بعد القبول ، بخلافه قبله لكونها إسقاطا اه و كأنه اشتبه عليه الرد
 بالرجوع تأمل (قوله وإبراء ذى نصف الخ) قال قاضي بخان ، وإذا كان دين بين شريكين فوهب أحدهما نصيبه
 من المديون جاز ، وإن وهب لنصف الدين مطلقا ينفذ في الربع كما لو وهب لنصف العبد المشترك اه كذا في الهامش
 (قوله على حجها الخ) اشتمل البيت على مسألتين : الأولى امرأة تركت مهرها للزوج على أن يحج بها ، فلم يحج
 بها قال محمد بن مقاتل إنها تعود بمهرها ، لأن الرضا بالهبة كان بشرط العوض ، فإذا انعدم العوض انعدم الرضا
 و الهبة لا تصح بدون الرضا : و الثانية : إذا قالت لزوجها ، وهبت مهري منك على أن لا تظلمني فقبل صحته الهبة
 فلو ظلمها بعد ذلك فالهبة ماضية و قال بعضهم مهرها باق إن ظلمها كذا في الهامش (قوله معاق تطليق الخ)
 البيت للشربلالي نظم فيه مسألة سئل عنها و هى قال لها متى نكحت عليك أخرى ، و أبرأتني من مهرك فأنت
 طالق ، فهل إذا ادعى أنه أوفى المهر فلم يبق ما تبرئه عنه ، و أنكرت يقبل في عدم الحنث ، وإن لم يقبل بالنظر
 بسقوط حقها كما يقبل قوله : لو اختلفا في وجود الشرط ؟ فأجاب : أن رد الإبراء لم يحنث ، لأنه لو كان كما
 ادعت فرده أبطله وإن كان كما ادعى فالرد معتبر لبطلان الإبراء المقتضى للحنث ، وإنما اعتبر الرد مع دعوى
 الدفع لما باتى أنه إذا قبض دينه ثم أبرأ غريمه و قبل صح الإبراء و يرجع عليه بما قبض اه ملخصا و مفهومه : أنه

وإن قبض الإنسان مال مبيعه فأبرأ يؤخذ منه كالدين أظهر
ومن دون أرض في البناء صحيحة وعندى فيه وقفة فيحرر

قلت : وجه توقي تصريحهم في كتاب الرهن بأن رهن البناء دون الأرض وعكسه لا يصح لأنه كالشائع
فأمله وأشرت بأظهر لما في العمادية عن خواهر زاده أنه لا يرجع واختاره بعض المشايخ فيظفر أى بنكاح ضررتها
لأنه برده للإبراء أبطله فلا حث فليحفظ اه :

لو لم يقبل لم يصح الإبراء قال : وإنما سطرته دفعا لما يتوهم من الحث بمجرد الإبراء ، وانظر ما ذكره الشارح
في آخر باب التعليق وقال في الهامش : أى إذا علق طلاق امرأته على نكاح أخرى مع الإبراء عن المهر فتزوج
فلدعت امرأته الإبراء فادعى دفع المهر فالقول له في عدم الحث لكن قال في الأشباه وعلى أن الإبراء بعد القضاء
صحيح لو علق طلاقها بإبرائها عن المهر ثم دفعه لها لا يبطل التعليق فإذا أبرأت براءة إسقاط وقع اه كذا في الهامش
(قوله وإن قبض الإنسان) باع متاعا وقبض الثمن من المشتري ، ثم أبرأ البائع المشتري من الثمن بعد القبض يصح
إبرأؤه ويرجع المشتري على البائع بما كان دفعه إليه من الثمن كذا في الهامش (قوله صحيحة) أى هى صحيحة كذا
في الهامش (قوله أى بنكاح) عبارة الشر بلالى أى بقهر المرأة لبقائها في نكاحه مع الضررة وهو الأنسب حيث
كان المعلق طلاقها لاطلاق الضررة .

[فائدة] قال الزاهدى في كتابه المسمى : بحاوى مسائل المنية للقاضى عبد الجبار انتهب وسادة كرسى العروس
وباعها بجل إن كالت وضعت للنهب اه :

أقول : وعليه يقاس شمع الأعراس والموالد رملى على المنح والله سبحانه أعلم .

قال الفقير إلى البارى سبحانه المرتضى كرمه وإحسانه وامتنانه محمد علاء الدين ابن المؤلف هذا آخر ما رجعت
على نسخة شيخنا المؤلف المرحوم للوالد السيد محمد أفندى عابدين عليه رحمة أرحم الراحمين وأحسن له الفوائد ،
ولكن يحتاج بعضه إلى مراجعة أصله المنقول عنه فإنه لم يظهر لى وليس عندى أصله لأرجع إليه والله المستول
وعليه التكلان ونسأله سبحانه التوفيق لأقوم طريق وهو حسبي ونعم الوكيل وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله
وصحبه وسلم ، وذلك فى خامس وعشرى صفر الخير نهار الأربعاء قبيل الظهر سنة ألف ومائتين وستين أحسن
الله ختامها آمين :

تم الجزء الخامس ويليه الجزء السادس ،

وأوله : كتاب الإجارة

فهرست الجزء الخامس

من حاشية رد المحتار على الدر المختار

للعامة السيد محمد أمين المعروف بابن عابدين

صحيفة	صحيفة
٤٢	٣
مطلب باعه على أنه كوم تراب أو حراق على	باب خيار العيب
الزنناد أو حاضر حلال	١٨
٤٤	٢٢
» في مسألة المصرة	» فيما لو أكل بعض الطعام
٤٧	٢٤
» » الصلح عن العيب	» يرجح القياس
٤٧	٢٦
» جملة ما يسقط به الخيار	» وجد في الخنطة ترابا
٤٩	٢٧
» ضمان العيوب	» لا يرجع البائع على بائعه بنقصان العيب
٤٩	٢٨
باب البيع الفاسد	» مهم قبض من غريمه دراهم فوجدها زيوفا
٤٩	فردها عليه بلا قضاء
مطلب في أنواع البيع	٣١
» » البيع الموقوف من قسم الصحيح	» فيما لا يطلع عليه إلا النساء
٥٠	٣٢
» في تعريف المال	» فيما يخاف المشتري أنه لم يفعل مسقطا لخيار
٥٢	العيب
» » بيع المغيب في الأرض	٣٣
٥٣	» في تغيير المشتري إذا استحق بعض المبيع
» » بيع أصل الفصفصة	٣٣
٥٣	» فيما يكون رضا بالعيب
» فيما إذا اجتمعت الإشارة مع التسمية	٣٤
٥٧	» » » » ويمنع الرد
» » اشترى أحد الشريكين جميع الدار	٣٦
المشركة من شريكه	» مهم في اختلاف البائع والمشتري في عدد
٥٧	المقبوض أو قدره أو صفته
» في بطلان بيع الوقف وصحة بيع الملك	٤٠
المضموم إليه	» في الأصل للإمام محمد من كتب ظاهر
٥٨	الرواية وكافي الحاكم جمع فيه كتب ظاهر
» » الأذى مكرم شرعا ولو كافرا	الرواية
٥٩	٤٢
» » بيع المضطر وشراءه فاسد	» في البيع بشرط البراءة من كل عيب
٦٠	
» في البيع الفاسد	

صحيفة

٦١	مطلب في حكم إيجار البرك للاصطياد
٦٢	« استثناء الحمل في العقود على ثلاث مراتب
٦٧	« صاحب البئر لا يملك الماء
٦٨	« في بيع دودة القرمز
٦٩	« التداوى بلبن البنت للرمم قولان
٧٥	« الدراهم والدنانير جنس واحد في مسائل
٧٧	« في بيع الطريق
٧٩	« « المسيل
٨٠	« « الشرب
٨٤	« « البيع بشرط فاسد
٨٤	« « الشرط الفاسد إذا ذكر بعد العقد أو قبله
٩١	« رد المشتري فاسدا إلى بائعه فلم يقبله
٩٣	« يملك المأمور مالا يملكه الأمر
٩٦	« في تعيين الدراهم في العقد الفاسد
٩٨	« البيع الفاسد لا يطيب له ويطيب للمشتري منه
٩٨	« الحرمة تتعدد
٩٩	« فيمن ورث مالا حراما
٩٩	« في أحكام زيادة المبيع فاسدا
١٠٠	« « أحكام نقصان المبيع فاسدا
١٠١	« « البيع المكروه
١٠٣	« « التفريق بين الصغير ومحرمه
١٠٦	فصل في الفضولي
١١٠	مطلب في بيع المرهون والمستأجر
١١٣	« البيع الموقوف نيف وثلاثون
١١٧	« إذا طرأ ملك بات على موقوف أبطله
١١٩	باب الإقالة
١٢٣	مطلب تحرير مهم في إقالة الوكيل بالبيع
١٣١	« في اختلافهما في الصحة والفساد أو في الصحة والبطلان

صحيفة

١٣٢	باب المراجعة والتولية
١٣٨	« مطلب خيار الخيانة في المراجعة لا يورث
١٣٩	« اشترى من شريكه سلعة
١٤٢	« في الكلام على الرد بالغبن الفاحش
١٤٤	« الغرور لا يوجب الرجوع إلا في ثلاث مسائل
١٤٧	فصل في التصرف في المبيع والتمن الخ
١٤٩	مطلب في تصرف البائع في المبيع قبل القبض
١٥٢	« « بيان الثمن والمبيع والدين
١٥٣	« فيما تنعين فيه العقود ومالا تنعين
١٥٣	« في تعريف الكر
١٥٦	« « بيان براءة الاستيفاء وبراعة الإسقاط
١٥٧	« « تأجيل الدين
١٦٠	« إذا قضى المديون الدين قبل حلول الأجل أو مات لا يؤخذ من المراجعة إلا بقدر ماضى
١٦١	فصل في القرض
١٦٤	مطلب في شراء المستقرض القرض من المقرض
١٦٦	« كل قرض جر نفعاً حرام
١٦٨	باب الربا
١٦٩	مطلب في الإبراء عن الربا
١٧٦	« « أن النص أقوى من العرف
١٧٧	« « استقراض الدراهم عددا
١٨٧	باب الحقوق
١٨٨	مطلب الأحكام تبني على العرف
١٩٠	باب الاستحقاق
١٩٧	مطلب في ولد المغرور
١٩٨	« لا يرجع على بائعه بالعقر ولا بأجرة الدار التي ظهرت وقفا
١٩٨	« في مسائل التناقض
٢٠٢	« فيما لو باع عقارا وبرهن أنه وقف
٢٠٢	« لا عبرة بتاريخ الغيبة

(٩٠ - حاشية ابن عابدين - ٥)

صفحة	صفحة
٢٧٦	٢٠٩
مطلب في بيع الوفاء	باب السلم
٢٧٨	٢١٣
» باع داره وفاء ثم استأجرها	مطلب هل اللحم قيمى أو مثلى
٢٧٩	٢٢٣
» قاضيخان من أهل التصحيح والترجيح	» في الاستصناع
٢٨١	٢٢٥
(كتاب الكفالة)	» نرجمة البردعى
٢٨٣	٢٢٦
مطلب في كفالة نفقة الزوج	باب المتفرقات .
٢٨٦	٢٢٨
» تصح كفالة الكفيل	» مطلب في التداوى بالمحرم
٢٨٧	٢٢٩
» لفظ عندى يكون كفالة بالنفس ويكون	» أمرنا بتركهم وما يدينون
كفالة بالمال	٢٣١
٢٨٨	» للقاهى إيداع مال غائب وإقراضه وبيع
» لو قال أنا أعرفه لا يكون كفيلا	منقوله الخ
٢٨٩	٢٣١
» في الكفالة المؤقتة	» في العلو إذا سقط
٢٩٢	٢٣٢
» كفالة النفس لا تبطل بإبراء الأصيل بخلاف	» فيما ينصرف إليه اسم الدرهم
كفالة المال	٢٣٣
٢٩٥	» في للنهرجة والزيوف والستوقة
» حادثة الفتوى	٢٣٥
٢٩٦	» إذا اكتسب حراما ثم اشترى فهو على
» في المواضع التي ينصب فيها القاضى وكفالة	خمسة أوجه
بالقبض عن الغائب المتوارى	٢٣٧
٢٩٩	» دبع في داره وتأذى الجيران
» في تعزيز المتهم	٢٣٧
٢٩٩	» الضرر البين يزال ولو قديما
» لا يلزم أحدا إحضار أحد إلا في أربع	٢٣٧
كفالة المال	» شرى بذر بطيخ فوجده بذر قثاء
٣٠١	٢٣٨
» كفالة المال قسمان كفالة بنفس المال	» شرى شجرة وفي قلعها ضرر
وكفالة بتقاضيه	٢٤٠
٣٠٦	» ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به
» في تعليق الكفالة بشرط غير ملائم وفي	٢٤٥
تأجيلها	مطلب قال لمديونه إذا مت فانت برى
٣١٠	٢٥٥
» في ضمان المهر	» ما تصح إضافته ومالا تصح
٣١٦	باب الصرف
» فيما يبرأ به الكفيل عن المال	٢٦١
٣١٨	مطلب يستعمل المثنى في الواحد
» لو كفل بالقرض مؤجلا تأجل عن الكفيل	٢٦٢
دون الأصيل	» في بيع الموه
٣٢٢	٢٦٢
» في بطلان تعليق البراءة من الكفالة بالشرط	» المفضض والمزركش وحكم علم
٣٢٥	الثوب
» بيع العينة	٢٦٥
٣٢٦	» في حكم بيع فضة بفضة قليلة مع شيء آخر
باب كفالة الرجلين	لإسقاط الربا
٣٤٠	٢٦٦
(كتاب الحوالة)	» مسائل في المقاصة
٣٤٣	٢٧٢
مطلب في حوالة الغازى وحوالة المستحق من	» في بيان ما يكون مبيعا وما يكون ثمنا
الوقف	٢٧٣
	» بيع العينة
	٢٧٣
	» التلجئة

صحيفة	صحيفة
٣٩٤ مطلب في عموم النكحة في سياق الشرط	٣٤٩ مطلب في تأجيل الحوالة
٣٩٤ » ما ينفذ من القضاء وما لا ينفذ	٣٥٠ » في السفتجة وهي البوليصه
٣٩٥ » مهم في قولهم يشترط كون القاضى عالما باختلاف الفقهاء	٣٥١ (كتاب القضاء)
٣٩٧ مطلب مهم في الحكم بالموجب	٣٥٣ مطلب في التنفيذ
٣٩٨ » الموجب على ثلاثة أقسام	٣٥٣ » أمر القاضى هل هو حكم أو لا
٤٠٠ » في الحكم بما خالف الكتاب أو السنة أو الإجماع	٣٥٣ » الحكم الفعلى
٤٠٣ مطلب يوم الموت لا يدخل تحت القضاء	٣٥٥ » في حكم القاضى الدرزى والنصرانى
٤٠٥ » في القضاء بشهادة الزور	٣٥٧ » في قضاء العدو على عدوه
٤٠٧ » مهم في المقضى له أو عليه يتبع رأى القاضى وإن خالف رأيه	٣٦٠ » يفتى بقول الإمام على الإطلاق
٤٠٧ » مطلب في قضاء القاضى بغير مذهبه	٣٦٢ » في الكلام على الرشوة والهدية
٤٠٧ » حكم الحنفى بمذهب أبى يوسف أو محمد حكم بمذهبه	٣٦٤ » السلطان يصير سلطانا بأمرين
٤٠٧ » مطلب الحكم والفتوى بما هو مرجوح خلاف الإجماع	٣٦٤ » في تفسير الصلاح والصلاح
٤٠٩ » مطلب في أمر الأمير وقضائه	٣٦٥ » في الاجتهاد وشروطه
٤١٠ » في القضاء على الغائب	٣٦٦ » طريق التنفل عن المجتهد
٤١٠ » فيمن ينتصب خصما عن غيره	٣٦٨ » للسلطان أن يقضى بين الخصمين
٤١١ » المسائل التى يكون القضاء فيها على الحاضر قضاء على الغائب	٣٦٨ » ما كان فرض كفاية يكون أدنى فعله الذنب
٤١٥ » مطلب في القضاء على المسخر	٣٦٨ » أبو حنيفة دعى إلى القضاء ثلاث مرات فأبى
٤١٥ » في الخصم إذا اختفى في بيته	٣٦٩ » في حكم تولية القضاء في بلاد تغلب عليها الكفار
٤١٦ » في بيع التركة المستغرقة بالدين	٣٦٩ » مطلب في العمل بالسجلات وكتب الأوقاف القديمه
٤١٦ » دفع الورثة كرما من التركة إلى أحدهم ليقضى دين مورثهم فقضاء يصح	٣٧٢ » مطلب في أجره المحضر
٤١٧ » مطلب للقاضى إقراض مال اليتيم ونحوه	٣٧٢ » في هدية القاضى
٤١٨ » فيها لو قضى القاضى بالجور	٣٧٣ » في حكم الهدية للمفتى
٤١٨ » إذا قاس القاضى وأخطأ فالخصومة للمدعى عليه مع القاضى والمدعى يوم القيامة	٣٧٦ » فصل في الحبس
٤١٩ » مطلب القضاء يقبل التقييد والتعليق	٣٧٧ » مطلب لانتحس زوجته معه لو حبسته
	٣٨٢ » إذا تعارض ما فى المتون والفتاوى فالمعتمد ما فى المتون
	٣٨٧ » مطلب في ملازمة المديون
	٣٨٩ » بينة اليسار أحق من بينة الإعسار عند التعارض
	١٩١ » مطلب في استخلاف القاضى نائبا عنه

صحيفة	صحيفة
٤٦١ (كتاب الشهادات)	٤١٩ مطلب في عدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة
٤٧٢ باب القبول وعدمه	٤٢٠ » هل يبقى النهي بعد موت السلطان
٤٩٢ » الاختلاف في الشهادة	٤٢١ » إذا ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة لا تسمع
٤٩٩ » الشهادة على الشهادة	٤٢٢ » باع عقارا أو أجد أقاربه حاضر لا تسمع دعواه
٥٠٤ » الرجوع عن الشهادة	٤٢٢ » طاعة الإمام واجبة
٥٠٩ (كتاب الوكالة)	٤٢٣ » لا يصح رجوع القاضى عن قضائه إلا في ثلاث
٥١٥ باب الوكالة بالبيع والشراء	٤٢٣ » في حكم القاضى بعلمه
٥٢١ فصل لا يعقد وكيل البيع والشراء مع من ترد شهادته له	٤٢٣ » فعل القاضى حكم
٥٢٥ باب الوكالة بالخصومة والقبض	٤٢٤ » القضاء القولى يحتاج للدعوى بخلاف الفعل والضمنى
٥٣٦ » عزل الوكيل	٤٢٤ » في القضاء الضمنى
٥٤١ (كتاب الدعوى)	٤٢٥ » أمر القاضى حكم
٥٥٩ باب التحالف	٤٢٥ » يخلف القاضى غريم الميت
٥٦٦ فصل في دفع الدعاوى	٤٢٦ » في حبس الصبي
٥٧٠ باب دعوى الرجلين	٤٢٧ » جملة من لا يجبس عشرة
٥٨١ » دعوى النسب	٤٢٧ باب التحكيم
٥٨٨ (كتاب الإقرار)	٤٢٩ مطلب حكم بينهما قبل تحكيمه ثم أجازاه جاز
٦٠٥ باب الاستثناء وما في معناه	٤٣٢ باب كتاب القاضى إلى القاضى وغيره
٦١٠ » إقرار المريض	٤٣٥ مطلب لا يعمل بالخط
٦٢٠ فصل في مسائل شتى	٤٣٥ » في العمل بما في الدفاتر السلطانية
٦٢٨ (كتاب الصلح)	٤٣٦ » في دفتر البياع والصراف والسمسار
٦٢٩ فصل في دعوى الدين	٤٣٨ » في قضاء القاضى بعلمه
٦٤٢ » في التخارج	٤٤٠ » في جعل المرأة شاهدة في الوقف
٦٤٥ (كتاب المضاربة)	٤٤٠ » لا يصح تقرير المرأة في وظيفة الإمامة
٦٥٢ باب المضارب يضارب	٤٤٠ » لا يصح تولية السلطان مدرسا ليس بأهل
٦٥٦ فصل في المتفرقات	٤٤١ » في توجيه الوظائف للابن ولو صغيرا
٦٦٢ (كتاب الإيداع)	٤٤٣ » مسائل شتى
٦٧٦ (كتاب العارية)	٤٤٣ » فما لو انهدم المشترك وأراد أحدهما البناء
٦٨٧ (كتاب الهبة)	وَأَبَى لِأَخِي
٦٩٨ باب الرجوع في الهبة	٤٤٥ مطلب في فتح باب آخر للدار
٧٠٦ فصل في مسائل متفرقة	٤٤٧ » اقتسموا دارا وأراد كل منهم فتح باب لهم ذلك

